جامعة أمحمـــــــــــد بوقـــــــــــرة _ بومـــــــــــرداس _

كـــــــــلية الحقـــــــــوق _ بودواو _

رسالـــــــــة مقـــــــدمة لنيل درجة الدكـــتوراه في الحـــــــقوق

تخصص إدارة ومالية

تتناول موضوع :

الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

الطالبة : تحت اشراف:

بن سرية سعاد أ _ د يوسفي أمال

لجنة المناقشة :

دنيدني يحيى .....أستاذ .....جامعة بومرداس .....رئيسا

يوسفي أمال .....أستاذ .....جامعة بومرداس.....مشرفا ومقررا

تاجر محمد .....أستاذ .....جامعة تيزي وزو .....عضوا

معاشو عمار .....أستاذ .....جامعة تيزي وزو .....عضوا

شكلاط رحمة .....أستاذة محاضرة أ .....جامعة تيزي وزو ..... عضوا

زواوي عباس .....أستاذ محاضر أ .....جامعة بسكرة .....عضوا

تاريخ المناقشة : 18 أفريل 2018

قائمة المختصرات :

أ _ باللغة العربية : **ب _ باللغة الأجنبية :**

دفاتر البنود الإدارية العامة	CCAG	R E C	RECOMENDATION
دفاتر التعليمات التقنية المشتركة	**CPC**	**A D R**	Alternative – Dispute Résolution
دفاتر التعليمات الخاصة	**CPS**	**D R**	Dispute Résolution
النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي	**ن ر ص م ع**		
ج ر	**جريدة رسمية**		

مقـــــدمـــــــــة

تميزت التشريعات التي تنظم الصفقات العمومية في الجزائر بالتغير والتطور المستمر ، وقد نتج عن ذلك تطور ملحوظ في تحديد مفهوم الصفقات العمومية انطلاقا من وجهة نظر المشرع ، وقد كان أول قانون منظم للصفقات العمومية في الجزائر المستقلة بموجب الأمر رقم 67_ 90[1] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، وهي المرحلة الوحيدة التي تم فيها تنظيم مجال الصفقات العمومية بموجب أمر، لأن الجزائر في هذه المرحلة لم تكن لها سلطة تشريعية منتخبة ، مما أدى بالدولة آنذاك إلى استعمال طريقة الأوامر لسن تشريعاتها أو قوانينها .

لقد حدد المشرع تعريف الصفقة العمومية في أمر 67_90 في نص المادة الأولى منه [2]، فقد حدد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في المجال المتعلق بالمؤسسات ذات الطابع الاداري دون المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري ، غير أن المشرع كان ينوي تمديد تطبيق أحكام الصفقات العمومية على هذا النوع الأخير من المؤسسات العمومية ، لكن مجال الاختلاف بين القواعد المنظمة لها والقواعد المنظمة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري ، والذي يتميز بالتعقيد الشديد جعل المشر يتراجع عن ذلك .

وقد تضمن هذا القانون في باب تسوية النزاعات بقاعدة **تفيد أن مبدأ التسوية الودية هو الاصل في تسوية ما يطرأ من منازعات قبل اللجوء إلى القضاء** [3].

---

[1] _ الأمر رقم 67_ 90 المؤرخ في 18_1_1967 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ر عدد 52 لسنة 1967

[2] _ تنص المادة الأولى من الأمر رقم 67_ 90 السابق ذكره على مايلي :

" إنّ الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " ، ونلاحظ هنا ان هذه المادة قد شملت كلا من المعيار الشكلي ، العضوي والموضوعي ، لتحديد مفهوم الصفقة العمومية .

[3] _ نص المادة 152 من الأمر رقم 67_90 السابق ذكره ، وقد نص المشرع من خلال هذه المادة على إلزامية انشاء لجنة استشارية على مستوى كل وزارة ، يراسها قاض ، يعينه وزير العدل ن وتتكون من ثلاثة كبار موظفي الوزارة المعنية ، وممثلين عن المنظمات المهنية ، وتبدي هذه اللجنة رأيا استشاريا يتضمن اقتراح حل مناسب للنزاع حسب ما تراه ملائما ، ويكون ذلك بعد سماع طرفي النزاع

أما المرحلة الثانية فتميزت بصدور أول نص تنظيمي صادر عن السلطة التنفيذية في مجال الصفقات العمومية، وهو المرسوم رقم 82 _145 [4]، و ذلك على الرغم من وجود مجلس تشريعي منتخب ، وذلك لتعلق مجال الصفقات العمومية بالمجال الاقتصادي والمالي للدولة والذي يتطلب السرعة في اتخاذ القرارات ، ولعل التنظيمات أنسب لتنظيم الصفقة العمومية بالمقارنة مع القوانين العادية [5].

وقد قام هذا المرسوم بتحديد مفهوم الصفقة العمومية من خلال نص المادة 5 منه ، والملاحظ هنا التوسيع الكبير لمجال تطبيق قواعد الصفقة العمومية ، من خلال توسيع المعيار العضوي ، فأصبحت تشمل كل هيئة يتم تمويلها من الخزينة العمومية حفاظا على المال العمومي عن طريق تشديد الرقابة على طرق الابرام واجراءات التنفيذ ، فقد شمل مجال الصفقة العمومية في هذا المرسوم جميع المؤسسات الادارية مهما كانت طبيعتها ، وقد استثنى هذا المرسوم مؤسسات القطاع الفلاحي من مجال الصفقة العمومية إذا تعلقت بعقود النقل والتأمين والتزود بالكهرباء والغاز ، والماء ، وكذا اتفاقيات القرض أو التمويل حسب نص المادة الثامنة منه .

غير أنه قد أولى أولية للمتعامل المتعاقد العمومي الوطني عن المتعامل المتعاقد الخاص الوطني أي المؤسسات الخاصة الوطنية ، ثم تليها المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمان دولتها ، ثم المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات حسن الملائمة والتنفيذ حسب المادة 24 منه ، وذلك على خلاف الأمر 67_ 90 الذي لم يحدد الطرف الأجنبي[6] .

---

[4] _ المرسوم رقم 82 _145 المؤرخ في 10_4_1982 ، المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 لسنة 1982.

[5] _ عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، طبعة جديدة طبقا للمرسوم الرئاسي 08_338 بتاريخ 26 أكتوبر 2008 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2009 ، ص 20 .

[6] _ عمار معاشو ، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد ، ديوان المطبوعات الجامعية ،(الجزائر) ، سنة 1989 ، ص 37 .

أما فيما يتعلق بتحديد مفهوم الصفقة العمومية في المرسوم التنفيذي 91_434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم [7]، فقد جاء في نص(المادة الثالثة) منه مقتصرا على تحديد المعيار الشكلي والعضوي والموضوعي ، في حين حددت (المادة الثانية) منه مجال تطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا المرسوم ، كما بين مجموعة العقود التي لا تعتبر من قبيل الصفقات العمومية في نص المادتين الرابعة والخامسة منه ، أما بالنسبة للمعيار المالي فقد تم تحديد الحد المالي الادنى لإبرام صفقة عمومية في نص المادة السادسة منه ، مع اقرار بعض الاستثناءات المتعلقة بالتنفيذ .

وأهم ما جاء به هذا المرسوم فيما يتعلق بالمتعامل المتعاقد ، اقرار مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين المتعهدين لإبرام الصفقة ، فلا أفضلية لقطاع عام عن خاص ، كما كان ينص عليه المرسوم رقم 82_145 ، كما أكد هذا المرسوم على إعطاء أولوية للإنتاج الوطني في نص المادة(20) منه [8].

وبالنسبة لتحديد مفهوم الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 02_250 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم[9] ، فقد تناولته المادة الثالثة منه وفقا لما يلي :

---

[7] _ مرسوم تنفيذي رقم 91_434 مؤرخ في 9 _ 11_1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ، ج ر عدد 57 ، لسنة 1991 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94_178 ، مؤرخ في 20_6_1994، ج ر عدد 12 ، لسنة 1994، والمرسوم التنفيذي رقم 96 _ 54 مؤرخ في 22_1_ 1996 ، ج ر عدد 57 ، لسنة 1996، والمرسوم التنفيذي رقم 98_87 ، مؤرخ في 07_03_ 1998 .

[8] _ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 24.

[9] **_ المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المؤرخ في 24 يونيو 2002 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 52 ، مؤرخ في 28 يوليو 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 _ 301 ، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 55، مؤرخ في 14 سبتمبر 2003، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 ، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02_250 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 62، مؤرخ في 09 نوفمبر 2008.**

" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ".

ونلاحظ هنا أن المشرع قد عرّف الصفقة العمومية وفقا للمعايير المتعارف عليها ، وهي المعيار الشكلي ثم المعيار الموضوعي ، كما حدّد المجالات المتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية ، وهي المصاريف المتعلقة بالإدارات العمومية والهيئات والمؤسسات المذكورة في نص المادة الثانية من نفس المرسوم [10]، ونلاحظ على هذه الهيئات التنوع حيث ذكر المشرع هيئات ومؤسسات قديمة واخرى جديدة.

وقد أولى المرسوم الرئاسي 10_ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم [11]، اهتمام ملحوظا بتحديد مفهوم الصفقة العمومية مركزا على المعيار العضوي من خلال نص المادة الثانية منه ، والمعيار الشكلي من خلال نص المادة الرابعة منه ، وكذا المعيار المالي من خلال نص المادة السادسة منه .

---

[10] _ تنص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02 _ 250 المعدل والمتمم السابق ذكره على ما يلي:

" لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية ، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة ، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة "

[11] **_ المرسوم الرئاسي 10_236 مؤرخ في 07 أكتوبر2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية 58 ، مؤرخ في 07 أكتوبر2010 ، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11_98 ، مؤرخ في 01 مارس 2011 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 14 ، مؤرخ في 06 مارس 2011، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12_23 ، مؤرخ في 18 يناير 2012 ،يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10_236 ،و يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد04 ، مؤرخ في 26 يناير 2012، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13_03 المؤرخ في 13 يناير 2013 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10 _236 ، يتضمن قانون الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 02 ، الصادر بتاريخ 13 يناير 2013.**

وما يلاحظ إلى غاية هذه المرحلة استقرار ملحوظ وثبات فيما يتعلق بالمعيار الموضوعي، إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15_ 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [12]، الذي أشار إلى الصفقات العمومية الاجمالية ، والصفقات العمومية المختلطة ، وكذا الصفقات العمومية التي يتغير تكييفها حسب المعيار الموضوعي .

كما قام هذا القانون بإحداث تغيير ملحوظ على المعيار العضوي ، وهو بذلك يشترك مع باقي قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة ، كما أنه أعطى بعدا آخر للمعيار المالي باستحداث ما يعرف بإخضاع بعض الصفقات لما يسمى **بالإجراءات المكيّفة** ، الأمر الذي قد يؤدى إلى تأويل مفاده أن المشرع الجزائري قد ألغى المعيار المالي في الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي لسنة 2015 ،إلا أنه في الحقيقة قد قام بتحويره على نحو معين ، وقد ركزنا في هذه الدراسة على هذه المستجدات ، ولنا عودة اليها في صلب هذه الدراسة عندما سنتعرض إلى الخصومة التحكيمية التي تنصب على منازعات الصفقات العمومية من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة .

نلاحظ بتتبع هذا التطور التاريخي التشريعي عناية المشرع الشديدة واهتمامه الملحوظ بتحديد مفهوم الصفقات العمومية ، لكنه كان يعمل على إجراء تعديلات ملحوظة في المعيار العضوي في كل قانون صفقات عمومية ، وهي الخاصية المشتركة لجميع قوانين الصفقات العمومية .

وبالرجوع إلى الأمر 67_ 90 في باب تسوية النزاعات نلاحظ أنه قد أتى بقاعدة **تفيد أن مبدأ التسوية الودية هو الأصل في تسوية ما يطرأ من منازعات قبل اللجوء إلى القضاء** وقد كان هذا التكريس أول بوادر **الطرق البديلة لتسوية النزاعات في مجال الصفقات العمومية** ،وقد كان مجالها متعلقا بمنازعات التنفيذ فقط ، وهو الأمر الذي لم تختلف فيه قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة على نحو سنفصل فيه من خلال هذه الدراسة ، مما جعل المشرع الجزائري سباقا ومنذ أول قوانين الصفقات العمومية في الجزائر إلى باب التسوية الودية ، وهو أول طريق

[12] _ المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، صادر في الجريدة الرسمية عدد 50 ، مؤرخ في 20_ 09_2015 .

بديل عن القضاء ظهر من خلال التشريع ، وهو ما دفعنا إلى إثارة موضوع الطرق البديلة المذكورة في قانون الصفقات العمومية من خلال الباب الاول ، لكن المشرع لم يصرح ببدائل التسوية القضائية في قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة ، بل صرح به من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية [13]، وهو ما جعلنا نتناول الطرق البديلة الخاصة بتسوية نزاعات الصفقات العمومية المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وقد ظهرت الطرق البديلة في البداية في نزاعات ينظمها القانون الخاص ، فقد كان التطور المستمر للتجارة والخدمات ، وما نتج عنه من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في تسوية النزاعات من طرف هيئات متخصصة أكثر من القاضي ، سببا في نشأة الحاجة لآليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعّال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم[14].

---

[13] _ قانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخ في 2008-04-23

[14] _ **<u>التطور التاريخي للطرق البديلة</u>** : كان القضاء منذ القدم ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات، لكنه و مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي بدأت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم المنازعات ، وبذلك ظهر التحكيم فتطور مع تطور التجارة الدولية ، و تميّز بإجراءات المحاكمة التي اقتربت كثيراً من إجراءات المحاكمات القضائية، ثم بشكلياته التي قرّبته أكثر من المحاكم القضائية ، ثم جاءت المعاهدات الدولية لتحصّنه وتحصّن أحكامه ، فلم يعد التحكيم وسيلة بديلة لحسم المنازعات المدنية والتجارية ، بل أصبح أو يكاد يصبح الوسيلة الأساسية لحسم منازعات التجارة الدولية.

وإلى جانب التحكيم ظهرت الوساطة والتوفيق ، وهذا الشكل من العدالة قديم جدا ، وهو أقدم من عدالة الدولة، وقد كانت الوساطة تتم في السابق بشكل بسيط قائم على العادات والتقاليد السائدة في المجتمع ، وقد كانت مطبقة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة ، واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 ، وقد ظهرت في الولايات المتحدة خلال الأعوام 1965-1970، وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة الكيبيك في كندا ، واعتبر القانون العام أول قانون يتعلق بهذا الموضوع في 1973/1/3 ، وتبعه قانون 24/12/1976الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية .

لذلك تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية و القضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة و سرعة في البت في النزاعات ، بالإضافة إلى الحفاظ على السرية ، وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.

تتلخص أهمية الطرق البديلة في أهداف أساسية تتمثل أهمها في ما يلي :

التأكيد على حق الأطراف المتنازعة في الطعن أمام هيئة بديلة عن القضاء .

التأكيد على استقلالية الهيئات البديلة .

ضمان اجراءات تحترم حقوق الأطراف المتنازعة ومبدأ المساواة.

ضمان الشفافية في اللجوء إلى الطرق البديلة [15].

فأخذ التوفيق والوساطة طريقهما ليصبحا أيضاً من الوسائل البديلة لحسم النزاعات، هكذا كرّست اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار "**مفاوضات الوساطة والتوفيق**" كوسيلة بديلة لحسم النزاع ، فيتمّ يرجع إليها لحسم النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

مقال منشور على الانترنت من إعداد :الدكتور: أحمد أنوار ناجي ، **مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء**، منتدى شبكة قانوني الأردن ، بتاريخ 07/03/2009، على الموقع الالكتروني :

http://www.lawjo.net/doc/bara.jpg

[15] _ le règlement des modes alternatifs devait :

01_assurer aux parties l'information nécessaire, sur la possibilité d'avoir recours, aux modes alternatifs.

02_assure l'Independence, et l'impartialité des conciliateurs, et des médiateur et des arbitres.

03_garantir une procédure équitable, permettant notamment de respecter les droit des parties, et le principe d'égalité.

04_ garantir dans la mesure possible la transparent , dans l'utilisation des modes alternatifs, et observation d'une certaine discrétion.

يطلق على الطرق البديلة لفضّ المنازعات les modes alternatif de règlement des litiges))

(Alternative Dispute Résolution – (ADR أو الطرق المناسبة لتسوية المنازعات ، كما تسمى في الوقت الحاضر Appropriâtes Dispute Résolution ، ويعبر عنها أحيانا "فض المنازعات Dispute Résolution (DR) "،

تعتبر وسائلا أو عمليات مختلفة تستخدم لحل المشكلات أو المنازعات خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية ، مستفيدة من مزاياها المتمثلة في السرعة في حسم النزاع والحفاظ على السرية وقلّة التكاليف، بالإضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه ، كما أنها تُعدّ الوسائل الملائمة للعديد من المنازعات ، كما في منازعات التجارة الدولية ، والمنازعات الناشئة عن الانترنت والتجارة الالكترونية والملكية الفكرية في العصر الرقمي وغيرها.

تنقسم طرق تسوية المنازعات الملائمة أو البديلة ADR إلى أقسام متعددة تختلف تبعا لأساس التقسيم ، ولعل أفضل تقسيم لها هو تقسيمها من حيث درجة التدخل intervention من قبل طرف ثالث في النزاع .

وفقا لهذا التقسيم يمكن تقسيم هذه الطرق إلى ما يلي: (وهي مرتبة هنا تبعا لدرجة التدخل في النزاع)

-المفاوضاتNégociation

05_assurer l'exécution de la solution acquise, à travers les modes alternatifs.

Les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privée, Recommandation (REC 2001) 09, exposé les motifs et les références juridiques des modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privée , édition conseil de l'Europe , Lisbonne , Portugal , Mai 2002 , p 06,07

-الوساطة أو التوفيق Médiation

-التقييم المحايد Neutra Evaluation ، وقد ينحصر بقرار جزئي بشأن تحديد الحقائق

-التحكيم Arbitration ou Arbitrage

أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي ضروريا، نظرا لعدم قدرة القضاء على استيعاب حجم القضايا المعروضة عليه ، فأصبحت هذه الأخيرة عاجزة في أغلب الحالات عن تسوية النزاعات بوتيرة معقولة ،هذا ما دفعنا إلى إثارة هذا الموضوع بالدراسة التحليل.

يتمثل هدف دراستنا هذه ، من جانب أول في حصر وتعداد الطرق البديلة المتعلقة بمجال الدراسة ، وكذا في تقسيمها حسب التوجه الذي اعتمده المشرع عند تبنيها ، من جانب ثاني ، بالإضافة إلى إثبات مدى فاعلية هذه الطرق البديلة ، ومدى تحقيقها للأهداف الأساسية التي كانت سببا لظهورها ، وقد قمنا بحصر موضوعنا في مجال النزاع الإداري العقدي المتمثل في نزاعات الصفقات العمومية ، حيث سنتناول هذه الطرق البديلة في النظام القانوني الجزائري للصفقات العمومية .

لاحظنا عند اختيارنا موضوع هذه الدراسة أنه ، وعلى الرغم من الأهمية التي اكتسبتها الطرق البديلة لتسوية النزاعات عند ظهورها في نزاعات القانون الخاص ، إلا أن التشريعات المقارنة على أغلبها كانت تجمع على تجنب تطبيقها في مجال النزاع الإداري بصفة عامة ، والنزاع العقدي الإداري بصفة خاصة .

بعد ذلك تدرجت هذه التشريعات في قبولها في المجال الإداري ، وقامت بالسعي لتفعيلها ، فاجتهد الفقه الإداري في تأصيل مبرراتها القانونية في المجال ، وقد شكّلت نزاعات العقود الإدارية مجالا واسعا لجدل قانوني حاد حول مدى إمكانية تفعيل الطرق البديلة لتسوية نزاعاتها أفضل من القاضي .

قمنا من خلال هذه الدراسة بتبيين موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة ، وقد حدّدنا مجال الدراسة بنزاعات محددة ، وهي نزاعات الصفقات العمومية ، التي تعتبر من بين أكثر

النزاعات العقدية الإدارية تعقيدا ، نظرا للإجراءات المتعددة التي تطبع هذه العملية التعاقدية ، والتي يمكن لها أن تثير كمّا هائلا من النزاعات الإدارية .

يطرح مجال الطرق البديلة العديد من التساؤلات والفرضيات التي تتعلق من حيث الأصل بتبيين مدى فاعلية هذه الطرق البديلة ، بالمقارنة مع القضاء الذي أثبت عجزه في أغلب الحالات ، فتراكمت القضايا ، وهنا تظهر لنا الأهمية الحقيقية لدراسة الطرق البديلة، أي أن الأهمية الحقيقية لهذا الموضوع تكمن في تقييم الطرق البديلة ، ولا يكون ذلك إلا بعد تحديد وتقسيم هذه الطرق طبعا ، ومن ذلك سنحاول إيجاد أجوبة لعدة فرضيات يمكن أن يثيرها موضوع الدراسة ، يمكن تلخيصها فيما يلي:

هل ظهور الطرق البديلة في مجال الصفقات العمومية مقترن حقيقة بعجز المحاكم ؟، أم أنها وسيلة لمساعدة القضاء وتخفيف العبء عنه ؟ ، أم أنها طرق مستقلة بنزاعاتها الخاصة التي نُزعت من القضاء من باب تقسيم الصلاحيات ؟

و هل يُبقي المشرع على الحل القضائي في مجال الصفقات العمومية باعتباره الطريقة الأصيلة، أم أنه يجعله آخر الاحتمالات، في حين تكون الأولوية للطرق البديلة؟.

وهل يظهر لنا تكريس المشرع لهذه الوسائل البديلة بجلاء سعيه إلى تجنب المنازعة القضائية إلى أقصى الحدود؟، وهل يعتبر ذلك هو المنطلق الذي تُبنى على أساسه قاعدة الطرق البديلة لتسوية النزاعات ؟

<u>الإشكالية المقترحة لمعالجة الموضوع</u> :

لمحاولة الإحاطة بكل الجوانب القانونية التي يثيرها الموضوع نقترح الإشكالية الآتية :

ما هي الطرق البديلة المعتمدة من طرف المشرع في مجال الصفقات العمومية، هل تبنى كل الطرق البديلة المتعارف عليها ، أم أنه أضاف إليها طرقا بديلة أخرى تزيد من فاعلية التسوية البديلة ، وهل تعتبر هذه الطرق البديلة كافية أم لا ؟

اعتمدنا خلال هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي ، مع الرجوع في أغلب الأحيان إلى مقارنة المسائل القانونية المثارة بمثيلتها في قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة ، مما أضفى على هذه الدراسة بعض مظاهر الدراسات المقارنة ، دون الاعتماد على المنهج المقارن بقواعده الأساسية .

سنحاول الإجابة على كل هذه التساؤلات ، من خلال مراحل هذه الدراسة التي تتمثل فيما يلي :

قمنا من خلال هذه الدراسة بإسقاط ضوابط الحل الودي على طريقتين اعتمدهما المشرع ، هما اللجوء إلى اللجان الخاصة بالصفقات العمومية على تعددها في قانون الصفقات العمومية، وهي لجان الطعن ولجان التسوية ، في مجال منازعات الابرام والتنفيذ ما ، وهو ما سنتناوله **من خلال فصلي الباب الأول من هذه الدراسة** .

وسنبيّن طريق التحكيم الذي أتى به **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، وهو الطريق الذي تميز بنوع من الغموض في تحديد مجال المنازعات المتعلقة به ، وهو ما سنتناوله من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الأول

الطعون الإدارية الخصوصية في قانون الصفقات العمومية

اعتمد المشرع على لجان الصفقات العمومية على تنوعها لتسوية بعض النزاعات التي تثور بين المتعهدين والمصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية الحالي ، واتفقت كل قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة على هذه القاعدة ، فكانت الطعون الإدارية أمام لجان الصفقات العمومية الطريق البديل الوحيد الذي ميّز قانون الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري ، كون اللجوء إلى هذه اللجان يكون بديلا عن القاضي الاداري المختص ، ولم ينص المشرع صراحة على أن الطعن الموجه أمام لجان الصفقات العمومية يعتبر من الطرق البديلة .

وتتميز لجان الصفقات العمومية بالطابع الاداري ، على الرغم من استعارتها لوظيفة القاضي الاداري الذي يتدخل للبت في النزاعات ، على الرغم من تَمَيُّز اللجوء اليها بمجموعة من القواعد الخاصة ، وهذه الطبيعة القانونية لا تعتبر عائقا لتكييف هذه اللجان بالطرق البديلة لتسوية النزاع ، فالطريق البديل هو طريق آخر غير الطريق القضائي ، مهما كانت طبيعته القانونية ، مادامت وظيفته البت في النزاع أو حتى محاولة التسوية .

تبنى المشرع تعددا ملحوظا في لجان الصفقات العمومية ، وقد كانت قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة تظهر اهتماما بهذه المسألة ، لكنه في غالب الاحيان كان يغير فقط في تسمياتها دون وظائفها ، وهي الميزة التي طبعت قوانين الصفقات العمومية قبل المرسوم الرئاسي 10_ 236 المعدل والمتمم والمتضمن قانون الصفقات العمومية ، وهو المرسوم الذي أظهر تعددا في هذه اللجان من الناحية الشكلية والوظيفية ، إلى غاية المرسوم الرئاسي الحالي 15_247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وهو المرسوم الذي أعاد توضيح التعدد التشريعي للجان الصفقات العمومية ، كما استحدث لجان أخرى لم تنص عليها جل القوانين السابقة للصفقات العمومية .

كان المشرع يعتمد على عدة معايير لتوزيع الاختصاص بين هذه اللجان ، من بينها المعيار العضوي والموضوعي بالإضافة الى المعيار المالي ، الذي تميز بمفهوم جديد في قانون الصفقات العمومية الحالي ليساهم بدوره في تحديد المفهوم الجديد للصفقة العمومية .

يعتبر التعدُّد في إجراءات الابرام ، بالإضافة الى تميزها بالطول والتعقيد ، والخصوصية التي تتميز بها إجراءات التنفيذ ، هو المبرر الذي جعل المشرع يتبنى تعددا في لجان الصفقات العمومية المختصة.

لذلك نتساءل ، هل كان هذا التعدُّد مقابلا لتنوع في الصلاحيات الخاصة بكل لجنة ، لتشمل بذلك كلا من منازعات الابرام والتنفيذ ، أم أن هذا التعدُّد يقابله تقسيم للصلاحيات الخاصة بكل لجنة ، فيتبنى لجانا تختص بالفصل في منازعات الابرام دون التنفيذ ، ولجان أخرى تختص بمنازعات التنفيذ دون الإبرام، وذلك كله يجعلنا نتساءل عن المعايير التي اعتمدها المشرع لتوزيع الاختصاص بين لجان الصفقات العمومية ، ومدى تأثير هذه المعايير على النتائج القانونية لعمل هذه اللجان ، و كذا مدى تباينها .

اعتمدنا في تقسيم هذا الباب على معيار خاص يتعلق بمجال ممارسة لجان الصفقات لاختصاصها ، أو بمعنى آخر حدود اختصاص هذه اللجان ، مثلما وضحه المشرع في قانون الصفقات العمومية الحالي ، لكننا سنكون مجبرين في غالب الأحيان على الرجوع إلى قوانين الصفقات العمومية السابقة لتوضيح حدود اختصاص هذه اللجان ، لذلك اقترحنا التقسيم الآتي :

سنتناول الطعون الإدارية الخصوصية على المستوى المحلي والمركزي ، في فصل أول ، معتمدين على معيار اقليمية اختصاص اللجان .

ونتناول الطعون الإدارية الخصوصية على المستوى الوطني والقطاعي ، في فصل ثان، معتمدين على معيار موضوعي يتعلق بمجالات موضوعية محددة من طرف المشرع

الفصل الأول :

الطعون الإدارية الخصوصية على المستوى المحلي والمركزي

يمكن تقسيم منازعات الصفقات العمومية إلى قسمين منازعات الإبرام ، ومنازعات التنفيذ ،تبعا لذلك قام المشرع في بتقسيم الطعون الإدارية المتعلقة بهذه النزاعات بين نوعين من اللجان ،النوع الأول تمثل في اللجان ذات الطابع المحلي ، واختصت بالبت في نزاعات المنح المؤقت ، وقد أضيفت إليها صلاحية محاولة تسوية منازعات التنفيذ في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي أنشأ نوعا آخر من اللجان المحلية لتتولى مجال تسوية منازعات التنفيذ ، وتمثل النوع الثاني في لجان ذات طابع مركزي ، وتميزت بنفس الاختصاص الممنوح للجان المحلية ، فانقسمت الى لجان تتولى منازعات المنح المؤت ولجان تتولى تسوية منازعات التنفيذ.

لذلك نتساءل عن الطبيعة القانونية للأعمال الصادرة عن هذه اللجان ، التي ستتميز بالتنوع نظرا لتنوع اللجان ، و كذا مدى الزامية الأثر القانوني الناتج عن البت في الطعن الموجه أمامها ، والذي سيكون متنوعا نظرا لتنوع اللجان، سواء تعلق الأمر بمنازعات الإبرام أو بمنازعات التنفيذ على حد السواء .

تنقسم هذه اللجان إلى "**لجان تسوية ودّية**" أدرجها المشرع صراحة لأول مرة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[16]، ولجان طعن إدارية تعلقت بمنازعات الإبرام ، كرسها قانون الصفقات العمومية السابق ، واحتفظ بها المشرع في قانون الصفقات العمومية الحالي ، بالاعتماد على المعيار العضوي والموضوعي والمالي لوضع حدود لاختصاصات هذه اللجان ومنع تداخلها، فنتج تنوع في اللجان المختصة بالمنازعات ، لذلك نتساءل عن الاطار العام للمعايير المعتمدة من طرف المشرع لوضع الحدود الفاصلة بين اختصاصات هذه اللجان ، ومدى تأثير هذه المعايير على فاعليتها ، بالنظر إلى النتائج القانونية المختلفة التي تترتب عن ممارستها لاختصاصها إزاء النزاعات .

[16] _ **المرسوم الرئاسي رقم 15_247، مؤرخ في 16 سبتمبر2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، صادر في الجريدة الرسمية عدد 50 ، مؤرخ في 20_ 09_2015 .

ولتناول ذلك بالدراسة والتحليل ، اقترحنا تتبع قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة فيما يتعلق بهذه المسألة ، وذلك منذ المرسوم الرئاسي 02_250 وهو أول قوانين الصفقات العمومية التي نصت على صلاحية لجان الصفقات العمومية المتعلقة بتسوية النزاعات ، وتبعا لذلك اقترحنا التقسيم الآتي :

تقييد الطعون الإدارية في منازعات المنح المؤقت للصفقة ، في مبحث أول

تعدد صلاحيات لجان الطعون الإدارية في منازعات الصفقات العمومية، في مبحث ثاني

مبحث أول:

تقييد الطعون الإدارية بمنازعات المنح المؤقت للصفقة

قام المشرع بحصر اختصاص لجان الصفقات العمومية ذات الطابع المحلي والمركزي بمجال محدد من منازعات الإبرام، يتمثل في منازعات المنح المؤقت للصفقة ، و تبتدئ هذه المرحلة من صدور المرسوم الرئاسي 02_250 المنظم للصفقات العمومية ، إلى غاية المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم والمتضمن قانون الصفقات العمومية.

وتتمثل صور منازعة المنح المؤقت للصفقة في النزاعات التي تثور عند الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، أو إلغائه ، أو إعلان عدم الجدوى ، أو إلغاء الإجراء ، وقد وضّح المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صور هذه المنازعات التي يثيرها المنح المؤقت، على عكس القوانين السابقة للصفقات العمومية على النحو الذي سنتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل .

سنقوم من خلال هذه الدراسة بدراسة إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية من حيث طبيعته القانونية ،والإجراءات التي تسبق صدوره ، وذلك من خلال التقسيم الآتي :

الطبيعة القانونية للمنح المؤقت للصفقة ، في مطلب أول

ضرورة إضفاء الطابع النهائي على المنح المؤقت للصفقة، في مطلب ثاني

ضوابط ومعايير المنح المؤقت للصفقة، في مطلب ثالث

مطلب أول:

الطبيعة القانونية للمنح المؤقت للصفقة

تمر الصفقة العمومية بمجموعة من المراحل والإجراءات السابقة عن الابرام تتمثل في مرحلة الإعلان عن الصفقة ، مرحلة إيداع العروض ، مرحلة فتح الظروف ،مرحلة تقييم العروض ، ومرحلة الإرساء النهائي للصفقة ، وتسبق هذه المرحلة الأخيرة صدور إجراء قانوني أضافه المشرع هو "**إجراء المنح المؤقت للصفقة**"، وتعتبر المنازعة فيه من اختصاص لجان الصفقات.

نتساءل من خلال هذا المطلب إذا كان يرتقي إلى درجة القرار الإداري المتصل **بالعقد الإداري**، في إطار الإجراءات السابقة للتعاقد ، أم أن تخلي القضاء الإداري عن نظر نزاعاته لا يعني بالضرورة عدم اعتباره قرارا إداريا ، وإنما كان التنازل عنه من أهداف الطرق البديلة ، التي تنصرف إلى تخفيف العبء عن كاهل القضاء ، عن طريق تبني منهجية في تقسيم المنازعات العقدية إلى صنفين، فهل هو قرار إداري أم مجرد إجراء ؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقترح التقسيم الآتي :

مفهوم المنح المؤقت للصفقة، في فرع أول

إصدار المنح المؤقت للصفقة، في فرع ثان

فرع أول:

مفهوم المنح المؤقت للصفقة

كرس المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002 إجراء المنح المؤقت للصفقة لأول مرة في مجال الصفقات العمومية ، وذلك في نص المادة 43[17] منه، ونلاحظ هنا أن المشرع لم يقم على الإطلاق بتعريف المنح المؤقت ، ولم يُكيّفه على

[17] _ الفقرة الثانية من نص المادة 43 من **المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المؤرخ في 24 يونيو 2002 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 52 ، مؤرخ في 28 يوليو 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 _ 301 ، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 55، مؤرخ في 14 سبتمبر 2003**

التي تنص على ما يلي:

((يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد السعر وآجال الانجاز وكل العوامل التي سمحت باختيار صاحب الصفقة)).

أنه قرار إداري منتجا لآثار قانونية يسري عليه ما يسري على القرارات الإدارية ، كما أنه لم ينص في هذه المادة على أنه مجرد إجراء إداري لا يرقى إلى درجة القرارات الإدارية[18].

[18]_ إن أهمية تحديد الطبيعة القانونية للمنح المؤقت للصفقة ((إجراء إداريا أم قرار إداريا)) تتمثل في تحديد فيما إذا كان القضاء مختصا أم لا ، ونظرا لاعتبار الطعن الموجه ضد المنح المؤقت يكتسي طابعا مسبقا للجوء إلى القاضي الإداري المختص ، **فان ذلك يجعلنا نرجّح أن المنح المؤقت للصفقة يكون بقرار إداري متصل بالصفقة ، وهنا نكون أمام تطبيق نظرية القرار الإداري المتصل بالعقد الإداري** ، التي يختص بها قاضي العقد دون قاضي الإلغاء ، وهو قاضي دعاوى القضاء الكامل ، وسنحاول إثبات ذلك من خلال هذا المطلب.

يثار هنا موضوع التفرقة بين القرارات الإدارية وغيرها من الأعمال الإدارية الأخرى، خاصة الإجراءات الإدارية، أو الأعمال الإدارية الداخلية.

و يمكن التفرقة هنا حسب معيار إحداث الأثر القانوني الذي يميّز القرار الإداري ، ومن ذلك لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية ما يلي :

أولا : أعمال الإدارة التي لا تستهدف من ورائها إحداث آثار قانونية مثل طلب الرأي من الإدارة العامة actes exprimant des opinions

الأعمال التي تتضمن ادعاءات الإدارة prétentions

الأعمال التي تكشف فيها الإدارة عما تنويه مستقبلا

الأعمال التي تعبر بها الإدارة عن أمانيها

التوجيهات indication

الاستعلامات العامة informations

ثانيا: القرارات الإدارية التي انقضى أثرها ، كالقرار المسحوب من قبل الإدارة

ثالثا: القرارات التي لا تولد أثرا بذاتها

وتشمل هذه القرارات ما يلي :

أ-الأعمال التي تستهدف إثبات الحالة

ب- الدعوة الموجهة إلى ذوي المصلحة للمساهمة في اتخاذ إجراءات معينة

ج-دعوة بعض ذوي المصلحة للمثول أمام بعض المنظمات الإدارية كلجان التحقيق

هـ- الاستشارات ، وطلب الرأيconsultations

هـ- المقترحات les propositions

و- المعلومات التي تتبادلها الجهات الإدارية فيما بينها TRANSMISSIOONS ADMINISTRATIVES

ز-تقييم الأشخاص تمهيدا لإصدار قرار إداري

ح- العروض التي تقدمها الإدارة إلى المواطنين

OFFRES ET PROPOSITIONS FAIS PAR L'ADMINISTRATION

تعتبر نزاعات المنح المؤقت للصفقة من النزاعات التي سُحبت من اختصاص القاضي الإداري المختص ، ومُنحت للجان الصفقات العمومية المختصة على تنوعها للنظر فيها ، وهنا يظهر لنا أن المشرع اعتمد على طريقة تقسيم الصلاحيات بين كل من القاضي الإداري ولجان الصفقات، وهو ما ذهب إليه الفقه الإداري في فرنسا كذلك [19].

قام المشرع بالتأكيد على أن إعلان المنح المؤقت يتناسب مع متطلبات تطبيق معيار أحسن العروض من ناحية المزايا الاقتصادية الذي تبناه المشرع الجزائري ، وهو ما يطرح إشكالية قانونية في غاية الأهمية تتمحور حول الطبيعة القانونية لإجراء المنح المؤقت.

فقد ركّز المشرع على إجراءات وشروط ضرورية في هذا الإجراء دون أن يحدد تعريفا له ، فاعتبره المشرع إجراء يضفي مزيدا من الشفافية والنزاهة على عملية إبرام الصفقات العمومية ، كونه يخضع إلى نفس إجراءات الإعلان والإشهار الخاصة بالصفقة بحد ذاتها ، وقد شدّد المشرع على هذا الشرط مع تحديد معايير وشروط هذا الإعلان، لذلك سنحاول تحديد مفهومه .

رابعا: المنشورات والأوامر المصلحية LES CIRCULAIRES OU INSTRUCTIONS DE SERVICE ، وهي عدة أنواع تتمثل في: المنشورات أو التعليمات الإدارية، المنشورات أو التعليمات التفسيرية، المنشورات أو التعليمات التنظيمية .

خامسا: الإجراءات الداخلية MESURES D'ORDRE INTERIEUR، و تتميز هذه القرارات بخصائص ثلاث ، تتلخص في أنها داخلية محضة ، ولا أثر قانوني لها في مواجهة الأفراد ، كما أنها تقديرية إلى أقصى حد ممكن.

لمزيد من التفاصيل:

أنظر : سليمان الطماوي ، **القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء** ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1996 ، ص 410_ 419

[19] _Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot , **Droit Administratif** , 13eme édition , Dalloz ,Paris 2012,p 494

« Les litiges contractuels ne se règlent pas toujours devant le juge, aussi limitée que soit encore leur place , « les modes alternatif s de règlement » ne peuvent que trouver en la matière de leur terrain de prédilection »

يصدر المنح المؤقت بعد استنفاذ جميع مراحل عملية الابرام فيأتي في نهايتها ، وعلى الرغم من أنه يُطيل بعض الشيء في إجراءات الابرام ، إلا أنه يضفي شفافية أكثر من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت ، مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط [20].

يُكيّف ((إجراء المنح المؤقت)) على أنه قرار إداري من وجهة نظرنا ، كونه يصدر عن المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة _ في إطار ما يعرف بالبنود غير المألوفة في إطار القانون الخاص _ وهي التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود، و تظهر في الإرادة المنفردة للسلطة العامة ، واستهداف إنتاج آثار قانونية ، عن طريق إنشاء مركز قانوني جديد [21]، لكن هذا الأثر ذو طابع مؤقت لا يتحقق بأثر فوري ، و تعتبر هذه خاصية من خصائص القرار الإداري وهي الطابع النهائي، فكيف يمكن تكييفه مع ذلك على أنه قرار إداري؟

تعتبر القرارات الإدارية النهائية حسب وصف القضاء قرارات إدارية ملزمة بمجرد نفاذها، فلا يكفي لتوفر صفة النهائية أن يكون صادرا عن صاحب الاختصاص ، بل ينبغي أن يقصد مُصدره تحقيق أثر قانوني فورا ومباشرة بمجرد صدوره ، دون وجود سلطة إدارية للتعقيب عليه ، و إلا كان بمثابة اقتراح أو إبداء للرأي غير منتج لأثر قانوني .

فالعبرة بنهائية القرار الإداري صدوره عن جهة مختصة قانونا دون الحاجة إلى التصديق من قبل سلطة أعلى ، وأن يكون قابلا للتنفيذ بمجرد صدوره ، فالنهائية صفة مفترضة في كل

---

[20]– زوزو زليحة، **جرائم الصفقات العمومية واليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، السنة الجامعية 2011–2012 ، ص 53 ، ومن ضمانات المنح المؤقت للصفقة في صالح العارضين ، تمكينهم من ممارسة الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة ، كما أنه يبعد عن الإدارة الشبهات.

[21]_ البنود الاستثنائية غير المألوفة في إطار القانون الخاص ، وهي ما يمكن أن تتمتع به الإدارة العامة أو المصلحة المتعاقدة من امتيازات وسلطات تجاه المتعامل المتعاقد و هي التي تجعلها في مركز قوة .

قرار، دون الحاجة لوصفها ، لأن القرار لا يقوم ولا يتحقق ما لم يولد بذاته آثارا قانونية تصبغ عليه صفة الإلزام ، دون توقفها على أية إرادة أخرى [22].

يكسب الطابع المؤقت لهذا القرار الآثار القانونية الناشئة عنه طابع التأقيت، لكن ذلك ليس من شأنه التأثير وبأي شكل من الأشكال عن طابع ((القرار الإداري)) .

لا يعكس طابع التأقيت طبيعة الأثر الفوري التي تجعل من القرار الإداري نهائيا ، بل هو مؤقت إلى حين تقديم المعارضات والبت فيها قصد اختصار الوقت .

تتميز الآثار القانونية المؤقتة التي يرتبها ((المنح المؤقت)) بأنها **حقيقية وليست ذات طابع احتمالي، كونها تكون خلاصة عدة إجراءات قانونية لانتقاء العرض الأحسن،** الذي يتوافر على أكبر قدر من المواصفات الفنية والمالية ، التي تتناسب مع الشروط المعلن عنها من قبل المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط ، فالفائز المؤقت بالصفقة هو الذي توفرت فيه معايير الانتقاء الأولي التي سبق الإعلان عنها[23]، فهو العارض القادر على التنفيذ أحسن من الباقي .

زيادة على ذلك فإن الآثار القانونية المؤقتة لقرار المنح المؤقت سيتم التأكيد عليها في مرحلة الإرساء النهائي للصفقة وهي المرحلة اللاحقة ، فكل ما قام به المشرع هو التركيز على هذه المرحلة قصد تكريس مبدأ شفافية الابرام [24]، وذلك قصد تمكين العارضين الآخرين من الاحتجاج

---

[22]– أنظر : طارق بن هلال البورسعيدي، **انعدام القرار الاداري وفقا لأحكام القضاء الاداري** ، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق الكويتية ،عدد04 سنة – 32 ، ديسمبر2008، ص 185_260

[23]_ المواصفات الفنية والمالية أو الشروط المسبقة للتعاقد تراعى عند مرحلة انتقاء العارضين

[24]_ لقد أكد قانون مكافحة الفساد بعد تعديله الأخير على مقتضيات شفافية الابرام في ميدان الصفقات العمومية ، كما أكد على أحقية المحتجين في الطعن ، ومنحه حماية قانونية خاصة ، سواء أكان الطعن القضائي أم نوعا آخر من الطعون ، حيث تنص المادة 09 **من أمر رقم 10-05 ، مؤرخ في 26 أوت 2010 ، يتمم القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 ، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته** ، جريدة رسمية عدد 50 ، مؤرخ في 01 سبتمبر 2010 على ما يلي :

" يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية .

ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص :

وتهيئة أنفسهم للمنازعة في القرار النهائي الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة، وهو مقصد تشريعي ذو طبيعة خاصة ، كونه يولي اهتماما كبيرا بحماية المال العام ، الذي يكون محور تعامل الصفقات العمومية ، والذي يستحق حماية قانونية خاصة .

_ فمقتضى الشفافية له فائدتين:

الأولى : أنه يبرئ ذمة المصلحة المتعاقدة تجاه المتنافسين الآخرين أو العارضين ، كون هذا القرار يصدر مبررا بإجراءات الإعلان الضرورية .

الثانية: أنه يمكن المتعاملين الآخرين من ممارسة إجراء الطعن الإداري أمام اللجان المختصة قبل اللجوء إلى القضاء ، وهو ما يعزز من ضمانات دفاع الأفراد عن حقوقهم ، وهو ما سنتناوله لاحقا من خلال هذه الدراسة.

وقد عقب الدكتور عمار بوضياف على هذا الإجراء كما يلي :

((ويكون المرسوم الرئاسي قد أضفى مرة أخرى على إبرام الصفقات العمومية شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتا بالصفقة ، مع ذكر معايير الانتقاء الأولي ، وما يقابلها من تنقيط لتمكين المتنافسين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات العمومية المعنية))

ومن ذلك لا ينبغي اعتبار قرار المنح المؤقت إجراء بيروقراطيا ، ذلك أنه وإن كان يمدد من عملية الابرام زمنيا ، إلا أنه يبعث فيها وضوحا أكثر وشفافية ، ويحمي المتعاملين ، ويمكنهم من ممارسة حق الطعن أمام لجنة الصفقات المعنية ، ويحمي الإدارة المتعاقدة ويبعدها عن الشبهات)).[25]

-علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية ،

-الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء ،

-إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية ،

-معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية ".

[25] _ أنظر : عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 110

فيما يتعلق بتبليغ نتائج المنح المؤقت نلاحظ:

أضاف قانون الصفقات العمومية في تعديله في سنة 2012 بشأن تبليغ المنح المؤقت ، أنه لا يبلغ إلا للمتعهد الذي تم اختياره ومنحت له الصفقة مؤقتا ، فتبلغ له نتائج تقييم العروض التقنية ، وكذا المالية [26] ، أما العارضون الآخرون فلا يتم تبليغهم بنتائج تقييم عروضهم التقنية والمالية ، إلا إذا أرادوا ذلك بعد دعوتهم من قبل المصلحة المتعاقدة في نفس الإعلان المتعلق بالمنح المؤقت ، فيطّلعون على نتائج تقييم عروضهم في أجل محدد.

يعتبر تمكين المتعهدين الذين لم تُقبل عروضهم من الاطلاع على نتائج تقييمهم ضرورة بالغة الأهمية، وهو مطلب يضفي شفافية على إعلان المنح المؤقت[27] ، الذي يقوم بإعلان نتائج التقييم بتفاصيلها إلى جانب تقييم عرض المتعهد الذي مُنح الصفقة مؤقتا ، ليتسنى لهم تهيئة أنفسهم للطعن في قرار المنح المؤقت[28].

---

[26]_ نص المادة 125 فقرة 10 و 11 التي تنص على ما يلي :

"وتبلغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة

لا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمن منح الصفقة مؤقتا ، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية ، بالاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة(3) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة ".

[27] – بالنسبة لمعيار الشفافية ورغم تكريسه القانوني في كل قوانين الصفقات العمومية في الأنظمة المقارنة ، خاصة في مرحلة عملية الابرام ، إلا أنه يعرف حدودا وقيودا يضعها نفس النظام القانوني ، قبل أن يفرضها الواقع العملي ،لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

Cheggari karim ,**la transparence des marchés des collectivités territoriales marocaines entre la théorie et la pratique** , مجلة الفقه والقانون, Maroc ,07 Aout 2012,p 01-20 ,p 14-16

[28] _ نلاحظ أن المشرع يخلط بين التبليغ والإعلان فاعتبر إجراء التبليغ الفردي للمتعهد الذي منحت له الصفقة هو نفسه إجراء الإعلان المتعلق بالمنح المؤقت ، لكن التبليغ كمصطلح قانوني يكون في القرارات الفردية التي تولد آثارا قانونية متعلقة بفرد محدد بذاته ويكون التبليغ في هذه الحالة شخصيا ، أما الإعلان فهو نفسه النشر الذي يكون في

تدارك المشرع ذلك في المرسوم الرئاسي 15_247 ، حيث نظّم إجراء التبليغ تنظيما محددا ودقيقا ، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت كل المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم[29] .

وفي حالة إلغاء الصفقة[30] أو إلغاء منحها أو إعلان عدم الجدوى يجب عليها إعلام المعنيين[31].

فرع ثاني:

اختصاص المصلحة المتعاقدة بإصدار المنح المؤقت للصفقة

تعتبر المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة المختصة قانونيا بإصدار قرار المنح المؤقت، لكن ذلك يثير إشكالات حول دور لجان الصفقات العمومية التي تستكمل إجراءات الابرام ، خاصة دور لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض ، الذي يفصل بين إجراءات الابرام و اختيار

حالة القرارات التنظيمية ذات الطابع العام والمجرد ، لذلك كان من الأولى على المشرع أن يخص المتعهد الذي فاز بالمنح المؤقت بتبليغ فردي قانوني من وجهة نظرنا .

[29] _ نص المادة 82 فقرة 04 من **مرسوم رئاسي رقم 15_247 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره :**

" .....في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا "

[30] _ تنص المادة 73 من مرسوم رئاسي رقم 15_247 **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،** السابق ذكره على ما يلي :

" عندما يتعلق الأمر بالصالح العام ، يمكن المصلحة المتعاقدة ، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية إعلان إلغاء الإجراء و_أو المنح المؤقت للصفقة العمومية ، ولا يمكن للمتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و _ أو المنح المؤقت للصفقة العمومية "

[31] _ نص المادة 82 فقرة 05 من مرسوم رئاسي رقم 15_247 **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،** السابق ذكره:

"..... برسالة موصى عليها مع وصل استلام ، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها ، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها ، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه لتبليغهم هذه النتائج كتابيا ...."

المتعامل المتعاقد[32]، فهل تلتزم المصلحة المتعاقدة بالنتيجة التي وصلت إليها هذه اللجنة أم أن لها حرية في تجاوزها؟

وحول دور هذه اللجنة ، نلاحظ أنها تلتزم بعد الانتهاء من عملية التقييم بانتقاء أحسن العروض اقتصاديا أو أقلها من بين قائمة العارضين المتنافسين[33]، لكن المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية لم يبين الشكل القانوني الذي تفرغ فيه هذه اللجنة نتائج أعمالها ، فهل تصدر قرارا إداريا يتضمن ذلك ؟ وهل من صلاحياتها اتخاذ القرارات الإدارية؟[34].

---

[32] _ تم إنشاء هذه اللجنة بموجب نص المادة 160 من **مرسوم 15_247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره ، التي تنص على ما يلي :**

" تحدث المصلحة المتعاقدة ، في إطار الرقابة الداخلية ، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض"

[33] −En France , le prix n'est pas considéré comme le plus important et peut être classé parmi les autres critère et pas nécessairement le premier ,il est à signaler ,qu'une jurisprudence récente admet mémé dans certains cas, que le prix ne soit pas un critère d'attribution du marché, « le choix se fait sur la base de l'offre qui est économiquement la plus avantageuse d'après les critères , définis à l'avance »,

Mohamed Abdelmouhssin Hanine ,**la procédure de passation des marchés publics au Maroc, étude analytique et réflexions a la lumière du code français des marchés publics,** mémoire de master en administration publique ,session 2007-2008,université du Strasbourg, France ,p69

[34] _ وفي طلب العروض لا تتدخل لجنة تقييم العروض بل إن لجنة فتح الظروف يكون دورها كافيا ، كونها تُحرّر محضرا بما توصلت إليه من اقتراحات ، ويُسلّم إلى المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة ، التي تبقى لها حرية الاختيار، فيمكن أن تتجاوز ما جاء في محضر لجنة فتح الظروف، وذلك في قانون الصفقات العمومية 10_236 المعدل والمتمم وهو قانون الصفقات العمومية السابق ذكره ، **أما في المرسوم الرئاسي 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض حسب نص المشرع بتقديم اقتراحات للمصلحة المتعاقدة ، دون تحديد الشكل الذي تفرغ فيه هذه الاقتراحات ، ونرى نحن أنها لا يمكن أن تكون قرارات إدارية كونها مجرد اقتراحات أو آراء استشارية يمكن تجاوزها، ويستنتج ذلك من خلال نص المادة 72 من هذا المرسوم التي استعمل فيها المشرع عبارة الاقتراح لعدة مرات.**

يُظهر الواقع العملي أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقوم بتحرير محضر يتضمن نتائج أعمالها، فلا تحرر بذلك قرارا إداريا ، وتلتزم من خلال هذا المحضر بتبيين الطريقة التي تمت بها عملية التقييم ، وكذا المتعهد الذي تم انتقاؤه حسب معايير دفتر الشروط ، وحول الطبيعة القانونية للمحضر نتساءل ، هل هو ملزم من الناحية القانونية للمصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة أثناء الاختيار ، أم أنه ذو طابع استشاري فقط ؟

نستنتج بالرجوع إلى نص المادة 72 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن القوة القانونية للمحضر الصادر عن لجنة الفتح والتقييم لا ترقى إلى درجة الإلزامية ، وإنما هي ذات طابع استشاري فقط ، كون المشرع لم يشترط على المصلحة المتعاقدة التقيد بما توصلت إليه اللجنة[35].

فيمكن للمصلحة المتعاقدة تجاوز ما جاء في ذلك المحضر[36]، وهذا يُضعف من دور لجنة التقييم أو يفقدها فاعليتها ، حتى لو علمنا أنها تتكون من أشخاص ذوي كفاءات في الميدان ، فما الجدوى من وجودها مادامت صلاحية الاختيار في الأخير تبقى للمصلحة المتعاقدة ، مع مراعاة أحكام الرقابة الداخلية أو الخارجية [37].

---

[35]_فرقان فاطمة الزهراء، **رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر** ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع دولة ومؤسسات عمومية ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2006_ 2007 ، ص 24، وهو ما أكدته **المادة 72 المرسوم الرئاسي15 _247 السابق الذكر** .

[36] – تمتلك المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة السلطة التقديرية في إتمام عملية الإبرام مع المرشح المؤقت أو التصريح بعدم جدوى ذلك ، إذ لا يعتبر مجرد الترشح المؤقت للصفقة توقيعها بالضرورة ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

قدوج حمامة ، **عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعامل العمومي في الجزائر– تحليل ومقارنة–** ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، فرع الإدارة والمالية العامة ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،2002 ، ص 63

[37]_ يفرق المشرع الفرنسي هنا بين دورين للجنة المناقصة التي لها صلاحية تقييم العروض يتمثلان في ما يلي :

يمكن **للجنة أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول** ، في حالة ما إذا **أثبتت أن منح المشروع لذلك المتعهد ، من شأنه أن يتسبب في هيمنة أو تعسف من قبله في السوق ، مما يسبب خللا في قواعد المنافسة ، لكن المشرع هنا يشترط ورود الاحتمال في دفتر الشروط** [38].

كما تقترح عليها الرفض في حالة ما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا ، منخفضا بشكل غير عادي، أو كان مُبالغا فيه حسب نص المادة 72 من مرسوم15_247، ويمكن تلخيص شروط رفض الاقتراح في ما يلي:

*لا يمكن لها رفض العرض المالي المختار مؤقتا ، إلا إذا كان المتعامل المتعاقد المختار مؤقتا يظهر منخفضا بصورة غير عادية ، أي أنه يظهر منخفضا بصورة واضحة وصريحة ، عما يمكن أن يكون عليه العرض المناسب للصفقة المطلوبة .

* أن لا يكون الرفض إلا بموجب قرار معلل .

*يجب على المصلحة المتعاقدة طلب ما تراه مناسبا من توضيحات من لجنة تقييم العروض ،ثم تقوم بالتحقّق من صحتها ، مع ما يرافقها من تبريرات.

وفي حالة عدم جدوى العملية تحرر اللجنة محضرا بعدم جدوى المناقصة ، حسب شروط المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

هناك من انتقد دور اللجنة في حالة عدم اقرار عدم الجدوى ، وهي المهمة التي كانت تقوم بها لجنة فتح الأظرفة في قانون الصفقات العمومية السابق ، كون اختصاصها يتداخل مع

_الأول : وهو الدور الاستشاري للجنة ، ويكون في مجال الصفقات التابعة للدولة.

_ الثاني : وهو الدور التقريري ، الذي يعتبر مهما في مجال الصفقات التابعة للجماعات المحلية، فرقان فاطمة الزهراء، مرجع سابق ، ص 24.

[38]_ هنا للجنة دور الاقتراح ، وهو مجرد دور استشاري كذلك.

اختصاص السلطة الإدارية المكلفة بالمصادقة ، لأن المشرع منح لها سلطة تحرير محضر بعدم الجدوى ، وذلك في حالة عدم توافر الشروط المطلوبة ، ويمكن لذلك أن يشكل اشكالية في تحديد الطبيعة القانونية لهذا المحضر ، الذي قد يتعارض مع السلطة المكلفة بالمصادقة على الصفقة العمومية ، لأنها هي السلطة الأخيرة والنهائية المختصة بقبول أو عدم قبول المترشح للصفقة [39]

لا تكون الاحتجاجات مقبولة إلا بعد نهاية إجراءات الابرام ، فيُمنع التفاوض مع العارضين أو المتعهدين بعد فتح الأظرفة ، كما يمنع كذلك أثناء تقييم العروض و تحليل العروض المودعة لاختيار الشريك المتعاقد ، فلا مجال للاحتجاج أو الطعن ، إلا بعد صدور المنح المؤقت للصفقة ، لأنه الإجراء الوحيد من عمليات الابرام ، الذي خصّه المشرع بالطعن أمام اللجان المختصة للصفقات العمومية.

مطلب ثاني:

ضرورة إضفاء الطابع النهائي على المنح المؤقت للصفقة

[39] _ قدوج حمامة ، **تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي** ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام ، إدارة ومالية عامة ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2009 –2010، ص 157.

