

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون إداري
رقم:

إعداد الطالب(ة) :
بوناب محمد الأمين
جروني طارق

"دور القاضي الاستعجالي قبل التعاقي في ضمان وسلامة الصفقة العمومية"

لجنة المناقشة:

رئيسا	أستاذ	جامعة بسكرة	اسم ولقب الأستاذ	قروف موسى
مشرفا ومقررا	أستاذ	جامعة بسكرة	اسم ولقب الأستاذ	انسيفة فيصل
مناقشا	أ. مح أ	جامعة بسكرة	اسم ولقب الأستاذ	شعيب توفيق

السنة الجامعية : 2022 – 2023



وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ۖ وَسَتُرَدُّونَ

إِلَىٰ عِلْمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ

الإهداء

الى والديَّ الكريمين إسماعيل وعاشورة حفظهما الله ورعاهما وأطال في عمرهما.

الى زوجتي الغالية رميساء وابنتي بيلسان وابني محمد يزن.

الى إخوتي وأخواتي * مهدي، سارة ، شراف الدين، فيروز، زين العابدين، حسين عبد اللطيف، عبد الرحيم*.

الى كل أساتذتي الكرام وزملائي من التعليم التربوي الى التعليم العالي.

الى كل زميلاتي و زملائي في العمل على مستوى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الاجراء.

الى كافة زملائي طلبة الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة.

الى كل من تربطني بهم علاقة طيبة.

الى كل هؤلاء أهدي نتائج عملي المتواضع.

بوناب محمد الأمين

شكر وعرفان

الحمد لله على آلاته والشكر له على فضله وامتنانه.

والصلاة والسلام على رسوله الداعي الى رضوانه.

فله الحمد والشكر أن أمدني بالإرادة والقوة والصبر ووفقتي لإتمام هذا العمل.

وأقدم بجزيل شكري وتقديري للأستاذ الفاضل الأستاذ الدكتور نسيغة فيصل الذي أشرف على هذه المذكرة ولم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته فله مني كل التقدير والإحترام.

كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير والإحترام الى السيد دبابش عبد الرؤوف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامع بسكرة، على تقديم يد المساعدة في إكمال طور الماستر كوني عامل على مستوى ولاية بسكرة.

كما لا تفوتنا الفرصة ان نترحم على روح الفقيد عميد جامعة بسكرة المغفور له البروفيسور بوطرفاية أحمد الذي سخر كل جهده وطاقته لخدمة الطلبة والرقى بجامعة بسكرة.

كما أتوجه بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة.

ولا يفوتني أن أشكر كل من ساعدني وساندني ماديا ومعنويا لإتمام هذه المذكرة.

بوناب محمد الامين

الاهـداء

الى والديا الكريمين حفظهما الله و رعاهما ، الى زوجتي الفاضلة و أبنائي الكرام.
الى كل اساتذتي الكرام من التعليم التربوي الى التعليم العالي, الى كل من تربطني بهم
علاقة طيبة في العمل او الدراسة .
الى كل الذين احبهم اهدي نتاج جهدي المتواضع.

جروني طارق

شكر وتقدير

اشكر الله عز وجل الذي وفقني في انجاز هذا العمل. اشكر أمي على تعبها وتشجيعها خلال مسيرتي الدراسية. اشكر الزوجة الكريمة على سهرها و توفير الراحة طوال مسار الدراسة.

اشكر أساتذتنا الكرام الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة. كما أتوجه بأسمى عبارات الإمتنان والشكر لألساتذة أعضاء لجنة المناقشة وأوجه شكر خاص ألسناذي الفاضل الدكتور فيصل انسيغة على كرم قبوله الاشراف على هذا العمل وعلى توجيهاته ونصائحه طيلة فترة الإشراف.

جروني طارق.

مقدمة

إن الوظيفة الأساسية للإدارة العامة تتجلى في النشاط الإداري في كامل صورته، وخاصة في ما يتعلق بالمرفق العام، حيث تهدف الإدارة من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد. ولقد اعتبر المرفق العام في فترة ما أساساً لتطبيق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، حيث يرى الفقيه ليون ديجي وهو رائد من رواد مدرسة المرفق العام، أن الدولة مجموعة من مرافق عامة وهي عبارة عن مشروعات عامة تتكون من أشخاص وأموال هدفها خدمة المجتمع وإشباع حاجات أفرادها. ففكرة المرفق العام عند أصحاب هذه المدرسة هي جوهر القانون الإداري، وإليها ترجع جميع موضوعاته ويحدد نطاق اختصاصه وولايته، فالعقد الإداري ما كان ليخضع لقواعد خاصة لولا أن الإدارة طرفاً فيه من جهة، ولولا اتصاله بنشاط المرفق العام من جهة أخرى¹.

ولكن قبل ظهور معيار المرفق العام كأساس للقانون الإداري، ظهر معيار السلطة العامة. ومن أهم رواده الفقيه موريس هوريو وهو رائد مدرسة السلطة العامة، وحالفه في هذه الفكرة الفقيه برتليمي. فعندما تقوم الإدارة بهذه الأعمال يجب أن تخضع لمبادئ وأحكام القانون الإداري، كما تخضع في منازعاتها المترتبة عن هذه الأعمال لاختصاص القضاء الإداري. وقد أطلق أصحاب مدرسة السلطة العامة على تسمية هذا النوع من الأعمال بأعمال الإدارة ذات الطابع السلطوي أو أعمال السلطة، وتأسيساً على ذلك فإن ولاية القانون الإداري تم رسم معالمها استناداً لهذا المعيار، فالقانون الإداري هذا الوصف قانون السلطة العامة، وأن أحكامه تتمحور حول هذه الفكرة، وغياب معيار السلطة العامة يؤدي إلى عدم تطبيق أحكام القانون الإداري. وتتجلى التصرفات التي تتخذها الإدارة مستعملة فيها أساليب وامتيازات السلطة العامة في التصرفات القانونية. وهي الأعمال التي تصدر عن الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة عليها. فالقرارات الإدارية هي من أهم وسائل مباشرة الوظيفة الإدارية، ومظهر من مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد في سعيها لتحقيق المصلحة العامة، إذ عن طريق هذه القرارات تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة إنشاء

¹ Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3 édition, Ancienne librairie fontemoing, Paris, 1928, p 59.

حقوق أو فرض التزامات. ولهذا تمثل القرارات الإدارية أداة فعالة في سبيل قيام السلطة الإدارية بنشاطها الإداري سواء في مجال الضبط الإداري أو في ميدان المرافق العامة¹.

ورغم هذه المكانة التي منحت للإدارة، إلا أنها كشخص معنوي عام لا يتمتع بحرية تعاقدية كتلك التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيون، وإنما بحرية نسبية وضيقة جداً، لأن المشرع هو من يمنحها الشخصية القانونية التي تكتسب من خلالها الأهلية القانونية من أجل إبرام العقود، وفقاً للغرض الذي أنشئت من أجله ونظامها القانوني وتخصصها، فالحرية التعاقدية للإدارة المحلية مثلاً ليست على مستوى الحرية التعاقدية للدولة، وكذلك الأمر بالنسبة للمؤسسات العامة التي تخضع لمبدأ التخصيص، فإنها لا تملك حرية تعاقدية من نفس طبيعة الحرية التعاقدية للدولة أو الجماعات الإقليمية².

وإذا كان الشخص الطبيعي حر في التعاقد وفي اختيار أسلوب التعاقد واختيار المتعاقد معه أو عدم التعاقد أصلاً، فإن الإدارة العامة ليست حرة في إتباع أسلوب التعاقد أو في اختيار المتعاقد معها، خصوصاً وأن الأمر يتعلق بالإنفاق العام وصرف أموال عامة مصدرها خزينة الدولة، بل أن القانون رسم لها خارطة طريق معينة وجب عليها أن تسير وفقها والالتزام بها، لأن دولة القانون تقتضي خضوع الإدارة هي الأخرى لنصوص القانون من أسماها إلى أدناها. وفي هذا الصدد فإن الأمر رقم 899-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية³، والمرسوم رقم 360-2016 المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية⁴ الفرنسيين، والمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري⁵، قد ألزموا الإدارة المتعاقدة قبل أن تقدم على إبرام الصفقة العمومية، بأن تحدد حاجياتها في حدود تخصصها، وأن تضمن حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، من خلال الالتزام

¹ حمدي عطية مصطفى عمر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص 9.

² محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 36.

³ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015.

⁴ décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016.

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. ج. د. ش، عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

بمبدأ الإعلان عن الصفقة العمومية وفتح باب المنافسة أمام المرشحين لتقديم عروضهم وإقرار مبدأ المساواة في المعاملة بينهم، من أجل إختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية يلبي إحتياجاتها من جهة، ويحقق المصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى، وهو الغرض الأساسي من العملية التعاقدية. فهذه المبادئ الثلاث هي من أهم المبادئ التي تقوم عليها العقود والصفقات العمومية، ذلك أن القرارات التي تتخذ قبل إبرام العقد، لها علاقة بإجراءات الإشهار والوضع في المنافسة. ومن أجل ذلك استحدث المشرع الفرنسي قضاء إستعجاليا قبل تعاقد بناء على تدخل المشرع الأوروبي لوضع حد لانتهاك هذه المبادئ المتمثلة في إلتزامات الإعلان والوضع في المنافسة.

وقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج فأصدر القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، ونص في القسم الخاص بالاستعجال الإداري على الاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية رغبة منه في تدعيم مبدأ الشفافية في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية، ذلك أن الاستعجال الإداري يختص بعدة أنواع من الدعاوى الاستعجالية، كطلب وقف تنفيذ قرار إداري أو طلب إثبات حالة، وهي من دعاوى الاستعجال الإدارية المعروفة والتي يجوز رفعها في منازعات إبرام الصفقات العمومية، وأن هذه الدعاوى لا تمس بأصل الحق، وبالتالي فهي ليست وسيلة لتسوية المنازعة، بل مجرد إجراء وقتي وتحفظي قد تساعد في تسوية منازعات إبرام الصفقات العمومية، إن ما يعتبر شيئا جديدا نسبيا في هذا المجال هو ظهور قضاء الاستعجال قبل التعاقد، والذي يتجاوز مجرد كونه إجراء وقتيا وتحفظيا، لأنه ليس نوعا من الحماية الشكلية بل يكاد يكون نوعا من الحماية الموضوعية للحق المقرر قانونا، خاصة وأن ظهوره أعقب التطور الهام الذي حدث بشأن إمكانية إصدار الأوامر إلى الإدارة من طرف القاضي الإداري. فهذا القضاء الجديد أنشأ الحماية الموضوعية المستعجلة في مرحلة ما قبل إبرام العقد، بخصوص الإلتزامات المتعلقة بمبدأي العلانية والمنافسة، إذن فالاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية

¹ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج. ر. ج. د. ش، عدد

21، الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008.

أو بالأحرى قضاء الاستعجال قبل التعاقد هو الموضوع الذي سيتم تناوله وتسليط الضوء عليه بالدراسة والتحليل.

وبما أن لكل موضوع أهميته الخاصة، فإن أهمية هذا الموضوع مستمدة من أهمية الاستعجال الإداري بصفة عامة، والذي أصبح ضرورة حتمية ناتجة عن تدخل الإدارة في جميع مجالات الحياة الاقتصادية والمالية والتجارية والاجتماعية، وما يفرزه هذا التدخل من تشابك في العلاقات بين الإدارة والخواص مما يؤدي إلى كثرة النزاعات بفعل تضارب المصالح، فيضطر الخصوم إلى عرضها أمام قضاء الاستعجال الإداري عندما يتطلب الأمر حماية قضائية عاجلة وسريعة، وذلك بوجود تدابير مؤقتة من شأنها تحقيق رقابة على أعمال الإدارة وإقرار مبدأ المشروعية.

فالرقابة القضائية على أعمال الإدارة خصوصا القانونية منها تعتبر أفضل ضمانة لتطبيق حكم القانون ووسيلة فعالة لمكافحة الفساد الإداري.

وتتجلى أهمية الموضوع أيضا في الدور الوقائي والعلاجي لقضاء الاستعجال قبل التعاقد في منع الفساد المالي والإداري في مجال العقود والصفقات العمومية، لأن ظاهرة الفساد المالي في مجال تلك العقود تظهر بصورة واسعة في مرحلة ما قبل إبرامها، لأن فيها يبدأ اختيار المتعاقد مع الإدارة وصرف المبالغ المالية من خزينة الدولة كونها جزء من الإنفاق العام. فالهدف الأساسي من قضاء الاستعجال قبل التعاقد هو حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعهدين، وكل خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية. وهذه المبادئ تعتبر نقطة البداية نحو المحافظة على المال العام ومكافحة الفساد الذي يطله، وإبرام العقود والصفقات العمومية على النحو المشروع، فإذا صلحت البداية صلحت معها النهاية.

وهناك أهمية أخرى لهذا الموضوع تتمثل في عامل الوقت، لأن هناك الكثير من المشاريع ذات النفع العام خضعت منازعاتها للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى¹، ففقدت أهميتها الاقتصادية وزادت تكاليفها المالية بسبب توقف المشروع، إلى حين الفصل النهائي في منازعة دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام أمام

¹ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج. ر. ج. د. ش، عدد 47، الصادرة بتاريخ 09 جوان 1966، المعدل والمتمم.

قاضي الموضوع، أي وفقا للإجراءات العادية التي لا تكتسي طابع الاستعجال. ومن ثم فلا بد أن تستنفذ المنازعة جميع طرق الطعن المقررة قانونا حتى يتسنى استئناف المشروع من جديد، وهنا تأتي أهمية قضاء الاستعجال قبل التعاقد حيث يتم الفصل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسرعة، وهذا حماية للمصلحة المتعاقدة بأن يتم إنجاز المشروع تحقيقا للمصلحة العامة، ولمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتمكن من تنفيذ التزامه، وكذلك لمصلحة الغير حتى يحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال.

وقد كان لاختيار هذا الموضوع أسباب شخصية وأخرى موضوعية، فأما الأسباب الشخصية فتتمثل في الرغبة في دراسة هذا الموضوع نظرا لحدثته، وهو ما يؤكد خاصية المرونة والتطور التي تمتاز بها قواعد القانون الإداري، خصوصا وأنه يساير التطورات الحاصلة من الناحية الاقتصادية والمالية، ذلك أن الجزائر تعيش في الوقت الراهن وضعا اقتصاديا وماليا صعبا نتيجة الوضع الاقتصادي للبلاد جراء جائحة كورونا وتداعياتها، الذي نتج عنه تقليص وانخفاض في مداخيل الخزينة العمومية، مما يستدعي ضرورة صرف المال العام في قنواته الصحيحة.

فقضاء الاستعجال قبل التعاقد هو بمثابة النواة الأولى لمكافحة الفساد المالي على اعتبار أنه إجراء يتصدى للمخالفات المرتكبة بخصوص القواعد المتعلقة بالإعلان والوضع في المنافسة في معرض إبرام العقود والصفقات العمومية، لما لهذه الأخيرة من صلة وثيقة بالخزينة العمومية.

أما الأسباب الموضوعية، فتكمن في كون أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد يعد أحد المواضيع الحساسة، فهو يشكل جزء مهما من منازعات الصفقات العمومية، بالنظر إلى الدور الكبير الذي يلعبه في الرقابة على إجراءات إبرام العقود والصفقات العمومية بصفة استعجالية، لما يحيط بها من تجاوزات يصعب في كثير من الأحيان كشفها أو تداركها، وذلك بتسليط الضوء على مضمونه والوقوف على مدى فعاليته. بالإضافة إلى ما يثيره من إشكالات قانونية تستدعي التعرض لها وكشف اللبس والغموض عنها والبحث عن حلول مناسبة لها. كما أن هذا الموضوع يعكس توجهات القضاء الإداري الحديثة في إرساء دولة القانون.

وبالبناء على كل ما سبق يمكن طرح الإشكاليات التالية:

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية موضوع "دور القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في ضمان وسلامة الصفقات العمومية" انها تسمح بتوفير حماية قضائية عاجلة و كونه يتعلق بموضوع الرقابة القضائية المستعجلة على نشاط الإدارة العامة، فقد بات مؤكدا لنا أن دور القاضي الاستعجالي قبل التعاقد لا يقل اهمية عن دور قاضي الموضوع، في ضمان وسلامة الصفقة العمومية و حماية المراكز القانونية للأفراد، كما يتمتع فيها القاضي الاستعجالي قبل التعاقد بسلطات و صلاحيات مخولة له قانونا، والتي من شأنها المساس بالمراكز القانونية لطرفي النزاع ، وهذا ما يبرز الدور الوقائي من ظاهرة الفساد والعلاجي لمرحلة ابرام الصفقات العمومية بطريقة استعجالية.

كما أن هذا الموضوع ذو أهمية عملية، كونها تتمثل في أنها استمدت من أهمية القضاء الاستعجالي بصفة عامة الذي ابتكر لتمكين الإدارة و الاشخاص على حد سواء من توفير الوقت والمال في سبيل تحصيل حقوقهم والحد من الاضرار التي قد تلحق بهم، هذا فيما يتعلق بقضاء الاستعجال الاداري و الذي أصبح ضرورة حتمية في المنازعات الادارية، بينما فيما يخص القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية كونها تتصل بصلة وثيقة بالخزينة العامة و أهميتها الكبرى في تطوير الاقتصاد الوطني فكان لابد من ابتكار قضاء استعجالي يختص بالنظر في قضاياها كونها لا تحتل التأجيل.

2/ إشكالية البحث:

من خلال ما سبق لنا الإشارة إليه ارتأينا طرح الاشكالية التالية:

ما هي الصلاحيات والسلطات التي كرسها المشرع للقاضي الاستعجالي قبل التعاقد للمحافظة على نزاهة وشفافية الوصول إلى الطلبات العمومية؟ وفيما تتمثل خصوصية القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية ؟

3/ أهداف الدراسة:

إن الهدف من هذه الدراسة هو التطرق لدور القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في الصفقات العمومية، هذا الدور الذي أكسبه إجراءات خاصة و استثنائية و ميزها عن القاعدة العامة، والتعرف

أكثر على سلطاته في ضمان و سلامة الصفقات العمومية و الشروط الخاصة برفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد المتعلقة بالصفقات العمومية و الحكم فيها.

أ/ الأسباب الذاتية:

تتمثل في اهتمامنا في موضوع الصفقات العمومية بصفة عامة ودور القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في الصفقات العمومية بصفة خاصة، و لتعزيز معارفنا في المجال الوظيفي الذي نشغله.

ب/ الأسباب الموضوعية:

تتمثل في البحث عن أهم الضمانات التي أقرها المشرع في قضايا الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية سواء كان ذلك في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو في مرحلة تنفيذها و ذلك تحسبا لظهور نزاعات تحول دون إبرام الصفقة العمومية أو تنفيذها، ما ينعكس سلبا على المشاريع العمومية محل الصفقة مما يؤدي إلى تعطيل عملية التنمية المراد تحقيقها ما لم يتم تسوية هذه النزاعات بشكل مستعجل، فلجوء المصلحة المتعاقدة إلى إبرام الصفقة العمومية ووفقا لاجراءات الاستعجال الذي يؤدي بالضرورة إلى هدر المال العام، وخرق مبادئ الشفافية و المساواة، خاصة لكون عالقة الصفقات العمومية بالمال العام و ضرورة حماية هذا المال من الفساد الذي طاله بقوة في السنوات الاخيرة، في الجزائر الذي كان محور الرأي العام مع متابعات قضائية عديدة مست العديد من المسؤولين المتورطين في قضايا الصفقات المشبوهة و تبديد المال العام.

5/ منهجية البحث العلمي:

من خلال دراستنا لموضوع: دور القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في الصفقات العمومية ارتأينا الاعتماد على المنهج التحليلي كونه المنهج الاقرب لاسلوب بحثنا بحيث يحل كل ما يتعلق بالقضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية وبكل جوانبه، و كذا شروط الدعوى الخاصة به، و اعتمدنا كذلك على المنهج الوصفي الذي يساعد على وصف الظاهرة كما هي وتحديد أبعادها.

6/ تقسيم الموضوع:

للإجابة على الاشكالية المطروحة إرتأينا تقسيم موضوع دارستنا إلى فصلين كل فصل فيها ينطوي على مبحثين ، كل مبحث فيها يحتوي مطلبين و التفصيل كالتالي:

الفصل الاول : ماهية قضاء الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية.

المبحث الاول : القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الاول : مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الثاني : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

المبحث الثاني : دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المطلب الأول : مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد و خصائصها .

المطلب الثاني : نطاق تطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية.

الفصل الثاني : احكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد و الفصل فيها.

المبحث الاول : احكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المطلب الاول : اطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المطلب الثاني : قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المبحث الثاني : الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المطلب الاول : سلطات القاضي الاداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المطلب الثاني : الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

و كخاتمة لموضوع بحثنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج و الإقتراحات.

الفصل الأول: ماهية قضاء الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية

إن الاستعجال قبل التعاقد هو آلية قضائية جديدة، هذا القضاء الذي يتم تحريكه عن طريق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وهو يتعلق بموضوع يتكون من شقين، شق متعلق بقضاء الاستعجال قبل التعاقد، وعلى هذا الأساس وجب التطرق الى الاطار المفاهيمي وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، وشق متعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، و هو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول : قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

اعطى المشرع الجزائري اهمية بالغة الى قضاء الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية ودعمها بوسائل وأليات ضمن المنظومة القانونية، لذلك ينبغي التطرق إلى مفهومه وذلك في المطلب الأول، وكيف تم تكريس، ويتم الكشف عن ذلك في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مفهوم قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

يعد مصطلح قضاء الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية مصطلحا قانونيا مركبا، فهو جامع لمصطلحين هما: قضاء الاستعجال قبل التعاقد والصفة العمومية، وهذا ما سنتطرق إلى تبيان مفهوم قضاء الاستعجال قبل التعاقد في الفرع الأول، ومفهوم الصفة العمومية في فرع ثان. الفرع الأول : مفهوم قضاء الاستعجال قبل التعاقد .

لتحديد مفهوم قضاء الاستعجال قبل التعاقد ينبغي علينا وضع تعريفه له (أولا)، ثم تحديد شروط اختصاصه (ثانيا) .

أولا: تعريف قضاء الاستعجال قبل التعاقد.

01- التعريف اللغوي : لقد عُرِف مصطلح الاستعجال لغة بأنه:

من عجل عجلا أو عجلة وهو السرعة ضد البطء والتأخير والانتظار¹

02- التعريف الاصطلاحي: أما اصطلاحا فقد عُرِف بأنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يجب درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"².

¹ طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص.7.

² طاهري حسين، نفس المرجع، ص.7.

والواضح من هذا التعريف أن الاستعجال قبل التعاقد جاء بهدف السرعة في إتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الحق، الذي قد يتعرض لآخطار ومفاسد في فترة مابين رفع الدعوى وصدر الحكم، و الذي بسببه يضيع الحق عند فترة الانتظار. وبذلك يكون القضاء الاستعجالي لا يلحق بمعنى الدعوى في الموضوع، بل يعمل على حماية الحق بصورة مؤقتة.

هذا وقد عُرِف قضاء الاستعجال بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق"¹.

ويعرف كذلك على أنه: "الفصل في المنازعات التي يُخشى من فوات الوقت حصول أضرار فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق ويكون الحكم الصادر في مواجهة ذلك اتخاذا للتدابير الوقائية الملزمة للطرفين من أجل الحفاظ على الأوضاع القائمة مع احترام الحقوق وصيانة المصالح"².

اما قضاء الاستعجال الإداري فيعرف على أنه: " ذلك القضاء الذي يتحرك كلما تعلق الأمر بمواد إدارية، حيث تدخل في نطاقه جميع التدابير الممكنة الفعالية ماعدا الإنذار ومعاينة الاستعجال لذلك، فهذه التدابير مؤقتة تكتسي طابع التحفظ ولا تمس بأصل الحق"³.

ثانيا : شروط اختصاص قضاء الاستعجال قبل التعاقد .

يعتبر شرط الاستعجال شرطا اساسيا من اجل قيام القضاء الاستعجالي، وكذلك عدم المساس بالصل الحق.

1 - الاستعجال :

للجوء إلى القضاء الاستعجالي يجب ان يتوفر شرط الاستعجال، الذي يبرر تدخل قاضي الاستعجال لمنح الحماية القضائية المؤقتة، فيبت القاضي الاستعجالي في المسائل التي يُخشى عليها فوات الوقت ولا تقبل الانتظار، أو في المسائل التي اعتبرها القانون مستعجلة بطبيعتها. فإذا تبين للقاضي أن الإجراء المطلوب ليس عاجلا حكم بعدم اختصاصه. والواقع أن الاستعجال مبدأ

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011، ص. 12.

² معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص. 16.

³ محمد براهيم، القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 8؛ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 12.

مرن غير محدد، وبذلك يسمح للقاضي أن يقدر فيوصفه للواقعة ظروف كل قضية على حدة. فالاستعجال حالة تتغير بتغير الزمان والمكان، وتتلازم مع التطور الاجتماعي في الأوساط والأزمنة المختلفة، فهو يقتضي ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق مع إتباع الإجراءات العادية للتقاضي، وذلك نتيجة ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصوم، أو ضررا قد يتعذر تداركه وإصلاحه إذا ما انتظر الفصل من قضاء الموضوع، وهو أمر يختص بفحصه وتقديره قاضي الأمور المستعجلة بحسب ظروف الدعوى.

كما أن الاستعجال لا يتحقق فقط وقت رفع الدعوى، بل استمراره حتى صدور الحكم فيها أيضا، فإذا زال الاستعجال أثناء نظر الدعوى المستعجلة، وجب على القاضي الاستعجالي أن يحكم بعدم اختصاصه بنظرها نوعيا، لانعدام شرط الاستعجال فيها، حتى ولو كانت الدعوى في مرحلة الاستئناف. والقاضي الاستعجالي ملزم بأن يبين في أسباب حكمه مدى توافر شرط الاستعجال في كل دعوى، بالنظر لوقائعها وظاهر أوراقها وإلا كان حكمه معيبا بالقصور¹.

2- عدم المساس بأصل الحق :

يحظر على قاضي الاستعجال المساس بأصل الحق عند إصداره لأي تدبير مؤقت، ولو تحققت حالة الاستعجال. والأصعب بالنسبة للقاضي الإداري هو الوقوف على المسائل التي تمس بأصل الحق، لذا ينبغي معرفة المقصود بشرط عدم المساس بأصل الحق.

فيقصد به منع إصدار أي أمر أو حكم بمناسبة التصدي لحالة الاستعجال من شأنه التأثير على الحكم الفاصل في الموضوع، مما يؤثر على الحقوق والآثار القانونية، وإصدار أي أمر استعجالي يمس بأصل الحق أو يتعدى إلى الموضوع، يجعل هذا الأمر القضائي معيبا يتعين نقضه وإبطاله، لأن مسألة المساس بأصل الحق من النظام العام وأساس اختصاص القضاء الاستعجالي ومن بين أحد أهم الشروط التي تحكم القضاء الاستعجالي².

كما يعرف أصل الحق على أنه السبب القانوني الذي يحكم حقوق والتزامات الأشخاص، أو طرفي النزاع في مواجهة بعضهما البعض، فلا يجوز المساس بهذه الحقوق بالتأويل أو التفسير أو التعديل،

¹ طاهري حسين، المرجع السابق، ص. 08.

² بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص. 307.

مما يعتبر مساسا ذا الحق، والذي يعتبر أساس دعوى الموضوع، وعلى التشكيلة التي تنظر الدعوى الاستعجالية ترك جوهر النزاع لقاضي الموضوع¹.

الفرع الثاني : مفهوم الصفقات العمومية و تمييزها عن باقي العقود .

بعد أن تطرنا الى تعريف القضاء الاستعجالي وذكر شروطه، سنتطرق إلى تحديد مفهوم الصفقة العمومية و تمييزها عن باقي العقود الادارية.

أولاً: تعريف الصفقات العمومية.

لقد عرفت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بأنها: " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الاشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات².

يتضح من خلال هذا أن التعريف الوارد في المادة السالفة الذكر، حيث جاء واسعا وشاملا لتعريف الصفقة العمومية، حيث أنها من العقود الملزمة للجانبين، بالإضافة إلى أنه بين الطرف الثاني للعقد و المتمثل في المتعامل الاقتصادي، وهو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنوياً. مما يعني أنه لا يعد صفقة عمومية العقد الذي يبرم بين إدارتين عموميتين، والمقصود بعبارة "وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"، أن تبرم الصفقات وفق ما هو وارد في هذا المرسوم وعلى الخصوص ما جاء في المادة الخامسة من نفس المرسوم، بأن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، بالإضافة إلى ما ورد في المادة 61 منه، من إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي .

وعلى هذا الأساس، فإن الصفقات العمومية هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد جماعاتها الإقليمية أو أحد مؤسساتها العامة الوطنية أو المحلية، أو المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري إذا كلفت بإنجاز مشاريع ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية

¹ طاهري حسين، المرجع السابق، ص12.

² المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، رج د ش، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.

