مجلة الدراسات القانونية المقارنة

EISSN:2600-6154 **المجلد 07/ العـــدد01 (2021)، ص.ص.994-1019** **ISSN:2478-0022**

خصوصية الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية

The confidentiality of the pre-contractual emergency in the article on public contracts

نادية تياب

NADIA TIAB

أستاذة محاضرة "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو

Lecturer class A, Faculty of Law And Political Science Mouloud Mammeri Tizi Ouzou

nadia.tiab@hotmail.com

تاريخ إرسال المقال:2020/11/25 **تاريخ القبول:2021/02/27** **تاريخ النشر:2021/06/28**

ملخص:

نظرًا لأهمية الصفقات العمومية في تنفيذ المشاريع العمومية ولارتباطها بالمال العام، حرص المشرع على ضمان حمايتها ترشيدًا للإنفاق العمومي.

لذا تتعدد آليات حمايتها بتعدد النصوص المنظمة لها، أهمها تلك المتعلقة بالحماية القضائية بتدخلات قضاء الاستعجال لما يوفره من حماية سريعة لمسائل قد يصعب تداركها فيما لو رُفعت دعوى الإلغاء وحتى لو تدخل القضاء الجزائي.

لم تتوقف جهود المشرع عند تقرير الحق في رفع دعوى استعجالية قبل التعاقد، إذّ كفلها بقواعد استثنائية خاصة تُعزز فعّاليتها سواء ما تعلق بشروط رفعها أو في تلك السلطات غير المألوفة التي مُنحت للقاضي الفصل في موضوعها تقترب إلى حد بعيد بسلطات قاضي الموضوع.

ومن ثمة فالغاية من هذا الموضوع الوقوف عند مظاهر خصوصية الدعوى الاستعجالية المرفوعة قبل التعاقد وتحليل النصوص التي جاء بها المشرع التي أكدت أنه رغم تكريس الطابع الاستثنائي لهذه الدعوى فقد تخللها من النقائص والثغرات ما حال دون تحقيق الغاية من وجودها لذا كان يتعيّن إبراز هذه النقائص وتقديم الاقتراحات والتوصيات لعلها تثري المنظومة القانونية في هذا المجال.

كلمات مفتاحية:

الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد، الصفقات العمومية، القضاء الاستعجالي، السلطات الاستثنائية، المال العام.

المؤلف المرسل: نادية تياب **Email:nadia.tiab@hotmail.com**

***Abstract*:**

Compte tenu de l'importance des marchés publics dans la mise en œuvre des projets publics et de leur lien avec les fonds publics, le législateur a tenu à assurer leur protection pour rationaliser les dépenses publiques.

Par conséquent, les mécanismes de sa protection varient en raison de la multiplicité des textes qui la régissent, dont les plus importants sont ceux liés à la protection judiciaire avec des interventions de justice d'urgence car il issue une protection rapide pour des problèmes qui peuvent être difficiles à résoudre si le procès en annulation est intenté et même si le système judiciaire pénal intervening.

Les efforts du législateur ne se sont pas limités à la détermination du droit d'intenter une action urgente avant de conclure un contrat, car il lui a garanti des règles spéciales spéciales qui renforcent son ou efficacité, qu'elles soient liées aux conditions de dépô aux pouvoirs inconnus qui ont été accordés au juge pour décider de son objet qui se rapproche étroitement des pouvoirs du juge de première instance.

Ainsi, le but de ce sujet est de se tenir aux spécificités de la plainte urgente déposée avant le contrat et d'analyser les textes que le législateur a rédigés, qui ont confirmé que malgré le caractère exceptionnel de cette affaire, elle étaitère exceptionnel de cette affaire, elle était et de lacunes qui empêchaient d'atteindre l'objectif de son existence, il était donc nécessaire de souligner ces lacunes et de faire des suggestions. Et les recommandations peuvent enrichir le système juridique dans ce domaine.

Keywords:

Urgent action before procurement, public procurement, emergency justice, exceptional powers, public funds.

مقدمة:

تحتل الصفقات العمومية جانبًا هامًا من أعمال الدولة، إذّ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية الوطنية والمحلية، لذا عمل المشرع على تكريس مبادئ هامة يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية تم تنظيمها في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247[1] بعدما تم التأكيد عليها في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[2].

تتعدد آليات وأطر حماية الصفقات العمومية ويبقى أهمها تدخل القضاء الاستعجالي في إطار ما يعرف بالاستعجال ما قبل التعاقد[3] بغية حماية مقتضيات الشفافية بحماية قواعد الاشهار والمنافسة الحرة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

يعد الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية من أهم المستجدات التي جاء بها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بالمشرع الفرنسي ومع ذلك يؤكد إرادة المشرع في إثراء المنظومة القانونية ومسايرة التطورات الحاصلة في هذا المجال.

يعتبر الاستعجال ماقبل التعاقد[4] مسلكًا قضائيًا مخصَّصا لتوفير حماية مؤقتة وسريعة لمراكز حقوقية في مواجهة ما يهددها من آثار مرشحه للتفاقم بمرور الوقت إلى حد يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه، وبذلك يختلف عن قضاء الموضوع بالنظر إلى طابعه الاستثنائي المتميّز.

ونظرًا لأهميته في مادة الصفقات العمومية أُفردت له قواعد خاصة تميّزه عن القواعد العامة المألوفة في الاستعجال المدني وحتى الإداري سواء تعلق بشروط اللجوء إليه (المبحث الأول) أو سلطات القاضي في مواجهة الدعوى الاستعجالية ماقبل التعاقد (المبحث الثاني).

من هنا جاءت هذه الورقة البحثية غايتها إبراز مظاهر خصوصية القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية في إطار إشكالية واضحة محددة المعالم مفادها فيما تتجلى خصوصية القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية؟ للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد كأصل وأساس على المنهج التحليلي للنصوص التي جاء بها المشرع في هذا المجال، هذا فضلا عن المنهج المقارن لتأثر المشرع الواضح بالقانون الفرنسي بخصوص الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

المبحث الأول

الطابع المميّز لشروط رفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد

إضافة إلى الشروط العامة التي تتطلبها الدعوى الاستعجالية من توافر عنصر الاستعجال[5] وعدم المساس بأصل الحق[6] يلزم لرفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد توافر شروط شكلية خاصة لقبولها (المطلب الأول) منازعات خاصة جاء تحديدها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تبني شروط شكلية خاصة لقبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد

تبني المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بابًا مستقلاً في إطار الفصل الخامس بعنوان "**الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات**" من الباب الثالث بعنوان "**الاستعجال**" إذّ خصص المادتين 946 و947 لتنظيمه وبيان أحكامه.

تنص المادة 946على "**يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الاخلال بالالتزامات الاشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية**".

ومع ذلك تعتبر المادة 946 أعلاه الإطار القانوني لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد وعند التمعن في أحكامها تظهر خصوصية الدعوى سواء من حيث الصفة والمصلحة (الفرع الأول) أو من حيث مواعيد رفعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

توسيع مجال الصفة والمصلحة في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

تطبيقًا للمبدأ الإجرائي القاضي بوجوب رفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة يجب أن يُثبت شرط الصفة في رافع الدعوى ومتلقيها[7].

يقصد بالصفة تلك العلاقة المباشرة للشخص بالحق موضوع الدعوى، وفيها يُطالب الشخص بحق له مباشرة في الدعوى باسمه ولحسابه.

غير أن الصفة في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد تأخذ مفهومًا أوسع وأشمل من شرط الصفة المعروف في القواعد العامة إذّ تكتسب بحكم المصلحة (أولا) أو بحكم القانون (ثانيا).

أولا: اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة

وهو الأصل العام إذّ مكنت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كل صاحب مصلحة في إبرام الصفقة العمومية تحريك هذه الدعوى أمام المحاكم الإدارية، بمعنى أن كل مترشح تضرر جراء خرق قواعد الاشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية أن يكون مدعيًا في هذه الدعوى.

