

التسوية القضائية للمنازعات الناتجة عن الصفقات العمومية المخالفة للقانون  
Judicial settlement of disputes arising from unlawful public  
procurements

بن النوي زبير أستاذ محاضر "ب" \*

جامعة محمد بوضياف المسيلة

[zoubir.bennoui@univ-msila.dz](mailto:zoubir.bennoui@univ-msila.dz)

تاريخ النشر: 2023/01/15	تاريخ القبول: 2023/01/15	تاريخ الارسال: 2022/06/09
-------------------------	--------------------------	---------------------------

ملخص :

بالنظر الى كون الصفقة العمومية عقد إداري، وبالنظر الى خضوعها الى نفس القواعد الناظمة للعقود من حيث أركانها وشروط صحتها، ففي حالة إبرام صفقة عمومية مخالفة للقانون ورغم ذلك التزام المتعاقد معه بتنفيذها واقعا فان امتناع المصلحة المتعاقد عن تسديد المستحقات المالية لمقابلها بحجة مخالفة الصفقة للقانون من حيث إبرامها لا يترك للمتعاقد معه خيارا غير اللجوء الى القضاء الإداري حامي المشروعية، وعليه فان كيفية تعامل القاضي مع موضوع الدعوى المعروضة عليه من حيث الموازنة بين تطبيق القانون بصرامة على هذا العقد من حيث أركانه وشروط صحته وفق قانون الصفقات العمومية والقوانين ذات الصلة، ومن جهة أخرى من حيث تنفيذ المتعاقد معه لمحل الصفقة واستفادة المصلحة المتعاقدة من عملية التنفيذ إشكالية مهمة مطروحة للنقاش والبحث من خلال ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في الأنظمة المقارنة.

الكلمات المفتاحية : التسوية القضائية- المنازعات- الصفقات العمومية- مخالفة

القانون

\*المؤلف المرسل : بن النوي زبير

**Abstract:**

In view of the fact that public is an administrative contract, and that is governed by the same rules as contracts in terms of elements and validity conditions, In the event of the conduction of an unlawful public procurement, yet it's implementation by the contractor as a commitment is, the contracting service's failure to pay the financial entitlements to the contractor in reason that it's unlawful, that leads the contractor to recourse to administrative judiciary as a legality guardian. Thus, the judge while ruling the case he must imbalance between the strict application of law about the contract's elements and its validity terms in accordance with the public procurement law and relevant laws, on the other side, in terms of the contractor's implementation of the procurement, also, the contracting service benefit from the implementation process is an important problematic to discuss and research through the established jurisprudence of the comparative regimes.

**Key words:** Judicial settlement- disputes- public procurements- unlawful

**مقدمة:**

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع المهمة التي تحافظ دائما على قابليتها للنقاش لما تطرحه من إشكاليات قانونية، كونها احد الأدوات المهمة للإنفاق العمومي بغرض تحقيق المصلحة العامة.

وعليه تدخل المشرع لتحديد الإطار القانوني المنظم لهذا النوع من العقود، مستهدفا من وراء ذلك على الخصوص ما يلي :

- 1- إرساء القواعد الضامنة لمبدأ المنافسة والشفافية والمساواة بين المتنافسين على الصفقة العمومية، وقد ترجم المشرع حرصه هذا بإصدار مجموعة من النصوص في مقدمتها قانون الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>، وقانون المنافسة<sup>(2)</sup>، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(3)</sup>.
- 2- حماية المال العام من خلال رسم طرق صرفه، وهذا من خلال تحديد آليات و أوجه صرفه، و يتجسد هذا في قانون المحاسبة العمومية، وفي النصوص المنظمة لمختلف أنواع

أجهزة الرقابة على المال العام، كرقابة المراقب المالي، والمحاسب العمومي، ورقابة مجلس المحاسبة (4)

3- الحرص على إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة، و المصلحة الخاصة المستهدفة من طرف المتعاقد معه، وهذا بغرض الحد من الصراع المصلي بين طرفي العقد، ويظهر هذا بشكل مباشر من خلال تدخل المشرع باستحياء لتنظيم دفتر الشروط، وبشكل غير مباشر في حالة وصول النزاع إلى القضاء من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(5)</sup> الذي منح للقاضي الإداري سلطات مهمة تجسيدا لدوره الايجابي في تسيير الدعوى.

ورغم هذا التنظيم المتعدد الأوجه لموضوع الصفقات العمومية إلا أن المنازعات المسجلة في هذا الباب في تزايد مطرد، ما يجعلنا نقر مسبقا بوجود نقائص على المستوى التشريعي و التنظيمي، وهذا يفتح المجال للبحث في الموضوع من عدة أوجه.

رغم تعدد وتنوع الجهات المعنية بالرقابة على الصفقات العمومية ومن ثمة الرقابة على المال العام، إلا أننا سنقصر دراستنا هذه على دور القاضي الإداري عندما يتعلق الأمر على الخصوص بصفقة أبرمة بصفة مخالفة للقانون لما تطرحه من إشكاليات قانونية جد مهمة.

وعليه نقول إن الصفقة المبرمة بصفة مخالفة للقانون سواء تعلق بانجاز أشغال، أو توريد سلع ومعدات، أو تقديم خدمات قد تنفذ في الواقع من طرف المتعاقد معه ولكن الإدارة تمتنع عن تسديد مستحقات المتعاقد معه بحجة مخالفة الصفقة العمومية للقانون مما يجبر صاحب الحق على اللجوء الى القضاء للحصول على حقه .

وبالتالي السؤال المطروح هو كيف يتعامل القاضي الإداري مع هذه الصفقة إذا لجأ إليه المتعامل الاقتصادي مطالبا بمستحقاته المالية. هل بإمكان هذه الصفقة ان ترتب أثارا قانونية ولا سيما فيما يخص مستحقات المتعاقد معه ؟ وكيف لصاحب الحق إثبات العلاقة التعاقدية المتمثلة في صفقة مبرمة بصفة مخالفة للقانون؟ ، وما هي الأنظمة القانونية المعتمدة من طرف القضاء الإداري حامي المشروعية لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه الصفقة ؟

وحتى نجيب على هذه الإشكالية المتفرعة اعتمدنا المنهجية التالية:

1. نتناول في المحور الأول صور مخالفة الصفقة العمومية للقانون، إذ لا يمكن أن نتكلم على الآثار القانونية لهذه الصفقة غير المشروعة دون تحديد صور مخالفة الصفقة للقانون.
2. أثر غياب الصفقة من الناحية القانونية على إثبات العلاقة التعاقدية، وكذا على مبدأ المشروعية بحكم أن القاضي الإداري مطالب أساساً بحماية هذا المبدأ.
3. أنظمة المسؤولية المعتمدة من طرف القاضي الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية المخالفة للقانون .

### المبحث الأول: صور مخالفة الصفقة العمومية للقانون

- نكون أمام صفقة مخالفة للقانون في حالات عديدة، نذكر منها ثلاثة رئيسية :
- أ. مخالفة أشكال إبرام الصفقات العمومية كما هو محدد في المادة 39 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 24.15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
  - ب. مخالفة المادة 18 و 135 وما بعدها من المرسوم رقم 247.15 المتعلقة بالملحق
  - ج. مخالفة أركان الصفقة كعقد إداري، أي ركن الرضا، وركن المحل، وركن السبب، وكذا مخالفة الشروط الشكلية للصفقة، ونقصد بها الكتابة أساساً و المصادقة على الصفقة من طرف السلطة المخولة قانوناً، كما هو محدد في المادة 04 من المرسوم رقم 247.15. وهذا ما سوف نتطرق إليه تباعاً .

