

سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية إبرام الصفقات العمومية والقرارات المنفصلة عنها

The Powers of Criminal Judge in Supervising the Legality of Concluding Public Procurements and its Separate Decisions



طالب الدكتوراه / بشير فطحيزة تجاني*

جامعة الجزائر 1، الجزائر

bachir@univ-eloued.dz

تاريخ القبول للنشر: 2018/09/03

تاريخ الاستلام: 2018/07/10



ملخص:

في بداية العقد السابع من القرن التاسع عشر أسس الفقه الفرنسي اختصاص القاضي الجزائري في رقابة شرعية التصرفات الإدارية على مبدأ كمال اختصاص القاضي الجزائري المرتكز على مبدأ آخر أشمل هو مبدأ حسن سير العدالة الذي يقضي بأنه ولغرض أن يلعب القاضي الجزائري دورا كاملا كحارس لتمهيد التصرفات الإدارية فلا يجب أن يمارس عمله تحت وطأة الإحالة الأولية لتلك التصرفات على القاضي الإداري لتفسيرها وفحص مشروعيتها، وإنما يستلزم منحه اختصاصا كاملا ومستقلا بذلك إذا كان ذلك لازما للفصل في دعواه الجزائية.

يبين هذا المقال حدود سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية إبرام عقود الصفقات العمومية والقرارات الإدارية المنفصلة عنها في إطار القيام بدوره القمعي لجرائم الفساد ومدى فاعلية النصوص القانونية والتنظيمية الحالية في كل من فرنسا والجزائر من أجل إرساء اختصاص كامل ومستقل للقاضي الجزائري في تلك الرقابة بمناسبة تصديده للدعوى الجزائية.

الكلمات المفتاحية: القاضي الجزائري؛ السلطات؛ الرقابة؛ الإبرام؛ الصفقات العمومية؛ القرارات الإدارية المنفصلة.

Abstract:

At the beginning of the seventh decade of the nineteenth century, the French jurisprudence established the jurisdiction of the criminal judge to exercise control over the legality of administrative acts on the principle of the jurisdiction of the criminal judge based on another general principle which is the principle of good conduct of justice, which stipulates that for the purpose of the criminal judge to play a full role as a guard to rationalize administrative actions, the preliminary

referral of these actions to the administrative judge to be interpreted and examined is not necessary, but a full and independent jurisdiction is required for him if necessary in order to adjudicate his criminal case.

This article shows the limits of the powers of the criminal judge in controlling the legitimacy of public procurements contracts and the separate administrative decisions thereof in the framework of carrying out the repressive role of corruption crimes and the effectiveness of the current legal and regulatory texts in France and Algeria in order to establish the criminal judge's full jurisdiction and control in such censorship on the occasion of his response to the criminal case.

Key words: *the criminal judge; The power of the judge; censorship; the concluding; public procurements; separate administrative decisions*

* عضو مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر، جامعة الوادي.

مقدّمة:

كان مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية إلى عهد قريب في فرنسا هو الذي يحكم العلاقة الوظيفية بين الجهاز الإداري والجهاز القضائي بحيث منعت أحكام المادة 13 من قانون 16 و 24 أوت 1790 وأحكام مرسوم 16 فركتيدور لسنة الثامنة من الثورة الفرنسية على الهيئات القضائية التصدي للمنازعات التي هي محل نظر الهيئات الإدارية.

وقد تم التأكيد على ذات المبدأ في نص المادة 127-2 من قانون العقوبات الفرنسي التي اعتبرت من قبيل مرتكبي الخيانة التي يعاقب عليها القانون" القضاة والنواب العامون ووكلاء الجمهورية أو من يحل محلهم الذين يتجاوزون حدود سلطاتهم بالتدخل في القضايا الخاصة بالسلطات الإدارية سواء بإصدار قرارات في هذه المسائل أو بمنع تنفيذ الأوامر الصادرة من الإدارة..." وهو ما نصت عليه تقريبا المادة 116-2 من قانون العقوبات الجزائري.

إلا أن ذلك المبدأ عرف شيئا فشيئا استثناءات سمحت للهيئات القضائية بالتدخل في المسائل الإدارية من أجل منح حماية أكبر للمرتفقين من الإدارة بحيث أصبح بإمكانها مواجهة التصرفات الإدارية التي يتصل تفسيرها وفحص مشروعيتها بالفصل في النزاعات التي هي محل نظرها.

وهكذا أكدت لأول مرة الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 3 أوت 1810 على سلطة القاضي الجزائري في فحص مشروعية لوائح الضبط الإداري⁽¹⁾.

وقد تم تفسير منح القاضي الجزائري هذه السلطة في تلك الحقبة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وهو مبدأ يفترض بدهة فحص مسبق لشرعية التصرفات الإدارية طالما أن القاضي الجزائري كان في بداية القرن 19 وحده الذي يمكنه القيام بذلك في الوقت الذي كان فيه مجلس الدولة الفرنسي منقوص الفاعلية والاستقلالية عن الإدارة التي كانت قاضية لتصرفاتها.

وفي بداية سنة 1872 أسس الفقيه لافريار LAFERRIERE اختصاص القاضي الجزائري في ممارسة تلك الرقابة على مبدأ آخر هو مبدأ " كمال اختصاص القاضي الجزائري " principe de la plénitude de juridiction du juge pénal المرتكز على مبدأ أساسي آخر هو مبدأ حسن سير العدالة principe de bonne administration de la justice الذي يقضي بأنه ولغرض أن يلعب القاضي الجزائري دورا كاملا كحارس لأخلقة وتهذيب التصرفات الإدارية فلا يجب أن يمارس عمله تحت وطأة الإحالة الأولية لتلك التصرفات على القاضي الإداري لتفسيرها وفحص مشروعيتها وإنما يستلزم منحه اختصاصا كاملا ومستقلا بذلك إذا كان ذلك لازما للفصل في دعواه الجزائية حتى يتمكن من الإسراع في فرض الجزاء الضروري والمناسب على مرتكبي الجرائم، فيصبح عندئذ القاضي الجزائري هو قاضي الدعوى وقاضي الدفع في الوقت نفسه⁽²⁾.

لذلك جاءت إصلاحات قانون العقوبات الفرنسي بموجب القانون رقم 92-683 المؤرخ في 22 جويلية 1992 بالمادة 5-111 التي تنص بأن "تختص الأجهزة القضائية الجزائية بتفسير وفحص مشروعية التصرفات الإدارية التنظيمية والفردية إذا كان ذلك ضروريا للفصل في الدعوى الجزائية التي هي محل نظرها"⁽³⁾.

غير أن نص المادة المذكورة ونظرا للعبارات الواردة فيها تستلزم منا التساؤل عن حدود تلك الرقابة التي منحها للقاضي الجزائري ومداهما في ضوء مفاهيم النظرية العامة للعقود الإدارية في كل من فرنسا والجزائر.

لذلك كان علينا طرح الإشكالية التالية من أجل الخوض في هذا الموضوع وسبر أغواره.

ماهي حدود سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية الصفقات العمومية والقرارات الإدارية المنفصلة عنها في إطار القيام بدوره القمعي لجرائم الفساد في القانون الجزائري والفرنسي؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية يمكن حصرها فيما يلي:

- ما مدى فاعلية النصوص القانونية والتنظيمية الحالية في كلا من فرنسا والجزائر من أجل إرساء اختصاص كامل ومستقل للقاضي الجزائري في تلك الرقابة بمناسبة تصديه للدعوى الجزائية؟.

- ما مدى سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية إبرام عقود الصفقات العمومية ومدى استقلالية تلك الرقابة عن إرادة الأطراف في تكييف هذه العقود.

- ما مدى سلطة القاضي الجزائري في البحث عن التصرف المخالف لمبادئ الطلب العمومي.

- ما مدى سلطات القاضي الجزائري في تفسير وفحص مشروعية القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية ومدى استقلاليتها بالمقارنة بما يمتلكه القاضي الإداري من وسائل واساليب في الرقابة.

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج المقارن وأسلوب تحليل المضمون، حيث وفي إطار تبيان حدود وسلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية الصفقات العمومية والقرارات المنفصلة عنها يجب تحليل النصوص القانونية وقرارات القضاء الإداري الفرنسي والجزائري وعقد مقارنة بينهما من

أجل الكشف عن مدى فاعلية تلك النصوص و مدى ملائمتها في تشكيل اختصاص متكامل للقاضي الجزائري في تلك الرقابة بمعزل عن العمل الذي يقوم به القاضي الإداري في هذا المجال. أما أهداف هذا المقال فيمكن حصرها فيما يأتي:

- تحديد سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية إبرام عقود الصفقات العمومية ومدى استقلالية تلك الرقابة عن إرادة الأطراف في ظل تعقيدات احكام تنظيم الصفقات العمومية.
- تحديد سلطات القاضي الجزائري في تفسير وفحص مشروعية القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية والبحث في مدى استقلالية تلك السلطات بالمقارنة بما يمتلكه القاضي الإداري من وسائل واساليب في الرقابة.
- نقل تجربة القانون والقضاء الفرنسيين إلى الجزائر بشأن اعتماد الحلول القانونية والقضائية في تدعيم الدور القمعي للقاضي الجزائري من خلال ما يمتلكه هذا الأخير من سلطات متكاملة ومستقلة عن تلك التي يمتلكها القاضي الإداري.

