جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

دور قاضي الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص

قانون عام

من إعداد الطالبة : **تحت إشراف :**

عطـوي حنـــان **ا. د بن عمـار محمـد**

أمام لجنة المناقشة

كحلولة محمد	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة تلمسان**	**رئيسا**
بن عمار محمد	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة تلمسان**	**مشرفا**
زعزوعة فاطمة	**أستاذ محاضر-أ-**	**المركز الجامعي عين تموشنت**	**مناقشا**
هديلي احمد	**أستاذ محاضر- أ-**	**جامعة سيدي بلعباس**	**مناقشا**

السنة الجامعية : 2019 / 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

" قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم "

الآية 32 من سورة البقرة

شكر و تقدير

بداية الشكـــــــر و الحمـــــــــــد لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لانجاز هذا العـــــــمل

أتوجه بالشكر الجزيل والثناء المحمود ، عرفانا بالجميل إلى **الأستاذ الدكتور بن عمار محمد** الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة وعلى سعة صدره وطول صبره جزاه الله عنا كل خير.

كما أتوجه بفائق الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة:

- الأستاذ كحلولة محمد أستاذ التعليم العالي بجامعة تلمسان.
- الأستاذة زعزوعة فاطمة أستاذة محاضرة – أ– بالمركز الجامعي عين تموشنت.
- الأستاذ هديلي احمد أستاذ محاضر–أ– بجامعة سيدي بلعباس.

ولا يفوتني في هذا المقام أن اشكر كل من ساعدني من قريب آو بعيد ومد لي يد العون و ساهم في انجاز هذا العمل.

إهداء

اهدي هذا العمل

إلى روح والدي رحمه الله و اسكنه فسيح جنانه

إلى اعز الناس والدتي الغالية أطال الله في عمرها

إلى من كان لي نعم الزوج والرفيق

إلى إخوتي و أبنائي الأعزاء

إلى كل الأصدقاء والزملاء .

حنان..

قائمة المختصرات :

• المختصرات باللغة العربية :

- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- ق .ا.م. : قانون الإجراءات المدنية.
- ت.ص.ع.ت.م.ع : تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.
- ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .
- ص : صفحة.
- د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية .
- ق.ع : قانون العقوبات.
- ق.و.ف.م : قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

• المختصرات باللغة الفرنسية :

- J.O.R.F : journal official république française
- SUIV : suivants
- C.E : conseil d'Etat
- J.ref : juge de référé
- V : voir
- P : page
- N : numéro
- A.J.D.A: L’actualité Juridique de droit administratif .
- E’di: edition

قائمة المصادر و المراجع

أولا /النصوص التشريعية و التنظيمية

أ- التشريع الأساسي

المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 08 ديسمبر 1996 المتضمن دستور الجزائر ج. ر. ج .ج عدد 76 لسنة 1996 ،المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002ج ر ج ج عدد 25 لسنة 2002 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري ج ر ج ج عدد 63 لسنة 2008 المعدل و المتمم بالقانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016 ج ر ج ج رقم 14 لسنة 2016.

ب- التشريعات العضوية

_ القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله . ج ر ج ج عدد 37 ، لسنة 1998 المعدل و المتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 2011/07/26 ج ر ج ج عدد 43 لسنة 2011 .

_ القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 1998/06/03 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع تنظيمها و عملها . ج ر ج ج عدد 39 الصادرة بتاريخ 06/07/ 1998.

ج- التشريعات العادية و الأوامر

_ الأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية ج ر ج ج عدد47 الصادرة بتاريخ 1966/06/09 (الملغى).

_ الأمر 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات ج ر ج ج رقم 48 سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/01 المؤرخ في 2001/6/26 ج ر ج ج 34 سنة 2001 المعدل بالقانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/06/19.

_ القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية ج.ر.ج.ج عدد 02 لسنة 1988.

_ القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج.ر.ج.ج عدد52 الصادرة في 1990/12/02 المعدل و المتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 ج ر ج ج عدد 44 الصادرة في 2008/08/03.

_ القانون 11/91 المؤرخ في 1991/4/27 المتضمن نزع الملكية من اجل المنفعة العامة ج.ر.ج.ج. عدد21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

_ القانون 02/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية ج ر ج ح عدد 37.

_ الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/7/19 يتعلق بالمنافسة ج ر ج ج عدد 43 معدل بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 2008/7/19 ج ر ج ج عدد 37 لسنة 2008 والمعدل أيضا بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/ /2010 ج ر ج ج عدد سنة 2010.

_ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحة ج ر ج ج العدد 14 لسنة 2006 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/26 ج ر ج ج عدد 50 سنة 2010 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 15/11 المؤرخ في 2011/08/02 ج ر ج ج عدد 44 لسنة 2011 .

_ القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر ج ج عدد 21 لسنة 2008 .

_ القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية ج ر ج ج عدد 37 لسنة 2011.

_ القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 يتعلق بالولاية ج ر ج ج عدد 12 لسنة 2012

د- النصوص التنظيمية

_ المرسوم الرئاسي 236/10 مؤرخ في 2010/10/07 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية . ج ر ج ح عدد 58 سنة 2010 .

_ المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام ج ر ج ج عدد 50 الصادرة في 2015/09/20.

_ المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 2011/03/06 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الري أن تكون لها شهادة التخصص و التصنيف المهنيين ج ر ج ج عدد 15.

- قرار وزاري مؤرخ في 2015/12/19 الذي يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ج ر ج ج عدد 17 سنة 2016.

_ المنشور رقم 116/84 المؤرخ في 1984/5/12 تطبيقا لنص المادتين 45 و102 من المرسوم 145/82 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية للمتعامل العمومي المنشئ للنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي .

ثانيا/ الكتب و المؤلفات باللغة العربية

أ- الكتب

1- أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، طبعة 2013.

2- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، طبعة 2003 .

3-الغوثي بن ملحة ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، طبعة 2000 .

4- بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع عمار قرفي ، باتنة ، الجزائر، دون سنة النشر.

5- بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، طبعة 2005.

6- بعلي محمد الصغير ، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2010.

7- بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر، دار الجسور للنشر و التوزيع ،الجزائر طبعة 2007.

8- بوضياف عمار ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الأول"الإطار النظري للمنازعة الإدارية " جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر، طبعة 2013.

9- بوضياف عمار ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الثاني" الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية" ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر، طبعة 2013.

10- جمال عباس أحمد عثمان ، النظرية العامة في مجال إلغاء العقود الإدارية ، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية ،طبعة 2007.

11- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة ، دار هومة للنشر، الجزائر ، الطبعة رقم 4 سنة 2006.

12- حمدي علي عمر ، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، منشاة المعارف الاسكندرية ، طبعة 2018.

13- خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2011 .

14- خميس السيد إسماعيل ، العقود الإدارية و التعويضات ، دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر 2003 / 2004.

15- رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، "الجزء الثالث"، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2011.

16- عامر نعمة هاشم ، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،الطبعة الأولى 2016.

17- عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات و العقود ، دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة 2003.

18- عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، المرافعات الإدارية "إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها"، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2007.

19- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، دون سنة نشر.

20- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته "قضاء أو تحكيما" ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2010،

21- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة للنشر، الجزائر طبعة 2012.

22- عطية محمد أحمد ، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1994.

23- عبد العليم عبد المجيد مشرف ، حدود انصراف اثر العقد الإداري إلى الغير، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة النشر.

24- عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء 2 د.م.ج ، الجزائر، طبعة 2003.

25- فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2013.

26- قطيش عبد اللطيف ، الصفقات العمومية" تشريعا فقها و اجتهاد "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، الطبعة 1 لسنة 2010.

27- كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي، الجزائر طبعة 2010.

28- لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري ، دار هومة ، الجزائر طبعة 2007.

29- لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، دار هومة ، الجزائر ، الجزء الأول ، طبعة 2003.

30- لحسين بن الشيخ أث ملويا ، رسالة في الاستعجالات الإدارية ، الجزء الثاني ، دار هومة للنشر ، الجزائر، طبعة 2016.

31- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2009.

32- محمد علاء زعزع ، الآثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير أطرافها ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2018 .

33- محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري "المقومات .الإجراءات. الآثار" دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2006.

34- محمود حمدي عباس عطية ، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري ، دار أبو المجد للطباعة ، مصر ، طبعة 2012.

35- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن ، الطبعة 2 سنة 1998.

36- محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة 2007.

37- محمود عدنان مكية ، الدليل إلى قضاء الأمور المستعجلة ين النظرية والتطبيق ومن المنفرد إلى التمييز ، منشورات الجلي الحقوقية ، لبنان ، طبعة 2013

38- مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر . ، الجزء2 ، (نظرية الاختصاص الطبعة السادسة، 2013.

39- مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى، سنة 2005.

ب-الرسائل الجامعية

- **رسائل الدكتوراه**

1- أمال يعيش تمام ، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2012 .

2_ بن أحمد حورية ، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، 2018/2017.

3_ بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011.

4_ بوطريكي الميلود ، القرارات الإدارية المنفصلة "دراسة مقارنة" في القانون الإداري المغربي والفرنسي والمصري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة محمد الأول ، المغرب، 2005،

5_ بن علية حميد ، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2006.

6_ بدير يحي ، الغير في القانون الإداري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2019/ 2018.

7- تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2013.

8_ حاحة عبد العالي ، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2013.

9_ رحماني راضية ، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ،2017/2016 .

10_ عثمان ياسين علي ، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية ، أطروحة دكتوراه، جامعة صلاح الدين أربيل ، العراق ،2012.

11_ عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري"الصفقات العمومية في الجزائر"، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة ، 2009 .

12_ فائزة جروني ، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2011 .

13_ كريمة علة ، جرائم الفساد مجال الصفقات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1 ، 2013.

14_ كنتاوي عبد الله ، القضاء الإستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانون الجزائري و الفرنسي أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 2018/2017 .

- **مذكرات الماجستير:**

1_ العربي وردية ، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2010/2009.

2 _ إقبال عبد العباس يوسف الخالدي ، النظام العام بوصفه قيدا على الحريات العامة ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق، جامعة بابل العراق، 2009.

3 _ بلعابد عبد الغني ، الدعوى الإستعجالية الإدارية و تطبيقاتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ،2008.

4_ خضري حمزة ، الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2005/2004.

5_ خالدي مجيدة ، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان ، 2012.

6_ زيات نوال ، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ،2012 /2013.

7_ عمايدية فايزة ، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013.

8- غني أمينة ، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مذكرة ماجستير . كلية الحقوق . جامعة وهران 2012/2011.

9_ وسيم نظير السويدات ، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية ، "دراسة مقارنة" ، مذكرة ماجيستر ، جامعة آل البيت ، الأردن.

ج /المقالات العلمية

1- أنطوان كلايي ، مراقبة القاضي لضرورة الإعلان الملائم في مادة الصفقة العامة، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد4 لسنة 2006.

2- إرزيل الكاهنة ، التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية، مجلة الحقوق والحريات، العدد الخامس 2018.

3- بركبية حسام الدين ، تفويض المرفق العام" مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرفق العامة"، مجلة المفكر"، "تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد14 .

4- بروك حليمة ، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية ، مجلة المفكر، جامعة بسكرة ،العدد 11 .

5- بن بوزيد دغبار نورة ، منازعات الصفقات العمومية ، دفاتر السياسة والقانون ، تصدر عن جامعة ورقلة، العدد 15 ، جوان 2016.

6- بن شعلال محفوظ ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية" ضمانات الشفافية أم حواجز تقليدية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، تصدر عن المركز الجامعي تمنغست ، العدد 9 ، سبتمبر 2015 .

7- بن ناصر محمد، إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية ، مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 4 لسنة 2003.

8- بومقورة سلوى ، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات في التشريع الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، تصدر عن جامعة بجاية ، السنة الثالثة ، المجد 5 ، العدد 1، 2012.

9- بوزيد بن محمود ، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الإستشارة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، تصدر عن المركز الجامعي تمنغست ، المجلد 7 ، العدد 6 ، سنة 2018

10- بومقورة سلوى ، مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية " دراسة مقارنة' ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، تصدر عن جامعة بجاية ، المجلد 15 العدد 1 ، سنة 2017.

11- حاحة عبد العالي و أمال يعيش تمام ، دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية بناءا على أمر استعجالي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة المفكر تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد الرابع .

12- حاحة عبد العالي ، العقود والطلبات التي لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية، مجلة العلوم الإنسانية تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد 33 ، جانفي 2014.

13- سليمان محمد الطماوي ، قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، مجلة مجلس الدولة المصري ،السنة السابعة ، مطبعة مخيمر.

14- سيد أحمد لكصاسي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية ، العدد 7 ، جوان 2017.

15- صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، المجلد 6 العدد 1، 2017 تصدر عن جامعة وهران.

16- عاشور فاطيمة ، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانة قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية ، تصدر عن جامعة المدية ، المجلد 4 العدد 1 جانفي 2018.

17- عادل الطبطائي ، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 11، العدد 1 مارس 1987.

18- عمار بوضياف ، المعيار العضوي و إشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دفاتر السياسة والقانون ، تصدر عن جامعة ورقلة ، العدد 5جوان 2011.

19- عميري أحمد ، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية / قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد 18 جوان 2017.

20- فيصل نسيغة ، النظام القانوني للصفقات العمومية واليات حمايتها ، مجلة الاجتهاد القضائي . تصدر عن جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد الخامس.

21- فريجة حسين ، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري ، مجلة إدارة ، المجلد 13، العدد 26 لسنة 2003.

22- كتو محمد الشريف ، حماية المنافسة في الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد2/2010.

23- كنتاوي عبد الله ، أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقدي في مادة العقود والصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية العدد 17 جانفي 2018.

24- مزياني فريدة و آمنة سلطاني ، مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من القاضي الإداري و الاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة المفكر ، العدد 07 ، 2011.

د/ المجلات القضائية

_ مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 01 ، سنة 2002.

_ مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 4 ، سنة 2003.

_ مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 5 ، سنة 2004.

_ مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 7، سنة 2005.

_ مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 08 سنة 2006.

_ المجلة القضائية ، العدد 03 ، سنة 1992.

_ المجلة القضائية ، العدد 03 ، سنة 1994.

_ المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1997.

_ المجلة القضائية ، العدد 01 ، سنة 1998.

_ نشرة القضاة ، العدد 51 ، سنة 1997 .

_ الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري ، الأجزاء 1، 2 3، منشورات كليك ،الجزائر، طبعة 2013.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

I_ LES LOIS

- Directive 89/665/CEE du Conseil , du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

_Directive 2007 /66 cee du parlement européen et du conseil du 11/12/2007 modifiant le directive 89/665 qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marches public.

_ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O.R.F n°25 du 30 janvier 1993.

- Loi n° 2000/597 du 30 juin 2000 relative au référè devant les jurisdiction administrative modifié code de justice administrative J.O.R.F du 01/07/2000.
- Loi n° 2001 -1168 du 11/12/2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier. J.O.R.F n 288 du 2001.

_ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique ,J.O.R.F n°0107 du 8 mai 2009.

II- LES OUVRAGES

Les livres

1- Aldo sevino , le mémento du référè précontractuel '' procédure , moyen et jurisprudence", 'édition ''Ey rolles'', paris , 2008.

2- Christophe-Lagoye, droit des marches publics édition ''Berti'' Alger , 2007 .

3- Lourent Richer , droit des contrats administratifs , édition L. G .D .J ,5eme édition , 2006 .

4- Mohamed Nabih , droit des marchés publics , « aspects juridiques financiers et contentieux » publie par" A. M. T Konrad Adenauer stflung". Editions. 2014 Maroc

5- Paul -lewalle , contentieux administratif , édition " Lancier " , 3eme édition 2008 .

6- René chapus , droit du contentieux administratif édition L.G.D.J « Montchrestien » , 12eme édition 2006.

7- Yves Gaudemet , traité de droit administratif , Tom 1 , L.G.D. J , 16 eme édition 2002.

Les thèses

1- Elisabeth Jurviliers- Zuccaro , le tiers en droit administratif , thèse du Doctorat , Faculté du droit université – Nancy . 2012
2- Julien plasécki , l'office du juge administratif des réfères , thèse du doctorat , université du sud -Toulon var , 2008.

3- Grégory- Kalfleche , des marchés publics a la commande publique « l'évolution du droit des marchés publics » , thése du doctorat , université panthéon-Assas , paris2 , 2004.

4- Laura preud 'homme , " l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique a l'inttative des tiers au contrat" , thèse du doctorat , université du paris 01 , 2013.

.
5- Marie -charlotte Bontron , les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique , thèse du doctorat , université de Montpellier .

III- LES ARTICLES

1- Alain serg- Mescheriakoff , de nouvelles voies de recours pour les associations cocontractantes des personnes publiques ," lamy" Associations actualités n 201 fevrier 2012.
2- Bertrand Dacosta , le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif , R. F.D.A , 2014.
3- Benoit Neveu et Rémi Benoit , « référé précontractuel ou référé contractuel quelle procedure choisir ! » , revue chronique complément services publics , avril 2012.
4- Bernard –Poujade , le référé précontractuel , R.F.D.A , DALLOZ , 2002.
5- David capitant , Simplification des recours contre les contrats administratifs , Recueil Dalloz , 2007.
6- David capitant , la réforme du contentieux de la passation des contrats de commande publique , revue lamy des collectivités territoriales , juillet 2009 , n° 48.
7- Didier cassas , un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs , R.F.D.A , DALLOZ , 2014.

8- Jean David –Dreyfus , L'amélioration de l'efficacité des procédures et recours en matière de passation des contrats de commande publique, A.j.D.A, 2009.
9- Gilles Guiheux , la mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français, « entre novation et tradition » , revue générale de droit , Volume 36 , n° 4 2006 .
10- Marie-christine de montecier , le recours tropic désormais ouvert aux tiers, publié sur Dalloz Actualité (http//www.dalloz-actualité.fr) C E 04/04/2014 n 358994 .

يصدر عن الإدارة العامة في سبيل أداء المهام المنوطة بها قانونا مجموعة من الأعمال و التصرفات ، سواء كانت مادية لا يكون القصد من القيام بها إحداث أثر قانوني معين أو كانت قانونية يكون الهدف من وراء إصدارها إحداث آثار تؤثر في المراكز القانونية للأفراد إنشاء أو تعديلا أو إلغاءا.

و تعد الصفقات العمومية من أهم التصرفات القانونية التي تبرمها الإدارة العامة من أجل تسيير المرافق العامة ، وتستمد تلك الأهمية من ارتباطها بالمال العام حيث تهدف من خلال إبرام تلك الصفقات للقيام بمشاريع تنموية تحقيقا للمنفعة العامة ، ونظرا للمكانة التي تحتلها الصفقات العمومية ضمن نشاط الإدارة العامة كان من الضروري أن يحيطها المشرع الجزائري بمنظومة قانونية تؤطر عملية إبرامها و تنفيذها و كذا تكريس مختلف آليات الرقابة القضائية على المنازعات المتعلقة بها خاصة خلال مرحلة إبرامها ، حيث فرض المشرع الجزائري على الإدارة العامة خلال هذه المرحلة مراعاة المبادئ الأساسية التي تستند إليها الصفقة في إبرامها و المتمثلة أساسا في حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات وذلك من أجل الحصول على أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ، خاصة وأن حرية الإدارة في التعاقد و اختيار المتعاقد معها تحدها بعض القيود التي من شأنها ضمان بيئة تنافسية نزيهة بين المتعهدين المتنافسين في جو يضمن المساواة بينهم ، وتكمن تلك القيود في أسلوبين حددهما المشرع لإبرام الصفقة العامة و هما:

أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة ويرد عليها أسلوب التراضي كاستثناء لإبرام تلك الصفقات ، حيث يهدف الأسلوب الأول إلى الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض ، بينما يسعى أسلوب التراضي إلى تحرير الإدارة العامة من الإجراءات و الشكليات المفروضة عليها وفقا لأسلوب طلب العروض و التوجه إلى تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ، و سواء أبرمت الصفقة عن طريق طلب العروض أو التراضي فقد حرص المشرع الجزائري من خلال كلا الأسلوبين على مراعاة مبادئ الشفافية

و المنافسة النزيهة في إبرامها وفقا لما تمليه مقتضيات المصلحة العامة ، و ضمن إطار قانوني خاص بصفقات المتعامل العمومي يضمن تكريس تلك المبادئ بين المتعهدين المتنافسين .

ويرجع السبب وراء ذلك الحرص من طرف المشرع الجزائري إلى سعي الجزائر المتواصل للإنظمام إلى المنظمة العالمية للتجارة و التي فرضت على الدول التي تريد الإنظمام إليها ضرورة مراعاة تلك المبادئ ضمن قانونها الداخلي ، كما أن الولوج إلى السوق الدولية وما تفرضه مختلف اتفاقيات الشراكة الخاصة تلك المبرمة مع الإتحاد الأوروبي قد زاد من الضغط على المشرع لكي يتبنى تلك المبادئ و يكرسها في قانونه الداخلي الخاص بالصفقات العمومية.

بالإضافة إلى ذلك فإن العقود الإدارية و إن كانت تصرفات قانونية مبنية على توافق إرادتين فإنها ترتب أثارا بالنسبة لطرفيها ، كما تمتد آثارها للغير ، حيث تكون للإدارة المتعاقدة امتيازات السلطة العامة التي تمكنها من إصدار الأوامر و التوجيهات للمتعاقد معها على نحو غير مألوف في عقود القانون الخاص ، مما يجعلها ذلك في مركز قانوني أسمى من المركز الذي يشغله المتعاقد معها ، الأمر الذي يستدعي دوما تكثيف أطر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة حماية للمتعاقد معها ، أو للغير المتعاملين معها على اعتبار أن الرقابة القضائية تمثل أفضل ضمانة للتطبيق السليم للقانون و الوسيلة الأكثر فعالية لمكافحة ظاهرة الفساد الإداري التي تجتاح الصفقات العمومية و تهددها خاصة خلال عملية إبرامها ، سواء كان ذلك عن طريق الدعوى الجزائية و ذلك في حالة ما إذا كان السلوك المخالف لمبدأ المشروعية يشكل جريمة وفقا لنصوص قانون العقوبات أو قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مثل جريمة الرشوة أو منح امتيازات غير مبررة أو عن طريق الدعوى الإستعجالية الإدارية أساس اختصاص القاضي الإداري بالمنازعات المرتبطة بعملية إبرام الصفقة العامة والتي يكون سببها الإخلال بمبادئ العلانية أو المنافسة.

أهمية الموضوع:

يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية موضوع الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية خاصة في شقها الإستعجالي ، الذي يضمن للمتقاضي سرعة الفصل في النزاع من خلال استصدار أمر إستعجالي يمكنه في حال تنفيذه من حماية حقوقه أو مركزه القانوني

ووضع حد لممارسات الإدارة التي تنطوي على عنصر الخطر أو الضرر أثناء عملية إبرام أو تنفيذ الصفقة العامة.

حيث تبرز أهمية الموضوع من **الناحية العلمية** كونه يتعلق بموضوع الرقابة القضائية المستعجلة على نشاط الإدارة العامة ، فقد بات جليا أن دور القضاء الإستعجالي لا يقل أهمية عن دور القضاء الموضوعي "**العيني**" في حماية حقوق الأفراد ، إذا أنه وفي بعض المنازعات يتحرر قاضي الإستعجال من بعض القيود و يقوم بإتخاد تدابير من شأنها المساس مباشرة بالمراكز القانونية لأطراف النزاع كما هو الحال بالنسبة لدعوى الإستعجال قبل التعاقدي ، ومن هنا يبرز الدور الوقائي و العلاجي لقضاء الإستعجال الإداري في مكافحة ظاهرة الفساد الإداري في مادة الصفقات العمومية .

كما أن قلة الدراسات القانونية المتخصصة حول موضوع منازعات الصفقات العمومية في شقها الإستعجالي زادت من أهمية هذه الدراسة و ربما يرجع السبب في ذلك إلى حداثة تكريس قضاء الإستعجال في مادة الصفقات العمومية من طرف المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر سنة 2008 حيث لم يتول قانون الإجراءات المدنية السابق التطرق لهذا النوع من المنازعات.

أما عن الأهمية العملية للموضوع فيمكن توضيحها في العناصر الآتية :

_ تنامي و تزايد أهمية القضاء الإستعجالي في الحياة العملية و دوره الفعال في الفصل في منازعات الأفراد خاصة ضد نشاط الإدارة العامة.

_ كما تظهر أهمية هذه الدراسة من الناحية العملية في الطابع الإجرائي لقضاء الإستعجال و الذي يطرح على المستوى العملي العديد من الإشكاليات خاصة حول مسائل الإختصاص النوعي بين قضاء الإستعجال وقضاء الموضوع و الحلول المناسبة لمعالجتها خاصة في ضل تقييد قاضي الإستعجال بعدم المساس بأصل الحق أثناء فصله في النزاع.

_ كما أن هذا الموضوع يدرس دور القضاء الإستعجالي في الفصل في منازعات الصفقات العمومية من زاوية علمية وواقعية تكفل التطرق لدراسة مختلف الإشكاليات التي يمكن أن تثار أمام قاضي الإستعجال ، ناهيك عن دوره في حماية عملية إبرام الصفقة العامة من ظاهرة الفساد التي تحتاجها ومدى تأثيرها السلبي على نشاط الإدارة العامة على نحو يعيق برامج التنمية التي تسعى الدولة لتحقيقها من خلال إبرام الصفقات العمومية.

أما عن دوافع اختيار هذا الموضوع فتمكن في الأسباب الذاتية و الموضوعية التي ساهمت في اختيارنا لهذا الموضوع و التي يمكن إبرازها في العناصر و الأفكار التالية:

1) فعالية الدعاوى الإستعجالية في وضع حد لتجاوزات الإدارة العامة و لو بصفة مؤقتة و ذلك عن طريق الفصل فيها بموجب أمر إستعجالي وفقا لمقتضيات السرعة و الحماية المؤقتة للحق أو للمركز القانوني لرافع الدعوى.
2) من بين الأسباب التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع هو تركيز الدراسات القانونية على موضوع منازعات الصفقات العمومية و اختصاص القضاء الموضوعي بالفصل فيها بدرجة كبيرة بينما تتم الإشارة إلى اختصاص قاضي الإستعجلال

كجزئية صغيرة من البحث ، في حين أن المشرع الجزائري كرسه في ق.إ.م.إ حماية لمبادئ العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

3) ومن بين أهم الأسباب التي أثارت فضولي للبحث في هذا الموضوع هو **قلة الوعي القانوني بتكريس قضاء الإستعجال في مرحلة إبرام الصفقة العامة لدى الأفراد من جهة ولدى هيئة الدفاع من جهة أخرى** ، و ما يؤكد ذلك هو قلة الدعاوى الإستعجالية المرفوعة بصدد عملية إبرام الصفقة العامة ، حيث و بالرجوع لمختلف القرارات المتحصل عليها في هذا المجال نجد أن المتقاضي وعلى الرغم من وجود إخلال بمبدأي العلانية أو المنافسة خلال مرحلة الإبرام إلا أنه يلجأ للقضاء الموضوعي عن طريق " **دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة**" و يعمد إلى استعمال دعوى وقف التنفيذ ضد تلك القرارات باعتبارها دعوى فرعية عن دعوى الإلغاء لوقف عملية إبرام الصفقة العامة ، في حين أن المشرع كرس له هذا السبيل مباشرة ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال نص المادة 946 منه.

إشكالية الدراسة:

و بالترتيب على ما تقدم نخلص إلى صياغة الإشكالية المعتمدة في هذه الدراسة على على النحو الآتي:

- ✓ **هل وفق المشرع الجزائري من خلال تكريسه لقضاء الإستعجال في مادة منازعات الصفقات العمومية في إيجاد توازن بين ضمان الحماية المؤقتة للمركز القانوني للمتعامل مع الإدارة ومن دون تضييع المنفعة المرجوة من وراء المشاريع التي تسعى الإدارة لتحقيقها من وراء إبرامها للصفقات العمومية ؟**

و بالبناء على ما تقدم ، نلخص إلى جملة من **الأهداف** المرجوة من وراء هذه الدراسة و التي سنتولى إبرازها في النقاط الآتية:

- تعميق المعرفة لكل من المتقاضي و باحثي القانون في مجال القضاء المستعجل و مدى تكريسه في مادة منازعات الصفقات العمومية و ذلك من خلال بيان حدود تدخل قاضي الإستعجال للفصل في هذا النوع من المنازعات و أسباب تدخله و السلطات الممنوحة له في هذا الصدد.
- كما تهدف هذه الدراسة إلى محاولة الربط بين الجانب النظري و العملي لقضاء الإستعجال الإداري و إسقاطه على موضوع الصفقات العمومية خاصة في ظل غياب النصوص القانونية الكافية لتنظيم هذا الموضوع ، ذلك أن المشرع الجزائري تولى تنظيم قضاء الإستعجال في مادة منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام فقط دون المراحل الأخرى (التنفيذ و الإنهاء) والتي يمكن أن تثار خلالها عديد الإشكاليات التي تستدعي ضرورة إتخاذ تدابير إستعجالية حماية لحقوق المتعاقد مع الإدارة.

- كما تسعى هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مختلف السلطات العامة و المتميزة التي يتمتع قاضي الإستعجال خاصة خلال فصله في دعوى الإستعجال قبل التعاقدي حيث يتجاوز في بعض الأحيان القيود المفروضة عليه و يتعدى لأصل الحق حماية للمراكز القانونية للأفراد خلال عملية إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

وبغرض توضيح الموضوع أكثر و الإجابة على الإشكالية المطروحة مسبقا ارتأينا أن نتبع **المنهج العلمي** الملائم لمعالجة هذا الموضوع ، و ذلك من خلال استعمال **المنهج التحليلي** الذي يناسب موضوع الدراسة من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع و تسليط الضوء على القرارات القضائية التي استطعنا الحصول عليها على الرغم من قلتها بالاستناد إلى أراء الفقهاء ، كما تمت الاستعانة **بالمنهج التاريخي** بما استدعته طبيعة الدراسة و ذلك من أجل بيان الخلفية التاريخية لتطور قضاء الإستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية خاصة على يد المشرع الأوربي حرصا منه على ضمان مبادئ الشفافية و المنافسة النزيهة بين المرشحين في عقود الشراء العام ، انتقالا إلى التشريع الفرنسي و ما لعبه من دور هام في إرساء قواعد قضاء الإستعجال الإداري في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية.

أما عن **نطاق الدراسة** لهذا الموضوع فقد حددناها من خلال دراسة أهم الدعاوى الإستعجالية التي يمكن أن تثار خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة أو تنفيذها و حتى إنهاءها

و ما يملكه قاضي الإستعجال من سلطات بصدد فصله في تلك الدعاوى الإستعجالية من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم **09/08**.

ومن أجل الإلمام بالموضوع و الإجابة عن الإشكالية المطروحة ، قمنا بتقسيم الدارسة إلى بابين حيث جاء الباب الأول تحت عنوان "**الإستعجال بحكم القانون في منازعات الصفقات العمومية** " و الذي قسمناه إلى فصلين يتعلق أولهما بأساس اختصاص القضاء الإستعجالي بالفصل في منازعات إبرام الصفقة العامة ، بينما خصص ثانيهما لدراسة إجراءات سير الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية و عملية الفصل فيها.

أما الباب الثاني من هذه الدراسة فقد ورد تحت عنوان "**الإستعجال بحكم الطبيعة في المنازعات الصفقات العمومية**."و تم تقسيمه هو الأخر إلى فصلين:

و يتعلق الفصل الأول منه بدراسة أساس إختصاص القضاء الإستعجالي بالفصل في منازعات تنفيذ الصفقة العامة ، بينما تم التطرق من خلال الفصل الثاني منه إلى دراسة أهم الدعاوى الإستعجالية التي يمكن أن تثار خلال مرحلة تنفيذ الصفقة العامة.

وفي اعتقادنا أن دراسة موضوع "**دور قاضي الإستعجال في منازعات الصفقات العمومية**" يتطلب ضرورة تقسيم الدراسة على النحو السالف ذكره ، نظرا لأن المنازعات التي يمكن أن تثار خلال مرحلة الإبرام و تتطلب الحماية القضائية المستعجلة ، قد لا تنطوي على عنصر الإستعجال و على الرغم من ذلك فهي تتطلب الحماية متى كان هناك إخلال بالالتزامات العلانية أو المنافسة نظرا لعامل الوقت و تفاديا لإبرام صفقة عامة في جو مخالف لمبدأ

المشروعية ، كما أن السلطات الممنوحة للقاضي في إطار الفصل في هذه الدعوى يمكن أن تتعدى أصل الحق ، و نظرا لخصوصية هذا النوع من الدعاوى فقد أدرجت عملية الفصل فيها ضمن صلاحيات قاضي الإستعجال بموجب نص القانون.

بينما الدعاوى الإستعجالية التي يمكن رفعها خلال مرحلتي تنفيذ أو إنهاء الصفقة العامة ، وجب أن يتوافر فيها عنصر الإستعجال الذي يهدد المركز القانوني للمتعاقد أو للغير ، بالإظافة إلى أن سلطة قاضي الإستعجال بالفصل فيها مقيدة بعدم المساس بأصل الحق أو التطرف لموضوع النزاع ولهذا أسندت عملية الفصل فيها إلى قضاء الإستعجال بحكم طبيعتها.

الباب الأول: الاستعجال بحكم القانون في منازعات الصفقات العمومية

" الاستعجال ما قبل التعاقدي "

تعتبر الرقابة القضائية على المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام الصفقة العامة من أكثر الوسائل فعالية و ذلك بالنظر للدور الذي تلعبه في حماية عملية الإبرام من ظاهرة الفساد التي تجتاحها بشكل كبير ، و نظر لخصوصية المنازعات التي يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة لأنها لا تنصب على العقد أو الصفقة المزمع إبرامها مباشرة بل تتعلق أساسا بالإجراءات التحضيرية و الأعمال التمهيدية التي تتخذها الإدارة العامة تحضيرا لإبرام هذا العقد أو الصفقة ، ولهذا فقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية و العقود الإدارية و ذلك من خلال تفعيل آلية الرقابة القضائية على منازعات إبرام الصفقة العامة و تبنيه للطعن الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال العقود الإدارية و الصفقات العمومية و ذلك ما سيتم التطرق لدراسته من خلال هذا الباب و الذي قسمناه إلى **فصلين** حيث يتعلق **أولهما** بدراسة أساس اختصاص القضاء الاستعجالي بالفصل في منازعات إبرام الصفقة العامة بينما يفرد **ثانيهما** لدراسة إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية و عملية الفصل فيها.

الفصل الأول: اختصاص القضاء الاستعجالي بالفصل في منازعات إبرام الصفقة العامة.

تشكل آلية الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي جزءا بالغ الأهمية من منازعات الصفقات العمومية نظرا لدورها الهام في حماية المبادئ التي ترتكز عليها عملية إبرام العقد الإداري و الصفقة العامة لاسيما ما تعلق منها بقواعد العلانية والمنافسة ، وذلك من خلال وضع حد لتجاوزات الإدارة العامة خاصة وأن المشرع الجزائري لم يجرم كل الممارسات المخالفة لتنظيم الصفقات العمومية والتي قد تشكل أحد صور الفساد الإداري في هذا المجال.

وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل لدراسة هذه الدعوى الاستعجالية من خلال بيان مفهومها وتحديد مجالها ضمن **(المبحث الأول)** ثم نتولى دراسة شروط قبولها من خلال **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وتحديد مجالها.

يدفعنا دراسة مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية إلى بيان تعريفها وتتبع الخلفية التاريخية لظهورها (المطلب الأول) ومن تم محاولة تحديد مجالها بشكل دقيق ضمن (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية .

نظرا لخصوصية هذه الدعوى فان الأمر يستدعي الإحاطة بمفهوم قضاء الاستعجال في المواد الإدارية بصفة عامة ثم التطرق لبيان مفهومه في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية.

الفرع الأول: تعريف قضاء الاستعجال الإداري

لم يعرف المشرع الجزائري قضاء الاستعجال بل اكتفى بتبيان خصائصه وحالات الاستعجال لكي لا يضع تعريفا قد يقيد القاضي في تكييفه لحالة الاستعجال ويحد من سلطته التقديرية في ذلك تاركا هذه المهمة للفقه.

وبناء على ذلك فقد عرف بعض الفقه قضاء الاستعجال على أنه: " الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت وإهدار الحقوق[1].

كما تم تعريفه على أنه [2]: "عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة مؤقتة في الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط ألا يتعرض في حكمه لأصل الحق و لا يقيد حكمه هذا قاضي الموضوع عند عرضه عليه".

أما عن قضاء الاستعجال الإداري فقد عرفه البعض من الفقه [3] على أنه " قضاء مستعجل في الدعاوى الإدارية يرفعها المدعي في حالة الاستعجال للحصول على حكم وقتي لدرء خطر داهم يهدد وجود الحق ذاته أو لإقامة أو حفظ الدليل المبين للحق إذا كان يخشى عليه من التغيير أو الزوال بمرور الوقت ".

---

[1]– الغوثي بن ملحة ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر الطبعة 1 ، 2000 ، ص 09."

[2]– محمد عبد الرحيم عنبر نقلا عن حسين فريجة ، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري ، مجلة إدارة ، المجلد 13 ، العدد 26 ، سنة 2003 ، ص 10.

[3]– محمد منير نقلا عن جمال عباس أحمد عثمان ، النظرية العامة في مجال إلغاء العقود الإدارية. ، المكتب العربي الحديث ، الاسكندرية ، طبعة 2007 ، ص 275.

نلاحظ أن هذا التعريف الأخير يشترك مع سابقيه في العناصر الآتية:

* أن القضاء المستعجل هو وسيلة قضائية يمكن من خلالها اللجوء إلى القضاء وطلب اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية تختلف باختلاف وقائع كل نزاع.

* أن قضاء الاستعجال قوامه شرط الاستعجال الذي يبرر إمكانية تدخل القاضي في النزاع من أجل اتخاذ تدابير في مسائل عاجلة بطبيعتها يخشى عليها من فوات الوقت فيما لو تم إتباع إجراءات التقاضي العادية.

* أن قاضي الاستعجال يلتزم من خلال فصله في الدعوى بعدم المساس بأصل الحق أو اتخاذ أي تدبير من شأنه أن يؤثر بصورة مباشرة على حقوق الخصوم أو أن يتعدى من خلال حكمه إلى موضوع النزاع وهذه المسألة تعد من النظام العام.

الفرع الثاني: تعريف الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

يعتبر الاستعجال ما قبل التعاقدي نوعا خاص من الدعاوى القضائية المستعجلة التي يمكن أن ترفع أمام الجهات القضائية في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية وذلك لتميزها عن سائر الدعاوى الاستعجالية بخصائص ومميزات هامة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المصطلح مركب وجامع لمصطلحين يتعلق أولهما بالقضاء الاستعجالي الذي تم التطرق لتعريفه ضمن الفرع الأول من هذا المطلب ومصطلحي العقد الإداري

و الصفقة العامة حيث يستلزم الأمر الإحاطة بتعريفهما أولا ثم استخلاص تعريف لهذا النوع من الدعاوى الاستعجالية.

أولا : التعريف التشريعي

الصفقة العامة باعتبارها أحد أنواع العقود الإدارية فقد تم تعريفها على أنها:

"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 الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات"[1].

التعريف الفقهي

يمكن تعريف العقد الإداري على أنه[2]: " توافق إرادتين يتم بين الإدارة و احد الأشخاص المعنويين أو الطبيعيين ، وتكون فيه الإدارة ذات سلطة عامة لتسيير المرافق العامة و تحقيق النفع العام ويتضمن بنودا خارقة أو غير مألوفة ".

كما تم تعريفه على انه "عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام او تسييره مستخدما في ذلك وسائل القانون العام [3]"

[1]–المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ج ر ج ج عدد 50 الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

[2]– عامر نعمة هاشم ، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى 2016 ، ص19.

[3]- محمود عاطف البنا ، العقود الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، طبعة 2008 ص 28.

وبالجمع بين المصطلحين فقد عرف الفقه الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية على أنها " إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوربي ، الهدف منه حماية قواعد العلانية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام العقد وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية[1].

كما تم تعريفها على أنها دعوى تهدف إلى منع إبرام الصفقة اعتمادا على إثارة عيب أو عيوب في إجراءات و قواعد الإشهار و المنافسة الخاصة بالصفقة [2].

وترتيبا على ما سبق فـان الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي هو طريق للطعن القضائي يندرج ضمن منازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية يتميز بالطابع الاستعجالي في إجراءاته ، وهو طريق مفتوح للوالي كذا الغير المتضرر من جراء الإخلال بالالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية والتي من شأنها التأثير على اختيار المتعامل المتعاقد.

الفرع الثالث: الخلفية التاريخية لظهور الدعوى الاستعجالية ومراحل تطورها.

يعود الاستعجال ما قبل التعاقدي في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية إلى أصل تشريعي أوروبي يجد أساسه في التوجيه رقم 665/89 [3] الصادر بتاريخ: 1989/12/21

[1]– مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة 1 ، لسنة 2005 ، ص 841.

[2]– خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، دار الخلدونية ، الجزائر، طبعة 2011 ، ص 453.

[3] -Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, précité.

والمسمى بتوجيه الدعوى والوارد تحت عنوان " طعن ورقابة " والمتعلق بالصفقات العمومية ذات النمط الكلاسيكي ، حيث تضمن أحكاما تهدف إلى تنسيق تشريعات الدول الأعضاء في الاتحاد في مجال إبرام عقود الشراء العام من أجل حماية عملية إبرام تلك العقود و الصفقات[1] ، من خلال منح الحق لكل شخص يملك المصلحة برفع دعوى قضائية ذات طابع استعجالي في حالة وجود تجاوزات تمس بمبدأي العلانية و المنافسة في مرحلة إبرام العقد أو الصفقة و المطالبة بوقف تلك المخالفات ، و تبعا لذلك منح القاضي الفاصل في النزاع سلطات واسعة و متميزة بغية حماية عملية إبرام الصفقة ، ليصدر بعد ذلك التوجيه رقم 13/92 بتاريخ : 1992/02/22 عن المشرع ذاته مفعلا بذلك آلية الطعن الاستعجالي في عقود الأشغال و التوريدات في القطاعات الخاصة أو المستبعدة[2] في مجال (المياه ، الطاقة ، النقل ، الاتصالات) حماية لقواعد العلانية و المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العامة .

وحرصا منه على تأمين أكبر قدر من الشفافية في مرحلة إبرام الصفقة العامة قام المشرع الأوربي بتعديل التوجيه 665/89[3] وأدخل فيه تعديلات جد هامة ويتعلق الأمر بالشركات المتضررة من عملية إبرام الصفقات العمومية مراعيا بذلك الاعتبارات الآتية [4]:

[1] - Paul -lewalle , contentieux administratif , édition " Larcier " , 3eme édition 2008 . p .n 1234.
[2]-David capitant , la réforme du contentieux de la passation des contrats de commande publique , revue lamy des collectivités territoriales , juillet 2009, n° 48, p 30.
[3] -direction 2007/66 CEE du parlement européen et du conseil du 11/12/2007 modifiant le directive 89/665 qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marches public.
[4] -Jean david-Dreyfus, l'amélioration de l'efficacité des procédures et recours en matière de passation des contrats de commande publique , A.J.D.A , 2009, p 1145.

*الحفاظ على حق الطعن بالنسبة للمرشحين الفائزين بالصفقة وذلك في حالة وقف عملية إبرام العقد أو الصفقة.

*اقتراح تدابير تحد من عملية إبرام صفقات بطرق غير قانونية خاصة إذا كانت تلك الصفقات مبرمة عن طريق التراضي.

وسرعان ما استجابت فرنسا لهذه التوجيهات وأدرجت آلية الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي في قانونها الداخلي بموجب القانون 10/92 الصادر بتاريخ 1992/01/04 تطبيقا للتوجيه رقم 665/89 وحرص من خلاله المشرع على حث الإدارة العامة للالتزام بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية في عملية إبرامها ضمانا لفعالية هذه الدعوى [1] ليصدر بعد ذلك قانون[2] "sapin" و الذي كان يهدف إلى مكافحة الفساد و اظفاء الشفافية في المجال الاقتصادي ، ليتم إدراجها فيما بعد من خلال قانون المحاكم الإدارية ضمن الأحكام المادتين ل 22 ول 23 ثم أدرجته في قانون القضاء الإداري من خلال المواد

(R 551 / 1 et 2 et 3 et 4) / و (L551 /1et 2)

ولم يتوقف الأمر عند هذه الدعوى ، بل أضاف المشرع الفرنسي نوعا أخر من الدعاوى الاستعجالية في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية ويتعلق الأمر بالاستعجال التعاقدي " référè contractuel" المنظم بموجب الأمر رقم 515/2009 [3] والذي احدث تغييرات جديدة

[1] - David capitant , Simplification des recours contre les contrats administratifs , Recueil Dalloz ,2007 ,n 35 ,p 2502.

[2] Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993.

[3]- Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique , JORF n°0107 du 8 mai 2009.

تتعلق أساسا باستحداث دعوى استعجالية من نوع خاص يتم اللجوء إليها من طرف الغير في حالة عدم فعالية الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية و بعد إبرام الصفقة العامة ، من خلالها يمكن للقاضي الإداري إبطال الصفقة حتى بعد الإمضاء عليها و ذلك في حالة تخلف أحد إجراءات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية [1].

ويرجع السبب في الاستقطاب السريع للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من طرف المشرع الفرنسي إلى البيئة القانونية السائدة في فرنسا أنداك مستندا في ذلك إلى الأسباب الآتية:

*عدم فعالية دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة خاصة تلك التي تصدرها الإدارة العامة تمهيدا لإبرام العقد أو الصفقة ، ويرجع السبب في ذلك لكون الحكم الصادر فيها بإلغاء القرار المنفصل لعدم مشروعيته في أغلب الأحيان يصدر بعد إبرام العقد مما يؤدي ذلك إلى عدم جدوى هذه الدعوى ، خاصة وأن القضاء الإداري في فرنسا استقر على عدم إمكانية إلغاء العقد الإداري كأثر من أثار إلغاء القرار الإداري الذي استند إليه العقد في تكوينه بل يبقى نافذا ومنتجا لأثاره حتى يتمسك أحد أطرافه بطلب إبطاله أمام القضاء الكامل [2] ، الأمر الذي أدى بالفقه إلى الاعتقاد بضرورة الفصل بين المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لان ذلك من شانه تحقيق الشرعية الموضوعية [3].

* أن سير المنازعة الناشئة في مرحلة إبرام الصفقة وفقا لإجراءات التقاضي العادية وانتظار الفصل فيها بصورة نهائية عن طريق دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل واستنفاد جميع الطرق

[1]- Marie-christine de montecier , le recours tropic désormais ouvert aux tiers , publié sur Dalloz Actualité (http//www.dalloz-actualité.fr) C E 04/04/2014 n 358994 .
[2]-Christophe-Lagoye , droit des marches publics , édition "Berti" Alger, 2007 p n° 151.
[3] - Didier cassas , un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs , R.F.D.A , DALLOZ , 2014. p n° 07.

الطعن الممكنة عادة ما يؤدي إلى فقدان المشروع موضوع الصفقة لأهميته الاقتصادية وزيادة تكاليفه المالية ناهيك عن زوال الغاية التي وجد من اجلها المشروع [1].

* تنامي أهمية القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية بصفة عامة وبالأخص في مادة الصفقات العمومية وفي ذلك تأكيد على تراجع المشرع عن المبادئ التقليدية التي كانت تحد من تدخل القضاء الاستعجالي في نشاط الإدارة العامة [2].

* التطور الحاصل خاصة في فرنسا وفي التشريعات التي حدت حدوها والذي ساهم في التخلي عن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من طرف القضاء استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه الواسع الذي كان يهدف إلى عدم تدخل المحاكم في الشؤون الإدارية [3]، وكما ساهم أيضا التراجع عن مبدأ عدم إمكانية فرض الغرامة التهديدية على الإدارة بغية إرغامها على تنفيذ الأحكام القضاء في تزايد أهمية القضاء الاستعجالي خاصة في المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقد الإداري أو الصفقة العامة .

ومما تقدم نجد أن تزايد أهمية القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية لعب دورا بالغ الأهمية في تفعيل آلية الرقابة القضائية على المنازعات المرتبطة بنشاط الإدارة العامة خاصة في مجال الصفقات العمومية ، الأمر الذي دفع بالمشرع الأوربي إلى استحداث آلية الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي كوسيلة وقائية تحد من التجاوزات التي يمكن أن تمس بالمبادئ التي تقوم عملية إبرام الصفقة العامة خاصة في ظل غياب الدعوى الموازية التي يمكنها تحقيق نفس النتيجة.

[1]-عز الدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة بجاية 2012/2011 ، ص 129.
[2]-بن ناصر محمد ، إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية ، مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 4 ، سنة 2003 ، ص 13.
[3]-عثمان ياسين علي ، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة صلاح الدين اربيل ، العراق ، 2012 ص 242.

ونلاحظ في هذا الصدد أن الظروف التاريخية التي سادت في فرنسا أدت إلى تطوير البيئة القانونية مما ساهم ذلك و بشكل كبير في إرساء دعائم القانون و القضاء الإداريين على حد السواء لاسيما الاهتمام بموضوع قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي (le réfère précontractuel) استنادا إلى الفقه الذي لعب دورا هاما في شرح و تحليل الأسس و المبادئ التي ترتكز عليها دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية و العقود الإدارية .

أما عن المشرع الجزائري فقد أدرج الطعن ألاستعجالي قبل التعاقدي في مادة العقود الإدارية و الصفقات العمومية في قانونه الداخلي بموجب أحكام المادتين 946 و 947 من (ق إ.م.إ)[1] ضمن الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية متبنيا في ذلك الأحكام و المبادئ العامة لهذا النوع من الدعاوى عن نظيره الفرنسي دون الأخذ بالنوع الآخر من الدعاوى و المتعلق بالاستعجال التعاقدي المحدث بموجب الأمر 515/2009 السالف الذكر.

ولعل موقف المشرع الجزائري من تبنيه للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مادة إبرام الصفقات العمومية يمكن رده إلى الأسباب الآتية:

[1]- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج. رقم 21 لسنة 2008.

- تدارك الفراغ التشريعي الذي عرفته المنظومة القانونية في الجزائر فيما يخص قضاء الاستعجال الإداري بصفة عامة سواء من خلال ق. إ . م السابق الأمر 154/66[1] أو من خلال القوانين المنظمة للهيئات القضائية الإدارية (مجلس الدولة، المحاكم الإدارية).
- رغبة المشرع الجزائري في مواكبة التطور التشريعي الحاصل في التشريعات المقارنة و الخاص بموضوع الاستعجال في مادة الصفقات العمومية و ذلك بعد ثبوت العديد من الانتهاكات من طرف الإدارة العامة و التي تمس بالمبادئ الأساسية التي ترتكز عليها عملية إبرام تلك العقود أو الصفقات ، الأمر الذي جعل من ظاهرة الفساد الإداري تجتاح مجال الصفقات العمومية وبشكل كبير.

الفرع الرابع: تمييز الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية عن باقي الدعاوى القضائية المتعلقة بمرحلة إبرام الصفقة.

يمكن أن تثار بصدد عملية إبرام العقود الإدارية العديد من المنازعات التي ترفع أمام القضاء في شكل دعاوى قضائية وتخضع في مجملها لاختصاص القضاء الإداري ، غير أنها قد تتشابه في بعض العناصر وتختلف في البعض الآخر وذلك ما سيتم توضيحه فيما يأتي:

أولا: تمييز الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية عن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل.

إن مسألة وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل لها بالغ التأثير على مرحلة إبرام العقد أو الصفقة العامة وذلك بالنظر إلى خاصية التنفيذ المباشر التي تتميز بها تلك القرارات وترتيبها للآثار

[1]- الأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية ج ر ج ج عدد47 الصادرة بتاريخ 1966/06/09 (الملغى).

المرجوة منها بمجرد صدورها استنادا إلى قرينة المشروعية ، كما أنها تتميز بالأثر غير الموقف لتنفيذها في حالة الطعن فيها أمام القضاء بالإلغاء ، ونظرا لطول إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة حيث قد يتطلب الفصل في دعوى الإلغاء مرور وقت طويل بين مرحلة إصدار القرار الإداري وبين صدور الحكم بإلغائه ، مما قد ينتج عن ذلك أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ القرار الإداري وترتيب آثاره ، ففي هذه الحالة كيف يكون لحكم الإلغاء الحجية المطلقة في مواجهة الكافة من حيث إعدام القرار الإداري المنفصل وإزالة جميع الآثار الناجمة عنه وبأثر رجعي خاصة إذا صدر الحكم بعد تنفيذ مشروع الصفقة ؟

ولتفادي هذه الوضعية أقر المشرع الجزائري نظام وقف تنفيذ القرار الإداري كاستثناء على الأصل العام (الأثر غير الموقف لتنفيذ القرار في حالة الطعن فيه) وذلك لتدارك الأضرار التي قد تترتب عن تنفيذ القرار الإداري المنفصل ويصعب إصلاحها من خلال ق .إ .م .إ وذلك من خلال نصوص المواد من 833 الى837 و كذا نصوص المواد 919 و920 من نفس القانون حيث نصت المادة 833 منه على ما يأتي:

"لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية ، تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ،غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري."

واستنادا إلى النصوص القانونية المنظمة لدعوى وقف التنفيذ يتضح أنها تتطلب توافر الشروط الشكلية والموضوعية الآتية:

1- الشروط الشكلية.

*ضرورة رفع دعوى أمام قضاء الموضوع (دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل) قبل كل طلب وقف التنفيذ ذلك أنه لا جدوى من طلب وقف تنفيذ قرار إداري لم ترفع ضده دعوى إلغاء ويخاصم في مشروعيته.

*أن يتم طلب وقف التنفيذ بموجب عريضة مستقلة عن عريضة دعوى الإلغاء وذلك ما يستنتج من أحكام المادة 926 ق إ م إ والتي نصت على:

" يجب أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض أثاره ، تحت طائلة عدم القبول بنسخة من عريضة دعوى الموضوع ".

2- الشروط الموضوعية.

***شرط الاستعجال:** وهذا الشرط أكدته كل من المواد 919 و920 و921 من ق إ م إ ويقصد به الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه الذي يلزم درءه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده "[1].

***شرط عدم المساس بأصل الحق:** نصت المادة 918 من ق إ م إ على ما يلي: " **يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة ، لا ينظر في أصل الحق و يفصل في أقرب الآجال."**

[1]-تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013 ص 256.

ويقتضي هذا الشرط أن يقتصر الحكم في دعوى وقف التنفيذ على اتخاذ تدابير تحفظية و لا يتطرق في حكمه لمسائل تدخل في موضوع النزاع.

***وجود مسائل جدية من شأنها التشكيك في مشروعية القرار محل طلب وقف التنفيذ** [1].

حيث يجب على المدعي أن يقدم في عريضة دعوى الإلغاء أسباب جدية تبعث على الاعتقاد باحتمال إلغاء القرار الإداري محل الطعن [2] ، والمتمعن جيدا في نص المادة 919 يتضح له أن المشرع قد خفف من حدة هذا الشرط وذلكم ما سيتم تفصيله ضمن الباب الثاني من هذه الدراسة.

وبناء على ما تقدم فإن كل من دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل ودعوى الاستعجال قبل التعاقدي يختلفان في العناصر الآتية:

***من حيث أسباب الطعن.**

يرتكز سبب الطعن في دعوى الاستعجال قبل التعاقدي على الإخلال بالتزامات العلانية أو الوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

بينما سبب طلب وقف تنفيذ القرار المنفصل هو الأثر غير الموقف لتنفيذ القرار الإداري المنفصل المطعون فيه بالإلغاء.

---

[1]–وذلك ما أكده نص المادة 919 من ق إ م إ.

[2]–أمال يعيش تمام وحاحة عبد العالي ، دعوى وقف التنفيذ القرارات الإدارية بناء على أمر استعجالي ، مجلة المفكر، العدد الرابع تصدر عن جامعة بسكرة ، ص 323.

***من حيث سلطان القاضي.**

يملك القاضي خلال فصله في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية سلطات واسعة مقارنة بسلطاته في دعوى وقف التنفيذ حيث يمكنه أمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها تحت طائلة فرض غرامة تهديدية عليها عن كل تأخير في تنفيذ الالتزام ، كما يمكنه الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ، أما في دعوى وقف التنفيذ فلا يمكنه سوى الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري محل الطعن دون الفصل في مشروعيته.

ثانيا: تمييز دعوى الاستعجال قبل التعاقدي عن دعوى الاستعجال التعاقدي.

دعوى الاستعجال التعاقدي في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية هي إجراء لا يختلف من حيث الهدف منه عن دعوى الاستعجال قبل التعاقدي [1] من حيث إلزام المصلحة المتعاقدة على احترام قواعد الإشهار والوضع في منافسة خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة ، غير أنه يختلف عنه في زمن رفع الدعوى و الذي لا يكون إلا بعد إبرام العقد [2] وهو بهذا الوصف فهو طعن مكمل للطعن الاستعجالي قبل التعاقدي ، غير أن نقاط الاختلاف بين الإجراءين تكمن فيما يلي:

[1]- تولى المشرع الجزائري عملية تنظيمها بموجب المادتين 946 و947 من ق ا م ا .

[2] - Benoit Neveu et Rémi Benoit , « référé précontractuel ou référé contractuel : quelle procédure choisir ! » , revue chronique complément services publics , avril 2012.p 36.

- **من حيث الهدف .**

تهدف دعوى الاستعجال قبل التعاقدي إلى الإلغاء الكلي أو الجزئي للإجراءات الممهدة لعملية إبرام الصفقة نتيجة لعدم احترام قواعد العلانية و المنافسة ، بينما تهدف دعوى الاستعجال التعاقدي إلى إلغاء الصفقة التي تم الإمضاء عليها دون احترام المبادئ السابقة [1] ، حيث أقر المشرع الفرنسي أنه لا يجوز الجمع بين رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والدعوى الاستعجالية التعاقدية إلا في حالة إذا ما قامت المصلحة المتعاقدة بإبرام العقد رغم تعليق القاضي لجميع الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة وقبل صدور الحكم في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

- **من حيث زمن رفع الدعوى**

يجب إخطار قاضي الاستعجال في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية قبل توقيع العقد و إتمام إجراءات الإبرام ، أما عن الإجراء الثاني فيتم رفعه خلال إجراء التوقيع على العقد أو بعد أن يثبت الطاعن قيام الإدارة بالتوقيع على العقد ووجود إخلال فعلي بمبدأي العلانية و الوضع في المنافسة سبب له ضررا الأمر الذي يمكن معه المطالبة بالتعويض .