### المطلب الأول: مخالفة أشكال إبرام الصفقة العمومية

- حددت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام طرق إبرام الصفقات العمومية، حيث جعلت طلب العروض القاعدة العامة، وأسلوب التراضي استثناء .
- وفصلت المادة 42 من نفس المرسوم في أشكال طلب العروض، الذي يكون وطنياً أو دولياً، يمكن أن يكون طلب عروض مفتوح، أو طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، أو طلب عروض محدود، وكذا المسابقة. التزام على المصلحة المتعاقدة أن تختار الشكل المناسب للصفقة المراد إبرامها، وفق الشروط المحددة في المرسوم المذكور .
- فإذا اختارت المصلحة المتعاقدة شكل طلب العروض المفتوح، فبعد إشهار الصفقة للجمهور، وبعد إعداد دفتر الشروط الذي يكون في متناول الجميع، يمكن لأي متعامل أن يتقدم بعرضه في الأجل المحددة.

وإذا تعلق الأمر بطلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، فكل متعامل تتوفر فيه الشروط الدنيا المؤهلة المحددة في دفتر الشروط يمكن أن يقدم تعهده، مع الإشارة إلى أن هذه المؤهلات قد تكون قدرات تقنية أو مالية أو مهنية تراها المصلحة المتعاقدة ضرورية لتنفيذ الصفقة، وهذا حسب المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15.

وقد تختار المصلحة المتعاقدة شكل طلب العروض المحدود الذي تسبقه عملية انتقائية لمتعاملين لا يقل عددهم عن خمسة تتوفر فيهم مؤهلات معينة تحددها المصلحة المتعاقدة، وهذا في مجالات معينة للقيام بدراسات، أو عمليات معقدة، أو ذات أهمية خاصة. مع الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة مدعوة إلى تبيان هذه الخصوصيات المطلوبة في موضوع الصفقة ضمن دفتر الشروط المطروح للمتعاملين وطنيين كانوا أم أجنب.

وإذا تعلق الأمر بإنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة في مجال تهيئة الإقليم أو في مجال التعمير والهندسة المعمارية أو الهندسة بصفة عامة أو في مجال معالجة المعلومات، فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى أسلوب المسابقة، وتكون حسب الحال محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا حسب المادة 48 من المرسوم المذكور

وإذا اختارت المصلحة المتعاقدة أسلوب التراضي للتعاقد باعتباره استثناء على القاعدة فإنها ملزمة بتبرير خيارها وفق حالة من الحالات المحددة على سبيل الحصر في قانون الصفقات العمومية، سواء تعلق الأمر بأسلوب التراضي البسيط حسب المادة 49 من المرسوم رقم 247.15، أو التراضي بعد الاستشارة حسب المادة 51 من نفس المرسوم.

ولا يسعنا في هذا المقام أن نتوسع في أشكال إبرام الصفقات العمومية، ولكن نقول على العموم إن المشرع حدد أشكال الصفقات العمومية على سبيل الحصر، وفي سبيل الموازنة بين السلطة التقديرية للإدارة كمصلحة متعاقدة، وبين حماية مبدأ المنافسة بين كل المتعاملين، وكذا حماية مبدأ المساواة في التعامل معهم في مراحل إبرام الصفقة<sup>(6)</sup> وضع آليات تمكن من ضمان الشفافية في إعداد الصفقات وإبرامها وتنفيذها. فألزم المصلحة المتعاقدة بضمان نشر الصفقة بالأسلوب المناسب، كما حرص المشرع على أخلقة كل التصرفات الصادرة عن رجل الإدارة المكلف بسير عملية التعاقد، وهذا واضح في المواد 3، 4، 5، 7، 8 من القانون رقم 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته<sup>(7)</sup>.

وعليه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية إلا وفق احد الأشكال المذكورة على سبيل الحصر في قانون الصفقات العمومية، وفي الحالات التي يحددها المشرع، وأي مخالفة لهذه الطرق وحالاتها يجعل الصفقة العمومية باطلة.

### المطلب الثاني: مخالفة أحكام الملحق في الصفقات العمومية

قد تضطر المصلحة المتعاقدة إلى إدخال تعديلات على الصفقة العمومية أثناء تنفيذها لمواجهة مستجدات لم تكن متوقعة أثناء المنافسة، وهذا بزيادة خدمات، أو تعديل هذه الخدمات أو تعديل بند أو عدت بنود تعاقدية في الصفقة حسب المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15. (8)

وعليه على المصلحة المتعاقدة إذا كانت مضطرة إلى تعديل الصفقة، وغالبا ما تكون بإضافة خدمات أخرى لم تكن موضوع منافسة أن تحترم نظام الملحق من حيث خصائصه، ونطاقه، وشروط إبرامه، وخضوعه للرقابة.

### أولا: خصائص الملحق

يمكن تحديد هذه الخصائص من خلال قانون الصفقات العمومية نفسه، وبالرجوع إلى الفقه المقارن في مجال القانون الإداري بمفهومه الضيق أو الفرنسي كما يلي:  
الملحق جزء من الصفقة، وتابع لها حسب المادة 136 من المرسوم رقم 247.15. محل الملحق يكون بطلب من المصلحة المتعاقدة، أو من المتعاقد معه .  
الملحق وثيقة مكتوبة، حيث وصفته المادة 136 من مرسوم 247.15 "بالوثيقة". (9)  
الملحق يخضع للتفاوض، وهذا انطلاقا من المادة 136 المذكورة التي وصفته بالوثيقة "التعاقدية"، وبالتالي يخضع للتفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معه قبل إمضائه ، وهذا على عكس سلطة تعديل العقد الإداري المطلقة أو من جانب واحد بوجه عام.  
وبهذا الوصف يكون الملحق استثناء على مبدأ المنافسة، ومبدأ المساواة (10) المكرس في قانون الصفقات العمومية .

### ثانيا: نطاق تطبيق الملحق

حسب المادة 136 من المرسوم رقم 247.15 يمكن أن تكون الصفقة محل تعديل بواسطة الملحق إذا تعلق الأمر بحالة من الحالات التي تدخل في مفهوم القاعدة المنصوص عليها في المادة المذكورة من جهة، من جهة أخرى أن لا يؤدي هذا التعديل إلى التأثير على

التوازن المالي للصفقة حسب الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 136، وهذا في حالات نجملها كما يلي:

1. زيادة الخدمات أو تقليلها: إذا اتضح أثناء تنفيذ الصفقة أن هناك أشغالا أو خدمات خارج مجال الاتفاق لم تكن متوقعة أصبحت ضرورية يمكن التفاوض حولها بغرض إضافتها للصفقة بواسطة ملحق.

2. تعديل بند أو بنود من الصفقة: الصفقة مجموعة من البنود متفق عليها أساسا في دفتر الشروط، ومحاضر المفاوضات، ومحضر فتح الأظرف وتقييم العروض، كما أشارت المادة 95 من المرسوم رقم 247.15 إلى بيانات إلزامية يجب أن ينص عليها في الصفقة. وبالتالي يمكن للطرفين التفاوض لتعديل هذه البنود، سواء كانت إلزامية أو تكميلية، ودون مخالفة للقانون وأحكامه العامة.

3. إذا تعلق الأمر بعمليات تكميلية تتعلق بموضوع الصفقة: الملاحظ أن المشرع في قانون الصفقات الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 استبدل عبارة "عمليات جديدة" كانت مستعملة في قانون الصفقات السابق الملغى<sup>(11)</sup> بعبارة "عمليات تكميلية" وهذا في صلب المادة 136 من المرسوم الساري، وهذه العبارة تبدو أكثر دقة من سابقتها.

وعليه يجب أن يتضمن الملحق عمليات تكميلية لها علاقة وطيدة بموضوع الصفقة. وإذا وصلت نسبة الخدمات الإضافية إلى نسبة معينة حددتها المادة 136 المذكورة فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر عدم المساس بمبدأ المنافسة.

4. تمديد أجل صفقة الخدمات واقتناء اللوازم: أدرج المشرع هذه الحالة في الفقرة 07 من المادة 136 من مرسوم 247.15، ومبرر هذه الحالة الداعية إلى الاتفاق على ملحق هي استمرار المرفق العمومي.