لأجل ذلك كل من يملك فرصة الفوز بالصفقة العمومية أن يدعي أمام قضاء الاستعجال، وأكثر من ذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي سابقاً أنّ أي مترشح يتضرر من غياب بعض بيانات الإشهار يمكن أن يتأسس كمدع في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد[8].

وتمّ تفسير عبارة **"من له مصلحة"** في كل المترشحون الذين تم إقصاؤهم أو استبعادهم أو لم يتم اختيارهم خاصة بعد صدور قرار المنح المؤقت، إلاّ أنّ عدم دقة العبارة قد يفتح المجال لتفسير أوسع ، إذ يدرج طوائف من المهتمين بالصفقة العمومية دون أن تكون لهم مصلحة مباشرة ويكون الغرض من رفع الدعوى تعطيل إبرام الصفقة، مما يلحق ضرراً بالمصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها.

فيكفي جهل الراغبين في إبرام الصفقة للنصوص القانونية وعدم التمييز مثلا بين طلب العروض المفتوح والمحدود والاستشارة الانتقائية أو للشروط الجوهرية التي يجب أن يتضمنها الإعلان من تلك التي تعتبر ثانوية، حتى يبادر إلى رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد[9].

ومن خصوصية هذه الدعوى أيضا أنه لا يستلزم إثبات الضرر بل يكفي أن يملك المدعي فرصة الفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب الخرق من المصلحة المتعاقدة[10].

بالمقابل فإنّ كل شخص غريب عن الصفقة العمومية بمعنى لم يشارك فيها لا يمكن أن تكون له مصلحة في تحريك الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد ولأجل ذلك حكم القضاء الفرنسي بعدم قبول هذه الدعوى من إحدى المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلنية من جانب البلدية لانعدام المصلحة.

كما رفضت المحكمة الفرنسية نيس الدعوى المرفوعة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة لكون عنصر المصلحة متخلف[11].

ثانيا: اكتساب صفة المدعي بحكم القانون

يعد مكتسباً للصفة في رفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد كل جهة رسمية أعطاها القانون هذا الحق حماية لمبدأ الشفافية.

خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية حق إخطار المحكمة الإدارية حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد أو سيبرم من جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، غير أنّ نص المادة يطرح العديد من الإشكالات القانونية يمكن إجمالها في:

- إذا كان الوالي حارساً لشفافية الصفقات العمومية المحلية، فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة في المادة السادسة من تنظيم الصفقات العمومية؟ وكأن المشرع يتجاهل وجودها وإلزامية ضمان شفافيتها.

بتعبير آخر صفقات الهيئات المركزية تبقى دون وصيّ يضمن مطابقتها للنصوص القانونية، علماً أنّ هذه الصفقات تخضع لنفس قواعد الشفافية والنزاهة وتسري عليها المبادئ الواردة في تنظيم الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد، لذا كان من باب أولى نظراً لأهميتها وضخامة سقفها المالي تحديد الجهات الإدارية الموكل لها حق إخطار المحكمة الإدارية، أو بصورة أدق رفع الدعوى الإدارية الاستعجالية قبل التعاقد مثل ما هو معمول به في فرنسا[12].

- كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات المحلية المبرمة خاصةً أمام غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفيات تبليغه وإعلامه بهذه التجاوزات؟ والنقد نفسه يوجه لنظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد في فرنسا إذ أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه الدعوى نظرا لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة قبل التعاقد.

هذه المسألة غير مبررة في نظرنا، لذلك يتعيّن على المشرع أن يمنح الوزراء هذه المكنة بالنسبة للصفقات العمومية المركزية التابعة لقطاعه خاصةً وأن الصفقات العمومية ذات الأهمية من حيث الموضوع والمال عادةً ما تكون مركزية.

أمّا المدعى عليه في هذه الدعوى فهو الذي ينسب إليه الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وبالتالي لا يكون هذا الإخلال إلاّ من الجهة صاحبة الصفقة العمومية وهي تلك الهيئات المنصوص عليها في صلب المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية.

كما يشترط لقبول دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية توافر شرط المصلحة في إقامتها تطبيقًا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإعمالاً لمبدأ **"لا دعوى دون مصلحة"**.

تُعرف المصلحة على أنها **"الدافع إلى إقامة الدعوى والغاية منها"** أو الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها باللجوء إلى القضاء[13].

ويشترط في المصلحة بالإضافة إلى ضرورة كونها قائمة، شخصية ومباشرة أن تكون جدية أي تستند إلى حق للطاعن يُقره ويحميه القانون.

وبمفهوم المخالفة إذا كان الطاعن يستند إلى حق لا يعترف به القانون ولا يقر له حماية، فإن مصلحته في طلب حماية مبادئ الاشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية تنتفي لانتفاء وجود مصلحة جدية.

وبتوافر شرطا الصفة والمصلحة يتعين اللجوء إلى القضاء لرفعها، وبما أن الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد طلبًا قضائياً استعجاليًا يتعيّن تقديمها بمقتضى عريضة مكتوبة[14] موقعة من محام مستوفية للبيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أهمها عرض وقائع الدعوى والوسائل التي تؤسس عليها وتحديد طلبات المدعي بدقة.

يلاحظ أن صياغة المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير دقيقة من الناحية الشكلية والاجرائية، إذّ تفيد بجواز إخطار المحكمة الإدارية والأصح رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية هذا من جهة.

من جهة أخرى لم تُحدد طبيعة العريضة محل الاخطار فهل هي عريضة قضائية ترفع وفقًا للإجراءات المقررة لرفع عرائض الاستعجال وهو الأرجح أم تتم بموجب أمر على ذيل عريضة، هذه المسألة يتطلب حسمها لتعلقها بجوانب شكلية أساسية قد تؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلاً.

جدير بالذكر أن ذلك جاء تأثرًا بالمشرع الفرنسي الذي أقر بإمكانية إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو المفوض القضائي حالة مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية وذلك في نص المادة 551 فقرة 1 من قانون القضاء الفرنسي وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي عدة اجتهادات في هذا المجال[15].

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا المجال هل وجود الاستعجال ما قبل التعاقد كطريق خاص لحماية التزامات الاشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية يمنع المدعي من تقديم طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية بالنسبة لهذا النوع من المنازعات؟ وبتعبير آخر هل يجوز لدعوى وقف التنفيذ التدخل بخصوص التجاوزات المتعلقة بالإشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية ؟!

في غياب النص نستنجد دائماً بما جاء في قرارات مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر أن "وجود الاستعجال ما قبل التعاقد لا يقصي ولا يمنع الطعن وفق دعوى وقف التنفيذ ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية، شرط أن يتم تقديم الطلبين في عريضتين مختلفتين"[16].

الفرع الثاني

ازدواجية ميعاد رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

الطابع الوقائي لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية، يُفرض رفعها قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية رصدًا للمخالفات التي تمس بمبادئ الإشهار والمنافسة، ذلك لأن إتمام ابرام الصفقة العمومية يؤدي إلى سلب الاختصاص من قاضي الاستعجال كقاضي وقائي ومنحه إلى قاضي الموضوع كقاضي علاجي[17].

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها قد خرجت عن هذا المبدأ إذّ يُوحي بإمكانية رفع هذه الدعوى بعد إتمام إبرام الصفقة العمومية يشكل في طياته خروجًا واضحًا عن القواعد العامة ووجهًا آخر لخصوصية الاستعجال في مادة الصفقات العمومية[18].

كما نصت هذه المادة في فقرتها الثالثة على "**يجوز اخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد**" يوحي بأن الأصل في رفع الدعوى "**بعد إبرام العقد**" والاستثناء "**قبله**" والأصح في هذا الشأن هو أن اخطار المحكمة الإدارية يتم قبل إبرام العقد على سبيل الوجوب وليس على سبيل الجواز.

وبذلك فأهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقد، التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات والتجاوزات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرامه إذ يتغير بذلك الهدف من الدعوى من "**رقابة المشروعية الوقائية**" إلى "**رقابة المشروعية العلاجية**".