المطلب الثاني : مجال الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية .

[1] _ **Alain serg- Mescheriakoff , de nouvelles voies de recours pour les associations cocontractantes des personnes publiques , lamy Associations actualités n 201 fevrier , 2012 , p02.**

من خلال هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية يمكن للقاضي الإداري التدخل وتقويم السلوكات المنافية لتنظيم الصفقات العمومية و المرتبطة بعملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية (الفرع الأول) وكذا إلزام المتسبب في الإخلال باحترام قواعد العلانية والمنافسة الواجب مراعاتها أثناء هذه المرحلة باعتبارها سببا لقبول هذه الدعوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول : موضوع الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي.

وفقا لنص المادة 946 من ق .إ. م . إ فإن الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يمكن أن يكون محلها الصفقات العمومية (أولا) أو العقود الإدارية (ثانيا) بينما يستثنى من مجالها أنواع أخرى من العقود التي يمكن أن تبرمها الإدارة العامة و تكون غير معنية بهذا الإجراء (ثالثا) .

أولا : الصفقات العمومية .

بالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 (ت.ص.ع.ت.م.ع) نجد أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية على أنها : " **عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات**".

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد عرف الصفقات العمومية اعتمادا على معايير مختلفة محاولا بذلك تمييزها عن غيرها من العقود التي تبرمها الإدارة العامة و لا تخضع

في عملية إبرامها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية و لا تشملها الأطر الرقابية المفروضة على الصفقات العمومية ويمكن إبراز تلك المعايير فيما يأتي :

1- **المعيار الشكلي** : لقد عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة و في ذلك تأكيد منه على شرط الكتابة و احترام الإجراءات الشكلية الواردة في (ت ص ع ت م ع) و ذلك نظرا لأهميتها باعتبارها أداة لتنفيذ مختلف برامج التنمية ، لهذا وجب أن تدون تلك الصفقات وهذا هو الأصل العام الذي أكدته المادة 03 من نفس التنظيم حيث نصت على ما يلي : " **تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات** "

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة الحالة المذكورة في المادة 12 من (ت.ص.ع. ت. م.ع) ويتعلق الأمر بحالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار للمصلحة المتعاقدة أو يمس بالأمن العمومي ، و لا يمكن التكيف مع إجراءات إبرام الصفقة العامة لسبب يخرج عن توقع المصلحة المتعاقدة ، ففي هذه الحالة يمكن الشروع في تنفيذ الصفقة قبل إبرامها وذلك بموجب ترخيص يمنح من طرف المسؤول عن الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عن طريق قرار معلل ، على شرط أن تبرم صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال ستة (06) أشهر بدءا من تاريخ التوقيع على المقرر.

2- المعيار العضوي.

ويتعلق أساسا بأطراف الصفقة العامة التي يجب أن يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وذلك باعتبارها عقدا إداريا ، والمتتبع لهذا الأمر من خلال النصوص القانونية المتعاقبة والمنظمة للصفقات العمومية يلاحظ أن المشرع الجزائري كان غير مستقر فيما يخص تحديد الهيئات المعنية بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية فنجده يوسع من مجال تطبيقه أحيانا و أخرى يضيق من نطاق تطبيقه ، غير أنه وبالرجوع لنص المادة 06 من (ت.ص.ع.ت.م.ع) نجدها حددت نطاق تطبيق القانون بالنسبة لنفقات كل من الدولة و الولاية و البلدية (الجماعات الإقليمية) وكذا المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وهي الأشخاص المعنوية العامة ، كما نجد أن المشرع أضاف نوعا آخر من المؤسسات ويتعلق الأمر بالمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة ".

وفي هذه الحالة تكتسب الصفقة صفة العقد الإداري لأن التعاقد مع الأشخاص المعنوية وإن كانت خاصة يكون لحساب الشخص المعنوي العام ولمصلحته.

غير أن السماح لهذا النوع الأخير من المؤسسات بإبرام صفقة عامة قد يثير إشكالا يتعلق بتحديد قواعد الاختصاص القضائي بين كل من القضاء العادي والإداري فيما يخص النظر في

المنازعات المترتبة عن إبرام تلك الصفقة مع العلم بأن تلك القواعد من النظام العام بحسب المادة 807 من ق.إ.م.إ.

أما بالنسبة للطرف الأخر في الصفقة العامة بالنسبة للتشريع الجزائري فقد حدده المشرع وأطلق عليه تسمية "**المتعامل الاقتصادي**" وغالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص مستثنيا بذلك من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية العقود المبرمة بين الإدارات والهيئات العمومية فيما بينها[1].

ولعل السبب في تسمية المتعامل مع الإدارة العامة في مجال الصفقات العمومية يرجع إلى رغبة المشرع في توحيد المصطلح مع غيره الوارد في قانون المنافسة لا غير.

3-المعيار المالي.

لاعتبار العقد صفقة عامة وجب وفقا لهذا المعيار أن يحدد لها عتبة مالية معينة وبالتالي إلزام جهة الإدارة بإبرامها وفقا لأحكام إجرائية خاصة ، كما يتم إخضاعها لعملية الرقابة الإدارية من طرف لجان الصفقات العمومية.

وبناءا على ذلك فقد حدد المشرع الجزائري لكل من صفقات الأشغال أو اللوازم مبلغا تقديريا يفوق اثنا عشر(12) مليون دينار ، أما بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات فقد حدد لها مبلغ يفوق ستة (6) ملايين دينار.

[1]-المادة 07 من (ت ص ع ت م ع)

أما إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل عن المبالغ المالية المذكورة فإن الأمر لا يقتضي وجوبا إبرام الصفقة وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وذلك ما أكدته المادة 13 من نفس التنظيم.

04-المعيار الموضوعي.

الصفقات العمومية هي عقود تبرمها الإدارة العامة محددة بموجب التشريع و لذلك فإن المشرع الجزائري حدد مواضيع معينة تكون محلا للصفقة العامة ويتعلق الأمر أساسا بما يلي : (الأشغال ،اللوازم ،الخدمات ،الدراسات)وذلك كلما توافر في العقد شروطا أخرى محددة قانونا.

أ-صفقة الأشغال العامة.

يعتبر عقد الأشغال العامة من أقدم العقود التي أبرمتها الإدارة تلبية لاحتياجاتها و المصدر الأساسي لمختلف القواعد التي تستند إليها عملية إبرام الصفقة العامة [1]، ويمكن تعريفه على انه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر (فردا كان أو شركة) يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء آو الترميم أو الإصلاح أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام تحقيقا للنفع العام مقابل ثمن يحدده العقد[2] .

أما بالنسبة لصفقة الأشغال العامة فتجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري من خلال (ت.ص.ع.ت.م.ع) حيث نجد المادة 29 منه نصت على ما يلي :

[1] -**Grégory Kalfleche , des marchés publics a la commande publique « l'évolution du droit des marchés publics , thése du doctorat université panthéon-Assas , paris2 , 2004 p n 31**

[2]-. **محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة 2007 ، ص73.**

" تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع ، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية ، و تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو تدعيم أو إصلاح أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها."

ونظرا لما يتمتع به عقد الأشغال العامة من خصوصية وتعقيد ، حيث نجد أن هذا النوع من العقود عرف تطورا مستمرا في مفهومها عبر الزمن ويرجع السبب وراء ذلك إلى تغير موضوعه حيث كان في البداية يهدف بالدرجة الأولى إلى بناء منشاة لفائدة الشخص العمومي ليشمل فيما بعد عمليات الصيانة والترميم والتجديد وغيرها من العمليات الواردة على العقار [1].

ويتبين لنا من خلال نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري لم يعرف صفقة الأشغال العامة بل تطرق لذكر الهدف منها وما قد تشمله من أعمال ، وتبعا لذلك يمكن تعريفها على أنها " 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 مصلحة عامة [2].

ولنكون أمام صفقة أشغال عامة وجب توافر الشرط الآتية:

[1] - **Grégory Kalfleche, thèse précité , p 33.**

[2] **-عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر، الطبعة الأولى 2007 ،ص 77.**

*** أن تنصب الأشغال على عقار.**

وجب أن ينصب الشغل موضوع الصفقة على أموال عقارية بطبيعتها أو حتى الأموال المرتبطة بها بحسب تخصيصها [1] و قد حدد المشرع الجزائري أنواع تلك الأشغال و التي وسع من نطاقها لتشمل أعمال البناء أو التجديد أو الصيانة أو التأهيل أو التهيئة أو الترميم أو الإصلاح أو التدعيم أو الهدم و غيرها من الأشغال التي يمكن أن ترد على العقار.

***أن ينفذ الشغل لحساب شخص معنوي عام.**

يشترط القانون في صفقة الأشغال العامة أن ينفذ الشغل على عقار مملوك لشخص معنوي عام[2] وقت قيام الأشغال أو ستؤول له ملكيته بعد انتهائها.

***أن يهدف الشغل إلى تحقيق مصلحة عامة.**

مما لا شك فيه أن الهدف من وراء إبرام الصفقة هو تحقيق المصلحة العامة كبناء تجمع سكني أو شق طريق أو بناء مستشفى ، كما يمكن أن تهدف الصفقة العامة إلى القيام بأشغال لحساب شخص معنوي قصد تمكينه من أداء مهامه خدمة للصالح العام.

*** أن يتحصل المشارك في صفقة الأشغال العامة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين.**

[1]-لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية ، الجزء الثاني ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، طبعة 2016 ، ص 130.
[2] – عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات و العقود ، دار النهضة العربية ، لبنان ، الطبعة الأولى، 2003، ص 108.

لقد اشترط القانون لإبرام الصفقات مع الدولة أو الولاية أو البلدية أو الإدارات العمومية بصفة عامة الحصول على شهادة التخصيص و التصنيف المهنيين و ذلك ما أكدته المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 11 – 110[1] و تعرف هذه الشهادة و فقا لنص المادة 03 من نفس المرسوم على أنها : " **وثيقة تنظيمية بأشغال البناء و أشغال عمومية و الري و أشغال غابية و تخول الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها اختصاص وطنيا في ميدان العمل بها** " ويقصد بالتخصص قدرة المؤسسة على القيام بوسائلها الخاصة البشرية والمادية والتقنية بإنجاز الأشغال حسب نوعها ودرجة تعقيدها ، أما التصنيف فيخص المؤسسات التي تنشط في مجال الأشغال العمومية والري والأشغال الغابية ويحدد تصنيفها بناءا على معدل العمال المشغلين سنويا ورقم الأعمال المحقق سنويا[2].

غير انه يمكن أن نكون أمام عمليات مختلفة يصعب تكييفها وإعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد و ذلك ما فصل فيه المشرع من خلال نص المادة 29 (ت.ص.ع.ت.م.ع) والتي نصت على: " **إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات و كان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال** " .

[1]- المرسوم التنفيذي 11-110 المؤرخ في 3/6(2011 ج ر ج ج عدد 15 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 289/93 المؤرخ في 1993/11/28، ح ر ح ح عدد 79 الذي يلزم جميع المؤسسات التي تعمل في إطار الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الري أن تكون لها شهادة التخصص و التصنيف المهنيين ج ر ج ج عدد79 لسنة 1993.

[2]- كنتاوي عبد الله ، القضاء الإستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانون الجزائري و الفرنسي أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 2018/2017، ص 76.

ب – الصفقة العمومية للوازم.

وتهدف هذه الصفقة إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية حاجات متصلة بنشاط المصلحة المتعاقدة من طرف مورد وذلك بوجود خيار الشراء أو من دونه ، كما أن صفقة توريد اللوازم تنصب على المنقولات دون العقارات ويختلف موضوعها باختلاف ما إذا كانت الصفقة تهدف إلى اقتناء سلعة معينة أو بيع بالإيجار لعتاد أو مواد مختلفة.

كما يمكن أن نكون بصدد صفقة مركبة تشمل تقديم خدمات واقتناء لوازم ففي هذه الحالة متى كانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات فإننا نكون أمام صفقة لوازم.

ج–الصفقة العمومية للدراسات.

تستند هذه الصفقة إلى نص المادة 29 من (ت.ص.ع.ت.م.ع) كأساس قانوني لها وتهدف إلى إنجاز خدمات فكرية لفائدة الإدارة المتعاقدة محددة في الصفقة مقابل مبلغ مالي يتقاضاه المتعاقد معها وعادة ما تتصل بصفقة أشغال عامة ، لهذا نجد أن المشرع الجزائري تعرض في هذه الحالة لثلاث أنواع من الخدمات الفكرية ويتعلق الأمر أساسا بـما يلي :

– مهمة المراقبة التقنية أو الجيوتقنية.

– مهمة الإشراف على إنجاز الأشغال.

– مساعدة صاحب المشروع.

وبناءا على ذلك فإن المتعامل المتعاقد مع الإدارة في صفقة الدراسات يلتزم بإنجاز الدراسات المحددة في الصفقة والتي عادة ما تكتسب طابعا فنيا أو تقنيا تستند إلى أساس علمي ترصد لخدمة الإدارة تحقيقا للمصلحة العامة.

د- الصفقة العمومية للخدمات.

وهي نوع مختلف من الصفقات تلجأ الإدارة العامة لإبرامها للاستفادة من خدمة يقدمها لها الغير في مجال معين غالبا ما ترتبط بتسيير مرفق عام على أن تلتزم بدفع مقابل مالي له نظير تلك الخدمة ، وتجدر الإشارة إلى أن موضوع هذه الصفقة واسع النطاق يشمل جميع الخدمات التي قد تحتاج إليها الإدارة العامة للقيام بنشاطها تحقيقا للمصلحة العامة.

ثانيا : العقود الإدارية .

يمكن تعريف العقد الإداري على أنه " اتفاق يبرمه شخص معنوي عام ، قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص [1].

وبالرجوع لأحكام المادة 946 من ق.إ.م.إ نجدها نصت على إمكانية خضوع العقود الإدارية لآلية الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرامها ، ولكن دون تحديد أنواع تلك العقود الإدارية التي يمكن أن تخضع لنطاق تطبيق هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية ، وبناءا ذلك يمكن طرح التساؤل الآتي :

[1]-محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع. ، عنابة الجزائر ، طبعة 2005 ، ص 10.

– هل يمكن أن تخضع عملية إبرام جميع العقود الإدارية لرقابة القاضي الاستعجالي متى كان هناك إخلال بمبدأي العلانية والمنافسة في هذه المرحلة ؟

بما أن المشرع الجزائري لا يلزم الإدارة العامة عند إبرامها للعقود الإدارية بإتباع إجراءات شكلية معينة (ما عدا في حالة الصفقات العمومية التي تجاوزت مبالغها العتبة المالية المذكورة في المادة 13 من ت.ص.ع.ت.م.ع) ، فإنه يمكن تحديد بعض أنواع العقود الإدارية التي تدخل في مجال تطبيق الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي وذلك على النحو الآتي:

1-الصفقات العمومية التي تساوي أو تقل عن النصاب المالي المذكور في نص المادة 13 في حالة ما إذا اختارت المصلحة المتعاقدة إبرامها وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في (ت.ص.ع.ت.م.ع).

ففي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة تلزم باحترام قواعد العلانية والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية و أن أي إخلال بهذه المبادئ قد يعرضها لرقابة القاضي الاستعجالي على هذا النحو ، أما إذا لم تقم الإدارة باختيار طريقة الإبرام وفقا لتلك الشكليات ففي هذه الحالة يتم إبرام تلك الطلبات وفقا لإجراءات داخلية دون التقيد بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.

2- اتفاقية تفويض المرفق العام.

يعد تفويض المرفق العام من أهم الأساليب التي تعتمد عليها الدولة في تسيير مرافقها العامة سواء كان ذلك عن طريق شخص معنوي عام أو أحد أشخاص القانون الخاص ، حيث لا يمكن للدولة أن تستغني عن إمكانيات القطاع الخاص والتي تتميز بنجاعة أدائها للخدمات المرفقية وذلك في ظل الأزمات الاقتصادية التي تعصف بدول العالم والتي قد تؤدي إلى عجز الدولة عن تقديم تلك الخدمات نظرا لقلة الإمكانيات المتوفرة و تراجع مواردها المالية ، أو محاولة منها للبحث عن سبل بديلة لتمويل استثمارها والنهوض بالبنية التحتية لها [1].

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن (ت ص ع ت م ع) نجده عرف أسلوب تفويض المرفق العام من خلال نص المادة 207 منه على النحو الآتي:

" يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له ... ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام ... بموجب اتفاقية وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام ".

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف يشتمل على بعض الأسس التي تجمع عقود تفويض المرفق العام وترتكز عليها تلك العقود في تسييرها للمرفق.

[1]- صالح زمال بن علي ، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام. ، مجلة القانون ، المجتمع والسلطة ، تصدر عن جامعة وهران، المجلد 6 العدد 1 سنة 017 2 ص 158.

وهو نفس التعريف الذي أخذ به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 03 من قانون (Murcef) الذي جاء بتدابير استعجالية تخص الإصلاحات الاقتصادية والمالية حيث نجده يعرف عقد تفويض المرفق العام على أنه عقد يعهد من خلاله شخص معنوي خاضع للقانون العام بتسيير مرفق عام للغير (مفوض له) ويتحمل مسؤوليته ، وتكون له العائدات المتصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق و بالتالي يكون المفوض له مكلفا ببناء منشآت و باكتساب أموال لازمة للمرفق [1].

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع اشترط توافر مجموعة من الشروط والضوابط لنكون أمام أحد عقود تفويض المرفق العام ويتعلق الأمر أساسا بما يأتي :

أ- **قابلية إخضاع المرفق العام لأسلوب التفويض:** مبدئيا يمكن إخضاع جميع المرافق العامة للتفويض (ما عدا السيادية منها) سواء كانت إدارية أو صناعية ما لم يوجد نص قانوني يمنع ذلك.

ب- **العلاقة التعاقدية بين أطراف العقد:** يتطلب هذا الشرط ضرورة توافر العلاقة التعاقدية بين طرفيه مانح التفويض (السلطة المفوضة وعادة ما تكون شخص معنوي عام) والمفوض له ذلك أن الإطار التعاقدي هو المجال الحقيقي لإعمال مبدأي الشفافية والمنافسة [2].

[1]-Loi n 2001 -1168 du 11/12/2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier. J.O.R.F n 288 du 2001.

[2]-بركيبة حسام الدين ، تفويض المرفق العام" مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرفق العامة"، مجلة المفكر "تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد14 ، ص 561.

ج- **تسيير واستغلال المرفق** وارتباط عملية تحصيل المقابل المالي بعملية الاستغلال لصالح المفوض له.

د- أن يتحمل المفوض له المسؤولية عن مخاطر تشغيل وتسيير المرفق و إلا لا نكون أمام عقد تفويض مرفق عام.

و- أن تحدد مدة زمنية معينة لعقد التفويض على أن تؤول ملكية جميع الاستثمارات والممتلكات التابعة للمرفق للسلطة مانحة التفويض بعد انتهاء هذه المدة وذلك ما أكدته المادة 208 من (ت ص ع ت م ع)

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يقم بإخضاع تفويضات المرفق العام إلى الإجراءات المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية إلا من خلال قانون (sapin) المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية السالف الذكر، حيث وضع هذا القانون الإطار العام لفكرة تفويض المرفق العام التي تشمل العديد من العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة من أجل تسييرها لمختلف المرافق تحقيقا للمصلحة العامة ، وألزمها بإتباع قواعد شكلية وإجرائية معينة في إبرامها شأنها شأن الصفقات العمومية مما يترتب عن ذلك ضرورة خضوعها للمبادئ الأساسية المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية وذلك ما أكدته المادة 209 من (ت ص ع ت م ع) التي نصت على :

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

ويمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أحد الأشكال الآتية:

أ-عقد الامتياز.

نكون أمام عقد امتياز تفويض المرفق العام : " **إذا تعهدت السلطة المفوضة للمفوض له إما بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله و إما تعهد له فقط باستغلال المرفق وفي هذه الحالة يكون الاستغلال باسمه وعلى مسؤوليته وتحت مراقبة السلطة المفوضة و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام ، ويمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه "**[1].

وبهذا التعريف يكون المشرع الجزائري قد خصص لعقد الامتياز أحكاما خاصة به ضمن تنظيم الصفقات العمومية الأمر الذي يمكننا من التمييز بين عقد الامتياز الذي يأخذ شكل تفويض للمرفق العام وبين غيره من عقود الامتياز التي تعهد من خلالها الإدارة العامة للملتزم (سواء كان فردا أو شركة) بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين [2].

الأمر الذي يجعل من عقد امتياز تفويض المرفق العام أوسع نطاقا من عقود الامتياز الأخرى التي تشمل عملية إدارة واستغلال المرفق فقط [3] بينما عقد امتياز تفويض المرفق العام الذي يمكن

[1]-المادة 210 من (ت ص ع ت م ع).

[2]-عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 86.

[3]-وبهذا الوصف يجد عقد الامتياز أساسه القانوني في نص المادتين 149 و150 من قانون البلدية 10/11 والمادة 149 من قانون الولاية 07/12 حيث منح المشرع إمكانية تسيير بعض المصالح التابعة لها وفقا لأسلوب الامتياز خاصة إذا تعلق الأمر بـ: التزود بالمياه الصالحة للشرب، صرف المياه القذرة ، الإنارة العمومية ، المحاشر، الأسواق المغطاة ...

أن يشمل عملية بناء وإنجاز منشآت عامة وكذا عملية إدارتها واستغلالها لمدة تكون محددة في الاتفاقية .

وانطلاقا من التعريف الوارد في نص المادة 210 السالف الذكر يمكن التمييز بين ثلاث عمليات يمكن أن يشملها امتياز تفويض المرفق العام على النحو الآتي:

***امتياز المرفق العام دون أشغال عامة:** ويشمل العقد في هذه الحالة استغلال المرفق فقط عندما لا يتطلب الأمر بناء المنشأة.

***امتياز المرفق العام مع أشغال عامة:** ويشمل العقد انجاز أشغال تكون ضرورية لإقامة و وجود المرفق محل الامتياز ثم تولي عملية إدارته واستغلاله.

***امتياز الأشغال العامة دون مرفق:** ويشمل هذا النوع من العقود تنفيذ أشغال عامة للمرفق دون أن يمتد الأمر إلى عملية استغلاله.

ب-عقد الوكالة المحفزة.

ويقصد بها أن **" تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته و يدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال وتضاف إليها منحة إنتاجية وحصة 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 " [1].

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن العقد يجسد شراكة الخواص في تسيير المرفق العام دون تحمل عبء البناء والتجهيز كما أنه مبني على فكرة التشجيع الاستثماري والبحث عن المردودية[2].

ونظرا للطبيعة المعقدة لهذا العقد فأن القضاء الإداري في فرنسا كيفه على أنه ينتمي لعقود تفويض المرفق العام نظرا لأن المفوض له يتقاضى المقابل المالي من نتيجة استغلاله للمرفق على حسب رقم الأعمال المحقق بالإضافة إلى منحة إنتاجية وحصة أخرى تقدر على أساس الربح الصافي للمشروع .

ج-عقد التسيير.

وهو **عقد تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير 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 نسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة**

[1]- المادة 210 (ت ص ع ت م ع).
[2]- بركيبة حسام الدين . المقال السابق . ص 565.

تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية "[1].

وبناء على هذا التعريف يجب أن يرتكز عقد التسيير في إطار تفويض المرفق العام على ما يأتي :

* أن تتم عملية إنشاء وإنجاز وتمويل المرفق العام من السلطة المفوضة .

* المفوض له في اتفاقية التسيير تسند له مهمة تسيير وصيانة واستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة مقابل أجر يتقاضاه عن ذلك .

* تحدد منحة بنسبة مئوية من رقم الأعمال إضافة إلى منحة إنتاجية تدفعها السلطة المفوضة كأجر للمسير المفوض له هذا الأخير الذي يلتزم بتقديم تقرير مالي وتقني عن حصيلة تسييره للمرفق كل سنة .

د-عقد إيجار المرفق العام.

هذا النوع من تفويضات المرفق العام أشارت له المادة 210 من (ت ص ع ت م ع) بنصها:

" تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل أتاوى سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته ، تمول السلطة المفوضة بنفسها

[1] االمادة 210 من (ت ص ع ت م ع).

إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام".

ويرتكز عقد إيجار المرفق العام أساسا على العناصر الآتية:

* أن يقع على عاتق المفوض له مهمة تسيير وصيانة المرفق العام دون القيام بمهمة إنشاء المباني أو المنشآت التي تتحملها السلطة المفوضة .

* أن يتحمل المفوض له مهمة صيانة وتسيير المرفق لحسابه وعلى مسؤوليته .

* أن يلتزم المفوض له بدفع أتاوى سنوية للسلطة المفوضة نتيجة استغلاله للمرفق يتم تحصيلها من مستعملي المرفق العام .

كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير المبينة في (ت ص ع ت م ع) وهذا ما أكدته المادة 210 من نفس المرسوم و ذلك كلما توافر في العقد الأسس التي تقوم عليها عقود تفويض المرفق العام.

يتم إفراغ الاتفاق المتعلق بتفويض المرفق العام في شكل اتفاقية نصت عليها المادة 207 من(ت ص ع ت م ع) وأكدت على وجوب إخضاع تلك الاتفاقية عند إبرامها للمبادئ الأساسية التي ترتكز عليها عملية إبرام الصفقات العمومية من حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وكذا شفافية الإجراءات ولعل ذلك هو السبب وراء إمكانية خضوع اتفاقيات

تفويض المرفق العام لرقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي متى كان هناك إخلال بمبدأي العلانية والمنافسة التي تحكم عملية إبرام تلك الاتفاقيات.

أما عن كيفية إبرام اتفاقية التفويض فهي تخضع للإجراءات الآتية:

*** التزام الإدارة العامة بإتباع أساليب محددة بموجب نصوص القانون في اختيار المتعاقد** معها على طريق اتفاقية ذلك أن حرص المشرع على احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من (ت ص ع ت م ع) في اتفاقية التفويض إنما يؤكد على فتح باب المنافسة أمام كل من يهمه الأمر من أجل الحصول على أكثر من عرض منافس ، ولا يتم ذلك إلا بالقيام بجميع الإجراءات التي من شأنها تجسيد مبدأ العلانية في العقد المزمع إبرامه محل تفويض المرفق العام (شكل العقد: امتياز، إيجار، تسيير، وكل ما يتعلق بدفتر الشروط النموذجي) .

*** مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض:** وتسند هذه المهمة إلى لجان متخصصة مستقلة قائمة على مستوى الولاية أو البلدية تقوم بعملية إعداد قائمة المرشحين المقبولين ودراسة ملفاتهم مع العلم أنه يمنع التفاوض مع المتعهدين خلال عملية تقييم العروض ثم تقوم اللجنة بتقديم رأيها إلى السلطة المفوضة.

مع الإشارة إلى أنه يمكن أن ترد بعض الاستثناءات على إعمال مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام كما هو الحال في إبرام الصفقات العمومية كاللجوء إلى الدعوة للمنافسة على الصعيد الوطني دون الدولي تشجيعا للمؤسسات الوطنية أو العمل بهامش الأفضلية الوطنية للمنتوج ذو المنشأ الجزائري وغيرها من الاستثناءات التي تعكس إرادة المشرع الجزائري .

ثالثا: العقود المستثناة من مجال الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي .

هناك طائفة من العقود التي تخرج عن مجال الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي سواء كان الاستثناء الوارد عليها بموجب نص القانون أو تم استبعادها من طرف القضاء الإداري من خلال الاجتهاد القضائي ، وإذا كان الهدف من وراء إجبار الإدارة العامة على الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية هو حماية المال العام فإنه من غير المنطقي أن تلزم الإدارة باتخاذ تلك الإجراءات المعقدة إذا تعلق الأمر بمبالغ بسيطة أو إذا توافرت حالة الاستعجال والخطر كدافع للتعاقد.

1-العقود المستثناة بنص القانون.

أ- نصت المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن (ت ص ع ت م ع) على ما يأتي :

"لا يخضع لأحكام 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 تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة.

- المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع.

- المتعلقة باقتناء أو تأجير أرض 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 لأحكام هذا الباب وتتصرف لحساب المصلحة المتعاقدة".

يلاحظ من خلال نص المادة 07 السابقة استبعاد المشرع لتلك العقود من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية فهي لا تخضع له في أحكام إبرامها وبالتالي فهي غير ملزمة باحترام المبادئ التي ترتكز عليها الصفقة العامة في إبرامها، وذلك ما يجعلها تخرج عن رقابة قضاء الاستعجال قبل التعاقدي .

ب- الصفقات التي تساوي أو يقل المبلغ التقديري فيها عن النصاب المالي المذكور في المادة 13 من (ت ص ع ت م ع) إذا لم تختار المصلحة المتعاقدة في عملية إبرامها أحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في ذات المرسوم وعادة ما يتعلق الأمر بالعقود البسيطة التي قد تلجأ الإدارة العامة لإبرامها دون الحاجة إلى اللجوء للدعوة الشكلية للمنافسة أو الإشهار بل

يمكن أن تتم عملية إبرامها وفقا لإجراءات داخلية بسيطة (سند الطلبية مثلا) على أن يقدم المتعاقد مع الإدارة فاتورة بقيمة تلك الطلبات بعد تنفيذ العقد أو عن طريق الاستشارة .

ج-الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك ما أكده نص المادة 9 من (ت ص ع ت م ع) والتي نصت على : **" لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا الباب..."** غير أن تلك المؤسسات ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها وفقا للمبادئ المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية.

د-الصفقات المعفاة من طريقة الإبرام استنادا إلى حالة الاستعجال.

أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 12 من (ت ص ع ت م ع) إمكانية إبرام صفقات عمومية دون التقيد بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا التنظيم وذلك في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ، حيث أجاز المشرع في هذه الحالة بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة بموجب ترخيص يكون في شكل قرارا معلل صادر عن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، على أن يتم إعداد صفقة على سبيل التسوية خلال 6 أشهر بدءا من تاريخ التوقيع على المقرر، غير أن هذه الحالة مقيدة بشروط باعتبارها استثناء على القاعدة العامة تتمثل أساسا في:

* وجود حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم والتي تحول دون التكيف مع آجال وإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

* أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال .

* أن حالة الاستعجال هذه لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة .

* أن يقتصر التنفيذ على الخدمات الضرورية فقط لمواجهة الظروف السائدة .

هـ-الصفقات المعفاة من طريقة الإبرام بسبب السرعة في اتخاذ القرار وهذه الحالة أكدها نص المادة 23 من (ت ص ع ت م ع) حيث أعفى المشرع كذلك الإدارة العامة من الالتزام بإجراءات إبرام الصفقات العمومية التي تتعلق باستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها أو التقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها ، أو إذا كانت الممارسات التجارية المطبقة على تلك الصفقات لا تتلائم مع إجراءات الإبرام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية .

وبمجرد توافر هذه الحالة يقوم الوزير المعني بمناسبة كل عملية استيراد من العمليات المذكورة سابقا بتشكيل لجنة وزارية مشتركة تكلف بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد ، وتحدد له قائمة المنتجات والخدمات المعنية بهذا الإجراء بموجب قرار وزاري مشترك على أن تحرر صفقة تسوية خلال 3 أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات.

ما يلاحظ في هذا الصدد هو أن المشرع الجزائري أولى أهمية لتحقيق المصلحة العامة من خلال مشروع الصفقة على حساب التقيد بإجراءات وشكليات إبرام الصفقات العمومية ، الأمر الذي قد تضيع معه الفرصة مقابل إشباع الحاجات العامة.

ولعل هذا الاستثناء والخروج عن الأساليب العامة المتبعة في إبرام الصفقات العمومية دعت إليه العوامل والظروف الاقتصادية التي أدت إلى تقلبات وارتفاع في أسعار بعض المنتجات الأساسية ولهذا أقر المشرع بإمكانية إعمال هذا الاستثناء حماية للاقتصاد الوطني [1].

و-**العقود المتعلقة بخدمات النقل و الفندقة والإطعام والخدمات القانونية** حيث أجاز المشرع بالنسبة للمصلحة المتعاقدة إمكانية إبرام العقود المتعلقة بتلك الخدمات وفقا للإجراءات المكيفة دون التقيد بإجراءات الإبرام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وذلك ما أكدته المادة 24 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2-**العقود المستثناة عن طريق الاجتهاد القضائي.**

استقر الاجتهاد القضائي خاصة في فرنسا على عدم خضوع بعض العقود لآلية الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي وتتمثل تلك العقود فيما يأتي:

أ-**التراخيص الإدارية باستغلال جزء من الأملاك الوطنية العمومية** حيث يتم منح هذه الرخصة للمعني بالأمر (طالب الرخصة) من أجل استعمالها بصفة مؤقتة ولمدة محددة مقابل أتاوى وتفرغ تلك الرخصة في شكل قرار إداري صادر عن السلطة الإدارية المكلفة بالمحافظة على الأملاك الوطنية العمومية وذلك ما أكده نص المادة 64 من القانون 30/90 المنظم للأملاك الوطنية [2].

[1]- **حاحة عبد العالي ، العقود والطلبات التي لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية ، مجلة العلوم الإنسانية. تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد 33 ، جانفي 2014 ، ص 233.**

[2]- **القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية . المعدل و المتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 ج ر ج ج عدد 44 الصادرة في 2008/08/03.**

وبما أن تلك القرارات تتميز بالطابع الانفرادي في إصدارها من طرف السلطة المختصة فإنها لا تحتاج حتما في عملية إصدارها لأن تخضع لمبدأي الشفافية والمنافسة.

غير أن عقود الامتياز التي يكون موضوعها استغلال مؤقت للأملاك الوطنية تكون محلا لهذه الدعوى الاستعجالية وتخضع لالتزامات الإشهار والمنافسة خلال عملية إبرامها وذلك ما أكدته أحكام المادة 64 مكرر من القانون 30/90 السابق الذكر.

وهذا على خلاف ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في فرنسا في قضية (la ville de paris) حيث أخرج هذا النوع من العقود من نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقدي [1].

ب-ملحق تعديل بنود الصفقة.

الملحق هو تصرف يتم بناءا على اتفاق طرفي العقد حيث يؤدي إلى تعديل أحكام العقد الأصلي سواء بزيادة شروط جديدة أو بالنقصان و بناءا على ذلك فإن ملحق الصفقة يتسم بما يأتي :

- أنه ليس بالتصرف المستقل بحد ذاته ، إنما يتصل بتصرف سبقه و يتمثل في العقد الإداري أو الصفقة العامة .

[1]- نقلا عن بروك حليمة ، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية ، مجلة المفكر، جامعة بسكرة ، العدد 11 ، .ص 298. (CE12/03/1999 n 186085)

- يخضع الملحق في عملية إبرامه وفقا للشروط و الإجراءات التي تم بها العقد أو الصفقة التي سبقته ، ويتم إبرامه من طرف نفس السلطة التي كانت مختصة بإبرام العقد وفقا لقاعدة توازي الأشكال.
- الملحق هو تصرف رضائي لا يتم إلا بتوافق إرادتي كلا المتعاقدين كما يجب ألا يتضمن الملحق تعديلات تقلب بنود العقد رأسا على عقب.

وترتيبا لذلك فان الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة [1] ، وبهذا الوصف فهو لا يشكل صفقة جديدة ولا يخضع من حيث إبرامه لنفس الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية كما لا يخضع للرقابة الخارجية القبلية ما دام أن هذا التعديل لا يمس تسمية الأطراف المتعاقدة وكنتيجة منطقية تترتب عن ذلك فهو يخرج عن نطاق الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي .

الفرع الثاني: أسباب الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي.

فرض المشرع الجزائري على الإدارة العامة من خلال (ت ص ع ت م ع) احترام المبادئ الأساسية التي تستند إليها الصفقات العمومية في عملية إبرامها وتتجسد تلك المبادئ في المساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية ، وفي المقابل اعتبر كل إخلال أو تجاوز لقواعد العلانية والمنافسة المرتبطة بالمبادئ المذكورة سابقا يمكنه أن يشكل سببا للطعن الاستعجالي قبل التعاقدي وذلك ما أكده نص المادة 946 من ق إ م إ.

[1]- المادة 136 من (ت ص ع ت م ع).

أولا: الإخلال بالتزامات الإشهار خلال عملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية.

يعتبر الحرص على علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة العامة خاصة خلال مرحلة إبرامها من أهم المظاهر المعتمدة في تجسيد مبدأ الشفافية[1] ، ويتم ذلك من خلال توزيع المعلومات الكافية المتعلقة بالصفقة المزمع إبرامها على نحو يتيح لمن يريد التقدم بعرضه الوقت الكافي لإعداد عرضه وتقديمه [2].

وبناء على ذلك فإنه يقصد بالعلانية في التعاقد " معرفة الكافة بأن الدولة سوف تبيع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام ... لكي لا تبرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك لأن سرية التعاقد سوف لا تتيح الفرصة لمن يرغب بالتعاقد كي يتنافس مع غيره" [3].

أما عن إجراء الإشهار في الصفقة العامة فيقصد به إخطار ذوي الشأن بالمناقصة وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار [4].

أما الإعلان عن الصفقة فهو إجراء تقوم به الإدارة من خلال توجيه الدعوة إلى الكافة و التي إتجهت بعزمها إلى إبرام عقد معين وفقا للشروط و المواصفات التي تتضمنها هذه الدعوة و ذلك بهدف تقديم العطاءات المطابقة لهذه الشروط خلال أجل محدد [5].

---

[1]-المادة 9 من القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج ر ج ج رقم 14 لسنة 2006 المعدل و المتمم.

[2]-كريمة علة ، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1 ، 2013/2012. ص 193 .

[3]–محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، سنة 1998 ص 52.

[4]–فيصل نسيغة ، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها ، مجلة الاجتهاد القضائي تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد الخامس ، ص 114.

[5] - عامر نعمة هاشم ، المرجع السابق ، ص 189.

ونظرا لأهمية مبدأ العلانية ودوره في تجسيد مبادئ الصفقة العامة [1] خاصة خلال مرحلة إبرامها الصفقة العامة وجب تحديد الوسائل والإجراءات التي يمكنها تحقيق هذا المبدأ من خلال الإجابة عن التساؤل الآتي:

- هل يمكن اعتبار الإعلان عن الصفقة الإجراء الوحيد والكافي لتجسيد مبدأ العلانية خلال مرحلة إبرامها ؟

هذا التساؤل أثار جدل الفقهاء والذي سنتولى عرضه بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:

يرى جانب من الفقه أن إجراء الإعلان عن الصفقة من أهم الإجراءات الممهدة لعملية إبرامها وهو بمثابة دعوة للتعاقد [2] تعلن من خلاله جهة الإدارة رغبتها في التعاقد ، ومتى التزمت هذه الأخيرة بهذا الإجراء على النحو المفروض عليها قانونا (بيانات الإعلان ... وسائل نشره ...) فإن ذلك من شأنه تحقيق مبدأي المنافسة والمساواة بين المتقدمين الراغبين في التعاقد [3].

بينما يتجه البعض الآخر من الفقه إلى أن تحقيق العلانية في التعاقد لا يكون من خلال إجراء الإعلان عن الصفقة لوحده بل يشمل أيضا مختلف الإجراءات التي تتعلق بعملية إبرام الصفقة العامة [4] والتي تكفل للمتعامل الاقتصادي حرية الوصول للطلب العمومي من خلال علمه به وكذلك علمه بجميع القرارات الأخرى الصادرة عن الإدارة العامة خلال مرحلة إبرام الصفقة كقرار

[1] - Mohamed Nabih , droit des marchés publics , « aspects juridiques financiers et contentieux » publie par" A. M. T Konrad Adenauer stflung". Editions. 2014 Maroc p n 155/156.

[2]– مال الله جعفر الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2009 ، ص 88.

[3]– جمال عباس احمد عثمان ، المرجع السابق ، ص323 .

[4]-مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 868.

المنح المؤقت ، قرار الاستبعاد من الصفقة أو قرار الحرمان من دخولها ، إضافة إلى تسبيب مختلف القرارات الصادرة خلال هذه المرحلة.

نحن بدورنا نؤيد هذه الاتجاه ذلك أن احترام قواعد العلانية خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة يشكل المصلحة المحمية من طرف المشرع الجزائري ، من خلال حرصه على شفافية الإجراءات و أن هذه المصلحة لا تتعلق فقط بإجراء الإعلان إنما تمتد لتشمل كافة الإجراءات المتعلقة بعملية الإبرام[1] ، وذلك ما يؤكد اتجاه المشرع الجزائري من خلال حرصه على إعلام كافة المرشحين بتمديد أجل تحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة لها الحرية في اختيار الوسائل الملائمة لإبلاغ المتعهدين[2] ، إضافة إلى إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن طلب العروض[3] الأمر الذي يسمح بمعرفة هوية الفائز بالصفقة ومعايير اختياره ضمانا لشفافيتها [4] ، مع دعوة كافة المرشحين إلى الاطلاع على النتائج المفصلة لعملية تقييم العروض من الناحية المالية والتقنية خلال ثلاثة (3) أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت ليتسنى لهم إمكانية رفع طعون أمام لجنة الصفقات المختصة احتجاجا على قرار المنح المؤقت خلال 10 أيام من تاريخ الإعلان عنه وفقا للكيفيات المذكورة سابقا .

---

[1]- يعتقد بعض الفقه بان مظاهر الشفافية يجب أن تشمل مرحلة ما قبل الإعلان عن الصفقة ، ويتعلق الأمر بدفاتر الشروط التي تتضمن بنودا تتعلق بموضوع الصفقة وكافة المعلومات حولها ، للمزيد من التفاصيل ينظر: بن شعلال محفوظ إجراءات إبرام الصفقات العمومية "ضمانة للشفافية أم حواجز تقليدية " ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، تمنغست، العدد09 ، 2015، ص66.

[2]-المادة 66 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]-المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[4]– بومقورة سلوى ، مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية ،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 15 ،العدد 01 ، 2017 ص 285.

كما ألزم القانون المصلحة المتعاقدة [1] بضرورة إعلام المرشحين أو المتعهدين بقرارات عدم الجدوى أو إلغاء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها مؤقتا بموجب رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام مع دعوتهم للاطلاع على مبررات اتخاذ تلك القرارات على مستوى مصالحها في أجل أقصاه 3 أيام ابتداء من استلام الرسالة الموصى عليها.

ونظرا لأهمية الإعلان كإجراء تمهيدي لإبرام الصفقة العامة فقد حرص المشرع الجزائري على تنظيمه و إحاطته بالضمانات القانونية الكافية وذلك ما سيتم التطرق لدراسته من خلال نقاط البحث الآتية:

1-تعريف الإعلان عن الصفقة.

هو إجراء تقوم به الإدارة من خلال توجيه الدعوة إلى الكافة و التي إتجهت بعزمها إلى إبرام عقد معين وفقا للشروط و المواصفات التي تتضمنها هذه الدعوة و ذلك بهدف تقديم العطاءات المطابقة لهذه الشروط خلال أجل محدد[2].

2-التنظيم القانوني للإعلان عن الصفقة.

نظم المشرع الجزائري إجراء الإعلان عن الصفقة على نحو يضمن للجميع معرفة كافة المعلومات الخاصة بها (كيفية التعاقد ، الشروط المطلوبة ، دفتر الشروط...)

وذلك بهدف منح فرص متساوية للراغبين في التعاقد من أجل التنافس والظفر بالصفقة العامة.

[1]- المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2] – عامر نعمة هاشم ، المرجع السابق ، ص 189.

ولهذا جعل منه المشرع إجراءا ضروريا في مرحلة الإبرام وينبغي مراعاته لضمان نجاعة الطلبات العمومية وذلك من خلال نص المادة 5 من (ت ص ع ت م ع) أما عن إلزامية هذا الإجراء فقد أكدها المشرع من خلال نص المادة 61 من نفس التنظيم وذلك كلما تعلق الأمر بالحالات الآتية:

_ طلب العروض المفتوح.

هذا الإجراء عرفته المادة **43** من (ت.ص.ع.ت.م.ع) على أنه إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح أن يقدم تعهدا ، أو يسمح له بالمشاركة بناءا على الإعلان عن المنافسة الذي تقوم به الإدارة و يجسد هذا الأسلوب مبادئ الشفافية و المساواة بين المرشحين ، حيث يضمن للجميع الراغبين في الدخول إلى المنافسة فرص متساوية للظفر بالصفقة [1].

_ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

هو إجراء يسمح فيه لكل من المترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء ، بتقديم تعهد ويتم الإنتقاء القبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة ، تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية و المهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة و تكون متناسبة مع طبيعة و تعقيد و أهمية المشروع [2] و بالإستناد إلى نص المادة السابقة يمكن القول بأن هذا الإجراء تعمد من خلاله المصلحة المتعاقدة بإشتراط بعض

[1] – عاشور فاطيمة ، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانة قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية ، مجلة الدراسات القانونية ، تصدر عن جامعة المدية ، المجلد الرابع ، العدد 01 ، جانفي 2018 ، ص 99.

[2] – المادة 44 من (ت.ص.ع.ت.م.ع).

القدرات الدنيا تحددها مسبقا قبل الإعلان عن طلب العروض كضمانة للتنفيذ الحسن لبعض المشاريع التي تتطلب عملية تنفيذها قدرات مالية و فنية معينة قد لا تتوافر في جميع المتعامين الإقتصاديين دون أن يكون في ذلك تأثير على مبدأ المنافسة بينهم.

_ طلب العروض المحدود.

هو إجراء للإستشارة الإنتقائية ، يكون المرشحون الذين تم إنتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقيدم تعهد.

و يسمح هذا الإجراء بإنتقاء أولي قبلي تقوم به المصلحة المتعاقدة من أجل إختيار المترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الخاصة على أن تتم دعوتهم فيما بعد إلى تقديم تعهد و التنافس من أجل الظفر بالصفقة إما على مرحلة واحدة أو على مرحلتين [1].

_ المسابقة.

وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار أحدهم ، بعد أخد رأي لجنة التحكيم وذلك بعد دراسة مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع ، وعادة ما يتم اللجوء إلى هذا الإجراء في حالة العمليات التي تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة في مجال تهيئة الإقليم و التعمير و الهندسة المعمارية أو معالجة المعلومات [2].

---

[1]- المادة 45 و 46 من (ت ص ع ت م ع).
[2] - المادة47 من (ت.ص.ع.ت.م.ع).

_ التراضي بعد إستشارة.

هو إجراء يتم اللجوء إليه بعد قيام المصلحة المتعاقدة بإستشارة مسبقة حول أوضاع السوق وحالة المتعاملين الإقتصاديين [1].

ولقد حدد المشرع الجزائري حالات اللجوء إلى التراضي بعد إستشارة من خلال نص المادة 51 من ت ص ع ت م ع على النحو الآتي:

_ عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

_ في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

_ في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

_ في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ ، وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجال طلب عروض جديد.

_ في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي ، أو في إطار إتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية و تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات...

ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع جعل من الإعلان أمرا إلزاميا إذا تعلق الأمر بإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية والذي يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إنطلاق

[1]- عاشور فاطيمة ، المرجع السابق ، ص 103.

الإجراء[1] ، كما جعل منه أمرا إلزاميا في إجراء التراضي بعد الاستشارة على الرغم من أن التراضي يشكل طريقا استثنائيا في إبرام الصفقات العمومية .

ا- بيانات الإعلان عن طلب العروض.

استنادا إلى نص المادة 62 من (ت ص ع ت م ع) فإن الإعلان عن الطلب العروض يجب أن يشتمل على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.

[1]- عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 116.

– تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض.

– ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

ويتضح جليا أن المشرع يهدف من وراء تضمين الإعلان البيانات السابقة على وجه الإلزام إلى تجسيد مبدأي العلانية والمساواة بين المتنافسين ، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع دفتر الشروط تحت تصرف المؤسسات وكذا باقي المرشحين أو المتعهدين للإحاطة بالشروط المطلوبة للتعاقد بنوع من التفصيل لإضفاء الشفافية في التعاقد [1].

وتنبغي الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة ليست ملزمة بإحاطة المرشحين والمتعهدين بجميع المعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه ، بل يتعين عليها أن تكون فكرة عامة حول العقد تتشكل من البيانات الجوهرية الأولى التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين[2] من خلال الإعلان الأولي عن طلب العروض ، ثم تحيل إلى دفتر الشروط الذي تعده المصلحة المتعاقدة مسبقا و الذي يحتوي على معلومات تفصيلية مقارنة بالإعلان و يبين المواصفات الفنية والشروط التعاقدية ومعايير الانتقاء و غير ذلك من الضوابط الخاصة بتضارب المصالح وقواعد مكافحة

[1]-عمار بوضياف ، المرجع نفسه ، ص 116.

[2]–عميري أحمد ، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر، طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، العدد 18 ، جوان 2017 ، ص 229.

الفساد في مجال الصفقات العمومية كما يمكن أن يحتوي دفتر الشروط على أي معلومات أخرى تريد المصلحة المتعاقدة النص عليها [1].

ب-أما عن الوسائل المعتمدة في الإشهار: فإن المصلحة المتعاقدة ينبغي عليها البحث عن الوسائل المناسبة التي تستجيب لأهداف الفعالية والنتائج المرتبطة بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها الطلبية العامة والتي من شأنها أن تفسح المجال واسعا للمنافسة الحقيقية [2].

وبناء على ما تقدم فإن الوسائل المعتمدة في الإشهار يمكن أن تكون مفروضة على المصلحة المتعاقدة بنص القانون كما يمكن أن تكون وسائل أخرى مكملة نتولى بيانها على النحو الأتي :

- الوسائل القانونية المعتمدة في الإشهار.

تتمثل أساسا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي التي تم إنشاؤها سنة 1984 [3] مع العلم أن قبل هذه الفترة كان الإعلان عن الصفقات العمومية يتم على مستوى الجريدة الرسمية (الفترة من 1962-1984).

[1]- سيد أحمد لكصاسي ، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية ، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية ، العدد 7 ، جوان 2017 ص 805.

[2]- زيات نوال ، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2013/2012 ص 65.

[3]- بموجب المنشور رقم 116/84 المؤرخ في 1984/5/12 تطبيقا لنص المادتين 45 و102 من المرسوم 145/82 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية للمتعامل العمومي.

حيث يتم على مستواها نشر جميع الإعلانات الخاصة بالصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة العامة كما تقوم بنشر جميع المعلومات التقنية المتعلقة بالصفقة بالإضافة إلى إمكانية نشر إعلانات المنح المؤقت للصفقات المعلن عنها مسبقا في نفس النشرة ضمانا للشفافية.

وبالرجوع لنص المادة 65 من (ت ص ع ت م ع) نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة أيضا بضرورة اللجوء إلى الإشهار عن طريق الصحافة وذلك من خلال نصه على ما يلي: **" كما ينشر إجباريا .... وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني ... "**

ويتضح من خلال ما سبق أن نشر طلب العروض كإجراء إلزامي على جهة الإدارة يكون مزدوجا على مستوى النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بالإضافة إلى الالتزام بالإشهار الوطني عن طريق الصحافة المكتوبة وفقا للكيفيات المذكورة سابقا ، يعد ضمانة لتحقيق مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.

أما عن الإشهار المحلي فقد أقره القانون بالنسبة لطلب العروض الخاص بالبلدية أو الولاية أو الصادر عن المؤسسة العمومية الموضوعة تحت وصايتها والذي يتضمن صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات يساوي مبلغها التقديري على التوالي مئة (100) مليون دينار أو يقل عنها وخمسون (50) مليون دينار أو يقل عنها.

وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة المعنية تلزم بالإشهار بصفة مزدوجة وفقا للكيفيات الآتية:

* نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.

* إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية ، وكافة بلديات الولاية وبمقر غرف التجارة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة بالإضافة إلى نشره على مستوى مقر المديرية التقنية المعنية في الولاية.

- الوسائل القانونية المكملة للإشهار.

زيادة على اللجوء إلى الإشهار عن طريق الصحافة سواء كان وطنيا أم محليا فقد أكد المشرع ضرورة الإعلان الالكتروني عن طلب العروض على مستوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية[1] حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة وضع جميع الوثائق المتعلقة بالدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين بالطريقة الإلكترونية على أن يتم تبادل المعلومات بين المرشحين والمصلحة المتعاقدة بنفس الطريقة.

ج-اللغة المستعملة في الإشهار.

يتضح من خلال نص المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 بأن المشرع أقر إمكانية تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية على اعتبارها اللغة الرسمية للدولة وكذا بلغة أجنبية واحدة على الأقل.

[1]- تم تأسيسها طبقا لنص المادة 203 من المرسوم الرناسي 247/15. ويعتبر القرار رقم الصادر عن وزير المالية في 2013/11/17 الأساس القانوني لها

د-المدة المقررة للإعلان عن طلب العروض.

إذا كان المشرع الجزائري قد ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة احترام المعايير العامة للإعلان عن طلب العروض والركائز الأساسية التي يستند إليها وفقا لما هو منصوص عليه في (ت ص ع ت م ع) فإنه و من جهة أخرى منحها السلطة التقديرية في تحديد أجل تحضير العروض الذي يناسبها مع مراعاة عناصر معينة مثل مراعاة تعقيد موضوع الصفقة ، والمدة التقديرية الكافية لتحضير العروض وذلك من أجل الحصول على أكبر عدد ممكن من المتنافسين.

وتبعا لذلك فإن أجل تحضير العروض بالنسبة للصفقات التي تستوجب عملية نشرها في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وكذا في الصحافة المكتوبة والإعلان عنها إلكترونيا فإنه يحدد بالاستناد إلى تاريخ أول نشر للإعلان عن المنافسة ويتم إدراج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين [1].

أما إذا سادت ظروف معينة وحالت دون منح الوقت الكافي للمترشحين أو المتعهدين من أجل تحضير عروضهم وكان في وسع المصلحة المتعاقدة تقدير ذلك فإنه يمكنها تمديد أجل تحضير العروض على أن تلتزم بإعلام المتعهدين بذلك التمديد بكل الوسائل الممكنة.

و **كان يجدر بالمشرع الجزائري** أن يحدد أجلا معينا تلتزم الإدارة باحترامه كأجل أدنى لاستقبال العروض مثلما فعل المشرع الفرنسي الذي حدد لكل إجراء أجل معين لا يمكن للمصلحة المتعاقدة النزول عنه بل يمكنها تمديده بما يتلاءم والإعلان الكافي عن الصفقة ، وذلك من أجل تفادي أي

[1]- المادة 66 ت ص ع ت م ع.

تجاوز قد تلجأ إليه الإدارة ويمكنه المساس بقواعد العلانية ذلك أن رقابة القاضي من خلال الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي لا تنصب على البحث فيما إذا تهرب الشخص العمومي (المصلحة المتعاقدة) من أداء الالتزامات المفروضة عليه قانونا، بل تشتمل الرقابة الوسائل المرتبطة بعدم مراعاة الالتزامات المفروضة عليها [1] ، و لهذا ينبغي على المصلحة المتعاقدة أن تراعي من خلال السلطة التقديرية الممنوحة لها في تحديد أجل تحضير العروض ، ضرورة الإعلان الملائم الذي يسمح بقيام منافسة فعلية بين المرشحين [2].

3- صور الإخلال بالتزامات الإشهار.

يعتبر إخلالا بالتزامات الإشهار كل تصرف يمس بقواعد العلانية ومن شأنه أن يؤثر على اختيار المتعامل المتعاقد على النحو الآتي:

*عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا وبذلك تكون قد خالفت نص قانوني صريح يلزمها بهذا الإجراء حيث تنص المادة 65 من ت ص ع ت م ع على:

"كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية ..."

*عدم احترام الإدارة للبيانات الإلزامية المفروضة عليها في الإعلان عن الصفقة الأمر الذي يؤدي إلى إعلان ناقص وغير مكتمل من حيث المعلومات الخاصة بالصفقة.

[1]- لحسين بن شيح آت ملويا ، المرجع السابق ، ص 163.

[2]- أنطوان كلايي ، مرا قبة القاضي لضرورة الإعلان الملائم في مادة الصفقة العامة ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، مجلة القانون العام وعلم السياسة ، العدد 4 ، 2006 ، ص 1075.

* نشر الإعلان عن الصفقة في وسائل لا تؤمن الإعلام الكافي لجميع من يرغب في المشاركة والترشح مما قد يؤثر ذلك على مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي [1].

* القيام بنشر الإعلان عن الصفقة في غير الوسائل المحددة قانونا.

* تغيير مكان أو ميعاد فتح الأظرفة دون إعلام المرشحين الأمر الذي قد يمس بشفافية المنافسة حيث أكد المشرع علنية جلسة فتح الأظرفة و يتم تحديد مكانها وزمانها في إعلان المنافسة في حد ذاته[2].

* عدم الإعلان عن قرار المنح المؤقت للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة وفقا للكيفيات المحددة قانونا حيث يلزمها المشرع بالإعلان عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية للحائز على الصفقة بصفة مؤقتة لتمكين باقي المرشحين من ممارسة حقوق الطعن لدى لجنة الصفقات المختصة.

ثانيا: الإخلال بمبدأ المنافسة خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة.

من بين أهم الركائز الأساسية التي تستند إليها نجاعة الطلب العمومي هو إعمال مبدأ المنافسة بين المرشحين للظفر بالصفقة خلال عملية إبرامها ، ذلك بالنظر لما توفره المنافسة من تعدد للخيارات بالنسبة لجهة الإدارة الأمر الذي يسمح لها بالاستخدام العقلاني للمال العام.

[1]-C E 07/10/2005 Région Nord pas de calais. 1073 نقلا عن انطوان كلايي ، الرجع نفسه ، ص

[2]-المادة 70 ت ص ع ت م ع.

ويقصد بالمنافسة فتح المجال لتقديم أكبر عدد ممكن من العروض للعطاء المراد طرحه من قبل كل من هو قادر و مؤهل للدخول في هذا العطاء لتنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمة [1].

اما عن حرية المنافسة فيقصد بها تمكين جميع المواطنين الراغبين في الاشتراك في المناقصة (الصفقة العامة) من أن يتقدموا بعطائهم بحيث لا يمنع أي شخص من هذا الحق إلا لأسباب تمس المصلحة العامة [2].

1_ تعريف المبدأ وتكريسه.

ويقصد بالوضع في المنافسة إحجام المصلحة المتعاقدة على عرقلة ترشح أي شخص طبيعي كان أو معنوي لتقديم عرض بشأن طلبات الإدارة العمومية [3].