وقد قيد المشرع اللجوء إلى الملحق في هذه الحالة بالشروط التالية:

. أن نكون بصدد صفقة تتعلق بأداء خدمات أو اقتناء لوازم محل تنفيذ.

. إبرام الملحق قبل الاستلام النهائي للصفقة.

. صدور قرار المسؤول عن الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي.

. أن نكون أمام استحالة توقع الهيئة المتعاقدة للظروف الدافعة للتمديد.

. أن لا تتجاوز مدة الملحق أو التمديد ثلاثة أشهر.

. أن لا تتجاوز الكميات الدافعة للتمديد عن 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

.أن لا يثبت تماطل المصلحة المتعاقدة.

.أن لا يؤثر الملحق على التوازن المالي للصفقة، وهو شرط عام مطلوب في كل الحالات الدافعة إلى إجراء ملحق للصفقة.

ثالثا: شروط إبرام الملحق

لما كان للملحق أثر على الخزينة العمومية، وعلى مبدأ المنافسة، ومبدأ المساواة، قيده المشرع بشروط يمكن استنتاجها من خلال قراءة النصوص المنظمة للملحق في قانون الصفقات العمومية.

1. أن يبرم الملحق في حدود آجال التنفيذ التعاقدية كقاعدة: ويقصد بآجال التنفيذ التعاقدية الفترة التي يغطيها العقد، أي من تاريخ دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى غاية تاريخ نهايتها المحدد في الصفقة هذا كقاعدة، ولكن المشرع فتح المجال لاستثناءات منصوص عليها في المادة 138 من مرسوم 247.15 وهي حالة كون الملحق عديم الأثر المالي على الصفقة، وحالة الاختلال المعتبر للتوازن الاقتصادي للعقد، وحالة حتمية اللجوء إلى الملحق خارج الآجال المحددة، وهذا بغرض التعديل في الكميات النهائية للصفقة، بشرط توفر الحالة الاستثنائية.

2. أن لا يتعدى الملحق موضوع الصفقة: لا يجوز للمتعاقدين اتخاذ الملحق ذريعة لتعديل موضوع الصفقة، لأن هذا يعتبر مساسا بمبدأ المنافسة، ومبدأ المساواة، كما لا يجوز إرهاب المتعاقد معه عن طريق الملحق، مع العلم أن هذا الشرط لا استثناء عليه.

3. أن لا يؤثر الملحق على التوازن المالي للصفقة: و المقصود بالتوازن المالي للصفقة هو أن لا تكون للزيادة في الخدمات أو إنقاصها أثر مالي يساويها<sup>(12)</sup>. وقد جعل المشرع لهذا الشرط استثناء نص عليه في المادة 136 من مرسوم 247.15، وهي حالة حدوث تبعات تقنية خارجة عن إرادة الأطراف لم تكن متوقعة.

رابعا: خضوع الملحق للرقابة

باعتبار الملحق جزء من الصفقة فإنه يخضع كقاعدة للرقابة القبلية مثله مثل الصفقة. وفي هذا الصدد يمكن أن نفرق بين حالتين:

1. حالة إبرام الملحق في الآجال القانونية: حسب المادة 139 من مرسوم 247.15 يجب إخضاع الملحق في هذه الحالة إلى الرقابة القبلية الخارجية إذا تضمن خدمات تكميلية حسب مفهوم المادة 136 من نفس المرسوم يتجاوز مبلغها نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة



2. حالة إبرام الملحق خارج الآجال القانونية: يعرض الملحق وجوباً في هذه الحالة على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، مهما كان مبلغه حسب المادة 138\5 من المرسوم المذكور في حالات حددتها المادة 138 نفسها.

واستثناء على قاعدة خضوع الملحق للرقابة نصت المادة 139 من المرسوم المذكور على حالات لا يعرض فيها الملحق للرقابة.

وعليه نقول في حالة مخالفة المصلحة المتعاقدة لنظام الملحق سواء من حيث خصائصه أو نطاقه، أو شروط إبرامه، أو من حيث مدى خضوعه للرقابة القبلية، فإن المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها يكونان قد خالفا القانون. و في حالة تنفيذ مضمون هذا الملحق نتساءل عن الآثار المترتبة على تنفيذ ملحق أبرم بصفة مخالفة للقانون.

#### المطلب الثالث: مخالفة أركان الصفقة.

بغض النظر عن النقاش الدائر بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للصفقة العمومية، هل هي عقد إداري وبالتالي يجب أن تقوم على أركان العقد المعروفة في القانون الخاص، أم أنها غير ذلك.

فإن قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 247.15 اعتبر الصفقة في المادة 02 منه "عقد" مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به. فإذا حسم المشرع صراحة في طبيعة الصفقة بأنها عقد، فإنه أشار ضمناً إلى كونه ذو طبيعة إدارية، وبالتالي يمكن القول أن الصفقة عقد إداري<sup>(13)</sup> يتميز بخصائص نابعة من أحكام القانون والقضاء الإداري بمفهومه الضيق أي الفرنسي<sup>(14)</sup>، ولكن في كل الأحوال يجب أن تقوم الصفقة باعتبارها عقد على الأركان المعروفة في العقد المدني، وهي الرضا، المحل، والسبب، بالإضافة إلى الكتابة وما يثار حولها من جدل من حيث كونها ركن أم شرط صحة واثبات، هذا إلى جانب ما يطرحه ركن الرضا من تساؤلات وإشكاليات خاصة في جانب الإدارة باعتبارها المصلحة المتعاقدة كما عبرت عليها المادة 06 من المرسوم رقم 247.15، دون أن نغفل تلك الشروط الخاصة المميزة للصفقة عن باقي العقود الأخرى.

وعليه سوف نتناول باختصار الأركان الثلاثة التي تقوم عليه الصفقة باعتبارها عقد إداري، مع التطرق إلى إشكالية الكتابة.

#### 1. الرضا:

إذا كان التعبير عن الإرادة بالنسبة للمتعاقد معه سواء كان شخص طبيعي أو معنوي لا يثير أي إشكال بالنظر إلى وضوح وبساطة طريقة التعبير عن إرادته، فإن طريقة تعبير الإدارة عن إرادتها أثناء إبرام الصفقة يتم في إطار تنظيمي يتسم بنوع من التعقيد والشكليات الخاصة وهذا ما عبرت عليه المادة 04 من مرسوم 247.15، إذ لا تصح الصفقة العمومية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المحددة في هذه المادة المذكورة كما يلي: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

وعليه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تعبر عن إرادتها إلا من طرف هاء لاء الأشخاص المذكورين حصرا، مع إمكانية تفويضهم اختصاصهم هذا وفقا للقانون<sup>(15)</sup> وقد سائر الفقه هذه الخصوصية، مقتنعا بأن التعبير عن إرادة المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية يكون سليما إذا صدر عن جهة مختصة، وضمن صلاحياتها المالية، وفق الشكليات و الإجراءات المحددة في قانون الصفقات العمومية، وهذه القيود في النهاية ضمانا لسلامة التعبير عن الإرادة<sup>(16)</sup>.

ويشترط أيضا في الرضا أن يكون سليما من كل العيوب المعروفة في القانون المدني أي الغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن<sup>(17)</sup>، وإذا كان الوضع بالنسبة للمتعاقد معه في هذا الباب سهلا، فإنه بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وباعتبارها شخص معنوي عام فالأمر يكون صعبا ومعقدا نوعا ما.

## 2. المحل:

معروف أن محل العقد هو الالتزام الذي يترتب على التعاقد، ولصحة المحل يشترط أن يكون موجودا أو ممكن الوجود، وان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً<sup>(18)</sup> وهذه الأحكام تشترط في العقد المدني، ويبدو انه لا مانع من تطبيقها على العقد الإداري. وعليه يبدو في الغالب أن المحل في الصفقة العمومية لا يثير أي إشكال، لأن الإدارة لا يتصور أن تتعاقد على محل غير موجود، أو مستحيل التحقيق، أو محل غير مشروع، وهذا بالنظر إلى الإجراءات والمراحل التي تمر بها الصفقة أثناء الإعداد والإبرام، وفي حالة مخالفة الإدارة لهذه الشروط فإن الأمر لا يتوقف عند بطلان الصفقة بل يتعدى إلى المسائلة الجزائية.

## 3. السبب:

السبب الدافع لإبرام صفقة عمومية هو دائما تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع حاجات المرفق العمومي بغرض دوامه واستمراره هذا بوجه عام، وقد يكون سبب إبرام الصفقة هو تحقيق هدف محدد في حالة إعمال قاعدة تخصيص الأهداف. وعليه يبدو أن المصلحة المتعاقدة من خلال الصفقات التي تبرمها تستهدف دائما المصلحة العامة، أو المصلحة المخصصة، ولكن قد يحدث في الواقع أن الإدارة تحيد عن هذه الأهداف، وتذهب إلى إبرام صفقة بغرض تحقيق أو تلبية المصلحة الخاصة لمسيرها بصفة غير مباشرة، كأن يستهدف المسؤول عن المصلحة المتعاقدة تشييد مسكن فردي خاص رغم كون الصفقة موجهة لمشروع عمومي، أو إبرام صفقة توريد معدات لمرفق عمومي والحقيقة هي أن هذه المعدات موجهة لمشروع خاص، فيكون السبب في هذه الحالة غير مشروع وتكون الصفقة بالتالي باطلة.

#### 4. الكتابة:

التساؤل المطروح في هذا الصدد، هل الكتابة ركن إنعقاد وبالتالي لا تعقد الصفقة إلا به أم أنه شرط صحة وإثبات فقط. اختلاف الفرضين يعني أيضا اختلاف الآثار المترتبة على تخلف الكتابة، فإذا كانت هذه الأخيرة ركن إنعقاد ففي حالة تخلفها تكون الصفقة باطلة بطلانا مطلقا، وإذا كانت شرط إثبات فان الصفقة تكون صحيحة إذا تم إثباتها. مبدئيا نقول أن الفقه يعتبر العقود الإدارية متحررة من الشكليات كقاعدة، إذ يكفي تطابق الإرادتين لقيام العقد<sup>(19)</sup>، ولكنه في المقابل يجمع على أنه كلما إشتراط المشرع شكل معين في إبرام عقد إداري وجب احترام هذا الشرط تحت طائلة البطلان<sup>(20)</sup>. بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الصادر بمرسوم 247.15 نسجل أن المادة 02 منه اعتبرت الصفقة العمومية "عقد مكتوب"<sup>(21)</sup>، وبالتالي فصل المشرع عندنا كغيره من المشرعين في هذه المسألة، كما فصل في شكل الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي، إذ أخضعها بدورها للكتابة وهذا في المادة 41 من نفس المرسوم، وبالتالي لم يعد الموضوع مطروحا للنقاش من هذه الزاوية. وعليه نقول أن الصفقات العمومية عقود شكلية، الكتابية فيها ركن انعقاد، وليس فقط شرط صحة وإثبات، وبالتالي في حالة تخلفها تكون الصفقة باطلة، وهذا يجعلها غير منتجة لأي اثر، وخاصة في مواجهة المصلحة المتعاقدة.

وقد طبق القضاء الإداري عندنا حكم الكتابة في الصفقات العمومية بكل صرامة، معتبرا الصفقة العمومية التي لا تستجيب للكتابة باطلة بطلانا مطلقا<sup>(22)</sup>.

أكثر من هذا نص قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 على بيانات يجب النص عليها في الصفقة حسب المادة 95 منه تحت عنوان "البيانات الإلزامية" الوارد في القسم الأول من الباب الرابع<sup>(23)</sup>، وعليه يكون المشرع قد فرق ضمنا بين بيانات إلزامية وأخرى تكميلية والقاسم المشترك بينهما هي أن كلاهما يدون في صلب الصفقة.

نفس الحكم ينطبق على الملحق، فحتى يكون صحيحا ومنتجا لجميع آثاره يجب أن يكون مكتوبا، انطلاقا من كون الملحق جزء من الصفقة ووثيقة تعاقدية حسب المادة 136 من المرسوم رقم 247.15<sup>(24)</sup>.

يمكن القول أن مخالفة المتعاقدين لأشكال إبرام الصفقة العمومية بصفة عامة، ومخالفة أحكام الملحق، وكذا أركان الصفقة بما فيها الكتابة يجعل الصفقة باطلة، وبالتبعية غير منتجة لأي أثر قانوني أو التزام.

ولكن في حالة تنفيذ هذه الصفقة المخالفة للقانون في الواقع، سواء بإنجاز أشغال، أو توريد بضائع ومعدات، أو تقديم خدمات، هل يمكن لهذا الواقع أن يثبت على الأقل العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي، وكيف يتأثر مبدأ المشروعية في هذه الحالة، هذا ما سوف نتناوله أدناه.

**المبحث الثاني: أثر غياب الصفقة العمومية من الناحية القانونية على إثبات العلاقة التعاقدية وعلى مبدأ المشروعية.**

يجب أن تؤكد أننا أمام وضعية معقدة، فالمتعاقد معه أنجز أشغالا، أو ورد معدات وبضائع، أو قدم خدمات للإدارة، ولكن استنادا على صفقة أبرمت بصفة مخالف للقانون، قد تكون هذه المخالفة راجعة إلى أحد الأسباب السابق ذكرها في المبحث الأول، أو تكون بسبب إنجاز أشغال بطلب كتابي، أو حتى شفهي من المسؤول عن المصلحة المتعاقدة على أمل تسوية هذه الوضعية لاحقا، ولكن هذه التسوية لم تحدث إلى غاية عرض النزاع على القاضي. و نظرا لذلك يستحق هذا المتعامل الاقتصادي مقابل ما أنجزه من أشغال، أو ما قدمه من سلع أو خدمات للمصلحة المتعاقدة، لأن هذه الخيرة وبغض النظر على بطلان الصفقة تكون قد استفادة من التنفيذ<sup>(25)</sup>.

ومن جهة أخرى إن إلزام المصلحة المتعاقدة بدفع مقابل صفقة باطلة يثير التساؤل حول مدى احترام مبدأ المشروعية، الذي يقع عبء حمايته على القاضي الإداري أساساً. وعليه سوف نتناول كيفية إثبات تنفيذ محل الصفقة الباطلة (أولاً)، ثم مدى تأثير مبدأ المشروعية بهذه الوضعية الشاذة مادام النزاع مطروح أمام القضاء الإداري باعتباره أحد ضمانات هذا المبدأ المهم (ثانياً).

### المطلب الأول: إثبات العلاقة التعاقدية.

مبدئياً يقع عبء إثبات العلاقة التعاقدية على المدعي أي المتعاقد مع الإدارة، الذي يكون قد نفذ أشغالاً، أو ورد سلعا، أو قدم خدمات بناء على صفقة مخالفة للقانون. والتساؤل المطروح هنا، هل نأخذ بالنظام الحر في الإثبات، أو بالنظام المقيد.<sup>(26)</sup> يمكن أن نكون أمام عدة فرضيات، منها متعامل يطالب بمقابل ما أنجزه أو ورده للإدارة بناء على صفقة أبرمت بصفة مخالفة للقانون، فهل يكفي أن يقدم المتعامل الاقتصادي هذه الصفقة لإثبات حقه، كما يمكن أن نكون أمام دعوى يدعي فيها المتعامل الاقتصادي بأنه أنجز أشغالاً أو ورد سلع وخدمات دون إمضائه لأي صفقة، وبالتالي إذا كان من الجائز أن تتدارك الإدارة هذا الوضع بناء على سندات طلب وتسوية هذه الوضعية، فإن مخالفة القانون تبقى رغم ذلك مطروحة بشدة، فهل إرفاق سند الطلب والفاتورة كافي لإثبات حق المدعي. كما يمكن أن نكون أمام أشغال إضافية، أو توريدات لاحقة لصفقة أصلية دون الاتفاق على ملحق بطريقة قانونية، فهل يكفي إرفاق الصفقة الأصلية وفواتير الأشغال والسلع والخدمات الإضافية لإثبات حق المدعي في الحصول على مقابل ما أنجزه أو ما ورده.

إن الإجابة بالإيجاب على ما سبق عرضه من فرضيات يعني أننا أمام مبدأ حرية الإثبات، أي أن الصفقة يمكن إثباتها بكافة الطرق، بما فيها اعتراف الإدارة المدعى عليها بموضوع الصفقة.

أما في حالة الإجابة بالسلب، فإننا نكون أمام مبدأ الإثبات المقيد، وهذا انطلاقاً من كون الصفقة عقد نظم المشرع بواسطة قانون الصفقات العمومية طرق إبرامه، ووضع إجراءات يجب على الطرفين المتعاقدين احترامها، وإلا كنا أمام عقد لا وجود له في الواقع.

كما أن القانون اعتبر الصفقة العمومية عقد شكلي، وبالتالي انعدام الصفقة المكتوبة يعني انعدام أي التزام من جانب المصلحة المتعاقدة.

إن القانون سواء قانون الصفقات العمومية أو قانون آخر لم يفصل في هذه المسألة بصراحة، وبالتالي ترجيح إحدى الفرضيتين أي الأخذ بمبدأ حرية الإثبات، أو بمبدأ الإثبات المقيد يقتضي الرجوع إلى ما استقر عليه القضاء الإداري عندنا في هذه المسألة.

وانطلاقاً مما أتيج لنا من قرارات منشورة من طرف مجلس الدولة<sup>(27)</sup> فإنه لم يتسنى لنا تحديد موقف القاضي الإداري من هذه الإشكالية بشكل مبدئي، فما يهم القاضي الناضر في النزاع هو التأكد من مدى انجاز المتعامل المدعي للأشغال التي يدعيها، أو تسليمه للسلع و المعدات أو الخدمات التي يدعيها، دون الخوض في مسألة مدى صحة الصفقة.

وبالتالي نرتقب أن يتعامل القضاء الإداري عندنا مع هذه الإشكالية في المستقبل المنظور بأكثر وضوح وأكثر دقة وثبات، وهذا حتى نتمكن من تحديد موقفه من المسألة.

**المطلب الثاني: أثر غياب الصفقة من الناحية القانونية على مبدأ المشروعية.**

إن مخالفة الصفقة العمومية للقانون، يعني عدم وجودها، وبالتالي لا يمكن الحديث مبدئياً على أي اثر لها، ولكن تنفيذ المتعامل الاقتصادي لهذه الصفقة ولو كانت قد أبرمت بصفة مخالفة للقانون، وعرض النزاع بعد ذلك على القضاء الإداري للحصول على مقابلها يجعلنا أمام إشكالية قانونية و وضعية شاذة القاضي مدعو لحلها.

وفي هذا الصدد يكون القاضي بين خيارين، إما الانتصار لمبدأ المشروعية والقول انه ونظراً لكون الصفقة غير مشروعة من حيث إبرامها فإنه لا حديث عن آثارها بما فيها المستحقات المالية. وإما عدم البحث في مدى مشروعية الصفقة والاكتفاء بالبحث في كيفية تأسيس الطريقة التي من خلالها يمنح للمتعاقد معه مقابل ما أنجزه من أشغال وما قدمه من سلع وخدمات، وفي هذه الحالة يكون القاضي الإداري قد تخطى عن دوره الريادي في حماية مبدأ المشروعية.

من الناحية الإجرائية معلوم أن القاضي يحكم بما طلب منه، ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما طلب منه، وبالتالي إذا كنا بصدد دعوى من دعاوى الحقوق أو ما يعبر عنه بالقضاء الكامل، وكان الطلب إلزام الإدارة بأدائها مقابل تنفيذ الصفقة رغم إبرامها بصفة مخالفة للقانون، فمبدئياً لا يجوز للقاضي أن يحكم بإلغاء الصفقة لأنه لا أحد من أطراف الدعوى طلب منه ذلك، ولكن قد يكتشف القاضي أثناء نظره في موضوع المستحقات المالية بأن

الصفقة غير مشروعة، فكيف له أن يتجاوز هذه الحقيقة ويحكم بأثار صفقة أبرمت بصفة مخالفة للقانون .

إن هذا الوضع يدفع القاضي الإداري إلى التخلي عن حماية مبدأ المشروعية كما قلنا، بل يجعله في وضع المناصر لعدم المشروعية، وهو موقف شاذ لم يتعود عليه. ويكون القاضي الإداري في حرج أكبر إذا كان يجمع بين النظر في المشروعية وفي القضاء الكامل، كما هو معمول به في نظامنا القضائي، ويخف هذا الحرج إذا كان النظام القضائي يفرق بين قاض المشروعية وقاض القضاء الكامل أو الشامل كما يعبر عليه عند بعض المشرعين<sup>(28)</sup>، ففي هذه الحالة إذا عرض النزاع على قاض القضاء الشامل بغرض الحصول على المستحقات المالية تبعا لتنفيذ الصفقة ولو كانت أبرمت بصفة مخالفة للقانون فلا يجوز له النظر في مشروعية الصفقة.

ولكن في كلتا الحالتين يكون مبدأ المشروعية قد فقد ناصره، فرغم عدم مشروعية الصفقة يذهب القاضي إلى البحث في كيفية ضمان حقوق المدعي بحجة انه نفذ هذه الصفقة، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث التالي.

### المبحث الثالث: أنظمة المسؤولية المعتمدة في تسوية منازعات الصفقات

#### العمومية المبرمة بصفة مخافة للقانون

من الناحية العملية قد تضطر الإدارة تحت ضرورة تلبية الحاجات العامة إلى مخافة قانون الصفقات العمومية، كما أنه قد يكون لعامل السرعة أثر في مخالفة هذا القانون أو قانون المحاسبة العمومية، وفي كل الحالات تأمل الإدارة أن تسوي هذه الوضعية لاحقا، وإذا فشلت في ذلك يضطر المتعامل معها أن يلجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم يضمن له مستحقاته المالية بعد أن نفذ الصفقة.

في هذه الحالة غالبا ما تسير الإدارة هذا المدعي، سواء باعترافها بالأشغال المنجزة، أو باستلامها للسلع والمعدات الموردة، أو باستفادتها من الخدمات المقدمة من طرف المدعي. وقد تلتزم الصمت فيما يخص تجاوز السقف المسموح به في إطار سندات الطلب<sup>(29)</sup>. وقد تدفع الإدارة بعدم توفر الاعتمادات المالية في الحال دون أي مناقشة للموضوع.

وقد يجد المدعي صعوبة في إثبات حقه أمام القضاء إذا تم تغيير ممثل الإدارة المتعامل معها، أو في حالة حصول خلاف بين المتعامل وممثل الإدارة.

وفي كل الأحوال نتساءل عن الأساس القانوني الذي يستند عليه المدعي لإثبات حقه وكذا التأسيس الذي يعتمده القاضي في حكمه، أي هل يستندان على المسؤولية العقدية، أم على المسؤولية الإدارية.

#### المطلب الأول: مدى إمكانية معالجة النزاع في إطار المسؤولية العقدية

معلوم أن المبدأ الذي يجمع عليه الفقه والقضاء هو أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر قانوني، ولا يرتب بالتالي أي التزامات تعاقدية على الطرفين المتعاقدين، ولا يلزم كل منهما إلا برد ما أخذه. ولما كان إلزام الإدارة برد ما أخذته من المتعامل الاقتصادي مسألة مستحيلة التنفيذ لأنها تكون قد استهلكت ما تحصلت عليه من سلع وخدمات، واستعملت المنشآت المنجزة من طرف المتعامل الاقتصادي، فإن المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون أساسا لحصول المتعامل الاقتصادي على حقه، كما لا يمكن إعمال قانون الصفقات العمومية على هذا النزاع وبالتالي من الضروري البحث على أساس آخر.

