

## دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية

في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المؤرخ في 2015/9/16

المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

الدكتورة عمارة مسعودة

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة -2-

### ملخص

تتلخص دراستنا في الأهمية التي أولى المشرع بها الصفقات العمومية للأهمية التي تعطيها في اقتصاد أية دولة، ويبدو ذلك جليا من خلال النصوص القانونية المتعاقبة والتعديلات التي عرفها نظام الصفقات منذ أول تشريع في 1967، ويرجع ذلك لكون الصفقة من أكثر المواضيع ارتباطا بالواقع الاقتصادي والسياسي لأي دولة، فهي تمثل مجال استراتيجي لاستهلاك المال العام في الجزائر وتنفيذ المشاريع التنموية.

وبات من الضروري تحديد مفهوم الصفقة العمومية من خلال المراجعات القانونية الكثيرة التي عرفها قانون الصفقات منذ أول تنظيم قانوني لها إلى آخر تنظيم بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/9/16.

### Résumé

Notre étude consiste à démontrer la grande importance que le Législateur a donné aux marchés publics tant qu'elle joue un rôle important dans l'économie des états, et de toute évidence cela se manifeste à travers des textes juridiques successifs et les modifications définies par la loi des marchés traitant depuis la première loi en 1967 ces transactions.

Toutefois les marchés publics sont les sujets les plus liés avec la réalité économique et politique de tout État, elle représente une zone stratégique pour la consommation de l'argent public en Algérie et la mise en œuvre de projets de développement.

Il est devenu nécessaire de définir le concept de transaction publique à travers les nombreuses révisions juridiques définies par la Loi porte depuis la première organisation juridique d'avoir un autre organisme en vertu du décret présidentiel 247/15

## مقدمة

يكتسي موضوع الصفقة العمومية أهمية بالغة لاقتصاديات الدول وذلك لكون الصفقة العمومية الطريقة القانونية التي تستخدمها الدولة لتنفيذ مختلف المشاريع ويعتبر قانون الصفقات العمومية الإطار القانوني الذي يحكم كيفية إنفاق المال العام ، لذلك يجب أن تكون أحكامه ونصوصه مضبوطة ومحكمة بحيث تضمن حسن الإنفاق وتصونه من الفساد خاصة إذا علمنا أن الجزائر تباشر منذ 1990 برامج تنموية ضخمة في إطار تنفيذها لبرنامج المخطط الخماسي 2010/2014 الذي خصه رأس الجمهورية بغلاف مالي قدره 286 مليار دولار (وتتمثل هذه البرامج في : مخطط دعم الإنعاش الاقتصادي 2001/2004 الذي يهدف إلى الحد من الفقر وخلق مناصب شغل..الخ، برنامج التكميلي لدعم النمو 2005/2009 جاء في إطار مواصلة دعم وتيرة البرامج والمشاريع التي سبق إقرارها في إطار مخطط دعم الإنعاش الاقتصادي بعد ارتفاع سعر النفط إلى حدود 38.5 دولار سنة 2004، المخطط الخماسي للتنمية 2010/2014 انظر لمزيد =من التفصيل كل من : عبد الحكيم حطاش، هند زيتوني ص 2/1)، وذلك راجع لارتفاع المحسوس الذي يعرفه برميل البترول في السنوات الأخيرة الذي ساهم بشكل ملحوظ في زيادة واردات الخزينة العمومية ، وبت من الضروري إذا وضع اطر قانونية تحمي المال العام. فأداء الحكومة وحسن تسيير المال العام مقرون بفعالية قانون الصفقات العمومية، لذلك ابتغينا من وراء دراستنا تحديد مفهوم الصفقة العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 مقارنة بالمرسوم الرئاسي السابق المنظم للصفقات العمومية 236/10 المعدل والمتمم. تظهر أهمية دراسة نظام الصفقات العمومية هو الإطار القانوني الذي يحكم كيفية إنفاق الميزانية المخصصة للتجهيز، وبالتالي يجب أن يكون محكما، بحيث يضمن الرقابة على إنفاق المال العام وتحصينه من الفساد.

وعليه فإن فعالية أداء الحكومة وأداء المؤسسات-المتعاملين المتعاقدين - من جهة، وحماية المال العام من جهة أخرى مقرون بفعالية نظام الصفقات العمومية، و تتمحور فعالية نظام الصفقات العمومية لأي دولة حول مدى استجابته للعناصر الثلاث التي نرى أنها تشكل الركائز الرئيسية لإدارة الصفقة العمومية بشكل ناجح ألا وهي الشفافية، السرعة والرقابة المالية. ونظرا لما تخطط له الدولة من إنجاز لمشاريع ضخمة رصدت لها مبالغ مالية كبيرة، فإن هاته المشاريع التنموية تحتاج لإجراءات قانونية تكفل تحرير العروض وحمايتها من جهة وتضمن المال العام من جهة أخرى، وعليه تعد الصفقات العمومية الأداة القانونية

والاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، ذلك أن سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم أساسا على آلية الصفقات العمومية التي تضطلع بدور أساسي في هذا المجال نظرا لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة خاصة. ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالخزينة العامة كان لا بد من التعامل مع هذا الإنفاق بنوع من الحزم عن طريق إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة وإخضاعها لإطار رقابة محددة ومتنوعة، بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية وهدر المال العام وبذلك يتحقق التوازن الاقتصادي بين الفاعلين الاقتصاديين والدولة بما يحقق مصلحة الجميع. وإشكالية الدراسة : ما موقف المشرع من الصفقة العمومية كعقد إداري مسمى في إطار قانون الصفقات العمومية ؟ وهل العقد الإداري صفقة عمومية على ضوء قانون الصفقات العمومية ومتى يكون العقد مجرد عقد اداري لا يخضع لهذا القانون؟.

### المبحث الأول: علاقة العقد الإداري بالصفقة العمومية

المعلوم أن الإدارة تمارس نشاطها الإداري باستعمال وسيلة القرار الإداري والعقد الإداري ويجب في هذا المقام تعريف العقد الإداري من الناحية الفقهية، ذلك أن الصفقة العمومية ليست إلا نوع من أنواع العقود الإدارية إلى جانب تحديد القانون صراحة للعقد الإداري. إلى جانب المعايير القانونية المحددة لتعريف العقد الإداري.

### المطلب الأول: التعريف الفقهي للعقد الإداري

عرف العقد الإداري انه: "عقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير كرفق عام أو تنظيمه. وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام" (ثروت بدوي ص 402)

أما علاقة الصفقات العمومية بالعقد الإداري فهي أولا في المفهوم الاصطلاحي عقد إداري باعتباره عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، والعقد الإداري كما هو معلوم شأنه شأن كافة العقود المعروفة في القانون الخاص، إلا أنه يتميز عن هذه الأخيرة كون الإدارة طرفا جوهريا فيه وهي تحوز امتيازات لا مثل لها في الأحكام المتعلقة بالعقود الخاصة، إذ لا وجه للتساوي بين المراكز القانونية لطرفي العقد، فالإدارة

تتمتع بجملة من الامتيازات القانونية في كافة المراحل التي تمر بها عملية إبرام العقود الإدارية إلى غاية تنفيذها أو إنهائها

وعلى اعتبار الصفقات العمومية نوع من التصرفات القانونية، التي تصدرها الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العمومية، وهي من حيث التأصيل القانوني عبارة عن عقد إداري، إلا أن هذا الأخير يتخذ طبيعة وشكل محدد يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق الإرادتين على إحداث آثار قانونية، فضلا عن ذلك احتواء الصفقات العمومية على بعض الجوانب الفنية، وتعلق إنجاز مشاريعها على تقنيات وخبرات معينة، جعلها بذلك تنفرد بالعديد من الأحكام التشريعية والتنظيمية، مقارنة بالعقد بمفهومه العام الذي يكفي فيه تطابق الإرادتين على إحداث الآثار القانونية.

### المطلب الثاني: التحديد القانوني للعقد الإداري

➤ يمكن التعرف على العقد الإداري من خلال ما يقوم المشرع به تحديد صريح لطبيعة العقد واسمه فيضع قائمة بأسماء العقود التي يعتبرها إدارية: كعقود الأشغال العمومية وهو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق إليه وبقاء للشروط المقترنة بالعقد. ويشترط في عقد الأشغال العامة الشروط الآتية :

- أن ينصب موضوع العقد على عقار سواء كان هذا العقار محكوما للإدارة أم لا، أما إذا انصب موضوع العقد على منقولات مملوكة للإدارة العامة فلا يعتبر عقدا إداريا حتى ولو كانت هذه المنقولات تدخل في نطاق الدومين العام.

اذ يتم العمل في عقد الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام (الدولة، الولاية، البلدية.....).

- يجب أن يكون الهدف والغرض من الأشغال محل العقد تحقيق منفعة عامة".