كما يقصد بها فتح المجال لأي متنافس تتوافر فيه الشروط القانونية وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة [4].

ونظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية فقد كرسه المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية من بينها نص المادة 02 من قانون المنافسة [5] والتي أكدت امتداد تطبيق

---

[1]- عبد الرؤوف جابر ، المرجع السابق ، ص 31.

[2] – عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري"الصفقات العمومية في الجزائر"، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة ، 2009 . ص 106 .

[3]- لحسين بن شيح آت ملويا ، المرجع السابق ، ص 178.

[4]-تياب نادية، الاطروحة السابقة ، ص 62.

[5]-الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/7/19 يتعلق بالمنافسة ج ر ج ج عدد 43 معدل بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 2008/7/19 ج ر ج ج عدد 36 لسنة 2008 والمعدل أيضا بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/ /2010 ج ر ج ج عدد46 سنة 2010.

نصوص قانون المنافسة على الصفقات العمومية بنصها على ما يلي : **" تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".**

أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية والمنظم بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن (ت ص ع ت م ع) فقد أكد المشرع ومن خلال نص المادة 5 منه على أن مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات في الصفقات العمومية تعد ضمانة لنجاعة الطلبات العمومية.

والجدير بالملاحظة هو أن تجسيد مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي لا يتأتى إلا من خلال التزام المصلحة المتعاقدة بقواعد الوضع في المنافسة ، ومن أجل تحقيق ذلك فقد قيد المشرع الجزائري حرية الإدارة عند إبرامها للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام باللجوء إلى أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة في إبرام تلك العقود والصفقات بينما يكون اللجوء إلى إجراء التراضي كاستثناء ، على اعتبار طريقة طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد مسبقا قبل إطلاق الإجراء [1].

بينما أسلوب التراضي كإجراء فهو يهدف لتخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون اللجوء إلى الدعوة الشكلية للمنافسة [2].

[1]- المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 (ت ص ع ت م ع).
[2]- المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وبناء على ذلك فإنه يمكن القول بأن اللجوء إلى مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية يضيق ويتسع حسب كيفية إبرام الصفقة ، حيث يتسع مجاله في إجراء طلب العروض ويضيق في إجراء التراضي خاصة بعد الاستشارة على اعتبار أن الحد من عدد المتنافسين هو خير سبيل لضمان تنافس فعال [1].

كما أن مبدأ حرية المنافسة لا يمكن تحقيقه إلا من خلال احترام مبدأ المساواة بين المرشحين والذي يفرض على الإدارة عدم التمييز أو التفرقة بينهم ويقتضي أيضا أن يقف الشخص المعنوي (المصلحة المتعاقدة) موقفا محايدا لا يضع أي مرشح في وضعية تمييزية عن باقي المرشحين للصفقة [2].

وتكريس هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مستنبط من مبدأ دستوري هام يكرس المساواة بجميع مظاهرها السياسية والاجتماعية والاقتصادية بين أفراد المجتمع

ويستدعي تطبيقه في هذا المجال أن يعامل كافة المتقدمين بعطاءاتهم في المناقصة على قدم المساواة بعضهم بعضا مما يستطيع أي واحد منهم التقدم للاشتراك في المناقصة دون اعتراض

[1]- بوزيد بن محمود ، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الإستشارة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، تصدر عن المركز الجامعي تمنغست ، المجلد 7 ، العدد 6 ، سنة 2018 ، ص 205.

[2] -Gilles.Guiheux, la mise en concurrence et transparence , et des contrats administratifs français entre novation et tradition , revue générale de droit, Volume 36 , n° 4 2006, p 791.

من جهة الإدارة ما لم يمنع ذلك مانع قانوني أو لائحي أو تعمد الإدارة إلى التمييز بينهم تمييزا غير مشروع [1].

وتجسيدا لذلك فقد نصت المادة 54 من (ت ص ع ت م ع) على أن تقييم الترشيحات يجب أن يستند إلى معايير غير تمييزية ولها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها وأن يتم ذكرها في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة ، وذلك ما أكدته أيضا المادة 78 من نفس التنظيم والتي نصت على أن اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية يكون بالاستناد إلى عدة معايير من بينها النوعية ، آجال التنفيذ والتسليم ، السعر والتكلفة الإجمالية ، الطابع الجمالي والوظيفي وغيرها من المعايير التي يمكن الاعتماد عليها في اختيار أحسن عرض على شرط أن يتم النص عليها مسبقا في دفتر الشروط.

وبناء على ما سبق يتبين أن إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام الصفقة العامة من شأنه أن يؤمن باقي المبادئ الأخرى التي تقوم عليها الصفقة العامة مما ينجم عن ذلك تكامل بين تلك المبادئ فيما بينها بغية الوصول إلى الهدف المرجو من وراء إقرارها ألا وهو نجاعة الطلب العمومي ، فمبدأ المنافسة مثلا لا يمكن الوصول إليه في ظل سرية الإجراءات المعتمدة في إبرام الصفقة ، لأنه وفي هذه الحالة لا يكون في وسع من تتوافر فيه الشروط المطلوبة المشاركة وذلك يقضي بالتبعية على مبدأ المساواة الواجب مراعاته أثناء إبرام الصفقة العامة ، سواء من حيث علم

[1]- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، المرجع السابق ، ص 107.

المرشحين بالمعلومات الخاصة بالصفقة عن طريق الإعلان عنها أو عن طريق دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة وهو ما يجسد بالنهاية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

2_أهمية تكريس مبدأ المنافسة خلال عملية إبرام الصفقة العامة.

تكمن تلك الأهمية فيما يأتي:

– يمكن مبدأ المنافسة المصلحة المتعاقدة من اختيار أحسن عرض من مجموع العروض المقدمة من المرشحين مما قد يساهم ذلك في الاستغلال الأمثل للمال العام.

– المنافسة الحرة يمكنها أن تجعل الإدارة في منأى عن شبهة المحاباة وتفضيل متعامل اقتصادي دون غيره خلال إبرام الصفقات العمومية.

_ اعتماد مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية يوفر الحماية للمال العام من خلال الاستعمال العقلاني للموارد العمومية وذلك من شانه القضاء على الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة[1].

– احترام المصلحة المتعاقدة لقواعد المنافسة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية يعتبر ضمانة للمتعامل الاقتصادي الذي يعد طرفا آخر في الصفقة العامة ويحميه من تعسف الجهة الإدارية التي تنفرد بوضع شروط مسبقة للتعاقد على أساسها.

_ كتو محمد الشريف ، حماية المنافسة في الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد2/2010.
[1] ص 74.

– مبدأ حرية المنافسة يضمن البقاء والتواصل في السوق بالنسبة للمتعامل الاقتصادي حيث يمكنه من المشاركة في العديد من المنافسات للظفر بالصفقة [1].

– فتح باب المنافسة في مجال الصفقات العمومية لكل من يهمه الأمر من شأنه تحريك مختلف القوى الاقتصادية الموجودة في السوق ومنع كل أساليب الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة.

3_الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

بالرجوع للمادة 02 من قانون المنافسة الأمر 03/03 نجدها نصت على ما يأتي:

"تطبق أحكام هذا الأمر على ما يلي: ... الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية ".

من خلال نص المادة 02 أعلاه يمكن القول بأن المشرع قد منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تطبيق قواعد المنافسة من عدمها في مجال إبرام الصفقة العامة خاصة إذا توافرت لديها ظروف معينة تسمح لها بالاستغناء عن إجراء طلب العروض واستبداله بإجراء التراضي البسيط إذا توافرت حالاته القانونية والمؤكدة بموجب نص المادة 49 من (ت ص ع ت م ع).

[1]- الكاهنة إرزيل ، التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية ، مجلة الحقوق والحريات ، العدد 2018/5 ، ص 10.

غير أن الأخذ بهذا المبدأ لا يحول دون إخضاعه لجملة من الضوابط تحقيقا للمصلحة العامة تمثل أساسا في المنع من المشاركة في الصفقة العامة لعدم كفاءة المتقدم بالعرض سواء كان ذلك المنع بموجب نص قانوني أو لأسباب أخرى تفرضها المصلحة المتعاقدة.

أ-الإقصاء لأسباب قانونية:[1]

ويتعلق الأمر بتوافر الحالات الآتية:

- المتعاملون الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- المتعاملون الذين هم محل إجراء عملية إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- المتعاملون الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه سبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية.

- المتعاملون الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

- المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب.

بالنسبة للحالات المذكورة فيكون الإقصاء فيها تلقائيا [1].

[1]- تم النص على إجراء الإقصاء من المشاركة في الصفقة العامة بموجب نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 وتطبيقا لنص هذه المادة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 2015/12/19 عن وزير المالية يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ج ر ج ج عدد 17 سنة سنة 2016.

– المتعاملون الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و72 من (ت ص ع ت م).

– المتعاملون المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.

وفي هاتين الحالتين فإن الإقصاء يحتاج إلى إثباته بموجب مقرر.

أما بالنسبة للإقصاء النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية فيخص الحالات الآتية:

– المتعاملون المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من المرسوم 247/15.

– المتعاملون المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

– الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

– المتعاملون الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من المرسوم الرئاسي 247/15 ويتعلق الأمر بالأجانب المستفيدين من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم.

ب– الإقصاء لأسباب تفرضها المصلحة المتعاقدة.

[1]- وذلك ما أكدته المادة 03 من القرار الوزاري السالف الذكر.

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تحديد بعض الشروط الخاصة أو مؤهلات معينة فيمن يود المشاركة في الصفقة العامة ودون أن يكون في ذلك إخلال بمبدأ المنافسة ويدخل ذلك في سلطتها التقديرية التي تستطيع بموجبها تقدير ما يصلح من الشروط دون غيرها كأن تفرض شهادة تبين القدرات التقنية أو المهنية أو المالية للمرشح مثل شهادة التخصص والتصنيف المهنيين في صفقات الأشغال العمومية أو أن تطلب من المرشحين لدخول صفقة الدراسات ترخيصا مسبقا من الهيئات المعنية (الوزارات المكلفة بالسكن والعمران والأشغال العمومية).

ومتى وضعت المصلحة المتعاقدة شروطا معينة للتأكد من خبرة وكفاءة المرشحين لدخول الصفقة في مجال معين فإن لها الحق في المقابل إقصاء كل مرشح لعدم استيفائه الشروط أو المؤهلات المطلوبة دون أن يؤثر ذلك على مبدأ المنافسة.

4- صور الإخلال بمبدأ المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية.

يمكن أن يكون إخلالا بمبدأ المنافسة أي تصرف من شأنه التأثير على اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة وسواء كان ذلك السلوك أو التصرف صادرا عن المصلحة المتعاقدة أو عن المتعهد في حد ذاته فهو يعتبر من قبيل الممارسات المقيدة للمنافسة والتي أكدها المشرع بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على النحو الآتي:

- تخصيص الصفقة العامة لمتعامل معين وفقا لأسلوب التراضي البسيط على الرغم من عدم توافر حالاته القانونية المحددة على سبيل الحصر مع العلم أن إجراء التراضي تضيق فيه المنافسة على خلاف الوضع في إجراء طلب العروض.

– إرساء الصفقة على أحد المرشحين المستبعدين من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض حيث يعتبر ذلك خرقا للقانون [1].

– اعتماد معايير انتقاء تمييزية أو التخلي وعدم اعتماد أحد المعايير المنصوص عليها في الإعلان أثناء الإجراء ، حيث ألزم المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247/15 على المصلحة المتعاقدة ضرورة احترام ما يلي: " **يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية ، لها علاقة بموضوع الصفقة و متناسبة مع مداها** "

– اللجوء إلى التفاوض مع أحد المرشحين أو المتعهدين أثناء عملية تقييم العروض وهو تصرف منعه القانون[2] وبالتالي فإن كل اتصال بالمتنافسين في المراحل التي تلي عملية فتح الأظرفة وتقييم العروض يعتبر إجراء غير قانوني ويؤثر على مبدأ المنافسة إلا إذا كان ذلك الاتصال بغرض توضيح وتفصيل فحوى العرض [3] .

– التغيير في معايير انتقاء العروض من طرف المصلحة المتعاقدة من شانه أن يؤثر على مبدأ المنافسة ، وذلك ما أكده الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية ببسكرة [4] فيما يخص الإعلان عن مناقصة وطنية محدودة على حصتين منفصلتين من حيث الشروط التقنية والمالية وبعد ذلك

[1]– يراجع في هذا الصدد قرار مجلس الدولة رقم 014637 الصادر بتاريخ 2004//06/15 في قضية بلدية العلمة ضد (ه،ع) ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 05 ،2004 ، ص 132.

[2]- تنص المادة 80 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ما يلي "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض."

[3]–خرشي النوي ، المرجع السابق ، ص 217.

[4]الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية ببسكرة في قضية (ش د م م أبناء العموري ضد مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة) قضية رقم 15/00980 فهرس 15/01140 الصادر بتاريخ 2015/2/14.

عمدت المصلحة المتعاقدة إلى منح الصفقة بصفة مؤقتة بحصتيها لمرشح واحد على الرغم من وجود مرشح آخر يعتبر صاحب أحسن عرض للحصة رقم 01 .

5- أمثلة قضائية عن عدم توافر الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة .

✓ القرار الصادر عن الغرفة الإستعجالية بمجلس الدولة في قضية بلدية **بني ورثيلان ضد(...)** [1] الصادر بتاريخ **2015/11/19** حيث قضى المجلس بإلغاء الأمر المستأنف ومن جديد برفض الطلب لعدم التأسيس ، حيث تتعلق وقائع النزاع بدعوى إستعجالية رفعها المدعي ضد البلدية ملتسما الأمر بوقف إجراءات المزايدة العلنية إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع ، و حكمت له المحكمة الإدارية بذلك (**بتاريخ 2015/01/26)** على أساس أن أمرها إستعجالي ولا يمس بأصل الحق ، فقامت البلدية باستئناف الأمر الإستعجالي **(بتاريخ 2015/02/11**) ملتمسة إلغاءه و رفض الدعوى على أساس أن المدعي لا يحوز أي سجل تجاري خاص بالمذابح وأن المزايدة التي رست عليه مسبقا ثم إلغاؤها بموجب قرار إداري.

وعلى إثر ذلك قضى مجلس الدولة بإلغاء الأمر الإستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية و الذي قضى بوقف إجراءات المزايدة على أساس أن سلطات قاضي الإستعجال في هذا المجال قد حددتها **المادة 946** من **ق.م.إ** فيما يخص الإخلال بالإلتزامات الإشهار أو

[1] – القرار رقم **110834** ، فهرس رقم **2749** ، غير منشور، ملحق رقم **01.**

الوضع في المنافسة و أن النزاع الحالي لا علاقة له بالإشهار أو المنافسة ، غير أن الإشكال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هو:

- **هل يتعلق النزاع المطروح من خلال هذه القضية بالطعن الإستعجالي قبل التعاقدي المكرس في نص المادة 946 ق.إ.م.إ. أم بإجراء وقف تنفيذ قرار إداري؟.**

نلاحظ من خلال الحيثيات المعتمد عليها في هذا القرار أن المدعي رفع طعنا إستعجاليا يطالب فيه بوقف إجراءات المزايدة العلنية المقرر إجراؤها يوم **2015/01/26** كطلب فرعي متصل بدعوى الإلغاء للقرار الإداري رقم **2015/10** الذي ألغى المزايدة التي رست عليه مسبقا ، و أن المحكمة الإدارية قضت له بذلك على أساس أن الأمر الإستعجالي بوقف إجراءات المزايدة ذو طابع إستعجالي و لا يمس بأصل الحق.

ونحن نرى بأن المحكمة الإدارية **بسطيف** عندما حكمت له بوقف تنفيذ قرار إجراء المزايدة كان ذلك بالاستناد إلى سلطتها الأصلية بإلغاء القرار الإداري نفسه محل الطعن.

كما نرى أنه ليس هناك ما يبين من خلال حيثيات القرار أن المدعي طعن في إجراءات الإشهار أو الوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية أو العقود الإدارية.

كما نعتقد بأن مجلس الدولة في قراره قد قام بتكييف الوقائع تكييفا غير سليم فالمدعي يطالب بوقف تنفيذ قرار إداري و لا يطعن في إجراءات العلانية و المنافسة لعملية إبرام

الصفقة العامة ، ولهذا نعتقد بأنه كان يجدر بمجلس الدولة أن يصرح بعدم قبول الإستئناف ورفض الطلب إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء و التأكد من مشروعية القرار الإداري المتضمن إلغاء المزايدة الأولى التي رست على المدعى و هو نفس الحل المقترح من طرف محافظ الدولة.

- ✓ القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ **2015/12/17** في قضية (**مؤسسة الأشغال و البناء ضد بلدية واد تليلات)** [1] حيث تتمثل وقائع و إجراءات القضية في أن المؤسسة المذكورة سابقا **(المدعية)** طعنت أمام المحكمة الإدارية **بوهران** بموجب دعوى إستعجالية تطالب فيها بوقف المنح المؤقت للصفقة لفائدة **(ع.س)** لحين الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمام نفس الجهة القضائية ، و أجابت المحكمة الإدارية برفض الطلب لعدم التأسيس على اعتباره يمس بموضوع النزاع ولا يتوافر فيه عنصر الإستعجال بتاريخ **2015/05/17** .

تم إستئناف الأمر الإستعجالي أمام مجلس الدولة بتاريخ **2015/06/15** من طرف نفس المؤسسة المدعية مطالبة بإلغاء الأمر الإستعجالي و التصدي من جديد بوقف المنح المؤقت للصفقة لأن عدم إيقافه يؤدي إلى المنح النهائي لها.

بينما أجابت البلدية المستأنف عليها بتأييد الأمر المستأنف على أساس أن وقف تنفيذ المنح المؤقت للصفقة يؤدي بالضرورة لمناقشة موضوع الصفقة وفي ذلك من مساس بأصل الحق.

---

[1] **- القرار رقم 116955 ، فهرس 02896/ 15 ، غير منشور ، الملحق رقم 04.**

و بناء على ذلك أصدر مجلس الدولة قراره و قضى فيه بتأييد الأمر المستأنف.

وما يمكن طرحة من إشكال في هذا الصدد:

ـ بناء على أي أساس قام مجلس الدولة بتأييد الأمر المستأنف الصادر عن المحكمة الإدارية بوهران، وما هي الأسانيد القانونية التي إعتمد عليها في ذلك؟.

من خلال الاطلاع على حيثيات القرار ، يتضح لنا أن المدعية تطالب من خلال الدعوى الإستعجالية المرفوعة أمام المحكمة الإدارية بوقف تنفيذ قرار المنح المؤقت للصفقة بإعتباره طلب فرعي يرتكز على دعوى الإلغاء وان المحكمة قضت برفض الطلب على اعتباره يمس بموضوع النزاع و لعدم توافر الإستعجال بناءا على نص المادة 924 من ق.إ.م.إ.

أما عن مجلس الدولة فقد قام بتأييد الأمر الإستعجالي بالاستناد إلى عدم توافر عنصر الإستعجال في القضية لا بموجب المادة **946 من ق.إ.م.إ** ولا بطبيعته ، وأن إختصاص قاضي الإستعجال ينعقد فقط في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة بينما الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت ولا يطعن في إجراءات المنافسة أو الإشهار.

ونحن نعتقد في هذه الحالة بأن مجلس الدولة لم يجانبه الصواب في تسبيب قراره ، حيث أن قاضي الإستعجال يملك سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية المرتبطة بالصفقة العامة بناءا على نص المادة **919 من ق.إ.م.إ** و أن مجال تدخله للفصل في الدعاوى المرتبطة

بالصفقة العامة لا يتعلق فقط بحالة الإخلال بإلتزامات الإشهار و الوضع في المنافسة المنصوص عليها في **المادة 946 من ق.إ.م.إ.**

المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

إن الشروط المقررة لرفع دعوى استعجال ما قبل التعاقد في مجال منازعات الصفقات العمومية هي نفس الشروط التي تتطلبها باقي الدعاوى القضائية وذلك ما سيتم التطرق لدراسته ضمن (المطلب الأول) بالإضافة إلى دراسة بعض الشروط الأخرى التي تنفرد بها هذه الدعوى والتي تبرر طابعها الاستعجالي والوقائي ضمن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الشكلية لقبول الدعوى.

وتتمثل تلك الشروط في الصفة و الميعاد الزمني الذي يجب أن ترفع فيه الدعوى والقرار الإداري المسبق بالاظافة إلى شرط التمثيل القانوني بمحام.

الفرع الأول: شرط الصفة

ويقصد بشرط الصفة في التقاضي قدرة الشخص على المثول أمام القضاء في الدعوى كمدع أو مدع عليه[1] وسواء كان هذا المثول بصفة شخصية أو بواسطة الغير فإن الصفة وبهذا الشكل تعد مسألة من النظام العام يمكن للقاضي إثارة انعدامها في المدعي أو في المدعى عليه وبصفة

[1]-عبد الرؤوف هاشم بسوني ، المرافعات الإدارية "إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها" دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007، ص 219

تلقائية [1] ، وبالرجوع لنص المادة 13 من ق إ م إ نجدها نصت على ما يأتي: **"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."**

أما المادة 946 من نفس القانون وباعتبارها الإطار القانوني المحدد لهذه الدعوى فقد نصت على **"يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال وكذا لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية ..."**

يلاحظ من خلال هاذين النصين أن المشرع الجزائري قد اشترط لقبول الدعوى توافر الصفة كشرط ضروري للتقاضي في المدعي أو في المدعى عليه كما يلاحظ أيضا أنه وسع في صفة المدعي بموجب أحكام المادة 946 من ق إ م إ ليكتسب رافع الدعوى الصفة القانونية بحكم المصلحة أو بحكم القانون.

أولا: الصفة بالنسبة للمدعي

يمكن أن يكتسب رافع الدعوى الصفة بناء على المصلحة أو بموجب أحكام القانون .

1-الصفة بحكم المصلحة.

شرط الصفة على هذا النحو حددته المادة 946 من ق .إ .م .إ السالفة الذكر من خلال عبارة **" كل من له مصلحة في إبرام العقد ... "**

[1]- المادة 13 من ق إ م إ.

ويلاحظ من خلال هذه العبارة التداخل الكبير بين شرط الصفة والمصلحة مما دفع بالمشرع ليشترط المصلحة الشخصية والمباشرة بغض النظر عن صفة رافع الدعوى [1].

ويقصد بالمصلحة في التقاضي كشرط لقبول الدعوى الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته [2].

وبناء على ذلك فإن من يملك الصفة هو المتعامل الاقتصادي الذي يملك المصلحة في إبرام العقد أو الصفقة والمتضرر فعليا من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة خلال مرحلة الإبرام أو أنه يملك مصلحة في إبرام العقد أو الصفقة ويحتمل المساس بها ، والذي ترشح فعليا للمشاركة في الإجراء المعلن عنه[3] سواء كان طلب عروض مفتوح أو محدود أو مسابقة ... غير أنه تم استبعاده خلال إجراءات الإبرام بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية.

ويستمد الطاعن في هذه الحالة الصفة كونه من الغير المستبعد و هذه الصفة تشمل كل شخص كان مرشحا للظفر بالصفقة سواء كان طبيعيا أو معنويا ، غير أنه تم رفض عطاءه و إستبعاده من عملية إبرام العقد بطريقة غير قانونية ، فإحتمال فوزه بالصفقة هو من يعطيه الحق في إستعمال طريق دعوى الإستعجال قبل التعاقدي.

[1]-جمال عباس أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 140.

[2]-عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، المرجع السابق، ص 208.

[3]-Aldo sevino, le mémento du référé précontractuel, '' procédure moyen, et jurisprudence, ''édition ''Ey rolles'' p 27.

و في هذا الصدد فإنه يمكن التمييز بين الغير المستبعد الإفتراضي [1] "المترشح المحتمل" وهو الذي لم يحالفه الحظ في المشاركة بسبب خطأ الإدارة و عدم إحترامها لمبدأ العلانية أو الوضع في المنافسة ، و بين المتنافس المستبعد الذي شارك فعليا في المنافسة أو أراد المشاركة فيها من خلال تقديم عطاءه و تم إستبعاده بسبب إخلال الإدارة بقواعد المنافسة و يمكن تقسيمه هو الآخر إلى فئتين:

- الفئة الأولى تشمل المترشح المستبعد الذي تم إستبعاده قبل تقديم عطاءه نتيجة الإخلال بقواعد العلانية.
- الفئة الثانية تشمل المتعهد و الذي قام بتقديم و إيداع عرضه ، غير أنه تم إستبعاده نتيجة خرق قواعد المنافسة[2].

كما وسع مجلس الدولة الفرنسي في صفة المدعي لتشمل كل شخص لم يحالفه الحظ للترشح بسبب غياب الإعلان الكافي عن الصفقة ، و تملك أيضا الصفة في التقاضي بموجب هذه الدعوى المؤسسات التي لم تتمكن من الترشح على الرغم من أنها تملك مؤهلات الترشح بسبب الإخلال بقواعد الإشهار [3].

وبناء على ذلك فإن الدعوى لا تقبل من المرشح الذي لم يشارك أصلا في الصفقة ، كما انه لم يتم قبولها من المؤسسات غير المؤهلة لإبرام الصفقة ، وكذا من الغير الأجنبي تماما عنها

---

[1] – بدير يحي ، الغير في القانون الإداري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2018 /2019 ، ص 307.

[2] - Laura preud 'homme , l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique a l'inttative des tiers au contrat , thèse du doctorat , université du paris 01 , 2013 p n55.

[3] -CE, 21 janvier 2004, Sté Aquitaine Démolition'', Cristophe LAjoye , o.p.cit. p 147.

كالمتعاقد من الباطن (المناول) والذي أسندت له مهمة تنفيذ جزء من الصفقة بواسطة عقد مناولة [1] لكون هذه الدعوى الاستعجالية تخص مرحلة الإبرام دون التنفيذ.

2-الصفة بحكم القانون.

حماية لمبدأ الشفافية أثناء عملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية منح القانون لجهات رسمية **(الوالي)** الصفة في التقاضي من خلال رفع دعوى استعجالية كلما كان هناك إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة في هذه المرحلة على شرط أن يكون أحد أطراف العقد أو الصفقة جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية ، وبناء على ذلك يكتسب الوالي الصفة في التقاضي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى إقليم الولاية[2] ، ومن هنا يستمد الوالي سلطته في الرقابة على مشروعية الصفقات والعقود المبرمة من طرف الجماعات المحلية وهذه الصلاحية تتكامل مع سلطته الوصائية في الرقابة على مداولات المجلس الشعبي البلدي ، حيث ألزم القانون بموجب نص المادة 194 من قانون البلدية[3] إرسال محضر المناقصة والصفقة العامة إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما ليعاين مدى مطابقتها **(المداولة)** للقوانين والتنظيمات ، حيث مكنه القانون في هذه الحالة من المطالبة بإبطالها استنادا إلى نص المادة 59 من نفس القانون والتي نصت على ما يلي:

[1]-المادة 140 من ت ص ع ت م ع.

[2]- المادة 110 من القانون رقم 07/12 المؤرخ في 2012/2/21 يتعلق بالولاية.

[3]-القانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 يتعلق بالبلدية ج ر ج ج عدد37 لسنة 2011 .

"تبطل بقوة القانون مداولات المجلس الشعبي البلدي المتخذة خرقا للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات" وفي هذا الصدد فإن الوالي يمارس الطعن الولائي le déféré préfectoral'' ضد التصرفات التنفيذية للجماعات الإقليمية والتي يشوبها أحد عيوب عدم المشروعية[1] ، وذلك من شأنه الإحاطة بنوع من الصرامة بمرحلة إبرام الصفقة العامة برمتها في نطاق رقابة المشروعية [2].

ولقد صنف الفقه الفرنسي الغير بالنسبة للعقد الإداري إلى عدة أنواع من بينها الوالي واعتبره نوعا خاصا [3] ، حيث يعتبر في هذه الحالة من الغير المستفيد والذي يقصد به كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في إطار علاقة قانونية أنشأها أشخاص غرباء عنه ويعود مرة أخرى ليتدخل في المنازعات الناجمة عنها بهدف ترتيب أثر قانوني معين استنادا إلى نص تشريعي[4] .

ويستند الوالي عند تدخله في المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقد أو الصفقة العامة ، كونه هو من يملك سلطة الترخيص بإبرامهما ، حيث تثبت للوالي المصلحة في الطعن بالنظر إلى مكانته

[1]– رحماني راضية ، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 2017/2016 ، ص 271.

[2]–مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 851.

[3] –Bertrand Dacosta , le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif , R. F.D.A , 2014 ,p n 425.

[4] - Elisabeth Jurviliers- Zuccaro , le tiers en droit administratif , thèse du Doctorat , Faculté du droit université – Nancy . 2010. P n 385.

الخاصة تجاه العلاقة القانونية التعاقدية ، التي تكون موضوع مداولة تصادق عليها المجالس المنتخبة [1].

غير أنه وبالنسبة لآلية الطعن الاستعجالي الذي يسبق عملية إبرام العقد أو الصفقة والمتاح للوالي رفعه أمام الجهة القضائية المختصة ، فهو كإجراء تعترضه صعوبات عملية تتمثل أساسا في صعوبة علم الوالي بجميع الإجراءات التي تمر بها مرحلة إبرام العقد أو الصفقة و ما قد يثور من تجاوزات لمبدأي العلانية والمنافسة في هذه المرحلة ، لأن المدعى عليها في نطاق هذه الدعوى الاستعجالية دائما ما تكون المصلحة المتعاقدة (الولاية ، البلدية، المؤسسة العامة المحلية) وعادة ما تكون هي المتسببة في الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة فمن يتولى مهمة إعلام الوالي إذا كان الأمر يتعلق بتجاوزات تمس الصفقة المبرمة من طرف الولاية في حد ذاتها ؟

أما بالنسبة للبلدية أو المؤسسة العمومية فكيف لها أن تقوم بإعلام الوالي بتلك التجاوزات ليمارس ضدها دعوى استعجال قبل التعاقدي ويلزمها عن طريق القضاء بالامتثال لتلك الالتزامات؟ الأمر في هذه الحالة يبدو غير منطقي.

أما بالنسبة للمتضرر الذي يملك الصفة في التقاضي بناء على المصلحة فيمكنه أن يدعي أمام القضاء مستعملا لهذه الدعوى بصفة مباشرة دون اللجوء إلى إعلام الوالي بتلك التجاوزات ليقوم

[1] – بدير يحي ، الأطروحة السابقة ، ص 301.

هذا الأخير برفع الدعوى بدلا عنه وما في ذلك من مضيعة للوقت الأمر الذي قد ينجم عنه إبرام الصفقة وينتفي بذلك الدور الوقائي لهذه الدعوى الاستعجالية.

ثانيا: الصفة بالنسبة للمدعى عليه.

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صفة المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقدي ودائما ما تكون المصلحة المتعاقدة المحددة في نص المادة 06 من نفس المرسوم سواء كانت (الدولة ، الجماعات الإقليمية، المؤسسة العامة الإدارية أو المؤسسة العامة الخاضعة في نشاطها للقانون التجاري إذا أبرمت صفقة بشروط محددة) و المسؤولة عن الإخلال بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة في مرحلة إبرام العقد أو الصفقة العامة.

1-الدولة

باعتبارها شخصا اعتباريا فإن الدولة تملك الشخصية القانونية التي يترتب عنها عدة نتائج وأثار أهمها الأهلية والذمة المالية المستقلة ، والمقصود بالدولة في هذا الإطار هي السلطات المركزية " الوزارات" المشكلة للحكومة ، حيث يملك كل وزير باعتباره الممثل القانوني لوزارته صلاحية إبرام مختلف العقود الإدارية والصفقات العمومية التي تخص قطاعه وكنتيجة على ذلك فهو يمثل قطاع وزارته أمام القضاء سواء كانت مدعية أو مدى عليها.

وعليه فإذا ما تم رفع دعوى استعجالية قبل التعاقد من طرف صاحب المصلحة بشأن صفقة عمومية مبرمة من طرف الوزارة فإن الوزير المعني هو من يتولى مهمة تمثيل الوزارة " المصلحة المتعاقدة في هذه الدعوى " غير أن هذا الأمر يبدو غير مستساغ[1] لأنه لا يمكن للوزير أن يمثل الوزارة المدعى عليها في هذه الدعوى و هو في نفس الوقت من يترأس اللجنة القطاعية للصفقات العمومية المحدثة وفقا لنص المادة 179 من (ت ص ع ت م ع).

2-الجماعات الإقليمية

تعد كل من الولاية والبلدية الجماعات الإقليمية للدولة[2] وهي عبارة عن هيئات تجسد نظام اللامركزية الإدارية وتمتلك بذلك الشخصية القانونية التي تستند إليها في ممارسة مختلف الصلاحيات الخاصة بإدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية وكذا الحفاظ على الإطار المعيشي للمواطن وتحسينه ، ولهذا فإن تمثيل هذه الهيئات يكون من طرف الوالي (الولاية) أو رئيس المجلس الشعبي البلدي (البلدية) حيث يمكن لكل منهما إبرام العقود الإدارية[3] تنفيذا لمختلف مشاريع التنمية باسم الإدارة المحلية التي يمثلونها وكذا تمثيل تلك الهيئة أمام القضاء في حالة وجودها كطرف في النزاع.

ويترتب عن ذلك أنه باستطاعة كل من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي أن يمثلا الهيئة المحلية بصفتها مدعى عليها إذا تعلق الأمر بصفقة أو عقد أبرم أو سيبرم من طرف الجماعات

[1]-عبد الله كنتاوي ، الاطروحة السابقة، ص 294.

[2]-المادة 16 من الدستور.

[3]-المادة 3/80 من قانون البلدية 10/11 والمادة 105 من قانون الولاية رقم 07/12.

الإقليمية متى تم رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من طرف صاحب المصلحة في إبرام العقد أو الصفقة.

غير أن السؤال الذي يمكن طرحه في هذه الحالة:

- كيف يمكن للوالي أن يمثل الولاية باعتبارها مدعى عليها في إطار هذه الدعوى الاستعجالية وهو في نفس الوقت يملك صفة المدعي بحكم القانون لرفع هذه الدعوى إذا حدث إخلال بمبدأي العلانية أو المنافسة في مرحلة إبرام صفقة يكون أحد أطرافها جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية؟.

الإجابة على هذا السؤال تكمن في فرضية واحدة تتعلق بتفويض الوالي لاختصاصه بإبرام الصفقات العمومية إلى أحد المسؤولين المكلفين حيث يتحمل المفوض له في هذه الحالة المسؤولية عن التصرف المفوض فيه وفي هذه الحالة فقط يمكن للوالي ومتى لاحظ وجود خرق لقواعد الإشهار أو الوضع في المنافسة أثناء عملية إبرام تلك الصفقة أن يرفع طعنا استعجاليا قبل تعاقديا لدرء تلك التجاوزات حماية لعملية إبرام الصفقة العامة [1].

3-المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري.

تتمتع المؤسسة العامة الإدارية بالشخصية القانونية التي يترتب عنها عدة آثار من بينها الأهلية في حدود ما يسمح به القانون المنشئ لها والذمة المالية المستقلة ، وكذا حق اللجوء إلى القضاء بصفتها مدعية أو مدعى عليها.

[1]-عبد الله كنتاوي ، الاطروحة السابقة ، ص 296.

وترتيبا لذلك فإن المؤسسة العامة الإدارية تكلف بممارسة نشاط ذو طبيعة إدارية وتخضع بذلك لأحكام القانون الإداري و يختص القضاء الإداري تبعا لذلك بالفصل في المنازعات المترتبة عنها.

وعليه فإنه يمكن لتلك المؤسسة أن تبرم صفقات عمومية وأن تتخذ صفة المدعى عليها في النزاع إذا ما تم رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية أمام المحكمة الإدارية المختصة لإجبارها على الامتثال لالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

4-المؤسسة العامة الخاضعة في نشاطها للقانون التجاري.

منح المشرع الجزائري لهذا النوع من المؤسسات الحق في إبرام صفقة عامة وفقا لشروط محددة تتعلق بتكليف هذه المؤسسة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية وأن تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة وذلك استنادا إلى نص المادة 06 من (ت ص ع ت م ع) وبناء على ذلك فإن خضوع تلك الصفقات لتنظيم الصفقات العمومية يكون إلزاميا سواء في مرحلة إبرامها أو تنفيذها و إنهائها.

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد:

- ماهي الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العامة الخاضعة في نشاطها للقانون التجاري؟

– هل يختص بها القضاء الإداري؟ بناء على أي أساس؟ علما أن المشرع الجزائري قد تبنى وبوضوح المعيار العضوي كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري من خلال نص المادة 800 من ق. إ. م. إ في المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العامة الإدارية.

أم يختص بالفصل في هذا النوع من المنازعات القضاء العادي على أساس أن المؤسسة العامة الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري تعد من أشخاص القانون الخاص التي يختص القضاء العادي أصلا بالفصل في جميع المنازعات المترتبة عنها.

الفرع الثاني: ميعاد رفع الدعوى

تعتبر المادة 946 من ق إ م إ الإطار القانوني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية غير أن الشيء الملاحظ هو أن المشرع الجزائري ومن خلال نص هذه المادة لم يحدد وبدقة أجلا معينا لرفع هذه الدعوى حيث نصت المادة وفي فقرتها الثالثة على ما يأتي **"يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"** ويتضح من خلال ذلك أن كلمة "يجوز" تدل على التخيير دون الإلزام" وهذا ما يدفعنا إلى طرح السؤال الآتي:

بين أي الإجراءات يمكن للمتضرر أو صاحب الصفة أن يختار؟

هل يمكن الاختيار بين إجراء رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقدي وبين إجراء الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة احتجاجا على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة والمنصوص عليه في نص المادة 82 من (ت ص ع ت م ع)؟

هذه الفرضية مستبعدة لأنه يمكن تحريك الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية قبل الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة إذا كان الإخلال بالالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة يمس الإجراءات التي تسبق المنح المؤقت كالطعن في صحة قرار الإعلان في حد ذاته أو قرار الاستبعاد من الصفقة ... الخ.

وفي رأينا أن عبارة يجوز إخطار المحكمة الإدارية " لم يقصد المشرع الجزائري من ورائها تخيير الطاعن بين أي إجراء كان ، وإنما تم اقتباسها حرفيا من نص المادة 551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي قبل تعديل صياغتها بموجب الأمر رقم 515/2009 الصادر في 2009 وتم استبدالها بعبارة " يتم تحريك القاضي" مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية صدر سنة 2008 أي قبل تعديل قانون القضاء الإداري الفرنسي.

وهو الأمر الذي سار عليه مجلس الدولة الجزائري حيث صرح في إحدى القضايا المعروضة عليه[1] بما يلي: **"حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد ، وطالما أن الصفقة أبرمت والأشغال نفدت فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاءه".**

[1]-قضية ولاية البيض ضد السيد (أ ع م) ملف رقم 074854 فهرس رقم723 الصادر بتاريخ 2012/6/21 قرار منشور ينظر الملحق رقم 05.

أما عن مبررات رفع الدعوى قبل إبرام العقد فيمكن إجمالها فيما يأتي:

* أن المشرع الجزائري منح إمكانية لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية للغير المتضرر من جراء الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة **"كل من له مصلحة في إبرام العقد"** حتى وإن كان المتضرر أجنبيا عن العقد المزمع إبرامه ولا يملك الصفة بعد ، بينما لو كان المشرع يجيز رفع الدعوى الاستعجالية بعد إبرام العقد لنجده منح الحق في رفع هذه الدعوى لمن يملك الصفة والمصلحة معا أي المتعامل المتعاقد [1].

* الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية تم إقرارها لحماية مبادئ العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العامة ، وأن هذه المبادئ لا مجال لإعمالها في مرحلة تنفيذ الصفقة بل أنها تخص مرحلة الإبرام دون سواها.

* أن السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي بموجب هذه الدعوى تؤكد وجوب رفعها قبل إبرام العقد مثل " سلطة تأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما".

فما الفائدة من ممارسة هذه السلطة إذا تم رفع الدعوى بعد إبرام العقد أو الصفقة ؟

وبتعبير آخر فانه يفهم من خلال نص المادة 946 من ق إ م إ وجوب رفع الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد أي خلال أجل 10 أيام الممنوحة للطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة أمام لجنة الصفقات المختصة من طرف المتعهدين المستبعدين ، أما بالنسبة للغير من المرشحين المستبعدين فيمكنهم ممارسة هذا الطعن قبل إبرام الصفقة ودون تقييدهم بأي اجل كان.

[1]-عز الدين كلوفي ، المرجع السابق ، ص 130.

الفرع الثالث: شرط القرار الإداري المسبق.

استقر الاجتهاد القضائي خاصة في فرنسا على أن الدعاوى القضائية الإدارية يجب أن تنصب على قرار إداري سواء صدر عن الإدارة العامة من تلقاء نفسها أو صدر عنها بناء على طلب المعني " المتعامل معها" ليحدد من خلاله موقف الإدارة من النزاع الموجود بينهما وهذا الأخير ما يعرف بالتظلم الإداري ، ولقد لقي هذا الشرط اهتماما بالغ الأهمية خاصة في فرنسا حيث تشدد القضاء الإداري في البداية وكان يشترط لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية القرار الإداري المسبق واعتبره شكلية جوهرية يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى [1].

وذلك لكون التظلم المسبق إجراء يهدف إلى إيجاد حل لنزاع يهدد عقد أو صفقة معينة بالتوقف الأمر إلي قد يؤثر على حسن سير المرفق العام وعلى المصلحة العامة بالتبعية ، غير أن المشرع الفرنسي تراجع عن هذا الشرط فيما بعد بموجب تعديل قانون القضاء الإداري نظرا لتأثيره السلبي على مسار الدعوى قبل الاستعجالية قبل التعاقدية حيث ثبت ومن خلال القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي بأن الإدارة العامة وبمجرد علمها بالنزاع المطروح أمام القضاء والمتعلق بالإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة خلال مرحلة الإبرام ، فإنها تسارع في إجراءات إبرام العقد أو الصفقة الأمر الذي يفقد هذه الدعوى الاستعجالية فعاليتها.

[1]– مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 856.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر التظلم الإداري المسبق إجراءا اختياريا يمكن الأخذ به كما يمكن تركه[1] خاصة بالنسبة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

الفرع الرابع: شرط التمثيل القانوني بمحام.

القاعدة العامة أن الشخص المتمتع بالأهلية الكاملة وفقا لنص القانون سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يمكنه المثول أمام القضاء وتمثيل نفسه أمامه.

غير أنه وبالرجوع لنص المادة 826 من قانون إ م إ نجدها نصت على مايلي :

"تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة".

استنادا إلى نص المادة السابقة فإنه يشترط في العريضة المرفوعة أمام المحكمة الإدارية من طرف المدعي صاحب المصلحة والمتضرر من جراء الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع بالمنافسة والمتعلقة بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية أن تكون موقعة من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة (أي أن التمثيل بمحام شرط وجوبي بالنسبة للمدعي).

أما بالنسبة لعريضة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية المرفوعة من طرف الوالي بصفته ممثلا للدولة على مستوى إقليم الولاية فلا يشترط القانون توقيعها من طرف محام بل يكفي أن تكون موقعة من طرف الوالي باعتباره ممثلا قانوني للولاية [2].

[1]- المادة 830 من ق إ م إ.

[2]– المادة 828 ق إ م إ.

أما عن الخصم الآخر في النزاع والمتمثل في المصلحة المتعاقدة فلا يشترط القانون أن تتم عملية تمثيلها أمام القضاء بمحام بل يتم تمثيلها بواسطة الممثل القانوني لها حيث نصت المادة 828 من ق إ م إ على : **"عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية طرف في الدعوى بصفة مدعي أو مدعى عليه تمثل بواسطة الوزير المعني ، الوالي ، رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي والممثل القانوني بالنسبة للمؤسسات ذات الصيغة الإدارية ".**

أما إذا كانت المصلحة المتعاقدة مؤسسة عامة خاضعة في نشاطها للقانون الذي يحكم النشاط التجاري ففي هذه الحالة فإنه يجب أن تمثل نفسها أمام المحكمة الإدارية بمحام إذا تم قبول الاختصاص القضائي بالفصل في منازعات الصفقات العمومية المترتبة عنها [1].

المطلب الثاني:الشروط الموضوعية لقبول الدعوى.

نظرا للطابع الخاص لهذه الدعوى فإنه يشترط لقبولها أمام الجهات القضائية توافر شرطين أساسيين يتمثلان في الضرر الذي يلحق بالطاعن من جراء الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة (الفرع الأول) و حالة الاستعجال التي تبرر الطابع الاستعجالي والوقائي لهذه الدعوى (الفرع الثاني).

[1]– تعتبر هذه المسألة محل جدل فقهي كبير في ظل غياب النص القانوني الواضح الذي يحدد ذلك وسيتم التطرق لدراستها ضمن الباب الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الأول: حدوث ضرر للطاعن بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة.

ويقصد بالضرر المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا يترتب عليه جعل المركز القانوني له أسوأ مما كان عليه قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه[1].

وبالرجوع لنص المادة 946 من ق إ م إ نجدها نصت على هذا الشرط من خلال عبارة " **كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال ...** "

ويلاحظ من خلال المادة السابقة أن المشرع الجزائري يعتد ضمنيا بالضرر الواقع فعلا" الفعلي" وكذا بالضرر المحتمل الوقوع " الاحتمالي" لأنه ومن غير المعقول أن يمنح الحق في رفع هذه الدعوى الاستعجالية لمن لم يتضرر بعد ويحرم منه من تضرر فعليا من جراء الإخلال بالالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة أثناء مرحلة إبرام العقد أو الصفقة العامة.

أما عن الوضع في فرنسا فقد عرف هذا الشرط تطورا تدريجيا حيث أن مجلس الدولة الفرنسي كان يمنح الصفة بناء على المصلحة لكل متعامل اقتصادي قد يتضرر من جراء الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة حتى وإن لم يقدم دليلا على الوجود الفعلي لذلك الإخلال المؤدي إلى وقوع الضرر وذلك ما أكده في قراره الصادر في 8 أفريل 2005 رقم 270476 في قضية شركة **Radiometer**[2] غير أنه تراجع عن موقفه هذا في قراره رقم 305420 الصادر

[1] - نقلا عن غني أمينة ، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ،جامعة وهران 2012/2011، ص219.

[2] - Aldo sevino , o. p .cit p 30.

بتاريخ 3 أكتوبر 2008 في قضية ''**Smirge omes**''[1] حيث اشترط لقبول الدعوى أن يثبت الطاعن أن الضرر الحاصل له كان من جراء الإخلال بالالتزامات المذكورة سابقا ، وتبعا لذلك قضى مجلس الدولة في قراره الصادر في 2011/12/23 [2]بأن المؤسسة التي أعلن فوزها بالصفقة لم تتضرر نتيجة الإخلال بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة التي تستند إليها عملية إبرام الصفقة ولهذا فهي لا تملك المصلحة في الطعن و غير مؤهلة لممارسة هذه الدعوى بناء على نص المادة (551/1) من قانون القضاء الإداري ، كما اعتبر في قضية أخرى أن المؤسسة التي تم رفض ترشحها لا يمكن أن تتضرر من جراء الإخلال بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة الذي يقع بعد إجراء الرفض وذلك في قراره الصادر بتاريخ 2008/10/24 في قضية النقابة المحلية للمياه و الصرف الصحي لمايوت [3].

يتضح لنا من خلال ما سبق أن إثبات الضرر الناجم عن الإخلال بتلك الالتزامات من عدمه يقع عبئه على المدعي رافع الدعوى وهو ليس بالأمر الهين[4] ، لأن رقابة قاضي الاستعجال من خلال هذه الدعوى تنصب على مراقبة مدى احترام المصلحة المتعاقدة للشروط المنصوص عليها في (ت ص ع ت م ع) والخاصة بإعمال مبدأي العلانية والوضع في المنافسة أثناء مرحلة إبرام العقد أو الصفقة كالرقابة على مشروعية إجراءات الإعلان أو قرارات الإقصاء والاستبعاد ، أما إذا كان الضرر اللاحق بالطاعن لم ينتج عن الإخلال بتلك الالتزامات أثناء مرحلة الإبرام وكان يتعلق

[1]– بروك حليمة ، المقال السابق ، ص 302.

[2]– CE,23 décembre 2011,n°350231, Département de La Guadeloupe , Juistdata n° 2011-029564, Rec. CE 2011.

[3]– غني أمينة ، المذكرة السابقة ، ص219.

[4] -. Bernard –Poujade , le référé précontractuel , R.F.D.A , DALLOZ , 2002. P 282

بالإجراءات الأخرى الممهدة لإبرام العقد أو الصفقة (كالطعن في قرار المنح المؤقت في حد ذاته أو معايير الانتقاء) فإن هذه الحالة لا تستدعي تدخل قاضي الاستعجال بموجب هذه الدعوى وذلك ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2015/12/17 [1] حيث قضى بتأييد الأمر المستأنف الصادر عن المحكمة الإدارية بوهران و القاضي برفض الدعوى و صرح بما يلي:

"حيث ثابت من المادة 946 المذكورة أعلاه أن اختصاص قاضي الاستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالتزامات المنافسة والإشهار فقط في حين أن الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت ولا يطعن في إجراءات المنافسة والإشهار.

حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها من خلال آليات الرقابة تتمثل في اللجان الولائية واللجنة الوطنية للصفقات العمومية لفحص وتقدير المؤهلات الخاصة بكل مترشح ومدى استحقاقه لإبرام الصفقة من عدمه .... الأمر الذي يتعين معه تأييد الأمر المستأنف".

الفرع الثاني: شرط توافر حالة الاستعجال

_القرار رقم 116955 فهرس 02890/15 الصادر في قضية مؤسسة الأشغال والبناء ضد بلدية واد تليلات ، غير منشور، الملحق رقم 04.
1

يمكن تعريف الاستعجال بأنه الحالة التي يكون من شأن التأخير فيها وقوع ضرر لا يمكن إزالته ، أو حالة الخطر العاجل الذي لا يجدي في اتقائه الالتجاء إلى القضاء العادي [1].

أو هو الحالة التي يكون فيها الحق مهدد بخطر حال من شأنه إحداث ضرر يصعب إصلاحه[2].

ونظرا لعدم وجود تعريف محدد لشرط الاستعجال إذ يستند غالبية الفقه في تعريفه إلى عنصر الخطر الذي يهدد الحق المراد حمايته ومن شأنه أن يلحق به ضررا يصعب تداركه أو إصلاحه، ولهذا فإن تقدير الاستعجال في أي نزاع يرجع للقاضي استنادا إلى ظروف كل طلب وموضوع النزاع ، ويترتب على ذلك أن الاستعجال شرط ضروري وأساسي في كل دعوى استعجالية وهو أساس اختصاص القاضي بالدعوى الاستعجالية في حد ذاتها حيث يترتب على تخلفه رفض الطلب بموجب أمر مسبب [3] .

أما عن الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية محل الدراسة فيتجه بعض الفقه[4] إلى أنه يمكن تحريك هذه الدعوى حتى وإن لم يتوافر في النزاع شرطي الجدية والاستعجال بل يكفي أن ينطوي النزاع على إخلال فعلي بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة المرتبطة بعملية إبرام العقد أو الصفقة حتى يدخل النزاع في اختصاص القاضي الاستعجالي بقوة القانون.

---

[1]– التعريف لمحمد حامد فهمي نقلا عن بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع عمار قرفي ، باتنة ، دون سنة النشر ،ص 32.

[2]– بشير بلعيد ، المرجع نفسه، ص 34.

[3]- المادة 924 من ق إ م إ.

[4]- عز الدين كلوقي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية ، دار جيطلي للنشر، الجزائر، طبعة 2012 ، ص 128.

أما عن عنصر الاستعجال فيها فيكمن في الخطر الناجم عن الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة وما قد يرتبه من ضرر للغير (المهتم بعملية إبرام الصفقة العامة) فيما لو تم إتباع الطرق العادية لرفع دعوى في الموضوع والمطالبة بدرء تلك التجاوزات ، الأمر الذي قد تطول معه إجراءات التقاضي والفصل في الدعوى مما يؤدي ذلك إلى إبرام الصفقة وتنفيذ جزء منها ، حينئذ ينتفي الدور الوقائي لهذه الدعوى الاستعجالية ولا تصبح لها أية جدوى.

ولهذا اشترط المشرع الجزائري من خلال نص المادة 925 من ق إ م إ ضرورة تضمين العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية.

الفصل الثاني: إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والفصل فيها.

يتم تحريك الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وفقا للقواعد العامة المقررة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بجميع الدعاوى القضائية الاستعجالية الأخرى ، وفي هذا الإطار فقد منح المشرع الجزائري سلطات واسعة ومتميزة لقاضي الاستعجال للفصل في الدعوى بما يتلاءم وطبيعتها وذلك بغرض إضفاء نوع من الحماية على مبدأي العلانية والمنافسة خلال إبرام العقد الإداري أو الصفقة العامة (وذلكم ما سيتم التطرق له ضمن المبحث الأول من هذا الفصل)

حيث يقوم قاضي الاستعجال من خلال تلك السلطات بالفصل في موضوع النزاع الذي ينطوي على عنصر الاستعجال ويمكن أن يمس حكمه أصل الحق وهو ما يميز هذه الدعوى عن غيرها من الدعاوى القضائية ذات الطابع الاستعجالي ، لينتهي المطاف بصدور الأمر القضائي الفاصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والذي يملك الحجية وبإمكانه التأثير على سير العملية العقدية ، كما يخضع من حيث إمكانية الطعن القضائي فيه إلى القواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الاستعجالية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والسلطات الممنوحة للقاضي للفصل فيها.

المطلب الأول: إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

تمر الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بعدة إجراءات من يوم رفعها إلى غاية الفصل فيها وتتخذ تلك الإجراءات وفقا لمرحلتين :

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى وتحضير ملف القضية.

وتمر تلك الإجراءات بالخطوات الآتية:

أولا: إجراءات رفع الدعوى.

يتم رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وفقا للمبادئ العامة المقررة لرفع الدعاوى القضائية ضمن ق. ا .م .ا وذلك من خلال:

1- مرحلة إيداع العريضة.

يتم إيداع عريضة الدعوى لدى أمانة الضبط " بالمحكمة الإدارية المختصة " مكتوبة وموقع ومؤرخة[1] وتكون مستوفية لجميع البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 15 من ق إ م إ تحت طائلة عدم قبولها شكلا وتتمثل تلك البيانات أساسا في:

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الدعوى .

- اسم ولقب المدعي وموطنه.

- اسم ولقب وموطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثلة القانوني أو الاتفاقي.

- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى خاصة الأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية كالإشارة إلى وجود إخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة ووجود ضرر يتعلق بهذا الإخلال يجب درءه من خلال هذه الدعوى الاستعجالية.

- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

2- قيد العريضة وتسجيلها.

[1]- المادة 14 ق إ م إ.

يتم قيد العريضة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها[1] مع ذكر البيانات الخاصة بهوية الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة.

ويتم تسجيل العريضة بعد دفع الرسوم القضائية لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية ويسلم المدعي وصلا يثبت إيداع العريضة بعد أن يؤشر له على إيداع مختلف المذكرات والمستندات.

3-تبليغ العريضة للخصوم "التكليف بالحضور"

يتولى رافع الدعوى (المدعي) مهمة تبليغ العريضة للخصم الآخر وفقا لإجراءات التكليف بالحضور الذي يجب أن تحترم فيه أجل 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليمه والتاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك [2].

غير أن هذا الأجل لا يتماشى مع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ولا يخدمها لأن العقد أو الصفقة المراد حمايتها من خلال هذه الدعوى مهددين وفي أي لحظة بالإبرام مما قد يترتب عن ذلك عدم فعالية هذه الدعوة أصلا.

وتبعا لنص المادة 838 من ق إ م إ فإن عريضة افتتاح الدعوى تبلغ رسميا عن طريق محضر قضائي والذي يتولى مهمة تبليغ المدعى عليها " المصلحة المتعاقدة " بالدعوى المرفوعة ضدها عن طريق سند التكليف بالحضور الذي يجب أن يحتوي على البيانات الإلزامية المحددة في نص

[1]- المادة 824 ق إ م إ.
[2]- المادة 16 ق إ م إ.

المادة 18 من ق إ م إ وبمجرد تسليم التكليف بالحضور فإن المحضر القضائي يعمد إلى تحرير محضر بذلك وفقا لمقتضيات المادة 19 من القانون السالف الذكر.

وتتمثل تلك البيانات أساسا فيما يلي :

_ اسم و لقب المحضر القضائي و عنوانه المهني و ختمه و توقيعه و تاريخ التبليغ الرسمي و ساعته.

_ اسم و لقب المدعي و موطنه.

_ اسم و لقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه.

_ تسمية و طبيعة الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي وصفه ممثله القانوني أو الإتفاقي.

تاريخ أول جلسة و ساعة انعقادها.

وما يعاب على نص المادة 18 السابقة هو تضمينها للتكليف بالحضور مجموعة من البيانات المتعلقة بهوية الخصوم وهوية المحضر القضائي وتاريخ أول جلسة وساعة انعقادها دون أن يتولى بيان الجهة القضائية المطلوب المثول أمامها وهو أمر غير منطقي.

وبعد تبليغ العريضة للخصوم يتم منحهم أجالا عادة ما تكون قصيرة للرد وتقديم مذكراتهم أو ملاحظاتهم في الآجال المحددة تحت طائلة الاستغناء عنها [1].

[1]–المادة 928 ق إ م إ.

ثانيا: مرحلة التحقيق في الدعوى.

يعتبر التحقيق في الدعوى الإدارية أمرا وجوبيا و ملزما ، فمن غير المنطقي أن تكون المنازعة الإدارية محلا للفصل فيها دون أن يسبق ذلك عملية التحقيق فيها ، وهذا الأخير يعتبر إجراءا جوهريا ينبغي مراعاته و ذلك ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص **المادة 840 من ق.إ.م.إ** و التي نصت على : « **تبلغ كل الإجراءات المتخذة و تدابير التحقيق إلى الخصوم برسالة مضمنة مع الإشعار بالإستلام...**»

و يرجع السبب في أهمية التحقيق و مدى إلزاميته كونه إجراء يهدف إلى اتخاذ مجمل الإجراءات التي يراها القاضي ضرورية لكشف الحقيقة ومن ثم تهيئة ملف القضية للفصل فيها.

و بالرغم من أهمية التحقيق في الدعوى الإدارية إلا أنه كإجراء يمكن للقاضي الاستغناء عنه متى تبين له من العريضة أن حل القضية مؤكد فيقوم حينها بإرسال الملف إلى محافظ الدولة لتقديم إلتماساته[1].