#### المطلب الثاني: معالجة النزاع في إطار المسؤولية الإدارية

لأن المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون أساسا لحصول المتعامل الاقتصادي على حقه كون الصفقة مخالفة للقانون، ولأن الإدارة استفادة من الأشغال والسلع والخدمات المقدمة من طرف المتعامل معها، ونظرا للضرر اللاحق بهذا الأخير بعد أن استحال عليه الحصول على مستحقاته، أصبح القاضي الإداري مدعو إلى إيجاد أساس آخر يؤسس عليه حكمه إن هو ألزم الإدارة بأدائها للمتعامل الاقتصادي مقابل تنفيذ الصفقة المبرمة بصفة مخالف للقانون.

ورغم تجاوز القاضي الإداري لمبدأ المشروعية كما قلنا سابقا، إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي تحديدا، وقضاء دول أخرى سارت نحوه كالقضاء الإداري المصري والمغربي<sup>(30)</sup> يعتمد على المسؤولية الإدارية لتأسيس حكمه المذكور<sup>(31)</sup> مع تحميل المتعامل الاقتصادي جزء من المسؤولية لقبوله التعاقد بصفة مخالفة للقانون<sup>(32)</sup>.

وعندما نتكلم على المسؤولية الإدارية فإننا لا نقصد التعويض عن الضرر الناتج عن خطأ صادر عن الإدارة بصفة منفردة وفقا للأحكام العامة للمسؤولية الإدارية،<sup>(33)</sup> بل إن الأمر يتعلق بنظام طوره القضاء الإداري الفرنسي وسايره الفقه، مستندا على أحكام شبه العقد المعروفة في القانون المدني متى اتفقت هذه الأحكام مع أحكام القانون الإداري، كما قام



بإعمال أحكام المسؤولية التقصيرية إذا ثبت للقاضي قيام أركانها المعروفة في القانون المدني والمتوافقة<sup>(34)</sup> مع القانون الإداري.

وإذا كان موقف قاض الموضوع هكذا، فإن محافظ الدولة غالبا ما يرافع ضد هذا التوجه معتبرا العقد الباطل لا يرتب أي أثر قانوني<sup>(35)</sup>. وعمليا قد يجد لموقفه هذا صدى لدى قاض الموضوع بحيث يرفض الدعوى من أساسها، ولكن غالبا ما سار قاض الموضوع ضد هذا الموقف وقرر مسؤولية الإدارة في التعويض مستندا كما قلنا إلى احد الأساسين المذكورين.

وتطبيقا لذلك أخذ القضاء الإداري في فرنسا بفكرة الإثراء بلا سبب في بعض قراراته وأسس قرارات أخرى على المسؤولية التقصيرية المعمول بهما في القانون المدني، كما أعتمد في قرارات أخرى على الأساسين معا في نفس الوقت.<sup>(36)</sup>

#### أولا: الاعتماد على أحكام المسؤولية التقصيرية:

يعتمد القضاء الإداري الفرنسي على هذه المسؤولية إذا توفرت شروطها المعروفة في القانون المدني، وعليه يمكن إعمال هذه النظرية إذا ثبت أن عدم المشروعية راجع إلى خطأ الإدارة أساسا.

فيما يخص التعويض المحكوم به للمتعاقل الاقتصادي يجب أن يكون في حدود ما أنفقه لتنفيذ الصفقة المخالفة للقانون دون أي تعويض آخر، وأن لا تتجاوز هذه النفقة حدود قيمة الصفقة إن كانت مشروعة، وبالتالي لا يجوز للمدعي أن يضحخ مبلغ ما أنفقه لتنفيذ الصفقة، كما لا يستحق هذا المتعاقل تعويضا عن ما فاتته من كسب، لأنه عند إعمال المسؤولية الإدارية يستبعد القاضي تماما أحكام المسؤولية العقدية.<sup>(37)</sup>

#### ثانيا: الاعتماد على أحكام الإثراء بلا سبب

لإعمال هذه النظرية المستوحاة من القانون المدني على الصفقات العمومية المخالفة للقانون يشترط القضاء الإداري الفرنسي<sup>(38)</sup> شرطين على الأقل:

1. يجب أن تعود الأشغال التي قام بها المتعاقل الاقتصادي أو ما ورد من سلع وخدمات على الإدارة بالنفع، وتستفيد منها لتحقيق المنفعة العامة، أي أن الإدارة تكون في حالة إثراء، وفي المقابل يفتقر المتعاقل الاقتصادي نتيجة هذا التنفيذ.
2. يجب أن تقبل الإدارة تنفيذ الصفقة سواء صراحة أو ضمنا.

وعليه يقع عبء إثبات تحقيق هذه الأشغال أو السلع والخدمات منفعة حقيقية للإدارة على المدعي أو المتعامل الاقتصادي، وكذلك الأمر بالنسبة لقبول الإدارة هذا التنفيذ، وإذا كان من السهل على المدعي إثبات قبول الإدارة الصريح، فإن إثبات قبولها الضمني يتسم بنوع من الصعوبة، وعليه يمكن للقاضي الإداري أعمال سلطاته الواسعة للوصول إلى إثبات ذلك.

وفيما يخص التعويض المحكوم به بعد أعمال الإثراء بلا سبب، فيجب أن لا يتجاوز مبلغ الأعمال التي استفادة منها الإدارة، وما حققته تلك الأعمال من منفعة، وعليه لا يتحصل هذا المتعامل على أي تعويض إذا ثبت أن الإدارة لم تستفد من هذه الأعمال، ولم تحقق أي منفعة.

وكما قلنا عند الحديث عن المسؤولية التقصيرية، لا يجوز للمدعي أن يتحصل على ما فاته من كسب، لأن أعمال أحكام الإثراء بلا سبب يقتضي استبعاد أحكام المسؤولية العقدية التي يمكن في إطارها أن يستفيد المتعامل من مثل هذا التعويض.

وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي سار في هذا النهج حتى يمنح للمتعامل الاقتصادي تعويضا منصفاً على ما أنفق، مقابل استفادة الإدارة من التنفيذ وتمكنها بعد ذلك من تحقيق المصلحة العامة التي تحكمها قاعدة تقاسم الأعباء العامة، فإنه يمكن أن نسجل بعض المآخذ على هذا القضاء.

بالنسبة للمسؤولية التقصيرية معلوم انه من بين شروط أعمالها حسب المادة 124 مدني<sup>(39)</sup> أن ينسب الخطأ للمدعى عليه، وأن لا يكون بالتالي للمدعي أي مسؤولية في هذا الخطأ المرتب للضرر. والملاحظ في حالة أعمال هذه النظرية على الصفقات العمومية المبرمة بصفة مخالفة للقانون، أن للضرر أي المتعامل الاقتصادي مسؤولية في الخطأ المرتب للضرر اللاحق به، فهو مشارك للإدارة في مخالفة قانون الصفقات العمومية، وقوانين أخرى وقد يكون على الأقل عالماً بهذه المخالفة ورغم ذلك يقدم على تنفيذ الصفة، ربما من قبيل وضع الإدارة والقضاء أمام الأمر الواقع.

واضح أن هناك مأخذ جوهرياً على هذا الحكم الذي سلكه القضاء الإداري الفرنسي الذي يمكن أن يسلكه نظيره عندنا، وعليه يمكن القول تبعاً لذلك أنه حتى يستقيم هذا الحكم المؤسس على المسؤولية التقصيرية في مجال الصفقات العمومية، يجب أن يثبت المدعي أن المتسبب في الخطأ هي الإدارة، أو على الأقل يثبت أن الخطأ راجع إلى الإدارة

أساساً، وإذا عجز عن ذلك يمكن للقاضي إعمال ما لديه من سلطات تحقيقية حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا سيما المادة 488 منه<sup>(40)</sup> لتحديد المتسبب الرئيسي في الخطأ، وتبعاً لذلك يمكن تشطير هذه المسؤولية بين الطرفين، لينعكس ذلك على تحديد مبلغ التعويض المستحق للمدعي .