➤ و عقود التوريد " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة منقولات للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين "، و عقود القرض العام هي اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو أحد الشركات بتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة (أو بنوك) بقرض مبلغا من المال إلى شخص من أشخاص القانون

العام (الدولة، الولاية....)مقابل فائدة سنوية محددة ورد القرض وفقا للشروط وذلك في نهاية الأجل المحدد " إلى جانب عقود الكهرباء والغاز وغيرها من العقود.  
فيعرف هذا الأسلوب في تحديد العقود بالأسلوب التشريعي أو القانوني لتحديد ما يعرف بالعقود الإدارية ويمكن اعتبارها من العقود الإدارية المسماة وهي على غرار العقود المدنية منظمة بشكل واضح في القانون فتخضع عقود خدمات والتوريد والأشغال لقانون الصفقات العمومية 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

### المطلب الثالث: تعريف القضائي للعقد الإداري

طالما أن المشرع لا يمكنه أن يحدد حصرا قائمة العقود الإدارية وإنما مثلا فكان لزاما على الفقه والقضاء أن يبحث عن معايير لتمييز العقود الإدارية عن سواها. ويرجع الفضل في وضع نظام العقود الإدارية والقانون الإداري عامة للقضاء الإداري الفرنسي(علاء الدين عشي ص293)، ولهذا الغرض أوجد مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من المعايير لتمييزه عن العقد المدني والتي جاءت بصورة متدرجة وعلى مراحل وحسب الفقه والقضاء العقد الإداري كل عقد توفرت فيه الشروط التالية :

معيار العضوي أو أن تكون الإدارة طرفا في العقد: فيعتبر العقد إداريا إذا كان أحد أطرافه جهة إدارية مختصة بالدولة أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فالعبرة في هذا المعيار هو الجهة التي أبرمت العقد.

إلا أن هذا المعيار غير سليم، ذلك أن الإدارة قد تبرم عقود خاصة تخضع لأحكام القانون المدني وليس لأحكام القانون الإداري وبالتالي المعيار لوحده ليس كافيا لتحديد المقصود بالعقود، ولا بد الاستعانة بمعيار آخر.

### معيار البند غير المألوف: "clauses exorbitantes":

لا يكون العقد إداريا حسب فقهاء القانون الإداري إلا إذا تضمن ما يعرف بالبند غير المألوف في العقود الخاصة ويقصد بها: تلك الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوق أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في إطار القانون الخاص "و حاول الفقه تحديد هذه الشروط غير المألوفة:

- امتياز الإدارة في فرض عقوبات مختلفة على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء:

كالعقوبات المالية..

- امتياز سلطة الإدارة في فسخ العقد من جانب واحد.

- امتياز سلطة تغيير طريقة تنفيذ العقد بفرض أعباء جديدة على المتعاقد مثلاً.

- تضمين امتياز الإدارة العقد بنود تجعل أطراف العقد غير متكافئة حيث تخل بمبدأ

مساواة المتعاقدين.

- امتياز الإدارة منح المتعاقد معها شروط استثنائية في مواجهة الغير بأن تخول له بعض

السلطات العمومية والتي تمنح أصلاً للإدارة كأن تخوله بعض اختصاصات الضبط أو حق

الاحتكار

- جعل اختصاص وفصل النزاع بالعقد من اختصاص القضاء الإداري.

و غيرها من البنود، وهي تشكل شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص التي تخضع

للمادة 106 ق م ( الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ) وهذا لا يعرفه القانون

الإداري الذي يسمح للإدارة في العقود الإدارية أن تستخدم سلطتها في إدراج البند غير

المألوف، دون حاجة إلى موافقة المتعاقد الثاني ولا تدخل القاضي كما هو حال العقد

المدني، ذلك أن الإدارة تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، وهو اعتبار يقف وراء استخدام

الإدارة لهذه الشروط وليس للمتعاقد الآخر سوى الإذعان لها أو الامتناع عن العقد دون أن

يكون له حق المناقشة.

إلا أن هذا الأسلوب غير كافي لوحده ذلك أن الإدارة قد تعقد عقود إدارية دون أن

تستعمل بنود غير مألوفة هذا ما دفع إلى البحث عن معيار آخر لتكملة النقص الذي يعرفه.

معيار أن يكون للعقد صلة بالمرفق العام:

لا يكفي أن يعتبر العقد إدارياً أن يحوي بنود غير مألوفة ولا أن تكون الإدارة طرفاً فيه

لابد أن يتصل العقد بالمرفق العام.

فبعد تبني القضاء الفرنسي للمعنى العضوي للمرفق، تطورت أحكامه للجمع بين هذا

المعيار والمعيار الموضوعي الذي اعتبر المرفق العام: النشاط الذي تتولاه الدولة أو أشخاص

القانون العام مباشرة أو التعهد به إلى آخرين ولكن تحت إشرافها ورقابتها لإشباع حاجات

الجمهور تحقيقاً للصالح العام وذلك يعني أن يكون موضوع العقد مرفق عام يستهدف تقديم

خدمات للجمهور وعلى الرغم من دور هذه المعايير لكن الفقه لم يسلمها من النقد فبالنسبة

للمعيار العضوي قد تكون الإدارة طرفاً في العقد بوصفها شخص معنوي خاص ويعتبر العقد

إداريا أما بالنسبة لمعيار البند غير المؤلف قد تستخدم الإدارة امتيازات القانون العام في كل عقودها سواء كان منها مدنيا إداريا.

بالنسبة لمعيار المرفق العام فقد اتسع مفهوم المرفق في الآونة الأخيرة نتيجة توسع نشاط الإدارة وانتقلنا من المرفق العام الإداري إلى مرفق عام تجاري صناعي.

مهما يكن الأمر تبقى هاته المعايير مجتمعة لها دور في تحديد تعريف العقد الإداري الذي يعتبر كل اتفاق تبرمه سلطة عامة لتسيير مرفق عام باستعمال وسائل المرفق العام

#### المطلب الرابع: خصوصية العقد الإداري عن العقد المدني

وباعتبار ما تعقده الإدارة عقداً، فإنه يخضع في تكوينه للقواعد العامة في العقود، حسبما تنظمها النظرية العامة في العقود في القانون الخاص، والتي تعلن أن عناصر العقد - أي عقد - تكاد تنحصر في الرضا والسبب والمحل. وتتميز عقود أشخاص القانون الخاص، بأنها يتم انعقادها بين أطراف ذوي إرادات متساوية، مما يجعل تطبيق القانون عليها ميسوراً، فضلاً عن أنها عقود قديمة، وأنها تخضع لقواعد القانون الخاص القديمة كذلك.

وفي الجانب الآخر فإن العقد الإداري، عقد يتم عقده بين الإدارة العامة وآخرين، والقاعدة أن للإدارة العامة هدف متفق عليه، تسعى لتحقيقه، وهو هدف الصالح العام، في حين أن المتعاقد مع الإدارة - وهو في الغالب الأعم من أفراد القانون الخاص - يسعى لتحقيق صالحه الخاص، وأنه لا يهتم بالصالح العام، ولا يسعى لتحقيق الصالح العام. من هنا كان العقد الذي تبرمه الإدارة، بين طرفين يسعى أحدهما لتحقيق الصالح العام، ويسعى الآخر لتحقيق صالحه الخاص.

ولما كان المنطق على أن يكون الصالح العام أفضل وأهم وأولى بالرعاية من الصالح الخاص، فقد ترتب على ذلك أن تكون إرادة من يسعى لتحقيق الصالح العام، أعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق صالحه الخاص فقط. ولقد ترتب على ذلك أن صار العقد الذي تبرمه الإدارة - وهي راعية الصالح العام والساعية على تحقيقه - بين طرفين إرادة أحدهما أعلى من إرادة الآخر، بالمخالفة للقاعدة العامة المستقرة في دائرة علاقات القانون الخاص، والتي تقرر المساواة المطلقة بين إرادات المتعاقدين. وبهذا يقوم فارق هام وجوهري، بين عقود القانون الخاص، وعقود القانون العام.

على أن الإدارة لا تسيير على مبدأ واحد، مفاده أن تكون في عقودها دائماً صاحبة الإرادة العليا، وإنما تلجأ أحياناً إلى قواعد القانون الخاص في تعاقدها، متخلفة عن امتيازات

السلطة العامة التي يمنحها المشرع لها للقيام على تحقيق الصالح العام. ومن هنا صارت العقود التي تبرمها الإدارة، دائرة بين نوعين من التعاقدات، نوع تتمسك فيه بامتيازاتها، مما يجعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها، فيظهر العقد في شكل يخالف شكل عقود قانون العلاقات الخاصة، ومتضمناً شروطاً لا نظير لها في مجال علاقات القانون الخاص، ويكون بديها أن يخضع هذا النوع من العقود، لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للعقود في القانون الخاص. (الشافعي أبو راس، ص 2/1)

ويتمثل النوع الثاني، فيما تعقده الإدارة من عقود، متخلفة عن سلطاتها وامتيازاتها، فتكون في موقع مساوٍ لموقع المتعاقد معها، وإرادتها مساوية لإرادته، ومن ثم يخضع العقد في كل منازعاته لقواعد القانون الخاص. وهكذا كانت دراسة أصول وأحكام العقود الإدارية، ضرورية للتمييز بين النوعين. ولم تظهر هذه التفرقة إلا مع ظهور القانون الإداري، والذي بدأ ظهوره بالمعنى الفني الدقيق بظهور نظام القضاء الإداري في فرنسا مع بداية القرن التاسع عشر، وبدأ مجلس الدولة الفرنسي في ابتكار نظريات القانون الإداري وإرساء قواعدها، ومن بينها - وفي وقت متأخر عن النشأة - نظرية العقود الإدارية (الشافعي أبو راس، المرجع السابق ص 4/3)

#### المطلب الخامس : الطبيعة القانونية للصفقة العمومية

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية هل هي عقد إداري أم عقد مدني، وانقسم في ذلك إلى فريقين، الفريق الأول يترأسه العميد الفرنسي (Duguit) الذي يرى انه لا يوجد فارق موضوعي بين العقود المدنية والعقود الإدارية بمعنى أن العناصر الأساسية في كلا من العقدين واحدة حيث يجب توفر " الأهلية - الرضا - السبب - محل " فالاختلاف لا يوجد هنا على العناصر الأساسية وإنما يوجد على الاختصاص القضائي فقط، إذ يرفع النزاع أمام القضاء الإداري لأن الإدارة تظهر في العقد بصفتها سلطة عامة.