وفي غياب نص صريح يؤكد ذلك أكد مجلس الدولة أن تدخل القاضي الاستعجالي هو قبل التعاقد وليس بعده في قراره رقم 074854 الصادر بتاريخ 2012/06/21 المنشور بمجلة مجلس الدولة سنة 2014[19].

الفرع الثالث

تبني قواعد اختصاص غير مألوفة

يُعرّف الاختصاص على أنه "**صلاحية جهة قضائية للنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانونًا**".

كما يُعرّف بأنه "**نصيب الجهة القضائية من النزاعات التي تعرض على القضاء، أي النزاعات التي تكون للجهة القضائية سلطة للفصل فيها نوعًا وكمًا**"[20].

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع.

وتطبيقًا لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الاختصاص بنظر الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد يؤول إلى المحكمة الإدارية دون مجلس الدولة.

وهو ما يفتح المجال لتأويلين:

أولهما: أن الصفقات التي تبرمها المصالح المركزية والمؤسسات العمومية الوطنية لا تخضع لرقابة قاضي الاستعجال الإداري وفق مقتضيات نظام الاستعجال ما قبل التعاقد.

ثانيهما: رغبة المشرع في أن يورد استثناء على القاعدة العامة في توزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، بمقتضاه خول للمحكمة الإدارية سلطة الفصل في منازعات الصفقات المركزية عندما يتعلق الأمر بتدابير الاستعجال ما قبل التعاقد.

وإذا أردنا ترجيح أحد الاحتمالين نعتقد أن الاحتمال الأول هو الأولى بالإعمال وما يدعم هذا الاتجاه أن نص المادة 946 في فقرتها الثانية كانت واضحة وصريحة تفيد أن للوالي الصفة في اخطار المحكمة الإدارية دون الوزير إذّ نصت على "... **وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية**".

هذا الفراغ التشريعي يشكل أمرًا خطيرًا، إذ تقتضي أهمية الصفقات العمومية المركزية بالنظر إلى أهميتها وضخامة المبالغ التي ترصد لها ألا تفلت من رقابة الاستعجال ما قبل التعاقد.

وعلى اعتبار المحكمة الإدارية الجهة الفاصلة في منازعات الاستعجال ما قبل التعاقد، جعلت المادة 917 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي الاستعجال هو ذاته قاضي الموضوع أي الاعتماد على التشكيلة الجماعية المنوط لها البث في دعوى الموضوع.

ورغم أن مسلك المشرع قد جاء دون بيان للأسباب والأهداف، إلاّ أنه ينطوي بداهةً على الرغبة في الاستفادة من مزايا التشكيلة الجماعية لما تحققه من موضوعية وجودة في الأوامر القضائية.

تلك هي خصوصية الاختصاص النوعي في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، أما عن الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية فقد عرف هو الآخر خروجاً واضحا عن القواعد العامة إذ تضمنت المادة 804 من قانون

الإجراءات الإدارية ثلاث معايير هامة يتحدد على أساسها الاختصاص النوعي، وذلك ضمن المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتيها الثانية والثالثة والسادسة وفق مايلي:

أول قاعدة لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية تلك المتعلقة بعقد الأشغال العامة، وتتمثل القاعدة في هذه الحالة أن المحكمة الإدارية المختصة إقليميا هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العمومية[21] وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 804 بنصها "في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

مع أن هذا المعيار منتقد من الفقه، لأن الأشغال العمومية قد تمتد إلى منطقة جغرافية واسعة لتشمل أكثر من دائرة اختصاص محكمة إدارية وفي هذه الحالة نكون أمام تنازع الاختصاص الإقليمي.

لذلك فالأجدر لو عهد الاختصاص في حالة تعدد مكان التنفيذ إلى مكان التنفيذ الرئيسي أو إلى مكان إبرام العقد لأن مكان التنفيذ الرئيسي قد لا يكون واضحًا أيضًا[22].

أما القاعدة الثانية فنصت عليها الفقرة الثالثة من المادة ذاتها أي المادة 804 بنصها "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه".

الواضح استدراك المشرع للخطأ والنقد الموجه للقاعدة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الملغى إذ استعمل مصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها" وهذا يتضمن الصفقات العمومية باعتبارها نوع من أنواع العقود الإدارية.

كما اعتمد المشرع على معيارين "مكان إبرام العقد" أو "مكان التنفيذ" وبهذا قد تجنب النقد الموجه للاستثناء الأول بإعطاء الخيار للمدعي في رفع الدعوى بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد وذلك إما أمام محكمة إبرام العقد أو أمام محكمة التنفيذ.

أما القاعدة الثالثة فقد تضمنتها الفقرة السادسة من ذات المادة والتي جاء فيها " **في مادة التوريدات أو الإشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به**".

مضمون هذه القاعدة أن المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالفصل في المنازعة التي تكون أحد موضوعاتها صفقة توريد (اقتناء لوازم) أو صفقة أشغال عمومية هي المحكمة الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام أو مكان التنفيذ شرط أن يكون أحد أطرافها مقيما بهذا المكان وإلا تطبق القاعدة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي تقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

وتبقى السمة المميزة لنص المادة 804 التكرار المؤدي إلى التناقض بشأن صفقة الأشغال العمومية التي وردت في الفقرة الثانية من ذات النص[23].

وتفاديا للوقوع في التنازع، فإن الحل هو تطبيق القاعدة الأولى الواردة في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه لأنها تتعلق بصفقة الأشغال العمومية دون غيرها[24].

وبذلك يتعدد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد باختلاف موضوع الصفقة العمومية استثناءً عن قاعدة موطن المدعى عليه المعروفة في القواعد العامة.

المطلب الثاني

التحديد المسبق لمنازعات الاستعجال ما قبل التعاقد

المعروف بأن الدعوى الاستعجالية لا تقوم إلاّ بوجود حالة من حالات الاستعجال التي لا تحتمل الانتظار والتأخير، غير أن المميز لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد أن منازعاتها وحالات رفعها جاءت محددة بنص واضح وصريح، إذّ حصرت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجال إعمالها في مادة الصفقات العمومية بنصها "يجوز **إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية**".

قد جاء نص المادة ليؤكد ما نصت عليه المادة السادسة من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بنصها " **يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية** ...." كما ذهب المرسوم الرئاسي15-247 إلى ذات المعنى في نص المادة الخامسة منه، فالمفروض أن تسهر المصلحة المتعاقدة على احترام مبادئ الشفافية و المنافسة والمساواة في معاملة المترشحين.

لذا فأسباب الطعن أو أوجه تأسيس الدعوى الاستعجالية في هذا المجال يتمثل في الاخلال بالتزامات الاشهار (الفرع الأول) وقواعد المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صور الاخلال بالتزامات الإشهار

الإشهار وسيلة لتجسيد الشفافية في مجال الصفقات العمومية ويقصد به إخطار ذوي الشأن عن رغبة المصلحة المتعاقدة في التعاقد ونيتها في إنجاز مشروع عام بعنوان صفقة عمومية وفتحها مجال المنافسة للعارضين بغرض تقديم عروضهم وفق الشروط المعلن عنها ومنحهم أجلا لذلك[25].

لا ينحصر مبدأ الشفافية في الإعلان عن الصفقة العمومية بل يمتد إلى كل مراحل إعدادها، فيخطر المتعهدين بيوم فتح الأظرفة لتمكينهم من الحضور وإذا أنهت الإدارة تقييمها للعروض وجب الإفصاح عن الفائز بها والمعطيات التي تم بموجبها المنح المؤقت[26]

لذا أكد المشرع على إلزامية الإعلان عن الصفقات العمومية في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 تجسيداً للشفافية حيث قضت المادة 61 منه على إلزامية الإشهار الصحفي.

وحددت المادة 62 من ذات المرسوم البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان عن طلب العروض وألزمت المادة 65 بأن يتم تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل و أن يتم نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل.

وتكريساً لذات المسعى ألزم المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 70 منه بإخطار العارضين بتاريخ وساعة فتح الأظرفة الذي يتم في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين أو ممثلين عنهم.

كما ألزم المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن المنح المؤقت في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة العمومية.