نقول ذلك لأن إطلاق هذا الحل دون مراعاة المتسبب في الخطأ، فيه مخافة صارخة لأحكام المسؤولية التقصيرية، وتجاوز خطير للمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، ولاسيما مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة، كما هو منصوص عليه في المادة 05 من المرسوم رقم 247.15، كما يشجع على التلاعب بالمال العام مستقبلاً .

وفيما يخص إعمال نظرية الإثراء بلا سبب، فمعلوم أن المشرع الجزائري حسب المادة 141 مدني<sup>(41)</sup> يشترط أن يتحصل الطرف المثري على منفعة بحسن نية<sup>(42)</sup>، وفي حالة إعمال هذه النظرية على الصفقات العمومية المخالفة للقانون الملاحظ أن الإدارة تحصلت على منفعة بسوء نية، تعلم بأن الصفقة محل التنفيذ أبرمت بصفة مخالفة للقانون، بل هي المتسبب الرئيسي لهذه المخالفة. مع العلم أن القانون المدني الفرنسي لا يشترط حسن النية كما هو عليه الحال في القانون الجزائري، بل يبني نظرية الإثراء بلا سبب على مبدئين، مبدأ العدالة ، ومبدأ إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين<sup>(43)</sup> فهل يستقيم الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب في القضاء الإداري الجزائري بعد هذا الحكم .

يمكن أن يؤسس القاضي الإداري عندنا حكمه في هذه الحالة ليس على نظرية الإثراء بلا سبب، بل على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة<sup>(44)</sup>، الذي يستند بدوره على مبدأ العدالة ومبدأ إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين، ذمة الإدارة التي أثرية وذمة المتعامل الاقتصادي المفتقر.

نعتقد ذلك لأننا نميل إلى تعويض هذا المتعامل الاقتصادي ولكن بشروط صارمة، رغم أننا بصدد الحديث عن صفقة أبرمة بصفقة مخالفة للقانون، والسبب راجع إلى افتقار المتعامل الاقتصادي وفي نفس الوقت انتفاع الإدارة وتحقيقها للمصلحة العامة على عاتق الغير. ورغم ذلك يبقى الخاسر الكبير هو مبدأ المشروعية والمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وربما يكون هذا تشجيعاً بصفة غير مباشرة على التلاعب بالمال العام. وعليه مطلوب من القاضي الإداري أن يكون كما قلنا صارماً في تعامله مع مثل هذه المنازعات.

تبقى أمامنا إشكالية إجرائية أخرى، تتمثل في تحديد الطلبات، أو قاعدة القاضي يحكم بما طلب منه.

ففي حالة رفع دعوى من طرف متعامل اقتصادي مؤسسة على المسؤولية العقدية رغم كون الصفقة مخالفة للقانون، فإن التطبيق الصارم لهذه القاعدة يقتضي الفصل برفض الدعوى لعد التأسيس، ولكن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مكن القاضي من سلطة إعادة تكييف الوقائع محل النزاع وهذا حسب المادة 29 منه<sup>(45)</sup>. ورغم كونها سلطة واسعة جدا، إلا أن إعمالها في مثل هذه المنازعات يمكن القاضي الإداري من معالجة هذه المنازعة وهذا بإعادة تكييف النزاع من نزاع مبني على المسؤولية العقدية كما يدعي المدعي، إلى نزاع مؤسس على المسؤولية الإدارية الرامية إلى التعويض، سواء بناء على المسؤولية التقصيرية أو بناء على الإثراء بلا سبب.

إن هذا الحل يكون أكثر إنصافا للمدعي أو للمتعامل الاقتصادي منه للإدارة التي تلتزم أحد الموقفين، إما مساندة المدعي في طلباته لشعورها بالمسؤولية، وإما تنكر له، وفي هذه الحالة يسوء موقفها ليس أمام هذا المعامل وحده بل في مواجهة كل المتعاملين الاقتصاديين المحتمل تعاملهم معها، كما يمكن أن يجر ممثل هذه الإدارة أمام القضاء الجزائي إذا ثبت قيام أركان أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد و الوقاية منه .

#### خاتمة:

إن استهداف الإدارة المصلحة العامة قد يدفعها في بعض الأحيان إلى تجاوز قانون الصفقات العمومية، والقوانين المنظمة للمالية العامة، نظرا لتعدد إجراءات إبرام الصفقات العمومية و طول المدة المستغرقة للتعاقد.

وعليه قد يكون هذا الواقع أحد أسباب إبرام صفقة عمومية مخالفة للقانون على أمل تسوية الوضعية لاحقا، ولكن قد لا يسعف الواقع الإدارة و المتعاقد معها لفعل ذلك، ولما يتعذر على المتعامل الاقتصادي الحصول على حقوقه المالية بعد تنفيذ هذه الصفقة يلجأ إلى القضاء الإداري المختص.

وان كان المعيار العضوي المعتمد من طرف مشرعنا في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جنبنا إشكالية البحث في الاختصاص القضائي النوعي، إلا أن إشكاليات موضوعية عديدة تطرح بالحاح .

ولقد تعرضنا إلى حالات تكون الصفقة العمومية فيها غير مشروعة، وإن كانت هكذا لا ترتب أي أثر قانوني ولا تلزم الإدارة بأي التزام، إلا أنها يمكن أن تثبت العلاقة التعاقدية، وفي هذا يملك القاضي الإداري سلطات تحقيقية واسعة مستمدة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و لكننا نسجل بأسف أن القاضي الإداري عندما ينظر في مثل هذه المنازعات قد يحكم بإلزام الإدارة بأدائها للمتعامل الاقتصادي مخلفاته المالية الناتجة عن تنفيذ هذه الصفقة رغم أنها أمبرمة بصفقة مخافة للقانون، وهذا يتركز نسجل ما يلي:  
إن هذا الحكم يجعل القاضي الإداري يتخلى عن حماية مبدأ المشروعية، بل هو تكريس لعدم المشروعية بصفة غير مباشرة.

. تجاوز المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، ولا سيما مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة.

. فتح المجال للمساس بالمال العام، فبعد اللجوء إلى القاضي الإداري نصبح وكأننا أمام أمر واقع مفروض، على القاضي إيجاد حل لهذا الإشكال.  
. تجاوز قاعدة العرض الأفضل، وخاصة إذا تعلق الأمر بملحق لم يحترم فيه قانون الصفقات العمومية، من حيث أسباب وشروط إبرامه على الخصوص.

ورغم هذه الملاحظات المسجلة، يبقى مبرر هذا الحكم هو تنفيذ المتعامل للصفقة المبرمة بصفة مخالفة للقانون واستفادة الإدارة من ذلك في إشباع الحاجات العامة.  
ولقد اجتهد القضاء الإداري الفرنسي ملهم نظيره عندنا في إيجاد تأسيس مقنع لحكمه هذا. فاستبعد المسؤولية العقدية كون الصفقة مخالفة للقانون، ولجأ إلى أعمال المسؤولية الإدارية في إطار نظام طوره مجلس الدولة الفرنسي معتمدا على نظم معروفة في القانون المدني.

قد يؤسس القاضي حكمه على المسؤولية التقصيرية، إذا توفرت أركانها وانسجمت مع القانون الإداري، ولكن ما يؤخذ على هذا التأسيس مشاركة المدعي أو المتعامل الاقتصادي الإدارة في الخطأ المتمثل في مخالفة القانون وفي مقدمته قانون الصفقات العمومية، وهذا يشكل تجاوزا لأركان المسؤولية التقصيرية.

وعليه حتى ينسجم هذا التأسيس المستلهم من نظام معروف في القانون المدني، يجب أن يتأكد القاضي من أن المتسبب الرئيسي في الخطأ أو مخالف القانون هي الإدارة، وأن

المتعامل الاقتصادي لم يكن له بد في التعامل مع هذه الإدارة فانساق معها تحقيقا لمصلحته الخاصة، وان كان مشاركا في إنتاج الخطأ إلا أن مساهمته بسيطة. و لإثبات هذه الواقعة يملك القاضي سلطات واسعة، وعلى حسب نسبة المشاركة في الخطأ يقدر القاضي مبلغ التعويض المحكوم به، وهي سلطة تقديرية معترف بها لقاضي الموضوع.