1- القواعد الخاصة بالتحقيق .

يخضع التحقيق في الدعوى الاستعجالية لبعض القواعد الخاصة من حيث إجراءات الوجاهية سواء كانت تلك الإجراءات كتابية أو شفوية [1].

[1] – المادة 847 من ق.ا.م.ا.

حيث يفرض مبدأ الوجاهية في إجراءات التقاضي في المادة الإدارية تمكين كل خصم من الإطلاع على إدعاءات الخصم الآخر و الرد عليها [2]، وتعتبر الوجاهية شكلية جوهرية يخضع لها التحقيق في الدعوى الاستعجالية و خاصة قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية على اعتبار أن مبدأ المواجهة بين الخصوم يعد ضمانة من ضمانات حقوق الدفاع ، حيث يضمن للخصوم تقديم ملاحظاتهم الشفهية تدعيما لمذكراتهم الكتابية[3] خاصة و أن الخصوم في هذه الدعوى محاصرين بعامل الوقت عادة ما يكون 10 أيام قبل توقيع الصفقة أو العقد ، وهنا تظهر أهمية إعمال مبدأ الوجاهية في الدعوى والتي أكدها مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته متماشيا في ذلك مع ما جاءت به الاتفاقية الأوروبية للحفاظ على حقوق الإنسان والتي دعت إلى احترام مبدأ علانية المناقشات القضائية كضمانة لحقوق الأفراد ، وتبعا لذلك فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي الأمر الصادر عن محكمة ''caen'' الذي لم يقم باستدعاء الخصوم لإبداء ملاحظاتهم الشفوية خلال الجلسة[4]، واعتبره في قضية أخرى مشوبا باللامشروعية لأن القاضي لم يخبر الخصوم بوجود نقاط تتعلق بالنظام العام ينبغي إثارتها قبل جلسة الحكم وبالتالي عدم تمكينهم من إبداء ملاحظاتهم حولها [5].

---

[1]–المادة 923 ق إ م إ.

[2] – عبد القادر عدو ، المنازعات الإدارية، دار هومة للنشر، الجزائر 2012 ص 293.

[3]–تنص المادة 928 ق إ م إ على ما يلي :"تمنح للخصوم أجال قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم."

[4]–نقلا عن مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 865.

[5]– المرجع نفسه ، ص 866.

أما عن الطابع الكتابي في الإجراءات القضائية الإدارية فيعتبر إحدى الخصائص التي تتمتع بها الدعوى القضائية الإدارية بصفة عامة و الاستعجالية بصفة خاصة ويعتبر الأصل العام[1] حيث يتعين على الخصوم إبداء ادعاءاتهم في شكل مذكرات مكتوبة يأخذها القاضي بعين الاعتبار كما يمكن تدعيم تلك المذكرات بملاحظات شفوية تطويرا لها.

و يتم تبادل تلك المذكرات الكتابية بين الخصوم عن طريق كتابة الضبط وتحت إشراف قاضي الاستعجال الذي يقوم بتحديد أجال للرد للخصوم خلال سير الدعوى يجب مراعاتها بصرامة تحت طائلة الاستغناء عنها [2].

2-إجراءات التحقيق.

يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر باتخاذ أي إجراء يراه ضروريا و لازما للتحقيق في الدعوى كأن يأمر الخصوم بتقديم مستندات أو وثائق يعتقد بإلزاميتها في التحقيق أو يقوم باستدعاء أعوان الإدارة لسماع شهادتهم أو الأمر بالقيام بالخبرة أو التحقيق ويختتم التحقيق بانتهاء الجلسة ، إلا إذا تبين له تأجيل اختتامه لأجل لاحق ، حيث يلزم في هذه الحالة بإخطار الخصوم وبمختلف الوسائل لتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم الشفوية ليتم الفصل في القضية بعد المداولة [3].

[1]-المادة 9 0 ق إ م إ.
[2]-المادة 928 ق إ م إ.
[3]-لحسين بن شيح آث ملويا، المرجع السابق، ص 203.

كما يمكن أن تكون المذكرات والوثائق الإضافية المقدمة في التحقيق محل تبليغ للخصوم عن طريق المحضر القضائي بشرط أن يقدم الخصم دليلا عما قام به أمام القاضي [1]، وتكون القضية مهيأة للفصل فيها حتى في حالة غياب المدعى عليه عن إجراءات التحقيق متى تأكد للقاضي صحة تبليغه.

3-رفض الطلب دون التحقيق فيه.

يمكن أن يأمر قاضي الاستعجال برفض الطلب ودون التحقيق فيه وذلك في الحالات الآتية:

أ-رفض الطلب لعدم توافر عنصر الاستعجال.

على اعتبار عنصر الاستعجال شرطا ضروريا لانعقاد اختصاص القاضي الإداري بالدعوى الاستعجالية فإنه يتعين عليه متى لاحظ من خلال الطلب المرفوع أمامه أنه لا يتوافر على عنصر الاستعجال أن يأمر برفض الطلب بموجب أمر مسبب [2].

ب-رفض الطلب لعدم التأسيس.

وفي هذه الحالة أيضا لا يلزم قاضي الاستعجال بالقيام بالتحقيق في الدعوى ويمكنه أن يصرح بموجب أمر مسبب برفض الطلب ، لأن الطاعن لم يؤسس طلبه وذلك ما أكده المشرع الجزائري

[1]-المادة 931 ق إ م إ.
[2]- المادة 924 ق إ م إ.

من خلال المادة 924 والتي نصت على ما يلي :" **عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب .**"

الفرع الثاني: إجراءات الفصل في الدعوى.

أولا: التشكيلة الفاصلة في الدعوى.

يتم الفصل في الدعوى الاستعجالية بالتشكيلة الجماعية المنوط بها صلاحية البث في دعوى الموضوع طبقا لنص المادة 917 من ق إ م إ.

و ربما قصد المشرع الجزائري من وراء توحيد التشكيلة الفاصلة في الاستعجال ودعوى الموضوع إلى إضفاء المصداقية على الأوامر الفاصلة في الدعاوى الاستعجالية بالإضافة إلى أنها تمكن القضاة (الشكلية الجماعية) من أن يكونوا على دراية تامة بكافة العناصر المشكلة للدعوى.

ثانيا: جلسة الحكم

يتم إخطار الخصوم بتاريخ الجلسة خلال 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة من طرف أمانة الضبط ويجوز تقليص هذا الأجل إلى يومين حسب درجة الاستعجال ، ويتم عقد جلسة عادة ما تكون علنية تأكيدا لمبدأ الوجاهية بين الخصوم في غياب محافظ الدولة .

ويتم إخطار الخصوم خلالها بالأوجه المتعلقة بالنظام العام والتي تثار خلال الجلسة والمتمثلة في:

- عدم اختصاص الجهة القضائية.

- الانعدام القانوني للتصرف (العقد أو القرار الإداري)

- مخالفة القرار لقوة الشيء المقضي به.

- رجعية التنظيم[1].

كما يتم خلال الجلسة تمكين الخصوم من إبداء ملاحظاتهم الشفوية حول تلك الأوجه المثارة أو تدعيم مذكراتهم الكتابية.

ثالثا: الأمر الفاصل في الدعوى.

الحكم الفاصل في الطلب المستعجل هو النتيجة المحصلة للخصومة حيث يتخذ شكل أمر مسبب[2] ضمانا لشفافية الحكم القضائي [3] ، كما يجب أن يتضمن الإشارة إلى تطبيق أحكام المادتين 931 و932 من ق إ م إ والمتعلقتين باختتام إجراءات التحقيق أو تأجيله والأوجه المثارة خلال الجلسة والمتعلقة بالنظام العام ، ويقوم أمين ضبط المحكمة (بأمر من قاضي الاستعجال) بتبليغ منطوق الأمر ومهره بالصيغة التنفيذية إلى الخصوم مقابل وصل استلام ، حيث يرتب الأمر الاستعجالي آثاره من تاريخ تبليغه رسميا إلى الخصم المحكوم عليه.

[1]- لحسين بن شبخ أث ملويا ، المرجع السابق ، ص 204.

[2]- المادة 11 من ق إ م إ.

[3] Julien plasécki , l'office du juge administratif des réfèrés , thèse du doctorat , universite du sud -Toulon var , 2008. P n 292.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع حدد من خلال نص المادة 947 من ق إ م إ مدة عشرون (20) يوما لقاضي الاستعجال لكي يفصل في الطلبات المقدمة له في إطار الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ، غير أنه لم يرتب أي جزاء في حالة عدم احترام القاضي لهذا الأجل وتجاوزه ، مع العلم أن أجل 20 يوما هي نفس المدة المقررة في حالة الأمر بتأجيل إمضاء العقد أو الصفقة

مما قد يترتب عن ذلك أن الفصل في الدعوى الاستعجالية قد يتجاوز مدة (20) عشرون وينتهي مفعول الأمر بتأجيل إمضاء العقد خلال هذه المدة ، وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها إمضاء العقد و إبرامه دون أي عائق يقف في طريقها مما قد يترتب عن ذلك ضرر للمدعي ويصبح الحكم في هذه الدعوى غير مجد.

وحسب وجهة نظرنا فإنه كان يجدر بالمشرع الجزائري أن يتصدى لهذا الوضع ويساير نظيره الفرنسي الذي احتاط لذلك ونص من خلال المادة 4-551 من قانون القضاء الإداري على عدم إمكانية إمضاء العقد أو الصفقة من يوم رفع الدعوى الاستعجالية إلى غاية تبليغ المصلحة المتعاقدة بمضمون الأمر القضائي.

المطلب الثاني: السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال للفصل في الدعوى.

من أهم الخصائص التي تتمتع بها هذه الدعوى هي السلطات الهامة والمتميزة التي منحت لقاضي الاستعجال بصدد الفصل فيها مثل سلطة الأمر و فرض الغرامة التهديدية وكذا تأجيل

إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات وكلها سلطات هامة تتوافق وطبيعة هذه المسألة باعتبارها إجراءات تحفظية وتدابير مؤقتة.

غير أن تلك السلطات تعد ضيقة وأقل شدة مقارنة مع السلطات التي منحها المشرع الفرنسي (باعتباره صاحب الفضل في إرساء أحكام هذه الدعوى) لقاضي الاستعجال في إطار الفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية فبالإضافة إلى التدابير التحفظية نجده مكن قاضي الاستعجال من استعمال بعض التدابير والإجراءات القطعية مثل:

– سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد.

– سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية التي لا تستقيم مع التزامات الإشهار والوضع في المنافسة.

الأمر الذي أدى إلى إثارة الجدل خاصة في فرنسا حول الطبيعة القانونية لهذه الدعوى وهل تنتمي إلى القضاء الكامل أم إلى قضاء الإلغاء؟

غير أن معظم الفقه[1] استقر على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل لأن القاضي ومن خلالها يملك سلطات واسعة مقارنة مع السلطات التي يملكها القاضي في دعوى الإلغاء باستثناء الفصل في طلبات التعويض التي تبقى من اختصاص قضاء القانون العام.

[1]-مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 878.

وعموما يمكن أن تأخذ تلك السلطات شكل الإجراءات الآتية:

الفرع الأول: الإجراءات التحفظية.

وتشمل هذه الإجراءات سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية وكذا سلطة تأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ، وهي نفس السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال في التشريع الجزائري بصدد الفصل في هذه الدعوى.

أولا: سلطة الأمر.

استنادا لهذه السلطة يمكن للقضاء إلزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه ، ونظرا لأهميتها ومدى تأثيرها على سير الدعوى وجب التطرق أولا لدراسة الخلفية التاريخية لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة ومن تم بيان أنواع الأوامر التي يمكن توجيهها للمصلحة المتعاقدة في إطار الفصل في هذه الدعوى.

1-الخلفية التاريخية لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة و مبرراته.

لقد ساد ولفترة طويلة من الزمن خاصة في فرنسا مبدأ جد مهم يحضر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها ولا يمكن للقضاء أن يتجاوز هذا المبدأ ، ويرجع السبب في ذلك إلى الظروف السياسية والتاريخية التي عاشتها فرنسا وساهمت في وجود وتطور القضاء الإداري وذلك بعد تخليها عن نظام القضاء الموحد الذي كانت تنتهجه قبل قيام الثورة الفرنسية.

والمتتبع للمراحل التي مر بها تطور القضاء الفرنسي (مرحلة المحاكم البرلمانية ، مرحلة الإدارة القاضية ، ومرحلة القضاء المحجوز ومن ثم مرحلة القضاء المفوض) يلاحظ مدى تأثير الظروف التاريخية المؤدية لنشأة مجلس الدولة الفرنسي على يد الإدارة العامة على اختصاصه حيث يحرص على عدم توجيه أوامر من طرف القضاء للإدارة العامة وتعطيل نشاطها [1] مبررا موقفه ذلك بالعديد من الاعتبارات أهمها:

أ-مبدأ الفصل بين السلطات.

اتبع مجلس الدولة الفرنسي منذ استقلاله كجهة قضائية مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة وحرص كل الحرص على احترام مبدأ استقلال القضاء الإداري عن الإدارة العامة صاحبة الفضل في وجوده ، ولقد استند الفقه إلى عديد الحجج لتبرير هدا الموقف من بينها أن اختصاص القضاء بنظر المنازعات الإدارية محدد برسم القانون وان أي تدخل في شئون السلطة الإدارية يسلبها الاختصاص المخول لها أصلا بممارسة الوظيفة الإدارية [2] ، كما اعتبر أن مهمة القضاء تقتصر في الحكم على الشخص العام بتنفيذ التزامه فقط دون أن يتعداها إلى أمره حفاظا على الاستقلال بين وظيفتي القضاء و الإدارة [3]، كما أن القضاء الإداري وجد لحسن سير الإدارة العامة وليس

[1]- أمال يعيش تمام ، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2012 ، ص 28.

2- حمدي علي عمر ، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، طبعة 2018 ص33 .

[3]- مزياني فريدة و آمنة سلطاني ، مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من القاضي الإداري و الاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة المفكر ، العدد 07 ، 2011 ، ص 124.

لحماية الأفراد باعتباره قاضيها [1] وبالتالي فلا يمكنه توجيه أوامر لها في منطوق أحكامه أو أن يحل محلها في اتخاذ القرار لان ذلك من شانه أن يجعل من القاضي الإداري وصيا على الإدارة العامة وما في ذلك من تعطيل للنشاط الإداري .

ب-النصوص التشريعية كمبرر للحظر.

عل الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة غير أن الفقه الفرنسي استند إلى مجموعة من النصوص القانونية التي صدرت بعد قيام الثورة الفرنسية كمبرر لهذا الحظر والتي كانت تؤكد استقلالية الوظيفة الإدارية عن الوظيفة القضائية ومن أهم تلك النصوص نجد:

– المرسوم الصادر في 1789/12/22 الذي يمنع المحاكم من إصدار أي عمل يعرقل وحدات الإدارة العامة عن ممارسة وظائفها الإدارية.

-كما ان نص المادة 13 من قانون التنظيم القضائي الصادر في 16-24 أغسطس 1790 والتي حظرت على المحاكم القضائية التدخل في أعمال الإدارة العامة ، حيث نصت على ما يلي " **أن الوظيفة القضائية منفصلة تماما عن الوظيفة الإدارية ولا يجوز للقضاء عرقلة أعمال**

[1]– أمال يعيش تمام ، الأطروحة السابقة ، ص 68 وما بعدها.

الإدارة ، كما لا يجوز للقضاء محاكمة رجال الإدارة عن أعمال تتعلق بوظائفهم آو النظر في أعمال الإدارة أيا كانت هذه الأعمال...."

بالاظافة إلى دستور 1791 الذي نص صراحة غلى عدم جواز التصدي للوظائف الإدارية آو استدعاء رجال الإدارة أمام القضاء بسبب وظائفهم وغيرها من النصوص القانونية التي اتخذها الفقه الفرنسي كذريعة لحضر توجيه أوامر للإدارة و إلزامها عن طريق تلك الأوامر.

ج-طبيعة سلطات قاضي الإلغاء كمبرر للحظر.

اتجه البعض الآخر من الفقه إلى أن طبيعة السلطات الممنوحة لقاضي الإلغاء تقيده بفحص مشروعية القرار الإداري والحكم بإلغائه من عدمه دون أن تتعدى إلى إصدار أوامر للإدارة واتخاذ إجراءات معينة ضمانا للأثر الكامل لحكم الإلغاء ، وأن قاضي الإلغاء لا يمكنه أن يرتب بنفسه الآثار الحتمية لحكم الإلغاء ويصدر القرار السليم بدلا من القرار المعيب المحكوم بإلغائه [1].

غير أن تلك المبررات كانت مرتبطة بالظروف التاريخية والسياسية التي سادت المجتمع الفرنسي دون سواه ولم تكن أيا منها لا في التشريع و لا في القضاء الإداري ، وبالرغم من ذلك فإن القضاء الإداري في الجزائر كان يتردد في توجيه أوامر للإدارة بدواعي الحظر كما يمنع إكراهها على فعل شيء عن طريق التهديد المالي وتجسد موقفه هذا في العديد من القرارات الصادرة عنه والتي سيتم التطرق لها لاحقا في موضعها.

[1]- مزياني فريدة و آمنة سلطاني ، المقال السابق ، ص 123.

كما أن المشرع الفرنسي تراجع فيما بعد عن مبدأ الحظر تدريجيا مؤكدا موقفه هذا بموجب القانون الصادر في 16 جويلية 1980 والذي منح لمجلس الدولة ولأول مرة باعتباره هيئة قضائية صلاحية توجيه أوامر للإدارة وتوقيع غرامة تهديدية عليها في حالة امتناعها عن تنفيذ الأوامر والأحكام الصادرة عنه.

أما عن الوضع في الجزائر فالمتتبع لحركة التشريع خاصة قبل صدور القانون رقم 09/08 (ق إ م إ) فإنه يلاحظ بأنه لم يكن هناك نص قانوني صريح يمنع القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة أو يجيز له ذلك باستثناء الأوامر التي يمكن أن يتخذها القاضي أثناء السير في الدعوى والتحقيق فيها ، إلى غاية صدور ق إ م إ رقم 09/08 والذي نص صراحة على إمكانية توجيه أوامر للإدارة وفي العديد من المجالات ، ومن بينها إمكانية توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة وإلزامها باحترام مبدأي العلانية والوضع في المنافسة خلال مرحلة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية ، وتبقى عملية تفعيل هذه النصوص القانونية مرهونة بالتطبيق العملي لها من طرف هيئات القضاء الإداري.

2-الأوامر التي يمكن توجيهها للإدارة في إطار الفصل في الدعوى .

يندرج ضمن سلطة الأمر مجموعة من التدابير التي يمكن لقاضي الاستعجال اتخاذها على النحو الآتي:

أ-أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته.

أكد هذا الإجراء المادة 946 من ق إ م إ والتي نصت على ما يأتي:

"يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه ... "

و تعتبر هذه السلطة من أهم التدابير المقررة لحماية قواعد الإشهار والوضع في المنافسة أثناء عملية إبرام العقد أو الصفقة العامة ، حيث يقوم القاضي وبعد التأكد من وجود إخلال فعلي بتلك الالتزامات بأمر الإدارة وإلزامها بالامتثال لالتزاماتها المتعلقة بالعلانية والمنافسة وعادة ما يرتبط الإخلال بتلك الالتزامات بالقرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العامة مثل: قرار الإعلان عن إجراء الصفقة ، قرار الحرمان من دخول الصفقة ، قرار الاستبعاد منها ، وكذا قرار المنح المؤقت لها وغيرها من القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في معرض إبرام الصفقة أو تمهيدا لإبرامها.

وبناء على ما تقدم يمكن أن تأخذ سلطة الأمر في هذه الحالة أحد الصور الآتية:

- أمر المصلحة المتعاقدة بإعادة نشر الإعلان عن إجراء الصفقة وفقا للكيفيات المحددة قانونا أو أن يأمرها بإعادة نشره مستوفيا لجميع البيانات المقررة قانونا.

– أمر المصلحة المتعاقدة بوضع دفتر الشروط تحت تصرف جميع المرشحين استنادا إلى نص المادة 63 من (ت ص ع ت م ع).

– أمر المصلحة المتعاقدة بتبليغ المرشحين الذين تم إقصاءهم بأسباب رفض عروضهم ضمانا للشفافية [1].

– أمر المصلحة المتعاقدة بقبول ترشح عرض معين و إحالته على لجنة تقييم العروض لإعادة دراسته بعدما عاين القاضي عدم وجود أي سبب مشروع لرفض ترشيحه [2]، وفي هذه الحالة يكون قاضي الاستعجال قد تطرق لموضوع النزاع وهو الأمر الذي يميز هذه الدعوى عن غيرها من الدعاوى الاستعجالية الأخرى.

وبالرجوع لنص المادة 946 من ق إ م إ والتمعن في العبارة المؤكدة لهذه السلطة فإننا نلاحظ ما يلي:

- أن المشرع الجزائري عندما أقر سلطة الأمر لقاضي الاستعجال بصدد الفصل في هذه الدعوى فإنه جعل منها جوازية ويخضع استعمالها إلى السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال.

[1] – حيث نصت المادة 82 من (ت ص ع ت م ع)على مايلي "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة المرشحين و المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية الاتصال بمصالحها في اجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هده النتائج كتابيا"

[2] ـ يراجع في هذا الصدد القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 2006/04/28 ، نقلا عن لحسين بن شيخ اث ملويا ، المرجع السابق ص 206 .

ومن وجهة نظرنا فإنه كان يجدر بالمشرع أن يجعل من استعمال هذه السلطة من طرف القاضي بالأمر الوجوبي متى لاحظ وجود إخلال فعلي بالالتزامات المذكورة سابقا ، فإذا امتنع القاضي عن استعمال هذه السلطة في الحالة السابقة فما الجدوى إذن من استعمال سلطة فرض الغرامة التهديدية والتي يكون الهدف من وراء الحكم بها هو الضغط على جهة الإدارة لتنفيذ التزامها ؟.

وما الغاية أيضا من استعمال سلطة تأجيل إمضاء العقد مادام القاضي لم يلزم الإدارة بالامتثال لالتزاماتها؟

- أن سلطة أمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها هي سلطة واسعة مقارنة مع صلاحيات قاضي الاستعجال حيث يعتبر من أهم شروط الحكم الصادر عنه هو عدم المساس بأصل الحق ، وعليه فلا يمكن لقاضي الاستعجال أن يستعمل سلطة الأمر إلا إذا تطرق لبعض العناصر التي تندرج ضمن موضوع النزاع ، كما أن سلطة توجيه الأمر بالإلزام تعتبر أساسا من صلاحيات القاضي في إطار دعاوى القضاء الكامل لا قضاء الاستعجال الذي يناط به عادة مهمة اتخاذ تدابير تحفظية ذات طابع مؤقت.

ب-الحكم بغرامة تهديدية.

يمكن تعريف الغرامة التهديدية على أنها وسيلة للضغط على الإدارة من أجل تنفيذ الحكم الأصلي (القضائي) ، إذن فهي جزاء الامتناع عن التنفيذ وهي ملازمة للأمر وذلك بتهديد الإدارة بزيادة دينها طالما لم تمتثل لمبدأ المشروعية [1].

أو أنها تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن تنفيذ التزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام [2].

غير أنه وقبل الحديث عن سلطة فرض الغرامة التهديدية وجب التطرق أولا لبيان موقف القضاء الإداري في الجزائر من إمكانية فرضها ثم بيان موقف المشرع الجزائري بعد صدور ق إ م إ . القانون رقم 09/08 الذي يعتبر الأساس القانوني لها.

1-موقف القضاء الإداري في الجزائر من إمكانية فرض الغرامة التهديدية.

لم يستقر القضاء الإداري في الجزائر حول مسألة إمكانية إجبار الإدارة العامة على تنفيذ التزاماتها بواسطة فرض الغرامة التهديدية من عدمها حيث نجده يجيز ذلك في بعض القضايا ويمنعه في البعض الآخر، وحتى في حالة امتناعه فهو لم يفصح عن أسباب الحظر أو الأساس

[1] – أمال يعيش تمام ، الأطروحة السابقة ، ص 314.

[2] – بومقورة سلوى ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، السنة الثالثة ، المجلد الخامس ، العدد الأول ، 2012، ص 43.

الذي يستند إليه في ذلك ، وتجلى هذا الموقف بوضوح في العديد من القرارات سواء تلك الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا أو تلك الصادرة عن مجلس الدولة.

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها[1] الصادر بتاريخ 1997/04/13 بما يأتي: **"عن الوجه الوحيد المأخوذ من نقص الأساس القانوني المثار من قبل المستأنف ، حيث أنه لا سلطة للقاضي الإداري على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية الحاليين في الحكم على الإدارة بغرامات تهديدية لإجبارها على تنفيذ القرارات القضائية المنطوق بها ضدها".**

أما بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فإن موقفه في هذه المسألة أيضا غير محدد ويتسم بالتردد فنجده يحكم بها في بعض القضايا ويمتنع عن ذلك في البعض الآخر كما سيأتي بيانه:

*حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 2000/4/24 في قضية رئيس بلدية درقينة ضد (س.ع) فهرس رقم 265 بما يأتي **"حيث أن لب النزاع هو الغرامة التهديدية بـ 2000دج والتي سلطت على البلدية يوميا ، حيث أن البلدية إدارة عمومية لا يمكن أن تكون محلا لأمر أداء ، وبالتالي فقضاة المجلس لما طبقوا على البلدية المادة 340 من ق إ م المتعلقة بالتهديدات المالية، فقد أخطأوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون..."[2].**

[1]– القرار رقم 115284 الصادر في قضية (ب م) ضد بلدية الأغواط. المجلة القضائية ،لسنة1998، العدد الأول ،ص 195.

[2]–القرار الصادر في قضية بلدية درقينة ضد س.ع ، نقلا عن لحسين بن شيخ اث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، طبعة 2003، ص 327.

بينما نجده يجيز إمكانية فرضها في قرار أخر له صادر بتاريخ 1999/03/03 فهرس 97 في قضية رئيس مندوبية ميلة ضد (ب. ف) [1]حيث صرح في قراره بما يلي: **'حيث أن القرار موضوع الاستئناف حدد فقط مبلغ الغرامة التي فعلا تسري من يوم صدور القرار إلى يوم الاتفاق الجديد ... وما دام أنه صدر اتفاق جديد بين طرفي النزاع ولهذه الأسباب ... قضى مجلس الدولة ...**

تأييد القرار مبدئيا وتعديلا له القول بأن الغرامة تسري من يوم صدور القرار إلى الاتفاق الجديد .."

موقف المشرع الجزائري من فرض الغرامة التهديدية بعد قانون 09/08 في مجال منازعات الصفقات العمومية.

تجد الغرامة التهديدية في مجال منازعات الصفقات العمومية أساسها القانوني في المادة 946 من ق إ م إ والتي نصت على ما يلي: **" يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته ، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.**

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد ... "

استنادا إلى نص المادة السابقة يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

[1]– لحسين بن شيخ اث ملويا ،المرجع نفسه ، ص.327

* أن سلطة الأمر المخولة لقاضي الاستعجال بإلزام المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها في أجل معين يمكن أن تقترن بفرض غرامة تهديدية مؤقتة تسري من يوم انتهاء الأجل المحدد للامتثال بالالتزامات المفروضة عليها بموجب الأمر القضائي عن كل يوم تأخير وذلك ما أكدته المادة 980 من ق إ م إ.

* أن استعمال قاضي الاستعجال لسلطة فرض الغرامة التهديدية أمر **غير إلزامي** فقد يحكم بها وقد يمتنع عن ذلك لدواعي المصلحة العامة ، أو أن يأخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي حالت دون تنفيذ الأمر الاستعجالي من طرف الإدارة المحكوم عليها [1].

* أن الحكم بفرض الغرامة التهديدية للضغط على المصلحة المتعاقدة لتنفيذ التزاماتها لا يبنى بالضرورة على طلب المدعي ، بل يمكن لقاضي الاستعجال أن يحكم بها إذا قدر أنها لازمة لتنفيذ الأمر القضائي وعليه فهذه المسألة ترجع للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف ووقائع كل دعوى وفي هذا الإطار نصت المادة 981 من ق ا م ا على ما يلي :

" **في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم آو قرار قضائي و لم يحدد تدابير التنفيذ تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدها ويجوز لها تحديد اجل للتنفيذ و الأمر بغرامة تهديدية**"

وتجدر الإشارة إلى أن الغرامة التهديدية كوسيلة لتحميل المصلحة المتعاقدة على تنفيذ أوامر القضاء تكون مستقلة تماما عن تعويض الضرر، كما يمكن للقاضي تخفيضها أو إلغائها عند

[1]– لحسين بن شيخ أت ملويا ، رسالة في الاستعجالات الإدارية ، المرجع السابق ،،ص 207.

الضرورة أي أن قيمتها غير ثابتة ، كما يمكنه أن يقرر عدم دفع جزء منها إذا تجاوزت قيمة الضرر اللاحق بالمرشح من جراء الإخلال بالالتزامات المذكورة سابقا [1].

كما يتم تصفية الغرامة التهديدية بناء على طلب المعني وذلك في حالة ما إذا لم تستجب المصلحة المتعاقدة للالتزامات المأمور بها في الأجل المحدد في الأمر القضائي فيبدأ سريانها بعد انقضاء ذلك الأجل وتحسب عن كل يوم تأخير.

وبالرغم من أهمية الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المصلحة المتعاقدة على تنفيذ أوامر القضاء وأداء التزاماتها غير أن التساؤل الذي يمكن طرحه بهذا الصدد هو:

- **ما مدى فعالية الغرامة التهديدية كوسيلة للضغط على جهة الإدارة ؟ وماذا لو امتنعت المصلحة المتعاقدة عن التنفيذ بالرغم من توقيع الغرامة التهديدية عليها؟**

لقد تصدى المشرع الجزائري لهذه الإشكالية من أجل وضع حد لكل من يعرقل عملية تنفيذ أحكام القضاء وأوامره من خلال تجريم ذلك التصرف أو أي سلوك من شأنه أن يؤدي إلى ذلك من خلال نص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات[2] والتي نصت على: " **كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه**

[1]–المادة 984 و985 من ق إ م إ.

[2]- الأمر 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات ج ر ج ج رقم 48 سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/01 المؤرخ في 2001/6/26 ج ر ج ج 34 سنة 2001.

يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100.000دج."

***شروط الحكم بالغرامة التهديدية.**

لإلزام المصلحة المتعاقدة وحملها على تنفيذ التزاماتها بواسطة الغرامة التهديدية وجب توافر جملة من الشروط على النحو الآتي:

*** وجود حكم قضائي صادر عن إحدى الجهات القضائية الإدارية .**

حيث تلزم المصلحة المتعاقدة بناءا على ذلك بتنفيذ حكم قضائي (عمل قضائي) لا على تنفيذ مضمون قرار إداري و أن يكون هذا العمل القضائي سواء كان حكما أو قرارا أو أمر قضائي صادر عن مجلس الدولة أو المحكمة الإدارية [1].

*** أن تقوم الإدارة باتخاذ تدبير معين لتنفيذ العمل القضائي.**

ويقتضي هذا الشرط أن مضمون العمل القضائي يتطلب لتنفيذه قيام الإدارة بعمل أو إجراء معين تنفيذا لالتزامها أي أن أحكام الإلزام هي محل التنفيذ بواسطة الغرامة التهديدية.[2]

[1]– المادة 981 من ق إ م إ.

[2]– الكنتاوي عبد الله ، الأطروحة السابقة ، ص 267.

*** أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ.**

ويقصد بذلك أن يكون العمل القضائي الصادر عن الجهة القضائية الإدارية قابلا للتنفيذ ومن الممكن القيام به من طرف المصلحة المتعاقدة ، فإذا كان مضمون العمل القضائي الملزم لها مستحيل التنفيذ فلا مجال للحكم بالغرامة التهديدية وتنقسم الاستحالة في التنفيذ إلى نوعين:

- **استحالة بنص القانون:** وذلك إذا تعلق التنفيذ بنص قانوني صريح يتعارض مع التنفيذ.

- **استحالة مادية :** وهي التي تفرضها ظروف ووقائع تخرج عن نطاق العمل القضائي وتحول دون تنفيذه (الحادث الفجائي، القوة القاهرة).

*** ضرورة تبليغ المصلحة المتعاقدة بالحكم الصادر ضدها بالغرامة التهديدية.**

ومفاد هذا الشرط هو علم المصلحة المتعاقدة بفرض الغرامة التهديدية عليها وذلك من شأنه أن يحملها على تنفيذ العمل القضائي الملزم لها.

*** امتناع المصلحة المتعاقدة عن التنفيذ.**

وهو أهم شرط ذلك أن الغرامة التهديدية هي وسيلة لإجبار المصلحة المتعاقدة على تنفيذ أحكام القضاء عن طريق التهديد المالي لها.

ثانيا: سلطة تأجيل إمضاء العقد.

من بين أهم السلطات الممنوحة أيضا لقاضي الاستعجال في إطار الفصل في هذه الدعوى هي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد وتستند هذه السلطة إلى نص المادة 6/946 من ق إ م إ حيث نصت على: **"ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما".**

بالاستناد إلى نص المادة السابقة يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

*أن إمكانية استعمال هذه السلطة من طرف قاضي الاستعجال تخضع للسلطة التقديرية له وذلك متى قدر وجود أسباب جدية تفرض هذا التأجيل.

*أن المشرع الجزائري منح لقاضي الاستعجال هذه السلطة لإمهال المصلحة المتعاقدة لتفي بالالتزامات المفروضة عليها والمتعلقة بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة والتي فرضت عليها بموجب الأمر القضائي.

*أن المدة المقررة لتأجيل عملية إمضاء العقد لا تتجاوز 20 يوما وهي نفس المدة المقررة للفصل في دعوى استعجال ما قبل التعاقدي وهي مدة قصيرة وتخدم الطابع الاستعجالي للدعوى وتحول دون تعطيل سير المرفق العام [1].

[1]– رحماني راضية ، الأطروحة السابقة ، ص 300.

وترتيبا لذلك فإن مفعول الأمر بتأجيل إمضاء العقد ينتهي بمجرد الفصل من قبل قاضي الاستعجال في الطلب الرامي إلى أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته [1].

أي أن قاضي الاستعجال وبمجرد إخطاره بالدعوى وقبل جلسة المرافعة والفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يمكنه أن يأمر وبصفة مؤقتة بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية الفصل في الدعوى وهذه الأخيرة أيضا حددت لها مدة 20 يوما للفصل فيها.

وحسب وجهة نظرنا فإن المشرع الجزائري قد جانبه الصواب عندما أدرج هذه السلطة ضمن سلطات قاضي الاستعجال للفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقدي وذلك بالنظر إلى الاعتبارات الآتية:

* أن سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للمدعي الذي يكون قد تضرر أو سيتضرر من جراء الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العامة ، كما تهدف هذه السلطة إلى حماية المصلحة العامة من خلال تمكين المصلحة المتعاقدة من الامتثال لالتزامات المفروضة عليها قانونا واختيار المتعامل الأفضل مع مراعاة قواعد الإشهار والوضع في المنافسة.

[1]– لحسين بن شيخ أث ملويا ، المرجع السابق ، ص 208.

* أن هذه السلطة يمكن الحكم بها حتى وان لم تتضمنها عريضة المدعي ولعل الهدف منها هو ضمان نجاعة التدبير الأصلي وهو الأمر بالامتثال لالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة[1].

* أن إدراج هذه السلطة ضمن سلطات قاضي الاستعجال يجنب الوضعية القائمة في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري أو الصفقة العامة حيث غالبا ما يصدر الحكم الرامي إلى إلغاء القرار المساهم في تكوين العقد أو الصفقة بعد إبرامها وتنفيذ جزاء منها وفي هذه الحالة يكون حكم الإلغاء مجرد " حكم نظري " يعلن عن عدم مشروعية القرار الإداري المنفصل ولا يمكنه أن يؤثر عمليا على الصفقة العامة إلا إذا تمسك أحد أطراف العقد بتنفيذه أمام القضاء الكامل و المطالبة بفسخ العقد أو الصفقة [2].

الفرع الثاني: الإجراءات القطعية.

بالإضافة إلى الإجراءات التحفظية يملك قاضي الاستعجال في إطار الفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية سلطات خطيرة ومؤثرة على عملية إبرام الصفقة العامة مثل سلطة إلغاء أو إبطال الإجراءات المتعلقة بعملية إبرام العقد أو الصفقة [3] وهي من قبيل السلطات الممنوحة للقاضي في إطار الفصل في دعاوى القضاء الكامل لا قضاء الاستعجال الذي يفصل عادة بموجب تدابير تحفظية مؤقتة لا تمس بأصل الحق وتتمثل تلك السلطات أساسا في:

[1]- المرجع نفسه ، ص208.

[2]- Christophe lajoye , o.p.cit , p 151.

[3] - lourent Richer , droit des contrats administratifs , édition L. G .D .J ,5eme édition , 2006 .P n 170.

أولا: سلطة إلغاء القرارات و الإجراءات المتعلقة بإبرام العقد.

وهي سلطة جد هامة من شأنها أن تخول القاضي صلاحية البث في موضوع النزاع من خلال الحكم بإلغاء كافة القرارات أو الإجراءات المخالفة لقواعد العلانية والمنافسة والتي تصدرها المصلحة المتعاقدة بما لها من إرادة منفردة وتعبيرا عن الإرادة الموضوعية لها بصدد إبرام عقودها وتساهم تلك القرارات في تكوين العقد ، وتجد هذه السلطة تطبيقها في التشريع الفرنسي استنادا إلى نص المادة 551/2 L من قانون القضاء الإداري الفرنسي[1] أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يمنح هذه السلطة لقاضي الاستعجال على خلاف نظيره الفرنسي واكتفى بالإجراءات التحفظية السابقة من خلال نص المادة 946 من ق إ م إ والمتمثلة في سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية وتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات.

غير أن المحكمة الإدارية لولاية بسكرة وبصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية المرفوعة أمامها[2] أصدرت أمرا استعجاليا بتاريخ 2015/12/14 تقضي فيه بما يأتي:

" **في الشكل: قبول الدعوى.**

[1]- **Loi n° 2000/597 du 30 juin 2000 relative au référè devant les jurisdiction administrative modifié code de justice administrative .J.O.R.F du 01/07/2000.**

[2]–**في قضية (مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة ضد ش ذ م م أبناء العموري للنقل) رقم 15/00980 فهرس رقم 01140 /15 .**

في الموضوع: القضاء بإلغاء الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم 2016/02 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016.

وأمر المدعى عليها بالامتثال لالتزاماتها وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقا لدفتر الشروط و تحميل المدعي عليها المصاريف القضائية."

غير أن التساؤل الذي يدفعنا لطرحه في هذا الصدد هو:

– بناءا على أي أساس قانوني حكم قاضي الاستعجال بإلغاء القرار المساهم في إبرام الصفقة (قرارا المنح المؤقت لها)؟؟

بالرغم من أن سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد لم يقرها المشرع الجزائري ضمن سلطات قاضي الاستعجال في إطار الفصل في هذه الدعوى بموجب نص المادة 946 من ق إ م إ .

ونحن نأمل في هذا الصدد أن يتدخل مجلس الدولة كجهة للاستئناف وللاجتهاد القضائي ويضع حدا لتجاوز القاضي للسلطات المخولة له قانونا.

<u>ثانيا</u>: سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية.

القاعدة العامة أن سلطة إبطال الشروط التعاقدية الخاصة بالصفقة هي من صلاحيات القضاء الكامل عن طريق دعوى الموضوع ، لأن الإبطال هو بث في موضوع النزاع.

غير أن المشرع الفرنسي (وعلى خلاف نظيره الجزائري الذي لم يأخذ بهذا الإجراء) وفي إطار الفصل في هذه الدعوى الاستعجالية منح للقاضي صلاحية إبطال بعض الشروط التعاقدية المعدة مسبقا لكي تسري على العقد المنتظر إبرامه[1] وذلك متى كانت تلك الشروط التعاقدية تنطوي على عنصر تفضيلي من شأنه الإخلال بقواعد العلانية أو المنافسة بين المرشحين أو المتعهدين.

ولعل الهدف من إقراره لهذه السلطة هو ضمان فعالية هذه الدعوى الاستعجالية في معرض إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية حماية للمبادئ التي تقوم عليها عملية الإبرام.

وبناء على ما تقدم نستنتج أن قاضي الاستعجال ومن خلال هذه الإجراءات القطعية فهو يتمتع برقابة قضائية مزدوجة تتمثل الأولى في مراقبة مدى احترام المصلحة المتعاقدة للنصوص القانونية المفروضة عليها والمجسدة لمبدأي العلانية والمنافسة أما الثانية فتتعلق بمدى احترامها لمعايير قبول الترشيحات المحدد في دفتر الشروط [2].

[1]– مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص876.

[2]– بن أحمد حورية ، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، 2018/2017، ص231.

المبحث الثاني: الحكم الفاصل في الدعوى وطرق الطعن فيه.

المطلب الأول: حجية الأمر الاستعجالي وأثره على العملية العقدية.

الفرع الأول: الحجية .

بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يمكن للقاضي أن يتخذ تدابير مؤقتة دون الفصل في موضوع النزاع (كالأمر بتأجيل إمضاء العقد ، وفرض الغرامة التهديدية) غير أن هذه المنازعة يجب أن تنتهي بصدور أمر عن قاضي الاستعجال يفصل من خلاله في الدعوى المتعلقة بمرحلة إبرام العقد الإداري أو الصفقة العامة وهو حكم قطعي ومسبب ويفصل في أصل الحق.

وبناءا على ذلك يمكنه أن يأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال للالتزامات المفروضة عليها والمتعلقة بقواعد العلانية والمنافسة أو أن يأمرها بإعادة قبول ترشح عرض ما تم استبعاده أو إقصاءه من إجراء الصفقة بسبب الإخلال بالالتزامات المذكورة سابقا ، الأمر الذي يتضح لنا من خلاله أن هذه الدعوى ذات طابع استعجالي من حيث شكلها ومواعيد الفصل فيها فقط.

أما عن السلطات الممنوحة للقاضي للفصل فيها هي سلطات تندرج أصلا ضمن السلطات المخولة له في دعاوى القضاء الكامل الموضوعي ، ويترتب عن ذلك أن الأمر الصادر في هذه الدعوى يحوز حجية الشيء المقضي فيه شأنه شأن الحكم الصادر في دعوى الموضوع[1].

كما أن الأمر الفاصل في هذه الدعوى يحمل نفس خصائص الأوامر الاستعجالية من حيث أنه مشمول بالنفاذ المعجل وغير قابل للاعتراض عيه [2].

الفرع الثاني: أثر الأمر الاستعجالي على العملية العقدية.

من أهم الخصائص التي تتميز بها الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هو طابعها الوقائي الذي يهدف إلى حماية عملية إبرام الصفقة العامة من كل تجاوز قد يطرأ عليها خلال إبرامها ويتعلق أساسا بمخالفة قواعد الإشهار والوضع في المنافسة ، وذلك من خلال اتخاذ تدابير تحفظية من طرف قاضي الاستعجال متى لاحظ وجود إخلال فعلي بالالتزامات المذكورة سابقا والمفروضة على المصلحة المتعاقدة بنص القانون ، وتكون تلك التدابير ملزمة لجهة الإدارة لحماية عملية إبرام العقد أو الصفة.

[1] – بالرغم من أن الأوامر الاستعجالية تتميز بغياب خاصية حجية الشيء المقضي فيه لأنها تدابير تحفظية للمزيد ينظر:
Julien plasécki, thèse précité , p n 340.

[2]- المادة 303 من ق إ م إ.

غير أن الإشكال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد يتعلق بحالة إبرام العقد أو الصفة العامة قبل صدور الأمر القضائي الفاصل هذه الدعوى ، فهل يلغى العقد أو الصفقة المبرمة رغم الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة خلال مرحلة إبرامها؟

استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة ليس من حيث المبدأ سببا لإلغاء العقد[1] ولا يؤثر إلغاء قرار مرتبط بعملية الإبرام على باقي القرارات الإدارية الصادرة قبله والمساهمة في تكوين العقد وذلك للحفاظ على استقرار المراكز القانونية الناشئة عن الإبرام[2].

ولعل هذا الاتجاه لمجلس الدولة الفرنسي ينبئ عن أولوياته في الحفاظ على الاستقرار القانوني للعلاقات التعاقدية لضمان قانونية العقد، بالرغم من الانتقادات الفقهية الكثيرة التي وجهت لهذا الموقف بحجة أنه يجب أن ينظر إلى مشروعية العملية العقدية ككل لا يتجزأ [3].

غير أن المشرع الجزائري قد تصدى لهذه المسالة خلال نص المادة 88 من تنظيم الصفقات العمومية [4] حيث نصت على ما يلي:

---

[1]– بروك حليمة ، المقال السابق ، ص309.

[2] - Mohamed Nabih , droit des marchés publics , « aspects juridiques financiers et contentieux » publie par" A. M. T Konrad Adenauer stflung". Editions. 2014 Maroc. P n. 331

[3]– بروك حليمة ، المقال السابق ، ص309.

[4]– وردت هذه المادة ضمن القسم الثامن تحت عنوان مكافحة الفساد

" دون الإخلال بالمتابعات الجزائية ، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان أخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعة ، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرام أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي ، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني ... "

ما يستشف من أحكام المادة السابقة هو أن إمكانية فسخ الصفقة من طرف القاضي أو إلغاءها تكون متى لاحظ القاضي وجود أفعال وتصرفات قد تشكل جرائم للمحاباة أو الرشوة ، يكون كجزاء يترتب على ممارسة تلك الجرائم إلى جانب الجزاءات الجنائية المختلفة التي توقع على مرتكب الجريمة وفي هدا الصدد نصت المادة 55 من ق.و.ف.م. على مايلي:

" كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هدا القانون يمكن التصريح ببطلانه أو انعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"

وبالاستناد إلى النصوص القانونية السابقة يمكن إبداء الملاحظات الآتية :

- أن إجراء إبطال العقد أو الصفقة هو جزاء مدني لارتكاب إحدى الجرائم المتعلقة بالصفقة العامة والمنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد [1] يضاف إلى الجزاءات الجنائية التي يمكن توقيعها في هدا الصدد.
- أن إجراء إبطال الصفقة أو العقد يكون من اختصاص الجهة القضائية الإدارية ولا يفصل فيه القاضي الجزائي الذي تناط به صلاحية الفصل في الدعوى العمومية بالتبعية فقط.
- أن استعمال سلطة إبطال العقد آو الصفقة من طرف القاضي الإداري هي أمر جوازي وليس بالإلزامي.
- عند التصريح بإبطال العقد آو الصفقة محل جنحة الفساد وجب مراعاة حقوق الغير حسني النية.

المطلب الثاني: طرق الطعن في الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى.

لم يفرد المشرع الجزائري الأمر الاستعجالي الصادر في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بإجراءات خاصة للطعن فيه ، الأمر الذي يدفعها إلى الرجوع للقواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الاستعجالية ضمن ق إ م إ.

[1] _ حاحة عبد العالي ، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة ، ص 351.

الفرع الأول: الطعن بالاستئناف.

و يقصد بالاستئناف الطعن الذي يمارسه الطرف الذي لم يرض بحكم الدرجة الأولى و يهدف إلى نقل القضية الجهة القضائية الأعلى بغرض الحصول على إبطال أو إلغاء الحكم المطعون فيه[1].

بالرجوع لنص المادة 949 من ق إ م إ نجدها تسمح لكل شخص كان طرفا في الخصومة أن يرفع استئنافا ضد الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية بصفة الاستعجال أمام مجلس الدولة بوصفه درجة ثانية من درجات التقاضي (جهة استئناف) ذلك لأنه لا يوجد نص قانوني خاص يمنع الطعن في الأوامر الاستعجالية الفاصلة في هذه الدعوى.

ويحدد أجل الاستئناف في هده الحالة بخمسة عشر (15) يوما تسري من يوم التبليغ الرسمي للأمر القضائي إلى المعني [2].

أولا: أثر الاستئناف.

تجدر الإشارة إلى أن الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف للأمر المطعون فيه وذلك ما أكده نص المادة 908 من ق إ م إ والتي نصت على ما يأتي:

" **الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف.**"

[1] - عبد القادر عدو ، المنازعات الإدارية ، دار حومة – الجزائر– 2012 . ص296.
[2]– المادة 950 من ق إ م إ

ويترتب عن ذلك أن الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية (القسم الاستعجالي) والفاصلة في موضوع النزاع (كما هو الحال في هذه الدعوى) تنفذ بالرغم من الطعن فيها بالاستئناف متى بادر المحكوم له بتنفيذ ذلك الأمر.

ثانيا: شروط الاستئناف.

لقبول الطعن بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة يتطلب الأمر توافر الشروط الآتية:

* أن يكون المستأنف طرفا في الخصومة سواء حضر جلسة الحكم أو لم يحضر وسواء قدم دفاعه أو لم يقدم.

* أن يكون طلب الاستئناف ذو موضوع فلا يقبل الاستئناف الذي يلي توقيع وإبرام الصفقة مثلا.

* تمثيل الخصوم بمحام أمام جهة الاستئناف وجوبي وذلك ما أكدته المادة 905 من ق إ م إ والتي نصت على ما يأتي: " **يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم ، تحت طائلة عدم القبول، من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة، باستثناء الأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه** ".

غير أنه يعفى من هذا الشرط كل من الدولة و الولاية و البلدية والمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري استنادا إلى نص المادة 827 من ق إ م إ وكذا نص المادة 905 السابقة.

الفرع الثاني: الطعن بالمعارضة.

ويقصد بالمعارضة طريق للطعن في الأحكام الغيابية و ذلك بأن يتقدم المدعى عليه إلى نفس الجهة القضائية مصدرة الحكم و أن يطلب منها إعادة النظر في الدعوى على ضوء ما سيقدمه من أدلة و دفوع [1]، ولقد اختلف موقف الفقه في الجزائر بين مؤيد ومعارض لإمكانية خضوع الأوامر الاستعجالية الصادرة غيابيا عن المحاكم الإدارية للطعن بطريقة المعارضة ، ويرجع السبب في ذلك إلى تضارب النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع ضمن ق.ا.م.ا حيث أنه وبالرجوع لنص المادة 303 من نفس القانون[2] نجدها نصت على ما يلي: " **لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق ، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن كما أنه غير قابل للمعارضة ...**"

بينما نجد المادة 304 من نفس القانون نصت على إمكانية خضوع الأوامر الاستعجالية الصادرة غيابيا في أخر درجة للطعن بالمعارضة ، وبما أن الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحكمة الإدارية في مادة الصفقات العمومية تصدر بأول درجة فحسب منطوق المادة فلا يمكن الطعن فيها بالمعارضة ، وهو نفس الأمر الذي يفهم من خلال نص المادة 953 من ق إ م إ والتي حددت الأعمال القضائية التي يمكن أن تخضع للطعن بالمعارضة سواء تلك الصادرة عن

[1]– عبد القادر عدو، المرجع السابق ، ص 293.

[2]– وردت هذه المادة ضمن الفصل الخامس من الباب الثامن من كتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية.

المحاكم الإدارية أو عن مجلس الدولة حيث ذكرت الأحكام والقرارات القضائية الصادرة غيابيا دون أن تذكر الأوامر الاستعجالية.

ولعل المشرع يهدف من وراء ذلك إلى الإسراع في استقرار الأوضاع التي تقررها أو تنشئها الأوامر الاستعجالية بالإضافة إلى حمل الخصوم على حضور الجلسات لكيلا يعوق غيابهم سير القضايا المستعجلة [1]، ولهذا يجب على القاضي الإداري التقيد بالنص القانوني حيث لا يمكنه أن يبتدع إجراء لم يقرره المشرع.

غير أن البعض[2] يستند إلى إمكانية خضوع الأوامر الاستعجالية الصادرة غيابيا عن المحاكم الإدارية إلى تفسير نص المادة 950 من ق إ م إ والتي حددت سريان أجل الاستئناف بالنسبة للأوامر الاستعجالية بمدة خمسة عشر (15) يوما تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر إلى المعني أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا كما أن الأوامر الاستعجالية الصادرة في هذه الدعوى تحسم في موضوع النزاع (كما رأينا سابقا) ولهذا وجب مراعاة مبدأ التقاضي على درجتين بالنسبة لأطراف النزاع باعتباره حقا دستوريا.

[1]– حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة رقم 04 سنة 2006 ، ص218.

[2]– الكنتاوي عبد الله ، الأطروحة السابقة ، ص306.

أما بالنسبة لوجهة نظرنا حول الموضوع فإننا نعتقد عدم إمكانية خضوع الأوامر الاستعجالية لطريق الطعن بالمعارضة و أن صياغة المادة 950 من ق ا م ا لم تكن مضبوطة كما ينبغي الأمر الذي جعل من البعض يعتقد بإمكانية خضوع الأوامر الاستعجالية للطعن بالمعارضة.

وفي هدا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 142612 الصادر بتاريخ 1997/03/16 في قضية(بلدية فرعون ضد س.خ)[1] بتأييد الأمر المستأنف فيه الصادر عن مجلس قضاء بجاية والدي قضى بعدم قبول المعارضة ضد الأوامر الاستعجالية وجاء في إحدى حيثيات القرار ما يأتي :

"**حيث أن الفقرة الأخيرة من هده المادة (188) تنص بان الآمر الصادر في المادة الاستعجالية الإدارية قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في ميعاد 15 يوما من تاريخ تبليغه.**

حيث أن هده الفقرة والفقرات الأخرى لا تنص تماما على المعارضة .

حيث انه مبدأ في مبادئ القانون هو انه لا يتم التطرق لشيء لم يتطرق إليه المشرع

حيث إن مجلس قضاء بجاية لما رفض المعارضة ضد أمر استعجالي إداري فقد أصاب جزئيا ولهده الأسباب تقضي المحكمة العليا

في الشكل قبول الاستئناف

[1] – المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1997 ص 116.

في الموضوع تأييد الأمر المستأنف فيه"

والجدير بالذكر هو أن المحكمة العليا لما قضت برفض المعارضة ضد الأوامر الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية استندت إلى نص المادة 188 من ق.ا.م.م التي تقابل نص المادة 950 من ق.ا.م.ا .

الفرع الثالث: الطعن بالنقص.

منح المشرع الجزائري لمجلس الدولة صلاحية النقض في القرارات الصادرة في أخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية وذلك ما أكدته المادة 903 منٌ إ م إ. والتي نصت على ما يلي:

"**يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية...**"

ويترتب على ممارسة الطعن بالنقض النتائج الآتية:

* يحدد أجل الطعن النقض بشهرين تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للمقرر محل الطعن [1].

* تخضع الأحكام المتعلقة بأوجه الطعن بالنقض لنص المادة 358 من ق إ م إ المشتركة بين جميع الهيئات القضائية.

* الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف [1].

[1]– المادة 956 من ق إ م إ

وقد يترتب عن إمكانية الطعن بالنقص ضد الأوامر الاستعجالية [2]وضعية جد متشابكة تتعلق بحالة إذا ما قامت المصلحة المتعاقدة بإبرام العقد أو الصفقة خلال سير إجراءات الطعن بالنقض.

ولكن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الصدد: هل تفصل المحكمة الإدارية بصدد الفصل في هذه الدعوى بالدرجة الأخيرة حتى يمكن القول بقابلية الأوامر الصادرة عنها بصفة الاستعجال للطعن بالنقض؟؟

[1]– المادة 909 من ق إ م إ

[2]– لحسين بن شيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص211.

خلاصة الباب الأول:

استنادا إلى ما تم التطرق لدراسته ضمن الباب الأول من هذه الدراسة نخلص إلى جملة من النتائج يمكن إيجازها فيما يأتي:

* حرص المشرع الجزائري على تكريس مبدأ الشفافية خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة و إحاطته بالضمانات القانونية والقضائية اللازمة حماية للمال العام ، وذلك من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة على احترام الشكليات و الإجراءات المتعلقة بمرحلة إبرام الصفقات العمومية ، ويظهر ذلك جليا من خلال تكثيف آليات الرقابة القضائية على المنازعات التي يمكن أن تطرأ خلال هذه المرحلة ، حيث يمكن أن يدخل النزاع في ولاية القاضي الإداري عن طريق دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل أو الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية كما يمكن أن يدخل ضمن اختصاص القاضي الجزائي متى كانت تلك التجاوزات التي تطرأ في مرحلة الإبرام تشكل جرائم حسب التشريع المعمول به (جرائم الرشوة ، المحاباة..).

* الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال منازعات إبرام الصفقات العمومية يصنف ضمن دعاوى القضاء الكامل بالنظر للسلطات الواسعة والمتميزة التي يتمتع بها القاضي في إطار الفصل في هذه الدعوى وهذا ما يميزها عن باقي الدعاوى القضائية الاستعجالية.

* إن تبني المشرع الجزائري للطعن الاستعجالي قبل التعاقدي ضمن نص المادتين 946 و947 من القانون رقم 09/08 هو حتمية أملتها ضرورات المصلحة العامة ، فمن جهة أولى فهو يمكن الإدارة العامة من اختيار العرض الأفضل من بين عروض عدة مرشحين وفقا لها تمليه قواعد العلانية والمنافسة النزيهة ، ومن جهة ثانية يعتبر هذا النوع من الطعون ضمانة للمتعامل الاقتصادي يخول له حق اللجوء إليها في حالة وجود إخلال بالتزامات المذكورة سابقا خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة.

* تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين المرشحين للظفر بالصفقة والذي يعتبر تجسيده نتيجة لاحترام قواعد العلانية والوضع في المنافسة خلال مرحلة الإبرام.

* توسيع المشرع الجزائري لصفة المدعي رافع هذه الدعوى لتشمل كل من له مصلحة في إبرام العقد أو الصفقة وهو الغير المتضرر أو الذي قد يتضرر من جراء الإخلال بتلك الالتزامات بالإضافة إلى الوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى إقليم الولاية وذلك فيما يخص الصفقات التي تبرمها الجماعات الإقليمية أو المؤسسة العامة الإدارية المحلية.

* الطابع الوقائي الذي تتميز به هذه الدعوى دفع بالمشرع للنص صراحة على إمكانية رفعها قبل إبرام العقد تفاديا لإبرامه قبل صدور حكم فيها الأمر الذي ينتفي معه الدور الوقائي لهذه الدعوى.

* تحديد المشرع الجزائري لموقفه من مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة والذي كرسه القضاء الإداري في الجزائر في العديد من قراراته بالرغم من غياب النص القانوني الذي يمنع القاضي من ذلك ، وتجلى ذلك بوضوح من خلال منح القاضي الفاصل في هذه الدعوى سلطات متميزة تقوم أساسا على سلطة الأمر (أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته ، الأمر بتأجيل إمضاء العقد..).