تلك هي أهم القواعد المكرسة لمبدأ الشفافية وبذلك يُعد انتهاك لقواعدها عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة مطلقًا أو إعلانها عن الصفقة بصفة معيبة كأن يحتوي الإعلان على معلومات غير كافية وذلك بعدم تضمينه للبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 من أحكام المرسوم الرئاسي 15-247[27] أو أن يتم نشره في جريدة يومية وطنية واحدة في حين أن المادة 49 من ذات النص تشترط لصحة الإعلان نشره على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على التراب الوطني.

هذا بالإضافة إلى المساس بالمساواة بين المترشحين في إعلامهم بخصائص الصفقة وآجال إيداع العروض.

إلاّ أنّ الأمر قد يتعلق بمسائل ناتجة عن مراحل سابقة عن الإعلان، فهل يجوز مثلا رفع دعوى استعجالية على أساس أن دفتر الشروط المفروض على المترشحين الذي تم إعداده قبل الإعلان يتضمن مخالفات لمبدأ المنافسة ؟

أمام سكوت النص وغياب الاجتهاد القضائي نستنجد بما هو معمول به في القانون المقارن، لاسيما القانون الفرنسي مصدر إلهام النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والادارية، يتضح جليا من نص المادة (L 551-1) من قانون القضاء الإداري الفرنسي أنه يمكن للقاضي أن يأمر بإلغاء الشروط التي يتضمنها دفتر الشروط المخالف لقواعد الإشهار والمنافسة[28]، وبالتالي لن يكون مستبعد تبني مجلس الدولة الجزائري هذا الموقف وتمديد مجال سريان الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد إلى العمليات والمراحل التي تتم قبل الإعلان[29].

الفرع الثاني

صور الإخلال بالتزامات المنافسة

الترشح للمشاركة في الصفقات العمومية مبدأ دستوري تطبيقًا لمبدأ حرية التجارة والصناعة[30] فلا يوجد أي مانع من اشتراك أي متنافس في إطار احترام الشروط القانونية المقررة في هذا الشأن.

يقصد بالمنافسة فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في الصفقة العمومية ونعني بحرية المنافسة حرية الدخول في الصفقات التي تعلن عنها المصالح المتعاقدة وفق الحدود التي يحددها القانون بإعطاء الفرصة للجميع في تقديم الخدمات العمومية دون تمييز شرط أن تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا بإبرام الصفقات العمومية وبذلك يعتبر انتهاك من المصالح المتعاقدة لقواعد المنافسة ما يلي:

- **اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب:** حدّد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من المادة 39 إلى المادة 52 وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها، لذا فإن استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة، كقيام المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة طبقا لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للجوء إليه[31].

- **وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي:** لأحد المترشحين على حساب البقية انتهاكا لقواعد المنافسة، على هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة عند الإعلان عن الصفقة بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة.

- **الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق:** يقصد بالحرمان من دخول الصفقة الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون، فإذا طبقت الإدارة هذا الإجراء على مترشح ما دون سند قانوني كان له الحق في رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد.

أمّا الاستبعاد من الصفقة فيكون بإخراج عطاء من دائرة المنافسة بعد استلامه لعدم مطابقته للمواصفات المطلوبة، فإذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء لقضاء الاستعجال ما قبل التعاقد.

- **الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد:** لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير اختيار المتعامل المتعاقد فجاءت المواد (76-81) لتؤكد على إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين، كما منعت المادة 80 تفاوض المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد، فإذا ثبت عدم التزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الاختيار كان ذلك دليلا على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة[32].

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية "Chàlon-sur marne" بأن صفقة الدراسات المبرمة بين Le cabinet Oth et Sivomat بتاريخ 6-10-1993 باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض[33].

المبحث الثاني

السلطات الاستثنائية لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد

بتوافر الشروط الشكلية والموضوعية جاز لكل من له صفة ومصلحة اخطار المحكمة الإدارية لاتخاذ التدابير الضرورية وبالتالي المحافظة على قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

تفعيلاً لدور الاستعجال في هذا المجال أحاطه المشرع بقواعد وأحكام خاصة تميزه عن القواعد العامة تتجلى بصفة واضحة في تلك السلطات الاستثنائية الممنوحة للقاضي تشكل في طياتها خروجًا واضحًا عن السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي العادي وحتى الإداري، تمثلت أساسًا في إمكانية تأجيل عقد الصفقة العمومية (المطلب الأول) أو توجيه أوامر للإدارة بغية إلزامها بقواعد الاشهار والمنافسة (المطلب الثاني) أو الحكم عليها بالغرامة التهديدية قصد حملها على التنفيذ (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة العمومية

منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطات واسعة ومتعددة في مادة الصفقات العمومية، تتجسد إحدى هذه السلطات في سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد كإجراء وقائي قبل الفصل في الموضوع وهو ما أكدته المادة 946 في فقرتها السادسة بنصها"... **ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات لمدة لا تتجاوز 20 يومًا**".

الواضح بما لا يدع مجالا للشك منح القاضي الاستعجالي الفاصل في منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن مرحلة الإبرام سلطة الأمر بتأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية بصفة مؤقتة لغاية الفصل في دعوى الإخلال المرفوعة أمامها[34].

إن سلطة تأجيل إمضاء العقد تعد ضرورية وتترجم حقيقة الطابع الوقائي لنظام الاستعجال ما قبل التعاقد وغيابها قد يرتب نتائج يتعذر تداركها.

لقد راعى المشرع بمنحه لهذه السلطة التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة لأنه إذا لم يتم تأجيل إمضاء الصفقة العمومية فإنها ستوقع وربما سيشرع في تنفيذها في الوقت الذي تسري فيه إجراءات الدعوى أمام القضاء وإلى أن يصدر الأمر الاستعجالي فقد تترتب أضرارًا تلحق بالمصلحة المتعاقدة، وبمصلحة المدعي وحتى المتعاقد الذي تم قبوله دون احترام إجراءات الإشهار والمنافسة.

لهذه الاعتبارات الجديرة بالحماية نص المشرع على أجل نجده معقولا يتناسب وطبيعة هذه الدعوى وعدم تعطيل سير المرفق العام وهو ذات الأجل المخصص للفصل في القضية وقد حدد بـ 20 يومًا إبتدءً من تاريخ إخطار المحكمة.

وتبقى هذه المدة في صالح المصلحة المتعاقدة ومشروع الصفقة العمومية وللمتعامل المتعاقد وحتى الغير حتى لا تتعطل مصالحهم، إلا أن هذه المدة جد قصيرة قد لا تتفق وأهمية المنازعة[35].

رغم أن المتعارف عليه أن مدة الفصل تخضع للسلطة التقديرية لهيئة القضاء الفاصل في المنازعة وتدخل في صميم صلاحياته فكل منازعة تختلف عن غيرها ولكل منازعة وقت خاص بها وبالنظر كذلك إلى حجم الملفات الملقاة على عاتق هيئة القضاء[36].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يرتب أي جزاء حالة تجاوز هذه المدة رغم أن تجاوزها يرتب آثاراً هامة في مواجهة المصلحة المتعاقدة، حيث يجوز لها إمضاء العقد بعد انقضاء مدة 20 يومًا دون أن يصدر القاضي أمره في الدعوى[37]،

ومن الأمثلة عن القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري الجزائري في هذا المجال ما جاء في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 10 مارس سنة 1991 "...حيث يستخلص من الوقائع والمستندات المرفقة بالملف بأن الجهة القضائية للدرجة الأولى صرحت بعدم اختصاصها معتبرةً أن النزاع منصب على تنفيذ بند تعاقدي من قبل أحد أطراف العقد، حيث أن جهة القضاء المختصة بالأمور المستعجلة مختصة لأن هناك استعجال مادام القرار المطعون فيه يستحيل إصلاح نتيجته، حيث جهة القضاء المستعجل مختصة إذ أنه يتعين إلغاء القرار المطعون فيه وبعد التصدي إيقاف عملية عرض الحمام للبيع موضوع نزاع البيع بالمزاد العلني وهذا لغاية الفصل في الموضوع"[38].

أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير سلطة التأجيل فالأمر يتعلق بأسباب جدية تتيح للجهة الفاصلة في الدعوى اتخاذ القرار ولا يشترط وجود ضرر لأن وضع أي شرط يؤدي إلى الحد من فعالية هذه السلطة، حيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي يستطيع أن يرفض الوقف لعدم وجود أسباب جدية[39]، وهذا ما تأكده العبارة المستعملة في صلب المادة 946 "**يمكن**".

وعليه فإن سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد وقائية يباشرها القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد بمجرد إخطاره دون حاجة للتأكد من ثبوت المخالفة على عكس السلطات الأخرى. المخولة للقاضي الاستعجالي[40].

المطلب الثاني

الأمر بالامتثال لالتزامات الإشهار والمنافسة

الأصل أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة تطبيقًا لمبدأ إجرائي مفاده **"القاضي يحكم ولا يُدبر"** وتطبيقًا لمبدأ هام آخر" **الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية"** وهو ما يترتب عنه عدم إمكانية حلول القاضي محل الإدارة وضرورة امتناعه عن توجيه أوامر لها.

الأمر القضائي هو ذلك الإجراء عن الصادر عن القاضي الإداري إلى أحد أطراف النزاع باتخاذ سلوك معين وذلك بإنجاز عمل أو الامتناع عنه[41].

جدير بالذكر أن توجيه الأوامر من الصلاحيات المستحدثة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ أصبح القاضي الإداري يملك سلطة توجيه أوامر للإدارة إذا أخلت بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وهوما أكدته المادة 946 في فقرتها الرابعة بنصها"... **يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته، ويحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه".**

وعليه إذا ثبت للمحكمة الإدارية وجود إخلال لمبادئ العلانية والمنافسة أن تأمر المتسبب في هذا الإخلال الامتثال للالتزاماته القانونية، ومن أمثلة الأوامر نجد:

– توجيه أمر للمصلحة المتعاقدة بالإشهار الصحفي الذي لم تلجأ إليه في طلب العروض، أو إعادة إجراءات الإشهار والوضع للمنافسة.

– أمر المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة في صحيفتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني بدلاً من نشره في صحيفة محلية.

– أمر المصلحة المتعاقدة بإعلام المترشحين المستبعدين بأسباب رفض عروضهم.

– أمر المصلحة المتعاقدة بتصحيح إجراءات أو مضمون العقد أو سحب معيار غير قانوني في إجراء المنافسة.

وعليه فكل إخلال يتعلق بالتزامات الإشهار والمنافسة تخول القاضي الاستعجالي سلطة أمر الإدارة بضرورة الامتثال، ومبدئيًا لا يدخل ضمن صلاحيات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد تلك الإجراءات غير المتعلقة بالمنافسة والإشهار.

غير أنه في الواقع وحين يتعلق الأمر بالصفقة العمومية فإن جل الإجراءات ترتبط إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة بهاذين الاجراءين.

ومن الأمثلة الصادرة عن القضاء الإداري الجزائري في هذا المقام ،الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية لبسكرة بتاريخ 2015/12/14 التي استعملت سلطة الأمر المخولة لها بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ جاء منطوق القرار كالآتي "... وحيث أن الجمع بين الحصتين من حيث العرض المالي مخالف لدفتر

الشروط، ولا يوجد ما يبرره فضلاً عن ذلك أن فيه خسارة مالية للمصلحة المتعاقدة والخزينة العمومية بمبلغ 25.082.460 دج لذلك قررت المحكمة بإلغاء الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 وأمر المدعى عليها بالامتثال لالتزاماتها القانونية، وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقًا لدفتر الشروط"[42].

تعد المادة 946 السند القانوني الذي يجيز للمحكمة الادارية أمر المصالح المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها غير أن النص يثير الكثير من الملاحظات يمكن إجمالها في:

– بدا النص بعبارة "**يمكن**" بمعنى أن سلطة الأمر جوازية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الإدارية.

– استعمال المشرع مصطلح في غاية الغرابة وهو "**المتسبب**" وهي الإدارة في كل الأحوال ممثلة في المصلحة المتعاقدة وكأن لفظ الأمر ثقيل على لسان المشرع وربما ذلك يعود للمبدأ السائد أن القاضي لا يأمر الإدارة[43].

– ترك المشرع للمحكمة الإدارية السلطة التقديرية في تحديد الأجل الذي يلتزم فيه المخالف (المصلحة المتعاقدة) باحترام الإجراءات المفروضة في مجال الإشهار والمنافسة.

إن أبسط ما يمكن قوله في هذا الشأن أن تطبيقها مرتبط بمدى استقلالية المحكمة الإدارية خاصة وأنها في مواجهة السلطة العامة.

ومهما يكن فإن المحكمة الإدارية بعد تأكدها من جدية الطلب وبعد الاطلاع على الوثائق والمستندات التي يقدمها صاحب الادعاء تصدر أمرًا بتصحيح الخلل[44] ليبت في أصل الحق وينظر في جوهر الدعوى ما يشكل خروجًا واضحاً عن القواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي وهو ما يؤدي إلى تسمية هذه الدعوى بـ" **الدعوى شبه استعجالية**"[45].

الواضح أن القاضي الاستعجالي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد أصبح يتمتع بسلطات واسعة في إطار سعيه لحماية قواعد الإشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلا أن هذه السلطات ضيقة مقارنةً بتلك التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي الفرنسي.

حيث أن القاضي الفرنسي إلى جانب تلك السلطات التحفظية، فهو يملك أيضًا سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد، إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات يقرها القانون، كإلغاء القرارات المتضمنة استبعاد بعض المترشحين من المنافسة بدون وجه حق وفي الحقيقة هذه السلطة تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة.

زيادةً على ذلك يتمتع القاضي الإداري الفرنسي في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه إذا انطوت هذه الشروط على عنصر تفضيلي بمنح امتياز لمتعامل على حساب المتعاملين المتنافسين[46].

بالمقارنة مع ما هو قائم في التشريع الفرنسي يبدوا واضحًا محدودية السلطات التي منحها المشرع الجزائري للقاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

فالأجدر بالمشرع الجزائري أن يحاكي نظيره الفرنسي بمنح سلطة الأوامر القطعية تفعيلاً للسلطات الممنوحة له.

المطلب الثالث

فرض الغرامة التهديدية

ضمانًا لتنفيذ الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية، مُنح القاضي الإداري إمكانية توقيع الغرامة التهديدية كوسيلة ضغط على المصلحة المتعاقدة تنفيذًا للأوامر الموجهة إليها، وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على تعريف الغرامة التهديدية بأنها "**ذلك المبلغ المالي الذي يفرضه القاضي الإداري على الإدارة جراء تأخرها أو تماطلها في تنفيذ الأحكام المتعلقة بقواعد الاشهار والمنافسة**".

ونظرًا لأهميتها في المجال الإداري عامةً وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة يتعيّن الوقوف عند مراحل تقريرها (الفرع الأول) ونطاق تطبيقها في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على الإدارة تنفيذًا للأوامر الاستعجالية

تدعيمًا لسلطات القاضي الإداري ضمن المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة فرض الغرامة التهديدية حالة عدم امتثال المصالح المتعاقدة للأوامر الموجهة إليها.

فالغرامة التهديدية من أهم وسائل التنفيذ الممنوحة للقاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية، ما ستوجب الوقوف عند مفهومها (أولا) ونطاق تطبيقها في مجال دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد (ثانيا) وإشكالياتها (ثالثا)

أولاً: مفهوم الغرامة التهديدية

يرجع الفضل في إيجاد نظام الغرامة التهديدية لاجتهاد القضاء الفرنسي منذ مطلع القرن 19، وكان يطلق عليها "التعويضات" فإذا لم يلتزم المدين بتنفيذ التزاماته خلال مدة معية يكون ملزم بدفع مبلغ من المال عن كل يوم تأخير إلى أن يقوم بالتنفيذ، مع العلم أن القاضي الفرنسي الإداري لم يكن يجهل أسلوب الغرامة التهديدية بشكل كامل قبل الاعتراف بها قانونًا في 16 جويلية سنة 1980[47]،إذ أقر مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الشهيرة حكم (Barre et Honnet) الصادر في 1974/05/10 أنه إضافة الغرامة التهديدية للأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة للقانون[48].