و ذلك قصد تسيير مرفق عام وهو نفس الشيء ما نجده في العقد المدني والعقود التجارية حيث يكون هذا الأخير من اختصاص المحاكم التجارية وهي التي تختص في المنازعات الناشئة عن عقود تجارية.

والفريق الثاني هناك إجماع للفقهاء الفرنسيين على ضرورة تمييز العقد الإداري عن باقي العقود حيث يخضع العقد الإداري لنظام قانوني مستقل ومميز عن العقد الذي يحكمه نظام القانون الخاص، وذلك الاختلاف يكمن في المصادر الأساسية لكل منهم إذ يشكل الاجتهاد القضائي الإداري مصدر جل القواعد المنظمة للعقد الإداري.



وتجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد موقفه من طبيعتها في قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام الجديد، حيث نجده اكتفى باعتبارها عقود مكتوبة في نص المادة 2 منه التي تنص : "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات "

ونجد المشرع في المرسوم الجديد 247/15، على عكس المرسوم السابق 236/10 أكد في تعريفه للصفقة العمومية على ما يلي:

\* أن الصفقة العمومية عقد تبادلي أو عوضي باستعماله عبارة "بمقابل" في مواجهة المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها.

\* الصفقة عقد يبرم في مواجهة طرف آخر سمي في المرسوم الجديد المتعامل الاقتصادي وليس المتعامل المتعامل مع الإدارة.

\* الصفقة العمومية عقد غرضه تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجالات محددة اما الاشغال او اللوازم او الدراسات.

\* عرف الصفقة في المادة 2 منه قبل إن يحدد من يمثل المصلحة المتعاقدة في مفهوم هذا المرسوم.

وعليه الصفقة العمومية حسب هذا القانون تمثل عقدا إداريا - المادة 2 منه وتتميز بالخصائص التالية:

- عقد احد أطرافه إدارة، فاحد أطراف الصفقة شخص من أشخاص القانون العام سواء أكان شخص مرفقي أو إقليمي (ماجد راغب الحلوص 403)

استخدام أساليب القانون العام: فتلجأ الإدارة عند إبرامها للصفقة إلى استخدام أساليب القانون العام من خلال اعتمادها تضمين الصفقة شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

- ارتباط العقد بتسيير مرافق عامة : يتعلق العقد الإداري بنشاط المرفق العام وهذه فكرة أساس القانون الإداري والتي اعتمادها القضاء الفرنسي في بدايات تكوين نظرية القانون الإداري في كل من حكم rotchild 1855/9/6 و حكم Blanco الشهير 1973/2/8 عن محكمة التنازع الفرنسية (ابراهيم المناني ص 20)

## المبحث الثاني: التطور القانوني لمفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

تعرف الصفقة العمومية لغة بالعقد أو البيعة واصطلاحا هي دلالة على نقل السلع أو البضائع أو الخدمات من شخص إلى آخر، وهي تتنوع بين صفقة حسب الطبيعة و صفقة حسب الموضوع ( فريد خلاطو ص 2 وما يليها )

تحديد تعريف الصفقة العمومية من باب أولى دراسة التطور التشريعي الذي يمثل تطورا لمفهومها ذلك أن المشرع الجزائري على غرار تشريعات المغرب العربي (حيث جاء في القانون التونسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الفصل الأول من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 17-12-2002 المعدل بموجب الأمر عدد 1638 المؤرخ في 4/8/2003 تعريف الصفقة بـ: " عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو للتزود بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة ". كما عرّفها المشرع الليبي في المادة 3 من لائحة العقود الإدارية رقم 263 بتاريخ 2000/05/17، " يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة (جهة الإدارة) بقصد تنفيذ مشروع من المشاريع المعتمدة في الخطة والميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطوير أو تسيير المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ويستهدف تحقيق المصلحة العامة. " وعرفها المشرع المغربي في المادة 4 من مرسوم رقم 2-12-349 صادر 2013/3/20 العدد 6140 ص 3025 بأن الصفقة هي: "كل عقد بعوض يبرم بين صاحب مشروع من جهة، وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاول أو مورد أو خدماتي، يهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات....." ويبدو أن تعريف المشرع المغربي اقرب إلى تعريف المشرع الفرنسي (. أورد تعريفا لصفقة العمومية في نص القانون.

### المطلب الأول: التطور التشريعي للقانون المنظم للصفقة العمومية

مر العقد الإداري بجملة من المراحل مرتبطة بتطور تشريع الصفقات العمومية في الجزائر ذلك أن الصفقة العمومية نوع من أنواع العقود الإدارية كالقرض العام، الأشغال العمومية إلى غير ذلك....

وقد مرت الصفقة العمومية بجملة من المراحل وهي:

1. من الاستقلال إلى 1967: ورثت الجزائر غداة الاستقلال بنية إدارية فرنسية أبقى عليها ثابتة بصدور قانون المشهور 62/12/31 الذي مد العمل بالنصوص الفرنسية إلا مال يتعارض منها مع السيادة الوطنية. ولا شك أن لهذه المرحلة عظيم الأثر في تأثر بالنمط الفرنسي في تنظيم الصفقات العمومية خاصة أن فرنسا حاولت قدر الإمكان أن تبعد من مجال

تطبيق قانون الصفقات العمومية المؤسسات الصناعية والتجارية لأسباب متعلقة أساسا بالتوجيه الليبرالي لهذه الدولة.

2. من 1967 إلى 1982: صدر فيها أول قانون للصفقات العمومية بموجب الأمر 90/67 صادر ب 1967/06/17 يمكن تلخيص أهم النقاط التي طبعت هذا الأمر في الملاحظات التالية:

- استحياء الكثير من مواد هذا الأمر من التشريع الفرنسي للصفقات العمومية  
- صدور قانون الصفقات العمومية 90/67 بموجب أمر وهذا لغياب السلطة التشريعية المنتخبة آنذاك فصدر لسد الفراغ التشريعي في هذا المجال.  
- مجال تطبيق الأمر 90/67 الجانب الإداري دون التجاري والصناعي حيث أعطى المشرع في المادة الأولى منه الأولوية للعقود التي تبرمها الدولة والبلديات والمؤسسات والمكاتب العمومية.

3. مرحلة صدور مرسوم 145/82: صدر المرسوم بتاريخ 82/04/10 لينظم صفقات المتعامل العمومي حيث استحدث هذا المرسوم في مادته 4 مصطلح جديد لم يعرفه القانون القديم، والذي عرفته المادة 5 "جميع الإدارات العمومية، جميع المؤسسات والهيئات العمومية، جميع المؤسسات الاشتراكية..." والملاحظ على هذا المرسوم انه:وسع من مدلول المتعامل العمومي ليشمل كل المؤسسات.

4. مرحلة صدور الإصلاح 1991: تتسم هذه المرحلة بصدور المرسوم التنفيذي 434/91 الصادر 1991/11/9 والذي نظم الصفقات بشكل يختلف عن سابقه خاصة وأن الجزائر عرفت اصطلاحات سياسية ودستورية... الخ بعد التصويت على دستور 1989، وأكد هذا المرسوم على المعيار العضوي ومعيار الكتابة في تعريف الصفقة إلى جانب المعيار العضوي.

5. مرحلة مرسوم رئاسي 250/02 آخر تعديل بموجب المرسوم 338/08: ما يميز هذا المرسوم انه صدر بموجب مرسوم رئاسي خلافا لسابقه وهو ما يعكس الضبابية في توزيع الاختصاصات وعدم وضوح بين ما هو مخصص للرئيس وما هو مخصص لرئيس الحكومة ومع استحواذ الرئيس على السلطة التنظيمية أصبح له حق إصدار مراسيم تنفيذية.