من خصائص القرار الإداري أن يكون صادرا عن سلطة عامة بالإرادة المنفردة ، كما يشترط فيه استهدافه إحداث آثار قانونية ، سواء تنشئ أو تعدل أو تلغي أوضاعا قانونية ، كما يتميز بطابع النفاذ ، ونعني به استيفاء جميع الشروط والإجراءات الضرورية لنفاذه، وهي الشروط التي سبق وأن اشترطها المشرع لترتيب آثاره ، ولكن المنح المؤقت يشترط فيه قانون الصفقات العمومية شرط المصادقة ، وهي إجراء شكلي ضروري لاكتسابه طابع النفاذ (طابع النهائية) ، فهل يعني ذلك تحوله إلى درجة القرار الإداري في هذه المرحلة ؟

سنجيب على ذلك من خلال هذا المطلب عبر التقسيم الآتي :

المصادقة على المنح المؤقت للصفقة العمومية ، في فرع أول

اعتبار المنح المؤقت من قبيل القرارات الإداري ، في فرع ثاني

فرع أول :

استيفاء شرط المصادقة على المنح المؤقت لا يؤثر على طبيعته القانونية

تعتبر المصادقة آخر مراحل الصفقة ، حيث يتم اعتمادها بقرار منتج لآثار قانونية[40]، ويسمى قرار المصادقة على الإرساء النهائي للصفقة[41]، و يصدر عن اللجنة المختصة "**لجنة البت والإرساء** " ، وتصبح الصفقة نهائية بعد المصادقة [42]

---

[40]– وتتحمل الهيئات المصدرة للقرار كامل المسؤولية عن أعمالها ولو أذنت بها أو صادقت عليها السلطة المركزية في حدود ، فالقضاء الإداري في فرنسا يجري على أن هذه القرارات التي تحتاج إلى المصادقة ، تسري من تاريخ صدورها عن تلك الهيئات ، لا من تاريخ التصديق على أساس أنها تصدر معلقة على شرط المصادقة ، ويمكن لها الطعن في القرارات الصادرة عن السلطة المركزية ، فيما يتعلق بممارسة سلطة الوصاية ، أنظر :

_سليمان الطماوي ، **الوجيز في القانون الاداري** ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 78–79

[41] _ تعتبر المصادقة صورة من صور ممارسة الرقابة الوصائية على العمل الإداري ، وتتميز بكونها رقابة خارجية لا داخلية.

[42]_ تنص المادة 04 من مرسوم رئاسي رقم 15_247 السابق الذكر على ما يلي:

" لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه ، حسب الحالة :

يعتبر قرار المنح المؤقت مؤقتا ، حتى لو كان يضفي صفة شبه نهائية لإرساء الصفقة على المتعامل الفائز بالعرض، إلا أن هذا التأقيت وإن كان ذا بعد إجرائي ، فهو لا يغني عن ضرورة المصادقة أو الموافقة مثلما ورد في النص القانوني .

ربط المشرع صحة وشرعية الصفقات بضرورة موافقة السلطة الإدارية المختصة ، لكنه لم يبين الطبيعة القانونية لهذه الموافقة ، هل هي التزام قانوني إجباري في مواجهة السلطة المكلفة بها ؟ ، وهنا تُكيف قانونيا على أنها إجراء شكلي وجوهري يترتب عنه البطلان في حالة عدم اتخاذه ، أم أنها التزام قانوني من الناحية الإجرائية ، لكنه و من ناحية نتائجه القانونية متوقف على ارادة المصلحة المتعاقدة ، فتمتلك المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة حرية الاختيار بين الرفض أو الموافقة.

هناك فرق كبير بين الحالتين كون الموافقة يُنظر إليها من جانبين ، الأول باعتبارها شكلية فقط مع حرية السلطة المكلفة بها في ترتيب النتائج القانونية التي تبتغيها ،أم أنه يُنظر إليها من ناحية النتائج القانونية المترتبة عنها ، فهل هي نتائج ايجابية دائما ، كون السلطة المختصة بها لا تقوم إلا بإضفاء تأكيد أو ترسيم لما سبقتها إليه المصالح المختصة في عملية الابرام ، أم أنه يمكن أن ينجر عنها نتائج سلبية برفض الموافقة مع تجاهل ما سبقها من إجراءات الابرام السابقة ، التي كفل المشرع مصداقيتها من خلال نصوص قانونية متعددة في قانون الصفقات العمومية.

نرى حسب وجهة نظرنا أنه من المفروض أن تكون سلطة الموافقة مجرد إجراء شكلي يؤكد الإجراءات السابقة للإبرام ، إلا في حالة بعض المخالفات التي تشكّل طابعا استثنائيا ، أي تُمنح لهيئة المصادقة صلاحية رقابة مدى احترام إجراءات الابرام ومدى قانونيتها .

مسؤول الهيئة العمومية ، الوزير ، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية "

نعتبر نحن سلطة المصادقة أو الموافقة ، التي استعملها المشرع في قانون الصفقات العمومية مجرد إجراء شكلي يضفي طابع الرسمية على النشاطات والأعمال الايجابية للسلطات والهيئات الإدارية التي تسعى إلى التعاقد لإشباع الحاجات العمومية[43].

لا يوجد ما يمنع السلطة المكلفة بالمصادقة من الترسيم ، كون هذه الصفقة لم تصل إليها إلا بعد استيفاء إجراءات مطوّلة ، معقّدة ، وكثيرة ، قامت بها جهات ومصالح تمتلك خبرات فنية [44] ، وهي إجراءات الابرام التي سعى المشرع إلى إكسابها أكبر قدر من معايير وضمانات

---

[43] – والمصادقة صورة من صور الرقابة الوصائية ، ونشير هنا إلى أن بعض الفقهاء يعتمد على مصطلح * الرقابة الإدارية *contrôle administratif مبتعدين بذلك عن مصطلح الوصاية الإداريةla tutelle administratif ، حيث يرون أن هذه التسمية لا تُعبّر عن المقصود بها ، نظرا للاختلافات الجوهرية بين نظام الرقابة الإدارية ونظام الوصاية ، الموجود أصلا في القانون الخاص والقائم على أساس نقص الأهلية ، لأن الهيئات والوحدات المحلية تتمتع بالشخصية القانونية ، وهي بذلك مؤهلة لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات .

بينما يرى جانب من الفقه أنه يمكن الاحتفاظ باصطلاح * الوصاية الإدارية * ، على اعتبار أن القانون الإداري قد استعار كثيرا من مصطلحات القانون الخاص ، كونها اكتسبت في القانون الإداري معنى مختلف يمثل العقود الإدارية والمسؤولية الإدارية . محمد الصغير بعلي، **القانون الإداري ، التنظيم الإداري ، النشاط الإداري** ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، 2002 ص 127.

لمزيد من التفاصيل أنظر:

مسعود شيهوب ، **المجموعات المحلية بين الاستقلال والرقابة المحلية** ، مجلة مجلس الدولة ،عدد 03 لسنة 2003 ، ص 41

[44] – وتصديق السلطة المختصة أو إذنها باتخاذ قرار معين لا يقيد من حرية الهيئة في الرجوع عن هذا القرار ، إذا ما تبين لها أن المصلحة العامة تكمن في العدول عنه ، كما أن عدم تصديق السلطة المركزية لا يعني إعدام المشروع المعترض عليه نهائيا ، بل يمكن للسلطات المحلية مراجعة السلطات المركزية عن أسباب اعتراضها والدفاع عن وجهة نظرها أمام السلطات الرئاسية العليا أو حتى القضاء ، د/ سليمان الطماوي ، **الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة** ، طبعة منقحة ومزيدة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، دون طبعة ، دون سنة النشر ، ص 78

الشفافية ، وذلك من خلال التأكيد عليها في قانون الصفقات العمومية[45] ، وقوانين أخرى مثل قانون مكافحة الفساد الذي خصصنا له عنصرا مستقلا.

أحاط المشرع الجزائري عملية إبرام الصفقة بقيود وإجراءات ، بغرض حماية المال العام ، وضمان المساواة بين المتعاملين قصد تمكين الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد [46].

نلاحظ هنا نوعا من التكامل الذي تحققه الإجراءات المعقدة والمطولة للإبرام ، حيث أنها توازن من جهة ، بين كل من المصلحة العامة بحماية المال العام ، الذي هو محور التعامل في إطار الصفقات العمومية ، وكذا حماية حقوق المتقدمين للتعاقد للفوز بالصفقة [47].

فتتدخل السلطة الإدارية في هذه الحالة بالرقابة عن طريق المصادقة[48] ، من أجل إضفاء الطابع النهائي على الأعمال الإيجابية للإدارة ، فلا يوجد ما يمنع هذه السلطة من الموافقة ، كون

---

[45]– يعتبر الطابع المعقد الذي يتميز كذلك بطول الإجراءات وكثرتها ، من ضمانات حماية المتعاقدين مع الإدارة من التعسف في اختيار من يُكلّف بالخدمة العمومية محلّ الصفقة العمومية ، فإجراءات الابرام كلها تعتبر من الضمانات باعتبارها كلا متكاملا ، وهي من أهم الضمانات ، كونها تُحيط بعملية التحضير والإعداد ، التي تعتبر المرحلة المبدئية.

[46]– زوزو زليخة ، مرجع سابق ، ص 39

[47]– تُثير هذه المسألة موضوع أسس القانون الإداري ، ومعايير تحديد مفهوم النزاع الإداري ، الذي أسس لعدة نظريات ، من بينها نظرية السلطة العامة الحديثة ، التي حددت الأسس بامتيازات الإدارة العامة في مواجهة المتعاملين معها، لكنها قيدتها بحدود وقيود تُمثل في نفس الوقت حقوقا للمتعامل مع الإدارة العامة ، وهو التطور الملحوظ في مفهوم السلطة العامة بعدما كان يقتصر على مفهوم الامتيازات دون القيود، وهو ما يعرف بمعيار السلطة العامة الحديث .

[48] _ Michel huet et Aimélie Blandine , **Marchés publics d' architecteur et d' ingénieur** ,Lexis Nexis ,Paris , 2010 , p 42 et 43

حيث رأى في ذلك أن المصادقة على الصفقة العمومية تُعتبر تأكيدا على إرسائها على متعامل متعاقد معين ، وهي بذلك تمنحها الصيغة التنفيذية ، لكنها في الحقيقة ذات بعد رقابي ، كون السلطة الإدارية المكلفة بالمصادقة تراقب مدى احترام قواعد المساواة وشفافية الإجراءات .

الصفقة العمومية استوفت جميع الشروط القانونية المتعددة لإجراءات الابرام، التي تراعى فيها اعتبارات الشفافية .

أثار الدكتور "عمار بوضياف" أن المشرع لم يبين من خلال نصوص المرسوم الرئاسي 02_250 السابق بوضوح ، فيما إذا كان الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير المؤسسة العمومية يملك صراحة رفض المصادقة على الصفقة وعدم التوقيع ، فما هو مصير هذه الصفقات؟ هل هي باطلة قانونا ؟ ، وهل يعني ذلك أن إجراءات الإبرام غير صحيحة؟[49]، وهو ما استمر تكريسه إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 15_247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أليس من طبيعة ذلك التشكيك في دور الرقابة ، الذي مارسته لجان الصفقات العمومية على عملية الابرام ،أو حتى إقصائه بصفة كلية؟ .

كان من المفروض على المشرع _من وجهة نظرنا_ أن تكون هذه الإمكانية على سبيل الاستثناء، كون لجان الرقابة السابقة يمكن أن تغفل عن تخلف بعض الإجراءات الضرورية دون الجوهرية.

كما نلاحظ من خلال هذه الدراسة أن ما تم تجاوزه أثناء إجراءات الابرام من طرف لجان الرقابة يمكن أن يتم تصحيحه لاحقا عن طريق رقابة المصادقة ، لكن هذا الافتراض ولو كان صحيحا ، فإنه لا يُغني عن تنظيم قانوني واضح وصريح ، وهو ما لم يقم به المشرع من خلال المرسوم المنظم للصفقات العمومية ، حتى بعد التعديلات التي تعرض إليها.

[49]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 112

فرع ثاني:

التأكيد على الطبيعة القانونية للقرار الإداري المتضمن المنح المؤقت

تعتبر المصادقة الشرط الواقف الذي يُحوّل قرار المنح المؤقت إلى قرار إداري ، كونها الشرط الذي اشترطه القانون لنفاذ المنح المؤقت ، وترتيبه للآثار القانونية التي قام بإنشائها .

نلاحظ أن المشرع قد أجاز التفويض في سلطة المصادقة [50]، فيمكن للسلطة المختصة بالمصادقة أن تُفوّض صلاحيتها إلى المسئولين المكلفين بتحضير الصفقات العمومية وتنفيذها طبقا لأحكام القانون [51]، وهو ما يحقق انسجاما مع أحكام المادة06 من نفس المرسوم[52].

لكننا نلاحظ بعض الغموض في موضوع التفويض ، كون المُفوّض إليه يكون مقتصرا على :

((المسئولين المكلفين بتحضير الصفقات العمومية))

((المسئولين المكلفين بتنفيذ الصفقات العمومية))[53]

---

[50]_ التفويض الإداري LA délégation هو نقل الرئيس الإداري جانبا من اختصاصاته إلى بعض مرؤوسيه ليمارسوها دون الرجوع إليه ، مع بقاء مسؤوليته عن تلك الاختصاصات المُفوّضة ، وغالبا ما يُفوّض الرئيس بعض سلطاته الأقل أهمية مثل الأعمال الإدارية اليومية ، لكي يتفرغ لمباشرة اختصاصاته الهامة ، التي تؤثر تأثيرا مباشرا في سير العمل الإداري ، وهو الوسيلة الطبيعية للتخلص من تركيز السلطة ، الذي يعرقل سير العمل الإداري .

أنظر: عبد الغني بسيوني عبد الله ،**القانون الإداري ، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر**، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1990 ، ص 186

[51]_ **نص المادة 04 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، السابق ذكره

[52]_**المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، السابق ذكره.

وفي حالة تفويض المصادقة إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقة للإبرام نلاحظ بعض الغموض، ذلك أن المصادقة لا يمكن أن تكون في مرحلة الابرام أو التحضير ، كونها ومن الناحية القانونية إجراء لاحق لكل العمليات المتعلقة بالإبرام ، حتى استكمالها ، وفقا لما نص عليه قانون الصفقات العمومية .

فكيف يمكن تفويض صلاحية المصادقة إلى المسئولين المكلفين بالتحضير لإبرام الصفقات العمومية ؟ ، والصفقة العمومية لم تكتمل مراحل ابرامها بعد ، ومن ذلك تبقى هذه الحالة غامضة ينبغي على المشرع توضيحها .

وفي حالة ما إذا افترضنا إمكانية العمل بمثل هذه الاحتمال المتعلق بالتفويض ، نلاحظ أن المصادقة تتحوّل إلى مجرد شكلية لا أهمية لها ، كون السلطة المكلفة بالتحضير تصادق على ما قامت به من إجراءات الابرام ، وهي في هذه الحالة لا تكتشف الثغرات أو النقائص التي تعتري عملية الابرام ، لذلك ومن باب المصداقية توكيل صلاحية المصادقة النهائية إلى سلطة أخرى محايدة .

وفي حالة تكريس الفرضية الثانية لتفويض صلاحية المصادقة إلى السلطة المكلفة بالتنفيذ ، نلاحظ أنها غير مبررة إجرائيا ، ذلك أن إجراءات إعداد الصفقات تمر من مرحلة الابرام ، إلى مرحلة التصديق ، فلا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد المصادقة ، و من هنا تبتدئ مرحلة التنفيذ .

---

[53]– وفي كلا الحالتين ينصب التفويض على السلطة دون المسؤولية بصفة مؤقتة ، مع بقاء المسؤولية كاملة للسلطة الأصيلة ، وذلك لأن مصطلح الاختصاص في القانون الإداري يتضمن شقين " السلطة " و " المسؤولية " ، وكقاعدة لا يجوز التفويض في المسؤولية ، فيقع في السلطة فقط .

ومن الخصائص الأخرى للتفويض ما يلي :

*أن يتعلق ببعض الاختصاصات ، أي يكون جزئيا

*لا يجوز التفويض على التفويض

*لا يكون إلا من الأعلى إلى الأسفل ، أي من الرئيس إلى المرؤوس ، لأن هدفه التخلص من تركيز السلطة

*يحق للرئيس التعديل في السلطات المُفوّضة ، وله استردادها ، حول هذا الموضوع أنظر:

_عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق ، ص 186 –187.

وحول تطبيقات نظام التفويض ، أنظر نفس المرجع ، ص 188–194.

فكيف يمكن للسلطة المكلفة بالتنفيذ التدخل بالمصادقة على الصفقات التي ستقوم بإدخالها حيز النفاذ ، فكان على المشرع هنا مراعاة قاعدة توزيع الصلاحيات ، كون سلطة المصادقة ذات بعد رقابي، وهو دور يتميّز بالأهمية ، وهي من الصلاحيات الأصيلة للسلطات الوصية على الصفقات ، ومن هنا ينبغي تجنب التفويض الشامل و الاكتفاء بالتفويض الجزئي.[54]

نستنتج أن المشرع من خلال نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15_247 كان غامضا ، ونرى من وجهة نظرنا أنه قصد تفويض صلاحية الإشراف والتوجيه أو صلاحية متابعة العمل ، وقد أشار " عمار بوضياف" إلى هذه الفرضية حيث رأى أن صلاحية التفويض تكون " **من قبل السلطات المكلفة قانونا ، إلى السلطات المكلفة بالتحضير والتنفيذ كل واحدة في مجالها الخاص** "، لكنها احتفظت بصلاحية المصادقة.

كل ذلك في إطار تفويض جزئي ، في مجال صلاحية الرقابة الإدارية ذات البعد الشامل والواسع ، التي تمارسها السلطات الوصية على الصفقات العمومية .

نلاحظ هنا أن التعديلات الخاصة بقانون الصفقات العمومية لم تتجاوز هذه الثغرات القانونية أو النقائص التي تضفي على عملية إرساء الصفقة ، أو اكتسابها الطابع النهائي طابع الغموض.

---

[54]_التفويض الجزئي قاعدة يجب أن تحترم في صورة تفويض السلطة أو تفويض الاختصاص ، وفي فرنسا يتم التمييز بين كل من :

*تفويض السلطة délégation de pouvoir ou de compétence

تفويض الإمضاء أو التوقيع délégation de signature

والنوع الأول أشد من الثاني ، لأنه يؤدي إلى تعديل قواعد الاختصاص بين جهات الإدارة ، بحيث تنتقل السلطة بالتفويض إلى الجهة المُفوّض إليها ، أما في الثاني فإن صاحب الاختصاص الأصلي يتحلل من بعض الأعباء المادية ، مع إمكانية ممارسته لاختصاصه بجانب المُفوّض إليه ،على أن الشروط الأساسية التي تتحكم في النوعين واحدة ، لكن الخلاف بينهما من حيث الآثار فقط ، د / سليمان الطماوي ، **القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء** ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1996، ص، 615

لقد اعتنت بالبعد الرقابي أكثر، كما اهتمت بعملية الابرام والتحضير ، وأضفت عليها مزيدا من دعائم شفافية ونزاهة الابرام ، كآليات قانونية للوقاية من منازعات الابرام .

يظهر هنا جانب آخر من الطرق البديلة ، وهو التوظيف القانوني لإجراءات النزاهة من أجل تقليص دائرة النزاعات المثارة حول الموضوع المعني، وهي خطوة ايجابية يقوم بها المشرع الجزائري في هذا المجال ،لأن الجهاز القضائي بدأ يعرف تثاقلا في وتيرة الفصل في النزاعات الإدارية ذات الطابع المُعقّد والمتداخل.

ذلك أن منازعات التنفيذ كانت تكتسي أهمية أكبر من منازعات الابرام ، وكان ذلك ظاهرا من خلال رعاية المشرع لهذه العملية وإجراءاتها ، وحرصه على تسوية نزاعاتها ، كما سنلاحظه من خلال الفصل الثاني من هذا الباب من دراستنا هذه .

مطلب ثالث:

ضوابط ومعايير المنح المؤقت للصفقة

لتجنب منازعة المنح المؤقت من قبل العارضين الذين رفضت عروضهم التقنية ، أحاط المشرع إجراء المنح المؤقت للصفقة بمجموعة من الضوابط القانونية ، لتظهر معيار الشفافية والنزاهة المتعلقة بإجراءات الابرام .

هل يمكن أن تعتبر هذه الضوابط والمعايير أساليب وقائية تقي من منازعة قرار المنح المؤقت ؟، وهل يعتبر حرص المشرع على تجنب حدوث نزاعات أو احتجاجات حول المنح المؤقت إلى أقصى تقدير باعتماد هذه الضوابط تكريسا ناجحا ؟، وهل يمكن لهذه المعايير أن تجعل من **الطعن احتمالا ضئيلا؟.**

سنتعرض من خلال هذا المبحث إلى المعايير والضوابط التي حرص المشرع على تحقيقها ، وتصنف إلى صنفين :

الضمانات العامة لاختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية ،في فرع أول

إلزامية الإعلان كضمانة خاصة ، في فرع ثاني

فرع أول:

الضمانات العامة لاختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية

نعتبرها نحن في هذه الدراسة "**طرقا لوقاية المنازعة لكنها من نوع خاص** "، فهي **طرق وقائية ذات طابع تشريعي.**

تناولها المشرع ضمن القسم الخامس المعنون ب " اختيار المتعامل المتعاقد "

تتولى المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة صلاحية اختيار المتعامل المتعاقد ، من خلال المنح المؤقت للصفقة، كما توصلنا إليه من خلال العنصر السابق من هذه الدراسة ،إلا أن المصلحة المتعاقد ملزمة بضابط مراعاة تطبيق أحكام الرقابة على الصفقات العمومية[55].

سنقوم من خلال هذا الفرع بدراسة معايير وضوابط المنح المؤقت للصفقة ، كما سنقوم بتصنيف هذه الضوابط ، لنتوصل في الأخير إلى استنتاج مدى اعتبارها معاييرا حقيقية ستساهم في تقليص دائرة النزاعات التي يمكن أن تثار.

اقترحنا التقسيم الآتي محاولة منا حصر هذه الضوابط :

أولا :المعايير ذات الطابع العام

ثانيا :الإجراءات السابقة للمنح المؤقت

[55]– **نص المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

أولا:

المعايير ذات الطابع العام

تعرف بأنها ضمانات الشفافية ذات العلاقة بالصفقة العمومية ويتولى المشرع تحديدها[56] ، لكنها ذات طابع عام حسب وجهة نظرنا، وذلك نظرا لتعدّدها وتنوعها ، وعدم اقتصارها على نوع معين ، وتتمثل في الآتي :

01:وجوب الإشارة إلى ضوابط ومقاييس الاختيار في دفتر الشروط الخاص بالصفقة

لا تكتفي المصلحة المتعاقدة بالإشارة إلى هذه الضوابط بصفة محايدة ، وإنما تلتزم بذكر وزنها الحقيقي وقيمتها بالنسبة إلى الصفقة المعنية، وأن تكون مرتبطة بالصفقة وغير تمييزية[57].

يتم ذكر هذه المقاييس في دفتر الشروط الخاص بالصفقة.

02: **وجوب استناد الاختيار على نظام تنقيط مؤسس على معايير**

يتم تأسيس نظام التنقيط الذي يجرى على أساسه اختيار المتعامل المتعاقد إلى عدة معايير أساسية و ثانوية، الأولى تولى المشرع تحديدها بصفة محددة ، أما الثانية فتركت لمجال السلطة التقديرية ، التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة [58].

---

[56] _ تسعى دول الاتحاد الأوروبي ومن لأجل البحث عن أكبر قدر من شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، إلى تحسين وتطوير المعايير الآتية :

01_ مبدأ الإعلان المسبق الذي يحرك المنافسة

02_ مبدأ الاختيار الحرّ الذي يُمنح للمصلحة المتعاقدة

Philippe Foillard ,**Droit Administratif** , édition Paradis, saint Laurent ,13eme édition,2009,P27

[57] – **نص المادة 78من المرسوم الرئاسي رقم 15_247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ،السابق ذكره.

اعتبرها المشرع معايير وضوابط أساسية ذات أهمية، وذلك بالنظر إلى إشارة المشرع إليها صراحة، وتحديدها في قانون الصفقات العمومية ، فهي تتمثل في اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وتتمثل هذه المعايير في ما يلي :

إما الاستناد إلى عدة معايير:

من بينها: النوعية ، آجال التنفيذ والتسليم ، السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال الطابع الإجمالي الوظيفي ،النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين و النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة ، القيمة التقنية ، الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية، شروط التمويل ، عند الاقتضاء ، وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية [59].

ويمكن استخدام معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة إلى المنافسة .

إما على معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.[60]

---

[58] _ وفقا لضابط المشروعية تتمتع الإدارة العامة بسلطة تقديرية واسعة في مجال النشاط الإداري ، بشرط عدم المساس بمبدأ المشروعية ، ويتم إعمال السلطة التقديرية عادة في حالة عدم وجود القيد القانوني .

[59] _ نص المادة 48 مقطع 01 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره .
لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة راجع :
_ Olivier Frot , **Marchés publics : comment choisir le mieux disant?** , Afnor , 2eme édition , Paris , 2008 , p126
حيث رأى أن معايير اختيار المتعامل المتعاقد تتلخص في ثلاث تتمثل في:
Analyse de la régularité
Capacités du candidat
Procédures restreintes (classement puis décision)
voir aussi :
Fhilippe Foillard ,op cit , p 211

[60] _**نص المادة 78 مقطع 02 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره، وفي اطار الصفقات العمومية للدراسات ، يستند اختيار المتعاملين المتعاقدين أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات .

أجاز المشرع بالنسبة للمعايير التكميلية استخدام معايير أخرى من طرف المصلحة المتعاقدة لتستند عليها في عملية تنقيط العروض المقدمة ، لكنه قيدها بشرط ضروري وهو إدراجها المسبق في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة[61].

03:إلزامية إعداد دفاتر الشروط بالكيفية المحددة قانونيا

وذلك من أجل الحفاظ على المال العام والمصلحة العامة[62]، وحسب المادة 26 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمثل دفاتر الشروط فيما يلي :

أ _ دفاتر البنود الإدارية العامة CCAG :وتعتبر جزءا أساسيا من العقد ، كونها تتضمن بنودا تُطبّق على كافة العقود الخاصة بالإدارات العامة ، وتحدد الأحكام الإدارية العامة المتعلقة بكل نوع من الأنواع ، كما تهدف لبيان الأحكام الملزمة لكل طرف ، كما تحدد الاختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية[63].

---

[61] _**نص المادة 78 مقطع 01 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره

" يمكن أن تستخدم معايير أخرى ، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة "

[62] _ فضيل نعيسة ، **النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها** ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،العدد (05)، دون ذكر سنة النشر ، ص 117

[63] _ اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لهذه الدفاتر، ولم يتم التوصل إلى نتيجة ، فهل الشروط التي تحتويها ذات طابع تنظيمي لها نفس الآثار التي يرتبها القانون ؟ ، لقد اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي على أنها ليست تدابير داخلية عديمة الأثر، بل هي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري . لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

01_ قدوج حمامة ، **عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعامل العمومي في الجزائر – تحليل ومقارنة** _، مرجع سابق ، ص 103

02- BENNADJI CHERIF, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie ,** thèse de doctorat d'Etat , université d' Alger , institut de droit et des sciences Administratives , BEN AKNOUN , ALGER , Année 1991,p508

ب _ دفاتر التعليمات التقنية المشتركة CPC: وهي دفتر تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال ،أو اللوازم ،أو الدراسات ،أو الخدمات الخاصة بكل وزارة من الوزارات ،أو مصلحة من المصالح مثل دفاتر عقد الأشغال .

بالنسبة لهذين النوعين يجب الإشارة إليهما في كل صفقة .

ج _ دفاتر التعليمات الخاصة CPS :وهي الدفاتر التي تتضمن الشروط التي يتم تطبيقها بصفقة محددة وبالتفاصيل ، أي تتعلق بصفقة محددة بالذات ، وتعتبر أحكامها ملزمة للإدارة فلا يمكن مناقشتها أو التفاوض بشأنها.

04 : تقييد نظام تقييم العروض التقنية بشرط الملائمة [64]

يتمثل شرط الملائمة في إقامة التوازن بين كل من نظام تقييم العروض التقنية من جهة، وطبيعة كل مشروع صفقة ، ومدى أهميته وتعقيده من جهة أخرى ، وذلك بشكل يجعل نظام التقييم التقني يتناسب مع طبيعة المشروع [65].

« Les cahiers des charges sont des éléments constitutifs des marchés publics , le code des marchés tend à faire de ces documentes des éléments de la définition légale de cette catégorie de contrats »

راجع كذلك :

جوادي نبيل ، **دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)** ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع إدارة ومالية ، جامعة الجزائر " بن يوسف بن خدة "، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2005-2006

لوز رياض ،**دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية " المرسوم الرئاسي رقم 02-250 " المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،** مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير ، فرع دولة ومؤسسات عمومية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ،دون ذكر السنة ، ص 22-24

[64] _نص المادة 79 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره**

[65] _خاصة في مجال المراجع المهنية والوسائل البشرية والمادية

يهدف المشرع من خلال إقامة ضابط الملائمة إلى تشجيع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بالمشاركة في الطلبات العمومية أو الصفقات العمومية ،وقام المشرع هنا بإضافة ضابط آخر يتعلق بإحاطة إجراء التقييم بضمانات تتعلق بالنوعية وأجال الانجاز المناسبة للطلب العمومي محل الصفقة العمومية .

05 :حماية معيار المنافسة وقواعدها في حالة تقديم عرض في إطار تجمع مؤسسات[66]

يمكن السماح بتقديم العرض من طرف تجمع مؤسسات[67] بشرط أن تتم الإشارة إلى هذه الإمكانية في دفتر شروط الصفقة العمومية .

---

[66] _ **نص المادة 81 من المرسوم الرئاسي 15_247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، السابق ذكره.

[67] _ يتم تجمع المؤسسات **حسب نص المادة 81 من المرسوم الرئاسي 15_247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،السابق الذكر** ، على شكل تجمع بالتضامن أو تجمع بالشراكة ، مع ضرورة تضمين الصفقة بندا يلتزم فيه هؤلاء المتعاملون المتعاقدون بالتصرف مجتمعين بإنجاز مشروع الصفقة بالتضامن أو بالشراكة .

*التجمع بالتضامن : يلتزم فيه كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة.

*التجمع بالشراكة : يلتزم من خلاله كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ جزء من الصفقة، أو بتنفيذ الخدمة المعينة، أو مجموعة الخدمات التي تمنح له من الصفقة.

*تجمعات مؤقتة لمؤسسات متضامنة : إذا اقتضت طبيعة الصفقة ، وبإلزام من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعهدين في دفتر الشروط.

*ويتم تعيين أحد أعضاء التجمع "صاحب الأغلبية" ، إلا في الحالات الاستثنائية المسبّبة أو المعلّلة في التصريح بالاكتتاب ، أو في رسالة التعهد ، كوكيل يمثل جميع الأعضاء إزاء المصلحة المتعاقدة ، ويكلف بإنجاز خدمات أعضاء التجمع (وقد نص قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم السابق على ذلك ،في نص المادة 59 / 05 منه)

يمكن الترخيص بتقديم العرض وفقا لهذه الشكلية بتحكيم ضابط المصلحة العامة ، ويتم القياس بهذا الضابط في هذه الحالة بنص المشرع الجزائري ، وذلك في **نص المادة 59 من قانون الصفقات العمومية الذي جاء كالآتي : ... إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك ..."**

06:إلزام المصلحة المتعاقدة بتعليل اختيارها

تلتزم المصلحة المتعاقدة بتعليل اختيارها ، والأسس التي يقوم عليها اختيارها ، للسلطات المختصة بالرقابة عند ممارستها لمهامها ، مهما كان نوع الرقابة [68]، ومن هنا نتساءل عن تعليل الاختيار للعارضين ، الذي يتم عند الإعلان عن المنح المؤقت الذي يصدر مسببا مع ذكر كل معايير قبول المتعهد المقبول ، ويتم ذلك دون تسبيب الرفض لباقي العارضين إلا في حالة طلب ذلك ، كما كان معمولا به في قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم قبل صدور قانون 15_247 الحالي [69] ، فهل تسبيب القبول يكفي؟.

إذا قامت المصلحة المتعاقدة بمراعاة كل هذه الضمانات عندما تصدر المنح المؤقت للصفقة بعد إتباع عدة مراحل إجرائية تعتبر في حد ذاتها ضمانات للشفافية، يعتبر تسبيب القبول كافيا ، لكن تسبيب الرفض حسب وجهة نظرنا لا يمكن تجاهله ، لأنه قد يفيد في تخفيف حجم

ويكون وكيل التجمع بالشراكة متضامنا وجوبا لتنفيذ الصفقة مع كل عضو من الأعضاء بشأن التزاماته التعاقدية إزاء المصلحة المتعاقدة.

[68]– **تنص المادة 60 ضمن القسم الثالث المعنون "بإجراءات الابرام "من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق على ما يلي :

" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة " القسم الثالث المعنون بإجراءات الابرام "

[69] _يعتبر التسبيب تحقيقا لمبدأ الموازنة بين حقوق المتعامل مع الإدارة ، و سلطات الإدارة العامة في حالة تصرفها وفقا لامتيازات السلطة العامة ، التي تبررها المصلحة العامة ، لذلك نعتبر التسبيب شرطا إجرائيا لازما في حق كل العارضين، سواء المقبولين أو المرفوضة عروضهم ، دون الحاجة إلى طلبه ، لأن طلب التسبيب سيكون مطلب كل العارضين في جميع الأحوال.

الطعون التي يرفعها العارضون المرفوضة عروضهم ، وقد أجمعت جُلّ الاجتهادات الفقهية الإدارية على أن تسبيب الرفض يعتبر من الشكليات الجوهرية [70].

أما في مرسوم 15_247 الحالي نلاحظ أن المشرع وضح الأمور في ما يخص التسبيب ، الذي جعله من حق كل الأطراف ، وفقا لنص المادة 81 كما سبق لنا الإشارة إليه سابقا في هذه الدراسة **بشرط طلبه** ، وذلك منطقي فإن كان المعني لا يهمه التسبيب فما جدواه إذن؟ .

ثانيا:

الإجراءات السابقة للمنح المؤقت

تعتبر في حد ذاتها معايير لضمان الشفافية ، وهي معايير إجرائية خاصة بقرار المنح المؤقت للصفقة الذي قيده المشرع بنظام إجرائي خاص ، والنظام الإجرائي بحد ذاته يعتبر وسيلة رقابية ، كونه يتضمن قيود قانونية لا يجوز تجاوزها ، وتصدر المصلحة المتعاقدة المنح المؤقت بناء على اقتراح محضر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض[71].

---

[70] _Michel huet et Amélie B LANDIN , op cit ,p 41 et 42

[71]–كانت المادة **125 من المرسوم الرئاسي 10_236 مؤرخ في 07 أكتوبر2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية 58 ، مؤرخ في 07 أكتوبر2010 ، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11_98 ، مؤرخ في 01 مارس 2011 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 14 ، مؤرخ في 06 مارس 2011** تنص على إحداث لجنة لتقييم العروض مستقلة عن لجنة فتح الظروف ، وذلك على مستوى كل مصلحة متعاقدة ، وهي لجنة ذات طابع دائم ، ويتم إنشاؤها بصفة إلزامية لدى كل مصلحة متعاقدة ، وفي ما يلي دراسة شكلية وجيزة عن العضوية في هذه اللجنة.

*تتكون من أعضاء مؤهلين يتم اختيارهم حسب معيار الكفاءة المعترف بها في الميدان.

*تخضع عضوية أعضائها للتنافي مع أي عضوية في لجنة فتح الظروف لتدعيم عنصر الاستقلالية الوظيفية بين اللجنتين وهو ما يدعم شفافية ونزاهة أعمالهما.

ويمكن بالإضافة إلى أعضائها الدائمين الاستعانة عند الحاجة بكل كفاءة من شانها إعداد تقرير تحليل العروض بطلب من المصلحة المتعاقدة

تختص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض[72]، بهذه الصلاحية تبعا لمرحلتين هما :

01: مرحلة الترتيب التقني للعروض:

تقوم في هذه المرحلة بإعداد ترتيب تقني للعروض المطابقة للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط ،أما العروض غير المطابقة تقنيا فتقوم بإقصائها ، وتتمثل العروض غير المطابقة في العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا ، المنصوص عليها في دفتر الشروط[73].

02:مرحلة دراسة العروض المالية[74]:

---

*يتم تعيين الأعضاء في اللجنة عن طريق قرار لمسؤول المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة

في حين **تنص المادة 71 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره ، على إنشاء لجنة واحدة تسمى " **لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض** " تجمع بين صلاحيات اللجنتين السابقتين المنصوص عليهما في قانون الصفقات العمومية ، وتتلخص صلاحيات هذه اللجنة فيما يلي :

إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لدفتر الشروط ، و_أو لموضوع الصفقة ، وفي حال إتباع إجراءات دون انتقاء أولي لا تفتح أظرفة العروض التقنية والمالية والخدمات المتعلقة بالترشيحات المقصاة .

_تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

[72] _ كانت لجنة تقييم **العروض في قانون الصفقات العمومية السابق لسنة 2010 المعدل والمتمم السابق ذكره، طبقا للمادتين 61 و125 منه** تقوم بتحليل العروض وبدائل العروض ، بالإضافة إلى الأسعار الاختيارية عند الاقتضاء ، وذلك من أجل إعداد اقتراح أو مجموعة اقتراحات مناسبة تقوم بتقديمها إلى الهيئة المعنية بإبرام الصفقة ، وتمارس هذه اللجنة صلاحياتها بعد انتهاء لجنة فتح الظروف من مراقبة مدى مطابقة الأظرفة للقواعد القانونية ، هذه الأخيرة ليس لها صلاحية اتخاذ أي قرار بشأن العروض ، فهي لجنة استشارية تقدم ملاحظات ومقترحات إلى لجنة تقييم العروض ، فهو دور تمهيدي يجعلنا نتساءل عن مدى جدواها ،لوز رياض ، مرجع سابق ، ص 27

[73] _ عند إجراء عملية التنقيط المنصوص عليها في **نص المادة 72 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** السابق ذكره .

[74] _ ويتم ذلك وفقا لشرطين هما :

أن يسمح موضوع الصفقة بذلك.

تتم دراسة العروض المالية بالنسبة للعروض التي تم انتقاؤها أوليا في مرحلة الانتقاء التقني ، فلا تدرس العروض المالية إلا بالنسبة للعروض المقبولة تقنيا، لكن مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم ويتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية [75] ، طبقا لدفتر الشروط [76] وتتمثل في :

*العرض الأقل ثمنا ، من بين العروض المالية للمرشحين المختارين عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك ، ويستند تقييم العروض في هذه الحالة إلى معيار السعر فقط.

*العرض الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا ، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية ، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر .

*العرض الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات .

*في حالة الاستشارة الانتقائية تجري في المرحلة الثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقاؤهم الأولي تقنيا من أجل انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ، طبقا لدفتر الشروط[77]

أن يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط .

فتقوم المصلحة المتعاقدة بمقارنة العروض المقبولة تقنيا ، وذلك باعتماد معايير موضوعية لاختيار أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية، وذلك في إطار استكمال تحقيق مبدأ شفافية الإجراءات

[75] _ Bruno koebel , **les marchés de l'article 30** , Territorial édition ,paris ,2009 , p 19

[76] _ نص المادة **72 فقرة 04 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[77] _ في حالة الاستشارة الانتقائية يكون المرشحون الذي جرى انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد ، ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الاقصى للمرشحين الذين تتم دعوتهم لتقديم تعهد ، بعد انتقاء أولي لخمسة منهم ، ويكون ذلك في حالة صفقات الدراسات أو العمليات المعقدة ، أو ذات الأهمية الخاصة ، ويجري طلب العروض المحدود في هذه الحالة عند تسلم العروض التقنية ، إما على مرحلتين ، طبقا لنص المادة 46 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وإما على مرحلة واحدة طبقا لنص المادة 45 من نفس القانون .

*في حالة إجراء المسابقة تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين المعتمدين ، فتدرس العروض المالية فيما بعد من أجل انتقاء أحسن العروض ، من حيث المزايا الاقتصادية طبقا لدفتر الشروط[78] .

من النتائج القانونية لعمل اللجنة إفراغ أعمالها في شكل محضر، فبعد نهاية المرحلتين تعد اللجنة محضرا يتضمن نتائج عملها التي تصاغ على شكل اقتراح أو مجموعة من الاقتراحات حول العرض المناسب ويوجه إلى المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة[79].

أما عن مصير الأظرفة (العروض) التي تم إقصاؤها تقنيا قبل دراسة العرض المالي، فترد هذه الأظرفة إلى أصحابها دون فتح الظرف المالي ،لأنها تقدم في ظرفين مغلقين مستقلين[80]، فيفتح الظرف المتضمن العرض التقني ، فإذا وجد مطابقا لدفتر الشروط يفتح العرض المالي، وإذا كان العكس يرجع الظرف المالي مغلقا لصاحب العرض .

---

[78] _ ونصت **المادة 47 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على اجراء المسابقة** ، فتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي يقدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية ، بعد أخذ رأي لجنة تحكيم ، حسب نص المادة 48 من نفس القانون ، ويتم اللجوء إلى المسابقة لا سيما في مجال تهيئة الاقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة ، أو معالجة المعلومات .

[79] _ **ونضيف هنا إلى أن اقتراح رفض العرض يأتي مسببا ، وهو ما يضمن شفافية ونزاهة العمل الموكل إلى اللجنة ، كما من شأنه الوقاية من المنازعة في المنح المؤقت ، لأن العارض المقبول يمكنه أن يحتج بتوافر جميع الشروط التقنية والمالية المناسبة في عرضه.**

[80]– يجب أن تشتمل العروض على عرض تقني وعرض مالي :

يجب أن يوضع كل من العرض التقني والعرض المالي في ظرف منفصل ومقفل ومختوم يبين كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها ، ويتضمنان عبارة " تقني " أو " مالي " حسب الحالة ، ويوضع الظرفان في ظرف آخر مقفل ويحمل عبارة " لا يفتح – مناقصة رقم.....موضوع المناقصة"

فرع ثاني:

إلزامية الإعلان عن المنح المؤقت كضمانة خاصة

نص المشرع على إلزامية الإعلان عن المنح المؤقت وفقا لشكليات الإعلان عن الصفقة في قانون الصفقات العمومية وفي القوانين الخاصة كقانون مكافحة الفساد .

فالأصل العام خضوع المنح المؤقت للإعلان وفقا لنفس شكليات الإعلان عن الصفقة[81]، وقد أكد على ذلك قانون الصفقات العمومية ، كما أشار قانون مكافحة الفساد إلى ضرورة الإعلان ، لذلك سنتناول شروطه في كل من القانونين ، لنستخلص فيما إذا كان المشرع قد احتفظ بنفس الشروط أم اختلف فيها، وللتعرض إلى ذلك نقترح التفريع الآتي :

أولا: شروط الإعلان في قانون الصفقات العمومية

ثانيا: معايير الإعلان في قانون مكافحة الفساد

أولا:

شروط الإعلان في قانون الصفقات العمومية

فيما يتعلق بشروط وإجراءات المنح المؤقت نلاحظ :

اشترط المشرع خضوعه لنفس إجراءات وصور الإعلان الخاصة بالصفقة العمومية بحد ذاتها، أي "خضوعه لإجراءات الإعلان الإلزامي"[82]، ذلك أن الإعلان الإلزامي المسبق يعتبر دعامة أساسية لشفافية الإجراءات المتبعة [83].

---

[81]– ويعتبر ذلك قاعدة أساسية يجب احترامها في كل الحالات ، في كل مراحل العملية التعاقدية في ميدان الصفقات العمومية ، خاصة في مرحلة انتقاء العارضين ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر:

Mohamed Abdelmouhcine Hanine ,op cit,p27

[82]_ تثار هنا إشكالية مفادها عدم إشهار العقود التي تقل مبالغها عن سقف الصفقة ، **فقد قام المشرع باستثنائها من إلزامية الإعلان لأنه لا يعتبرها صفقات عمومية ، وقد نصت المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15_ 247 على**

يعتبر إجراء الإعلان من الإجراءات الشكلية المسبقة ذات الطابع الإلزامي ، فهو شكلية من الشكليات الجوهرية اللازمة لنفاذ القرار الإداري ، و يترتب عن تخلفه عدم صحة القرار ، فيعتبر قابلا للإلغاء [84].

فصل المشرع في صور وأشكال ممارسة إجراء الإعلان في نص المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المتمثلة فيما يلي :

ذلك ، فتم اعفاؤها من الاجراءات الشكلية الخاصة بالصفقة الا إذا أرادت ذلك ، وفي هذه الحالة يجب عليها الالتزام بالإجراءات المختارة ، لكنه ومع ذلك نص على الزامية اشهار الحاجات العمومية محل الصفقة العمومية اشهارا ملائما ، حتى وان لم يكن هو نفسه شكلية الاعلان عن الصفقة ، حسب نص المادة 14 من نفس المرسوم ، وهي المسائل التي سنتناولها بمزيد من التفصيل من خلال الباب الثاني من هذه الرسالة .

وهي عمليات تكون محل استشارة بين متعهدين مؤهلين قصد انتقاء أحسن العروض من حيث الجودة والسعر ، وذلك يعد خطرا كبيرا على العملية التنافسية النزيهة وعلى المال العام ، إذ يمكن للإدارة إجراء استشارة شكلية فقط ، وتتعاقد مع شخص حددته قبل ذلك ، على الرغم من منع المشرع لتجزئة الطلبيات . لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

عبد الحكيم حططاش وهند زيتوني ، **رؤية نقدية لنظام الصفقات العمومية في الجزائر ، الشفافية ، السرعة ، الرقابة المالية** ، الملتقى الدولي ، الجزائر خمسون سنة من التجارب التنموية ، ممارسة الدولة والاقتصاد والمجتمع ، جامعة فرحات عباس ، سطيف ، سنة 2012، ص 09.

[83] _ لمزيد من التفاصيل حول مبدأ شفافية الإجراءات الذي يعتبر محل تركيز شديد من طرف جل فقهاء القانون الإداري في فرنسا راجع :

PHILIPPE FOILLARD , op cit,p 215

[84] _ يترتب عن مخافة الشكليات الجوهرية للقرار الإداري قابليته للإلغاء، والشكليات الجوهرية هي التي يأتي بها القانون بمختلف صوره(مصادر التشريع في القانون الإداري) بصريح العبارة دون أي مجال للاجتهاد ، لأنه لا اجتهاد بوجود النص ، كما هو متعارف عليه عند جمهور القانونيين ، أما الشكليات الثانوية فهي التي ينص القانون على أنها اختيارية أو يسكت عنها ، فيفسح المجال لإعمال السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة ، ويترتب عن إغفال مثل هذه الشكليات إمكانية تصحيحها وعدم إبطال القرار الإداري، وفي المقابل يمكن للقاضي الإداري أن يقرر جوهريتها ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :عثمان ياسين علي، **تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الادارية** ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، دون سنة النشر ، ص 219

_ ضرورة تحرير الإعلان باللغتين الوطنية ولغة أجنبية واحدة حتى يتاح لكلا الطرفين المتنافسين الأجانب والوطنيين الاطلاع على المناقصة وشروطها .

_ وقد نص المشرع على ضرورة النشر الإلزامي في النشرة الوطنية لصفقات المتعامل العمومي.(ن ر ص م ع)

_كما نص على ضرورة الإعلان عنها في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل.

-كما نص المشرع على إدراج إعلان المنح المؤقت في نفس الجرائد التي نشر فيها طلب العروض .

تندرج كل هذه الصور المعتمدة للإعلان في إطار ((احترام معايير الإعلان في الدعوة للتعاقد))[85]، وهي المعايير التي تحكم عملية الابرام ككل متكامل ، سواء كان ذلك في الإعلان الأولي عن الصفقة ، أو إعلان منحها المؤقت ، أو إعلانها للعموم بعد صدور القرار النهائي بإرساء الصفقة .

نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الإعلان الإلكتروني للصفقات العمومية ،عن طريق وضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين ، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية ، ويزّدُ المرشحون كذلك بالطريقة الإلكترونية [86].

---

[85] _ لقد أثار د_ عمار بوضياف صورة من صور الإعلان الحديثة ، وهي شكلية الإعلان الالكتروني واعتبرها في غاية الأهمية في الوقت الراهن مع انتشار ثقافة الإعلام الإلكتروني، تماشيا مع تطورات العصر في ميدان الإعلام، وقد اهتم قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي بهذه الشكلية ، على خلاف قوانين الصفقات العمومية السابقة.

[86] _ **نص المادة 204 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** السابق الذكر ، كما أضاف المشرع إمكانية تكييف كل عملية خاصة بصفقة ، وفقا للإجراءات التقليدية ، وفقا للطريقة الإلكترونية ، وأحال إلى تطبيق هذه الحالة إلى قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية .

يعتبر قرار المنح المؤقت للصفقة من قبيل القرارات الإدارية ذات العلاقة الوثيقة بالعقد الإداري [87] ، وما يؤكد هذا الطرح اعتباره قابلا للطعن أمام اللجان المختصة قبل اللجوء إلى القضاء المختص ، وهو قاضي العقود الإدارية الذي يختص بنظر جميع النزاعات المتعلقة بأصل العقد الإداري " دعوى القضاء الكامل.

---

[87]_ تخرج منازعات القرارات المتصلة والمنفصلة عن العقد الإداري عن دائرة الطعون الإدارية الخصوصية في مجال منازعات الابرام ، كونها من المنازعات التي احتفظ القضاء الإداري بصلاحية البت فيها بصفة منفردة ، ولا تزال هذه المسائل تعتبر من أكثر المسائل تعقيدا على الصعيدين الفقهي والقضائي في القانون الإداري ، حسب وجهة نظر بعض الفقه الذي جاء كالآتي :

« Les recours contre les actes administratif détachables d'une opération complexe constitue une exception à la règle de l'interdiction du recours parallèle, la théorie des actes détachables trouve ses principales applications dans le domaine contractuel, mais reçoit également application dans l'autres contentieux » à ce point voire:

Charle Debbasch et Jean_Claud Ricci , contentieux administratif ,Dalloz, Paris ,2001,p777_780

حول ظهور نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد ، مبرراتها ، وأنواعها أنظر:

01_د_ عثمان ياسين علي ، **مرجع سابق** ، ص 320-332 (نشأة النظرية ومبرراتها)، ص338 (أنواعها في مرحلة الإجراءات التمهيدية للتعاقد).

02-Jean-Claud Ricci , **contentieux administratif** ,Hachette supérieur livres ,Paris,2007 ,p50

يعتبر القرار الاداري المتصل في مفهومه قرارا إداريا ذا صلة وثيقة بالعقد الإداري ، فيسري عليه من حيث نزاعاته ما يسري على العقد الإداري بصفة عامة ، وهذا ما يُعرف في فقه القانون الإداري بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة والمتصلة بالعقد الإداري ، وقد ميز الفقه بين هذه الحالات في عدة احتمالات تتغير معها النتائج القانونية التي تصاحب تكييف العمل الإداري فتتغير قواعد الاختصاص القضائي.

يتولى القانون تحديد صور الإعلان ، وكذا شروطه ، لأنه معيار مهم يُظهر بصفة واضحة الاختيار الذي رست عليه المصلحة المتعاقدة ، لذلك يجب أن يتدخل المشرع وينظمه بدقة شديدة [88].

كما ينص المشرع على مجموعة من البيانات الإلزامية التي يحتويها إعلان الصفقة، وهي بيانات شدّد المشرع على توافرها ، واعتبرها من الشكليات الجوهرية التي يترتب عن تخلفها بطلان الصفقة العمومية [89].

أكّد المشرع في نفس القانون على ضرورة تضمين الصفقة العمومية مجموعة من البيانات الإلزامية المحدّدة على سبيل الحصر ، كما نص على مجموعة من البيانات التكميلية [90].

وفيما يتعلق بقرار المنح المؤقت ، فإنه يتخذ صورتين للإعلان في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة تتمثلان فيما يلي :

الأولى: يكون المنح المؤقت موضوع نشر فيتخذ صورة قرار إداري ذو طابع تنظيمي[91].

---

[88] -Frederic Allaire , **L'essentiel du droit des marchés publics** ,Malino – L'extenso édition ,05eme edition ,Paris ,2012 ,p78 ,80

[89] _ تنص عليها **المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره** ، وتتمثل في :

تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي ،كيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي ، موضوع العملية ، قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصّلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدّة تحضير العروض ، ومكان إيداع العروض ، مدّة صلاحية العروض، إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.

ونصت **المادة 67 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر** ، على أن يكون التقديم في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام ، يبيّن منها تسمية المؤسسة ، ومرجع طلب العروض وموضوعه ، وتتضمن عبارة " ملف الترشح "أو "عرض تقني " أو " عرض مالي "حسب الحالة ، وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل تكتب عليه عبارة " لا يفتح " إلا من طرف لجنة فتح الظروف وتقييم العروض.

[90] _ نص المادة **95 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر**

الثانية : وهي الاستثناء ويكون فيها المنح المؤقت موضوع تبليغ فردي على شكل مراسلة فيتخذ صورة قرار إداري ذو طابع انفرادي[92].

ويحدد مجال هذه المراسلة التي تظهر على شكلية صورة من التبليغ الفردي في حالات ذكرها المشرع في قانون الصفقات العمومية[93] تتمثل في :

*حالة الصفقات التي يتم تنفيذها في الخارج .

*حالة الصفقات السرية أو الصفقات التي تكتسي طابعا سريا .

وفي هذه الحالة كذلك أكد المشرع على ضرورة تمكين المتعهدين الذين شاكوا في الاستشارة من تقديم طعن في حالة معارضة الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، مع تطبيق القواعد العامة المتعلقة بطعون المنح المؤقت ، التي تتناولها نص المادة 82 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

---

[91]– تنص **المادة 52_ 08 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر** ،على أن يكون المنح المِقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في نص المادة 65 من نفس القانون .

[92]_ نص **المادة 52_ 09 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر**، وقد كان المشرع ينص في قانون الصفقات العمومية السابق على حالة استثنائية يتم فيها الاستغناء عن الإعلان وفقا للشكليات العامة بمراسلة فردية وشخصية للمتعاملين الاقتصاديين الذين تم انتقاؤهم مؤقتا، وذلك في **نص المادة 44 الفقرتين الأخيرتين من المرسوم الرئاسي 12_23 ، مؤرخ في 18 يناير 2012 ،يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10_236 ، و يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد04 ، مؤرخ في 26 يناير 2012.**

[93] _ برّر المشرع هذه الاجراءات الخصوصية بخصوصية بعض الصفقات العمومية لاسيما تلك التي تنفّذ في الخارج ، و هي الصفقات التي تبرم مع الفنانين ، أو مع المؤسسات المصغّرة التي تخصّص لها الخدمات حصريا من قبل المصلحة المتعاقدة في حالات استثنائية، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 87 من المرسوم الرئاسي 15_247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره ، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة تكييف محتوى الملف الاداري المطلوب من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمّت استشارتهم .

تعتبر شكليات الإعلان أو شهر المنح المؤقت للصفقة مؤثرة على طبيعته القانونية في كلا الحالتين ، فإذا اعتبر قرارا إداريا فإنه يتنوع بين القرار ذو الطابع التنظيمي ، كونه يخضع للإعلان على شكل نشر، أما في حالة التبليغ الفردي في شكل مراسلة فردية ، فإنه يعتبر قرارا إداريا ذو طابع انفرادي[94].

يمكن للإعلان أن يتخذ صورة الإعلان المحلي ، وذلك في حالات محددة تشريعيا **في نص المادة 65 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.**

أشار المشرع إلى إمكانية الإشهار المحلي للصفقات العمومية ،وكذا إعلان المنح المؤقت المتعلق بها لكنه حصرها طبقا لمعيارين :

_المعيار العضوي يتمثل في ما يلي :

_الصفقات التي تبرمها الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها .

_المعيار المالي ،ويتحدد بمساواة مبلغها طبقا لتقدير إداري للمبالغ الآتية :

*صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات 100.000.000 دج أو يقل عنها

و50.000.000 أو يقل عنها .

ويتم الإشهار المحلي لمثل هذه الصفقات ، وفقا لكيفيات حددها المشرع في الفقرة الأخيرة من نص المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15_247 تتمثل فيما يلي :

_ نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين .

---

[94] _ حول محتوى الإعلان وطبيعته أنظر :

فضيل نسيغة ، مرجع سابق ، ص 118.

وحول انتقادات نظام الإعلان المعتمد في الجزائر أنظر :

عبد الحكيم حططاش وهند زيتوني ، مرجع سابق ، ص 17.

_إلصاق إعلان المناقصة بالمقرّات المعنيّة (الولاية ،كافة بلديات الولاية ، غرفة التجارة والصناعة و الصناعة التقليدية والحرف والفلاحة للولاية).

ثانيا :

معايير الإعلان في قانون مكافحة الفساد

نلاحظ أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته [95]جاء بمعايير أو ضمانات تحيط بعملية الابرام وهي :

أ *الاعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء وعلنية المعلومات

[95] _ قانون رقم 01/06 معدل ومتمم بموجب أمر رقم 10_05 ، السابق ذكره .

وقد جاء هذا القانون ضمن الجهود التي واجهت ظاهرة الفساد ، فعلى الصعيد الدولي تم وضع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة بنيويورك، هذه الأخيرة تبنتها **الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أفريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على الاتفاقية المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أفريل 2003 ،جريدة رسمية عدد 26 ،مؤرخ في 25 _04_ 2004 ،وكذا اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد والمعتمدة بدورها في مابوتو، هذه الأخيرة اعتمدتها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10 أفريل ،يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمابوتو يوم 11 جويلية 2003، جريدة رسمية عدد 24 ، مؤرخ في 16 افريل 2006 ، وأخيرا الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة ، بتاريخ 21 ديسمبر 2010 التي صادقت عليها الجزائر ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14_249 ، مؤرخ 8 سبتمبر 2014 ،يتضمن التصديق على هذه الاتفاقية ،جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخ في 21 سبتمبر 2014.**

بالإضافة إلى مرسوم رئاسي رقم 06-413 ، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006 ، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها.

مرسوم رئاسي رقم 06-415 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد كيفية التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، جريدة رسمية عدد 74 ،مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، المتمم بموجب أمر رقم 10-05 ، مرجع سابق.

يتم ذلك قبل الإعلان عن المناقصة، حيث يتم الإعداد بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة عن طريق ما يسمى بدفتر الشروط، وهو عقد ملزم للإدارة وللمتعامل المتعاقد في حالة منحه للصفقة، وقد سبق لنا ذكر أنواع دفاتر الشروط في العنصر السابق .

ب *تجريم بعض المخالفات في مجال الصفقات العمومية

نلاحظ أولا أن المشرع لم ينص على هذه القاعدة في قوانين الصفقات العمومية المتتابعة ، إلى غاية صدور قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فهي خاصية تميز بها قانون مكافحة الفساد حتى هذه المرحلة، فأضاف لنا معيارا جديدا يضمن تحقيق هدف النزاهة والشفافية عن طريق تطبيق أسلوب الردع (تجريم المخالفات)، لذلك استنتجنا ما يلي :

ب / 1 _ توسع مجال تجريم الأفعال المخالفة في قانون مكافحة الفساد

حاول المشرع التوسّع في مجال تجريم الأفعال والمخالفات التي تحصل في مجال الصفقات العمومية من خلال قانون مكافحة الفساد ، وذلك نظرا لما لهذه الجرائم من تأثيرات سلبية على النفقات العمومية والاقتصاد الوطني [96].