أما عن القاضي الإداري الجزائري فقد أكد في العديد من أحكامه على عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 10 أفريل سنة 2000 في قضية ولاية تيزي وزو ضد فريق صالحي ومن معهم قضى فيه:" حيث أنه في الوضع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي فإنه لا يمكن النطق بغرامة تهديدية ضد الولاية أو البلدية..."[49].

كما ذهب مجلس الدولة إلى أبعد من ذلك في قراره المؤرخ في 2003/04/08 حين اعتبر استخدام هذا الأسلوب في تنفيذ الأحكام الصادرة عنه يخضع لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات حيث جاء فيه:" إن الغرامة التهديدية

بنطق بها القاضي كعقوبة، فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وبالتالي يجب سنها بقانون، حيث أنه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية مادام لا يوجد قانون يرخص بها صراحةً"[50].

هذا إلى جانب العديد من القرارات الرافضة للحكم بالغرامة التهديدية، إذ يؤسس مجلس الدولة رفضه في أنها غير مبررة ضد الإدارة وعدم وجود نص قانوني أو اجتهاد قضائي يسمحان بذلك إلا أن هذا التبرير غير مؤسس[51].

حيث أن مقتضيات المادة 340[52] من قانون الإجراءات المدنية الملغى تكرس حق كل دائن في اللجوء إلى القضاء قصد إلزام المدين الممتنع بدفع غرامة تهديدية عن كل تأخير مسجل في تنفيذ الالتزام، كما أن المادة 471[53] من ذات القانون كانت تمنح اختصاص الفصل في دعاوى الغرامة التهديدية إلى الجهات القضائية دون تخصيص جهات القضاء العادي[54].

فضلاً عن ذلك تنص المادة 2 من قانون 98-02 على" **تخضع الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية لأحكام قانون الإجراءات المدنية**"، كما تنص المادة 40 من قانون رقم 98-01 على" **تخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لأحكام قانون الإجراءات المدنية**"[55].

وعليه فإن هذه المواد صريحة في إبراز سلطة القاضي الإداري في فرض الغرامة التهديدية على الإدارة، فالإشكال لم يكمن في عدم وجود نص وإنما في عدم جرأة القاضي الإداري على مواجهة الإدارة[56].

وظل القاضي الإداري على موقفة إلى أن تدخل المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والادارية الذي نص بشكل صريح على نظام الغرامة التهديدية ضد الإدارة في المواد من 978 إلى 983 إذ تنص المادة 980 على" **يجوز للجهة القضائية المطلوب منها اتخاذ أمر التنفيذ وفقًا للمادتين 978 و979 أعلاه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها**".

وبهذا أصبح القاضي الإداري على مختلف درجاته سلطة إصدار أوامر تتعلق بالغرامة التهديدية ضد الإدارة في عدة حالات أبرزها ما ساقه في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بقضاء الاستعجال ما قبل التعاقد[57].

ورغم تبني المشرع الجزائري لنظام الغرامة التهديدية لم يعرفها تاركًا ذلك للفقه والقضاء الإداريين.

وعليه يعرف الفقه الغرامة التهديدية بأنها "عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمة أو حتى بقصد تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق"[58].

وعليه فالغرامة التهديدية تهديد مالي ينطق به القاضي الإداري لفائدة الدائن ضد أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص الملحقة بالإدارة[59]وهو ما أكدته المادة 946 في فقرتها الخامسة بنصها "**ويمكن لها أيضًا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد**"

جدير بالذكر أنه رغم أهميتها في ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية العادية وحتى الإدارية إلاّ أنه يعيق فعاليتها بالنسبة للاستعجال ما قبل التعاقد مسألتين هامتين:

أولهما: أنها سلطة جوازية للقاضي بمعنى له الخيار بين إعمالها أو عدم تطبيقها وبالتالي تفعيلاً للمبدأ كان على المشرع أن ينص على وجوب فرضها.

ثانيهما: اقتطاع الغرامة التهديدية من ميزانية الأشخاص المؤهلة قانونًا بإبرام الصفقات العمومية[60] أي من ميزانية الدولة دون الذمة المالية الخاصة لممثله القانوني وهو أمر يجعل إمكانية التقاعس في تنفيذ الأوامر القضائية واردة رغم وجود الغرامة التهديدية.

أما الغرامة التهديدية في مجال القانون الإداري تعرف بأنها " عقوبة مالية تبعية ومحتملة تحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عند كل يوم تأخير بهدف تجنب عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري، أو التأخير في تنفيذها الصادر ضد أي شخص من أشخاص القانون العام أو أي شخص من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام"[61].

ثانيًا: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد

أعطى المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال قبل التعاقد إمكانية فرض غرامة تهديدية في مواجهة الإدارة حالة إخلالها بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية دون أن يكون ذلك بصفة إلزامية وذلك من خلال الفقرة الخامسة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها"... **يمكن الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد...**"

الواضح عدم تحديد المشرع لأجل سريان الغرامة التهديدية، وعليه فإن هذا الأجل يحدده القاضي الاستعجالي عندما يأمر الإدارة المتسببة في الإخلال الامتثال لالتزاماتها وذلك من خلال العبارة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها "...**وتحدد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه**".

وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما ترك أمر تحديد الأجل للمحكمة الإدارية فلم يضبطها بحد أدنى أو بحد أقصى تاركًا لها السلطة التقديرية حسب طبيعة وأهمية كل صفقة[62].

وبانقضاء الأجل المحدد من المحكمة الإدارية يبدأ سريان الغرامة التهديدية، ويظهر ذلك في صلب الأمر ذاته حتى تكون وسيلة ضغط على الإدارة كي تقوم بتصحيح إجراءاتها وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة إذا امتثلت لأوامر قاضي الاستعجال قبل التعاقد، فتوقيع الغرامة التهديدية مرهون بتمرد الإدارة على أوامر القاضي ومعنى ذلك لا يمكن الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال وتوقيع الغرامة التهديدية[63].

فالقاضي في هذه الحالة يصدر حكم مزدوج يقرر من ناحية عقوبة أصلية لتنفيذ التزام معين ومن ناحية أخرى يقرر غرامة تهديدية تبعية متزامنة للعقوبة الأصلية[64] وتسمى الأوامر في هذه الحالة بأوامر احترازية وقائية[65].

وتنص المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الشأن على "**عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء**".

لكن إذا لم يقتنع القاضي بفائدة ربط حكمه بالغرامة التهديدية ثم تبين فيما بعد أن صاحب الدعوى لم يتوصل إلى تنفيذ الحكم، فلا يوجد ما يتعارض مع اللجوء من جديد أمام القضاء لطلب توقيع غرامة تهديدية ضد الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأمر الاستعجالي[66].

وفي حالة امتناع الإدارة امتناعا كليًا أو جزئيًا أو تأخرت في تنفيذ الحكم، فانه يجوز للمحكوم لصالحه أن يلجأ للجهة القضائية التي أصدرت الأمر بالغرامة التهديدية لتصفيتها[67] فتصفية الغرامة هي المرحلة الثانية في نظام الغرامة التهديدية يظهر بموجبها الأثر القانوني للحكم بها.

ليترك المشرع الغموض حول قابلية الحكم الصادر عن القاضي الاستعجالي للطعن، ولعل مصدر هذا الغموض نابع من أنه هناك أوامر نص صراحة على قابليتها للطعن حالة التنسيق المالي، وأوامر نص على عدم قابليتها للطعن وهي الأوامر الصادرة تطبيقاً للمواد 919، 192،922 وسكت في حالات أخرى كما هو الحال في مادة الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبغض النظر عن السلطات الممنوحة للقاضي الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد المتضمنة في جوهرها ومحتواها خروجا واضحاً عن القواعد العامة، تنتهي الدعوى بصدور أمر قضائي يتضمن أمرًا فاصلاً في موضوع الدعوى والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هل الأمر الاستعجالي الصادر في هذا المجال قابلاً للطعن فيه ؟!