* أن ممارسة القاضي للسلطات الممنوحة له بصدد الفصل في هذه الدعوى هو أمر جواري حيث يخضع استعمالها للسلطة التقديرية للقاضي حسب وقائع وظروف كل نزاع .

*إن إقرار المشرع لسلطة فرض الغرامة التهديدية كان الهدف من وراءه هو إجبار المصلحة المتعاقدة على تنفيذ الأمر القضائي بالامتثال لالتزاماتها والضغط عليها تحت طائلة التهديد المالي.

ومنه نخلص إلى القول بأهمية هذه الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ومدى تأثيرها على مرحلة إبرام الصفقة العامة من خلال سرعة الفصل فيها حماية لمشروع الصفقة العامة من جهة وضمان لاستمرارية المرفق العام من جهة أخرى.

كما تجدر الإشارة إلى أن مجالات تدخل قاضي الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية خلال مرحلة إبرام العقد أو الصفقة هي أوسع منها في مرحلة التنفيذ بهدف الحفاظ على العلاقة

العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها ، وضمانا لحسن تنفيذ مشروع الصفقة العامة وذلك ما أكده المشرع الجزائري من خلال (ت ص ع ت م ع).

وذلك من خلال حث المصلحة المتعاقدة على البحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها للوصول إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة بالإضافة إلى الحصول على تسوية نهائية وبأقل تكلفة وذلك ما سيتم التطرق له في إطار الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الثاني: الاستعجال بحكم الطبيعة في منازعات الصفقات العمومية.

تم التطرق في إطار الباب الأول من هذه الدراسة إلى الأساس الذي يستند إليه قاضي الاستعجال في نظر المنازعات المرتبطة بعملية إبرام الصفقة العامة ، والمتمثل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية المنظمة بموجب المادتين 946 و947 من ق.إ.م.إ وهو أمر يحسب للمشرع الجزائري الذي استحدث هذا النوع من الطعون الاستعجالية في مرحلة إبرام الصفقة العامة قصد تكثيف عملية الرقابة القضائية خلال هذه المرحلة حماية لها من ظاهرة الفساد الإداري.

غير أنه وبالرغم من السلطات الواسعة الممنوحة لقاضي الاستعجال بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والتي قد يمس الحكم فيها أصل الحق (على النحو السابق بيانه ضمن الباب الأول) إلا أن صلاحية النظر في النزاع من قبله تخص المسائل و الإجراءات المتعلقة بعملية الإبرام دون سواها والتي تنتهي بمجرد إمضاء العقد أو الصفقة.

أما بالنسبة للمسائل المستعجلة التي قد تطرأ عند تنفيذ الصفقة العامة والتي تبقى مسألة إثارتها حكرا على أطراف العلاقة التعاقدية دون غيرهم ، فتدخل تلك الدعاوى الاستعجالية ضمن اختصاص القضاء الكامل باعتبارها جزءا يتفرع عن المنازعة الأصلية وذلكم ما سيتم التطرق لدراسته في هذا الباب والذي ارتأينا تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: اختصاص القضاء الاستعجالي بالفصل في منازعات تنفيذ الصفقة العامة.

الفصل الثاني: صور الدعاوى القضائية الاستعجالية المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة.

الفصل الأول: اختصاص قضاء الاستعجال بالفصل في منازعات تنفيذ الصفقة العامة.

يعتبر اختصاص القضاء الكامل بالفصل في المنازعات المتعلقة بوجود العقد الإداري اختصاص أصيل مخول له بموجب النصوص القانونية الموزعة للاختصاص القضائي على جهات القضاء الإداري ، وهو بذلك يختص بالنظر في جميع المسائل المرتبطة بالعقد المبرم سواء ما تعلق منها بصحة انعقاده أو تنفيذه أو انقضاءه ، كما يختص تبعا لذلك بالنظر في جميع الدعاوى الاستعجالية التي قد تطرأ بعد إبرام العقد الإداري ويمكن أن تحدث نتائج يصعب تداركها، وتبعا لذلك يقوم قاضي الاستعجال باتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة حماية للحق إلى غاية الفصل في الموضوع الأصلي للنزاع.

لذلك سيتم التطرق من خلال هذا الفصل إلى دراسة أساس اختصاص القضاء الكامل بالفصل في الطلبات المستعجلة المتعلقة بمراحل ما بعد إبرام العقد الإداري أو الصفقة العامة ضمن المبحث الأول ، بينما يفرد المبحث الثاني من هذا الفصل إلى دراسة شروط قبول الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة.

المبحث الأول: اختصاص القضاء الكامل بالدعاوى الاستعجالية المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة.

لدراسة الأساس الذي يستند إليه القضاء الكامل بالنظر في الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية أو العقود الإدارية ينبغي التطرق أولا إلى دراسة قواعد الاختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية باعتبار تلك الدعاوى الاستعجالية مسائل متفرعة عن الدعوى الأصلية وما يختص به الأصل يؤول إلى الفرع ، وذلك من خلال بيان الجهة القضائية المختصة بالنزاع وظيفيا أو ما يعرف بالاختصاص النوعي (المطلب الأول) وبعد ذلك ينبغي تحديد كيفية توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية من نفس النوع بناءا على التقسيم القضائي المعتمد من طرف المشرع و ذلكم ما سيتم التطرق لدراسته من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قواعد الاختصاص النوعي في مادة الصفقات العمومية

يدخل موضوع توزيع الاختصاص القضائي بين الجهة القضائية الفاصلة في المادة الاستعجالية وبين الجهة القضائية الفاصلة في الموضوع ضمن الاختصاص النوعي كقاعدة عامة ومعروفة في فقه المرافعات [1] ، وهو الأمر الذي كان معمولا به في قانون الإجراءات المدنية الملغى الأمر رقم

[1]– يراجع في هذه الصدد:
مؤلف مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، "نظرية الاختصاص" الجزء 2 . د.م.ج الجزائر، 2013 ، ص 132.

154/66 ، غير أن الأمر قد تغير في ظل ق.إ.م.إ والذي قام بتوحيد الجهة القضائية الفاصلة في المادة الاستعجالية وجعل منها نفس الجهة التي تفصل في دعاوى الموضوع [1].

ولهذا سنتولى من خلال هذا المطلب دراسة قواعد الاختصاص النوعي في مادة الصفقات العمومية من خلال فروع البحث الآتية:

الفرع الأول: المعيار العضوي كأساس لتحديد اختصاص القاضي الإداري.

نظم المشرع الجزائري قواعد الاختصاص القضائي في المادة الإدارية في العديد من النصوص القانونية أهمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك ضمن الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الرابع منه ، حيث نجد المادة 800 من نفس القانون نصت على ما يلي:

"المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعة 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"

ما يلاحظ من خلال نص المادة 800 أن المشرع الجزائري قد تبنى وبشكل واضح المعيار العضوي كأساس لتحديد الاختصاص بين جهات القضاء الإداري و العادي من جهة وبين جهات القضاء الإداري في حد ذاتها [2] وذلك بالنظر إلى صفة أطراف النزاع حيث يسهل هذا المعيار

[1]–حيث نصت المادة 917 منه على مايلي: "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البث في دعوى الموضوع".

[2]- للمزيد من التفاصيل حول الموضوع يراجع : عمار بوضياف ، المعيار العضوي و اشكالاته القانونية ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد 05 ، جوان 2011، ص 10.

على المتقاضي تحديد الجهة القضائية المختصة ويجنبه مشقة البحث عنها، و يترتب على تبني هذا المعيار تولي هيئات القضاء الإداري الاختصاص بالفصل في منازعات الصفقات العمومية على النحو الآتي:

أولا: اختصاص المحاكم الإدارية.

أكدت المادة 801 من ق.إ.م.إ اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى القضاء الكامل بصفة عامة بغض النظر عن صفة أطراف النزاع سواء كانت الصفقة مبرمة من طرف سلطة مركزية أو لامركزية ، وبالتالي فهي تختص مبدئيا بالفصل في منازعات الصفقات العمومية باعتبارها جزءا من منازعات القضاء الكامل بناء على المعيار العضوي المكرس في نص المادة 800 من نفس القانون وهو الأمر الذي يتماشى مع نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي حددت نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية ليشمل نفقات كل من الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الإدارية وهذه الأشخاص المعنوية تختص المحاكم الإدارية أصلا بالفصل في المنازعات المترتبة عنها سواء تعلق الأمر بصفقة عامة أم لا.

ثانيا: اختصاص مجلس الدولة

يستند مجلس الدولة لتحديد مجال اختصاصه كقاضي أول وآخر درجة إلى نص المادة 9 من القانون العضوي 01/98 والتي نصت على ما يأتي " **يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في:**

1_الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية آو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية

2_الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات..."

وكذا نص المادة 901 من ق.ا.م.ا. والتي نصت على ما يأتي:

"يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة."

ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادتين القانونيتين السابقتين هو أن اختصاص مجلس الدولة بالفصل في دعاوى الإلغاء أو التفسير أو فحص المشروعية ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية بموجب نص المادة 9 من القانون العضوي 01/98.

وعلى اعتبار الصفقات العمومية عمليات قانونية مركبة تشتمل على جزء من الشروط التعاقدية التي تتم بتوافق إرادة كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها وجزء آخر من الأعمال الانفرادية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بما لها من امتيازات السلطة العامة ، والتي يكون الهدف من وراء إصدارها إما التمهيد لإبرام الصفقة أو تنفيذها أو حتى إنهائها وتأخذ هذه الأعمال شكل القرارات الإدارية التي يمكن أن تكون عرضة للطعن أمام مجلس الدولة بالإلغاء أو التفسير أو فحص

المشروعية إذا كانت صادرة عن الأشخاص المذكورة في نص المادة 09 من القانون العضوي 01/98.

كما يختص مجلس الدولة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية باعتباره **جهة استئناف** في الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية بصدد فصلها في هذا النوع من الدعاوى وذلك ما تؤكده كل من المادتين 10 من القانون العضوي 01/98 والمادة 902 من ق.ا.م.ا وفي هذه الحالة فإن مجلس الدولة يمارس اختصاصه كدرجة ثانية من درجات التقاضي وهو مبدأ مكفول دستوريا.

كما تجب الإشارة بان مجلس الدولة لا يختص بالفصل في منازعات الصفقات العمومية كجهة نقض وذلك إذا تعلق الطعن بأحد القرارات الصادرة عنه بصفة ابتدائية ونهائية بصفته قاضي أول وآخر درجة إثر فصله في دعاوى الإلغاء أو التفسير أو فحص المشروعية للقرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية ، وذلك ما أكده المجلس في العديد من المناسبات

خاصة في قراراه الصادر بتاريخ 2004/01/20 في قضية (...) ضد قرار صادر عن مجلس الدولة [1] حيث صرح المجلس في منطوق القرار بما يأتي :

[1] _ مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 08 سنة 2006، ص 175.

"حيث انه ودون فحص الأوجه المثارة من قبل العارضين يتعين التصريح بان الطعن بالنقض في القرارات التي يكون قد أصدرها مجلس الدولة غير جائز ولهده الأسباب يقضي مجلس الدولة ....التصريح بعدم جوازية الطعن بالنقض شكلا."

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على إعمال المعيار العضوي.

بالرجوع لنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجده وسع من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية ليشمل نوعا آخر من المؤسسات ويتعلق الأمر بالمؤسسة العامة الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري على شرط أن تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وأن تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة.

ويرجع السبب وراء ذلك إلى رغبة المشرع في إتاحة الفرصة لأشخاص القانون الخاص من اجل المشاركة في عملية إبرام وتنفيذ العقود الإدارية باسم السلطة العامة ولحسابها ، غير أن هذا التوسيع في نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية يثير إشكالا بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية التي تبرمها تلك المؤسسة وتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها ذلك على اعتبارها من أشخاص القانون الخاص التي لا يختص القضاء الإداري أصلا بالفصل في المنازعات المترتبة عنها ، كما أنه وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية و تنظيم الصفقات العمومية لا نجد أية إشارة من طرف المشرع لمنح الاختصاص لجهة قضائية معينة بالفصل في

مثل هذا النوع من المنازعات ، الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول الطبيعة القانونية لتلك المؤسسات (أولا) وذالك لتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات المترتبة عنها (ثانيا).

أولا- الطبيعة القانونية للمؤسسة العامة التي تخضع للقانون التجاري.

ما يلاحظ على تشريعات الصفقات العمومية المتعاقبة عدم استقرار المشرع في تحديد الأشخاص المؤهلة قانونا لإبرام صفقة عامة بدقة خاصة فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية أو ذات الطابع الصناعي والتجاري ، فنجده أحيانا يمنح لها الحق بذلك وأحيانا أخرى يسلبها ذلك الحق ويستبعدها من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية ، كما هو الحال بالنسبة للمرسوم الرئاسي 247/15 الذي استبعد المؤسسات العامة الاقتصادية من مجال تطبيقه بموجب المادة 9 من ت ص ع ت م ع وأبقى فقط على المؤسسات العمومية الصناعية التجارية عندما تبرم هذه الأخيرة صفقات عمومية وبشروط محددة.

وتعد المؤسسة العمومية ذات طابع صناعي تجاري على حسب نص المادة 44 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية [1] 01/88 عندما" **تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق بيع عائد إنتاج تجاري ينجر طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء و التقيدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين فإنها تأخذ تسمية "هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري".**

[1]- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية ج.ر.ج.ج عدد 02 لسنة 1988.

ثانيا- الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية لهذا النوع من المؤسسات. إعمالا للمعيار العضوي المكرس بموجب نص المادة 800 من ق ا م ا فإن المحاكم الإدارية لا تختص بالفصل في هذا النوع من المنازعات باعتبارها صاحبة الاختصاص بالفصل في دعاوى القضاء الكامل وذلك ما يتماشى مع مضمون المادة 165 من الدستور التي نصت على ما يأتي **"لا يخضع القاضي إلا للقانون"** وبالتالي فلا يمكن للقضاء أن يخضع منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العامة الصناعية التجارية لاختصاص القضاء الإداري ويخالف بذلك قواعد الاختصاص القضائي التي تعد من النظام العام.

أما عن موقف القضاء الإداري في الجزائر حول هذه المسألة فهو غير مستقر، فنجده أحيانا يرفض الاختصاص بالفصل في هذا النوع من المنازعات تمسكا بالمعيار العضوي كما هو الحال في قضية (أ.ح) ضد الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري ملف رقم: 004841 جلسة 2003/4/15 حيث قضى المجلس بأن هذه الوكالة هي مؤسسة عامة ذات طابع صناعي تجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية طبقا لنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية [1].

ونجده أحيانا أخرى يقبل الاختصاص بالفصل في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها تلك المؤسسات بناء على معايير أخرى غير المعيار العضوي على النحو الآتي:

[1]- مجلة مجلس الدولة الجزائري العدد 04 لسنة 2003 ص 77.

1-الأخذ بمعيار الوكالة.

بما أن توسيع مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية على المؤسسة العامة الصناعية التجارية مقيد بشرطين هما:

أ- أن تكلف هذه المؤسسة بإنجاز مشاريع عمومية وبمساهمة كلية أو جزئية بصفة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية.

ب- أن تتخذ هذه المؤسسة في العقد صفة المصلحة المتعاقدة.

ما يلاحظ أن هذه الشروط تنبئ عن تكليف الشخص المعنوي العام لشخص آخر بإبرام صفقة عمومية بدلا عنه وذلك ما يوحى بإمكانية الأخذ بمعيار الوكالة.

2- **كما يمكن الأخذ أيضا بمعيار تمويل الصفقة (الأموال العامة)** وذلك ما يستنبط من خلال اشتراط المشرع لعملية تمويل الصفقة بصفة كلية أو جزئية وبمساهمة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الشخص المعنوي العام.

وبناء على ذلك يمكن أن تخضع لاختصاص القضاء الإداري المنازعات المرتبطة بالصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العامة الصناعية التجارية بالأخذ بمعيار الأموال العامة وذلك ما أكدته محكمة التنازع في قرارها الصادر في 2007/11/13 في قضية السيد مدير مؤسسة البناء (ق.ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمينات (SAA) والتي صرحت بعدم اختصاص القضاء الإداري بالفصل في النزاع الحالي حيث جاء في قرارها **"حيث أنه إذا كان بالفعل الصفقة المبرمة بين**

السيد ... مدير مؤسسة البناء (ق.ج) والشركة الجزائرية للتأمينات (SAA) وحدة بشار الممثلة في مديرها فإن الشركة الجزائرية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية صناعية تجارية (EPIC) وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة... وان اختصاص الفصل في النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية"[1].

وسواء عقد الاختصاص القضائي بنظر منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العامة الصناعية التجارية للقضاء العادي أو الإداري فإن ذلك الأمر سوف يطرح العديد من التساؤلات يمكن بيانها فيما يأتي:

- إذا عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي تكريسا للمعيار العضوي فما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح ، هل يطبق القاضي قواعد القانون العام أم قواعد القانون الخاص؟

وإذا عمد القاضي إلى تطبيق قواعد القانون الخاص على نزاع يتعلق أساسا بصفقة عامة تم إبرامها وفقا لمبادئ القانون العام (تنظيم الصفقات العمومية) فما الجدوى إذن من عملية تمويل الصفقة العامة من ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات الإقليمية ؟

[1]- القرار رقم 42 صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13 في قضية "ق ج " ضد "الشركة الجزائرية للتامين S A A " وحدة بشار منشور بمجلة مجلس الدولة العدد9 سنة 2009 .

أما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون العام من طرف القاضي فإن هذا الأمر يشكل صعوبة عليه لأنه يتعامل مع قواعد قانونية غريبة عنه و عن قواعد القانون الخاص التي ألف التعامل معها في النزاعات المطروحة أمامه.

أما إذا سلمنا باختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في هذا النوع من المنازعات فما هو الأساس الذي يتم الاعتماد عليه في تحديد اختصاص القاضي الإداري؟

هل يتم الاعتماد على المعيار الموضوعي بناء على نص المادتين 55 و56 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية وهو معيار مكرس بنص القانون في هذه الحالة؟

أم يتم الاستناد إلى معيار الوكالة وبالتالي الاحتفاظ بتطبيق المعيار العضوي ويجد معيار الوكالة أساسه في عملية تمويل الصفقة من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية وهو ما يجعل الخزينة العامة طرف أساسيا في النزاع.

الفرع الثالث: جزاء مخالفة قواعد الاختصاص النوعي.

تلعب فكرة النظام العام في مجال النشاط الإجرائي دورا بالغ الأهمية في تغليب المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير جهاز العدالة على مصلحة أطراف النزاع الشخصية وعلى اعتبار أن قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام تأكيدا لنص المادة 807 من ق.إ.م.إ سواء بالنسبة للقضاة أو الخصوم فإنه يترتب عن ذلك ما يأتي:

*أنه يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

*أنه يتعين على الخصوم الدفع بعدم الاختصاص في جميع مراحل الخصومة.

*أن مسألة الاختصاص النوعي وعلاقته بالنظام العام ثم تنظيمها بموجب قاعدة قانونية آمرة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها وهي ملزمة لكل من القاضي والمتقاضي على حد السواء كما أنه يجب على القاضي الإلمام بها تحت طائلة تعريض حكمه للبطلان من طرف المحكمة التي تعلوه درجة.

و مراعاة للاعتبارات السابقة فمتى ظهر لقاضي الاستعجال أن الطب المقدم أمامه لا يدخل في اختصاص الجهة القضائية الإدارية أصلا يكون عليه الحكم بعدم الاختصاص النوعي.

أما إذا كان النزاع يدخل في اختصاص الجهة القضائية الإدارية غير أنه لا يتوافر فيه عنصر الاستعجال أو كان الطلب غير مؤسس ، فإنه يتوجب عليه الفصل برفض الطلب بموجب أمر مسبب تطبيقا لنص المادة 924 من ق.إ.م.إ.

غير أن الأحكام المتعارف عليها في فقه المرافعات تدعوا في هذه الحالة الأخيرة إلى التصريح بعدم الاختصاص النوعي وليس برفض الطلب على اعتبار أن توزيع قواعد الاختصاص بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال تتدرج ضمن الاختصاص النوعي ، وأن رفض الطلب كإجراء يصدر عن قاضي الموضوع وليس عن قاضي الاستعجال .

ويبدو أن قضاة مجلس الدولة في الجزائر مازالوا متمسكين بهذه القاعدة حيث صرح المجلس بعدم الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال في نزاع قائم [1] بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها ثم رفعه بعد إبرام العقد وتنفيذه وتسليم المشروع بصفة مؤقتة و أن الاختصاص في هذه الحالة ينعقد لقاضي الموضوع وليس لقاضي الاستعجال.

المطلب الثاني: قواعد الاختصاص المحلي (الإقليمي) في مادة الصفقات العمومية.

يقصد بقواعد الاختصاص المحلي مجموع القواعد المبنية للجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع المطروح بناءا على معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي وتكمن أهمية قواعد الاختصاص المحلي أو الإقليمي باعتبارها قواعد مكملة لقواعد الاختصاص النوعي في أنها تمكن كل من القاضي والمتقاضي من تحديد الجهة القضائية المختصة بشكل دقيق خاصة في ظل تعدد الهيئات القضائية التي تنتمي إلى نفس النوع و في ظل الازدواجية القضائية التي تعيشها الجزائر.

كما أن الهدف من وراء تحديد القواعد المتعلقة بالاختصاص الإقليمي هو تيسير الأمر على المدعى عليه حيث حدد المشرع الجزائري قاعدة عامة بموجب نص المادة 37 من ق.إ.م.إ[2] يسند بموجبها الاختصاص بالفصل في النزاع إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، وهي نفس القاعدة المعمول بها في المواد المدنية على اعتبار أن الدين مطلوب

[1]– قضية ولاية البيض ضد (ا.ع.م) قرار منشور انظر الملحق رقم 05.

[2]– نصت المادة 37 من ق إ م إ على ما يلي: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

وليس محمول ويفرض على المدعي أن يسعى للمطالبة بدينه أمام الجهة القضائية لموطن المدعى عليه.

وفي هذا الصدد وضع المشرع الجزائري العديد من الاحتمالات بالنسبة لقاعدة موطن المدعى عليه سواء كان موطنه المعروف أو آخر موطن له أو موطنه المختار كما يمكن أن ينعقد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحد المدعى عليهم وذلك في حالة تعددهم تفاديا لصدور عدة أحكام قضائية متناقضة لنفس النزاع.

وعلى الرغم من أهمية قاعدة موطن المدعى عليه في تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا إلا أنه وبصدد تحديد قواعد الاختصاص الإقليمي في مادة الصفقات العمومية وجب التمييز بين المنازعات التي تخضع لاختصاص القضاء الإداري (الفرع الأول) وبين المنازعات التي تؤول عملية الفصل فيها لاختصاص القضاء العادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي لهيئات القضاء الإداري.

تتكون هيئات القضاء الإداري في الجزائر من محاكم إدارية في القاعدة وتعتبر جهات الولاية العامة للنظر في المنازعات الإدارية [1] بالإضافة إلى مجلس الدولة في القمة باعتباره هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية ويسند له الاختصاص بالفصل في جميع القضايا المخولة له

[1]– تنص المادة 800 من ق.إ.م.إ على ما يلي: " 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."

بموجب النصوص القانونية المحددة لاختصاصه[1] ، واختصاصه في هذا المجال وطني وبالتالي لا يطرح أي إشكال فيما يخص تحديد الاختصاص الإقليمي له ، بل أن أهمية تحديد قواعد الاختصاص الإقليمي تخص المحاكم الإدارية وذلك بالنظر لتعددها على المستوى الوطني و بهذا الصدد نصت المادة 803 من ق.إ.م.إ على ما يأتي: **"يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقا للمادتين 37 و38 من هذا القانون"**

وبالرجوع لنص المادتين نجد أن المشرع الجزائري قد أورد من خلالهما قاعدة عامة لتحديد الاختصاص الإقليمي وهي قاعدة موطن المدعى عليه ، غير أن هذه القاعدة تتماشى أكثر والمواد المدنية دون المواد الإدارية التي لا مجال فيها للتصور بعدم وجود موطن المدعى عليه أو تعدده ، ذلك أن المدعى عليه في النزاع الإداري دائما ما يكون الإدارة العامة التي لها موطن معلوم كنتيجة مترتبة عن إضفاء الشخصية القانونية عليها.

وبالتالي فقاعدة موطن المدعى عليه ترد عليها استثناءات حددتها المادة 804 من ق.إ.م.إ يمكن بيانها على النحو الآتي:

1-**في مادة الأشغال العمومية** حددت الفقرة الثانية من نفس المادة الجهة القضائية المختصة بالمحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال وهذا المعيار منطقي يسهل على القاضي الفاصل في النزاع إجراء عملية التحقيق والمعاينة للعقار محل النزاع ، غير أن التساؤل

[1]-**تعتبر كل من المواد 9، 10، 11، من القانون العضوي 01/98 والمواد 901 و902 و903 من ق.إ.م.إ الأساس القانوني الذي يستند إليه مجلس الدولة في تحديد اختصاصه القضائي.**

الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هو: ماذا لو كان مكان تنفيذ الأشغال يمتد ليشمل دائرة اختصاص أكثر من محكمة إدارية واحدة لكون المكان تتداخل فيه الحدود الجغرافية بين أقاليم المحاكم الإدارية التي يتوزع حسبه اختصاص القضاء الإداري[1] ، فإلى أي محكمة يعقد الاختصاص بالنظر في النزاع في هذه الحالة؟

2-**في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها** (بما فيها الصفقات العمومية التي تعتبر أحد أهم أنواعها) يختص بالفصل في النزاع إقليميا المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه وذلك ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 804 ويلاحظ في هذه الحالة أن المشرع منح للخصوم إمكانية الاختيار بين مكان الإبرام أو التنفيذ ، محاولا بذلك إيجاد حل في حالة تعدد مكان تنفيذ العقد (كما هو الحال في الحالة السابقة المتعلقة بالأشغال العمومية) غير أن هذا الحل يمكنه أيضا أن يؤدي إلى تنازع الاختصاص بين المحاكم الإدارية خاصة إذا كان مكان إبرام العقد يختلف عن مكان تنفيذه.

فإذا ما اختار أحد الخصوم رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد وعمد الخصم الآخر إلى رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية التي يندرج في

[1] – بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011 ص 93.

اختصاصها مكان التنفيذ خاصة إذا كان يقيم بمكان التنفيذ[1]، فإلى أي جهة قضائية يؤول الفصل في النزاع؟

على الرغم من عديد الانتقادات الموجهة لنص المادة 804 من ق.إ.م.إ والمعايير التي اعتمدها المشرع الجزائري في تحديد قواعد الاختصاص الإقليمي في مادة الصفقات العمومية ، خاصة فيما يتعلق بمادة الأشغال العمومية حيث نجد المشرع يسندها تارة لمحكمة مكان تنفيذ الأشغال وتارة أخرى إلى محكمة الإبرام أو التنفيذ إذا كان أحد الخصوم مقيما به ، وهذا التكرار من شأنه أن يؤدي إلى التناقض ، إلا أن الشيء الملاحظ في هذا الصدد هو رغبة المشرع الجزائري في إيجاد الحلول لكافة الإشكالات التي قد تطرأ بشأن منازعات الصفقات العمومية.

كما تجدر الإشارة إلى أن قواعد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية مسألة من النظام العام يمكن إثارتها من طرف أحد الخصوم وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى كما يمكن إثارتها تلقائيا من طرف القاضي وذلك ما أكدته المادة 807 من ق.إ.م.إ.

وغني عن البيان أن قواعد الاختصاص القضائي الإداري من النظام العام ، ويتوجب على الأفراد احترامها والالتزام بها نظرا لما تحققه من المصلحة العامة على اعتبار أنها قواعد آمرة يمكن إثارتها من طرف القاضي من تلقاء نفسه كما يمكن إثارتها من طرف الخصوم في أية مرحلة

[1]– وذلك ما أكدته الفقرة 06 من المادة 804 من ق.إ.م.إ التي نصت "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام محكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به."

كانت عليها الدعوى ولا مجال لإرادة الخصوم في تحديد مسألة الاختصاص القضائي التي تبقى من صلاحيات المشرع وتحدد وفقا لمحتوى كل نزاع نوعيا أو محليا [1].

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي لهيئات القضاء العادي.

يختص القضاء العادي بالفصل في منازعات الصفقات العمومية بموجب مفهوم المخالفة لنص المادتين 800 و801 من ق.إ.م.إ المحددتين للاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية ويتعلق الأمر في هذه الحالة بمنازعات الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها مؤسسة عامة صناعية تجارية ويعد اختصاص القضاء العادي بالفصل في هذا النوع من الدعاوى استثناء على الأصل العام والذي مفاده اختصاص القضاء الإداري بالفصل في دعاوى القضاء الكامل بصفة عامة ، وفي هذا الإطار يتمتع القضاء العادي بالسلطة الكاملة للفصل في النزاع المطروح أمامه ويتحدد الاختصاص الإقليمي لهيئات القضاء العادي ، وفقا لنص المادة 37 من ق.إ.م.إ والتي تمنح الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

كما يمكن أن يتحدد الاختصاص وفقا للفقرة الثالثة من المادة 39 من ق.إ.م.إ والتي تمنح الاختصاص في مادة التوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية للجهة القضائية التي يقع في دائرة واختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه ، كما يكون لأطراف النزاع حرية

[1]–العربي وردية ، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2010/2009 ، ص 33.

الاختيار في تحديد الاختصاص الإقليمي بحكم صفة التاجر المتوفرة في كل من طرفي الصفقة[1] وذلك ما أكدته المادة 45 من ق.إ.م.إ والتي نصت على ما يأتي: **"يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار".**

المبحث الثاني: شروط رفع الدعوى الاستعجالية أمام جهات القضاء الإداري.

يتطلب تدخل قضاء الاستعجال للفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والتي تنشأ بعد إبرام العقد توافر مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالشروط العامة لرفع الدعوى والتي تشترك فيها جميع الدعاوى القضائية **(المطلب الأول)** ، ومنها يخص الدعوى الاستعجالية دون غيرها من الدعاوى ويتعلق الأمر أساسا بشرط توافر حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق إضافة إلى شرط احترام أجل ملائم لرفع الدعوى الاستعجالية وذلكم ما سيتم التطرق لدراسته من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: الشروط العامة لرفع الدعوى.

وهي مجموعة الشروط المقررة بموجب نص القانون و الواردة ضمن ق.إ.م.إ سواء تلك المتعلقة بأطراف النزاع من صفة ومصلحة وشرط التمثيل بمحام أو الشروط الأخرى المتعلقة بعريضة الدعوى.

[1]– بن بوزيد دعبار نورة ، منازعات الصفقات العمومية ، مجلة دفاتر السياسية والقانون ، العدد الخامس عشر ، جوان 2016 ، ص 444.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بأطراف النزاع.

أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 من ق.إ.م.إ قاعدة هامة في فقه المرافعات مفادها أنه لا يمكن لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة في النزاع ، أما عن شرط الأهلية والذي كان مكرسا في ظل ق.إ.م السابق بالإضافة إلى شرطي الصفة والمصلحة فقد استغنى عنه المشرع كشرط لقبول الدعوى واعتبره مسألة موضوعية يترتب عن تخلفه الدفع ببطلان الإجراءات القضائية.

أولا: شرط الصفة.

الصفة في التقاضي هي السلطة التي يمارس بمقتضاها الشخص الدعوى أمام القضاء بحيث لا يساغ تقديم الدعوى من غير ذي صفة كما لا يجوز رفعها على غير ذي صفة [1] ، كما يمكن اعتبارها القدرة المخولة للشخص للمثول أمام القضاء في الدعوى كمدع أو كمدعى عليه بالنسبة للفرد كونه أصيلا أو وكيلا أو وصيا أو ممثلا قانونيا عنه و بالنسبة للإدارة كونه صاحب الاختصاص في التعبير عن الجهة الإدارية المدعية أو المدعى عليها في الدعوى [2].

أما عن شرط الصفة في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 13 من ق.إ.م.إ على ما يلي:

[1] – محمود عدنان مكية ، الدليل إلى قضاء الأمور المستعجلة ين النظرية والتطبيق ومن المنفرد إلى التمييز ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، طبعة 2013 ، ص 49.

[2] – التعريف لمصطفى كمال وصفي عن كتابه أصول إجراءات القضاء الإداري ، نقلا عن خضري حمزة ، الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2005/2004. ص 101.

"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ... يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه...."

من خلال القراءة والتمعن في نص المادة السابقة يتضح لنا أن المشرع كرس مبادئ هامة تتعلق بالجانب الإجرائي لرفع الدعوى وقبولها يمكن إيجازها فيما يأتي:

* أن المشرع الجزائري اعتبر الصفة شرطا جوهريا لقبول الدعوى بحيث يترتب على تخلفها أن تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى.

* أن الصفة كشرط لقبول الدعوى وجب توافره في المدعى وفي المدعى عليه وهو الأمر الذي لم يكن موضحا في ظل ق. إ.م السابق حيث أن صياغة نص المادة 459 منه لم تكن دقيقة بما يوحي وجوب توافر شرط الصفة في طرفي النزاع على حد السواء.

* أن شرط الصفة وبهذا الوصف يتعلق بالنظام العام ويتضح ذلك جليا من خلال الصيغة الآمرة لنص المادة مما يترتب عن ذلك أن القاضي ملزم في حالة انعدامها بالحكم بعدم قبول الدعوى.

* أنه يمكن للخصم الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام شرط الصفة في الخصم الأخر سواء كان مدع أو مدعى عليه أو متدخل في الدعوى أو مدخلا في الخصام ، كما أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق في حالة انعدام هذا الشرط على عدم المنازعة فيه أو الدفع به ، كما أن الدفع بعدم القبول لانعدام شرط الصفة يمكن إثارته تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

وفي هذا الصدد وجب التمييز بين الصفة في الدعوى باعتبارها المركز الذي يمنح لصاحبه وضعية مناسبة لمباشرة الدعوى وبين الصفة في التقاضي تمثيلا لشخص آخر أمام القضاء ، فالقاعدة العامة هي أن يقوم صاحب الحق والذي تربطه صلة مباشرة بالحق أو المركز القانوني المطالب بحمايته بمباشرة الدعوى بنفسه لحيازته على شرط الصفة ، غير أن هذه القاعدة يمكن أن يرد عليها استثناء مفاده أن يقوم الشخص برفع الدعوى أمام الجهة القضائية باسم غيره وتمثيله في الإجراءات ويتحقق ذلك في الحالات الآتية:

*في حالة الوكالة الخاصة بالتقاضي التي تمنح للوكيل حق مباشرة الإجراءات القضائية بدل موكله.

*في حالة الولي أو الوصي أو القيم وذلك في حالة تمثيله للقاصر أو من في حكمه.

*في حالة الشخص المعنوي الذي يقوم بتمثيله أمام القضاء الممثل القانوني عنه سواء كان رئيسه أو مديره أو الممثل القانوني عنه المحدد بموجب القانون أو الذي يحدده عقد إنشاءه.

أما بالنسبة لشرط الصفة في الدعوى الاستعجالية محل الدراسة (المتعلقة بمنازعات تنفيذ الصفقة العامة أو إنهائها) ، فهي تتوافر في كل من المتعاقد مع الإدارة العامة وفي المصلحة المتعاقدة باعتبارهما طرفي العقد أو الصفقة ، وذلك في جميع الدعاوى الاستعجالية التي يمكن أن ترفع أمام القضاء وتتعلق بتنفيذ العقد أو إنهائه ويختص القضاء الكامل بالفصل فيها نوعيا.

وذلك ما أكده القضاء الإداري في الجزائر في العديد من المناسبات بل وذهب إلى أبعد من ذلك حينما اعتبر أن الصفة مازالت قائمة في الخصوم بشأن نزاع يتعلق بصفقة عامة تم إنجازها وتسليمها رفعه السيد (ن.ي) ضد بلدية (أ.م) ممثلة في شخص رئيسها ويخص المطالبة بمبلغ الدين الناتج عن الصفقة [1].

حيث أن طرفي العقد يستمدان الصفة والمصلحة الشخصية المباشرة في هذا الطعن من المركز القانوني الذي يخوله لهما العقد أو الصفقة وأن العلاقة التعاقدية هي من أنشأت لكل من المتعاقد والمصلحة المتعاقدة الصفة في التقاضي.

غير أنه قد تثار إشكالية في غاية من الأهمية وتتعلق بمدى توافر شرط الصفة في الغير الأجنبي عن العقد والذي قد تتضرر مصالحه من جراء القرارات المرتبطة بتنفيذ العقد أو إنهائه.

ويعتبر من الغير في العقد الإداري كل من ليس طرفا فيه ولا تربطه صلة به ولا يعد من الخلف العام أو الخاص بالنسبة لأحد أطراف العقد [2].

فالقاعدة العامة أن الغير الذي تضررت مصالحه من جراء القرارات الإدارية المرتبطة بمرحلة تنفيذ العقد الإداري لا يملك الصفة في الطعن أمام القضاء الكامل الذي تبقى إمكانية الطعن أمامه حكرا على طرفي العقد دون سواهما بناءا على قاعدة نسبية الآثار المتولدة عن العقد ، غير أن هذه القاعدة أورد عليها الاجتهاد القضائي في فرنسا (باعتباره مؤسس نظرية القرارات الإدارية

[1]– القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 2011/6/02 تحت رقم 11/00432 غير منشور وتم نقله عن خالدي مجيدة ، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2012 . ص 26.

[2]– أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، طبعة 2003 ، ص 272.

المنفصلة) استثناءا مفاده إمكانية الطعن من طرف الغير أمام القضاء بإلغاء أحد القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا لعقد إداري والتي تكون قد سببت له ضررا أو مست بمصالحه وأكد هذا الموقف مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1964/4/24 في قضية ''Enonyme de livrasion industrielles'' [1] حيث صرح المجلس بما يأتي:

"أنه من الآن فصاعدا سوف يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في جميع قرارات الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة هن هذا العقد بالنسبة للغير".

كما أكد المجلس ذات الموقف في قراره الصادر بتاريخ 1983/12/09 [2] وذلك عندما قبل الطعن بالإلغاء في قرار الإدارة الذي أصدرته بناءا على شروط تعاقدية وكان هذا القرار يمس بمصالح الغير، حيث تتلخص وقائع القضية في أن محافظ باريس أصدر قرارا يحدد مكان وضع نصب تجميلية على أراضي الدومين العام للمدينة طبقا للاتفاق المبرم مع إحدى الجمعيات المختصة ، ولقد قامت بعض الجمعيات بالطعن في هذا القرار ولهذا صرح مفوض الحكومة بأن المحافظ قد اتخذ هذا القرار بناءا على سلطات لا ترتبط بالعقد إطلاقا ومن ثم يمكن الطعن فيها بالإلغاء طالما اتخذت من جهة الإدارة بصفة أخرى غير صفتها غير التعاقدية أما بالنسبة للغير

[1]– جمال عباس أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 442.

[2]–C.E n° 3066530763. Ville de paris contre société des mobilières urbains pour la publicité et l'information. tirer par : www.conseil-état.fr

فإنها تبدو كقرارات إدارية تحدد أماكن وضع هذه النصب على الدومين العام لمدينة باريس فإن الطعن المقدم من هذه الجمعيات بطلب إبطال قرارات المحافظ يكون مقبولا ".

وبالبناء على ذلك فإنه ومتى تقرر للغير الحق في الطعن بالإلغاء في القرارات المرتبطة بمرحلة تنفيذ العقد الإداري فإنه يكون له أيضا الحق في طلب وفق تنفيذه عن طريق رفع دعوى استعجالية وذلك بالنظر للأثر غير الموقف للطعن ضد القرارات الإدارية إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع (دعوى الإلغاء) ذلك أن الغير قد يتضرر من الآثار التي يرتبها القرار الإداري وتحدث له نتائج يتعذر إصلاحها بعد ذلك ، حتى وإن حكم له بإلغاء القرار الإداري فإن ذلك الحكم لا قيمة له من الناحية العملية لأن تنفيذه لا يعيد الأمر إلى الحالة التي كان عليها من قبل ، ولهذا فإن المطالبة بوقف تنفيذ القرار الإداري المرتبط بعملية تنفيذ العقد الإداري عن طريق دعوى استعجالية يعتبر استثناءا على مبدأ الأثر غير الموقف للطعن ضد القرار الإداري وله طبيعة خاصة تميزه عن قضاء الموضوع (دعوى الإلغاء) حيث يمكن للغير اللجوء إلى قضاء الاستعجال ورفع دعوى استعجالية أمامه فهو يملك الصفة في ذلك من أجل درء خطر أو ضرر يصعب إصلاح نتائجه فيما لو انتظر الفصل نهائيا في دعوى الموضوع.

ثانيا: شرط المصلحة.

1-تعريف شرط المصلحة وتحديد خصائصه.

المصلحة هي شرط جوهري حدده المشرع لقبول الدعوى حيث أنه "لا دعوى حيث لا وجود للمصلحة ''pas d'intérêt pas d'action'' ويترتب على هذه القاعدة أنه لا يمكن للشخص تقديم دعوى أمام القضاء وتقبل منه من دون توافر مصلحة له في ذلك و إلا اعتبر ذلك مضيعة للوقت طالما انه يفتقد المصلحة التي تعتبر سببا للدعوى ومبرر وجودها.

وبناءا على ذلك يقصد بالمصلحة الفائدة العملية المرجوة من رفع الدعوى والتي يراد تحقيقها باللجوء إلى القضاء ، ويختلف مفهوم شرط المصلحة على حسب طبيعة الدعوى ، فالمصلحة في دعاوى القضاء الكامل تقتضي أن يكون لرافع الدعوى حق ذاتي أو مركز قانوني تم الاعتداء عليه أو يحتمل الاعتداء عليه ، بينما المصلحة في دعوى الإلغاء فان معناها يكون أكثر اتساعا بحيث يكفي أن يكون للطاعن مصلحة شخصية ومباشرة من وراء إلغاء القرار المطعون فيه بالإلغاء.

و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أكد شرط المصلحة لقبول الدعوى ضمن نص المادة 13 من ق.إ.م.إ. والتي نصت على ما يلي:

" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون..."

ما يلاحظ من خلال نص المادة السابقة هو أن المشرع يعتد بالمصلحة كشرط لقبول الدعوى كما أنها تتسم بالخصائص الآتية:

أ-المصلحة القانونية والمشروعة

ويقصد بذلك أن المصلحة التي يقرها القانون يجب أن تكون محل اعتراف بالحق أو بالمركز القانوني المراد حمايته عن طريق قواعد قانونية تحميه ، وبمفهوم المخالفة فلا يعتد إذن بالمصلحة الأدبية أو الاقتصادية التي تكون في إطار منافسة غير مشروعة ، كما يجب ألا تكون المصلحة المراد حمايتها مخالفة للنظام العام في الدولة.

ب-المصلحة القائمة أو المحتملة.

ويقصد بالمصلحة القائمة متى كان من المؤكد وجود اعتداء أو تهديد به على حق أو مركز قانوني معين وأن المدعي سينال حتما فائدة من وراء الحكم له بطلباته كما يقصد بالمصلحة المحققة وجود ضرر فعلي يمس بمصلحة المدعي على نحو لا مجال للشك فيه.

أما عن المصلحة المحتملة فتعني تهديد فعلي ظاهر أو وشيك للحق أو للمركز القانوني للشخص يستدعي تدخل القضاء لبسط الحماية القضائية وقاية له من ضرر محقق الحدوث مستقبلا [1].

[1]- خالدي مجبدة ، المذكرة السابقة ، ص 29.

وفي إطار الدعوى الاستعجالية فإنه يشترط لقبول الدعوى أن تكون المصلحة محمية بموجب نص القانون كما يمكن أن تكون قائمة أو محتملة وهنا يبرز الدور الوقائي للدعوى الاستعجالية في حماية المصالح المستقبلية التي يحميها القانون عن طريق اتخاذ تدابير مستعجلة تتميز بالطابع الوقائي.

غير أنه يلاحظ من خلال نص المادة 13 السابقة أن المشرع الجزائري لم يتطرق لخاصيتي المصلحة الشخصية والمباشرة لقبول الدعوى ، حيث يقصد بالمصلحة الشخصية أن يتم رفع الدعوى من صاحب الحق المراد حمايته أو من طرف من ينوب عنه.

أما عن المصلحة المباشرة فيقصد بها أن يكون الاعتداء أو وشوك وقوعه يؤثر مباشرة على الحق أو المركز القانوني للمدعي .

وتجدر الإشارة إلى أن توافر شرط المصلحة يجب أن يكون وقت رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة ولا يشترط المشرع استمرارها إلى غاية الفصل في النزاع.

2-الطبيعة القانونية لشرط المصلحة.

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 13 من ق.إ.م.إ. عل وجوب توافر شرطي الصفة والمصلحة لقبول الدعوى ، إلا أنه ومن خلال نفس المادة أكد على اعتبار شرط الصفة من النظام العام يثير القاضي انعدامه تلقائيا في المدعي أو في المدعى عليه دون أن يؤكد ذلك بالنسبة لشرط المصلحة ، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول الطبيعة القانونية لشرط المصلحة؟

بالاعتماد على القواعد العامة لتفسير النصوص القانونية يتضح جليا أن إرادة المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 13 السابقة لم تتجه صراحة إلى اعتبار شرط المصلحة من النظام العام كما هو الحال بالنسبة لشرط الصفة.

حيث أنه وبالرجوع لنص المادة 67 من نفس القانون (ق.إ.م.إ) نجدها نصت على ما يلي **"الدفع بعدم القبول ، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."**

استنادا إلى ما سبق يتضح لنا أن الدفع بعدم القبول هو وسيلة ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى فهو لا يتعرض بها للحق المدعى به ولا يطعن في صحة الخصومة و إجراءاتها وإنما ينازع في قبول الدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة لقيامها [1] ، أما بالنسبة لنص المادة 68 والتي تليها مباشرة فقد نصت على أن الدفع بعدم القبول يمكن تقديمه من طرف الخصوم وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

بينما أوجبت المادة 69 من نفس القانون على القاضي إثارة الدفع بعدم القبول تلقائيا إذا كان من النظام العام.

[1] – فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ا لجزائر ، الطبعة الثانية ، 2013 ص53.

ما يلاحظ ومن خلال التدقيق في النصوص القانونية السابقة هو أن المشرع الجزائري لا يعتبر شرط المصلحة من النظام العام وذلك ما يؤكده نص المادة 69 من ق.إ.م.إ التي ألزم المشرع من خلالها القاضي بإثارة الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام فقط.

3-اندماج شرط الصفة مع المصلحة.

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض حول مسألة اندماج شرطي الصفة والمصلحة ومدى الارتباط بينهما، خاصة إذا كان المدعي رافع الدعوى هو صاحب الحق نفسه المطالب بحمايته أي عندما تكون أمام المصلحة الشخصية والمباشرة .

وفي اعتقادنا أن المشرع الجزائري قد حسم هذه المسألة باشتراطه لكل من الصفة والمصلحة لقبول الدعوى ، مع العلم أن الصفة تعني القدرة على المثول أمام القضاء ومباشرة الإجراءات أمامه بينما المصلحة يتم تقديرها من طرف القاضي متى تحسس من عناصر النزاع بوجود اعتداء فعلي أو وشوك وقوعه على الحق الذاتي أو المركز القانوني لرافع الدعوى أو من ينوب عنه قانونا.

ثالثا: شرط الأهلية.

حدد المشرع الجزائري الشروط العامة لقبول الدعوى في نص المادة 13 من ق.إ.م.إ و الخاصة بأطراف النزاع في شرطي الصفة والمصلحة فقط دون أن يتطرق لشرط الأهلية الذي كان مكرسا في ظل ق.إ.م الملغى في نص المادة 459 منه حيث نصت على ما يلي:

"لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية ".

وتقتضي دراسة هذا الشرط بالنظر إلى أهميته وتأثيره على سير إجراءات الخصومة إلى التطرق لتحديد مفهومه ، ثم تحديد الطبيعة القانونية له ومن ثم التطرق للجزاء المترتب على تخلفه في نقاط البحث الآتية:

1-تحديد معنى شرط الأهلية.

يقصد بأهلية التقاضي قدرة الشخص على مباشرة الدعوى أمام القضاء والقيام بجميع الأعمال الإجرائية للخصومة ، وفي هذا الإطار وجب التمييز بين أهلية التقاضي والأهلية الوجوب والأداء التي يتمتع بها الشخص.

أما عن أهلية الوجوب فهي صلاحية الشخص سواء كان طبيعيا أو اعتباريا لاكتساب الحقوق ولهذا فقد يملك الشخص أهلية الوجوب دون أن تكون لديه أهلية التقاضي ، ففي هذه الحالة فهو يحتاج لمن يمثله أمام القضاء ومباشرة إجراءات الخصومة بدلا عنه سواء كان وليا أو وصيا أو قيما أو ممثل قانوني عنه.

أما عن أهلية الأداء فهي الصلاحية الممنوحة للشخص من أجل إبرام تصرفات يعتد بها على الوجه القانوني ويندرج ضمنها أهلية التقاضي.

الأهلية كشرط لصحة الإجراءات القضائية وجب توافرها في طرفي الخصومة على حد السواء المدعي والمدعى عليه سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو اعتبارية حيث تثبت أهلية التقاضي بالنسبة للشخص الطبيعي ببلوغ سن الرشد المقدرة بتسعة عشر (19) سنة كاملة وتمتعه بكامل قواه العقلية حيث نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجز عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

أما بالنسبة للشخص الاعتباري فإنه يتمتع بأهلية التقاضي بمجرد إضفاء الشخصية القانونية عليه وفي هذه الحالة نميز بين نوعين من الأشخاص الاعتبارية:

أ-الأشخاص الاعتبارية العامة.

وتتمثل في كل من الدولة ، الولاية، البلدية، والمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري ، حيث تتمتع بأهلية في الحدود التي يحددها لها القانون كما يكون لها بموجب تلك الأهلية حق التقاضي [1].

ولقد حددت المادة 828 من ق.إ.م.إ من يمثل تلك الأشخاص الاعتبارية على النحو الآتي:

الوزير بالنسبة للدولة ، الوالي بالنسبة للولاية ، رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للبلدية أما المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري فيمثلها أمام القضاء الممثل القانوني المحدد بموجب قانون إنشاءها.

[1]- المادة 50 من القانوني المدني.

ب-الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

حددتها المادة 49 من القانون المدني على سبيل المثال لا الحصر ويندرج ضمن هذا النوع من الأشخاص كل من: الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات الأخرى غير الإدارية ، الوقف وكل مجموعة أشخاص أو أموال يضفي عليها القانون الشخصية القانونية ، ويتم تمثيلها أمام القضاء بواسطة الممثل القانوني لها الذي يحدده قانون أو عقد إنشاءها.

2-الطبيعة القانونية لشرط الأهلية.

اختلف الفقه حول مسألة الطبيعة القانونية لهذا الشرط بين من اعتبرها من قبيل الشروط الشكلية لقبول الدعوى وبين من يرى بأنها شرط جوهري لصحة إجراءات التقاضي وليست من شروط قبول الدعوى حيث يمكن لناقص الأهلية أو من فقدها مباشرة إجراءات الخصومة على شرط تصحيح العيوب المتعلقة بها أثناء سيرها.

وترتيبا على ذلك فقد سلك المشرع الجزائري في ظل ق.إ.م. الملغى الاتجاه الأول واعتبرها من شروط قبول الدعوى شأنها شأن الصفة والمصلحة بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما اعتبرها شرطا يتعلق بالنظام العام يقرر القاضي انعدامه في الخصوم من تلقاء نفسه ، غير أنه عدل عن هذا الاتجاه بصدور ق.إ.م.إ وأخرج هذا الشرط من دائرة الشروط المحددة لقبول الدعوى واعتبرها مسألة موضوعية تتعلق بصحة الإجراءات.

3-الجزاء المترتب عند تخلف شرط الأهلية.

باعتبارها من قبيل الشروط المتعلقة بصحة إجراءات الخصومة ، فقد نصت المادة 64 من ق.إ.م.إ على ما يلي:

"حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محدده على سبيل الحصر فيما يأتي:

- انعدام الأهلية للخصوم.

- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

أما بالنسبة للمادة 65 من نفس القانون فقد أكدت ما يأتي: **"يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ، ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"**

بينما حددت المادة 66 التي تليها مباشرة أنه لا يقضى ببطلان أي إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة .

ما يلاحظ من خلال النصوص القانونية السابقة هو أن المشرع الجزائري اعتبر انعدام الأهلية في الخصوم من قبيل الدفوع الموضوعية التي يجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه والحكم ببطلان إجراءات الدعوى لانعدام الأهلية في الخصوم.

كما نجده أيضا ميز بين انعدام الأهلية و التفويض في ممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي حيث رتب على انعدام الأهلية وجوب إثارة الدفع ببطلان الإجراء لتعلقه بالنظام العام أما بالنسبة لانعدام التفويض فترك السلطة التقديرية للقاضي في إثارته بالنظر إلى تأثيره على سير الخصومة.

وبناءا على ذلك فقد اعتبر المشرع الدفع بانعدام الأهلية من خلال ق.إ.م.إ دفعا ببطلان الإجراءات وليس دفعا بعدم القبول كما كان عليه الحال في ظل ق.إ.م الملغى تأكيدا لنص المادة 459 منه.

ويترتب عن ذلك أنه إذا رفع الشخص (الخصم) دعواه وكان متمتعا بالأهلية غير أنه فقدها أثناء سير إجراءات الخصومة فإن ذلك لا يؤثر في الدعوى في حد ذاتها إنما في صحة الإجراءات التي ينبغي تصحيحها ويترتب عن ذلك أيضا وقف النظر في الخصومة إذا كانت غير مهيأة للفصل فيها إلى غاية استئناف السير فيها من جديد [1].

والجدير بالذكر هو أن المشرع الجزائري حافظ على طابع النظام العام لشرط الأهلية كما كان معمولا به في ظل ق.إ.م.الملغى حيث يثير القاضي انعدامه في الخصوم من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى لتعلقه بالمصلحة العامة.

أما بالنسبة للدعوى الاستعجالية محل الدراسة ونظرا لطبيعة عنصر الاستعجال الذي تتسم به والذي يتطلب سرعة الفصل في النزاع واتخاذ تدابير تحفظية ذات طابع وقائي فانه كان من

[1]– وذلك ما أكدته المادة 211 من ق.إ.م.إ.

المفروض أن يخصها المشرع بشروط أقل ليونة عن غيرها من الدعاوى القضائية الأخرى ، حيث أنه وفي حالة انعدام أهلية التقاضي أو الإذن في الحالات التي يتطلبها القانون فان توافر تلك الشروط قد يتطلب مدة زمنية لا تتلاءم مع طابع السرعة الذي تتسم به هذه الدعوى مما قد يؤدي ذلك إلى تفويت المنفعة المرجوة من الإجراء المطلوب من قضاء الاستعجال [1].

رابعا: شرط تمثيل الخصوم بمحام.

لقد تم التطرق مسبقا لدراسة هذا الشرط ضمن موضوع الشروط الشكلية لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ضمن الباب الأول من هذه الدراسة ، وتجنبا للتكرار تتم الإحالة إلى ذلك الموضوع.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعريضة

نظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تحكم عريضة الدعوى القضائية الإدارية في شقيها (الموضوعي أو الاستعجالي) وبالتالي فإنه يتم الرجوع للأحكام العامة المشتركة بين جميع الجهات القضائية وخاصة فيما يتعلق بعريضة افتتاح الدعوى.

وتجنبا للتكرار حيث تمت دراسة هذا الموضوع مسبقا في إطار الباب الأول من هذه الدراسة و لهذا سيتم التطرق لدراسته بشيء من الإيجاز، إذ ينبغي أن تستوفي عريضة الدعوى الاستعجالية

[1]–محمود عدنان مكية، المرجع السابق، ص 51.

الشروط والبيانات المحددة في المادتين 14 و15 من ق.إ.م.إ بالإضافة إلى تضمينها عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبرزة للطابع الاستعجالي للقضية [1].

كما يجب أن ترفق عريضة الدعوى الاستعجالية الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض أثاره بنسخة من عريضة دعوى الموضوع تحت طائلة عدم قبولها.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية.

لا ينعقد الاختصاص لقاضي الاستعجال للنظر في منازعات الصفقات العمومية التي تنشأ بصدد تنفيذ العقد إلا إذا توافرت شروط معينة تتمثل أساسا في توافر حالة الاستعجال ، وشرط وجود أسباب جدية يؤسس عليها طلب المدعي بالإضافة إلى شرط عدم المساس بأصل الحق ، وكذا شرط عدم المساس بالنظام العام ، وذلكم ما سيتم توضيحه من خلال هذا المطلب وفقا لفروع البحث الآتية:

الفرع الأول: شرط توافر حالة الاستعجال.

تعد حالة الاستعجال الداعي للجوء إلى قضاء الاستعجال من أجل طلب التدخل واتخاذ التدابير الضرورية لحماية الحق وبالتالي فالاستعجال هو أساس تحديد اختصاصه من عدمه للنظر في الدعاوى الأكثر استعجالا عن غيرها ، ونظرا لعدم وضوح فكرة الاستعجال لتطورها من جهة من حيث الزمان والمكان وكذا لتعلقها ببعض المفاهيم منها (فكرة النظام العام، القوة القاهرة ،

[1] – وذلكم ما أكدته المادة 925 من ق.إ.م.إ.

المصلحة العامة وعدم عرقلة نشاط الإدارة العامة)[1] من جهة أخرى ، الأمر الذي جعل منها فكرة مطاطة يضيق مفهومها ويتسع بحسب التفسير الممنوح لها وبالاستناد إلى المعايير المعتمدة في تعريفها.

وهو الأمر الذي يتضح جليا من خلال تنظيم المشرع الجزائري لقضاء الاستعجال الإداري (على غرار باقي التشريعات) سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية الأمر 154/66 آو في ظل القانون 09/08 المتضمن (ق.إ.م.إ) حيث تعرض المشرع لحالات الاستعجال وشروط اختصاص قاضي الاستعجال والسلطات الممنوحة له تجاه الفصل في الدعوى الاستعجالية دون أن يحدد مفهوم حالة الاستعجال أساس اختصاص قاضي الاستعجال ، وذلك ما أسال حبر فقهاء القانون الإداري بصفة خاصة محاولين بذلك تحديد فكرة الاستعجال في الدعاوى القضائية على نحو يجعل منها أهم معيار يتم الاعتماد عليه لتحديد اختصاص القضاء المستعجل ، وسنحاول أن نورد بعض تلك التعريفات الفقهية مدعمة ببعض الاجتهادات القضائية لتعريف حالة الاستعجال.