وهي عموما :

01 جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية

02 جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

03 جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية [97]

[96]– زوزو زليخة، مرجع سابق ، ص 09.

أنظر كذلك : فضيل نعيسة ، مرجع سابق ، ص 129–130.

[97] – ومن صور جريمة الرشوة قبض العمولات ،أو المنفعة المادية للموظف، أو أخذ فوائد غير قانونية ، أو تلقي الهدايا ، وهي الصورة المستحدثة.

نلاحظ أن المشرع قد أحاط الصفقات العمومية من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بضمانات جديدة للمتعامل المتعاقد ، **وهي من جهة أخرى وسائل أو طرق وقاية من المنازعة القضائية عن طريق رقابة لجنة مكافحة الفساد .**

كما أنها وسيلة لاستعارة القاضي العادي بعض الصلاحيات التي تتعلق بمنازعة إدارية بحتة، لأنه المختص في مجال العقوبات والجرائم وهو القاضي الجزائي.

يوجد هنا نوع من التكامل الحاصل بين هرمي القضاء العادي والإداري، ونحن لا ننتقده مثلما قد يفعل البعض ، الذين يحتجون بأنه يعيق تطبيق نظام الازدواجية القضائية ، ذلك لأننا نعتبره نوعا من التكامل الايجابي ،أكثر من كونه تداخلا سلبيا في الصلاحيات.

يُقرّ التكامل الايجابي بين هيكلي التقاضي بتطبيق قواعد القانون الخاص ،وذلك من أجل حماية مصالح المتعامل المتعاقد في إطار الصفقة العمومية ،لأنه يُحاط بضمانات تريحه أكثر ، خاصة اذا تدخّل القاضي الجزائي بفرض عقوبات قمعية سالبة للحرية ، وهي ذات طابع ردعي أكثر من العقوبات التي تمُسّ الذمة المالية ، أو حتى الجزاء الإداري الذي تفرضه بعض اللجان الإدارية ، وكل ذلك يصب في إطار تعزيز الشفافية والنزاهة .

ب / 2 _ تجريم الأفعال وتحديد العقوبات في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

حدّد هذا القانون مجموعة من الأفعال المخالفة التي تتمثل في:

قيام المتعامل الاقتصادي بأفعال أو مناورات ، عن طريق منح وعد إلى موظف عمومي بمنح مكافأة أو امتياز ، سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة .

ج*التأكيد على حق المتعهدين المحتجين في الطعن

أشارت إليه المادة 09 من قانون مكافحة الفساد ولا نقوم بتفصيله ، لأنه سيحظى بشرح أوفر طيلة هذه الدراسة ،التي تولي أهمية بموضوع الطعن أو الاحتجاج بمفاهيمه المتعددة.

مبحث ثاني:

تنوع صلاحيات لجان الطعون الإدارية في منازعات الصفقات العمومية

يُعرّف الطعن هنا بأنه الاحتجاج الذي يحرّكه المتعهّدون غير المقبولة عروضهم، يسمى هذا بالطعن في المنح المؤقت ، وهو الطريق المتاح بصفة أولية ليكون مجالا للطعن ، وقد احتفظ به قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كما تبيّن لنا من خلال المبحث الأول .

تناول المشرع بطريقة استثنائية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إمكانية تقديم طعن لتسوية النزاع من باب الحلول الودية ، وذلك في منازعات التنفيذ أمام لجان خاصة غير اللجان التي تنظر في نزاع المنح المؤقت، وجعل المبادرة به من قبل المصلحة المتعاقدة في بعض حالاته ، وقد ركزنا في هذه الدراسة على الطعون في المنح المؤقت ، وذلك لمبررات خاصة نتوصل إليها في نهاية هذه الدراسة، والتي تتعلق بنتائج الطعن بالمقابل مع نتائج التسوية.

سنتناول من خلال هذا المبحث قواعد اختصاص لجان الفصل في منازعات الإبرام التي تعرف بالتعدد، بالمقارنة بقواعد اختصاص لجان التسوية الودية ، لنستنتج مدى فاعلية الطريقين البديلين المتباينين واقترحنا تقسيم هذا المبحث كالآتي :

اختصاص لجان الطعن الفاصلة في نزاع الابرام

اختصاص لجان التسوية في نزاع التنفيذ

مطلب أول:

اختصاص لجان الطعن الفاصلة في نزاع الابرام

بداية نلاحظ أنه قد تمّ استثناء لجنة المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية و المؤسسات العمومية الاقتصادية في قانون الصفقات العمومية، من اختصاص النظر في طعون المنح المؤقت بالنسبة للصفقات الخاصة بها[98]،حيث يتعلق الأمر بصفقة عمومية إلا إذا كلفت

[98]_ وبعد أن جردت من هذا الاختصاص تم منحه بالمقابل إلى كل من :

اللجنة البلدية و اللجنة الولائية أو القطاعية وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية

وذلك استنادا إلى **نص المادة 82 فقرة 11 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق** ذكره .

هذه الأشخاص المعنوية بمشاريع ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية، وفي غير هذه الأوضاع فهي ليست بصدد صفقة عمومية[99].

ومن ذلك نستنتج أن طعون المنح المؤقت وزعت كالآتي:

_اللجنة الجهوية على مستوى مركزي.

_اللجنة الولائية أو اللجنة البلدية ، وهما لجنتي صفقات على المستوى المحلي.

_ اللجنة القطاعية ، وسلطة ضبط الصفقات العمومية، وهي لجان ذات اختصاص متعدد التكييف، وهو ما سنتناوله من خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة .

وبذلك اقترحنا تفريع هذا المطلب إلى :

قواعد اختصاص لجان الصفقات الفاصلة في نزاعات الابرام ، في فرع أول

وتم ضبط اختصاص إحدى هذه اللجان وليس تقييده في قانون الصفقات العمومية السابق ، المرسوم الرئاسي رقم 10 _236 المعدل والمتمم السابق ذكره بما يلي :

_مراعاة حدود اختصاص لجنة الصفقة العمومية المعنية.

– الطبيعة الجغرافية للمؤسسة.

بالرجوع إلى نص المادة 114 فقرة 05 منه .

[99]_ بالرجوع إلى نص **المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره.**

استحدثت لجنة الصفقات لمراكز البحث والتنمية والهيئات المستقلة والمؤسسات العمومية المختصة بموجب **المرسوم الرئاسي رقم 338/08 ، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02_250 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 62، مؤرخ في 09 نوفمبر 2008** ، بموجب نص المادة 119 مكرر منه ، وتختص طبقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 02 منه.

كان المرسوم الرئاسي رقم 338/08 السابق الذكر يمنح لها اختصاص النظر في الطعون التي تنتج عن الاحتجاج على اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد طبقا للمعيار المالي المحدد في نص المادة 130 منه .

الاساس القانوني للطعن الموجه أمام هذه اللجان ، في فرع ثاني

النظام القانوني للمواعيد المقررة للفصل في الطعون في فرع ثالث

فرع أول:

قواعد اختصاص لجان الصفقات الفاصلة في نزاعات الابرام

سنقوم من خلال هذا الفرع بدراسة اللجنة الجهوية للصفقات العمومية ، وهي اللجنة التي أضافها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي ، من حيث تشكيلها ، ثم سنتناول الاختصاصات التي منحها إياها المشرع (أولا)، ثم سنتطرق غلى اللجان المحلية للصفقات العمومية من ناحية تشكيلتها واختصاصاتها (ثانيا)

أولا:

اللجنة الجهوية للصفقات

01_ تشكيلة اللجنة الجهوية

يتم تحديد لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعون في إعلان المنح المؤقت بصفة إلزامية ، ومن بين هذه اللجان اللجنة الجهوية التي تتشكل من :

الوزير المعني أو ممثله رئيسا ، **ممثل عن المصلحة المتعاقدة،** ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية ، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة ، حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء، وهو العضو الاختياري ، و ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة[100]

ويخضع إنشاء هذه اللجنة **إلى قيد مسبق ، وهو قرار وزاري صادر عن الوزير المعني ، تُحدّد فيه قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء لجنة جهوية[101].**

[100] _ نص المادة 171 فقرة 01 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره.**

[101] _ نص المادة 171 فقرة 02 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره.**

أكدت قوانين الصفقات العمومية السابقة على حضور ممثل عن المصلحة المتعاقدة لاجتماعات اللجان ، عندما تكلف بالبت في الطعن الموجه إليها ضد المنح المؤقت ، أو في إطار الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة.

كانت اللجنة الوزارية للصفقات العمومية هي" اللجنة ذات الطابع المركزي" ، قبل صدور المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، وقد كانت تتشكل من الوزير المعني أو ممثله رئيسا ، وكذا ممثلا عن المصلحة المتعاقدة[102].

تغيّرت تشكيلة اللجنة الوزارية للصفقات ، طبقا لنص المادة 133 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، وأصبحت تشبه تشكيلة اللجنة الجهوية الحالية إلى حد بعيد[103].

يمكن أن يتساءل البعض عن مدى فاعلية إقحام طرف في النزاع في اللجنة ، أو الهيئة المكلفة بالبت فيه ، أو إيجاد حل له، أو على الأقل تسويته، أليس من شأن ذلك أن يهدم مبدأ الاستقلالية أو الحياد؟ كون المصلحة المتعاقدة في إطار النزاع ، تبقى مجرد طرف ، مثلها مثل المتعهدين المعارضين .

يعتبر هذا المنطق السطحي لقياس مدى استقلالية الهيئات أو اللجان المكلفة بتسوية النزاعات غير قابل للتطبيق إذا تعلق الأمر بعلاقة تعاقدية يحكمها القانون العام[104]، كون العقد

---

[102] _ من بينها المادة 119 **من قانون الصفقات 02 _250 المعدل والمتمم في 2008 السابق ذكره** ، كما أكدت عليها نص المادة 101 من نفس القانون ، وكذا المادة 114 والمادة 133 من **قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 المعدل والمتمم** .

[103] –فتشكلت من :

*الوزير المعني أو ممثله رئيسا ، ممثل عن المصلحة المتعاقدة ، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية و المديرية العامة للمحاسبة) ، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ، وبخصوص تشكيلة اللجنة الوزارية للصفقات أنظر :

فضيل نعيسة ، مرجع سابق ، 123

[104] _ يتم اختيار المتعامل المتعاقد وفقا لمعيار تقني وآخر مالي ، ويمكن تغليب أحد الجانبين وفقا لما تراه المصلحة المتعاقدة ، لكن ذلك يمكن أن يثير نزاعات ، هذه النزاعات تمثل الهدف التأسيسي للجان الصفقات

الإداري يتميز بميزات خاصة تطبعها المصلحة العامة ، وهي الدافع الأساسي للتعاقد من أجل إشباع الحاجات العمومية للجمهور .

تتمتع المصلحة المتعاقدة هنا بدور إيجابي تمكنها من قياس مدى أحقية العارض أو المتعهد الذي يمكن أن يضمن حدا أقصى من المعايير المطلوبة لضمان تلبية الحاجة العمومية ، (معيار أحسن عرض أو أقل الأثمان) ، فهي تدافع عن المصلحة العامة .

تعتبر كذلك بمثابة الخبير فيما يتعلق بالصفقة العمومية التي قامت بعرضها على التعاقد ، ومن شأن ذلك اطلاع أعضاء اللجنة الجهوية بكل التفاصيل التي تحيط بموضوع الصفقة العمومية.

يتميز دور المصلحة المتعاقدة هنا بصوت استشاري ، فنلاحظ أن عضويتها في اللجنة تتميز بالإلزامية دون إلزامية الأخذ بالنتائج التي توصلت إليها بعد دراسة الطعن والبت فيه.

نلاحظ من خلال تشكيلة اللجنة الجهوية محاولة إضفاء طابع خصوصي ، يؤكد على مصداقية ما يترتب عنها من نتائج قانونية ، كونها تشارك أعضاء متخصصين في المجال المالي في إطار حماية المال العام ، الذي يعتبر موضوع تعامل الصفقات العمومية .

02_ قواعد الاختصاص الموضوعي للجنة الجهوية

الفاصلة في النزاعات، بالإضافة إلى اختصاصاتها الأخرى ، وهي ملزمة بإيجاد حلول سريعة للنزاعات ، التي تترتب عن توظيف الشروط التعاقدية غير المألوفة في نطاق القانون الخاص عند إبرام الصفقة العمومية ، أو النزاعات التي تثور فيما يتعلق بتنفيذها ، وذلك بتمثيل من أطراف الصفقة العمومية الذين يشاركون في جلسة تسوية النزاع، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة راجع :

Didier Batselé ,Philippe Quertainmont, **Institution marchés publics**, 2éme édition ,Bruxelles ,2001, p 371

تتكفل اللجنة الجهوية بمجال اختصاص يتحدد بصفقات المصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية فقط [105].

لم يحدّد المشرع حدود المستويات المالية التي تقيد اختصاص اللجنة الجهوية ، كونها تختص بكل نزاعات المصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية إذا سمح الوزير المعني بإنشائها ، وهي تختلف عن اللجنة الوزارية ، في قانون الصفقات العمومية السابق ، أين كان المشرع يعتمد على قاعدة تدرجية، في تحديد المستويات المالية لاختصاص اللجان .

فقد كانت اللجنة الوزارية تختص وفقا لقيود تضع حدودا لاختصاصها[106] حددتها المواد 146-147-148 من قانون الصفقات العمومية ، والمادة 148 مكرر من المرسوم الرئاسي لسنة 2012[107].

---

[105]_نص المادة 171 فقرة 01 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره.**

[106]_ نص المادة 133 فقرة 02 من **المرسوم الرئاسي 12_23 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10_236، السابق ذكره .**

[107] _ المادة 146 فقرة 01 مقطع 01 من **المرسوم الرئاسي 12_23 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10_236، السابق ذكره ، وتخص :**

صفقات الأشغال يساوي آو يقل مبلغها عن 1.000.000000 وكل مشروع ملحق في حدود المستوى المبين في نص المادة 106.

مقطع 02 صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 106 يرفع تطبيقه المبلغ المحدد أعلاه مليار د ج أو أقل.

مقطع 03 ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد سابقا مليار دج أو أقل.

فقرة 02 باستثناء ما يكون من اختصاص اللجان القطاعية وفقا لنص المادة 148 مكرر.

المادة 147 فقرة 01 مقطع 01 صفقات اللوازم إذا ساوت أو قلت عن 3000.000000 بالإضافة إلى كل مشروع ملحق في حدود مستوى المادة 106.

مقطع 02 صفقة بالبند الوارد في المادة 106 في حدود المبلغ السابق.

ثانيا :

اللجان المحلية للصفقات العمومية

وتتفرع إلى اللجان الآتية :

*اللجنة الولائية

* اللجنة البلدية

* لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

01: اللجنة الولائية للصفقات العمومية

سنقوم بدراسة تشكيلتها أولا ، ثم نطاق اختصاصها الموضوعي على النحو الآتي :

مقطع 03 ملحق في حدود المبلغ السابق ، وفي حدود المستويين المبينين في المادة 106.

فقرة 02 باستثناء ما يكون من اختصاص اللجنة القطاعية ، وفقا لنص المادة 148 مكرر.

المادة 148 صفقات الخدمات إذا ساوت أو قلت عن 200.000000 ، وكل مشروع ملحق في مستوى المادة 106 ، فقرة 01 مقطع 01.

فقرة 01 مقطع 02 : صفقات الدراسات إذا ساوى مبلغها أو قل عن 60.000000.

وكل مشروع ملحق في حدود مستوى المادة 106.

فقرة 01 مقطع 03 : صفقات الدراسات أو الخدمات تحتوي على بند المادة 106 في حدود المبالغ المحددة في المقطع 01-02 من الفقرة 01.

فقرة 01 مقطع 04 : ملحق يجعل المبلغ الأصلي إلى الحدود الواردة في هده المادة في حدود المستويين المحددين في نص المادة 106.

فقرة 02 : مع استثناء الصفقات التي تكون من اختصاص اللجنة القطاعية.

أ_ تشكيلتها:

تتكون اللجنة الولائية للصفقات العمومية[108] من :

*الوالي أو ممثله رئيسا .

* 03 ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي .

* ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

*(02) ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية " مصلحة الميزانية والمحاسبة".

* بالإضافة إلى مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية عند الاقتضاء.

وقد لاحظنا على تشكيلة اللجنة الولائية قبل وبعد صدور قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما يلي :

_ تم إسناد رئاسة اللجنة إلى الوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية في كلا القانونين .

_ تميزت اللجنة الولائية بحضور ممثل عن المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، على عكس قانون الصفقات العمومية السابق.

_ تتكون اللجنة من نوعين من الأعضاء ، أي أن عضوية اللجنة قد تم تقسيمها بين أعضاء منتخبين وأعضاء معينين .

يمارس الأعضاء المنتخبون دور الرقابة الشعبية السابقة على عملية الابرام الخاصة بالصفقة العمومية المعنية[109]، وهم ممثلي المجلس الشعبي الولائي، وذلك عندما يشاركون في تسوية نزاعات المنح المؤقت ، في إطار عضوية اللجنة عندما تضطلع بهذا الاختصاص.

---

[108] _ وذلك حسب **نص المادة 173 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره .**

[109] _ د عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 159

_ يمثل الأعضاء المُعيّنون المديريات ذات العلاقة بالعملية التنموية ، وذلك في قانون الصفقات العمومية السابق على عكس قانون الصفقات العمومية الحالي ، الذي اكتفى بعضوية مدير المصلحة المعنية بالخدمة، ويمثلون عبر مدرائهم ، لممارسة دور الرقابة التقنية والمالية.[110]

* مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، و يعيّن **عند الاقتضاء** فقط في قانون الصفقات العمومية الحالي ، على عكس قانون الصفقات العمومية السابق، الذي لم يتضمن مصطلح " عند الاقتضاء .

*تم مزج تشكيلة اللجنة بأشخاص ينتمون إلى وصايات مختلفة لعدة وزارات .

* ممثل عن مصلحة الميزانية بوزارة المالية.

* ممثل عن مصلحة المحاسبة بوزارة المالية.

نلاحظ هنا أن العضوية تميزت بممثلين ينتميان إلى وصاية وزارة واحدة .

يتميز هذا التمثيل بعلاقته برقابة المال العام ، أو رقابة المصلحة العامة ، حيث يتم تتبع مجالات صرف الأموال العامة التي يفترض فيها استهداف المصلحة العامة ، وذلك لأن الصفقات العمومية تتعامل بالمال العام، هنا يبرز دور رقابة الدولة في ترشيد النفقات العمومية .

ب _اختصاصاتها

تختص اللجنة الولائية بدراسة طعون المنح المؤقت للصفقة ، أو طعون الاحتجاج حول الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، وفقا لمعيارين يتمثلان في المعيار العضوي الذي يشمل :

01_ دراسة طعون المنح المؤقت لصفقات كل من :

* صفقات الولاية

[110] _ مدراء كل من : التخطيط وتهيئة إقليم الولاية ، الري للولاية ، الأشغال العمومية للولاية ، التجارة للولاية ، السكن والتجهيزات العمومية للولاية

* صفقات المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية

نلاحظ أن المشرع عند تكريسه للمعيار العضوي الذي ذكر كلا من الولاية والمصالح الغير ممركزة للدولة على مستواها لم يحدد معيار موضوعيا ، بل أحال مباشرة إلى المعيار **المالي** المطبق في نص المادة 184 التي أنشأت لمعيار موضوعي كذلك[111]، بالإضافة إلى نص المادة 139**من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**[112]، بعدما كان يحيل إلى المعيارين الموضوعي والمالي معا في قانون الصفقات العمومية السابق ، وفقا لمواد متعددة تمثلت في المواد146، 147، 148[113].

---

[111] _ صفقات الأشغال إذا كان مبلغها يساوي أو يقل عن 1.000.000.000دج وكل مشروع ملحق بها .

صفقات اللوازم إذا كان مبلغها يساوي أو يقل عن 3000.000.000دج وكل مشروع ملحق بها .

صفقات الخدمات إذا كان مبلغها يساوي أو يقل عن 200.000.000دج وكل مشروع ملحق بها .

[112] _تنص المادة 139 على ما يلي :

" لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه ، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية ، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد ، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز ، زيادة أو نقصانا ، نسبة 10 من المبلغ الأصلي للصفقة .

ويخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية ، في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 أعلاه تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه ."

[113] _ المادة 146 تمثلت في معيار موضوعي يتعلق بصفقات الأشغال ، وفقا لمعيار مالي إذا ساوت أو قل مبلغها عن 1.000.000.000دج ، وإذا فاقت هذا المبلغ تختص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.

المادة 147 أنشأت معيار موضوعي يتعلق بصفقات اللوازم ، وفقا لمعيار مالي إذا ساوت أو قل مبلغها عن 300.000.000 دج ، وإذا فاقت هذه العتبة المالية تختص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.

المادة 148 أشارت إلى تطبيق معيار موضوعي يتعلق بصفقات الخدمات والدراسات ، وفقا لمعيار مالي إذا قل مبلغها أو ساوى 200.000.000 دج ، وإذا فاق مبلغها هذه العتبة المالية تختص اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات.

المادة 148 مكرر وفقا لمعيار مالي إذا ساوى مبلغها أو قل عن العتبات المالية الموضحة ، كل حسب معيار موضوعي محدد تتمثل في الآتي :

صفقات الأشغال 1.000.000.000 دج

صفقات اللوازم 300.000.000 دج

02: دراسة طعون المنح المؤقت ضمن اختصاصاتها الأصلية ، بالنسبة لصفقات البلديات والمؤسسات العمومية المحلية ، وفقا **لنص المادة 173 _02 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**[114] .

نلاحظ أم المشرع قد أعاد ترتيب المستويات المالية بالزيادة والنقصان ،**على نحو متعدد بالمقارنة مع نص المادة 136 من قانون الصفقات العمومية السابق** [115]**، قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 ، والمادة 114 فقرة14من قانون الصفقات العمومية لسنة2012 .**

أنشأ المشرع الاختصاصات المتنوعة للجنة الولائية ، سواء تعلق الأمر بدراسة مشاريع الصفقات العمومية أو دراسة الطعون وفقا لعدة معايير هي : العضوي ، المالي ، والموضوعي ، هذا ما سنوضحه من خلال هذا العنصر.

انطلق المشرع من المعيار العضوي ، الذي هو الأصل في تحديد اختصاص القاضي الاداري في القواعد العامة ، وفقا لتوجه المشرع الجزائري ، فنلاحظ أنه كرّس نفس الاتجاه في حال التسوية البديلة عند رفع الطعن أمام لجان الصفقات التي تختص بذلك، ثم انتقل إلى المعيار الموضوعي وفقا لتقدير مالي .

صفقات الخدمات 200.000.000 دج

صفقات الدراسات 60.000.000 دج

وإذا فاقت هذه العتبات المالية تختص اللجنة القطاعية ، التي تمنع اختصاص اللجنة الوطنية المختصة في حالة تشكيلها

[114] _ إذا كان التقدير الإداري للحاجات العمومية يساوي أو يفوق 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم ، و50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات ، و20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات ، بالإضافة إلى ملاحق هذه الصفقات ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من نفس القانون.

[115] _ 01 _أن يكون مبلغ الصفقات التي تبرمها يقل عن مبلغ 50.000.000 دج ، إذا تعلق الأمر بصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم .

02_ أن يكون مبلغ الصفقات التي تبرمها يقل عن مبلغ 20.000.000 دج إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات أو الخدمات.

02: اللجنة البلدية للصفقات العمومية

سنتعرض إلى تشكيلتها التي سنتناولها بشكل موجز ليتسنى لنا التفصيل في اختصاصاتها، وهو الهدف من هذه الدراسة .

أ_ تشكيلتها:

كانت اللجنة البلدية وفقا لنص المادة 137 من قانون الصفقات العموم، ية السابق لسنة 2010 تتكون من :

*رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا بصفته ممثلا للدولة.

*ممثل عن المصلحة المتعاقدة ، وهو ما غاب عن تشكيلة اللجنة الولائية وفقا لنص المادة 135 في قانون الصفقات العمومية السابق ، وتداركه المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[116]، وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة بحضور المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري[117].

نرى هنا وجود عدم انسجام بين مواد قانون الصفقات العمومية ، وقد كان من الأحسن وحسب رأينا حصر هذه الاختصاصات في نص المادة 82 من قانون الصفقات العمومية الحالي ، مع التفصيل وذكر كل المعطيات دون الاحالة الضمنية إلى مواد أخرى تقوم بتفصيل قواعد الاختصاص.

فطريقة الانتقال من العام إلى الخاص تثير الملاحظات الآتية:

-الأصل ذكر المبادئ العامة في نص المادة 82.

---

[116] _ يعتبر ذلك سهوا من المشرع الجزائري في نص المادة 135 فيما يخص اللجنة الولائية ، **لأن المادة 114 من قانون الصفقات العمومية السابق ، المرسوم الرئاسي 10_236 ، المعدل والمتمم ، السابق ذكره** ، في الفقرة 04 التي أنشأت الأساس العام لاختصاص اللجان بدراسة طعون المنح المؤقت ، أقرت صراحة بضرورة حضور ممثل المصلحة المتعاقدة مع تميزه بدور استشاري * صوته استشاري غير ملزم *، كما نصت على ذلك المادة 82 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره ، في الفقرة 09 .

[117] _المحددة تشكيلتها في المواد 171-173-174- 185 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره** .

– ترك الجزئيات التفصيلية التي توضح إلى كل من المواد 173–174 فيما يتعلق بكل من اللجنة الولائية للصفقات واللجنة البلدية للصفقات .

ذلك لأن إغفال عنصر مهم ذُكر في القاعدة العامة ، في مادة قانونية تتناول التفاصيل الجزئية، يهدم الانسجام الحاصل بين مواد قانون الصفقات العمومية ، وذلك ما يطالب به المشرع الجزائري فينبغي إعطاء أولوية قصوى في صياغة نصوص المواد القانونية، وذلك لتفادي التعقيدات التي يمكن أن تثار في المجال ، وهو ما يزيد من حدّة تعقيد مجال الصفقات العمومية الذي يفتقر إلى دراسات مُعمّقة .

وتستكمل تشكيلة هذه اللجنة بالأعضاء الآتي ذكرهم :

*منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي ، و **يمثلان رقابة شعبية**[118].

* ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية(ممثل عن مصلحة الميزانية وممثل عن مصلحة المحاسبة) ، و **يمثلان رقابة مالية لترشيد النفقات العمومية.**

* ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة ، ويمثل هنا نوعا من **الرقابة التقنية.**

ب_ اختصاصاتها :

تختص اللجنة البلدية عند اضطلاعها بدراسة طعون المنح المؤقت للصفقات التي تندرج ضمن اختصاصها ، وفقا لصورتين تتمثلان في الآتي :

أ_ اختصاص أصيل:

وفقا لمعايير المادة 82 فقرة01 ،والمادة 174 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[118]_ لم يكن المشرع يشير صراحة **في قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 السابق ذكره** ، إلى العضوين المنتخبين من المجلس الشعبي البلدي ، بل أشار فقط إلى ممثلين عنه ، دون توضيح من يملك سلطة اختيارهما ، وتم تدارك هذا الغموض **في قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 08_338 لسنة2008، السابق ذكره في نص المادة 122** بالإشارة إلى "عضوين منتخبين " بصريح العبارة .

يتحدد مجال اختصاصها بالرجوع إلى نص المادة 173 ، التي توضح حدود اختصاص اللجنة الولائية وفقا للمعايير الآتية:

معيار عضوي : يتعلق بصفقات البلديات والمؤسسات العمومية المحلية .

معيارين موضوعي ومالي محدد كما يلي :

01 _أن يكون مبلغ الصفقات التي تبرمها **يقل**عن مبلغ 200.000.000 دج ، إذا تعلق الأمر بصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم .

02_ أن يكون مبلغ الصفقات التي تبرمها **يقل**عن مبلغ 50.000.000 دج ، إذا تعلق الأمر بصفقات الخدمات.

03_ أن يكون مبلغ الصفقات التي تبرمها **يقل** عن مبلغ 20.000.000 دج ، إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات.

ب **اختصاص مضاف:**

وفقا **لنص المادة 82 فقرة 10**، من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ويتعلق بالاختصاص بنظر طعون الصفقات العمومية التابعة لاختصاص المؤسسات العمومية المذكورة في **نص المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المتمثلة في :**

_ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

_ المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية .

ويتحدد اختصاص اللجنة البلدية هنا ، وفقا لحدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية ، حسب نص المادة 82 فقرة 10 ، من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

03: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

سنتعرض من خلال هذا العنصر إلى تشكيلة هذه اللجنة ، ثم سنقوم بدراسة نطاق اختصاصها

أ_ تشكيلتها

تتشكل هذه اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم :

_ ممثل عن السلطة الوصية رئيسا

_ المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله

_ ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية

_ ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

_ ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة حسب موضوع الصفقة [119]

ويمكن تجميع المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد في لجنة واحدة لتفادي تعدد اللجان وفقا للإجراءات الآتية :

_ أن يكون عدد هذه المؤسسات كبيرا ، ولم يحدد المشرع هنا عددا محددا ، بل أحال ذلك إلى السلطات المختصة ، التي تمتلك سلطة تقديرية في تحديد ذلك (الوالي ، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي).

_ يقوم الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة باتخاذ قرار التجميع .

_ أن يكون المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج[120].

ب_ اختصاصاتها :

تختص هذه اللجنة بدراسة الطعون في المنح المؤقت الخاص بالصفقات وكذا الملاحق الخاصة بكل من :

---

[119] _ نص المادة 175 فقرة 01 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر .**

[120] _ نص المادة 175 فقرة 02 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر .**

أ_01 _ المؤسسة العمومية المحلية :

_ تختص وفقا لحدود المستويات المحددة في المادة 173 ، الخاصة باختصاص اللجنة الولائية ، أي أنه يقل عن تلك المستويات المحددة ، التي سبق لنا تناولها في إطار اختصاص اللجنة الولائية .

_ مراعاة حدود المادة 139 من قانون الصفقات العمومية ، إذا تعلق الأمر بالملحق[121].

ب_01_ الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

وذلك في حدود المستويات الآتية :

بالنسبة للهياكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية المحددة في قائمة صادرة عن قرار من الوزير المعني [122]، تختص وفق المستوى الآتي :

_أن يقل عن المستويات المحددة في المادة 184 (مقاطع من 01 _ 04) ، التي تتعلق بتحديد المستويات المالية لاختصاص اللجان القطاعية ، وفقا لما سنتناوله في الفصل الثاني ، من هذا الباب . ، من هذه الدراسة .

_ مراعاة حدود المادة 139 من قانون الصفقات العمومية إذا تعلق الأمر بالملحق .

بالنسبة للهياكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية غير المحددة في القائمة المذكورة[123] ، تختص وفقا للمستوى الآتي :

_ مراعاة حدود اختصاص اللجنة الولائية المنصوص عليها في نص المادة 173 (أن يقل عن تلك المستويات المحددة التي سبق لنا تناولها في إطار اختصاص اللجنة الولائية).

---

[121] _ نص المادة 175 فقرة 01 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره**

[122] _ نص المادة 172 فقرة 01 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره .

[123] _ نص المادة 175 فقرة 01 من نفس القانون.

ـ مراعاة حدود المادة 139 من قانون الصفقات العمومية ، إذا تعلق الأمر بالملحق.

فرع ثاني :

الأساس القانوني للطعن أمام لجان الفصل في النزاع

حصر المشرع منازعات الإبرام التي تسوى عن طريق الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية في حالة وحيدة وهي الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، الذي يقصد به المشرع المنح المؤقت استنادا إلى قرينة ربط مواعيد الطعن بتاريخ نشر إعلان المنح المؤقت .

فالاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة هو نفسه مترجم في إعلان المنح المؤقت[124]، وقد أشارت إليه المادة 169 الواردة ضمن القسم الفرعي الأول "اختصاص لجنة الصفقات وتشكيلها "، ضمن القسم الثاني " هيئات الرقابة الخارجية القبلية".

إلا أن لجنة الصفقات لها عدة اختصاصات :

*تقديم المساعدة في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها.

*معالجة الطعون

بالإضافة إلى صلاحيات أخرى جاءت بها عدة مواد من قانون الصفقات[125].

وبخصوص هذه المسألة سجلنا بعض الملاحظات العامة المتمثلة في الآتي :

---

[124] ـ **نص المادة 82 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره** ، التي جاء نصها كالآتي :

" زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يمكن المتعهد الذي **يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء** ، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة ، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة ".

[125] ـ المادة 170 صلاحية ممارسة الرقابة الخارجية من نفس القانون ، بالإضافة إلى المواد 171،172، 173، 174،175 اختصاص دراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات والملاحق من نفس القانون .

_ جاءت المادة 82 بقاعدة أو أساس للطعن في إجراءات الإبرام الخاصة بالصفقات العمومية " النزاعات ذات الطابع التعاقدي " ، وهو ما استنتج من الفقرة الأولى من نص المادة .

_أحقية المتعهدين المعارضين في رفع طعن ضد الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة أمام لجان خاصة هي لجان الصفقات العمومية، فهل هذا الطعن ينصب حول المنح المؤقت أو قرار الإرساء النهائي للصفقة بعد المصادقة؟، وهو ما استنتج من الفقرة الأولى من نص المادة 82.

_يحق لهم هذا الطعن مع احتفاظ طرق الطعن الأصيلة باختصاصها بالفصل في النزاع "**زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به** "، وفقا لما جاء في نص المادة 82.

_ لم يوضح المشرع في بداية نص المادة 82 محل الطعن أو موضوع الطعن ،إذا تعلق بالاحتجاج ضد المنح المؤقت دون الحالات الأخرى، بل بقي الأمر غامضا عندما [126].

لكن هل هذا الاحتجاج يكون في :

*مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت .

*مرحلة الإرساء النهائي للصفقة .

نلاحظ وفقا لتحليل منطقي أنه من المعقول أن يكون الاحتجاج في مرحلة المنح المؤقت ،وهو الهدف من إقرار هذا الإجراء بداية في قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 ، لأنه يمنح المصلحة المتعاقدة والمتعهدين وقتا كافيا لتسوية الخلافات وتوضيح الأمور قبل الإرساء النهائي للصفقة .

[126] _ استعمل المشرع في نص المادة 114 من قانون الصفقات العمومية السابق ، المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم، السابق ذكره مصطلح " **رفع طعن من قبل كل متعهد يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة** ".

_ إلا أننا نلاحظ أن المشرع وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة أشار إلى أجل الطعن ، مع ربطه بتاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت ، وهو ما يشير صراحة إلى أن الطعن موجه في مواجهة المنح المؤقت وليس قرار الإرساء النهائي للصفقة ، وبعده تنقضي آجال الطعن .

_ لا يعتبر هذا الطعن تظلما إداريا كونه يرفع إلى لجنة مستقلة ، ولا يرفع إلى المصلحة المتعاقدة أو الهيئة الرئاسية التي تخضع لها ، أو حتى إلى هيئة تمارس الرقابة الوصائية عليها ، وهو ما يجعله طعنا إداريا يشبه التظلم الإداري التقليدي إلى حد بعيد ، كون اللجان التي يرفع إليها لها الصبغة الإدارية وليست بهيئات قضائية .

وفي هذا السياق رأى بعض الفقه الإداري أن اتجاه المشرع إلى إنشاء مثل هذه الطعون التي تختص بها **لجان ذات طابع استشاري** في غالب الأحيان، بدلا عن الطعن التدرجي أو التظلم الإداري ، يفيد أنهما يختلفان من حيث الطبيعة القانونية ،على الرغم من اشتراكهما في خاصية " **الأسبقية عن الطعن القضائي**"[127].

_ يعتبر مع ذلك طعنا إداريا من نوع خاص[128] ،أو طعنا خصوصيا بميدان الصفقات العمومية يرفع أمام لجان ، وهو الطريق الذي عرف تطبيقات أخرى في عدة ميادين منها الاستثمار والضرائب[129].

---

[127] -MOULOUD SABRI ,**Le Droit des marchés publics en Algérie ;réalité et perspectives** ,revue Idara ,n 35, volume18,année 2008, p 25

« Outre l'institution du recours précontractuel cité précédemment, la nouvelle réglementation a remplacé le recours hiérarchique pouvant déclencher la saisine du comité consultatif institué auprès de chaque ministre ; wilaya et commune ..... »

[128] _ إن فكرة الطعون الإدارية تعرف حاليا مفهومين**التظلم والطعن الإداري** ، ولكل من المفهومين نفس الخصائص كونهما شكوى أو التماس ذو طابع إداري دون قضائي ، يهدف إلى محاولة إصلاح الأوضاع القائمة التي تشكل إشكالات أو منازعات بين الطرفين ، إلا أنهما يختلفان ، فمن جهة يمكن رفع الطعن الإداري أو التظلم إلى الجهة الإدارية صاحبة النشاط الإداري المتنازع فيه ، سواء كانت السلطة الولائية أو الرئاسية ، ويمكن من جهة أخرى رفعه إلى لجان إدارية تتمتع باستقلالية في مواجهة السلطة الإدارية صاحبة النشاط الإداري ، وهو ما يميز الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية في موضوعنا هذا.

_ يتميز بكونه طعنا اختياريا وهو واضح بصفة صريحة " يمكن المتعهد ...." ، وفقا لصريح نص المادة 82، وهو ما لا يطرح إشكالية إلزاميته قبل اللجوء إلى القضاء من عدمها.

_ هل يتميز بكونه التزاما إجباريا يشير إلى أن الطعن هو التزام يقع على شخص أو هيئة تلتزم بتمكين المتعهد بإجراء الطعن ؟، أم أنه التزام اختياري؟ ، كون الجهة الإدارية المعنية تكتفي بتوفير الظروف اللازمة للمتعهد لإجراء الطعن مثلا:

*إعلامه بتمتعه بحق الطعن في المنح المؤقت

* الإشارة إلى آجاله حتى لا تفوته المواعيد[130].

ومن خصائص الطعون الإدارية أنها لا تخضع لإجراءات أو أشكال موحدة ومعينة من حيث الشكل ، كما تتمتع السلطة الإدارية التي يرفع أمامها الطعن بسلطة تقديرية واسعة في القبول أو الرفض ، على عكس الدعوى القضائية التي تتميز بإجراءات وقواعد شكلية معينة وموحدة حسب نوع الدعوى.

يمكن للسلطة الإدارية المختصة بالطعن أن تمنح الطاعن أكثر أو أقل مما طلبه في تظلمه ، أما في القضاء فلا يقضي القاضي إلا بما طلب منه فقط ولا يتجاوز ذلك ، فلا يمكنه الحكم بالتعويض إذا لم يطلبه المدعي.

حول هذا الموضوع ومسألة خصائص الطعن الإداري والطعن القضائي أنظر :

د_ فريجة حسين ، **شرح المنازعات الإدارية** ،دراسة مقارنة ،دار الخلدونية ، الجزائر، سنة 2011 ، ص 48_47_

أنظر كذلك:

les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privée ,recommandation REC(2001),Op Cit ,p 08 ,p12

[129] فيما يتعلق بالضرائب أنظر :

أمزيان عزيز ،**المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري** ، دار الهدى ، الجزائر 2005 ،ص من 35 إلى 47

[130] _وتعتبر آجال الطعن حدودا قانونية إلزامية ، وذلك تقتضيه عدة مبررات ، وفي هذه المسألة رأى بعض الفقه الإداري في فرنسا ما يلي :

« la sécurité juridique implique ainsi l'absence de toute action perpétuelle et ,par voie de conséquence l'existence de délais de recours ;le refus de toute action

* تتقيد بالآجال القانونية ،فلا تصدر الإرساء النهائي للصفقة إلا بعد انقضاء أجل الطعن.

جعل المشرع منه التزاما إجباريا يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة ، التي تلتزم بالسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن[131].

وذلك من خلال الالتزامات الآتية :

_ تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للحائز المؤقت، وهنا تلتزم بالإشارة إلى مواعيد أو آجال الطعن ، وهو ما يشترطه المشرع وفقا للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فلا يحتج بالعلم اليقين .

_ الإشارة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة بدراسة الطعن.

كل هذه الافتراضات تصب في مسار واحد ، فهذه الهيئة هي المصلحة المتعاقدة ،لكن هل يمكن أن نفسر نص المادة في مسار آخر؟، وهو أن تمكين المتعهد من الطعن هو التزام يقع على عاتق لجنة الصفقات المختصة.

إنه تفسير أو افتراض غير منطقي كون الأصل العام في الهيئات أو الجهات المكلفة بتسوية النزاعات كقاعدة عامة ومهما كان نوعها ، قضائية ، شبه قضائية ، إدارية ، لا تتدخل من تلقاء نفسها (تلقائيا) لتسوية النزاعات ، وإنما تتدخل بناء على طلب أو إخطار وفقا للصور الآتية:

01 _طلبات الخصوم

---

populaire explique les conditions de recevabilité relative à même de requérant qui doit justifier d'un intérêt pour agir outre sa capacité pour se faire » , a ce point voir :

Mattias Gugomar et Bertrand seiller ,op cit,p196

[131] _ **تنص المادة 82 _02 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره على ما يلي :

" يجب على المصلحة المتعاقدة ، السماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة "

02_ إخطار جهة أخرى اطلعت على التجاوز ، وهو احتمال بعيد المدى كون صاحب المصلحة هنا هو المتعهد المشارك في الصفقات العمومية ، وهو الوحيد الذي يعنى بإجراء الطعن .

نتوصل في النهاية إلى النتيجة الآتية :

يتميز الطعن في الحقيقة بطابع غامض نوعا ما، لكنه يرتبط بالتظلم الإداري ، وهو القاعدة العامة للطعون الإدارية التي أصبحت اختيارية حسب التوجه العام الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية[132].

_ يثير احتفاظ المشرع الجزائري بالطريقة الأصيلة لفض النزاعات بالإضافة الى حق الطعن الإشكال الآتي :

*هل يعتبر ذلك إقرارا صريحا من قبل المشرع على أن الطعون الإدارية أمام اللجان مجرد تسوية فقط ، فلا تنتهي إلى فض نهائي للنزاع القائم أو أنها توفيق فقط؟،و يتعلق ذلك بالآثار القانونية لعمل اللجان (إصدار الآراء أو التوصيات أو القرارات) ، التي تتميز بالاختلاف من حيث القوة القانونية في مواجهة المصلحة المتعاقدة .

* إذا كان المشرع يهدف من خلال هذه الطعون الإدارية تخفيف العبء الواقع على عاتق القضاء، كان من المفروض ألا يكتفي المشرع بمنح هذه اللجان صلاحية **إصدار قرارات، بل**

---

[132] – **تنص المادة 830 من قانون08-09المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخ في23-04-2008**-على ما يلي :

" يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري ، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه .

يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد ، خلال شهرين (2) بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم .

وفي حالة سكوت الجهة الإدارية ، يستفيد المتظلم من أجل شهرين (2) ، لتقديم طعنه القضائي ، الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل الشهرين (2) المشار إليه في الفقرة أعلاه .

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها ن يبدأ سريان أجل شهرين (2) من تاريخ تبليغ الرفض .

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ، ويرفق مع العريضة "

التأكيد على الطابع الإلزامي لهذه القرارات في مواجهة المصلحة المتعاقدة [133]، لأن الطعن موجه فقط ضد المنح المؤقت ، وهو ما يجعل القضاء يتخلص من نوع من نزاعات الابرام التي تسوى على مستوى جهة إدارية ، في حين يبقى هو مختصا بباقي منازعات الابرام ، وهي طريقة جديدة لتوزيع الاختصاصات تضمن حدا أقصى من مميزات الطرق البديلة ، التي هي من حيث الأصل طرق وقائية من المنازعة القضائية .

أبقى المشرع وفقا لهذه الصورة على بعض السلبيات يمكن اختصارها في الآتي :

01 _ضياع وقت المتعهد المعارض الذي كان من الأحسن لمصالحه اللجوء مباشرة إلى القضاء كون اللجان يمكن أن لا تحسم النزاع نهائيا حتى وان كانت تصدر قرارات وليس آراء ، وإذا كان المشكل هنا هو طول الإجراءات فإنه يكون أرحم له من عدم الحصول على تسوية نهائية تقطع النزاع .

02_ بقاء القضاء مختصا بمخلفات هيئات أخرى حاولت الفصل في النزاع.

03_زيادة مدة النزاع وطولها كون القاضي ملزم بالاطلاع على عمل اللجان

يعتبر التظلم الإداري التقليدي الذي ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية اختياريا ، ونظرا لاعتبار منازعات المنح المؤقت يمكن أن تؤول إلى اختصاص القضاء الإداري في حال فشل طريق الطعن الإداري الخصوصي ، كما يمكن للمتعهد المحتج أن يرفع تظلما على مستوى المصلحة المتعاقدة يلتمس فيه تسوية النزاع بطريقة ودية .

*يبقى طريق التظلم الإداري متاحا للمتعهد المحتج[134] مادام المشرع لم ينص صراحة على أن إتباع الطعن الإداري الخصوصي يحرم المتعهد من إتباع طريق التظلم الإداري ؟

---

[133] _ أشار المشرع إلى أن هذه اللجان تصدر قرارات تبلغ إلى المصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن فقط ، وذلك في نص المادة 82 _08 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره

[134] – يعتبر التظلم الإداري الذي نوعا من أنواع الرقابة الإدارية حسب وجهة نظر بعض الفقه الإداري في فرنسا الذي جاء كما يلي :

le contrôles administratifs (le contentieux gracieux)se présente:

* وفي هذه الحالة تتأثر المواعيد كما سنوضحه من خلال العنصر اللاحق .

فرع ثالث :

المواعيد المقررة للطعن

يتمتع المتعهدين المحتجون حول اختيار المصلحة المتعاقدة بطريقين للطعن ،تتغير وفقهما المواعيد.

***الطريق الأول :الطعن مباشرة أمام لجان الصفقات العمومية**

يعتبر ميعاد الطعن المرفوع أمام اللجان ميعادا خاصا، خصوصية الطعن الإداري الخصوصي ، كونه لا يخضع للقاعدة العامة للمواعيد أمام الجهات القضائية الإدارية ، وهو ما يعكس الاختلاف بين كل من الطبيعة القانونية للطعن الإداري أمام اللجان ذات الطابع الإداري والطعن القضائي أمام المحاكم ذات الطابع القضائي البحت ، كما سبق لنا الإشارة إليه عند تكييف الطبيعة القانونية لهذه اللجان في بداية هذه الدراسة.

يحدد أجل الطعن ب 10 أيام من تاريخ أول نشر إعلان المنح المؤقت وبعدها ينقضي ، و تتبع إجراءات دراسة الطعن المحددة ب 15 يوما ، وبعدها يبلغ قرار اللجنة دون الإشارة إلى أجل محدد ، وقد كان قانون الصفقات العمومية السابق يشير إلى أجل 05 أيام للتبليغ ، ونلاحظ أن الميعاد في هذه الحالة كله ينحصر في مدة قصوى هي " **ميعاد شهر واحد** "

الطريق الثاني :التظلم أمام المصلحة المتعاقدة (التظلم الإداري المسبق))

((Le recours gracieux est la réclamation introduite auprès de l'administration décisionnaire, en vue d'inviter celle-ci revoir sa décision dans un sens favorable au demandeur)),

à ce point voir : **Didier Batselé ,Philippe QUertainmont,** op cit, p 363,366

إذا قام المتعهد المحتج بإتباع طريق التظلم الإداري المسبق بعد ذلك ، فيكون قد استنفذ شهرا واحدا من الميعاد المقرر ، وهو ميعاد 04 أشهر من تاريخ تبليغ المنح المؤقت للصفقة ، وبقي له ميعاد 03 أشهر من تاريخ إعلان المنح المؤقت للصفقة للتوجه إلى القضاء[135] .

قام المشرع بتنظيم ميعاد الطعن في المنح المؤقت أمام لجان الصفقات العمومية المختصة في نص المادة 82 تنظيما قانونيا مفصلا.

فقد حدد مبدئيا أجل 10 أيام من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة

يبتدئ حساب ميعاد 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة ،لكنه كان يتميز بنوع من الغموض في قانون الصفقات العمومية السابق بالإشارة إلى تاريخ نشر الإعلان مما أثار إشكالية أي إعلان يعتد به لحساب الميعاد مع تعدد صور الإعلان ، وقد تم تداركه في تعديل 2012 ،فأي إعلان ينطلق منه حساب ميعاد 10يام ؟[136].

- أهو تاريخ أول إعلان؟
- أم أنه تاريخ آخر إعلان ؟
- أم أنه أي إعلان يختاره المتعهد المحتج الذي يرفع الطعن أو يحرك إجراء الطعن

ينتج عن هذا التذبذب في صياغة المواد القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بحساب المواعيد بعض الصعوبات ، كون المشرع من جهة أخرى لم يقيد المصلحة المتعاقدة بتوحيد تواريخ نشر الإعلان عن المنح المؤقت ، في كل طرق الإعلان المنصوص عليها قانونا .

---

[135] _ ويعتبر ذلك تأكيدا آخر حسب وجهة نظرنا على أن المنح المؤقت هو قرار إداري وليس مجرد إجراء إداري ، فلو اعتبر إجراء لما أتيح للمتعهد المحتج طريق اللجوء إلى القضاء لمخاصمته ، حتى في حالة إتباع الطعن الإداري التقليدي أو الخصوصي على حد السواء.

[136] _ نذكر بان المنح المؤقت يخضع إلى إجراءات الإعلان إجباريا ضمانا للشفافية وهو ما سبق لنا التأكيد عليه في هذه الدراسة

تم تداركه في نص المادة 114 من قانون الصفقات العمومية السابق ، وهو ما استمر العمل به في قانون الصفقات العمومية الحالي ، وهنا سجل المشرع نقطة ايجابية في قانون الصفقات العمومية لسنة 2012.

فحدد المشرع أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ **أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة** في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة.

وهنا تم حسم الأمر كون المشرع قيد ميعاد الطعن بأجل 10 أيام من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت، كما حدد صورتين لهذا الإعلان.

يعتبر تبني أول نشر لإعلان المنح المؤقت كمنطلق للميعاد المتعلق بالطعن مسألة ايجابية تتميز بالمنطقية ، وقد وفق المشرع في هذا الاختيار إلى حد بعيد كون أول إعلان يكفي لإحاطة المتعهد المحتج بنتائج اختيار المصلحة المتعاقدة ،وأما الطرق الأخرى للإعلان، فتعتبر تعزيزا لمعايير الشفافية ، فكونه من المتعهدين ينبغي عليه الاجتهاد في معرفة ما تم التوصل إليه .[137]

يعتبر أول إعلان قرينة على تحميل المخاطب بالقرار " المتعهد المحتج" قرينة العلم بوجوده واستعداده لترتيب آثاره القانونية .

نلاحظ أن المشرع قد أعاد من خلال الفقرة 04 من نص المادة 114 من قانون الصفقات العمومية السابق صياغة نفس الإشكال ، وهو تحديد أجل انطلاق حساب المواعيد ، فحدد أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت، وهو ما استمر تكريسه في قانون الصفقات العمومية الحالي في نص المادة 82_09 .

هو ما يثير عدم الدقة في صياغة النصوص القانونية ، فبعدما تم توضيح المسألة على مستوى الفقرة الأولى من نفس المادة ، أعاد المشرع إحاطة المادة بمزيد من الغموض والتناقض.

نلاحظ كذلك وبالرجوع إلى موضوعنا أن المشرع قد ركز على الطابع التنظيمي لقرار المنح المؤقت ، كونه يشير إلى شكلية النشر دون التبليغ.

---

[137]– تم تبنيه ابتداء من تعديل المادة 101 في قانون الصفقات العمومية لسنة 2008 السابق ذكره

نلاحظ في نهاية هذا العنصر أن المشرع منح المتعهدين المعترضين حق الطعن في قرار المنح المؤقت في مواعيد خاصة تختلف عن تلك المقررة في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية ، ومن ذلك فهو لا يعتبر من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد انفصالا تاما ، وهي تلك التي يترتب عن إبطالها عدم بطلان العقد الإداري.

ومن ناحية أخرى لم يخضعه للمواعيد المفتوحة المقررة في دعاوى العقود الإدارية ،التي تعتبر من دعاوى القضاء الكامل ، والتي تسقط بتقادم الحقوق المطالب بها ، فهو لا يعتبر من قبيل القرارات الإدارية المتصلة بالعقد ،والتي يترتب عن إبطالها بطلان العقد بتطبيق قاعدة " ما بني على باطل فهو باطل " ، فهل حقيقة هذا الافتراض يعتبر صحيحا؟

نلاحظ نحن حول هذه المسألة ، أنه يعتبر من قبيل القرارات الإدارية المتصلة بالعقد اتصالا وثيقا ، لكنه لم يخضع لنفس القواعد المقررة للطعن مثل العقد الإداري ، كون المشرع أراد إحاطة المحتجين بضمانات أكثر من أجل الدفاع عن حقوقهم ، ومن جهة أخرى قيدهم بشرط الأجل لعدم إطالة الطعون ، كون الصفقات العمومية من المسائل التي يجب أن تنفذ بوتيرة سريعة

مطلب ثاني

اختصاص لجان التسوية في نزاع التنفيذ

تعتبر وظيفة لجان التسوية وظيفة ذات طابع تصالحي أو تسوية ودية ، وليست وظيفة فصل حقيقية ، وقد اقتصرت على مجال محدد ، يتمثل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية ، وقد كرّس المشرع هذه النتيجة في بعض قوانين الصفقات العمومية السابقة ، حتى ولو كان يشير إليها بطريقة ضمنية لا صريحة ومباشرة .

فتمثلت وظيفة هذه اللجان في صورتين ،الحل الودي و المصالحة، وسنتعرض إليهما وفقا للترتيب الآتي :

التفاوض أو المصالحة في قانون الصفقات العمومية الحالي ، في فرع أول

اللجوء إلى لجان التسوية الودية المستحدثة في قانون الصفقات العمومية الحالي بعد فشل المصالحة في فرع ثان

الآثار القانونية المترتبة عن اللجوء إلى لجان التسوية الودية في فرع ثالث

فرع أول:

التفاوض أو المصالحة في قانون الصفقات العمومية الحالي

سنتناول الحلول الودية التي كانت أول صورة للطرق البديلة في قوانين الصفقات العمومية كونها حلول للتسوية خارج مرفق القضاء (أولا) ، ثم سنتعرض للمصالحة أو التفاوض بين المتعهدين والمصلحة المتعاقدة من حيث اجراءاتها وآثارها القانونية (ثانيا).

أولا :

الحل الودي بداية لظهور الطرق البديلة في قانون الصفقات العمومية

في بداية ظهور فكرة الطرق البديلة تبنى المشرع الجزائري الحل الودي في النظام القانوني الجزائري للصفقات العمومية ، وذلك في صورة التصالح المباشر بين طرفي الصفقة ، وتعلق مجاله بمنازعات التنفيذ ، التي اعتبرت مجالا محددا وخاصا بهذه الصورة من صور تسوية النزاعات.

وتمّ تبنيها في قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 ، وهو ما سنتناوله في العنصر الاول .

كما سنتطرق لأساسها القانوني ، المتمثل في نظرية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ، في العنصر الثاني .

01 :

تبني الحل الودي في المرسوم الرئاسي 02_250 المتعلق بالصفقات العمومية

أرسى المشرع الجزائري قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ بموجب نص المادة 102 ، وهو بديل عن المنازعة القضائية ، للأسباب المتعارف عليها التي تبرر لجوء التشريعات للطرق البديلة .

أسست **المادة 102 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 التي جاءت بقاعدة الحل الودي وضوابطه طريقة تسوية النزاع ، من خلال التفاوض المباشر أو المصالحة**[138] .

و هو ما استمر تكريسه من خلال قوانين الصفقات العمومية اللاحقة لسنة 2010 [139] ، وذلك من خلال نص المادة 115 منه ، التي احتفظت بنفس معايير وضوابط الحل الودي التي تهدف إلى تجنب المنازعة القضائية لمنازعات التنفيذ فقط ، وقد لا حظنا هنا أن نص المادتين تتطابقان حرفيا ، فالمشرع لم يدرج أي معايير إضافية .

---

[138]_ "غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة ".

[139]_ نص المادة **115 من مرسوم رئاسي رقم 10-236 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، السابق ذكره**

ونص **المادة 115 من مرسوم رئاسي 12 -23 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية** ، السابق ذكره، ((تعديل نص المادة كان ضرورة منطقية للإشارة إلى اللجان القطاعية ، إلى جانب اللجان الوطنية للصفقات العمومية ، كون هذا المرسوم هو الذي قام باستحداثها ، فغرض المشرع لم ينصرف إلى تعديل ضوابط الحل الودي الذي يتمثل في المصالحة المباشرة))

يظهر جليا مما سبق أن الحالات التي يمكن أن تكون محلا للتفاوض المباشر هي تلك المتعلقة بفقد التوازن المالي للعقد [140]، أو الهادفة إلى التوصل إلى انجاز الأعمال محل الصفقات العمومية في وتيرة سريعة مع تفادي التأخر، وبأقل تكلفة حماية للمال العام ، ولا يمكن أن نطبق طريقة التفاوض في حالات أخرى من منازعات التنفيذ .

نظّم المشرع الحل الودي من خلال قانون الصفقات العمومية من خلال العناصر الآتية :

*الطابع الوجوبي أو الإلزامي للتصالح المباشر الذي نظمه المشرع بصفة صريحة ، من خلال نص المادة 115 من قانون الصفقات العمومية.

*يظهر الحل الودي في صورة التصالح المباشر بين الطرفين وأطلق عليه المشرع "الاتفاق المباشر " **بعد عملية التفاوض** .

*التصالح المباشر محصور بين طرفي النزاع " المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة والمتعامل المتعاقد معها ، دون تدخل طرف ثالث مثل أسلوب التحكيم والوساطة والصلح.

* موضوع التصالح المباشر أو نطاقه محدد بمجال منازعات التنفيذ فقط دون منازعات الابرام ، وهو ما أشار إليه المشرع بصفة واضحة وصريحة.

*ويحرر الاتفاق المباشر حول تسوية النزاع على شكل مقرر إداري يصدره مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة .

*تمكين المتعامل المتعاقد بعد القيام بالتصالح المباشر من رفع طعن إداري أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات العمومية .

* تمكين المتعامل المتعاقد بعد كل هذه المراحل _ وفي مرحلة أخيرة _ من اللجوء إلى القضاء أو العدالة من أجل تسوية النزاع التنفيذي .

*مقرر التصالح المباشر يتميز بطابع النفاذ التلقائي غير المقترن بشرط إجرائي آخر حتى، ولو تمثل في غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

يؤثر الحل الودي أو التصالح المباشر على الطرق الأخرى لتسوية النزاع التنفيذي ، كونه طريقة ودية من شأنها التأثير على طرق التسوية الأخرى سواء كانت بديلة أو أصلية .