من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية، بمقابل مع متعاملين اقتصاديين، مراعية في ذلك التزامات الإشهار والوضع في المنافسة، وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة بين المرشحين، قصد إنجاز الإشغال واقتناء اللوازم والدراسات والخدمات، ذلك أن الصفقات العمومية تمر بمراحل وجب على المصالح المعنية إتباعها قبل إبرامها.

ثانيا : تمييز الصفقات العمومية عن غيرها من العقود .

تختلف الصفقات العمومية عن سائر العقود الأخرى كالعقود المدنية أو التجارية وعقد العمل اختلافا كبيرا، إذ أن ما يعد صالحا للأفراد قد لا يكون كذلك بالنسبة لجهة الإدارة، وسنتطرق للتمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية (أ) ، وبينها وبين العقود التجارية(ب)، وبينها وبين عقد العمل (ج) .

1) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية.

تتميز الصفقات العمومية عن العقود المدنية من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية، و من حيث إجراءات إبرام العقد، ومن حيث الهدف من العملية العقدية، ثم منحيت القضاء المختص بالنظر في المنازعة .

أ- التمييز من ناحية مراكز أطراف العلاقة العقدية.

فإن العقد المدني يحتل أطرافه مرتبة واحدة عموما، ولا امتياز لطرف عن طرف آخر، ولا يمكن للمشرع والأمر يتعلق بمصلحة خاصة، أن يرجح مصلحة على مصلحة أخرى، كأن يغلب مصلحة البائع على المشتري، أو المؤجر على المستأجر، أو الرهن على المرتهن، إذ أن مثل هذا التمييز إذا ما تم سينسف أو سيقضي على نظرية العقد في مجال القانون الخاص.

بينما العقد الإداري وبالنظر لاحتوائه عضويا على إدارة عامة، أو هيئة عمومية،وجب الاعتراف لها بالتمتع بامتيازات السلطة العامة بما يمكنها من تحقيق الهدف من التعاقد¹.

ب- التمييز من ناحية إجراءات إبرام العقد.

فتخضع الإدارة أو الهيئة العامة لطرق محددة عندما تبدي رغبتها في التعاقد، وتلزم كأصل عام بإعلام الجمهور، وينشر إعلان طلب العروض، وتخضع لإجراءات طويلة وثقيلة ولرقابة معقدة. إن

¹ حمدي عطية مصطفى عمر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص.301.

الإدارة العامة في غالبية النظم العامة ليست حرة في اختيار التعاقد معها، بل هي مجبرة على التعاقد بكيفية وإجراءات محددة، وهذا بهدف ترشيد النفقات العامة ومراعاة ما تكلفه الصفقات العمومية من أموال كبيرة وضخمة، بل إن المشرع عمد إلى حماية قواعد تنظيم الصفقات العمومية بأدوات جزائية تطبق عند الإخلال بهذا التنظيم، بينما يحكم العقد المدني مبدأ الحرية التامة في اختيار الطرف المتعاقد للطرف الآخر، كما يتم بسرعة كبيرة ولا يخضع لإجراءات الشهر كأصل عام¹.

ج- التمييز من ناحية الهدف من العملية التعاقدية.

فإن الهدف من وراء إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد، فعقد البيع مثلا يحقق مصلحة البائع والمشتري، فالبائع انتفع بالثمن والمشتري انتفع بمحل البيع، بينما الهدف من إبرام الصفقة العمومية، هو تحقيق المصلحة العامة، فعقد الأشغال العامة إذا انصب على إنجاز طريق من نقطة إلى أخرى، أو إنجاز جسر، أو مجموعة سكنات، فإن المنتفع الجمهور.

د- التمييز من ناحية الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع.

فإن الاختصاص بالنظر في الخصومات الناتجة عن تنفيذ العقود المدنية ينعقد لجهة القضاء العادي، بينما يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري، تطبيقا للمعيار العضوي المكرس في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

(2) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية.

تتميز الصفقات العمومية عن العقود التجارية من حيث قواعد الإثبات، ومن حيث طرق الإبرام .

أ- فمن حيث قواعد الإثبات.

لما كانت الحياة التجارية يسودها عنصر الائتمان ويحكمها مبدأ السرعة، وجب أن تساير أحكام العقود التجارية هذين المبدئين أو الميزتين ، لذا فإن المشرع الجزائري وهو يسن قواعد القانون.

¹ حمدي عطية مصطفى عمر، نفس المرجع، ص301.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص149

التجاري كان في غاية من المرونة، فذكر وسائل عدة يثبت بها العقد التجاري، فإلى جانب السندات الرسمية ذكر السندات العرفية ، والفواتير المقبولة، والرسائل والدفاتر التجارية للطرفين، والإثبات بالبينة، بينما العقد الإداري لا يثبت إلا بالكتابة.

ب- أما من حيث طرق الإبرام.

تميز الصفقة العمومية عن العقد التجاري فيما يخص طرق الإبرام، فإذا كان من اليسير إبرام عقد تجاري تماشياً مع السرعة وحركة المجتمع التجاري، فإن الأمر لا يكون كذلك بالنسبة للصفقة العمومية ، التي يأخذ إبرامها مراحل طويلة وتتم بإجراءات معقدة¹ .

(3) التمييز بين الصفقات العمومية وعقد العمل.

إن المشرع لم يخص المجتمع التجاري والمدني بأحكام خاصة، بل امتدت الخصوصية أيضاً للمجتمع العمالي الذي يحكمه التشريع العمالي أو الاجتماعي² ، وقد عرف الفقه عقد العمل على أنه: "اتفاق يلزم بمقتضاه شخص لوضع نشاطه في خدمة شخص آخر، وتحت إشرافه مقابل أجر"³ ويتبين من هذا التعريف أن عقد العمل يقترب من الصفقة العمومية، خاصة وأن هذه الأخيرة قد يكون موضوعها خدمة، وعقد العمل هو الآخر ينصب على خدمة يقدمها العامل لصاحب العمل ، غير أنه تظل الصفقة العمومية تتميز عن عقد العمل من جوانب عدة هي:

أ-التمييز من حيث عنصر الشكل.

من خلال تعريف عقد العمل وربطه بتعريف الصفقة العمومية، فإن عقد العمل لا يشترط فيه عنصر الكتابة وهو ما أشارت إليه المادة 08 من قانون 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم ، صراحة بنصها على أن: " تنشأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب، وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما." بينما يعتبر شرط الكتابة في الصفقة العمومية لازماً بل هو ركن من أركانها .

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص152.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص153.

³ أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998 ، ص15.

ب- التمييز من حيث طرق الإبرام وقواعد الرقابة.

تختلف الصفقة العمومية أيضا عن عقد العمل سواء من موضوعها، أو طرق إبرامها، أو قواعد رقابتها، الأمر الذي يجعل الصفقة العمومية بطيئة في ظهورها، بينما يبرم عقد العمل في مدة وجيزة، ويخضع هو الآخر لأطر ورقابة خاصة.

ج- التمييز من حيث قواعد الاختصاص القضائي.

تعرض منازعات العمل على مستوى المحكمة الابتدائية، وهذا بعد مرورها وجوبا على مراحل الصلح الذي تتولاه مكاتب الصلح، بينما تخضع منازعات الصفقات العمومية لاختصاص المحاكم الإدارية¹.

المطلب الثاني : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

سبق القول أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد هو ذلك الإجراء الذي يفرض رقابة صارمة على العقود والصفقات العمومية قبل عملية إبرامها ، و للتمعق أكثر في مفهومه فالأمر يتطلب التطرق إلى أصله من خلال البحث في نشأته وتبنيه في فرنسا (فرع أول)، ثم تبنيه في الجزائر ومبررات ذلك (فرع ثاني) .

الفرع الأول : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا و تبنيه .

قبل المرور و الاسهاب في البحث على نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في الجزائر وجب التطرق الى نشأته في فرنسا (اولا) , ثم في الجزائر (ثانيا) .

أولا : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا.

قام المشرع الأوروبي بإصدار التوجيه رقم 89- 655 بتاريخ 21 ديسمبر 1989² الذي ينسق القوانين والأنظمة والأحكام الإدارية المتعلقة بتطبيق إجراءات المراجعة فيما يتعلق بمنح عقود التوريد العامة والأشغال العامة، حيث ورد تحت عنوان "طعن ورقابة" في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال، و قد تم تكريسه بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، بعد أن تنبه المشرع الأوروبي إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة و العلانية، وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.154.

² - Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions

وأعقبه بالتوجيه رقم 13/92 المؤرخ في 25 فيفري 1992، المتعلق بالصفقات التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية كقطاع الماء و الطاقة و النقل والاتصالات المعدل بالتوجيه رقم 66/07 المؤرخ 11 ديسمبر 2007، المتعلق بتحسين فعالية إجراءات المراجعة في مجال الصفقات العمومية والذي فرض علي دول الاتحاد الأوروبي، تبني إجراءات لضمان حق الطعن ضد القرارات التي تتخذ في مجال إبرام العقود، التي لا تحترم قواعد النزاهة والمنافسة الشريفة¹.

ثانيا: تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا.

بناء على هذا التوجيه الأوروبي، تبني المشرع الفرنسي قضاء الاستعجال قبل التعاقد، وذلك بصدور القانون 10-92 بتاريخ 04/01/1992²، والمرسوم رقم 92-946 بتاريخ 07/09/1992³، والقانون رقم 93-1416 بتاريخ 29/12/1993 المتعلق بمنع الرشوة والذي عرّف بقانون loi sapin⁴، تم إدراج أحكامهما في المادتين 22 و 23 L. من قانون المحاكم الإدارية و مجالس الاستئناف الإدارية، ثم المواد 1-551 و 5-551 L. في تعديل القضاء الإداري، وفق الأمر 09-515 الصادر في 07/05/2009⁵.

وتمنح المادة 1-55 L. من قانون القضاء الإداري التي نصت على العقود التي تمنحها السلطات المتعاقدة لرئيس المحكمة الإدارية (كقاضي فرد فاصل في الدعوى الاستعجالية)، سلطات واسعة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية .

¹ -catherine BERGEL, Frederic LENIGA, le contentieux des marchés publics, groupe i, primerie National Editions techniques ,2010,p83.

² - Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrat et marchés de fournitures et de travaux,pricite

³ Décret n° 92-946 du 7 septembre 1992 modifiant le décret no 91-202 du 25 février 1991 fixant au titre des années 1990, 1991 et 1992 les modalités d'accès des maîtres contractuels et agréés désétablissements d'enseignement privés sous contrat, assimilés pour leur rémunération aux instituteurs, à l'échelle de rémunération des professeurs des écoles, JORF n°209 du 9 septembre 1992.

⁴ Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des telecommunications, JORF n°1 du 1 janvier 1994

⁵ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence

أما المادة 5-551 L. من نفس القانون و المتعلقة بالعقود التي تمنحها الكيانات المتعاقدة، فإنها تمنح القاضي الإداري سلطات أقل في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و الوضع في المنافسة، التي تخضع بمقتضاها الصفقات العمومية إلى أحكام قانون الاتحاد الأوروبي في القطاعات المنظمة بمقتضى قانون 11/12/1992 (الماء، النقل، الطاقة، الاتصالات)¹.

هكذا وكان للمشرع الفرنسي السبق الإيجابي في إرساء معالم دعوى قضائية جديدة ، فعلى الرغم من حداثة إلا أنها في جوهرها آلية شديدة القوة، تضمن فعالية أحكام العلانية والمنافسة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية . فالقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد شكل إصلاحا فعالا في الحياة القانونية في فرنسا، واكتسب أهمية خاصة ، لما له من أثر على الإدارة والأفراد على حد سواء في نطاق العقود الإدارية، وبالأخص منذ أن قنن في التشريع الفرنسي بموجب تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، والذي كان إجراء محله السماح للقاضي الإداري، البت وعلى وجه السرعة في المسائل المتعلقة بالمنافسة في الحياة الاقتصادية، وأضحى هذا القضاء محلا للعديد من التعليقات و الشروحات الفقهية التي تناولته.

ولم يقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد ، بل استحدث نوعا آخر إلى جانب الاستعجال ما قبل التعاقد، ويتعلق الأمر بالاستعجال التعاقد الذي جاء به الأمر رقم 515-2009 المؤرخ في 7 ماي 2009 السابق ذكره. هذا الأمر جاء تأكيدا على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قرار مشهور له بتاريخ 16 جويلية 2007 ، في قضية « société tropic travaux signalisation » ، والتي تتلخص وقائعها في أنه: "على إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ Pitree a pointe العرض الذي تقدمت به شركة "Rugoway" فرفضت شركة "Tropic" باعتبارها مرشحة للصفقة ، دعوى إستعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية:

قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لشركة "Rugowa" قرار إمضاء الصفقة ذاتها بتاريخ 2006/03/02 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كليا.

¹ - Bernard KREPPER, Rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, CCI de région Paris Ile-de-France, 2013, p.25.

استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية لحقهم في مخاصمة العقد ذاته، إلا أنه رفض الاستئناف، لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة.

و بمقتضى هذا القرار أقرت جمعية المنازعات لمجلس الدولة للمرشحين الذين تم استبعادهم، حق اللجوء إلى القاضي الإداري في أجل شهرين من تاريخ إبرام العقد. حيث يملك القاضي الإداري في إطار دعوى القضاء الكامل، عدة سلطات في حالة ما إذا وجد عيبا في العقد، فله أن يأمر بفسخ العقد، أو بتعديل بعض شروطه، أو بمتابعة تنفيذ العقد، و حتى بتعويض المدعي¹.

* انطلاقا من هذا الاجتهاد و بالإضافة إلى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي رقم CE/66/2007)، تم إصدار الأمر رقم 515-2009 الذي يهدف إلى تطوير فعالية الدعوى الخاصة بالعقود الإدارية قبل وبعد توقيعها، وتم إدماج هذا الأمر في قانون القضاء الإداري، ونظم الاستعجال التعاقدية في المواد من L 551-13 إلى L 551-16. و من خلال هذه الدعوى أصبح بإمكان قاضي الاستعجال الإداري أن يأمر بإبطال العقد بعد امضائه وذلك في حالة عدم القيام بأي إجراء من إجراءات الإشهار التي يخضع لها إبرامه أو في حالة إغفال عملية النشر. ومع ذلك فإن ممارسة هذا الإجراء الاستعجالي التعاقدية الجديد من طرف المحكمة الإدارية، مشروط بعدم التعدي على استقرار العلاقات التعاقدية، وهو أمر أساسي لاستمرار الأعمال، والأداء المنتظم للخدمات العامة.

الفرع الثاني : تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في الجزائر ومبرراته.

تأسيا بالمشروع الفرنسي نظم المشرع الجزائري قضاء الاستعجال قبل التعاقد (أولا) وتنظيمه لهذا النوع من الاستعجال له أسباب ومبررات (ثانيا).

¹ القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج. ر. ج. ج.

أولاً : تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

إن المتتبع لحركة التشريع الجزائري، يلاحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري، على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فقانون الإجراءات المدنية السابق 66-154¹. المعدل والمتمم ، جاء هزيعاً جدياً في هذا المجال ، ولم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171² مكرر التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء رغم الاختلاف الكبير بينهما .

أما القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، والقانون رقم 98-02³ لمتعلق بالمحاكم الإدارية، القانون العضوي رقم 98-03 المتعلق بمحكمة التنازع⁴ ، فلم تتناول بأي شكل من الأشكال، القضاء الاستعجالي الإداري، وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في هذا المجال، إلى غاية صدور القانون 08-09 سالف الذكر. ومن خلاله أفرد ومن خلاله أفرد المشرع الجزائري في الفصل الخامس منه بعنوان الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، بموجب المادتين 946 و947 منه وذلك في الباب الثالث بعنوان الاستعجال.

ولا يختلف إثنان أن هذا الإجراء الذي تبناه المشرع الجزائري، جاء تأسيساً بالمشرع الفرنسي، الذي كان قد نص على آلية الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات العمومية، بموجب المادتين 22 L و 23 L. من تقنين المحاكم الإدارية و مجالس الاستئناف الإدارية.

¹ الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، سابق الإشارة إليه.

² تنص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى، سابق الإشارة إليه على ما يلي: " في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي أو للعضو الذي ينتدبه، بناء على عريضة تكون مقبولة حتى في حالة عدم وجود قرار إداري سابق. ³ القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37 ،الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998.

⁴ القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج. ر. ج. د. ش، عدد 39 ،الصادرة بتاريخ 07 جوان 1998.

ثانيا: مبررات تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.

إن المستقرى لأحكام الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال عقود الصفقات العمومية بصورة خاصة، يقف على دوافع ومبررات لم يكن المشرع الجزائري السباق إليها بقدر ما تنبأه من تجارب القانون المقارن.

فالمشرع الجزائري يحاول من خلال هذه الآلية تكريس مبدأ المساواة والإشهار والوضع في المنافسة، و تعزيز آليات الرقابة في مجال العقود الإدارية.

فقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن الاستعجال ما قبل التعاقد، يحرك كآلية قضائية في حال الإخلال. بالالتزامات الملقة على عاتق المصلحة المتعاقدة بخصوص التزامات الإشهار و الوضع في المنافسة .

وبالرجوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية، يمكن القول أن المشرع قد كرس آليات عديدة لتعزيز الرقابة في مجال إبرامها لتعلقها بالمال العام من جهة، ودرء شبهات الفساد من جهة أخرى¹.

وباعتبار أن تنظيم الصفقات العمومية رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية،² 2002، كان

قد صدر قبل تبني الجزائر لقوانين مكافحة الفساد، وعلى رأسها القانون 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006³ .

فإن المشرع الجزائري قد أصدر مرسوما رئاسيا جديدا ينظم الصفقات العمومية تحت رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010¹، فأفرد قسما خاصا لمكافحة الفساد لا سيما المادتين 60 و 61 في التنظيم المذكور وتم إلغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مؤكدا رغبة المشرع في مكافحة الفساد .

¹ عثمان بوشكيوة، إستعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع في قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09-10 مارس 2011، ص4.

² المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج. ر. ج. د. ش، عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

³ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. د. ش، عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

وعطفا على ما سبق بيانه، فإن المشرع الجزائري عندما تبنى آلية الاستعجال ما قبل التعاقد، إنما ابتغى من وراء ذلك تكريس آليات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. فالإدارة باعتبارها مؤتمنة على الصالح العام، يفترض أنها تحترم جميع القواعد القانونية المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية، إلا أنه قد يحدث أن يتعسف أعوانها ويزيغون عن العدالة التي تقتضيها قواعد القانون في مجال منح العقود والصفقات، ودرء لأي ضرر قد يصعب جبره لاحقا، فقد مكن ذات المشرع القضاء بسلطة رقابة قبل تعاقدية، فضلا عن تمكين أصحاب المصلحة من اللجوء إلى القضاء ومخاصمة المصلحة المتعاقدة طالما ادعوا أنها تعسفت، بما في ذلك من تعزيز وتكريس لآليات رقابية أكثر فعالية غابت عن نصوص التشريعات السالفة، وقد أحسن المشرع صنعا عندما خصص لها بل أفرد لها نصوصا قانونية في قواعد الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة¹. ولعل من بين المبررات والدوافع التي أدت بالمشرع الجزائري إلى تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد ما يلي:

- تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية في الجزائر، خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة، والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض .
- الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية، وهو ما أثر سلبا على المناخ الاستثماري، بإحجام المستثمرين عن التقدم بعطاءاتهم من جهة، ظنا منهم أنها لن تتال القبول سلفا، لأن معايير الاختيار بجانب قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن تركز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال من جهة أخرى.
- رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية، بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد².

¹ عثمان بوشكيوة، المرجع السابق، ص4.

² -بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الخامس، العدد الأول، 2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص33.

المبحث الثاني: دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تعتبر دعوى الاستعجال قبل التعاقد المحرك الوحيد والأساسي لقضاء الاستعجال قبل التعاقد، ومن أجل ذلك وجب الإحاطة بها من خلال بيان مفهومها (مطلب أول)، ثم تعداد العقود التي تدخل ضمن نطاقها (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد و خصائصها .

لبيان مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد ينبغي التطرق إلى تعريفها وبيان خصائصها وذلك في الفرع الأول، وتوضيحا أكثر لمفهومها سيتم التفصيل في علاقتها مع غيرها من الدعاوى الأخرى المشابهة لها وذلك في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد وبيان خصائصها.

وسيتم تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد (أولا)، ومن خلال تعريف هذه الدعوى يتم استخراج خصائصها (ثانيا).

أولا: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد .

دعوى الاستعجال قبل التعاقد، هي دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام الصفقة، بمعنى أنها دعوى قضائية استعجالية قبل تعاقدية، تثار في مرحلة سابقة على إبرام الصفقة، وذلك في حالة إخلال الإدارة بقواعد الإشهار والوضع تحت المنافسة التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية. فدعوى الإلغاء التي ترفع ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، والتي تساهم في نفس الوقت في تكوين إرادة الإدارة المتعاقدة، أثبتت منذ فترة طويلة عدم نجاعتها وفعاليتها، حيث أن القاضي يبت فيها غالبا بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناجمة عنه، زيادة على عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل عن الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، مما ينفي وجود أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير الذي أهدرت حقوقه بسبب هذه مخالفات.

والأمر نفسه بالنسبة لدعوى الإلغاء الخاصة بعقود الجماعات المحلية، فقد جاءت غير كافية وغير فعالة، لأنها تتدخل بعد إبرام العقد. وعليه فإن الجزاءات المترتبة على خرق قواعد الإبرام تكون متأخرة جدا. كما أن استخدامهما من جانب المحافظين في فرنسا قليل جدا، ويرجع ذلك بالدرجة

الأولى إلى الحذر الذي تبديه السلطات المركزية، والمتجسد في عدم التدخل في شؤون الإدارة المحلية.

فدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية، هي إذن دعوى استعجالية قبل تعاقدية وقائية، من شأنها القضاء على كل إخلال بقواعد الإبرام، والمتمثلة في قواعد العلانية والمنافسة. ومما تقدم يمكن القول أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تتمتع بخصائص، تبين مدى فعاليتها في معالجة كل خلل متعلق بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة، وهذه الخصائص سيتم التفصيل فيها على النحو المبين أدناه.

ثانيا : خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقدية .

تتمثل خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد في أنها دعوى قضائية قبل تعاقدية تقنية وقائية، وأنها دعوى قضاء الاستعجال الإداري، كما أنها دعوى قضائية تصحيحية، بالإضافة إلى كونها دعوى استعجال موضوعي، وأنها دعوى تنتمي إلى القضاء الكامل، كما أن القاضي الاستعجالي يتمتع فيها برقابة مزدوجة، وأخيرا بيان ووضوح أطرافها وحالات رفعها.

1-دعوى قضائية قبل تعاقدية تقنية وقائية.

ومعنى ذلك أنها تثار في مرحلة سابقة على إبرام العقد، و تهدف إلى منع كل مخالفات العلانية والمنافسة المتعلقة بإبرامه. وعلى هذا الأساس فهي تكتسي الطابع الوقائي الذي تسعى من خلاله إلى منع الأمر الواقع الذي يحدث، من جراء تدخل الدعوى القضائية بعد إبرام العقد بل بعد تنفيذه أحيانا. والمقصود في هذا الصدد دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد، وهذا يعني أنه متى تم إبرام العقد فلا مجال لإعمال هذه الدعوى¹ ، فمن الواجب طرح النزاع أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل وصول أجل إبرام العقد إلى نصابه² .

كما أن هذه الدعوى تخول للقاضي سلطات هامة وواسعة، بل غير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري، فالقاضي عندما يبت في مثل هذه الدعوى فهو يتمتع بسلطات الأمر والوقف والتأجيل والإلغاء، وكذا إبطال بعض شروط العقد، ولكنه لا يحق له منح التعويض³.

¹ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.845.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص269.

³ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص845.

2-دعوى قضاء الاستعجال الإداري.

يتعين ضمان سرعة التدخل القضائي، والوصول إلى نتيجة نهائية بما يتناسب وهذه المرحلة من إجراءات التعاقد، فالدعوى لا تكون ملائمة ما لم يكن للقاضي إتخاذ إجراءات نهائية بمدة قصيرة، وعليه فإن النصوص النازمة لهذه الدعوى إنما أسست على فكرة السرعة¹.

3-دعوى قضائية تصحيحية.

بمعنى أنها تهدف إلى تصحيح الخرق والإخلال الذي تسببت فيه المصلحة المتعاقدة، وليس إلى تصحيح العقد في حد ذاته، لأن العقد لم يتم إبرامه أصلاً، وهذا ما يؤكد الطابع الوقائي لهذه الدعوى. فقاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا يحل محل قاضي العقد، فهو إنما ينظر في النزاعات المتولدة قبل الإبرام. ذلك أن هذه الدعوى لا تنصب على نزاع ناشئ عن العقد، أي بمعنى آخر فإن الحقوق والالتزامات منطلقها القانون وحده وليس العقد².

4-دعوى استعجال موضوعي.

فالقاضي عند نظره في هذه الدعوى يبت في الموضوع، و يكون ذلك بالتصدي للخرق المرتكب في الالتزام بمبدأ العلانية أو المنافسة، وفقاً لما حدده القانون لهذا الخرق من جزاءات. والأحكام الصادرة عن القاضي بالبت بالموضوع تكتسب قوة الشيء المقضي به، وذلك خلافاً للقضاء المستعجل العادي والذي لا يمكن للقاضي فيه أن يبت إلا بالطلب المستعجل المتعلق بالحفاظ على حق أو تجنب ضرر، والتي يكون فيها الضرر شرطاً لانعقاد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة.

ويملك القاضي سلطة تقدير مدى وجود الحالة الاستعجالية من ظاهر الأوراق ومن الظروف المحيطة بالدعوى. ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام العقد وبدأ تنفيذه³.

¹ محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابق للتعاقد في فرنسا، مجلة المناقشة للبحوث والدراسات، المجلد 20، العدد الأول-أ، 2013، جامعة دمشق، ص3.

² محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، المرجع السابق، ص3.

³ محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، نفس المرجع، ص7.

كما أن سلطة القاضي فيها واسعة، تتجاوز سلطة القاضي الاستعجالي الإداري العادي، المنحصرة في اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، حيث يبت القاضي في موضوع النزاع، وهو نزاهة أو قانونية العلانية والمنافسة، وهذا ما أدى بالبعض إلى أن يقترح ترجمة المصطلح *Le précontractuel référé* إلى قضاء الاستعجال الموضوعي قبل التعاقد¹. وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في هذه الدعوى، يبسط رقابته أحيانا بشكل صارم وشديد جدا على أعمال الإدارة عند إبرام عقودها، فيما يتعلق بالإعلان والمنافسة، حتى في حالة تبدو أن الإدارة اتخذت إجراء ملائما بهذا الشأن، وهذا ما أدى إلى وصف سلطة القاضي في هذه الحالة بأنها قاسية وشديدة².

5- دعوى تنتمي الى القضاء الكامل.

فهذه الدعوى تزود المحكمة الإدارية الفاصلة تبعا لإجراءات الاستعجال، برقابة القضاء الكامل على مدى احترام السلطة المسؤولة عن إبرام العقد لالتزامها بالإشهار والوضع في المنافسة، وهذا ما يحملها أساسا على تفحص الدوافع التي على إثرها استبعد المرشح من منح العقد³، ولمعرفة ما يجب فهمه من عدم مراعاة التزامات الإشهار والمنافسة، فإن القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي، قد كرس مفهوما موضوعيا، فلا يتعلق الأمر بالبحث عما إذا انشغل الشخص العمومي بالتهرب من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة لإثبات تجاوز السلطة، بل بمعاينة أن تنظيم المنافسة لم يتم على ما يرام. وذلك في قراره الصادر بتاريخ 29 جويلية 1998.

6- أن القاضي الاستعجالي يتمتع فيها برقابة مزدوجة.

فالقاضي الاستعجالي في هذه الدعوى يتمتع برقابتين، الأولى تتعلق بمراقبة مدى احترام الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية التي من شأنها ضمان المنافسة بين المرشحين والمساواة بينهم. أما الثانية فتتعلق بمراقبة مدى احترام معايير قبول الترشيحات التي قامت بوضعها المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط.

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 846.

² عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 458.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 550.

7- بيان ووضوح أطرافها وحالات رفعها.

مما لا شك فيه، أن لكل دعوى قضائية أطرافها، سواء كانت دعوى موضوعية، أو ذات طابع استعجالي، وسواء كانت في إطار القانون الخاص كالـدعوى المدنية، أو في إطار القانون العام كالـدعوى الإدارية، إلا أن هذه الأطراف لا يمكن معرفتها أو الكشف عنها إلا في حالة نشوء نزاع حول علاقة معينة وعرضه أمام القاضي المختص، فيتبين من هو المدعي ومن هو المدعى عليه. على أن الأمر يختلف بالنسبة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود الإدارية، فقد بين تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية وقانون القضاء الإداري الفرنسيين، وكذا القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحد أطرافها وهو المدعي، و قد بين المرسوم رقم 899-15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، والـمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الطرف الثاني وهو المدعى عليه، والذي ترفع الدعوى ضده لإخلاله بالتزامات الإشهار والمنافسة، في معرض إبرامه للعقود والصفقات العمومية التي تستوجب ذلك، باعتباره مصلحة متعاقدة مكلفة بإبرام الصفقة العمومية، كما أنها لا ترفع إلا في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة المتعلقة بالعقود والصفقات العمومية. فمن حرفية النص يبدو أن القواعد التي تخرج عن قواعد الإشهار والمنافسة لا تدخل في اختصاص قاضي الاستعجال قبل التعاقد فلا يمكنه تجاوز هاتين المسألتين.

الفرع الثاني: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالدعوى الأخرى.

إن لدعوى الاستعجال قبل التعاقد علاقة بدعوى أخرى مشاة لها، ويتعلق الأمر بكل من دعوى الاستعجال التعاقدية (أولا)، ودعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية (ثانياً).

أولاً: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى الاستعجال التعاقدية.

إن كلا من دعوى الاستعجال قبل التعاقد ودعوى الاستعجال التعاقدية في مادة العقود والصفقات العمومية، يقصدان نفس العقود ويعاقبان نفس الإخلال والمتمثل في عدم مراعات قواعد الإعلان والوضع في المنافسة، ويهتمان نفس رافعي الدعوى، لكن لا يمكن أن يجتمعا فهما يتفرقان من حيث ميعاد رفع الدعوى، ومن حيث طبيعة الاختيار.

1- من حيث ميعاد رفع الدعوى:

في دعوى الاستعجال قبل التعاقد يخطر القاضي قبل توقيع العقد، وبالتالي ترفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد ابتداء من علم المرشح برفض ترشحه، إلى غاية التوقيع على العقد، فعلى رافع الدعوى إعلام السلطة المتعاقدة أو الكيان المتعاقد بهذا الطعن، وهذا الإجراء الشكلي لا يعد سببا في عدم قبول الدعوى أو رفضها ، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2010 .

2- من حيث طبيعة الاختيار:

تحرك دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة الخرق أو الانتهاك الواضح للالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة، حيث يمكن إثبات العلاقة بين الخرق والمصلحة المتضررة، واختيار هذا الاستعجال يوصف بأنه الاختيار الأكثر نفعاً وهذا لسببين:

أ- الأول: وهو الأكثر أهمية حيث أن الاستعجال قبل التعاقد له ميزة كبيرة مستمدة مباشرة من طبيعته، أي أنه يتدخل قبل توقيع العقد. وهذا السبب غالبا ما يكون صحيحا لأنه يعطي فرصة أخرى لكسب الصفقة، فمن المرجح أن يتم الإعلان عن الصفقة على أساس جديد، من خلاله يتم إعادة المرشح المستبعد إلى المنافسة، وعلى إثر ذلك يمكن أن يكون هو الفائز بالصفقة.

ب- الثاني: مرتبط بصلاحيات قاضي الاستعجال قبل التعاقد، فإذا كانت سلطات هذا الأخير ذات فعالية، وذلك بمجرد إخطاره بشكل صحيح، فإن هذا الأمر لا ينطبق على قاضي الاستعجال التعاقدي، على الرغم من أنه في الاستعجال قبل التعاقدي والاستعجال التعاقدي يكون للقاضي سلطة إصدار أمر قضائي فضلا عن سلطة التعليق . وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2006 .

يرغب المدعي إثارة الإخلال بالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة أثناء إجراء التوقيع، وكما هو الحال بالنسبة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإن لدعوى الاستعجال التعاقدي ميزتان هامتان:

الأولى: ميزه عملية فلا يمكن تحريك دعوى الاستعجال التعاقدي إلا بعد توقيع العقد، مما يترك للمدعي قدرا من الوقت من أجل تحضير الدعوى. فدعوى الاستعجال قبل التعاقد بسبب مواعيدها الصارمة، لا تترك وقتا كافيا للمدعي من أجل الحصول على المعلومات التي تمكنه من إثبات وجود خرق قد يسبب له ضرر، ويزود القاضي بذلك. ومن باب أولى تكون هذه المعلومات سارية

بمجرد التوقيع على العقد. كما أن القاضي هو الآخر يكون في وضع أفضل لكي يطلب من المدعي الكشف عن الإخلال، أكثر ما هو عليه الحال في سياق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

الثانية: وهي متعلقة بسلطات العقاب الممنوحة لقاضي الاستعجال التعاقدية، والتي تعتبر سببا قويا بالنسبة للمدعي في اختيار هذا الطعن، لرغبته في كسب الصفقة والحصول على التعويض، وإصلاح الضرر الناجم عن استبعاده بطريقة غير مشروعة.

وفي الأخير فإن اختيار الاستعجال يجب أن يكون مؤسسا على معايير موضوعية، بحيث إذا رغب المدعي بكل بساطة استرجاع العقد، عليه أن يعطي الأولوية لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، ولكن إذا أراد الحصول على التعويض وأخذ الوقت اللازم لتحضير ملف الدعوى على أساس متين، فعليه أن يختار دعوى الاستعجال التعاقدية.

ثانيا: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

ولتوضيح هذه العلاقة وجب تحديد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال الصفقات العمومية، ثم بيان الأشخاص المؤهلون لممارسة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

1- تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

تعرف القرارات الإدارية المنفصلة بأنها: "قرارات تكون جزء من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري، ولكن القضاء الإداري يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، فيقبل الطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن ذات العقد، وهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية ككل، إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية"¹.

كما تعرف أيضا على أنها: "عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة في إطار عملية مركبة، مع إمكان فصل هذه التصرفات، لتمثل على حدى قرارات قائمة بذاتها، وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على كيان لعملية ذاتها، أو يعطل أو

¹ جورج شفيق ساري، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 85.

يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية¹.

وتعرف القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بأنها : "تلك القرارات التي تقوم الإدارة بإصدارها وهي في سبيلها للتعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه، وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها ، ولكنها تندمج في عملية التعاقد² .

إن القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية، تظهر بوضوح في مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها، ذلك أن القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة، لها أهمية كبيرة في تكوين الصفقة العمومية وإبرامها، فهي لا تعد جزء من بنود الصفقة ولا من شروطها. وتتمثل إجراءات مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها في تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، وإعداد دفتر الشروط، و طرق إبرام الصفقة العمومية وإجراءاتها ، و إقصاء المشاركين، وتأهيل المرشحين، تليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، ثم تحرير الصفقة وإمضاءها والمصادقة عليها من الهيئة الوصية حتى تدخل مرحلة التنفيذ. ويتم تجسيد هذه الأعمال والتصرفات من طرف المصلحة المتعاقدة في شكل قرارات إدارية ممثلة في: قرار الإعلان عن الصفقة العمومية، و قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية، و قرار استبعاد أي عطاء، و قرار الحرمان من دخول المنافسة، وكذا القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية و قرار إلغاء الصفقة قبل إبرامها³. فكل هذه القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في أي إجراء من تلك الإجراءات، هي من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية للصفقة العمومية. ويندرج الطعن فيها ضمن دائرة قضاء الإلغاء، ولا تدخل ضمن ولاية القضاء الكامل لعدم ارتباطها بنصوص الصفقة العمومية وشروطها، كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ الصفقة ولا تتعلق ببندوها ولا الحقوق المترتبة عنها⁴.

¹ محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص66.

² سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص208.

³ عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، ص111.

⁴ أبوبكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص19.

وفي هذا المقام تتشابه دعوى الاستعجال قبل التعاقد، مع دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، في أن الحالات التي تستدعي ممارستها تكون سابقة على إبرام الصفقة العمومية، والمتمثلة في الإخلال بمبدأ العلانية والوضع في المنافسة، فأى قرار يخل بمبدأ العلانية كعدم الإعلان أصلاً، أو أن الإعلان منقوص من البيانات الأساسية التي فرضها المشرع الفرنسي في الأمر المتعلق الصفقات العمومية، والمشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مثلاً، وأي إخلال بمبدأ المنافسة، كقرار الإقصاء من الصفقة بدون وجه حق، أو قرار الحرمان من الدخول إلى المنافسة، يستوجب رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد، إلا أن هذه الدعوى الأخيرة تظل أكثر فعالية من الدعوى السابقة، كونها توصف بالاستعجالية، وسلطات القاضي الإداري فيها واسعة وواضحة، على عكس دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة فالقاضي يقوم فيها بإلغاء القرار الإداري فقط إذا اتضح له عدم مشروعيته.

2- الأشخاص المؤهلون قانوناً لممارسة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

وتمارس دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية من قبل الغير والمتعامل المتعاقد، و إبراز ذلك على النحو المبين أدناه.

أ- الغير: ويقصد بالغير في هذا الخصوص غير المتعامل المتعاقد، وهو الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية. وهنا تتشابه هذه الدعوى مع دعوى الاستعجال قبل التعاقد. فهذا الغير إذا تضرر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة، واستوفت فيه الشروط القانونية كشرط المصلحة، فليس أمامه إلا طريق دعوى الإلغاء، للطعن في القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، سواء ما تعلق منها بمرحلة الإعداد أو مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ. ولا يمكنه أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل، لأنه ليس طرفاً في عقد الصفقة العمومية، ولا يتمتع بأي حق من الحقوق الشخصية المترتبة عن العملية التعاقدية¹.

وهنا يكمن الاختلاف حيث أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تنتمي إلى القضاء الكامل، كما أن أطرافها لا تقتصر على الغير الخارج على الصفقة فحسب، بل هناك أطراف حددها القانون

¹ محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص 187.

ومنحها الصفة في رفع الدعوى بقوة القانون، والمتمثلة في الوزير الوصي ومحافظ الدولة بالنسبة للقانون الفرنسي، وممثل الدولة على مستوى الولاية بالنسبة للقانون الجزائري. كما أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا تتعدى إلى مرحلة التنفيذ لأن ميعادها محدد بتوقيع العقد.

ب- المتعامل المتعاقد:

إن إطلاق تسمية المتعامل المتعاقد على أي شخص وتمتعه بهذه الصفة، لا تكون إلا إذا كانت العملية التعاقدية للصفقة العمومية قد تمت، أي أن مرحلة الإعداد والإبرام قد تم الانتهاء منها، ودخلت الصفقة مرحلة التنفيذ، ذلك أن المتعامل المتعاقد قبل إبرام الصفقة والتصديق عليها يعتبر مرشحا فقط فإذا ما تبين لهذا المتعامل المتعاقد، بأن بعض القرارات الإدارية التي أسهمت في تكوين الصفقة العمومية وإبرامها كانت غير مشروعة، فهل بإمكانه أن يطعن فيها بدعوى الإلغاء، باعتبارها قرارات إدارية منفصلة أم له أن يسلك سبيل دعوى القضاء الكامل؟¹

الحاصل أن التجاء المتعامل المتعاقد إلى دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة، التي ساهمت في تكوين العقد، هي محل نظر. فالتجاء المتعامل المتعاقد إليها لا يكون بطبيعة الحال إلا بعد إبرام العقد، وحينئذ لا يكون للمتعامل المتعاقد أي مصلحة في ذلك، و أن القضاء الكامل أنفع وأجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء، لأنه إذا لجأ إليها وحصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد، لكي يرتب له الأثر الذي ترتب على الحكم بالإلغاء، وفي هذا ضيعة للوقت.²

¹ عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 113.

² محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص 189.

المطلب الثاني : نطاق تطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية.

هناك عقود تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد (الفرع الأول)، وعقود تدخل ضمن نطاقها (الفرع الثاني)، وسيتم إبراز ذلك على الشكل التالي.

الفرع الأول: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

و سيتم التعرض إلى عقود تخرج بنص القانون (أولا)، وعقود أخرجها القضاء الإداري من نطاق هذه الدعوى (ثانيا).

أولا: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بنص القانون.

إلى غاية صدور تقنين القضاء الإداري في 2009/5/7، كان مجال دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد محددًا بقائمة من العقود، ثم ما لبثت أن ازدادت بشكل تدريجي. فالتطبيق الأولي لقانون 1992/01/04 قد أثار إمكانية تطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد على إبرام عقود التوريد والأشغال فقط، في حالة ما إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الأصل الأوروبي. فقد ثار التساؤل من قبل في فرنسا عن إمكانية إثارة دعوى الاستعجال قبل التعاقد في نطاق الصفقات العمومية قليلة القيمة، على أساس أن هذه الدعوى الجديدة لا يمكن أن تتدخل إلا في مرحلة ما قبل إبرام العقد، في حين أن العقود قليلة القيمة يتم إبرامها بسرعة أكبر بكثير من العقود باهضة القيمة، وهذا ما يجعل الفترة الزمنية التي تستغرقها إبرام العقود قليلة القيمة غير متناسب أبداً مع المدد التي تستلزمها هذه الدعوى الجديدة.

وهذا يعني أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد، لا يمكن اللجوء إليها إلا في نطاق العقود الهامة التي يأخذ إبرامها الكثير من الوقت، مما يسمح بإمكانية إثارة هذه الدعوى ومراعاة مددها من ناحية، والمصاريف المترتبة عنها من ناحية أخرى.

لكن بصدور القانون 1993/01/29 المعدل للقانون السابق، وفي المادة 50 منه فقد جعل إمكانية تطبيق هذه الدعوى شاملاً لمخالفات العلانية والمنافسة المرتكبة عند إبرام 2 كل عقود الصفقات العمومية، وبغض النظر عن قيمة العقد ثم اتسع كذلك ليشمل عقود المشاركة، بموجب الأمر 559/04 بتاريخ 3 2004/6/17 وعقود الأشخاص غير الخاضعين لتقنين العقود العامة وعقود امتياز 2005/6/6 تاريخ 05/649 الأمر بموجب، الأشغال، ومن ثم صدر تقنين القضاء

الإداري في 2009/5/7، الذي ألغى هذه القائمة من العقود، وكرس محلها تحديدا ماديا عاما للعقود ذات العلاقة، حيث أعيد تحديد نطاق تطبيق القضاء المستعجل قبل التعاقد بموجب التقنين المذكور يضاف إلى ذلك، أن المشرع الفرنسي قد استثنى بعض العقود واستبعدا من نطاق الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية، سيما تلك المتعلقة بإجراءات الإبرام، وهذه العقود وردت في المادة 14 من الأمر رقم 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية، وهي الاستثناءات المطبقة على العقود التي تمنحها السلطات المتعاقدة، بالإضافة إلى الإستثناءات المطبقة على العقود التي تمنحها الكيانات المتعاقدة والواردة في المادة 15 من ذات الأمر.

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج بعض العقود من مجال تطبيق تنظيم الصفقات 2 العمومية وتقييدات المرفق العام، فهي لا تخضع في إبرامها لهذا المرسوم، وبالتبعية تم استبعادها من نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وهي العقود المذكورة في المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تنص على أنه: "لا تخضع لإحكام هذا الباب، العقود الآتية:

- المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها.

- المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 06 أعلاه عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة.

- المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع.

- المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات.

- المبرمة مع بنك الجزائر.

- المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية، أو بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا.

- المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم.

- المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل.

- المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لإحكام هذا الباب وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة".

ثانيا: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بقرار قضائي.

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن منح امتياز الأراضي الذي يشكل عقدا للاستغلال المؤقت لأملاك الدولة، لا يخضع للالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة. ونتيجة لذلك فإنه لا يقع ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد ، وهذا في قراره الصادر بتاريخ 12 مارس 1999.

كما أن منح ملحق تعديل الصفة العمومية ، لا يندرج في نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، طالما أن إبرام مثل هذا الاتفاق لا يخضع للالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة المطبقة عند منح الصفقات العمومية، إلا إذا كان هذا التعديل يشكل في الواقع صفقة جديدة . وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 11 جويلية 2008 .

الفرع الثاني : العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد تتمثل في عقود الصفقات العمومية (أولا)، وعقود تفويض المرفق العام (ثانيا).

أولا: عقود الصفقات العمومية.

وهي العقود المذكورة في المادة الرابعة من الأمر 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية وتتمثل في عقد التوريد، والأشغال، والخدمات، وهي عقود خاضعة لقواعد الإبرام المنصوص عليها في هذا الأمر.

كما أن المشرع الجزائري نص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في المادة الثانية منه على أن الصفقات العمومية تكون في مجال الأشغال، اقتناء اللوازم، الدراسات، والخدمات. وكذا المادة 29 منه التي تنص على أن تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

-إنجاز الأشغال.

-اقتناء اللوازم.

-إنجاز الدراسات.

-تقديم الخدمات.¹...

¹ المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

مع مراعاة الشرط المالي المنصوص عليه في المادة 13 من المرسوم الرئاسي سابق الذكر والذي لا يقل عن إثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج في مادة الأشغال واللوازم، ولا يقل عن ستة ملايين دينار 6.000.000 دج في مادة الدراسات والخدمات .

1 عقد الأشغال العامة.

يعرف عقد الأشغال العامة: "بأنه اتفاق بين الإدارة، وأحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات، للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام، نظير مقابل يتفق عليه في العقد، بقصد تحقيق المصلحة العامة" كما يعرف على أنه:

« des contrats qui ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage »¹

ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الأمر رقم 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على عقد الأشغال العامة وبيّنت الهدف منه فقد جاء فيها:

« Les marchés publics de travaux ont pour objet :
realization par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.²».

كما أن الفقرة 03 من المادة 29 نصت على أن: "صفقة الأشغال العامة تهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشئة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية، كما تشمل صفقة الأشغال العامة بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو يئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشئة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها والضرورية لاستغلالها" فحتى يمكن الحديث عن أشغال عامة يجب أن تتوفر الشروط التالية:

أ- أن يكون العمل عقاريا: فبالنسبة للعمل كأن يتعلق الأمر بإنجاز طريق عام، أو جسر أو مجموعة سكنات، أو يتعلق الأمر بترميم أسقفها أو جدرانها. ويدخل في مفهوم العمل الأعمال التحضيرية مثل البناء والهدم والتأهيل، و كذلك الأعمال اللاحقة للتنفيذ مثل الترميم والصيانة. ولا

¹ Jérôme MICHON, 100 questions dans les marches publics, edition moniteur, Paris, 2004, p.26.

² Article 5 d'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics, précité.

شك أن لهذا العقد بالذات من العقود الإدارية وثيق الصلة بفكرة التنمية المحلية أو الوطنية. وبالنسبة للعقار يجب أن يكون العمل منصبا على عقار مهما كانت أهميته¹. سواء كان هذا العقار عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص²، والعقار بالتخصيص نصت عليه المادة 683 فقرة من القانون المدني والتي جاء فيها: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص³." ويرجع اشتراط أن يرد عقد الأشغال على عقار إلى الارتباط الوثيق بين الأشغال العامة والمرفق العام⁴.

ب- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

يجب أن يكون العمل الوارد على عقار بالصور أو الأمثلة المشار إليها في الشطر الأول، لحساب شخص معنوي عام، ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي، كالدولة أو الولاية أو البلدية، أو شخص مرفقي كالجامعة أو مؤسسة عامة استشفائية. وقد عرف عقد الأشغال العامة توسعا وانتشارا في هذه الألفية⁵ و في سنة 1921 أعطى مجلس الدولة الفرنسي أول مفهوم لعقد الأشغال العامة، في قرار مبدئي له معتبرا أنه بالإضافة إلى معيار العمل العقاري، فإن عقد الأشغال العامة يجب أن يبرم لحساب شخص عام بهدف تحقيق المصلحة العامة⁶. مبدئيا لم تكن تعتبر الأعمال المنجزة لحساب شخص خاص أشغالا عامة، إلا أنه بداية من سنة 1955 طبق عليها وصف الأشغال العامة، لكن بشرط أن تكون متصلة بمرفق عام، وأن دف إلى تحقيق المصلحة العامة ، وهذا النوع من العقود غير موجود في الجزائر بعد.

ج- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق مصلحة عامة:

مما لاشك فيه أن وصف صفقة عمومية، لا يصدق إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد الذي ينصب على عقار، هو تحقيق المصلحة العامة⁶. وهنا يظهر الفرق بين عقد الأشغال العامة،

¹ غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص238.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص57.

³ غني أمينة، المرجع السابق، ص238.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص57.

⁵ Emmanuelle GILLET, Lorenzi SEYDOU TRAORE, Droit administrative des biens, 1 édition, CNFPT, Paris, 2007, p.180

⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص174.

وعقد المقاوله المنصوص عليه في القانون المدني ، في المادة 549 منه، حيث لأشغال العامة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما عقد المقاوله يكون الهدف من ورائه تحقيق الربح فقط أي مصلحة خاصة¹.

د-أن يتوفر العقد على الحد المالي المطلوب:

خص المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة بعتبة مالية خاصة، وهي محددة في المادة 13 من المرسوم 247/15، حيث يجب أن تفوق القيمة المالية 12 مليون دج، حتى يكون عقد أشغال عامة

و-حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصيص و التصنيف المهنيين:

فرض المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 06/03/2011، المتمم للمرسوم التنفيذي 1993/11/28 المؤرخ 289-93 رقم 4 ، بموجب المادة 01 منه على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، كشرط لإبرام 5 صفقات مع الدولة أو الجماعات الإقليمية والإدارات العمومية. وعرفت المادة الثانية منه كلا من التخصيص والتصنيف. فالتخصيص يحدد قدرة المؤسسة على القيام بوسائلها الخاصة، البشرية والمادية والتقنية بإنجاز الأشغال حسب نوعها ودرجة تعقدها.

أما التصنيف فيحدد بناء على معدل عدد العمال المشغلين سنويا، ورقم الأعمال السنوي المحقق، أهمية المؤسسة النسبية وقدرتها على إنجاز الأشغال ذات الحجم المعين. وقد جاءت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 110/11 المذكور أعلاه لتعرف الشهادة بنصها على أن: "شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين للمؤسسات، وثيقة تنظيمية بأشغال البناء وأشغال عمومية والري وأشغال غابية وتخول الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها اختصاص وطنيا في ميدان العمل المعين"، وقد بينت المادة 04 منه المعلومات الواردة في هذه الشهادة، كما حددت المادة 06

¹ نصت المادة 549 من القانون المدني، سابق الإشارة إليه على أن: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر."

مدة صلاحيتها بـ 03 سنوات، وحددت المادة 07 منه المعايير التي يتم من خلالها تصنيف المؤسسة ومجموع المؤسسات مثل رقم الأعمال المحقق في قطاع البناء، الري والغابات كما هو مبين في الحصائل الجبائية ومستخرجات جدول الضرائب للسنوات المحاسبية الثلاث الأخيرة.

2- عقد اقتناء اللوازم

إن الجهات الإدارية المختلفة وهي تمارس نشاطها وتسعى لتلبية سائر الحاجات العامة وخدمة الجمهور، تحتاج إلى إبرام أنماط أخرى من العقود، كعقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم. ويعود سر الاعتراف للإدارات العامة بإبرام عقد التوريد أن نشاطها قد يفرض توافر منتج معين لديها، وأن تضع عليه اليد بهدف تحقيق المصلحة العامة وخدمة الجمهور، وهذا بصفة دورية ومتواترة ومستمرة ومنظمة. ويعرف عقد التوريد بأنه: "اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد)، بقصد تمويلها وتزويدها باحتياجها منها من المنقولات لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه بقصد تحقيق مصلحة عامة.¹" كما يعرف عقد التوريد بأنه: "اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة، وأحد الأفراد أو الشركات، بموجبه يلتزم الفرد أو الشركة، بتوريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ويمكن تعريفه على أنه:

وحسب فقرة 06 من المادة 29 من المرسوم 247/15 دف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء إيجار، أو بيع بالإيجار بخيار أو دون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، وجهت تلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات

أو بيع بالإيجار بخيار أو دون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، وجهت تلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات ويجب أن يهدف عقد التوريد إلى تحقيق المصلحة العامة، ومثال ذلك العقد المبرم بين المتعاملين العموميين والشركة الجزائرية للكهرباء والغاز سونلغاز، من أجل تمويلها وربطها 1 بالغاز والكهرباء، فهذا العقد حسب ما جاء في المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص178.

والربط بالغاز والكهرباء، هو عقد يستجيب أساسا لمقتضيات الفعالية في تكفل الدولة بالحاجيات الاجتماعية للسكان، عن طريق وضع الطاقة الكهربائية والغازية في متناول الجميع في آجال قصيرة¹.

03- عقد تقديم الخدمات

إن الإدارة وإن كانت تقدم خدمات كثيرة للجمهور، سواء كانت الإدارة مركزية أو لامركزية (إقليمية أو مرفقية)، فهي الأخرى تحتاج قطعاً أن تخدم في جانب معين من أوجه النشاط وعلى هذا الأساس تأتي أهمية عقد الخدمات، كونه الإطار القانوني والتعاقد الذي يمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة، يقدمها الغير بمقابل تلزم بدفعه. ونظراً لأهميته فقد جاء ذكره في كل تنظيمات الصفقات العمومية في الجزائر، بدء بالأمر و انتهاء بالمرسوم الرئاسي 247/15 3 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 هذا ويمكن تعريف عقد الخدمات على أنه: "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر طبيعي أو معنوي، بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة، تتعلق بتسيير المرفق العام، نظير مقابل مالي."

ونفس الشيء بالنسبة للفقرة الأخيرة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 فقد بينت أن الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات دف إلى تقديم خدمات².

4- عقد إنجاز الدراسات

إن هذا العقد بالذات وخلافا للعقود الإدارية الثلاثة السابقة كان المشرع بشأنه مضطرباً، فأحيانا يتناوله بالإشارة والتقنين، وأحيانا أخرى يغفل عن الإشارة إليه، ثم يعود ويتناوله بالذكر والنص في المرسوم الجديد، وعلى ذلك يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري عقداً إدارياً، بحسب النص وتلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد، بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، إما من حيث طرق الإبرام وإجراءاته، أو من حيث الرقابة ويمكن تعريف عقد الدراسات بأنه: "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر، يلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد، لقاء مبلغ مالي تلزم بدفعه، تحقيقاً للمصلحة العامة، كأن يتعلق الأمر بعقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات

¹ القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء، ج. ر. ج. د. ش، عدد 65، الصادرة بتاريخ 21 سبتمبر 2005

² المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجوعات سكنية، وعقد الدراسات خلافا للعقود الأخرى، ينصب على جانب تقني وفني ذو طابع علمي، بمقتضاه يتم توظيف مساحات و أر قام و تصاميم هندسية و بحوث و إحصاءات و تحاليل في مخبر، ووضعها تحت تصرف الإدارة المعنية¹، وقد بينت الفقرة 10 من المادة 29 الهدف من صفقة الدراسات فهي تهدف إلى إنجاز خدمات فكرية². كما يمكن إبرام صفقة الدراسات عند إبرام صفقة الأشغال، وهو ما أشارت إليه المادة 29 فقرة 11 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت على أن:

" تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام صفقة الأشغال، لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية، والإشراف على إنجاز الأشغال، ومساعدة صاحب المشروع³"، فتظهر صفقة الدراسات هنا كعقد تكميلي لعقد الأشغال العامة، وبإمكانها أن تكون سابقة على عقد الدراسات فتكون بذلك عقدا تحضيريا له .

وتجدر الإشارة إلى أن القرار المؤرخ في 23 سبتمبر 2008 المتضمن الموافقة على قائمة النشاطات المتعلقة بالدراسات والهندسة في قطاع الأشغال العمومية الخاضعة للاعتماد¹، قد وضع قائمة بهذه النشاطات ومنها على سبيل المثال:

- دراسات المخطط التوجيهي لمنشآت الطرق والطرق السريعة.
- دراسات إشارات الطرق.
- دراسات المعابر التحتية للراجلين.
- دراسات الأنفاق.
- دراسات المنشآت المائية.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص181.

² المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

³ المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

ثانيا : تفويض مرفق عام.

إن تفويض المرفق العام هو من بين العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بصريح النصوص القانونية في الجزائر، الأمر الذي يستلزم الإحاطة بتعريف تفويض المرفق العام، وبيان أشكاله ثم التفصيل في إجراءات التفويض.

1-تعريف تفويض المرفق العام.

و يعرف تفويض المرفق العام على أنه:"عقد بموجبه يتم نقل اختصاص سلطة ومسؤولية الدولة أو أي شخص عام للقطاع الخاص، لإدارة واستغلال مرفق عام لفترة محددة ولتحقيق مصلحة عامة، وعليه تصنف عقود تفويض المرفق العام من العقود الإدارية، لوجود شخص عام وهو مانح التفويض لتنفيذ مرفق عام¹."

ولقد أخضع المشرع الجزائري عقود تفويض المرفق العام للمبادئ التي تخضع لها عقود الصفقات العمومية المذكورة أعلاه، ذلك أنه أدرجها - عقود تفويض المرفق العام - ضمن تنظيم الصفقات العمومية، والأكثر من ذلك فإن المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15، جاء تحت مسمى: "تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، وما يؤكد ذلك نص المادة 209 فقرة 01 منه على أن:

"تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم²."