6. مرحلة مرسوم رئاسي 236/10: وعرف مرة أخرى قانون الصفقات تعديل عبر بشكل واضح عن صلاحية الرئيس خاصة بعد التعديل الدستوري 2008 الذي أعطى صلاحيات واسعة للرئيس وسدد في إجراءات إبرام الصفقات إلى جانب التشديد الرقابة لحماية المال العام.

7. مرحلة المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/1/13 و: التعديلات الجديدة والتي تمت بناء على تقرير لوزير المالية مست 09 مواد من القانون وهي المواد (2، 6، 8، 24، 44، 114، 125 مكرر، 128 و المادة 134) وجاءت أهم التعديلات في المادة 02 والمادة 24 وهما المادتان اللتان عدلتنا سابقا، ففي التعديل الخاص بالمادة 02 تم هذه المرة استثناء المؤسسات العمومية الاقتصادية من قانون الصفقات العمومية على أن تعد هذه المؤسسات إجراءات جديدة حسب خصوصيتها مع بقاء خضوعها للمراقبة الخارجية المخولة لمحافظي الحسابات ومجلس المحاسبة والمتفشية العامة للمالية، أما المادة 24 في المرسوم فعدلت مرة أخرى بعد أن كانت قد عدلت سنة 2011 .

و جاء بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر بمشاريع، لكن لم يحدد المرسوم نوع المشاريع ونوع الشراكة وطبيعة الاستثمار ويبقى تطبيق بنود هذه المادة المعدلة مؤجل إلى غاية صدور التنظيم الخاصة بها وفق قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالاستثمار وسيكون هذا القرار حاسم حيث تنتظره المؤسسات الأجنبية التي تتخوف من صدور إجراءات قد تحد من إمكانياتها وقدراتها في تنفيذ المشاريع التي توكل إليها في حالة إلزامها بالشراكة مع مؤسسات جزائرية محدودة الخبرة والإمكانات خاصة إذا كانت التعديل الجديد ليلزم المؤسسات الأجنبية الفائزة بصفقات عمومية في إطار مناقصات دولية هذه الشراكة وفق قانون الاستثمار الحالي وحددت نسبة الشراكة وفق قاعدة 49/51 حسب قانون المالية التكميلي 2009 (الأمر 01/09 المؤرخ في 2009/12/27 المتضمن قانون المالية التكميلي عدد الجريدة 44)

8. مرحلة المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 الجديد: هو المرسوم الجديد الذي جاء لينظم مجال الصفقات العمومية وهو على غرار المرسوم السابق يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد الذي نظمته في هذا المرسوم.

حيث اظهر تطبيق المرسوم الرئاسي 236/10 السابق على ضوء التجارب الممارسين بعض العقبات في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وكانت الصعوبات المثارة من طرف المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين على حد سواء سببا في إنشاء فوج عمل وزاري تضمن كل من ممثلي أرباب العمل وممثلي الوزارة ولأول مرة ممثلين عن أرباب لعمل الخواص والعموميين وتمخض عن هذا العمل الخروج بتدابير لتخفيف إجراءات إبرام الصفقات العمومية من اجل السماح للمصالح المتعاقدة بتلبية حاجياتها في شفافية وفعالية مع احترام شروط الاقتصاد وترشيد استعمال المال العام طبقا للمعايير الدولية وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من المرسوم 247/15 محل الدراسة.

وجاء المرسوم الجديد بشق جديد يتعلق بتفويض المرفق العام، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفوض تسيير المرفق وذلك ما لم توجد نصوص تشريعية تقضي بغير ذلك، فيتكفل المفوض له بصفة أساسية باستغلال المرفق العام كما يمكن للسلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الإدارة العمومية أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق.

وتفويض المرفق العام هو : من الأساليب الحديثة لتسيير المرفق العام،(استعمل اصطلاح تفويض المرفق العام لأول مرة في التشريع الفرنسي، وذلك في قانون 6 فبراير 1992 الخاص بالإدارة اللامركزية للجمهورية حيث يفرض هذا القانون بعض الشروط الإجرائية في إبرام عقود تفويض المرفق العام من قبل الجماعات المحلية، كما يقرر مبدأ ضرورة العلانية السابقة. غير أن قانون 29 يناير 1993 الخاص بالوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والمساطر العمومية، قطع شوطاً كبيراً في تطور الفكرة حيث وسع نطاق عقود تفويض المرفق العام إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام بما في ذلك الدولة والمؤسسات العمومية، ووضع نظاماً قانونياً أكثر اكتمالاً من النظام الوارد في القانون السابق، ويعتبر القانون الصادر في 11 ديسمبر 2001 والمعروف بقانون "مورسيف" هو أول قانون يعرف مفهوم تفويض المرفق العام بأنه : "عقد بمقتضاه يفوض الشخص المعنوي العام تسيير مرفق عام يكون تحت مسؤولية، إلى المفوض له عام أو خاص يتقاضى رسوماً من المنتفعين تكون لصيقة بنتائج استغلال المرفق"

إما على مستوى الاجتهاد القضائي الفرنسي، أقر مجلس الدولة عدة مبادئ، نذكر منها :

- لا يجوز لبعض الهيئات العمومية أن تتنازل عن اختصاصاتها لفائدة شخص خاص، كتفويض اختصاصات الغرف الفلاحية أو مهام الشرطة لصالح الأشخاص الخاصة .  
-السلطة المفوضة تلتزم بمراقبة المفوض له لكي يحترم قواعد المرفق العام، فإن رفض تطبيقها يصح للمستفيدين من المرفق أن يرفعوا دعوى ضده.

-يجوز للسلطة المفوضة أن تعدل شروط تنفيذ العقد كما يجوز لها أن تضع نهاية لعقد التفويض (انظر احمد بوعشيق ، ص 11 وما يليها )

هو نقل اختصاص سلطة ومسؤولية الدولة أو أي شخص معنوي عام للقطاع الخاص لإدارة واستغلال المرفق العام لفترة زمنية محددة لتحقيق مصلحة عامة، وعليه يصنف عقد تفويض المرفق العم ضمن العقود الإدارية لوجود شخص عام مانح التفويض لتنفيذ مرفق عام هو موضوع التفويض لتحقيق فائدة عامة للجمهور(نادية ضريفي لكثير من التفصيل في تفويض المرفق العام في الجزائر وزعيم إيمان ص 41).

وعليه من أهم عناصر التفويض المرفق العام :

- احد الطرفين شخص عام هو مانح التفويض.

- شخص خاص صاحب التفويض.

- موضوع التفويض تنفيذ مرفق عام بالإدارة أو الاستغلال أو تنفيذ منشآت والعقد محدد بمدة زمنية ، على أن يتحمل صاحب التفويض مسؤوليات عامة هي تشغيل وإدارة المرفق العام وتوفير التمويل اللازم ويقابل كل هذه الأهداف حق لصاحب التفويض بتحقيق إيرادات على هامش المشروع مرتبط بشكل مباشر بأداء نتائج استغلال المرفق العام وهذا الشرط يربط المقابل المالي بالأداء الجيد وتحمل المخاطر المسئول عنها، فسوف نكون بصدد عقد مقاولات او صفقة عامة وليس عقد تفويض، وهذا الأمر يلزم وجود آلية رقابية ذات كفاءة وفعالية عالية من بل مانح التفويض على صاحب المشروع وعليه الأسس الأزمة لتطبيق تفويض المرفق العام هي :

-وجود مرفق عام قابل للتفويض على ألا يكون مرفق سيادي كالتعليم والصحة..الخ من وظائف الدولة.

-وجود مانح للتفويض السلطة العامة وصاحب التفويض القطاع الخاص.

-محل العقد إدارة أو تشغيل المرفق العام دون نقل الملكية من العام للخاص ما يعرف بخصخصة الإدارية الجزئية.

- صاحب التفويض يتحمل كل المخاطر التشغيلية والتمويلية وبدونها لا يجوز إطلاق عقد التفويض عليه.

- تحديد مدة زمنية معلومة قابلة للتجديد إذا دعت الحاجة تعتمد على طبيعة العقد إن كان إدارة مرفق تكون قصيرة وإن كان إدارة وتمويل مالي لبعض المنشآت التابعة للمرفق العام ستكون طويلة.

- ارتباط المقابل المالي بأداء المرفق العام.

- وجود رقابة فعالة ومستمرة على صاحب التفويض.

- اللجوء إلى هذا النوع من العقد في حال العجز الإداري والفني في إدارة المرافق العامة لضعف الإمكانيات أو لتحسين جودة المخرجات أو بسبب الفساد الإداري.

وتتعدد صور التفويض حسب نوع وطبيعة المرفق العام موضوع العقد وأشهر تلك العقود عقد الامتياز وهو يختلف عنه في كون هذا الأخير يستعمل الاختيار المباشر من قبل الدولة أما في التفويض يجب أن يكون بأسلوب الإعلان التنافسي هذا ما دفع المشرع بالنص عليه في قانون الصفقات الجديد

**المطلب الثاني: تعريف الصفقة العمومية عبر مراحل تطور قانون الصفقات الجزائري**

عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية بأنها "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون." عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات."

لم يتعد المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن سابقه كثيرا وقدمت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية بقولها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة."

نظمت الصفقة العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم ب 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 التي عرفت الصفقة العمومية من خلال اعتماد جملة من المعايير الخاصة الكتابة والموضوعي والعضوي الذي اسال الحبر الكثير للمشاكل التي كان يطرحها والمالي.

وبموجب المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 نجد المشرع أكد مرة أخرى على اعتبار الصفقة عقود مكتوبة تبرم وفق المعايير التالية :

حسب م 2 معيار الكتابة" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم....."

والكتابة شرط للانعقاد وليس للإثبات وذلك لان الصفقات العمومية أداة لتنفيذ المخططات التنموية والبرامج الاستثمارية كما أن الصفقات تتحمل مصاريفها الخزينة العمومية.

حسب م 4 دائما معيار المادي أو الموضوعي "...قصد انجاز الخدمات، أشغال، اللوازم، الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة."

وهكذا فان الصفقة العمومية تشمل إحدى العمليات الآتية اقتناء اللوازم أو الخدمات...

حسب المادة 2 من قانون الصفقات العمومية 247/15

ونعني من أحكام هذا المرسوم صفقات استيراد المنتوجات والخدمات التي تتطلب من الإدارة - المصلحة المتعاقدة- اتخاذ القرار وذلك بحكم الطبيعة الخاصة للصفقة في عدم استقرارها وتقلب أسعارها (فؤاد حجري ص 124 إلى 126)

و عليه لما كانت الصفقات عقود إدارية مسماة فلها موضوع محدد بنص المادة 4 من مرسوم 236/10 الملغى والمادة 2 من المرسوم الجديد ذلك لأنها لا تتعلق إلا بجانب واحد وهو المصاريف العمومية أو النفقات المادة 13(المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ 2015/9/16 عدد الجريدة الرسمية 50 يقابلها نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى) ويقصد بها كل الأموال التي تصرفها الدولة من اجل إشباع الحاجات العمومية

فالصفقات العمومية تتضمن دفع أموال العامة مقابل انجاز أشغال أو اقتناء لوازم او سلع لحساب أشخاص عامة، أما الصفقات التي يمكن أن تتضمن إيرادات مدا خيل فهي تخرج من إطار هذا المرسوم.



حسب م13 معيار المالي (المرسوم الرئاسي محل الدراسة 247/15 المؤرخ 2015/9/16 عدد الجريدة الرسمية 50) "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة 12 مليون دينار 12.000.000 او يقل عنه للاشغال واللوازم، و ستة ملايين دينار 6.000.000 للدراسات والخدمات " وهكذا حدد سقف صفقات اللوازم والأشغال بـ :12 مليون أو يقل أما صفقة الدراسات والخدمات بـ : 6 ملايين دينار. وهذا على خلاف المرسوم الملغى 236/10 الذي حدد السقف باقل من ذلك، حيث جاء في نص المادة 6 منه "كل عقد أو طلب يساوي 8 ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم، و4 ملايين دينار لخدمات الدراسات أو الخدمات فقد ربط المشرع الصفقة العمومية في مجال الأشغال واللوازم أن تساوي أو تقل عن 8 ملايين دينار وفي خدمات الدراسات والخدمات أن تساوي 4 ملايين دينار.

الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، تخضع لقانون الصفقات، هو ترشيد النفقات العامة. فكلما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تكشف للجمهور وتعلن من حيث الأصل. كما تخضع لأطر رقابة محددة. أما إذا المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطاً فلا داعي من إرهاق جهة الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية عند ما تريد مثلاً شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ بسيطة.

وهذه الشروط هي ما يميز الصفقة عن العقد الإداري بوجودها يصبح العقد الإداري صفقة عمومية، وطالما تعتبر الصفقة عقداً إدارياً أصلاً لا بد أن تتوفر فيها شروط العقد (قدوح حمامة المرجع السابق ص 144/145):

إشكالية المعيار العضوي أن يكون صادراً من جانب الإدارة:

✓ في مرسوم 236/10 الملغى: نجد المشرع تبنى المعيار العضوي في تحديده للإدارة من خلال كل من المواد 49 قانون مدني و800 قانون إجراءات المدنية الإدارية كل من البلدية والولاية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري و تجدر الإشارة إلى أن هذا المعيار عرف عدم استقرار يظهر لنا جلياً من خلال العديد من التغييرات التي جاء بها المرسوم مقارنة بالمراسيم السابقة إذ أدرج جهات جديدة وحذف أخرى ، وقد حاول المشرع في المرسوم الجديد للصفقات العمومية 247/15 تفادي ذلك.

حيث إن المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم بالمرسوم 03/13 السابق أقصى المؤسسات العمومية الاقتصادية من الخضوع لهذا القانون وعرف المشرع الإدارة المتعاقدة بموجب الصفقة ب: المصلحة المتعاقدة وعدد أشخاصها في نص م2 (معدلة بموجب المرسوم الرئاسي 13،03/13 المؤرخ في 13/01/2013) وهي كل من: الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، الهيئات الوطنية المستقلة، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني. المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي... تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة و مما سبق يتبين أن المشرع قد حاد عن المعيار العضوي في نص هذه المادة ذلك أنه يعتبر العقود التي تبرمها مؤسسة العمومية ذات طابع تجاري والصناعي، صفقة عمومية وإن كان هنا العقد ليس إداريا لكنه صفقة عمومية، لذا نقول كل صفقة عمومية عقد باستثناء "عقد مؤسسة العمومية ذات طابع تجاري والصناعي" صفقة وليس عقد إداري.

وهكذا المشرع ادمج من خلال نص المادة 2 العديد من المؤسسات والأشخاص العامة التي اختلفت من حيث المهام والطبيعة ويعتبر تعداد مفرد في هذا المرسوم.

بل حتى أن المشرع بهذا النص خرج عن ما جاءت به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/2/25) والتي تنص: "المحاكم الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها"، وبالمقابل اعترف المشرع باختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بعقد الأشغال العامة وحددت اختصاص المكان الذي تقع به الأشغال أو التنفيذ في نص المادة 2/800 من قانون الإجراءات الإدارية (مراد بلكعيبات، المرجع السابق ص 2 وما يليها).

بل حتى أن المشرع عقد الاختصاص للمحكمة الإدارية للنظر في مجال العقود الإدارية عامة مهما كانت طبيعتها وهذا بالنظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

ومن هنا يتضح لنا التباين في النصوص التشريعية خاصة إذا تعلق الأمر بالمؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري الصناعي هل الاختصاص يعود للقضاء العادي أو الإداري؟.

في المرسوم 247/15 الجديد : نجد المشرع تراجع عن التعداد المفرط الذي عرفته المادة 2 من المرسوم السابق وحدد في نص المادة 6 منه المصلحة المتعاقدة بكل من :  
-الدولة

-الجماعات الإقليمية

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية مموه كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة او الجماعات الإقليمية. وهكذا المشرع حدد المصلحة المتعاقدة في أشخاص على سبيل الحصر تمثل أشخاص إدارية واتفق مع ما جاء في نص المادة 49 قانون المدني والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبذلك قضى على الإشكالات القانونية التي أثارها التعداد الذي جاءت به المادة 2 من المرسوم السابق الملغى، واكتفى باعتبار العقد الذي تبرمه المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري إلى أحكام قانون الصفقات إذا كان ممول من طرف الإدارة وهكذا يمكننا اعتبار المال العام شرط أساسي ليصطبغ عقدها بوصف الصفقة العمومية.

المعيار المادي : إذا كانت الصفقة العمومية عقد إداري حسب المعيار العضوي كما بيناه أعلاه، فيبدو أن المشرع الجزائري في المادة 6 من قانون الصفقات العمومية موضوع الدراسة قد اخذ بالاستثناء، ذلك انه إذا كان المعيار المعتمد هو العضوي -الأصل -في تحديد الجهة الإدارية ذلك لم يمنع المشرع من الأخذ بالاستثناء وتطبيق المعيار المادي في هذه الحالة باعتبار المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع لقانون العام وتطبيق امتيازات المرفق العام وعليه تعتبر الصفقة العمومية عقدا إداريا بغض النظر عن الأطراف المتعاقدة، وكل نزاع يتعلق بتنفيذها من اختصاص القاضي الإداري حسب المعيار المادي، طالما أنها مموه جزئياً أو كلياً من الإدارة العامة وان يكون نشاطها خاضع للمنافسة المادة 7 من المرسوم 247/15.

فمعيار البند غير المؤلف: يمنح الصفقة العمومية للإدارة باعتبارها عقدا إداريا امتيازات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص وقد كرس هذا الامتياز في العديد من نصوص هذا المرسوم. معيار الصلة بالمرفق العمومي: فيجب أن يكون العقد الذي يبرمه الشخص العمومي له ارتباط بنشاط المرفق العام أو لصالحه.

معيار الارتباط بقواعد القانون العام: وذلك بأن يخضع العقد في تنظيمه وقواعده للقانون العام.

و تعفى من الأحكام الواردة في المرسوم العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين. كما لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم.

### المطلب الثالث: التعريف القضائي للصفقة العمومية

رغم أن المشرع الجزائري عرّف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات، إلا أنّ القضاء الإداري الجزائري، حال فصله في بعض المنازعات، قدّم تعريفا للصفقات العمومية على غرار القضاء المصري ( بالمقابل يعرف القضاء الإداري في مصر العقد الإداري بأنه: " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص انظر لمزيد من التفصيل حمدي ياسين عكاشة المرجع السابق ص 4 وعمار بوضياف المرجع السابق ص 8)

ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما، خاصة إن كانت هذه الجهة تقع في قمة هرم القضاء الإداري، وهذا هو الدور الطبيعي لجهة القضاء.

إنّ القضاء الإداري وهو يفصل في بعض المنازعات، وإن كان ملزم بالتعريف الوارد في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية وأن لا يخرج عنه، غير أنّ الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاوله ربطه بالوقائع محل الدعوى. ومن هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء وإضافاته.

وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها 284953 المؤرخ في 25/6/2002 اختصاص القضاء الإداري في المنازعة حول تنفيذ الصفقة (بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 486) وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة بسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: "...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."

يبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أنّ مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنّها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص. في حين أنّ العقد

الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة وأنّ القوانين الجاري بها العمل تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي وعلى رأسها القانون المدني في نص مواد 49 و50. وقانون البلدية لسنة 2011 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 60 منه. وقانون الولاية لسنة 2012 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 87 منه وتنظيمات أخرى كثيرة.

كما أنّ التعريف أعلاه حصر الصفقة العمومية على أنّها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أنّ الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى. ومع ذلك تظل تحتفظ بطابعها المميّز كونها صفقة عمومية.

ولم يصرف التعريف القضائي أيّ أهمية لعنصر الشكل بأن أشار مثلا أنّ الصفقة العمومية تتمّ وفقا لأشكال وإجراءات محدّدة قانونا رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب. ولا تفوتنا الإشارة أنّ التعريف أيضا يستعمل مصطلح مقالة بقوله: "حول مقالة أو إنجاز مشروع..." وكان حري بمجلس الدولة أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني، ويستعمل عوضا عنه عقد الأشغال العامة تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية. وأن يقتصر على ذكر عبارة إنجاز أو تنفيذ أشغال لينصرف المفهوم لعقد الأشغال العامة وهو عقد إداري. ولا ينصرف لعقد المقابلة وهو عقد مدني لما للعقدين من اختلاف كبير وجوهري إن على مستوى طرق الإبرام وإجراءاته، أو على مستوى سلطات الإدارة وامتيازاتها أو على مستوى رقابة تنفيذ العقد وطرق إنجاءه.

وهي في مجملها تشكّل نظرية العقد الإداري والتي تتميز بأحكام خاصة تجعلها تستقل عن نظرية العقد المدني. (عمار بوضياف المرجع السابق ص 10 وما يليها)

الملاحظ أن مجلس الدولة بقي على نفس موقفه السابق بمناسبة نظره في القضية المستأنفة أمامه، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهان ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت التي صدر بشأنها القرار الذي جاء في الصفحة 4 منه: "ولكن حيث بعد الإطلاع على الملف وعلى رد المستأنف عليه يتضح أن الصفقة محل النزاع.. وعليه فإن القانون المرجعي هو قانون الصفقات العمومية وبالتالي ذلك يفتح الاختصاص للقضاء الإداري" (قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهان ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، قرار في 14 ماي 2001، قضية رقم 000332، غير منشور، موزع من طرف الأستاذ بن ناجي شريف بمناسبة امتحان مادة الصفقات العمومية على طلبة الدفعة 14، المدرسة العليا للقضاء جويلية 2005)

وكرس مجلس الدولة نفس الاتجاه في تاريخ سابق، في قرار جاء فيه: "حيث أن المسألة تتعلق بنزاع حول صفقة عمومية، وبهذا فإنه وطبقا للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم 84-51 المؤرخ في 25/02/1984 فإن القضاء الإداري هو وحده المختص" (قرار صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 23 نوفمبر 1998، تحت رقم 122.893، غير منشور)

المطلب الرابع : الخصوصيات الفنية للصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

تعرف الصفقة العمومية مجموعة من الخصائص الفنية التي تميزها عن سواها من العقود الإدارية وهي :

• احد أطراف العقد إدارة :

حتى يعتبر العقد إداريا يجب أن يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص القانون العام، سواء تعلق الأمر بالدولة أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية، وهذا ما يميزه عن العقود الخاصة التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص، وباعتبار الصفقة نوع من العقود الإدارية بالضرورة يجب أن يكون احد أطرافها شخص عام، وإن كان قانون الصفقات العمومية 247/15 المادة 7 منه : " - لا يخضع العقد الذي تبرمه إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم

-المبرمة مع المؤسسات العمومية لخاضعة للتشريع التجاري اذا كانت ممولة جزئيا او كليا من الدولة أو الجماعات الإقليمية إذا كان نشاطها غير خاضع للمنافسة  
-المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع  
-المتعلقة باقتناء أو تأجير أراضي أو عقارات  
-المبرمة مع بنك الجزائر  
-المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية بموجب اتفاقيات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا

-المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم  
-المبرمة مع المحامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل  
-المبرمة مع هيئة مركزية للشراء الخاضعة لأحكام هذا الباب وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة " (المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ 16/9/2015 الجريدة الرسمية العدد 50 )

• تنظيمها بمقتضى مرسوم رئاسي:

المعلوم أن المرسوم الرئاسي هو الشكل القانوني لصلاحيه التشريعية الاستثنائية لرئيس الجمهورية في غير المسائل المخصصة للقانون، وهذا بموجب المادة 125 من دستور 1996 المعدل في 2008 (دستور 1996 المؤرخ 1996/12/8 الجريدة العدد 76، المعدل والمتمم بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 2008/11/16 الجريدة الرسمية عدد 63)، التي تشير إلى أن رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون وتعرف السلطة التنظيمية بأنها "تلك التي تتمثل في إصدار قواعد قانونية عامة ومجردة على شكل مراسيم وقرارات إدارية تطبق على جميع الأفراد أو على فئة معينة منهم دون تحديد ذواتهم.

ووفق المادة 125 من الدستور (دستور 1996 المؤرخ 1996/12/8 الجريدة العدد 76، المعدل والمتمم بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 2008/11/16 الجريدة الرسمية عدد 63) فإن السلطة التنظيمية تشمل المجال الذي يخرج عن اختصاص المشرع فيعود لرئيس الجمهورية فيصدر مراسيم تنظيمية مستقلة، بل حتى انه يشارك في إصدار المراسيم التنظيمية التنفيذية التي تعد من اختصاص الوزير الأول حسب نص المادة 3/85 من دستور 1996 المعدل 2008 (دستور 1996 المؤرخ 1996/12/8 الجريدة العدد 76، المعدل والمتمم بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 2008/11/16 الجريدة الرسمية عدد 63) أين يتطلب موافقة مسبقه لرئيس الجمهورية وتنقسم المراسيم الى :

أ- المراسيم أو اللوائح المستقلة:

يقصد بها تلك التنظيمات التي يصدرها رئيس الجمهورية في المجال الخارج عن مجال البرلمان وبالتالي تعتبر سلطة رئيس الجمهورية التنظيمية واسعة وغير محددة وذلك لأنه يتم تحديدها بطريقة سلبية مما يجعل مجالها واسع بمس كافة الميادين باستثناء المجال المخصص للقانون المحدد في المادتين 122 و123 من الدستور والخاص بالسلطة التشريعية.

كما أن التنظيم المستقل يستند في تأشيراته للدستور وليس للقانون وبالتالي يملا الفراغ الذي قد يتسبب فيه تحديد مجال تدخل البرلمان، ومن أمثلة التنظيم المستقل نجد المراسيم المتخذة لإعلان حالة الطوارئ أو الحصار أو الظروف الاستثنائية أو الحرب وفق المواد من 91- إلى 96 من الدستور ومن أمثلتها المرسوم الرئاسي 91-196 الصادر 1991/06/04

(جريدة الرسمية عدد 29 ) يتضمن إعلان حالة الحصار والمرسوم الرئاسي 92-44 الصادر  
1992/02/09 ( جريدة الرسمية العدد 10 ) المتضمن إعلان حالة الطوارئ.

وهكذا ان السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية أصبحت تتعدى التنظيمات المستقلة  
لتشمل المجال التنفيذي ايضا.  
ب المراسيم التنفيذية:

إن نص المادة 125 من الدستور 1989 كان يمنح اختصاص تنفيذ القوانين والتنظيمات  
في يد رئيس الحكومة آنذاك غير انه أصبح اليوم من قبل عمل رئيس الجمهورية ويشارك  
الوزير الأول في إصدارها حيث أن تعديل الدستور 2008 يؤكد على أن الوزير الأول يوقع  
على المراسيم التنفيذية بعد موافقة رئيس الجمهورية ويفهم من كلمة يوقع انه ليس صاحب  
الاختصاص وإنما مجرد توقيع للمراسيم التنفيذية وبعد الموافقة رئيس الجمهورية.

وقد يكون تنظيم الصفقة بموجب مرسوم، نظرا لاعتبار الصفقات العمومية بمثابة  
المجال الهام والاستراتيجي لتسيير واستهلاك الأموال العمومية وتنفيذ المشاريع التي لها  
علاقة وثيقة بتحقيق الخدمات

العمومية للجمهور، هذه الأهمية هي التي جعلت النظام القانوني للصفقات العمومية  
يخضع إلى عدة تطورات استجابة، للتغيرات والمؤشرات الاقتصادية التي عاشتها الجزائر،  
بالإضافة إلى التعديلات التشريعية التي مر بها قانون الصفقات العمومية منذ صدور الأمر  
رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن الصفقات العمومية وهي أول خطوة  
تشريعية في مجال الصفقات العمومية.

#### •ارتباط الصفقة بالأموال العامة :

إن الصفقات العمومية تتعلق أساسا بتسيير واستهلاك الأموال العمومية، هذه الأخيرة  
التي عرفها الفقه بأنها تلك الأموال المنقولة والثابتة المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية  
العامة والتي يتم تخصيصها للمنفعة العمومية، وهي ما يعرف بالدومين العام، وقد خص  
المشرع الجزائري الأموال العامة بحماية دستورية وهو ما نستشفه من نص المادة 18 من  
الدستور الجزائري (دستور 1996 المؤرخ 8/12/1996 الجريدة العدد 76، المعدل والمتمم  
بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 16/11/2008 الجريدة الرسمية عدد 63) التي تقضي بأن  
الأموال الوطنية يحددها القانون وتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من



الدولة والولاية والبلدية"...، كما نظمها القانون المدني (الأمر 58/75 المؤرخ 1975/9/26 المعدل والمتمم قانون 10/05 المؤرخ في 20/يونيو 2005 والقانون 05/07 المؤرخ في 13/5/2007) استنادا للمادة 688 منه " فإن الأموال العمومية لا يجوز التصرف بها أو حجزها أو تملكها بالتقادم..." لأملاك الوطنية.

و نظرا لتنظيمه للأموال العامة فقد أحاطه المشرع بإجراءات صارمة وضوابط قانونية دقيقة سواء بالنظر إلى المصلحة المتعاقدة أو المتعامل معها، وقد نص قانون الصفقات العمومية على ضرورة أن تراعي في إبرام الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المترشحين، وشفافية في التعاقد لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

#### • حماية قانونية صارمة للصفقة العمومية :

بقراءة نص قانون الصفقات العمومية توحى بوجود العديد من الأحكام التي خصها المشرع بها، لاسيما على ضوء التعديلات الأخيرة التي طرأت على هذا القانون بهدف تعزيز الشفافية وتثمين مردود الصفقات العمومية، وتظهر هذه الحماية القانونية في تضمين الصفقات العمومية جملة من الشروط والإجراءات الشكلية، وتحديد الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات، كذلك كيفية اختيار المتعامل المتعاقد، وكافة القواعد الموضوعية والإجراءات الشكلية التي تسري على الصفقات العمومية المسبقة المنصوص عنها في قانون الصفقات العمومية، بالإضافة إلى إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي.

وللأهمية البالغة التي تكتسبها الصفقات العمومية وهي الرقابة، التي يهدف من خلالها المشرع إلى حماية المال العام سواء تعلق الأمر بالرقابة الداخلية التي تمارسها المصلحة المتعاقدة، أو الرقابة الخارجية التي تمارسها اللجان الخاصة بالصفقات العمومية، كما نشير إلى أن الرقابة القضائية لا تقل من حيث الأهمية القانونية في مجال تدعيم الحماية القانونية للصفقات العمومية (بومرزوق فايزة الصفقات العمومية خلال مرحلتي الإبرام والتنفيذ، مذكرة ماستير، تخصص قانون الاداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014 ص 14)

المطلب الخامس : تعريف أطراف الصفقة العمومية حسب مرسوم الرئاسي 236/10

المعدل والمتمم

الصفقة العمومية حسب المرسوم الرئاسي 247/15 طرفين:

-المصلحة المتعاقدة

## -المتعاقد الاقتصادي-

### أولاً:المصلحة المتعاقدة

بالرجوع الى المرسوم القديم 236/10 الملغى نجد المشرع الجزائري عدد في نص المادة 4 منه المصلحة المتعاقدة وشملها فيما يلي:

. الولاية .

. البلدية .

. المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: شخص مرفقي عام حسب المادة 49 قانون المدني الجزائري المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 المؤسسات العمومية ذات طابع تكنولوجي والعلمي، المؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني .  
. الهيئات الوطنية المستقلة: سلطات غير تنفيذية مستقلة نشاطها يمس كافة الإقليم كالهيئات الاستشارية الوطنية، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والمجلس الدستوري، البرلمان.....

. المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي: مؤسسة عمومية لها صفة التاجر، تجدر الإشارة أن هذه المصلحة أثير بشأنها نقاش حاد ذلك أنها تطرح إشكالات تتعلق بالقضاء المختص؟

فإذا سلمنا باختصاص القاضي العادي اعتبارا أنها لها صفة التاجر حسب المادة 801 فهي لا تخضع للمعيار العضوي لكن بالمقابل يحكمها قانون الصفقات العمومية في تنظيم عقدها - فهل تخضعها للقضاء الإداري- (راجع ما قلناه أعلاه المطلب الثالث تعريف القضائي للصفقة العمومية ص 09 )

و تجدر الإشارة أن الدراسة القانونية لنظام القانوني للصفقات العمومية التي تبرمها هذه المؤسسات رغم عدم توافرها على المعيار العضوي إلا أنها لها طابع إداري- حسب المعيار المادي فهو توجه المشرع الجديد نحو الأخذ ببعض الاستثناءات عن المعيار العضوي في تحديد الجهة الإدارية (كمال بن خريف المرجع السابق ص 69)

لكن المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 الغى هذا التعداد وقصر المصلحة المتعاقدة على كل من :

**1-الدولة :** اتفق على تعريف عام وبسيط للدولة بأنها مجموعة من الأفراد " السكان، المواطنين، الشعب" تستقر على مساحة معينة ما "إقليم" وتعيش حسب نظام معين ما "سياسي، اجتماعي، قانوني" تتمتع فيه مجموعة معينة بالسلطة والإكراه وحق استخدام القوة على جميع الأفراد، ويفترض هذا التعريف وجود عناصر أساسية لكل دولة إلا أن الباحثين اختلفوا في عدد عناصر الدولة على مر العصور فعلماء السياسة في العصور الوسطى أقرؤا بأربع عناصر أساسية هي: الشعب، الإقليم، الحكومة، السيادة.

إلا أن علماء السياسة في العصر الحديث أضافوا مقومات أخرى يعتبرونها أساسية لتشكيل الدولة هي: الاستقلال والاعتراف الدولي.

## 2-الجماعات الإقليمية :

وهي صورة من صور اللامركزية الإقليمية حيث La décentralisation territoriale تقوم اللامركزية الإقليمية على أساس قيام أشخاص معنوية إقليمية، إلى جانب الدولة، وتعترف لها الدولة بسلطة البت واتخاذ القرارات النهائية في عدد من الأمور والشؤون الخاصة بها، والتي يطلق عليها عادة تسمية الشؤون المحلية.

ففي ظل أسلوب اللامركزية الإقليمية - تسند الدولة جزءاً من الوظيفة الإدارية إلى هيئات إقليمية، أي هيئات يتحدد اختصاصها بنطاق إقليمي محدد. ومن هنا فإن ما يعنيه أسلوب اللامركزية الإقليمية ممارسة الوظيفة الإدارية المحددة لها في حدودها ونطاقها الإقليمي فقط، بحيث يعترف لها بالشخصية المعنوية لجزء من الإقليم (ماجد راغب الحلو المرجع السابق ص 100).

وأه رغم أن اختصاصات هذه الهيئات الإدارية محددة بعدد معين من الوظائف الإدارية، إلا أن الأوضح هنا هو أنه ليس لهذه الهيئات أن تمارس هذه الوظائف، التي وإن كانت محددة إلا أنها كثيرة، إلا داخل حدودها الإقليمية، الأمر الذي غلب صفة الإقليمية عليها.

وتحدد الهيئات الإقليمية في الجزائر بموجب المادة 15 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل في 2008 ان "الجماعات الإقليمية للدولة هي الولاية البلدية" وعليه :

الولاية: جماعة إقليمية لا مركزية تمثل شخص معنوي عام حسب المادة 01 من قانون 07/12 المؤرخ في 21/2/2012

البلدية : جماعة إقليمية لا مركزية قاعدية تمثل شخص معنوي عام حسب المادة 01 من قانون 10/11 المؤرخ في 22/يونيو 2010

3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: شخص مرفقي عام حسب المادة 49 قانون المدني الجزائري المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 المؤسسات العمومية ذات طابع تكنولوجي والعلمي، المؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

#### ثانيا: المتعامل المتعاقد مع الإدارة

لقد وضع تنظيم الصفقات العمومية شروط ومعايير لاختيار المتعاقد مع الإدارة وخصها المشرع بالتنظيم في القسم الثالث من القانون 247/15 في مادتين 37 و38، حيث تنص المادة 37 من قانون الصفقات: "المتعامل المتعاقد هو أن يكون شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى صفقة إما فرادى أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81 أدناه".