:02

نظرية إعادة التوازن المالي للعقد كإطار قانوني للحل الودي

تندرج قاعدة الحل الودي في إطار ما يعرف بالحق في إعادة التوازن المالي للعقد، فالحق في إعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله لا يطبق على إطلاقه ، بل له ضوابط وشروط أساسها عندما تتسبب ظروف مشروطة في جعل المتعامل المتعاقد مرهقا في التنفيذ .

وتطبق هذه القاعدة عندما يكون الإرهاق المالي الحاصل للمتعامل المتعاقد جسيما بسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا فادحا ، فيصبح من غير العادل أن يتحمل الخسائر الناتجة عن ذلك بمفرده بل يجب أن تتحمل المصلحة المتعاقدة جزء أو نسبة معينة من الخسارة المالية.

بالمقابل مع السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الصفقة العمومية، لاسيما سلطة تعديل الالتزامات والشروط التعاقدية بالزيادة والنقصان بإرادتها المنفردة ، فإنه يحق للمتعاقد معها ، الذي يتحمل النتائج و المخاطر المرهقة لكاهله نتيجة السلطات الاستثنائية للمصلحة المتعاقدة _ بشكل يخل بالتوازن المالي للصفقة _ أن يطلب إعادة التوازن المالي للصفقة عن طريق تعويضه عن الأعباء التي يتعرض لها أثناء التنفيذ[141].

[141] – فكرة إعادة التوازن المالي قائمة على أساس التعويض بدون خطأ ، ذلك لأن هذه السلطات والأعمال والامتيازات مشروعة لارتباطها وتعلقها بالمرفق العام والصالح العام .

ويختل التوازن المالي للصفقة في حالات ثلاث ، اتفق عليها الفقه والقضاء في فرنسا تتمثل في :

نظرية الظروف الطارئة[142]، نظرية الظروف الاستثنائية ، و نظرية فعل الأمير.

اعتبر الحل الودّي أول صورة للطرق البديلة التي اعتمدها المشرع في قانون الصفقات العمومية ، وتميّزت هذه الطريقة بتسوية النزاع بدلا عن القاضي دون تدخّل طرف ثالث ، فتمّ حصر التسوية بين طرفي النزاع في صورة مصالحة .

ثانيا:

اللجوء إلى المصالحة في قانون الصفقات العمومية الحالي وتنظيمه القانوني

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بمحاولة إيجاد حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية ، مع الالتزام بمراعاة مجموعة من الشروط ، التي تجعلنا نتساءل عن مدى اعتبار الحل الودي طريقا بديلا لتسوية النزاعات التنفيذية، فقمنا بتكييفه على أنه نوع من المصالحة ، فنبحث أولا في طبيعته القانونية ، ،ثم نبحث في نتائجه القانونية ،

:01

الطبيعة القانونية للمصالحة

تتميز المصالحة هنا بخاصيتين أساسيتين هما **الطابع الإلزامي و الطابع المسبق للمصالحة** ، وفي محاولة لتعريفها ، يمكن أن نقول أن المصالحة تعتبر محاولة طرفي النزاع

[142]– قام قضاء مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 24 مارس 1916 بوضع أسس هذه النظرية في قضية غاز بوردو، و يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وقوع الاختلال المالي الذي أصابه ، بحسن نية ، ومن أمثلة الظروف الطارئة الحرب ، أو الأزمة الاقتصادية أو صدور أوامر أو مناشير أو قرارات من الإدارة ، أي من غير المصلحة المتعاقدة.

الوصول إلى حل ودّي يوافق عليه الطرفين معا، وتبادر المصلحة المتعاقدة بهذا الإجراء إلزاميا دون المتعامل المتعاقد ، وذلك بتكليف صريح من المشرع [143].

تقتصر المصالحة إذن على طرفي النزاع بمبادرة من المصلحة المتعاقدة ، دون تدخل طرف ثالث محاولا التسوية ، لذلك قمنا بتسميتها مصالحة ، ويمكن أن يطلق عليها مصطلح التفاوض بشأن النزاع ، تحركه المصلحة المتعاقدة بعد احتجاج المتعامل المتعاقد، محاولة منها تسوية النزاع ، ويشترط فيها لتعتبر تسوية " اتفاق الطرفين على نتائجها" كما سنرى لاحقا.

تعتبر المصالحة هنا طريقا إلزاميا للتسوية الودية ، سابق عن اللجوء إلى لجان التسوية الودية للصفقات ، وعن اللجوء إلى القضاء كذلك ، فاعتبر شرطا شكليا إلزاميا لقبول الدعوى القضائية ، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج هذا الشرط في دفتر الشروط[144].

02 :

محل المصالحة والهدف منها

قام المشرع بحصر المصالحة في نزاعات التنفيذ التي تطرأ عند تنفيذ ، أي أنه لا يتم الاتفاق عليها في الصفقة العمومية ، وتهدف المصالحة هنا إلى تسوية ودية ، وهي هنا تشبه الوساطة لأنها في الحقيقة محاولة لتقريب وجهات النظر بين المتخاصمين ، دون الوصول إلى حل ملزم لهما ، إلا إذا اتفقا على قبوله معا وإلا كان عديم الجدوى ، إلا أنها تختلف عنها في كونها تكون بمبادرة من المصلحة المتعاقدة التي تعتبر أحد طرفي النزاع ، وليس طرفا ثالث مثل الوساطة .

وتشبه المصالحة هنا ردا على التظلم أو الشكوى التي يحركها المتعامل المتعاقد أمامها ، سعيا منها إلى إصلاح الأضرار التي لحقت به جراء تنفيذ الصفقة العمومية ، لذلك قمنا بإسنادها إلى نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ، كما بيّنا من خلال الفرع الأول من هذا المطلب.

---

[143] _ نص المادة 153 فقرة 02 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره.**

[144] **_ نص المادة 153 فقرة 04 ، من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره .**

وتهدف المصالحة هنا أو التفاوض من أجل التسوية إلى الأهداف الآتية التي حددها المشرع :

_ إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل طرف من طرفي العقد .

_التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة .

_الحصول على تسوية نهائية وبأقل التكاليف .

ونلاحظ هنا أن أهدافها تتلخص في :

_ تسوية للنزاع ، عن طريق تقريب وجهات النظر والحصول على حل يرضي الطرفين معا.

_السرعة في تسوية النزاع بهدف عدم تعطيل التنفيذ ، والحفاظ على الوتيرة التنفيذية السريعة للصفقة العمومية .

_ التسوية النهائية ، وهي التسوية التي تجنب الطرفين الطريق القضائي .

_ قلّة التكاليف ، بالمقارنة مع الطريق القضائي .

تنصب كل هذه النتائج في نفس الأهداف التي استحدثت من أجلها الطرق البديلة لتسوية النزاعات ، وهي الأهداف الأساسية كذلك ، لذلك قمنا باعتبارها وجها آخر للطرق البديلة في قانون الصفقات العمومية ، بتأكيد من المشرع ، من خلال نص المادة 153 من قانون الصفقات العمومية الحالي .

واعتبرت من المظاهر الأولى للطرق البديلة كما توصلنا إليه سابقا ، منذ قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 الذي تبناها لأول مرة ، فيعتبر الأول الذي كرس الحل البديل قبل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي الذي كرسها صراحة .

فرع ثاني :

اللجوء إلى لجان التسوية الودية بعد فشل المصالحة

نص المشرع في نص المادة 153 فقرة 03 أنه وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على الحل الودي ، فإنه يمكن لهما اللجوء إلى طريق الطعن الإداري أمام لجان خاصة بالصفقات العمومية نصت عليها المادة 154، من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وأوكل إليها التسوية الودية بالمشاركة كطرف ثالث ، وسنتعرض من خلال هذا الفرع إلى العناصر الآتية :

أولا : الطابع الوجوبي للجوء إلى لجان التسوية الودية

ثانيا : قواعد اختصاص لجان التسوية الودية

ثالثا: سير العمل في لجان التسوية الودية

أولا :

الطابع الوجوبي للجوء إلى لجان التسوية

يسري على اللجوء إلى هذه اللجان وكقاعدة عامة ما يسري على المصالحة باعتبارهما من نفس الطبيعة القانونية " حلول ودية من أجل التسوية " ، حتى ولو اختلفا من ناحية الإجراءات والآثار القانونية ، فاللجوء إلى لجان التسوية هو استمرار في محاولة الوصول إلى حل ودّي يرضي الطرفين معا ، ويجنب الطرفين اللجوء إلى القضاء ، هذا ما قمنا باستنتاجه نحن من خلال هذه الدراسة .

وهو ما لم يوضحه المشرع في **نص المادة 153 _03 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، التي نصت** على ما يلي :

" و في حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة ...."

لكنه وفي الفقرة الموالية لنفس المادة ألزم المصلحة المتعاقدة بإدراج إلزامية التسوية الودية للنزاعات كإجراء شكلي ضروري ، قبل اللجوء إلى القضاء ، ضمن دفتر الشروط الخاص بالصفقة العمومية .

ويعتبر ذلك وسيلة لإبلاغ المتعامل المتعاقد بإلزامية هذا الإجراء في الدعوة إلى التعاقد ، كون اللجوء إلى لجان التسوية ليس مقتصرا على المصلحة المتعاقدة ، بل هو حق للمتعامل المتعاقد كذلك ، وذلك ما يجعلنا نستنتج إلزامية الطعن أمام لجان التسوية الوديّة ، انطلاقا من **نص المادة 153 فقرة 04 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .**

ثانيا :

قواعد اختصاص لجان التسوية الودية

سنتناول من خلال هذا العنصر الأنواع المتعددة للجان التسوية الودية التي كرسها المشرع ، ثم سنقوم من خلال عنصر لاحق بتحديد نطاق اختصاصها .

01 _ أنواع لجان التسوية الودية

نص المشرع على نوعين من لجان التسوية الودية ، وهي تلك المتعلقة بصفقة عمومية مبرمة مع متعامل أجنبي وتعلق نزاعها بنزاع تنفيذي ، ولجان تسوية ودية على المستوى الوطني إذا تعلق الأمر بنزاع تنفيذي لصفقة عمومية مبرمة مع متعاقد وطني.

أ _ لجنة تسوية ودية دولية :

تنشئ كهيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني بالصفقة ، مع خضوعها لشرط شكلي إلزامي وهو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

ويثار هنا موضوع يتعلق بمصير الصفقات العمومية المتنازع في تنفيذها ، مع متعامل متعاقد أجنبي في حال عدم موافقة الوزير المعني على إنشاء لجنة التسوية الودية الدولية ، فهل تبقى نزاعاتها معلّقة ؟ .

نلاحظ هنا أن المشرع قد أصبغ اختصاص لجنة التسوية الودية في حال إنشائها بالطابع التحكيمي ، فهل يمكن أن يسري هذا التكييف على باقي لجان التسوية الودية الداخلية ؟

يعتبر تكييفا قانونيا في محله جاء به قانون الصفقات العمومية الحالي ، كون التحكيم اقتصر على منازعات التنفيذ فقط حتى الداخلية منها ، وهو ما أكده صراحة قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على أن نتناوله بالدراسة من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة .

ومن خلال ذلك ، نطرح التساؤل الآتي : هل تعتبر لجان التسوية الداخلية طريقا سابقا عن التحكيم المشار إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؟ إذا قمنا طبعا بتكييفه بالطابع التحكيمي ؟، ومن ذلك هل سيعتبر التحكيم استمرارا لمساعي الحل الودي ؟ ، هذا ما سنحاول الإجابة عنه في العنصر اللاحق ، في حين سنجيب على الجزء المتعلق بالتحكيم من خلال الباب الثاني.

ب _ لجان تسوية ودية داخلية

اعتمد المشرع على تبني قاعدة تعدد لجان التسوية الودية ، وهو بذلك اعتمد على نفس الطريقة المعتمدة في اعداد لجان الفصل في المنح المؤقت ، وقد اعتمد كذلك على نفس المعيار وهو المعيار العضوي .

ب _ 01 _ اللجان ذات طابع محلي :

جمع فيها بين اختصاص اللجنة البلدية واللجنة الولائية ولجنة صفقات المؤسسة العمومية والهيكل غير الممركز للدولة على مستوى الولاية ، في لجنة واحد تسمى **اللجنة الولائية للتسوية الودية.**

ب _02 _اللجان ذات الطابع المركزي :

وهي اللجان التي تنشئ على مستوى الوزارة ، إلا أنها تتبنى تنوعا في الاختصاصات ، سنفصّل فيه في العنصر الموالي من هذه الدراسة .

02_ توزيع الاختصاص بين لجان التسوية الودّية الداخلية :

بالاعتماد على المعيار العضوي الذي تبناه المشرع لتوزيع الاختصاص بين هذه اللجان يمكن تقسيمها على النحو الآتي :

أ _ لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة والهيئة العمومية

ب_ لجنة التسوية الودية على مستوى الولاية

أ _ لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة والهيئة العمومية

تتشكل هذه اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم :

الرئيس وهو ممثل عن الوزير أو عن مسؤول الهيئة العمومية

ممثل عن المصلحة المتعاقدة

ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع

ممثل عن المديرة العامة للمحاسبة العمومية

نلاحظ هنا أنها تتميز بتمثيل مزدوج للوزارة (الهيئة المركزية التي هي طرف في النزاع) ، وهذا ما يثير إشكالية مبدأ الحياد ، كما نلاحظ هنا أن المبادرة بالتسوية تكون من طرف المصلحة المتعاقدة ، وهنا نلاحظ أنها تطلب استشارة الهيئات المركزية التي تمارس عليها نوعا من الرقابة الإدارية .

كما نلاحظ أن تشكيلتها لا تختلف عن تشكيلة لجان الرقابة الخارجية للصفقات العمومية ، التي تتولى دراسة الطعون ضد المنح المؤقت (لجان الفصل كنا قمنا بتسميتها في هذه الدراسة).

فيما يتعلق باختصاص هذه اللجنة نلاحظ أن المشرع قد قام بتأسيسه على معيار عضوي[145] يتمثل في :

نزاعات الإدارات المركزية

نزاعات المصالح الخارجية للإدارات المركزية

[145] _ نص المادة 154 فقرة 01 مقطع 01 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره**

نزاعات الهيئات العمومية

نزاعات المؤسسات الوطنية التابعة للهيئات الوطنية

ب : لجنة التسوية الودية على مستوى الولاية

تنشئ هذه اللجنة لدى الوالي[146] ، و تتشكل هذه اللجنة من:

الوالي

ممثل عن المصلحة المتعاقدة

ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع

ممثل عن المحاسب العمومي المكلف[147]

أما عن اختصاصها ، فقد أسسه المشرع وفقا لمعيار عضوي حدده بدراسة النزاعات الآتية:

نزاعات الولاية

نزاعات البلديات التابعة للولاية

نزاعات المؤسسات العمومية التابعة لها، و نزاعات المصالح غير الممركزة للدولة على مستواها .[148]

---

[146] _ نص المادة 154 فقرة 01 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره.**

[147] _ يتم تعيين الأعضاء في هذه اللجان بناء على مقرر صادر عن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني نظرا لكفاءتهم حسب نص المادة 154 فقرة 02 من نفس القانون ، كما يمكن للرئيس الاستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة ، وذلك على سبيل الاستشارة ، حسب نص المادة 154 فقرة 05 من نفس القانون ، مع تعيين مقرر من ضمن الأعضاء من طرف الرئيس ، كما توضع أمانة اللجنة لدى رئيسها .

[148] _ نص المادة 154 فقرة 01 مقطع 02 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره**

نلاحظ هنا أن المشرع قد احتفظ بنفس المعيار المعتمد لتصنيف اللجان سواء فيما يتعلق بلجان الفصل أو لجان التسوية ، فاعتمد على لجان ذات طابع مركزي كما رأينا سابقا ، ولجان ذات طابع محلي، لكنه في لجان التسوية دمج اللجان المحلية في لجنة واحدة تنشئ لدى الوالي.

وينتج عن ذلك تنوع الرقابة التي يقوم بها الوالي عبر هذه اللجنة إلى ما يلي :

_ رقابة وصائية تمارسها اللجنة على البلديات والمؤسسات التابعة لها ، ويعتبر الوالي هنا ممثلا للجماعة المحلية الإقليمية .

_رقابة رئاسية ، ويعتبر الوالي هنا ممثلا للدولة ، ويمارسها على المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية .

_ويمارس الوالي هذه الرقابة مع تنوعها مع تمتعه بصلاحية أخرى هي محاولة التسوية الودية التي أضيفت إلى صلاحياته الرقابية .

ثالثا :

سير العمل في لجان التسوية الودية

نص المشرع على أن يكون اللجوء إلى لجنة التسوية الودية متاح لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد (طرفي النزاع) ، لكنه نص غير واضح ، فهل يقصد منه أن يرفع الأمر إليها باتفاق الطرفين ، أم يكفي أن يكون اللجوء إليها من أحدهما فقط ؟.

حسب وجهة نظرنا يكفي تحريك الطعن أمام اللجنة من أحد طرفي النزاع ، دون الاتفاق على اللجوء إليها معا .

تسري الإجراءات المتبعة أمام لجنة التسوية الوديّة تبعا للمراحل الآتية :

01_ رفع شكوى ، وقد استعمل المشرع هذا المصطلح الذي يفيد نفس ما قمنا باستنتاجه ، فالشكوى ترفع من أحد طرفي النزاع لا بالاتفاق ، ويقصد بها التظلم أو الاحتجاج المقدّم من أحد الطرفين المتعاقدين ضد الطرف الآخر ، فكان من المفترض أن يستعمل المشرع " أو " بدل " و" في نص المادة 155 في فقرتها الأولى .

توجه الشكوى إلى الأمانة العامة للجنة عن طريق " تقرير مفصّل " مرفقة بكل الوثائق الثبوتية اللازمة برسالة موصى عليها مع وصل استلام [149].

02_ تستدعى الجهة الشاكية أمام رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام لسماع رأيها الخاص في النزاع ، ويجب عليها أن تبلغ رأيها إلى رئيس اللجنة في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ المراسلة .

تلتزم اللجنة بدراسة النزاع في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ جواب الخصم، وهنا يثار إشكال هل تستدعى الجهة الشاكية أم المشتكى ضدها لسماعها من قبل الرئيس ، فقد استعمل المشرع مصطلح " الجهة الشاكية " أي المقدمة للشكوى ، في حين أثار هنا وبخصوص الآجال تاريخ جواب الخصم ، ونرى نحن أنه ومن المنطقي استدعاء الطرف المشتكى منه أي الخصم ، فهل هو حقيقية خلط في المصطلحات ؟

نص المشرع على أن تؤدي دراسة النزاع إلى صدور **رأي مبرّر** عن اللجنة المختصة[150]، ويتّخذ هذا الرأي بأغلبية الأصوات ، وعند تعادلها يكون صوت الرئيس مرجّحا [151].

كما يمكن للجنة سماع الطرفين قبل اتّخاذ الرأي ، وذلك من أجل إبلاغها بكل معلومة من شأنها التوضيح .

يتم تبليغ رأي اللجنة لطرفي النزاع برسالة موصى عليها مع وصل استلام ، كما ترسل نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

---

[149] _ نص المادة 155 فقرة 02 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره** .

[150] _ نص المادة 155 فقرة 04 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره**

عندما تصدر اللجنة رأيا ذلك يعني أنها ذات طابع استشاري ، لكن ذلك لا يعني إنكار وظيفتها المهمة التي تتمثل في محاولة إيجاد حل للنزاعات قبل اللجوء إلى القضاء ، فوظيفتها تتمثل أساسا حسب رأي الفقيه « Stéphane Braconnier » فيما يلي :

« La mission de ces comités consultatif et de recherche des éléments de droit et de fait en vue d' une solution amiable et équitable »

Stéphane Braconnier **, précis du droit des marchés public**, 3eme édition , édition du Moniteur , Paris ,2009, p 79

[151] _ نص المادة 155 فقرة 05 من نفس القانون .

تلتزم المصلحة المتعاقدة بعد ذلك بتبليغ قرارها بشأن رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه 08 أيام ، من تاريخ التبليغ برسالة موصى عليها مع وصل استلام ، مع إعلام اللجنة بذلك .

.

فرع ثالث:

الآثار القانونية التي يثيرها الطعن أمام لجان التسوية الودية

يرتب الطعن الموجه ضد المنح المؤقت أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة ثلاثة آثار قانونية تتمثل في ما يلي :

*إفراغ ما توصلت إليه من نتائج حسم للنزاع ، أو على الأقل تسوية في " شكلية رأي "، ونلاحظ هنا أنها لا تنتج قرارات إدارية عندما تبت في الطعون لأن صلاحيتها التسوية دون الفصل، والرأي في هذه الحالة يكتسي طابعين :

***الطابع الاستشاري :**

يعتبر مجرد توصية تقدم للطرفين من أجل تسوية الخلاف على سبيل طلب المشورة من هيئة مختصة فقط ،تتمتع بقدر من الاستقلالية والخبرة التقنية ، فهي لا تتدخل لتسوية النزاع بشكل حاسم وفعال، ومع ذلك ركز جانب كبير من الفقه الإداري في فرنسا على ضرورة تسبيب الرأي الاستشاري باعتباره شكلية جوهرية [152].

***الطابع غير الإلزامي :**

يتميز الرأي بالإضافة إلى كونه ذو طابع استشاري، بأنه لا يتمتع بأية قوة إلزامية في مواجهة الطرفين ، خاصة المصلحة المتعاقدة باعتبارها فرضا هي المتسببة في خلق النزاع وتحريك الطعن ،إذا كان المتعهد المحتج مؤسسا طعنه [153]

–ومن هنا نتساءل ما هو الهدف من الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية ؟

[152] _ Christophe Lajoye ,op cit , p415

[153] _ Jean-Claud Ricci , **contentieux administratif**, op cit ,p28_29

إذا كان الأمر لا يتعدى مجرد تسوية أو محاولة تسوية ،أو أنها إن صح التعبير محاولة لتقريب وجهات النظر بين الطرفين المتخاصمين وتصبح هنا أقرب إلى الوساطة لتميزها بهذه الخاصية ، لأن الطرفين لهما الحرية في الأخذ بما توصلت إليه اللجنة من عدمه.

إن الغرض من الطرق البديلة هو التوصل إلى تسوية حقيقية للنزاع ، و بإسقاط الوضع على ميدان الصفقات العمومية نلاحظ أن المشرع قسم الاختصاصات فيما يتعلق بمنازعات الإبرام إلى مجموعتين :

*الأولى نزاعات المنح المؤقت

*الثانية باقي نزاعات الابرام (وهي مجموعة كبيرة)

*الأولى هي الوحيدة التي يمكن أن تعرض نزاعاتها على لجان الصفقات العمومية المختصة، عن طريق تحريك طعن من قبل كل متعهد يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، وذلك كله مع بقاء اختصاص القضاء الرسمي طبعا.

ونظرا لأن المشرع قد اتجه إلى هذا الاعتبار فإنه من الأحسن إن لم نقل من الضروري لو منح للجنة اختصاصا بالفصل الحاسم في المنح المؤقت ، عن طريق " قرارات ملزمة تصدرها لجنة الصفقات العمومية " ،وهو ما كان ينتقد على تنظيم اللجان في قانون الصفقات العمومية السابق ، لكن الوضع اختلف في قانون الصفقات الحالي الذي قام فيه المشرع بالفصل بين الصلاحيات، فتبنى الفصل بقرار ومنحه للجان الفصل ، والتسوية برأي ومنحها للجان التسوية ، لكن ذلك حسب رأينا يتسبب في تعدد مفرط في اللجان من شأنه تعقيد بدائل التسوية وإطالة أمد النزاعات ، فكان من الأفضل الاحتفاظ بلجان الفصل فقط مع إعطائها طابع الفصل بقرارات ملزمة .

فينتهي الأمر على مستوى لجان إدارية مستقلة ومختصة عن طرفي النزاع ، وتتمتع بخبرة في المجال ، مع بقاء حق الطعن في قراراتها محفوظا أمام القضاء الذي لا يقوم بإعادة كل الإجراءات من أجل دراسة الطعن ، وإنما يكتفي برقابة ما توصلت إليه اللجنة فيعيد النظر فيما مدى توفيقها في الفصل في النزاع من عدمه " ذات طابع إداري" مثل اختصاص مجلس الدولة

عندما يفصل في الطعون بالنقض " كمحكمة قانون " ، لأن لجان الصفقات العمومية لجان رسمية مختصة وفنية، كما تتميز بإطلاعها على ميدان الصفقات العمومية مثلها مثل القاضي الإداري المختص.

*إلا أننا نرى أنه من الأحسن عدم إمكانية الطعن في قرارات اللجنة أمام القضاء، لأن ذلك من شأنه الوصول إلى حلقة مفرغة ، وهي نفس النتيجة التي توصل إليها المشرع عندما منح للجان صلاحية اتخاذ الآراء دون القرارات ذات الطابع الإلزامي.

*وبتحليل أكثر لهذه المسالة نتساءل ،لماذا منح المشرع للجان صلاحية البت فقط في نزاعات المنح المؤقت ؟

*نرى أن المتعهد المحتج وهو في مرحلة المنح المؤقت لم يخسر شيئا بعد ، سوى أنه قدم عرضه المالي والتقني وهو ينتظر النتيجة ، حتى وإن لم يفز بالعرض فإنه يكتفي بالانسحاب منتظرا فرصة أخرى ، فهو لا يزال في وضع ممتاز، لذلك يمكن أن يسوى الوضع على مستوى لجان الصفقات العمومية التي تعتبر بمثابة خبير يتدخل بالرقابة السابقة ، أما باقي نزاعات الابرام يكون المتعامل المتعاقد قد بدأ يستنفذ جهوده وماله من أجل التحضير للإبرام فلا يمكن أن ينسحب بسهولة، مما يجعل فاعلية لجان الطعن الفاصلة في النزاع تظهر في منازعات الابرام الأخرى أكثر من منازعات المنح المؤقت للصفقة .

الفصل الثاني :

الطعون الإدارية الخصوصية على المستوى الوطني و القطاعي

تدرج المشرع الجزائري من خلال قوانين الصفقات العمومية عندما قام بإنشاء اللجنة الوطنية على تنوع ملحوظ ومستمر في الصلاحيات ، متحولا في المرحلة اللاحقة إلى تبني قاعدة تعدد اللجان الوطنية للصفقات العمومية[154] ، وقد اعتمد المشرع من خلال هذا التعدد في اللجان على معيار موضوعي وشكلي يأخذ بعين الاعتبار نوع الصفقة.

لذلك نتساءل من خلال هذا الفصل ، هل حدد المشرع اختصاص اللجان الوطنية بمنازعات التنفيذ ؟أو بمنازعات الابرام كما هو حال اللجان التي قمنا بدراستها في الفصل الأول من هذه الدراسة ؟

كما نتساءل عن المعيار الذي اعتمده المشرع لتحديد لجنة الصفقات المختصة ،ومع استمرار المشرع في توسيع قاعدة تعدد اللجان في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، نتساءل هل قام المشرع بتوسيع صلاحيات اللجان ذات الطابع الوطني؟

ونثير كذلك إشكالية مفادها ، ماذا أضاف المشرع في مرحلة إنشاء اللجان القطاعية في قانون الصفقات العمومية لسنة 2012؟، التي تتحدد اختصاصاتها بصفة دقيقة ومحددة ، فهل يظهر ذلك توجه المشرع إلى الطابع التخصصي للجان الصفقات العمومية؟.

وفي مرحلة لاحقة قام المشرع بإلغاء اللجان الوطنية للصفقات العمومية ، بعدها كان يظهر اهتماما كبيرا بمجال اختصاصها ، لذلك نتساءل عن الهيئة التي ستتولى اختصاصات اللجان الوطنية الملغاة ، هل هي اللجان القطاعية ؟ ، وهل أصبح وجود اللجان الوطنية بذلك عديم الجدوى ؟ ، ولماذا انتظر المشرع حتى قانون الصفقات العمومية الحالي (مرسوم رئاسي 15_247) ليقوم بنقل هذا الاختصاص ؟

---

[154]_ **المرسوم الرئاسي 338/08 ، السابق ذكره .**

سنحاول الإجابة على كل هذه التساؤلات التي قمنا بطرحها بتتبّع تدرج تاريخي وضّحته قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة من مرحلة غياب الاهتمام الحقيقي باللجان ذات الطابع الوطني ،

إلى مرحلة اهتمام المشرع لملحوظ باللجان الوطنية للصفقات، إلى مرحلة تحول المشرع من الاختصاص الوطني إلى الاختصاص القطاعي

مبحث أول:

مرحلة تدرج المشرع في الاهتمام باللجان ذات الطابع الوطني

تمّ إنشاء لجان للصفقات العمومية على المستوى الوطني عبر التشريعات التي قامت بالتأسيس لتنظيم ميدان الصفقات العمومية ، وقد اضطلعت هذه اللجان بعدة اختصاصات أظهرت عناية المشرع بمركزها القانوني ، لكن الاهتمام بهذه اللجان كان من الجانب الوظيفي فقط لا من الجانب الشكلي ، فقد كانت اللجان المركزية تهتم بصلاحيات مثل صلاحيات اللجان الوطنية ، كونها ذات اختصاص وطني شامل ، مما يثير تساؤلا هاما نطرحه من خلال دراستنا هذه يتمحور حول الدور الذي يمكن أن تتمتع به لجان في مثل مركز اللجان الوطنية، وهو الدور المتمثل في تسوية النزاعات والخلافات التي تثار في ميدان الصفقات العمومية سواء كان ذلك في مرحلة الابرام أو في مرحلة التنفيذ على الخصوص .

سنقوم بتبيان كل ذلك من خلال اعتماد منهج تاريخي نتناول فيه الموضوع عبر قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة لنلاحظ تحول المشرع التدرجي .

لذلك نقترح التقسيم الآتي :

دراسة شكلية للجان الوطنية للصفقات عبر قوانين الصفقات المتعاقبة ، من خلال المطلب الأول

تدرج صلاحيات اللجان الوطنية عبر قوانين الصفقات المتعاقبة ، من خلال المطلب الثاني

مطلب أول:

دراسة شكلية للجان الوطنية للصفقات عبر قوانين الصفقات المتعاقبة

سنقوم من خلال هذه الدراسة الشكلية بتحديد كيفية تعيين أعضائها أو قواعد تشكيلها ، وما إذا كانت هذه القواعد تضمن استقلاليه هؤلاء الأعضاء ، وقد كانت اللجنة الوطنية للصفقات تسمى في قانون الصفقات العمومية لسنة1967المعدل بموجب أمر1974اللجنة المركزية للصفقات العمومية[155] ، أما في قانون 1982/145تمت تسميتها اللجنة الوطنية للصفقات ، وتم الاحتفاظ بنفس التسمية في مرسوم 1991 ، وكذا المرسوم الرئاسي لسنة 2002.

نلاحظ أن المشرع لم يهتم بهذه اللجنة في المرسوم الرئاسي الأخير لأنه لم يتولى تعريفها بل اكتفى بالإشارة إلى تشكيلها [156]، وسنقوم من خلال هذا المبحث بالتدرج في الدراسة من الجانب الشكلي إلى الإطار الموضوعي أو الوظيفي للجان وذلك باقتراح التقسيم الآتي:

تشكيلة اللجان الوطنية

مدى استقلالية اللجان الوطنية

فرع أول :

[155]– حيث تنص المادة 114 من **أمر رقم90/67 ، مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 52، السنة 04، مؤرخ في 27 يونيو 1967، معدل في السنوات الآتية1974.1975.1976..1971**على ما يلي:

" تشكل بالوزارة المكلفة بالتجارة لجنة مركزية للصفقات وبكل دار عمالة لجنة عمالية للصفقات "

[156] – فرقان فاطمة الزهراء ، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها

تشكيلة اللجان الوطنية

أولا:_في أمر 1967:

تتشكل اللجنة المركزية للصفقات حسب تنوع اختصاصاتها إلى نوعين من التشكيلات، عادية وأخرى موسعة ذات طابع استثنائي ،تتمثل فيما يلي :

تشكيلة عادية للاضطلاع بالاختصاصات العادية ، وتشمل كلا من :

_ مدير التجارة الداخلية رئيسا

_ممثل لرئاسة مجلس الوزراء

_ممثلا واحدا عن كل الوزارات[157]، وهو ما يعكس طابعها " لجنة مركزية " عن طريق تمثيل السلطة التنفيذية في تشكيلتها ، وكذا مراقب مالية الدولة ، بالإضافة إلى ممثل المصلحة المتعاقدة في بعض الحالات المحددة قانونا [158].

تشكيلة استثنائية وتتميز بالطابع الموسع كونها أضافت أعضاء على التشكيلة السابقة [159]، ويتم تشكيلها استثنائيا قصد الاضطلاع باختصاصات حصرية حددها القانون في دورة خاصة غير عادية بناء على طلب رئيسها ، وتتعلق بدراسة الأرقام الاستدلالية [160]، فتتكون بالإضافة الى أعضاء اللجنة من التشكيلة الآتية :

---

[157]_((وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ، الوزارة المكلفة بالتخطيط ، الوزارة المكلفة بالصناعة ، الوزارة المكلفة بالمالية ، وزارة الأشغال العمومية والبناء ، وزارة الفلاحة والإصلاح الزراعي))

[158]_وذلك وفقا للمعيار المالي المعتمد في نص المادة 123 منه

[159]_نصت عليها نص المادة 130منه

[160]_ وهي الحالة التي تناولتها نص المادة 119بناء على إحالة قانونية صريحة بموجب نص المادة 130 وهدفها:

تقديم اقتراحات لوزير التجارة قصد المصادقة على الأرقام الاستدلالية ، مقطع أول من نص المادة .

نائب مدير الأسعار والتحقيقات الاقتصادية لدى الوزارة المكلفة بالتجارة.

نائب مدير الإحصائيات لدى الوزارة المكلفة بالمالية والتخطيط.

ممثلا عن كل هيئة مهنية معينة يعين من قبل الهيئة .

ثانيا_في المرسوم رقم 145/ 82

تبنى المشرع قاعدة اختلاف أو تباين في تمثيل الهيئات داخل اللجنة الوطنية للصفقات العمومية [161]وذلك موضح كما يأتي :

التمثيل المزدوج لكل من الحزب ، رئاسة الجمهورية ، كل وزارة ، كل كتابة دولة ، وكذا المدير العام للبنك الجزائري للتنمية [162].

تمثيل غير محدد العدد للدرك الوطني والمديرية العامة للأمن الوطني [163].

تمثيل أحادي لكل سلطة أو هيئة في الدولة ، ماعدا وزارتي المالية والتجارة اللتان تنفردان في هذه الحالة بتمثيل مزدوج (ممثلين)[164].

كما يحضر اجتماعاتها بانتظام ممثل عن المصلحة المتعاقدة

المطالبة عند الاقتضاء بكل تعديل لإجراءات إنشاء هذه الأرقام، مقطع ثاني من نص المادة .

[161] _ تنص المادة 139 من **مرسوم رقم 145/ 82 ، مؤرخ في 10_04_1982 ، ينظم الصفقات التي يبرمه المتعامل العمومي ، جريدة رسمية عدد 15، السنة 19، مؤرخ في 13_04_1982**على أن رئاسة اللجنة تكون من طرف الوزير المكلف بالتجارة أو ممثله

[162] _ نص المادة 139الفقرة الأولى من مرسوم رقم 145_82 ، السابق ذكره .

[163] _ نص المادة 139 الفقرة الثانية من مرسوم رقم 145_82 ، السابق ذكره .

[164] _ نص المادة 139 الفقرة الثالثة من مرسوم رقم 145_82 ، السابق ذكره .

تنص المادة140 على تعيين الأعضاء الدائمين والمستخلفين بموجب قرار صادر عن وزير التجارة بناء على اقتراح الوزير أو السلطة التي ينتمون إليها ، ويختارون لهذا الغرض نظرا لكفاءاتهم لعهدة سنتين قابلتين للتجديد .

ثالثا**_ في المرسوم التنفيذي رقم 91_434**

تميّز هذا المرسوم بتعادل نسبي في نسبة التمثيل الذي تتمتع به السلطة التنفيذية فيها ، حيث نص على تمثيل واحد لكل وزارة ، مع استثناء تمثيل وزارة الاقتصاد بممثلين كونها توضع تحت رئاسة وزير الاقتصاد ، كما تمّ تمييز وزارة التجهيز والسكن ب ثلاثة ممثلين[165] .

ويتم تعيين الأعضاء بموجب قرار صادر عن وزير الاقتصاد بناء على اقتراح من الوزير المعني ، وتخضع العضوية للتجديد بنسبة الثلث كل ثلاث سنوات [166].

وبالنسبة لسير العمل فيها فينص المرسوم على أنها تصادق على نظامها الداخلي بعد الموافقة عليه من قبل وزير الاقتصاد بقرار صادر منه [167]

رابعا _في المرسوم الرئاسي رقم 02_250

لم يقم المشرع هنا باعتماد مبدأ تعدد تشكيلات اللجنة الوطنية للصفقات حسب تنوع اختصاصاتها ودورات انعقادها إلى عادية واستثنائية ، فنص على تشكيلة واحدة لكنه وفي المقابل اعتمد في قاعدة تشكيل اللجنة الوطنية للصفقات على مبدأ التمثيل المزدوج لكل من وزارة المالية

[165] _ نص المادة 131 من **مرسوم تنفيذي رقم 91_434 مؤرخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 57، مؤرخ في 13 نوفمبر 1991.**

[166] _ نص المادة 132 من **مرسوم تنفيذي رقم 91_434، السابق ذكره**

[167] _ نص المادة 135 من **مرسوم تنفيذي رقم 91_434، السابق ذكره**

ووزارة الأشغال العمومية من خلال نص المادة 131منه فقرة ثانية ، بالإضافة إلى ممثل واحد عن كل وزارة في الفقرة الأولى من نفس المادة [168].

يتكفل الوزير المكلف بالمالية بتعيين الأعضاء بموجب ((قرار)) ،وكذا مستخلفيهم عن طريق اقتراح سابق للسلطة التي ينتمون إليها [169] ، ونلاحظ هنا أن المشرع قد اشترط عنصر أو شرط الكفاءة في الأعضاء الذين يتم اقتراحهم من أجل عضوية اللجنة ، وهو مطلب في غاية الأهمية يعزز دور الفاعلية في ما ينتج عن اللجنة من آراء أو قرارات ، التي تعتبر وبغض النظر عن قوتها القانونية نتيجة اطلاع واسع ودراية وخبرة بميدان نزاعات الصفقات العمومية ، وهو ما يكسبها نوعا من المصداقية [170].

خامسا _ في المرسوم الرئاسي لسنة 2008

قام المشرع هنا بالتوجه نحو مبدأ تعدد اللجان ذات الطابع الوطني ، فتبني تقسيما مزدوجا للجنة الوطنية ، فقد قام بتقسيمها إلى لجنتين حسب معيار موضوعي[171] تتمثلان فيما يلي :

اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال: يتحدد اختصاصها وفقا لمعيار موضوعي أحادي(صفقات الأشغال) توضع تحت رئاسة الوزير المكلف بالمالية أو ممثله ، أما تمثيله فيتميز بطابع من التركيز كونه يتميز بتمثيل ثلاثي على عكس باقي الوزارات [172].

---

[168] _ تنص المادة 131 **من المرسوم الرئاسي 02_250 السابق ذكره، قبل صدور المرسوم الرئاسي 08_388 المعدل والمتمم للمرسوم السابق** ، السابق الذكر على ما يلي :

((تتكون اللجنة الوطنية للصفقات التي يرأسها الوزير المكلف بالمالية أو ممثله ، من ممثل واحد لكل وزارة .

غير أنه لكل من الوزير المكلف بالمالية ووزير الأشغال العمومية ممثلان(2) اثنان))

[169] _ نص المادة 01/132 **المرسوم الرئاسي 02_250 السابق ذكره**

[170] _ وهذا يؤكد من حرص المشرع على العناية بهذه اللجنة كونها لجنة ذات طابع وطني شامل لكل منازعات التنفيذ .

[171] _ نص المادة 126 من المرسوم الرئاسي لسنة 2008.

اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات : يتحدد اختصاصها وفقا لمعيار موضوعي ثلاثي(صفقات اللوازم ، الدراسات والخدمات)،وتوضع تحت رئاسة الوزير المكلف بالمالية أو نائبه ، كما تتميز بنفس خصائص التشكيلة التي تتميز بها لجنة صفقات الأشغال العمومية مع تغييرات على مستوى تمثيل الوزارات الأخرى[173].

وفيما يتعلق بتشكيلة اللجنتين نلاحظ أن المشرع قد اعتمد على تعدد التشكيلات من جهة ، وهي الخاصية التي ميزت تشكيلة كل لجان الصفقات، كما أنه فصل اللجنتين من حيث التشكيلة وهو أمر بديهي[174].

سادسا : في المرسوم الرئاسي رقم 10_236 وما بعده

اعتبر هذا المرسوم مرحلة انتقالية فيما يتعلق باللجنة الوطنية للصفقات ، حيث قام المشرع بتقسيمها إلى ثلاث لجان اعتمادا على المعيار الموضوعي[175] تتمثل في:

اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

---

[172] _ ويتم تشكيلها وفقا لتمثيل وزاري مزدوج عن الوزير المكلف بالمالية(المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة) ، بالإضافة عن ممثله من قسم الصفقات العمومية نائبا ، وتمثيل أحادي يميز باقي الوزارات الأخرى(الدفاع الوطني ، الشؤون الخارجية ، الداخلية والجماعات المحلية ، الأشغال العمومية ، النقل الموارد المائية ، السكن والعمران ، التجارة ، الصناعة وترقية الاستثمارات ، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية ، الوزير الوصي للمصلحة المتعاقدة عندما لا تكون ممثلة في اللجنة).

[173] _ فيما يتعلق بتمثيل باقي الوزارات ذو الطابع الأحادي (مثل لجنة صفقات الأشغال) بالإضافة إلى ممثلي الوزارات الآتية : التربية الوطنية ، التعليم العالي والبحث العلمي ، التعليم والتكوين المهنيين ، الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات ماعدا تمثيل وزير السكن والعمران ووزير الموارد المائية .

[174] _ نص المادة 131من المرسوم الرئاسي لسنة 2008 السابق الذكر

[175] _ نص المادة 142من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 السابق الذكر

وفيما يتعلق بالتشكيلة فيمكن تسجيل نفس الملاحظات المسجلة في المرسوم الرئاسي لسنة 2008 مع تعديلات سطحية تخص التمثيل الأحادي لباقي الوزارات[176].

وهي نفس الملاحظات التي تطبع قوانين الصفقات المتعاقبة إلى غاية المرسوم الرئاسي لسنة 2012 الذي عدل وتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2013[177] .

فرع ثاني :

مدى استقلالية اللجان الوطنية

فيما يتعلق بفكرة مدى استقلاليتها في قوانين الصفقات العمومية ، فسنتعرض إليها باختصار شديد حسب المعايير التي قمنا بتكييفها على أنها أساسية لقياس مدى الاستقلالية الوظيفية للجان الوطنية.

في أمر 1967تضع اللجنة المركزية نظامها الداخلي ذاتيا ، وتعين نائبا للرئيس من بين أعضائها حسب نص المادة 136، وتظهر هنا مستقلة إلى حد بعيد.

تميّزت في المرسوم الرئاسي رقم 02_250 بطابع تبعيّة مطلقة للسلطة التنفيذية ، وذلك من خلال عدة عناصر عضوية (أي من حيث التشكيلة وسير العمل) من بينها :

---

[176] _أنظر نص المادة 149من المرسوم الرئاسي 10_236، السابق ذكره التي تنص على لجنة صفقات الأشغال وكذا نصوص المواد الآتية الذكر :

نص المادة 150لجنة صفقات اللوازم

نص المادة 151 لجنة صفقات الدراسات والخدمات

نص المادة 152 رئاسة اللجان

نص المادة 153 سير العمل

نص المادة 154تمثيل المصلحة المتعاقدة

نص المادة 156إصدار التأشيرة بعد ممارسة صلاحية الرقابة

كما تعد نظامها الداخلي بنفسها كنظام نموذجي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي

[177] **_ المرسوم الرئاسي رقم 13_03 المؤرخ في 13 يناير 2013 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10_236 ، يتضمن قانون الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 02 ، الصادر بتاريخ 13 يناير 2013.**

تؤسس تحت رئاسة الوزير المكلف بالمالية

تتكون من ممثلين عن السلطة التنفيذية عن طريق ممثل واحد عن كل وزارة

ينفرد كل من وزير المالية والوزير المكلف بالأشغال العمومية بتمثيل مزدوج(ممثلين عنهما).

يتم تعيين الأعضاء بموجب قرارا من وزير المالية وكذا مستخلفيهم بناء على اقتراح من السلطة أو الوزارة التي ينتمون إليها.

تجدد اللجنة ثلث أعضائها كل ثلاث سنوات بإتباع نفس طريقة التعيين .

تتميز جلساتها بحضور المصلحة المتعاقدة في اجتماعاتها بانتظام بصوت استشاري مع الالتزام بتقديم جميع المعلومات والتدابير اللازمة .

تصادق على نظامها الداخلي ، الذي يوافق عليه وزير المالية عن طريق قرار.

من ضمانات استقلالية اللجنة أنها تعد نظامها الداخلي بحد ذاتها ، كما تتولى تعيين أحد الأعضاء نائبا للرئيس في حالة تعرض هذا الأخير لأحد الموانع القانونية التي تحول دون أداء مهامه من خلال اللجنة [178].

وهو ما يمكن متابعة استنتاجه عبر قوانين الصفقات العمومية اللاحقة إلى غاية مرسوم 2013[179]، ويمكن استنتاج نفس الملاحظة فيما يتعلق باللجان الوطنية الثلاث في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010[180].

---

[178]– نص المادة 136من أمررقم 90/67 السابق ذكره .

[179]– مرسوم رئاسي رقم13–03 السابق ذكره

[180] _ أنظر نصوص المواد:

نص المادة 149 تتعلق باللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

نص المادة 150 تتعلق باللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

نص المادة 151 تتعلق باللجنة الوطنية لصفقات الدراسات

نلاحظ أن رئاسة اللجان أسندت إلى السلطة التنفيذية (وزير المالية أو ممثله رئيسا وممثل عن وزير المالية من قسم الصفقات العمومية نائبا للرئيس).

تميّز تمثيل السلطة التنفيذية في اللجنة بما يلي :

تمثيل أحادي لكل الوزارات ، وتمثيل مزدوج (ممثلين تنفرد بهما وزارة المالية)،بالإضافة إلى دورها الرئاسي .

يتمتع وزير المالية بسلطة التعيين بموجب قرار وزاري باستثناء الرئيس ونائبه (نلاحظ هيمنة السلطة التنفيذية على عضوية اللجنة) ، و تقوم اللجنة بعملها بحضور المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري ، وتكلف بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة [181].

ما تغير في هذا المرسوم أن النظام الداخلي للجان الوطنية تتم المصادقة عليه من طرفها بعد الموافقة عليه من طرف السلطة التنفيذية بموجب مرسوم تنفيذي ،لا بموجب قرار وزاري ، أي من طرف الوزير الأول لا من طرف وزير المالية [182]

ما يمكن ملاحظته هنا أن المشرع استعمل مصطلحين :

_ مصادقة اللجان على نظامها الداخلي

_ موافقة السلطة التنفيذية مسبقا على النظام الداخلي بموجب مرسوم تنفيذي

تفيد المصادقة والموافقة هنا نفس المعنى ، فلا تصادق اللجان على نظامها الداخلي إلا إذا صادقت عليه السلطة التنفيذية ، وهو ما يجعل هذه الأخير صاحبة سلطة المصادقة الأصيلة ، في حين تبقى مصادقة اللجان مجرد إجراء شكلي كونها لا يمكن أن تحدث أي تغيير في النظام الداخلي بعد ترسيمه من قبل السلطة التنفيذية .

[181]_بخصوص سير العمل في اللجان أنظر نص المادة 154 من مرسوم 02_250 ، المرجع السابق

[182]_نص المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 02_250 ، المرجع السابق

ونعتبر موافقة السلطة التنفيذية إجراء شكليا جوهريا يسبق صدور القرار ، ومن ذلك نكيف ما يصدر عن اللجنة فيما يتعلق بالنظام الداخلي بأنه قرار إداري .

وفيما يتعلق بالمرسوم الرئاسي لسنة 2012 نلاحظ عدم ذكر جديد ، فاستمرت المعايير السابقة التي قمنا باستنتاجها باستثناء إدماج اللجان القطاعية في إطار حدود الاختصاص الموضحة قانونا (توضيح فكرة الاختصاص المانع سيكون محل دراسة لاحقة).

مطلب ثاني:

تدرج صلاحيات اللجان الوطنية عبر قوانين الصفقات المتعاقبة

أولى المشرع الجزائري أهمية قصوى لهذه اللجنة ، فمنح لها صلاحيات أوسع من صلاحيات بقية اللجان ، كما خصها بتنظيم قانوني أوسع شمل أساليب وأطر ممارستها لصلاحياتها ، لذلك سنتعرض لاختصاصاتها في قوانين الصفقات العمومية المتتالية.

ذلك ما سنوضحه من خلال فرعي هذا المطلب ، حيث نتساءل ، هل تميّزت صلاحيات اللجان الوطنية بتسوية النزاعات ؟، سواء كانت منازعات إبرام الصفقة أو تنفيذها في مرحلة محددة ، وهل أبقى المشرع على الميزة التي اتسمت بها صلاحيات هذه اللجان في المرسوم الرئاسي 02 – 250 ؟

ومن أجل ذلك سنتناول المراحل الآتية :

مرحلة عدم اضطلاعها بصلاحية البت في النزاعات

الانتقال إلى صلاحية البت في النزاعات ابتداء من المرسوم الرئاسي 02-250 .[183]

فرع أول:

[183] – مرسوم رئاسي رقم 02_ 250 السابق الذكر

مرحلة عدم اضطلاعها بصلاحية البت في النزاعات

يمكن أن تسمى هذه المرحلة بمرحلة تنوع الاختصاصات دون صلاحية تسوية النزاعات، وامتدت هذه المرحلة لفترة طويلة شكلت استقرارا لموقف المشرع الجزائري في قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة منذ أولها إلى غاية الفترة القبلية لصدور المرسوم الرئاسي لسنة 2002 ، الذي أظهر اهتماما باللجنة الوطنية للصفقات العمومية وبتنوع اختصاصاتها خاصة الدور الرقابي ، دون أن يمكنها من الاضطلاع بأدنى دور لتسوية النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية.

أولا _

أمر رقم90/67 يتضمن قانون الصفقات العمومية[184]

بالنسبة لأمر1967نلاحظ أن اللجنة المركزية كانت تتمتع بعدة صلاحيات ، لكنها لم تكن تضطلع بصلاحية دراسة الطعون أو تسوية أي نوع من المنازعات المنجرة عن الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بالإبرام أو التنفيذ.

تنص المادة 128 من هذا الأمر على أنه تقدم إلى اللجنة المركزية على سبيل الإخبار جميع الصفقات أو العقود غير المعروضة لإبداء رأيها فيها .

ففي مجال التنظيم كانت تتمتع بصلاحية إبداء الرأي في الاقتراحات المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية ، كما تقوم بإعداد دفاتر الشروط الإدارية العامة والصفقات النموذجية لأشغال التوريدات وتقديم الخدمات [185].

كما تضطلع بمهمة مراقبة مستوى الأسعار المطبقة على الصفقات العمومية ، وهنا تتمتع بصلاحية واسعة لاتخاذ تدابير تحقيق أو إجراء خبرة [186].

---

[184] _ أنظر المواد من 116_138 من أمر 67_90 السابق ذكره

[185]– نص المادة 116 من أمر 67_90 السابق ذكره

[186]– نص المادة 117 من أمر 67_90 السابق ذكره

وتمارس صلاحية رقابة تطور الأرقام الاستدلالية للأجور والعناصر المستعملة في النماذج المتعلقة بتغيير أسعار الصفقات العمومية [187].

كما تدرس الأرقام الاستدلالية بناء على اجتماع في دورة خاصة ، قصد تقديم الاقتراحات لوزير التجارة بهدف المصادقة عليها ، وكذا المطالبة عند الاقتضاء بكل تعديل لإجراءات إنشائها[188].

وذلك دون أن ننسى دورها الأساسي في مجال الرقابة قصد منح التأشيرات مع تطبيق المعيار المالي.

ألزم المشرع من خلال هذا القانون هذه اللجنة بإجراء مداولة سنوية شاملة تتضمن المحاور الأساسية، وإدراجها في تقرير يتضمن نشاطاتها يرسل إلى جميع الوزراء ، ويعتبر هذا الطرح من وجهة نظرنا من عوامل هدم أو إضعاف الاستقلالية الوظيفية للجنة حتى لا نبالغ في طرحنا هذا[189].

تنص المادة 125على أن رأي اللجنة يكتسي صبغة إلزامية.

تنص المادة 135يجوز لوزير التجارة ووزير المالية والتخطيط مخالفة رأي اللجنة بقرار مشترك ومعلل .

ثانيا :

المرسوم رقم 145/ 82 والمرسوم التنفيذي91_434

---

[187]– نص المادة 118من أمر 67_90 السابق ذكره

[188]– نص المادة 119 من أمر 67_90 السابق ذكره

[189]– تنص المادة من أمر 67_90 السابق ذكره 137على ما يلي :

"تتداول اللجنة المركزية للصفقات في الجلسة السنوية الأخيرة حول النقط الرئيسية الواردة في التقرير المتضمن لنشاط اللجنة والذي يرسل إلى جميع الوزراء ".

أما بالنسبة للمرسوم رقم145_82[190]، فنلاحظ أولا وقبل التطرق إلى اللجنة الوطنية للصفقات العمومية أن المشرع قد ركز على تسوية منازعات التنفيذ ، حيث جاء نص المادة 104 مشيرا بصفة واضحة وصريحة إلى ذلك ، ناهيك عن كون نص المادة يندرج ضمن القسم الفرعي الثالث المعنون ((تسوية خلافات التنفيذ)) ، وذلك مع إحالة صريحة لضرورة البحث عن حل ودي مسبق [191].

وبالمقابل وفيما يتعلق باللجنة الوطنية للصفقات[192]، نلاحظ تكرر نفس الملاحظة بالنسبة للقانون السابق ، حيث أن المشرع أولى اهتماما كبيرا بهذه اللجنة ومنحها كذلك قدرا من الصلاحيات المتنوعة ، لكنه لم يمنحها صلاحية تسوية المنازعات المتعلقة بمجال الصفقات العمومية ، وذلك ما تلخصه نص المادة 135من نفس المرسوم بنصها الآتي:

" تتمثل اختصاصات اللجنة الوطنية للصفقات في ما يأتي:

– تساهم في برمجة الطلبات العمومية وتوجيها طبقا للسياسة التي تحددها الحكومة ،

---

[190] _ المواد من 134_143 من مرسوم رقم 145/ 82 ، المرجع السابق .

[191] _ونلاحظ هنا أن الحل الودي هو كذلك طريقة بديلة عن الطرق القضائية الأصيلة لتسوية النزاعات ، ونحن نرى أن صريح نص المادة يعتبر تعبيرا ضمنيا أو دلالة على إرادة المشرع باحتكار الجهات القضائية لصلاحية تسوية منازعات الإبرام ، دون الأخذ بالطرق البديلة في مجال هذه الأخيرة ، وذلك يعني أنه جعل منها حكرا على منازعات التنفيذ .

*ورأى بعض الفقه ضرورة الاحتجاج أمام المصلحة المتعاقدة إذا ظهر نزاع تنفيذي يتعلق بالصفقة قبل الطعن أمام اللجنة المختصة لتتدخل لتسوية النزاع وهو ما يظهر سعيه للحل الودي قبل اتخاذ أي إجراء

Patricia Grelier Wyckoff **, le mémento des marchés publics de travaux (Intervenants, passation et exécution)** , Eyrolles , 5 eme édition , Paris , 2012,p285

[192]– تنص المادة 134 من مرسوم رقم 145/ 82 ، المرجع السابق على ما يلي :

((تنشأ لجنة وطنية للصفقات))

– تساهم في إعداد تنظيم صفقات المتعامل العمومي؛

– تراقب شرعية إبرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية ."

وقامت المواد القانونية اللاحقة بتفصيل كيفية ممارسة هذه الاختصاصات [193]

وهو ما يمكن استنتاجه كذلك في المرسوم التنفيذي لسنة 1991 ، حيث أنه لم يشر إلى أية صلاحية تتعلق بتسوية النزاعات ، على تعدد المواد القانونية التي عدّدت صلاحيات اللجنة[194].

فرع ثاني:

الانتقال إلى صلاحية البت في النزاعات ابتداء من المرسوم الرئاسي 02 –250 .

ارتأينا تسمية هذه المرحلة بمرحلة الانتقال إلى مرحلة تنوع الاختصاصات مع إضافة صلاحية البت في النزاعات ، وهو ما سنلاحظه من خلال استقراء قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة .

في المرسوم الرئاسي02_250، نلاحظ أن اختصاصاتها انحصرت في مجال برمجة الطلبات العمومية ، واعتبر مجال التنظيم متعلقا بتسوية النزاعات، والمجال المتعلق بممارسة دور الرقابة ، أما المجال المتعلق بتسوية النزاعات فتم إدراجه ضمن المجال التنظيمي ،وشكّل المجال المستحدث.

أحدثت اللجنة الوطنية للصفقات العمومية بموجب نص المادة126من مرسوم 02-250[195] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،وتميزت بتنوع الاختصاصات[196] مثل سابقتها في

[193]– في مجال الطلبات العمومية وبرمجتها وتوجيهها ، نص المادة 136، من المرسوم 82_145 السابق ذكره .

في مجال التنظيم نص المادة 137 من المرسوم 82_145 السابق ذكره .

في مجال الرقابة نص المادة 138 من المرسوم 82_145 السابق ذكره .

[194] _ نصوص المواد 129،128،127 من المرسوم التنفيذي رقم 91_434 المتضمن الصفقات العمومية السابق الذكر

قانون الصفقات العمومية السابق ، لكن المشرع من خلال هذا المرسوم أضاف لها دور البت في المنازعات، ومن هذا المنطلق أحدث تغييرا في المسار السابق الذي كان يميز مجال اختصاصات اللجان ذات الطابع الوطني .

حدّد المشرع دور اللجنة الوطنية في مجال تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية في تسوية المنازعات الناتجة عن التنفيذ فقط ، وذلك عن طريق البت في الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد ، قبل أي دعوى قضائية [197].

---

[195] _ تنص المادة 126 من المرسوم الرئاسي 02- 250 السابق الذكر على ما يلي :

((تحدث لجنة وطنية للصفقات العمومية))

[196] – تنص المادة 127 من مرسوم رئاسي 02-250 السابق الذكر على ما يلي :

((تتمثل اختصاصات اللجنة الوطنية للصفقات في ما يلي :

– تساهم في برمجة الطلبات العمومية وتوجيهها طبقا للسياسة التي تحددها الحكومة

– تساهم في إعداد تنظيم الصفقات العمومية

–تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية ذات الأهمية الوطنية))

من خلال هذه المادة نستنتج أدوار أو اختصاصات اللجنة الوطنية التي تنحصر في برمجة الطلبات العمومية وتوجيهها ، وفصلتها المادة 128 من نفس المرسوم .