وقد نصت المادة 207 فقرة 01 من ذات المرسوم على أنه: "يمكن للشخص لمعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك مالم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام³." وعلى هذا الأساس فإن عناصر تفويض المرفق العام تتمثل في:

¹ جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص21.

² المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

³ المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

✓ وجود مرفق عام قابل للتفويض، على ألا يكون مرفقا عاما سياديا، كالتعليم والدفاع وبقية المرافق السيادية.

✓ وجود طرفي العلاقة، مانح للتفويض (السلطة العامة)، وصاحب التفويض (القطاع الخاص)

✓ محل العقد، وهو إدارة أو تسيير المرفق العام دون نقل الملكية من القطاع العام للقطاع الخاص.

✓ يقتضي على صاحب التفويض أن يتحمل كافة أنواع المخاطر التشغيلية والتمويلية، وبدورها لا يجوز إطلاق عقد التفويض عليه.

✓ تحديد مدة زمنية معلومة قابلة للتجديد إذا دعت الحاجة.

✓ ارتباط المقابل المالي بأداء المرفق العام.

✓ وجود رقابة فعالة ومستمرة على صاحب التفويض¹.

كما أن عقد تفويض المرفق العام، هو عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط: شروط تعاقدية وتحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وتتناول الأعباء المالية المتبادلة بين مانح التفويض من جهة، والملتزم من جهة أخرى. وهي شروط لإلزام المنتفعين مباشرة كمدة التفويض وكيفية الاسترداد غيرها. و شروط لائحية لا يقتصر أثرها على الملتزم، بل تمتد إلى المنتفعين، خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام وسيره، كتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها، والإجراءات الكفيلة بالمحافظة على سلامة المنتفعين، وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق.

2- أشكال تفويض المرفق العام.

إن تفويض المرفق العام، يأخذ الأشكال التالية، وذلك حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له، ورقابة السلطة المفوضة: شكل امتياز المرفق العام و إيجار المرفق العام و الوكالة المحفزة و التسيير، وعقد مشاطرة الاستغلال.

¹ المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

1) امتياز المرفق العام.

وقد نصت عليه المادة الأولى من المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام. يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام باسمه¹".

يجب أن تتضمن اتفاقية الامتياز الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- لا يعهد الامتياز إلا في التفويضات طويلة المدة التي يصاحبها إنجاز أو شراء مرتبطة بإنشاء المرفق العام واستغلاله، ويجب أن تتوفر على القاعدة الثلاثية التالية: (يمون، ينجز أو يشتري، يستغل) وإلا تغير العقد.
- ضرورة تحديد نسبة سنوية من عائدات أتاوى مستخدمي المرفق العام لصالح السلطة المفوضة.
- تحديد المسؤوليات الناجمة أثناء استغلال المرفق.
- يجب أن يضمن المفوض له شراء أو إنجاز التجهيزات الضرورية لإنشاء المرفق العام مع أو بدون إعانة مالية مسبقة.
- استغلال وصيانة هذا المرفق العام توكل إلى المفوض له الذي يتصرف لحسابه الخاص.
- تتمثل أجرة المفوض له في تحصيله للأتاوى من مستعملي المرفق العام أو من المستفيدين من هذه الخدمة العمومية.

- يجب على المفوض له أن يقدم تقريراً مالياً وتقريراً تقنياً عن حصيلة تسييره سنوياً². ويعرف عقد الامتياز على أنه: "اتفاق بين الإدارة المعنية، والملتزم الذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، على إدارة مرفق عام تسييره واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين³".

¹ المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

² مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص.63.

³ غني أمينة، المرجع السابق، ص.246.

كما يعرف بأنه: "أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام، أمر تسيير مرفق عام وتلبية حاجات عامة، عن طريق شخص آخر يدعى المفوض له، قد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص، لمدة محددة وتحت إشراف ورقابة المفوض¹".

وقد عرفته المادة الرابعة من الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996. المتضمن قانون المياه، وجاء فيها: "يقصد بعقد الامتياز بمفهوم القانون، عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية²".

كما أن التعليلة الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 943/842، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية والمحلية وتأجيرها، أوردت تعريفا لعقد الامتياز حيث جاء فيها: "إن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة، وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة، بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز وهو الملتزم، على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار 3 النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق". ويمكن القول أن التعريف الذي جاءت به هذه التعليلة، أحسن تعريف يمكن إعطاؤه لعقد الامتياز.

وبدوره إجتهد مجلس الدولة الجزائري في وضع تعريف لعقد الامتياز، إذ بموجب قرار صادر له بتاريخ 9 مارس 2004، فقد عرف عقد الامتياز على هذا النحو: "عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي، وبهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه³".

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 64.

² الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37.

³ مجلة مجلس الدولة، الغرفة العقارية، قضية رقم 11950، فهرس رقم 11952، بتاريخ 9 مارس 2004، العدد 5، ص 57.

وما ينبغي الإشارة إليه أنه بالرجوع لقانون البلدية رقم 11-10¹. فإن المادة 150 منه²، أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، هذه المصالح نصت عليها المادة 149 منه ويتعلق الأمر بـ:

- ✓ التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة.
- ✓ النفايات المنزلية والفضلات الأخرى.
- ✓ صيانة الطرقات وإشارات المرور.
- ✓ الإنارة العمومية.
- ✓ الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية.
- ✓ المذابح البلدية.
- ✓ الخدمات الجنائزية و بيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء.
- ✓ الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها.

ونصت المادة 2/155 منه بأن الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم³. أما فيما يخص قانون الولاية رقم 12-07 المؤرخ في 12 فيفري 2012 نصت المادة 149 منه على عقد الامتياز.

(ب) عقد إيجار المرفق العام.

وقد أشارت إليه المادة الثانية من المادة 210 من نفس المرسوم حيث نصت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانتها مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته. تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام. ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام"⁴

¹ القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

² تنص المادة 150 من قانون البلدية، سابق الإشارة إليه على ما يلي: "يكيف عدد وحجم المصالح المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه، حسب إمكانيات وو سائل واحتياجات كل بلدية.

³ غني أمينة، المرجع السابق، ص 249.

⁴ المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

ويعرف عقد إيجار المرفق العام على أنه: اتفاق بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص خاص، باستغلال مرفق عام، مع تقديم المنشآت إليه على أن يدفع المستأجر مقابلاً للشخص العام المتعاقد. "و يجب أن تتضمن اتفاقية الإيجار الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة هي من يمول إنشاء و إنجاز المرفق العام.

- تضع السلطة المفوضة تحت تصرف المفوض له، كل التجهيزات الضرورية المتعلقة بالمرفق العمومي التي أنجزتها مسبقاً، وهو يتصرف لحسابه الخاص وعمل المنشآت أو التجهيزات بسبب شغله للملك العام مسؤوليته، ومكلف باستغلال وصيانة المرفق، ويدفع إتاوات سنوية للسلطة المفوضة، مقابل الوضع تحت تصرفه المنشآت أو التجهيزات بسبب شغله للملك العام.

- أجر المفوض له يكون من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

- مدة العقد: عقد الإيجار مدته قصيرة.

- يجب على المفوض له أن يقدم تقريراً مالياً وتقريراً تقنياً عن حصيلة تسييره سنوياً.

ج) الوكالة المحفزة:

أشارت إلى هذا الشكل المطة الثالثة من نفس المادة التي نصت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية" ويجب أن تتضمن اتفاقية الوكالة المحفزة الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة هي من يمول إنشاء و إنجاز المرفق العام.

-توكل صيانة واستغلال المرفق العام للشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أو العام، والذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقّيه أجر.

- السلطة المفوضة تمول بنفسها أجر هذا الشخص، بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء.

- تحدد وتضع السلطة المفوضة الشروط التقنية والاقتصادية والمالية اللازمة لاستغلال المرفق.
- تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له هذه التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.
- (د) التسيير:

وتم الإشارة إليه في المطلة الرابعة من المادة 210 سابق ذكرها التي نصت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك المسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية¹.

ويعرف عقد التسيير على أنه: "عقد مبرم بين هيئة عمومية، وشخص من القانون الخاص، هدفه ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام" ويجب أن تتضمن اتفاقية التسيير الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة تمول بنفسها إنشاء وإنجاز المرفق العام.
- تحدد وتضع السلطة المفوضة الشروط التقنية والاقتصادية والمالية اللازمة لاستغلال المرفق.
- توكل صيانة واستغلال المرفق العام للشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أو العام، والذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقيه أجر.
- السلطة المفوضة تدفع مباشرة بنفسها أجر هذا الشخص، بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية.

¹ المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

-تحدد السلطة المفوضة وحدها التعريفات التي يدفعها مستعمله ، ويحصل المفوض له هذه التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.

-يجب على المفوض له أن يقدم تقريراً مالياً وتقنياً عن حصيلة تسييره سنوياً
(هـ) عقد مشاطرة الاستغلال.

- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.

- الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام

- استقلالية محدودة للمسير وبالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة.

- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مائوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات الإنتاجية وبذلك فهذا المقابل مرتبط بأرباح وخسائر تسيير المرفق، وفي بعض الأحيان وكضمان لمسير المرفق فإن هناك حداً أدنى مضمون يحدد جزافياً في العقد.

-مخاطر استغلال تتحملها الهيئة العمومية ويتحمل المسير جزء منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، ويمكن إضافة علاوات متعلقة بالتسيير الفعال ومرتبطة بالمردودية والإنتاجية، لكن في كل الحالات لا يجب أن تتعدى هذه العلاوات ونسبة محددة من رقم الأعمال، السقف المحدد في العقد.

-يجب على المفوض له أن يقدم تقريراً سنوياً تقنياً ومالياً عن إدارته إجراءات تفويض المرفق العام.

لتفويض المرفق العام والتي ذكرناها ينبغي اتباع إجراءات قانونية معينة، هذه الإجراءات تتمثل في:
- الإتفاقية: يجب إعداد إتفاقية نموذجية لتفويض المرفق العام، تلحق بالمرسوم التنفيذي حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 207 على أن: "وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام، بتفويض تسيير المرفق العام بموجب إتفاقية".¹ بحيث تضمن عند تنفيذها مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف وتطور المرفق العام، طبقاً للفقرة 02 من المادة 209.²

¹ المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

²² المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

-وضع دفتر شروط نموذجي لتفويض المرفق العام: من الضروري وضع دفتر شروط نموذجي يلحق بالمرسوم التنفيذي ويراعى فيه مبدأ الاستمرارية والمساواة وقابلية المرفق للتكيف والتطور وشكل التفويض (امتياز، إيجار، وكالة محفزة ، تسيير¹) .

-الإشهار والمنافسة: بعد أن أصبح إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام يخضع لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، كما قرره المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه يجب لتحقيق هذا الوصول، قيام الإدارة المفوضة للمرفق بالإعلان عن اتفاقيات تفويض المرافق العامة، وهذا ما جاء في المادة 209 فقرة 01 والتي نصت على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم"، فلتفويض مرفق عام ما يجب الإعلان عليه على أكبر نطاق في المستوى المحلي أو الوطني وفي الجرائد اليومية الوطنية وكذلك في النشرة الرسمية للمتعاين العمومي. وفتح مجال المنافسة للمرشحين الذين يريدون القيام باستغلال المرفق العام.

-إعداد قائمة المرشحين المقبولين: بعد انتهاء الأجل المحدد للإعلان لتلقي العروض، تتولى هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا، بإعداد قائمة بأسماء المرشحين المقبولين في الدخول إلى المنافسة، على أساس ضمانات المهنية والمالية، ومقدر م على تأمين السير الحسن للمرفق العام، مع العلم بأن هذه الهيئة تكون ملزمة بقبول المرشحين جميعهم، و الذين تتوفر فيها الشروط التي حددها القانون.

-فتح الأظرفة وتقييم العروض وعملية التفاوض: في الجزائر، يتم تنصيب لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض على مستوى الجماعات المحلية، خاصة بتفويض المرفق العام، ويجب أن تكون من مهامها الأساسية مايلي:

-إعداد قائمة المرشحين.

-تقديم رأيها للسلطة المفوضة.

¹ غني أمينة، المرجع السابق، ص 249.

الفصل الثاني: أحكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد والفصل فيها.

يشكل قضاء الاستعجال قبل التعاقد جزء مهما من منازعات الصفقات العمومية، وقد سبق القول أن هذا القضاء هو ذلك الإجراء الذي يفرض رقابة صارمة على العقود والصفقات العمومية قبل إبرامها، فمجاله يمتد إلى مراقبة إحترام كل تشريع أو تنظيم ينص على التزامات الإشهار والمنافسة عند إبرام العقود التي تدخل في اختصاصه، وأن دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي دعوى وقائية سابقة على إبرام العقد الغاية منها حماية قواعد العقلانية والمنافسة ومبدأ المساواة، وهي بمثابة المحرك الأساسي لهذا القضاء، لأنه يفترض في المصلحة المتعاقدة وهي بصدد إبرامها للصفقات العمومية أن تحترم هذه المبادئ لأنها لم توضع عبثاً، فإن أي إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة يشكل مخالفة لقواعد الإشهار والوضع في المنافسة المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها، يعد سبباً جدياً لتحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد (المبحث الأول)، إلى أن ينتهي المطاف بالفصل فيها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

عندما يتحقق الإخلال بقواعد العلانية والوضع في المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة فإن ذلك يؤدي إلى تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وعلى هذا الأساس فإن هذه الدعوى كغيرها من الدعاوى القضائية الأخرى سواء الموضوعية أو الاستعجالية، ترفع من طرف شخص طبيعي أو معنوي ضد شخص آخر، وهو ما يعرف بأطراف الدعوى (المطلب الأول)، ولقبولها يجب اتباع إجراءات قانونية معينة وهي إجراءات رفع الدعوى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

من خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد وضوح وبيان أطرافها، وعلى هذا الأساس سيتم التفصيل في هذا الأمر من خلال بيان من هو المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وذلك في (الفرع الأول)، ومن هو المدعى عليه في هذه الدعوى وذلك في (الفرع الثاني).

الفرع الاول :المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لقد بين قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، وقانون القضاء الإداري الفرنسيين، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الطرف الأول في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وهو المدعي، فقد يكون رافع هذه الدعوى مدعيا بحكم المصلحة (أولا) ، وقد يكون مدعيا بحكم القانون (ثانيا).

أولا :المدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن معرفة المدعي بحكم المصلحة تكون من خلال بيان الأساس القانوني، ومن خلال تسليط الضوء على المقصود به .

01/ الأساس القانوني للمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن هذه الدعوى ترفع من كل الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد، والذين يمكن أن يتضرروا من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية¹.

حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، على أنه : "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال،....."².

02/ المقصود بالمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

والمقصود به المتعامل الاقتصادي الذي تبرم معه الصفقة، حيث بينت المادة الرابعة من الأمر رقم 899-15 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي أن الصفقات العمومية - عقود تبرمها السلطات المتعاقدة أو الكيانات المتعاقدة مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين.

¹ الإدارية، المنازعات قانون خلوفي، رشيد ؛ 10. السابق،ص سلوى،المرجع بزاحي ؛ 848. ص السابق، المرجع نوح، مختار مهندا 206.، ص 2013 الجزائر، الجامعية، المطبوعات ديوان الثانية، الطبعة الثالث؛ الجزء

² المادة 946 من القانون رقم 09-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين¹.

ويتعلق الأمر هنا بالمتعامل الاقتصادي المتضرر من إبرام العقد، كما هو الشأن في حالة عدم لجوء الإدارة إلى طلب العروض، بالرغم من أن القانون يوجب ذلك، أو أن العرض المقدم من طرف متعامل آخر، والذي تمت الموافقة عليه أسوأ بكثير من العرض الذي يمكن أن يقدمه هو². هذا ويجب أن يكون المتعامل المقصي فعليا قادرا على إبرام الصفقة، وله مؤهلات مالية ومادية وتقنية للقيام بذلك.

وبالتالي فإن الدعوى لا تقبل من الأشخاص الغريباء كليا عن عمليات إبرام العقد، كالمتعاقدين من الباطن³، والمكلفين المحليين، والتنظيمات المهنية، أو تنظيمات حماية البيئة، وعلى العكس من ذلك فإن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تقبل من المرشح الذي أدى الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة، إلى الحيلولة دون تقدمه بعرضه، وهو ما يسمى بالمرشح المهم، وكذلك تقبل من المرشح الذي تم استبعاده من المنافسة دون وجه حق، وتقبل الدعوى كذلك من وكيل المتعهدين المجتمعين في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، دف تنفيذ الصفقة، كما أنها تقبل من المتعاقدين القدماء لذات العقد والذي تم تجديده، وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم.

ثانيا : المدعي بحكم القانون.

إن المدعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين الذين قدموا عروضهم، والذي يمكن أن يتضرر من خرق التزامات العلانية والمنافسة، إنما جهات رسمية منحها القانون صلاحية ممارسة هذه الدعوى لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة والتي تهدف من جهة إلى حماية شفافية إبرام العقود

¹ مونية جليل، المرجع السابق، ص 7.

² لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 5.

³ يقصد بالتعاقد من الباطن " إتفاق المتعاقد مع الإدارة مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد الأصلي على أن يكون قابلا للتجزئة مع ترك المسؤولية الكاملة للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد"، وعرفت المادة الأولى من القانون رقم 1334 لصادر بتاريخ 31-12-1975 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 11-12-2001 المعروف بإسم قانون MURCEF التعاقد من الباطن على أنه:

« l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée soustraitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage ».

والى مراعاة القواعد المتعلقة بالعلانية والمنافسة من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس يمكن أن تثار دعوى الاستعجال قبل التعاقد من قبل (المحافظ في فرنسا)، (الدولة) ، (وممثل الدولة على مستوى الولاية) .

01/ تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المحافظ في فرنسا:

لقد أعطى المشرع الفرنسي للمحافظ هذه الصلاحية بموجب المادة 22 من تفنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، في فقرتها الثانية، والتي تنص على ما يلي: « ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local »¹.

فباعتباره حارسا للمشروعية المتعلقة بإبرام عقود الجماعات المحلية، فإنه يحق لكل محافظ في نطاق اختصاصه، أن يثير دعوى الاستعجال قبل التعاقد، إذا اكتشف أن هناك خرقا للالتزامات الإشهار والمنافسة في نطاق عقد مبرم من جانب إحدى الجماعات المحلية. والحقيقة أن هذه الصلاحية الممنوحة للمحافظ لضبط المخالفات المرتكبة في نطاق المنافسة والعقلانية في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري، تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في عقود الجماعات المحلية في المرحلة اللاحقة على إبرامها.

وبناء عليه، يمكن القول أن المحافظ يملك دعويين لرقابة مشروعية إبرام العقود الإدارية، التي تكون الجماعات المحلية طرفا فيها: الأولى ذات طابع وقائي، وتتمثل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد² ، والثانية ذات طابع علاجي، وتتمثل في إمكانية ممارسة دعوى الإلغاء الخاصة، والتي توجه ضد العقد ذاته. ومن دون شك فإن هذا الأمر يحقق صرامة لامتتاهية في نطاق رقابة المشروعية، على إبرام هذه العقود قبل تحقق هذا الإبرام وبعده³.

02/ تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف الدولة:

إن دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي نظام قضائي ذات أصل أوروبي، فهي دعوى موجودة في كل تشريعات الدول الأوروبية الأعضاء في الاتحاد، حيث أن التوجيه الصادر عن الاتحاد

¹ Article L.22 du CTACAA, précité.

² Olivier LE BOT, op.cit, p.593.

³ Olivier LE BOT, op.cit, P.593.

الأوروبي رقم 89-665 سابق ذكره، قد منح اللجنة الاقتصادية للاتحاد إمكانية إثارتها أمام القاضي المختص، بالنظر في هذه الدعوى لدى كل دول الاتحاد، ولكن ذلك لا يتم مباشرة، بل على اللجنة أن تلجأ إلى الدولة العضو في الاتحاد، لتبلغها بخرق قواعد المنافسة والعلانية في إطار عقود الصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة ضمن التنظيم الإداري للدولة العضو¹. ومن ثم يجب على الدولة المعنية بالأمر أن تلجأ إلى القضاء المختص لمباشرة دعوى الاستعجال قبل التعاقد. وما يمكن ملاحظته أن اللجنة لا تملك هذا الحق، إلا في حالة وجود خرق واضح ومباشر للالتزامات العلانية والمنافسة، التي ينص عليها القانون الأوروبي وفي نطاق العقود التي تنطبق عليها هذه الالتزامات فقط. والملاحظ أيضا أن اللجنة لا تلجأ إلى الدولة لممارسة هذه الدعوى، فيما إذا كان هذا الخرق الواضح والمباشر للالتزامات العلانية والمنافسة الأوروبية مرتكبا من جانب الدولة ذاتها في نطاق عقود تنوي إبرامها، لأن اللجنة في هذه الحالة تلجأ إلى محكمة العدل الأوروبية لمخاصمة الدولة المخلة بالتزاماتها الأوروبية المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وإن لم يكن هناك مانع من لجوء اللجنة إلى دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد أمام القاضي المختص داخل فرنسا، لمخاصمة الدولة الفرنسية عن خرقها للالتزامات المتعلقة بالإشهار والمنافسة في عقودها التي تنوي إبرامها.²

03/ تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية:

إذا كان المشرع الفرنسي قد أعطى إمكانية إثارة دعوى الاستعجال قبل التعاقد من قبل المحافظ، فإن المشرع الجزائري قد أعطى إمكانية إثارة هذه الدعوى للوالي، باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا أبرم العقد أو أنه سيبرم من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية محلية، أو المؤسسات العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية. وعلى هذا الأساس يمكن للوالي إخطار المحكمة الإدارية في حالة

¹ Catherine BERGEAL, Frédéric LENCA, op.cit, p.110.

² Elise LANGELIER, L'office du juge administrative et le contrat administrative, L.G.D.J, Paris, 2012, p.159.

الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية¹. دون أن يثبت المصلحة أو تضرره من خرق التزامات الإشهار والوضع في المنافسة². وهذا التمثيل جاء طبقا للمادة 110 من قانون الولاية، والتي تنص على أن "الوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية . وهو مفوض الحكومة " .

الفرع الثاني: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

بما أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ترفع نتيجة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، فإن المرتكب لهذا الإخلال يعتبر طرفا مدعى عليه في هذه الدعوى، سواء في القانون الفرنسي (أولا)، أو في القانون الجزائري (ثانيا) .

أولا: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.

إن المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي معبر عنه في الأمر المتعلق بالصفقات العمومية بالسلطة المتعاقدة، والكيان المتعاقد، وذلك على الشكل التالي:

01/ السلطات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وقد نصت عليها المادة 10 من الأمر 15- 899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، بحيث تتمثل هاته السلطات في: الدولة ممثلة في الوزارات، كل المؤسسات العمومية الوطنية التابعة للدولة، والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية المحلية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجار³.

02/ الكيانات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

فقد تم تحديد هاته الهيئات في نص المادة 11 من نفس الامر السالف الذكر بحيث هيئات متعاقدة تعمل كمتعامل شبكة في إطار:

الإجراءات قانون شرح الرحمن، عبد بريارة ؛ 554. ص السابق، المرجع الإدارية، الإجراءات قانون ملويا، آث شيخ بن لحسين1 ص476. ، 2011 الجزائر، البغدادي، منشورات الثالثة، الطبعة المدنية والإدارية،

الفكر، عدد 11، مجلة العمومية، والصفقات العقود الفسادي مكافحة في للتعاقد السابق الاستعجالي الطعن حليلة، دور بروك2 30. ص بسكرة، خيضر، محمد جامعة . 2011

³ DAJ, Les pouvoirs adjudicateurs et Les entités adjudicatrices, Espace marchés publics, <https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016> تاريخ الإطلاع 28 ماي 2023

- الطاقة : والأنشطة المعنية هي تلك المتعلقة بالغاز والكهرباء.
- المياه : وذلك بتوفير شبكات ثابتة دف إلى تقديم خدمة عامة للجمهور في مجال إنتاج أو نقل أو توزيع المياه الصالحة للشرب.
- النقل : ويتعلق الأمر بتقديم خدمة للجمهور في مجال النقل.
- الخدمات البريدية : وهي الأنشطة الرامية إلى جمع وفرز وتوجيه وتوزيع عناصر البريد في رحلات منتظمة مع خدمات أخرى مثل إدارة خدمات البريد السريع أو المواد غير البريدية مثل البريد المباشر دون عنوان.
- المطارات، والموانئ البحرية أو الأنهار ومحطات النقل الأخرى : بغرض توفير الناقلين في المجال الجوي والبحري والنهري والمطارات والموانئ البحرية والداخلية أو غيرها من محطات النقل.
- استغلال منطقة جغرافية : وهي أنشطة تتعلق بتشغيل منطقة جغرافية لغرض التنقيب عن النفط أو الغاز أو الفحم أو أي مواد أخرى أو استخراجها¹.

ثانيا: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

قد يكون المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري، شخص من أشخاص القانون العام، أو شخص من أشخاص القانون الخاص، وتبيان ذلك على النحو التالي.

01/ المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد شخص من أشخاص القانون العام.

لقد ورد ذكر هذه الأشخاص في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره، وهذا طبقا للمعيار العضوي المعتمد في تنظيم الصفقات العمومية، والمتمثلين في الدولة، والجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

أ/ الدولة كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

يتبين من نص المادة 49 من القانون المدني أن الأشخاص الاعتبارية تتمثل في:

- الدولة، الولاية، البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الشركات المدنية والتجارية²...

¹ DAJ, Les pouvoirs adjudicateurs et Les entités adjudicatrices, op.cit.

² محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 34.

وبترتب على منح الشخص المعنوي الشخصية القانونية آثار أوردتها المادة 50 من نفس القانون فيكون له:

- ذمة مالية.

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائه، أو التي يقررها القانون.

- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

- نائب يعبر عن إرادته.

- حق التقاضي¹.

فالدولة هي أحد الأشخاص الاعتبارية، بل هي الشخص الاعتباري الأول الذي تنفرع عنه الأشخاص الأخرى.

والمقصود هنا المعنى الضيق للدولة والمتمثل في السلطة التنفيذية المركزية، وليس المفهوم الواسع المعتمد في القانون الدستوري، والقائم على اعتبار الدولة تفاعل للمفاهيم الثلاث المتمثلة في السلطة والشعب والإقليم، ويقتصر الأمر هنا على الوزارات، التي يخضع تنظيمها وتركيبها وصلاحياتها لتشكيلة الحكومة وتوزيع المهام بداخلها. وتتكون الوزارة من الوزير باعتباره رئيس إدارة الوزارة وممثلها القانوني، ويمتلك تحت هذا الوصف سلطة إبرام العقود باسم الوزارة، وسلطة تمثيلها أمام القضاء، كمدعية أو مدعى عليها². وبما أن الأمر يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد والتي ترفع نتيجة للإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة في العقود والصفقات العمومية، والذي يفترض أن تكون الوزارة هي من قامت به في معرض إبرامها لهذه العقود، فإن الوزير في هذه الحالة يمثل الوزارة أمام القضاء كمدعى عليها باعتبارها مصلحة متعاقدة.

وهذا ما يتبين من خلال المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الفصل إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة..... وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة³."

¹ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 152.
² عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 72.
³ المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

وكذلك نص المادة 165 من نفس المرسوم التي تنص على أن: "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 06 من هذا المرسوم لجنة للصفقات العمومية تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص المحددة في المادتين 173 و 181 من هذا المرسوم ¹." ومن بين هذه اللجان اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، حيث تنص المادة 179 من المرسوم نفسه على أن: "تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أدناه"²، وتتشكل هذه اللجنة طبقاً للمادة 185 من المرسوم ذاته من:

-الوزير المعني أو ممثله رئيساً.

-ممثل الوزير المعني نائب رئيس.

-ممثل المصلحة المتعاقدة.

-ممثلان عن القطاع المعني.

ممثلان عن وزير المالية) المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة.

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ³."

فالرئاسة في هذه اللجنة عهدت للوزير أو ممثله، وهذا أمر طبيعي طالما أطلق على اللجنة ذاتها تسمية اللجنة القطاعية. فالوزير هو أعلى شخصية إدارية في التنظيم الإداري الخاص بقطاعه ⁴، ذلك أن الوزارة وعلى رأسها الوزير حسب كل قطاع وزاري، هي المكلفة بتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، فلا يتصور أن يكون هذا الأخير أو الوزير الأول مدعى عليهما في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

ب/ الجماعات الإقليمية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وتتمثل الجماعات الإقليمية للدولة في الولاية والبلدية، وذلك على الشكل التالي:

ب-1/ الولاية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

¹ المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، ص. 114.

تعتبر الولاية إحدى الجماعات الإقليمية للدولة، وتمثل تحت هذا الوصف الدرجة الثانية من درجات الإدارة المحلية، وأحد أهم تطبيقات لامركزية الإقليمية، وهي أيضا الدائرة الإدارية غير المركزية للدولة، وتشكل هذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة، وتساهم مع الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذا حماية وترقية وتحسين الإطار المعيشي للمواطنين¹.