جدير بالذكر أن المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تشيرا إلى طبيعة الحكم الصادر في هذا المجال ولا إلى طرق الطعن فيه ولا إلى مواعيده، هذا الأمر يشكل مظهرا آخر لخصوصية الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد مقارنة بالقواعد العامة التي تجيز الطعن في دعوى الاستعجال، يؤدي إلى القول بتمتع الدعوى الاستعجالية محل الدراسة بحجية الشيء المقضي فيه.

خاتمة

إحداث قضاء استعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية خطوة إيجابية يُثنى عليها المشرع رغم تأخرها، كرس لحماية المتعامل المتعاقد من تعسف المصالح المتعاقدة في عملية إبرام الصفقات العمومية فهو ضرورة ملحة ونتيجة حتمية لعدم وجود حماية قضائية موضوعية فعّالة في هذا المجال.

يتضمن في جوهره خروجاً واضحاً عن القواعد العامة رغبةً في الوصول إلى حماية أكيدة للمتعامل المتعاقد بصفة خاصة ولإجراءات إبرام الصفقات العمومية بصفة عامة، غير أن وجود مادتين فقط تنظمان هذه المسألة رغم أهميتها قد انعكس سلباً إذ سجلت نقائص وفراغات قانونية كثيرة حالت دون تحقيق حماية فعّالة من المخالفات والتجاوزات الحاصلة قبل وعند إبرام الصفقات العمومية.

ووعيًا منا بأهمية الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد كآلية وقائية نقدم مجموعة من التوصيات لعلها تثري المنظومة القانونية في هذا المجال وتفعل خصوصيتها:

–تدخل المشرع لتحديد الشكل القانوني الذي يتم بموجبه رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد.

- تدخل المشرع لرفع اللبس والغموض باشتراط لقبول الدعوى رفعها قبل تمام إبرام الصفقة العمومية تحقيقًا للانسجام بين السلطات التي خولتها المادة 946 إذّ تضمنت في جوهرها وفحواها سلطات ينفرد بها قاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية هذه السلطات لا معنى لوجودها بعد إبرام الصفقة العمومية.
- منح الوزير الصفة في رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد بخصوص الصفقات المركزية لأهميتها المالية والاقتصادية.
- إعادة النظر في نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لا تستجيب لخصوصية منازعات المنافسة خاصةً وأن الاجتهاد القضائي الجزائري لم يعمل على تطوير مقتضياتها لتخوفه من المساس بجوهر الموضوع.
- توسيع مجال تدخل القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد بإدخال حالات أخرى متعلقة بعمليات إبرام الصفقات العمومية لا سيما المراحل التحضيرية وعدم حصرها في قواعد الاشهار والمنافسة.
- تعزيز نظام الغرامة التهديدية لأهميتها في حمل الإدارة على التنفيذ وذلك باقتطاعها من الذمة المالية لمخالفي إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- توضيح طبيعة الأمر الصادر في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد في مدى إمكانية الطعن فيه وآجاله.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المراجع باللغة العربية:

أولاً: النصوص القانونية:

- **الدستور**

1. الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر1996. معدل ومتمم بقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 25، صادر بتاريخ 14 أفريل 2002، معدل ومتمم بقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، وقانون رقم 16-01، يتضمن التعديل الدستوري، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

- **القوانين العضوية**

1. قانون عضوي رقم 98-01، يتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه، مؤرخ في 30 مايو سنة 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، صادر بتاريخ 1 يونيو سنة 1998، معدل ومتمم بقانون عضوي رقم 11-13، مؤرخ في 26 يونيو سنة 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 34، صادر بتاريخ 3 غشت سنة 2011.

- **النصوص التشريعية**

1. قانون رقم قانون رقم 98-02، يتعلق بالمحاكم الإدارية، مؤرخ في 30 مايو سنة 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، صادر بتاريخ 1 يونيو سنة 1998، (ملغى).
2. قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، صادرة بتاريخ 8 مارس 2006، متمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، صادرة بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 غشت سنة 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،العدد 44، صادرة بتارخ 10 غشت 2011.
3. قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21 ، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

- **النصوص التنظيمية**

1. مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ثانيًا: الكتب

1. طارق زياد، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق –دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2011.
2. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
3. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

ثالثًا: المقالات:

1. حليمة بروك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد 11، 2006، الجزائر.
2. سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 5، العدد 1، 2012، الجزائر.

3. عامر دحوان، ابراهيم يامة الغرامة التهديدية سلطة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 08، العدد 01، 2020، الجزائر.

4. عمار رزيق، شمس الدين بشير، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر ، العدد11 ،2017 ،الجزائر.

5. فاطمة موساوي، دور القضاء الاداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة العدد 11، 2018، الجزائر.

6. فريال كريكو، تسوية منازعات الصفقات في الجانب الاستعجالي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد 51، 2019.

7. محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد البحوث والدراسات العربية، العدد 5 ، 2015.

رابعًا: رسائل الدكتوراه والماجستير

1. حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

2. آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012.

3. أمينة غني، الاستعجال في المواد الادارية في قانون الإجراءات المدنية، مذكرة ماجستير، تخصص الإجراءات والتنظيم القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن محمد، وهران ،2012.

4. عز الدين كلوفي، نضام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،2012.

5. نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2013.

6. فريد رمضاني، تنفيذ القرارات الإدارية واشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.

7. حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2015.

8. خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، 2017.

9. عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،2018.

10. حسين كمون، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

خامسًا: المداخلات العلمية:

1. عبد الكريم بودريوه، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011 ،المركز الجامعي الوادي، الجزائر.

2. عبد الوهاب شرقي، الاستعجال القانوني آلية لمواجهة تجاوزات الإدارة العامة في إبرام الصفقات العمومية ، الملتقى الدولي الثامن حول التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون، يومي 6و 7 مارس 2018،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر.

3. عمار بريق، الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وإشكالاته، الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، يومي 5و 6 ماي 2009، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر.

4. محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، الجزائر.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

I. OUVRAGES :

1. BERBARI Mireille, « Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence », LE MONITEUR, Paris, 2001.
2. René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 12éme Edition Montchrestien, Paris, 2006.

II. ARTICLES :

1. AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, « Management des marchés publics », **séminaire I.S.G.P**, du 26 au 19 Septembre 2006.
2. Michel GIBAL, « Le nouveau code des marches publics, une réforme composite », la semaine juridique , juris classeur périodique, Édition général, №16-17, Paris, 2004.

الهوامش:

[1]- مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[2]- قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، صادرة بتاريخ 8 مارس 2006، متمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، صادرة بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 غشت سنة 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، صادرة بتارخ 10 غشت 2011.

[3]- قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21 ، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

[4]- يعرف الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية بأنه "إجراء قضائي مستعجل، الهدف منه حماية مبدئ الاشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وذلك بصفة مؤقتة ودون المساس بأصل الحق، من خلال منح قاضي الاستعجال سلطات واسعة وغير معهودة في نطاق الدعاوى الاستعجالية العامة".

[5]- الاستعجال عنصر مرن غير محدد وهو الشرط الذي تضمنته المواد 920، 921 و 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون أن تقدم تعريفًا له لتولي الفقه والقضاء هذه المهمة، حيث تم الاستقرار على تحديد مفهومه بكونه ذلك الخطر الذي يهدد الحق المراد المحافظة عليه عبر اتخاذ إجراءات سريعة لا تتحمل التأخير ولا تتحقق بواسطة التقاضي العادي راجع في ذلك خيرة بن سالم ، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه ،تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، 2017، ص .277

[6]- وهو من الشروط الأساسية في دعوى الاستعجال والمقصود به أن لا يمس بموضوع النزاع الذي يعود اختصاص الفصل فيه لقضاء الموضوع على أساس أن قضاء الاستعجال يتدخل كأصل عام لاتخاذ تدابير وقتية تحفظية لا تمس بأصل الحق.