تعرف حالة الاستعجال على أنها الحاجة الملحة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى عليها الحق فيه من مضي المدة ، لو ترك دون حماية حتى يفصل في دعوى الموضوع [2].

[1]– للمزيد حول الموضوع يرجى الاطلاع على:
بن ناصر محمد ، المقالة السابقة ، ص 13.

[2]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته "قضاء أو تحكيما" ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2010، ص 319.

ما يمكن ملاحظته من خلال التعريف السابق هو أنه اعتمد على عنصر الحاجة الملحة أو الضرورة في تعريفه لفكرة الاستعجال كما اعتمد على عنصر التأخر في الفصل في النزاع ومدى تأثير ذلك على الحق المراد حمايته.

بينما يتجه بعض الفقه[1] إلى تعريف حالة الاستعجال بالاستناد إلى عنصر الخطر على اعتبار أنه الخطر الدهم الذي يتهدد حقا من الحقوق يتعذر تداركه لو لم يتخذ فيه إجراء بصفة سريعة.

كما يمكن تعريفه على أنه الحالة التي يكون من شأن التأخير فيها وقوع ضرر لا يمكن إزالته أو حالة الخطر العاجل الذي لا يجدي في اتقائه الالتجاء إلى القضاء العادي [2].

وهو نفس الأمر الذي أكده الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الجزائري في العديد من قراراته أهمها ما جاء في قراره الصادر بتاريخ 1999/07/26 فهرس 370 في قضية ولاية البويرة ضد (ق.إ) حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: **"حيث أنه بالرجوع إلى عناصر الدعوى، فإنه تبين من العريضة الافتتاحية وكذا عريضة الاستئناف أنها لا تحتوي على نتائج يستحيل تداركها...**

وحيث علاوة على ذلك لا يوجد أي خطر على الأموال العقارية العائد ملكيتها للمستأنف عليه تستلزم الحصول من القاضي المستعجل عن حماية قضائية أكثر فعالية من الحماية التي يضمنها قاضي الموضوع لنفس الحق المطالب استرداده" [3].

[1] - حسين فريجة ، المقالة السابقة ، ص 11.

[2] – التعريف لمحمد حامد فهمي نقلا عن بشير بلعيد ، المرجع السابق، ص 32.

[3] – نقلا عن لحسين بن شيخ اث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ،الجزء الثاني، دار هومة للنشر الجزائر ، طبعة 2004 ص 115.

كما يمكن تعريف حالة الاستعجال بناءا على عنصر الضرر الذي من شأنه إحداث نتائج قد يصعب أو يستحيل تداركها فيما بعد ، وذلك ما أكده نص المادة 911 من ق.إ.م.إ حيث نصت على ما يلي:

" يجوز لمجلس الدولة ، إذا أخطر بعريضة رفع وقف التنفيذ المأمور به من طرف المحكمة الإدارية ، أن يقرر رفعه حالا إذا كان من شأنه الإضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف ..."

وهو نفس الأمر الذي أكده نص المادة 912 من نفس القانون حيث جاء فيه ما يلي:

"يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف التنفيذ بطلب من المستأنف عندما يكون تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه من شأنه إحداث عواقب يصعب تداركها..".

إن تحديد فكرة الاستعجال بناءا على عنصر الضرر هو ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في قضية (ب.ب) ضد بلدية عين الملح ولاية المسيلة[1] حيث جاء في حيثيات القرار فيما يتعلق بعنصر الاستعجال ما يلي:

"حيث أنه يستخلص من الوثائق والمستندات المرفقة بالملف بأن الجهة القضائية للدرجة الأولى صرحت بعدم اختصاصها معتبرة أن النزاع منصب على عدم تنفيذ بند تعاقدي من قبل أحد طرفي العقد.

[1]– القرار رقم 66014 الصادر بتاريخ 1991/03/10، منشور في نشرة القضاة العدد51 لسنة 1997 ص141.

حيث أن جهة القضاء المختصة بالأمور المستعجلة مختصة لأن هناك استعجال ما دام القرار المطعون فيه يستحيل إصلاح نتيجته.

وأنه بالتصريح ببيع إيجار الحمام بالمزاد العلني فقد أنشأت وضعية نهائية إضرارا بالمستأنف إذا ما منح الحمام لشخص آخر ولمدة طويلة..."

وسواء تم الاعتماد على عنصر الخطر أو الضرر لتحديد مفهوم حالة الاستعجال فإن الأمر غير كاف ويمكن أن يصدق على بعض حالات الاستعجال دون غيرها ذلك أن الخطر الذي قد يهدد الحق المراد حمايته عن طريق الدعوى الاستعجالية قد لا يحدث أضرارا على درجة من الجسامة يصعب جبرها أو خسائر لا يمكن تداركها لاحقا.

أولا: تقدير حالة الاستعجال وطبيعته القانونية.

إن عدم تحديد مفهوم دقيق لحالة الاستعجال من طرف المشرع وكذا من طرف الفقه حيث ينظر كل فقيه في تعريفه إلى زاوية محددة قد تصلح على بعض حالات الاستعجال دون البعض الآخر، الأمر الذي يجعل من تقدير حالة الاستعجال مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي يعمل على تقديرها بالنظر إلى عناصر القضية وبالاعتماد على موضوع الطلب المستعجل ، وأطرافه وكذا نوع المصالح المراد حمايتها عن طريق التدابير الاستعجالية ، غير أن هذا الأمر أدى بالفقه إلى طرح التساؤل الآتي:

- هل يعتبر تقدير شرط الاستعجال مسألة واقعية مرتبطة بالسلطة التقديرية لقاضي الاستعجال؟ أم أنها مسألة قانون تخضع قاضي الاستعجال لرقابة محكمة القانون؟

يتجه بعض الفقه[1] إلى أن فكرة الاستعجال تعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة القانون وبالتالي فإن قاضي الاستعجال ملزم بإبراز عنصر الاستعجال في حكمه تحت طائلة الإلغاء من طرف المحكمة التي تعلوه درجة.

وذلك ما أكده الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/12/20 في قضية [2](و.و.ع.أ.ج.م.م.ت بالجزائر) ضد (و.و. الجزائر ومن معه) حيث قضت المحكمة العليا بإلغاء الأمر المستأنف (الذي صرح بعدم اختصاص قاضي الاستعجال) وبعد التصدي الأمر بوقف الأشغال في انتظار نتائج الخبرة على أساس وجود حالة الاستعجال التي تبرر ذلك وجاء في حيثيات القرار ما يلي:

"وأنه وفي انتظار نتائج الخبير هناك حالة استعجالية قصوى لحماية الآثار ذات القيمة التاريخية بوقف الأشغال ، وأن هذا الإجراء التحفظي الضروري يدخل بطبيعته في صلاحيات القاضي الاستعجالي...".

[1]- للمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة يراجع : حسين فريجة ، المقال السابق، ص 14.

[2]- القرار رقم : 101261 منشور بالمجلة القضائية 1994، العدد 03 ، ص 191.

بينما يرى البعض الأخر من الفقه[1] بأن فكرة الاستعجال في حد ذاتها هي مسألة واقعية تتصل بالواقع ويختلف تقديرها بحسب وقائع كل دعوى ، فقد يظهر عنصر الاستعجال جليا في واقعة معينة وينتفي في أخرى تماثلها ، مما يجعل تقديره يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال بحسب معطيات كل قضية وبغض النظر عن طلبات أطراف النزاع.

و على الرغم من اختلاف الفقه حول مسألة تكييف فكرة الاستعجال في حد ذاتها هل هي مسألة قانونية أم واقعية ، إلا أن الاجتهاد القضائي و باعتباره الأقرب إلى معايشة الواقع من خلال القضايا الإستعجالية المطروحة أمامه أكد في عديد المرات أن عنصر الإستعجال هو مسألة يخضع تقديرها لسلطة القاضي على أن يلتزم هذا الأخير بتسبيب الأوامر الصادرة عنه بناءا على توافر حالة الإستعجال من عدمها ، ذلك أن انعدامه يجعل من القاضي غير مختص نوعيا بنظر النزاع مما يترتب عن ذلك رفض الطلب بأمر مسبب تأكيد النص المادة 924 من ق.إم.إ.

و يخضع قاضي الإستعجال في ذلك إلى رقابة القانون من طرف المحكمة التي تعلوه درجة وذلك ما أكده مجلس الدولة الجزائري حيث قرر إلغاء الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بالأغواط و المتضمن وقف تنفيذ قرار فسخ الصفقة المتعلقة بالاستئجار السوقين الأسبوعيين لمدة سنة واحدة ، والفصل من جديد برفض الطلب لكون النزاع لا يتوافر على عنصر الإستعجال في قضية (**بلدية الأغواط ، ضد .ن.ك)** [2]حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي:

---

[1]– **بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 36.**

[2] – **قرار رقم 083972 فهرس رقم 86 الصادر بتاريخ 2014/01/23 غير منشور انظر الملحق رقم 02.**

"حيث أنه بالإضافة إلى كون الأمر المعاد يتسم بالديمومة فإنه لوقف تنفيذ قرار إداري ما لابد من توافر شرطين أساسين طبقا للمادة 919 من ق.إ.م.إ. وهما :

ـ وجود حالة الإستعجال ووجود شك جدي حول مشروعية القرار المراد وقف تنفيذه .

حيث أنه فيما يتعلق بحالة الاستعجال فلا وجود لها لأن الأضرار التي يمكن أن تصيب المستأنف من عملية الفسخ يمكن تداركها..... و لهذه الأسباب يقرر مجلس الدولة.....إلغاء الأمر المستأنف و الفصل من جديد يرفض الطلب".

ثانيا: تقدير وقت الاستعجال والنتائج المترتبة على انعدامه.

على اعتبار توافر حالة الاستعجال من بين الشروط الضرورية لانعقاد اختصاص قاضي الاستعجال للنظر في النزاع من عدمه استنادا إلى نص المادة 919 من ق ا م ا ، فإن الأمر يتطلب توافرها عند رفع الدعوى واستمرارها إلى غاية الفصل فيها ، وعليه فعدم توافر حالة الاستعجال يترتب عليها ما يلي:

* إذا انعدم عنصر الاستعجال في الدعوى أو الطلب فإن القاضي في هذه الحالة يصرح برفض الطلب بأمر مسبب[1] على الرغم من الانتقاد الموجه لمسلك المشرع في هذا الاتجاه لكون انعدام عنصر الاستعجال في الدعوى يجعل من القاضي غير مختص نوعيا بنظر النزاع وله أن يصرح في هذه الحالة بعدم الاختصاص النوعي وليس برفض الطلب [2].

[1]– وذلك ما أكده نص المادة 924 من ق.إ.م.إ.

[2]– يراجع حول هذه المسألة كل من : بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 36 و.مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص 132.

* أما إذا رفع المدعي طلبه وكانت حالة الاستعجال قائمة (موضحا ذلك في عريضته) غير أنها زالت أثناء سير الدعوى والتحقيق فيها وقبل الفصل فيها فمن المفروض أن يصرح قاضي الاستعجال في هذه الحالة بعدم الاختصاص النوعي أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد رتب عن ذلك الحكم برفض الطلب.

والجدير بالملاحظة هو أن المشرع الجزائري جعل إثبات وجود عنصر الاستعجال في النزاع يقع على عاتق المدعي مبدئيا وذلك ما أكده نص المادة 925 من ق.إ.م.إ حيث نصت على ما يلي:

" يجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضا مؤخرا للوقائع و الأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية."

على أن تبقى مسالة تقديره تخضع لقاضي الاستعجال بحسب معطيات ملف القضية.

ثالثا : أمثلة قضائية عن توافر حالة الاستعجال من عدمها في منازعات تنفيذ الصفقة العامة.

كما سبق بيانه فإن اللجوء إلى قضاء الاستعجال في مرحلة تنفيذ الصفقة العامة هو أمر قليل الحدوث ولعل السبب في ذلك يرجع إلى حرص المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية على وجوب التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة من خلال إتباع إجراءات إدارية محددة بموجب نص المادة 153 من نفس التنظيم.

ومن خلال اطلاعنا على بعض القرارات القضائية المتعلقة بموضوع الدراسة اتضح لنا ما يلي:

- في قضية (ب.ب) ضد بلدية عين الملح ولاية المسيلة ، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/03/10 بإلغاء القرار المستأنف الذي صرح بعدم اختصاص المحكمة أول درجة ووقف عملية عرض الحمام المتنازع عليه للمزاد العلني وذلك لتوافر عنصر الاستعجال في القضية حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي:

"حيث أن جهة القضاء المختصة بالأمور المستعجلة مختصة لأن هناك استعجال مادام القرار المطعون فيه يستحيل إصلاح نتيجته ، وأنه بالتصريح ببيع (إيجار) الحمام بالمزاد العلني فقد أنشأت وضعية نهائية إضرارا بالمستأنف إذا ما منح الحمام لشخص آخر ولمدة طويلة "[1].

وتتمثل وقائع القضية في أن المستأنف (ب.ب) قد أودع عريضة استئناف ضد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سطيف والقاضي بعدم اختصاص الغرفة للفصل في النزاع على أساس أنه ينصب على عدم تنفيذ بند تعاقدي من أحد طرفي العقد وبالتالي فإن قاضي الأمور المستعجلة غير مختص.

وفي رأينا فإن قضاة المحكمة العليا قد أصابوا عندما قضوا بإلغاء القرار المستأنف ووقف عملية عرض الحمام للبيع بالمزاد العلني نظرا لتوافر حالة الاستعجال.

* وفي قضية أخرى قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 23763 الصادر بتاريخ 16 ماي 1981 بين (مؤسسة أ.ع.ب) ضد (والي ولاية .... ووزير الداخلية) [1]

[1]-انظر القرار رقم **66014** المذكور سابقا.

بأنه لا وجود لحالة الاستعجال في النزاع طالما أن المؤسسة الطاعنة لم تلجأ لقضاء الاستعجال لتعيين خبير من أجل معاينة حالة الأشغال التي أنجزتها لصالح الولاية وتقييمها إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة و إسناد المشروع لمقاول آخر ففي هذه الحالة تكون معالم الأشغال المنجزة من طرف المؤسسة والوقائع المادية المراد معاينها قد تغيرت واختلطت مع الأشغال الجديدة التي قام به المقاول الآخر.

ومما تقدم بيانه يتضح لنا أن الاستعجال كشرط هو حالة مرنة وغير محددة نظرا لتعدد حالات وظواهر الاستعجال وذلك ما يحول دون وجود معيار دقيق يمكن تطبيقه لتحديد حالات الاستعجال حيث نجدها تبرز بصورة جلية في نزاع وتغيب ملامحها في نزاع آخر، الأمر الذي يجعل من مسألة تقديرها ترجع لقاضي الاستعجال الذي يقوم بتحسس حالة الاستعجال من خلال وقائع النزاع وعناصره في كل دعوى على حدى.

الفرع الثاني: شرط عدم المساس بأصل الحق.

يجد هذا الشرط أساسه القانوني في نص المادة 918 من ق.إ.م.إ والتي نصت على:

"يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة ، لا ينظر في أصل الحق..."

[1]– قرار غير منشور نقلا عن مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، د.م.ج الجزائر، الجزء2، نظرية الاختصاص الطبعة السادسة، 2013، ص 138.

ويقصد بهذا الشرط أن تقتصر مهمة قاضي الاستعجال على اتخاذ التدابير التحفظية من أجل حماية الحقوق بصفة مؤقتة وتجنب التعرض إلى موضوع النزاع الذي يبقى من الاختصاص الأصيل لقاضي الموضوع [1].

كما يقصد بهذا الشرط أيضا أن يقوم قاضي الاستعجال بحماية الحق بصفة مؤقتة متى تحسس من تقديره لعناصر النزاع أن أحد الطرفين هو الأولى بالحماية فينشيء بينهما مركزا وقتيا يسمح بتحمل المواعيد والإجراءات التي يقتضيها الفصل في الموضوع [2].

وترتيبا على ذلك فإن هذا الشرط يقتضي أن يمتنع قاضي الاستعجال عن المساس بكل ما يتعلق بالحق المراد حمايته سواء ما ارتبط بوجوده أو انعدامه أو صحته أو المساس بالآثار القانونية التي رتبها الحق لأطراف النزاع ، ويقتصر دوره على اتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة حماية للحق إلى غاية الفصل في موضوع النزاع.

وبهذا الصدد فإن قاضي الاستعجال لا يمنع من بحث الحقوق المتنازع عليها ومدى آثارها أو دراسة مختلف جوانب النزاع أو الاطلاع على الوثائق المقدمة من طرف الخصوم ، بل يحق له دراسة القضية والاطلاع على مختلف الوثائق المتعلقة بها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط على درجة من الدقة ، حيث يصعب وفي الكثير من الأحيان على قاضي الاستعجال تحديد ما إذا كانت الطلبات والإجراءات المطلوب منه اتخاذ تدابير بشأنها

[1] – رحماني راضية ، الأطروحة السابقة ، ص 312.

[2] – محمد أحمد عطية ، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، .طبعة 1994 ، ص 283.

تمس بأصل الحق من عدمه ولهذا فإن قاضي الاستعجال وهو بصدد دراسة الطلبات المعروضة عليه ومتى تبين له أنها تمس بموضوع النزاع (كطلب إلغاء قرار، أو المطالبة بالتعويض) ولا تتعلق بإجراء تحفظي مؤقت وجب عليه حينئذ القضاء بعدم الاختصاص النوعي وهو الأمر المستقر عليه في فقه المرافعات مؤسسا حكمه على أن الفصل في تلك الطلبات قد يمس بأصل الحق ، أما إذا تبين له أنها طلبات تستهدف تدابير مؤقتة وتدخل في اختصاصه فيمكنه أن يأمر بالإجراء المناسب عن طريق أمر استعجالي ، ويجب عليه في هذه الحالة أن يبرز ذلك أثناء فصله في النزاع تحت طائلة تأييد آو إلغاء الأمر الاستعجالي الصادر عنه من المحكمة التي تعلوه درجة.

وذلك فعلا ما تضمنه قرار مجلس الدولة الصادر في قضية (...) ضد (ولاية تلمسان) بتاريخ 2014/04/16 [1] حيث قضى المجلس بإلغاء القرار المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان والقاضي بأمر والي تلمسان بتمكين المدعي من ملحق إنهاء الصفقة و التصريح برفض الطلب على أساس أنه يمس بأصل الحق وجاء في حيثيات القرار مايلي:

"حيث أن الغرفة الإستعجالية عندما فعلت ذلك لم تتأكد أصلا من وجود هذا الملحق بهذا الرقم و هذا التاريخ ، حيث أنه زيادة عن ذلك فصلاحيات قاضي الإستعجال منصوص عليها بالمواد 918 و ما يليها من ق.إ.م.إ ، إلا أن النزاع الحالي لا يدخل ضمن الحالات المنصوص

[1] -القرار رقم 087905 فهرس رقم 53914 غير منشور انظر الملحق رقم 03.

عليها بالمواد السالفة الذكر، مما يتعين إلغاء القرار المستأنف و الفصل من جديد برفض الطلب...».

كما أنه وفي قضية أخرى قررت المحكمة العليا أن المطالبة بالديون الناتجة عن تنفيذ الأشغال المنجزة في إطار صفقة عمومية من طرف المتعاقد مع الإدارة تتعلق بأصل الحق ومن ثمة فهي تخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي [1].

و استنادا إلى ما تقدم يمكن القول بأنه يصعب تحديد التدابير والإجراءات التي قد تمس بأصل الحق من عدمها ، ويرجع السبب في ذلك لعدم وضع معيار دقيق لتحديد أصل الحق في كل نزاع الأمر الذي يبقى تقديره خاضعا هو أيضا للسلطة التقديرية لقاضي الاستعجال ، مستندا في ذلك إلى طبيعة كل قضية والوقائع المرتبطة بها.

الفرع الثالث: شرط عدم تعلق النزاع بالنظام و الأمن العموميين.

تتسم فكرة النظام العام في شتى فروع القانون بالتطور، نظرا لارتباطها بفكرة القانون في حد ذاتها والتي تتطور بتطور المجتمعات ، كما أنها تتميز بنوع من الغموض خاصة من حيث مفهومها لتعلقها بفكرة المصلحة العامة التي تتغير هي الأخرى بتغير الزمان والمكان والظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تعيشها مختلف المجتمعات.

[1]– مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص 152.

كما أنها فكرة مرنة ويختلف تحديد مفهومها باختلاف المجال الذي تستعمل فيه سواء كان في علم السياسة أو القانون ، ففي مجال القانون الإداري يعتبر النظام العام أحد أهم أهداف الضبط الإداري وهو أساس تدخله لتنظيم نشاط الأفراد في المجتمع خاصة من حيث ممارستهم لبعض الحقوق والحريات بهدف الحفاظ على المصلحة العامة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق لتعريف النظام العام كغيره من التشريعات نظر لتطور الفكرة في حد ذاتها وارتباطها بمتغيرات المناخ السياسي والاقتصادي وكذا الاجتماعي في الدولة ، بل نجده اكتفى بتحديد عناصرها في مختلف النصوص القانونية وأبرزها قانون الولاية [1] وقانون البلدية [2] ضمن صلاحيات الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي.

حيث نصت المادة 94 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية على ما يأتي:

" في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين ، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي:

-السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات.

-التأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجرى فيها تجمع الأشخاص"

أما بالنسبة لقانون الولاية رقم 07/12 فقد نصت المادة 114 منه على ما يلي:

[1]- **القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 يتعلق بالولاية ج ر ج ج عدد 12 لسنة 2012 .**

[2]- **القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية ج ر ج ج عدد 37 لسنة 2011.**

"الوالي مسؤول على المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية".

وعلى اعتبار أن مهمة التعريف ترجع أساسا للفقه ، فقد حاول بعض فقهاء القانون تعريف النظام العام على النحو الآتي بيانه:

يقصد بالنظام العام مجموع القواعد والأنظمة التي ترمي إلى حسن سير المرافق العامة واستتباب الأمن واستقامة الأخلاق في علاقات الأفراد ببعضهم البعض والتي لا يمكن إغفالها في معاملاتهم [1].

كما عرفه الدكتور محمد عصفور[2] بأنه " ظاهرة قانونية واجتماعية تهدف للحفاظ على الأسس والقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال وإلا تحلل المجتمع من نفسه ، وهذه القواعد تجد مصدرها في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء وتتصف بالمرونة النسبية وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة".

أما بالنسبة للإجراءات القضائية تلعب فكرة النظام العام دورا بالغ الأهمية حيث تهدف إلى تغليب المصلحة العامة (حسن سير جهاز العدالة) على حساب المصالح الشخصية لأطراف النزاع كالمسائل المتعلقة بقواعد الاختصاص القضائي مثلا لجهات القضاء الإداري.

[1]– إقبال عبد العباس يوسف الخالدي ، النظام العام بوصفه قيدا على الحريات العامة ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق، جامعة بابل العراق، 2009، ص 26.

[2]– نقلا عن إقبال عبد العباس يوسف الخالدي ، المرجع نفسه ، ص 29.

ولقد أدرج المشرع الجزائري من خلال ق. ا. م. الأمر 154/66 وبالتحديد في نص المادة 171 مكرر منه هذا الشرط مقيدا به اختصاص قاضي الاستعجال بعدم اتخاذ تدابير مؤقتة تمس بالنظام العام[1] مقتبسا إياه من التشريع الفرنسي الذي قام بإلغاء هذا الشرط في فترة لاحقة بموجب المرسوم 59/83 الصادر في 1983/01/27.

وتمسك القضاء الإداري في الجزائر وإلى وقت طويل بتطبيق هذا الشرط في العديد من المنازعات المطروحة أمامه وذلك ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا[2] بين السيد (د.ك) ضد رئيس مكتب الأبحاث والتنظيم والأمن العام لقسم الهجرة حيث جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي:

"حيث أن قاضي الأمور الاستعجالية إذا كان حسب المادة 171 مكرر مختص باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة في حالة الاستعجال، فإن المشرع قد استثنى صراحة من نطاق اختصاصه النزاعات المتعلقة بالنظام العام والأمن العام.. وأنه من الثابت أن إجراء المنع من الإقامة المنتقد من طرف المستأنف يعد قرارا صادر عن مصالح الأمن متخذا ضمن نطاق الصلاحيات الموكلة لها حيث يستخلص من ذلك إذن أن المنع من الإقامة المذكورة يعد خارجا عن نطاق اختصاص الأمور المستعجلة ".

[1]– حيث نصت المادة في فقرتها الثالثة على ما يأتي: "في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي، أو العضو الذي ينتدبه، الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة باستثناء ما تعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام أو الأمن العام".

[2]–القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1981/12/26، منشور في المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 02 ص 188، نقلا عن بلعايد عبد الغني ، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة ، 2007، ص 22.

ويتضح جليا من خلال نص المادة 171 مكرر من ق.ا.م ومن مسلك القضاء الإداري في الجزائر بأنه يمتنع على قاضي الاستعجال الفصل في جميع المنازعات التي قد تمس موضوعها بأحد أوجه النظام العام ، وهذه القاعدة آمره وملزمة بالنسبة له ولأطراف النزاع ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ويترتب عن ذلك أنه متى تبين له من عناصر النزاع أنه يمس بالنظام العام وجب عليه التصريح بعدم الاختصاص النوعي عن طريق أمر مسبب بان الإجراءات والتدابير محل الطلب الاستعجالي فيها مساس بالنظام العام ، أما إذا تبين له أن موضوع الطلب لا يمس بالنظام أو الأمن العموميين فيمكنه التصدي للدعوى واتخاذ التدابير الاستعجالية اللازمة [1].

وفي جميع الحالات تنبغي الإشارة إلى أن مسألة تقدير ما إذا كان الفصل في الدعوى الاستعجالية قد يمس بالنظام أو الأمن العام ترجع لقاضي الاستعجال.

غير أن هذا الشرط زال واندثر بصدور ق.إ.م.إ الذي اكتفى بشرط وجود حالة الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق في الدعوى الاستعجالية بصفة عامة مؤكدا ذلك في نص المادتين 918 و924 منه دون أن يتطرق لهذا الشرط الذي كان مكرسا في ظل قانون الإجراءات المدنية .

وفي اعتقادنا أن تراجع المشرع الجزائري عن هذا الشرط مرده إلى أنه لا يمكن تقييد القاضي في بسط رقابته على أعمال وتصرفات الإدارة العامة بحجة الحفاظ على النظام العام أو الأمن

[1]– بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 87.

العام ، وأن ضرورة الخضوع لمبدأ المشروعية وحتمية إعمال مبدأ المساواة بين الخصوم يفرض عليه الفصل في جميع القضايا الاستعجالية التي تكون الإدارة طرفا فيها ، حتى وإن كان التدبير المتخذ من طرفه يمس بالنظام أو الأمن العموميين ، ذلك على اعتبار أن تطبيق القانون وتحقيق العدالة يؤديان حتما إلى تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام.

الفرع الرابع: شرط احترام ميعاد ملائم لرفع الدعوى.

ويقصد بميعاد رفع الدعوى المدة الزمنية المتاحة للفرد بموجب نص القانون للجوء إلى القضاء والمطالبة بحماية حقوقه ، غير أنه وفي الدعوى الاستعجالية على وجه الخصوص لم يقيد المشرع الأفراد بمدة زمنية معينة لرفع الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة ولم يخصها بميعاد معين

الأمر الذي جعل من هذا الشرط وليد الاجتهاد القضائي حيث يرتبط شرط الميعاد في الدعوى الاستعجالية بوجود حالة الاستعجال في حد ذاتها ، فكلما كانت المدة بين تاريخ الوقائع المنشئة لحالة الاستعجال وتاريخ رفع الدعوى طويلة ، انتفى الطابع الاستعجالي عن النزاع [1] وقاضي الاستعجال هو من يملك سلطة تقدير وجود حالة الاستعجال من عدمها في النزاع المطروح أمامه، حيث يعمل على تقديرها والكشف عنها حسب ظروف كل قضية ودون التقيد بطلبات الخصوم [2].

غير أنه وفي بعض الأحيان قد ينطوي النزاع على حالة الاستعجال ، إلا أنها زالت أثناء رفع الدعوى أو خلال مرحلة سير إجراءات الخصومة ، وبالتالي فإن قاضي الاستعجال في هذه الحالة

[1]– مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص 156.
[2]– بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص37.

ملزم برفض طلب بأمر مسبب لعدم توافر عنصر الاستعجال في الطلب وذلك تأكيدا لنص المادة 924 من ق.إ.م.إ.

ولهذا فإن القضاء يعتد بعامل الزمن في تقدير حالة الاستعجال بالرغم من أنه عامل نسبي حيث يتعين على رافع الدعوى أن يلجأ إلى رفعها ما دامت حالة الاستعجال قائمة فمثلا في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري يجب ألا يتجاوز ميعاد رفع الدعوى الاستعجالية المدة الزمنية المقررة لرفع دعوى الموضوع (دعوى الإلغاء) وإلا ترتب عن ذلك انتفاء حالة الاستعجال عن النزاع وذلك ما أكده القضاء الإداري في القرار الصادر عن المحكمة العليا [1] بتاريخ 16 ماي 1981 حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

"حيث أن دعوى الاستعجال لا يمكن إذن رفعها إلا في حالة الاستعجال ، أو في حالة وجود خطر يهدد المسكن ، حيث أنه من الثابت ان المدعين (المستأنف عليهم)، قد انتظروا قرابة الثلاث سنوات لرفع دعواهم الرامية إلى إيقاف تنفيذ القرار الإداري حيث أن ظرف الاستعجال غير قائم إذن في هذه القضية، وان دعوى الاستعجال بالتالي غير مقبولة وعليه القضاء بإلغاء القرار المستأنف".

ما يمكن ملاحظته من خلال تحليل القرار السابق يمكن إيجازه في النقاط الآتية:

[1]– القرار رقم 18614 في قضية والي ولاية... ضد فريق ج.س) غير منشور، منقول عن مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص 138.

*أن المحكمة العليا تنظر لمفهوم حالة الاستعجال بناءا على عنصر الخطر الذي يهدد الحق المراد حمايته.

*أن قضاة المحكمة العليا ربطوا الزمن الملائم لرفع الدعوى الاستعجالية المطالبة بوقف تنفيذ القرار الإداري بوجود حالة الاستعجال في القضية من عدمها.

*أن تخلف عنصر الاستعجال في القضية وفقا لقانون الإجراءات المدنية الملغى الأمر 154/66 كان يرتب عليه التصريح بعدم الاختصاص النوعي من طرف قاضي الاستعجال وليس الحكم بعدم قبول الدعوى ، الإجراء الذي تم استبداله خلال ق.إ.م.إ القانون 09/08 بإجراء رفض الطلب بأمر مسبب.

وخلاصة القول هو أن تحديد ميعاد رفع الدعوى الاستعجالية يرجع لسلطة القاضي التقديرية في ظل غياب النص القانوني الذي يحدد تلك المدة.

وفي اعتقادنا أن سبب ذلك يرجع إلى مراعاة المشرع لمصلحة الأفراد والمتمثلة في عدم تقييدهم بميعاد قطعي لرفع دعواهم مما يؤدي إلى حرمانهم من استعمال الدعوى الاستعجالية وعدم الاستفادة بالتالي من الامتيازات التي توفرها تلك الدعوى من خلال الحماية المؤقتة للحق أو المركز القانوني للفرد إلى غاية الفصل في موضوع النزاع بصفة نهائية.

الفصل الثاني: صور و أنواع الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بمرحلتي تنفيذ الصفقة العامة و إنهائها.

يؤول الاختصاص للقاضي الإداري بالفصل في الدعاوى الاستعجالية التي يمكن أن تثار في مراحل ما بعد إبرام الصفقة العامة استنادا إلى المعيار العضوي المكرس في ق. إ. م. إ

(كما تم بيانه في إطار الفصل الأول من هذا الباب) ، وسواء عقد الاختصاص بالفصل في النزاع للقضاء الكامل صاحب الاختصاص الأصيل أو لقضاء الإلغاء بناء على نظرية القرارات الإدارية المنفصلة فان خصوصية تلك المنازعات وتأثرها بعامل الوقت تستوجب سرعة اتخاذ تدابير استعجاليه بصفة مؤقتة من اجل حماية حقوق الأطراف إلى غاية الفصل في موضوع النزاع .

وتتخذ تلك الدعاوى و الطلبات المستعجلة عدة صور و أنواع لاعتبارات عدة من بينها طبيعة العقد أو الصفقة وما يمكن أن يثيره من إشكالات أثناء عملية تنفيذه أو إنهائه ، حيث اثبت الواقع العملي أن صفقة الأشغال العامة هي من أكثر العقود إثارة للإشكالات أثناء مرحلة تنفيذها و تستوجب الحماية القضائية بصفة استعجالية مثل دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية أو طلب إثبات حالة الوقائع والأوضاع المادية أو طلب تعيين خبير لإثبات قيام المقاول بأشغال لصالح الإدارة المتعاقدة وغيرها من الدعاوى و الطلبات المستعجلة و التي سيتم التطرق إلى لدراستها أهمها نظرا لتعددها وفقا لعناصر البحث الآتية:

المبحث الأول: دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المرتبط بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة أو إنهائها.

تهدف دعوى وقف التنفيذ إلى توقيف سريان القرار الإداري الذي تم الطعن فيه إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء ، وبناءا على ذلك فان دعوى وقف التنفيذ هي دعوى قضائية استعجالية مستقلة عن دعوى الإلغاء غير أنها تعتبر فرعا منها ، حيث انه لا جدوى من طلب وقف تنفيذ قرار إداري لم يتم الطعن في مشروعيته بالإلغاء ، كما أن القاضي يستمد سلطته بالأمر بوقف التنفيذ من سلطة الإلغاء متى تبين له من ملف القضية توافر أوجه جدية من شانها أن ترجح عدم مشروعية القرار المطعون فيه بالإلغاء ، إلا انه و قبل التطرق إلى دراسة نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة وجب أولا دراسة إمكانية خضوع تلك القرارات الإدارية إلى رقابة قضاء الإلغاء كاستثناء على اختصاص القضاء الكامل في إطار المطلب الأول ثم بيان النظام القانوني لدعوى وقف التنفيذ ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: العملية العقدية المركبة من الكل غير قابل للتجزئة إلى إمكانية الانفصال.

يشكل العقد الإداري أو الصفقة العامة عملية قانونية مركبة [1] تتكون من شروط تعاقدية تمت بناءا على إرادتي طرفي العقد بالإضافة إلى أعمال وإجراءات أخرى تصدرها الإدارة العامة

[1]– للمزيد من التفاصيل حول العمل المركب يراجع : بن علية حميد ، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2006.

بما لها من إرادة منفردة وبوصفها سلطة عامة بهدف التمهيد لإبرام العقد أو تنفيذه أو حتى إنهائه ، ولقد استقر القضاء الإداري في فرنسا باعتباره صاحب الفصل في ابتكار نظرية الأعمال المنفصلة وإرساء معالمها على إمكانية فصل القرارات التمهيدية أو التحضيرية للعملية العقدية والطعن فيها بالإلغاء بصفة مستقلة عن العقد وذلك بعد تبنيه للمنهج التحليلي في قضائه و تخليه عن نظرية الاندماج التي كانت ترفض فصل العقد الإداري عن القرارات الإدارية المرتبطة به.

غير أنه وان صلح الأمر بالنسبة للقرارات التمهيدية المساهمة في تكوين العقد فهل يصلح بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للعقد أو إنهائه؟؟

ذلكم ما سيتم دراسته من خلال فروع البحث الآتية:

الفرع الأول: مبدأ عدم قابلية القرارات الإدارية للانفصال في مرحلة تنفيذ الصفقة العامة.

تشكل القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري أو الصفقة العامة جوهر العملية العقدية والموضوع الأساسي لاختصاص القضاء الكامل [1] ولهذا فهي جزء لا يتجزأ عن العقد ولا يمكن فصلها عنه باعتبارها مندمجة فيه كما أنها صدرت عن الإدارة العامة في إطار العقد وبالاستناد إلى بنوده ، ولهذا استقر القضاء الإداري على عدم إمكانية فصلها عن

[1]_ الميلود بوطريكي ، القرارات الإدارية المنفصلة "دراسة مقارنة" في القانون الإداري المغربي والفرنسي والمصري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة محمد الأول ، المغرب، 2005، ص 162.

العقد واعتبارها قرارات متصلة به بالاستناد إلى المنهج التركيبي[1] الذي يدعو إلى وحدة العملية العقدية وعدم قابليتها للتجزئة ، وبالتالي يؤول الاختصاص للقضاء الكامل بالفصل في المنازعات المترتبة عنها دون قضاء الإلغاء ويستند القضاء الإداري في مسلكه هذا إلى الاعتبارات الآتية:

- ✓ فكرة الدعوى الموازية التي يمكن أن تؤدي إلى نفس النتيجة المرجوة من وراء دعوى الإلغاء والتي يصطدم بها المتعاقد مع الإدارة فيما لو اختار طريق قضاء الإلغاء للطعن في أحد القرارات الإدارية المرتبطة بتنفيذ العقد.
- ✓ الطبيعة الذاتية لتلك القرارات والتي تجعلها لا تقبل الانفصال عن العقد باعتبارها صدرت تنفيذا له وبالاستناد إلى بنوده.
- ✓ أنه لا يمكن الاعتماد على مخالفة الإدارة العامة لالتزاماتها التعاقدية كسبب للطعن بالإلغاء ضد القرارات المرتبطة بمرحلة تنفيذ العقد ، ذلك أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية لا يؤدي بالضرورة إلى مخالفة مبدأ المشروعية الذي تقتضيه دعوى الإلغاء.

[1]– وسيم نظير السويدات ، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية ، "دراسة مقارنة" ، مذكرة ماجيستر ، جامعة آل البيت ، الأردن ، ص 113.

غير أن المسلك السابق للقضاء الإداري الفرنسي[1] وبالاعتماد على تلك الاعتبارات كان محل جدل فقهي كبير، كما أن تلك الاعتبارات لا تجد أي تبرير لها خاصة بعدما قبل مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1964/04/24 الطعن بالإلغاء المقدم من طرف شركة ضد قرار رفض فسخ العقد بين وزارة البريد وشركة أخرى يمنح لهذه الأخيرة الاستفادة من دليل هاتفي يتكون من ثلاث حروف وذلك في قضية

Societé anonyme des livraison industrielles et commerciales.[2]

ويتضح من خلال هذه القضية أن الاجتهاد القضائي في فرنسا وسع من مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية ليشمل القرارات الصادرة انهاءا للعقد بعدما كان الأمر مقتصرا على القرارات التمهيدية المساهمة في تكوينه فقط ، الأمر الذي دفع بالفقه إلى ضرورة وضع حدود وضوابط لمبدأ عدم قابلية القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للانفصال عنه يمكن بيانها على النحو الآتي:

أولا: طبيعة الإجراء المتخذ في مرحلة تنفيذ الصفقة العامة أو العقد الإداري.

تصدر الإدارة المتعاقدة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العامة مجموعة من القرارات الإدارية التي تؤثر على عملية تنفيذ العقد الإداري ، غير أنه لا يمكن اعتبارها جميعا قرارات متصلة به

[1] _ هذا المسلك تأثر به القضاء المصري والجزائري.

[2] – نقلا عن الميلود بوطريكي ، الأطروحة السابقة ، ص 166.

ومتعلقة بتنفيذه ، حيث يوجد منها ما يقبل الانفصال عن العقد والخضوع لرقابة قضاء الإلغاء ولهذا صنف الفقه القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري إلى نوعين:

النوع الأول: ويشمل القرارات التي تصدرها الإدارة العامة بالاستناد إلى نصوص العقد وبنوده بوصفها طرفا متعاقدا ، فهذه الطائفة من القرارات تعد متصلة بالعقد ولا تقبل الانفصال عنه ويختص القضاء الكامل بنظر المنازعات المرتبطة بها لأنها تعتبر جوهر العملية العقدية ولها صفة أساسية بإلزام طرفي العقد دون سواهما [1].

النوع الثاني: ويشمل القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بوصفها سلطة عامة في مواجهة المتعاقدين معها تنفيذا لعقد إداري مثل القرارات الصادرة بالاستناد إلى سلطة الضبط الإداري[2] أو القرارات الصادرة عن سلطة الوصاية الإدارية في غير حالة الحلول عند ممارستها للرقابة الخارجية ، لأنها لا تعد طرفا في العقد وذلك ما أكدته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا حينما قبلت دعوى الإلغاء المرفوعة من شركة ضد القرار الإداري الصادر من السلطة الإدارية الوصائية والمتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز و اعتبرته قرار إداري منفصل وذلك في قرارها الصادر في 1969/04/18 في قضية

[1] عادل الطبطائي ، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 11 العدد مارس 1987 ، ص 31.
[2] يراجع في هذاا الصدد قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية dame guilet الصادر بتاريخ 1944/2/9 نقلا عن جمال عباس أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 500.

شركة اتحاد النقل والمشاركة[1] وعليه فإن هذه القرارات تخرج عن دائرة العقد ويمكن أن تكون عرضة للطعن بالإلغاء إذا شابها عيب من عيوب عدم المشروعية.

ثانيا: صفة الطاعن.

يميز القضاء الإداري بين الطعون المرفوعة من طرف الغير بالإلغاء ضد أحد القرارات الصادرة تنفيذا للعقد الإداري أو الصفقة العامة و بين الطعن المقدم من طرف أحد المتعاقدين ، ففي هذه الحالة فإن تلك القرارات تعد متصلة بالعقد ولا تقبل الانفصال عنه وتخضع منازعاتها لرقابة القضاء الكامل ذلك أن مخالفة الإدارة لنصوص العقد أو لالتزاماتها التعاقدية لا يمكن اعتباره مخالفة لمبدأ المشروعية.

أما بالنسبة للطعن بالإلغاء المقدم من طرف الغير في القرارات المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد الإداري أو الصفقة العامة فإن القضاء الإداري في فرنسا كان يرفض في بداية الأمر هذا النوع من الطعون بناءا على قاعدة نسبية الآثار المتولدة عن العقد ، وأن الغير يعتبر أجنبيا عن العقد ولا يمكنه الطعن ضد القرارات المتصلة به ، غير أن المجلس عدل لاحقا عن موقفه هذا وبتحفظ وقبل الطعون بالإلغاء الموجهة من الغير ضد القرارات التنفيذية للعقد [2] وذلك بعد فتح المجال للطعن فيها من طرف المتعاقدين بحجة أن الغير أولى بالحماية مقارنة بالمتعاقد الذي يملك طريق القضاء الكامل لحماية حقوقه ومصالحه ، بينما الغير يعتبر

[1] _ عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء 2 د.م.ج ،الجزائر. طبعة 2003 ، ص 464.

[2] – وذلك في قراره السالف الذكر الصادر بتاريخ 1964/4/24 في قضية ''anonyme de livraison industrielles''

غريبا عن العقد ولا يملك الصفة في رفع دعواه أمام القضاء الكامل ، فكان من الضروري أن يفتح المجال أمامه للطعن بالإلغاء في قرارات تنفيذ العقد عن طريق دعوى الإلغاء لحماية مصالحه التي تضررت أو قد تتضرر من جراء القرارات التنفيذية للعقد.

غير انه وفي قضية أخرى رفض الطعن المقدم من الغير ضد مشروعية عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة و عملية اتخاذ القرار المرخص بإنهاء إجراءات التعاقد آو بإجراء التوقيع عليه على أساس أن الغير يحق له فقط أن يطعن في القرارات التي أضرت مباشرة بمصالحه آو تلك التي تبلغ حدا من الجسامة ، وذلك لعدم الإفراط في تهديد العلاقات التعاقدية السارية وتوفير الاستقرار لها [1].

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على المبدأ.

يرجع السبب وراء تبني القضاء الإداري في فرنسا المنهج التركيبي في قضائه ورفضه فصل القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للعقد الإداري أو إنهاءه ، إلى أن إلغاء القرارات التنفيذية للعقد ليس لها من حيث المبدأ أية آثار على الرابطة العقدية [2] إلا إذا تمسك أحد أطراف العقد بتنفيذ حكم الإلغاء أمام القضاء الكامل ، غير أنه يمكن أن يرد على مبدأ عدم قابلية القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد للانفصال استثناءات تجيز عملية فصلها عن العقد والطعن فيها بالإلغاء بصفة مستقلة ويتعلق الأمر بالقرارات الآتية:

[1] -C.E le 04/04/2014 Département du Tarn et Garonne n 358994.

[2] – الميلود بوطريكي ، الاطروحة السابقة ، ص 171.

أولا: القرارات التي تخرج عن نطاق العقد.

وهي مجموع القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة العامة في معرض تنفيذ العقد ولكن ليس بوصفها طرفا متعاقدا بل باعتبارها سلطة عامة ، ويكون من شأن تلك القرارات التأثير بصورة أو بأخرى على عملية تنفيذ العقد مثل القرارات الصادرة بالاستناد إلى سلطة الضبط الإداري فهذه القرارات لا يمكن اعتبارها خاصة بتنفيذه فهي تقبل الطعن بالإلغاء لانفصالها عنه [1].

ثانيا: الطعن بالإلغاء ضد الشروط التنظيمية لعقد الامتياز.

الامتياز أو التزام المرافق العامة هو عقد يتولى بموجبه شخص طبيعي أو معنوي وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مدة من الزمن مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية المنظمة لسير المرافق العامة ، إضافة إلى الشروط التي تضمنها الإدارة للعقد [2].

ويعد عقد الامتياز من قبيل العقود الإدارية ذات الطابع المركب كما أنه يتميز عن سائر العقود الإدارية بخاصية أنه يرتب أثارا بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد (المنتفعين من

[1]– عادل الطبطائي ، المرجع السابق ، ص 33.
[2]– محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص 21.

خدمات المرفق) خلافا لقاعدة نسبية الآثار المتولدة عن العقد الإداري[1] والتي تقتضي أن يترتب عن العقد نشوء حقوق والتزامات ملزمة لطرفيه دون سواهما من الغير.

ويرجع السبب في ذلك لاحتواء عقد الامتياز على نوعين من الشروط تتمثل في:

أ-الشروط التعاقدية: وهي النصوص التي يتضمنها العقد و المتخذة بناءا على إرادة طرفيه وتحكمها قاعدة إلزامية العقد ، حيث تتولى تحديد الحقوق والالتزامات الخاصة بطرفي العقد وهذا النوع من الشروط لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء ، وان حصل الطعن فلا يكون مقبولا بناءا على قاعدة نسبية الآثار المتولدة عن العقد ، طالما أسس الطعن على اعتبارات تدخل في نطاق المنازعة العقدية [2].

ب-الشروط التنظيمية: وتشمل جملة النصوص التي تضعها الإدارة العامة بإدارتها المنفردة وتملك إمكانية تعديلها متى استدعت المصلحة العامة ذلك ودون حاجة إلى موافقة الملتزم وتتعلق تلك الشروط أساسا بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، وتستمد الإدارة العامة سلطة وضع تلك الشروط التنظيمية من السلطة الممنوحة لها أصلا بإدارة وتسيير المرافق العامة في الدولة ، ذلك أن التعاقد وفقا لأسلوب الامتياز من أجل إدارة وتسيير المرفق العام لا يخول للملتزم حق احتكار الإدارة والتسيير من دون تدخل الإدارة مانحة الامتياز التي يبقى لها الحق في التدخل ومراقبة سير المرفق العام وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة.

[1]- وسيم نظير سويدات ، المرجع السابق ، ص 132.
[2]- عادل الطيطائي ، المرجع السابق ، ص 37.

ترتيبا على ذلك فان عقد الامتياز يرتب أثار بالنسبة لطرفيه المتعاقدين (الإدارة مانحة الامتياز والملتزم) كما قد يرتب أثارا أخرى تمتد للمنتفعين من خدمات المرفق المسير عن طريق الامتياز باعتبارهم من الغير بالنسبة للعقد [1].

وفي هذا الصدد فانه يطرح إشكال في غاية من الأهمية ويتعلق بإمكانية الطعن بتجاوز السلطة من طرف المنتفعين ضد القرارات الصادرة عن الملتزم في حالة مخالفته للشروط التنظيمية الواردة في عقد الالتزام ؟

يتجه بعض الفقه[2] إلى عدم إمكانية الطعن بتجاوز السلطة من المنتفعين ضد قرارات الملتزم بصورة مباشرة على اعتبار أن دعوى الإلغاء لا توجه إلا ضد قرار إداري صادر عن الإدارة العامة بما لها من سلطة مقررة بموجب القوانين و التنظيمات وان الملتزم لا يملك حق إصدار القرارات الإدارية لأنه لا يعتبر سلطة عامة ، بينما يمكنهم اللجوء إلى قضاء الإلغاء والطعن في الإجراءات (القرارات الإدارية) المخالفة للشروط التنظيمية لعقد الامتياز سواء كانت تلك المخالفة تمت مباشرة من طرف الملتزم الذي لم يحترم الأحكام الواردة في دفتر الشروط وتمت مطالبة الإدارة بالتدخل و إجباره على احترام تلك الأحكام فإذا رفضت الإدارة التدخل فإن قرارها هذا يمكن أن يكون عرضة للطعن بالإلغاء على اعتبار مخالفته للشروط التنظيمية لعقد الامتياز والمتعلقة بتنظيم المرفق وأدائه لوظائفه ، حيث تكون تلك الشروط

[1]– ويعتبر المنتفعون من الغير في هذه الحالة لأنهم ليسوا طرفا في العقد بل أن العقد الإداري امتدت أثاره إليهم كونه أبرم من أجل تقديم الخدمة للأفراد تحقيقا للمصلحة العامة.

[2]– عبد العليم عبد المجيد مشرف ، حدود انصراف اثر العقد الإداري إلى الغير، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة النشر. ص121.

ذات طبيعة لائحية بالنسبة للمنتفعين من خدمات المرفق العام ، أو كانت مخالفة الشروط التنظيمية للعقد من طرف الإدارة نفسها مانحة الامتياز إذا ما عمدت إلى اتخاذ إجراءات مخالفة لتلك الشروط التنظيمية[1] ، ففي هذه الحالة يمكن للمنتفعين اللجوء إلى قضاء الإلغاء والطعن ضد قراراتها و ذلك ما أقره فعلا مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1906/12/21 في قضية

Syndicat des propriétaires et contribulables du quartier croix-des equiey-Tivoli[2]

حيث قبل الطعن الموجه من الغير(المنتفعين) ضد القرار الإداري الصادر عن الجهة الإدارية مانحة الامتياز بالرفض لمطالب المنتفعين الذين طالبوا الإدارة التدخل و إنذار الشركة الملتزمة بالتقيد بالشروط المقررة في دفتر الشروط ، واعتبر المجلس أن ذلك القرار منفصلا عن العقد ويمكن الطعن فيه بالإلغاء.

بالإضافة إلى ذلك فإن إمكانية اللجوء إلى قضاء الإلغاء والطعن أمامه ضد الشروط التنظيمية للعقد لا يقتصر على عقد الامتياز فقط بل يشمل جميع العقود التي يكون موضوعها تنظيم أو استثمار المرافق العامة وتشتمل على شروط تنظيمية تدرج في العقد.

[1]- المرجع نفسه ، ص 138.
[2]- نقلا عن البوطريكي ، المرجع السابق ، ص 176.

ويتضح جليا من خلال ما سبق أن الاجتهاد القضائي خاصة في فرنسا حاول إيجاد حلول قضائية مبنية على اعتبارات عدة لتمكين الغير أجنبي عن العقد والذي لا يملك حق اللجوء إلا القضاء الكامل ، من المطالبة بحماية مصالحه التي قد تضرر من جراء القرارات التنفيذية للعقد ، ذلك أن طبيعة تلك القرارات بالنسبة لغير تجعلها قابلة للانفصال عنه والطعن فيها بصفة مستقلة عن العقد.

ثالثا: الطعن بالإلغاء ضد القرارات المؤثرة على العقد.

يتجه القضاء الإداري إلى اعتبار القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة والتي من شانها التأثير على الوضعية التعاقدية للطرفين قرارات منفصلة ويمكن الطعن فيها بالإلغاء مثل قرار فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة دون أن يكون هناك أي إخلال من المتعاقد معها بالتزاماته لمقتضيات المصلحة العامة ، حيث نصت المادة 150 من (ت ص ع ت م ع) على ما يلي: " **يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة ، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد**"

وعليه فان ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الفسخ في هذه الحالة هي مسالة تقديرية أساسها تحقيق المصلحة العامة ، لهذا وجب عليها أن تبين في قرارها الأسباب التي دفعتها لإنهاء العقد قبل أوانه تحقيقا للصالح العام ، كما أن الحق في ممارسة هذه السلطة لا يحول دون خضوعها لرقابة القضاء ، حيث يملك القاضي في إطار دعوى الإلغاء صلاحية فحص

وتقدير جدية الأسباب التي أدت بالإدارة إلى فسخ الصفقة من جانب واحد ومن دون خطا المتعاقد ، لان هذا القرار من شانه التأثير على الوضعية التعاقدية للمتعامل معها.

رابعا : الطعن بالإلغاء من طرف المتعاقدين ذوي المراكز اللائحية.

ويتعلق الأمر ببعض العقود التي يتخذ من خلالها المتعاقد مع الإدارة مركزا لائحيا أو تنظيميا مثل المشتركين في خدمات الهاتف أو في عقود التأمين الاجتماعية حيث يجيز القضاء لذوي الشأن إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الإدارة بصدد تنفيذها لتلك العقود لغلبة اعتبارات السلطة العامة عليها لأنها لا تشكل في حقيقة الأمر سوى تطبيقات للنصوص التشريعية أو اللائحية أخذت المظهر التعاقدي[1].

المطلب الثاني: النظام القانوني لدعوى وقف تنفيذ القرار المنفصل عن الصفقة العامة في مرحلة تنفيذها.

يعتبر الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية بصفة عامة ومن بينها القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية العقدية ضمانة لحماية مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية وتكريسا لدولة القانون ، غير أن الطعن بالإلغاء أمام جهات القضاء الإداري ليس له أثر موقف بالنسبة للقرار المطعون فيه كأصل عام [2]، إلا أن هذه القاعدة تخضع لاستثناء مفاده إمكانية وقف

[1]– عادل الطبطائي ، المرجع السابق ، ص 33.

[2] –Yves Gaudemet , traité de droit administratif , Tom 1 , L.G.D. J , 16 eme édition 2002 p n 468/469.

تنفيذ القرار الإداري بناءا على طلب المعني أمام الجهة القضائية المختصة ، وذلكم ما سيتم توضيحه من خلال ما يأتي:

الفرع الأول: مبدأ الأثر غير الموقف للطعن في القرارات الإدارية والاستثناء الوارد عليه.

أولا :المبدأ، مضمونه ومبرراته.

الطعن بالإلغاء أمام جهات القضاء الإداري كأصل عام سواء كانت محاكم إدارية آو مجلس دولة ليس له أثر موقف بالنسبة للقرارات الإدارية المطعون فيها ويعتبر هذا المبدأ من بين أهم القواعد الأساسية للقانون العام [1]، وذلك ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 833 من ق.ا. م.ا. والتي نصت على ما يلي:

" **لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية ، تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**".

وهو نفس الأمر بالنسبة للقرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء أمام مجلس الدولة حيث أكدت المادة 910 من نفس القانون ذلك من خلال إحالتها بتطبيق الأحكام المتعلقة بوقف التنفيذ المنصوص عليها في المواد 833 إلى 837 أمام مجلس الدولة .

[1] - **René chapus , droit du contentieux administratif édition L.G.D.J « Montchrestien » , 12eme édition 2006. P N 1348.**

ويقتضي هذا المبدأ أن يتمتع القرار الإداري بقرينة المشروعية وامتياز الأولوية الذي يسمح له بالتنفيذ الفوري على الرغم من الطعن فيه أمام القضاء ، ذلك أن القرار الإداري يعتبر الوسيلة المثلى التي تستعين بها الإدارة العامة لممارسة نشاطها ولهذا فهي تعتبر نافذة وقابلة للتنفيذ بمجرد صدورها وترتيب الآثار المرجوة من وراء إصدارها تحقيقا للمصلحة العامة وذلك ما ذهب إليه القضاء الإداري في الجزائر حيث أكد وفي العديد من المناسبات مبدأ الأثر غير موقف للطعن ضد القرار الإداري حيث صرح مجلس الدولة في قراره [1]الصادر بتاريخ 11/15/ 2005 بما يلي:

" **حيث انه من الثابت قانونيا وفقها و قضاءا أن القرارات الإدارية نافذة بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حدا لتنفيذها .....حيث أن القرار الولائي رقم.... لم يبلغ ولو يوضع حد لتنفيذه مما يجعل دعوى المدعين المستأنفين الرامية إلى إلغاء غير مقبولة...**"

ويستند مبدأ الأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية على المبررات والاعتبارات الآتية:

1- فكرة القرار التنفيذي.

حيث تقوم الفكرة على أساس أن القرار الإداري يكون قابلا للتنفيذ ذاتيا مند صدوره ودون حاجة للجوء إلى القضاء لتنفيذه تفاديا لعرقلة نشاط الإدارة العامة ، كما أن القرار الإداري

[1] - القرار رقم **19341** الصادر في قضية أعضاء المستثمرة الفلاحية ضد (ف.ا) ومن معه ،مجله مجلس الدولة ، العدد 7 ، لسنة **2005** ، ص **133**.

يتمتع بقرينة السلامة والمشروعية وان الإدارة العامة لا يفترض فيها مخالفة القانون وعلى من يدعي ذلك إثبات العكس.

غير أن قرينة السلامة القانونية التي يتمتع بها القرار الإداري لا تجعله محصنا من رقابة القضاء وتقدير مشروعيته.

2-فكرة الفصل بين السلطات.

يستند أصحاب هذا التبرير إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي عدم تدخل أية سلطة في أعمال باقي السلطات ، وبما أن القرار الإداري عمل قانوني صادر عن الإدارة العامة من اجل أداء نشاطها فإنها لا تحتاج وبالاستناد إلى هذا المبدأ إلى أن تجيز لها سلطة أخرى (السلطة القضائية) عملية تنفيذه ، كما أن دور القضاء ينحصر في الرقابة على مشروعية تلك القرارات دون تقدير مسالة تنفيذها من عدمه ، الأمر الذي يبقى حقا للإدارة تقرره وحدها.

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد لكون مبدأ الفصل بين السلطات عرف تطورا مستمرا أدى إلى زيادة مجالات تدخل السلطة القضائية في الرقابة على أعمال السلطة الإدارية متى كانت حماية حقوق وحريات الأفراد تقتضي ذلك خاصة عن طريق قضاء وقف التنفيذ درءا لخطر آو ضرر يتهدد بمصالح الأفراد ويصعب تداركه فيما بعد.