وغني عن البيان أن تمثيل الولاية في كل المجالات يكون من طرف الوالي طبقا لقانون الولاية، ذلك أن أجهزة ومديريات وأقسام الولاية ودوائرها ليست لها أية استقلالية قانونية فالوالي هو من يبرم العقود والصفقات العمومية باسم الولاية، وهذا الأمر تؤكد المادة 105 من قانون الولاية التي تنص على أن : "يمثل الوالي الولاية في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية حسب الأشكال والشروط المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها". ويؤدي باسم الولاية طبقا لأحكام هذا القانون كل أعمال إدارة الأملاك والحقوق التي تتكون منها ممتلكات الولاية.

فطبقا لهذه المادة² ، فإن عملية إبرام الصفقات العمومية من بين الأعمال الإدارية التي يقوم بها الوالي تمثيلا للولاية، لما تتمتع به هذه الأخيرة من شخصية قانونية يترتب عنها استقلالية في الذمة المالية، وأهلية إبرام التصرفات القانونية، تماشيا مع نص المادة الأولى في فقرتها الثانية من نفس القانون، التي جاء فيها ما يلي " :وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة " وكذا نص المادتين 49 و 50 من القانون المدني سابقتي الذكر.

ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة، فإن وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة، تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور . وعلى هذا الأساس، فقد خص قانون الولاية السابق ذكره فرعا خاصا تحت مسمى: "المزايدات والمناقصات والصفقات "في المواد 135 136 و 137 منه حيث نصت المادة 135 على أن " تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية"، وهي إحالة

¹ عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 74 .

² عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 78 .

صريحة من هذه المادة إلى النصوص المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية¹. وبالرجوع الى المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فإنه ينص في المادة 06 على أن : * لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:
-الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة².

وكما سبق القول، فإن الولاية تعتبر إحدى الجماعات الإقليمية، إضافة إلى ذلك فإن الولاية باعتبارها مصلحة متعاقدة تحدث لديها لجنة ولائية للصفقات العمومية، وهذا ما ورد في المادة 165 من نفس المرسوم سابق الإشارة إليه، وتتشكل هذه اللجنة حسب المادة 173 من ذات المرسوم من:
-الوالي أو ممثله رئيسا.

-ممثل المصلحة المتعاقدة.

-ثلاث ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

-مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري، عند الاقتضاء).

- مدير التجارة بالولاية³.

وقد أسندت رئاسة هذه اللجنة للوالي، وهذا أمر بديهي باعتباره ممثلا للدولة ومندوبا عن الحكومة على مستوى المنطقة⁴، كما أن تمتع الولاية بالشخصية القانونية، يعطيها الحق في التقاضي أيضا، وطبقا للمادة 106 من قانون الولاية، فإن الوالي هو من يمثل الولاية أمام القضاء سواء كمدعية أو مدعى عليها⁵.

وإذا كان تمثيل الوالي للولاية أمام القضاء في إي دعوى قضائية لا يثير أي إشكال، فإن الأمر يختلف بالنسبة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، هذا إذا كان رافع هذه الدعوى صاحب المصلحة في

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 103 .

² المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 98.

⁵ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، الجزء الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 237 .

إبرام العقد فلا إشكال في ذلك. فكما سبق بيانه فإن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أعطت للوالي باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية الحق في إخطار المحكمة الإدارية بعريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، إذا أبرم العقد أو سيجرم من طرف جماعة إقليمية، والولاية هي إحدى الجماعات الإقليمية، وهي في هذه الحالة مصلحة متعاقدة صاحبة الصفقة العمومية، ويفترض فيها أن تكون هي المخلة بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة. فهل يعقل أن يرفع الوالي دعوى الاستعجال قبل التعاقد ضد الولاية التي يمثلها في إبرام الصفقة المعنية والتي وقع فيها الإخلال؟ بمعنى أن يكون الوالي طرفاً مدعياً ضد الولاية التي يمثلها.

وفرضاً أن الوالي قد رفع الدعوى ضد الولاية مستعملاً حقه تطبيقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعلاه، فمن يمثل الولاية في هذه الحالة كطرف مدعى عليه؟

لعل الإجابة على هذا السؤال، تكون من خلال المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على أن: "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم"، فعبارة "والسلطات المفوضة" هي عبارة جديدة أضافها المشرع في هذه المادة لم تكن موجودة في تنظيمات الصفقات العمومية التي سبقت هذا المرسوم، والفقرة الثانية من المادة 04 من المرسوم نفسه، حيث يمكن لكل سلطة من السلطات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة أن تفوض صلاحياتها في إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، والوالي يعتبر أحد هذه السلطات، وعلى هذا الأساس، يمكن لهذا الأخير أن يفوض صلاحياته في إبرام الصفقات العمومية إلى أحد المسؤولين المكلفين، والتفويض في هذه الحالة هو تفويض للاختصاص¹، وفي هذا النوع من التفويض يتحمل المفوض إليه - إلى جانب صاحب الاختصاص الأصلي - جزء من المسؤولية عن

على مسؤوليته بقاء مع إليه الرجوع دون ليمارسوها مرسوميه بعض إلى اختصاصاته بعض الإداري الرئيس نقل: بالتفويض يقصد من جزء بممارسة الاختصاص صاحب يعهد أن به ويقصد الاختصاص تفويض أنواعه ومن المفوضة، تلك الاختصاصات رقابة تحت المفوض الاختصاص ممارسة تكون وأن التفويض هذا بإجراء القانون يسمح أن بشرط. أحد مرسوميه إلى اختصاصاته الاختصاص الأصلي الإداري صاحب الرئيس.

سلامة التصرفات التي مارسها في إطار الاختصاص الممنوح له، لأن ما حصل عليه من سلطة بالتفويض لا بد وأن يقابله من المسؤولية ما يماثل قدره. ومعنى ذلك أن تفويض الاختصاص ينطوي في حقيقة الأمر على مسؤولية مزدوجة تقع على عاتق كل المفوض والمفوض إليه بالنسبة للأعمال المفوض فيها¹. فإذا فوض الوالي أحد المسؤولين المكلفين بإبرام الصفقة العمومية، وقام هذا الأخير في معرض إبرامه للصفقة العمومية بخرق قواعد العلانية والمنافسة، فإن المسؤولية تقع على عاتقه لا على الوالي، وبالتالي يمثل الولاية أمام المحكمة الإدارية كطرف مدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

ب-2/ البلدية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن ما ينطبق على الولاية ينطبق كذلك على البلدية، كون أن هذه الأخيرة تعتبر الجماعة الإقليمية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري، وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن كل من الدولة والولاية، كما أنها تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي. فالبلدية تشكل كيانا مستقلا وذاتيا،² ثبته القانون المدني في كل من المادتين 49 و 50 منه، وكذا قانون البلدية لسنة 2011 في المادة الأولى منه، حيث نصت على أن: "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة. وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة..."

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية القانونية وبأهلية التعاقد، فإن وظيفتها ضمن التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة، تفرض عليها هي الأخرى الدخول في علاقات عقدية من القانون العام، بهدف النهوض بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور، خصوصا وأنها تمثل قاعدة اللامركزية في الدولة. وطبقا للمادة 78 من قانون البلدية، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للبلدية، يمثل البلدية في كل أعمال الحياة المدنية والإدارية، وفق الشروط والأشكال المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول ما.

ولاشك أن البلدية حين استعمالها لوسيلة القانون العام، فإنها تخضع حينئذ لتنظيم الصفقات العمومية، سواء عند إبرامها لعقود الأشغال أو الخدمات أو التوريدات أو الدراسات، وفي هذا الصدد فإن المشرع قد أفرد أحكاما خاصة بصفقات البلدية، تحت مسمى " المناقصات والصفقات العمومية"،

¹ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص 111.

² عادل بو عمران، المرجع السابق، ص 75.

وذلك في قانون البلدية لسنة 2011 سيما في المواد من 189 إلى 194¹، حيث تنص المادة 189 منه على أن "يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال وتقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية"²، كما أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق - قد نص في المادة 06 منه على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:
-الجماعات الإقليمية...

وتدعى في صلب النص بالمصلحة المتعاقدة"³.

والبلدية كما سبق القول هي إحدى الجماعات الإقليمية، إضافة إلى ذلك وباعتبارها مصلحة متعاقدة، فإنها تحدث لديها لجنة بلدية للصفقات العمومية، حسب ما ورد في المادة 165 السابق ذكرها، وطبقا لنص المادة 174 من ذات المرسوم، على أن هذه اللجنة تتكون من :

-رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا.

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

-منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمال(مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

-ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الخدمة) بناء، اشغال عمومية،
ري عند الاقتضاء"⁴.

كما أن تمتع البلدية بالشخصية القانونية، يعطيها الحق في التقاضي، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، ويتم تمثيلها أمام القضاء بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي كل الدعاوى،⁵ بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، باعتباره هو الذي يعبر عن إرادتها، ويبرم العقود باسمها بما فيها الصفقات العمومية والعقود الإدارية. وترفع الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد،

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 78.

² المادة 189 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، سابق الإشارة إليه.

³ المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

⁴ المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

⁵ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 225.

أو من قبل الوالي، باعتبار البلدية جماعة إقليمية، إضافة لكونها مصلحة متعاقدة، ويفترض فيها أن تكون هي المخلة بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه كيف يمكن للوالي اكتشاف هذا الإخلال؟

لعل ذلك يرجع إلى كون قانون الولاية مكن مصالح الولاية، بإيفاد ممثلين عنها لحضور عملية إبرام الصفقة العمومية التي تبرمها هذه البلديات، بمعنى أن الوالي يمكن له المتابعة والإشراف ومراقبة الصفقات العمومية للبلديات، وهذا ما يتبين من خلال المادة 174 أعلاه، والمؤسسات العمومية المحلية سواء الإدارية أو التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، وهذا ما يتبين من خلال نص المادة 175 أدنا، على الرغم من أنه لا يمثلها أمام القضاء، فهو الساهر على احترام القوانين والتنظيمات على مستوى ولايته، هذه القوانين والتنظيمات التي يمكن أن تخرقها الهيئات ذاتها، لأجل ذلك كان للوالي تحريك هذه الدعوى¹. والواقع أن رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف الوالي، نادر الحدوث، لأنه ليست لديه المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة على التعاقد، ولا يعلم بالصفقة إلا بعد الاطلاع على المداولة التي تضمنتها².

ب-3/ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

بتحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة، استحدثت المؤسسات العمومية، وهي أشخاص عامة تتمتع بالشخصية القانونية تنشئها الدولة لإدارة مرافق عامة متخصصة، فتمنحها استقلالاً وذمة مالية مستقلة، ويكون لها حق التقاضي. وبحسب تعريف المؤسسة العمومية، فإن المرفق العام في هذه الحالة يتجه في حركته من مركز السلطة إلى مركز المحيط. فيعتبر الصورة التطبيقية لما يسمى باللامركزية المرفقية، والتي تستند إلى عنصرين متعارضين ومتكاملين في الوقت ذاته، عنصر الاستقلالية الجزئية والنسبية عن السلطة الإدارية المركزية، وعنصر التبعية للمركز وارتباطها برابطة الوصاية³.

وقد أقرها المشرع الجزائري العمل بأسلوب المؤسسات العامة الإدارية، مانحاً إياها الشخصية القانونية، وهو ما يظهر جلياً من خلال نص المادة 49 من القانون المدني، وتعرف على أنها تنظيم

¹ عثمان بوشكيوة، المرجع السابق، ص 8.

² بروتوك حليمة، المرجع السابق، ص 306.

³ عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 76.

إداري يقوم بإدارة أموال الدولة بصورة غير مباشرة، وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني، وذلك تحت رقابة الدولة، أو بمعنى أدق هي تلك المؤسسات التي تمارس نشاطا ذو طبيعة إدارية محضة، وتتخذها الدولة والمجموعات الإقليمية المحلية كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية الإدارية، وتتمتع بالشخصية القانونية وتخضع في أنشطتها لأحكام القانون الإداري، كما ينظر منازعاتها القضاء الإداري، ويصنف عمالها على أنهم موظفون عموميون، كما تحظى أموالها بالحماية القانونية التي فرضها التشريع، على اعتبار أنها أموالا عامة، وتخضع في عقودها لقانون الصفقات العمومية¹.

ويستوي في ذلك أن تكون هذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وطنية أو محلية، وهذا ما يتجلى في نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره على أنه "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات...:

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري....

وتدعى في صلب النص بالمصلحة المتعاقدة²

وتحدث لدى كل مؤسسة عمومية وطنية أو محلية باعتبارها مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات العمومية تكلف بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية، وتتشكل لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري حسب المادة 172 من المرسوم الرئاسي نفسه من:

-ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.

المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية(الميزانية، المحاسبة)

-ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء.

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة

وتتشكل لجنة الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري حسب المادة 175 من المرسوم الرئاسي ذاته من:

-ممثل السلطة الوصية رئيسا.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 108؛ عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 79.

² المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

-المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

-ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (الميزانية، المحاسبة)

-ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء¹.

كل هذه المعطيات تجعل هذه المؤسسات العمومية الإدارية، سواء كانت وطنية أو محلية أو هياكل غير ممركرة، مصالح متعاقدة معنية بإبرام الصفقات العمومية، مدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، في حالة إخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

وإذا كان الأمر لا يثير أي إشكال بالنسبة للمؤسسات العمومية المحلية، حيث أن الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطت للوالي إمكانية رفع هذه الدعوى كمدعى ضدها في حال قيامها بخرق قواعد العلانية والمنافسة، فإن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الوطنية، حيث لم تبين المادة أعلاه صفة رافع الدعوى بحكم القانون، مثلها مثل الصفقات التي تبرمها الوزارة، على عكس ما هو معمول به في فرنسا، في قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، وقانون القضاء الإداري.

02/ المدعى عليه شخص من أشخاص القانون الخاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لم يكتف المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأشخاص القانون العام، وإنما امتد ليشمل أشخاص القانون الخاص، وبين شروط هذا الامتداد، وذلك على الشكل التالي:

أ/ إمتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.

نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات...:

¹ المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو ائمة من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة"¹

إن هذا المرسوم الرئاسي قد مد أحكام تنظيم الصفقات العمومية للقطاع الخاضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، وذلك ضمن شروط وحالات معينة .غير أن هذه الشمولية لمجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية المكرسة بموجب المادة 06 أعلاه، ستحدث إشكالات عملية على المستوى القضائي في غاية من التعقيد، وبالتحديد في مجال الاختصاص النوعي، فإذا كانت المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري طرفاً في الصفقة، وتعلق الأمر باستثمار ممول من قبل ميزانية الدولة، فطبقاً للمادة 06 السابق ذكرها، فإن العقد يخضع لتنظيم الصفقات العمومية، سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو التنفيذ أو ممارسة سلطات المصلحة المتعاقدة .فإذا حدث نزاع بخصوص هذه الصفقة بأن أخلت المؤسسة العمومية المعنية بالصفقة بقواعد الإشهار والمنافسة، ورفعت ضدها دعوى استعجال قبل التعاقد، طرحت إشكالية الاختصاص القضائي، فهل تعود المنازعة لاختصاص القضاء العادي أم لاختصاص القضاء الإداري، خصوصاً مع تبني نظام ازدواجية القضاء، وتم فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي، كما تم تنصيب المحاكم الإدارية في أغلب الولايات؟

وستكون الإجابة على هذا الإشكال عند التطرق لقواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في المبحث الثاني من هذا الفصل².

ب/ شروط امتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.

إن امتداد تنظيم الصفقات العمومية لأشخاص القانون الخاص، وبالضبط للمؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، مرهون بتوافر شرطين وهما:

ب-1/ أن تكون المؤسسة الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري مؤسسة عمومية:

بمعنى ألا تكون مؤسسة تابعة لأحد الخواص، ذلك لأن الأمر يتعلق بصفقة عمومية الهدف منها تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى كون المؤسسة العمومية هي صاحبة الاختصاص في

¹ المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² أنظر الصفحة 87 وما بعدها من هذا الفصل .

موضوع الصفقة، كهرباء، غاز، اتصالات، نقل...الخ، ولها القدرة على تنفيذ الصفقة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، رغبة المشرع في أن يكون لهذه المؤسسات دور في التنمية، وكذا تخفيف العبء على الخزينة العامة.

ب-2/ أن يكون للمال العام دور في تمويل الصفقة:

ومعنى ذلك أن تكون الصفقة التي تتولاها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من ميزانية الجماعات الإقليمية، حتى تتصف الصفقة بالطابع الإداري، وتندرج ضمن العقود الإدارية، وبالتالي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، ويفصل في منازعاتها القضاء الإداري، في كل الدعاوى المتعلقة بها بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، في حالة ما إذا أخلت المؤسسة العمومية المشار إليها أعلاه، بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام هذه الصفقات العمومية. وقد خول قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 946 منه، للوالي إمكانية تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ضد المؤسسات العمومية المحلية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

المطلب الثاني: قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا تختلف عن غيرها من الدعاوى الأخرى من حيث قبولها، فحتى يتم قبولها يجب أن تتوفر بعض الشروط لممارستها (الفرع الأول)، وإتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بكل دعوى استعجالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط ممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

هناك شروط موضوعية لممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وسيتم شرحها في (أولاً) ، وأخرى شكلية، وسيتم بيانها في (ثانياً).

أولاً: الشروط الموضوعية.

وتتمثل الشروط الموضوعية في الصفة و المصلحة والضرر والاستعجال وعدم المساس بأصل الحق .

1/ الصفة.

لم يعرف المشرع الجزائري الصفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما على مستوى الفقه، فقد حدث خلاف كبير فيما تعلق باستقلال هذا الشرط عن شرط المصلحة، أو اعتباره وجها أو وصفا من أوصاف المصلحة.

والمقصود بالصفة في التقاضي: أن يكون المدعي في وضعية مناسبة لمباشرة الدعوى، أي أن يكون في مركز قانوني سليم، يخول له التوجه للقضاء، وأن يكون هو من يباشر الحق في الدعوى¹. كما يقصد بها السلطة الممنوحة قانونا للشخص صاحب الحق في اللجوء للقضاء لحماية هذا الحق، مما يمكن صاحب الحق من اللجوء ذه الدعوى بوصفه الأصيل في استعمال هذا الحق في ممارستها، وهو ما يعرف بالصفة العادية، وقد يمارس هذا الحق بواسطة غيره وهو ما يعرف بالصفة غير العادية أو الإجرائية.

ويقصد بالصفة العادية، تولي صاحب الحق شخصا باستعمال حقه في اللجوء إلى القضاء عن طريق مكنة الدعوى، من أجل حماية الحق المعتبر عليه. ويتحقق القاضي من توافر هذا الشرط لكون صاحب الحق هو المدعي الذي ينبغي أن يكون في الأصل رافع الدعوى بالنظر للمجرى العادي للأمر².

وتتجسد هذه الصفة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، من خلال عبارة "كل من له مصلحة في إبرام العقد"، أي أن الذي يحق له إخطار المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، ويكون صاحب الصفة الأصلي وصاحب الحق في رفع هذه الدعوى، هو كل متعامل اقتصادي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا له مصلحة في إبرام العقد، بحيث كان من الممكن إن يفوز بالصفقة لو لم يقع هذا الإخلال.

وبناء على ذلك فإن الدعوى لا تقبل كليا من الأشخاص الغرباء عن عملية إبرام العقود والصفقات العمومية كاللتنظيمات المهنية، والمتعاقدين من الباطن، كما سبق القول، وذلك لانعدام الصفة.

¹ بربرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 40.

² بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 3.

أما الصفة غير العادية فهي مجرد تمثيل قانوني لصاحب الحق الأصل، الذي لم يمارس الحق لدواعي مختلفة. فقد يمنع بنص القانون، وقد لا يتمكن من ذلك لظروف قاهرة، وقد لا يتمكن الأصل من ذلك توافقا مع طبيعته، وهذا ما يعرف بالموانع المادية أو القانونية.

وهذا الحل الإجرائي، لا يمس بمركز صاحب الحق، لذا فإن هناك صفتان، الأولى وهي الصفة الأصلية المرتبطة بصاحب الحق الأصلي، والثانية هي الصفة الإجرائية القائمة على مجرد التمثيل أمام القضاء¹.

فالمشرع الجزائري فقد منحت الفقرة الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه الصفة للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، في حالة ما إذا أبرم العقد أو أنه سيبرم من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية محلية أو المؤسسات العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية، أو مؤسسات عمومية محلية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

02/ المصلحة.

والمقصود بالمصلحة المنفعة التي يحققها رافع الدعوى وقت اللجوء إلى القضاء، فهي تشكل الدافع وراء الدعوى، والهدف من تحريكها، فلا دعوى بدون مصلحة².

كما يمكن تعريفها بأنها الفائدة المنشودة أمام القضاء عن طريق المطالبة بتقرير الأحقية في الادعاء، أو أنها القيمة لموضوع المطالبة الذي يتخذ أساسا لإصلاح أو منع خسارة أو اضطراب قائم أو محتمل³. والمصلحة قد تكون قائمة أو محتملة:

فتكون قائمة: حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون الغرض من المطالبة القضائية حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر. وتكون محتملة: إذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، فيقال بأن المصلحة محتملة، فقد تتحقق مستقبلا كما قد لا تتحقق أبدا⁴.

وإذا كان كلا من المشرع الفرنسي والجزائري قد نصا صراحة على أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد ترفع من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بقواعد

¹ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 33.

² غني أمينة، المرجع السابق، ص 25.

³ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 43.

⁴ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 66.

العلائية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، فمن باب أولى أن ترفع من كل من له مصلحة وتضرر من هذا الإخلال.

03 / الضرر.

إن المقصود بالضرر هو المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، بحيث يجعل مركزه القانوني أسوأ مما كان عليه سابقا، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبها¹.

وتقدير ما إذا كان هناك ضرر ترتب عن الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة ليس بالأمر السهل، حيث يأخذ القاضي بعين الاعتبار المرحلة التي تم إخطاره فيها، فلا يمكن للمؤسسة التي تم رفض ترشحها أن تتضرر من الإخلال الذي يقع بعد إجراء الرفض، أما المشرع الجزائري فلم ينص على الضرر الواقع، بل نص على الضرر المحتمل على غرار المشرع الفرنسي، وهذا الشرط يخص المرشح فقط²، والضرر المترتب عن عدم إسناد الصفقة يسميه البعض بالضرر المهني والتجاري، الناجم عن المساس بصورة المؤسسة التي كانت مرشحة للفوز بالصفقة نظرا لكفاءتها وجودة خدماتها، وكذلك عن الضرر الحاصل من وراء عدم حصولها على الأرباح المتوقعة من الصفقة .

04 / الإستعجال:

يعرف الاستعجال على أنه:"ضرورة الحصول على الحماية القانونية التي لايتحقق معها إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصوم، أو يتضمن ضررا قد يتعذر تداركه و إصلاحه".

كما يعرف على أنه "الضرورة التي لا تحتل تأخيرا، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد³."

ويتضح من هذين التعريفين أن الاستعجال يتعلق بظروف تتطلب التدخل السريع لدرء أي خطر لا يمكن تداركه، يمس حقوق أحد الخصوم .وبتطبيق ذلك وإسقاطه على مادة إبرام الصفقات

¹ غني أمينة، المرجع السابق، ص 260 .

² بروك حليلة، المرجع السابق، ص 307 .

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الاداري، المرجع السابق، ص 13 .

العمومية، فإن طابع الاستعجال يتوافر في الإجراءات المتعلقة بالإشهار والوضع في المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، لأنه إذا تم الطعن في هذه الإجراءات عن طريق الدعوى العادية التي تأخذ وقتا طويلا للفصل فيها، تكون الصفقة قد أبرمت و ربما وصلت مرحلة التنفيذ، فإلغاء الصفقة في مرحلة التنفيذ يضر بالمصلحة العامة، فقاضي الاستعجال وحده يمكنه تسوية الوضعية في حالة الإخلال بالإجراءات المذكورة أعلاه قبل إبرام الصفقة أو عند إبرامها مباشرة، لتجنب الإشكالات العملية المعقدة لمرحلة تنفيذ الصفقة¹.

05/ عدم المساس بأصل الحق:

إن أصل الحق يقصد به جوهره وموضوعه، ولذلك لا يجوز لقاضي الاستعجال التطرق والنظر في دعوى موضوعها منازعة جدية حول حق يدعيه الخصوم، والذي يمثل السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين. فيعتبر مساسا بأصل الحق مثلا تعديل البنود المغيرة لقانون المتعاقدين، كتفسير ما غمض منها، أو اعتبارها مفسوخة في غير ما اتفق عليه الأطراف، وأيضا التهديدات المالية...².

ثانيا: الشروط الشكلية.

01/ شرط القرار الإداري المسبق (الشرط المهجور).

إن بعض الدعاوى القضائية الإدارية لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار، بمعنى أن اختصاص القاضي الإداري فيها لا ينعقد إلا إذا قامت الإدارة باتخاذ قرار بشأن نزاعها مع الفرد، وإذا لم تتخذ الإدارة مثل هذا القرار، فإنه يجب على المدعي أن يقوم باستصداره من الإدارة صاحبة العلاقة، لذلك فإن عدم قيام المدعي ذا الإجراء يؤدي إلى عدم قبول الدعوى. وتطبق هذه القاعدة بشكل عام في نطاق القضاء الكامل التعاقدي وغير التعاقدي، فالمتعاقدين مع الإدارة الذي يطالبها بتعويضات عليه أن يطلب منها دفع هذه التعويضات قبل إثارة الدعوى أمام القاضي. ويعفي القانون المدعي من قاعدة القرار المسبق إذا كانت الدعوى متعلقة بنزاع تعاقدي ومرفوعة إلى قاضي الأمور الإدارية المستعجلة، كأن ترفع لأجل ندب خبرة بصدد مسألة معنية، أو لإثبات حالة محددة³.

¹ بوكيحل ليلي، بوسالم دنيا، دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي 09-10 مارس 2011، ص 3.

² كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 12.

³ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 853.

أما القانون الجزائري فلم ينص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إلزامية الطلب المسبق كشكلية جوهرية لمباشرة دعوى الاستعجال قبل التعاقد أو جوازه، لكن بما أن تقديم التظلم الإداري أمام الإدارة أصبح أمرا جوازيا، فإنه يجوز اللجوء إليه وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 830 من ذات القانون التي نصت على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار..."، فإذا كان هذا في الدعوى الموضوعية العادية، فمن باب أولى أن يكون التظلم جوازيا في الدعاوى الاستعجالية، خصوصا دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

02/ ميعاد رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن دعوى الاستعجال قبل التعاقد ترفع ضد حالات سابقة على إبرام العقد، فهل هذا يعني أن يتم تحريكها قبل إبرام العقد؟ وما هي الآثار المترتبة على عدم إثارتها قبل عملية الإبرام؟

أ/ إثارة الدعوى قبل إبرام العقد.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تحدد أجلا يمكن من خلاله تقديم عريضة الدعوى، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

فالفقرة الثالثة من المادة 946 أعلاه هي الأخرى أشارت إلى ذات الأمر المنصوص عليه في المادة 22 L من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية الفرنسي، فقد نصت هذه الفقرة على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

إن عبارة "يجوز" من شأنها أن تؤدي إلى التساؤل حول المعنى المقصود منها، هل أن المشرع قصد من خلالها إجازة إخطار المحكمة قبل وبعد إبرام العقد؟ أم أنه بإمكان رافع الدعوى الخيار بين القضاء الاستعجالي وبين ما هو منصوص عليه في المادة¹ 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الخاصة بالطعن أمام لجنة الصفقات

1 تنص المادة 82 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه، على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة."

المختصة في حالة الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، وذلك في أجل عشرة أيام ابتداء من أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة¹ ؟

الملاحظ أن المادة 946 أعلاه تتعلق فقط بالاستعجال قبل التعاقد، أما كلمة "يجوز" فإنها تدل على حرية الاختيار بين القضاء الاستعجالي وبين الطريق المنصوص عليه في المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، خاصة وأن دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد غير مقيدة بانتظار الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، إذ بالإمكان رفعها قبل هذا الإجراء، فلا يمكن الحديث عن إمكانية الجمع بين الطعن الإداري ودعوى الاستعجال قبل التعاقد². ومنه فإن إخطار المحكمة الإدارية يكون قبل إبرام العقد، وعلى هذا الأساس يجد المدعي نفسه في سباق مع الزمن حتى تقبل دعواه³.

وهناك احتمال آخر يتمثل في أن المشرع الجزائري يكون قد تعمد النص على هذه العبارة - يجوز - قاصدا من وراء ذلك أن يستفيد المدعي من دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حال لم يتم توقيع العقد، أو من دعوى الاستعجال التعاقدي في الحالة التي يتم فيها توقيع العقد، فإن فاتته الأولى إستدرك الأخرى.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه. لهذه الأسباب يقرر مجلس الدولة، حال فصله في القضايا الاستعجالية، علنيا، حضوريا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم إختصاص قاضي الاستعجال⁴.

وهكذا يكون مجلس الدولة الجزائري قد قطع الشك باليقين ووضع حدا لكل التأويلات، وأقر بأن ميعاد إخطار المحكمة الإدارية بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد يتم قبل إبرام العقد وليس

¹ غني أمينة، المرجع السابق، ص 263.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص 200.

³ غني أمينة، المرجع السابق، ص 263.

⁴ مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 074854، بتاريخ 21-06-2012، قضية ولاية البيض ضد (أ.م)، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، سنة 2014، ص 265.

بعد إبرامه والبدء في تنفيذه، مؤكداً ذلك في المبدأ الذي أرساه في هذه القضية الذي جاء فيه ما يلي: "يجوز، قبل إبرام الصفقة العمومية، وليس بعد الإنجاز والتسليم، إخطار المحكمة الإدارية، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة." وقد أصاب مجلس الدولة الجزائري في قراره هذا، حيث أن المنطق الوقائي لهذه الدعوى وطبيعتها الاستعجالية والسلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي بموجبها يستوجب تحريكها قبل إبرام العقد.

وسارت المحكمة الإدارية لبسكرة على المبدأ الذي أرساه مجلس الدولة الجزائري. فقد قبلت دعوى الاستعجال قبل التعاقد شكلاً، حيث أنها جاءت مستوفية للشروط الشكلية المطلوبة قانوناً، وكذا لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية. والمقصود بذلك أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد أخطرت أنها المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد، بصرف النظر عن إعلان المنح. المؤقت والطعن فيه أمام لجنة الصفقات العمومية¹.

وما على المشرع الجزائري إلا أن يساير المبدأ الذي أرساه مجلس الدولة الجزائري، ويضبط صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك على النحو التالي: "تخطر المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد."

ب/ النتائج المترتبة على عدم رفع الدعوى قبل إبرام العقد.

يترتب على مبدأ عدم جواز رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلا قبل إبرام العقد، أن هذه الدعوى لا يمكن أن توجه ضد قرار توقيع العقد ذاته. وهذا منطقي لأن قرار توقيع العقد هو الذي يؤدي إلى إبرام العقد، وإذا وقع العقد قبل رفع الدعوى، فإن ذلك يمنع من رفعها ولو كان الطلب المسبق مقدماً إلى الإدارة قبل توقيع العقد، وتكف يد القاضي عن النظر في هذه الدعوى على الرغم من تسجيلها، فيم لو أبرم العقد قبل البت فيها، حيث تصبح في هذه الحالة غير ذات موضوع، مع مراعاة أن القاضي لم يتخذ إجراء تحفظياً بوقف إبرام العقد، وعلى القاضي أن يعلن أن الدعوى ليس لها محل، إذا تخطى الشخص المسؤول عن العقد عن إبرامه نهائياً.

¹ ، تاريخ 1- / 14 المحكمة الإدارية بسكرة، قضية رقم 00980-15 تاريخ 14-12-2015 سابق الإشارة إليها.

كما أنه لا يمكن للقاضي أن يقبل الدعوى أو يبت فيها، ولو كان التأخير في رفع الدعوى يعود إلى وعد الإدارة بإمكانية إعادة النظر في الإجراءات المتخذة، أو إلى أسباب أدت إلى استحالة اللجوء إلى قاضي الاستعجال قبل التعاقد مهما كانت هذه الأسباب.

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد وإشكالاتها .

هناك إجراءات يجب إتباعها لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد حتى يتم قبولها وسيتم التطرق إليها في الفرع الأول، كما أن هناك إشكالات متعلقة بهذه الدعوى وسيتم التعرض إليها فيها في الفرع الثاني.

أولاً: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تتمثل إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد في عريضة افتتاح الدعوى، وقيد العريضة ودفع الرسوم القضائية ، بالإضافة إلى التكليف بالحضور .

01/ عريضة افتتاح الدعوى.

تنص المادة 816 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون"¹، وهي بيانات إجبارية ويترتب على الإخلال بها عدم قبول العريضة شكلاً². وجاءت صياغة المادة 15 من هذا القانون كما يلي: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات الآتية:

- ✓ الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- ✓ اسم ولقب المدعي وموطنه .
- ✓ اسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له .
- ✓ الإشارة إلى تسمية طبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
- ✓ عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى .

¹ المادة 816 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

² عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، المرجع السابق، ص. 176.

✓ الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى¹.

وهذا ما سيتم شرحه فيما يلي:

أ/ الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

وهي المحكمة الإدارية التي تختص نوعيا ومحليا بالفصل في النزاع، ومن الأفضل الإشارة إلى الغرفة أو القسم المختص بالنظر في القضية، كأن يكون المحكمة الإدارية الفاصلة في الموضوع أو في القسم الاستعجالي بالمحكمة نفسها² والحال هنا يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 946 من القانون السابق ذكره على أنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة"³...

ب/ أسماء وألقاب وموطن الأطراف.

يجب أن يذكر المدعي في عريضته اسمه ولقبه وموطنه، سواء اكتسب هذه الصفة بحكم المصلحة أو اكتسبها بحكم القانون، كما يتعين عليه ذكر ألقاب وأسماء وموطن المدعى عليهم، ولكن بما أن الأمر يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، في مادة العقود والصفقات العمومية، فإنه يتعين الإشارة إلى تسمية الأطراف وطبيعتهم، وكذا إلى مقرهم الاجتماعي حتى يعرف مكان تواجدهم تسهيلا لاستدعائهم أو إخطارهم بالجلسة، وكذا للقيام بمختلف التبليغات، باعتبارهم مدعى عليهم⁴.

ج/ عرض الوقائع وذكر الطلبات.

وقد نصت المادة 925 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك صراحة، وجاءت صياغتها كما يلي "يجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية، عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية"، متبعا ذلك بذكر الطلبات، وهذه الأخيرة تشكل خاتمة العريضة بحيث يذكر فيها ما يطلب الحكم به من هيئة المحكمة. فالعريضة يجب أن يكون لها محل، ويجب أن يكون هذا المحل مؤسسا، لأن الطلب هو الذي يحدد الأرضية القضائية

¹ المادة 15 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 105.

³ المادة 649 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

⁴ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 17.

للنزاع. وإذا كانت العريضة دون طلب، فإنها مرفوضة شكلاً، أما إذا أصبح المحل المطلوب منعماً بعد رفع الدعوى، فإن المحكمة تصرح بأن لا وجه للفصل¹.

02/ إيداع العريضة وقيدتها ودفع الرسوم القضائية.

وطبقاً للمادتين 823 و 824 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن العريضة تقيد فور استلامها من قبل أمانة ضبط المحكمة الإدارية في سجل خاص مرتب تبعاً لتاريخ استلام العرائض أول بأول، فيذكر في السجل أسماء الأطراف وألقابهم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ويسجل الرقم على نسخ العريضة، وتسلم نسخة لرافعها بغرض اتخاذ إجراءات التبليغ طبقاً للمادة 16 من ذات القانون. وقد فرضت هذه الأخيرة مدة لا تقل عن 20 يوماً بين تاريخ التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون أو النص الخاص على مدة أقل عندئذ يطبق النص الخاص إعمالاً لمبدأ الخاص يقيد العام². وهذا الأمر ينطبق على الدعاوى الاستعجالية ومن بينها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، حيث تنص المادة 928 من القانون نفسه على أن: "تبلغ رسمياً العريضة إلى المدعى عليهم وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغني عنها دون إعذار"³.

ولتسجيل العريضة وجب دفع الرسوم القضائية المحددة قانوناً، وهذا ما أشارت إليه المادة 821 والمادة 17 من نفس القانون، ويسلم أمين الضبط وصلاً يثبت ذلك ويرفق الوصل الدال على دفع الرسوم في ملف الدعوى، وفي حال حدوث نزاع يتعلق بالرسوم يفصل رئيس الجهة القضائية، والحال هنا رئيس المحكمة الإدارية في الإشكال المعروض أمامه بأمر غير قابل لأي طعن، وهذا ما قضت به المادة 825 من القانون ذاته⁴.

03/ التكليف بالحضور.

طبقاً للمادة 838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي "...: يتم التبليغ الرسمي لعريضة افتتاح الدعوى عن طريق محضر قضائي"⁵...

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 107

² بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 429.

³ المادة 928 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

⁴ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 277.

⁵ المادة 838 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

ومن هنا فإن تبليغ عريضة افتتاح الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية يتم عن طريق محضر قضائي باعتباره ضابطاً عمومياً مكلفاً بالقيام بإجراءات التبليغ بناءً على طلب ذوي الشأن¹. ويتعين على المدعي بعد استيفاء إجراءات دعوى الاستعجال قبل التعاقد، التوجه إلى المحضر القضائي من أجل إحاطة المدعى عليه اسمياً بالدعوى المسجلة وإلزامه بالحضور، وهذا يفرض إعداد سند رسمي في موضوع التبليغ يسمى بالتكليف بالحضور. وقد أوجب المشرع في المادة 18 من القانون نفسه مجموعة بيانات وجب توافرها في التكليف بالحضور وهي:

✚ اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

✚ اسم ولقب المدعي وموطنه.

✚ اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

✚ تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني.

✚ تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

وهي في مجملها بيانات ذات فائدة، ومن خلالها يعرف القائم بالتنفيذ والمدعي والمدعى عليه وتاريخ الجلسة والجهة القضائية المعروض أمامها النزاع².

وإذا سلم المحضر القضائي التكليف بالحضور للمعني وجب عليه تحرير محضر تبليغ يتضمن البيانات التالية:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

- اسم ولقب المدعي وموطنه.

- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي.

- توقيع المبلغ له على المحضر والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها.

- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور أو استحالة تسليمه أو رفض التوقيع عليه.

¹ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 262.

² عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 131.

-وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.

-تنبيه المدعى عليه بأنه في حال عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.

-تاريخ أول جلسة وذكر الساعة فمن حق المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد كما في أي دعوى أخرى وهو المكلف بالحضور على يد محضر تحضير نفسه وإعداد دفاعه ولا يكون ذلك إلا بعد معرفة تاريخ الجلسة¹.

هذا ويسجل على المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فراغا كبيرا. والأمر يتعلق بالبيان الخاص بذكر الجهة القضائية المطلوب المثل أمامها. والمقصود بذلك المحكمة الإدارية فلا يصح أبدا أن يشمل التكليف بالحضور اسم المدعي ولقبه واسم المدعى عليه ولقبه وطبيعة الشخص المعنوي وممثله القانوني ومقره وتاريخ الجلسة وبيانات المحضر القائم بالتبليغ، ليغيب مع كل هذا عنصر له من الأهمية بمكان ألا وهو الجهة القضائية المطلوب الوقوف والمثل أمامها، وهذا الأمر لا يمكن قبوله على الإطلاق، وإذا كان لابد من التعديل فعلى رأس المواد الواجب إعادة النظر فيها هي المادة 18 سالف الذكر. علما أن المادة التي تقابلها في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 القديم والملغى ذكر فيها البيان المتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة، وهي المادة 13 منه حيث جاء في البيان رقم 4 عبارة: "ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين للمثل أمامها"².

ثانيا: الإشكالات المتعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد.

هناك إشكالات متعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، وهذه الإشكالات تتمثل في صفة المدعي رافع الدعوى، أسباب الطعن، تصادم الإجراءات الموازية، إمكانية تنفيذ العقد قبل إبرامه.

01/ صفة المدعي رافع الدعوى.

سبق شرح المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الدعوى الإستعجالية لا تكون مقبولة إلا إذا رفعها من له مصلحة في إبرام العقد، وكذا الوالي حينما تبرم الهيئات المحلية عقدا مخالفا للقانون. وقد تم تفسير عبارة "من له مصلحة" بأ م المترشحون الذين حال خرق قواعد

¹ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، المرجع السابق، ص 292.

² عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 292.

الإعلان والمنافسة دون التقدم بعروضهم، أو الذين تم إقصاؤهم أو استبعادهم، أو لم يتم اختيارهم، خاصة بعد صدور قرار المنح المؤقت. إلا أن عدم دقة العبارة قد تفتح المجال لتفسير واسع يدرج طوائف من المهتمين بالصفقة العمومية ودون أن تكون لهم مصلحة مباشرة، ويكون الغرض من ممارسة حق التقاضي تعطيل إبرام العقد مما يلحق ضررا بالمصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها وبالمصلحة العامة بالتبعية.

فيكفي جهل الراغبين في إبرام العقد للنصوص القانونية، وعدم التمييز مثلا بين طلب العروض المفتوح وطلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا وطلب العروض المحدود، وهي أشكال طلب العروض المبينة في المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247. أو للشروط القانونية التي يجب أن يتضمنها الإعلان من تلك التي تعتبر ثانوية، حتى يبادر إلى رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد التي في حالة عدم الاستجابة للطلب ستعطل إبرام العقد لمدة 20 يوما، وهي المدة التي يجب فيها على المحكمة الإدارية الفصل في الطلب عملا بالمادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

أما النقص الآخر الذي يعتري المادة 946 المبنية للذين لهم حق الإخطار، فيتمثل في إغفال تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بصفقات الإدارة المركزية والمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الوطنية التي تخضع للقانون الذي يحكم النشاط التجاري إذا كان العقد ممولا كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. فإذا كان الوالي يمارس هذا الحق في مواجهة صفقات الهيئات المحلية، فإن صفقات الهيئات المركزية تبقى دون "وصي" لضمان قانونيتها، علما أن هذه الصفقات تخضع لنفس قواعد الشفافية والنزاهة، وتسري عليها كل المبادئ الواردة في تنظيم الصفقات العمومية وقوانين المنافسة ومكافحة الفساد. وكان من باب أولى نظرا لأهميتها وضخامة قيمتها، أن يتم بيان الجهة الإدارية الموكل لها حق إخطار المحكمة الإدارية بإجراءات دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

قضاء حول الرابع الدولي الملتقى العمومية، الصفقات مادة في الاستعجالي الإداري القضاء إشكالات الكريم، عبد بودريوة¹ الوادي، 09-10 مارس 2011 ص 09. جامعة الاستعجال الإداري،

لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتحديد المادة 828 منه، فإن الدولة تمثل بواسطة الوزير المعني سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، وبما أن الأمر يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مجال العقود والصفقات العمومية، وقياسا على منح الوالي -باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية - صفة المدعي رافع الدعوى في كل الصفقات التي تبرمها الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية المحلية سواء الخاضعة للقانون العام، أو للقانون الذي يحكم النشاط التجاري إذا كان مشروع الصفقة ممولا كليا أو جزئيا من ميزانية الجماعات المحلية، وباستقراء المواد 171 و 172 و 185 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، والمتعلقة بتشكيل اللجان المتمثلة في اللجنة الجهوية للصفقات ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية، والهيكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، واللجنة القطاعية للصفقات العمومية المكلفة بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية، والتي يوجد ضمن أعضائها ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية" مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة"، فإنه من الأجدر أن تمنح صفة المدعي رافع الدعوى -دعوى الاستعجال قبل التعاقد -إلى الوزير المكلف بالمالية، لارتباط الصفقات العمومية بالمال العام ومكافحة الفساد، هذا من جهة.

وبالتالي يتعين الاعتراف لوزير المالية بأن تمنح صفة المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة الصفقات العمومية المبرمة من طرف السلطات المركزية، والمؤسسات العمومية الوطنية سواء الخاضعة للقانون العام، أو الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري إذا كلفت بإنجاز مشروع ممول كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو ائنة من الدولة .وعليه تكون صياغة الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالتالي "...:والوزير المكلف بالمالية إذا أبرم العقد أو سببرم من طرف سلطة مركزية أو مؤسسة عمومية وطنية"...

02/ أسباب الطعن.

تم الحديث سلفا أن أسباب الطعن أو أوجه تأسيس دعوى الاستعجال قبل التعاقد تتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، بحيث تم تبين بعض أوجه المخالفة سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في قانوني المنافسة ومكافحة الفساد .إلا أن عدم الدقة والتحديد قد يؤدي إلى

إغفال حالات تشكل مساسا بهذه المبادئ، تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان، فهل يجوز مثلا رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد على أساس أن دفتر الشروط المفروض على المترشحين والذي يتم إعداده قبل الإعلان يتضمن مخالفات لمبدأ المنافسة ؟

أمام سكوت النص وغياب اجتهاد قضائي، يستوجب بالإمكان الإستعانة بما هو معمول به في القانون المقارن لاسيما الموقف الفرنسي وذلك في المادة 1-551L من قانون القضاء الإداري مصدر إلهام للنصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويظهر جليا من خلال هذه المادة أنه يمكن للقاضي أن يأمر بالامتنثال للالتزامات، وكذا إلغاء القرارات والشروط التي سيتضمنها العقد والمخالفة للالتزامات الإدارية في مجالي الإشهار والمنافسة، وبالتالي فلن يكون مستبعدا أن يتبنى مجلس الدولة الجزائري هذا الموقف، وتمديد مجال السريان إلى غاية العمليات والمراحل التي تتم قبل الإعلان¹.

03/ تصادم الإجراءات الموازية.

أمام تنوع النصوص المرجعية المرتبطة بمختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية، تبرز تلك المتعلقة بآليات ممارسة الرقابة والتأكد من صحة ومطابقة العمليات مع القانون، خاصة تلك المتصلة بمبدأ المنافسة وضرورة الإشهار، أين ت وجد أوجه الوقاية وهي ضمانات في آن واحد تتوزع بين هيئات عديدة وبطباع مختلفة) رقابة قضائية، ورقابة إدارية (قد تؤدي إلى تصادم بين الاختصاصات أو تعارض في الآثار المترتبة، مما يؤثر بشكل مباشر في تعطيل إبرام العقد وتنفيذه، وارتداد ذلك سلبا على المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. ويمكن تعداد هذه المظاهر فيما يلي:

أ/ التظلم أمام لجان الصفقات العمومية:

لقد فرض المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الذكر، إجراء إعلان المنح المؤقت للصفقة، وهو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية أو في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور من المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء والنقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز، من باب

¹ .بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 187.

إضفاء الشفافية أكثر على الصفقات العمومية¹. وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 65 في فقرتها الثانية من هذا المرسوم، والتي تعد من بين أهم القواعد المكرسة لمبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية²، بالإضافة إلى المادة 82 منه والتي كرست حق الطعن الناتج عن المنح المؤقت كإجراء أولي يخول الجهات المعنية ممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة العمومية. فالمشرع ذا الإجراء مكن المتعهدين المعنيين والذين قدموا عروضهم، من حقهم في رفع تظلم أمام لجنة الصفقات المعنية خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت، طبقا للفقرة الثالثة من المادة 82 أعلاه لتمارس هذه الأخيرة رقابتها

قبل توقيع الصفقة من جانب الجهة المختصة، وتتولى لجنة الصفقات المعنية سواء البلدية أو الولاية أو اللجنة الجهوية للصفقات أو لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية أو المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، عملا بالمواد من 171 إلى 175 من ذات المرسوم، دراسة التظلم المرفوع أمامها، وعلى من رفع التظلم إثبات وجود خرق القانون أو التنظيم أو صورة التمييز بين المتنافسين³.

ب/ الطعن أمام مجلس المنافسة:

إن أهم ما يميز الصفقات العمومية أنها عقود تخضع للمنافسة في إجراءات إبرامها، ابتداء من الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، كفكرة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية، ودفع المتعاقد مع الإدارة لتوفير أفضل النوعيات بأفضل الإثمان، وقد امتد اللجوء إلى قواعد المنافسة لإبرام الصفقات العمومية في المراسيم الأخرى اللاحقة⁴، كالمرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، وكذا المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 296.

² تنص الفقرة الثانية من المادة 65 من المرسوم الرئاسي المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه على مايلي: "يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية".

³ بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 11.

⁴ سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية، 20 ماي 2013، ص 09.

1991 المتضمن تنظيم الصفقات، ثم المرسوم الرئاسي 02 - 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، علما أن هذه النصوص القانونية كانت سابقة على صدور قانون المنافسة تحت رقم 03-03 المؤرخ 19 جويلية 2003¹ ، والذي لم يدرج في أحكامه ما يفيد تطبيقه على الصفقات العمومية خصوصا المادة الثانية منه.

ودرء لهذا التناقض، فقد لجأ المشرع في إطار تعديل المادة الثانية بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للقانون 03-03 إلى جعل الصفقات العمومية ضمن النشاطات الخاضعة لقانون المنافسة²، حيث أصبحت المادة 02 تنص صراحة على أنه "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

- نشاطات الإنتاج.....

- الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة"³...

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل أن إدراج الصفقات العمومية ضمن القانون المتعلق بالمنافسة يجعلها حتما خاضعة لس المنافسة⁴؟

بالرجوع إلى أحكام القانون 08-12 ، فإن المادة 05 منه تنص على أن :تتم أحكام المادة 6 من الأمر رقم 03-03بمطأة أخيرة وتحرر كما يأتي- :

المادة" 6: تحظر بدون تغيير حتى الأعراف التجارية.

-السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة⁵

فبإدراج الصفقات العمومية ضمن حالات حظر الاتفاقيات المنافية للمنافسة فإنها تكون من التصرفات الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة⁶ ، تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 44 والتي تنص صراحة على أن "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن

¹ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج د ش عدد 43 ، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

² سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص10.

³ المادة 02 من القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 ، يعدل ويتمم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

⁴ سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص 11.

⁵ المادة 05 من القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 ، يعدل ويتمم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

⁶ سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص11.

إطار تطبيق 6 و 7¹، مما يعني سريان كل القواعد الإجرائية والموضوعية ... " الواردة في قانون المنافسة على الصفقات العمومية، وفي مختلف مراحلها لاسيما ما تعلق بالرقابة وممارسة حق الطعن لذوي المصلحة.

وبالنظر إلى صلاحيات مجلس المنافسة المنصوص عليها ابتداء من المادة 34 من الأمر 03-03 وكيفيات إخطاره، يتبين اختصاصه في تلقى الشكاوى حول شروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، تنتهي في حالة جديتها إلى إصدار المجلس أوامر معلة ترمي إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة²، طبقاً للمادة 45³، وهذا إضافة إلى إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المنافية للمنافسة⁴ حسب المادة 46 .

ج/ في إطار تطبيق قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم مجالات تطبيق 5 القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20- فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁶، وذلك من خلال نص المادة 09 منه والتي جاءت صياغتها كما يلي: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

✚ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

✚ الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

✚ معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

✚ -ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية⁵

¹ المادة 44 من الامر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

² بودريوة عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 11.

³ تنص المادة 45 من الأمر المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه على أن: "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعينة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو إلى من اختصاصه.

كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فوراً وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر.

ويمكنه أيضاً أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه."

⁴ بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 11 .

⁵ المادة 09 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سابق الإشارة إليه.

ويفهم من هذا النص أنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعداد دفاتر الشروط قبل الدعوة إلى إبرام الصفقة، وتحدد في هذه الدفاتر شروط المشاركة في المنافسة للحصول على الصفقة وقواعد انتقاء المتعامل المتعاقد من بين المترشحين الراغبين في التعاقد معها لتنفيذ الصفقة، وهذا حرصا على الشفافية ووقاية من الوقوع في جرائم المال العام وعموما وجريمة الرشوة والمحابة على وجه الخصوص، إذ أن عدم تحديد شروط المشاركة والانتقاء مسبقا يفتح المجال واسعا أمام الإدارة لاختيار متعامل متعاقد على معايير غير قانونية، كما يجب على الإدارة أن تتخذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية على أسس ومعايير موضوعية ودقيقة، وأن تفتح المجال أمام ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام القواعد المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية¹.

ولقد أسس القانون 06-01 الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وأوكل إليها اختصاص التحري والبحث والسر على إتمام كل ما شأنه الكشف عن أفعال الفساد، وذلك في المادتين 20 و 21 من القانون نفسه، على أن تتم إحالة الملف طبعا في حالة ثبوت وقائع ذات طابع جزائي إلى وزير العدل لتحريك الدعوى العمومية، وهذا ما جاءت به المادة 22 منه. وبالتالي وفي حالة اكتشاف وقائع ذات صلة بالفساد بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قبل إبرام صفقة عمومية، فإن للهيئة سلطة التدخل والتحري، وقد يبلغ الأمر إلى حد تحريك الدعوى العمومية.

د/ إمكانية تنفيذ العقد قبل إبرامه.

تنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²، على إمكانية البدء في تنفيذ العقد قبل إبرامه، وهذا طبعا استجابة لضرورات معينة، إلا أن ذلك يتنافى مع إمكانية رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد، أين لا تجدي نفعا بعد الإمضاء على

1 حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، 2012، جامعة ورقلة، ص 05.

² تنص النادة 12 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه على ما يلي: "في حالة الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخّص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه".

وبالتالي يرجى توضيح وتدقيق هذه النصوص حتى تتسجم فيما بينها، ذلك أن استعمال كلمات وعبارات واسعة النطاق والمفهوم مثل "وجود خطر يهدد استثمارا" أو الأمن العمومي "يمنح للإدارة سلطة تقديرية غير محددة المعالم والحدود، يُحصنها من أي تعقيب ورقابة ويقلل بالتبعية من شأن وصرامة النصوص القانونية التي اجتهد المشرع في محاولة إحاطتها وتنظيمها من كل الجوانب . وهنا أيضا يرتقب تدخل مجلس الدولة الجزائري قصد تنوير المهتمين بمجال الصفقات العمومية بما يجب أن يكون وإرساء هذه المعالم والحدود¹.

المبحث الثاني :الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

عندما تحرك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المدعي بغض النظر عن صفته بعد استفاؤه الشروط الموضوعية منها والشكلية، ويتم قيدها لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية، يأتي دور القاضي الاستعجال الإداري لممارسة السلطات المخولة له قانونا بموجب هذه الدعوى والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بموجب المادة 46 منه (المطلب الأول)، ومن خلال هذه السلطات يتم الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول :سلطات القاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن هذه الدعوى تمنح لقاضي الاستعجال قبل التعاقد سلطات واسعة عند الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد .هذه السلطات تتمثل في سلطة الأمر وهذا ما سيتم معالجته في الفرع الأول الأول، وسلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة ومعالجة ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول :سلطة الأمر.

تعد سلطة الأمر من أهم السلطات التي تمنحها دعوى الاستعجال قبل التعاقد للقاضي، ومنه سوف يتم تسليط الضوء على مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة وذلك في (أولا) ، ثم دراسة الأوامر التي يوجهها قاضي الاستعجال قبل التعاقد في إطار هذه الدعوى في (ثانيا).

أولا : مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.

لبيان مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة ينبغي التطرق إلى تعريفه أولا ،ثم بيان شروطه ثانيا.

¹ بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13 .

01/ تعريف الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.

إن الأمر القضائي هو سلطة تمنح للقضاء لإلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه¹. كما يقصد بمبدأ حظر توجيه القاضي أوامر للإدارة: "أنه لا يجوز للقاضي و هو بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه توجيه أمر إلى جهة الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الكامل"².

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد تأثر بما كان عليه الحال في فرنسا، حيث لم يكن باستطاعة القاضي الجزائري توجيه أوامر إلى الإدارة رغم عدم وجود نص يمنعه من ذلك.

لكن بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح بإمكان القاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة من أجل تنفيذ أحكامه، بحيث إذا قدر أن تنفيذ الحكم الصادر عنه يستلزم صدور قرار معين من شخص معنوي عام أو خاص مكلف بإدارة مرفق عام، أن يوجه أمرا بناء على طلب صاحب الشأن، باتخاذ القرار الواجب إصداره من أجل تنفيذ الحكم³.

وهذا ما نصت عليه المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء"⁴، وإذا قدر أن تنفيذ الحكم يستلزم قيام هذا الشخص الاعتباري بتحقيق جديد من أجل إصدار قرار آخر، فإن له أن يوجه إليه بناء على طلب المعني بالأمر، أم را بإجراء التحقيق اللازم وإصدار قرار من جديد⁵، طبقا لما نصت عليه المادة 79 من نفس القانون على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم

¹ مهني مختار نوح، المرجع السابق، ص 871.

² براهيمي فايزة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 69.

³ عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 344.

⁴ المادة 978 من القانون 08-09، المتضمن ق إ م إ، سابق الإشارة إليه.

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 640.

طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد¹.

2/ شروط الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.

أ/ ضرورة طلب صاحب الشأن:

يشترط وفقا للمادة 978 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإمكانية توجيه أمر إلى الإدارة ضرورة تقديم طلب صريح من صاحب الشأن إلى الجهة القضائية التي تنتظر في الدعوى وهي المحكمة الإدارية باعتبارها الجهة الفاصلة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد طبقا للفقرة الأولى من المادة 946.

ب/ ضرورة أن يتطلب تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار اتخاذ الإدارة تدبيرا معيناً:

فلا محل لاستخدام سلطة الأمر إذا كان تنفيذ الأمر أو الحكم أو القرار، لا يتطلب من الإدارة اتخاذ تدبير معين قد يتمثل في اتخاذ الإدارة إجراء معيناً. وقد يتمثل في إصدار قرار إداري جديد، وقد يتمثل في إعادة فحص طلب صاحب الشأن وإصدار قرار جديد في أجل محدد².

ج/ لزوم الأمر لتنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر:

لا يوجه القاضي الإداري أمراً إلى جهة الإدارة بإصدار القرار الذي يتطلبه تنفيذ الحكم أو بإعادة فحص طلب صاحب الشأن أو إصدار قرار إداري آخر، إلا إذا كان هذا لازماً لتنفيذ الحكم. وبالبناء على ذلك، فإن القاضي الإداري إذا قدر أن توجيه أمر إلى الإدارة يعتبر مسألة حتمية من أجل تنفيذ الحكم، فينبغي عليه إصدار هذا الأمر، ومن ثم، فإن سلطة القاضي كما هو واضح من النصوص التشريعية سلطة مقيدة، وهذا بخلاف الغرامة التهديدية إذ يملك الخيار بين الحكم بها أو الاستغناء عنها تبعاً لظروف وعناصر الدعوى، كما يجوز للقاضي الإداري أن يمنح للإدارة المحكوم ضدها أجلاً للتنفيذ كما يجوز له أن يقرن هذا الأمر بالغرامة التهديدية³.

ثانياً: الأوامر القضائية الموجهة للإدارة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

¹ المادة 979 من القانون 09-08، المتضمن ق إ م إ، سابق الإشارة إليه.

² عبد القادر عدو، نفس المرجع، ص 22.

³ عبد القادر عدو، المرجع نفسه، ص 226.

في حالة ما إذا تبين للقاضي الإداري أن الإدارة المكلفة بإبرام الصفقة العمومية قد أخلت فعلا بالالتزامات المتعلقة بالإشهار والمنافسة، فله أن يأمر الإدارة المخلة بالامتثال لالتزاماتها (1) كما يمكن له الأمر بوقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل بها (2) ، كما أنه يملك سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية (3).

01/ أمر الإدارة بالامتثال لالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والوضع في المنافسة.

حسب المشرع الجزائري حيث بينت الفقرة الرابعة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن للمحكمة الإدارية وبمجرد إخطارها أن تأمر المتسبب في الإخلال، بالامتثال لالتزاماته وذلك بمراعاة الإجراءات القانونية المتعلقة بالإشهار والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام 4 .

فالقاضي الإداري يستطيع أن يأمر الإدارة على سبيل المثال بأن تنشر إعلانا عن العقد في حال عدم قيامها بذلك، أو أن تعيد نشر هذا الإعلان إذا كان النشر الأول غير مشروع، كما يستطيع أن يأمرها بالقيام بتصرفات محددة بحيث تكون إجراءات إبرام العقد متطابقة مع منطق المنافسة كما يفرضه القانون.

02/ الأمر بوقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به.

طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطت نفس السلطة للقاضي الإداري، إلا أنها جاءت بصيغة أخرى مفادها أن المحكمة الإدارية بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى اية الإجراءات .فقد نصت على أنه: "ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما . "وكان من الأجدر أن تكون الصياغة : "...أن تأمر بتعليق إمضاء العقد..."

والمقصود بإمضاء العقد في هذه الحالة توقيع الاتفاقية بين المتعامل الاقتصادي الذي وقع الاختيار عليه، وكان هذا الاختيار مخالفا ومخلا بقواعد العلانية والمنافسة، والمصلحة المتعاقدة التي تسببت في هذا الإخلال¹ .ويقصد بإمضاء العقد في هذا المجال :توقيع الاتفاقية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي تم اختياره دون احترام إجراءات المنافسة والإشهار².

¹ .بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 326 .

² .بوكيحل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص 13.

على أن هذا الأمر يعتبر ذو طابع تحفظي ومؤقت لأنه يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية والمتعلقة بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة. فالمحكمة الإدارية قبل الفصل في القضية، وبمجرد إخطارها وقبل جلسة المرافعة تأمر بتأجيل إمضاء العقد الإداري بصفة مؤقتة لغاية الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد المرفوعة أمامها، ويكون أمر التأجيل مؤقتاً ولا تتجاوز مدته العشرون يوماً والتي هي مقررة للفصل في الدعوى¹.

03/ سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية.

المشرع الجزائري لم يدرجها ضمن السلطات المخولة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات حين تعبر عن إرادتها الموضوعية بصدد إبرامها لعقودها، وهذه القرارات تشكل جوهر عملية الإبرام تلك. والقاضي حين يبت في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإنه يتمتع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالباً في قرارات استبعاد بعض المرشحين دون وجه حق. وفي الحقيقة إن سلطة الإلغاء هذه التي منحت للقاضي المختص بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظرياً بحثاً وفقاً لنظرية قضاء القرارات المنفصلة، مع ملاحظة أن القرار المتعلق باختيار المتعاقد (قرار الإرساء (في عقود الصفقات العمومية وفي عقود التفويض على حد سواء، إنما ينطوي على مساحة واسعة من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة². لذلك فإن قاضي الاستعجال قبل التعاقد ووفقاً للقواعد العامة لا يمارس إلا رقابة الحد الأدنى على قرارات الإرساء تلك.

وعليه فإن قاضي الاستعجال قبل التعاقد لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد، كما هو الشأن بالنسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة، ولا أن يلغي العقد ذاته مثلما هو عليه الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية عندما تمارس اختصاصها المتعلق بدعوى الإلغاء الخاصة، وذلك يعود إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة بذلك، فإن العقد يصبح مبرماً،

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 557.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 876.

ومع خروج العقد إلى حيز الوجود القانوني وإن كان معيبا فإن قاضي الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته¹.

الفرع الثاني: سلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.

بالإضافة إلى سلطة الأمر التي يتمتع بها قاضي الاستعجال قبل التعاقد، فإنه يتمتع بسلطة أخرى تتمثل في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة، وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى مفهومها (أولا) ثم إلى نطاق تطبيقها في إطار دعوى الاستعجال قبل التعاقد (ثانيا) .
أولا: مفهوم الغرامة التهديدية.

لبيان مفهوم الغرامة التهديدية ينبغي التطرق إلى تعريفها (1) ، ثم التعرض إلى طبيعتها القانونية(2)، والتفصيل في شروطها (3).
1/ تعريف الغرامة التهديدية.

لقد عرفت الغرامة التهديدية بأنها " مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يتمتع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقتنا بتلك الغرامة². " وقد عرفت كذلك بأنها " مبلغ من النقود يحكم به القاضي على المدين عن كل فترة زمنية معينة لا يتم فيها تنفيذ المدين لالتزامه عينيا حيث يكون التنفيذ العيني تدخلا شخصا من جانبه³. " كما أن هناك من عرفها بأنها " عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير ويصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه، أو حتى بقصد ضمان حسن تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق⁴، " أما الأستاذ عبد الرزاق السنهوري فقد عرفها من خلال تعريف نظام الغرامة التهديدية كوحدة قانونية إذ يتمثل " في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينيا في خلال مدة معينة، فإذا إذن فالغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أن القاضي بناء على هذا الإجراء يستطيع أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في ذلك كان ملزما بدفع مبلغ معين من النقود عن كل فترة زمنية من التأخير، أو في كل مرة

¹ مهند مختار نوح، نفس المرجع، ص 876.

² براهيم فيزة، المرجع السابق، ص 92.

³ مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 14.

⁴ منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 15.

يخل فيها المدين بالتزامه، وذلك حتى يقوم بالتنفيذ أو الامتناع نهائيا عن الإخلال بالالتزام، ويكون للقضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية أن يحوها أو يخفضها¹.

02/ الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ، وبذلك فهي دف إلى إجبار المدين المتعنت على التنفيذ العيني كما تعتبر وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء، وذلك على الشكل التالي:

أ/ الغرامة التهديدية وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني.

إن الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني حيث يجبر المدين عليه مادام ممكنا، وامتناع المدين عن التنفيذ لا يجعل هذا الأخير مستحيلا، لأنه لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العيني متوقفا على إرادة المدين. ولإيجاد نوع من التوازن بين عدم ملائمة التنفيذ الجبري المباشر، وبين حق الدائن في التنفيذ العيني، منح المشرع الجزائري للدائن وسيلة للضغط ماليا على المدين المتعنت لإجباره على التنفيذ وهي الغرامة التهديدية، وذلك طبقا للمادتين 174 و 175 من القانون المدني وما كرسه المواد من 978 إلى 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادتين 987 و 988 من نفس القانون، واللتين كرستا نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية. والملاحظ أن القانون المدني هو أول من كرس هذه الوسيلة حيث أجاز للدائن أن يطلب من القاضي الحكم على المدين الممتنع عن التنفيذ في بعض الحالات بغرامة إجبارية، هذه الأخيرة تحول إلى تعويض أي بعد التصفية في حالة تأخر المدين أو إصراره على موقفه. ولذلك فقد تنجح هذه الوسيلة وقد لا تنجح تبعا لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ².

ب/ الغرامة التهديدية وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء.

ففي التشريع الجزائري واستنادا للمادة 174 من القانون المدني، فإن الحكم بالغرامة التهديدية يكون تبعا للحكم بالإلزام المدين بالتنفيذ العيني. فهي طريقة غير مباشرة ووسيلة لضمان تنفيذ ذلك الحكم، فباعتبارها وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ العيني تساهم بطريقة غير مباشرة في تنفيذ أحكام القضاء المتضمنة للالتزام، لأنه من شروط التنفيذ الجبري العيني أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي، والأحكام القضائية من بين أهم هذه السندات. فالمشرع عندما نص على الغرامة

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 879.

² مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص. 18.

التهديدية حاول بطريقة غير مباشرة ضمان تنفيذ بعض أنواع أحكام القضاء، وهو الأمر الذي ينسجم مع القاعدة الدستورية التي تقضي بوجوب احترام تنفيذ الأحكام القضائية في كل وقت وفي كل زمان ومكان وفي جميع الظروف¹.

3/ شروط توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.

حتى يتمكن القاضي الإداري من توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لابد أن تتوفر شروط معينة وهي كالتالي:

أ/ وجود الحكم أو الأمر القضائي صادر عن إحدى جهات القضاء الإداري.

وينصرف هذا الشرط إلى ضرورة التحري والتدقيق في طبيعة العمل الصادر عن القضاء، بحيث يتعين أن لا يكون قرارا إداريا، بل لابد أن يكون عملا قضائيا صادرا في صورة الحكم أو الأمر أو القرار القضائي، كما يجب أن يكون صادرا عن جهة قضائية إدارية حسب التنظيم القضائي المعمول به، وأن يكون هذا الحكم أو الأمر أو القرار فيه إلزام للإدارة وليس مجرد وصف لعملها².

ب/ وجوب أن يتطلب تنفيذ الحكم اتخاذ الإدارة تدبيرا معيناً.

إن هذا الشرط يبين مدى الصلة الوثيقة بين سلطة الأمر وسلطة توقيع الغرامة التهديدية . ويفترض هذا الشرط حتى يمكن للقاضي الإداري استخدام أسلوب الغرامة التهديدية أن يتضمن الحكم المطلوب تنفيذه التزاما على الإدارة بالقيام بعمل معين يتمثل في اتخاذ إجراء أو قرار محدد، حيث أن أحكام الإلزام تعتبر دون سواها من الأحكام الأخرى محلا للتنفيذ بواسطة الغرامة التهديدية، وهو ما أكدته المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه " :عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة"...، وكذا نص المادة 979 من نفس القانون على أنه " :عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية "...وبالرجوع إلى نص المادة 980 منه فإنها تنص على الأمر بالغرامة التهديدية مع تحديد تاريخ سريانها من طرف الجهة القضائية

¹ مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص 20.

² بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 347 .

الإدارية عملا بالمادتين 978 و 979 المذكورتين سابقا، ومعنى هذا أن المادتين سالفتي الذكر نصتا على أحكام الإلزام التي هي محل للتنفيذ بواسطة الغرامة التهديدية¹.

ج/ قابلية الحكم للتنفيذ.

حتى يتمكن القاضي من الحكم بالغرامة التهديدية، فلا بد أن يتحقق من كون الإجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ وانتفاء هذا الشرط يعني رفض الطلب، ومصدر هذا الشرط أنه لا تكليف بمستحيل ولا إجبار على شيء إلا إذا كان من الممكن القيام به.

وعليه فإنه لا مجال لتطبيق الغرامة التهديدية إذا كان التنفيذ مستحيلا، لذا فإنه لا يكفي وجود شرط الإلزام حتى يتحقق أثر الغرامة التهديدية، بل لابد أن يكون تنفيذها ممكنا وليس مستحيلا²، والاستحالة نوعان وهما:

استحالة قانونية: وتتحقق هذه الاستحالة عندما يرتبط التنفيذ بإجراء يستند إلى نص قانوني، أو يستقر على مبدأ من المبادئ القانونية، أو إلى حكم قضائي يستحيل تنفيذه ويستوي الأمر أن تكون استحالة التنفيذ استحالة مطلقة أو مؤقتة إلى حين، كأن يلغى الحكم من طرف محكمة الطعن.

استحالة مادية: وتكون الاستحالة مادية إذا كان الأمر يتعلق بحدث أو واقعة خارجة عن نطاق الحكم. فهي بمثابة عارض يحول دون تنفيذ الحكم كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي³.

د/ أن يكون الحكم نهائيا وممهورا بالصيغة التنفيذية.

لكي يتم إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها يجب أن يكون الحكم نهائيا وحائزا لقوة الشيء المقضي به. وباعتبار الأحكام القضائية سندا تنفيذيا فلا بد أن يكون مذيلا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴.

و/ تبليغ الإدارة بالحكم الصادر ضدها بالغرامة التهديدية.

يجب أن تبلغ الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، إذ أنه لا يمكن فرض الغرامة في مواجهتها ما لم يتم تبليغها، وذلك قصد إعطائها فرصة للتنفيذ على اعتبار أنها خصما في الدعوى. الإدارية من جهة، وكونها المعنية بالتنفيذ من جهة أخرى¹.

¹ براهيمي فايضة، المرجع السابق، ص 134.

² عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 230.

³ عبد القادر عدو، نفس المرجع، ص 230.

⁴ براهيمي فايضة، المرجع السابق، ص 137.

هـ/ عدم وجود حكم أو قرار قضائي يوقف التنفيذ.

إن الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن مختلف جهات القضاء الإداري تكون متمتعة بالقوة التنفيذية بمجرد تبليغها إلى الإدارة، فلو قامت الإدارة باستئناف تلك القرارات أمام مجلس الدولة فلا يكون لطعنها أثر موقوف.

وعلى الرغم من ذلك توجد حالات لا يمكن فيها تنفيذ الحكم أو القرار القضائي، فقد جاء في المادة 912 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه في حالة ما إذا تبين لقاضي الاستئناف أن تنفيذه سيؤدي لا محالة إلى أوضاع يكون من العسير إصلاحها، أو أن الوثائق والمستندات المقدمة في الطعن تحمل من الجدية ما يؤدي بالضرورة إلى إلغاء القرار القضائي المستأنف، فيجوز له إيقاف تنفيذه إلى غاية صدور قرار محكمة الاستئناف.

كما يجوز حسب المادة 913 من ذات القانون لس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، أو عندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف².

ي/ إمتناع الإدارة عن التنفيذ

وذلك بان تمتنع الإدارة أو أحد الأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن تنفيذ مقتضيات الحكم أو الأمر أو القرار القضائي الصادر عن جهات القضاء الإداري، ولذلك فإن الإدارة ملزمة بتنفيذ منطوق الحكم ودون النظر لأسبابه، فامتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم هو الذي يدفع بالقاضي الإداري إلى فرض الغرامة التهديدية، ولذلك كان النص عليها من باب الجواز مع إمكانية إلغائها أو رفعها تبعا للظروف أو ما يظهر بعد ذلك من حقائق³.

ز/ طلب صاحب الشأن.

حتى يتمكن القاضي الإداري من إصدار أمر إلى جهة الإدارة أو يحكم عليها بغرامة تهديدية، فإن ذلك لا يكون إلا بطلب من صاحب الشأن والمصلحة في ذلك، ويقصد به المعني المباشر

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 668.

² براهمي فايزة، المرجع السابق، ص 137.

³ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 347.

بمسألة الحكم أي أن يكون تنفيذ هذا الحكم من شأنه أن يعود عليه بمنفعة أو فائدة معينة ويشترط فيها أن تكون مباشرة¹.

ثانيا :نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد (في القانون الجزائري) .
لقد أعطى المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال قبل التعاقد إمكانية فرض الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة في حالة إخلالها بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية دون أن يكون ذلك إلزاميا² ، وذلك من خلال الفقرة الخامسة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أنه يمكن للمحكمة الإدارية الحكم بالغرامة التهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد³، ولم يحدد المشرع هذا الأجل، وعليه فإن هذا الأجل تحدده المحكمة الإدارية عندما تأمر الإدارة المتسببة في الإخلال بالامتثال لالتزاماتها والذي يجب عليها أن تمتثل فيه، وذلك من خلال العبارة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 946 على أن :
... "وتحدد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه .". وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما ترك أمر تحديد الأجل للمحكمة الإدارية، فلم يضبطها بحد أدنى أو بحد أقصى وإنما ترك لها السلطة التقديرية في ذلك وذلك حسب طبيعة وأهمية كل صفقة.

فبانقضاء هذا الأجل المحدد من طرف المحكمة الإدارية يبدأ سريان الغرامة التهديدية، ويظهر ذلك في صلب الأمر ذاته، حتى تكون وسيلة للضغط على الإدارة لكي تقوم بتصحيح إجراءاتها . وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة إذا قامت هذه الأخيرة بالامتثال لأوامر قاضي الاستعجال قبل التعاقد، بأن قامت بإصلاح ما يجب إصلاحه خلال الأجل الممنوح لها من طرف المحكمة الإدارية . فتوقيع الغرامة التهديدية مرهون بعدم امتثال الإدارة لأوامر القاضي. ومعنى ذلك أنه لا يمكن للمحكمة الإدارية الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال لتلك الالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية في آن واحد وفي ذات الأجل الممنوح للإدارة . فالمادة 946 في فقرتها الخامسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تنص على الغرامة التهديدية كجزاء يوقع على الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ أحكام القضاء، وإنما يرجع في ذلك لنص المادة 980 من

¹ مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص 54 .

² لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص 207 .

³ غني أمينة، المرجع السابق، ص 264 .

هذا القانون وما بعدها للوقوف على الغرامة التهديدية بالمعنى الذي لم يكن موجودا في القانون القديم، ولهذا لا ينبغي الاستناد على نص المادة 946 أعلاه للقول بتطبيق الغرامة التهديدية ضد الإدارة، إلا في مجال الإخلال بالالتزام المرتبط بالإشهار والمنافسة وليس أكثر من ذلك¹.

المطلب الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لا يمكن الحديث عن الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد دون التطرق إلى قواعد الاختصاص وما تثيره من إشكالات ويكون ذلك في (الفرع الأول)، بعدها يتم التطرق إلى الأمر الصادر بخصوص هذه الدعوى وذلك في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن مسألة تحديد قواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي في غاية الأهمية، خصوصا وأن النزاع بخصوص هذه الدعوى يؤول الفصل فيه إلى المحاكم الإدارية، مما يطرح مسألة الاختصاص النوعي لهذه المحاكم (أولا) ، ومسألة الاختصاص الإقليمي (ثانيا).

أولا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

إن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص القانون العام بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، لا تثير أي إشكال قانوني بالنسبة للاختصاص النوعي، وذلك لتوافر المعيار المحدد لهذا الاختصاص وهو المعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أن:

"المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"²، والتي وافقتها في صياغتها المادة 06 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاءت كما يلي " : لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

-الدولة.

¹ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 327.

² المادة 800 من القانون 08-09، المتضمن ق إ م، إ، سابق الإشارة إليه.

-الجماعات الإقليمية.

- .المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري¹ "

كونها تخضع لاختصاص القضاء الإداري² .ومع ذلك فإن الإشكال يثور بقوة في منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص خاضعة للقانون الخاص والمتمثلة أساسا في المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، كون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يسمح لهذه المؤسسات بإبرام صفقات عمومية، وذلك عندما تكلف بإنجاز مشاريع ممولة كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو ائنة من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، الأمر الذي يتطلب ضرورة البحث عن القضاء المختص بالفصل في هذه المنازعات³.

وقد ظهر اتجاهين لتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في مثل هكذا منازعات، اتجاه يقول باختصاص القضاء العادي، واتجاه آخر يقول باختصاص القضاء الإداري، ولكل مبرراته.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد (في القانون الجزائري) .

يقصد بالاختصاص الإقليمي أن تسند الدعوى إلى أحد الجهات القضائية صاحبة الاختصاص النوعي نفسه، بالاعتماد على موقعها الجغرافي أو الإقليمي وعناصر أخرى مرتبطة بموضوع النزاع⁴. كما يقصد به نصيب المحكمة الواحدة من محاكم طبقة معينة من ولاية القضاء وذلك وفقا لموقعها الجغرافي من إقليم الدولة، ويعبر عنه بدائرة اختصاص المحكمة⁵، فالاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية إذن هو الاختصاص المحلي، حيث تختص كل محكمة بالمنازعات الإدارية الحاصلة في النطاق الجغرافي المحدد لها والذي توجد به، والغاية من وراء ذلك هو تيسير التقاضي وتقريب المحاكم من المتقاضين، فتكون العدالة في متناول أيديهم، كما أن الاختصاص الإقليمي في حقيقة الأمر مكمل للاختصاص النوعي في تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة،

¹ المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص.50.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 115.

⁴ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 79.

⁵ فريجة حسين، المرجع السابق، ص.38 .

فمن خلاله يتم تحديد الجهة القضائية المختصة مكانيا بعد أن تم تحديدها نوعيا وبكليهما معا تظهر الجهة القضائية المختصة بصفة دقيقة ومحددة تحديدا نافيا للجهالة¹.

لقد اعتمد المشرع الجزائري معيارا أساسيا في توزيع الاختصاص الإقليمي بين المحاكم الإدارية، وهو نفس المعيار المعتمد في المواد المدنية والمتمثل في قاعدة أن الجهة القضائية لموطن المدعى عليه هي المختصة بنظر النزاع، فإن لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له، وفي حالة تعدد المدعى عليهم فيؤخذ الاعتبار بموطن أحدهم تقاديا لصدور أحكام عدة من محاكم مختلفة في قضية واحدة، وتجد قاعدة موطن المدعى عليه أساسها في الاعتبارات التالية:

- أن المدعي هو الذي يسعى إلى المدعى عليه، ومن ثمة وجب عليه مخاصمته أمام الجهة القضائية التي يقع موطنه وبذل الجهد في سبيل ذلك، فالدين مطلوب وليس محمول.
أن الأصل في الشخص براءة الذمة، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يطالب بحقه في موطن المدعى عليه.

- أن هذا المبدأ يهدف إلى عدم تمكين المدعي سيء النية من رفع دعواه أمام محكمة بعيدة لإرهاق المدعى عليه.

- أن أدلة الإثبات غالبا ما توجد في موطن المدعى عليه².

إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها عدة استثناءات وهي مقررة بموجب المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وطالما أن الموضوع يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات والعقود الإدارية، فإن الاستثناءات التي سيتم التركيز عليها هي تلك الاستثناءات الواردة في الفقرة الثانية المتعلقة بمادة الأشغال العمومية، والفقرة الثالثة المتعلقة بمادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، والفقرة السادسة والمتعلق بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية³، وذلك على الشكل التالي:

¹ كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص. 66.

الإجراءات قانون ملويا، آث شيخ بن حسين ؛ 182. ص السابق، المرجع الإدارية، المنازعات في المرجع بوضياف، عمار 2
62. السابق، المرجع الإدارية،

³ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 233.

1/ الاستثناء المتعلق بمادة الأشغال العمومية.

إن هذا الاستثناء يحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية لمنازعات الصفقات العمومية بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد والمتعلق بمادة الأشغال العمومية، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال"، فأول قاعدة لتحديد الاختصاص الإقليمي والتي جاءت كاستثناء من القاعدة العامة، تعلقت بعقد الأشغال العامة الذي يعتبر من أهم أنواع عقود الصفقات العمومية. ومؤداه أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العامة هي المختصة بالفصل في المنازعة، ومنه إذا وقع إخلال بقواعد العلانية والوضع في المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة في صفقة عمومية متعلقة بأشغال عامة، فإن المحكمة الإدارية المختصة بالفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي محكمة مكان تنفيذ الأشغال. إلا أن هذا الاستثناء تعرض للنقد لأن الأشغال العمومية يمكن أن تمتد إلى منطقة جغرافية واسعة، وأن تمر على دائرة اختصاص محكمتين إداريتين أو عدة محاكم إدارية، وفي هذه الحالة يكون تنازع الاختصاص الإقليمي بين مجموعة من المحاكم الإدارية، والمشرع لم يضع معياراً على أساسه يتم حل هذا التنازع في الاختصاص، وكان من المستحسن أن يتم المشرع الاستثناء بالنص على أنه في حالة تعدد مكان تنفيذ الأشغال يعود الاختصاص إما إلى مكان التنفيذ الرئيسي أو إلى مكان إبرام العقد وهو الأدق لأن مكان التنفيذ الرئيسي قد لا يكون واضحاً أيضاً¹.

2/ الاستثناء المتعلق بمادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها.

وقد تضمنته الفقرة الثالثة من نفس المادة من القانون نفسه بنصها على أنه: "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد استدرك الخطأ في الصياغة والنقد الموجه للقاعدة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الملغى. فهذه الصياغة التي جاءت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت واضحة ودقيقة في استعمال المصطلحات بذكر مصطلح "العقود

¹ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 122.

الإدارية مهما كانت طبيعتها"، وهذا يتضمن الصفقات العمومية باعتبارها نوع من أنواع العقود الإدارية¹.

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي، فإنه تم الاعتماد على معيارين "مكان إبرام العقد" أو "مكان التنفيذ" وذا يكون المشرع قد تجنب النقد الموجه للاستثناء الأول، لأنه ذا قد أعطى الخيار للمدعي في رفع الدعوى بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، بأن يتوجه إلى المحكمة التي يريدتها إما محكمة مكان إبرام العقد أو محكمة مكان التنفيذ².

3/ الاستثناء المتعلق بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.

وهذا الاستثناء قد ورد في الفقرة السادسة من نفس المادة من ذات القانون، وكان نصها كالتالي: "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به"، ومفاد هذا الاستثناء أن المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً بالفصل في المنازعة التي يكون أحد موضوعاتها صفقة توريد (أو صفقة الأشغال العمومية، وهما نوعين من أنواع الصفقات العمومية، هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ شريطة أن يكون أحد أطرافها مقيماً ذا المكان، وإلا فإنه تطبق القاعدة العامة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه³.

الفرع الثاني: الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

من خلال السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، يصدر هذا الأخير أمره فيما يخص النزاع المعروض عليه للفصل فيه، وهذا ما يستدعي التطرق لطبيعة هذا الأمر (أولاً)، ثم ممارسة طرق الطعن فيه (ثانياً).

أولاً: طبيعة الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وسوف يتم التعرض في هذا الفرع إلى سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد(1)، ثم إلى ميعاد صدور الأمر بخصوص هذه الدعوى ومدى حجيته (2).

¹ عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 70.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 66.

³ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 235.

01/ سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد قبل صدور الأمر.

إن الاختصاص بالنظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا موكل إلى قاض فرد وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه، على عكس المشرع الجزائري الذي أسند الاختصاص بالنظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وغيرها من الدعاوى الاستعجالية الأخرى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلتها الجماعية، وهي نفسها التي يناط بها البت في دعوى الموضوع وذلك طبقا لنص المادة 917 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع"، مما يعني أن التشكيلة تفصل في قضايا الموضوع بصفتها قاضيا للموضوع كما تفصل في قضايا الاستعجال بصفتها قاضيا للاستعجال¹، وتتعدد على شكل غرفة استعجالية أو قسم استعجالي، وتتكون من رئيس غرفة وقاضيين برتبة مستشار².

فقد نص المشرع في المادة 923 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية، كتابية وشفوية"، فالدعوى الاستعجالية بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ينظر فيها قاضي الاستعجال بنفس القواعد التي تحكم الدعوى الإدارية العادية من ضرورة أن يفصل قاضي الاستعجال فيها وفقا لإجراءات الوجاهية التي تقتضي التبليغ الرسمي للدعوى، وقيام علم الطرف الآخر بها³، أو على الأقل القيام بالإجراءات التي تؤكد سعي المدعي لتبليغ المدعى عليه، ولو اقتضى ذلك إصدار حكم غيابي. فالمهم في الأمر أن ملف الدعوى يؤكد وجود إجراءات التبليغ التي تؤكد احترام مبدأ الوجاهية، كما يتعين على أطراف الدعوى التقاضي عن طريق الإجراءات الكتابية من عريضة افتتاح الدعوى أو المذكرات والوثائق التي تجعل إجراءات التقاضي كتابية. ومع كل هذا فإن القانون يسمح بإبداء ملاحظات شفوية من حين لآخر ولكن تدعيما لطلبا م الكتابية، وهو الأمر الذي يخفف من إجراءات التقاضي الكتابية⁴، تطبيقا لنص المادة 884 فقرة 01 من نفس القانون التي تنص على أنه " بعد تلاوة القاضي المقرر للتقرير المعد حول القضية، يجوز للخصوم تقديم ملاحظاتهم الشفوية تدعيما لطلباتهم الكتابية"، فقد مكنت

¹ سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014، ص. 217.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص. 201.

³ سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص. 227.

⁴ بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 3.

هذه المادة الأطراف من أن يقدموا ما يرونه من ملاحظات مهمة، ولحتمية إبدائها ولضرورتها وأهميتها أجاز المشرع تقديمها شفاهة وتكون تدعيما لطلباتهم المكتوبة¹. كما أن المادة 887 من القانون ذاته تؤكد هذا الأمر إذ تنص على أن: "يتناول المدعى عليه الكلمة أثناء الجلسة بعد المدعي، عندما يقدم هذا الأخير ملاحظات شفوية"، فإذا قدم المدعي ملاحظاته الشفوية طبقا لنص المادة 884 سألقة الذكر، فإنه يتعين على المحكمة الإدارية أن تحيل الكلمة للمدعى عليه لتقديم ما يراه مناسباً للرد على ملاحظات المدعي، والعكس صحيح بالنسبة لحالة إبداء المدعى عليه ملاحظاته الشفوية وإن كان المشرع لم يشير إلى ذلك بصريح العبارة، ولكن وقوف القاضي موقف الحياد من الخصمين ولمقتضيات المحاكمة العادلة ولمبدأ كفالة حق الدفاع، فينبغي إعطاء الفرصة للمدعي للرد على ما قدمه المدعى عليه من ملاحظات شفوية².

ولقد طبقت المحكمة الإدارية لبسكرة الفاصلة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد هذا الإجراء حيث مكنت أطراف الدعوى. المدعي وهو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أبناء عموري للنقل، والمدعى عليها مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة من إبداء ملاحظاتهم الكتابية والشفوية. فقد إلتمست المدعية من المحكمة الإدارية أمر المدعى عليها بالامتثال لالتزاماتها القانونية من خلال إلغاء المنح المؤقت، وأجابت المدعى عليها ملتزمة القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس، ولكل منهما مبرراته.

ومع كل هذا، فإن المحكمة الإدارية غير ملزمة بالرد على الملاحظات المقدمة شفاهة من طرف الخصوم ما لم يتم تأكيدها في شكل كتابي، طبقا لنص المادة 886³ من القانون نفسه، ولعل ذلك يرجع إلى أمرين:

أولهما: أن ما يبيده الخصوم شفاهة يعد من باب توضيح الطلبات وتدعيمها، بمعنى أن الوجه المقدم من طرف الخصوم قد تضمنه الطلب الكتابي، أما الملاحظة الشفوية جاءت لتدعيم هذا الطلب وليس وجها مستقلا عنه.

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 358.

² بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 284.

على بالرد ملزمة غير الادارية المحكمة: ان على إليه الإشارة سابق والادارية، المدنية الاجراءات قانون من 886 المادة تنص³ "كتابية بمذكرة تؤكد مالم بالجلسة المقدمة شفاهة الواجهة

ثانيهما: إذا تم فهم نص المادة 884 المذكورة أعلاه من أن تقديم الطلب شفاهة قد يعد وجها مستقلا من الطلب الكتابي إلا أنه يصب في نفس الهدف الذي يرمي إليه هذا الأخير. ومع ذلك، فإنه يمكن تقديم أي وجه من أوجه المطالبة أو الدفاع شفاهة، ولكن على شرط تقديمها بعد ذلك في شكل كتابي أو مذكرة كتابية¹.

02/ ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد ومدى حجيته.

أ/ ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

أما المشرع الجزائري فقد سار على نهج المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل 20 عشرين يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه"، لتفادي تعطيل المصلحة العامة². وتطبيقا لذلك فقد تم الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد سالفة الذكر من طرف المحكمة الإدارية لبسكرة في الأجل المقرر في المادة 947 أعلاه .

ب/ مدى حجية الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

يمكن أن يشكل قرار التسريع بتوقيع العقد انحرافا باستعمال السلطة أو خطأ في القانون .ويمكن للقاضي الجزائري أن يستخلص من القرار الاستعجالي الذي من خلاله تم وقف إبرام العقد أن هناك خرقا لنفس القواعد، وعلى القاضي الاستعجالي أن يحدد بدقة كيفية تنفيذ قراره، فإن تم إلغاء إجراءات الإبرام فيجب إعادة العملية من البداية .أما إذا الغي تصرف واحد فقط، فينبغي إكمال العملية خلال تلك المرحلة .أما إذا تم إقصاء المرشح بطريقة غير قانونية واختار طريقة التعويض، فبإمكانه تحريك دعوى المسؤولية على أساس ما فاتته من كسب .وفي حال لم يكن له أي فرصة، فله الحق في المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه، وإن كان يملك حظوظا للفوز بالصفقة فيمكن تعويضه على أساس ما فاتته من كسب ويقاس بالربح الذي كان سيحصل عليه من تنفيذ الصفقة .

ثانيا: الطعن في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص358 .
² سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ، ص1145.

يكون الطعن في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد عن طريق الاستئناف

(1) والمعارضة (2) والطعن بالنقض (3) وذلك على الشكل التالي.

01/ الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لقد سكتت المادتان 946 و 947 من قانون الإج راءات المدنية والإدارية عن بيان إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد، الأمر الذي ينبغي الرجوع معه إلى القواعد العامة¹.

فالأمر الاستعجالي قبل التعاقد يفصل فيه كأول درجة .فبالرجوع للمادة² 949 من ذات القانون بخصوص الطعن بالاستئناف، فهي تجيز استئناف الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وتحدد لهذا الغرض أجلا أقصر من أجل الاستئناف العادي هو خمسة عشر (15) يوما يسري من، تاريخ التبليغ الرسمي للأمر إلى المعني، أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا³.

وبفصل مجلس الدولة في أجل 48 ساعة طبقا للفقرة الثانية من المادة 937 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه " وفي هذه الحالة يفصل مجلس الدولة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة⁴ " .

02/ الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

بالرجوع الى المادة 949 أعلاه يمكن القول بأنه يجوز استعمال طريق الطعن في الأمر بالمعارضة، ولكن الإشكال يثور إذا ما تم الرجوع للمادة⁵ 953 من نفس القانون التي تذكر حق

¹ بوكيحل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص15 .

أو الخصومة حضر طرف لكل يجوز " :انه على إليه الإشارة سابق والإدارية، المدنية الإجراءات قانون من 949 المادة تنص2 القانون ينص مالم الإدارية، المحكمة عن الصادر الأمر أو الحكم ضد استئنافا يرفع أن دفاع أي يقدم لم ولو بصفة قانونية استدعي "ذلك على خلاف

هومة دار والإداري، العادي القضاء أمام الصادرة والقرارات والأحكام الأوامر في العادية وغير العادية الطعن طرق دلاندة، يوسف 3 132 . ص ، 2012 الجزائر، والتوزيع، والنشر . للطباعة

⁴ المادة 937 من القانون 08-09 ، المتضمن ق إ م إ، سابق الإشارة إليه.

غيايبا الصادرة والقرارات الأحكام تكون " :أن على إليه الإشارة سابق والإدارية، المدنية الإجراءات قانون من 953 المادة تنص5 "للمعارضة قابلة الدولة ومجلس المحاكم الإدارية عن

الطعن بالمعارضة في القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية ومجلس الدولة دون أن تشير إلى الأوامر.

وعلى هذا الأساس، يرجح جواز المعارضة في الأوامر الاستعجالية على غرار الأوامر الصادرة بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد خاصة بالمقارنة مع طرق الطعن في الاستعجالي العادي، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن هذه الأوامر تمس بموضوع الدعوى والأمر هنا يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، وبالتالي فلا يمكن حرمان المعنيين من درجات التقاضي ومن حقوق الطعن. على أن يحدد لذلك آجالاً قصيرة تتناسب مع الطبيعة الاستعجالية للدعوى¹.

03/ الطعن بالنقض في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن القاضي المختص في البت في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا يفصل في الدرجة الأولى والأخيرة، وهذا حسب نص المادتين L 22 L 23، من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية على أن:

« Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés »².

وهذا يعني أن الحكم الصادر لا يقبل الطعن بالاستئناف، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية الطعن في الحكم عن طريق النقض أمام مجلس الدولة، ويجب أن يتم هذا الطعن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ هذا الحكم³ طبقاً للمادة R241.24 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية والتي تنص على ما يلي:

La décision du président du tribunal administratif ou de son délégué, qui est exécutoire par provision, est susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans la quinzaine de sa notification »⁴.

شريطة عدم توقيع العقد، وإلا أصبح الطعن بالنقض غير ذي موضوع.

¹ بوكيحل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص.15.

² Articles L.22 et L.23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, précité.

³ Catherine BERGEAL, Frédéric LENIOA, op.cit, p.94.

⁴ 2- Article R.241-24 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'Appel, précité.

الخاتمة

وفي الختام يمكن القول أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية دعم المنظومة القانونية في الجزائر، بحيث يمارس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، وهو ضامن لاحترام القواعد المتعلقة بالعلانية والمنافسة والمساواة في المعاملة بين المتعاملين الاقتصاديين في مجال إبرام الصفقات العمومية، في حالة حياد المصلحة المتعاقدة، إذا تم تحريكه بواسطة دعوى الاستعجال قبل التعاقد لأن هذه القواعد أو المبادئ كرس لت تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى، ذلك أن مباشرة هذه الدعوى لا تقتصر فقط على المتعامل الاقتصادي المتضرر من هذا الحياد ، وإنما لأشخاص أخرى منحها القانون صفة المدعي لتحريك هذه الدعوى، حتى وإن لم تتضرر من هذا الإخلال. ويتعلق الأمر بوزير القطاع ، والوالي في القانون الجزائري، الأمر الذي يزيد من ضمانة المتعاملين الاقتصاديين للدخول في علاقات تعاقدية مع الإدارة إن هي أعلنت عن رغبتها في التعاقد.

كما أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد يتدخل قبل إبرام العقد حتى يتمكن القاضي الاستعجالي من ممارسة سلطاته المتمثلة في سلطة الأمر وسلطة توقيع الغرامة التهديدية، وهي صلاحيات واسعة ومعتبرة تتناسب وأهمية المنازعة، ولأن الفصل في القضية يكون بصفة مستعجلة، مراعاة لمصلحة الإدارة المتعاقدة ومشروع الصفقة العمومية، ومما استخلصناه من هذه الدراسة نتوصلنا إلى النتائج التالية:

- يعتبر الاستعجال ما قبل التعاقد طعنا استعجاليا في الموضوع، فبالإضافة إلى أنه يتميز بطابع الاستعجال، فهو يمنح للقاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في نطاق الاستعجال العادي تقربه من قاضي الموضوع، فبإمكانه أن يأمر الإدارة بالامتنال لالتزاما ، وأن يأمر بتأجيل أو تعليق إمضاء العقد، وكذا حذف بعض الشروط التعسفية، كما يمكنه توقيع الغرامة التهديدية.

- أن سلطة الأمر الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، هي سلطة أصيلة نابعة من طبيعة وخصوصية هذا النوع من الاستعجال. فقاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد عندما يوجه أوامر إلى الإدارة، فإنه يوجهها وفقا لما تقتضيه هذه الدعوى بناء على أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، وليس وفقا لأحكام المادتين 978 و 979 من ذات القانون، وعلى العكس من ذلك، فإن سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة جاءت مقترنة بسلطة الأمر.

-أن سلطة الأمر الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، هي سلطة أصيلة نابعة من طبيعة وخصوصية هذا النوع من الاستعجال. فقاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد عندما يوجه أوامر إلى الإدارة، فإنه يوجهها وفقا لما تقتضيه هذه الدعوى بناء على أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وليس وفقا لأحكام المادتين 978 و 979 من ذات القانون، وعلى العكس من ذلك، فإن سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة جاءت مقترنة بسلطة الأمر.

-أن الاستعجال ما قبل التعاقد هو استعجال موضوعي قانوني، الهدف منه ضمان سلامة العقود والصفقات العمومية قبل إبرامها، حفاظا على المال العام من الفساد المستشري، وتحقيقا للمصلحة العامة، لأن القاضي لا ينظر إلى شخص المدعي بقدر ما ينظر إلى مدى امتثال الإدارة للالتزامات المتعلقة بالإعلان والوضع في المنافسة، لأن هذه الالتزامات منشؤها القانون وحده وليس العقد، فإذا ما أبرم العقد أصبحت الدعوى غير ذات موضوع.

-أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد جاءت للتخفيف من حدة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، لأن إلغاء هذه القرارات يؤدي إلى إلغاء الصفقة العمومية برمتها، وهذا فيه إخلال باستمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد.

فالهدف من دعوى الاستعجال قبل التعاقد هو الفصل في هذه القرارات قبل إبرام العقد في أقرب الآجال، فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة السير في العملية التعاقدية لحين الفصل في الدعوى. وليس هذا فحسب، بل أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد جاءت نتيجة لعدم فعالية دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، كون أن هذه الأخيرة يتم الفصل فيها حتى قبل إبرام العقد والبدء في تنفيذه.

-ومن بين النتائج المتوصل إليها كذلك، أن رقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقد لم تعد تقتصر على الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة فقط، بل تعداه إلى رقابة انتهاك مبدأ المساواة في المعاملة بين المرشحين، فقد تحترم المصلحة المتعاقدة مبدأي العلانية والمنافسة، إلا أنها في المقابل قد تضع شروطا تفضيلية لفئة من المرشحين على حساب مرشحين آخرين، أو تقصي بعض

المرشحين بطريقة تعسفية وغير قانونية في انتهاك منها لمبدأ المساواة، وكل هذا من أجل تغليب المصلحة العامة على المصالح الشخصية، سواء تعلق الأمر بالمصلحة الشخصية للمتعاقد المتعاقد، أو مصلحة الموظف المكلف بإبرام الصفقة العمومية.

-ومن النتائج كذلك ارتباط ميعاد تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد بإبرام العقد، ذلك أن إبرام العقد من عدمه هو الضابط لقبول أو عدم قبول الدعوى.

-ومن النتائج أيضا التقاء قضاء الاستعجال قبل التعاقد بالاستعجال التعاقد، من حيث أ ما يعاقبان على نفس المخالفات المتعلقة بالإعلان والمنافسة، ويقصدان نفس الأطراف سواء تعلق الأمر بالمدعي رافع الدعوى أو المدعى عليه المخل بالتزاماته. وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الاستعجال التعاقد هو مكمل للاستعجال ما قبل التعاقد أو امتداد له كونه يحرك بعد إبرام العقد.

-أن سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد يكون وفقا لمبدأ المواجهة بين أطراف الدعوى في جلسة علنية إجبارية، يتم فيها تقديم الملاحظات الشفوية بعد أن يتم تبادل المذكرات الكتابية.

-أن الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد مو كل للتشكيلة الجماعية للمحكمة الإدارية على عكس المشرع الفرنسي الذي أوكلها إلى قاض فرد أو من يفوضه.

-حدد كل من المشرعين الفرنسي والجزائري أجلا يفصل فيه قاضي الاستعجال قبل التعاقد في الدعوى، وهو 20 يوما من تاريخ تقديم الطلب، على الرغم من أنه ليس من عادة المشرع أن يحدد أجلا للفصل في الدعوى، وكان يشترط فقط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال.

-تطابق مدة تعليق أو تأجيل إمضاء العقد مع المدة المقررة للفصل في الدعوى، والغاية من ذلك قطع الطريق أمام المصلحة المتعاقدة حتى لا تقوم بالتوقيع على العقد، مما ينجم عنه الوقوع في وضعية يصعب تداركها.

إضافة إلى ما تم التوصل إليه من نتائج، فإن هناك ملاحظات ينبغي ذكرها وتتمثل في:

-من الضروري التوسيع في سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد بالنسبة للمشرع الجزائري على غرار ما هو معمول به في القانون الفرنسي، وذلك بأن تكرر سلطة إلغاء القرارات والبنود التعاقدية المخالفة لالتزامات العلانية والمنافسة.

-من الضروري كذلك ضبط ميعاد إخطار المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد وذلك بتغيير صياغة المادة 946 في فقرتها الأخيرة من عبارة "يجوز إخطار" ... إلى عبارة "يتم إخطار" ... حتى لا يفتح أمامها للطعون الموازية، وحتى يتم فصل الاستعجال قبل التعاقد عن الاستعجال التعاقدى إن تم النص عليه مستقبلا.

-يجب كذلك بيان صفة المدعي بحكم القانون الذي يحق له إخطار المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، في حالة المخالفات المرتكبة في مجالي العلانية والوضع في المنافسة، بخصوص الصفقات العمومية ذات البعد الوطني المبرمة من طرف السلطات المركزية، والمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري أو تلك الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري. -يعين إستبدال عبارة "تأجيل إمضاء العقد" بعبارة "تعليق إمضاء العقد"، لأنتعليق إمضاء العقد يؤدي إلى عدم إبرامه خلال مدة النظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

-يجب أن تمنح للوالي صفة المدعي بحكم القانون في حالة الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المستقلة كالجامعة أو المستشفيات مثلا، وكذلك بالنسبة للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري الموجودة على المستوى المحلي. -ضرورة ربط ميعاد دعوى الاستعجال قبل التعاقد بأجل الطعن المقرر في المادة 82 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمقدر بـ 10 أيام، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة كثيرا ما تلجأ إلى توقيع العقد بعد انتهاء هذا الأجل، ومن المستحسن أن يتم تمديده إلى 15 يوما وأن يشدد المشرع على احترامه، وترفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد خلال هذا الأجل بغض النظر عن تقديم التظلم إلى لجنة الصفقات العمومية من عدمه. ومن دون اعتباره شرطا شكليا لرفع الدعوى.

-بيان طبيعة الحكم الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ومدى قابليته للطعن بالاستئناف أو المعارضة أو الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، كما فعل المشرع الفرنسي حينما نص على أن الأحكام الصادرة بصفة استعجالية في مادة العقود والصفقات العمومية تصدر ابتدائية و نهائية. وحبذا لو أنه يصدر في أول وآخر درجة خصوصا وأن هناك مؤشرات كبيرة تشير إلى صدور قانون جديد يقضي بتتصيب مجالس إدارية استئنافية على المستوى الجهوي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع .

اولا : الكتب.

أ) باللغة العربية

- 1- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 2- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- 3- جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 4- جورج شفيق ساري، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2002 .
- 5- حمدي عطية مصطفى عمر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.
- 6- محمد براهيم، القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .
- 7- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 8- محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013 .
- 9- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 .
- 10- معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 1995.
- 11- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 12- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار

قائمة المراجع

بلقيس، الجزائر، 2017 .

13- طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.

14- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دار هومة للنشر
الجزائر، 2011.

15- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،
الجزائر، 2013.

16- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة
والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، المركز القومي
للإصدارات القانونية، مصر، 2008.

18- عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى،
منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.

19- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات
المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012.

20- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر،
2015.

21- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر،
2013.

22- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، جسر للنشر
والتوزيع، الجزائر، 2017.

23- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، جسر للنشر
والتوزيع، الجزائر، 2017.

24- غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،
2013.

25- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2005.

ب) باللغة الفرنسية

- 1-Catherine BERGEAL, Frédéric LENIGA, Le contentieux des marchés public, Groupe Imprimerie Nationale Editions techniques, Paris, 2010.
- 2-Guillaume BERNARD, Marchés publics, Dominique Mabin, Paris, 2012.
- 3- Léon BERNARD KREPPER, Rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, CCI de région Paris Ile-de-France, 2013.
- 4-Jérôme MICHON, 100 questions dans les marchés public, édition moniteur, Paris, 2004.
- 5-Emmanuelle GILLET, Lorenzi SEYDOU TRAORE, Droit administrative des biens, 1 édition, CNFPT, Paris, 2007.

ثانياً: المقالات

- 1- بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الخامس، العدد الأول، 2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- 2- محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابق للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد 20، العدد الأول - أ، 2013، جامعة دمشق.
- 3- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر، 2009، جامعة محمد خيضر بسكرة.

ثالثاً: المداخلات

- 1- عثمان بوشكيوة، إستعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع في قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 10 - 09 مارس 2011.

رابعاً: النصوص القانونية

- 1- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 01/06/1998، المعدل والمتمم.
- 2- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 39، الصادرة بتاريخ 1998/06/07.

قائمة المراجع

- 3- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 47، الصادرة بتاريخ 09/06/1966 المعدل والمتمم.
 - 4- الأمر 96-31 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج.ر.ج.د.ش، عدد 85، الصادرة بتاريخ 31/12/1996.
 - 5- القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الادارية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 01/06/1998.
 - 6- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.د.ش، عدد 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006.
 - 7- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 03/07/2011.
 - 1- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 52، الصادرة بتاريخ 28/07/2002.
 - 2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 58، الصادرة بتاريخ 07/10/2010.
 - 3- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الموفق العام، ج.ر.ج.د.ش، عدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.
- ### المراسيم التنفيذية
- 1- للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28/11/1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، ج.ر.ج.د.ش، عدد 79، الصادرة بتاريخ 01/12/1993 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 06/03/2011، ج.ر.ج.د.ش، عدد 15، الصادرة بتاريخ 09/03/2011.
- ### القرارات الوزارية
- 1- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء، ج.ر.ج.د.ش، عدد 65، الصادرة بتاريخ 02/09/2005.

الصفحة	العنوان
/	الإهداء
/	كلمة شكر
/	قائمة المختصرات
01	المقدمة
09	الفصل الأول : ماهية قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
09	المبحث الأول : القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.
09	المطلب الأول : مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.
09	الفرع الأول : مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد .
09	أولا: تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد.
10	ثانيا : شروط اختصاص قضاء الاستعجال قبل التعاقد .
10	(1) الاستعجال
11	(2) عدم المساس بأصل الحق
12	الفرع الثاني : مفهوم الصفقات العمومية و تمييزها عن باقي العقود .
12	أولا: تعريف الصفقات العمومية.
13	ثانيا : تمييز الصفقات العمومية عن غيرها من العقود .
13	أ) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية.
14	ب) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية.
15	ج) التمييز بين الصفقات العمومية وعقد العمل.
16	المطلب الثاني : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.
16	الفرع الأول : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا و تبنيه .
16	أولا : نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا.
17	ثانيا: تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا.
19	الفرع الثاني : تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في الجزائر ومبرراته.
20	أولا : تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
21	ثانيا: مبررات تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية.
23	المبحث الثاني: دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

23	المطلب الأول: مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد و خصائصها .
23	الفرع الأول: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد وبيان خصائصها.
23	أولاً: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد .
24	ثانياً : خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد .
24	1-دعوى قضائية قبل تعاقدية تقنية وقائية.
25	2-دعوى قضاء الاستعجال الإداري.
25	3-دعوى قضائية تصحيحية.
25	4-دعوى استعجال موضوعي.
26	5-دعوى تنتمي الى القضاء الكامل.
26	6-أن القاضي الاستعجالي يتمتع فيها برقابة مزدوجة.
27	7-بيان ووضوح أطرافها وحالات رفعها.
27	الفرع الثاني: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالدعاوى الأخرى.
27	أولاً: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى الاستعجال التعاقدية.
28	1-من حيث ميعاد رفع الدعوى
28	2- من حيث طبيعة الاختيار
29	ثانياً: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.
29	1-تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.
31	2-الأشخاص المؤهلون قانوناً لممارسة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.
31	أ- الغير
32	ب- المتعامل المتعاقد
33	المطلب الثاني : نطاق تطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد في الصفقات العمومية.
33	الفرع الأول: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
33	أولاً: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بنص القانون.
35	ثانياً: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بقرار قضائي.
35	الفرع الثاني : العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

	أولاً: عقود الصفقات العمومية.
36	1- عقد الأشغال العامة.
39	2- عقد اقتناء اللوازم
40	3- عقد تقديم الخدمات
40	4- عقد إنجاز الدراسات
42	ثانيا : تفويض مرفق عام.
42	1- تعريف تفويض المرفق العام.
43	2- أشكال تفويض المرفق العام.
44	أ) امتياز المرفق العام.
46	ب) عقد إيجار المرفق العام.
47	ج) الوكالة المحفزة:
48	د) التسيير:
49	هـ) عقد مشاطرة الاستغلال.
50	3- إجراءات تفويض المرفق العام.
51	الفصل الثاني: احكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد و الفصل فيها.
51	المبحث الأول :تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
51	المطلب الأول :أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
52	الفرع الاول :المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
52	أولاً :المدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
52	01/ الأساس القانوني للمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
52	02/ المقصود بالمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
53	ثانيا : المدعي بحكم القانون.
54	01/ تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المحافظ في فرنسا:
54	02/ تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف الدولة:
55	03/ تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية:
56	الفرع الثاني :المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
56	أولاً: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.

56	01/ السلطات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
56	02/ الكيانات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
57	ثانيا: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
57	01/ المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد شخص من أشخاص القانون العام.
57	أ/ الدولة كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
59	ب/ الجماعات الإقليمية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
67	02/ المدعى عليه شخص من أشخاص القانون الخاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
67	أ/ إمتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.
68	ب/ شروط امتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.
69	المطلب الثاني: قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
69	الفرع الأول: شروط ممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
69	أولا: الشروط الموضوعية.
69	1/ :الصفة.
71	02/ المصلحة.
72	03 / الضرر.
72	04/ الإستعجال:
73	05/ عدم المساس بأصل الحق.
73	ثانيا: الشروط الشكلية.
73	01/ شرط القرار الإداري المسبق (الشرط المهجور).
74	02/ ميعاد رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
74	أ/ إثارة الدعوى قبل إبرام العقد.
76	ب/ النتائج المترتبة على عدم رفع الدعوى قبل إبرام العقد.
77	الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد وإشكالاتها .
77	أولا: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
77	01/ عريضة افتتاح الدعوى.
79	02/ إيداع العريضة وقيدتها ودفع الرسوم القضائية.
79	03/ التكليف بالحضور.

81	ثانيا :الإشكالات المتعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد.
81	01/ صفة المدعي رافع الدعوى.
83	02/ أسباب الطعن.
84	03/ تصادم الإجراءات الموازية.
89	المبحث الثاني :الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
89	المطلب الأول :سلطات القاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
89	الفرع الأول :سلطة الأمر.
89	أولا : مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.
90	01/ تعريف الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة
91	02/ شروط الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.
91	ثانيا: الأوامر القضائية الموجهة للإدارة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
92	01/ أمر الإدارة بالامتثال للالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والوضع في المنافسة.
92	02/ الأمر بوقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به.
93	03/ سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية.
94	الفرع الثاني :سلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.
94	أولا: مفهوم الغرامة التهديدية.
94	1/ تعريف الغرامة التهديدية.
95	02/ الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية.
96	3/ شروط توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.
99	ثانيا :نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد (في القانون الجزائري)
100	المطلب الثاني :الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
100	الفرع الأول: قواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
100	أولا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
101	ثانيا: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد (في القانون الجزائري) .
103	1/ الاستثناء المتعلق بمادة الأشغال العمومية.
103	2/ الاستثناء المتعلق بمادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها.

104	3/ الاستثناء المتعلق بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.
103	الفرع الثاني: الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
104	أولاً: طبيعة الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
105	01/ سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد قبل صدور الأمر.
107	02/ ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد ومدى حجيته.
107	ثانياً: الطعن في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
108	01/ الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
108	02/ الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
109	03/ الطعن بالنقض في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
110	الخاتمة
114	قائمة المراجع
118	الفهرس

الملخص:

يعتبر دور القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية دورا استثنائيا استحدثه المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية, الهدف منه ضمان سلامة الصفقة العمومية, و حماية خصوصية الشفافية من خلال حماية قواعد الاشهار و المنافسة التي تخضع لها عملية ابرام الصفقات العمومية.

بالاضافة الى توفر الشروط العامة, اشترط المشرع وجود شروط خاصة تراعي خصوصية شرط الصفقة بالنسبة للمدعى, و كذا شرط الاخلال بالالتزامات في قواعد الاشهار و المنافسة, كما اخضعه لاجراءات خاصة سواء على صعيد الاختصاص القضائي او على السلطات المخولة لقاضي الاستعجال الاداري.

Summary

The urgent pre-contractual role of the judge in the article of public transactions is an exceptional role created by Algerian legislation in the Code of Civil and Administrative Procedure, the aim of which is to ensure the integrity of the public transaction, and to protect the privacy of transparency by protecting the rules of publicity and competition to which the process of concluding public transactions is subject.

In addition to the availability of general conditions, the legislator requires the existence of special conditions that take into account the specificity of the qualification requirement for the applicant, and the same requirement of breach of obligations in the rules of publicity and competition, as well as subject him to special procedures both in the jurisdiction and the powers vested in the Administrative Urgency Judge.