وقد يؤسس القاضي حكمه على نظرية الإثراء بلا سبب المعروفة أيضا في القانون المدني، وما يأخذ على هذا التأسيس، أولا مخالفة شرط انعدام خطأ المفتقر وهي حالة يشترك فيها كل من القانون المدني الفرنسي و القانون المدني الجزائري، ثانيا مخالفة شرط حسن نية الطرف المثري وهو شرط ينفرد به القانون المدني الجزائري حسب المادة 141 منه.

و تطبيقا لهذه النظرية في مجال الصفقات العمومية المخالفة للقانون، نسجل أن الطرف المفتقد أي المتعامل الاقتصادي ساهم مع الإدارة في إنتاج الخطأ وهذا لما أبرما صفقة بصفة مخالفة للقانون، وفي نفس الوقت لم تكن الإدارة وهي تثري على حساب مقابلها المفتقر حسنة النية بل كانت سيئة النية أكثر من المتعاقد معها، وبالتالي في هذه النقطة تحديدا إذا كان القاضي الإداري الفرنسي لا يجد أي حرج في تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب على الصفقة العمومية المبرمة بصفة مخالفة للقانون، فإن نظيره عندنا مجبر على إثبات حسن نية الإدارة قبل أي حكم في الموضوع، و إلا كان حكمه معيب بمخافة القانون و بالقصور في التسبيب.

وعليه إذا ساير القاضي الإداري عندنا نظيره الفرنسي معتمدا على الحلول التي طورها مجلس الدولة، وانحاز إلى حماية المتعامل الاقتصادي، فإننا نقبل على مضض تخليه على حماية مبدأ المشروعية أساسا، وكذا المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وعلى الخصوص مبدأ المنافسة و مبدأ المساواة، مستنجدين بمبدأ معروف في القانون الإداري، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

قد نتفهم الإدارة عندما تضطر إلى مخالفة قانون الصفقات العمومية، والقوانين المنظمة للمالية العامة، وما تفرضه من تعقيدات إجرائية، و استعجالها في تحقيق المنفعة العامة التي لا تتوقف ولا تقبل التأخير، ولكن عند تسوية هذا النزاع أمام القاضي الإداري، على هذا الأخير أن يكون صارما إذا لجأ إلى نظم غير معروفة في القانون الإداري يؤسس عليها حكمه، حتى لا تتحول حمايته للمتعامل المتعاقد ذريعة للمساس بمبدأ المشروعية، وبالمبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وبالمال العام عندما يتعلق الأمر بصفقات عمومية مخالفة للقانون .

الهوامش:

- 1 - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ، عدد 50 ، الصادر بتاريخ 20/09/2015 .
- 2 - أمر رقم 03-03 ، المؤرخ في 19 يوليو 2003 ، المتعلق بالمنافسة ، ج ر ، عدد 43، الصادر بتاريخ 20/07/2003 ، معدل و متمم بالقانون رقم 08-12 ، بتاريخ 25 يوليو 2008 ، ج ر ، عدد 36 ، صادر بتاريخ 02/07/2008 .
- 3- القانون رقم 06-01 ، المؤرخ في 20/02/2006 ، المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته ، ج ر ، عدد 14 ، الصادر بتاريخ 08/03/2006 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 10-05 ، بتاريخ 26/08/2010 .
- 4- الأمر رقم 95-20 ، المؤرخ في 17/07/1995 ، المتعلق بمجلس المحاسبة ، ج ر ، عدد 39 ، الصادر بتاريخ 23/07/1995 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 10-02 ، المؤرخ في 26/08/2010 ، ج ر ، عدد 50 ، الصادر بتاريخ 01/09/2010 .
- 5- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25/02/2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد 21، الصادر بتاريخ ، 23/04/2009
- 6 - عبد اللطيف قطيش ، الصفقات العمومية (تشريعا وفقها واجتهادا دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2010 ، ص ص 29-39 .
- 7 - انظر المواد 3،4،5،6،7،8 من الأمر 06 - 01
- 8 - انظر المادة 136 من المرسوم رقم 15 - 247
- 9 - انظر المادة 136 من المرسوم رقم 15 - 247
- 10- - عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق ص 40
- 11- راجع المادة 04، مرسوم رئاسي رقم 15.247، التي تقابل المادة 08 من المرسوم رقم 10.236 الملغى، مرجع سابق.
- 12 - Yves Gaudemet, Traite de Droit Administratif, Tome 1, Droit Administratif General, L,G,D,J , DELTA, Paris, 16 édition, 2001, P.706.
13. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 42
14. Jean Vincent, Serge guincher , Gabriel montagnier, Andre varinqrd, Institutions Judiciaires , 8 édition, Dalloz, paris, 2005, PP 90,91
- 15 - راجع المادة 04، مرسوم رئاسي رقم 15-247، التي تقابل المادة 08 من المرسوم رقم 10-236 الملغى، مرجع سابق.
- 16 - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص 92 .
- 17 - محمود الزيتاني، القاضي الإداري و الصفقات العمومية في المغرب ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، عدد مزدوج 78، يناير ، أبريل 2008 ، ص 20 .
- 18- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1992 ، ص ص 69،70 .
- 19 - محمود الزيتاني ، المرجع السابق ، ص 23 .
- 20 - مليكة الصروخ ، الصفقات العمومية في المغرب (الأشغال - التوريدات - الخدمات ) ، دار القلم ، المملكة المغربية ، ط 1 ، 2009 ، ص 64 .
- 21 - راجع المادة 02، مرسوم رئاسي رقم 15-247، التي تقابل المادة 04 ، مرسوم رئاسي رقم 10-236 الملغى، مرجع سابق.
- 22 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 70.
- 23 - راجع المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق .
- 24 - راجع المادة 136 ، من المرسوم الرئاسي ، رقم 15-247 ، مرجع سابق .
- 25 - Yves Gaudemet, Op cit ,P.696.
- 26 - لحسن بن شيخ أث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر ، 2005 ، ص ص ، 25-27 .
- 27- مجلة مجلس الدولة ، الأعداد الصادرة من سنة 2002 إلى 2016 .
- 28- مليكة الصروخ ، مرجع سابق ، ص 426
- 29- راجع المادة 18 ، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق
- 30- محمد الزيتاني ، مرجع سابق ، ص 36 .

31 RENE CHAPUS, DROIT ADMINISTRATIF GENERAL, EDITION  
MONCHIRISTIER, PARIS ,1986, P835 :

32 - الجيلالي أمزيد ، الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة  
و التنمية ، المملكة المغربية ، عدد خاص رقم 07 سنة 2008 ، ص 148.

33 Marie Christine Rouault, Droit Administratif, Galino Editeur, Paris 2005, PP, 576J  
581>

34 - سامي بديع منصور، عنصر الثبات و عامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت 1987 ، ص  
502 .

35 - محمد الزياني ، المرجع السابق ، ص 35 .

36- الجيلالي أمزيد ، المرجع السابق ، ص ص 48، 49

37 RENE CHAPUS, op cit . pp ,865,867

André De Loubqdere , Franck Moderne , Pierre Devolve , Traite des contrats  
administratif, LGDJ , paris 1983, P30

39- أنظر المادة 124 من الأمر رقم 75،58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، عدد  
78 بتاريخ 1975/09/30 ، المعدل والمتمم .

40 - القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد  
21، بتاريخ 2009/04/23 .

41- راجع المادة 141 من الأمر رقم 58-75 ، مرجع سابق .

42 - علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص 237 .

43 - المرجع نفسه ، ص 236

44 - أحمد محيو ، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،  
1994 ، ص 227 .

45 - راجع المادة 29 من القانون رقم 09-08 ، مرجع سابق .