مجال التنظيم ، وفصلته نص المادة 129 من نفس المرسوم .

ومجال الرقابة ، وفصلته نص المادة 130 من نفس المرسوم .

[197]– نص المادة 129 من المرسوم الرئاسي 250/02 المقطع 03

((تدرس كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد قبل أي دعوى قضائية حول النزاعات المنجرة عن تنفيذ الصفقة))

نلاحظ ومن خلال الصياغة القانونية لنص المادة ، وخاصة في هذا المقطع "**الطابع المسبق للطعن**"، الذي يكون سابقا لأي دعوى قضائية ترفع أمام القضاء الرسمي ، وهو ما يضفي طابع الطرق البديلة عن القضاء الرسمي المتعلق بتسوية نزاعات التنفيذ في مجال الصفقات العمومية ، أما فيما يتعلق بمدى إلزامية الطعن الموجه أمامها في مجال منازعات التنفيذ فنلاحظ أن المشرع انصرف إلى بعد اختياري[198]، وهو ما سنتناوله بالتفصيل من خلال العناصر اللاحقة لهذه الدراسة.

نلاحظ أن المشرع قد قام بإدراج هذه الصلاحية ضمن الصلاحيات التنظيمية للجنة الوطنية للصفقات العمومية ، وهو تصنيف في غير محله حسب وجهة نظرنا ، لأن صلاحية البت في النزاعات صلاحية تتمتع بنوع من الاستقلالية والتميز عن الصلاحية التنظيمية التي في معناها المشاركة في تنظيم مجال الصفقات العمومية[199].

---

[198] _وحول هذه المسالة يرى بعض الفقه في فرنسا بعض الامتيازات التي تثار حول مسالة الطعن الإداري المسبق والتي تغنينا عن البحث في طابعها الإلزامي أم الاختياري ، وحول ذلك يرى :

((qu'il soit facultatif ou obligatoire le recours administratif préalable présente bien des intérêts il offre au citoyen un moyen simple économique et rapide pour espérer obtenir la réformation d'une décision en faisant valoir des arguments de droit ou d'opportunité ou au moins une meilleure explication de celle-ci l'administration y trouve pour sa part la possibilité de corriger d'éventuelles erreurs ou illégalités et de mieux adapter ses décisions a la situation réelle des administrés ;enfin ; en permettant éventuellement de désamorcer à l'amiable un litige ; le recours administratif préalable contribue à la diminution des contentieux et donc de l'encombrement des juridictions administratives));

MATTIAS GUYOMAR ,BERTRAND SEILLER, **contentieux administratif** ,2eme édition, DALLOZ,PARIS, 2012.p233

À ce point voir aussi:

Thierry –Xavier Girardot, **le recours administratif préalable ; l' obligation du recours administratif préalable,** revue française de droit administratif , 22eme Année , mai – juin 2006 ,pages 447-660, Dalloz, France ,p544

[199]– وهو ما تناوله المشرع بالنص في المادة 126

*اقتراح إجراءات من شأنها تحسين ظروف الابرام

وفيما يتعلق بما أضافه المشرع في المقطع 05 من نص المادة 129 فهو في غير محله، كونه يتعلق بدور ذو بعد رقابي أكثر من كونه تنظيمي لأنه يتعلق بدور اللجنة الوطنية في الإطلاع على الصعوبات الناتجة عن تطبيق الأحكام المتعلقة بالرقابة الخارجية، ويظهر هنا ذو بعد رقابي مكمل لدور الرقابة الخارجية في مجال الصفقات العمومية .

كما تم تدعيمه بدورها في السهر على تطبيق القواعد التي ينص عليها مرسوم الصفقات العمومية تطبيقا موحدا ، وهو ما يؤكد طرحنا السابق الذي اعتبرنا فيه مثل هذا الدور ذو بعد رقابي.

كان من الممكن لو قام المشرع بإدراج دور اللجنة الوطنية في البت في النزاعات ضمن الدور الرقابي كونه ذو بعد رقابي كذلك.

تم النص على الدور الرقابي انطلاقا من نص المادة 130 التي قامت بتحديد عام للعتبة المالية التي تحدد مجال الرقابة الذي تمارسه اللجنة الوطنية وحدد كما يلي : *الأشغال التي يفوق مبلغها 200.000.000 دج بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة.

*صفقات اللوازم التي يفوق مبلغها 100.000.000 بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة.

*صفقات الدراسات والخدمات التي يفوق مبلغها 60.000.000 وكل ملحق بهذه الصفقة.

* أية صفقة تحتوي على البند الوارد في نص المادة 93 من هذا المرسوم التي يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر من ذلك .

*أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية إلى المستويات المحددة أعلاه أو أكثر من ذلك.

تغير مسار المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية لسنة 2008، فقام بتفريع اللجنة الوطنية للصفقات العمومية إلى لجنتين مع إعادة هيكلة وتنظيم شاملين ، وقام من خلال قانون

---

*المشاركة في تطبيق أي إجراء من شانه المساهمة في تحسين ظروف الابرام.

*فحص دفاتر الشروط والأحكام المشتركة قبل المصادقة عليها.

*تقديم الآراء المتعلقة بمشاريع الأرقام الاستدلالية المستعملة في صيغ مراجعة الأسعار.

الصفقات العمومية لسنة 2010 بتبني ثلاث لجان وطنية ، وهو ما يبرز طابع الاهتمام التشريعي باللجان ذات البعد الوطني الذي سنتناوله من خلال المبحث الموالي من هذه الدراسة .

مبحث ثاني:

مرحلة ازدياد الاهتمام الملحوظ للمشرع باللجان الوطنية للصفقات

تمثلت خصوصيات هذه المرحلة في اتجاه المشرع إلى تبني قاعدة تعدد اللجان الوطنية للصفقات، وذلك يثير تساؤلات متعددة تتمثل في :

هل تختص كل اللجان الوطنية للصفقات بجميع المنازعات ؟أم أن المشرع قصرها على مجال نزاعات معينة؟ وإذا قمنا بمقارنة موقف المشرع فيما يتعلق بالتحكيم، فقد كان غير واضح في نص المادة 1006 فقرة 03 من قانون 08/09التي حددت اختصاص التحكيم بمنازعات التنفيذ فقط ، فهل كان الوضع كذلك فيما يتعلق باختصاصات هذه اللجان؟

وهو ما سنتناوله في الباب الثاني من هذه الدراسة.

سنتناول من خلال هذا المبحث دراسة الإطار العضوي والوظيفي للجان الوطنية للصفقات العمومية من خلال ما يلي :

تكريس تعدد اللجان الوطنية للصفقات بصفة تدرجيّة ، في مطلب أول

المسائل القانونية للطعن أمام اللجان الوطنية للصفقات، في مطلب ثاني

مطلب أول:

تبني المشرع قاعدة تعدد اللجان الوطنية للصفقات بصفة تدرجيّة

تميزت هذه المرحلة بتوجّه المشرع إلى تبني تعدّد في اللجان الوطنية ، فقام بتبني لجنتين وطنيتين في مرسوم 2008 [200] ، وثلاث لجان وطنية في مرسوم 2010 ،وما يمكن ملاحظته **هو** أن المشرع الجزائري تدرج عبر مرحلتين يمكن أن نلخصهما في ما يلي :

ازدواجية اللجان ذات الطابع الوطني

ثلاثية اللجان ذات الطابع الوطني

سنقوم بتفصيل ودراسة هاتين المرحلتين من خلال التفريع الآتي:

الاحتفاظ بالطابع الأحادي للجنة الوطنية لصفقات الأشغال

---

[200] _ **تنص المادة 28 من المرسوم الرئاسي لسنة 2008 السابق ذكره ، المعدلة لنص المادة 126 من المرسوم الرئاسي لسنة 2002 السابق ذكره** ، على إحداث اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية بدل اللجنة الوطنية للصفقات ، التي كانت في المرسوم السابق المتضمن قانون الصفقات العمومية ، وقد جاء نصها كالآتي:

" تحدث لجنتان وطنيتان للصفقات :

_اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال .

_اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات))

استقلال اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم عن اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

فرع أول:

الاحتفاظ بالطابع الأحادي للجنة الوطنية لصفقات الأشغال

لم يقم المشرع بإجراء تفريعات في لجان صفقات الأشغال العمومية ، لذلك سنتناول من خلال هذا الفرع التشكيلة التي تتميز بها هذه اللجنة (أولا) ، ثم ننتقل إلى دراسات الاختصاصات التي تتمتع بها هذه اللجنة في إطار قانون الصفقات العمومية (ثانيا)

أولا :

تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

تميزت جميع المراحل التشريعية التي تناولت اللجان الوطنية بإعادة الهيكلة و التأطير بطابع أحادية اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال ، سواء من الجانب العضوي ، الشكلي ،أو من الجانب الموضوعي .

أما بالنسبة للتنظيم العضوي للجنة فنلاحظ استمرارية سيطرة السلطة التنفيذية وذلك عن طريق العناصر الآتية :

رئاسة اللجنة من طرف الوزير المكلف بالمالية أو ممثله .

تعيين ممثل للوزير المكلف بالمالية من قسم الصفقات العمومية نائبا للرئيس.

وممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية ، الأول من المديرية العامة للميزانية، والثاني من المديرية العامة للمحاسبة [201] ، ونلاحظ هنا أن دور وزارة المالية قد تعزز بتمثيل مركز بأربعة أعضاء (رئيس اللجنة نائبه وممثلين اثنين)[202].

أما بالنسبة لبقية الوزارات فقد احتفظ لها المشرع بتمثيل واحد ، وذلك يؤكد الطابع الوطني للجنة ، بدليل عدم اقتصارها على قطاع واحد ، فهي تشمل كل القطاعات الممثلة بالوزارات ، هذا ما قمنا باستنتاجه من خلال الدراسة العضوية للجان في هذا المبحث .

أظهر المشرع عناية وحرص على تكوّن اللجنة من أعضاء ذوي دراية واسعة بالمجال ، وهو ما يعزز دورهما في مجال الرقابة وتسوية النزاعات الأمر الذي يعنينا في دراستنا هذه [203].

---

[201] _تنص المادة 131 مقطع 03.02.01 بعد تعديل وتتميم 2008 على ما يلي :

((تتكون اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال كما يأتي :

_الوزير المكلف بالمالية أو ممثله رئيسا ،

_ممثل الوزير المكلف بالمالية (قسم الصفقات العمومية)، نائبا للرئيس ،

ممثلين (2)عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)).

[202]– وقد اعتبر الدكتور عمار بوضياف أن ذلك يعطي لها الحصة الأولى في مقاعد اللجنة ، وتفسير ذلك يعود بالأساس لدور هذه اللجنة المتعاظم في مجال الصفقات العمومية ، ولعلاقة الصفقات العمومية بالمال العام وحقوق الخزينة العامة.

أنظر : عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 173.

[203]– **نص المادة 132 من مرسوم الرئاسي لسنة 2002 المعدل بموجب نص المادة 35 من المرسوم الرئاسي لسنة 2008 السابقي الذكر** الذي جاء نصه كالآتي:

(يعين الوزير المكلف بالمالية بقرار أعضاء اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية و مستخلفيهم بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذي ينتمون إليه ويختارون لذلك نظرا لكفاءاتهم).

يتم تعيين كل أعضاء اللجنتين، فقد تبنى المشرع معيار التعيين دون الإشارة إلى معيار آخر، فلم يشر إلى أي عضو منتخب من البرلمان نظرا للطابع الوطني للجنة، وذلك يعاكس حال اللجنتين البلدية[204] و الولائية[205] وكذا لجنة المؤسسة المحلية[206]الذين تضمنوا أعضاء منتخبين ، دون الجنة الوزارية ولجنة مركز البحث والمؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني .

ثانيا:

اختصاصات اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

تختص هذه اللجنة قياسا على نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي لسنة 2002 ، التي قامت بتحديد مجال اختصاص اللجنة بالرقابة استنادا إلى معيار مالي ، حيث تختص بدراسة الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد في مجال تنفيذ صفقات الأشغال الآتية:

---

[204]– تتكون من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا ، وكذا من ممثلين عن المجلس الشعبي البلدي ، حسب نص **المادة 122 من المرسوم الرئاسي لسنة 2002 المعدل و المتمم، وقد أضاف المشرع الجزائري ممثلين منتخبين عن المجلس الشعبي البلدي في تعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 2008، وكذا المادة 137 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010، السابق ذكرهم .**

[205]– تتكون من ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي(أي معينين) ، مع احتمال تعيينهم من الأعضاء المنتخبين بموجب نص المادة 120 من مرسوم 2002، وكذا المادة 135 من مرسوم 2010.

لكن المشرع في تعديل قانون الصفقات العمومية لم يتطرق إلى إعادة صياغة المادة حتى في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 الذي يتضمن إعادة تنظيم مجال الصفقات العمومية.

[206]– تتكون من ممثل منتخب عن مجلس الجماعة المحلية المعنية ، **حسب نص المادة 122 مكرر من المرسوم الرئاسي 08_ 338 المعدل والمتمم ، وكذا نص المادة 138 من المرسوم الرئاسي 2010 السابق ذكرهم .**

_كل صفقات الأشغال التي يفوق مبلغها أربعمائة مليون دينار(400000000) دج بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة [207].

–أي صفقة تحتوي على البند الوارد في نص المادة 93 التي يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد في الفقرة السابقة أو إلى أكثر من ذلك [208].

– أي ملحق يرفع المبلغ المحدد للصفقة الأساسية إلى المستوى المحدد في الفقرة السابقة أو إلى أكثر من ذلك [209].

تم تعديل هذه القواعد في المرسوم الحالي المنظم للصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي لسنة 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي لسنة 2010)

تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال في مجال الرقابة في :

*كل مشروع صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000) وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106[210]

---

[207] _ فقرة أولى من **نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي لسنة 2002 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2008 السابق ذكرهم.**

[208]– تنص **المادة 93 من المرسوم الرئاسي لسنة 2002 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2008** على ما يلي :

" لا يخضع الملحق في مفهوم المادة90أعلاه إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد ، وإذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا ،النسب الآتية :

–20%من الصفقة الأصلية ، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة

–10%من الصفقة الأصلية ، بالنسبة إلى صفقات التي هي من اختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات ".

[209]_ فقرة أخيرة من نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي لسنة 2002 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2008.

*الصفقة التي تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 106 من هدا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك [211]

*ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك في حدود المستويين المبينين في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية .

يستثنى من هذا المجال مشاريع الصفقات التي تكون من اختصاص اللجنة القطاعية المعنية بالصفقة ، كما هو منصوص عليه في نص المادة 148 مكرر من هذا المرسوم وسنتعرض إليها لاحقا من خلال هذه الدراسة[212].

فرع ثاني :

استقلال اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم عن اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

سبقت لنا الإشارة في البداية إلى أن المرسوم الرئاسي لسنة 2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية هو الأول من نوعه بين قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة الذي أوكل للجنة الوطنية للصفقات العمومية صلاحية النظر في الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد بخصوص منازعات التنفيذ ، أي أنه أوكل لها مهمة النظر في الطعون أو صلاحية تسوية النزاعات[213].

---

[210]–المادة 146 مقطع 01 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2013(في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 كانت العتبة المالية 600.000.000 دج).

[211]_المادة 146 مقطع 02 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2013 السابق ذكرهم.

[212]– المادة 146 مقطع 03 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2013 السابق ذكرهم.

[213] – ونلاحظ هنا أنه ، وبموجب **أمر رقم 67/90 المتضمن قانون الصفقات العمومية السابق ذكره** ، كانت اللجنة تتمتع باختصاصات متعددة ومتنوعة ، لكنها لم تكن تتمتع بأية صلاحية تتعلق بتسوية المنازعات القائمة ، وتتمثل هذه الصلاحيات في عدة مجالات منها :

أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي لسنة 2008 فنلاحظ أن المشرع قد أعاد هيكلة اللجنة بتقسيمها إلى لجنتين تتمثلان في :

اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال و اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات [214]، هذه الأخيرة خضعت إلى تقسيم داخلي ثنائي وفقا للمعيار الموضوعي في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010إلى:

اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

أولا :

اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

وفقا للمرسوم الرئاسي لسنة 2012 تختص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم في مجال الرقابة بالفصل في كل مشروع صفقة وفقا للعتبة المالية الآتية[215]:

---

*مجال التنظيم الخاص بالصفقات العمومية عن طريق إبداء الآراء في الاقتراحات المتعلقة بالمجال .

* تعد دفاتر الشروط الإدارية العامة ، و الصفقات النموذجية لأشغال التوريدات وتقديم الخدمات 116.

*تتمتع بصلاحية مراقبة مستوى الأسعار المطبقة على الصفقات العمومية بموجب نص المادة117.

* صلاحية رقابة تطور الأرقام الاستدلالية للأجور، والعناصر المستعملة في النماذج المتعلقة بتغيير أسعار الصفقات حسب نص المادة 118.

*صلاحية دراسة الأرقام الاستدلالية بناء على اجتماع في دورة خاصة بموجب نص المادة 118.

*تتمتع هنا بصلاحية اتخاذ رأي إلزامي حسب نص المادة 125.

[214] _ نص المادة131 من المرسوم الرئاسي لسنة 2008 السابق ذكره.

[215] – نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 السابق ذكره .

*صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار 300.000.000 دج ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 .

*كل صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 106 من هذا المرسوم ، التي يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى المقدار المبلغ المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك.

*ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر في حدود المستويين المبينين في المادة 106 من هذا المرسوم ، باستثناء تلك التي تكون من اختصاص اللجنة القطاعية كما هو منصوص عليه في المادة 148 مكرر

ثانيا :

اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

ويتحدد مجال اختصاصها وفقا للعتبات المالية الآتية [216]:

*صفقات الخدمات التي يفوق مبلغها مائتي مليون دينار 200.000.000 دج ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في نص المادة 106 من هذا المرسوم.

*صفقات الدراسات التي يفوق مبلغها ستين مليون دينار 60.000.000 ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في نص المادة 106 .

* صفقات الخدمات أو الدراسات التي تحتوى على البند المنصوص عليه في المادة 106 من هذا المرسوم ، التي يمكن أن ترفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك .

* ملحق يرفع المبلغ الأصلي لصفقة الخدمات أو الدراسات إلى المبالغ المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك في حدود المستويين المبينين في المادة 106 من هذا المرسوم ، باستثناء تلك التي تكون من اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات كما هو منصوص عليه في المادة 148 مكرر .

[216] – نص المادة 148 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره.

وما يمكن ملاحظته على قواعد توزيع الاختصاص بين اللجان الوطنية للصفقات ما يلي :

فيما يتعلق باختصاصات كل من اللجنتين الوطنيتين ، فنلاحظ نفس الصلاحيات التي كانت موجودة في المرسوم السابق [217]، وأضاف لهما تعديل 2008صلاحية مراقبة إجراءات منح الصفقات العمومية ذات الأهمية الوطنية ، فالمشرع هنا لم يكتف بصلاحية رقابة إجراءات إبرام هذه الصفقات مثلما كان ينص عليه في المرسوم السابق [218].

كما استمرت اللجان الوطنية تتمتع بصلاحية دراسة كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد إذا ما تعلق الأمر بمنازعات التنفيذ ، كما أضاف المرسوم الرئاسي لسنة 2010 لصلاحيات هذه اللجان اختصاص دراسة الطعون التي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ((منازعات المنح المؤقت))، وهو ما احتفظ به المرسوم الرئاسي لسنة 2012[219].

مطلب ثاني :

المسائل القانونية للطعن أمام اللجان الوطنية للصفقات

سنحاول من خلال هذا المطلب حصر مجموعة المسائل القانونية التي يثيرها الطعن الموجه أمام اللجان الوطنية للصفقات ، وهي مجموعة المسائل التي يمكن أن تنطبق على كل الطعون الإدارية سواء كانت تتعلق بتلك المرفوعة أمام القضاء أو المرفوعة أمام اللجان الإدارية الأخرى ،

---

[217]– تنص المادة 127 عمن المرسوم الرئاسي 10_236 السابق ذكره ، على أن اللجنتين الوطنيتين للصفقات تختصان في مجال المساهمة في برمجة الطلبات العمومية وتوجيهها طبقا للسياسة العامة للحكومة ، كما تساهمان في إعداد التنظيم الخاص بالصفقات العمومية ، وهي نفس صياغة المادة قبل التعديل .

[218]– تنص المادة 127 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10_236 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2008 ، السابق ذكره على ما يلي:

" تراقبان صحة إجراءات إبرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية ومنحها" .

[219] _ نص المادة 144 المقطع الثالث .

غير أن إثارتها بالمقارنة مع الطعون القضائية يفتح عدة أوجه للمقارنة منها ما يثير أوجه تشابه ، ومنها ما يثير أوجه اختلاف ، ذلك ما يعطي هذه الطعون الإدارية طابعها الخصوصي الذي قمنا بملاحظته من خلال هذه الدراسة ، لذلك اقترحنا تفريع هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الطبيعة القانونية للطعن الموجه أمام اللجان الوطنية

النتائج القانونية المترتبة عن الطعن أمام اللجان الوطنية للصفقات

فرع أول :

الطبيعة القانونية للطعن الموجه أمام اللجان الوطنية

سنتعرض من خلال هذا الفرع إلى إثارة عدة مسائل قانونية مهمة ، كونها تسري على اللجان القطاعية نظرا لخاصية الطابع المانع الذي يميز اختصاص هذه اللجان، تتمحور حول الطابع الذي يتمتع به الطعن الموجه أمام هذه اللجان ، هل هو اختياري أم وجوبي(أولا)، ثم نبحث في طبيعته القانونية فنتساءل هل تشبه هذه الطعون الإدارية التقليدية (ثانيا)، أم أنها تعتبر تسويه تشبه التسوية القضائية (ثالثا).

أولا :

مدى إلزامية إجراء الطعن

يعتبر اللجوء إلى هذه اللجنة اختياريا حسب نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02_250 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، فهو يندرج ضمن **طرق تسوية النزاع خارج ساحة القضاء.**

حرص المشرع على الحفاظ على المال العام والسرعة في إنجاز المشاريع ، فحاول إيجاد طرق من أجل تسوية النزاع من دون اللجوء إلى القضاء ، وتحمل ما قد يترتب عنه من ضياع

للوقت في حالة اللجوء إلى التفاوض المباشر، أو في حال اللجوء إلى اللجنة الوطنية للصفقات العمومية كحل اختياري [220].

"يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة لدى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا خلال الثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن ..."

تميّزت هذه المادة ببعض الغموض[221]، ففي الفقرة الأولى أرسى المشرع فكرة الطابع الإلزامي للحل الودي " **غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ هذه الصفقات كلما سمح هذا الحل بما يلي..."**

فمن جهة يعتبر اللجوء إلى اللجنة الوطنية حلا وديا يندرج ضمن الفكرة التي أتت بها الفقرة الأولى التي أرست قاعدة عامة للحلول الودية وهي خاصية الإلزامية .

تفيد عبارة "يمكن" الجواز لا الوجوب ، بما يعني أن إجراء الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات صار اختياريا وهو ما يوصلنا إلى نتيجة تتمثل في إمكانية أن تتجاوز إجراء التظلم، ثم يرفع المتعامل المتعاقد دعواه أمام الجهة القضائية المختصة [222].

وفي نفس سياق الرأي السابق تفيد عبارة **(يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة...)** ،أن المشرع قد ربط فكرة الطابع الاختياري في هذه الحالة بشرط يتمثل

---

[220]–وفي ذلك تراجع عن الموقف المعبر عنه في القوانين السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية ، أين كان الطعن أمام هذه اللجنة شرطا ضروريا سابقا عن أية منازعة أمام القضاء ، يترتب عن عدم احترامها عدم قبول الدعوى شكلا.

[221]–د محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق ،ص 99

[222]– عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص ، 190

في أسبقية الحل الودي عن الحل القضائي، وهو ما يفيد تحول فكرة اللجوء إلى لجنة الصفقات الوطنية إلى الطابع الإلزامي (الصيغة الشرطية لنص المادة)[223].

تسجل نفس الملاحظة على نص المادة 102 في قانون 2002 باعتبارها السابقة التشريعية في المجال[224] ، لكنها تتميزا بالتشدد أو التركيز في الطابع الإلزامي الضمني وغير الصريح للجوء إلى اللجنة الوطنية للصفقات ، وذلك بموجب تضمين المادة عبارة "**وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية**".

وجب على المشرع نظرا لهذا الغموض إعادة صياغة نص المادة ، خاصة أن إجراء التظلم الإداري المسبق أمام اللجنة الوطنية يؤثر على الحل القضائي اللاحق، فإن كان المشرع يفيد الإلزامية ، فإن عدم إجراء الطعن السابق ينجر عنه رفض الدعوى القضائية إذا ارتأى المتعامل المتعاقد تطبيق الفكرة الظاهرة التي تفيد الاختيارية .

يتبيّن لنا أنّ التظلمات الإدارية المسبقة ، التي تعتبر مجرد إلتماسات تقدم للإدارة ، من أجل الوصول إلى حل أسهل دون اللجوء إلى القضاء _ بغض النظر عن خصوصيتها في هذه الحالة _قد أصبحت من قبيل الحلول الاختيارية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

نص المشرع بموجب نص المادة 129على ما يلي :

(تدرس كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد قبل أي دعوى قضائية حول النزاعات المنجرة عن تنفيذ الصفقات العمومية)

---

[223]– نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي لسنة 2008، نص المادة 115 في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 ، ونص المادة 115 في المرسوم الرئاسي لسنة 2012 السابق ذكرهم.

[224]– يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا **قبل كل مقاضاة أمام العدالة** أمام اللجنة الوطنية للصفقات التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال الثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن **وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية.**

لم يشر المشرع إلى طبيعة اللجوء إلى اللجنة اختياريا كان أم إجباريا ، وهو ما يمكن له تأييد فكرة العمل بظاهر نص المادة 102، لكننا نلاحظ أن المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الصفقات العمومية تنبه إلى هذه الفكرة ، فحذف العبارة الأخيرة في نص المادة [225].

تستهدف كل الحلول الودية بغض النظر عن خصوصياتها تجنب اللجوء إلى القضاء أو الوقاية من الحل القضائي إلى أقصى الحدود الممكنة ، وهو الهدف الأساسي من تبني التشريعات لهذه الحلول الودية ، التي و من الأفضل لو كانت إجبارية لأن ذلك من شأنه تحقيق أهداف ومساعي اللجوء إلى الطرق البديلة بشكل إيجابي.

رأى بعض الفقه حول الطابع الإلزامي للطعن الإداري المسبق ، أنه إذا تعلق بمجال الصفقات العمومية ، فإن إلزاميته تعني التشدد والصرامة، فهو طعن تنازعي " يثير نزاعا" ،و يتميز كذلك بإلزامية التقيد بالآجال و إلا تم رفضه، ومع ذلك فان الطعن الإداري لا يعتبر إلزاميا في مجال الإجراءات الإستعجالية للصفقات ، فالمتعامل المتعاقد يرفع طعنا أمام القاضي الإداري المختص مباشرة [226]

---

[225] – نص المادة 115 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 :

" يمكن المتعامل المتعاقد **أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة** التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال ثلاثين(30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن ".

نص المادة 115 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره :

" يمكن المتعامل المتعاقد **أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة ، أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المختصة** التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن ".

[226] -« Lorsque le marché public impose un recours préalable cette obligation est stricte .

Le recours contentieux sera irréversible s'il est introduit sans avoir été présidé de la réclamation prévue au marché ou –au-delà du délai, stipulé .cette irrecevabilité concerne toutes les réclamations prévues au marché ordre de service, refus d'indemnité décompte général et définitif. Contestation d'une sanction ou d'une réalisation. L'irrecevabilité frappe aussi les griefs qui n'avaient pas été présentés dans le recours préalable ;

ثانيا:

مدى اعتبار إجراء الطعن من قبيل التظلمات الإدارية التقليدية

قمنا بتكييف الطعون الإدارية أمام لجان الصفقات العمومية بأنها طعون إدارية خصوصية تشبه التظلمات الإدارية الموجودة في دعاوى الإلغاء، وقد أثيرت بعض الإشكاليات التي تتساءل عن طبيعة هذه الطعون ، هل هي تظلمات أم طعون إدارية ذات طبيعة خصوصية أتى بها المشرع الجزائري؟.

هل تعتبر إذن من قبيل "التظلم الإداري المسبق"؟

يعتبر التظلم الإداري المسبق التماسا يطلب من الإدارة العامة المصدرة للعمل الإداري أو السلطة التي تعلوها من أجل مراجعة العمل الإداري تجنبا للمنازعة القضائية[227]، وقياسا على ذلك سنقارن بين التظلم الإداري بإجراءاته وإجراء الطعن المسبق أمام اللجنتين الوطنيتين للصفقات .

بالنسبة للمرسوم الرئاسي لسنة 2002 في المادة 102_04 التي جاءت بصيغة:

" يمكن المتعامل المتعاقد..." ، وقد سبق أن حللنا هذه المسألة في هذه الدراسة، واعتبرنا الطعن المسبق ذو صيغة اختيارية بعد تبني المشرع لقاعدة الحل الودي الإلزامي عن طريق إقامة مصالحة بين الأطراف المتعاقدة ، التي جاءت في فقرة ثالثة من نفس المادة .

إذا قمنا بإجراء مقارنة بين إجراء التظلم الإداري وإجراء الطعن أمام اللجان الخاصة بالصفقات لمراقبة مدى الانسجام الحاصل بينهما نستنتج ما يلي:

Le recours préalable n'est pas obligatoire en matière de procédure d'urgence .le titulaire du marché peut toujours engager un référé devant le juge administratif »

Catherine Bergeal et Frédérc Lemica **,le contentieux des marchés publics ,** édition Techniques ,PARIS,2004 ,p 268

[227] _ لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

Cédric Milhat **,l'acte administratif entre processus et procédures** ,édition du Papyrus ,Montreuil ,MAI 2007 ,p 46

في هذه الفترة وفي قانون الإجراءات المدنية السابق كان التظلم الإداري " اختياريا " أمام المحاكم الإدارية ، أو أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية ، لكنه اعتبر "إلزاميا " أمام مجلس الدولة .

نظرا لاعتبار الدعاوى المتعلقة بالصفقات العمومية من قبيل دعاوى القضاء الكامل ، فإن الاختصاص القضائي بنظرها ينعقد للأولى.

فإن كان الطعن أمام اللجنة أو اللجنتين اختياريا ابتداء من الفترة التي يعتبر فيها المشرع التظلم اختياريا ، في هذه الفترة اعتبر المشرع الطعن أمام اللجنة من قبيل" التظلم الإداري المسبق " هذا من جهة[228] .

أما من جهة أخرى وفي نفس السياق كان المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية يقر بأولوية التظلم الولائي عن التظلم الرئاسي، وهي القاعدة التي لا يمكن تطبيقها على هذه الحالة فاللجنة الوطنية لا تعتبر سلطة رئاسية تعلو المصلحة المتعاقدة حسب تصنيفات الأشخاص الاعتبارية العامة للقانون العام ، ولا تعتبر حتى ولائية بالنسبة إلى المصلحة المتعاقد ، بل أنها لجنة خاصة ذات استقلالية " مع تحفظ " ، تضطلع باختصاصات معينة بما فيها البت في منازعات التنفيذ ، وهنا ينتفي وصف التظلم الإداري عن الطعن الموجه أمام اللجنة .

قمنا بإجراء هذه المقارنة على ضوء قانون الإجراءات المدنية وقانون الصفقات العمومية لسنة 2002، وتناولنا من خلالها خصائص التظلم ، وخصائص الطعن في القانونين ، ننتقل الآن إلى قانون الصفقات العمومية لسنة 2008.

تنص المادة 102المعدلة بموجب المادة 18من قانون الصفقات العمومية المعدل ، على نفس صيغة الاختيار في الفقرة الرابعة ، وهو ما أكدته المواد 115 من مرسوم 2010 ومرسوم 2012 كما أشرنا إليه سابقا .

---

[228] _ لمزيد من التفاصيل حول أنواع الطعون الإدارية وقواعد تصنيفها راجع :

Paul Lewalle et Luc Donnay, **contentieux Administratif** , 3eme édition , collection de la faculté de l' université de liège ,2008 , p 225_269

* يأخذ صفة قبلية قبل أي مقاضاة أما العدالة وهذا يجعل منه يشبه التظلم الإداري السابق أمام الجهة القضائية المختصة [229].

[229]_ويسمى الطعن المسبق « recours préalable » وقد منحه الفقه عدة خصائص بالإضافة إلى خاصية الأسبقية عن الطعن القضائي ، فهو يتميز بكونه طعنا ذو طابع احتجاجي ، تنازعي " أو يثير نزاعا" ، لكنه ليس ذو طابع قضائي ، وهناك من رأى بضرورة إلزاميته ، مثلما رأى الفقيه « OLIVIES GOHIN »

« le recours du juge Administratif peut et parfois, doit être précédé du recours préalable à l'administration par une procédure de réclamation contentieuse, mais non juridictionnelle ,ou précédé du recours préalable formé par la motif d' un décision A administratif devant les comités administratif »

Olivies Gohin , **contentieux Administratif** , 7eme édition , Lexis Nexis , Paris , 2012 ,p20

* صفة الاختيارية تنسجم وتتناسق مع ما أقره قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون 08-09) مع جعل التظلم الإداري وكقاعدة عامة اختياريا، وبصفة مطلقة سواء كان ذلك أمام المحاكم الإدارية ، أو أمام مجلس الدولة[230].

كما أنه ألغى أولوية الطعن الإداري الرئاسي عن الولائي ، وهذا لا يضيف شيئا كون اللجنة الوطنية لا تعتبر لا جهة رئاسية ولا ولائية للمصلحة المتعاقدة الطرف في النزاع ، وهذا ما أوردناه سابقا .

ثالثا:

مدى اعتبار الطعن تسوية شبه قضائية

---

[230]– تنص المادة 830 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، السابق ذكره

والأصل في الطعن الإداري الموجه أمام اللجان الإدارية الاختيارية ، ويمكن للمشرع أن يشترط الإجبارية فيجعل من الطعن هنا إجراء شكليا لازما لقبول الدعوى المحركة أمام القاضي الإداري لاحقا ، حول هذه المسألة راجع :

Norbert Folquier ,**droit Administratif des bien** ,Lexis Nexis ,Paris ,2011 ,p 586

" **يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة**829 أعلاه.

يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم .

وفي حالة سكوت الجهة الإدارية يستفيد المتظلم من اجل شهرين (2) لتقديم طعنه القضائي ، الذي يسري من تاريخ انتهاء اجل الشهرين (2) المشار إليه في الفقرة أعلاه .

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها ، يبدأ سريان اجل شهرين(2) من تاريخ تبليغ الرفض .

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة "

توصلنا إلى أن الطعن يعتبر طعنا إداريا خصوصيا ، ولا يعتبر من قبيل التظلمات الإدارية السابقة ، إلا أنه سابق عن أية منازعة قضائية ، فما هي درجة الارتباط الحاصل بين هذا الطعن والمنازعة القضائية ، هل يعتبر من قبيل التسوية شبه القضائية ؟

لا تحتوي تشكيلة اللجان بمختلف تخصصاتها على عنصر قضائي يتمتع بصفة القاضي، بالإضافة إلى أنها لا تصدر أحكاما بل مجرد آراء ، هاتين الخاصيتين تكفيان حسب وجهة نظرنا لاستبعاد الطابع القضائي عن لجان الصفقات العمومية ، لكن وظيفتها في تسوية النزاع تشبه وظيفة القضاء ، دون اعتبار ذلك معيارا لإكسابها الصفة القضائية ،وهي مسألة لا نظن أنها تثير خلافات قانونية جدية [231].

بالإضافة إلى أن إخطار لجنة الصفقات المختصة لا يقيد بشكلية محددة فيكفي إخطارها بواسطة رسالة مضمنة مع إشعار بالاستلام ، أو إيداعه شخصيا على مستوى أمانة اللجنة[232] ، وهو معيار آخر يبعد الصفة القضائية عن لجان الصفقات ، كونها لا تخضع للشكليات القانونية لإيداع عريضة افتتاح الدعوى القضائية التي تعتبر إلزامية .

فرع ثاني:

النتائج القانونية المترتبة عن الطعن أمام اللجان الوطنية للصفقات

سنتعرض من خلال هذا الفرع إلى النتائج القانونية التي يرتبها الطعن الإداري الموجه أمام اللجان المختصة فنتعرض إلى الطبيعة القانونية لنتائج أعمالها ، بعد النظر في النزاع ، فنتساءل

---

[231]– لقد عرفها بعض الفقه الإداري في فرنسا على أنها تنظيمات أو هيئات استشارية للتصالح أو القيام بمهمة إجراء الصلح بين طرفي الصفقة المتنازعين في نزاع يتعلق بتنفيذ الصفقة العمومية فقط لا بعملية إبرامها .

((Les comités de règlement amiable sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différend ou litige survenu au recours de l'exécution d'un marché public))

Patricia Grelier Wyckoff, op cit , p 182,183

[232]–Patricia Grelier Wyckoff, Ibid , p 285

عن الشكلية التي تصدر فيها هذه اللجان أعمالها (أولا) ، ثم نتساءل عن مدى إلزامية ما يصدر عنها في مواجهة الطرفين المتنازعين (ثانيا)

أولا :

الطبيعة القانونية لما يصدر عن اللجان

أطلق المشرع منذ قانون 1967على ما يصدر عن اللجنة الوطنية للصفقات " **صفة الرأي**"[233]وذلك يعني انه يتمتع بصفة غير إلزامية بل انه ذو طابع استشاري بغض النظر عن الصلاحيات التي يخوض فيها سواء كانت تتمثل في صلاحية منح التأشيرات, التنظيم...الخ وغيرها من الصلاحيات الأخرى باستثناء صلاحية البت في النزاعات

نص في المقابل على أن رأي اللجنة يكتسي طابعا إلزاميا [234]، وهو في الحقيقة غير منطقي كون رأي اللجنة المركزية للصفقات يمكن تجاوزه بناء على قرار وزاري مشترك بين كل من وزير التجارة ووزير المالية[235] حتى وان كان هذا القرار معللا فلو كان يتمتع بقوة إلزامية لما سمح المشرع أصلا بتجاوزه كما أن المنطق القانوني الخالص يقضي باعتبار الرأي ذو طابع استشاري أو غير إلزاميا[236].

---

[233] – لاحظ نصوص المواد 125.124.123.116 ، من أمر 1967 المنظم للصفقات العمومية ، السابق ذكره ، ونلاحظ في المادة 126 الإشارة الصريحة إلى الصيغة الإلزامية ، حيث تبدي اللجنة الوطنية رأيها إلزاميا ، على عكس نص المواد السابقة التي لم تنص على الصيغة الإلزامية .

[234]– نص المادة 125 من أمر 1967 السابق ذكره .

"**يكتسي رأي اللجنة المركزية للصفقات صبغة إلزامية** ".

[235]– تنص المادة 135 من أمر 1967 السابق ذكره ، على ما يلي :

" **يجوز لوزير التجارة ووزير المالية والتخطيط أن يخالفا رأي اللجنة بقرار مشترك ومعلل** ".

[236]-((Ces comités ne sont ni des juridictions des instances d'arbitrages .Ils émettent des avis que l' administration est libre de suivre ou non)), **Patricia Grelier Wyckoff, op cit , p284**

ثانيا :

القوة الإلزامية لما يصدر عن اللجان

فكرة القوة الإلزامية لقرار الجنة الوطنية يحقق الهدف المبتغى من قاعدة بدائل تسوية النزاع .

غير أن الدكتور عمار بوضياف لاحظ أن المشرع الجزائري اسند صلاحية أو اختصاص الفصل في النزاعات الناتجة عن التنفيذ على كل التراب الوطني وعلى مستوى كل القطاعات على مستوى لجنة وحيدة وهي اللجنة الوطنية للصفقات على الرغم من تخصيصها حسب نوع الصفقة اي وفقا للمعيار المادي أو الموضوعي وهو ما يسجل مركزية شديدة في هذه المسألة .

لذلك رأينا أنه ومن الأفضل إشراك لجان الصفقات الأخرى الوزارية الولائية والبلدية في النظر في منازعات التنفيذ ، وذلك بطبيعة الحال حسب طبيعة الصفقة ، مما يخفف من وجه المركزية [237] ،**(وينطبق ذلك حتى على لجان التسوية الودية التي أضيفت في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) .**

لكنه وبالرجوع إلى ما سبق رأينا أن اللجان التي تختص بالنظر في منازعات التنفيذ على جميع أنواعها تصدر " رأيا" ويعرف الرأي الذي تتخذه لجان الصفقات العمومية حسب بعض الفقه على أنه:

"اقتراح لحل النزاع يوجه إلى الشخص المسؤول عن الصفقة العمومية ، هذا الأخير يمكنه رفضه او قبوله وله الحرية في ذلك ، ويجب ان يبلغ المتعامل المتعاقد بنتائجه في اجل محدد ويبلغ كذلك بأسباب رفضه من طرف الجهة المسؤولة عن الصفقة [238]"

كما ان هذا الأخير يمكنه رفض الرأي كذلك حتى وان كانت المصلحة المتعاقدة قد قبلته كحل للنزاع ، فقبول الطرفين معا شرط لتنفيذ الرأي وبالتالي التصالح وتسوية النزاع المثار أمامهما.

---

[237]–عمار بوضياف ، المرجع السابق ،ص 191

[238] – Catherine Bergeal et Frédéric Lemica , op cit, p 273

مبحث ثالث :

انتقال المشرع من الاختصاص الوطني إلى الاختصاص القطاعي

نتساءل من حيث الإطار الموضوعي لاختصاص هذه اللجان ، هل اعتمد المشرع على شمولية الاضطلاع بكل صلاحية لتسوية المنازعات سواء تعلقت بالإبرام أو التنفيذ ؟وفيما تتمثل الميزة التي جاء بها قانون الصفقات العمومية لسنة 2012 والمرسوم الرئاسي لسنة 2013 – المعدل والمتمم للمرسوم السابق– الذي جاء بهذه اللجان؟

وما هو المعيار الذي تستند إليه صلاحيات اللجان القطاعية ، إذا ما كانت كل اللجان السابق دراستها من اللجنة البلدية إلى اللجان الوطنية قد استنفذت كل مجالات الاختصاص؟ ، لذلك نتساءل عن المعيار المعتمد من قبل المشرع لتحدد اختصاصاتها وحصرها في نفس الوقت لتجنب تداخل الاختصاصات ، وهو ما سنقوم بملاحظته من خلال المراحل الآتية :

مرحلة إنشاء اللجان القطاعية للصفقات العمومية

مرحلة تزامن اختصاص اللجان القطاعية باللجان الوطنية للصفقات العمومية

مرحلة إلغاء اللجان الوطنية و إعادة ضبط اختصاص اللجان القطاعية

مطلب أول:

إنشاء اللجان القطاعية للصفقات العمومية

تمت الإشارة إلى اللجان القطاعية في نص المادة 115 فقرة سادسة من قانون الصفقات العمومية المعدل في 2012 ، واعتبرت هيئات تتولى مهمة تسوية الطعون الخاصة بمنازعات التنفيذ ، وكذا الطعون الخاصة بالاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، بالاشتراك مع اللجان الوطنية للصفقات العمومية ، وقبل التطرق إلى كيفية توزيع الاختصاصات بين هذه اللجان ذات الطابع القطاعي والطابع الوطني ، سوف نتطرق إلى دراسة عضوية شاملة للجان القطاعية من خلال التفريع الاتي:

تشكيلة اللجان القطاعية للصفقات

قواعد سير العمل على مستوى اللجان القطاعية للصفقات

فرع أول:

تشكيلة اللجان القطاعية للصفقات

قام المشرع الجزائري بإحداث اللجان القطاعية للصفقات العمومية بموجب المادة 16من قانون الصفقات العمومية المعدل في 2012[239] إلى جانب اللجان الوطنية.

تنشئ اللجان القطاعية للصفقات العمومية على مستوى كل دائرة وزارية بصفة اختيارية غير إلزامية[240] قصد الاضطلاع بعدة صلاحيات خصها بها القانون ويتم تنصيبها بموجب قرار وزاري يصدره الوزير المعني اللجنة [241].

---

[239] _ تنص المادة 16 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره على ما يلي:

((يعدل العنوان الفرعي الثاني من القسم الثاني من الباب الخامس من المرسوم الرئاسي رقم 10.236.... والمذكور أعلاه كما يأتي :

" اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وتشكيلها"))

[240] _فقرة أولى من نص المادة 142 مكرر من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره .

[241] _ فقرة ثانية من نص المادة 142مكرر من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره .

يتبيّن لنا أنّ إنشاءها على مستوى دائرة وزارية له طابع استثنائي كونه من ناحية يتميز بطابع الاختيارية بين تنصيب اللجنة من عدمها ، ومن ناحية أخرى يتميز بخاصية " كونه مانعا لاختصاص اللجان الوطنية "[242].

يظهر لنا ذلك أن اللجان القطاعية صاحبة الاختصاص الأصيل في الميادين الاختصاص المخولة لها قانونا كون إنشائها يمنع اللجان الوطنية من الاضطلاع بنفس الاختصاص كونه يؤول وبحكم القانون إلى اللجان القطاعية .

تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية تحت رئاسة الوزير المعني[243] أو ممثله رئيسا كما يتولى منصب نائب الرئيس ممثل عن الوزير المعني بالإضافة إلى ممثلان عن القطاع المعني و ممثلان عن وزارة المالية وممثل عن الوزير المكلف بالتجارة [244] .

يتم تعيين كل الأعضاء بموجب قرار صادر عن الوزير المعني بالإضافة إلى تعيين مستخلفين لهم بعد استشارة الوزير الذين يخضعون لسلطته الذي يقدم اقتراحاته إلى الوزير المعني بالتعيين ودوره هنا دور ثانوي غير ملزم كونه يقدم مقترحا فقط وتبقى السلطة التقديرية الواسعة للوزير المعني بالتعيين [245].

---

[242] _الفقرة الأخيرة من نص المادة 142 مكرر، التي تم إحداثها بموجب نص المادة 17 من مرسوم 2012، و التي تنص على ما يلي:

((يكون تنصيب اللجنة القطاعية للصفقات مانعا لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات))

[243] _ نصت المادة 152 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره على ما يلي :

" يرأس اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات ، في حالة غياب رؤسائها أو حدوث مانع لهم ، نواب الرؤساء المذكورين في المواد . 149و150و151و152 مكرر من هذا المرسوم "

[244] _ تنص المادة 152 مكرر، من نفس القانون السابق ذكره .

[245] _ نص المادة 153 فقرة ثانية من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره .

اشترط المشرع عند اقتراح تعيين أعضاء اللجان القطاعية مراعاة عنصر الكفاءة المهنية المطلوبة لشغل منصب عضو باللجنة القطاعية للصفقات ، وهو عنصر بالغ الأهمية من شأنه إضفاء مصداقية أكثر على نشاطات اللجنة القطاعية خاصة الدورين الرقابي و تسوية النزاعات.

قام المشرع بوضع استثناء عن قاعدة التعيين هذه ، فخصّ بها رئيس اللجنة القطاعية ونائبه .، في حين تبنى طريقة أخرى لتعيين باقي الأعضاء ، وهي التعيين من قبل إدارتهم التابعين لها مثلهم مثل مستخلفيهم [246].

يتبيّن لنا هنا الطابع الغامض في صياغة هذه المادة ، كون المشرع من جهة يعطى لنا قاعدة عامة لتعيين الأعضاء ، ثم يستثني الرئيس ونائبه في الفقرة اللاحقة ، وهو حسب رأينا تكليف لا ضرورة منه ، كون طريقة التعيين من الممكن أن تتم الإشارة إليها في فقرة واحدة واضحة.

يعين أعضاء اللجان القطاعية للصفقات لعهدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد في حدود الثلث خلال هذه المدة ، كما يحدد العدد الأقصى للعهد بثلاث عهد[247] .

واعتمد المشرع على مبدأ تمثيل المصلحة المتعاقدة على مستوى اجتماعات اللجان القطاعية للصفقات العمومية مثلها مثل اللجان الوطنية وذلك عن طريق ممثل عنها يتمتع بصوت استشاري.

فرع ثاني :

قواعد سير العمل على مستوى اللجان القطاعية للصفقات

[246] _ نص المادة 153 فقرة ثالثة من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره .

[247] _ نص المادة 153 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره على ما يلي :

" تجدد اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات بالثلث ($\frac{1}{3}$) كل ثلاث (03)سنوات، ويحدد العدد الأقصى للعهد بثلاث (3) "

سنقوم بدراسة قواعد سير العمل على مستوى اللجان القطاعية على ضوء :

نص المادة 156 من قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم السابق والتي تناولت طريقة المصادقة على النظام الداخلي ، وكذلك نص المادة 162 من نفس القانون .

تقوم اللجان القطاعية بممارسة صلاحياتها عن طريق عقد اجتماعات بمبادرة من الرئيس ،الذي يستدعي اللجنة لعقد الاجتماع في دورات انعقاد تتميز بأنها غير منتظمة ، مادامت متوقفة على استدعاء الرئيس ، كلما دعت الضرورة إلى ذلك [248].

ينص قانون الصفقات العمومية على حضور ممثل المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة موضوع الدراسة لاجتماع اللجنة القطاعية، ويتميز حضوره هنا بالانتظام ، أي يحضر كل الاجتماعات المتعلقة بالصفقة التي يتولى تقديمها [249] .

ويتميّز دور المصلحة المتعاقدة في هذه الاجتماعات بإيجابية، كونه يسمح بشرح محتوى الصفقة وتقديم كل المعلومات الضرورية المتعلقة بها إلى الأعضاء لكي يتخذوا القرار المناسب ، سواء تعلق الأمر بمنح التأشيرة أو ممارسة دور البت في الطعون التي يرفعها المتعهدون ، وهو ما يهمنا من خلال هذه الدراسة .

يكّيف دور المصلحة المتعاقدة هنا بأنه دور استشاري[250] ، فلا تلتزم اللجنة القطاعية عند اتخاذ قراراتها بالأخذ بملاحظاتها أو اقتراحاتها ، فيما يتعلق بالصفقة موضوع الدراسة ، وهو

---

[248] _ نص المادة 157 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره على ما يلي :

((تجتمع اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات ولجنة صفقات المصلحة المتعاقدة التي تدعى كل منهما في صلب النص " اللجنة " بمبادرة من رئيس كل منهما))

[249] _ نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره على ما يلي :

((يحضر ممثل المصلحة المتعاقدة اجتماعات اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات بانتظام وبصوت استشاري ويكلف بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها))

مطلب يضفي شفافية على دور اللجنة القطاعية ، مفاده تحري موضوعية اتخاذ القرار ، بناء على ما وصل إليها من المعلومات التي من الضروري أن تقدمها المصلحة المتعاقدة .

يتميّز دور اللجنة القطاعية إلى جانب اللجان الوطنية بدور آخر أكثر ايجابية ، وهو المصادقة على النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم سير العمل وإدارة الاجتماعات [251] .

لم يمنحهما المشرع الجزائري استقلالية مطلقة عند ممارسة هذه الصلاحية ، بل قيّدها بقيد الموافقة اللاحقة على النظام الداخلي المصادق عليه من قبل السلطة التنفيذية[252]، و يعتبر ذلك بالنسبة إلينا ومن وجهة نظر قانونية عامل يضعف الاستقلالية الوظيفية للجنة القطاعية واللجان الوطنية على حد السواء .

---

[250] _ يتولى ممثل المصلحة المتعاقدة على مستوى اللجنة القطاعية للصفقات العمومية تقديم المعلومات والوثائق ، وكل ما كل ما من شانه توضيح محتوى الصفقة العمومية محل النزاع ، كون أعضاء اللجنة يعتبرون من الغير ، بالنسبة للصفقة التي تكون المصلحة المتعاقدة معنية بها .

وكل ما تقدمه المصلحة المتعاقدة يساعد على استيعاب مضمونها أو محتواها على أحسن وجه ممكن ، وهو من باب تسهيل الأمور على أعضاء اللجان ليحيطوا بموضوع الصفقة العمومية المعنية بوتيرة أسرع من دراستها بصفة مستقلة ومنفردة ، كونهم ذوي خبرات ومؤهلات معترف بها في الميدان ، وهو ما اشترطه المشرع أثناء اقتراح الأعضاء للتعيين على مستوى اللجنة القطاعية.

وذلك ليس من شأنه التحيز في القرارات لصالح المصلحة المتعاقدة لمجرد الاعتراف لها بتمثيل مباشر داخل اللجنة القطاعية ، حتى وان لم يكن لها دور فاعل كونها تقدم فقط آراء ذو طابع استشاري ، بل هو ضرورة عملية حسب وجهة نظرنا لا تخرج عن نطاق ما يعرف بامتيازات السلطة العامة في إطار القانون العام.

[251] _ نص المادة 156 من قانون الصفقات العمومية السابق ، المعدل والمتمم.

((تصادق اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات على النظام الداخلي النموذجي الذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي))

[252] _ يعتبر قيد الرقابة اللاحقة الذي تمارسه السلطة التنفيذية على صلاحية اللجنة القطاعية في المصادقة على النظام الداخلي قيدا موضوعيا أو وظيفيا يمارس عن طريق المرسوم التنفيذي الذي يكلف الوزير الاول باتخاذه وفقا للنظام الدستوري الجزائري والذي يكيف من الناحية القانونية بالتنظيم غير المستقل.

أحال المشرع إلى التنظيم فيما يتعلق بكيفية تقاضي أعضاء اللجنة القطاعية للتعويضات مقابل أداء أعمالهم باللجنة وقد وحدد المشرع هذه القواعد بين أعضاء اللجان الوطنية والقطاعية على حد السواء [253].

وتنفرد اللجان القطاعية عن اللجان الوطنية للصفقات بطريقة خاصة لتقديم التقرير التحليلي عن كل ملف تدرسه فيقوم الرئيس بتعيين أحد أعضاء لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة ليتولى هذه الصلاحية[254] .

كما يتولى رئيس اللجنة القطاعية تعيين أحد أعضاء اللجنة ليقدم تقريرا تحليليا عن ملف الصفقة المدروسة وعند الاقتضاء يتولى تعيين خبير يكلف بهذه المهمة عوض أحد الأعضاء إذا تعلق الأمر بمسألة تقنية تستدعي طلب الخبرة [255].

---

[253]_ تنص المادة 161 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012 ، السابق ذكره .

((تمنح تعويضات لأعضاء لجان الصفقات والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات .

تمنح للأعضاء والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات اللجان القطاعية للصفقات نفس التعويضات الممنوحة للأعضاء والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات اللجان الوطنية للصفقات .

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب مرسوم تنفيذي ".

[254]_نص المادة 162 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره.

((يعين الرئيس أحد أعضاء لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة ليقدم تقريرا تحليليا عن الملف))

[255] _ نص المادة 162 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره.

((ويعين أحد أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات أو عند الاقتضاء خبيرا ليقدم للجنة تقريرا تحليليا عن الملف))

مطلب ثاني:

تزامن اختصاص اللجان القطاعية باللجان الوطنية للصفقات العمومية

اقترحنا تسمية الاختصاص الذي تضطلع به اللجان القطاعية" **بالاختصاص ذو الطابع المانع** " انطلاقا من المصطلح الذي أتى به المشرع الجزائري ، بذلك نتساءل كيف يشكل اختصاص هذه اللجان طابعا مانعا للاختصاص ،هل يعني ذلك أنها تختص باختصاصات لجان أخرى تمتنع عن الاختصاص في حال تشكيل اللجنة القطاعية ؟ ،وما هو المعيار المعتمد لنقل الاختصاص إذا افترضنا صحة ذلك؟

وإذا كان الأمر يتعلق بنزع الاختصاص من لجان ومنحه للجان القطاعية ، فما هو الهدف إذن من الإبقاء على اللجان التي تمتنع عن الاختصاص؟ ،هل هي مجرد لجان مؤقتة تحل بمجرد إنشاء اللجنة القطاعية المتخصصة ؟

ومن أجل المحاولة على إيجاد إجابات مبررة من الناحية القانونية على هذه التساؤلات اقترحنا التقسيم الآتي:

اختصاص اللجان القطاعية بالبت في الطعون

المعيار المالي لاختصاص اللجان القطاعية للصفقات العمومية

فرع أول:

اختصاص اللجان القطاعية بالبت في الطعون

يتميز اختصاص اللجان القطاعية بالطابع المانع لاختصاص اللجان الوطنية ويعني ذلك متى نصبت اللجنة القطاعية تمتنع اللجنة الوطنية عن الاختصاص بالصفقة حسب نفس مبالغ العتبة المالية المقررة قانونا لتحديد اختصاصها ، وهو ما يجعل اللجان الوطنية عديمة الجدوى .

ومن ذلك فان نطاق اختصاصها هو نفسه مجال اختصاص اللجان الوطنية الذي حددته نص المادة 143من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 المعدل والمتمم ، و هو الذي تم تحديده بالمجالات الآتية :

_ مساعدة المصلحة المتعاقدة على تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها

_ المساهمة في إعداد تنظيم الصفقات العمومية

مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية

لقد قام المشرع الجزائري بإدراج اختصاص البت في الطعون أو تسوية النزاعات ضمن اختصاص اللجان القطاعية برقابة مدى قانونية إجراء الابرام التي تتمثل في يلي:

*دراسة مشاريع دفاتر شروط الصفقات العمومية التي تدخل ضمن اختصاصها

*دراسة مشاريع الصفقات العمومية والملاحق التي تدخل ضمن اختصاصها

بالإضافة إلى الاختصاص بدراسة الطعون التي يرفعها المتعهدون المعارضون على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة إذا تعلق الأمر بمناقصة أو تراضي بعد الاستشارة، غير أننا نلاحظ في الفقرة الأخيرة من نفس المادة القانونية التي تشير إلى هذه الاختصاصات إضافة اختصاص اللجنة القطاعية بنظر الطعون الخاصة بمنازعات ناشئة عن عملية تنفيذ الصفقات العمومية ، وقام المشرع بإدراجها ضمن المجالات المتعلقة برقابة مدى قانونية إجراء الابرام .

يطلق إجراء الابرام كمصطلح قانوني على العمليات و الإجراءات في إطار تحضير إتمام الصفقات العمومية ، إلى غاية مرحلة الإرساء النهائي أو مصادقة الهيئة المختصة على إجراء المنح المؤقت ، وهنا تنتهي عملية الابرام .

أما مرحلة التنفيذ ، فلا يمكن أن تصنف في إطار هذه المادة ، ومن ذلك كان من الأفضل للمشرع أن يفرد لها فقرة خاصة من هذه المادة حسب رأينا ، إن أراد توحيد الإطار القانوني المحدد لاختصاص اللجان القطاعية في مادة قانونية واحدة.