[7]- إذّ تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

[8]- وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية **Société radiométrie** بتاريخ 8 أفريل 2005 بأن كل مؤسسة مترشحة من أجل نيل الصفقة، تملك المكنة في رفع طعن استعجالي ما قبل التعاقدي ويمكنها أن تحتج أمام القاضي على مخالفة التزامات الاشهار والمنافسة حتى وإن لم تتضرر.

لكن بعد قرار **Smirgeans** الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 3أكتوبر2008 أصبح القاضي يشترط الضرر الناجم عن إبرام العقد، فكل مؤسسة تضررت من عملية إبرام العقد أو كان إبرام العقد سوف يُحدث لها ضرر بإمكانها اخطار قاضي الاستعجال.

نقلاً عن خيرة بن سالم، المرجع السابق ص.285.

[9]- عبد الكريم بودريوه، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، ص.10

[10]- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 5، العدد 1، 2012، الجزائر، ص.10

[11]- بخصوص تطبيقات القضاء الفرنسي لشرط المصلحة أنظر: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.489

[12]- أنظر المادة (L 551-1) من القانون رقم 2000-597، المؤرخ في 30 جوان 2000 المتضمن قانون القضاء الإداري.

[13]- طارق زياد، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق –دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2011، ص. 36

راجع أيضًا مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.304

[14]- أغفلت المادة 815 في صيغتها باللغة العربية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط الكتابة في عريضة افتتاح الدعوى وهو خطأ مادي حيث تضمنت الصياغة باللغة الفرنسية صراحة هذا الشرط بنصها « Le tribunal administratif est saisi par une requête écrite »

[15]- لمزيد من التفصيل أنظر: خيرة بن سالم، المرجع السابق، ص.278.

[16]- René CHAPUS, op cit, P. 1439.

[17]- René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 12éme Edition Montchrestien, Paris, 2006, P. 1441.

[18]- إذّ تنص المادة 946 في فقرتها الثانية على "... وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا إبرام العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية" فعبارة أُبرم العقد توحي بإمكانية رفع الدعوى بعد إتمام إبرام الصفقة العمومية.

[19]- عن تفاصيل القرار أنظر خيرة بن سالم، مرجع سابق، ص.284

[20]- عمار بريق، الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وإشكالاته، الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، يومي 5و 6 ماي 2009،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ص.1

[21]- نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2013، ص. 240

[22]- عز الدين كلوفي، نضام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،2012، ص. 63

[23]- المرجع نفسه، ص ص 65-66.

[24]- عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،2018 ، ص. 292

[25]- أمينة غني، الاستعجال في المواد الادارية في قانون الإجراءات المدنية، مذكرة ماجستير، تخصص الإجراءات والتنظيم القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن محمد ،وهران ،2012، ص.215

[26]- فريال كريكو، تسوية منازعات الصفقات في الجانب الاستعجالي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد 51، 2019، ص.558

[27]- فرق مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة والأشكال الثانوية التي لا تؤثر على الصفقة وإغفالها لا يستدعي اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلاً.

لمزيد من التفصيل أنظر: نادية تياب، المرجع السابق، ص. 269

[28]- أنظر في ذلك:

Michel GIBAL, « Le nouveau code des marches publics, une réforme composite », la semaine juridique , juris classeur périodique, Édition général, №16-17, Paris, 2004, P722.

[29]- بودريوه عبد الكريم، المرجع السابق، ص.10

[30]- وهو من أهم المبادئ المعلن عنها في دستور1996 إذ تنص المادة 37 منه على "حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون"، يُعتبر النص أساسًا قانونيًا لحرية المنافسة والتجارة التي يقوم عليها اقتصاد السوق.

راجع نص المادة 37 من الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر1996. معدل ومتمم بقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 25، صادر بتاريخ 14 أفريل 2002، معدل ومتمم بقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، وقانون رقم 16-01، يتضمن التعديل الدستوري، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

الجدير بالذكر أن نص المادة 37 في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 هو المادة 43 وجاء نصها كالآتي "حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون..."

[31]- AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, « Management des marchés publics », **séminaire I.S.G.P**, du 26 au 19 Septembre 2006, P. 85-102.

[32]- سلوى بومقورة، المرجع السابق، ص. 13.

[33]- BERBARI Mireille, « Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence », LE MONITEUR, Paris, 2001, P. 79

[34]- عبد الوهاب شرقي، الاستعجال القانوني آلية لمواجهة تجاوزات الإدارة العامة في إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الثامن حول التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون، يومي 6و 7 مارس 2018،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، ص. ص. 425- 426.

[35]- عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص. 135

[36]- فاطمة موساوي، دور القضاء الاداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة العدد 11، 2018، الجزائر، ص. 272

[37]- عمار رزيق، شمس الدين بشير، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر ، العدد11 ،2017 ،الجزائر،ص.636

[38]- نقلا عن حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1 ،2015، ص. 300

[39]- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص. 60

[40]- محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد البحوث والدراسات العربية،العدد 5 ، 2015، مصر، ص. 32

[41]- نادية تياب، المرجع السابق، ص. 280.

[42]- نقلاً عن عبد الله كنتاوي، المرجع السابق، ص. 252

[43]- حليمة بروك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر،العدد 11، 2006،الجزائر، ص. 307

[44]- نادية تياب، المرجع السابق، ص. 283

[45]- محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،يوم 20 ماي 2013 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة يحي فارس ،الجزائر، ص. 15

[46]- محمد مهدي لعلام، المرجع السابق، ص. 33

[47]- نقلاً عن آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص. 306

[48]- حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص. 61

[49]- نقلاً عن آمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص.318

[50]- قرار مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قضية (ك. م) ضد وزارة التربية الوطنية، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص. 178

نقلا عن حسين كمون، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص. 264

[51]- فريد رمضاني، تنفيذ القرارات الإدارية واشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص. 264

[52]- تنص المادة 340 من قانون رقم 66- 154 على "إذا رفض المدين تنفيذ التزاما بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، يثبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضر ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية ما لم يكن قد قضى بالتهديدات المالية...".

[53]- إذ تنص المادة 471 في فقرتها الأولى من قانون رقم 66- 154 على " يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن يصدر أحكاما بتهديدات مالية في حدود إختصاصها وعليها بعد ذلك مراجعتها و تصفية قيمتها ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة بناءا على طلب الخصوم أن يصدر أحكاما بتهديدات مالية و... ".

[54]- عامر دحوان، ابراهيم يامة، الغرامة التهديدية سلطة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 08، العدد 01، 2020، الجزائر، ص. 432

[55]– قانون عضوي رقم 98-01، يتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه، مؤرخ في 30 مايو سنة 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، صادر بتاريخ 1 يونيو سنة 1998، معدل ومتمم بقانون عضوي رقم 11-13، مؤرخ في 26 يونيو سنة 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 34، صادر بتاريخ 3 غشت سنة 2011.

هذا بالإضافة إلى قانون رقم قانون رقم 98-02، يتعلق بالمحاكم الإدارية، مؤرخ في 30 مايو سنة 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، صادر بتاريخ 1 يونيو سنة 1998، (ملغى).

[56]- آمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص .316

[57]- عامر دحوان، المرجع السابق، ص. 433

[58]- آمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص.307

[59]- خيرة، بن سالم، المرجع السابق، ص .295

[60]- راجع نص المادة 6 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[61]- فريد رمضاني، المرجع السابق، ص. 134

[62]- عامر دحوان، المرجع السابق، ص. 438

[63]- عبد الله كنتاوي، المرجع السابق، ص274

[64]- نادية تياب، المرجع السابق، ص .290

[65]- آمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص. 282

[66]- نادية تياب، المرجع السابق، ص.291

[67]- وهو ما أكدته المادة 983 من قانون رقم 08-09 بنصها "في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في حالة التأخير في التنفيذ تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها".