المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري
(دراسة في القانون الجزائري)
Public institutions subject to legislation governing commercial activity
(Study in Algerian law)

حيموم مجيد*
جامعة الجزائر1 -بن يوسف بن خدة- الجزائر
m.himoum@univ-alger.dz

أكرور ميريام
جامعة الجزائر1 -بن يوسف بن خدة- الجزائر
myrak2007@yahoo.fr

- تاريخ الإرسال: 2021/05/07 - تاريخ القبول: 2022/12/11 - تاريخ النشر: 2022/12/27

الملخص: تهدف النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية إلى تحديد وضبط الإجراءات التي تنظم الصفقات التي تبرمها مختلف المصالح المتعاقدة. ففي ظل تبني الجزائر لنظام إقتصاد السوق وحد المشرع بين المفهومين الاقتصادي والقانوني، بتطبيق هذه النصوص على الأشخاص العامة الإدارية وبعض الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص المستخدمة للأموال العمومية، حيث نص في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مجال تطبيقها معتمدا أساسا على المعيار العضوي، لكن إستثناء في الفقرة الأخيرة من نفس المادة إعتمد المعيار المادي وأخضع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لهذا التنظيم.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية، المؤسسة العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

Abstract: The legal and regulatory texts of public deals aim to define and control the procedures that regulate the deals concluded by the various contracting interests. In light of Algeria's adoption of a market economy system, the legislator unified the economic and legal concepts by applying these provisions to administrative public persons and some persons subject to private law that use public funds, Whereas, in Article 06 of Presidential Decree No 15-247 it stipulated the scope of its application, relying mainly on the organic standard, But an exception in the last paragraph of the same article has adopted the material standard and subjected public institutions subject to commercial legislation to this regulation.

Keywords: Public deal, Public institution, Presidential decree Nº 15-247.

* المؤلف المرسل: حيموم مجيد

مقدمة:

تكتسي الصفقات العمومية أهمية بالغة في الجزائر، باعتبارها من أهم الآليات القانونية لتحقيق التنمية الاقتصادية وحماية المال العام وترشيد النفقات العامة. ونظرا لدورها الفعال على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للدولة عرفت النصوص المنظمة لها في الجزائر منذ السنوات الأولى للإستقلال الى يومنا هذا عدة تعديلات مست جوانب شكلية وأخرى في المضمون، متأثرة بالنظام السياسي والقانوني السائد في كل فترة، والذي يعكس تصورات السلطة الحاكمة في كل مرحلة تاريخية معينة.

إشتركت عموما، جل النصوص في جملة من المعايير لتعريف الصفقات العمومية، باستثناء المعيار العضوي الذي عرف نوعا من التذبذب من نص الى آخر، حيث إرتكز في الأمر رقم 67-90[1] على عقود الإدارة الكلاسيكية التي تبرمها البلدية والولاية والإدارات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، في حين أن المرسوم رقم 82-145[2] تبنى المفهوم الاقتصادي، الذي نتج عنه تعدد للهيئات العمومية واتساع في مفهوم المتعامل العمومي ليشمل كل مؤسسة تساهم في تسيير المرافق العامة بما في ذلك المؤسسات الخاصة. لكن بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434[3] عاد المشرع ليضيق من جديد في الهيئات، فإستبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ثم صدر المرسوم الرئاسي رقم 02-250[4] ليوسع في المعيار العضوي ويمتد الى كل مال عمومي ولو كانت المؤسسة غير إدارية، كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة، بعدها صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236[5] والذي أبقى على نفس الهيئات مع إستبعاد المؤسسات العمومية الاقتصادية.

ما لبث أن صدر المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 حتى أعاد صياغة بعض العبارات واستحدث أخرى، كاستبدال عبارة "الإدارات العمومية" بـ "الدولة" وعبارتي "الولاية والبلدية" بـ "الجماعات الإقليمية"، كما حذف بعض الهيئات منها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في المقابل

[1] الأمر رقم 67-90 المؤرخ في27 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967، ص 718، الملغى.

[2] المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في13 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15. الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982، ص740، الملغى.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 13 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991، ص2211، الملغى.

[4] المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 28 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002، ص3، الملغى.

[5] المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010، ص3، الملغى.

إستحدث عبارة المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري[6]، وهي العبارة التي قد تثير عدت إشكالات لعموميتها في الطرح.

إذا كان المعيار العضوي في مجال الصفقات العمومية لا يطرح إشكالا فيما يتعلق بالدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فإن المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري يجب تحديد مفهومها، باعتبار أن مفهوم التشريع التجاري واسع قد يتضمن مفاهيم أخرى، إضافة للتساؤلات التي تطرح عن علاقة صفقات هذه المؤسسات بقانون الصفقات العمومية على الرغم أنها من أشخاص القانون الخاص، وهو ما يخلق تناقضات داخل المؤسسة. بالتالي هذه المقتضيات حتما هي التي أعطت هذا الموضوع أهمية وكانت دافعا أساسيا وراء القيام بهذه الدراسة، وذلك من أجل تسليط الضوء على مواطن النقص في هذا المجال، ومن ثم إن أمكن تداركها مستقبلا، نظرا لإعتبار أن هذه المؤسسات من أهم الآليات التي تلجأ إليها الدولة الجزائرية لتجسيد مشاريعها وممارسة النشاط الاقتصادي.

التوسع في مفهوم المؤسسة العمومية سواء من حيث الطبيعة القانونية أو من حيث طبيعة النشاط، وإدراج المؤسسات العمومية التجارية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يجعلنا نطرح الإشكال التالي: من هي المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية؟ ومتى تخضع هذه المؤسسات لقانون الصفقات العمومية؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية، الإعتماد على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك من أجل الوقوف على كل المعالم القانونية وإستقراء المقتضيات المتعلقة بهذه المؤسسات، حيث ينبغي وصف وتحديد بدقة الإطار العام للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري والمعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية، نظرا لعدم وضوحها في مختلف النصوص القانونية التي تناولتها(المبحث الأول)، ثم يتم التطرق لدراسة وتحليل خصوصية علاقاتها التعاقدية وخضوعها لقانون الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد الإطار العام للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية

تكمن أهمية ضبط الإطار القانوني الذي يحكم تدخل المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري والمعنية بقانون الصفقات العمومية، أنه يؤدي بالتبعية إلى الفصل بين الأدوار

[6] المادة 06 القفرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص3.

المختلفة للدولة عند تطبيقها لاقتصاد السوق. غير أن ضبط هذا الإطار يتطلب بداية تحديد وضبط مفهومها والبحث في ظروف نشأتها دون إلحاقها بأي وصف، وبما أن هذه المؤسسة مفهوم اقتصادي وجب تحديد طبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها من المؤسسات ثانيا.

المطلب الأول: المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري كمفهوم متطور

تحديد هذه المؤسسة العمومية ليس بالأمر السهل، وهذا راجع لعدم الإستقرار الذي عرفته سواء من الناحية التشريعية أو الفقهية أو القضائية، وكذلك التشابك بينها وبين المؤسسات المشابهة لها، وهو ما يدفع بنا إلى التطرق لأصل نشأتها الذي يعود لعدة عوامل وأسباب، ثم محاولة تحديدها عن طريق مختلف تعاريف فقهاء القانون وذكر أهم خصائصها وتمييزها.

الفرع الأول: نشأة المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

المؤسسة العمومية كان الهدف من وراء إنشائها هو التسيير المستقل للمرافق العمومية التابعة للدولة، مفهومها في بداية نشأتها كان مرادفا لمفهوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري[7]، حيث أن كل النشاطات التي كانت تتولاها ذات طبيعة إدارية، وهو ما يظهر في تعاريف الفقهاء رغم تعدد وتباين آرائهم في إعطاء تعريف جامع مانع للمؤسسة العمومية، فعرفها أحمد محيو على أنها " شخص إعتباري إداري من النموذج التأسيسي، الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو الولاية أو البلدية أو لشخص عام آخر من النموذج التجمعي"[8].

كما عرفها كل من DUBOUIS Louis, NEGRIN Jean-Paul, PEISER Gustave، بأنها : " شخص إعتباري خاضع للقانون العام، مكلفة نيابة عن الدولة أو الولاية أو البلدية، وتحت رقابتها بتسيير أحدى نشاطات هذه الجماعات العمومية"[9].

غير أن تطور دور الدولة وتزايد تدخلها في المجال الاقتصادي تغير هذا المفهوم، وظهر الى جوار المرافق الإدارية التي كانت المجال الأول لتطبيق قواعد القانون الإداري، مرافق من نوع جديد هي المرافق العامة الصناعية أو التجارية، إذ لم تعد المرافق العامة تخضع لنوع موحد من القواعد، وإنما تنوعت

---

[7] بصورة عامة، ترجع الجذور التاريخية لفكرة المؤسسة العمومية، إلى تلك الهيئات التي أنشأتها السلطة العامة في فرنسا في غضون القرنين السابع عشر والثامن عشر، لتقوم بأداء بعض الخدمات العامة في مجالات التعليم والصحة. بوزيد غلابي، مفهوم المؤسسة العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2011، ص14.

[8] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر 2006، ص443.

[9] « L'établissement public est une personne morale de droit public chargée d'exercer à la place de l'Etat, du département ou de la commune, mais sous leur contrôle, une des activités de ces collectivités publiques », DUBOUIS Louis, NEGRIN Jean-Paul, PEISER Gustave, Droit public, Dalloz, 22e édition, France, 2017, P229.

القواعد التي تحكمها وفقا لخصوصية كل مرفق[10]، فالنظام القانوني للمرافق العامة الصناعية أو التجارية عرف نوعا من الإزدواجية (مزج بين القانون العام والقانون الخاص)، مما خلق نوعا من الثورة على المفهوم القديم للمؤسسة العمومية وأفقده وحدته وانسجامه، فإعتراف القضاء كما يقول أحمد محيو بوجود فئة جديدة من المؤسسات العمومية يعتبر الفجوة الأولى للمفهوم التقليدي للمؤسسة العمومية[11].

يعود الإعتراف القانوني للمرافق العامة الصناعية والتجارية لقرار شهير صادر عن محكمة المنازعات الفرنسية بتاريخ 22 جانفي 1921 المتعلق بالشركة التجارية لغرب إفريقيا أو قرار الباخرة المعروفة باسم BAC D'ELOKA [12]، بموجبه سلم لأول مرة القضاء بخضوع مرفق بكامله للقانون الخاص وليس جانب منه فقط. وعلى هذا الأساس فإن قطاعات واسعة من نشاطات الإدارة سوف تنفصل من القانون العام وتدخل تحت ظل القانون الخاص والتسيير الخاص. تأسيسا على هذا القرار بدأ التمييز بين المؤسسات العمومية، وصارت منها التي تتكفل بتسيير المرافق العمومية الإدارية، وأخرى تتولى تسيير المرافق العامة الصناعية والتجارية.

الفرع الثاني: تعريف المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

ظهور هذه المؤسسات كان نتيجة ازدياد تدخل الدولة في الحياة العامة، خاصة في الميدان الاقتصادي و التجاري التي هي أصلا من شؤون القطاع الخاص، فهي مؤسسات تزاول نشاطا اقتصاديا بهدف تلبية حاجات عامة اقتصادية، تجارية وصناعية. لذا كان لها تعريف مغاير للتعريف التقليدي للمؤسسة العمومية، حيث عرفها الأستاذ ناصر لباد بأنها " المرافق التي يكون موضوع نشاطها تجاريا وصناعيا مماثلا للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، تتخذها الدولة والجماعات المحلية (الولاية والبلدية) كوسيلة لإدارة مرافقها الصناعية والتجارية، تخضع لأحكام القانون العمومي والقانون الخاص معا كل في نطاق محدد "[13].

المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية في الجزائر كأسلوب لإدارة المرافق الاقتصادية رغم اختلاف النظام الاقتصادي السائد في كل مرحلة، تعريفها بقي يكتنفه نوع من الغموض الذي يرجع لعدة أسباب

[10] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مصر 1991، ص 74.

[11] أحمد محيو، المرجع السابق، ص447.

[12] شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، الجزائر 2017، ص19.

[13] ناصر لباد، القانون الإداري (الجزء الثاني، النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، مطبعة SARP، الجزائر، 2004، ص 187.

خاصة منها ما يتعلق بعدم الاستقرار التشريعي للقوانين المنظمة للمؤسسات العمومية، كونها عرفت عدة إصلاحات رئيسية وجذرية.

للإشارة أن المشرع الجزائري استحدث عبارة " المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري" بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهي تسمية جديدة وضعت لتشمل مجموعة من المؤسسات التي كانت تنص عليها المراسيم السابقة والمنظمة للصفقات العمومية، وكان يتم في كل مرة تعديلها لإضافة مؤسسة جديدة، فشمولية هذه العبارة تترك للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة لتتبع المال العام أينما وجد واخضاعه لقانون الصفقات العمومية حتى لا تفلت إحدى المؤسسات من الخضوع إليه بحجة أنها غير مذكورة في التعداد الحصري الذي جاء في المراسيم السابقة[14]. لكن ما يؤخذ على المشرع أنه لم يقدم تعريفا لها، إلا أنه بالرجوع الى القانون رقم 88-01 في المادة 44 منه [15]، يمكن إستقراء أهم الخصائص التي تتميز بها هذه المؤسسات، وذلك بالإستناد على مفهوم المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري باعتبارها أحد أهم أنواعها، والتي تتمثل إجمالا في ثلاث خصائص وهي الإنتاج التجاري، التسعير المسبق، ودفتر الشروط العامة.

طبقا للقانون رقم 88-01، المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية تمتع بطابع مزدوج، وذلك عبر إخضاعها للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة، وإخضاعها لقواعد القانون الخاص في علاقتها مع الغير، وأن تحديد طابعها الصناعي والتجاري وقواعد سيرها وتنظيمها يظهر في عقد إنشائها والقوانين الأساسية التي تنشأها والمتخذة وفق الشكل التنظيمي [16].

الفرع الثالث: خصائص المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية

أولا- التمتع بالشخصية المعنوية، بها تحقق المؤسسات العمومية القدر الكافي من الإستقلالية، وتمكنها من تكريس أهدافها، ويترتب عن ذلك نتائج قانونية، كاستقلالها بذمة مالية بعيدة عن مالية الدولة ما يمكنها من تحمل نفقاتها وأرباحها وخسائرها. كما يمنحها ذلك أيضا الحق في التقاضي[17]، والاستقلال

[14] محفوظ عبد القادر، قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة – العدد 35 ، الجزائر، 2019، ص104.

[15] القانون رقم: 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988، ص33. ألغيت مواده من 1 إلى 42 بموجب الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001، ص9.

[16] المادة 45 و 46 من القانون رقم: 88-01، السالف الذكر.

[17] المادة 50 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص990، المعدل والمتمم.

الإداري الذي يتجسد في الغالب من أجهزة إدارية خاصة بها، تتكون بصفة عامة من جهاز تداولي معين من قبل الوصاية، يكون مسؤولا عن اختيار الاستراتيجيات وتحديد برنامج النشاط و اتخاذ كافة القرارات التي تخص ادارة وتسيير المؤسسة. هذا بالإضافة لجهاز تنفيذي يتمثل في المدير الذي يعتبر الآمر بالصرف فيما يخص ميزانية المؤسسة العامة.

ثانيا- إدارة وتسيير مرفق عام، ترتبط هذه المؤسسات إرتباطا وثيقا بالمرفق العام، باعتبارها أحد أهم الطرق العامة المستعملة في إدارته، فرضتها النظرة والتوجهات الجديدة للدولة، بهدف تحسين إدارة المرفق العام وتخفيف عبء تسييره ومتابعته، وذلك بتخليص بعض المرافق الاقتصادية من قيود التصرف العام وقواعد المحاسبة العمومية لتصبح قادرة على منافسة المشروعات الفردية التي تمارس نشاطا مماثلا، وهي قائمة على مبدأ التخصص الذي يقضي بأن كل مؤسسة عمومية تنشأ من أجل تنفيذ مهام محددة في نص إنشائها[18].

ثالثا- الخضوع لنظام الوصاية، الذي يتيح للإدارة العامة (وزارة، ولاية، بلدية) التدخل، المراقبة والوقوف على مدى احترام المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لما هو منصوص عليه قانونا[19].

رابعا- الطابع التجاري، للنشاط الذي تمارسه هذه المؤسسات، وهي الأعمال والتصرفات التي تباشرها وفقا للقانون التجاري، تتمثل بشكل أساسي في بيع إنتاج تجاري وتقديم خدمات، وهو ما ورد ذكره في المادة 44 من القانون رقم 88-01.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية وتمييزها عن غيرها

يتطلب تحديد الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري البحث في النظام القانوني المنظم لها أولا، ثم تمييزها عن غيرها بالإستناد على طبيعتها القانونية ثانيا.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية

يتجلى نظامها القانوني في مختلف القوانين التي تنظم وتضبط سيرها، والتي تتمثل أساسا فيما يلي:

[18] محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص242.

[19] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص472.

أولا- القانون المطبق على النشاط والمستخدمين: المادة 44 و45 من القانون 88-01، تنص على أن طابع النشاط الذي تمارسه هذه المؤسسات هو تجاري، باعتبار أنها تتخصص في إنتاج مواد وتقديم خدمات، وتعاملاتها تخضع للقانون التجاري. لكن هذا لا يمنعها من ابرام عقود إدارية، فهي في علاقتها مع الدولة تخضع لقواعد لقانون العام.

بالنسبة لمستخدمي المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري المعنية بقانون الصفقات العمومية، طبقا لأحكام القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل يعتبرون عمالا[20]، ذلك أن المادة 03 منه نصت صراحة على المستخدمين الذين لا يشملهم هذا القانون دون ذكر مستخدمي هذه المؤسسات. وعليه، علاقات العمل لهذه المؤسسات مع عمالها هي ذات طبيعة إتفاقية تعاقدية، بإستثناء الطاقم المسير مثل المديرين والمحاسبين، فيحتفظون بصفة موظف عمومي[21].

ثانيا- الجهات القضائية المختصة بالمنازعات: تم تنظيم قواعد الإختصاص القضائي في المادة الإدارية في العديد من النصوص القانونية. والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كرست المعيار العضوي كأصل عام[22]، فالإختصاص القضائي يؤول إلى القضاء الإداري كلما كان أحد الأشخاص العامة المتمثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، ومنه استثنيت منازعات المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري من إختصاص القضاء الإداري مما يجعلها تخضع لقواعد القانون الخاص، ومنه إختصاص القضاء العادي كأصل عام[23].

لكن بالرجوع إلى المادة 06 من قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 15-247، نجدها وسعت من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية ليشمل المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكون ممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، وهو ما يثير إشكالا يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية التي تبرمها هذه المؤسسة وتحديد الجهة القضائية

---

[20] المادة 03 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد17، الصادرة بتاريخ 25 أفريل 1990، ص562، المعدل والمتمم.

[21] المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 02-43 المؤرخ في 14 يناير 2002، يتضمن إنشاء بريد الجزائر، الجريدة الرسمية عدد 04، الصادرة بتاريخ 18 جانفي 2002، ص18، تنص على أن تعيين المدير العام لمؤسسة بريد الجزائر يتم بموجب مرسوم رئاسي، وهو ما يكسبه صفة الموظف العمومي.

[22] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، ص3.

[23] إعتمد هذا الأساس وعمل به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 19 جويلية 2012 الملف رقم: 066663 بين (أ.ف) أحد أعضاء مستثمرة فلاحية ضد شركة نقل الكهرباء، الذي قضى من خلاله بأنه لا يختص القاضي الإداري بالفصل في نزاع ذي طابع تجاري قائم بخصوص حق الانتفاع بين مستثمرة فلاحية وشركة نقل الكهرباء، لعدم اكتساب كلا الطرفين صفة الهيئة الإدارية. الموقع https://www.conseildetat/ar/، تاريخ التصفح 23 أفريل 2021.

المختصة بالفصل فيها باعتبارها من أشخاص القانون الخاص، ولمعالجة هذا الإشكال نطرق أولا لموقف الفقه، ثم لموقف القضاء الجزائري ثانيا.

1-موقف الفقه: لحل الإشكال أعلاه ظهر اتجاهان في الفقه، حيث يرى الإتجاه الأول أن الاختصاص يؤول إلى القضاء العادي تطبيقا للقواعد العامة وأخذا بالمعيار العضوي، لأن هذه المؤسسات ماهي إلا شخص من أشخاص القانون الخاص. أما الإتجاه الثاني يرى أن منازعات الصفقات العمومية التي تكون فيها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري مع توفر شرط التمويل العمومي يرجع الإختصاص إلى القضاء الإداري، لكن مؤيديه إختلفوا في تحديد الأساس المعتمد، منهم من إعتمد المعيار الموضوعي على أساس نص قانوني خاص وصريح، بسبب أن المشرع نص صراحة على أن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري هي صفقات عمومية في حال كانت ممولة من طرف الدولة، ومنهم من اعتمد معيار الوكالة أو التفويض، بسبب أن الدولة هي الممولة للمشروع والمؤسسة تتصرف لحاسبها[24].

2-موقف القضاء الجزائري: من خلال ممارسات القضاء في الجزائر نجد أنه قد إعتمد مفهوم الوكالة والتفويض في إسناد الإختصاص لجهة القضاء الإداري لمنازعات الصفقات العمومية الممولة كليا بأموال عامة والتي تكون المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري طرفا فيها، وذلك باعتبار أن ميزانية الدولة هي الممولة للمشروع، والمؤسسة ما هي إلا مفوض عنها. وهو ما إعتمده مجلس الدولة في بعض الإجتهادات القضائية، منها القرار رقم 087067+087241 المؤرخ في 09 جانفي 2014 بين الدولة ممثلة من قبل وزير النقل ضد الشركة ذ.م .م "سوتريب" و من معها، والمتعلق بمنازعة ناشئة عن صفقة عمومية مبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي وممولة من ميزانية الدولة، بموجبه نص على أنه " حتى في حالة غياب أشخاص القانون العام في هذا النزاع فإن القضاء الإداري مختص بالنظر إلى مصدر تمويل المشروع "[25]. وهو نفس الموقف اتخذه مجلس الدولة في القرار رقم 058475 المؤرخ في 10 مارس 2011، إثر منازعة بين شركة للأشغال البناء (COGEDIB) ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (AADL)، حيث نص على أنها تدخل في إختصاص القضاء

[24] كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012، ص51 ومايليها.

[25] موقع مجلس الدولة: https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/arretn087067-a.pdf، تاريخ التصفح 25 جوان 2021.

الإداري، فهي منازعة منصبة على صفقة عمومية مبرمة بين شركة خاصة وبين الوكالة الوطنية لتحسين السكن و تطويره (عدل)، المشرفة على إنجاز مشروع إستثماري (بناء سكنات) ممول من طرف الدولة[26].

ثالثا- الميزانية والنظام المحاسبي المالي: بغرض التكيف مع النشاطات الاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق الربح، أو على الأقل تحقيق التوازن بين النفقات والإيرادات، تتمتع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري بميزانية مستقلة ومنفصلة على السلطة الوصية، وهو ما أكدته المادة 45 من القانون رقم 88-01، حيث أن ميزانيتها توضع على شكل الميزانيات التجارية تكريسا لإستقلاليتها عن الهيئات المنشأة لها. أما نظام محاسبتها تخضع للقانون رقم 07-11 المتعلق بالنظام المحاسبي المالي، طبقا للمادة 2 منه[27]، وتؤكد ذلك المادة 04 من نفس القانون.

رابعا- الخضوع لقانون الصفقات العمومية: بغرض تتبع وحماية المال العام من مختلف مظاهر الفساد، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري في حالة تكليفها بإنجاز مشاريع ممولة كليا أو جزئيا من الدولة أو الجماعات الإقليمية، تخضع لقانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247، طبقا للمادة 06 منه، وهو ما سيتم التطرق إليه لاحقا.

الفرع الثاني: تمييز المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية عما يشابهها

الإستعانة بالخصائص وطبيعة القواعد القانونية التي تخضع لها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري المعنية بقانون الصفقات العمومية، هو ما يمكننا من تحديدها وتمييزها عن غيرها من المؤسسات التي قد تتشابه معها.

أولا- المؤسسات العمومية الإقتصادية: يختلف النظام القانوني الذي يحكم المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عن النظام القانوني الذي يحكم المؤسسة العمومية الإقتصادية، فإذا كانت التسمية الصحيحة لهذه الأخيرة بعد ترجمتها إلى اللغة الفرنسية تعني المشروع العام الاقتصادي (Entreprise Publique)، فإن النوع الأول الذي يقابل التسمية بالفرنسية (Etablissement

[26] موقع مجلس الدولة : https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/arretn058475-a.pdf، تاريخ التصفح 25 جوان 2021.

[27] القانون رقم: 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007، المتضمن النظام المحاسبي المالي، الجريدة الرسمية عدد 74، الصادرة بتاريخ 25 نوفمبر 2007، ص3.

(Public يعتبر من أهم تطبيقات المؤسسة العامة في القانون الإداري التي تلجأ إليها أغلب الدول من أجل إدارة المرافق العامة الاقتصادية[28].

بالرجوع الى أحكام القانون رقم 88-01 والقانون رقم 01-04، يتضح مدى إختلاف المؤسستين العموميتين، ذلك أن المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لها نظام قانوني مختلط، تارة تخضع لقواعد القانون العام في علاقتها مع الدولة، وتارة أخرى تخضع لقواعد القانون الخاص في علاقتها مع الغير[29]، كما يمكنها طبقا للمادة 47 من القانون 88-01 من تحولها الى مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي إذا أمكن أن يتبع هدفها وسير عملها آليات السوق. في حين أن المؤسسة العمومية الإقتصادية تخضع كأصل عام لقواعد السوق وبالخصوص للقانون التجاري[30].

يتأكد كذلك الاختلاف بخضوع المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لقانون الصفقات العمومية، إذ بالمفهوم الواسع تغطي هذه المؤسسة مجالات إجتماعية يقع على الدولة القيام بها دون أن تهدف بالضرورة إلى تحقيق الربح، تنشأ لتقديم خدمة عامة وضمان المصلحة العامة في تعاملاتها، مع مراعاة المحافظة على توازنها المالي[31]. أما المؤسسة العمومية الاقتصادية فقد تم إستبعادها كلية وبشكل صريح من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية[32]، كونها مؤسسات تتواجد في جميع الميادين الإستراتيجية وغير الإستراتيجية، نشاطها تجاري يتمثل في الإنتاج أو التموين أو تقديم الخدمات، هدفها دائما التراكم المالي أي تحقيق الربح[33]. غير أن المشرع ألزمها بإعداد إجراءات إبرام الصفقات تكون مبنية على أساس مبادئ الشفافية وحرية الإستفادة من الطلب وضمان تحقيق المساواة بين المترشحين.

الجدير بالذكر أن المؤسسات العمومية الاقتصادية تختلف كلية عن الهيئات الوطنية المستقلة والمتمثلة في البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة)، المحكمة الدستورية والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي، فعلى الرغم من أن هذه الهيئات تتمتع بالإستقلالية، إلا أنها لا تخرج عن الشخصية القانونية للدولة، وهو ما جعل المشرع الجزائري أنه لم ينص عليها في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

---

[28] عبد الله قادية، الإطار القانوني للمؤسسة العمومية في الجزائر كعون إقتصادي، مجلة جامعة الشارقة، جامعة معسكر، الجزائر، المجلد 16، العدد1، 2019، ص614.

[29] المادة 45 من القانون رقم 88-01 تنص على مايلي: " تخضع الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري...".

[30] المادة 05 من الأمر رقم 01-04، السالف الذكر.

[31] المادة 154 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011، ص4.

[32] المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

[33] النوي خرشي، الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2019، ص 42.

ثانيا- مراكز البحث والتنمية « CRD »: تمت الإشارة لمراكز البحث والتنمية في القانون رقم 88-01 من الباب الثالث، إبتداء من المادة 51 إلى غاية المادة 53، حيث نصت هذه الأخيرة على أنها هياكل خاصة يتم إنشائها عن طريق التنظيم، تمول جزئيا أو كليا من الأموال العامة، على شكل مساهمات نهائية من الدولة. يمكن لهذه المراكز عقد شراكة مع المؤسسات العمومية الإقتصادية أو إنشاء مؤسسات فرعية خاضعة لقواعد التشريع التجاري بقصد تثمين نتائج البحث واستغلالها[34]. لكن ما يؤخذ على المشرع أنه لم يحدد طبيعتها القانونية بل ترك أمر ذلك للتنظيم المنشأ لها.

بتفحص القوانين المنشأة لبعض مراكز البحث أعلاه، لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 99-86 المتضمن إنشاء مراكز البحث النووي[35]، نجد أن المادة 05 منه نصت على أن " المراكز مؤسسات عمومية ذات طابع خاص، تتمع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تطبق عليها القواعد المعمول بها في الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعتبر ذات طابع تجاري في علاقتها مع الغير". ومنه يتبين أن مراكز البحث النووي هي مؤسسات عمومية، تخضع للتشريع التجاري بإمتياز أثناء معاملاتها مع الغير، على الرغم من تميزها بصبغة ذات طابع خاص.

ثالثا- المؤسسات العمومية ذات التسيير الخاص: يتعلق الأمر هنا بأجهزة الضمان الاجتماعي التي نص عليها القانون رقم 88-01 في المادة 49 كما يلي " تعد أجهزة الضمان الاجتماعي هيئات عمومية ذات تسيير خاص تحكمها القوانين المطبقة في هذا المجال. يحدد التنظيم الإداري لأجهزة الضمان الاجتماعي عن طريق التنظيم"، وتطبيقا لأحكام هذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-07 المؤرخ في 04 جانفي 1992 المتضمن الوضع القانوني لصناديق الضمان الاجتماعي والتنظيم الإداري والمالي للضمان الاجتماعي، ونص في المادة 01 على أن هذه الهيئات تتمثل في الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية للعمال الأجراء، الصندوق الوطني للتقاعد، الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي لغير الأجراء. لكن ما يؤخذ على هذا المرسوم أنه لم يقم بتكييف طبيعتها القانونية.

وبتفحص أحكام المادة 02 من ذات المرسوم ، نجد أن علاقة هيئات الضمان الإجتماعي مع الغير تخضع للتشريع التجاري، مما يعني أنها تتمتع بصفة التاجر، ومحاسبتها طبقا للمادة 57 من ذات المرسوم تمسك على الشكل التجاري. أما المنازعات التي تكون بينها و بين المؤمن لهم إجتماعيا حول

---

[34] المادة 54 من القانون 88-01، السالف الذكر.

[35] تم إنشاء مراكز البحث النووي من طرف محافظة الطاقة الذرية المنشأة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-436 المؤرخ في 01 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 75، الصادرة بتاريخ 04 ديسمبر 1996، ص 24، هذا المرسوم إستند بدوره على المرسوم رقم 83-521 الذي يحدد القانون الأساسي لمراكز البحث المحدثة لدى الإدارات المركزية، الذي بدوره إستند على المرسوم رقم 83-455 المؤرخ في 23 جويلية 1983، المتعلق بوحدات البحث العلمي والتقني، والملغى بموجب المرسوم رقم 99-257 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 المحدد لكيفيات إنشاء وحدات البحث وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 82، الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 199، ص9.

تقدير منح العجز والأداءات العينية أو النقدية...إلخ تؤول لإختصاص القضاء العادي طبقا لأحكام المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين أن المنازعات التي تثور بينها وبين المؤسسات والإدارات العمومية بصفتها هيئات مستخدمة فإنها تؤول للقضاء الإداري طبقا لأحكام المادة 16 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي[36]. وهو ما يستنتج **واقعيا** أنها تعتبر بإمتياز مؤسسات عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

رابعا- المؤسسات العمومية المتخصصة: تعتبر مؤسسات عمومية حديثة، تشمل كل من المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والتي ينظمها القانون رقم 98-11[37]، بحيث أنها تتمع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، الغرض من إنشائها تحقيق نشاطات البحث العلمي والتكنولوجي، طبيعتها تبقى إدارية مع إضافة بعض المرونة على نشاطها العلمي وأدائها، وهو ما يميزها عن غيرها من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. وتشمل كذلك المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني التي ينظمها القانون رقم 99-05[38]، تم إنشائها لتحديث تسيير الجامعات ومؤسسات التعليم العالي عن طريق إمكانية تسويق الأملاك الثقافية وإستعمال مواردها مباشرة.

هذه المؤسسات العمومية طبقا للقوانين أعلاه والمنظمة لها، هدفها تحقيق مصلحة وخدمة عامة بصفة مجانية لا تستهدف تحقيق الربح، ميزانيتها ممولة من طرف الدولة تخضع للقواعد المحاسبة العمومية. وعدم النص عليها في قانون الصفقات العمومية أي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يوحي إلى أن المشرع الجزائري أعاد تصنيفها ضمن المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لما لها من نفس الخصائص والمميزات من حيث الهدف والتمويل والرقابة عليها، رغم أن وصفها وتسميتها مستمد من نص ذو طابع تشريعي[39].

---

[36] القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي، الجريدة الرسمية عدد11، الصادرة بتاريخ 02 مارس 2008، ص7.

[37] القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطور التكنولوجي، الجريدة الرسمية عدد 62، الصادرة بتاريخ 24 أوت 1998، ص3، الملغى.

[38] القانون رقم 99-05 المؤرخ في 04 أفريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 07 أفريل 199، ص4، المعدل والمتمم.

[39] لتفصيل أكثر، راجع عمار بوضياف، شرح تنظم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 74 ومايليها.

المبحث الثاني: خصوصية العلاقات التعاقدية للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري وخضوعها لقانون الصفقات العمومية

تختلف المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية من حيث طبيعتها ومهامها والقانون الذي تخضع له عن أشخاص القانون العام، وذلك يرجع لطابعها القانوني المزدوج، فهي تباشر دورا اقتصاديا إلى جانب تسيير مرفق عام في آن واحد. طابعها التعاقدي يتميز بنوع من الخصوصية تظهر من خلال خضوعها للقانون الخاص في علاقتها مع الأفراد، وخضوعها للقانون العام كإستثناء في علاقتها مع الدولة ومنحها صلاحية إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول: التعاقد وفق قواعد القانون الخاص (الأصل العام)

بصفة عامة تعتبر العقود التي تبرمها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عقود تجارية تخضع لقواعد القانون الخاص تماشيا مع طبيعة نشاطها. لذا نتطرق لطبيعة هذه العقود أولا، ثم نذكر أهم الدوافع التي أوجبت هذا النوع من العقود ثانيا.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقود المبرمة وفق قواعد القانون الخاص

إستحداث المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري التي ترتكز على مبدأ الإستقلالية ومبدأ المتاجرة كانت من مظاهر التخلي عن قواعد الإقتصاد الموجه من جهة، وتبني قواعد ذات توجه ليبرالي حر من جهة أخرى. ذلك أن التوجه الجديد للدولة الجزائرية بداية من سنة 1988 وتحولها من النظام الإشتراكي إلى النظام الليبرالي الحر أملته ظروف متعددة سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، ولمسايرة هذه التحولات صدرت مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية تتماشى والتوجه الجديد، وهذا بتبني مبادئ المساواة والمنافسة الحرة والنزيهة مع إلغاء كل سياسات الإحتكارات بين مختلف المتعاملين الإقتصاديين.

المادة 45 من القانون رقم 88-01 السالف الذكر، إعتبرت هذا النوع من المؤسسات تاجرة في علاقتها مع الغير وتخضع في معاملاتها وتنظيمها وتسييرها لأحكام القانون الخاص بشكل عام وإلى القانون المدني والتجاري بصفة خاصة تماشيا مع طبيعة النشاط الذي تمارسه. بالتالي تعتبر هذه الأخيرة شركة تجارية تطبق عليها أحكام المادة 19 من القانون التجاري، حيث أنها تعد شخص معنوي تاجر ملزم بالقيام بإجراء القيد في السجل التجاري والإشهار القانوني، حتى يتمكن الغير من الإطلاع على وضعيتها ومركزها ونوع النشاط الذي تمارسه.

وفي حالة حدوث نزاع بينها وبين الأفراد يعود الإختصاص بفض المنازعة إلى جهة القضاء العادي طبقا للمفهوم العضوي الذي كرسته المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحتى القرارت التي تصدرها لا يمكن إعتبارها من قبيل القرارات الإدارية، باستثناء القرارت ذات الطابع العام الصادرة عن المديرية والتي تهم سير وتنظيم المرفق الصناعي والتجاري الذي تسيره. أما من حيث المسؤولية، فالمبدأ هو خضوعها لقواعد القانون الخاص بإستثناء الضرر الذي تكون فيه صفة ضرر الأشغال العامة[40].

الفرع الثاني: دوافع إبرام عقود القانون الخاص

المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري هي نتيجة الحاجة للقيام بأنشطة صناعية وتجارية، لم تستطع القيام بها المؤسسات الخاصة، بسبب قلة مردوديتها أو ضخامة رؤوس أموالها أو علو وتعقد مستواها التكنولوجي. بالإضافة إلى السعي للزيادة في فعالية تسيير المؤسسات العمومية للمرفق العام يتوجب أن تتضمن العقود التي تبرمها، جملة من الخصائص التي يتطلبها النشاط الاقتصاد في ظل القانون الخاص. كما أنه مراعاة لما يتطلبه النشاط التجاري من سرعة وائتمان، يكون من اللازم الأخذ بجملة من القواعد والأحكام الضرورية المعمول بها في هذا الشأن، من نفاذ معجل، تقادم قصير، وإفتراض للتضامن بين المدينين[41]. إضافة لكل هاته الدوافع، فإن تواجد الدولة الضابطة يعد ضمانة هامة لتعزيز شفافية السوق إذا ما شاركت من خلال المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري في النشاط الاقتصاد، كما يعزز خلق الثروة من خلال إنتاج السلع والخدمات، وتوزيعها سعيا لتحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية.

المطلب الثاني: التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية (الإستثناء)

المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 06 من قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نص على تطبيق أحكامه على بعض العقود التي تبرمها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري في حالات معينة وبشروط محددة أثناء ممارسة نشاطاتها، وهو ما يعني استبعاد العمل بالمعيار العضوي و إكتفاؤه بالمعيار المادي كإستثناء وتكملة للأول.

[40] شايب الراس عبد القادر، المرجع السابق، ص 22.

[41] بوزيد غلابي، المرجع السابق، ص183.

الفرع الأول: شروط الخضوع لقانون الصفقات العمومية

لإعتبار العقود التي تبرمها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري أثناء ممارسة نشاطاتها صفقات عمومية ومنه تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يستوجب أن تتوفر شروط قانونية محددة تتمثل فيما يلي:

أولا- تكليف السلطات العمومية للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري بإنجاز عملية: حيث أنه بإستقراء نص المادة 06 من المرسوم المذكورة أعلاه، يظهر وجود مركزين قانونيين للشخص الذي يجب عليه إبرم الصفقات العمومية، الأول هو المركز القانوني للأصيل الذي يظهر في المادة من خلال عبارة الدولة، الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أما الثاني هو المركز القانوني للنائب، والذي يظهر في عبارة " عندما تكلف بإنجاز عملية "، أي أن المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لها دور النائب عن الدولة. وبمفهوم المخالفة عندما لا يكون هناك تكليف فهذه المؤسسات العمومية غير معنية بإبرام الصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس يتم التمسك بإعمال المعيار العضوي كونه المتبنى من طرف المشرع الجزائري، بحيث أن المؤسسات العمومية التجارية ماهي إلا مفوض عنها مادام أن الدولة هي الممول الرئيسي للمشروع[42].

ثانيا- تمويل الصفقة موضوع الإبرام من قبل الدولة أو الجماعات الإقليمية: أي تتحمله الخزينة العمومية بصفة كلية أو جزئية بمساهمة مؤقتة أو نهائية. بحيث أنه إذا تخلف هذا الشرط فإن العقد لا يدخل في نطاق الصفقات العمومية ولا يعتبر عقدا إداريا مهما أطلق عليه من تسميات.

الفرع الثاني: معايير تحديد الصفقات العمومية

تتمثل أهم المعايير المعمول بها لتحديد الصفقات العمومية فيمايلي:

أولا- المعيار العضوي: يشترط في العقد الإداري مراعاة المعيار العضوي، إذ يتوجب أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد في المادة 06 إستثناء بشأن هذا المعيار، مفاده أن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، تعتبر صفقات عمومية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية بصفة كلية أو جزئية، ولا تختلف عن باقي عناصر صفقات الإدارات العمومية فيما يخص عملية الإبرام والتنفيذ. ما يعني أنه كلما تعلق الأمر بتمويل تتحمله الخزينة العامة وجب إخضاعه لطرق محددة، حماية للمال العام وترشيد النفقات العمومية.

[42] قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 14 ماي 2001 ملف رقم 332 فهرس رقم 275 بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص54.

إن إعتراف المشرع للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري بصفة المرفق العام، وتمويلها بصفة جزئية أو كلية من ميزانية الدولة، هي التي دفعت به إلى إعتبار بعض عقودها صفقات عمومية، وهو ما أشارت له المادة 106 من القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية[43]، بنصها على أنه " تستفيد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية في إطار الأهداف المسطرة لها، وبمقتضى القوانين والتنظيمات المعمول بها، وإعتمادا على مهمتها بإعتبارها مرافق عمومية أو ذات منفعة عامة من حق الملكية أو من حق إستعمال الأملاك المقدمة لها من قبل الدولة أو الجماعات الإقليمية ". غير أن هذا المعيار لا يستقيم من النواحي التالية:

* المساس بالمعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تشير فقط الى الإختصاص النوعي للمحكمة الإدارية بالنظر في منازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. على الرغم أن المادة 801 من نفس القانون جعلت من إختصاص القضاء الإداري الى جانب منازعات الأشخاص التقليدية، منازعات أخرى عن طريق نصها " القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة " إلا أنها لم تحل المشكل، كون المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لا يحيل في أحكامه على جهات القضاء الإداري، مما سينتج عنه إشكالات عملية على المستوى القضائي وبالتحديد في مجال الإختصاص النوعي.

* إستبعاد المؤسسة العمومية الإقتصادية بموجب المادة 09 من نفس المرسوم الرئاسي أعلاه، رغم كونها مرفق عام يخضع للقانون التجاري. حيث كان من المفروض أن تأخذ نفس حكم المؤسسات الواردة في المادة 06 من نفس المرسوم الرئاسي أعلاه.

ثانيا- المعيار الشكلي: المشرع الجزائري في مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية التي عرفتها الجزائر ثبت على مبدأ واحد، وهو إعتبار الصفقات العمومية عقود شكلية تحرر كتابة، وجعلها من القواعد الآمرة[44]. لكن شرط الكتابة لم يؤخذ على إطلاقه بل أورد إستثناء، ولأسباب جدية معينة يمكن البدأ في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية في شكلها القانوني، عند توفر حالات لا تستدعي التأخير لضرورتها الملحة وبعد الحصول على ترخيص من السلطة المختصة قانونا، ليتم فيما بعد وجوبا تسوية هذه الحالة المستعجلة عن طريق إبرام الصفقة العمومية وفقا للآجال المحددة قانونا[45]. ولعل أهم أسباب إشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية، راجع لكون الصفقات العمومية أداة

[43] القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990، ص1661.

[44] المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

[45] المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الإستثمارية، كما أن تحمل الخزينة العامة للأعباء المالية الضخمة الناتجة عن الصفقات العمومية يفرض تبريرها عن طريق الكتابة، وهو ما يساعد في تسهيل مهمة بسط الرقابة على عمليات المصلحة المتعاقدة من الجهات المختصة.

ثالثا- المعيار المالي: الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالخزينة العمومية، لذا وجب ضبط حد مالي لإعتبار العقد صفقة عمومية لأنه من غير المعقول إلزام المصلحة المتعاقدة بالخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية مهما كانت قيمة مبلغ الصفقة، فهناك حالات تتعاقد فيها الإدارة بمبالغ بسيطة لا تستدعي التشديد وطول الإجراءات التي يتمتع به هذا القانون.

وبناء على المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لا نكون أمام صفقة عمومية إلا إذا تعلق بقيم مالية محددة ومبينة، وهي إثنى عشر مليون دينار (12.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات. فإذا كان مبلغ الصفقة مساويا أو أقل لهذه المبالغ حسب الحالة لا تلزم المصلحة المتعاقدة بإتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي أعلاه[46].

للإشارة، أنه من منطلق أن الصفقات العمومية على علاقة وطيدة بالحالة الإقتصادية للدولة خاصة منها معدل التضخم الذي يتحكم فيها، فقد تم الإعتراف للوزير المكلف بالمالية سلطة تحيين مبالغها دوريا، وهو ما تضمنته المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تفاديا لتعديل المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية كل مرة، خاصة إذا علمنا أن إجراء التعديل يكون على الأقل بنص مماثل مما يتطلب مدة أطول من القرار الوزاري، لذا كان المشرع على صواب في إقراره تحيين هذه المبالغ بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

رابعا- معيار البنود غير المألوفة: و يقصد به إدراج شرط أو قاعدة في العقد يعطي الطرفين أو أحدهما حقوق أو يحملها إلتزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية وإراديا المتعاقد في ظل القانون الخاص (المدني أو التجاري)، حيث أقرت هذه البنود لتمكين الإدارة أو المصلحة المتعاقدة من تحقيق أهدافها تحت أي ظرف، بالتالي تلبية حاجيات مواطنيها وتحقيق المصلحة العامة.

وبما أن مختلف قوانين الصفقات العمومية تعترف للمصلحة المتعاقدة بجملة من السلطات والإمتيازات التي لا نجدها في القانون الخاص من جهة. والإعتراف للمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع

[46] تحديد القيم المالية للصفقات العمومية، انتقد على أساس أن إعفاء المصالح المتعاقدة من التقيد بالإجراءات الشكلية المطلوبة عند إبرام الصفقة العمومية نظرا لقيمتها الضئيلة، يعني أن تلك الصفقات باتت تشكل ثغرة ومنفذا يسهل من خلاله تفشي وإستشراء الفساد والتلاعب بالمال العام، وهو ما من شأنه المساس والإضرار بمصلحة الدولة. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 121.

الذي يحكم النشاط التجاري بحق إبرام الصفقات العمومية من جهة أخرى، فإنه من المنطقي أن تتمتع هذه المؤسسة بسلطات وإمتيازات في مواجهة المتعاقدين معها. وقد كرست هذه البنود في قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في صور متعددة أهمها: سلطة الفسخ من جانب واحد، حيث تنص المادة 150 على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ المتعامل المتعاقد. وكذلك المادة 147 أين نصت على سلطة فرض العقوبات المالية على المتعاملين الاقتصاديين في حالة الاخلال بالتزاماتهم التعاقدية.

خامسا- المعيار الموضوعي: تبرم الإدارة أو المصالح المتعاقدة عقودا كثيرة لممارسة نشاطاتها المتعددة، لكن لايمكن إعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة صفقات عمومية، لذا هناك جملة من العقود تخرج عن وصف الصفقة العمومية مثل عقود الإمتياز. والمشرع الجزائري حدد عقود الصفقات العمومية وموضوعاتها في المادة 02 والمادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي تتمثل في كل من عقود الأشغال العامة، إقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات.

الفرع الثالث: الغرض من إخضاع المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري لقانون الصفقات العمومية

ترتبط الصفقة العمومية إرتباط وثيقا بالنفقات العمومية على إعتبارها شكلا من أشكالها كما ترتبط اقتصاديا بمفهوم الاستثمار. وإذا كانت أهميتها تظهر من المبالغ المعتبرة المرصودة لها، فإن قيمتها تستخلص من كونها إحدى أهم الآليات لتنفيذ برامج التنمية، مما يتحتم القدرة على تأطير هذه المعطيات بما يضمن متطلبات النجاعة في تسيير المال العمومي وتحقيق الهدف التي رصدت النفقة لأجله.

إن اعتبار المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري أحد أهم الأشخاص المساهمة في تنفيذ برامج التنمية الوطنية تحقيقا للنفع العام، هو ما أدى بالمشرع إلى تمديد قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 15-247) ليشمل معاملتها الممولة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، سعيا لبسط الرقابة على المال العام أينما وجد بغرض المحافظة عليه وترشيد الإنفاق العام، بالإضافة إلى جعل الصفقات العمومية تتم في كنف الشفافية والعلن والوضوح مع تطبيق مبدأ المساواة. كما أن إعتماد المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري في إدارة وتسيير المرفق العام، يعود بالأساس لمرونة نظامها القانوني الذي يمنح نوعا من المرونة في التسيير وحرية نسبية تبحث عن الفعالية تكيفا مع طبيعة وخصائص النشاط المرفقي الذي تسيره.

والملاحظ أن المشرع ولدواعي محاربة الفساد وإضفاء الشفافية أكثر، واقرار مبدأ الحرية من الطلب والمشاركة في الصفقات، وضمانا لتحقيق المساواة بين العارضين، ألزم المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط على أن تتخذ من قانون الصفقات (المرسوم الرئاسي رقم 15-247) نص مرجعي وتوجيهي، وسند تعاقدي، عندما تنجز عمليات غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، وهذا مراعاة لطبيعتها كمؤسسة تجارية وخصوصية كل عقد[47].

الخاتمة: على ضوء ما تقدم ذكره، يتبين أن المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري والمعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية لها خصوصية تتجلى بوضوح في خضوعها لنظام قانوني مزدوج. فهي تخضع كأصل عام إلى القانون الخاص، لها طابع تجاري في علاقاتها مع الغير، وتكتسب صفة التاجر، وتبرم عقود ذات طبيعة خاصة، ومحاسبتها تمسك على الشكل التجاري، كما أن عمالها يخضعون لقانون العمل وهدفها الرئيسي السعي وراء تحقيق الربح، وإختصاص القضاء العادي بمنازعاتها. أما الإستثناء تخضع لأحكام القانون العام في علاقتها مع الدولة، لإرتباطها إرتباطا وثيقا بالمرفق العام، حيث منحها المشرع صلاحية إبرام صفقات عمومية طبقا للمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 شرط أن تكون ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائيا من ميزانية الدولة أو من الجماعات الإقليمية، حيث تتصرف بصفتها وكيل أو نائب عن الدولة، وذلك بقصد ترشيد النفقات العمومية والمحافظة على المال العام وتتبعه أينما كان، وكذا الحد من ظاهرة الفساد المالي، وجعل الصفقات تتم في كنف الشفافية والوضوح مع تطبيق مبدأ المساواة. بالتالي هذه الإزدواجية القانونية هو ما يميزها عن غيرها من المؤسسات العمومية التجارية خاصة المؤسسة العمومية الإقتصادية.

لكن هذه الإزدواجية في النظام القانوني لهذا النوع من المؤسسات تشوبها بعض الإختلالات التي تستدعي مستقبلا إعادة النظر والمعالجة، خاصة ما تعلق بطبيعتها القانونية، وعدم التحديد الدقيق للمؤسسات العمومية التي تخضع للنشاط التجاري في مختلف القوانين المنشأة والمنظمة لها وكذلك في قانون الصفقات العمومية، حيث لم يحددها بشكل حصري وإنما ترك المجال مفتوح للقاضي في تتبع المال العام. كما أن التمييز بين النظام القانوني للعقود التي تبرمها هذه المؤسسات يشكل نوع من الضبابية وعدم الوضوح سواء فيما يتعلق بتطبيق قانون الصفقات العمومية وما يترتب عنه من منازعات، أو فيما يتعلق بالتمييز بين معاملاتها على الرغم من أن كل أموالها هي في الحقيقة أموال عمومية تعود ملكيتها للدولة.

وعليه تفاديا للمشاكل التي قد تطرأ عن هذه الإختلالات، يمكن إبداء بعض الإقتراحات التي قد تساعد في إيجاد الحلول المناسبة مستقبلا، أهمها: التحديد الدقيق للطبيعة القانونية للمؤسسات العمومية

[47] المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

في القوانين المنشأة والمنظمة لها، مع إعادة صياغة المادة السادسة من قانون الصفقات العمومية وضبطها بشكل واضح و أدق من خلال حصر المؤسسات العمومية التي تخضع لهذا القانون، لكي لا يكون هناك إلتباس في تطبيق القوانين سواء على مستوى تعاملاتها مع الآخرين، أو على المستوى القضائي لفض منازعاتها مع الغير.

إزالة التناقض أو عدم التجانس القائم بين قانون الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن مشكل الإختصاص النوعي بفض منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري، على إعتبار أن المادة 800 من القانون إجراءات مدنية وإدارية لم تشر لهذه المؤسسات وإختصاص القضاء الإداري بها.

للإشارة أن تعزيز النمو الاقتصادي المطرد والشامل، والعمالة الكاملة والمنتجة، يستدعي إبعاد القطاع العام الإقتصادي عن مجال تطبيق القوانين الإدارية حتى يتسنى له التحرر من قيود هذه القوانين وأداء الأدوار المنتظرة منه في ظل التطورات الإقتصادية والسياسية، لتخضع عندئذ صفقات القطاع العام الإقتصادي لقانون خاص بها.