وكان من الأولى كذلك ، حسب وجهة نظرنا ، أن يقوم المشرع بتكريس مادة قانونية خاصة بصلاحية البت في النزاعات ودراسة الطعون ، سواء تعلق الأمر بمنازعات الابرام أو منازعات التنفيذ ، وذلك عن طريق تخصيص فقرة واحدة لكل اختصاص (ملاحظات شكلية على نص المادة 144 من قانون الصفقات العمومية السابق المعدل والمتمم).

فصلاحية البت في النزاعات عن طريق النظر في الطعون التي يقدمها المتعهدون المعارضون أو المحتجون صلاحية مهمة ، يجب أن تظهر بصفة جلية عوض إدماجها في مضمون مواد عامة ، كما فعل المشرع الجزائري في هذا القانون.

كما نلاحظ على نص المادة 148مكرر1 ما يلي :

_ تختص اللجان القطاعية ((بدراسة الطعون)) وكذا النزاعات التي تطرأ على التنفيذ ونلاحظ هنا عموم المصطلح ((دراسة الطعون)) ، فماذا يقصد به المشرع الجزائري ؟

هل هي الطعون الخاصة بالمنح المؤقت؟ ، أو الطعون الخاصة بالتنفيذ ؟

نستبعد نحن الاحتمال الثاني ، كون دراسة منازعات التنفيذ جاءت مباشرة بعد عبارة ((دراسة الطعون)) ، ذلك يعني أن المشرع قصد بهذه العبارة منازعات الابرام حسب رأينا ، فالمشرع هنا خلف ثغرة قانونية أضفت طابعا غامضا على نص المادة 148مكرر1، ويبقى التساؤل المطروح حول هذه المسألة يطرح نفسه ،فهل منازعات التنفيذ لا تعتبر من قبيل الطعون كذلك؟.

يتبيّن لنا على العموم أن قصد المشرع في هذه المادة انصرف إلى تحديد المعيار العضوي لاختصاص اللجان القطاعية مهما كان مجال اختصاصها النوعي [256].

[256]_ تتحدد مجالات الاختصاص النوعي للجان القطاعية نص المادة 148مكرر 1 فقرة 1 بما يلي :

مشاريع الصفقات العمومية

ملاحق الصفقات العمومية

وفقا للمعيار العضوي المحدد في نص المادة تختص اللجان القطاعية بالاضطلاع بدراسة كل من مشاريع الصفقات العمومية، ملاحق الصفقات العمومية ، ودفاتر الشروط الخاصة بالصفقات العمومية لكل من :

_ الإدارة المركزية

_ المصالح غير الممركزة للدولة

_المؤسسات الوطنية التابعة للمصالح غير الممركزة للدولة

_الجماعات المحلية والمؤسسات المحلية التابعة لها

بالإضافة إلى اختصاصها بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية بالصفقة و المنصبة لديها اللجنة القطاعية لحساب دائرة وزارية أخرى ، وذلك في حدود اختصاصها الأصلي[257].

فرع ثاني:

المعيار المالي لاختصاص اللجان القطاعية للصفقات العمومية

وفقا للمعيار المالي المعتمد من قبل المشرع الجزائري لتحديد مجال الصفقات العمومية ، بالإضافة إلى المعايير الأخرى [258]، اعتمد على العتبات المالية الآتية الذكر :

دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات العمومية

وذلك وفقا للعتبة المالية المحددة قانونا لاختصاص اللجان القطاعية

[257]_ نص المادة 148مكرر 1 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي لسنة 2012، السابق ذكره .

[258]_اعتمد المشرع الجزائري لتحديد مفهوم ومجال الصفقات العمومية على عدة معايير من بينها المعيار المالي، وسنتناولها بالدراسة والتحليل من خلال الباب الثاني ، من هذه الدراسة .

_دراسة مشاريع صفقات الأشغال وفقا للعتبة المالية الآتية:

مبلغ الصفقة يفوق مليار دينار جزائري 1.000.000.000 دج

كل مشروع ملحق بها في حدود مستوى المادة 106

_دراسة مشاريع صفقات اللوازم وفقا للعتبة المالية الآتية

مبلغ الصفقة يفوق ثلاثمائة مليون دينار جزائري 300.000.000 دج

كل مشروع ملحق بها في حدود مستوى المادة 106

_دراسة مشاريع صفقات الخدمات وفقا للعتبة المالية الآتية

مبلغ الصفقة يفوق مائتي مليون دينار جزائري 200.000.000 دج

كل مشروع ملحق بها في حدود مستوى المادة 106

_دراسة مشاريع صفقات الدراسات وفقا للعتبة المالية الآتية

مبلغ الصفقة يفوق ستين مليون دينار 60.000.000 دج

كل مشروع ملحق بكل نوع من أنواع الصفقات وفقا لشروط المادة 106

_دراسة مشاريع كل أنواع الصفقات وفقا لشروط المادة 106

إذا كانت تحتوى على البند المذكور فيها والذي من شانه أن يرفع مبلغ الصفقة الأصلي إلى المبالغ المحددة في المقاطع السابقة للعتبات المالية لكل أنواع الصفقات أو أن يرفع تطبيق ذلك البند المبالغ إلى أكثر من المبالغ المحدد في المقاطع السابق بمعنى ((يرتفع مبلغ الصفقة عند تطبيق البند الوارد في نص المادة 106إلى مبلغ يساوي أو يفوق المبالغ الأصلية المحدد لاختصاص اللجان القطاعية)).

_ دراسة مشاريع ملاحق كل أنواع الصفقات اللاحقة وفقا لشروط المادة 106.

وفي ختام هذا المبحث حاولنا جمع خصائص الطعن أمام اللجان القطاعية التي اتسمت بطريقة خاصة عند اضطلاعها بممارسة الاختصاصات التي تتمتع بها قانونيا ، أهمها تميز المنازعات محل التسوية بالشمولية سواء تعلق الأمر بمنازعات الإبرام أو التنفيذ .

_ ومن أهم مميزات الإجراءات المتبعة أمامها بما يلي :

الإجراءات أمام اللجنة يحركها الوزير المعني الذي يرفع إليه النزاع فلا يرفع إليها مباشرة من قبل المعنيين لذا نتساءل لماذا أعتمد المشرع على هذه الواسطة في نص المادة 155من قانون الصفقات العمومية السابق المعدل والمتمم.

مطلب ثالث :

إلغاء اللجان الوطنية و إعادة ضبط اختصاص اللجان القطاعية

وهذه المرحلة تبتدئ بصدور قانون الصفقات العمومية الحالي (قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) .

تميزت هذه المرحلة بإلغاء اللجان الوطنية للصفقات العمومية ، كما تم الاحتفاظ باللجان القطاعية للصفقات ، وبهذا التكريس القانوني قام المشرع بالتخلي عن طابع الاختصاص المانع

الذي كان يميز اختصاص اللجان القطاعية و اللجان الوطنية ، فنتساءل إذا ما كان ذلك الاختصاص قد أعيد تنظيمه لصالح اللجان القطاعية لوحدها ، لأن قانون الصفقات العمومية الحالي قد أنشأ في هذا الإطار هيئة أخرى هي " سلطة ضبط الصفقات العمومية " فهل هي لجنة إدارية ؟ ، وهل تعتبر طريقا آخر من الطرق البديلة ؟

لمعالجة هذه المسائل بقانونية اقترحنا التقسيم الآتي لهذا المطلب :

إعادة تنظيم اختصاص اللجان القطاعية للصفقات العمومية

استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية

فرع أول :

إعادة تنظيم اختصاص اللجان القطاعية للصفقات العمومية

قام المشرع بإلغاء اللجان الوطنية للصفقات العمومية في هذا القانون ونتج عن ذلك إلغاء الاختصاص المانع الذي كان يضبط اختصاص اللجان الوطنية والقطاعية ، فأصبحت اللجان القطاعية مختصة اختصاصا أصيلا بتسوية النزاعات وفقا للمستويات المالية المحددة ، محاولة منا توضيح ذلك اقترحنا التقسيم الآتي :

أولا : انشاء اللجان القطاعية وفقا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

ثانيا : قواعد اختصاص اللجان القطاعية في قانون الصفقات العمومية الحالي

أولا :

انشاء اللجان القطاعية وفقا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تنشئ اللجنة القطاعية وفقا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لدى كل دائرة وزارية ، فلكل دائرة وزارية لجنة قطاعية خاصة بها بمفهوم المخالفة ، وذلك حسب نص المادة 179 من نفس القانون ، أما فيما يتعلق بحدود اختصاصها فتمت الاحالة إلى نص المادة

184 من نفس القانون التي تحدد مستويات مالية محددة لاختصاصها ، سنتناولها في العنصر اللاحق.

وتتشكل اللجنة القطاعية حسب **نص المادة 185 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** من التشكيلة الآتية :

الوزير المعني أو ممثله رئيسا ، ممثل الوزير المعني نائبا للرئيس ،ممثل المصلحة المتعاقدة ، ممثلان عن القطاع المعني ، ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)

وتوضع اللجنة القطاعية تحت رئاسة نائبها في حالة غياب رئيسها الفعلي ، وتطبق نفس الاحكام في حالة حدوث مانع للرئيس من ممارسة مهامه ، ولم يبين قانون الصفقات العمومية حالات المانع التي يتعرض إليها الرئيس ، حسب نص المادة 186 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

ويتم تعيين الاعضاء في اللجنة القطاعية بموجب قرار اداري صادر عن الوزير المعني بالجنة القطاعية ، وكذا مستخلفيهم ، وذلك بعد اقتراح صادر عن الوزير الذي يخضعون لسلطته ، وقد أشار المشرع هنا إل أنه يراعي معيار الكفاءة قبل التعيين ، **وذلك حسب نص المادة 187 فقرة أولى من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.**

ونصت نفس المادة على أنه وباستثناء الرئيس ونائبه يعين اعضاء اللجنة القطاعية للصفقات ومستخلفيهم من قبل ادارتهم بأسمائهم بهذه الصفة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد .

ويحضر الأعضاء الذين يمثلون المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة من الخدمة ، اجتماعات اللجنة القطاعية للصفقات ، وذلك بصفة منتظمة ، مع تمتّعهم بصوت استشاري ، ويكلف ممثل المصلحة المتعاقدة بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها ، **وذلك حسب نص المادة 188 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .**

ثانيا:

قواعد اختصاص اللجان القطاعية في قانون الصفقات العمومية الحالي

تتحدد الاختصاصات التي منحها المشرع للجنة القطاعية حسب موضوع الصفقة العمومية ، وذلك حسب تحديد المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وذلك إلى عدة مجالات ،ومع ملاحظة نوع من الغموض على هذا التوزيع ، سنحاول من خلال هذا العنصر التعرض إليها حسب ما ورد عن المشرع مع إبداء ملاحظاتنا المتعلقة بالموضوع .

تتنوع اختصاصات اللجان القطاعية إلى الاختصاصات الآتية :

01_ في مجال الرقابة :

كرس المشرع هنا اختصاص النظر في الطعون كنوع من ممارسة الرقابة [259]، لكن المعيار المالي المحدد لمجال ممارسة هذا الاختصاص نفسه مكرس في مجال الرقابة الذي نصت عليه المادة 184 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

حيث تختص اللجنة القطاعية ابتداء بمراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، ومساعدة المصالح المتعاقدة على التحضير لعملية الابرام ، والمساهمة في تحسين ظروف الابرام [260]، ونلاحظ هنا أن المشرع لم يشر على الاطلاق إلى مرحلة التنفيذ بل قصر صلاحيات اللجنة القطاعية في مجال الابرام فقط .

---

[259] _ **تنص المادة 182 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره على ما يلي :
" تختص اللجنة القطاعية للصفقات ، في مجال الرقابة ، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والطعون المنصوص عليها في نص المادة 82 من هذا المرسوم المتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني .

[260] _ حيث تنص المادة 180 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره على ما يلي :
" تتمثل صلاحيات اللجنة القطاعية فيما يأتي :
_مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية ،
_مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية واتمام تراتيبها،
_المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءت إبرام الصفقات العمومية ."

وعلى العموم يتمثل الاختصاص الرقابي الذي نص عليه المشرع في نص المادة 182 في ما يلي :

_ الاختصاص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات العمومية والملاحق.

_ الاختصاص بدراسة الطعون المنصوص عليها في نص المادة 82 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فتدرس كل طعون كل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني بالصفقة ، المتعلقة بالطعن في المنح المؤقت للصفقة ، أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء ، وذلك في إطار طلب العروض أو التراضي بعد الاستشارة ، وذلك وفقا للشروط والآجال المنصوص عليها في نص المادة 82 السابقة الذكر .

02_ في مجال التنظيم :

تتمثل الاختصاصات التنظيمية للجنة القطاعية فيما يلي :

_ اقتراح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية

_ اقتراح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات العمومية المذكور في المادتين 177 و 190 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

وقد تم تنظيم هذا المجال التنظيمي بموجب المادة 183 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تفصل اللجنة القطاعية في مجال الرقابة في كل مشاريع الصفقات العمومية وفقا للمستويات المحددة في نص المادة 184 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك كالآتي :

تختص بالفصل في مشاريع الصفقات العمومية أو دفاتر شروطها والمشاريع الملحقة بها حسب نص المادة 139 من قانون الصفقات العمومية ، حسب معيار مالي محدد وهو المعيار المالي نفسه المتعلق باختصاص دراسة الطعون ، ويتمثل في ما يلي :

بالنسبة لصفقات الأشغال: إذا فاق مبلغ التقدير الإداري للحاجة العمومية مبلغ 1.000.000.000دج وكل مشروع ملحق بها

بالنسبة لصفقات اللوازم : إذا فاق مبلغ التقدير الإداري للحاجة العمومية مبلغ 300.000.000دج

بالنسبة لصفقات الخدمات: إذا فاق مبلغ التقدير الإداري للحاجة العمومية مبلغ200.000.000دج

بالنسبة لصفقات الدراسات : إذا فاق مبلغ التقدير الإداري للحاجة العمومية مبلغ100.000.000دج

بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم للإدارة المركزية: إذا فاق مبلغ التقدير الإداري للحاجة العمومية مبلغ12.000.000 دج

بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات للإدارة المركزية : إذا فاق مبلغ التقدير الإداري للحاجة العمومية مبلغ 6.000.000 دج

كل صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في نص المادة 139 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى المقدار المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر من ذلك .

كل ملحق يرفع تطبيق المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة في هذا العنصر أو أكثر من ذلك حسب المستويات المحددة في المادة 139 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

وفيما يخص المجالين الرقابيين الأخيرين نلاحظ تعلقهما بنص المادة 139 من قانون الصفقات العمومية ، التي تتعلق بالملاحق الخاصة بالصفقات العمومية ، فقد يعدل الملحق مبلغ الصفقة العمومية إلى مستويات أخرى تجعلها تدخل في اختصاص اللجان القطاعية بشرط أن لا

يتجاوز مبلغ الملحق زيادة أو نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة (وفي هذه الحالة لا يخضع الملحق لهيئات الرقابة الخارجية [261].

كما يمكن للملحق أن يتضمن خدمات تكميلية تتجاوز مبالغها النسب المحددة ، أي تتجاوز بالتعديل زيادة أو نقصانا مبلغ 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة ، حسب مفهوم المادة 136 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وفي هذه الخالة يخضع الملحق لهيئات الرقابة الخارجية ، وهي لجان الصفقات العمومية المختصة [262].

فرع ثاني:

استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية

كرّس المشرع سلطات الضبط في عدة نشاطات اقتصادية منها قطاع البنوك ، التأمينات ، البورصة، الإعلام ، الاتصالات ، التأمينات ...إلخ ، وتميزت سلطات الضبط بالطابع الإداري ، وذلك قصد ضبط هذه النشاطات بدلا من الدولة التي انسحبت من رقابة المجال الاقتصادي ، وتتمتع هذه السلطات بامتيازات السلطة العامة لأنها تمثل الدولة ، وذلك نسبي كون رقابة الدولة بقيت في الكثير من الأحيان موجودة عن طريق تلقي تقارير دورية عن نشاط هذه السلطات.

نظرا لاعتبار الصفقات العمومية عصب الاقتصاد الوطني ، فقد تأخر المشرع إلى حد بعيد في اعتمادها في هذا المجال ، لذلك نتساءل عما إذا كانت سلطة ضبط الصفقات العمومية طريقا بديلا لتسوية النزاعات في مجال الصفقات العمومية ن لذلك اقترحنا لقسيم هذا الفرع غلى ما يلي :

أولا : الطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية

ثانيا : تشكيلة سلطة ضبط الصفقات العمومية

ثالثا اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية

---

[261] _ نص المادة 139 فقرة 01 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**

[262] _ نص المادة 139 فقرة 02 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**

أولا :

الطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية

تشكل السلطات الإدارية المستقلة صورة جديدة لدور الدولة ، التي أصبح لها دور الضبط الاقتصادي ، عن طريق تفويض هذه السلطة لسلطات الضبط الإدارية المستقلة .

تعتبر الهيئات أو السلطات الإدارية المستقلة خليفة للسلطة التنفيذية في عدة مجالات ، حيث حدث نقل لمراكز ممارسة السلطة التنظيمية وتوزيع السلطة ، فتم منحها مهمة ضبط القطاعات الحساسة كالبنوك ، البورصة ، التأمينات ، البريد والمواصلات ...إلخ ، ، ومنح لها المشرع سلة اتخاذ القرارات وتوقيع العقوبات ، فطرحت إشكاليات تتعلق بمحدودية اختصاص الهيئات القضائية والتنفيذية في بعض المجالات [263].

كان أول ظهور لها في القانون المقارن في الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك بإنشاء أول مؤسسة مستقلة ، وذلك في عام 1889 ، وهي اللجنة التجارية ما بين الولايات .

كان يقصد بها في بريطانيا المنظمات غير الحكومية شبه المستقلة ، والواضح أن هذه الهيئات في بريطانيا هي سلطات إدارية مستقلة تجتمع في هيئات ومنظمات جد متعددة ، كما أنها تتدخل في عدة مجالات اقتصادية ، اجتماعية وثقافية ، أما بالنسبة لوظيفتها فإنها تكون إدارية ،

[263] _ نزليوي صليحة ، **سلطات الضبط المستقلة : آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007 ، ص 19 .

وفي بعض الحالات تكون ذات طابع شبه قضائي ، كما ظهرت وتطورت في القانون الفرنسي، وظهورها في الجزائر ما هو إلا تقليد للنظام الفرنسي[264] .

أما بالنسبة للطبيعة القانونية لهذه السلطات ، فقد أختلف الفقه حولها وتنوعت التكييفات ، مما أدى إلى انعدام وجود توحيد قانوني لنظامها القانوني في النظام القانوني ، وتميز المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بتردد كبير في تحديد الطبيعة القانونية لهذه السلطات في النصوص القانونية المنشئة لها ، وعلى العموم يمكن تحديد العناصر الآتية لتحديد طبيعتها القانونية :

_ **طابع السلطة :** استعمال عبارة السلطة من قبل المشرع في النص المنشئ ، ومن ذلك فهي لا تعتبر هيئات استشارية ، فهي تتمتع بسلطة اتخاذ القرار .

_ **الطابع الإداري :** فلا تقوم مباشرة بتسيير المرفق العام المتعلق بها بل تقوم وعلى المستوى الإداري بمهام خاصة ، فتسهر على مراعاة تطبيق القوانين في المجال الخاص بها [265].

_ **الاستقلالية :** ويعني ذلا عدم خضوعها لا لرقابة سلمية ولا لرقابة وصائية ، سواء كانت تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا ، على أساس أن الشخصية المعنوية لا تعتبر بمثابة عامل فعال

---

[264] _ راشدي سعيدة ، **مفهوم السلطات الإدارية المستقلة** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007 ، ص 409_ 410 .

[265] _ ويرى الفقه الفرنسي أن هذه الهيئات لا يمكن تصنيفها ضمن الهيئات الإدارية التقليدية ، إلا أنها تشكل فئة جديدة ضمن الهيئات الإدارية ، والأساس في ذلك طبيعة القرارات الصادرة عن هذه الهيئات وكذا اختصاص القاضي الإداري فيما يخص المنازعات المتعلقة بها ، راشدي سعيدة، **مرجع سابق** ، ص 414 .

وحاسم لقياس درجة الاستقلالية ، وقد اعترف المشرع لسلطة ضبط الصفقات العمومية بالاستقلالية [266].

ثانيا:

تشكيلة سلطة ضبط الصفقات العمومية

نص قانون الصفقات العمومية على أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي تنشئ لدى الوزير المكلف بالمالية [267].

وقد اعترف لها المشرع باستقلالية التسيير ، كما أنه تنص على جهازين خاصين بها يتمثلان في:

_ مرصد الطلب العمومي

_هيئة وطنية لتسوية النزاعات

اعتُبرت هذه الهيئة الوطنية بديلا عن اللجان الوطنية للصفقات العمومية ، لكنها لا تخضع لنظام تنافي الاختصاص مع اللجان القطاعية مثلما كان يتميز اختصاص اللجان الوطنية في قانون الصفقات العمومية السابق .

---

[266] _ لمزيد من التفاصيل حول طابع الاستقلالية الذي تتمتع به هذه الهيئات راجع :

حدري سمير، **السلطات الإدارية المستقلة و إشكالية الاستقلالية** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007 ، ص43 وما بعدها .

حسين نوارة ، **الأبعاد القانونية لاستقلالية سلطات الضبط في المجال الاقتصادي والمالي** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007 ، ص65 وما بعدها .

[267] _ نص المادة 213 من قانون الصفقات ا لعمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره .

ولدراسة أجهزة هذه السلطة ينبغي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الخاص بتحديد تنظيم وكيفيات تطبيق هذه الأحكام وفقا للإحالة التي تضمنها النص القانوني (نص المادة 213 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام).

ثالثا:

اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية

منح المشرع لهذه السلطة اختصاصات متنوعة تتمثل فيما يلي :

في مجال التنظيم : إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه ، وتصدر بهذه الصفقة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ، ولجان الصفقات العمومية ، ولجان التسوية الودية للنزاعات وللمتعاملين الاقتصاديين.

_ إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

_ المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

_ إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا ، وفي هذا الإطار تعد المصلحة المتعاقدة بطاقات إحصائية ترسلها إلى سلطة الضبط ، ويحدد نموذج هذه البطاقة و كيفيات إجراء هذا الإحصاء بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[268] .

_ تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة

_ تشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد للطلب العمومي .

[268] _ نص المادة 214 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره** .

_ التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وتنفيذها بناء على طلب كل من سلطة مختصة .

_ البت في النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب.

_ تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية.

_ إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية و الهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

وفيما يتعلق بكيفية ممارسة هذه السلطة لاختصاصاتها ، وخاصة اختصاص البت في النزاعات فقد أحال المشرع إلى التنظيم الذي سيصدر لا حقا ، لذلك نكتفي بهذا القدر من الدراسة فيما يتعلق بهذه المسألة .

خلاصة الباب الأول :

توصلنا من خلال هذا الباب من خلال فصله الاول إلى النتائج الآتية :

النوع الأول من اللجان المتخصصة بالفصل في نزاعات المنح المؤقت ، تعتبر لجان فصل ذات طابع إداري ، وقد نص المشرع على أنها تصدر قرارات إدارية وليس آراء استشارية مثلما كانت في قانون الصفقات العمومية السابق ، رغم ذلك نلاحظ أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي لم يوضح فاعلية قرارات هذه اللجان ، فلم يبين فيما إذا كانت تتمتع بقوة إلزامية أم لا ، فنص فقط على أنها تبلغ للطرفين ، مع بقاء الطريق القضائي متاحا بعد اللجوء إلى هذه اللجان .

وهنا يبقى التساؤل مطروحا ، ومع ذلك ، ومن هذه الناحية ، تُعدّ الطعون الإدارية الموجهة أمام لجان الفصل طرقا بديلة أكثر فاعلية من الطعون الموجهة أمام لجان التسوية الودية .

فيما يتعلق بالنوع الثاني من اللجان المتخصصة في نزاعات التنفيذ ، فقد منح لها المشرع صلاحية تسويتها فقط وليس الفصل ، فهي لجان التسوية الودية ، التي تعتبر على حد تقديرنا أضعف الطرق البديلة ، كونها تصدر آراء استشارية تعكس طبيعتها القانونية ، كونها لجان تسوية ودية لا أكثر ولا أقل ، فوظيفتها محاولة المصالحة فقط .

لاحظنا كذلك تقسيم نزاعات الابرام ونزاعات التنفيذ ، بين نوع يفصل فيه بقرار من قبل لجان معينة ، ونوع آخر يسوى برأي استشاري من قبل لجان أخرى ، فيطرح التساؤل هنا هل منازعات الابرام أهم من منازعات التنفيذ ؟ ، وما هو الأساس القانوني الذي اعتمده المشرع لبناء هذا التقسيم ؟.

كما توصلنا من خلال الفصل الثاني من هذا الباب من هذه الدراسة إلى النتائج الآتية :

01 _ فيما يتعلق باختصاص اللجان القطاعية التي أصبحت مختصة أصلا بتسوية نزاعات الصفقات العمومية وفقا لعتبة مالية محددة في قانون الصفقات العمومية ، يعتبر هذا تكريسا قانونيا في محله حسب تقديرنا ، فقد أحسن المشرع بإلغاء اللجان الوطنية إلى حد بعيد ، كون وظيفتها بعد تكريس اللجان القطاعية أصبحت عديمة الجدوى ، خاصة مع تكريس ما يسمى بالاختصاص المانع الذي يسبب تعددا مفرطا في اللجان .

02 _ لقد كان الاختصاص الذي يميز هذه اللجان يتميز بطابع شمولي ، كونه يشمل كلا من منازعات الإبرام والتنفيذ معا ، على عكس الطعون المتاحة على مستوى لجان الصفقات ذات الطابع المحلي والمركزي ، كما توصلنا إليه سابقا ، وهو تكريس قانوني في محله حسب تقديرنا ، على الرغم من عدم قيام المشرع بتبيين الطبيعة القانونية الحقيقية لقرارات هذه اللجان ، كما لم يبين مدى إلزاميتها .

03 _ قام المشرع بتدعيم الطرق البديلة المتاحة في مجال نزاعات التنفيذ باختصاص سلطة ضبط الصفقات العمومية ، التي تتميز بطابع وطني فنتساءل هنا هل هي تعويض عن إلغاء اللجان الوطنية أم أنها تكريس آخر في إطار الطرق البديلة؟ ، كون اختصاصها يتميز بكونه

وطنيا أكثر من قطاعي وتبقى الإجابة على هذه الأسئلة معلقة إلى حين صدور التنظيم الخاص بهذه السلطة .

الباب الثاني:

إجازة تحكيم نزاعات الصفقات العمومية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

يعتبر التحكيم الإداري طريقا بديلا تبناه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،وعلى عكس الطعن الاداري الموجه أمام لجان الصفقات العمومية المذكورة في قانون الصفقات العمومية ، والتي كانت محل دراستنا في الباب الأول من هذه الدراسة ، والذي لم يعترف به المشرع صراحة على أنه من الطرق البديلة ، فقد اعترف المشرع للتحكيم بأنه طريق بديل ، وذلك صراحة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

حدد المشرع للتحكيم مجالات التحكيم الاداري في نزاعات الصفقات العمومية والعلاقات الاقتصادية الدولية ، فتميز بمجال خاص ، على عكس الطرق البديلة الأخرى التي نص عليها قانون الاجراءات المدنية والادارية والمتمثلة في " الوساطة والصلح" ، فاعتبر كل منهما من الطرق البديلة العامة التي تخضع لها كل النزاعات الادارية ، التي يكون أحد أطرافها من الأشخاص المعنوية العامة ، ولذلك ركزنا في دراستنا هذه على التحكيم الخاص بالصفقات العمومية ، دون ذلك المتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية .

وتتمثل النزاعات المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية الدولية في النزاعات التي تبرم فيها الدولة صفقات عمومية مع متعاملين متعاقدين أجانب ، وهذه الأنواع من الصفقات تثير كما هائلا من النزاعات ، وقد أخضعها المشرع للتحكيم نظرا لمميزاته المتعلقة بالمرونة السرعة في البت في النزاع ، إلا أنها تثير عدة اشكالات تتعلق بالقانون الواجب التطبيق .

لذلك نتساءل من خلال هذا الباب من دراستنا عن موقف المشرع من تحديد مجال التحكيم ، فهل منحه المشرع اختصاصا جزئيا مماثلا لاختصاص لجان الصفقات العمومية ؟ ، أم أنه تميّز باختصاصات خاصة تجعل منه ذو طبيعة قانونية مغايرة ؟ ، كما نتساءل كذلك عن مدى قابلية إثارة النزاعات العقدية التي يجوز تحكيمها أمام القاضي الإداري المختص أثناء اختصاص هيئة التحكيم .

كل هذه التساؤلات تدفعنا في بداية هذه الدراسة إلى إثارة موضوع الطبيعة القانونية للتحكيم ، فنتساءل عن مدى اعتباره طريقا بديلا قريبا من ناحية الخصائص من الطريق القضائي أم أنه يبتعد عنه بطريقة تجعل منه طريقا بديلا خاصا يفصل في النزاعات بإجراءات وطرق خاصة .

وبصيغة أخرى نتساءل عن مدى مشروعيته في مجال الصفقات العمومية ، وكذا هدف المشرع من حصره في مجالات محددة للنزاعات التي تكون الاشخاص المعنوية العامة طرفا فيها ، سواء تعلق الأمر بالصفقات العمومية، أو بالعلاقات الاقتصادية الدولية ، كما سنثير النظام القانوني للخصومة التحكيمية ، التي حظيت بتأطير شامل ودقيق في قانون الاجراءات المدنية والادارية

سنتعرف من خلال هذا الباب على إجابة لكل هذه التساؤلات بعد أن نقوم بدراسة نظرية لنظام التحكيم ، لنقدر مدى مشروعيته في تسوية النزاع، هل يعتبر حقا من الأنظمة البديلة ؟

سنحاول الإجابة على كل هذه التساؤلات من خلال الفصلين الآتيين:

في الفصل الأول سنتناول "ماهية التحكيم كأسلوب بديل لتسوية نزاعات الصفقات العمومية"

في الفصل الثاني سنتناول "الخصومة التحكيمية وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية"

الفصل الأول:

ماهية التحكيم كأسلوب بديل لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

سنقوم من خلال هذا الفصل بدراسة نظرية مفصلة لنظام التحكيم من وجهة عامة ، بالإضافة إلى نظام التحكيم الإداري بصفة خاصة ، واتبعنا تدرجا ينطلق من مرحلة تحديد المفاهيم التي تحيط بنظام التحكيم كأسلوب بديل لتسوية النزاعات ، وتحديد الفرق بينه وبين ما يشابهه من نظم بديلة أخرى ، وصولا الى مرحلة تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، وما يجعله بديلا عن القضاء ، رغم ما يمكن حصره من خصائص مشابهة بينهما .

تميّز نظام التحكيم بعد ظهوره ووضوح خصائصه كنظام فاصل للنزاعات أو نظام تسوية بطابع أساسي ، وهو " اتفاق الأطراف المتنازعة على اللجوء إليه" ، فهل يعني ذلك تخليهم عن القضاء ؟، هذا ما جعل الفقه والتشريع في العديد من الأنظمة يتساءل عن إمكانية تطبيقه في نزاعات العقد الاداري ، رغم تبنيه في أغلب هذه التشريعات لتسوية النزاعات الفردية التي تندرج في إطار القانون الخاص .

أثار نظام التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاعات الإدارية جدلا واسعا في وسط الفقه والقضاء ، لأنه كان معروفا في اطار النزاعات التي ينظمها القانون الخاص ، ونظرا للفارق الموجود بين كل من قواعد القانون العام والخاص ، فقد ترددت التشريعات في البداية في قبول تحكيم نزاعات ادارية ، خاصة منها العقدية ، نظرا لما يتميز به العقد الاداري من بنود استثنائية غير مألوفة في إطار القانون الخاص ، وهي التي تجعل من المصلحة المتعاقدة طرفا ممتازا .

وهو ما دفعنا إلى إثارة مسألة مدى مشروعيته كطريق لتسوية النزاع الإداري بعدما سنتعرف على مفاهيمه المختلفة ، وكذا طبيعته القانونية ، ومن أجل ذلك اقترحنا التقسيم الآتي :

مفهوم التحكيم وتفرقته عن باقي طرق تسوية النزاعات، في مبحث أول

مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، في مبحث ثان

مبحث أول :

تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم وغيره من النظم القانونية المشابهة

سنتعرض من خلال هذا المبحث إلى تحديد المفاهيم المختلفة لنظام التحكيم ، لأن الفقه والقضاء والتشريع قد اختلفوا في تحديد مفهومه ، وبعد ذلك سنحاول إيجاد مفهوم جامع مانع لنظام التحكيم عن طريق حصر كل المعايير اللازمة لتعريفه، **في مطلب أول.**

وفي مطلب ثاني سنقوم بتفرقته **عن باقي طرق تسوية المنازعات التي ذكرها قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، وبمناسبة ذكر هذه المسألة نشير إلى أننا لم نستبعد الطرق البديلة الأخرى عندما ركزنا على نظام التحكيم ، لأنها تمثل البدائل العامة التي تتعلق بكل النزاعات الإدارية ، بما فيها الصفقات العمومية ، مع تحفّظ بعض الفقه الإداري ، لكن التحكيم محصور في منازعات التنفيذ فقط ، لذلك سنتعرض إلى الطرق البديلة الأخرى من خلال هذا المبحث في مطلبه الثاني .**

وسنبين كل ذلك من خلال التقسيم الآتي :

مفهوم نظام التحكيم

التحكيم وغيره من الطرق البديلة لتسوية النزاعات

الطبيعة القانونية للتحكيم

مطلب أول:

مفهوم نظام التحكيم

سنحاول من خلال هذا المطلب الإحاطة بأكبر قدر من المفاهيم اللغوية والاصطلاحية لنظام التحكيم ، وسنلاحظ اختلافها من حيث الخصائص والأسس القانونية ، بين كل من الفقه والقضاء والتشريع ، وسنتوصل في النهاية إلى تحديد الأساسين المتفق عليهما لتحديد مفهومه في الأنظمة القانونية التي قامت بتبنيه كنظام تسوية للنزاع الإداري على غرار المشرع الجزائري ، لذلك اقترحنا التفريع الآتي :

تعريف التحكيم

أساس التحكيم

فرع أول :

تعريف التحكيم

لن نقوم من خلال هذا الفرع بالتفصيل كثيرا في التعريفات التي اجتهد الفقهاء في تأصيلها ، بل سنقوم بتحديد تعريفه اللغوي (أولا) ، ثم نقوم بتحديد تعريفه الاصطلاحي ، لنقوم بتبيين تعريفه الحقيقي ،الذي يتكون من كل العناصر التعريفية اللازمة والكافية لتحديد مفهومه (ثانيا).

أولا:

التعريف اللغوي

نلاحظ تعدد التعريفات واختلافها من حيث الأسس ، لكننا في النهاية لم نُسجّل تعريفات مُحدّدة ودقيقة تلم بجميع العناصر التعريفية لنظام التحكيم ، هذا ما قمنا بملاحظته بعد اطلاعنا ، وقبل أن نقوم بإثبات وجهة نظرنا نلاحظ التعريفات الآتية :

يُعرّف التحكيم لغة بأنه مصدر "**حَكَّمَ**" يقال "**حكّمه في الشيء** "، أي جعله حاكما وفوّض الحكم إليه ، أما عرفا فهو " **تولية الخصمين حَكَمًا يحكم بينهما** "

لغة من مادة "**حَكَّمَ**" وهي تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى الحَكَمُ أو المُحَكَّمُ.

يمكن أن يأخذ التحكيم من خلال تعريفه من الناحية اللغوية معنى التفويض في الحكم ، فالتحكيم مصدر حكّم ، يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما.

ويرى البعض أن له معنيين واسع (لغوي) وضيق (اصطلاحي)

لغة هو طلب الفصل في النزاع سواء عن طريق قضاء الدولة ، أم عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها ، وهذا هو المعنى الواسع لمصطلح "تحكيم " ، فيقال حكموا القضاء في

منازعاتهم ، بمعنى رفعوا الأمر إلى السلطة القضائية ، وهذا هو المقصود من التحكيم الذي ورد بالآية 56 من سورة النساء [269].

ثانيا :

التعريف الاصطلاحي

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني بأنه نظام لتسوية المنازعات يُخوّل بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم ، أو هو الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلا عن الطريق القضائي العام[270].

يعرف التحكيم باعتباره وسيلة من وسائل تسوية النزاعات بأنه:

((اتفاق بين طرفين سابق لنزاع بينهما أو لاحق عليه بغرض عرض هذا النزاع على محكم من الأغيار وفقا لما اتفق عليه شروطا ونطاقا ليفصل فيه فصلا قضائيا حاسما يكون بديلا عن طريق القضاء العام))[271].

وقد عرّفه بعض الفقه بأنه:

((اتفاق بين طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أم غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم ، وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقا أو تاليا للنزاع ، ولا

---

[269]– د ماجد الحلو راغب ، **العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2009 ، ص233.

[270]_ د_محمد سامي الشوا ، **التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية** ،المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون 04 أفريل 2011، المجلد الاول ، ص 15 .

[271] _ محمد فؤاد عبد الباسط ، **مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر الازارطة الإسكندرية ، مصر 2006 ، ص07.

يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، كما لا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها)).[272]

قام هذا التعريف بسرد شروط التحكيم باعتبارها عناصر تعريفية عامة، لكننا من جهتنا نلاحظ أن هذه الشروط تتحكم فيها القوانين السارية المفعول في الدولة[273].

هناك من يرى في مفهوم التحكيم على أنه نظام غير قضائي ، فهو يعتبر اتفاقا على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ، وذلك ملزم للخصوم ، لأن الخصومة تنتهي موضوعا وأطرافا وسببا .

رأى جانب آخر من الفقه في مفهوم التحكيم كنظام غير قضائي بأنه : " اتفاق على عرض نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة" ، وذلك ملزم للخصوم الأمر الذي يقطع الخصومة في كافة جوانبها[274].

و يعتبر التحكيم جائز شرعا ، **فقد روى أبا شريح قال : قلت يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ، فرضي عني الفريقان ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ما أحسن هذا"**[275].

---

[272] _ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الإدارية الإبرام التنفيذ المنازعات في ضوء أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات،** منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مطابع الولاء الحديثة ، مصر 2004، ص 354 .

[273] _ هناك من الفقه من ركّز على الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي الإلزامي وسمي " نظاما للفصل في النزاع بقضاء ملزم " ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

د_ مهند أحمد الصانوري ، **دور التحكيم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2005، ص 33

د_ إبراهيم أحمد إبراهيم ،**التحكيم الدولي الخاص ، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام** ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996، ص 34

[274] _ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما** ، مرجع سابق، ص 338

أمر الله تعالى بالتحكيم على نحو معين لحل الخلافات الزوجية [276]، فإذا فشلت محاولات حل الخلاف بين الزوجين قام الحاكم أو الزوجان باختيار حكمين ، واحد من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة فيقومان ببحث الأمر[277].

من ثمة يعد التحكيم وسيلة فنية غايتها الفصل في نزاع ، وركيزته اتفاق خاص يستمد منه المحكمون سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بإسناد من الدولة مع تعهُّد أحد أطراف النزاع بقبول الحكم الصادر عن المحكمين ، وهو الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه، حيث يصدر بتنفيذه حكم من المحكمة المختصة [278].

في حين يرى البعض الآخر من الفقه أن التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع القائم أو المحتمل على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه وقبول قرارهم بشأنه، وقد كان التحكيم هو الوسيلة الأساسية لفض المنازعات قبل نشأة الدولة .

لما ظهرت الدولة أصبحت سلطتها القضائية هي المختصة بالفصل في كافة المنازعات التي تقع على أرضها ، غير أن المشرع أقَّر التحكيم ونظَّم قواعده تخفيفا على كاهل القضاء[279] واحتراما لإرادة الخصوم الذين قد يُفضّلون التحكيم نظرا لما يحقّقه لهم من مزايا أهمها ، سرعة الفصل في المنازعات، قلّة التكاليف ، السرعة ، الخبرة، السرية ، والاطمئنان النفسي [280].

---

[275] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص432

[276] _ الآية 35 من سورة النساء

[277] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص432

[278] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ،ص339

[279] _ نقلا عن : د_ ابراهيم أحمد ابراهيم ، **اختيار طريق التحكيم ومفهومه** ، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم ، مركز الحقوق عين الشمس ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، 22_27 يناير 2000، ص 07_08.

[280] _ ماجد الحلو راغب ، **القانون الإداري ،ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية ،الأموال العامة، الموظف العام ،المرافق العامة، الضبط الإداري ،السلطة التقديرية ،التنفيذ المباشر، نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ، التحكيم الإداري، الحجز الإداري**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية مصر ، 2004 ، مرجع سابق ، ص 431.

والدولة باعترافها بالتحكيم وإجازتها له قانونا إنما تترك بإرادتها قدرا من ولاية القضاء للمحكمين [281].

التحكيم اصطلاحا يقترن بعدّة تسميات فرعية تختلف بحسب المنازعة المراد حسمها بالتحكيم، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي التحكيم بالتجاري ، وإذا كانت مدنية ، سمي التحكيم مدنيا ، وإن كانت إدارية سمي التحكيم إداريا [282].

واختلف الفقهاء فيه ، لذلك سنعرض بعض التعريفات :

" هو اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص، وقبول قراره بشأنه، وهذا هو المعنى الضيق للفظ التحكيم، ولكنه الأكثر شيوعا، والذي يراد به الآن عند إثارة التحكيم"[283].

ظهر حديثا التحكيم الالكتروني ، وهو لا يختلف في جوهره عن التحكيم التقليدي فكلاهما وسيلة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ، إذ يعتمد لفض نزاع معين بدلا من اللجوء إلى القضاء ، باعتباره الوسيلة المعتادة لفض المنازعات .

يعتبر التحكيم سواء كان تقليديا أم إلكترونيا طريقا خاصا لتسوية المنازعات ، ذلك لأن أساسه إرادة الخصوم ، فالتحكيم لا يتم إلا إذا اتفق الطرفان على اتخاذ وسيلة لحل نزاعاتهم، وولاية المحكم في حسم النزاع تستمد بناء على ذلك من هذا الاتفاق ، كما تتحدّد صلاحياته بحدود ما تُفوّضه إرادة الأطراف ، وما يمكن ملاحظته أن دور الإرادة في وجود التحكيم ليس مطلقا ، لأنه مقيد بالحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم بدلا عن القضاء ، وهي حالات يحددها المشرع ويضع بموجبها إطارا للإرادة ودورها في اللجوء إلى التحكيم .

أنظر كذلك : د_ عبد الحميد الشواربي ، **التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء** ، الطبعة 02، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1999 ، ص 21.

[281] _ د ماجد الحلو راغب، **القانون الإداري** ،**مرجع سابق** ، ص 431_432

[282] _ ماجد الحلو راغب ، **القانون الإداري** ، المرجع السابق ، ص339 .

[283]ماجد الحلو، راغب، **العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص233.

لقد عرف بعض الفقه التحكيم بالاستناد إلى أسسه كالآتي:

" وسيلة لفض نزاع قائم بين طرفين تقوم على اتفاقهما على طرح النزاع على شخص أو أكثر ، ليقوم هذا الأخير بالفصل في النزاع بإصدار حكم نهائي يحسم النزاع بدلا من المحكمة المختصة"[284].

اتجه بعض الفقه في تعريف التحكيم إلى استناده على طابع استثنائي ، فهو استثناء عن القاعدة العامة ، وهي اللجوء إلى القضاء ، وهو من هذا المنطلق يعتبر من ضمن الطرق البديلة عن القضاء[285].

فرع ثاني :

أساس التحكيم

هناك إجماع فقهي على أن التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاعات له أساسين هما: اتفاق الأطراف على تحكيم النزاع ، أو **إرادة الطرفين (أولا)** ، و **إجازة المشرع تحكيم النزاعات** بدل اللجوء إلى القاضي الإداري المختص أصلا لأن اختصاصه يعتبر من قواعد النظام العام **(ثانيا)**

أولا : إرادة الخصوم

لابد من اتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم بدلا من القضاء الرسمي، فالالتجاء إلى القضاء حق دستوري مضمون لكل الناس ، ولا يجوز حرمان شخص منه أو إجباره على اللجوء إلى التحكيم.

---

[284]_ د_آلاء يعقوب نعيمي،**الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني** ، من كلية القانون ، جامعة الشارقة، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون ،04 أفريل 2011 ، ص982 .

[285]_ Le caractère exceptionnel de l'arbitrage : ((est un mode juridictionnel alternatif de recours au juge puisque c'est un tiers, l'arbitre qui tranche le litige en rendent une sentence revêtue de l'autorité de chose jugé il exerce deux types d'arbitrage ....)) ,Delphine Costa **,contentieux Administratif ,**Lexis Nexis ,Paris, 2011,p112_117

يتصل أساسا بالفصل في المنازعات التعاقدية لأن العقود هي وسيلة التبادل الاقتصادي ،وينصب على المنازعات المتفق عرضها على المحكمين ، فإذا وقع في عقد من العقود شمل جميع أنواع المنازعات ، تنفيذية أو تفسيرية ، سواء كانت عند إبرام العقد ، أو بعد انتهائه[286]، وهذا ما تخالفه غالبية التشريعات ، حيث تحدّد مجال التحكيم في إطار المنازعات العقدية التنفيذية فقط .

تقف إرادة الطرفين التي يجسدها اتفاقهما على التحكيم عند اختيار طرف محايد يوكلان إليه مهمة التحكيم ، فإذا قبل هذا الطرف المحايد هذه المهمة ، فإنه يتولى الفصل في النزاع بين طرفيه ، ولا يمكن للأطراف التدخل في عمله ، لأنهما وباختيارهما التحكيم جعلا للمحكم وحده سلطة الفصل في النزاع ، والحل الذي يتوصل إليه يعد حكما يحسم النزاع مثل الحكم القضائي .[287]

أضاف بعض الفقه " **عنصر الإرادة** " في التحكيم ، لأن الأصل فيه اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع ليستغنوا به عن اللجوء إلى المحاكم اقتصادا للنفقات والوقت ، بعيدا عن الخصومات القضائية [288].

---

[286] _ د_ ماجد الحلو راغب ، **العقود الإدارية** ، مرجع سابق، ص 235

[287] _ د_ آلاء يعقوب النعيمي ، **مرجع سابق**، ص 982

[288] _ وهو يعكس الطابع الاختياري للطعون الذي يتميز به حق اللجوء إلى القضاء ، وفي التحكيم يمكن أن يكون حق اللجوء إجباريا بصريح النص القانوني ، أما في القضاء فالمسألة تجد تفسيرات أخرى رآها بعض الفقه في فرنسا ليتوصل إلى عدم إمكانية إجبار الأطراف على اللجوء إلى القضاء ، وهي القاعدة التي يمكن أن يجمع عليها الفقه الإداري وقد جاء هذا الرأي وفقا للصياغة الآتية :

« le droit d'agir en justice peut-il compter l'obligation d'un user ?' A cette question se rapporte le principe qui vient d'être énoncé sans doute, ce principe ne fait l'objet dans les textes comme dans la jurisprudence d'aucune formulation explicite .Il n'est pas moins certain ainsi bien les autorités publique que les Administrés sont libres d'apprécier s'il convient ou non de recenser ou recours exercer »

René Chapus , **droit du contentieux administratif ,** 12eme édition ,Edition Montchrestien, Paris , (2006) ,p367_ 371

غير أنه قد يكون إجباريا ، ويكون كذلك في مجال الفصل في النزاعات التي تنشأ بين أشخاص معنوية عامة كمشاريع القطاع العام ، وتعتبر هيئة التحكيم في هذه الحالة هيئة قضائية متخصصة و خاصة ، وأن رئاستها تسند إلى القضاء ، وتعد نوعا من أنواع القضاء العام في الدولة .

يعتبر اختصاصها هنا اختصاصا ولائيا يتعلق بالنظام العام ، وهو ما أيده الدكتور أحمد أبو الوفا في مرجعه " التحكيم الاختياري والإجباري".

وبالنظر إلى الصفة الاستثنائية لنظام التحكيم، فإن الأنظمة القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها قد تركت للأفراد والجماعات حرية اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم التي يجوز الصلح فيها.

فهو نظام لا يوجد للفصل في المنازعات " كأصل عام " إلا بموجب اتفاق إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، فالإرادة الذاتية للأطراف أحد أركان نظام التحكيم الاختياري ، كنظام قضائي استثنائي يشارك القضاء العام للدولة صاحب الولاية العامة والاختصاص الأصيل ، لكن هذه المشاركة تظل تحت إشراف القضاء ، وإذا كان ذلك هو الأصل ، فإنه لا يمنع الأنظمة القانونية الوضعية ، وعلى اختلاف مذاهبها ، من أن تجعل من نظام التحكيم في بعض المنازعات بين الأفراد والجماعات، أمرا واجبا لا يملكون معه رفضها[289].

ثانيا :

إجازة المشرع

عرف بعض الفقه " إرادة المشرع " بأنها "**إقرار الأنظمة القانونية لإرادة الخصوم بإخضاع نزاعاتهم العقدية للتحكيم بدل القضاء الرسمي في الدولة**"، وهي بذلك أصل عام إلى جانب إرادة الخصوم ، وبالتالي يرتبطان معا لتشكيل أساس التحكيم كأسلوب بديل.

[289] _ د _ آلاء اليعقوبي ، **مرجع سابق**، ص 432

لا تكفي إرادة الخصوم لأن التحكيم من حيث الأصل يعتبر استثناء من الأصل العام ، المتمثل في السلطة القضائية التي تختص بالفصل في كافة المنازعات التي تثور على إقليم الدولة ، فلابد أن يجيزه المشرع ويضع له التنظيم القانوني الذي يحكمه ، فالقانون هو الذي يحدد الهيئة القضائية ويبين اختصاصها ويبين طريقة إنشائها [290].

لعل القانون الذي يجيزه هو الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم ، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على الالتجاء إلى التحكيم ، إلا شرط أوجده القانون (جواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدل المحاكم القضائية النظامية)، وفي الوقت الحالي تسابقت التشريعات إلى إجازته وتنظيمه[291].

فالأصل في إجازة المشرع للتحكيم منح الرخصة للأطراف أو للخصوم بتعديل قواعد الاختصاص القضائي ، فاتفاقهما على ذلك وحده لا يعتبر قانونيا إلا بإجازة النص التشريعي، و إلا أصبح القضاء مختصا وظل كذلك .

تعتبر كل من إرادة تحكيم النزاع وإجازة المشرع حسب جانب من الفقه شرطان متكاملان ، لأن إجازة المشرع المفرغة في نص تشريعي تعتبر تكريسا لهذا النظام الاستثنائي لتسوية المنازعات ، وإلا ظل الاختصاص بنظر النزاع منعقدا للقضاء باعتباره جهة الاختصاص الأصلية للفصل في المنازعات [292].

وفي رأي توفيقي يفصل في مسألة أساس التحكيم ، يرى جانب من الفقه أنه يقتضي وجود عناصر ثلاثة ، خصومة ، محكم يختص بالفصل فيها بقرار ملزم ، واتفاق بين الخصوم على التحكيم ، وإذا انعدم أحد عناصره الثلاثة ، فالأمر لا يكون تحكيما بالمعنى الفني .

---

[290] _ إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، لا تكفي إرادة الأطراف الذاتية كأساس للتحكيم ، بل يجب اقراره من طرف الأنظمة القانونية الوضعية ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

د_ محمد سيد التحيوي ، **التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2007، ص 298

[291] _ د_ ماجد الحلو راغب ، **العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص236 .

[292] _ د _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **تنفيذ العقد الإداري** ، مرجع سابق ، ص 340.

وذلك لأن الالتجاء إلى التحكيم يراد به الحصول على حل للنزاع ، مع الرغبة في المصالحة ، وهو يتفادى بذلك ((الثأر الخاص)) ، فالتحكيم إذن هو اختيار الخصوم لقاضيهم[293].

مطلب ثاني :

تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة

يتمثل معيار التفرقة هنا في " وجود طرف من الغير " يتدخل في الخصومة باتفاق أطرافها دون أن نتجاهل معيار إجازة المشرع ، وهو وجود نص قانوني صريح يجيز للأطراف الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص القضائي الأصيلة لحل النزاع بواسطة طريق آخر، ومع ذلك يعتبر معيار الغير نقطة أساسية لتمييزه عن الطرق الأخرى لتسوية النزاعات.

بالإضافة إلى معيار "تدخل الغير" لإيجاد حل للنزاع ، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود خصائص جوهرية في كل الطرق البديلة الأخرى المشابهة لنظام التحكيم ، وهي تعتبر من جانب آخر نقاط اختلاف تحدد الفرق الموجود بين التحكيم وكل من الوساطة والصلح ، لذلك اعتمدنا التفريع الآتي :

اثارة موضوع الفرق بين الوساطة والتحكيم ، في فرع أول

[293]_ د_ محمد سامي الشوا ، **مرجع سابق**، ص15، 16

موضوع التفرقة بين الصلح والتحكيم ، في فرع ثان

فرع أول:

التحكيم والوساطة

تعتبر الوساطة حسب وجهة نظرنا من الطرق الوقائية للمنازعة القضائية ،ولا تعتبر من الطرق البديلة كما ميزها المشرع ،وذلك لمجموعة من الاعتبارات التي سنوضحها في هذا الفرع ، وتعرف على أنها الأداة التشريعية أو اللائحية لإنشاء لجنة أو هيئة تختص بتقريب وجهات النظر بين المتنازعين وتقترح الحلول لمنازعاتهم ، فإذا وافقوا عليها تغنيهم عن اللجوء إلى القضاء ، وتصبح من الطرق البديلة في حال موافقة الأطراف دون أن تمنعهم من اللجوء إلى القضاء فيبقى الطريق القضائي متاحا .

ومن ذلك تعرف كما يلي :

"تنشأ جهات معينة بأداة تشريعية أو لائحية هيئة تتولى تقريب وجهات النظر بين المتنازعين وتقترح الحلول لمنازعاتهم علّها ، وان تراضوا عليها وانضموا إليها تغنيهم عن سلوك طريق التقاضي ، ولكن دون أن تمنعهم عنه "

فهي وسيلة لصاحب العمل مصدر النزاع " **أحد أطراف النزاع**" لمراجعة عمله أو إعادة النظر فيه، فيتم حل النزاع بقرار منه هو ، وليس بقرار من لجنة الوساطة بشرط قبول الطرف الآخر، وبالتالي يتقي المنازعة القضائية [294].

يخرج التحكيم عن مهام الوساطة أو التوفيق بين وجهات نظر تعارض بعضها بعضا ، إذ تعتبر الوساطة تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي فيه ، بل يكون نفاذها معلقا على قبول أطرافها ، فلا تتقيد بها إلا بشرط انضمامهم بصفة اختيارية إليها .

---

[294] د محمد فؤاد عبد الباسط ، **مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص47

وفي المقابل لا يتم الفصل في الخصومة التحكيمية إلا بقرار ينهي النزاع مدعما بوسائل قضائية في طبيعتها، فلا ينتج عنه توصية يكون نفاذها مُعلّقا على قبول الأطراف ، بل يكون أمرا مقضيا بعيدا عن البعد التوفيقي بين وجهات نظر متعارضة بهدف التقريب لا غير[295].

ومن ذلك نستنتج أن القرار الصادر عن هيئة تسوية ، وحتى يكتسب طابع التحكيم يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

أن يكون منهيا للنزاع قاطعا له

أن يكون له القوة الإلزامية في مواجهة الأطراف المتنازعة [296].

أن يكون نفاذه عن طريق وسائل قضائية.

وتقتصر مهمة الوسيط على تسهيل وبناء سبل المناقشة بين أطراف النزاع ، ومن المحاور الأساسية التي يجب عليه توفيرها ووضعها من أولوياته :

_تأسيس طرق للمناقشة بصورة تُرضي الطرفين .

_إشعار الأطراف بالمسؤولية تجاه حل النزاع .

_إشعار الأطراف باستقلاليتهم .

---

[295] _ محمد فؤاد عبد الباسط ،**المرجع السابق** ، ص 48

[296] _ الوساطة هي وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ، ويختارون خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له ، وعلى عكس التحكيم فإن الوساطة لا تكون إلزامية بنتيجتها ، ولا يمكن إجبار الأطراف على قبول ما ينتج عن الوساطة ، كما أن في ذلك تقليل من العبء الملقى على عاتق الجهاز القضائي المُثقل بالدعاوى .

لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر:

علاوة هوام ، **الوساطة بديل لتسوية النزاع وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم ، في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ،كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، السنة الجامعية 2012_2013 ، ص 65_62

_ تشجيع الأطراف على تبادل الآراء والمناقشة

ولابد للأطراف تحديد إجراءاتها حتى تكون ملائمة لنوع النزاع

وتتمثل مراحلها في ما يلي :

_التعاقد (الاتفاق) حيث يتم هنا شرح آلية للوساطة وتقييم قابلية النزاع للوساطة ، ووضع البني الأساسية للعمل وتحديد أدوار أطراف النزاع .

_معالجة مواضيع النزاع ، وذلك عن طريق تحديد وجمع المعلومات ، وتحديد مواضيع الاتفاق والاختلاف ما بين طرفي النزاع ، وتحديد مواضيع الاتفاق والاختلاف بين طرفي النزاع ، وتحديد الأمور التي يجب البت فيها .

_التعامل مع النزاع ، وذلك عن طريق تحديد أشكال النزاع ، ومنهم وجهات النظر المتباينة عن طريق التفرقة بين الوقائع القانونية وأولويات الأطراف ، ومن ثم إعادة النظر في النزاع [297].

_تطوير وتقييم الخيارات ، وذلك عن طريق طرح الخيارات ، ومن ثم تقييمها من حيث الأهداف ومدى ملائمتها لنقاط مرجعية ، وبعدها يتم امتحان الخيارات واختيار أهميتها.

_الوصول إلى الاتفاق ، وذلك عن طريق صياغة مسودة للاتفاقية النهائية ليتم مراجعتها من قبل الأطراف أو المحامين أو المستشارين والمحاسبين ، على أن يتم تنفيذها بعد ذلك[298].

---

[297]– _ تبنى الوساطة على أولويات أطراف النزاع ، إلا أنها علاقة ثلاثية يتفاعل فيها كل من القاضي الذي يحتفظ بسمو مركزه ثم الوسيط والخصوم الذين يكونان في نفس المرتبة فالوسيط يتقيد بأولويات الخصوم والقاضي يكون الرقيب ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

بن صاولة شفيقة ، **الوساطة والنزاع الإداري** ، مداخلة بمناسبة الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة ، وزارة العدل ، الجزائر ، يومي 15و16 جوان 2009، مركز البحوث القانونية والقضائيةِ CRJJ، دون تاريخ النشر ، دون سنة النشر .