3-الاعتبارات العملية

وجدت بعض الاعتبارات التي تقوم على فكرة أن القرارات الإدارية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، ولهذا فان الأمر يقتضي عدم تعطيل نشاط الإدارة العامة الذي يتسم عادة بالضرورة والاستعجال ، كما أن وقف تنفيذ القرار الإداري لمجرد الطعن فيه بالإلغاء سوف يؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة في انتظار الفصل في دعوى الإلغاء والتي في الغالب ما تطول إجراءات سيرها والفصل فيها أمام جهات القضاء الإداري.

ونحن بدورنا نميل إلى الأخذ بهذه الاعتبارات العملية التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة والمتمثلة في حسن سير جهاز الإدارة و المرافق العامة على حساب المصلحة الخاصة للمعنى بطلب وقف تنفيذ القرار الإداري ، لان ذلك سيؤدي حتما إلى تعطيل النشاط الإداري وفوات المصلحة العامة للأفراد.

ثانيا: وقف تنفيذ القرار الإداري كاستثناء على مبدأ الأثر غير الموقف للطعن فيه بالإلغاء.

أكد المشرع الجزائري مبدأ الأثر غير موقف للطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري من خلال ق.ا.م.ا مسايرا بذلك مختلف التشريعات المقارنة على غرار المشرع الفرنسي والمصري ومتماشيا مع ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية.

غير أن إعمال هذا المبدأ على إطلاقه قد يترتب عنه نتائج وخيمة خاصة إذا قامت الإدارة العامة بتنفيذ قرارها وترتيب أثاره ثم صدر بعد ذلك حكم قضائي بإلغاء هذا القرار الإداري

ففي هذه الحالة فان حكم الإلغاء يكون عديم الجدوى [1] لأنه يكون قد لحق برافع دعوى الإلغاء ضرر يصعب إصلاحه آو تعويضه ويصبح حكم الإلغاء مجرد حكم نظري أعلى مبدأ المشروعية دون حماية مصلحة الفرد.

ولهذا فان العدالة تقتضي أن يرد على مبدأ الأثر غير الموقف استثناء يتعلق بإمكانية وقف تنفيذ القرار الإداري عن طريق القضاء إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء ، وذلك ما اتجه إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 833 من ق.ا.م.ا حيث نصت المادة في فقرتها الأخيرة على ما يلي:

" **غير انه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناءا على طلب الطرف المعني وقف تنفيذ القرار الإداري**".

ما يلاحظ في هذا الشأن هو أن المشرع الجزائري اهتم بموضوع وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء سواء أمام المحاكم الإدارية آو مجلس الدولة بالنسبة للقرارات التي يندرج الطعن فيها بالإلغاء ضمن اختصاصاته بناءا على نص المادتين 09 من القانون العضوي 01/98 و 901 من ق.ا.م.ا.

و تبين لنا أيضا أن وقف تنفيذ القرار الإداري لا يكون تلقائيا بمجرد الطعن في القرار الإداري بل يكون بناءا على أمر قضائي صادر عن الجهة القضائية المختصة استجابة

[1] – آمال يعيش تمام وحاجة عبد العالي ، دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية بناءا على أمر استعجالي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة المفكر تصدر عن جامعة بسكرة ، العدد الرابع .ص320.

لطلب الطرف المعني ، كما يمكن أن يكون وقف التنفيذ تلقائيا يترتب على الطعن بالإلغاء في القرار الإداري وذلك بنص القانون حيث نصت المادة 13 من القانون 11/91 [1] على ما يلي:

"**يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة حسب الأشكال المنصوص عليها في ق.ا.م ولا يقبل الطعن إلا إذا قدم في اجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ تبليغ القرار آو نشره ، وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ القرار المصرع بالمنفعة العامة.**"

ويعتبر النص القانوني في هذه الحالة استثناءا على مبدأ الأثر غير موقف لتنفيذ القرار المطعون فيه بالإلغاء بنص قانوني صريح.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أكد تبنيه لنظام وفق تنفيذ القرارات الإداري في طابعه التقليدي الذي كان مكرسا في قانون الإجراءات المدنية السابق والمؤكد حاليا بموجب المواد من 833 إلى غاية 837 من ق.ا.م.ا بالإضافة إلى تنظيمه لإجراء "الاستعجال الموقف" والمؤكد بموجب نص المادة 919 من ق.ا.م. ا حيث يملك قاضي الاستعجال من خلاله سلطة الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري كليا آو جزئيا متى توافر في طلب وقف التنفيذ جملة من الشروط يتم بيانها على النحو الآتي :

[1]- القانون 11/91 المؤرخ في 1991/4/27 المتضمن نزع الملكية من اجل المنفعة العامة ج.ر.ج.ج.عدد21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

الفرع الثاني: شروط القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري عن طريق قاضي الاستعجال.

يعتبر نظام وقف تنفيذ القرار الإداري المرتبط بدعوى الإلغاء من طرف قاضي الاستعجال إجراءا استحدثه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 919 من ق.ا.م.ا موسعا بذلك مجالات تدخل قاضي الاستعجال لتشمل وقف تنفيذ القرار الإداري و مفعلا لآلية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة عن طريق قضاء الإلغاء ، حيث اثبت الواقع العملي وفي الكثير من الأحيان عدم فعالية دعوى الإلغاء في حماية حقوق الأفراد ومصالحهم إذا لم ترتبط بدعوى وقف لتنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه ، ولهذا فان القانون يشترط لتدخل قاضي الاستعجال والأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المرتبط بالصفقة العامة تنفيذا لها توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية يتم توضيحها على النحو الأتي[1]:

أولا- الشروط الشكلية.

باستقراء النصوص القانونية المنظمة لإجراء وقف التنفيذ القرار الإداري من طرف قاضي الاستعجال يتضح جليا انه يشترط لقبول الطلب أن يتم الطعن أولا في القرار الإداري بموجب دعوى الإلغاء ثم يتم تقديم طلب وقف التنفيذ بموجب عريضة مستقلة عن عريضة دعوى الإلغاء.

[1]- لقد تم التطرق مسبقا في إطار المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا الباب للشروط العامة لقبول الدعوى الاستعجالية وتلك الشروط تشترك فهي جميع الدعاوى القضائية المستعجلة من بينها دعوى وقف التنفيذ ولهذا سيتم التطرق في هذا العنصر لدراسة ما يخص هذه الدعوى من شروط دون غيرها .

1- الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ

لقبول دعوى وقف التنفيذ أمام قضاء الاستعجال يجب أن يكون القرار الإداري قد تم الطعن فيه بالإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة ، ذلك انه لا وجود لدعوى وقف التنفيذ دون رفع دعوى الإلغاء كأصل عام [1] على اعتبار أن وقف التنفيذ طعن تكميلي يرتكز على طعن موضوعي [2] .

ومن خلال هذا الشرط يتضح أن طلب وقف التنفيذ إجراء تمهيدي يطلبه المعني قصد الوصول إلى عملية إلغاء القرار قضائيا ، وذلك ما بينه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 919 من ق.ا.م.ا حيث نصت على : " **عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض ويكون موضوع طلب إلغاء كلي آو جزئي يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار**"

وذلك ما يستشف أيضا من أحكام المادة 926 من نفس القانون.

وما ينبغي توضيحه في هذا المقام حول هذا الشرط سنبينه فيما يأتي:

[1] – عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص 228.

[2] _ رحماني راضية ، الأطروحة السابقة ، ص 307.

_ يجب أن يراعي المدعي (المعني بطلب وقف التنفيذ) قواعد الاختصاص النوعي والمحلي في رفع دعوى الإلغاء سواء كان ذلك أمام المحاكم الإدارية آو أمام مجلس الدولة عندما يمارس اختصاصه كقاضي أول وآخر درجة.

_ أن يتم قبول دعوى الإلغاء من الناحية الشكلية أمام الجهة القضائية المختصة سواء من حيث توافر الشروط المتعلقة بأطراف النزاع أو الخاصة بعريضة الدعوى أو من حيث الشروط المتعلقة بالقرار الإداري محل الطعن.

وتنبغي الإشارة في هذه الحالة انه لا يكفي أن يثبت المعني بطلب وقف التنفيذ قيامه بإجراء التظلم الإداري السابق ضد القرار أمام الجهة الإدارية مصدرته لقبول دعواه الاستعجالية بل يجب أن يثبت ما يفيد قيامه برفع دعوى إلغاء حسب نص المادة 926 من ق ا م ا وذلك تحت طائلة عدم قبول دعوى وقف التنفيذ .

_ أن يتم رفع دعوى وقف التنفيذ في مدة زمنية قصيرة آو متزامنة مع رفع دعوى الإلغاء ذلك انه متى تحصن القرار الإداري من رقابة قضاء الإلغاء لفوات المدة الزمنية المحددة لرفع الدعوى ، فان طلب وقف التنفيذ بدوره وباعتباره طلبا فرعيا مرتبطا بدعوى الإلغاء يتم رفضه لانتفاء الجدوى منه وذلك ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2003/01/07 في قضية (ز.ل) ضد (ب.ع ومن معه) حيث صرح المجلس بما يأتي:

" من الثابت أن مجلس الدولة مختص طبقا لنص المادة 09 من القانون رقم 98_01 ..... ومن الثابت أن إجراء وقف التنفيذ يشكل طبقا لنص المادة 283 من ق ا م إجراءا تبعيا لدعوى أصلية لبطلان القرار محل الطلب ، وبما أن الدعوى لم ترفع فيتعين رفض الطلب شكلا "[1].

2-أن يتم رفع طلب وقف التنفيذ بموجب دعوى مستقلة .

ويقتضي هذا الشرط أن يتم رفع العريضة التي تتضمن طلب وقف التنفيذ بعد رفع عريضة دعوى الإلغاء و أمام نفس الجهة القضائية وذلك ما يستشف من أحكام المادة 919 من ق ا م ا من خلال عبارة " **عندما يقضى يوقف التنفيذ ، يفصل في طلب إلغاء القرار في اقرب الآجال.....**"

كما أكدت المادة 926 من نفس القانون وجوب تقديم طلب وقف التنفيذ في عريضة مستقلة عن عريضة دعوى الإلغاء من خلال نصها على ما يلي :

" يجب أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري آو بعض آثاره ، تحت طائلة عدم القبول، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع"

أما عن فكرة الارتباط بين الدعوتين فانه يترتب عنها نتيجة بالغة الأهمية تتمثل في أن التنازل عن دعوى الإلغاء يترتب عنه ضرورة التنازل عن دعوى وقف التنفيذ.

[1] _ القرار رقم **13397** ، منشور بمجلة مجلس الدولة ، العدد **4** ، **2003**. ص **135** .

ثانيا: الشروط الموضوعية

أما عن الشروط الموضوعية الواجب توافرها لقبول الدعوى والمتمثلة أساسا في توافر حالة الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق فقد ثم التطرق لدراسة هاذين الشرطين مسبقا ضمن شروط قبول الدعوى الاستعجالية ، وتجنبا لتكرار سوف نكتفي بدراسة شرط وجود وجه خاص من شانه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

1-شرط إحداث شك جدي حول مشروعية القرار

وهذا الشرط أكده نص المادة 919 من ق.ا.م.ا حيث نصت على : " **يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار.... متى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شانه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار..**"

ويقصد بشرط الجدية في طلب وقف التنفيذ أن تؤسس الدعوى على أسباب جدية توحي لأول وهلة بإلغاء القرار الإداري المطلوب وقف تنفيذه ، حيث ينتفي عن الطلب قصد عرقلة النشاط الإداري وهذا الشرط من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي الذي حاول أن يتشدد في قبول طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية باعتبارها استثناء عن قاعدة الأثر غير موقف للطعن ضدها بالإلغاء ، وذلك حتى لا يكون قضاء وقف التنفيذ وسيلة بيد الأفراد تهدد عرقلة النشاط الإداري لمجرد الشك في مشروعية القرار. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 919 السابق ذكرها قد خفف من حدة هذا الشرط بحيث لم يلزم

المدعي في دعوى وقف التنفيذ بتأسيس دعواه على أسباب جدية تثبت عدم مشروعية القرار إنما نجده قد تطلب أن يحدث المدعي مجرد شك جدي بوحي بعدم المشروعية للقرار المطلوب وقف تنفيذه ويرجح في ذهن قاضي الاستعجال عملية إلغاءه دون أن يتعمق في بحث موضوع النزاع [1]، حيث يملك القاضي سلطة تقدير جدية الأوجه التي تنبئ عن عدم مشروعية القرار من عدمها.

إلا أن ذلك الأمر قد يؤدي إلى تداخل الاختصاص بين قضاء الاستعجال وسلطته في وقف تنفيذ القرارات الإدارية المرتبطة بدعوى الإلغاء ، وبين وقف التنفيذ كسلطة متفرعة عن دعوى الإلغاء وتمارس من طرف قضاء الإلغاء[2].

ويرجع السبب في هذا التداخل إلى تنظيم المشرع الجزائري لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المرتبطة بدعوى الإلغاء في موضعين مختلفين من ق.ا.م.ا ، حيث نجده يدرجه تارة ضمن القسم الخاص برفع دعوى في الموضوع من خلال المواد 833 إلى 837 ونجده تارة أخرى يدرجه ضمن الباب الثالث الخاص بالاستعجال والمنظم بموجب المواد 919 و920 و921 من نفس القانون.

---

[1] **خيضر بسكرة . 2011/2010 ، ص213 _ فائزة جروني ، طبيعة قضاء وفق تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة محمد**

[2] **- غير أن هذا التداخل لا يتصور أن ينجم عنه تجاوز للاختصاص وفقا لمقتضيات المادة 917 من ق ا م ا والتي نصت على : يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البث في دعوى الموضوع"**

ويتجه بعض الفقه[1] إلى التفرقة والتمييز بين الأسباب التسويفية التي يكون القصد من ورائها عرقلة تنفيذ القرار الإداري فحسب والتي لا يمكن للقاضي أن يأخذها كسبب لوقف التنفيذ وبين الأسباب الحاسمة للإلغاء و التي لا يمكن لقاضي الاستعجال الوصول إليها إلا بعد دراسة معمقة لدعوى الموضوع لإلغاء الأمر الذي قد يوقعه في المساس بأصل الحق ، بينما تقع الأسباب الجدية في مكان وسطي بينهما ويتم استخلاصها من الفحص الظاهري لأوراق القضية الذي يقتضيه إجراء وقف التنفيذ كطلب استعجالي من خلاله بعدم التطرق لأصل الحق.

2-مدى الارتباط بين شرطي الاستعجال والجدية.

تشدد القضاء الإداري في إعمال إمكانية وقف تنفيذ القرار الإداري كاستثناء على القاعدة العامة – كما سبق بيانه – من خلال تطلبه توافر شرطي الاستعجال و الجدية معا في طلبات وقف التنفيذ باعتبارهما شرطين متلازمين و أن توافرهما في الطلب ضرورة لابد منهما حتى يقضي قاضي الاستعجال بوقف تنفيذ القرار الإداري و ذلك ما يتضح لنا من أحكام المادة 919 من ق إ م إ حيث أجاز المشرع لقاضي الاستعجال إمكانية الأمر بوقف التنفيذ متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

[1] _عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، دون سنة نشر ، ص 517.

ما يلاحظ من خلال نص المادة هو أن المشرع ذكر الشرطين مجتمعين معا وليس على سبيل التخيير بينهما.

وتنبغي الإشارة إلى أن تقدير مدى توافر الشرطين من عدمهما في الطلب يرجع لقاضي الاستعجال فإذا ما ظهر له من خلال التحقيق في ملف القضية أن تنفيذ القرار الإداري يمكن أن ينجم عنه نتائج يتعذر تداركها وان طلب المدعي يقوم على أسباب جدية توحي بعدم مشروعية القرار الإداري فيمكنه في هذه الحالة الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري إلي غاية الفصل في دعوى الموضوع أو رفض الطلب ، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2002/12/20 في قضية (ق. س) ضد والي ولاية وهران [1] بإلغاء الآمر المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية بوهران وجاء في احد حيثيات القرار ما يلي" **في الشكل قبول الاستئناف شكلا**

في الموضوع ....الإشهاد بأنه تم رفع دعوى قضائية بإبطال القرار الولائي أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران نظرا لنتيجة تقارير الخبرة الثلاثة التي تؤكد بان البضاعة قابلة للاستهلاك و نظرا لعنصر الاستعجال الوارد في قضية الحال ...إلغاء الأمر المستأنف وفصلا من جديد بعدم تعرض والي ولاية وهران إلى تفريغ بضاعة القمح...التابعة للمستأنفة..."

[1] _منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد الأول ، 2002 ص ، 149.

ونحن بدورنا نعتقد بأن المشرع الجزائري قد جانبه الصواب في صياغة نص المادة 919 من ق.إ.م.إ على نحو يوحي بوجوب توافر الشرطين معا لقبول الدعوى وصدور الأمر القضائي بوقف التنفيذ[1]، وذلك حتى لا يتحول قضاء وقف التنفيذ إلى ذريعة لكل من تسول له نفسه عرقلة تنفيذ القرار الإداري لأغراض شخصية الأمر الذي ينجم عنه تعطيل نشاط الإدارة العامة والذي يهدف غالبا إلى تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثالث: الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى وقف التنفيذ.

ينجم عن تنفيذ الأمر القضائي الصادر عن دعوى وقف التنفيذ وضع حد للآثار التي يرتبها القرار الإداري بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء ، وعليه سيتم التطرق لدارسة هذا الأمر القضائي وفقا للعناصر الآتية:

أولا: طبيعة الأمر ألاستعجالي ومضمونه.

الأمر الاستعجالي الصادر في هذه الدعوى هو عمل قضائي صدر وفقا لإجراءات معينة ويتضمن الإشارة إلى مختلف الوثائق المتعلقة بملف القضية و دفوع الأطراف والتماسات محافظ الدولة.

كما يجب أن يتضمن الإشارة إلى تطبيق أحكام المادتين 931 و932 من ق.إ.م.إ حيث تتعلق المادة 931 باختتام التحقيق فور انتهاء الجلسة إلا إذا قرر القاضي عملية تأجيل

[1] _ خاصة بعد تخفيفه لشرط الأسباب الجدية و استبداله بشرط إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

اختتامه إلى اجل لاحق أما المادة 932 من نفس القانون فتتعلق بالحالات التي يجوز فيها لقاضي الاستعجال أن يخبر الخصوم بالأوجه المثارة خلال الجلسة والمتعلقة بالنظام العام.

بالإضافة إلى تسبيب الأمر الاستعجالي ويظهر ذلك من خلال حيثياته كأن يوضح توافر عنصر الاستعجال في الدعوى آو جدية الأسباب التي دفعت إلى الأمر بوقف التنفيذ.

ويصدر الأمر الاستعجالي في جلسة علنية كغيره من الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع وما يلاحظ في هذا الشأن هو أن المشرع الجزائري لم يقيد قاضي الاستعجال بأجل معين للفصل في طلب التنفيذ كغيره من الاستعجالات الإدارية الأخرى خاصة مثل الاستعجال ما قبل التعاقدي الذي حدد من خلاله للقاضي مدة 20 يوما للفصل في النزاع.

ثانيا: أثر الأمر الاستعجالي وحجيته.

يرتب الأمر الاستعجالي أثره من تاريخ التبليغ الرسمي للخصم المحكوم عليه[1] ويتميز بطابعه المؤقت حيث ينتهي أثره بمجرد الفصل في دعوى الإلغاء[2] وذلك ما يبرر طابعه الوقائي كونه ليس بغاية في حد ذاته إنما هو وسيلة قضائية تستعمل لدرء خطر يهدد مصالح الأفراد بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في موضوع النزاع.

أما عن حجية الأمر الاستعجالي بوقف التنفيذ فهو يكتسب الحجية المؤقتة أمام طرفي النزاع حيث يلتزم الطرفين بتنفيذ مضمونه ، الأمر الذي يحول دون إمكانية رفع دعوى استعجالية

[1] المادة 935 من ق.إ.م.إ

[2] المادة 919 " ينتهي اثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب"

بنفس الموضوع – وقف التنفيذ _ أو إيقافه غير أنه يمكن لقاضي الاستعجال أن يعدل وفي أي وقت التدابير التي سبق و أن أمر بها و ذلك بناءا على طلب من المعني – صاحب المصلحة – و متى كانت هناك مقتضيات جديدة تبرر ذلك التعديل [1].

كما أن هذا الأمر لا يكتسي أية حجية أمام قضاء الإلغاء ، حيث يفصل قاضي الموضوع في دعوى الإلغاء بعد فحص وتدقيق شديدين لعناصر الملف من اجل تقدير مشروعية القرار محل الطعن من عدمها ومن ثم الحكم بإلغائه آو رفض الدعوى ، وفي هذه الحالة تنتهي الحجية المؤقتة للأمر بوقف التنفيذ بمجرد صدور الحكم القضائي الفاصل في دعوى الإلغاء.

وتجدر الإشارة إلى إن الأمر الاستعجالي الذي قضى بوقف تنفيذ القرار الإداري غير قابل لأي طعن وفقا لإحكام المادة 936 من ق.م.إ والتي نصت على:

" **الأوامر الصادرة تطبيقا للمواد 919 و921 و922 غير قابلة لأي طعن**"

ثالثا: تنفيذ الأمر الاستعجالي.

القاعدة العامة أن الأمر الاستعجالي الصادر بوقف التنفيذ يرتب آثاره من تاريخ التبليغ الرسمي للمحكوم عليه[2] غير أنه يمكن لقاضي الاستعجالي أن يقرر عملية تنفيذه مباشرة فور صدوره [3] متى استدعت ضرورة الاستعجال ذلك و التي يقدرها من ملف القضية و في هذه

[1] المادة 922 من ق.إ.م.إ

[2] المادة 935 من ق.إ.م.إ

[3] حيث يتميز الأمر الاستعجالي بخاصية النفاذ المعجل طبقا لنص المادة 303 من. ق.إ.م.إ

الحالة يبلغ أمين ضبط الجلسة بأمر قاضي الاستعجال منطوق الأمر ممهورا بالصيغة التنفيذية في الحال إلى الخصوم مقابل وصل الاستلام.

المبحث الثاني: دعوى إثبات حالة " معاينة الوقائع"

إثبات حالة آو معاينة الوقائع من قبيل الإجراءات الاستعجالية المنصوص عليها ضمن ق.إ.م.إ ويهدف إلى إثبات وقائع معينة يحتمل أن تثير نزاعا أمام جهات القضاء الإداري ويخشى من ضياع معالمها ، ولهذا يدخل إثبات حالة ضمن الإجراءات المستعجلة التي يختص بها قضاء الاستعجال دون الموضوع.

المطلب الأول: الإطار القانوني لإجراء إثبات حالة.

الفرع الأول: مفهوم الإجراء.

ويقصد بإثبات الحالة تصوير حالة مادية يخشى من ضياع معالمها إذا طال الانتظار لغاية الفصل في موضوع النزاع[1].

كما يمكن تعريفها بأنها إجراء تحفظي يتم على نفقة رافع الدعوى ، يوفر للطرفين المتنازعين حلا سريعا مؤقتا يمهد للفصل في موضوع الحق، وتهدف إلى إثبات حالات معينة إذا لم

[1] بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 138.

تثبت مباشرة ، استحال بعد ذلك استنباط الدليل منها وإذا رفعت الدعوى الموضوعية بعد ذلك أمكن الاستناد إلى ما انتهت إليه دعوى إثبات حالة [1].

الفرع الثاني: الأساس القانوني لإجراء إثبات حالة .

يجد هذا الإجراء أساسه القانوني في نص المادة 939 من ق.إ.م.إ والتي نصت على ما يأتي: " **يجوز لقاضي الاستعجال ، ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع ، بموجب أمر على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق ، أن يعين خبيرا ليقوم بدون تأخير بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهات القضائية.**

يتم إشعار المدعي عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور"

ولقد كان هذا الإجراء مكرسا في ظل ق.إ.م الأمر 154/66 من خلال نص المادة 171 مكرر منه والتي نصت على ما يأتي:

" **في جميع حالات الاستعجال ، يجوز لرئيس المجلس القضائي أو للعضو الذي ينتدبه بناءا على عريضة تكون منقولة حتى في حالة عدم وجود قرار إداري سابق .... تعيين أحد موظفي قلم الكتاب أو أحد الخبراء ، ليقوم دون تأخير بإثبات الوقائع الحاصلة بدائرة**

[1] للمزيد من التفاصيل حول دعوى إثبات حالة يراجع في هذا الصدد كل من:

- سليمان محمد سليمان الطماوي ، قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية، مجلة مجلس الدولة المصري، العدد/ السنة7، مطبعة مخيمر، ص 223.
- و يراجع كذلك محمد احمد عطية ، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1994، ص 285.

المجلس القضائي التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى نزاع يطرح للفصل فيه، أمام أحد المجالس القضائية المختصة في المواد الإدارية ويخطر المدعى عليهم المحتمل مخاصمتهم بأمر إثبات حالة فورا ."

استنادا إلى النصوص القانونية السابقة يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

– أن إجراء المعاينة والإثبات يخص الوقائع المادية دون القانونية ، والتي يخشى من ضياع معالمها بموجب أمر على عريضة وبناءا على طلب المعني.

– أن المشرع الجزائري منح لقاضي الاستعجال سلطة الأمر بإثبات حالة عن طريق تعيين خبير ليقوم بهذه المهمة من خلال نص المادة 939 من ق.إ.م.إ بينما نجده يسند هذه المهمة في ظل ق.إ.م إلى الخبير أو إلى أحد موظفي كتاب الضبط حيث يقوم هذا الأخير بإثبات حالة الوقائع وتحرير محضر عنها خاصة في المسائل البسيطة التي لا تقتضي تعيين خبير من اجلها وتوضيح أمور فنية في مجال معين.

– أن المشرع الجزائري ومن خلال ق.إ.م الملغى كان يلزم على قاضي الاستعجال التأكد من الاختصاص النوعي والمحلي للنظر في طلب إثبات حالة المقدم إليه[1] و إلا حكم بعدم الاختصاص النوعي ، بينما في ق.إ.م.إ فلا نجده تطرق لهذه المسألة بل اكتفى بأن تكون الواقعة محل الإثبات من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام هيئة قضائية إدارية سواء كانت

[1] بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 144.

محكمة إدارية آو مجلس الدولة مثل: إثبات حالة الأشغال المنجزة بصدد صفقة أشغال عامة.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لإجراء إثبات حالة.

يتجه بعض الفقه[1] إلى اعتبار دعوى إثبات حالة دعوى مستقلة و قائمة بذاتها ولا ترتبط بأية دعوى أخرى مبدئيا ، ذلك أن الهدف منها إثبات وقائع مادية تتعلق بنزاع قائم فعليا أمام الجهات القضائية آو محتمل النشوء مستقبلا و ذلك ما يستشف من نص المادة 939 م خلال عبارة " **أن يعين خبيرا ليقوم بدون تأخير بإثبات حالة الوقائع التي من شانها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية ...** "

و يفهم من ذلك انه قد نكون بصدد دعوى إثبات حالة وقائع ترتبط بنزاع لم يتم رفعه بعد و بالتالي فهذه الدعوى لا ترتبط بأية دعوى أخرى إنما هي إجراء تمهيدي لإثبات وقائع يخشى من زوال معالمها مستقبلا ، وهي بذلك تختلف عن دعوى وقف التنفيذ التي ترتبط بدعوى الموضوع ارتباطا وثيقا ، حيث استلزم المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 926 من ق.إ.م.إ أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري بنسخة من عريضة دعوى الموضوع تحت طائلة عدم القبول الأمر الذي لا نجده في دعوى إثبات حالة.

[1] **خميس السيد اسماعيل، العقود الإدارية و التعويضات ، دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر 2003 / 2004. ، ص 189.**

بينما يرى البعض الأخر من الفقه[1] إلى اعتبار دعوى إثبات حالة دعوى فرعية ترتبط بدعوى الموضوع ، على أساس أن القضاء الإداري يختص بالنظر فيها باعتبارها مرتبطة بدعوى الموضوع الأمر الذي يجعلها تدخل في اختصاصه بناءا على قاعدة " قاضي الأصل هو قاضي الفرع"

كما أن اشتراط المشرع بألا يمس الأمر القضائي الفاصل في دعوى إثبات حالة بأصل الحق وموضوع النزاع [2] يؤكد هذا الاتجاه من خلال عبارة " يجوز لقاضي الاستعجال ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع".

وحسب وجهة نظرنا فان دعوى إثبات حالة هي دعوى مستقلة و ذات طابع استعجالي حتى وان لم تتعلق بنزاع مستقبلي النشوء أمام جهات القضاء الإداري ، كما يحتمل عدم نشوئه أصلا ، وبما أن المشرع لم يقيد المدعي –رافعها– بأي إجراء أخر مثل رفع دعوى في الموضوع الأمر الذي يجعل منها دعوى قائمة ، ليست بغاية في حد ذاتها إنما هي وسيلة لإثبات وقائع يحتمل زوالها آو تغير معالمها فيما لو انتظر المدعي رفع دعوى في الموضوع.

[1] – محمد احمد عطية ، المرجع السابق ، ص 286.

[2] _ المادة 939 من ق.إ.م.إ

المطلب الثاني: شروط وإجراءات استصدار آمر بإثبات حالة.

نظرا لخصوصية إجراء إثبات حالة " معاينة الوقائع" كونه يهدف إلى الحصول على أدلة مسبقة لإثبات وقائع يحتمل التنازع بشأنها أمام القضاء ، ولهذا فإن القانون يتطلب توافر شروط معينة في الطلب ، كما انه خص إثبات حالة بإجراءات بسيطة ومتميزة عن سائر الدعاوى الاستعجالية.

الفرع الأول: شروط استصدار أمر بإثبات حالة.

ويمكن تقسيم تلك الشروط على النحو الآتي:

اولا: الشروط المتعلقة بالواقعة محل المعاينة والإثبات.

ويخضع لهذا الإجراء كل عمل مادي صادر عن الإدارة العامة سواء كان هذا العمل بفعل تدخل الإنسان (الإتلاف العمدي ، الحرق ....) آو بفعل الطبيعة (كالزلازل آو الفيضانات...) و يستثنى من ذلك جميع التصرفات القانونية التي يمكن أن تصدر عن الإدارة العامة (كالقرارات و العقود ....) حيث أنها لا يمكن أن تكون محلا المعاينة و الإثبات بناءا على آمر بإثبات حالة ، بل قد ترد عليها إجراءات استعجالية أخرى مثل وقف التنفيذ، تأجيل إمضاء الصفقة.....).

وبالترتيب على ذلك فإن الواقعة محل المعاينة والإثبات يشترط فيها ما يأتي:

- أن تكون الواقعة قد حدثت فعلا آو جار وقوعها [1] حيث يقوم الخبير بوصف الحالة "الواقعة" وصفا دقيقا في المحضر الذي يعده لذلك.
- ان تكون الواقعة المراد إثبات حالتها من الوقائع التي يخشى عليها من التغيير آو الزوال بمرور الزمن[2] آو أن تكون تلك الواقعة على وشك الاندثار فيما لو انتظر المعني إثباتها أمام قضاء الموضوع ، ولعل هذا الشرط هو ما يبرر الطابع الاستعجالي للدعوى.
- أن تكون الواقعة محددة في الطلب من طرف المعني تحديدا دقيقا لا يحتمل التأويل كما انه يمكن أن يحتوي الطلب على معاينة عدة وقائع مرتبطة يبعضها البعض و تحتمل أن تثير نزاعا أمام جهات القضاء الإداري غير انه إذا كان طلب المدعي يرمي إلى تعيين خبير من اجل معاينة الوقائع وتحديد أسباب حدوث الواقعة ، أو تقدير تعويض عن الإضرار التي لحقت بالمتضرر من جراء تلك الواقعة ، ففي هذه الحالة يمكن لقاضي الاستعجال أن يحكم " برفض الطلب" لمساسه بأصل الحق و إلا كان حكمه معرضا للإلغاء من طرف المحكمة التي تعلوه درجة .
- كما يشترط أن تكون الواقعة آو الوقائع المراد إثبات حالتها من شأنها أن تؤدي إلى نشوء نزاع مستقبلي ، كما يمكن أن تتعلق بنزاع تم طرحه مسبقا أمام القضاء الإداري.

[1] بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 137.
[2] خميس السيد إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 187.

وتجدر الإشارة إلى انه إذا كان الطلب ينصب على إثبات واقعة تدخل في اختصاص القضاء العادي فيمكن لقاضي الاستعجال أن يحكم بعدم الاختصاص النوعي تأكيدا لنص المادة 924 من ق.إ.م.إ.

ثانيا: أن يكون إجراء المعاينة نافعا في إثبات الواقعة.

ومفاد هذا الشرط أن تكون المعاينة مجدية و تعود بالنفع في إثبات واقعة آو وقائع مرتبطة بحل النزاع ، و في المقابل فإن معاينة واقعة اندثرت معالمها يعتبر إجراء لا فائدة منه ولا يساهم في حل النزاع .

و تجدر الإشارة إلى أن قاضي الاستعجال يملك السلطة التقديرية في تقدير نفعية إجراء المعاينة من عدمه فإذا ما ثبت له من الطلب أن إجراء المعاينة سيساهم في إثبات واقعة يرتكز عليها موضوع النزاع فيمكنه أن يأمر بتعيين خبير من اجل ذلك عن طريق إصدار أمر بإثبات الوقائع أما إذا قدر من الطلب أن إجراء المعاينة المطلوب لا يعود بالنفع على القضية موضوع النزاع حكم برفض الطلب بموجب أمر مسبب.

كما أن القضاء وفي هذا الصدد يعتبر انه إذا كانت المدة الفاصلة بين الوقائع وبين تاريخ رفع الطلب الرامي إلى استصدار الأمر القضائي بإثبات الحالة طويلة فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تغيير معالم الواقعة الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تقييمها من طرف الخبير وذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1981/05/16 في قضية مؤسسة

(أ.ع.ب) ضد (والي ولاية .... و وزير الداخلية)[1]حيث صرحت بعدم وجود حالة الاستعجال[2] طالما أن الشركة الطاعنة لم تلجأ القضاء الاستعجال لتعيين خبير من اجل معاينة حالة الأشغال المنجزة لصالح الولاية وتقييمها إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من طرف الإدارة وإسنادها إلى مقاول آخر، الأمر الذي أدى إلى تغيير معالم الواقعة المادية بفعل الأشغال الجديدة المنجزة خلال مدة الشهرين من طرف المقاول الجديد.

الفرع الثاني: إجراءات استصدار أمر بإثبات حالة .

وتمر تلك الإجراءات بالمراحل الآتية:

أولا: تقديم طلب في شكل عريضة.

يتعين على المدعي صاحب المصلحة أن يقوم بتقديم عريضة مكتوبة ومستوفية لجميع البيانات والشروط التي يتطلبها القانون ، وتتضمن تعيين الجهة القضائية وهوية المدعي وعنوانه وهوية المدعى عليه والمتحمل إن أمكن ، بالإضافة إلى عرض موجز للوقائع أو الواقعة محل الطلب وبيان مدى أهمية إثباتها ، كما يجب أن تتضمن العريضة طلب تعيين خبير ليقوم بمهمة المعاينة والإثبات مع تضمين العريضة تاريخ وتوقيع المدعي[3].

[1] – مسعود شيعوب ، المرجع السابق ، ص 138.

[2]– على الرغم من عدم اشتراط المشرع الجزائري لعنصر الاستعجال في طلب إثبات حالة إلا أن القضاء يعتد به لكون عنصر الزمن المبرر لحالة الاستعجال يؤثر على زوال معالم الواقعة وتغييرها.

[3] – يتجه البعض إلى عدم اشتراط توقيع عريضة اثبات حالة من طرف محام لكونها عريضة بسيطة وليست كباقي العرائض، يراجع في هذا الصدد: لحسين بن شيخ آت ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية ، المرجع السابق ص36.

يتم إيداع العريضة على مستوى كتابة الضبط لدى الجهة القضائية المختصة أين يتم تسجيلها في سجل خاص ، وتعرض على رئيس المحكمة الإدارية " قاض الاستعجال" ليتخذ الأمر المناسب بشأنها في أقرب وقت ممكن.

وتنبغي الإشارة إلى أن الأمر بإثبات حالة لا يتطلب أجل معين لتحديد الجلسة أو منح أجل للرد من طرف الخصم المحتمل حيث يقوم رئيس المحكمة الإدارية بإصداره دون حضور الخصم ، و في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب [1] مسببا و قابل للتنفيذ بناءا على النسخة الأصلية منه ، كما أنه يسقط ولا يرتب أثر إذا لم تتم عملية تنفيذه خلال ثلاثة **(3)** أشهر من تاريخ صدوره [2].

ثانيا: الأمر القضائي الصادر بإثبات حالة .

سبقت الإشارة إلى أن قاضي الاستعجال هو من يملك السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلب إثبات حالة ، ولهذا فمتى تبين له أن الطلب مستوفي لجميع الشروط التي يتطلبها القانون وقدر أهمية إثبات الواقعة فيمكنه أن يأمر بتعيين خبير ليقوم بمهمة المعاينة التي تتطلبها الخبرة ذلك إذا كانت الواقعة تتضمن مسائل تقنية لا يمكن للمدعي القيام بإثباتها عن طريق وسيلة أخرى ، و في حالة عدم اقتناعه بأهمية إثبات الواقعة يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر برفض الطلب وفي كلتا الحالتين سواء قبل الطلب آو رفض ينبغي أن

[1] - المادة 310 من ق. ا .م .ا .
[2] – المادة 311 من ق .ا .م .ا.

يكون الآمر القضائي الصادر عن الاستعجال مؤسسا ومسببا وعادة ما يكون على ذيل العريضة [1] دون أن يتطلب الأمر تحديد اجل معين للجلسة آو منح اجل للرد بالنسبة للخصم المحتمل.

أما عن الأمر الصادر برفض طلب بإثبات حالة الوقائع أو المعاينة فقد اختلف الفقه حول مدى إمكانية خضوعه للطعن القضائي حيث يتجه البعض [2] إلى إمكانية خضوعه للاستئناف استنادا إلى **المادتين 949 و 950 من ق.إم.إ** و اللتان سمح المشرع من خلالهما بالطعن بالإستئناف ضد الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية في أجل **15 يوما** من تاريخ التبليغ الرسمي ، بينما يرى البعض الأخر من الفقه [3] أن تلك الأوامر تعتبر أعمالا ولائية غير قضائية و لا تقبل عملية الطعن فيها.

وحسب وجهة نظرنا حول الموضوع فإن الأمر الصادر بإثبات حالة هو أمر مؤقت ولا يحوز لحجية الشيء المقضي فيه لأنه يصدر بدون حضور الخصم وهو عمل ولائي ولا يقبل الطعن فيه ، كما أنه و بالرجوع لنص **المادة 312 من ق.إ.م.إ** نجدها أشارت إلى إمكانية الطعن بالاستئناف ضد الأمر الصادر برفض طلب إثبات حالة في المواد المدنية غير الإدارية حيث نصت المادة على ما يأتي:

[1] – مسعود شيعوب ، المرجع السابق ، ص 176.
[2] – لحسين بنشيخ اث ملويا ، المرجع السابق ، ص 23.
[3] – بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 146.

"و في حالة عدم الاستجابة إلى الطلب ، يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي.....يجب على رئيس المجلس القضائي أن يفصل في هذا الاستئناف في أقرب الآجال..."

ما يلاحظ من خلال نص المادة السابقة هو أن إمكانية الطعن بالاستئناف متاحة ضد الأمر برفض طلب إثبات حالة الوقائع المتعلقة بنزاع سبق طرحه أو سيطرح أمام جهات القضاء العادي دون جهات الفضاء الإداري ، مع العلم أن نص **المادة 312** ورد ضمن القسم الرابع من الفصل **الخامس** من الباب **الثامن** من الكتاب الأول الذي ينظم الأحكام المشركة لجميع الجهات القضائية.

ثالثا: مهمة الخبير

في حالة قبول طلب إثبات حالة فإن قاضي الاستعجال يصدر أمر بتعيين خبير لإجراء مهمة المعاينة ، وبناءا على ذلك يجب أن تكون مهمة الخبير محددة بدقة في الأمر القضائي و أن تقتصر على تصوير الحالة المادية الواقعة على نحو دقيق دون تقدير أو تخمين وذلك بهدف توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة ودون أن يتطرق لموضوع النزاع وأصل الحق وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/06/16 بإلغاء القرار المطعون فيه و التصدي بالرفض وجاء في حيثيات القرار ما يلي :

" حيث ان الخبير هنا بدل أن يثبت حالة الضرر المدعى بها من طرف المدعي، تطرق إلى موضوع التعويض الذي يمس حقوق الأطراف ، فيكون بذلك قد تجاوز المهمة المنوطة له بحكم الأمر الاستعجالي .... " [1].

وبالترتيب على ذلك يقوم الخبير في إطار هذه المهمة بما يلي:

1 – إشعار المدعى عليه المحتمل.

هذا الإجراء أكدته الفقرة الثانية من المادة 939 من ق إ م إ والتي نصت على ما يلي :

" يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعني على الفور."

ويقصد بالإشعار إعلام الشخص المحتمل اختصامه بالأمر القضائي ومضمونة مع إمكانية تدوين ملاحظاته وأقواله في التقرير المعد من طرف الخبير كما انه لا يقصد بالإشعار استدعاء المدعى عليه المحتمل للحضور إلى الجهة القضائية وسماع أقواله أمام قاضي الاستعجال بل أن المادة السابقة اكتفت بالإشعار فقط وفي أقرب وقت ممكن حتى لا يترك للمدعى عليه وقت ليتمكن من تغيير معالم الواقعة.

كما يلاحظ بأن المشرع لم يرتب أي جزاء في حالة عدم قيام الخبير بإشعار المدعى عليه الأمر الذي لا يؤدي إلى بطلان إجراء المعاينة.

[1] القرار رقم: 66930 قضية (س.أ) ضد (م ش ب باتنة)، المجلة القضائية، الصادرة سنة 1992، العدد 3، ص 170.

كما يمكن لقاضي الاستعجال استبدال الخبير الذي عينه من اجل إجراء المعاينة واثبات الحالة وذلك في حالة رفض الخبير انجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك بموجب أمر على عريضة تأكيدا لنص المادة 132 من ق إ م إ.

كما يجوز للقاضي إعادة استدعاء الخبير لاستيفاء الأعمال الناقصة إذا كان قد أغفل عملية بحثها في تقريره [1] أو لتقديم إيضاحات ومعلومات ضرورية بسبب غموض عبارات التقرير [2].

2 – إعداد تقرير الخبرة وإيداعه.

بعد استكمال إجراءات المعاينة يقوم الخبير بكتابة تقرير يتضمن أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم بالإضافة إلى عرض تحليلي عما قام به وعاينه في حدود المهمة المستندة إليه كما يجب أن يتضمن التقرير نتائج الخبرة [3] والتي لا تعدو أن تكون وجهة نظره في مسائل فنية تدخل في تخصصه ويصعب على القاضي معرفتها بنفسه ، بعد ذلك يقوم الخبير بإيداع التقرير لدى أمانة ضبط المحكمة الصادر عنها الأمر بتعيينه في أقرب وقت ودون تأخير لتمكين المدعي من مباشرة دعوى استعجاليه مثلا للمطالبة بتدبير وقائي [4].

[1] خميس السيد اسماعيل ، المرجع السابق ، ص 188.
[2] المادة 141 من و إ م إ.
[3] المادة 138 من ق إ م إ.
[4] لحسين بن شيخ أ ث ملويا ، المرجع السابق ، ص 26.

خلاصة الباب الثاني

من خلال دراسة الباب الثاني من هذه الأطروحة اتضح لنا بأن المشرع الجزائري حرص كل الحرص على التسوية الودية للمنازعات التي قد تطرأ عن تنفيذ الصفقة العامة ، في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، الأمر الذي جعل من إمكانية تدخل قضاء الاستعجال ضيقة في حدود ما تستدعيه الضرورة ، وبناءا على ذلك نخلص إلى جملة من النتائج نبينها بإيجاز في النقاط الآتية:

- خضوع المنازعات المرتبطة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة لاختصاص القضاء الإداري باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل للفصل في منازعات الصفقات العمومية و التي تندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل طبقا لنص المادتين 800 و 801 من ق إ م إ غير أن توسيع مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بموجب نص المادة 06 منه ليشمل المؤسسات العامة الخاصة للقانون الخاص طرح العديد من الإشكالات القانونية التي تتعلق بتحديد قواعد الاختصاص النوعي و تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها تلك المؤسسات من جهة و البحث عن المعيار الذي يستند إليه القضاء الإداري أو العادي للنظر في تلك الدعاوى.

- اختصاص القضاء الإداري بالفصل في الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة العامة باعتبارها مسائل فرعية تتعلق بموضوع النزاع مثل : دعوى إثبات حالة ودعوى وقف تنفيذ القرارات المنفصلة المرتبطة بعملية تنفيذ الصفقة العامة.
- لم يوفق المشرع الجزائري في تحديد قواعد الاختصاص المحلي في مادة الصفقات العمومية الأمر الذي قد يوقعه في التناقض من اجل تحديد الجهة القضائية المختصة محليا علما بأن قواعد الاختصاص في المادة الإدارية من النظام العام.
- أن الدعوى الاستعجالية المرتبطة بعملية تنفيذ الصفقة العامة لم يخصها المشرع بشروط خاصة للقبول كما هو الحال بالنسبة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية التي ترفع بصدد عملية إبرام الصفقة العامة ، الأمر الذي أدى إلى ضرورة خضوعها للشروط العامة التي يتطلبها القانون في جميع الدعاوى الاستعجالية والمنظمة بموجب ق إ م إ مثل عدم المساس بأصل الحق وتوافر حالة الاستعجال.
- تمر الدعوى الاستعجالية المرتبطة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة بنفس الإجراءات التي تخضع لها باقي الدعاوى القضائية الاستعجالية بدءا من رفعها إلى غاية الفصل فيها ماعدا دعوى إثبات حالة الوقائع المادية التي تخضع لإجراءات مختلفة ومبسطة نظرا لخصوصيتها حيث تهدف إلى إثبات وقائع تتعلق بنزاع قائم أو محتمل الوقوع مستقبلا.

نلخص في ختام هذه الأطروحة ، و التي تطرقنا من خلالها إلى تسليط الضوء على موضوع "**دور قضاء الإستعجال في منازعات الصفقات العمومية**" ، ومدى تكريس المشرع الجزائري لقضاء الإستعجال في مادة الصفقات العمومية ، حيث يعتبر هذا الموضوع من بين المستجدات التي كرسها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و يعتبر إضافة هامة تحسب للمشرع الجزائري الذي خص المنازعات التي تتعلق بمرحلة إبرام العقد الإداري أو الصفقة العامة بنصوص قانونية تضمن الحماية القضائية المستعجلة لعملية الإبرام ضد جميع الممارسات التي قد تخل بمبدأي العلانية أو الوضع في المنافسة و في ظل احترام المبادئ الأساسية التي دعى المشرع إلى احترامها وضرورة مراعاتها خلال عملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية.

وتبعا لذلك فقد تبين لنا أن المشرع الجزائري قد أدرج هذا النوع من الطعون ضمن القسم الإستعجالي الذي يتميز بسرعة الفصل في المنازعات المطروحة أمامه بهدف توفير الحماية للحق أو للمركز القانوني للطاعن ولو بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في موضوع النزاع بصفة نهائية.

كما تبين لنا أن المشرع الجزائري قد أحاط عملية إبرام الصفقات العمومية بنصوص قانونية خاصة تضمن الحماية القضائية المستعجلة لها خلال هذه المرحلة دون أن يتطرق لتنظيم الموضوع في مراحل ما بعد الإبرام (التنفيذ و الإنهاء) إذا من الممكن أن تثار خلال هذه

المراحل بعض المنازعات التي تتطلب السرعة في اتخاذ تدابير و إجراءات لدرء خطر أو ضرر يتعذر إصلاحه فيما لو اتبع المتقاضي سبل التقاضي العادية التي قد تقف عائقا يحول دون الهدف المرجو من وراء الدعوى الإستعجالية الأمر الذي يؤدي إلى زوال المنفعة من وراءها .

و أمام ذلك ، كان لا بد من تأصيل الأساس القانوني لهذا الموضوع من خلال بيان نشأة و تطور قضاء الإستعجال قبل التعاقدي على يد التشريع و القضاء الفرنسيين ، على اعتبار أن المشرع الفرنسي كان سباقا في تبني هذا النوع من الطعون عن المشرع الأوربي و قد ساهم القضاء في إرساء دعائمه ، و يرجع السبب وراء ذلك إلى البيئة القانونية و السياسية السائدة في فرنسا والتي ساهمت و بشكل كبير في الاستقطاب السريع لهذا النوع من الدعاوى المستعجلة خاصة بعد تراجع كل من التشريع و القضاء في فرنسا عن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من طرف القاضي الإداري على الرغم من أن هذا المبدأ لا يوجد أي مبرر يستند إليه و ذلك ما دفع بالمشرع الفرنسي ليتجاوزه بموجب القانون الصادر في 1995/02/08 والذي منح الحق للقاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة و إجبارها على الامتثال لأحكام القضاء و تنفيذها.

أما عن المشرع الجزائري فقد تبين لنا أنه تولى تكريس هذا النوع من الطعون ضمن قانونه الداخلي بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 2008/02/25 ومنح من

خلاله لقاضي الإستعجال سلطات متميزة في إطار فصله في النزاع تشمل سلطة الأمر ووقف عملية إبرام الصفقة العامة ، الأمر الذي يشكل نقلة نوعية لدور قاضي الإستعجال في الرقابة على أعمال الإدارة العامة ، بعدما كان يحظر على نفسه إمكانية توجيه أوامر لها ومن دون وجود نص قانوني يجيز له أو يمنع عليه ذلك.

ونظرا لما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة ، فقد رسم المشرع الجزائري حدودا لتدخل القضاء الإداري في شقه الإستعجالي للفصل في منازعات الصفقات العمومية من خلال اتخاذ تدابير و إجراءات تحفظية تضمن الحماية الإستعجالية المؤقتة لحقوق و مصالح الأفراد المتعاملين مع الادارة المتعاقدة ضد تعسفها.

و تبعا لذلك ومن أجل بيان حدود تدخل القاضي الإداري للفصل في الدعاوى الإستعجالية المتعلقة بمرحلة تنفيذ أو إنهاء الصفقة العامة ، تم التطرق لدراسة أساس اختصاص القضاء الكامل بالفصل في هذا النوع من الدعاوى نوعيا باعتباره صاحب الولاية العامة في نظر منازعات العقود الإدارية ، و اتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يتول عملية تنظيم ذلك أو الإشارة إليه بموجب نصوص قانونية خاصة كما فعل مع الدعوى الإستعجالية التي يمكن أن تثار بصدد عملية الإبرام على الرغم من أن قواعد الاختصاص القضائي مسألة من النظام العام ، الأمر الذي دفعنا إلى دراسة الموضوع بالاعتماد على القواعد العامة للدعوى الإستعجالية من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك من حيث شروطها و

إجراءات سيرها أمام جهات القضاء الإداري وصولا إلى دراسة الأمر القضائي الفاصل فيها ، مع بيان أهم صور تلك الدعوى المستعجلة التي يمكن أن تثار خلال مرحلة تنفيذ أو إنهاء الصفقة العامة كدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية و دعوى إثبات حالة الوقائع المادية كعينات لتلك الدعاوى نظرا لتعددها و اختلافها حسب طبيعة كل عقد و ما قد يثيره من إشكالات أثناء عملية تنفيذه أو إنهاءه .

وبالبناء على ما سبق فقد توصلنا إلى مجموعة من **النتائج** التي نأمل أن تساهم في تعميق المعرفة لدى باحثي القانون و يمكن عرضها تبعا لورودها في الدراسة على النحو التالي:

1_ أن المشرع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كان مترددا حول الإهتمام بموضوع قضاء الإستعجال الإداري ، و يرجع السبب في ذلك إلى تأثره بالخلفيات التاريخية لنشأة القضاء الإداري في فرنسا حيث سادت أفكار تدعو إلى تقليص تدخل قاضي الإستعجال و فرض رقابته على أعمال الإدارة العامة التي تكتسي غالبا طابع الضرورة من أجل تحقيق المصلحة العامة ، و لهذا وجب ألا تكون تلك الأعمال عرضة للعرقلة من طرف قاضي الإستعجال.

2_ أن تنامي و تزايد أهمية القضاء المستعجل و دوره الفعال في حماية حقوق الأفراد ضد تعسف الإدارة العامة كان دافعا لتدخل المشرع و تكريس هذا النوع من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة خاصة في مجال الصفقات العمومية.

3_ أن تطور قضاء الاستعجال الإداري عن المفهوم التقليدي للكلمة كان سببا وراء إسناد المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال صلاحية الفصل في بعض القضايا على الرغم من انتفاء حالة الاستعجال فيها و هو ما يصطلح عليه في الفقه القانوني **"الإستعجال بحكم القانون "** على اعتبار أن إرادة المشرع هي من أولت الاختصاص لقضاء الإستعجال للفصل في مثل هذا النوع من القضايا ، وأنه لم يستمد اختصاصه بالفصل فيها من طبيعة النزاع في حد ذاته.

4_ تأثر القضاء الإداري في الجزائر بمبدأ حظر توجيه أوامر الإدارة من طرف القضاء الإداري ذلك من بين الأسباب التي جعلت من رقابة قاضي الإستعجال على أعمال الإدارة العامة محتشمة على اعتبار أن مجمل سلطاته في مجال منازعات الصفقات العمومية تقوم على الأمر (أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال ، الأمر بتأجيل إمضاء العقد...)على الرغم من أن ذلك الحظر لا يجد أساس قانوني له في التشريع الجزائري .

5_ الطابع الوقائي الذي تتميز به دعوى الإستعجال قبل التعاقدي بالنظر إلى الحماية التي تضفيها على عملية إبرام الصفقة العامة من ظاهرة الفساد و كذا دورها في إلزام كل من الإدارة و المرشحين للخضوع لمبدأ المشروعية عن طريق احترام المبادئ التي تستند إليها الصفقة العامة في إبرامها.

6_ المشرع الجزائري قد أولى أهمية كبيرة للمبادئ التي تركز عليها عملية إبرام الصفقات العمومية من حرية الوصول للطلب العمومي و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات و تولي عملية تكريسها ضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و جعل من الإخلال بها أثناء هذه المرحلة سببا كافيا لتدخل قاضي الإستعجال وبسط رقابته على عملية الإبرام.

7_ تنظيم المشرع الجزائري لإجراء الإعلان عن الصفقة بالصيغة الأمر ينبئ عن أهميته و تأثيره على مبادئ الصفقات العمومية ،و يتضح ذلك جليا من خلال فرض عملية الإشهار في جميع أنواع طلب العروض بالإضافة إلى إجراء التراضي بعد إستشارة.

8_ إن تنظيم إجراء الإعلان عن الصفقة يعود بالمصلحة من جهة على الراغبين في التعاقد مع الإدارة العامة من خلال إعلامهم بفتح باب المنافسة فيما يخص الطلبات العمومية وكذا يعود بالنفع على جهة المصلحة المتعاقدة من خلال تمكينها من الحصول على أكبر عدد ممكن من الترشحات ، الأمر الذي يؤدي إلى اختيار أفضل عرض ممكن.

9_ تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المنافسة بين المتعهدين المرشحين للظفر بالصفقة وذلك من خلال إلزام الإدارة العامة بإتباع أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة وما يضمنه هذا الإجراء من منافسة نزيهة ، واللجوء إلى أسلوب التراضي كاستثناء إذا أقتضى الأمر ذلك مع

منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في التعامل بأسلوب التراضي بعد استشارة من حيث إجراءاته و مواعيده الأمر الذي قد يؤثر سلبا على مبدأ المنافسة بين المرشحين.

10_ أنه يكفي لقبول الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية –التي تثار في مرحلة الإبرام– وجود الصفة في التقاضي بالنسبة للمدعي أو المدعى عليه بالإظافة إلى وجود إخلال فعلي بمبدأي العلانية أو المنافسة يكون قد سبب أو قد يسبب ضررا للطاعن إلى جانب وجود حالة الإستعجال التي تبرر الطابع الإستعجالي للقضية.

11_ المشرع الجزائري منح إمكانية للوالي وكذا المتضرر من جراء الإخلال بمبدأي العلانية أو المنافسة بأن يرفع دعواه أمام القضاء قبل إبرام العقد ، وذلك ما يبرر الدور الوقائي لدعوى الإستعجال ما قبل التعاقدي.

12_ أن المشرع الجزائري قد حدد أجل 20 يوما من تاريخ رفع الدعوى لقاضي الإستعجال للفصل في القضية و هو نفس الآجال المحدد لتأجيل عملية إبرام العقد أو الصفقة ، غير أنه لم يترتب أي جزاء في حالة عدم احترام القاضي لهذا الأجل ، الأمر الذي قد لا يجدي نفعا بالنسبة للطاعن من وراء هذه الدعوى فيما لو تم إبرام العقد من طرف المصلحة المتعاقدة بعد فوات أجل 20 يوما المحددة للتأجيل .

13_ يتمتع قاضي الإستعجال في إطار الفصل في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية بسلطات واسعة و متميزة تتجاوز إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة حيث يمكنه الفصل في

النزاع بموجب اتخاذ تدابير صارمة عن طريق سلطة الأمر بهدف الحفاظ على مشروعية ونزاهة عملية إبرام العقد الإداري أو الصفقة العامة.

14_ أقر المشرع الجزائري إمكانية توجيه أوامر للإدارة من طرف قاضي الإستعجال كاستثناء على المبدأ العام ، وذلك لإلزامها على احترام قواعد العلانية و المنافسة خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة ، الأمر الذي يحقق التوازن بين سلطة الإدارة العامة في تنظيم عملية إبرام الصفقات العمومية من جهة و بين سلطات قاضي الإستعجال في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة أثناء عملية الإبرام من جهة أخرى.

15_ أن السلطات التي يتمتع بها قاضي الإستعجال بمناسبة الفصل في هذه الدعوى الإستعجالية مترابطة فيها بينها حيث لا يمكنه فرض الغرامة التهديدية على جهة الإدارة العامة لإرغامها على تنفيذ أمر معين أو الحكم بتأجيل عملية إمضاء العقد أو الصفقة العامة دون ممارسة سلطة الأمر و إلزام المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته ، الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بأن سلطة الأمر في هذه الدعوى جوهرية.

16_ المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية خضوع الأوامر الإستعجالية الصادرة في مادة الصفقات العمومية للطعن القضائي ، الأمر الذي دفعنا إلى دراسة الموضوع مع الإستعانة بالقواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الإستعجالية ضمن قانون الإجراءات المدنية و

الإدارية ، و اتضح لنا أنها لا تقبل سوى الطعن بطريق الإستئناف أمام مجلس الدولة بالاستناد إلى نص المادة 949 من نفس القانون.

هذا وقد توصلنا من خلال دراسة الباب الثاني من هذه الأطروحة إلى عدة **نتائج** يمكن إجمالها فيها يأتي:

1_ أن المشرع الجزائري لم يوفق في ضبط قواعد الإختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية بالاستناد إلى المعيار العضوي المكرس بموجب نص المادتين 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمقارنة مع نص المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 247/15 ، حيث نجده حصر الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في نص المادة 800 بالنسبة لمنازعات الصفقات التي تبرمها للأشخاص المعنوية العامة فقط ، بينما وسع من صلاحية إبرام الصفقات العمومية لتشمل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي التجاري و أخضعها لتنظيم الصفقات العمومية دون أن يمنح للقاضي الإداري صلاحية الفصل في المنازعات المترتبة عنها بموجب نص قانوني صريح الأمر الذي قد يثير إشكالات تتعلق بمسألة الإختصاص النوعي الذي يعتبر من النظام العام.

2_ أن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في ضبط قواعد الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية في مادة الصفقات العمومية ، و يرجع السبب في ذلك إلى التكرار الوارد في نص المادة

804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خاصة فيما يتعلق بمادة الأشغال العامة الأمر الذي قد يؤدي إلى التناقض خاصة في ظل تعدد المحاكم الإدارية.

3_ أن المشرع الجزائري اعتبر شرطي الصفة و المصلحة جوهريان لقبول الدعوى القضائية بصفة عامة و الإستعجالية بصفة خاصة ، غير أنه رتب على تخلف شرط الصفة الدفع بعدم القبول باعتبارها من النظام العام ، بينما لم يعتبر شرط الصفة كذلك و لم يرتب على تخلفه أي إجراء ، كما تبين لنا أنه اشترط توافر الصفة في طرفي النزاع على حد سواء المدعي و المدعى عليه بينما شرط المصلحة استلزم توافره في المدعي رافع الدعوى فقط.

4_ اعتبر المشرع توافر الأهلية لدى الخصوم شرطا لصحة الإجراءات القضائية يترتب عن تخلفه الدفع ببطلان الإجراءات ، كما أعتبره من النظام العام حيث يترتب عن ذلك إثارته من طرف القاضي تلقائيا ، وهذا على خلاف الوضع في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى الذي كان يعتبره شرطا لقبول الدعوى و يترتب على تخلفه الدفع بعدم القبول.

5_ أن توافر حالة الإستعجال كشرط لقبول الدعوى الإستعجالية مفهومها غير محدد من طرف الفقه أو القضاء ، حيث ينظر إلى تعريفها من زوايا مختلفة إما بناءا على عنصر الحاجة الملحة أو الضرورة أو بناء على عنصر الحظر الداهم الذي يتهدد بالحق المراد حمايته كما ينظر إليها بالاستناد إلى عنصر التأخر في الفصل في النزاع و ما قد ينجم عنه من نتائج يصعب تداركها.

6_ أن المشرع الجزئري لم يحدد مدة زمنية لرفع الدعوى الإستعجالية أمام جهات القضاء الإداري و لم يخصها بميعاد معين ، وجعل السلطة التقديرية في يد قاضي الإستعجال لتقدير مدى توافر حالة الإستعجال في الطلب من عدمه ، ذلك أن ميعاد رفع الدعوى الإستعجالية له علاقة مباشرة باستمرار حالة الإستعجال أو زوالها.

7_ أن تدخل قاضي الإستعجال للفصل في مادة الصفقات العمومية و إتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة مقيد بضوابط عديدة أهمها توافر حالة الإستعجال و عدم المساس بأصل الحق.

8_ إهتمام المشرع الجزائري بتنظيم موضوع وقف تنفيذ القرارات الإدارية من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ومن أجل توضيح الأمر ثم إسقاطه على مادة الصفقات العمومية ، واتضح لنا أنه يمكن للغير أو المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء و المطالبة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا لعقد إداري أو صفقة عامة إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء حماية لمصالحه بصفة مؤقتة .

9_ أن سلطة قاضي الإستعجال بوقف تنفيذ القرارات الإدارية المرتبطة بمرحلتي تنفيذ أو إنهاء الصفقة العامة يستمدها من سلطته الأصلية بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العامة.

10_ إن تطور قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية يكون على حساب القضاء الكامل الذي يبقى حكرا على طرفي العقد ، بينما يتوسع مجال تدخل قضاء الإلغاء كوسيلة متاحة

للغير للدفاع عن مبدأ المشروعية ضد القرارات المتعلقة بالعقد الإداري أو الصفقة العامة سواء في مرحلة إبرامها أو تنفيذها أو حتى إنهاءها.

11_ أن الطعن بإلغاء ضد القرار الإداري كأصل عام لا يوقف عملية تنفيذه تلقائيا إنما يكون وقف التنفيذ بناءا على أمر قضائي صادر عن المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة تلبية لطلب المدعي صاحب المصلحة الذي قد يتضرر من عملية تنفيذ القرار الإداري المرتبط بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة.

12_ مبدأ الأثر غير الموقف للطعن ضد القرار الإداري يستند إلى مبررات عدة من بينها الطابع التنفيذي للقرار الإداري و ما يتمتع به من قرينة المشروعية ، بالإضافة إلى فكرة الفصل بين السلطات التي تقتضي عدم تدخل السلطة القضائية في أعمال الإدارة العامة و عرقلة نشاطها.

13_ بالاظافة إلى الشروط العامة التي تتطلبها الدعوى الإستعجالية من توافر حالة الإستعجال و عدم المساس بأصل الحق ، اشترط المشرع الجزائري لقبول دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المرتبط بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة توافر شرط وجود وجه جدي يشكك في مشروعية القرار و يوحي بإمكانية إلغاءه.

14_ أن الأوامر الإستعجالية الفاصلة في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية غير قابلة لأي طعن قضائي بالاستناد إلى نص المادة 936 من ق.إ.م.إ. كما أنها تكتسب حجية مؤقتة

أمام طرفي النزاع فقط ولا تكتسب أية حجة أمام قضاء الإلغاء باعتبارها أوامر مؤقتة و لا تفصل في أصل الحق.

15_ أما فيما يخص دعوى إثبات حالة باعتبارها طلب إستعجالي يهدف إلى معاينة وقائع مادية من شأنها أن تثير نزاعا مستقبليا أمام جهات القضاء الإداري ، أو إثبات وقائع تتعلق بنزاع تم طرحه فعليا أمام القضاء وعلى الرغم من أهميتها غير أن المشرع الجزائري لم يوليها إهتماما كبيرا حيث تم تنظيمها بموجب نص المادة 939 من ق.إ.م.إ فقط. تاركا بذلك فراغا قانونيا لا يمكن للنصوص القانونية المنظمة للقواعد العامة المشتركة بين جميع الجهات القضائية ملؤه خاصة فيما يتعلق بتحديد الإختصاص النوعي و المحلي لقاضي الإستعجال بطلبات إثبات الحالة و شروط الواقعة محل الأمر القضائي بالإثبات بالإظافة إلى إمكانية الطعن القضائي في الأمر الصادر بإثبات حالة.

16_ أن المشرع الجزائري ترك لرئيس المحكمة الإدارية (قاضي الإستعجال) السلطة في تقدير نفعية إجراء المعاينة و مدى تأثيره على إثبات الواقعة ، بالإضافة إلى تقدير توافر حالة الإستعجال في طلب إثبات حالة من عدمه على الرغم من أن المشرع لم يشر إلى ضرورة توافر هذا الشرط من خلال نص المادة 939 من ق.إ.م.إ.

17_ أن طلب إثبات حالة أو معاينة الوقائع المادية يمر بإجراءات خاصة خلال عملية الفصل فيه عادة ما تكون مبسطة من حيث الشروط التي يتطلبها القانون في الطلب أو

إجراءات الفصل فيه و اتخاذ القرار بشأنه دون استدعاء الخصوم للحضور أمام قاضي الإستعجال.

18_ أن مهمة الخبير الذي تم تعيينه بموجب أمر قضائي لإثبات الحالة و المعاينة تقتصر على تصوير الحالة المادية للواقعة دون التطرق لموضوع النزاع و أصل الحق مثل تحديد التعويض أو قيمة الخسائر.

من خلال ما سبق ذكره ، وفي اطار الإجابة على الإشكالية المطروحة مسبقا اتضح لنا أن المشرع الجزائري حاول تنظيم موضوع الصفقات العمومية بموجب نصوص قانونية تضمن التوازن بين مصلحة المتعاملين مع الإدارة من جهة و بين المصلحة العامة المرجوة من وراء إبرام و تنفيذ مشروع الصفقة العامة ، و على الرغم من أهمية تلك النصوص القانونية إلا أن مسألة تجسيدها على أرض الواقع تبقى مرتبطة وبشكل كبير بفعالية الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية خاصة في شقها الإستعجالي ، حيث يملك القاضي في إطار ذلك سلطات هامة و مميزة من أجل حماية مبدأ المشروعية أثناء عملية إبرام الصفقة العامة و تطبيق تلك السلطات إذا كانت الدعوى الإستعجالية تتعلق بمرحلة تنفيذ العقد الإداري أو الصفقة حفاظا على المراكز القانونية لطرفي العقد من جهة و حماية لاستقرار العلاقة التعاقدية وما تحققه من مصلحة عامة من جهة أخرى ، غير أن الملفت للانتباه هو وجود العديد من النقائص و الثغرات في النصوص القانونية المنظمة لعملية الرقابة القضائية على

منازعات الصفقات العمومية خاصة في شقها الإستعجالي حيث اكتفى المشرع الجزائري بتنظيم المسألة بموجب نص المادتين 946 و947 من ق.إ.م.إ فقط ، ولتجاوز تلك الثغرات و إزالة الغموض الذي يكتنف جوانب الموضوع **ارتأينا تقديم الاقتراحات و التوصيات** التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة على النحو الآتي :

1_ فيما يخص التضارب القائم بين المعيار العضوي المحدد في نص المادة 800 من ق.إ.م.إ و بين نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 و ما تحمله من توسعة لنطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية ليشمل المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، نوصي بضرورة تدخل المشرع الجزائري لتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها تلك المؤسسات بموجب نص قانوني صريح .

2_ إعادة ضبط صياغة المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية و المحددة للإختصاص المحلي في مادة الصفقات العمومية بشكل يحول دون التناقص الموجود في نص المادة خاصة في ظل تعدد المحاكم الإدارية و التي تعتبر جهات قضائية من نفس النوع .

3- تعديل صياغة المادة 946 من ق.إ.م.إ باعتبارها الإطار القانوني لدعوى الإستعجال قبل التعاقدي في فقرتها الخاصة بتحديد ميعاد رفع الدعوى بما يوحي وجوب رفعها قبل إبرام العقد حفاظا على الدور الوقائي لهذه الدعوى.

4_ أما الفقرة الرابعة من نفس المادة و المتعلقة بسلطة الأمر المخولة لقاضي الإستعجال بصدد الفصل في هذه الدعوى و باعتبارها سلطة جوهرية ، فإننا نوصي بضرورة تعديل نص المادة بما يوحي وجوب استعمالها من طرف القاضي متى تبين له وجود إخلال فعلي بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة .

5_ أما عن الفقرة السادسة من نفس المادة و المتضمنة سلطة تأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ، وجب على المشرع إعادة صياغتها على نحو يجعل من استعمالها من طرف قاضي الإستعجال بالأمر الإلزامي نظرا لتأثيرها المباشر على عملية إبرام الصفقة أو العقد خاصة في ظل عدم ترتيب أي جزاء من طرف المشرع الجزائري على القاضي في حالة تجاوزه مدة 20 يوما و لم يفصل في النزاع.

6_ إعادة صياغة نص المادة 946 السابقة مع تحديد صفة رافع الدعوى بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف الدولة أو المؤسسة العمومية الإدارية الوطنية كما هو الحال بالنسبة للصفقات المبرمة من طرف الجماعات الإقليمية أو المؤسسة العمومية المحلية.

7_ نعتقد بضرورة تدخل المشرع و تكريسه لسلطتي إلغاء و إبطال الشروط أو البنود التعاقدية المخالفة لالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة قصد تفعيل الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.

8_ نقترح أيضا ضرورة تعزيز آلية الطعن الإستعجالي قبل التعاقدي بطعن تكميلي له و يتعلق الأمر بدعوى الإستعجال التعاقدي و التي يمكن للمتضرر رفعها حتى في حالة الإمضاء على الصفقة العامة ، متى كان هناك تجاوز فعلي لمبدأي العلانية و المنافسة خلال مرحلة الإبرام كضمانة لمبدأ المشروعية خلال هذه المرحلة.

9- لابد من تدخل المشرع و إقراره لإمكانية الطعن القضائي ضد الأوامر الإستعجالية بالإظافة إلى طريق الإستئناف خاصة ضد الأوامر الفاصلة في دعوى الإستعجال قبل التعاقدي لأنه و كما سبق و أن رأينا فإنه يمكن للأمر القضائي الفاصل فيما أن يمس بحقوق أطراف النزاع ، و لهذا وجب تمكينهم من ممارسة حق الطعن للدفاع عن حقوقهم عن طريق المعارضة مثلا ضد الأوامر الغيابية.

و في الختام نوصي بضرورة تدخل المشرع الجزائري عن طريق تعديل المنظومة القانونية الخاصة بمادة الصفقات العمومية على اعتبار أنها الوسيلة الأكثر استنزافا للخزينة العمومية بالنظر لما تحققه من مشاريع التنمية على مختلف الأصعدة ، و الاهتمام الأكثر بموضوع الرقابة القضائية على المنازعات المترتبة عنها و تنظيم ذلك بموجب نصوص قانونية خاصة سدا للثغرات الموجودة في ظل التنظيم الحالي لها.

و من أجل بلوغ الاقتراحات و التوصيات السابقة ، فإنه وفي اعتقادنا وجب ضمان الاستقلالية الفعلية للقاضي الإداري من أجل ممارسة السلطات الممنوحة له ضد تعسف

الإدارة العامة ، و لن يتأتى ذلك إلا من خلال الفهم و الوعي اللازم للقاعدة القانونية و احترامها من طرف الجميع سواء كانت إدارة عامة ، أم أفراد على اعتبار أن إحترام القانون بكل ما تحمله الكلمة من معاني هو خير ضمانة لحماية حقوق و حريات الأفراد.

_ الملحق رقم (01) : يتضمن قرار مجلس الدولة ، الغرفة الخامسة ، ملف رقم 110834 ، فهرس رقم2749 الصادر بتاريخ 2015/11/19 ، غير منشور.

_ الملحق رقم (02) : يتضمن قرار مجلس الدولة ، الغرفة الخامسة ، ملف رقم 083972 ، فهرس رقم86 الصادر بتاريخ2014/01/23 ، غير منشور.

_ الملحق رقم (03) : يتضمن قرار مجلس الدولة ، الغرفة الخامسة ، ملف رقم 087905 ، فهرس رقم 53914 الصادر بتاريخ 2014/04/16 ، غير منشور.

_ الملحق رقم (04) : يتضمن قرار مجلس الدولة ، الغرفة الخامسة ، ملف رقم 116955 ، فهرس رقم02890/15 الصادر بتاريخ 2015/12/17 ، غير منشور.

_ الملحق رقم (05) : يتضمن قرار مجلس الدولة ، الغرفة الخامسة ، ملف رقم 074854 ، فهرس رقم723 الصادر بتاريخ 2012/6/21 ، منشور.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسـم الشعـب الجـزائـري

قـــرار

مجلـس الـدولـة

الغرفة الخامسة

110 834

رقم الملف: [redacted]

رقم الفهرس: [redacted]

2749

قـرار بتـاريخ:

2015/11/19

قضـــية:

[redacted]

ضـــد /

[redacted]

(إستعجالي)

مبلغ الرسم: /

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة بين:

1): [redacted] شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي

و القائم في حقه(هم) الأستاذ (ة): [redacted]

الكائن مقره بـــ: بني ورثيلان مركز سطيف

من جهـــة

و بيـــن:

1): [redacted]

الكائن مقره (هم) بـ[redacted]

و القائم في حقه(هم) الأستاذ (ة): [redacted]

الكائن مقره بـــ: [redacted]

من جهـة أخرى

إن مجلـــس الـدولـــة

فـي الجلسـة العلنيـة المنعقـدة بتاريخ:

التاسع عشر من شهـــر نـوفمبـر [redacted] **و خمســة عشر**

بمقتضى القـانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، المعدل و المتمم.

بمقتضـى القـانـون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفـر 1429 المـوافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنيـة والإداريـة، لا سيما المواد 846، 876، 884، 885، 899، 915، 916، 917، 918، 921، 923 و 924 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) [redacted] مستشار الدولة المقـرر

في تلاوة تقـريره(ها) المكتـوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب [redacted] محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظـــاته(ها) الشفوية.

وبعـــد المـــداولة القـانونيـــة أصـــدر القـــرار الآتـــي:

الوقـــائع و الإجـــــراءات

رقـم الملف: [redacted]

رقم الفهرس: [redacted]

حيث أنه بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية بسطيف من ساعة إلى ساعة بتاريخ 2015/01/25 رفع المدعي [redacted] دعواه الحالية،نيابة عنه محاميه الأستاذ [redacted] ضد المدعى عليها بلدية بني ورثيلان ملتمسا الأمر بوقف إجراءات المزايدة العلنية المقررة ليوم 2015/01/26 على الساعة العاشرة صباحا إلى غاية الفصل في الموضوع.

حيث أنه بتاريخ 2015/01/26 أصدرت المحكمة الإدارية أمرا إستعجاليا يقضي بوقف إجراءات المزايدة المعينة المقررة يوم 2015/01/26 لغاية الفصل في دعوى الموضوع المطروحة أمام المحكمة الإدارية بسطيف بتاريخ [redacted] وقد فعلت المحكمة ذلك أساس وأن أمرها ذو طابع استعجالي ولا يمس بأصل الحق.

حيث أنه بموجب عريضة استئنافية مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2015/02/11 طعنت من خلالها بلدية بني ورثيلان بالاستئناف ضد الأمر السالف الذكر نيابة عنها محاميتها الأستاذة توازي آرتمون ملكية،ملتمسة قبول الاستئناف شكلا،وفي الموضوع إلغاء الأمر المعاد والتصدي من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس وتأسيسا لذلك أوضحت بأنه وتظرا لكون المستأنف عليه لا يحوز أي سجل تجاري خاص بالمذابح فإن المزايدة التي رست عليه قد تم إلغاؤها بموجب قرار إداري مؤرخ في 2015/01/22 تحت رقم 2015/10 وذلك على أثر الطعون المرفوعة ضده.

حيث أن المستأنف عليه أجاب نيابة عنه محاميه الأستاذ يوسفي إسماعيل ملتمسا تأييد الأمر المستأنف.

حيث أن محافظ الدولة التمس عدم قبول الإستئناف.

وعلـــــــى مستوى مجلس الدولـــــــة

من حيث الشكل:

حيث أن الإستئناف الحالي حصل في الميعاد القانوني مما يتعين قبوله طبقا للمادة 950 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

من حيث الموضوع:

حيث أن النزاع الحالي يتعلق بوقف إجراءات المزايدة إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع والمحكمة استجابت لهذا الطعن على أساس أن الأمر الإستعجالي ذو طبيعة مؤقتة ولا يمس بأصل حق.

حيث أنه فيما يتعلق بالعقود التي تبرم بين الإدارة والأطراف فلا علاقة لها بكون

رقم الملف: [redacted]
الفهرس: [redacted]

المنازعة ذو طبعيه مؤقتة ولا تمس بأصل الحق بإعتبار وأن سلطات قاضي الإستعجال في هذا المجال قد حددتها المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،وطبقا لهذه المادة فتدخله لا يكون إلا في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

حيث أن النزاع الحالي لا علاقة له بالإشهار أو المنافسة مما يتعين إلغاء الأمر المستأنف والقضاء من جديد برفض الطلب لعدم التأسيس.

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية.

فلهـــــــــذه الأســـــــبـــاب

يقرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية علنيا نهائيا حضوريا.

في الشكل:قبول الإستئناف.

في الموضوع:إلغاء الأمر المستأنف والقضاء من جديد برفض الطلب لعدم التأسيس.

تحميل المستأنف عليه المصاريف القضائية.

بذا صـــدر القـــرار و وقـــع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتـــاريخ التاسع عشر من شهـــر نـــوفمبر سنة ألفيـــن و خمســـة عشر

من قبل الغرفة الخامسة بمجلس الدولة المشكلة من السيدات والسادة :

[redacted]	الرئـــيس
	مستشار الدولة مقـــررا
	مستشار الدولة
	مستشار الدولة
	مستشار الدولة
	مستشار الدولة
وبحضور السيد (ة) [redacted]	محـــافظ الـــدولـــة
وبمساعد ة السيد (ة): [redacted]	أمـــيـــن الضبـــط

الرئيـــس المستشار المقـــرر أميـــن الضـــــبط

صفحة 3 من 3

رقـم الملف: [redacted]
رقم الفهرس: [redacted]

– الجمهوريـــة الجـزائريـــة الـديمقـراطيـــة الشعبيـــة –

– بـاســـم الشعـــب الجـزائـــري –

مجلـس الـدولـــة

الغرفـة الخـامسة

– قـــــــــرار –

– ملـف رقـم: [redacted] 083972

– فهرس رقـم: [redacted] 86

– قرار بتاريخ: 2014/01/23

– قضيـــــة: [redacted]

– شـــــد: [redacted]

– فصـلا في الدعـوى الإستعجالية المرفوعـة:

– بيـــن:

– بلدية [redacted] ممثلة برئيس المجلس الشعبي البلدي، الكائن مقرها الإداري [redacted]، الأغواط، القائم في حقها الأستاذ [redacted] المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا و الكائن مكتبه شارع [redacted] الأغواط.

– من جهـــة

– و بيـــن:

– السيد (ن.ك)، الساكن حي 2248 مسكن عمارة 07 رقم 01، عين النعجة جسر قسنطينة، الجزائر، القائم في حقه الأستاذ عامر حمزة المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا و الكائن مكتبه حي المعمورة ص ب رقم 1120، الأغواط.

– من جهـة أخـرى

– إن مجلـس الدولـة:

– في الجلسة العلنيـة المنعقـدة بتاريـخ: الثالث و العشرين مـن شهـر جانفي سنـة ألفيـن و أربعة عشر.

– بمقتضـى القانـون العضـوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفـر 1419 الموافـق لـ 30 ماي1998 والمتعلـق باختصاصـات مجلـس الدولـة وتنظيمـه وعملـه، المعدل و المتمم.

– بمقتضى القانون رقم 08 -09 المـؤرخ فـي 18 صفر 1429 الموافـق 25 فبراير 2008 المتضمن قانـون الإجـراءات المدنيـة و الإدارية، لا سيمـا المواد 876 ، 884 ، 888 ، 889 ، 898 ، 899 ،915 و 916، 917، 918، 921، 923 و 924 منـه.

– بعد الاستماع إلى السيد [redacted] مستشار الدولة المقـرر في تـلاوة تقريـره المكتـوب.

– بعد الإطـلاع على التقرير المكتوب للسيد [redacted] محافـظ الدولـة و الإستماع إلى ملاحظاته الشفوية.

– و بعـد المـداولـة القـانونيـة أصـدر القـرار الآتـي :

ص(02) من القرار رقم: 083972 (م / س)

– الوقائـــع والإجـــراءات:

حيث أنه بموجب عريضة طلب وقف تنفيذ مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية بالأغواط من طرف [redacted] نيابة عنه محاميه الأستاذ [redacted]، ضد بلدية [redacted] ممثلة في شخص رئيسها إلتمس من خلالها الأمر بوقف تنفيذ قرار الفسخ رقم [redacted] المؤرخ في 2012/07/11 المتضمن فسخ عقد الكراء رقم [redacted] لحين الفصل في دعوى الموضوع و هو العقد المتضمن إستئجار السوقين الأسبوعين الثلاثاء و الجمعة لمدة سنة واحدة.

حيث أنه بتاريخ 2012/08/29 أصدرت المحكمة أمرا إستعجاليا يتضمن وقف تنفيذ القرار رقم 2012/671 المؤرخ في 2012/07/11 المتضمن فسخ عقد الكراء رقم [redacted].

حيث أنه بموجب عريضة إستئنافية مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2012/09/26 طعنت بلدية الأغواط بالإستئناف ضد الأمر السالف الذكر، ملتمسة قبول الإستئناف شكلا و في الموضوع إلغاء الأمر المستأنف و الفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس، و تأسيسا لذلك أوضحت بأن سبب فسخ عقد الإيجار يعود إلى قيام المستأنف بالإخلال بإلتزاماته التعاقدية و أنه لازال مدينا لها بقيمة 12.260.416,68 دج مقابل بدل الإيجار.

حيث أن المستأنف عليه أجاب نيابة عنه محاميه الأستاذ عامر حمزة ملتمسا تأييد الأمر المستأنف لأن الأمر المستأنف وقتي بطبيعته.

حيث أن محافظ الدولة إلتمس: عدم قبول الطعن.

– وعليـــه فـــإن مجلـــس الدولـــة–

– من حيث الشكـــــل:

حيث أن الأمر المستأنف لم يصدر كتدبير وقتي بل يتصف بالديمومة مما يتعين قبول الإستئناف الحالي لعدم إنطباق المادتين 919، 936 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

– من حيث الموضوع:

حيث أنه بالإضافة إلى كون الأمر المعاد يتسم بالديمومة فإنه لوقف تنفيذ قرار إداري ما لا بد مـــن تـــوافر شرطين أساسيين طبقا للمادة 919 من قانون الإجراءات المدنية و الإداريـــة و هما:

-1- وجود حالة إستعجال.

-2- وجود شك جدّي حول مشروعة القرار المراد وقف تنفيذه.

..../....

ص(03) من القرار رقم: 083972 (م / س)

حيث أنه فيما يتعلق بحالة الإستعجال فلا وجود لها لأن الأضرار التي يمكن أن تصيب المستأنف من عملية الفسخ يمكن تداركها مستقبلا بالتعويض.

حيث أن المستأنف عليه لم يبرز أي شك جدي حول عدم المشروعية و طالما أ، الشرطين المنصوص عليهما بالمادة 919 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية غير متوفرين فإنه لا يتعين إلا إلغاء الأمر المستأنف و التصريح من جديد برفض الطلب.

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية.

لهـــــذه الأسبـــــــــــاب

ـ يقـرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية، علنيا، حضوريا، نهائيا:

- في الشكل: قبول الإستئناف.
- في الموضوع: إلغاء الأمر المستأنف و الفصل من جديد برفض الطلب.
- تحميل المستأنف عليه المصاريف القضائية.

- بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث و العشـرين من شهر جانفي سنة ألفين و أربعة عشر من قبل الغرفة الخامسة المشكلة من السادة:

الـــــرئيـــــس

مستشـــار الدولة المقرر

مستشـــار الدولـــة

بحضور السيد قجور عبد الحميد محافظ الدولة وبمساعدة السيدة سعيد سعاد أمينة الضبط

- الرئيس - مستشار الدولة المقرر - أمينة الضبط

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قـــرار

مجلس الدولة
الغرفة الخامسة

ملف رقم 087901
فهرس 53914

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة بين:

(1 1):

قرار بتاريخ:
2014/04/16

من جهة

قضية:

و بين:

ة من 1

جهة أخرى

إن مجلس الدولة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

السادس عشر من شهر أفريل سنة ألفين و أربعة عشر

(إستعجالي)

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، المعدل و المتمم.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد 846، 876، 884، 885، 899، 915، 916، 917، 918، 921، 923 و 924 منه.

مبلغ الرسم: /

بعد الاستماع إلى السيد(**مستشار الدولة المقرر**

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) ، **محافظ الدولة**

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي:

الوقائع و الإجراءات

حيث أنه بموجب عريضة إفتتاحية مودعة لدى كتابة ضبط الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان بتاريخ 08-05-2011 رفع [redacted] دعواه الحالية ضد المدعى عليه [redacted]، ملتمسا من خلالها إلزامه بتمكينه من ملحق إنهاء الصفقة

رقم الملف: [redacted]
رقم الفهرس: [redacted]

الحاملة لرقم [redacted] و المؤرخة بتاريخ 21-12-2005 و تأسيسا لذلك أوضح بأنه كان قد تعاقد مع مديرية السكن و التجهيزات العمومية لولاية تلمسان بموجب الصفقة المذكورة أعلاه و بعدما بلغ بأمر إنطلاق الأشغال تم الإتفاق على القيام بأشغال إضافية و هي الأشغال التي تمت المصادقة عليها من جميع الأطراف إلا أنه و لحد الأن لم يتمكن من الحصول على ملحق الأشغال الإضافية.

حيث أن المدعى عليه أجاب ملتمسا رفض الدعوى لعدم إختصاص القاضي الإستعجالي.

حيث أنه بتاريخ 09-06-2011 أصدرت الغرفة الإدارية الإستعجالية قرارا يقضي بأمر والي ولاية تلمسان بتمكين المدعي من ملحق إنهاء الصفقة الحامل لرقم [redacted] المؤرخ في 21-12-2005.

حيث أنه بموجب عريضة إستئنافية مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 10-03-2013 طعنت من خلالها ولاية تلمسان بالإستئناف ضد القرار السالف الذكر نيابة عنها محاميها الأستاذ مولاي عبد القادر ملتمسة قبول الإستئناف شكلا و في الموضوع إلغاء القرار المستأنف و القضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس مقدما دفوعا عديدة.

حيث أن المستأنف عليه لم يبلغ بالعريضة الإستئنافية.

حيث أن محافظ الدولة إلتمس إلغاء الأمر المستأنف و الفصل من جديد برفض الدعوى.

وعلـــــيه فـــان مجلس الدولـــــة

- من حيث الشكـــــل:

حيث أنه لا يوجد بالملف ما يفيد و أن الأمر المستأنف فيه قد تم تبليغه ، مما يتعين قبول الإستئناف الحالي لوروده في الأجال القانونية.

- من حيث الموضوع:

حيث أن القرار المستأنف قضى بإلزام والي ولاية تلمسان بتمكين المستأنف عليه من ملحق إنهاء الصفقة الحامل لرقم [redacted] المؤرخ في 21-12-2005.

حيث أن الغرفة الإدارية الإستعجالية عندما فعلت ذلك لم تتأكد أصلا من وجود هذا الملحق بهذا الرقم و هذا التاريخ.

حيث أنه زيادة عن ذلك فصلاحيات قاضي الإستعجال منصوص عليها بالمواد 918 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إلا أن النزاع الحالي لا يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها بالمواد السالفة الذكر ، مما يتعين إلغاء القرار المستأنف و الفصل من جديد برفض الطلب طبقا للمادة 924 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

رقم الملف: [redacted]
رقم الفهرس: [redacted]

حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية .

فلهـــــــــــذه الأســـــــبـــاب

يقـــرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية ، علنيا غيابيا نهائيا.

– في الشكـــــل: قبول الإستئناف .

– في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف و الفصل من جديد برفض الطلب.

– تحميل المستأنف عليه من المصاريف القضائية .

بذا صـــدر القـــرار و وقـــع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتـــاريخ **السادس عشر من شهـــر** أفـــريـــل ســـنـــة ألفيـــن **و أربعة عشر**

من قبل **الغرفة الخامسة** بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات والسادة :

وبحضور السيد (

وبمساعد ة السيد

الرئيـــس المستشار المقـــرر

رقم الملف: [redacted]

رقم الفهرس: [redacted]

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باســم الشعــب الجــزائــري

قـــــرار

مجلـس الـدولـة
الغرفة الخامسة

رقم الملف: 116955
رقم الفهرس: 15/02890

قـرار بتـاريخ:
2015/12/17

قضـــية:
مؤسسة الاشغال والبناء
الممثلة من قبل مسيرها
(مـ . ل)

ضـــد /
بلدية واد تليلات .

(إستعجالي)

مبلغ الرسم:1500 دج

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة بيـن:

1): مؤسسة الاشغال العمومية والبناء الممثلة من قبل مسيرها (مـ . ل)
الكائن مقره (هم) بـــ: 76 شارع محمد خميستي قديل وهران
و القائم في حقه(هم) الأستاذ (ة): فكيرين الطاهر
الكائن مقره بـــ: رقم 10 شارع 20 اوت وهران .

من جهـــة

و بيـــن:

1): بلدية واد تليلات الممثلة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي
الكائن مقره (هم) بـــ: واد تليلات وهران
و القائم في حقه(هم) الأستاذ (ة): ساري حميد
الكائن مقره بـــ: 06 شارع زيتوني احمد واد تليلات وهران

من جهـة أخرى

إن مجلـــس الـدولـــة

فـي الجلسـة العلنيـة المنعقـدة بتاريـخ:
السابع عشر من شهـــر ديـسمبـر سنـــة ألفيـن و خمسـة عشر
بمقتضى القـانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، المعدل و المتمم.
بمقتضـى القـانـون رقم 08-09 المـؤرخ في 18 صفـر 1429 المـوافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانـون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة، لا سيما المواد 846، 876، 884، 885، 899، 915، 916، 917، 918، 921، 923 و 924 منه.
بعد الاستماع إلى السيد(ة) مرسلي وهيبة مستشار الدولة المقـرر
في تلاوة تقـريره(ها) المكتـوب
بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) قجور عبد الحميد محافظ الدولة
والإستماع إلى ملاحظـــاته(ها) الشفوية.
وبعـــد المـــداولة القـانونيـــة أصـــدر القـــرار الآتـي:

الوقـــــائع و الإجـــــراءات

رقـم الملف: 116955
رقم الفهرس: 15/02890

بعريضة مودعة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 18 جوان 2015 الحاملة لرقم 116955 إستأنفت المدعية مؤسسة الأشغال و البناء الممثلة من قبل مسيرها (ف ل) الوكيل عنها الأستاذ فكيرين طاهر المحامي المعتمد لدى مجلس الدولة الأمر الإستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بوهران بتاريخ 17-05-2015 أهم ما جاء في عريضة الإستئناف أن موضوع الصفقة يتمثل في إتمام أعمال إنجاز المركب الثقافي بواد تليلات و أن المنح المؤقت للصفقة لمؤسسة عبد الله سلمي غير قانوني، مما دفع بالمستأنفة إلى رفع دعوى في الموضوع تحمل رقم 516-15 تطالب من خلالها إلغاء المنح المؤقت للصفقة المعلن عنه في جريدة التحرير بتاريخ 29-03-2015 لعدم قانونية و بالنتيجة منح الصفقة المتعلقة بإتمام أعمال إنجاز المركب الثقافي بواد تليلات الحصة الثانية للمستأنفة على اعتبارها قدمت أقل عرض مالي و بمدة إنجاز أقل كذلك، و تتوافر فيها الشروط التقنية المطلوبة بدفتر الشروط، و أنه و بموازاة هذا قيدت دعوى إستعجالية للمطالبة بوقف المنح المؤقت المعلن عنه بتاريخ 29-03-2015 بواسطة الجريدة اليومية التحرير لصالح مؤسسة (ع ل ب س) لحين الفصل في دعوى الموضوع، و خلافا لما توصل إليه قضاة الدرجة الأولى فإن المنح المؤقت بصفته إجراء وقتي، فإن عدم إيقافه يؤدي إلى المنح النهائي و في هذه الصورة ينقضي ركن الإستعجال الأمر الذي يجعل من تسبيب المحكمة تسبيبا ناقصا و غير قانوني ينبغي معه إلغاء الأمر الإستعجالي و التصدي من جديد بوقف المنح المؤقت للصفقة المعلن عنه في جريدة التحرير بتاريخ 29-03-2015 لصالح مؤسسة عبد الله سلمي لحين الفصل في دعوى الموضوع الحاملة لرقم 516-2015.

أجابت المستأنف عليها بلدية وادي تليلات ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي الوكيل عنها محاميها الأستاذ صاري حميد المحامي المعتمد لدى مجلس الدولة بعد عرض الوقائع و الإجراءات أنه من المقرر قانونا أن القضاء الإستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقا لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و أنه و لوقف تنفيذ المنح المؤقت للصفقة يتعين مناقشة الصفقة في حد ذاتها مما يعتبر مساس بأصل الحق، لذلك إلتمست تأييد الأمر المستأنف.

أن محافظ الدولة قدم تقريره المكتوب جاء فيه أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف تبين و أنه مسبب بما فيه الكفاية خلافا لما تدعيه الطاعنة لذلك إلتمس رفض الإستئناف و تأييد الحكم المستأنف.

وعلـــــيه فـــإن مجلس الدولـــــة

في الشكل:

حيث أنه لا يوجد بالملف ما يفيد تبليغ الأمر الإستعجالي للمستأنفة و عليه فإن الآجال تبقى مفتوحة و الإستئناف مقبول شكلا عملا بالمادة 950 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في الموضوع:

حيث أن موضوع النزاع ينصب حول طلب المدعية وقف المنح المؤقت المعلن عنه بتاريخ 29-03-2015 لحين الفصل في دعوى الموضوع الحاملة لرقم 516-2015.

حيث أن المحكمة الإدارية بوهران و بموجب الأمر الإستعجالي الصادر عنها بتاريخ 17-05-2015 فهرس رقم 00519-15 أمرت برفض الطلب لعدم التأسيس بحجة أن الطلب يمس بموضوع الدعوى و لا يتوفر فيه عنصر الإستعجال.

حيث أن المدعية رفعت إستئناف ضد الأمر الإستعجالي السالف الذكر ملتمسة إلغاءه و القضاء بوقف المنح المؤقت مؤسسة إستئنافها على أن المستأنف عليها منحت الصفقة مؤقتا لمؤسسة عبد الله سلمي و تم الإعلان عن ذلك بتاريخ 29-03-2015، و عند رفعها طعن إداري على مستوى بلدية تليلات ردت عليها بتاريخ 15-04-2015 أنه تم إقصائها تقنيا على أساس أنها لم تتحصل على أية نقطة في معيار المراجع المهنية و خوفا من قيام المؤسسة التي منح لها المنح المؤقت بالبداية في الأشغال تتقدم بهذه الدعوى.

حيث أنه عملا بالمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة ألإخلال بإلتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية و يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته و تحدد ألآجل الذي يجب أن يمتثل فيه و يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية، و يمكن لها ذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز 20 يوما.

حيث ثابت من المادة 946 المذكورة أعلاه إن إختصاص قاضي الإستعجال ينعقد في حالة الإخلال بإلتزامات المنافسة و الإشهار فقط في حين الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت و لا يطعن في إجراءات المنافسة و الإشهار.

حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها من خلال آليات الرقابة تتمثل في اللجان الولائية و اللجنة

رقـم الملف: 116955
رقم الفهرس: 15/02890

الوطنية للصفقات العمومية لفحص و تقدير المؤهلات الخاصة بكل مترشح و مدى إستحقاقه لإبرام الصفقة من عدمه.

حيث أنه أمام هذه الحالة التي ثبت فيها أن عنصر الإستعجال غير متوفر في القضية لا بطبيعته، و لا بموجب نص قانوني يخول القاضي الإستعجالي إتخاذ تدبير من التدابير المستعجلة التحفظية، الأمر الذي يتعين معه تأييد الأمر المستأنف.

حيث أن المصاريف القضائية تتحملها المستأنفة.

فلهـــــــــذه الأســـــــبـــاب

يقرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية علنيا، حضوريا، نهائيا

في الشكل: قبول الإستئناف.

في الموضوع: تأييد الأمر المستأنف.

المصاريف القضائية على المستأنفة.

بذا صـــدر القـــرار و وقـــع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتـــاريخ **السابع عشر من شهـــــر ديـــسمبـــر سنـــــة ألفيـــن و خمســـة عشر**

من قبل **الغرفة الخامسة** بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات والسادة :

عدة جلول امحمد	الرئـــيس
مرسلي وهيبة	مستشار الدولة مقـــررا
حمدان عبد القادر	مستشار الدولة
دالي الهادي	مستشار الدولة
شلي حسين	مستشار الدولة
لوراد يمينة	مستشار الدولة
وبحضور السيد (ة): قجور عبد الحميد	محـــافظ الـــدولـــة
وبمساعد ة السيد (ة): بالراحي وحيد	أمـــيـــن الضبـــط

الرئيـــــس المستشار المقـــــرر أميـــن الضـــــــبط

رقـــم الملف: 116955
رقم الفهرس: 15/02890

ـ الجمهـوريـــة الجـزائريـــة الـديمقـراطيـــة الشعبيـــة ـ

ـ بـاســـم الشعـــب الجـزائـــري ـ

مجلـس الـدولـــة

الغرفـة الخـامسة

ـ قـــــــــــرار ـ

ـ فصـلا في الدعـوى الإستعجالية المرفوعـة:

ـ بيـــــن:

ـ ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلا بمديرية الري لولاية البيض و القائم في حقها الأستاذة يعقوبي مونى المحامية المعتمدة لدى المحكمة العليا الكائن مقرها بحي 01 نوفمبر 54 الأبيض سيد الشيخ، ولاية البيض، والأستاذ محند مسعود المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بحي أرماف عمارة 3 c شوفالي.

ـ مـن جهـــــة

ـ وبيـــــن:

-السيد (أ ع م)، الساكن بموزاية و القائم في حقه الأستاذ علال عبد الكريم المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بحي السرسور 09، ولاية سعيدة.

ـ من جهـة أخـرى

ـ إن مجلـس الدولـة:

ـ في الجلسـة العلنيـة المنعقـدة بتاريـخ الواحد و العشرين مـن شهـر جوان سنـة ألفيـن و إثنى عشر.

ـ بمقتضـى القانـون العضـوي رقم 98-01 المؤرخ فـي 04 صفـر 1419 الموافـق لـ 30 مـاي1998 والمتعلـق باختصاصـات مجلـس الدولـة وتنظيمـه وعملـه ، المعدل و المتمم.

ـ بمقتضى القانون رقم 08 – 09 المـؤرخ فـي 18 صفر عـام 1429 الموافـق 25 فبراير 2008 المتضمن قانـون الإجـراءات المدنيـة و الإدارية، لا سيمـا المواد 917 ، 923 ، 846 ، 876 ، 884، 885 ، 899 ، 915 و 916 منـه.

ـ بعد الاستماع إلى السيد بن عبيد الوردي رئيس الغرفة المقرر في تـلاوة تقريـره المكتـوب.

ـ بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد قجور عبد الحميـد محافـظ الدولـة و الإستماع إلى ملاحظاته الشفوية.

.../...

ص(02) من القرار رقم: 074854 (م – س)

ـ ملـف رقـم:
074854

ـ فهرس رقـم:
723

ـ قرار بتاريخ:
2012/06/21

ـ قضيـــــة:
ولاية البيض

ـ ضـــــد:
السيد(أ ع م)

(إستعجالي)

/

ـ و بعـد المـداولـة القـانونيـة أصـدر القـرار الآتـي :

ـ الوقائـع والإجـراءات:

تقدمت ولاية البيض ممثلة بالوالي بعريضة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة في 2011/08/24 بواسطة الأستاذة يعقوبي مونى استأنفت القرار المؤرخ في 2011/07/25 الصادر عن الغرفة الإدارية الاستعجالية لمجلس قضاء سعيدة القاضي بإلزام المدعى عليها ولاية البيض ممثلة بالوالي باحترام بنود الصفقة وبالنتيجة يكون المبلغ المتفق عليه في الكشف الكمي والتقييمي والذي تم الإعلان في الجريدة اليومية، هو الواجب الدفع بعد انتهاء العمل وهو مبلغ (186.041.683 دج).

تذكر المستأنفة أنه تم الإعلان عن مناقصة وطنية محدودة في الجزائر تتضمن إنجاز مشاريع للري لفائدة المستأنفة.

وبعد فتح الأظرفة المالية والتقنية وتم تقييم العروض وانتقاء الفائزين حيث تأهلت مؤسسة المستأنف عليه التي تحصلت على الحصة 07 بمبلغ (186.041.683,40 دج) وتم الإعلان عن المنح المؤقت لهذه الصفة في الجريدة اليومية وبعد عرض الصفقات العمومية للولاية قررت وجوب تخفيض مبلغ الصفقة إلى (135.457.294,00 دج) وقد أعلمت مديرية الري لاستدعاء المتعاقد أحمد عياد من أجل تخفيض مبلغ الصفقة حيث وافق على ذلك بموجب رسالة موجهة إلى مديرية الري مؤرخة في 2009/07/24 رقم 309 وقد شرع في الإنجاز وتم تسليم الأشغال مؤقتا في 2010/09/06.

إلا أن المستأنف عليه أقام دعوى استعجالية التمست فيها احترام بنود الصفقة الأولى أسفرت عن صدور القرار المذكور أعلاه والمطعون فيه بالاستئناف من قبل الولاية التمست إلغاء القرار المستأنف ورفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أودع المستأنف عليه مذكرة جوابية بواسطة الأستاذ علال عبد الكريم التمس فيها تأييد القرار المستأنف.

حيث أودعت المستأنفة مذكرة تدعيمية بواسطة الأستاذ محند مسعود تلتمس إلغاء القرار المستأنف.

حيث أن محافظ الدولة قدم تقريره المكتوب ملتمسا التصريح إلغاء القرار المستأنف والحكم بعدم الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال

.../...

ص(03) من القرار رقم: 074854 (م – س)

– وعليـــه فـــإن مجلـــس الدولـــة

– من حيث الشكـــــل:

حيث أن الطلب استوفى أوضاعه القانونية وورد في آجاله مما يتعين قبوله.

– من حيث الموضوع:

حيث أن ولاية البيض استأنفت القرار الاستعجالي الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سعيدة المؤرخ في 2011/07/25 القاضي بإلزام المدعى عليها باحترام بنود الصفقة المتضمنة لمبلغ (186.041.683 دج).

حيث تدفع المستأنفة أن القرار المعاد خرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما دام هناك اتفاق بين المتعاقدين على مبلغ 135457.294,00 دج) علاوة على ذلك فالمستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية بتخفيض المبلغ وقام بتنفيذ الأشغال وتم تسليمها مؤقتا.

حيث تضيف المستأنفة أن قاضي الاستعجال غير مختص لكون القرار جاء خرقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت بدقة تدخل القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

<u>حول الدفع بعدم اختصاص قاضي الاستعجال:</u>

حيث أن النزاع الحالي يتعلق بالمطالبة بإلزام المدعى عليها (المستأنفة) باحترام بنود الصفقة.

حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة ...إلخ.

حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة، وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا.

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 إلغاءه.

حيث في هذه الحالة تبقى المصاريف على المستأنف عليه.

.../...

ص (04) من القرار رقم: 074854 (م – س)

لهـــــــذه الأسبـــــــــــــاب

ـ يقـرر مجلـس الدولـة حال فصله في القضايا الإستعجالية ، علنيا حضوريا:

ـ في الشكـــل: قبول الاستئناف.

ـ في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم اختصاص قاضي الاستعجال.

تحميل المستأنف عليه المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد و العشـرين من شهر جوان سنة ألفين و إثنى عشر من قبل الغرفة الخامسة المشكلة من السيدة والسادة:

بـن عبيـد الـوردي	الـرئـيـس المقـرر
عـمـارة يمـينـة	مـستـشـارة الدولـة
حمـدان عبد القـادر	مستشـار الدولـة
دالـي الـهـادي	مستشـار الدولـة

بحضور السيد قجور عبد الحميد محافظ الدولة وبمساعدة السيدة سعيد سعاد الدين أمينة الضبط

– الرئيـس المقرر – أمينة الضبط

المحتوى	الصفحة
مقدمة	**11-01**
الباب الأول: الاستعجال بحكم القانون في منازعات الصفقات العمومية "الاستعجال قبل التعاقدي"	14
الفصل الأول: اختصاص القضاء الاستعجالي بالفصل في منازعات إبرام الصفقة العامة.	**15**
المبحث الأول: مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وتحديد مجالها	15
المطلب الأول: مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	15
الفرع الأول: تعريف قضاء الاستعجال الإداري	**16**
الفرع الثاني: تعريف الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	**17**
الفرع الثالث: الخلفية التاريخية لظهور الدعوى الاستعجالية ومراحل تطورها	**19**
الفرع الرابع: تمييز الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية عن باقي الدعاوى القضائية المتعلقة رحلة إبرام الصفقة	**25**
المطلب الثاني : مجال الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	**30**
الفرع الأول: موضوع الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي	**30**
أولا: الصفقات العمومية	**30**
1-المعيار الشكلي	**31**
2-المعيار العضوي	**31**

3-المعيار المالي	**33**
4-المعيار الموضوعي	**34**
ثانيا: العقود الإدارية	**39**
1-الصفقات العمومية التي تقل عن النصاب المالي	**40**
2-اتفاقية تفويض المرفق العام	**41**
ثالثا: العقود المستثناة من مجال الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي	**50**
1-العقود المستثناة بنص القانون	**50**
2-العقود المستثناة عن طريق الاجتهاد القضائي	**54**
الفرع الثاني: أسباب الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي.	**56**
أولا: الإخلال بالتزامات الإشهار خلال عملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية	**57**
1-تعريف الإعلان عن الصفقة	**60**
2-التنظيم القانوني للإعلان عن الصفقة	**60**
3-صور الإخلال بالتزامات الإشهار	**70**
ثانيا: الإخلال بمبدأ المنافسة خلال مرحلة إبرام الصفقة العامة	**71**
1-تعريف المبدأ وتكريسه	**72**
2-أهمية تكريس مبدأ المنافسة خلال عملية إبرام الصفقة العامة	**76**
3-الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية	**77**

4- صور الإخلال بمبدأ المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية.	**80**
5- أمثلة قضائية عن عدم توافر الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة	**82**
المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	87
المطلب الأول : الشروط الشكلية لقبول الدعوى	**88**
الفرع الأول: شرط الصفة	**88**
أولا: الصفة بالنسبة للمدعي	**89**
1- الصفة بحكم المصلحة	**89**
2-الصفة بحكم القانون	**91**
ثانيا: الصفة بالنسبة للمدعى عليه	**94**
1-الدولة	**95**
2-الجماعات الإقليمية	**95**
3-المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري	**96**
4-المؤسسة العامة الخاضعة في نشاطها للقانون التجاري	**97**
الفرع االثاني: ميعاد رفع الدعوى	**98**
الفرع الثالث : القرار الإداري المسبق	**101**
الفرع الرابع: التمثيل القانوني بمحام	**102**
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لقبول الدعوى	**104**

الفرع الأول : حدوث ضرر للطاعن بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة	**104**
الفرع الثاني: شرط توافر حالة الاستعجال	**105**
الفصل الثاني: إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والفصل فيها	**109**
المبحث الأول: إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية والسلطات الممنوحة للقاضي للفصل فيها.	**110**
المطلب الأول : إجراءات سير الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	**110**
الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى وتحضير ملف القضية	**110**
أولا: إجراءات رفع الدعوى	**110**
1-مرحلة إيداع العريضة	**110**
2-مرحلة قيد العريضة وتسجيلها	**111**
3-تبليغ العريضة للخصوم "التكليف بالحضور"	**112**
ثانيا: مرحلة التحقيق في الدعوى	**113**
1-القواعد الخاصة بالتحقيق	**114**
2-إجراءات التحقيق	**116**
3-رفض الطلب دون التحقيق فيه	**117**
الفرع الثاني: إجراءات الفصل في الدعوى	**118**
أولا: التشكيلة الفاصلة في الدعوى	**118**
ثانيا: جلسة الحكم	**118**

ثالثا: الأمر الفاصل في الدعوى	**119**
المطلب الثاني: السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال للفصل في الدعوى	**120**
الفرع الأول: الإجراءات التحفظية	**122**
أولا: سلطة الأمر	**122**
1-الخلفية التاريخية لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة ومبرراته	**122**
2-الأوامر التي يمكن توجيهها للإدارة في إطار الفصل في الدعوى	**126**
ثانيا: سلطة تأجيل إمضاء العقد	**136**
الفرع الثاني: الإجراءات القطعية	**139**
أولا: سلطة إلغاء القرارات والإجراءات المتعلقة بإبرام العقد	**139**
ثانيا: سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية	**141**
المبحث الثاني: الحكم الفاصل في الدعوى وطرق الطعن فيه	142
المطلب الأول: حجية الأمر الاستعجالي وأثره على العملية العقدية	**142**
الفرع الأول: الحجية	**142**
الفرع الثاني: أثر الأمر الاستعجالي على العملية العقدية	**143**
المطلب الثاني : طرق الطعن في الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى	**146**
الفرع الأول: الطعن بالاستئناف	**147**
الفرع الثاني:الطعن بالمعارضة	**149**
الفرع الثالث: الطعن بالنقض	**152**

خلاصة الباب الأول	**154**
الباب الثاني: الاستعجال بحكم الطبيعة في منازعات الصفقات العمومية	**159**
الفصل الأول: اختصاص قضاء الاستعجال بالفصل في منازعات تنفيذ الصفقة العامة	**160**
المبحث الأول: اختصاص القضاء الكامل بالدعاوى الاستعجالية المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة	**161**
المطلب الأول: قواعد الاختصاص النوعي في مادة الصفقات العمومية	**161**
الفرع الأول: المعيار العضوي كأساس لتحديد اختصاص القاضي الإداري	**162**
أولا : اختصاص المحاكم الإدارية	**163**
ثانيا : اختصاص مجلس الدولة	**163**
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على إعمال المعيار العضوي	**166**
الفرع الثالث: جزاء مخالفة قواعد الاختصاص النوعي	**171**
المطلب الثاني: قواعد الاختصاص المحلي في مادة الصفقات العمومية	**173**
الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي لهيئات القضاء الإداري	**174**
الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي لهيئات القضاء العادي	**178**
المبحث الثاني: شروط رفع الدعوى الاستعجالية أمام جهات القضاء الإداري	179
المطلب الأول: الشروط العامة لرفع الدعوى	**179**
الفرع الأول: الشروط الخاصة بأطراف النزاع	**179**
أولا: شرط الصفة	**180**

ثانيا: شرط المصلحة	**185**
ثالثا: شرط الأهلية	**190**
رابعا: شرط تمثيل الخصوم بمحام	**196**
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالعريضة	**196**
المطلب الثاني : الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية	**197**
الفرع الأول: شرط توافر حالة الاستعجال	**197**
الفرع الثاني: شرط عدم المساس بأصل الحق	**207**
الفرع الثالث: شرط عدم المساس بالنظام والأمن العموميين	**210**
الفرع الرابع: شرط احترام ميعاد ملائم لرفع الدعوى	**215**
الفصل الثاني: صور وأنواع الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بمرحلتي تنفيذ الصفقة العامة وإنهائها	**219**
المبحث الأول: دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المرتبط بمرحلة تنفيذ الصفقة العامة أو إنهائها	**220**
المطلب الأول: العملية العقدية المركبة من الكل غير قابل للتجزئة إلى إمكانية الانفصال	**220**
الفرع الأول: مبدأ عدم قابلية القرارات الإدارية للانفصال في مرحلة تنفيذ الصفقة العامة	**221**
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على المبدأ	**226**
أولا: القرارات التي تخرج عن نطاق العقد	**227**

ثانيا: الطعن بالإلغاء ضد الشروط التنظيمية لعقد الامتياز	**227**
ثالثا: الطعن بالإلغاء ضد القرارات المؤثرة على العقد	**231**
رابعا: الطعن بالإلغاء من طرف المتعاقدين ذوي المراكز اللائحية	**232**
المطلب الثاني: النظام القانوني لدعوى وقف تنفيذ القرار المنفصل عن الصفقة العامة في مرحلة تنفيذها.	**232**
الفرع الأول: مبدأ الأثر غير الموقف للطعن في القرارات الإدارية والاستثناء الوارد عليه.	**233**
أولا: المبدأ مضمونه ومبرراته.	**233**
ثانيا: وقف تنفيذ القرار الإداري كاستثناء على مبدأ الأثر غير الموقف للطعن فيه بالإلغاء.	**236**
الفرع الثاني: شروط القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري عن طريق قاضي الاستعجال.	**239**
أولا: الشروط الشكلية	**239**
ثانيا: الشروط الموضوعية	**243**
الفرع الثالث: الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى وقف التنفيذ	**247**
أولا: طبيعة الأمر الاستعجالي ومضمونه	**247**
ثانيا: اثر الأمر الاستعجالي و حجيته	**248**
ثالثا: تنفيذ الأمر الاستعجالي	**249**
المبحث الثاني: دعوى إثبات حالة "معاينة الوقائع"	250

المطلب الأول:الإطار القانوني لإجراء إثبات حالة	250
الفرع الأول: مفهوم الإجراء	250
الفرع الثاني: الأساس القانوني لإجراء إثبات حالة	251
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لإجراء إثبات حالة	253
المطلب الثاني: شروط وإجراءات استصدار أمر بإثبات حالة.	255
الفرع الأول: شروط استصدار أمر بإثبات حالة	255
أولا: الشروط المتعلقة بالواقعة محل المعاينة و الاثبات	255
ثانيا: أن يكون إجراء المعاينة نافعا في إثبات الواقعة	257
الفرع الثاني: إجراءات استصدار أمر بإثبات حالة	258
أولا : تقديم طلب في شكل عريضة	**258**
ثانيا : الأمر القضائي الصادر بإثبات حالة	**259**
ثالثا: مهمة الخبير	**261**
خلاصة الباب الثاني	**264**
الخاتمة	**267**
الملاحق	**286**
قائمة المراجع	305
الفهرس	**320**

ملخص

نظرا للأهمية البالغة التي تحتلها الصفقات العمومية ضمن نشاط الإدارة العامة باعتبارها أداة لتنفيذ مختلف برامج التنمية ، لهذا وجب أن تلتزم الإدارة بالنصوص القانونية المنظمة لمرحلة إبرامها ومراعاة المبادئ الأساسية التي ترتكز عليها الصفقات العمومية من حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين بالاظافة إلى شفافية الإجراءات ، ومن اجل حماية مبدأ المشروعية خلال هذه المرحلة وجب تفعيل مختلف آليات الرقابة القضائية على المنازعات المترتبة عن الصفقات العمومية خاصة في شقها الاستعجالي ، وفتح المجال أمام قاضي الاستعجال لممارسة مختلف السلطات الممنوحة له بموجب نص القانون للتصدي لأي تجاوز يمس بمبدأي العلانية و المنافسة خلال مرحلة الإبرام واتخاذ تدابير تحفظية و مؤقتة لحماية المراكز القانونية للأفراد .

وتبعا لذلك يملك قاضي الاستعجال سلطة الرقابة على مختلف التصرفات التي يمكن أن تأتيها الإدارة العامة أثناء تنفيذ الصفقة العامة أو بصدد إنهائها واتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة.

الكلمات المفتاحية :

الصفقات العمومية ، قضاء الاستعجال ، الاستعجال قبل التعاقدي.