يبدو من نص المادة أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة قد يكون شخص أجنبي أو وطني مع عمومية النص.

أما المتعامل المتعاقد الوطني : فقد يكون حسب نص المادة شخص طبيعي أو معنوي تختاره الإدارة وفق شروط وإجراءات إبرام الصفقة، والمعلوم انه إذا كان قانون الصفقات العمومية في بداياته هو آلية لجذب الاستثمار الأجنبي فالمشرع بداية من 2010 تبنى توجه خاص يتناسب مع السياسة الجديدة للدولة في مجال الاستثمار الأجنبي القائم على فكرة الشراكة مع المتعامل الوطني لتحفيز الاستثمار الداخلي - أي المتعامل الوطني -.

وإن دل هذا على شيء إنما يدل على العناية إلي يعطيها المشرع للمتعاقد الوطني مع الإدارة في هذا المرسوم وذلك رغبة منه في توسيع حظوظ المستثمر الوطني على حساب الأجنبي من خلال تمكينه من المشاركة في برنامج الاستثمارات العمومية بتقرير مبدأ الأفضلية ما جاء في المادة 83 من قانون 247/15 وحسب ما تؤكد المواد 83 إلى غاية 87 حيث خصه المشرع في القانون الجديد بقسم كامل من قانون الصفقات.

إلى جانب الاهتمام بالشريك الأجنبي لتحفيز الاستثمار الأجنبي تطبيقا لمبدأ حرية الاستثمار التي نصت عليه المادة 1/4 من الأمر 03/01 المؤرخ 2001/8/20 المتعلق بتطوير الاستثمار(الأمر 03/01 المؤرخ 2001/8/20 المتعلق بتطوير الاستثمار عدد الجريدة 47)

لكن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 في مادته 2/58 نجده اقر قاعدة 51% للشريك الجزائري و49% للشريك الأجنبي (الأمر 01/09 المؤرخ في 2009/127 المتضمن قانون المالية التكميلي عدد الجريدة 44)، وبذلك تراجع عن مبدأ حرية الاستثمار وبقي المشرع محتفظا بهذه المادة إلى يومنا في قانون المالية رغم المناداة بتعديلها.

#### خاتمة

عرفت عملية إبرام الصفقات العمومية اطر تشريعية وتنظيمية مختلفة، بل إن النصوص التشريعية المتعاقبة على تنظيمها اختلفت مضامينها من مرحلة إلى أخرى استجابة للظروف الاقتصادية والاجتماعية.. الخ

ويعتبر المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم الإطار التشريعي الأهم في تاريخ الجزائر نظرا لارتباطه بتنفيذ البرنامج الخماسي 2014/2010 الذي خصص له غلاف مالي مقدر بـ 286 مليار دولار (عبد الحكيم عطاش وهند زيتوني المرجع السابق ص 8) و يعتبر المرسوم الجديد 15/247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق استمرارية له. ونظر لما عرفته الجزائر من اختلاسات كبيرة وتفاديا لكل مظاهر الفساد ولغلق الثغرات الرامية إلى المساس بالمال العام اخضع كل العقود إلى الإشهار من جهة ومن جهة أخرى حدد حالات التراخي بنوعيه وحصرها وكذا نص على اعتماد الإشهار الالكتروني الذي عرفته الجزائر مؤخرا مقارنة بجاراتها المغرب وتونس وتفعيله في ارض الواقع لا يزال حبر على ورق. وعليه نخلص إلى :

- أن المشرع أعاد النظر في تعريف الصفقة العمومية بما يتلاءم والتحويلات
- أعاد المشرع النظر في أطراف الصفقة العمومية خاصة ما تعلق بالمصلحة المتعاقدة التي حددها حصرا وتماشيا مع ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقضى على الإشكال الذي أثارته المادة 2 من القانون القديم
- اعتماد المشرع في المرسوم الجديد على المعيار العضوي واستثناء الموضوعي.
- التأكيد مرة أخرى على المتعامل الوطني كفاعل اقتصادي هام في الصفقة العمومية
- استخدام تكنولوجيا الحديثة بتفعيل دور الإشهار الالكتروني والبوابة الالكترونية في قانون الصفقة على الواقع.
- دعم المشرع دور الأجهزة الرقابية ونص على قسم كامل يخص الفساد .

## المراجع

- الشافعي ابوراس، العقود الإدارية، دون سنة، دون دار نشر، نسخة الكترونية  
www.pdfactory.com
- قدوح حمادة عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية بن  
عكنون ط2 2006
- فؤاد حجري قانون الصفقات العمومية ديوان المطبوعات الجامعية 2006
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، الإسكندرية منشأة المعارف، 1998
- بربارة عبد الرحمن شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية طبعة 1 منشورات بغدادية 2009
- عمار بوضياف محاضرات القانون الإداري المحور العقود الإدارية/ الصفقات العمومية  
العنوان: تعريف الصفقات العمومية معايير تحديد الصفقات العمومية تشريعا وفقها وقضاء التمييز الصفقات  
العمومية عن سائر العقود المدنية دون سنة وطبعة
- إبراهيم المناني عقود الإدارية، دار العدالة والقانون العربية سلسلة الأبحاث والكتب القانونية 2000.
- علاء الدين عشي، مدخل للقانون الإداري دار الهدى مليلة 2012
- ماجد راغب الحلو القانون الإداري دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2004
- كمال بن خريف ، تجربة سونطراك في مجال تطبيق الصفقات العمومية رسالة ماجستير معهد  
الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر 1999
- الرسائل :
- ضريفي نادية، تفويض المرفق العام في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،  
2013/ 2012
- زعيم ايمان ، الطرق المستحدثة لتسيير المرافق العامة - عقد البوت نموذجاً - جامعة محمد خيضر  
بسكرة، مذكرة ماستر، 2014/2013
- المقالات والملتقيات :
- عبد الحكيم حططاش، هند زيتوني، رؤية نقدية لنظام الصفقات العمومية في الجزائر الشفافية،  
السرعة، الرقابة المالية، الملتقى الدولي الجزائر خمسون سنة من التجارب التنموية ممارسة الدولة  
الاقتصاد والمجتمع دون سنة
- مراد بلكعبيات مجال تطبيق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري الملتقى الوطني السادس  
حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام يوم 20/5/2013
- فريد خلاطو، الصفقات العمومية ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية 10/9 جانفي 2008  
مخبر المغرب الكبير اقتصاد ومجتمع 2008

- عمار بوضياف المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية  
مجلة دفاتر السياسية والقانون عدد 5 الصادرة 2011/6/5 مجلة جامعة الجلفة بوزيان عاشور 2011  
-احمد عشيق، عقود الشراكة بين القطاعين الخاص والعام : سياسة عمومية حديثة، لتمويل التنمية  
المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الادارية، نحو اداء متميز في القطاع الحكومي، المملكة العربية  
السعودية . معهد الادارة العامة، الرياض 2/1 نوفمبر 2009  
القوانين:

-قانون 07/12 المؤرخ في 2012/2/21 المتضمن قانون الولاية عدد الجريدة 12  
-قانون 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2010 المتضمن قانون البلدية عدد الجريدة 37  
- قانون الصفقات العمومية 236/10 المؤرخ في 2010/..../. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي  
03/13 المؤرخ في 2013/01/13 عدد الجريدة الرسمية 37  
-المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات  
المرفق العام  
-قانون الإجراءات الإدارية والمدنية 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 عدد الجريدة الرسمية 50  
- القانون المدني الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/25 المعدل والمتمم 2007/5/13 عدد  
الجريدة 31

الأمر 03/01 المؤرخ 2001/8/20 المتعلق بتطوير الاستثمار عدد الجريدة 47  
- الأمر 01/09 المؤرخ في 2009/12/27 المتضمن قانون المالية التكميلي عدد الجريدة 44  
- الأمر 03/01 المؤرخ 2001/8/20 المتعلق بتطوير الاستثمار عدد الجريدة 47  
- الأمر 01/09 المؤرخ في 2009/12/27 المتضمن قانون المالية التكميلي عدد الجريدة 44  
-القانون التونسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 17-12-2002 عدد 3158  
المعدل بموجب الأمر المؤرخ في 4/ 2003/8/ عدد 1638  
-القانون الليبي لائحة العقود الإدارية رقم 263 بتاريخ 2000/05/17  
-القانون المغربي مرسوم رقم 2-12-349 صادر 2013/3/20 العدد 6140  
المواقع الالكترونية:

- www.prmierministre.gov.dz