المبحث الأول

رقابة القاضي الجزائري على شرعية إبرام الصفقة العمومية

إن تقدير العناصر المكونة لجريمة المحاباة أو ما يسمى بجنحة منح امتيازات غير مبررة بالمخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به يقتضي من القاضي الجزائري رقابة شرعية الصفقة العمومية وهو ما يتطلب منه أولاً تكييف العقد المبرم فيما إذا كان صفقة عمومية أم لا (المطلب الأول) ثم تحديد فيما إذا كان هناك خرق من طرف المشتري العمومي للقواعد والمبادئ الضامنة لنجاعة الطلب والعمومي والاستعمال الحسن للمال العام وهي حرية الترشح والمساواة في المعاملة بين المترشحين وشفافية الإجراءات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استقلالية القاضي الجزائري في تكييف الصفقة العمومية

إن السلطة المستقلة للقاضي الجزائري تتجسد في ماله من سلطة في التكييف بصفته غير ملزم بالتكييفات الإدارية التي يمنحها الأطراف للصفقات المبرمة فيما بينهم (الفرع الأول)، ومع ذلك فإنه وفي إطار البحث عن العناصر المشككة لجنحة المحاباة فإن القاضي الجزائري يجد نفسه غالباً يجازف في منح التكييف اللازم للعقد الذي بين يديه في ظل عدم استقرار الاجتهاد القضائي الإداري في هذا المجال بما في ذلك غياب مفهوم واضح للصفقة العمومية في حد ذاتها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: استقلالية القاضي الجزائري عن التكييفات التعاقدية الإدارية للصفقة

في هذا الإطار فإن القاضي الجزائري غير ملزم بالبحث في الطبيعة الإدارية أو الخاصة باستخدام نظرية البند غير المؤلف المعروفة في القانون الإداري لتحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية التي بين يديه فيما إذا صفقة عمومية أو تفويض مرفق عام، وإذا كانت صفقة عمومية هل هي عقد إداري أو عقد من عقود القانون الخاص؟، فهو يرتبط بمضمون العقد وليس بالطبيعة الإدارية أو بالمفهوم الذي

يضفيه المتعاقدان للعقد المبرم بينهما، فيمكنه في هذا الإطار إعادة تكييف العقد، وبواسطة هذا التكييف يمكنه البحث بعد ذلك عن التصرف المخالف لحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين كعنصر من العناصر المشككة لجنة المحابة⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى فإن تلك الاستقلالية التي يحظى بها القاضي الجزائري تظهر في إعفائه من آلية الإحالة الأولية للمسائل القانونية المثارة لديه على القاضي الإداري، دون أن ينال ذلك من التعاون الواجب قيامه بين القاضيين، فكما يشير إلى ذلك أودان ODENT فإن "التناسق بين الجهاز القضائي الإداري والجهاز القضائي العادي تم تبريره تاريخيا بالظروف التاريخية للثورة التي أدت بالمشروع إلى الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية ومنطقيا باعتبارات الفاعلية للجهازين القضائيين العادي والإداري، ذلك أن المحاكم العادية هي الأقل جدارة من المحاكم الإدارية للفصل في الدعاوى المتعلقة بنشاط المرافق العامة والمصلحة العامة والتصدي لنزاعات القانون العام، وإن التقرير بتلك الحقيقة كانت غالبا هي المحدد والدافع للتخلص من صعوبات توزيع الاختصاصات بين الجهازين"⁽⁵⁾.

ورغم تلك الاعتبارات فإن آلية الإحالة الأولية تستبعد من طرف القاضي الجزائري عندما يريد استثمار مبدأ كمال اختصاصه من أجل النظر في شرعية التصرفات الإدارية إذا كان ذلك يرتبط لزوما بالفصل في الدعوى الجزائية، وبما أن الإحالة الأولية المستندة على مبدأ الفصل بين الاختصاصات الإدارية والعادية ليست ذات طابع دستوري كما أشار إلى ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في فتواه الصادرة في 23 جانفي 1987 فإن المشروع يمكنه إلغاء تلك الإحالات للمسائل الأولية على القاضي الإداري لمصلحة السير الحسن للعدالة، ما يؤدي إلى حل إشكال عدم الملائمة بين تلك الإحالات ومتطلبات المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تنص على حق الإنسان في محاكمة عادلة⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: سلطة مستقلة للقاضي الجزائري في غياب مفهوم واضح للصفقة العمومية

من أجل أن يتمكن القاضي الجزائري من فرض الجزاء المناسب على مرتكبي التجاوزات الماسة بحرية الوصول للطلبات والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات عند إبرام أو التأشير على الصفقات العمومية يستلزم أن تكون تلك الصفقات تخضع لتنظيم الصفقات العمومية.

وتبقى مأمورية القاضي الجزائري في تحديد مدى خضوع الصفقة التي بين يديه إلى قانون الصفقات العمومية جد صعبة في ظل ضبابية سادت لوقت طويل بشأن التعريف القانوني للصفقة العمومية وطبيعتها القانونية سواء في فرنسا (أولا) أو في الجزائر (ثانيا).

أولاً- في فرنسا:

ساد الغموض لفترة طويلة في فرنسا بشأن تحديد تعريف جامع مانع للصفقة العمومية منذ السنوات الأولى للثورة الفرنسية، فإذا كان قانون 28 بلوفيزور للسنة الثامنة من الثورة قد منح الاختصاص للأجهزة القضائية الإدارية من أجل الفصل في النزاعات المتعلقة بالأشغال العمومية وعقود الدومين العام فإنه لم يتضمن مع ذلك تعريفا للأشغال العمومية ولا للدومين العام مما جعل الاجتهاد

القضائي يتحمل عبئ تلك المهمة، وما يقال على قانون بلوفيز ينسحب على قانون 17 جوان 1938 وكذا المرسوم رقم 64-729 المؤرخ في 17/07/1964 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 1964. فمذ صدور المرسوم المذكور وإلى غاية دخول المرسوم رقم 210-2001 المؤرخ في 7 مارس 2001 حيز النفاذ في 9 سبتمبر 2001 لم يكن تعريف الصفقة العمومية محددًا لما فيه الكفاية مما جعل الفقه في فرنسا شغوف بتحديد تعريفات كانت مع ذلك غير مرضية بسبب الشكوك التي كانت تنتابه⁽⁷⁾. فقد جاء في المادة الأولى من المرسوم رقم 210-2001 بأن "الصفقات العمومية هي عقود تبرم بالمعاوضة مع الأشخاص العموميين أو الخواص عن طريق الأشخاص المعنوية للقانون العام المشار إليها في المادة الثانية من هذا المرسوم من أجل تلبية حاجاتها في مجال الأشغال والتوريدات أو الخدمات"⁽⁸⁾. وهكذا يحدد تعريف الصفقة العمومية وبصفة تقريبية أربعة معايير هي:

- المعيار العضوي:

فالصفقة العمومية تبرم بين شخص معنوي عام من جهة وشخص عام أو خاص باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

- المعيار الشكلي:

فالصفقة العمومية هي عقد يبرم في إطار احترام الأشكال والإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية المعمول بها إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يزيد عن عتبات أوروبية منصوص عليها في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية طبقا لما نصت عليه المادة 42 من الأمر 899-2015 المؤرخ في 2015/07/23⁽⁹⁾.

- المعيار المادي:

ويتعلق الأمر بموضوع أداء المتعامل المتعاقد للإدارة والذي يلبي حاجتها في مجال الأشغال أو التوريدات أو الخدمات.

- المعيار المالي:

فالصفقة العمومية هي عقد تبادلي يفترض من حيث المبدأ دفع أجره من طرف السلطة المزايدة تساوي أو تزيد عن العتبات المنصوص عليها قانونا مقابل الطلب العمومي الذي تحصل عليه من طرف المتعامل المتعاقد.

ومن حيث الطبيعة القانونية للصفقة العمومية فإن قانون الصفقات العمومية لسنة 1964 لا يتضمن أي إشارة تفيد بأن الصفقة العمومية عقد من عقود القانون العام أو عقد من عقود القانون الخاص ما عدا الصفقات العمومية للأشغال التي اعتبرت تقليديا من طبيعة إدارية بحسب موضوعها وفق ما نصت عليه المادة 4 من قانون 28 بلوفيز لسنة الثامنة من الثورة الفرنسية. وهكذا فإن الضبابية التي ميزت النصوص أدت إلى غموض الاجتهاد القضائي حول هذه المسألة ولفترة طويلة، حيث أدى موقفه غير المستقر إلى انقسام الفقه على نفسه.

فقد سايرت أقلية من الفقه القضاء الفرنسي في اعتبار الصفقة العمومية الخاضعة لقانون الصفقات العمومية ليست بالضرورة عقدا إداريا، فلم تتردد المحكمة الإدارية لإستراسبورغ في حكمها الصادر في 7 جويلية 1987 في قضية السيدة بلوش BLOCH ومن معها ضد مدينة ستراسبورغ في القول بأنه "إذا سلمنا بأن هذا العقد (عقد إيجار وصيانة جرائد إلكترونية للإعلام البلدي) عقد من عقود القانون الخاص فلا يمكن استثناء هذا العقد بسبب طبيعته وموضوعه من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية"⁽¹⁰⁾، من جهتها صرحت محكمة النقض في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1996 في قضية شركة Locunivers بأن "خضوع عقد لأحكام قانون الصفقات العمومية لا يمنحه ذلك في حد ذاته طبيعة العقد الإداري"⁽¹¹⁾، وهو ما أكدته صراحة محكمة التنازع في حكمها الصادر في 5 جويلية 1999 في قضية بلدية Sauvé ضد شركة Gestetner عندما رأت انه "إذا افترضنا أن إبرام عقود توريد التجهيزات المبرمة مع بلدية صوف Sauvé خضعت بسبب مبلغها لقانون الصفقات العمومية فإن ذلك لا يمكن أن يمنحها لوحده صفة العقود الإدارية في حين أن تلك العقود لم تكن محل تنفيذ مرفق عام من طرف الشخص الخاص المتعاقد ولم تتضمن أي بند غير مألوف في القانون الخاص"⁽¹²⁾.

وهكذا جنح الاجتهاد القضائي الفرنسي وإلى غاية سنة 2001 إلى إمكانية وجود صفقة عمومية للقانون الخاص يختص القاضي العادي بالفصل في المنازعات التعاقدية الثائرة بشأنها ولو أبرمت وفق إجراءات قانون الصفقات العمومية ومنها صفقات عمومية التأمينات⁽¹³⁾.

ولدواعي الأمن القانوني ولتبسيط وتوحيد منازعات الصفقات العمومية فقد صدر القانون رقم 2001-1168 المؤرخ في 11/12/2001 المتضمن تدبير مستعجل لإصلاحات ذات طابع اقتصادي ومالي (مورساف MURCEF) اعتبر في مادته الثانية أن "الصفقات المبرمة بالتطبيق لقانون الصفقات العمومية لها صفة العقود الإدارية" وهو ما أدى إلى اعتبار كل الصفقات العمومية هي عقود إدارية حتى ولو لم تستوفي معايير العقد الإداري وبالتالي تؤول كل منازعاتها للقاضي الإداري بصفتها عقود إدارية بتحديد القانون بمعزل عن مضمون بنودها وموضوعها، وهو ما أكدته صراحة المادة الثالثة من الأمر 895-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي التي تنص صراحة على أن "الصفقات العمومية المتعلقة بهذا الأمر والتي تبرمها الأشخاص المعنوية للقانون العام هي عقود إدارية".

وقد أدى ذلك بالبعض في فرنسا إلى القول بأن النظرية العامة للعقد الإداري التي أنشئ القضاء معاييرها بدأت في التفسخ وأخذت تلك المعايير في الضمور لصالح معيار واحد هو المعيار العضوي⁽¹⁴⁾، ويخشى أن يؤدي ذلك حتما إلى إلغاء أي إمكانية للقاضي العادي- كالقاضي الجزائري- لتفسير أحكام قانون الصفقات العمومية⁽¹⁵⁾، وأخيرا مع صدور قانون مورساف لم يعد هناك أي مجال لإعادة تكييف عقد تم الفصل نهائيا في طبيعته ولا لوجود احتمالات تنازع حول تفسير قانون الصفقات العمومية⁽¹⁶⁾.

ثانياً- في الجزائر:

إذا كان الغموض قد ساد في فرنسا ولوقت طويل جدا بشأن مسألة تعريف الصفقة العمومية وتحديد طبيعتها القانونية قبل أن تعرف المسألة حسمًا تشريعيًا وتنظيميًا سنة 2001 فإن الوضع في

الجزائر كان ولا يزال يشهد تذبذبا وتقلبا في ضبط المعايير القانونية المحددة للصفقة العمومية بسبب عدم الاستقرار الذي ميز نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية منذ صدور أول قانون بعد الاستقلال هو أمر 1967.

فلئن كان المشرع الجزائري في الأمر رقم 67-90 الصادر في 17 جوان 1967 قد منح من خلال المادة الأولى مدلولاً إدارياً للصفقة العمومية من خلال التوسيع من نطاق معيارها العضوي بالشكل الذي قربنا أكثر من مفهوم العقد الإداري⁽¹⁷⁾، فإنه في المراسيم التنظيمية التي تلت هذا الأمر عرف المعيارين العضوي والمادي تطوراً متذبذباً أثر بشكل كبير على طبيعة الصفقة العمومية نفسها وأعاد النظر في طبيعة قانون الصفقات العمومية من أساسه.

وهكذا أدى التغيير الحاصل على مستوى المعيار العضوي في المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 إلى إدماج كامل لجميع المؤسسات والهيئات العمومية بما فيها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات المختلطة التي يكون جل رأسمالها عمومياً والمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي بعد التعديل الجزئي الذي جاء به المرسوم رقم 74-9 الصادر في 30/01/1974 المعدل للأمر 67-90⁽¹⁸⁾.

وقد أدى تنازل الدولة عن تمويل استثمارات المؤسسات الوطنية في منتصف الثمانينات بسبب عجزها المالي على خلفية انهيار سعر البترول وتدني قيمة الدينار الجزائري في السوق العالمية إلى استثناء المؤسسات العمومية الاقتصادية EPE والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC من نطاق تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 91-434 الصادر في 9/11/1991 الذي ألغى كلياً المرسوم رقم 82-145 ليتم التضييق مجدداً من المعيار العضوي فيما أخرج موضوعياً في مادته الخامسة بعض العقود التي تسري عليها تشريعات وتنظيمات خاصة واعتبرها من صفقات القانون الخاص⁽¹⁹⁾.

وفي بداية الألفية حتم المحيط الاقتصادي الدولي الجديد القائم على المنافسة الحرة الذي انخرطت الجزائر في إطاره إلى صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 حيث أُلقت التحولات الجديدة بظلالها على تعريف الصفقة العمومية فتم التوسيع مجدداً من المعيار العضوي عن طريق آليتي التفويض والتمويل فتم إدماج مؤسسات عمومية نوعية جديدة مشتقة من الـ EPIC بحيث تطبق قانون الصفقات العمومية على صفقاتها عندما تكلف بإنجاز عمليات ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة⁽²⁰⁾.

ومع ذلك بقي المعيار العضوي يعرف ترنحاً وعدم استقرار، فبعد أن تم إدماج المؤسسات العمومية الاقتصادية في نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 جنح مؤخراً المشرع الجزائري إلى إبعادها مجدداً من نطاق تطبيق هذا التنظيم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجديد، وذلك من أجل تمكين مسيري هذه المؤسسات من الإسراع في إنجاز المشاريع الموكلة

إلهم بعد التأخر الكبير المسجل في تنفيذ البرنامج الخماسي 2010-2014⁽²¹⁾، وهو ما أكدته المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته التاسعة⁽²²⁾.

إن القانون الجزائري الذي أخذ مبدئيا بالمعيار العضوي في تعريف العقود الإدارية ومنها عقود الامتياز الذي اعتبرها عقودا إدارية بتحديد القانون⁽²³⁾ وسع من هذا المعيار في تعريفه للصفقات العمومية وراح يجيز لـ EPIC إبرامها في إطار قانون الصفقات العمومية في حين أن المشرع الفرنسي مازال يخرج هذه المؤسسات من نطاق تطبيق هذا القانون رغم أن المعيار المادي الذي أنشأه القضاء الفرنسي وأخذ به في تعريف العقد الإداري يسمح له بإدخالها هذا النطاق⁽²⁴⁾، وهو ما يؤدي بنا إلى التساؤل جديا عن موقف القانون الجزائري من الطبيعة القانونية للصفقة العمومية.

فإذا كان الأمر قد أصبح محسوما في فرنسا بعد صدور قانون مورساف فإن الأمر في الجزائر مازال يعرف جدلا فقهيا مثيرا في ظل موقفا حذرا للقضاء الجزائري.

فهناك فريق من الفقه يعتبر أن الصفقة العمومية هي عقد إداري اعتبارا للمعيار العضوي في ظل تضمين قانون الصفقات العمومية نظام استثنائي وغير مألوف في القانون الخاص ومنهم الأساتذة أحمد محيو، سعيد بوشعير، مولود صبري⁽²⁵⁾، في حين يرى فريق آخر ويتزعمه الأستاذ شريف بن ناجي أن الصفقة العمومية لم تعد نموذج للعقد الإداري منذ صدور تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1982 الذي أخضعها للتشريع الساري على العقود المدنية والتجارية فأصبحت عقد من عقد القانون الخاص بإرادة المشرع، وهو نفس الموقف تقريبا الذي تبناه الأستاذ محمد قبطان الذي يرى أن الطبيعة الهجينة لقانون الصفقات العمومية أدت إلى استحالة اعتبار الصفقة العمومية عقد من عقود القطاع العام الخالصة، وهو موقف ينسجم بالكامل مع طرح الأستاذ حميد بن علي الذي يرى بأن الصفقات العمومية في الجزائر ما هي إلا نواة للعمل الإداري المركب من قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص⁽²⁶⁾.

وفي الحقيقة فإن موقف الفقه المنقسم على نفسه في الجزائر إلى غاية اليوم بشأن طبيعة الصفقة العمومية يعود إلى الغموض الذي ما فتئ يكتنف موقف القضاء من هذه المسألة، حيث وإن كان القضاء الجزائري بهيئاته العليا الثلاثة استقر على الأخذ بالمعيار العضوي أساسا من أجل تأكيد اختصاص القاضي الإداري أو عدم اختصاصه للفصل في نزاع موضوعه تنفيذ أو إبرام صفقة عمومية فإنه رفض بالموازاة مع ذلك الاعتماد كليا على المعيار المادي لوحده من أجل تأكيد أو عدم تأكيد اختصاص الجهات القضائية الإدارية ولو تعلق الأمر بنزاع ينصب موضوعه على تنفيذ صفقة عمومية⁽²⁷⁾، وهو ما يؤدي آليا إلى القول بأن موقف القضاء الجزائري مازال متأثرا بموقف القضاء الفرنسي في مرحلة ما قبل تشريع مورساف، لنصل في الأخير إلى نتيجة مفادها بأن الصفقة العمومية في الجزائر وإن كان من المؤكد أنها ليست بالضرورة عقدا إداريا ولا هي بالضرورة عقد من عقود القانون الخاص بإرادة المشرع إلا أن طبيعتها القانونية ترتبط بما إذا توافر لها معايير العقد الإداري⁽²⁸⁾.

المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي الجزائري في البحث عن التصرف المخالف لمبادئ

الطلب العمومي

عن طريق البحث في العنصر المكون لجريمة المحاباة وهي مخالفة التصرف لمبادئ الطلب العمومي فإن القاضي الجزائري يمكن أن يفسر أو يفحص مشروعية الصفقة العمومية، ذلك أن اختصاص القاضي الجزائري في جريمة المحاباة يدخل إذا في إطار السلطة العامة لهذا القاضي في معالجة أشكال وإجراءات إبرام الصفقات العمومية سواء في فرنسا بموجب المادة 432-14 من قانون العقوبات أو في الجزائر بموجب المادة 26 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.

وإذا كانت سلطة القاضي الجزائري واسعة في فحص مشروعية الصفقة العمومية سواء على أساس التفسير الغائي للنصوص القانونية الجزائرية التي تمنحه هذه السلطة أو على أساس المبادئ التي تحكم عمله (الفرع الأول) فإن تلك السلطة تبقى محدودة في ظل التزام القاضي الجزائري بالبحث في قانون الصفقات العمومية عن النصوص التشريعية والتنظيمية محل المخالفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة واسعة على أساس التفسير الغائي للنصوص والمبادئ التي تحكم عمله

مما يتضح من نص المادة 111-5 من قانون العقوبات الفرنسي المذكورة أعلاه أن مصطلح التصرفات الإدارية *actes administratifs* المقصود منها الأعمال الإدارية أحادية الجانب *actes unilatéraux* وليس الأعمال الإدارية التبادلية *actes bilatéraux* هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في تفسيرها لنص تلك المادة⁽²⁹⁾.

فلئن كانت المحكمة قد اعترفت أن العقد يمكن أن يكون محلا للجريمة وذلك في العديد من قراراتها المتواترة⁽³⁰⁾، فإن المحكمة مع ذلك شددت في قرارات أخرى بأن المادة 111-5 لا تستهدف العقود الإدارية وبالتالي لا تسمح للقاضي الجزائري بتفسيرها أو فحص مشروعيتها حتى ولو كان ذلك لازما للفصل في الدعوى الجزائرية⁽³¹⁾، ذلك أن الأصل في فرنسا- وبخلاف الوضع السائد لحد الآن في الجزائر- فإن الصفقات العمومية هي عقود إدارية بتحديد القانون، وبالتالي يؤول للقاضي الإداري وحده سلطة تفسير وفحص مشروعيتها دون القاضي العادي غير المختص في ذلك.

ومع ذلك فإن التفسير الدقيق لنص المادة 111-5 لا يعني التفسير الضيق له، ذلك أن قوة القاعدة الجزائرية في الجزاءات التي تفرضها، والسلطات غير المألوفة للأجهزة القضائية التي تتصدى للدعاوى الجزائرية تتطلب استخدام للقانون الجزائري بالشكل الذي يحترم حرية القاضي في التفسير، وبالخصوص عن طريق التفسير الدقيق للنصوص التي يطبقها، إلا أن القاضي غير ملزم مع ذلك إلا بما يفرضه القانون، ولكن كل القانون وليس جزء منه، وعلى العكس مما يؤكدته مونتسكيو فإن القاضي لا يجب أن يكتفي بأن يكون الفم الذي ينطق بكلمات القانون ولكنه يجب أن يتعمق أيضا في الأحكام من أجل الولوج إلى روحه⁽³²⁾.

فإذا كان القاضي الجزائري مقيد بالتعريف القانوني فإن المشرع كذلك عليه أن يمنحه فاعلية القانون الذي أنشأه، وهو ما يؤدي إلى أن القاضي الجزائري يستمد سلطته القمعية في الرقابة على

مشروعية الصفقات العمومية من منبه التفسير الغائي للنصوص كمنص المادة 5-111 المذكورة، ومفاده انه إذا كان المشرع قصد من وراء النص أن يكون قمعياً من أجل وضع حد لجرائم الفساد في الصفقات العمومية، فإن القاضي الجزائري عليه البحث في هذه الغاية الاجتماعية، ومن أجل القيام بذلك فإن له أن يفسر النصوص من أجل تحقيق ذلك.

إن هذا المنحى في الاستخدام الموسع لمفهوم القاعدة الجزائية لا يشكل خرقاً لمبدأ التفسير الدقيق للقانون الجنائي وإنما يشكل ذلك بالأحرى مرونة أصبحت ضرورية من أجل الاستجابة للخلل الوظيفي للقاضي الجزائري بما يسمح باختيار طرح واقعي للإشكال مع الأخذ في الحسبان خصوصية الصفقات العمومية، وهو ما أدى ببعض المؤلفين إلى اقتراح إضافة التصرفات التعاقدية على نص المادة 5-111 من أجل قطع الطريق على إمكانية حدوث أي انتهاك لدى القضاء الجزائري مؤسسة على تأويلات مخالفة لروح النصوص⁽³³⁾.

هذا ما أدى بالفقه الفرنسي إلى القول بأن اختصاص القاضي الجزائري في فحص وتفسير مشروعية الصفقات العمومية إذا كان غير واضح في نص المادة 5-111 فإن اختصاصه في ذلك ينبغي أن يستمد من المبدأ العام للقانون الجنائي الذي يقضي بأن القاضي الجزائري القمعي يجب أن يكون له كل الوسائل من أجل رقابة المصادر القانونية والتنظيمية للقانون الجنائي الذي يعمل في إطاره سواء تعلق الأمر بتصرف منفرد أو تعاقد⁽³⁴⁾، وتتأسس القيمة القانونية لتلك الرقابة على الممارسة الكاملة لسلطته التي يأخذها من المادة 66 من الدستور الفرنسي بصفته حارساً للحريات الفردية، فحسب المجلس الدستوري الفرنسي فإن اختصاص القاضي الجزائري في ذلك ذات طابع خاص ولا يمكن أن تنال من الاختصاص العام للقاضي الإداري في مجال إلغاء أعمال السلطة العامة⁽³⁵⁾.

وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن القاضي الجزائري يجب عليه أن يقدر صحة صفقة أشغال للتزويد بالكهرباء إذا بدا له عدم مشروعيتها انطلاقاً من كون مقاول الأشغال العمومية كان يقدم الخدمة من أجل الحصول عن طريق مجموعة أشخاص على تخفيضات مالية مهمة لمصلحته الشخصية وذلك من أجل البحث في مدى توافر جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة⁽³⁶⁾، كما أيدت محكمة النقض في قضية أخرى محكمة ليون الاستئنافية في اختصاصها من أجل تقدير صحة عقد امتياز رغم أنها أسست قرارها على المادة 5-111 الذي يقضي بأن التصرفات أحادية الجانب هي وحدها التي يشملها نطاق تطبيق هذا النص⁽³⁷⁾.

وفي الجزائر فلئن كانت المحكمة العليا استقر قضائها على ضرورة الفصل بين اختصاص القاضي الجزائري واختصاص القاضي المدني في إثبات بطلان عقد من العقود مهما كان شكله⁽³⁸⁾، فإن الصياغة الحالية لنص المادة 1-26 من قانون 01-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بعد تعديلها بموجب المادة 2 من القانون رقم 15-11 المؤرخ في 2/08/2011 تؤدي إلى إمكانية منح القاضي الجزائري رقابة مشروعية الصفقة العمومية سواء عند إبرامها أي أثناء التوقيع على الوثيقة النهائية للصفقة أو قبل إبرامها وذلك أثناء التأشير على الصفقة بعد التأكد من مراعاة الشروط القانونية

والذي يكون بموجب قرار تصدره هيئة الرقابة الخارجية المختصة بذلك، خاصة أن مفهوم الصفقة العمومية وطبيعتها القانونية لا يؤدي بالضرورة في الجزائر- كما رأينا- إلى اعتبارها عقدا إداريا والذي يختص القاضي الإداري وحده بتفسير وفحص مشروعيتها، كما أن الصفقة بمفهوم نص المادة 26 هي كل عقد من عقود القطاع العام بمفهومه الواسع سواء كان عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق والذي قد يكون عقدا من عقود القانون الخاص خاصة مع اختلاف مفهوم الصفقة في تنظيم الصفقات العمومية عنه في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁹⁾.

أما فيما يتعلق بمدى تلك السلطة التي يتمتع بها القاضي الجزائري في رقابة مشروعية الصفقة عند البحث فيما إذا كان هناك خرق لمبادئ الطلب العمومي فلا يوجد أي غموض سواء في فرنسا أو في الجزائر بشأن اتساعها، فمن أجل التثبت من قيام مختلف الأركان المشكلة لجريمة المحاباة يقتضي منه تحديد فيما إذا كان هناك خرق للقواعد والمبادئ الكبرى الضامنة لمبدأ الوضع رهن المنافسة وهو ما يقتضي منه فحص مشروعية العقد، ومع ذلك تبقى فاعلية النصوص الجزائية محددة ومكبلة بالتعقيد الذي يكتنف تنظيم الصفقات العمومية مما يقيد من سلطة القاضي الجزائري في الرقابة.

الفرع الثاني: سلطة محدودة في الرقابة في ظل تعقيدات أحكام تنظيم الصفقات العمومية

إن القمع الجنائي ليس له من مبرر سوى أن هناك قواعد تنظيمية يجب أن تحترم تتعلق بالخصوص بإبرام الصفقات والعقود، فإذا كان قانون الصفقات العمومية يسمح ببسط رقابة للقاضي الجزائري، فهو من جهة تشكل تعقيداته عائق لإجرائها.

إن أعمال المادتين 14-432 من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 1-26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر يقوم في الواقع على البحث في عناصر موضوعية متنوعة بسبب تشعب الأفعال التي تشكل خرقا لقانون الطلب العمومي والتي يمكن أن تشكل جريمة المحاباة وهو ما يقتضي دراسة لطبيعة تلك التصرفات المخالفة لذلك القانون، ذلك أن القاضي الجزائري عليه البحث في قانون الصفقات العمومية على الأحكام التي تمت مخالفتها وهو ملزم بتحديد بدقة النص محل المخالفة.

إن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي الجزائري يعتبر صعب المنال في ظل تشعب متزايد لمقتضيات قانون الصفقات العمومية المطبقة من طرف المصالح المتعاقدة والتي يصعب فهمها والإلمام بها حتى بالنسبة للممارسين أحيانا⁽⁴⁰⁾.

فإذا كان القاضي الإداري قد بسط رقابته على شرعية صفقة عمومية لم تحترم مبدأ المساواة بين المترشحين حتى في ظل عدم وجود أي نص قانوني خاص ينص صراحة على احترام هذا المبدأ في فرنسا كما في الجزائر⁽⁴¹⁾، فإن القاضي الجزائري ملزم بالإشارة الدقيقة للنص محل المخالفة من أجل البحث في مدى قيام جريمة المحاباة⁽⁴²⁾، فالنصوص الجزائية يجب إسقاطها على الوقائع قبل البحث عن المخالفات المرتكبة، وهكذا يجد القاضي الجزائري نفسه ملزما بتحديد الخروقات التي أخلت بالتزامات مضمنة في أحكام ذات طبيعة إدارية وهي المتعلقة بالمبادئ الواجب احترامها عند القيام بإجراءات إبرام الصفقات

العمومية وهي مبدأ حرية الترشح والوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة بين المترشحين وكذا مبدأ شفافية الإجراءات⁽⁴³⁾.

هذا التحديد يفترض أن الأحكام الضامنة والمتضمنة هذه المبادئ مستوعبة من قبله وتفسيرها حاضرة في ذهنه وهو أمر صعب المنال لما يتعلق الأمر بأحكام ذات صبغة إدارية تقنية خاصة في ظل صعوبة وربما استحالة إقامة الدليل على وجود رابطة سببية بين الإخلال بتلك المبادئ وعملية إسناد الصفقة من أجل التأكد من وجود امتيازات غير مبررة للغير من عدمه في جريمة المحاباة⁽⁴⁴⁾.

وهكذا فإن القاضي الجزائري يجد نفسه يواجه صعوبة توطيد عقيدته بالإدانة أو بالبراءة من أجل مخالفة أحكام هذا القانون نظرا لتشعب وعدم الإلمام الكامل بأحكامه، فقانون الصفقات العمومية لا يتضمن فقط تلك الأحكام المقننة بل يتعداه إلى تلك التنظيمات الموازية المتممة و المفسرة له والموجودة خارج تقنين الصفقات العمومية والتي من الصعب على القاضي الجزائري أو حتى الإداري الإلمام بها (مقررات وزارية، مناشير، تعليمات، مذكرات، توجيهات...)، بل إن البعض منها يعدل من أحكام التقنين نفسه⁽⁴⁵⁾، وهو ما قد يؤدي إلى حالات يتثبت فيها القاضي الجزائري من قيام جرائم بشكل اعتباطي و في أحسن الأحوال بصفة احتمالية ما يشكل عقبة في سبيل فاعلية الرقابة التي يمارسها ومصدر لعدم الأمن القانوني.

لذلك يقترح بعض الفقه إدخال بعض الإصلاحات على قانون الصفقات العمومية في سبيل تبسيط إحكامه بالشكل الذي يؤدي إلى إعادة توضيح قواعده الأمرة الجوهرية التي هي من النظام العام من عدمها⁽⁴⁶⁾.

فإذا ما تم تحديد قواعد النظام العام من عدمها سهل على المشتري العمومي المكلف بتطبيق قانون الصفقات العمومية معرفة هامش الحرية التعاقدية ومن ثم تقويم سلوكياته، كما من شأن ذلك أن يسهل على القاضي الجزائري تحديد وضبط الحالات و الأفعال التي تشكل جرائم من عدمها وربما يأتي تعديل المادة 26-1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15 المشار إليه أنفا في هذا الإطار عن طريق التنويه بأن الأحكام التشريعية والتنظيمية المقصودة تحديدا بنص المادة هي المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات وهو ما ينسجم تقريبا مع ما جاء في المادة 432-14 التي جاءت بها إصلاحات قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992، رغم أن المادة الأخيرة أهملت الإشارة إلى ضرورة التقيد بمبدأ شفافية الإجراءات⁽⁴⁷⁾.

فتلك المبادئ تشكل أسس جوهرية للالتزام المشتري العمومي بإعمال المنافسة في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية والذي يعتبر التقيد به من النظام العام⁽⁴⁸⁾.

كما أننا نقترح في الجزائر إصدار منشور شامل لتطبيق نصوص قانون الصفقات العمومية كلما لجأ المشرع إلى إجراء تعديلات جوهرية في أحكامه على غرار ما يوجد في فرنسا قصد الاسترشاد والاستهداء به كدليل من طرف المشتري العمومي من جهة، مع تمكين القاضي الجزائري من الإلمام بالتفسيرات الوافية

لأحكام قانون الصفقات العمومية دون إعطاء تأويلات لتلك الأحكام من شأنها الانحراف عن معانيها الحقيقية.

المبحث الثاني

رقابة القاضي الجزائي على شرعية القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية

يتطلب الأمر الخوض في تبيان مدى سلطة القاضي الجزائي في تفسير القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية المنفصلة عن الصفقة العمومية (المطلب الأول) ومدى سلطته في فحص مشروعيتها حسب ما كشفت عنه النصوص واكده الاجتهاد القضائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة تفسير القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية

يتطلب بادئ ذي بدء الأمر التطرق أولاً إلى تعريف القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية بشكل عام وصورها وشروطها وآثارها على مآل تلك العقود (الفرع الأول)، قبل النظر في تطور سلطات القاضي الجزائي من اختصاصه في تفسير التصرفات التنظيمية فقط إلى اختصاصه في تفسير التصرفات غير التنظيمية الفردية بعد إصلاحات بداية التسعينات لقانون العقوبات الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية

إلى غاية السنوات الأولى للقرن العشرين كان الطعن بتجاوز السلطة ضد التصرفات الإدارية المنفردة المصاحبة للعقود يعتبر غير مقبول قضائياً، فكانت تعتبر هذه التصرفات متصلة بتلك العقود وغير قابلة للانفصال عنها، وهكذا فإن تلك العقود لم تكن وحدها مستثناة من دعوى تجاوز السلطة وإنما أيضاً ما ينتج عنها من تصرفات مصاحبة لتكوينها.

غير أنه منذ صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارتين MARTIN بتاريخ 4 أوت 1905 لم يعد لنظرية "الكل لا يتجزأ" أي محل لتظهر بعدها نظرية التصرفات المنفصلة *actes détachables* والتي مفادها أن مختلف التصرفات المنفردة الصادرة بمناسبة تكوين العقد ولو كانت شرطاً لازماً في حدوثه هي تصرفات قابلة لأن تكون منفصلة وبالتالي قابلة لأن تكون محل للطعن من أجل تجاوز السلطة⁽⁴⁹⁾، فالقرار المنفصل كما عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر "هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته الأمر الذي يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائزاً"، فهو قرار يسبق إبرام العقد نظراً لأنه يمهد لهذا الإبرام فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجيز الطعن فيه بالإلغاء استقلالاً عن العقد.⁽⁵⁰⁾

ومن صوره القرارات الممهدة لإبرام العقد القرارات التي تصدرها الإدارة بإسناد الصفقة تبعاً لقرار لجنة تقييم العروض ولجان المناقصات باختيار المتعامل المتعاقد، كما يمكن ذكر المحاضر والمداولات السابقة عن إبرام الصفقة، وهناك القرارات الصادرة من أجل إتمام إبرام العقد كقرارات توقيع العقد وإبرامه⁽⁵¹⁾.

وتخضع القرارات الإدارية المنفصلة إلى شروط لإلغائها يتعين توافرها وهي أولاً أن يقدم طلب الإلغاء من غير المتعاقد مع الإدارة سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً بصفته صاحب مصلحة في الطعن بالإلغاء، وثانياً أن يكون القرار الإداري نهائياً وباتاً بحيث يكون نافذاً دون حاجة إلى تصديق من سلطة تعلق سلطة إصداره، وثالثاً أن ترفع دعوى الإلغاء في آجالها القانونية⁽⁵²⁾.

ومن المستقر عليه قضاء فإن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا ينصب سوى على هذا القرار دون أن يمتد أثر حكم الإلغاء إلى العقد الإداري الذي يساهم القرار الإداري محل الإلغاء في تكوينه، حيث يبقى هذا العقد رغم ذلك صحيحاً⁽⁵³⁾.

فالقاضي الجزائري يمكنه في إطار تكييف جرائم الرشوة والمحاباة وغيرها من جرائم الصفقات العمومية تفسير وفحص مشروعية كل التصرفات الإدارية المصاحبة والمدمعة لإبرام الصفقة العمومية من دون الحاجة إلى إحالتها على القاضي الإداري إذا كان ذلك لازماً من أجل البت في الدعوى الجزائية.

المطلب الأول: سلطة تفسير القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية

إن تفسير أي تصرف إداري منفرد يعني البحث في معناه عندما لا يتضح هذا المعنى بقراءة بسيطة للتصرف، وتفسير النصوص من أجل تطبيقها يشكل عمل أساسي لكل جهاز قضائي.

إذا كان القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي لتصرفات الإدارة، فإن القاضي الجزائري يمكن له كذلك أن يكون مدعولاً لتفسير هذا التصرف إذا كان معناه بشكل له مخرج للنظر في الدعوى الجزائية.

وهكذا أجازت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 5 جويلية 1951 مبدأً تكامل اختصاص القاضي الجزائري في تفسير التصرفات الإدارية ذات الطابع التنظيمي⁽⁵⁴⁾، وقد تم تبرير ذلك بالمبدأ القائل بأن "من يستطيع فعل الأكثر يمكنه فعل الأقل"، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في نفس الاتجاه بأنه إذا كان القاضي الجزائري مختص من أجل تفسير القانون فيجب أن يكون مختصاً في تفسير التصرفات الأقل منه في القيمة⁽⁵⁵⁾.

ومع ذلك يقي القاضي الجزائري إلى عهد قريب غير مختص بتفسير التصرفات غير التنظيمية وقد تم تبرير هذا الاستثناء بأن تفسير تلك التصرفات يمكن أن تؤدي إلى إفراغ التصرف من أي محتوى ما يؤدي إلى منع تطبيقه وكذا تقييد نشاط الإدارة، وهكذا تبنت محكمة النقض الفرنسية مفهوم أكثر تعقيداً لاختصاص القاضي العادي عندما رأت بأن القاضي الجزائري يمكنه تفسير إلا التصرفات الإدارية التي تتلاءم مع الجزاء الجنائي وهو ما لا ينطبق على القرارات الإدارية الفردية⁽⁵⁶⁾.

وعندما جاء المشرع الفرنسي بالمادة 111-5 من قانون رقم 92-683 المؤرخ في 1992/07/22 المتضمن إصلاح الأحكام العامة لقانون العقوبات وضع حد للخلاف الذي كرسه الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع ومحكمة النقض مرخصاً للقاضي الجزائري بتفسير التصرفات الإدارية التنظيمية والفردية معاً إذا كان ذلك ضرورياً للفصل في الدعوى الجزائية مثلما سمحت تلك المادة كذلك بفحص مشروعية التصرفات الإدارية المنفصلة للصفقة العمومية وعقود تفويض مرفق عام.

المطلب الثاني: سلطة فحص مشروعية القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية

من حيث المبدأ فإن القاضي الإداري هو الذي يملك الاختصاص الأصيل بفحص مشروعية قرار إداري ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي اعتمد على الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع ومحكمة النقض للقول بإمكانية اختصاص القاضي الجزائري بذلك وإن بشكل محدود باعتبار أن القاضي الجزائري ليس قاض إلغاء ما يفسر المفهوم المقيد لتدخل هذا الأخير في مجال كان حكرا على القاضي الإداري ولسنوات طويلة. فاستثناء عن مبدأ الفصل بين السلطات سمح المشرع الفرنسي بموجب المادة 111-5 للقاضي الجزائري بفحص مشروعية القرارات الإدارية والتنظيمية والفردية رغم أن النص المعتمد لحد الآن لا يحمل أي تفاصيل حول طرق وكيفيات تلك الرقابة، فإذا كان القاضي الجزائري يفحص مشروعية القرارات الإدارية مستعملا الطرق التي استخدمها القاضي الإداري في ذلك (الفرع الأول) فإنه مع ذلك حافظ من خلال ممارسته لتلك الرقابة على استقلاليتها فلم يتقيد باجتهاد القاضي الإداري ومواقفه في ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في استخدام أساليب القاضي الإداري

في حالة الإخلال بقواعد ومبادئ الطلب العمومي فإن القاضي الجزائري كالقاضي الإداري مدعو للفصل في مسائل محددة عمليا مثل: تكييف العقد، الشكليات والإجراءات الإدارية المتعلقة بالإشهار وإعمال المنافسة، كيفيات ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد...إلخ.

ومن حيث المبدأ فإن طرق الرقابة الممارسة من طرف القاضي الجزائري حول القرارات الإدارية هي نفسها الطرق المستخدمة من طرف القاضي الإداري، وفي ذلك يقوم القاضي الجزائري بإعادة إنتاج قواعد القانون الإداري أكثر منه منشئا لتلك القواعد⁽⁵⁷⁾.

فالقاضي الجزائري يمكن أن تنصب رقابته حول مسائل المشروعية الخارجية (الاختصاص، الشكل والإجراءات) ومسائل المشروعية الداخلية (كالانحراف في استخدام السلطة)⁽⁵⁸⁾، ومن جهة أخرى فإن الرقابة التي يمارسها القاضي الجزائري حول مشروعية تلك القرارات يجب أن تخضع للمبادئ التي تحكم القاضي الإداري في الرقابة بحيث يتم التفرقة بين الرقابة العادية وهي رقابة المشروعية ورقابة السلطة التقديرية وهي رقابة الملائمة وهي رقابة غير عادية للقاضي الإداري⁽⁵⁹⁾.

فالقاضي الإداري يمارس رقابة عادية على مدى تقييد الإدارة ببعض أحكام قانون الصفقات العمومية (مثل: احترام آجال الإشهار، اختيار إجراء الإبرام، العضوية في لجان الصفقات...إلخ) بينما يمارس رقابة غير عادية ومقيدة حول مدى تطبيق بعض الأحكام للإدارة في تطبيقها سلطة تقديرية بحيث لا تقوم تلك الرقابة إلا عندما ترتكب الإدارة خلال تطبيقها لتلك الأحكام خطأ واضحا في التقدير *erreur manifeste d'appréciation* مثل اختيار المتعامل المتعاقد عند إجراء المناقصات الخاضع لعدة معايير في الانتقاء، فإذا كان هناك متعامل متعاقد تم استبعاد عرضه من طرف لجنة المناقصات (في فرنسا) أو لجنة تقييم العروض (في الجزائر) بسبب أن عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي *offre anormalement basse* في الوقت الذي يتعين عليها رفض ذلك العرض بسبب عدم تقديم النوعية

المطلوبة في عرضه التقني فإن المترشح المستبعد يمكن أن يمارس ضد قرار اختيار المصلحة المتعاقدة طعن حول ذلك الاستبعاد بسبب الخطأ الواضح في التقدير، ويمكن عندئذ للقاضي الإداري- كما القاضي الجزائري- ممارسة رقابة على السلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة في هذه الحالة⁽⁶⁰⁾.

وإذا كان القاضي الجزائري يستند للاجتهاد القضائي الإداري من أجل رقابة شرعية القرارات الإدارية محل الدعوى الجزائية التي ينظر فيها فإنه مع ذلك غير مقيد بالموقف الذي اتخذته القاضي الإداري فيما يخص شرعية تلك القرارات مما قد يؤدي إلى اختلافات في التقدير بينهما.

الفرع الثاني: عدم تقييد القاضي الجزائري بالقاضي الإداري في الرقابة

بالرغم من ميول القضاء الجزائري والقضاء الإداري نحو التعاون والتوافق أحيانا في مسألة النظر في مدى شرعية التصرفات الإدارية، فلا يجب مع ذلك التقليل من حجم الخطورة التي يمكن أن تنشأ بينهما خاصة إذا علمنا أن القاضي الجزائري غير مقيد بالمفاهيم الخاصة بالقانون الإداري التي تقيّد القاضي الإداري وحده.

فالقاضي الجزائري يمكنه أن يتبنى موقفا أكثر صرامة من موقف القاضي الإداري مثلما هو عليه الحال في حالة وجود إخلال بمبدأ عدم المساس بالعروض *principe d'intangibilité des offres* أو إخلال بمبدأ المساواة بين المترشحين في مرحلة انتقاء العروض وتقييمها لاختيار الشريك المتعاقد، فقد رأى القضاء الفرنسي أنه يمكن للقاضي الجزائري البحث في جنحة المحاباة عند إسناد صفقة عمومية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها المتعلقة بالمساواة بين المترشحين بمجرد كون الإخلال تم نتيجة المساس بسرية العروض، في حين قد لا تسمح حدود الرقابة للقاضي الإداري بالكشف عن عدم المشروعية الخطأ المرتكب من طرف الإدارة في هذه الحالة⁽⁶¹⁾.

إن وجود رقابتين للقاضي الجزائري وللقاضي الإداري يثير إشكالية مدى حجية الشيء المقضي فيه جزائيا لدى هذا الأخير، فإذا كان القاضي الجزائري يمكنه أن يعتبر تصرف إداري غير مشروع فسيمكنه ذلك أن يصرح تلقائيا بعدم المشروعية ويستبعد تطبيقه خلال النظر في دعواه الجزائية، لكن ليس له أي سلطة في إلغاء هذا التصرف مثلما قضى بذلك مجلس الدولة الفرنسي⁽⁶²⁾، فالموقف المتخذ من طرف القاضي الجزائري من خلال القرار الصادر عنه لا يفرض نفسه لدى القاضي الإداري هذا الأخير الذي يمكنه أن يصرح بصحة تصرف سبق للقاضي الجزائري التصريح بعدم مشروعيته، كما يمكنه أن يصرح برفضه مما يؤدي على القول بعدم أخذ القاضي الإداري بحجية الشيء المقضي فيه جزائيا⁽⁶³⁾، وبخلاف ذلك فإن القاضي الإداري يرتبط بما قضى به الحكم الجزائري في الوقائع المادية التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا من أجل صدوره⁽⁶⁴⁾.

وعكس ذلك صحيح، فإن القاضي الجزائري غير مقيد بموقف القاضي الإداري من تصرف معين، وهكذا قضت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها بأن القاضي الجزائري لا يمكنه رفض دفع بعدم مشروعية تصرف لسبب واحد هو اعتراف المحكمة الإدارية بمشروعيتها⁽⁶⁵⁾، كما

قضت أيضا بأن القاضي الجزائري لا يمكنه أن يوقف النظر في متابعة جزائية لينتظر القرار الصادر عن مجلس الدولة حول مشروعية تصرف إداري لكي يؤسس دعواه⁽⁶⁶⁾.

وإذا كان هذا هو الحال في فرنسا في علاقة القاضي الإداري بالقاضي الجزائري فإن الوضع في الجزائر مازال يحكمه "مبدأ المدني يوقف الجزائري"، حيث استقر قضاء غرفة الجرح والمخالفات بالمحكمة العليا بأن ليس من اختصاص الجهات القضائية الجزائرية صفة إثبات بطلان عقد من عقود الحالة المدنية أو القضاء بالإدانة في جنحة التصريح الكاذب- مثلا- دون الإشارة إلى الفصل النهائي في النزاع الأصلي لدى القضاء المدني حول صحة العقد، كما قضت بأن عدم عرض مسألة إبطال شهادة ميلاد محل التصريح الكاذب على القضاء المدني يجعل من المتابعة الجزائرية سابقة لأوانها⁽⁶⁷⁾.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة يمكن الخروج بأهم النتائج والاقتراحات كالتالي:

1- من أجل تفادي التناقض في الأحكام بين الجهازين القضائي والإداري بشأن تفسير وفحص مشروعية تصرف إداري مهما كان نوعه تعاقديا كان أو منفردا، ورغبة في الإقلال من الإحالة الأولية للقاضي الجزائري على القاضي الإداري للمسائل محل دفع له من المشرع الفرنسي ضمن إصلاحات قانون العقوبات لسنة 1992 للقاضي الجزائري سلطة بسط رقابته في تفسير وفحص مشروعية التصرف الإداري خلال تصديده للدعوى الجزائية إذا كان ذلك لازما للفصل في دعواه رغم التعقيدات التي تكتنف قانون الصفقات العمومية التي تصعب من مأموريته أخذا بمبدأ كمال اختصاص القاضي الجزائري في الرقابة على مشروعية التصرفات الإدارية، وهو النص الذي لا يوجد ما يقابله في قانون العقوبات الجزائري ولا في قانون مكافحة الفساد والوقاية منه الذي صدر بعد الإصلاحات التي أفضت إلى استقلال هذا القانون على قانون العقوبات سنة 2006، وهو نقص ينبغي على المشرع الجزائري المسارعة إلى استكمالها مستقبلا.

2- لئن كان القاضي الجزائري ليس القاضي الطبيعي من أجل استيعاب وفهم حالات الإخلال بالمبادئ الجوهرية للطلب العمومي بنفس الدرجة لدى القاضي الإداري فإن له أن يستند على الاجتهاد القضائي الإداري من أجل معرفة كيفية تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية وفهم مكامن وحالات الإخلال بها بنفس الزاوية التي ينظر منها القاضي الإداري لتلك الأحكام، وذلك من أجل تفادي التناقض في تفسير قانون الصفقات العمومية بين الجهازين القضائيين من جهة، وخلق مفهوم جنائي للصفقة العمومية من جهة أخرى⁽⁶⁸⁾.

3- إن مبدأ كمال اختصاص القاضي الجزائري لا يتطلب فقط أن يتعرف هذا الأخير على تنظيم الصفقات العمومية بتفاصيله وتعقيده بل يتعداه ذلك إلى لزوم أن يطلع القاضي الجزائري جيدا على خبايا ميدان تتعدد فيه وسائل وطرق الجانحين في ارتكاب جرائم الفساد في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، ويتعذر بالتالي عليه أن يقتحم وحيدا مجال تقني من الصعب إخضاعه للرقابة بسبب ضعف وأحيان انعدام مصادر للمعلومات التي يحتاجها من أجل التثبت والتحقيق في قيام عناصر الجريمة.

لذلك فإنه لا مفر من البحث عن تنسيق وتعاون أمثل بين القاضي الجزائري وتلك الهيئات الإدارية المتخصصة في الوقاية من الفساد ومكافحته من أجل البحث والتحري وجمع واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن الأفعال الموسومة به، ومن تلك الهيئات في فرنسا نذكر المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش DGCCRF المتخصصة في البحث عن مدى تقيد المشتري العمومي بقواعد ومبادئ المنافسة في طرق وإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، كما يمكن ذكر البعثة الوزارية المشتركة للتحقيق في الصفقات العمومية MIEM التي لها سلطة التحقيق في تصرفات المشتري العمومي والأفعال التي تشكل جنحة المحاباة لكي تحيلها على محكمة الجنج، ومنها أيضا المصلحة المركزية للوقاية من الرشوة SCPC التي تختص بمركزة المعلومات الضرورية للكشف والوقاية من أفعال الرشوة والجرائم المشابهة مع إخطار النيابة العامة بشأن تلك الجرائم⁽⁶⁹⁾.

4- وفي الجزائر فإن الوقت قد حان لإعفاء القاضي الجزائري من قيود نص الفقرة الثانية من المادة 116 من قانون العقوبات التي تكرس الفصل الجامد بين مهام السلطات القضائية و مهام السلطات الإدارية ومنح هذا الأخير وبنص تشريعي سلطة واضحة في الرقابة على التصرفات الإدارية من أجل تدعيم دوره القومي في مكافحة الفساد في الصفقات العمومية، خاصة أن المشرع الجزائري حاول مواكبة المشرع الفرنسي في إنشاء هيئات إدارية متخصصة تكلف بالبحث والتحري عن جرائم الفساد وكذا مركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منه مع تحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل الذي يخطر النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، وهو الدور الذي تقوم به الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته ONPC⁽⁷⁰⁾، رغم ما قيل عن عدم تمتع الهيئة بالاستقلالية المطلوبة التي تمكنها من القيام بالمهام المناط بها⁽⁷¹⁾، كما يمكن ذكر الديوان المركزي لمكافحة الفساد CCAC الذي انشأ بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتمم للقانون رقم 01-06 كأداة عملياتية في البحث والتحري عن جرائم الفساد من أجل تعزيز وتكميل دور الهيئة المذكورة⁽⁷²⁾، دون أن ننسى الدور الفعال الذي يقوم به مجلس المحاسبة في ضبط وكشف المخالفات المالية التي ترتكب في مجال الصفقات العمومية بإجراء كل التحريات الضرورية من أجل الكشف عن جرائم الفساد والتحقيق فيها وبحث بواعثها ودراسة نواحي القصور في التشريع ونظام الرقابة الداخلية التي أدت إلى وقوعها، وفرض العقاب اللازم ضد أعمال التسيير التي تتم بخرق قواعد إبرام وتنفيذ العقود التي ينص عليها قانون الصفقات العمومية مع إمكانية إرسال الملف إلى النيابة العامة بغرض المتابعة الجزائية في حالة وجود وقائع يمكن وصفها وصفا جزائيا⁽⁷³⁾.

الهوامش:

- (1) Cass. crim, 3 août 1810: Bull. crim, n° 98.
- (2) Catherine, Prebissy- Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, L.G.D.J, Paris, 2002, p.245.
- (3) Art.111-5 de code pénal français, annexe de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réformes des dispositions générales du code pénal, JORF n°19, p.9864.
- (4) Catherine, P-S, Op.Cit,p.247.
- (5) ODENT, Cours de contentieux administratif, Paris, 1979-1980, p.479.
- (6) Y.GAUDEMET, " Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction", R.F.D.adm, sept-oct. 1990, p.764-776.
- (7) جاء في نص المادة الأولى لقانون 1964 بأن " الصفقات العمومية هي عقود مبرمة عن طريق الجماعات العمومية من أجل إنجاز الأشغال، التوريدات والخدمات بالشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم" أنظر في ذلك المرسوم رقم 64-729 المؤرخ في 1964/07/17 المتضمن تقنين نصوص التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية
- (8) وقد عرف هذا التعريف تعديلا بعد إصلاحات 2006 التي جرت بموجب المرسوم 975-2006 المؤرخ في 1 أوت 2006 المعدل والمتمم الذي دخل حيز النفاذ في 1 سبتمبر 2006 إذ جاء فيه بأن " الصفقات العمومية هي عقود معاوضة تبرم بين السلطات المزايمة المعرفة في المادة (2) من هذا المرسوم والمتعاملين الاقتصاديين العموميين أو الخواص من أجل تلبية حاجاتها في مجال الأشغال والتوريدات أو الخدمات"، أنظر: ZEHINA AIT-EL-KADI, Code des marchés publics et autres, (commenté), 4eme éd, DALLOZ, Paris, 2011, p.212.
- (9) أنظر تقنين الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2015 في مادته 42 (JORF n° 169 du 24/07/2015,P.25473)، أما العتبات التي كان منصوص عليها في ظل التقنين الفرنسي لسنة 2016 فهي تلك التي نص عليها المادة 26-1-2-5° من المرسوم رقم 975-2006 المعدل بالمادة الأولى من المرسوم رقم 2015-1904 المؤرخ في 2015/12/30، وهي مبلغ HT13500 € بالنسبة لصفقات توريدات وخدمات الدولة ومؤسساتها العمومية أو إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يزيد عن مبلغ HT 209.000 € بالنسبة لصفقات توريدات وخدمات الجماعات المحلية ومؤسساتها العمومية، أو إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يزيد عن مبلغ HT 5.225.000 € بالنسبة لكل صفقات الأشغال n° 0287 (JORF du 11/12/2011). وفي كل الأحوال فإن السلطة المزايمة يمكنها أن تقرر التعاقد من دون أي إشهار ولا بإعمال أي منافسة مسبقة إذا كان مبلغ الصفقة أقل من HT 15000 € بحسب المادة 28-III من نفس المرسوم المعدل بالمادة الثالثة من المرسوم رقم 2011-1853 المؤرخ في 2011/12/9 (JORF, n° 0287 du 11/12/2011, P.21025).
- (10) TA Strasbourg, 7 juill, 1987, AJDA 1988,p.63, note: X.PRÉTOT, JCP,G,II, 20979 et voir: Philippe Ternyré, Recueil Dalloz , Sirey 1988, 24eme Cahier,p.251.
- (11) Cass.civ, 1er, 17 décembre 1996, Sté Locunivers, Bull.1996, VII, n°464(1),p.326 (cassation) voir: DA 1997, n° 122, note: L. Richer, pp.12-13.
- (12) Décisions récentes du tribunal des conflits, RFD adm, 16(2) mars-avril.2000, p.454, Chron. F. RAYNAUD et P FOMBEUR, BJCP. 1999.p526.
- (13) وكانت صفقات عمومية التأمينات من أكثر الصفقات العمومية التي أثار ت طبيعتها جدلا كبيرا في فرنسا كعقود السمسرة في التأمينات les courtages، ورغم إمكانية خضوعها لقانون الصفقات العمومية كما أكد ذلك ضمنا مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 12 أكتوبر 1984 في قضية الغرفة النقابية لعمال التأمينات لجبال البرانس، إلا أنها ظلت عقد من عقود القانون الخاص بحكم موضوعها وطبيعتها بنودها الخالية من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وهو ما أدى إلى صعوبة في التوفيق بشأنها بين خضوعها لقانون الصفقات العمومية وطبيعتها بنودها المستمدة من قانون التأمينات قبل أن يحسم الموقف بموجب قانون مورساف رقم 2001-1168 المؤرخ في 2001/12/11 التي اعتبر في مادته الثانية كل الصفقات المبرمة طبقا لقانون الصفقات العمومية هي عقود إدارية، أنظر في ذلك: Frédéric Allaire, Les marchés publics d'assurances(contribution à la théorie de la formation des contrats), L.G.D.J, Paris, 2007,p.4-10.
- (14) Nil Symchwicz " Vers la mort des critères du contrat administratif ?", ACCP, n° 1, 2001, pp.54-55, et voir même auteur:" De la mort des critères du contrat administratif à celle de la théorie du contrat administratif ?", ACCP, n° 100,juin 2010, pp.16-18.
- (15) Catherine, P-S, Op.Cit,p.254-255..

(16) J-F BRISSON, Les fondements juridiques du droit des marchés publics, Imprimerie nationale, éditions, Paris 2004, p.410.

(17) المادة الأولى من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/07/17، ج ر: 52 المؤرخة في 1967/07/27، ص 718.

(18) المادة 5 من المرسوم 82-145 المؤرخ في 1984/04/10 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر: 15 المؤرخة في 1982/04/13، ص 741، والمادتين 2 و 3 من الأمر 74-9 المؤرخ في 1974/01/30، ج ر: 13 المؤرخة في 1974/02/12، ص 199.

(19) المادتين 2 و 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/9، ج ر: 57 المؤرخة في 1991/11/13، ص 2212.

(20) يتعلق الأمر بمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني (المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24، ج ر: 52 المؤرخة في 2002/07/28، ص 4، إضافة إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية التي أدخلت في نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250، ج 62 المؤرخة في 2008/11/9، ص 6، انظر في توسيع المعيار العضوي عن طريق استحداث آليات جديدة: هلال مراد: النظام القانوني للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 02/250 (دراسة نظرية تحليلية مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل إجازة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، السنة البيداغوجية 2002/2003، ص 5-17.

(21) المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 2013/01/13 تعدل المادة 2 المرسوم 236-10 المؤرخ في 2010/10/7 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر: 2 المؤرخ في 2013/01/13، ص 5-6، وقد جاء في عرض أسباب هذا التعديل في بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 26/12/2012 بأن ذلك يهدف إلى "تسهيل تمكين مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية من العمل في محيط موات والقيام بالمهام الموكلة لهم بأكبر قدر من ضمانات الفاعلية..."، أنظر تعليقا عن ذلك: عبد الوهاب بوكروح "تقنين صفقات التراضي لإنقاذ برنامج بوتفليقة"، جريدة الشروق اليومي ليوم السبت 27/12/2012، العدد رقم 3879، ص 5.

(22) الجريدة الرسمية رقم 50 ليوم 20 سبتمبر 2015، ص 6.

(23) Ensemble des élèves à L'ENA, La concession des services publics en Algérie, mémoire de la 4eme année, section: administration générale, sous la présidence de M.B. Chérif, 30eme promotion 1996-1997, pp.10-11.

(24) هلال مراد، المرجع السابق، ص 7.

(25) A.MAHIU, Cours d'institutions administratives, 3eme semestre de la licence en droit, 3eme éd, office des publications universitaires, Alger, 1981, pp.228-229 et SABRI Mouloud, "Les droit des marchés publics en Algérie: réalités et perspectives", revue de conseil d'Etat, n° 7/2005, p.31, وأنظر: سعيد بوشعير: "نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفاعلية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية رقم 423-422، ص 1986/02.

(26) Ch. BENNADJI: L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse, 2eme tome, institut des sciences juridiques et administratives, Alger 1991, pp.557-558 et ss, M.KOBTAN, "L'introduction à l'étude du Droit des marchés publics", revue de conseil d'Etat, n° 3/2003, p.46,

وانظر: حميد بن علي: العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2006-2007، ص 258-259.

(27) أنظر قرار محكمة التنازع في الجزائر بموجب قرارها الصادر بتاريخ 17 جويلية 2005 (مجلة مجلس الدولة رقم 8/2006، ص 250) وقرارها الصادر بتاريخ 13/11/2007 رقم الملف 42، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق، 2009، ص 103-108، وقرار مجلس الدولة الصادر في 11/05/2001 في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران ومقاولات الأشغال العمومية لعين تموشنت (غير منشور)، وقرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا بتاريخ 06/02/2008 ملف رقم 414667، مجلة المحكمة العليا العدد 02/2008، ص 219-222.

(28) ربما يستنتج ذلك من قرار محكمة التنازع في الجزائر الصادر بتاريخ 08/05/2000، ملف رقم 01/فهرس رقم 01، مجلة مجلس الدولة رقم 01/2002، ص 153-157، وأنظر تعليقا على القرار من حيث تحديد الاختصاص الوظيفي في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية: عمر زودة (مستشار بالمحكمة العليا)، مجلة مجلس الدولة رقم 02/2002، ص 112-115.

(29) جاء تفسير محكمة النقض الفرنسية لكلمة acte مخالف لموقف الفقه من تلك المصطلح، فتعبير acte administratif يفيد بأنها الوسيلة القانونية للإدارة للقيام بتصرفاتها وتعبير عن موقف قانوني وتشمل الأعمال الإدارية المنفردة والتعاقدية وما شابهها أنظر: Pierre- Laurent Frier, Précis de droit administratif, 2eme éd, LGDJ, Montchrestien, 2003, p.169.

(30) Cass. crim, 27 oct 1953, Ginetet: Bull. crim n° 271; Cass. crim 18 oct 1956, Jacquet, Bouvier, Girardin: Bull.crim, n° 654.

(31) Cass. crim , 25 sept 1995, Corolleur , req n° X94-83771.PF, Bull.crim, n° 279.

(32) Catherine, P-S, Op.Cit,pp.275-276.

(33) V.LESCLOUS, " L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif ", JCP 1994, n°11, pp.145-147.

(34) Ibid,p.145.

(35) Cons. Const, 28 juill 1989 , n°89-261, DC, Rec.p.81, RFD adm 1989, p.621 note: B.GENEVOIS.

(36) Cass. crim 18 oct 1956, Jacquet, Bouvier, Girardin, préc.

(37) Cass. crim , 25 sept 1995, Corolleur, préc, cité par: Catherine, P-S, Op.Cit,pp.277.

(38) انظر ما عليه استقر قضاء غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا بأن ليس من اختصاص الجهات القضائية الجزائية صفة إثبات بطلان عقد من عقود الحالة المدنية أو القضاء بالإدانة في جنحة التصريح الكاذب دون الإشارة إلى الفصل النهائي في النزاع الأصلي لدى القضاء المدني حول صحة العقد(غ.ج م: القرار 26248 المؤرخ في 1983/07/04 ، المجلة القضائية رقم 1989/1 ، ص 362)، كما قضت بأن عدم عرض مسألة إبطال شهادة ميلاد محل التصريح الكاذب على القضاء المدني يجعل من المتابعة الجزائية سابقة لأوانها (غ.ج م: القرار 278569 المؤرخ في 2004/01/06 ، المجلة القضائية رقم 2004/1 ، ص 362).

(39) أنظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني: الطبعة الرابعة، دار هومة للنشر، ص 112 وما بعدها.

(40) Catherine, P-S, Op.Cit,pp.278.

(41) وهكذا استند مجلس الدولة في فرنسا في قراره المؤرخ في 1995/11/13 في قضية District agglomération nancéienne على الالتزام بإعمال المنافسة ومن دون الاستناد إلى أي نص في قانون الصفقات العمومية من أجل إلغاء عدة إجراءات تم اتخاذها في إجراء المناقصة بسبب تضمين دفتر الشروط التقنية الخاصة بشروط تقنية تمييزية تؤدي إلى الحد من المنافسة بين المورد، وهو قرار صادر في ظل قانون 1964 وقبل تعديل المادة الأولى منه بموجب قانون 2001 (CE, Sect, 3 nov 1995, Rec, p.391.)، كما قضى مجلس الدولة في الجزائر في قراره الصادر بتاريخ 207/11/14 في قضية حسناوي محمد ضد والي ولاية البيض بأن إرسال العرض عن طريق البريد بموجب ظرف خارجي يحمل اسم المتعهد هو مخالفة لقواعد المشاركة في المناقصة وخرق لمبدأ المساواة بين المتعهدين في المعاملة"، وهو قرار صادر في ظل قانون 2002 قبل تعديله سنة 2008 وإضافة المادة 2 مكرر (قرار الغرفة الأولى: القسم الأول، ملف رقم 038061، فهرس رقم 875- غير منشور-). (42) وكذا قضت الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا في قضية (ع.م) ضد النيابة العامة في حكمها الصادر بتاريخ 1991/12/3 أنه إذا كان مؤدى المادة 423 من قانون العقوبات والتي عوضتها المادة 128 مكر الفقرة 1 ثم المادة 26 من القانون 01-06) أنها تعاقب على جنائية إبرام صفقة مخالفة للتشريع الجاري به العمل قصد المساس بمصالح الدولة فغن القرار المطعون فيه -في قضية الحال- الذي أحال المتهم على محكمة الجنايات دون تبيان ركن الجريمة يكون قد اخطأ في تطبيق القانون ومنها انه" لم يوضح ما هو التشريع الجاري به العمل الذي انتهك بسبب إبرام الصفقة، فكان على القرار المطعون فيه أن يوضح ما هي الإجراءات القانونية والتشريعية والتنظيمية التي خالفها المتهم بإبرام هذه الصفقة" (ملف رقم 94149، المجلة القضائية 1/1993، ص ص 188-189، وهو ما أكدته في قرارها بتاريخ 2006/02/15، ملف رقم 354438، قضية النيابة العامة ضد (ع-ط)، المجلة القضائية، 1/2006، ص 514.

(43) أنظر في شرح تلك المبادئ التي تضمنتها المادة 26 من قانون 01/06 بعد تعديلها بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2011/08/2: زرزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح- ورقلة، 2011-2012، ص ص 197-205.

(44) Catherine, P-S, Op.Cit,pp.77.

(45) أنظر مثلا التعلية رقم 501 الصادرة عن وزير السكن والعمران بتاريخ 1997/11/22 والتي تفرض على بعض المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمرافق غير المركزية للإسكان والتعمير تطبيق قواعد تنظيم الصفقات العمومية ولو كان الطلب العمومي لا يتجاوز سقف الإبرام وهو ما يتعارض مع نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول آنذاك والتي لا تقتضي التقيد بإجراءات وشكليات المرسوم التنفيذي المذكور في العقود والطلبات التي يساوي أو يقل عن 2000.000 دج ، وانظر التعلية رقم 08 الصادرة بتاريخ 2011/01/05 عن الوزير الأول التي تمدد العمل بالمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إلى غاية 31 مارس 2011 بالنسبة للصفقات التي أودعت

مشاريع دفاتر شروطها على مستوى لجان الصفقات العمومية قبل تاريخ 2010/10/07 تاريخ صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 رغم أن الأحكام الانتقالية الواردة في المرسوم الجديد لم تأخذ في الحسبان هذا التمديد.⁽⁴⁶⁾ ومن الأحكام الأمرة والتي هي من النظام العام نكر: الأحكام المتعلقة بإجراءات وكيفيات إبرام الصفقة واختيار المتعاقد التي تستهدف فاعلية الطلب العمومي، الأحكام المتعلقة بشروط الانعقاد والتي منها شرط الكتابة وشرط المصادقة من السلطة المختصة، وكذلك الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة ومنها الضمانات، وإبرام الملاحق، أسعار الصفقات وكيفيات الدفع، اللجوء إلى المتعامل الثانوي، فوائد التأخير (SABRI.M, , Op.Cit,pp.32.) بينما رأى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1996/07/31 في قضية Canar بأن عدم التقيد بأحكام المادة 112 من قانون الصفقات العمومية لسنة 1964 المعدل و المتمم والتي تنص على التزام الإشارة في دفتر المواصفات الخاصة إلى أحكام دفاتر الشروط الإدارية العامة والتي يحتمل الإخلال بها لا يؤدي إلى بطلان البنود محل المخالفة وبالتالي فإن نص المادة 112 هي من القواعد المكملّة لإرادة الأطراف:

, obs,F.LLORENS et P.TERNEYRE (CE.31 juill 1996, Canac, Rec,p.333, RD imm, 1996,p.562

⁽⁴⁷⁾ Art. 432-14 de la loi 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, J.O du 23 juillet 1992 (version initiale), p.9899.

⁽⁴⁸⁾ Catherine, P-S, Op. Cit ,p282.

⁽⁴⁹⁾ CE, 4 août 1905, Martin, Rec, p.749, concl. ROMIEU, S 1906, III-49, note. HOURIOU; D 1907 III-49, concl. ROMIEU, RD pub. 1906, p.249, note, G.JEZE.

⁽⁵⁰⁾ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقمي 456 و320 لسنة 17 ق، جلسة 1975/04/05، مجموعة أحكام السنة 20، ص 307 مشار إليها من طرف: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2005، ص338.

⁽⁵¹⁾ نفس المرجع، ص ص 343-341، وانظر أيضا: قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الصور المعتادة للتصرفات الإدارية المنفصلة : Catherine, P-S, Op. Cit ,pp.286-287.

⁽⁵²⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 343-345.

⁽⁵³⁾ نفس المرجع، ص345.

⁽⁵⁴⁾ T. Confl, 5 Juill 1951, Avranches et Desmarets, Rec.p.638, D. 1952, p.271, note. BLAEVEOET, JCP. 1951, II, 6623, note HOMONT.

⁽⁵⁵⁾ Cass. Civ, 28 oct 1917, Guillou, S.1918,I, 193, note. DUGUIT.

⁽⁵⁶⁾ Cass. crim, 1er Juin 1967, Gonivet et Dame Moret: Bul. crim n° 172, JCP, 1968 II, 15505, note. LAMARQUE, 21 déc 1961, Dame Le Roux : Bull. crim, n° 551, D.1962,J,p.102, rapport COSTA; JCP.1902, II 12680, note LAMARQUE.

⁽⁵⁷⁾ N.DANTONEL-COR, " Le juge répressif et l' acte administratif unilatéral depuis la réforme", Rev. sc. crim, n°1, janv-mars 1999,p.20.

⁽⁵⁸⁾ حول رقابة القاضي الجزائري لمدى احترام قواعد الاختصاص انظر: (Cass. crim, 3 avr 1935, Bull. crim n° 78, S, 1937,p.234) وحول رقابته على مدى احترام قواعد الشكل انظر: (Cass. crim, 11 oct 1990, Bull. crim n°339 et 340, JCP.1990, éd ,G, IV,p.17) وحول الرقابة على عيب الانحراف في استخدام السلطة انظر: (Cass. crim, 11 oct 1990: Bull.crim n°340).

⁽⁵⁹⁾ حول رقابة الملائمة للقاضي الإداري: أنظر: فريدة أبركان، (ترجمة: عبد العزيز أمقران) "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة " مجلة مجلس الدولة 1/2002، ص ص 44-38.

⁽⁶⁰⁾ Catherine, P-S, Op. Cit ,pp.289-290.

⁽⁶¹⁾ TGI Orléans, 5 juin 1996, Monsieur M., n° 1231/96/S3, Rev. Marchés public n° 5/1997, p.18-28, Droit des services publics locaux VII.30, mise à jour n° 11,p.48, à rapprocher avec CE, 9 dec 1994, Préfet des Vosges.c/Commune de chatelle sur Moselle, Rec, p.1035.

⁽⁶²⁾ CE. Sect, 6 févr 1981, Delle Baudet, Rec,p53, AJDA 1981, 489, concl. DONDOUX ; CE.5 juin 1981 Delle Layali, RD pub. 1982, p.528.

⁽⁶³⁾ Catherine, P-S, Op. Cit ,p.292.

⁽⁶⁴⁾ CE, Sect, 5 janv 1945, Société d'union normande, Rec, p.9; CE 6 mai 1988, Ammouche, Rec,p.183.

⁽⁶⁵⁾ Cass. crim, 30 mars 1971, Bull. crim n° 114, Cass. crim, 24 fév 1976, Bull. crim n° 89.

(66) Cass. crim, 3 mai 1912, S.1914 I, p.420.

(67) سبقت الإشارة إلى ذلك في الهامش رقم (37) من هذه الدراسة.

(68) Catherine, P-S, Op. Cit ,p.349.

(69) Ibid,pp.332-347.

(70) المرسوم رقم 413-06 المؤرخ في 2006/11/22 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 64-12 المؤرخ في 2012/02/7، ج ر: 08 المؤرخة في 2012/02/15، ص 17.
(71) أنظر رشيد زوايمية: "ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة مولود معمري- تيزي وزو، العدد: 1/2008، ص 7-18، وأنظر: سوماتي شريفة: المتابعة الجزائية في جرائم الفساد في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق - جامعة الجزائر- 2010/2011، ص ص 20-22.

(72) المادة 3 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 2010/08/26 المتمم للقانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر: 05 المؤرخة في 2010/09/01 وحول هذه الهيئة انظر: عميمور خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، 2012/2011، ص 88.

(73) المواد 27، 55 و 88 من الأمر رقم 20-95 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر: 39 المؤرخة في 23 جويلية 1995. المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر: 50 المؤرخة في 1 سبتمبر 2010، انظر في ذلك: زوزو زولبخة، المرجع السابق، ص ص 210-213.