[298] _ د_عمر مشهور حديثة الجازي ، **الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية** ، ندوة بعنوان : الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، 28 كانون الأول 2004، جامعة اليرموك إربد ، المملكة الأردنية الهاشمية oajazy@jcdr.com ، ص 04.

نص المشرع الجزائري على الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[299]، واعتبرها من الطرق البديلة لتسوية النزاعات التي يجريها القاضي بصفة إلزامية[300] بعد وصول الدعوى إليه قبل البدء في الإجراءات القضائية ، ومن هذا المنطلق لا تعتبر طريقة وقائية من المنازعة القضائية ، كون النزاع قد وصل إلى القضاء أصلا، إلا إذا اعتبرت وقائية عن الإجراء القضائي بحد ذاته ، كون الوسيط الذي يحل محل القاضي بصفة مؤقتة في دور خاص ليس الدور القضائي.

فيما يتعلق بوظيفة الوساطة في مجال الصفقات العمومية ، فهي لا تزال في مجال الدراسات والبحوث القانونية إلى غاية الوقت الحاضر محل جدل فقهي ، فقد اعتبرها بعض الفقه وسيلة لتقديم الحلول في مجال تحسين إجراءات الطلب العمومي ، أي أن مجالها ينحصر فقط في إجراءات الإبرام [301].

يقترن إجراء الوساطة بموافقة الخصوم ، ويشترط قبول كل الأطراف حتى مع عدم النص على ذلك صراحة من قبل المشرع ، لأن القاضي لا يسعى لخلق نزاع جديد إذا اكتفى بقبول أحد الأطراف المتنازعة دون الأخرى .

وبالنسبة لتكييف الوساطة وتحديد طبيعتها القانونية استنتجنا النقاط الآتية :

---

[299] _ نص عليها المشرع في المادة 994 الواردة ضمن الكتاب الخامس المعنون ب " الطرق البديلة لحل النزاعات" ضمن الباب الأول المعنون ب " في الصلح والوساطة " ضمن الفصل الثاني المعنون ب " في الوساطة ".

[300] يعرضها القاضي على الخصوم بصفة إلزامية حسب نص المادة 944 فقرة01 ، وذلك في كل النزاعات وفي كافة المواد مع استثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية و القضايا الماسة بالنظام العام .

[301] **_ لمزيد من التفاصيل حول هذه المسالة راجع :**

Victor Gommez Friax ,**La médiation dans les marchés publics** , édition l' Harmattan (logique de gestion) , Paris ,2007 , p 79

Voir aussi :Téodore Fortskis , **La médiation , mode alternatif du règlement des litiges entre les autorités Administratif et les personnes privées** , Recommandation (REC 2001) 09, exposé les motifs et les références juridiques des modes alternatifs de règlement des litiges , édition conseil de l'Europe , Lisbonne , Portugal , Mai 2002 ,p 89_98

_ الوساطة آلية لتسوية النزاع عن طريق تقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين دون إبداء رأيه وإصدار حكم في النزاع .

_الوساطة إجراء ملزم للقاضي عند وصول الدعوى إليه في كل النزاعات ، ما عدا ما استثني بنص القانون.

_الوساطة قضائية تعقد تحت إشراف القاضي الإداري ، لكنها تُسند إلى الغير وليس كالصلح .

الوساطة مقترنة بإرادة الخصوم ، فيقوم رئيس تشكيلة الحكم بتعيين وسيط بموجب أمر.

_ الوساطة تشمل كل النزاع مع إمكانية تعلقها بجزء منه فقط والآخر يعرض على القاضي [302].

_لا تتميز الوساطة بالطابع الموقف للطريق القضائي ، فلا يتخلى القاضي عن القضية ويمكنه في أي وقت اتخاذ اي تدبير يراه ضروريا [303].

_ الوساطة مقيدة بمدة زمنية (ميعاد ثلاثة أشهر مع إمكانية طلب الوسيط تجديدها)[304]

وبالنسبة لشروط تعيين الوسيط يمكن تلخيصها في النقاط الآتية:

يعين من طرف القاضي بموجب أمر .

يقوم الوسيط بدور القاضي أي يحل محله.

---

[302] _ نص المادة 995/01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[303] _نص المادة 995/02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[304] _نص المادة 996/01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ويتم تجديدها وفقا للشروط الآتية :

بطلب من الوسيط

تجدد لنفس المدة دون زيادة أو نقصان

تجدد لمرة واحدة فقط

ونص المشرع على هذه الشروط في نص المادة996 _02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

قد يكون الوسيط شخصا طبيعيا أو جمعية (يعين الرئيس أحد الأعضاء لتنفيذ الإجراء باسمها مع إخطار القاضي بذلك)[305].

وفيما يتعلق بنهاية إجراء الوساطة ، فنلاحظ أنها تنتهي وفقا لطريقتين :

نهاية غير عادية : وذلك نظرا لتعلقها بالقاضي حتى أنه يملك سلطة إقامتها وإنهائها في أي وقت يراه مناسبا ، إذا رأى عدم جدواها ، أي من تلقاء نفسه في حالة استحالة مواصلة الوساطة [306].

_تنتهي الوساطة بمبادرة الوسيط أو الخصوم ، لكن القاضي هو من يملك صلاحية إنهائها[307].

_ ترجع القضية إلى الجلسة في هذه الحالات ، حسب نص المادة 1002_02 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

نهاية عادية :حيث تنتهي الوساطة بانتهاء إجراءاتها ، فيخبر الوسيط القاضي كتابيا بالاتفاق الحاصل من عدمه .

---

[305] _ نص المادة 997_ 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

وبالنسبة لشروط تعيين من يقوم بدور الوساطة فقد حددتها نص المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيعين من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السيرة والسلوك

أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف

التمتع بالحقوق المدنية

أن يكون مؤهلا لنظر النزاع (عنصر التخصص)

ان يكون محايدا ومستقلا ، وأضاف القانون أنه تحدد كيفيات تطبيق هذه الأحكام عن طريق التنظيم الذي سيوضح فكرة الجمعيات

كما يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير

وبالنسبة لإجراءات تعيين الوسيط فقد نصت عليها المواد 1000,1001, 999 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

[306] _ نص المادة 1002/02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[307] _ نص المادة 1002/01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

يفرغ الوسيط ما تم التوصل إليه باتفاق الطرفين في محضر يتضمن المضمون ، ويوقع من طرفه وكذا الخصوم.

يودع المحضر لدى القاضي ليصدر أمرا غير قابل لأي طعن يقضي بالمصادقة على محضر الاتفاق ، فيكتسب السند التنفيذي.

وترجع القضية إلى القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا

بعد إجراء هذه المقارنة نتوصل إلى نتيجة مفادها :

" إن الوساطة التي تبناها المشرع هي وساطة قضائية تتم تحت إشراف القاضي الإداري ورعايته ، فهي ليست بديلة عن القضاء ، كونها لا تتمتع بأي استقلالية عنه ، فهي تشبه إلى حد بعيد إجراء الصلح الذي يقوم به القاضي ، وكأنها مجرد إجراء تمهيدي لمواصلة السير في الدعوى والنظر فيها في جلسة الحكم ".

نحن إذن لا تعتبرها طريقا بديلا عن القضاء في تسوية النزاع الإداري ، فلا تكون بديلة إلا إذا قامت بنظر النزاع وحسمه بصفة مستقلة دون الرجوع إلى القاضي (ونلاحظ هنا أن محضر الوساطة يصادق عليه القاضي).

كما أنها تصدر محاضر اتفاق وليس أحكام ملزمة .

لكن هل يمكن اعتبارها "وقائية " أي أن اللجوء إليها يقي الطرفين من النزاع القضائي؟

يمكن أن تعتبر كذلك إلى حد بعيد كون الاتفاق على إنهاء النزاعات من طرف الخصوم بعد جهود الوسيط يحسم النزاع ، حتى لو اعتبر حسما ناقصا أو جزئيا يفتقر للصيغة التنفيذية.

عندما ترجع القضية للقاضي لا يقوم إلا بتأكيد نتائج الوساطة والفصل في النزاع ، لكنه في دوره هذا لا يعتبر بديلا عن القاضي ، كونه هو الذي يشرف على الوساطة من بدايتها إلى نهايتها ، وكأن القاضي تنازل عن دور الحكم إلى الوسيط الذي حل محله .

وفي الختام نؤكد على وجهة نظرنا التي تنصرف إلى عدم اعتبار الوساطة من الطرق البديلة ، لذلك لن تشملها دراستنا بمزيد من التفصيل .

فرع ثاني :

التحكيم والصلح

يعتبر على عكس الوساطة الصلح اختياريا ، لكنه يشترك معها في تصنيفه ضمن الطرق البديلة تحت الإشراف القضائي حسب توجه المشرع ، وقد تناول المشرع إجراء الصلح من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فما هي الطبيعة القانونية للصلح؟

يعتبر الصلح من الطرق البديلة لكن يقوم به القاضي ، وهو يعزز بهذا المفهوم مفهوم الطرق البديلة لحل النزاعات كونها تكون بديلة عن القضاء كعدالة (بديلة عن مرفق القضاء لا عن القاضي ، كونه في هذه الحالة يكون مصالحا لا قاضيا) ، لكن الصلح يقوم به القاضي بغض النظر عن صفته ، وهو من هذا المنطلق ليس بديلا عن القضاء وكل ما في الأمر يمكن اعتباره وظيفة تحضيرية أو وظيفة احترازية[308].

فالصلح حسب وجهة نظرنا " تدبير احترازي يقوم به القاضي للوقاية من استكمال إجراءات نظر الدعوى في الجلسة"، فالصلح القضائي ليس طريقة بديلة من وجهة نظرنا إلا إذا كان اتفاقا خارجا عن مرفق العدالة .

---

[308]_ يختلف الصلح القضائي عن مفهوم آخر هو التحكيم بالصلح ، وتطبقه بعض الأنظمة القانونية ، ويعرّف على أنه :

" تفويض إلى هيئة التحكيم من طرف أطراف النزاع للحكم فيه حكما عادلا دون التقيّد بأحكام القانون ويؤدي إلى صدور حكم حقيقي يقبل التنفيذ الجبري ، دون أن يكون للأطراف الحق في الطعن فيه إلا في حالة مخالفته لقاعدة قانونية من النظام العام "، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

ماجد الحلو راغب ،**العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص 237

_الصلح ذو طابع اختياري على عكس الوساطة ويستخلص ذلك من نص المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [309].

من خلال هذه المادة نستنتج :

_الصلح ذو طابع اختياري

_الصلح محدد بمجال دعاوى القضاء الكامل وليس الإلغاء أو التفسير أو فحص المشروعية

_ويجري الصلح وفق طريقتين :

_ بمبادرة الخصوم فيقوم به القاضي[310]

_بسعي من رئيس تشكيلة الحكم ، لكنه في هذه الحالة لا يجبر الخصوم على الموافقة على إجرائه ، بل هو مقيد بموافقة الخصوم[311].

_ يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ، فهو يتعلق بالنظام العام [312]

_ دور القاضي هنا يتحول من حَكَم إلى مصالح ، وهنا لا يعتبر دوره عاديا مثل دوره في إجراءات التقاضي ، بل يحاول فقط تقريب وجهات النظر والتوفيق بين الأطراف للحصول على الاتفاق حول تسوية النزاع القائم ، فدوره يقتصر على مساعدة الخصوم على إيجاد اتفاق ينهي النزاع [313].

---

[309]_ التي تنص على ما يلي :

" يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل"

[310]_ نص المادة 972 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[311]_ نص المادة972 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[312] _نص المادة 971 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[313]_sur le rôle de conciliateur ; on peut conclure de ce qui précède que la responsabilité du conciliateur est au fond l'aide les parties qu'oppose un litige l'ordre administratif a trouver un accord pour régler leur différend ,son rôle d'encadrement lui permet de les orienter vers une méthode de résolution des problèmes qu'elles pourront appliquer au cas d'espèce »

أما فيما يتعلق بإجراءات الصلح القضائي فهي كالآتي :

يقوم به القاضي ودوره هنا مصالح يقرب وجهات النظر فقط ، ولا يقوم به القاضي إلا بموافقة الخصوم وله نتيجتان هما:

الأولى : في حالة حصول صلح[314]

يقوم رئيس المحكمة الادارية (رئيس تشكيلة الحكم) بتحرير محضر يحدد فيه ما تم الاتفاق عليه ، كما يأمر القاضي بعد ذلك بتسوية النزاع وغلق الملف بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

الثانية : في حالة عدم حصوله

يُحوّل الملف الى الجلسة لينظر فيه القاضي كحكم وليس مصالح بعد تحرير محضر عدم الصلح ، فتباشر إجراءات التقاضي العادية .

" لا يجوز للجهات القضائية الإدارية أن تباشر الصلح إلا في النزاعات التي تدخل في اختصاصها "[315].

أضاف المشرع أحكاما أخرى على إجراء الصلح عندما تناولنا المواد من 993_990 من جانب اعتباره طريقا من الطرق البديلة لحل النزاعات .

نتساءل ما هو جدوى تفريق إجراء الصلح في مواد متفرقة إلى مجموعتين في حين تعلق الأمر بنفس الإجراء وكل مجموعة من المواد تحمل إضافات وجديدا في الإجراءات.

كان التقسيم معيبا في الجانب الإجرائي في المجموعة الأولى ، فكيف تجاهل المشرع القوة القانونية لمحضر الصلح كونه يعد سندا تنفيذيا ، وهو ما أشار إليه المشرع في نص المادة 993 ضمن المجموعة الثانية .

Helmut Kischenberg ,**la conciliation dans les litiges de droit administratif** ,édition conseil de l'Europe , Lisbonne (Portugal),31mai_02juin 1999, (imprimé en Allemagne), p 84

[314] _نص المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[315] _نص المادة 974 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

إن المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تفصل في إجراءات محضر الصلح من جانب شكلي ، فهي كذلك تتعلق بالمجموعة الأولى " من المفروض يستكمل ضمن المادة 973.

أما المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فقد أضافت الجديد الذي يتمثل في أنه تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين ، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك[316].

أما المادة 990 ، فقد جمعت مضمون المادة 972 من المجموعة الأولى بصيغة مختصرة ، وهو تكرار لا فائدة منه.

من شأن هذا التفكك الشكلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يفقد القانون انسجامه ، فالنصوص القانونية التي تناولت الصلح جاءت غير مرتبة وغير منسجمة .

يتبيّن لنا وجود اختلاف في التسميات أو الاصطلاحات التي أطلقها الفقهاء على الطرق البديلة بعد دراسة معمقة .

يوجد كذلك التحكيم القضائي[317] الذي تشبه خصائصه إلى حد بعيد " الصلح " الذي يقوم به القاضي الإداري الجزائري، لذلك يجب أن تعرّف كل طريقة بديلة بخصائصها ومميزاتها وعناصرها الأساسية ، لأن الاصطلاح فقط لا يؤدي بنا إلى نتيجة قانونية حاسمة كون الخصائص متضاربة.

---

[316] _ لمزيد من التفاصيل حول الصلح في المادة الإدارية أنظر :

فضيل العيش ، **الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى** ، منشورات بغدادي ، دون مكان النشر ، دون تاريخ النشر .

بن صاولة شفيقة ، **الصلح في المادة الإدارية** ، دار هومة ، الجزائر ، 2006

[317] _ هو التحكيم الذي يتولاه قاض أو قضاة رسميين من أعضاء السلطة القضائية في الدولة ، ويسمى بالقضائي نسبة إلى شخص المحكم القائم به ، إذ هو شخص وظيفته الأصلية القضاء بين المتنازعين ، فأساسه " معيار شكلي " يتمثل في صفة المحكم الذي يكون هو القاضي ".

يمكن وان اعتمدنا على الاصطلاح لوحده أن نخلط بين المفاهيم ، فما يطلق عليه تحكيما قضائيا في الأنظمة القضائية المقارنة هو صلح في النظام القضائي الجزائري .

فكل دراسة ترتبط بالمحيط التشريعي الذي ينشط فيه عن طريق الإسنادات و الإحالات.

تقوم بالتحكيم هيئة تحكيم تتشكل من عنصر قضائي (ثلاثة قضاة على الأقل) ،وذلك حتى لو كان فيه تشكيل آخر فهو يغلب عليه العنصر القضائي ، وهو ما يجعله طريقا شبيها بالطريق القضائي [318].

مطلب ثالث:

الطبيعة القانونية للتحكيم في المادة الإدارية

اختلف الفقهاء حول طبيعة التحكيم الداخلي في العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة ، وقد عقب **الدكتور محمد سامي الشوا** على أهمية التعرض لدراسة الطبيعة القانونية للتحكيم كأسلوب بديل عن القضاء العام لتسوية النزاعات كالآتي:

((إن التساؤل الذي ثار دوما هو عن الطبيعة القانونية للتحكيم اهو من طبيعة تعاقدية أم من طبيعة قضائية أم من طبيعة مختلطة أو من طبيعة ذاتية لذا فان دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم ليست دراسة نظرية بحتة ، ولا هي ضرب من ضروب الترف الفكري أو رصد للجدل الفقهي الذي احتدم حولها ، ذلك انه ينبني حول دراستها في الحقيقة نتائج بالغة الأهمية من الوجهة النظر القانونية))[319]، ومن هذا الرأي ارتأينا التقديم لهذا المطلب الذي اقترحنا تقسيمه كالآتي:

سنبحث في طبيعته التعاقدية ، من خلال الفرع الأول .

---

[318] _ د_ دارو الباز **اتجاهات القضاء الكويتي بشأن التحكيم القضائي في العقود الإدارية ، بحوث المجلد الأول،** المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، مرجع سابق ، ص327_328 .

[319] _ د _ محمد سامي الشوا ، مرجع سابق، ص 16_17

أما في الفرع الثاني ، فسنُثير الطابع القضائي للتحكيم.

فرع أول :

الطابع الاتفاقي للتحكيم (الطبيعة التعاقدية)

إذا اعترفنا للتحكيم بالطابع الاتفاقي ،فهو إذن يندرج ضمن الطرق البديلة ، لأنه غير قضائي ، فهل هو حقيقة ذو طابع تعاقدي اتفاقي ؟.

تعتبر الإرادة الحرة لأطراف النزاع في العقد الإداري ركيزة أساسية للتحكيم ، حيث يحدد الأطراف نطاق الحقوق المتنازع عليها أو المسائل الخلافية التي تعرض على هيئة التحكيم وإرادة الأطراف تعتبر مردا للسلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون منذ البت في النزاع.

واستنادا إلى الإرادة الحرة لأطراف النزاع ، هناك من الفقه من أطلق عليه الصفة أو الطبيعة التعاقدية .

يرى أنصار هذا الاتجاه أن له طبيعة تعاقدية بحتة ، وذلك استنادا على اتفاق أطراف الخصومة التي تعتبر أساسا للتحكيم أو الخصومة التحكيمية ، سواء كان هذا الاتفاق بندا من بنود العقد أم اتفاقا لاحقا له فيما يعرف بشرط التحكيم اللاحق عن العقد (سنتعرض إليه في الفصل الثاني من هذا الباب عند التعرض إلى الخصومة التحكيمية).

كما أن مصدر قرارات التحكيم هو تلك الإرادة، فالاتفاق إذن هو الذي يصبغ الأحكام التحكيمية صيغتها التنفيذية من حيث الأساس، ومن ثمة تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات وتكون مع اتفاق التحكيم كلا لا يتجزأ فهما يكونان هرما قاعدته اتفاق التحكيم وقمة حكم المحكمين الذي يبدو مجرد عنصر تبعي في عملية التحكيم [320].

ومن الفقه من يرجح الطبيعة العقدية لتحكيم النزاع الإداري ، على أساس أن أساس ونطاق رقابة المحكمين وتعيينهم وتعيين القانون الذي يحكمون بمقتضاه يستند إلى اتفاق الأطراف

[320] _ محمد سامي الشوا ، مرجع سابق، ص 19.

على إحالة نزاعهم على التحكيم ، ويقتصر دور القضاء على الرقابة على أعمال المحكم وتنفيذ أحكامه أو الحكم ببطلانها في الأحوال التي يقررها القانون [321].

ينتج عن هذا الاتفاق اتفاق أو إلزام بالقرار الصادر عن هيئة التحكيم وتنفيذه كاملا ، وهنا نلاحظ أن القاعدة تتأسس على مشروعية التحكيم كأساس لطريق تسوية المنازعات يغاير طريق التقاضي العادي (قاعدة اتفاقية تتبنى إرادة الأطراف[322]سواء لتسوية نزاع قائم ، أم سيقوم في المستقبل في إطار العلاقة التعاقدية[323]).

لا تستند ولاية التحكيم لنظر منازعات الصفقات العمومية على قاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، بل ترد إلى الاتفاق الحاصل بين طرفي العقد سواء كان النزاع قائما أم محتملا (وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق أصلا أو كان باطلا قانونا أو انه كان محدد النطاق في ما يخص المسائل التي يشملها التحكيم ، ولكن الهيئة المحكَّمة لم تحترم ذلك ، كان الحكم التحكيمي باطلا).

كما أن حجية قرارات التحكيم فيما قضى به بعدم الطعن عليها ،أساسها توافقها مع إرادة الأطراف كما عبروا عنها بالالتجاء إلى التحكيم [324].

ويترتب عن الطبيعة التعاقدية للتحكيم ما يلي :

أولا : ضرورة إطلاق " مبدأ سلطان الإرادة " ، وترك الأمر لأطراف النزاع وقضاتهم الذين اختاروا وقبلوا مسبقا الخضوع لما يصدرونه من أحكام ، ومن ثم لا يجوز للدولة التدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير التحكيم[325].

---

[321] _ د محمود سمير الشرقاوي، **الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي**، ، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، 04 افريل 2011 ، ص 684.

[322] _ محمد فؤاد عبد الباسط ، **مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية**، مرجع سابق، ص 12

[323] _ نقلا عن : محمد فؤاد عبد الباسط ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[324] _ د_ سامي الشوا ، مرجع سابق ، ص 19

يكون ذلك عن طريق وضع قواعد مقررة مسبقا لسد نقائص اتفاق الأطراف، فلا تضع القواعد الآمرة إلا في حدود ما يمس الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لكيان الدولة.

ثانيا: التنفيذ الإرادي لأحكام التحكيم ، وذلك دون الحاجة للجوء إلى القضاء للحصول على أمر التنفيذ

ثالثا: إن التحكيم غير المستند إلى اتفاق الأطراف (التحكيم الإجباري) يخرج عن مفهوم التحكيم الفني[326].

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي :

أولا: المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف ، فالأطراف لا يطالبون المحكم بالكشف عن إرادتهم بل يطالبونه بالكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية ، فالمحكم دوره ينحصر في تطبيق إرادة القانون في الحالة المعنية ، وليس ما اتفق عليه الأطراف ، فالتحكيم وفقا للعدالة هو الأصل .

ثانيا: الاستناد إلى دور الخصوم واعتباره دورا أساسيا ومركز ثقل في نظام التحكيم مبالغ فيه ، كون دورهم هو مجرد تنظيم خارجي للعملية ، أما جوهره الذي يحدد طبيعته بصفة واضحة هو مرتبط بطبيعته المهمة التي عهد بها الخصوم إلى المحكم ، والتي يشترط أن يجيزها القانون لكي تكون سلطات المحكم مشروعة (إصدار حكم ملزم ، تقدير الإجراءات اللازمة للفصل والإثبات ، تقدير الأدلة والمستندات) وكل ذلك بوصفه قاض.

ثالثا: لم يفصل أنصار هذا الاتجاه في طبيعة العقد الذي قاموا بتكييف العقد التحكيمي على اساسه ، هل هو من القانون العام أم من القانون الخاص .

---

[325] _ د_ محمود سيد التحيوي ، مرجع سابق ، ص 298

[326] _ فكرة التحكيم الإجباري موجودة في بعض التشريعات ، حيث يحدد المشرع مجالات محددة من النزاعات يجب أن تعرض على التحكيم بدل القضاء ، فيكون هذا الإلزام مصدره النص القانوني، د_ سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص 20

ويرى أنصار هذا الاتجاه " ترجيح الطبيعة العقدية " ، اذ أن أساس ونطاق مهمة المحكم وتعيينه وتحديد القانون الذي يحكم بمقتضاه يستند الى اتفاق الأطراف على اخضاع منازعاتهم للتحكيم ويقتصر دور القضاء على الرقابة على إعمال المحكم وتنفيذ أحكامه أو الحكم ببطلانها في الأحوال التي يقررها القانون[327] .

ومن ثم فان التحكيم يعد وسيلة فنية غايتها الفصل في نزاع وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم [328] ، ولا يتولون مهامهم بإسناد من الدولة مع تعهد الأطراف بقبول الحكم الصادر عن المحكمين ، و هو الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه ، حيث يصدر بتنفيذه أمر من المحكمة المختصة [329].

نرى أن هذا الرأي غير منطقي فهو يرفض إصباغ التحكيم صفة القضاء بصورة مطلقة ، ولكنه في المقابل يقر له ببعض صفات الحكم القضائي ، أليس من شأن ذلك أن يجعله ذو طابع شبه قضائي؟ ، وهي النتيجة المنطقية التي يفترض أن يصل إليها إذا طبق جميع المعايير التي أدرجها في تعريفه .

فرع ثاني :

الطابع القضائي للتحكيم

يعتبر التحكيم طريقة خاصة لتسوية المنازعات أساسه إرادة الخصوم التي تؤسس بحد ذاتها ولاية المحكمين لنظر النزاع ، وكذا صلاحياتهم في حدود تفويض من أطراف الخصومة ، لكن دور المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية ليس مطلقا ، لأنه يتحدد بالحالات التي يجيز فيها المشرع لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم فيما يخص نزاعاته.

---

[327] _ محمد سمير الشرقاوي ، **مرجع سابق** ، ص 684.

[328] _ مفهوم التحكيم كنظام غير قضائي لتسوية المنازعات هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ، وذلك بحكم ملزم للخصوم ، الأمر الذي يقطع الخصومة في كافة جوانبها .

[329] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما** ، مرجع سابق ص 338، 339.

يتأسس أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم على اتفاق أطراف الخصومة العقدية ، إلا أن هذه الأخيرة لا تشكل إلا أحد طرفي التحكيم ، لأن الطرف الآخر يتمثل في اختيار طرف محايد يتمثل في المحكم[330] ، وهنا تتوقف الخصومة التحكيمية على موافقة هذا الأخير على اضطلاعه بالصلاحيات المفوضة إليه لتسوية النزاع العقدي ، ومن ذلك سيصدر قرارا يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ، ويحسم النزاع بحكم واجب التنفيذ مثل الحكم القضائي ، ومن هذا الجانب يأخذ التحكيم صفة القضاء[331] (يشبه تطبيق الجهات القضائية العامة لقواعد الاختصاص).

وهناك من الفقه من يرى أن التحكيم يتسم بالصفة القضائية نسبة إلى صفة المحكم أو المحكمين القائمين به ، والذين يكونون أشخاصا وظيفتهم الأصلية القضاء (يتمتعون بصفة القاضي الرسمي في الدولة).

ومن ذلك فالتحكيم لا يكون قضائيا إلا إذا تولاه قاض أو قضاة من أعضاء السلطة القضائية في الدولة ، فهم القضاة الرسميون الذين يتولون تطبيق القانون على النزاع المعروض أمامهم على شكل خصومة تتابع إجراءاتها من طرف الخصوم وممثليهم وكذا المحكمين ومعاونيهم ، وتنتهي بصدور حكم حاسم للنزاع [332] ، لكنه يختلف عن الطريق العادي لفض النزاعات بإشراك عنصر غير قضائي هو هيئة التحكيم [333].

ونعني به ما يلي:

ليس بديلا عن الطرق القضائية (فهو كطريقة لا يعوض الطريق القضائي لأنه الأصل)

330– اعتبر التحكيم وسيلة فنية غايتها الفصل في نزاع ركيزته اتفاق خاص يستمد منه المحكمون سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بإسناد من الدولة ، مع تعهُّد أحد أطراف النزاع بقبول الحكم الصادر عن المحكمين، وهو الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه ، ويصدر بتنفيذه أمر من المحكمة المختصةّ ، د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **مرجع سابق**، ص 339.

331 **_د_ ألاء يعقوب النعيمي** ، مرجع سابق ، ص 972.

332 **_ د_ داود الباز** ، مرجع سابق ، ص327.

333 _ ويكون من الأشخاص العاديين غير القضاة من ذوي خبرات معينة في غالب الأحيان لان التحكيم في العقود الإدارية ينصب على المنازعات ذات الطابع التقني والمالي وهي المنازعات التي تتخلل تنفيذ العقود الإدارية

يعوض العدالة الرسمية التابعة للدولة (وهي الهيئات القضائية التقليدية)

طريقة قضائية خاصة غير تقليدية .

ويستند رأي آخر إلى اعتباره ذو طبيعة قضائية إلى المبررات الآتية:

((إذ أن المحكم هو قاض خاص يعينه أطراف النزاع ويستمد سلطته القضائية من اعتراف القانون بالوظيفة القضائية للمحكم ن والسماح للمتنازعين باختيار محكميهم لحسم النزاع الذي قد يثور بينهم بمناسبة تنفيذ عقد معين أو وجود علاقة غير تعاقدية بينهم تقبل التحكيم طبقا لأحكام القانون ، لذا لا يجوز عند وجود اتفاق التحكيم أن يلجا أحد الأطراف إلى قضاء الدولة ، وإذ حدث هذا وجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى متى دفع الطرف الآخر بعدم القبول ، وطبقا لهذا الاتجاه فان أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي فيه ، وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها القانون))[334].

يرى هذا الاتجاه أن مصطلح التحكيم هو نظام للفصل في منازعات معينة ، ومن ذلك يكون مانعا من اللجوء إلى طريق التقاضي أمام الجهات القضائية المختصة أو صاحبة الولاية أصلا كهيئات رسمية[335].

إذا أثيرت مسألة التفرقة بين التحكيم والقضاء نلاحظ أولا أن ولاية القضاء المختص عامة تشمل كل النزاعات التي يمكن أن تثار بشأن العقد الإداري ، في مقابل ذلك تعتبر ولاية المحكم محصورة ومحدودة في جانب محدد ، هو محل الاتفاق على التحكيم ، الذي ينحصر في مسألة أو مجموعة مسائل معينة لقضية واحدة لا تتعدى قضايا أخرى[336].

كما ينحصر موضوع الخصومة التحكيمية من جانب ثان في ما لا يتعلق بالنظام العام أي مجموعة النزاعات التي تتعلق بحقوق يمكن التنازل عنها وتقبل التصالح بين المتخاصمين ،

---

[334] _د _محمود سمير الشرقاوي، **مرجع سابق** ، ص 683.

[335] _د_ محمد فؤاد عبد الباسط ،**مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية** ، مرجع سابق ، ص 23.

[336] _د سعد الدين صالح دداش، **التحكيم في مجلة الأحكام العدلية ، دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي وقواعد التحكيم الدولية** ، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون، 04 أفريل 2011 ، ص1197.

وتتمثل في مجال العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة في مجال النزاعات المالية ، كتلك المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد والأسعار[337].

ومن ذلك يمكن أن يعتبر طريقا بديلا أو استثنائيا ، لكن ذلك لا يجعله طريقا ذو طابع إداري أو فني مثل اللجوء إلى لجان الطعن الخصوصية ، بل طريقا خاصا للتقاضي يحسم النزاع ، وذلك نظرا لتوافر عدة مؤشرات تتمثل فيما يلي :

كونه يفصل في خصومة مثل الجهات القضائية الأصيلة، ومصطلح الخصومة يطلق على إجراءات التقاضي حول نزاع معين أمام جهة قضائية (فيطلق عليها الخصومة التحكيمية).

يتبع أمام الهيئة التحكيمية نفس الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية .

تصدر هيئة التحكيم حكما يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، وهي نافذة فالمحكم يلعب دور القاضي عند تسوية النزاع ، وهذا يعتبر رأينا الخاص في الموضوع .

وهناك من الفقهاء من نظر إلى طبيعته القانونية من جانبين ، فاعتبره ونظرا لتحكيم المعيار الموضوعي نوعا من أنواع القضاء ، وتبريره في ذلك مرده اتصال الفصل في المنازعة القائمة بتطبيق قواعد القانون الموضوعي[338].

كما يحوز قرار المحكم حجية الشيء المقضي فيه ، وهو ما يتمتع به العمل القضائي.

أما وفقا للمعيار العضوي أو الشكلي المتعلق بالهيئة مصدرة العمل فإن الأمر يمكن أن يثير الجدل ، فلا شك أن المحكم ليس من رجال السلطة القضائية النظاميين ، ولكنه يستمد

---

[337] _ ويختلف عن الصلح أو التصالح في اعتبار هذا الأخير يتم بين الخصوم أنفسهم ، أو من ينوب عنهم أو مفوضيهم بقصد تسوية النزاع وديا مع مخالفة قواعد التحكيم التي يتعارف عليها من تشكيل هيئة والاتفاق على قواعد معينة تحكم التسوية تحت غطاء النص التشريعي ، الذي يجيز التحكيم ، بمعنى أدق نلاحظ أن قيمة التسوية بالمصالحة لا تنفك عن كونها ذات قيمة معنوية أو أدبية على عكس التحكيم الذي تصل أحكامه إلى درجة الإلزامية ذات الأهمية التي لا نزاع فيها ، فحكم التحكيم يفرض نفسه بنفسه على عكس نتيجة التصالح التي لا تجبر المتخاصمين على الأخذ بها .

[338] _ د_ ماجد الحلو راغب ، **العقود الإدارية ،** مرجع سابق ، ص 243.

سلطته في الفصل في المنازعة في القانون الذي يجيز التحكيم قبل أن يستمدها من إرادة طرفي النزاع ، أي أن القانون قد منحه ولاية القضاء بخصوص المنازعة التي حكم فيها .

ويعتبر التحكيم صورة من صور القضاء الخاص ، إذ يتعلق الأمر بمنازعة يتولى الفصل فيها شخص أو أشخاص عاديون لا يعتبرون من رجال القضاء النظاميين ، و لا تسأل الدولة عن أعمالهم لأنهم يختارون بواسطة أطراف المنازعة طبقا للقانون [339].

وهناك من الفقه من قام بتحديد مفهوم التحكيم ، من بديهة مفادها **((مفهوم التحكيم كنظام غير قضائي لتسوية النزاعات))** ، من ذلك أعطى له المفهوم الآتي:

((هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بحكم ملزم للخصوم الأمر الذي يقطع دابر الخصومة من كافة جوانبها ، وهي الخصومة التي أحالها أطرافها على التحكيم))[340].

وهو بالتالي وسيلة فنية بهدف الفصل في النزاع انطلاقا من أساس هام وهو اتفاق الأطراف الذي يعد المحكمين بسلطتهم للفصل في النزاع وليس الدولة[341] ، و نلاحظ على هذا الاتجاه انه استند إلى جانب واحد وهو اتفاق الأطراف الذي يشكل الأساس النسبي لسلطات المحكمين[342].

وفي المقابل تجاهل الأساس الثاني الذي يعتبر نتيجة قانونية عن عرض النزاع على هيئة التحكيم، ألا وهو الحكم الملزم للخصوم الذي يقطع الخصومة ، بمعنى أنه يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه زيادة على الطابع الإلزامي ، وهي من مميزات الأحكام القضائية.

---

[339] _ د ماجد راغب الحلو، **القانون الإداري (المركزية و اللامركزية ، الأموال العامة ، الموظف العام ، المرافق العامة الضبط الإداري ، السلطة التقديرية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة ، التحكيم الإداري، الحجز الإداري)**، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2004، ص 435 .

[340] – د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما** ، دون ذكر دار النشر، مصر 2009 ، ص 338 .

[341] – د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،**المرجع السابق** ، ص339.

[342] – لكن إرادة أطراف النزاع لوحدها غير كافية لقيام التحكيم ، حيث يتعين أن يجيز لهم المشرع حق اللجوء إلى هذا النظام الاستثنائي لتسوية المنازعات ، والأصل الاختصاص بنظر النزاع منعقدا للقضاء باعتبارها جهة الاختصاص الأصيلة للفصل في المنازعات .

ينتفي من خلال استقراء التعقيب السابق اعتبار التحكيم مجرد وسيلة بديلة فنية ، فهو يتميز ببعض ما تتميز به الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية النظامية ، لكن ذلك لا ينفي عنه الصبغة الاتفاقية التي لا تزال صفة لصيقة به ، لأنها أساس قيام التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات .

نرى في هذا السياق أن الاعتبار القاضي باعتبار التحكيم ، ومن حيث الأساس نظام غير قضائي اعتبار في غير محله نتيجة للاستنتاجات التي قمنا بتوضيحها سابقا .

من ذلك نخلص إلى نتيجة هامة وهي أن التحكيم وباعتباره طريقا بديلا لتسوية النزاعات ،فهو ليس بديلا عن الطرق الأصيلة المتعارف عليها لتسوية النزاعات ، وإنما هو بديل عن الهيئات أو الأجهزة القضائية التي تتولى هذه المهمة .

ذلك ما سنواصل استنتاجه من خلال مواصلة هذه الدراسة عند التعرض للخصومة التحكيمية من حيث إجراءاتها وطرق سيرها ، حيث سنلاحظ أنها تتماثل وإلى حد كبير مع تلك المتبعة أمام الجهات القضائية ، فهو طريقة بديلة من حيث الهيئات وليس من حيث المهام .

بعبارة أخرى نرى أن المهام الأصيلة للجهات القضائية أصبحت هيئات التحكيم تختص بها استثناء (باتفاق الأطراف ونص القانون)،وذلك تخفيفا عن كاهلها كثرة القضايا وتراكم الملفات وطول الإجراءات التي أصبحت تتسم بها الجهات القضائية للعدالة الرسمية وهذا يتسق مع مبتغى المشرع من تبني الطرق البديلة.

ويمكن تسجيل نوع من الاتجاهات التوفيقية التي ترى بازدواجية الطبيعة القانونية للتحكيم، ومنها الاتجاه الذي يرى في التحكيم ذو طبيعة مختلطة يجمع بين الطابع العقدي أو الاتفاقي والطابع القضائي ، إذ يستمد التحكيم إلزامه من اتفاق أطراف الخصومة العقدية على الأخذ به لمواجهة ما قد ينشأ بينهم من نزاعات ، وفي المقابل يمارس المحكم دور القاضي للفصل فيما قد ينشأ من نزاعات تفسيرية أو تنفيذية فقط[343].

[343] – د محمود سمير الشرقاوي ، **مرجع سابق** ، ص 684.

إلا أننا ومن خلال هذه الدراسة نؤيد الاتجاه القائل بازدواجية الطبيعة القانونية للتحكيم ، فهي قضائية ، كونها تتميز ببعض السمات التي تتميز بها الهيئات القضائية ، واتفاقية كون المحكمين يستمدون اختصاصاتهم من إرادة أو اتفاق أطراف النزاع ، وهى من هذا الجانب تتسم بالازدواجية ، لكن ارتباطها بالإرادة الصريحة للمشرع المفرغة في نص قانوني يجعلها شبه قضائية كون مصدر الاختصاص الأصيل للجهات القضائية هو القانون.

مبحث ثاني :

مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية

ندرس في هذا المبحث موضوع "مدى مشروعية التحكيم في المادة الإدارية" ، لأنه اعتبر ولا يزال يعتبر موضوعا مثيرا للجدل ، سواء في وسط الفقه الإداري أو التشريع أو القضاء .

سنتناول في هذا المبحث المراحل التي مر بها التحكيم حتى تمّ تقبّله في المجال الإداري ، وكان ذلك سعيا حثيثا ، كون التشريعات المقارنة كادت تجمع على عدم قبول فكرة تحكيم النزاع الإداري ، لذلك نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة ، في الوقت الذي تقبّلت أغلب التشريعات تحكيم النزاع الإداري ، لكن ذلك كان وفقا لقواعد ومعايير اختلفت فيها هذه التشريعات و أخرى اتفقت عليها .

للوقوف على هذا الموضوع و الإجابة على كل التساؤلات التي يمكن أن تثيرها المسألة اقترحنا التقسيم الآتي :

في مطلب أول سنتعرض إلى مسألة مدى مشروعيته في الفقه والتشريع والقضاء المقارن كطريق بديل لتسوية النزاعات العقدية الادارية ، حيث ستثير موضوع مدى تقبّله كطريق بديل من طرف الفقه الاداري والتشريع وكذا القضاء الاداري

أما في مطلب ثاني سندرس مدى مشروعيته في المنظومة القانونية الجزائرية

مطلب أول :

مشروعية التحكيم في الفقه والتشريع والقضاء المقارن كبديل لتسوية النزاع الاداري

نشير في البداية إلى أننا نناقش من خلال هذا العنصر مدى مشروعية تحكيم النزاعات التي تثار في العقود الإدارية ، وليس مشروعية التحكيم من وجهة نظرية عامة ، وذلك نظرا لاعتبار الشخص المعنوي العام ، ومن حيث الأساس طرفا في العلاقة التعاقدية الإدارية (أي العقد الإداري بمقوماته وشروطه، وليس العقد الذي تبرمه الإدارة العامة).

وفي هذا الصدد انقسمت الاتجاهات الفقهية إلى قسمين ، الاتجاهات المعارضة لفكرة تحكيم النزاع الإداري ، والاتجاهات المؤيدة لفكرة تحكيم النزاع الإداري ، وهو التفريع الذي قمنا باقتراحه من خلال هذا المطلب .

فرع أول :

الاتجاهات المعارضة لتحكيم النزاع الإداري

استندت هذه الاتجاهات في تبرير موقفها المعارض لتحكيم النزاع الإداري إلى عدة حجج ومبررات تتمثل في ما يلي :

أولا: مخالفة قواعد الاختصاص القضائي :"الأساس الجوهري"

تعتبر قواعد الاختصاص القضائي قاعدة قانونية من النظام العام ،لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وفي البداية نشير إلى أن نص التشريعات صراحة على جواز تحكيم نزاعات عقودها الإدارية أو صفقاتها العمومية لا يمنع من اختلاف وجهات نظر فقهية حول جواز التحكيم في نزاعاتها من عدمه ، فكل ما هنالك حالتين :

الأولى تتمثل في حالة عدم وجود النص القانوني : وفي هذه الحالة يتردد الفقه والقضاء بين القبول والرفض، فتكون الاتجاهات متباينة .

أما الثانية فتتمثل في حالة وجود النص : وهنا يطبق القضاء النص القانوني الصريح.

يكاد يجمع الفقه الإداري في فرنسا على أن أكبر عائق يحول دون قبول تحكيم النزاع الإداري هو قاعدة الاختصاص ، التي اعتبرت القاعدة التي لا نقاش فيها كون الاختصاص يمنحه القانون

، فلا يمكن للمحكم أن يكون مختصا بالفصل في النزاع أمام قاعدة تمنح الاختصاص للقاضي الإداري [344].

يمكن أن تفسر هذه القاعدة من وجهة نظرنا بمفهوم المخالفة ، في أنه يمكن لقاعدة الاختصاص أن تجعل من المحكم مختصا كذلك بنص من المشرع ، لكنه في هذه الحالة يقسم الاختصاصات بين القاضي وهيئة التحكيم ، أو يضع شروط لانعقاد الاختصاص التحكيمي بدل القضائي الذي يعتبر أصلا.

وعلى العموم يختلف الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض، وكذلك تباينت التشريعات المقارنة إلى قسمين كالآتي :

قسم أول (فرنسا):

المبدأ العام حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم ، وذلك لأن قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام[345].

الاستثناءات : وجود نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى تحكيم نزاعات عقودها الإدارية .

تأسس هذا الاتجاه كحجة أولى على الاعتبار القاضي بفكرة النظام العام ، ذلك أن اتفاق أطراف العقد الإداري على إحالة نزاعاتهم على هيئة التحكيم بدل إحالتها على الجهة القضائية المختصة أو صاحبة الولاية العامة بنظر تلك المنازعات ، فكرة النظام العام التي تتسم بها قواعد توزيع الاختصاص القضائي.

---

[344]_ Joane Caupers**, l'arbitrage dans les litiges entre les autorités administratif** ,édition conseil de l'Europe , Lisbonne (Portugal) Mai 2002 ,p102

[345] _ لمزيد من التفاصيل حول قاعدة اعتبار قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام أو قاعدة

"le caractère d"e l' ordre public des règles de compétence

أنظر:

Delphine Costa, Op Cit ,p 77

محمود سيد التحيوي ، **مرجع سابق** ، ص 363_366

ينظر هذا الاتجاه إلى الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي ، التي تعتبر من النظام العام وما يترتب عن ذلك من نتائج قانونية ، أولها عدم جواز الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها ، ومن هذا المنطلق تم رفض التحكيم كبديل عن القضاء لفض النزاعات التعاقدية التي تكون الأشخاص الاعتبارية طرفا فيها ، لأن ذلك من شأنه تجاوز مقومات العقد الإداري العريقة التي أصلها الفقه والقضاء .

يتسبب الاتفاق على التحكيم وفقا لهذا الاتجاه في سلب القضاء المختص ولايته العامة بنظر منازعات العقد الإداري ، وهو من هذا المنطلق يشكل مخالفة جوهرية لقاعدة آمرة تتحكم في توزيع الاختصاص القضائي بين الأجهزة القضائية في الدولة [346].

اعتبر بعض الفقه أن الاتفاق على تحكيم نزاعات الصفقات العمومية بين أطراف الخصومة بعد إجازة المشرع له أثران انعكاسيان ، سلبي وايجابي ، يندرج الأثر السلبي في فكرة الاعتداء على قواعد الاختصاص الأصيل لجهة القضاء الإداري المختصة كما سبق وان وضحنا ، كما أنه اعتبر تنازلا لأطراف الخصومة العقدية الإدارية عن حقها في اللجوء إلى القضاء ، وهو قانونيا يعارض فكرة النظام العام (الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص).

يرجع تطبيق هذا المبدأ" **عدم جواز مخالفة قواعد الاختصاص القضائي كونها من النظام العام**" إلى القضاء الفرنسي الذي كان يستند إلى تطبيق نص المادة 1004من مجموعة المرافعات الفرنسية ، فطبق هذا الحظر باستنتاج المبدأ العام والخاص بمنع الأشخاص الاعتبارية العامة الفرنسية من الالتجاء إلى التحكيم للفصل في النزاعات المحتملة أو القائمة [347].

---

[346] _ Joane Caupers,Op Cit ,p 99

[347] _ د محمد السيد التحيوي ، **التجاء الجهات القضائية الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية** ، مرجع سابق، ص ، 363.

فنص المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي تنص على بطلان شرط التحكيم ما لم يوجد نص صريح يجيز التنازل عن المبدأ جزئيا ، بشرط وجود نص قانوني صريح يجيز ذلك ، وذلك مع الاحتفاظ بالاستثناءات الآتية:

_المنازعات المتعلقة بالنظام العام (الحالة ، الأهلية ، الطلاق ، الانفصال الجسدي)

_المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين العام أو البلديات أو المؤسسات العامة الفرنسية طرفا فيها

لمزيد من المعلومات أنظر :

يعود هذا المنع إلى طابع النظام العام الفرنسي الذي يتميز به الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية ، فقد استقر قضاء مجلس الدولة على خروج منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة من نظام التحكيم ، إذ لا يمكن إخراجها من اختصاص القاضي الإداري .

بذل القانون الوضعي الفرنسي منذ سنة 1950 جهودا للوصول إلى تطبيق استثناء من هذا الأصل ، وهو جواز تحكيم نزاعات المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري ، ففكرة النظام العام لا تطبق فيما يتعلق بها ، كونها تمارس نشاطا خاصا خاضعا لقواعد الإدارة الخاصة.

أصرت محاكم القضاء الإداري على عدم قبول هذه الفكرة ، كون فكرة النظام العام في القانون الوضعي الفرنسي تكون مرتبطة بنظرية أعمال السلطة العامة وليس نظرية المرفق العام[348].

وفي المقابل لم يؤيد الفقه الإداري تلك الفكرة التي تشدد القضاء الإداري في فرضها [349].

المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر في سنة 1806، ونص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 5 يوليو 1976 المعدل .

شريف يوسف خاطر ، **التحكيم في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري** ، من المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص ، 298

[348] _ تم الاعتماد هنا على معيار موضوعي مادي وليس معيار عضوي أو شكلي كمعيار لتحديد اختصاص القاضي الإداري الفرنسي ، كون نشاطات هذه الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي تظهر فيها بمظهر السلطة العامة تخضع للقانون العام واختصاص القاضي الإداري .

وقد تشدّد القضاء الإداري في عدم إمكانية تجاوز الإدارة بقراراتها لخاصية النظام العام لقواعد الاختصاص القضائي ، ولا حتى باتفاقها مع أطراف النزاع المتعاقدين معها ومن ذلك يمكن تعديلها بقانون ، فكل تعديل للاختصاص بأداة أقل منه يصبح غير مشروع ، وقد جاء بهذا المبدأ قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية syndicat intercommunal de plombières ، (أشار إليه سليمان الطماوي في مرجعه ، **العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص 171)

[349] _ لمزيد من التفاصيل حول تطور فكرة تقبل تحكيم نزاعات الأشخاص المعنوية العامة في فرنسا راجع :

_د محمد سيد عمر التحيوي ، **مرجع سابق** ، ص 364،365.

_د شريف يوسف خاطر ،**المرجع السابق** ، ص 307_398.

ومع ما قمنا بجمعه من الآراء التي تتشدّد في عدم قبول فكرة التحكيم في النزاعات الإدارية ، لاحظنا وجود بعض الآراء التي تعارض الفكرة ، لكنها ومع ذلك لا تتشّدد في تركيز فكرة النظام العام ، التي تنتمي إليها قواعد الاختصاص القضائي .

تشجع هذه الآراء بعض التطبيقات التي تشكل توازنا بين من يعارض ومن يؤيد الفكرة ، كون تقبُّل فكرة التحكيم في النزاع الإداري لا تمنع المحتكم من التمسك بحقه في اللجوء إلى القضاء المختص ، الذي يعتبر اختصاصه من النظام العام، وبذلك لا تزال قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام [350].

فهو لا يتنازل عن ذلك كونه حق دستوري من النظام العام ، ولا يجوز بذلك التنازل عنه ، وإنما تقتصر إرادته على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في الحكم في النزاع[351].

فإذا لم تتم تسوية النزاع لأي سبب من الأسباب ، عادت سلطة الحكم في النزاع إلى المحكمة ، مع وجود مبدأ آخر يمنعها من سماع الدعوى المتفق على التحكيم بشأنها ، طالما بقي شرط التحكيم قائما فحسب .

---

[350] _ حيث يرى الفقيه « David Renders » أن الطعن الموجه أمام هيئة التحكيم يسبق بصفة أساسية حدودا يتفق عليها طرفي النزاع العقدي ، ويكون هذا الاتفاق واردا كبند من بنود العقد ، فمجال تطبيق الاختصاص التحكيمي يحدده أساسا " مبدأ الحرية التعاقدية " ، وذلك بشرط أن يسمح القانون بذلك ، وذلك لا يعني الخروج عن قواعد النظام العام .

David Renders , Pierre Delvolvé , et Thierry Tanquere, **l'arbitrage en droit public Belge** , édition de (Bruylant), Bruxelles ,2010,p 20_21

[351] _ أنظر :

د_ خالد أحمد عثمان ،**التحكيم في العقود الإدارية** ، منتدى العقود الإدارية ، الموقع الإلكتروني:

www ,f–law,net /net/law/forum، بتاريخ 05_07_2009

د_ محمد وليد منصور، **التحكيم في العقود الإدارية وفقا لقانون التحكيم السوري الجديد وقانون العقد الموحد** ، منتدى الأبحاث القانونية ، أبحاث في التحكيم ، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية:

www . barasy.com/forum

يتميز التحكيم بأثر موقف فقط للدعوى القضائية[352]، وهو أثر مؤقت تتحكم في خاصيته هذه إرادة الأطراف، وفي هذه المسألة كان للمشرع الجزائري موقف خاص مغاير نتعرض إليه عند تناول الخصومة التحكيمية .

نرى نحن بخصوص هذه المسألة ما يلي :

ركز هذا الرأي الفقهي ورغم تأسيسه القانوني الجيد على عنصر اتفاق الأطراف ، وكما رأينا سابقا لا يكفي وحده لتأسيس التحكيم ، بل يجب توافر إرادة المشرع والخصوم معا ، فتخلف عنصر واحد منهما يجعل التحكيم غير مشروع [353].

من بين الآثار القانونية المترتبة عن فكرة النظام العام لقواعد الاختصاص القضائي ما يلي:

_ عدم جواز التنازل عنها

_يثيرها القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت فيها الدعوى إذا لم يثرها الأطراف

_يمكن أن تثار من قبل الخصوم حتى بعد الدخول في الموضوع

_لا يجوز الاتفاق على مخالفتها

يعتبر هذا الأثر الأخير مرتبطا بالأثر الاول الذي أثاره الفقيه ، فكيف لا نتنازل عنه ونحن قد اتفقنا على مخالفته بقبول التحكيم ، لأن هذا الأخير وكما سبقت لنا الإشارة في مسألة "الأساس القانوني للتحكيم" ، جوهره اتفاق الأطراف .

يعتبر الرأي الفقهي الأخير غير واضح ، كونه لم يدعم موقفه بحجج قانونية كاملة وجامعة مانعة ، ففكرة النظام العام وفق منطقه لا يمكن تجاوزها بتلك الطريقة ، كون عنصر "**إجازة**

---

[352] _ د _ ماجد الحلو راغب ، **العقود الإدارية ، تحديد العقد ، تكوينه ، تفسيره** ، مرجع سابق ، ص 235.

[353] _ د_ حمدي ياسين عكاشة ،**موسوعة العقود الإدارية والدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ والأسس العامة** ، منشأة المعارف ، مصر 1998 ، ص 138.

المشرع بنص قانوني صريح يجيز قبول تعديل قواعد الاختصاص " عنصر يكمل وجهة نظره[354].

ذهبت بعض الآراء الفقهية المناهضة للفكرة إلى الاستناد إلى فكرة " مبدأ سيادة الدولة" ، حيث اعتبروا التحكيم سلبا لاختصاص القاضي الوطني (يقصدون التحكيم الداخلي وهو موضوعنا) ، الأمر الذي يعد مساسا بسيادة الدولة ، فالقضاء الرسمي مظهر من مظاهر سيادة الدولة ، وحتى إن كان التحكيم خارجيا " دوليا " ، فإن فكرة حلول القانون الأجنبي محل القانون الوطني تجسيد آخر للمساس بمبدأ سيادة الدولة [355].

يعتبر الاتفاق على تحكيم نزاعات العقود الإدارية الدولية خطرا على مصالح الدول النامية ، ذلك أن الشركات الأجنبية الكبرى تجعل من قبوله شرطا أساسيا للتعاقد، مستبعدة في ذلك القانون الوطني واختصاص القاضي الوطني لتسوية نزاعات تنفيذ العقد.

هنا تكمن الخطورة فيختل التوازن بين مصالح طرفي العقد لصالح الطرف الأجنبي، لأن التحكيم الدولي في أغلب الحالات لا ينصف الطرف الوطني[356] .

---

[354]_ رأى الدكتور حمدي ياسين عكاشة ، أن اعتبار قواعد الاختصاص القضائي من قواعد النظام العام قاعدة وضعها المشرع ، وبذلك يمكن له تعديلها بنفسه ، وقد جاء رأيه وفقا للصياغة الآتية :

" .....**الولاية العامة على المنازعات الإدارية لا تغل يد المشرع عن إسناد الفصل في بعض المنازعات إلى جهات قضائية أخرى على سبيل الاستثناء ، وبالقدر الذي يقتضيه الصالح العام** "، وبذلك يكون في رأيه هذا بعض المنطقية التي تساهم في إيجاد حل توفيقي، د_ حمدي ياسين عكاشة ،**مرجع سابق** ، ص 78

وقد اشترط أن تكون الجهة الفاصلة بدل القاضي ذات طابع قضائي ، لكننا نقول أن الطابع الشبه القضائي يكون كافيا ، وهو رأينا الخاص في هذه المسألة .

د_ حمدي ياسين عكاشة ، **مرجع سابق** ، ص 78

[355] _ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الادارية ، الابرام ، التنفيذ ، المنازعات ، في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لقانون المناقصات والمزايدات** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 2004، ص 357

[356]_ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق** ، ص 358.

ثانيا : الأسس التكميلية للاتجاهات المعارضة

واستندت إلى أسس مختلفة نذكر منها :

المبادئ العامة للقانون :

تتعلق فكرة حظر تحكيم نزاعات الأشخاص المعنوية العامة بإحدى هذه المبادئ التي تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية ، وبالتالي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها .

مبدأ الفصل بين السلطات في مجال نزاعات العقود الإدارية :

ذهب جانب من الفقه الإداري المناهض لفكرة تحكيم النزاع الإداري إلى الاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية ، وهو المبدأ الذي يُعدّ من أهم المبادئ القانونية[357]، فيتعين أن يتولى الفصل في المنازعات الإدارية قاضي القانون العام أو القاضي الإداري ، وعلى ذلك فإن إباحة التحكيم في المنازعات الإدارية خاصة العقود الإدارية يعد اعتداء على اختصاص مجلس الدولة وعلى مبدأ الفصل[358].

كان موقف القضاء العادي في فرنسا في فترة الحظر ، لا يتفق مع موقف القضاء الإداري ، الذي كان لا يجيز تحكيم المنازعات الدولية التي يكون فيها أحد أشخاص القانون العام طرفا [359].

---

[357] _ وذلك استنادا إلى فكرة مفادها أن أهلية الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بما منحها القانون لها ، فهي تتمتع بأهلية محددة ينظمها القانون ، فإذا ما قرر لها الحق في اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها العقدية جاز لها ذلك ، وفي حالة العكس تظل مقيدة بحدود الأهلية التي خصها بها القانون ، حمدي ياسين عكاشة ، **مرجع سابق** ، ص 139.

[358] _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **مرجع سابق** ، ص268 .

[359] _ أحكام الحظر، نفس المرجع ، ص 296 .

مع ذكره لنماذج عن قرارات مجلس الدولة الفرنسي المتشدد .

د_ دويب حسيب صابر عبد العظيم ، **التحكيم في العقود الادارية وعقود B.O.T**، المؤتمر السنوي للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 263-293

فرع ثاني :

الاتجاهات المؤيدة

اختلفت التبريرات و الأسس الفقهية والقانونية التي تبرر فكرة تحكيم النزاعات بدل القضاء ، وسنتعرض إلى الاتجاهات الفقهية التي أخذت تبريراتها من قواعد القانون الوضعي (أولا)، ثم ننتقل إلى تبيين أدلة مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية (ثانيا).

أولا : الاتجاهات الفقهية (القانون الوضعي)

واختلفت الاتجاهات الفقهية في تبرير الفكرة ، ومن ذلك سنعرض ما جمعناه من هذه الاتجاهات.

أولا : التحكيم أصل القضاء وليس مستحدثا منه

يعتبر أسبق من القضاء في الظهور، فكان طريق العدل الأول للإنسان، وقد كان سائدا في المجتمعات القديمة بأنه أداة لتسوية النزاع وديا بين طرفين، عن طريق طرف آخر من الغير.

ومن ذلك تطورت المجتمعات البشرية من القضاء الخاص أو عصر القوة أو اقتضاء الشخص لحقه بنفسه، إلى مرحلة التحكيم أو الاحتكام إلى الغير، وأخيرا ومع ظهور الدولة حل القضاء محل التحكيم بصفة تدريجية.

وصل الأمر في الوقت الحاضر إلى اختصاص الدولة كليا بالقضاء مع اندثار نطاق التحكيم ، وقد عاد للظهور مرة أخرى بعد تشابك العلاقات الدولية بين الأفراد ، فكان ضمانة للأجانب في عدم الخضوع لقضاء معين ، كما كان ضمانة أساسية للأفراد داخل الدولة من بطء التقاضي وسرية نظر المنازعات[360].

ثانيا: التحكيم نظام خاص للتقاضي : حيث يلجأ بمقتضاه أطراف النزاع إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل في النزاعات المتعلقة بالمعاملات العقدية ، بحكم ملزم سواء في المسائل

[360] _ دويب حسيب صابر عبد العظيم ، **التحكيم في العقود الإدارية وعقود B.O.T**، مرجع سابق ، ص124

المدنية والتجارية أو الإدارية ، وهذا المعنى الذي يكاد يجمع عليه الفقه والقضاء والتشريعات العربية والمقارنة .

غير أنها اختلفت في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، وعبّر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحله المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم ، فذهب اتجاه فقهي إلى تعريفه على أنه :

" اتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيه بحكم ملزم ".

فيعتبر نظاما قضائيا خاصا يختار فيه الأطراف قضاتهم ، و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات ، التي يمكن أن تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم ، بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ، و هي النزاعات التي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة ، وإصدار قضائي ملزم لهم ، وهذا التعريف الذي يكاد يكون سائدا في الفقه الفرنسي [361].

وهناك بعض الآراء الفقهية التي تنازلت ولو نسبيا عن معارضة تحكيم نزاعات العقود الإدارية ، فأقرت بجوازه في حالة ما إذا كانت الحقوق المالية للإدارة العامة المترتبة عن العقد الإداري محل النزاع ، وخشيت الإدارة العامة خسارة الدعوى ، فلا يجوز التحكيم في المقابل إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية لأنه ومن حيث الأصل الاتفاقات المتعلقة بكيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

ما يؤكد هذا الرأي التحكيم في مجال النزاعات المالية التي تشكل تهديدا على الحقوق المالية للإدارة المتعاقدة ، فمن الأفضل حصر التحكيم في مجال محدد من طرف المشرع ، وهو رأينا الخاص في الموضوع .

---

[361] _ بخصوص التعريفات المتباينة للتحكيم أنظر :

د_ أحمد عبد التواب ، **طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الامارات العربية المتحدة** ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، مرجع سابق ، ص 125 – 134.

Camille Broyelle ,**op cit** ,p112_117

بالإضافة إلى الحجة العملية المتعلقة بالفصل في النزاعات بسرعة، بالمقارنة مع القضاء، وهو ما يخدم المصلحة العامة(معيار عام)[362].

لا يمس التحكيم بقواعد الاختصاص القضائي ذات الطابع العام ، كونه لا يتخلى عن الطابع القضائي في الفصل في النزاع وإنما يفصل استنادا إليه ، فهو كطريق استثنائي عن القضاء يخرج عن الأصل ، فهو كبديل لا يعتبر طريقا إداريا أو فنيا أو حتى توفيقيا ، فهو تحديدا طريق قضائي حاسم لهذه المنازعات كحسم القضاء العام لها " **فهو عمل قضائي يفصل في خصومة** " **، فهو نظام لتسوية المنازعات بمفهوم قضائي " وسيلة فنية لها طبيعة قضائية** " [363].

يستوي في ذلك التحكيم الاختياري وهو الأصل، والإجباري وهو الاستثناء وعندما يكون مشروعا في حالة ما إذا نص عليه القانون ، فكلاهما يعد عملا قضائيا يفصل في خصومة .

يستند هذا الرأي حسب رأينا في إسناد مشروعية التحكيم إلى طبيعته كنظام ذو طابع قضائي بديل عن القضاء الرسمي في الدولة ، فيستمد مشروعيته من عدم تخليه عن الصفة التي يجب أن تتسم بها كل العمليات التي تفصل في النزاعات التي تثار ، وهي صفة القضاء (معيار شكلي)[364].

ويرى بعض الفقه بجوازه لكن بشرط وجود الإذن التشريعي ، الذي يُجيز تسوية نزاعات العقد الإداري عن طريق التحكيم [365].

---

[362] _ د محمد ماجد محمود ، **العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي** ، مجلة العلوم الإدارية ، سنة 22 ، عدد 01، 1996، ص107-149 ، ص 138-139.

[363] _ ترتبط مسألة الاختصاص القضائي المانع بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، فالعبرة هنا بطبيعة النزاع ذاته ، فمتى كان القانون يسمح للتحكيم في بعض النزاعات ، لا يمكن القول بأن ولاية القاضي الإداري تمنع ذلك .
د_ منير عبد المجيد ، **التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في الفقه وقضاء التحكيم** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، دون سنة النشر ، ص 260.

[364] _ د _ محمد فؤاد عبد الباسط ، **مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية** ، مرجع سابق ، ص -25 24

[365] _ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما** ، مرجع سابق ، ص 361

ثانيا:

أدلة مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية

تعتبر مشروعيته في الشريعة الإسلامية ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ، وذلك لوجود مجموعة من الادلة ، ونذكر منها ما يلي :

آيات الوفاء بالعهود : ويمكن أن تدرج ضمن الوفاء بالتعهدات ، وتندرج في إطارها العقود الإدارية ، وهي آيات عامة تفيد مشروعية التحكيم ، وآيات خاصة بالتحكيم بمعنى تسوية المنازعات بين الناس، ومن ذلل تنقسم إلى ما يلي :

النوع الأول : ويتضمن عدة صور تتمثل فيما يلي :

أ_ وجوب الوفاء بالعهود (صيغة الأمر)

الآية01 من سورة المائدة

الآية34 من سورة الإسراء

الآية 91 من سورة النحل

الآية 152 من سورة الأنعام

ب_ عدم الوفاء بالعهد يؤدي إلى المساءلة والجزاء ، سواء في الدنيا أو الآخرة أو كليهما معا ، وهو ما يشار إليه في الآية 34 من سورة الإسراء .

وفي المقابل من يفي بالعهد ينال أجره على الأغلب في الآخرة، وقد يكون في الدنيا أيضا ، حسب الآية 10 من سورة الفتح [366].

---

[366] _ د_ سعيد أمين صالح دداش ، **التحكيم في مجلة الأحكام العدلية ، دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي وقواعد التحكيم الدولية** ، من المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 1201 .

ج_ الوفاء بالعهد واجب على غير المؤمنين : أي المشركين ماداموا قائمين على العهد ولم ينقضوه ، و ذلك موضح في القرآن الكريم في الآية 04 من سورة التوبة .

د_ الوفاء بالعهد من الإيمان : حسب الآية 08 من سورة المؤمنين ،أي ينفذون تعهداتهم ، حسب الآية 177 من سورة البقرة .

النوع الثاني :

وردت آيات متعددة في الحكم بين الناس بمعنى القضاء في منازعاتهم، ومن مجمل هذه الآيات تستدل على ما يلي :

أ_ إن القرآن الكريم لا يفرق في الحكم بين الناس بين القضاء الرسمي والتحكيم الاختياري.

ب_ يجوز التحكيم في كافة المنازعات الإنسانية ، وبشكل خاص في المنازعات المالية ، ومنازعات الأحوال الشخصية ، وعلى التحديد في منازعات الأزواج[367].

ج_ يمكن أن يكون التحكيم إجباريا يفرضه القانون الوضعي بصرف النظر عن نتيجة التحكيم ، ويتضح ذلك من الآية 35 من سورة النساء ، أو اختياريا كما في تحكيم الأخوين 22-23 الآية من سورة ص.

د_ يجب أن يبنى قرار التحكيم على العدل والحق، دون تفرقة ما بين إنسان وآخر أو مؤمن أو كافر[368]، وتشير إلى ذلك **الآية** 90 من سورة النحل [369].

---

[367] _ الآية 22-23 من سورة ص

الآية 35 من سورة النساء

[368] _ الآية 58 من سورة النساء

الآية 15 من سورة الشورى

الآية 08 من سورة المائدة

الآية 152 من سورة الأنعام

[369] _ د_ سعيد أمين صالح دداش ، **مرجع سابق** ، ص 1203 .

مطلب ثاني :

مشروعيته في المنظومة القانونية الجزائرية

سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى موقف المشرع الجزائري من مشروعية تحكيم نزاعات الصفقات العمومية بالدراسة والتحليل ، وارتأينا عدم تفريع هذا المطلب إلى دراسة النصوص القانونية في فرع أول وإبداء ملاحظاتنا الخاصة في الموضوع في فرع ثاني ، فقمنا بدمج الدراسة من خلال تحليل النص القانوني والتعليق عليه وإبداء وجهة نظرنا في الموضوع وفقا للتدرج الآتي:

نرى نحن بخصوص هذه المسألة ما يلي :

عندما نقوم بتحليل شكلي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد ما يلي :

عنون المشرع الكتاب الرابع منه ب " في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"

الباب الخامس منه " في الصلح والتحكيم " ، و من شأن ذلك اعتبار التحكيم طريقا قضائيا لتسوية النزاعات الإدارية إذا كان الصلح يعتبر كذلك ، بدليل أنه يجرى من طرف القاضي الإداري ، فقد انطبق عليه الوصف القانوني ، لكن ماذا فيما يخص التحكيم ، هل ذلك يظهر نية المشرع الضمنية لاعتباره طريقا قضائيا؟، أو أن الأمر كله مجرد سهو أو إسقاط قانوني يكتنفه الغموض ؟ .

توصلنا من خلال دراستنا هذه للطبيعة القانونية للتحكيم على أنه ذو طابع مزدوج ، فلا ينتفي عنه الوصف القضائي في بعض الجوانب ، لعل أهمها ما سنواصل استخلاصه من خلال دراسة الخصومة التحكيمية خلال الفصل الثاني من هذا الباب الثاني.

نص المشرع على التحكيم في مجال نزاعات الصفقات العمومية ، من خلال نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، التي تنص على ما يلي :

" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم .

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية ".

انتقل المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تبني التحكيم كوسيلة قانونية لتسوية بعض النزاعات الإدارية ، وهو ما يُظهر بعض الملاحظات عندما تثار مسألة مدى مشروعية تحكيم النزاع الإداري .

تخلى المشرع عن فكرة عدم قابلية النزاع الإداري بصفة جزئية أو نسبية للتحكيم ، مما يدل على أنها قاعدة متميزة من قواعد القانون الإداري ، التي تجعل من دور القاضي الإداري دورا لا منازع له فيه ، **ويعتبر استحداث التحكيم في منازعات الصفقات العمومية تكريسا يظهر رغبة المشرع في إخراجها من طابعها البيروقراطي، الذي يعتبر من مميّزات الدولة المتدخلة وإخضاعها لآليات السوق المرنة** ، والملائمة مع النشاط الاقتصادي الذي يحتاج إلى السرعة خاصة في حل النزاعات [370].

قبل المشرع تحكيم بعض النزاعات الإدارية ، وهي النزاعات ذات الطابع المالي والاقتصادي ، سواء على المستوى الدولي أو المستوى المحلي الداخلي دون النزاعات ذات الطابع القانوني البحت ، لكن هذه الفئة من النزاعات تكون موضوع تعامل بالمال العمومي ، الذي يتميز بنظام قانوني خاص وحماية قانونية خاصة ، فكيف قبل المشرع هنا التخلي عن فكرة حل هذه النزاعات أمام القاضي الإداري ؟.

أهي فنية وخبرة أعضاء هيئة التحكيم بالمقارنة مع القاضي الإداري ؟ ، أم هي مجرد تقنية لتخفيف العبء عن القاضي الإداري ؟.

---

[370] _ بودريوة عبد الكريم ، **مدى مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي " دولة متدخّلة أم ضابطة أم متردّدة " ، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول " أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية** ، يومي 30_11_2011 و 01_12 _2011، القطب الجامعي تاسوست ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة جيجل، الجزء الأول، ص 164.

لم يشر المشرع إلى قابلية نزاعات الصفقات العمومية للتحكيم في قانون الصفقات العمومية ، لكن يمكن أن نعتبر إشارته إلى طرق التسوية الودية متضمنة للتحكيم بصفة غير مباشرة ، على عكس قانون الإجراءات المدنية والإدارية[371].

فيما يتعلق بمجال دراستنا هذه الذي حصرناه في مجال الصفقات العمومية (التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي) نطرح التساؤل الآتي :

بالنظر إلى عموم نصوص المواد القانونية ، التي تجيز تحكيم نزاعات الصفقات العمومية بدل الفصل فيها قضائيا نطرح التساؤل الآتي : هل يمكن للتحكيم أن يشمل جميع النزاعات التي يمكن أن تثار ؟ أم أنه يشمل فقط بعض النزاعات ؟.

ذهب بعض الفقه لعدم جواز تحكيم كل نزاعات العقود الإدارية، بل بعض النزاعات ذات الطابع المالي التي يجوز للأطراف التصرف فيها ، ويحيلنا هذا الرأي الفقهي إلى ما توصلنا إليه من خلال الباب الأول من هذه الدراسة عندما تناولنا بالدراسة الطرق البديلة لتسوية النزاعات " الطعون الإدارية الخصوصية أمام لجان الصفقات العمومية " .

ذلك أنها لا تتولى صلاحية الفصل في كل النزاعات بل تم حصرها في بعض منازعات الابرام ، ومنازعات التنفيذ التي يغلب عليها الطابع المالي ، وهي المنازعات التي يمكن التصالح بشأنها حسب اتفاق الفقه الإداري في هذه المسألة .

يمكن أمام هذه المسألة أن نقول أن المشرع الجزائري جعل الأمر غامضا نظرا ، لعموم نص المادة القانونية، وأمام معارضة الفقه على تعميم تحكيم كل نزاعات الصفقات العمومية ، فان إمكانية منح هيئة التحكيم صلاحية مثل صلاحية القضاء الإداري تفتح الباب للنقاش ، ومع ذلك يبقى التساؤل مطروحا حتى يفصل فيه المشرع .

---

[371] _ تنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي :

"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800أعلاه ، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "

الفصل الثاني:

الخصومة التحكيمية وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

توصلنا فيما سبق إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التحكيم الداخلي في قانون الصفقات العمومية ، لكنه تناوله في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وأطلق عليه صراحة مصطلح "الطريق البديل لتسوية النزاعات الإدارية " إلى جانب الصلح والوساطة.

ينتج عن ذلك أنه قام وفي نفس هذا القانون بتنظيم إجراءات سير الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم ، من بدايتها إلى نهايتها ، لكننا قبل ذلك ارتأينا التطرق إلى موضوع أطراف الخصومة التحكيمية ، أو أطراف النزاع العقدي الذي يكون محلا للتحكيم .

بصدد دراسة هذه المسألة سنكون ملزمين بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية ، كوننا لاحظنا بعض الاختلاف بين معايير تحديد النزاع الإداري ، بين كل من قانون الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وذلك في **مبحث أول** ، ثم نقوم بالتطرق إلى إجراءات سير الخصومة التحكيمية والصعوبات التي تعترضها ، ونناقش هنا مسألة إمكانية الرجوع إلى القضاء من عدمها ، وذلك في **مبحث ثاني**.

لذلك نقترح التقسيم الآتي :

في مبحث أول سنتناول أطراف الخصومة التحكيمية، وسنرجع هنا إلى قانون الصفقات العمومية

أما في مبحث ثاني ، فسنتعرض إلى إجراءات سير الخصومة التحكيمية وفقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية

مبحث أول :

مفهوم الخصومة التحكيمية الادارية

يتعلق الأمر عند إثارة مسألة مفهوم الخصومة التحكيمية بأطراف النزاع الإداري ومفهومه بصفة عامة ،وسنركز من خلال هذه الدراسة على المصلحة المتعاقدة الطرف الاول في النزاع دون المتعامل المتعاقد ، فتثار هنا المعايير الفقهية والتشريعية التي تحدد المجال الإداري ، لكن

موضوع الصفقات العمومية يثير بعض المعايير الخاصة اقترحنا تسميتها بالمعايير التكميلية ، كونها لا تلغي المعايير العامة وإنما تكملها لتحديد مجال النزاع الإداري لذلك اقترحنا التقسيم الآتي :

المعايير الأساسية (وهي معايير عامة تتعلق بتحديد مفهوم النزاع الإداري) ، في مطلب أول

المعايير التكميلية (وهي معايير إضافية خاصة بالصفقات العمومية) ، في مطلب ثان

مطلب أول :

المعايير الأساسية

تتميّز هذه المعايير بأنها (**معايير عامة تتعلق بتحديد مفهوم النزاع الإداري**)، وتعتبر هذه المعايير أساسية تحدّد مفهوم النزاع الإداري بصفة عامة ، مهما كان مجاله سواء تعلق بالصفقات العمومية أو بمجالات أخرى ((النشاط الإداري ، وسائل ممارسة الإدارة للنشاط الإداري)).

تساهم هذه المعايير في تحديد الشخص المعنوي العام ، الذي متى كان طرفا في النزاع يتحدد اختصاص القاضي الإداري دون النظر لطبيعة النشاط الذي يقوم به أو موضوعه ، **ويسمى هذا بالمعيار العضوي ، و سنتناوله في فرع أول .**

كما تساهم في **حصر النشاطات الإدارية التي تصنف بأنها صفقات عمومية في حالة غياب الشخص المعنوي وهو ما يسمى بالمعيار الموضوعي** الذي سنتناوله **في فرع ثاني.**

فرع أول :

المعيار العضوي كأصل عام

يتمثل المعيار العضوي في تحديد الشخص المعنوي العام الذي متى وجد طرفا في النزاع يتحدد اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع[372] ، لنصل إلى نتيجة مفادها أطراف الخصومة التحكيمية .

وقد اقترحنا التقسيم الآتي :

أولا : المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم

ثانيا : المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي 15_247

أولا :

المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم

يعرف المعيار العضوي بأنه :

" المعيار الذي يحصر تطبيق قواعد القانون الإداري داخل حدود ضيقة (الأجهزة الإدارية) بمفهومها الشكلي ....، فهو معيار يصبح بمقتضاه الاختصاص لا يثير أي إشكال ، طالما أن المشرع حدده بشكل دقيق ، فيكفي أن يكون أحد الأطراف المتنازعة شخصا عموميا من الأشخاص المحددة في القانون ، مع عدم توافر حالة من الحالات الاستثنائية التي يحددها القانون كذلك "[373].

---

[372] _ اعتبر المعيار العضوي معيارا وحيدا لاختصاص القاضي الإداري الجزائري في أول قانون للإجراءات المدنية (أمر 66_154 مؤرخ في 08 يونيو 1966) ، مع بعض التعديلات اللاحقة التي عرفها ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

يمينة عبد الوهاب ، **تطور القضاء الإداري في الجزائر** ، يوم دراسي حول تطور القضاء الإداري ، إقامة القضاة ، 05 سبتمبر 2011، ص 04 .

[373] _د_ محمد زغداوي ، **مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظل الاصلاح القضائي الجديد** ، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 13 ، سنة 2000، ص 121_125.

خرج المشرع الجزائري عن هذه النتيجة البديهية ، ذلك أن مفهوم المعيار العضوي الذي يحدد مجال النزاع الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يختلف عن ما هو محدد في قانون الصفقات العمومية ، وذلك يجعلنا نطبق قاعدة الخاص يقيد العام .

تنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن النزاع الإداري هو الذي يكون أحد أطرافه :

الدولة (معنى واسع ومرن يحمل عدة تأويلات).

الجماعات المحلية الإقليمية

و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية (مرسوم رئاسي رقم 13_03 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 10_236) المتضمن المعيار العضوي الخاص بمجال الصفقات العمومية حسب المادة (02)المعدلة والمتممة ، يمكن تقسيمه إلى ثلاث أقسام يتم على أساسها تحديد أطراف النزاع ، وتتمثل كالآتي :

<u>المجموعة الأولى</u> :وتشمل الأشخاص المعنوية العامة الأساسية ، وهي تشبه ما ورد ذكره في نص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما عدا "**الدولة** "، وهو المصطلح الذي لاحظنا عدم وضوحه ، فتشمل الأشخاص المعنوية العامة الآتية الذكر :

_**الإدارات العمومية** : وهو مصطلح شامل يشبه اصطلاح الدولة

_**الهيئات الوطنية المستقلة** : وهي السلطات غير التنفيذية المستقلة[374]

ماذا يقصد المشرع بهذا الاصطلاح ؟ ، فهل تشترك هذه المجموعة كلها في خاصية أنها غير تنفيذية ؟ ، وخاصية أنها مستقلة فقط ؟.

[374]_ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 40

حسب وجهة نظرنا نلاحظ أنها هيئات ذات طبيعة مستقلة عن بعضها البعض(البرلمان طابع تشريعي).

فتتمثل فيما يلي :

المجلس الدستوري ، المحكمة العليا ومجلس الدولة ، مجلس المحاسبة ، الهيئات الاستشارية الوطنية ، الجماعات المحلية الإقليمية ، وهي الولاية والبلدية ، وكل منها منظم بقانون خاص بها (قانون الولاية وقانون البلدية)[375].

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

مراكز البحث والتنمية

المجموعة الثانية :

تشمل كذلك المؤسسات العمومية الأخرى غير المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، وهي :

_ المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

_المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني

_المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني

_المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

اشترط المشرع لاعتبار هذه المؤسسات من الأشخاص الاعتبارية العامة الخاضعة للقانون العام استعمالها لامتيازات السلطة العامة ، لأنها ومن حيث الأصل تخضع للقانون الخاص ، وتعتبر تاجرة في علاقتها مع الغير ، وهو ما يقودنا إلى المعيار المادي أو الموضوعي ، لكن

[375] _ قانون رقم 12_07 مؤرخ في 21 فيفري 2012 ، يتعلق بالولاية ، جريدة رسمية عدد 12 مؤرخ في 29 فيفري 2012.

قانون رقم 11_10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 ، يتعلق بالبلدية ، جريدة رسمية عدد 37 مؤرخ في 03 يوليو 2011.

المشرع اعتبرها أشخاصا معنوية عامة خاضعة للقانون العام ، وفقا للمعيار العضوي إذا كلفت بإنجاز عمليات ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة ، سواء كان هذا التمويل ذو طابع نهائي أو غير نهائي [376].

يتبيّن لنا هنا أن نقطة التحول الجذري في تكييف هذه المؤسسات وإلحاقها بالمعيار العضوي هو استعمال المال العام ، فتخضع لقانون الصفقات العمومية على سبيل الرقابة ، لأن هذا القانون يعتبر في حد ذاته وسيلة لرقابة الدولة للمال العام ، عن طريق إجراءاته التي تتميز بالطول والتعقيد [377].

يطلق عليها " **الرقابة لدواعي المصلحة العامة** " أو رقابة تتبع المال العام مهما كانت طبيعة الهيئة التي تستعمله لأنه يتميز بحماية خاصة وخصوصية[378].

---

[376] _ ويرى جانب من الفقه على أن اكتساب المؤسسات طابع العمومية عندما تُكلّف بإنجاز صفقة ، يتعلق من حيث الاصل بعلاقة الصفقة بمهام مرفق عمومي من المرافق العمومية (أي بالنظر إلى نشاط المؤسسة العمومية الذي يتعلق بغدارة وتسيير مرفق عمومي، ويعتبر هذا الرأي تفسيرا آخر في إطار المعيار الموضوعي ، إلا أن هذا الجانب من الفقه لم يستبعد إمكانية وجود صعوبات كبرى في التفرقة بين مهام المرفق العمومي والمهام الأخرى للمؤسسة ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسالة راجع :

Patrick Thiel ,**Marchés publics (les marchés public , c'est quoi ?),** Waterloo office park ,2007 , p 86

[377] _ ونشير هنا إلى أن المعيار العضوي يجب أن يتكامل مع المعيار الموضوعي ، كون تطبيقه بصفة منفردة يظهر عيوبه التي تتمثل في السطحية وعدم الدقة ، كون الشخص المعنوي العام يمكن أن يتصرف دون امتيازات السلطة العامة ، وهو في هذه الحالة غير صالح لتطبيق قواعد القانون الإداري عليه إذا دخل في نزاع ، لمزيد من التفاصيل حول الانتقادات الموجهة للمعيار العضوي أنظر :

_د_ محمد زغداوي ، **مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظل الإصلاح القضائي الجديد**، مرجع سابق ، ص 122_123

د_ زغداوي محمد، **ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث** ، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 10، سنة 1998، ص 121. "

[378] _ حول موضوع الرقابة على الصفقات العمومية أنظر :

ما يؤكد طرحنا هذا الذي يندرج ضمن موضوع الرقابة ، ملاحظة الفقرة الرابعة من نص المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية[379].

أخضع المشرع الجزائري بموجبها كل المؤسسات العمومية التي تشمل المجموعة الثانية التي حددناها سابقا إلى قانون الصفقات العمومية ، ولو بصيغة أقل تركيزا حتى في حالة عدم استفادتها من تمويل كلي أو جزئي ، نهائي أو مؤقت من الدولة ، وفي إطار انجاز عملية ممولة من طرف الدولة، لكنه هنا ألزمها بمراعاة اعتبارين هما :

_تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية

_إعتماد هذه الإجراءات من الهيئات المختصة

علاق عبد الوهاب ، **الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري** ، ماجستير قانون بسكرة ، قسم القانون ، 2005

خضري حمزة ،**منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري** ، ماجستير قانون ، بسكرة ، 2005

فرقان فاطمة الزهراء ، **رقابة الصفقات العمومية في الجزائر** ، ماجستير دولة ومؤسسات عمومية ، الجزائر ، 2007

بجاوي بشيرة ، **الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي** ، ماجستير ادارة ومالية ، بومرداس ، 2012

[379]_أثار بعض الفقه الإداري في فرنسا هذه المسألة معتبرا إمكانية خضوع المؤسسات العمومية بتعدّد أنواعها لقواعد القانون العام مهمة كلّفها بها القانون ، وعندها يمكن أن تكلف بإبرام عقود إدارية تخضع لقانون الصفقات العمومية ، تندرج في إطار التسيير العمومي للمصالح العمومية المحددة ، سواء كانت طبيعة هذه المؤسسات عمومية أو خاصة ، ونظرا لاعتبارها كذلك فإنها تعتبر شخصا معنويا عاما مؤسسا من قبل الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية .

وقد جاءت الصياغة في النص الأصلي كالآتي :

« l'établissement public doit être compris comme mode de gestion public d' activité déterminées de nature public ou privée .....L'établissement public entant que moyen de gestion public signifiée qu'il est une personne publique instituée par l'Etat ou une collectivité décentralisée »

Cédric MiLhat , op cit ,p 46

حيث حددت الفقرة الخامسة من نفس المادة إحداث جهاز للمراقبة الخارجية من طرف الوزير الوصي ، ويشترط المشرع هنا أن يوافق عليه الوزير الوصي، (وتخضع لرقابة خارجية لإجراءاتها مع إجراءات قانون الصفقات العمومية).

يسعى المشرع للحفاظ على حد أدنى من الإجراءات الخاصة بإبرام الصفقة التي يبرمها شخص معنوي عام خاضع للقانون الخاص ، وجعلها شبيهة بإجراءات الصفقة العمومية الخاضعة للقانون العام ، لكن لماذا ؟.

زيادة على أن المشرع لم يحدد نوعية هذه الإجراءات، كما لم يحدد المقصود بالتكييف ، هل يقصد به المطابقة أو على الأقل التشابه فقط ، فيأخذ بعضها[380].

كل هذه التساؤلات تثير بعض الغموض الذي يجب أن يرفع ، فإن كان المشرع يصبغها بصبغة القانون العام لمجرد اعتبارها أشخاصا معنوية عامة ، فماذا يحدث عندئذ للقواعد العامة التي تنص على خضوعها لقواعد القانون الخاص من حيث الأصل .

من شأن هذا التكييف أن يجعلها تخضع لقواعد خاصة يصعب تكييفها ، هل هي قواعد القانون العام ؟ أم قواعد القانون الخاص ؟ أم قواعد القانون الخاص المطعمة بقواعد القانون العام ؟.

فما هي الطبيعة القانونية لهذه القواعد؟.

---

[380] _ لا يزال النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر ورغم التعديلات المتعاقبة لقوانين الصفقات العمومية يعرف بعض الغموض في مسائل متعددة ، وهو ما يعاكس حال التشريعات المقارنة التي تجمع كلها على إعطاء المنظومة القانونية للصفقات العمومية أهمية بالغة باعتبارها متعددة الأبعاد القانونية والاقتصادية والسياسية ، لمزيد من التفاصيل حول أهمية المنظومة التشريعية للصفقات العمومية في الدول أنظر :

Ann Lawrence Durviaux, **logique de marché public en droit communautaire _ analyse critique d'un système** , édition Larcier _ Bruxelles (Belgique) _ 2006 , p 30

Francoise Robert et Jean Luk Bodson ,**marchés public et économie sociale , la nouvelle législation , la technique et la pratique** , édition de de (CCSA), Esplanade de l' Europe ,Belgique , 2006, p 16

حسب وجهة نظرنا نلاحظ أن التكييف يجب أن يحافظ على القواعد الأصيلة التي تخضع لها هذه المؤسسات ، مع استعارة بعض القواعد الأخرى (قواعد القانون العام لإجراء نوع من التوازن أو التكامل فقط ، وليس على سبيل الإلغاء أو التعديل الكلي ، بل هو إضافات جزئية فقط تقبل تسميتها بالتعديلات الجزئية ، لأن مصطلح التعديل بحد ذاته ينطوي على تغيير ما كان موجود .

قدم الدكتور عمار بوضياف رأيه في هذه المسألة ، ولاحظ عدم التطابق بين كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 800 ، التي حددت نوعا واحدا من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط لتحديد اختصاص القاضي الإداري[381].

اعترفت نص **المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** باختصاص القاضي الإداري بدعاوى العقود الإدارية ، **في حين نصت المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية** على نوع آخر من المؤسسات العمومية ، حيث توسعت في تعداد الأشخاص المعنوية العامة تطبيقا للمعيار العضوي الذي يمثل الأصل العام في تحديد اختصاص القاضي الإداري ، ومما تقدم ذكره ينبغي مراجعة نص المادة 800 على نحو يضمن قدرا من الملائمة والتنسيق بين نصوص تنظيمية وتشريعية [382] .

لا نرى نحن ضرورة لهذه المراجعة القانونية ، لأن من طبيعة النص التنظيمي تفسير وتطبيق النص التشريعي الذي يأتي بصيغة العموم ، فنكون أمام قاعدة الخاص يقيد العام

المجموعة الثالثة :وهي المؤسسات العمومية الاقتصادية

أخرج المشرع المؤسسات العمومية الاقتصادية من الخضوع لأحكام إبرام الصفقات العمومية ، ولكنه من جهة أخرى ألزمها باحترام خصوصية الصفقات العمومية التي تبرمها ، كونها تتعلق بشخص معنوي خاص ، حتى وإن كان يخضع لقواعد القانون الخاص ، فتلتزم بمراعاة حد أدني من المعايير في إجراءات الابرام ، وهي محددة على سبيل الحصر فيما يلي :

---

[381] _ حول هذا الموضوع أنظر :

عمر صدوق ، **تطور القضاء الإداري في الجزائر** ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، دون سنة النشر ، ص 56_57

[382] د عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 46_47

مراعاة مبادئ سابقة عن التعاقد مثل الصفقة تتمثل في :

_إعداد إجراءات الابرام على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب .

_ مبدأ المساواة في التعامل مع المرشحين.

_مبدأ النزاهة والشفافية [383].

بالإضافة إلى شرط اعتماد هذه المبادئ الأساسية من طرف الهيئات الاجتماعية للمؤسسة العمومية الاقتصادية [384].

نرى نحن من خلال هذه الفقرة أن المشرع كان أكثر وضوحا من الفقرة السابقة بتحديده للمعايير التي يجب أن تتبع عند إبرام الصفقات العمومية الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية ، حتى وان كانت عقودها لا تعتبر صفقات عمومية ، وذلك بإدماجها مع المعايير الأصلية التي تخضع لها هذه الصفقات (الشريعة العامة للعقود في القانون الخاص).

أضاف المشرع شرط إبقاء سلطة الرقابة الخارجية على صفقات هذه المؤسسات ، وهي الرقابة الخاصة بمحافظي الحسابات ومجلس المحاسبة وكذا المفتشية العامة للمالية .

قام المشرع في النهاية بإدراج استثناء يخص كل من المجموعتين الأولى والثانية وكذا الثالثة ، فبغض النظر عن كل الأحكام السابقة ، تخضع الصفقات المبرمة في إطار المشروع المفوض لأحكام وإجراءات قانون الصفقات العمومية .

أنشأ لنا المشرع الجزائري صورا متعددة للمعيار العضوي ، منها هذه الأخيرة التي يعتبر فيها التفويض ناقلا لسلطة الابرام وإجراءاته من المفوض (شخص معنوي عام خاضع للقانون العام) ، إلى المفوض إليه ، مهما كانت صفته (شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص)

---

[383] _ الرجوع إلى أحكام المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10_236 المتعلق بالصفقات العمومية ، السابق ذكره

[384] _ لمزيد من التفاصيل حول المؤسسة العمومية الاقتصادية ونظامها القانوني أ نظر :

Mafoud GHEZALI**, statut et responsabilités du conseil d' administration de l' entreprise publique économique en la forme de société par actions** , revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques , n 01_02_ 1992,p 07_77

، حسب عموم نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية لسنة 2013[385].

ثانيا :

المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي 15_247

أما في قانون الصفقات العمومية الحالي (مرسوم رئاسي رقم 15_ 247) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فنلاحظ أن المشرع الجزائري خرج عن القاعدة التي كرسها قانون الصفقات العمومية السابق وأقام تصنيفا آخر وهو التصنيف الآتي :

المجموعة الأولى : الدولة

وهي نفسها كما ذكرت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ويقام عليها نفس التعليق كون مصطلح الدولة اتسم بالاتساع والمرونة مما يخلّف إشكالية صعوبة وتعدد التأويلات والتفسيرات .

المجموعة الثانية : الجماعات الإقليمية

---

[385] _ نشير هنا ورغم تعدّد صور المعيار العضوي في مجال الصفقات العمومية ، إلا أنها في كل الأحوال تخرج عن اختصاص القاضي الإداري ، على الرغم من اعتبار الصفقات العمومية أعمالا تجارية حسب شكلها، استنادا الى نص المادة 04 من القانون التجاري .

دويري عبد العزيز، **المنازعة الإدارية في الجزائر** ، تطورها وخصائصها _دراسة تطبيقية _ الجزء الأول ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، 2006 ، ص 57.

تنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي :

"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه ، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "

وهي نفس المجموعة المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لكن هذا الأخير قد حصرها في المجموعات الإقليمية المحلية ، بينها ورد ذكرها في قانون الصفقات العمومية بصيغة العموم [386].

المجموعة الثالثة : المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

وهي نفس المجموعة المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [387].

نلاحظ إلى حد الآن تطابقا بين المعيار العضوي المذكور في القانونين الصفقات العمومية، والإجراءات المدنية والإدارية.

لكن المشرع وفي قانون الصفقات العمومية واصل تصنيف الاشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام ، مستكملا لمعيار عضوي يختلف عن ذلك المذكور في قانون

---

[386] _ يعتبر المعيار العضوي أصلا عاما في تحديد مفهوم النزاع الإداري ، وبالتالي تحديد اختصاص القاضي الإداري في النظام القانوني الجزائري ، وقد أكد الاجتهاد القضائي ، ذلك أن فالعبرة بأحد أطراف النزاع إن كان شخصا من أشخاص القانون العام.

قرار رقم 2118 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 04_02_2003 ، في قضية والي ولاية عنابة ومنة معه ضد مكتب الدراسات " تيتاح" ،**حيث جاء في حيثياته ما يلي :**

" ....حيث أن موضوع التعاقد هو مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض .....غير أن موضوع التعاقد يتضمن انجاز دراسات هندسية وطبوغرافية ، وأن مجلس قضاء عنابة لم يراعي في تقديره طبيعة عملية انجاز المدرسة التي هي في الأصل عملية إدارية مسجلة بميزانية عمومية ومعتمدة ، وهي عمل إداري ، وحيث أن من حيث صفة المتعامل الإداري ، يلاحظ أن الولاية ومدير التشغيل والتكوين المهني هما هيئتان عامتان ذات الصبغة الإدارية ، فان هذا العمل لا يمكن أن يعتبر عملا تجاريا ...."

[387] _ تعرّف المؤسسات العمومية على تعدّد أصنافها بأنها :

« C’est une principale forme de personne publique spécial ;

C’est une personne morale de droit public crée par décision unilatéral assumant une mission spécial, avec l’autonomie Administratif et financière mais sans être doté d’un capital aux sens du droit des sociétés »

Michelle Laure ,Rassat et gabriel Roujou de bonbée **, Institutions administratives et juridictionnelles, Edition Ellipse ,Paris , 2005,p 99**

الإجراءات المدنية والإدارية ، ويختلف كذلك عن قانون الصفقات العمومية السابق ، بذكر مجموعة رابعة من هذه الاشخاص[388] .

المجموعة الرابعة : تشمل المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

تخضع هذه المؤسسات العمومية لقانون الصفقات العمومية إذا كُلّفت بإنجاز عملية مموّلة كلّيا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية ، سواء كانت هذه المساهمة مؤقتة أو نهائية[389].

كما اشترط المشرع على هذه المؤسسات العمومية ، وفي حالة إنجازها لعمليات غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية أن تقوم بتكييف إجراءاتها الخاصة مع أحكام قانون الصفقات العمومية .

كما تلتزم بالعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة[390] ، كما يتعيّن على سلطة الوصاية لهذه المؤسسات العمومية أن تضع جهازا لمراقبة صفقاتها وتوافق عليه طبقا لأحكام المادة 159[391].

نلاحظ هنا أن المشرع ذكر كل المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري ، وذلك دون تعدادها كما فعل في قانون الصفقات العمومية السابق ، وهو تكريس موجز لا يعاب عليه ، لكنه استثنى المؤسسات العمومية الاقتصادية من هذه المجموعة وأخرجها صراحة من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية مثل قانون الصفقات العمومية السابق، وهنا يبقى التساؤل

---

[388] _ نص المادة 06 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[389] _ المقطع الأخير من نص المادة 06 من نفس القانون .

القرار رقم 34786_437 الصادر عن مجلس الدولة ، الغرفة الأولى ، بتاريخ 09_05_2007 ، في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة "أشغال الغرب " ، ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار (قرار غير منشور)

المصدر : طيبون حكيم ، **منازعات الصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، تخصص دولة ومؤسسات عمومية ، جامعة الجزائر 01 ، بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2012 _2013

[390] _ **نص المادة 08 فقرة 01** من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره .

[391] _ **نص المادة 08 فقرة 02** من نفس القانون .

مطروحا لأن المؤسسات العمومية الاقتصادية تصنف كذلك ضمن المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري ، ومن هنا نتساءل ألا تعتبر كذلك خاضعة لأحكام المادتين 06 و08 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ؟ .

المجموعة الخامسة : المؤسسات العمومية الإقتصادية

لا تخضع هذه المؤسسات لأحكام إبرام الصفقات العمومية [392]، لكنها ملزمة بإتباع إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس عدة مبادئ عامة وهي :

مبدأ حرية الاستفادة من الطلب .

مبدأ المساواة في التعامل مع المرشحين .

مبدأ شفافية الإجراءات .

بالإضافة إلى اعتماد هذه المبادئ من طرف الهيئات الاجتماعية لهذه المؤسسات .

كما يمكن للشخص المعنوي العام في قانون الصفقات العمومية الحالي ، أن يعهد لأحد الخواص شخصا معنويا أو طبيعيا مهمة القيام بمشروع قصد تلبية حاجة عمومية ، فحسب نص المادة 10 منه ، **وهي الحالة التي تسمى بالمشروع المنتدب** ، وهي حالة لا نستطيع الاستغناء فيها عن المعيار الموضوعي ، كون الأعمال التي يقوم بها صاحب المشروع المنتدب ، لا تخضع لقانون الصفقات العمومية إلا إذا كان يتصرف باسم ولحساب صاحب المشروع " المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة العمومية " ، **وقد نصت المادة 10 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره على ما يلي :**

"تخضع الصفقات العمومية المبرمة من طرف صاحب مشروع منتدب باسم ولحساب صاحب مشروع تطبيقا لاتفاقية اشراف منتدب على مشروع لأحكام هذا الباب"

فرع ثاني :

المعيار المادي أو الموضوعي

[392] _ **نص المادة 09** من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره .

يقصد به أن يتمحور موضوع العقد على إدارة وتسيير مرفق عام ، الذي يتمثل في الجهاز الإداري الذي يتولى نشاطا عاما معينا أو أنه نشاط تسيير الإدارة لتحقيق الصالح العام ، كما ينظر إلى السلطات الاستثنائية للإدارة العامة ، ويعتبر هذا المبدأ مكرسا في كل النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية [393].

يعتبر معيارا استثنائيا لأن المشرع الجزائري قد اعتمد على المعيار العضوي كأصل عام ، وهو واضح في كل من قانون 08_09 في نص المادة 800 و نص المادة 02 من قانون الصفقات العمومية السابق المعدل والمتمم (مرسوم رئاسي رقم 10_236 المعدل والمتمّم) ، فالمعيار المادي هو المعيار الذي لا يعطي أهمية للطبيعة القانونية للأشخاص أطراف الصفقة العمومية بل يهتم بالنشاط الإداري أو وسيلة ممارسته.

اقترحنا تقسيم هذا الفرع إلى القسمين الآتيين :

أولا : المعيار المادي في المرسوم الرئاسي رقم 10_236 المعدل والمتمم

ثانيا : المعيار المادي في المرسوم الرئاسي رقم 15_247

أولا :

المعيار المادي في المرسوم الرئاسي رقم 10_236 المعدل والمتمم

يهتم المعيار الموضوعي أو المادي بموضوع الصفقة أو طبيعة النشاط المادي الذي تنصب عليه الصفقة ، ولتحديد موضوع الصفقة العمومية حصر المشرع المجالات أو النشاطات الإدارية محل التعاقد ، والتي يمكن أن تكون محلا لصفقات عمومية ، ذلك أن نشاطات الإدارة

[393]_ رحمة شكلاط ، **الصفقات العمومية : مقاربة تشريعية جديدة ، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول " أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية** ، الجزء الأول ، يومي 30_11 _ 2011 ، 01_12 _2011، القطب الجامعي تاسوست ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة جيجل ، ص 112

العامة متعددة ، وليس من المنطقي إخضاعها كلها لمجال التعاقد وفقا لقانون الصفقات العمومية ، الذي يتميز بالتعقيد وطول الإجراءات و التشدّد في الرقابة .

ذلك أن المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة تقضي بضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد لتلبية الخدمات العمومية للجمهور (اشباع الحاجات العمومية) ، وليس تعطيلها بإخضاعها كلها لقانون الصفقات العمومية .

كما أن هذا المعيار هو معيار يكمل بواسطة المعيار المالي الذي يحدد الحد الأدنى والحد الأقصى لحصر موضوع الصفقة العمومية.

لقد تناول المشرع المواضيع محل الصفقات العمومية في قانون الصفقات العمومية السابق التي تتمثل فيما يلي :

_صفقات انجاز الأشغال العمومية .

_صفقات اقتناء اللوازم والخدمات.

_ صفقات الدراسات [394].

تخضع كل هذه الأنواع من الصفقات لإجراءات الابرام والتنفيذ والرقابة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية إذا توافر المعيار المالي .

نص المشرع على استثناءات على **هذه القاعدة تتعلق بإعفاء نوع من الصفقات (صفقات الخدمات) من اجراءات الابرام فقط** ، وهي صفقات استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة سرعة في اتخاذ القرارات ، ويرجع ذلك الى طبيعة هذه المنتجات (سرعة التلف ، تقلب أسعارها ، الممارسة التجارية المطبقة عليها ، ومدى توافرها ....الخ).

وبمقابل إعفائها من إجراءات الابرام أخضعها المشرع الجزائري إلى إجراءات خاصة تتمثل في ما يلي :

[394] _ **نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10_236** المعدّل والمتمّم والمتعلق بالصفقات العمومية، السابق ذكره .

_أن تتعلق هذه الاجراءات الخاصة بكل عملية استيراد على حدا .

_ تتولى مهمة اجراء المفاوضات واختيار المتعامل المتعاقد لجنة وزارية مشتركة يؤسسها الوزير المعني (بمناسبة كل عملية).

_ تتشكل من أعضاء ذوي خبرة وتأهيل فني في الميدان الخاص بالصفقة

_ يرأس اللجنة ممثل عن المصلحة المتعاقدة

تتمتع المصلحة المتعاقدة هنا بدور ايجابي في تسيير إجراءات الإبرام والإشراف عليها ، وتلعب هنا دور امتيازي فلا تتدخل السلطة العامة بالرقابة ، وذلك على عكس اجراءات الابرام العادية .

نرى كذلك أن المشرع قيد من حرية الاعلان في مثل هذه الصفقات بوضع قائمة محددة لمجموعة المنتجات التي يمكن أن تكون موضوعا للصفقة بموجب قرار وزاري مشترك بين كل من الوزير المكلف بالمالية ، الوزير المكلف التجارة ، الوزير المعني بالصفقة .

مع ذلك فقد قيد المشرع حرية ابرام مثل هذه الصفقات بإعداد أو تحديد صفقة تسوية بعد ابرام الصفقة العمومية المعنية وفق الاجراءات الخاصة خلال أجل ثلاثة أشهر ، ابتداء من الشروع في التنفيذ وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية ، وهي لجان الصفقات العمومية المتمثلة في: اللجنة البلدية ، الولائية، اللجان الوطنية ، اللجان القطاعية ، لجنة صفقات المؤسسات العمومية ومركز البحث والتنمية في حالات خاصة .

أما في المرسوم الرئاسي 15_247 الحالي فقد أدرج مثل هذه الصفقات المتعلقة باستيراد المنتجات والخدمات ، في اطار ما يسمى " بالإجراءات الخاصة بالصفقات التي تتطلب سرعة في اتخاذ القرارات" ، وهي الصفقات التي تتعلق بتقلب الاسعار بصفة سريعة ، والصفقات التي تتضمن خدمات تتصف بالندرة ، وكذا الصفقات المتعلقة بخدمات صعبة التنفيذ بسبب الممارسات التجارية المطبقة عليها ، **غير أن المشرع لم يخضعها للإجراءات المكيّفة مثل**

الصفقات التي لا تتوافر على الحد المالي الأدنى مثلا ، وقد أخضعها كذلك لإجراءات خاصة مثل قانون الصفقات العمومية السابق[395] .

لكن المشرع في قانون الصفقات العمومية الحالي نص على نوع محدّد من صفقات الخدمات التي تخضع للإجراءات المكيّفة [396]، وهي الصفقات المتعلقة بصفقات النقل والفندقة ، والإطعام ، والخدمات القانونية ، مهما كانت مبالغها ، وفي حالة تجاوز مبلغ هذه الخدمات المبلغ المحدد في الفقرة الأولى من نص المادة 13 ، تقدم الصفقة لرقابة لجنة الصفقات المختصة التي تدرس قبل ذلك الطعون التي قد يقدمها له المتعاملون الاقتصاديون الذين تمّت استشارتهم عند الاقتضاء .

ثانيا :

المعيار المادي في المرسوم الرئاسي رقم 15_247

قام المشرع في **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** الحالي بتحديد العمليات محل الصفقات العمومية كالآتي :

انجاز الأشغال ، اقتناء اللوازم، انجاز الدراسات ، و تقديم الخدمات[397]، كما نص على امكانية ابرام صفقة اجمالية تشمل عدة عمليات من هذه العمليات المذكورة[398].

كرس المشرع من خلال هذا القانون تعريفات محددة لأنواع الصفقات العمومية المذكورة على خلاف قانون الصفقات العمومية السابق، وذلك كالآتي :

صفقات الأشغال : تتمثل في الصفقة التي تهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع

---

[395] _ نص المادة 23 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره

[396] _ نص المادة 24 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره

[397] _ نص المادة 29 فقرة 01 من **قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[398] _ نص المشرع على الصفقة الإجمالية في نص المادة 35 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** السابق ذكره .

، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية ، التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية [399].

يتحدد نوع الصفقة العمومية بموضوعها الأساسي ، إذا كانت العمليات التي تشملها مختلطة ، ونص المشرع هنا على حالة ما إذا تضمنت صفقة عمومية تقديم خدمات ، في حين كان موضوعها الأساسي القيام بالأشغال فإنها تعتبر صفقة اشغال لا صفقة خدمات [400].

صفقة اللوازم : تهدف هذه الصفقة العمومية إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار ، سواء كان ذلك بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد ، أو لخدمات أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتعلقة بنشاطها لدى مورّد ، **وفي حالة ما إذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة ، فإن الصفقة العمومية تتحول إلى صفقة خدمات[401].**

---

[399] _ نص المادة 29 فقرة 03 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

كما نص المشرع في الفقرة 04 من نفس المادة على أن صفقة الأشغال تشمل العمليات الآتية : البناء أو التجديد أو الصيانة أو التأهيل أو التهيئة أو الترميم أو الإصلاح أو التدعيم أو الهدم الخاصة بالمنشأة بصفة كلية أو حتى جزء منها ، وتدخل في اطارها التجهيزات المرتبطة بها ، كذلك إذا ما كانت ضرورية لاستغلالها .

[400] _ نص المادة 29 فقرة 05 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[401] _ نص المادة 29 فقرة 06 من نفس **القانون ، كما نص المشرع في حالة تعدد مواضيع الصفقة العمومية هنا على نوعين من الصفقات المختلطة ، التي تكيف على أنها صفقة عمومية للوازم ، وقد اعتمد في ذلك التكييف على المعيار المالي تتمثلان في :**

01 _ صفقة عمومية تتضمن أشغال ولوازم : في حالة ما إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم ضمن الصفقة العمومية ، بشرط عدم تجاوز قيمتها مبلغ اللوازم ، فإن الصفقة العمومية في هذه الحالة تعتبر صفقة لوازم ،(**نص المادة 26 فقرة 07 من نفس القانون**).

02_ صفقة عمومية تتضمن لوازم وخدمات : في حالة ما إذا كان موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم ، وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات اعتبرت الصفقة صفقة لوازم **(نص المادة 26 فقرة 08 من نفس القانون**).

يمكن أن تشمل هذه الصفقة مواد تجهيز المنشآت الإنتاجية الكاملة والغير جديدة ، بشرط أن تكون مدّة عملها مضمونة أو مجدّدة بضمان، وقد أحال المشرع هنا إلى قرار وزاري يحدد كيفيات تطبيق هذه الأحكام [402].

الصفقة العمومية للدراسات : تهدف هذه الصفقة إلى انجاز خدمات فكرية ، وتشمل هذه الصفقة خاصة عند ابرام صفقة الأشغال مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية ، وكذا الإشراف على انجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع [403].

تحتوي صفقة الإشراف على الانجاز في اطار انجاز منشأة أو مشروع حضري أو مناظر طبيعية تنفيذ مجموعة من المهام خاصة منها :

_دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي .

_دراسات مشاريع تمهيدية موجزة و مفصلة .

_دراسات المشروع .

_ دراسات التنفيذ .

_ مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال ، وكذا تنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة واستلام الأشغال .

صفقة الخدمات : وتهدف هذه الصفقة إلى تقديم خدمات ، وهي صفقة عمومية تختلف وتستقل بذاتها عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات حسب (الفقرة الأخيرة من نص المادة 29 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .)

نص المشرع على الأنواع الأساسية للصفقات العمومية ، لكنه في قانون الصفقات الحالي نص على أنواع أخرى من الصفقات ، فنلاحظ هنا أن المشرع قام بتوسيع مفهوم المعيار المادي[404]، فنص على الصفقات الآتية :

---

[402] _ نص المادة 29 فقرة 09 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[403] _ نص المادة 29 فقرة 10 من نفس القانون .

_ عقد البرنامج .

_ صفقة الطلبات .

_ عقد البرنامج: يتمثل في اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا للطرفين المتعاقدين ، ولا يشترط أن يبرم وفقا لسنة مالية واحدة ، بل يمكن أن يندرج في سنتين ماليتين أو أكثر بشرط عدم تجاوز مدة 05 سنوات ، فهو مخطط على المدى المتوسط والطويل ، ويتم تنفيذ هذا العقد وفق صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية[405]، كما يبرم عقد البرنامج وفقا لنفس الشروط والإجراءات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية [406].

نص المشرع على أن تحدد مجموعة من البيانات في اتفاقية عقد البرنامج تتمثل في :

الخدمات الواجب تأديتها ، أهمية الخدمات ، الموقع ، مبلغ عقد البرنامج ، و رزنامة انجاز عقد البرنامج [407].

---

[404] _ تنص المادة **32 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره** على ما يلي :

" يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ ، حسب الحالة ، إلى إبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية ، طبقا للتنظيم المعمول به ".

[405] _ نص المادة 33 فقرتين 01_02 من نفس القانون .

[406] _ نص المادة 33 فقرة 05 من نفس القانون .

ويخضع الابرام هنا لاستثناء يتمثل في خضوع الاعتمادات المتوفرة من عدمها لمراقبة عند مرحلة الالتزام المحاسبي للصفقة ، مع مراعاة سنوية الميزانية ، ويكون ذلك عند نشوء الالتزام بتبليغ الصفقة التطبيقية للمتعامل المتعاقد ، **دون تطبيق أحكام المادة 195 فقرة 05 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** التي تنص على ما يلي :

" يجب أن تكون قد رفعت التحفظات المحتملة المرافقة للتأشيرة التي تسلمها هيئة الرقابة الخارجية القبلية المختصة ، على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها و البدء في تنفيذها ، وفي حالة البلديات يخضع مشروعا الصفقة والملحق لمداولة المجلس الشعبي البلدي ومراقبة الشرعية للدولة ، طبقا لأحكام القانون رقم 11_10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 والمذكور أعلاه ، قبل ارسالها إلى لجنة الصفقات المختصة "

[407] _ نص المادة 33 فقرة 03 من نفس القانون .

ينشأ الالتزام القانوني بعقد البرنامج بتبليغ الصفقة التطبيقية للمتعامل المتعاقد ، في حدود الالتزام المحاسبي الخاص بها ، مع مراعاة قاعدة سنوية الميزانية عند الاقتضاء [408].

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح عقد البرنامج لعدة متعاملين متعاقدين تجري بينهم منافسة[409]، وذلك بشروط تتمثل في :

_ أن ينص دفتر الشروط على كيفيات تطبيق ذلك.

_توافر شروط تقنية واقتصادية و_أو مالية تتطلب تخطيط الحاجات الواجب تلبيتها من طرف المصلحة المتعاقدة .

_ أن يكون توافر هذه الشروط متعلقا بظهور الحاجات من عدمها وكذا رزنامة سبق إعدادها .

_ صفقة الطلبات: تشمل هذه الصفقة **انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات أو انجاز الدراسات ذات النمط العادي والطابع المتكرر** ، وتتحدد مدّة هذه الصفقة بسنة واحدة قابلة للتجديد ، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر ، مع عدم امكانية تجاوزها لخمس سنوات ، ويخضع تجديدها لمقرر صادر عن المصلحة المتعاقدة يبلّغ للمتعامل المتعاقد ، مع خضوعه للالتزام القبلي للنفقات لأخذه عين الاعتبار[410].

يجب أن يبيّن في هذه الصفقة كمية و_ أو قيمة الحدود الدنيا أو القصوى للأشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات موضوع الصفقة ، كما تحدد هذه الصفقة السعر المطبق على عمليات التسليم المتعاقبة أو آلياته أو كيفيات تحديده ، ويتم البدء في التنفيذ بمجرد تبليغ الطلبات الجزئية التي تحدد كيفيات التسليم [411].

---

[408] _ نص المادة 33 فقرة 04 من نفس القانون .

[409] _ نص المادة 33 فقرة 06 من نفس القانون ، وقد أحال المشرع إلى قرار وزاري يصدر عن الوزير المكلف بالمالية يوضح كيفيات تطبيق هذه الأحكام عند الاقتضاء.

[410] _ نص المادة **34 فقرة 01_02_03 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[411] _ نص المادة 34 فقرة 04 من نفس القانون .

نص المشرع على إمكانية منح الصفقة لعدة متعاملين اقتصاديين عندما تتطلب الشروط الاقتصادية و_ أو المالية ذلك ، بشرط أن ينص دفتر الشروط على ذلك مع كيفيات تطبيقه[412] ، كما يتم الالتزام القانوني بهذه الصفقة في حدود الالتزام المحاسبي بها مع مراعاة قاعدة سنوية الميزانية عند الاقتضاء ، عن طريق تبليغ الطلبات إلى المتعامل المتعاقد ، و تتم مراقبة مدى توافر الاعتمادات عند الالتزام المحاسبي بالصفقة مثل عقد البرنامج [413].

تتحدد اختصاصات لجان الصفقات العمومية استنادا إلى الحدود القصوى لصفقات الطالبات[414].

صفقة دراسات وإنجاز : وتلجأ إليها المصلحة المتعاقدة بصفة استثنائية عندما تقتضي أسباب ذات طابع تقني ضرورة اشراك مقاول في دراسات التصميم الخاصة بالمنشأة ، ويسمح هذا الإجراء بأن تعهد المصلحة المتعاقدة إلى متعامل متعاقد واحد في إطار صفقة أشغال مهمة تتضمن إعداد الدراسات وإنجاز الأشغال في آن واحد[415] ، ويتم ذلك وفق إجراء طلب العروض [416]، وفي هذه الحالة تعيّن لجنة تحكيم لإبداء رأيها حول اختيار المشروع [417].

---

[412] نص المادة 34 فقرة 05 من نفس القانون .

[413] _ نص المادة 34 فقرة 06_ 07 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره.

[414] _ تلزم الحدود الدنيا لصفقة الطلبات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد ، أما الحدود القصوى فتلزم المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة ، وقد نصت المادة 34 _ 09 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** السابق ذكره على ذلك ، وقد أحال المشرع إلى قرار وزاري يصدره الوزير المكلف بالمالية يوضّح كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة .

[415] _ نص المادة 35 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره .

[416] _ نص المشرع على إجراء طلب العروض **في المادتين 45 _ 46 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره .**

[417] _ يخضع انشاء لجنة التحكيم وفقا **لنص المادة 48 من قانون الصفقات العمومية** وهي نفس الاجراءات المتبعة لإنشاء لجنة تحكيم خدمات المسابقة ، وتتشكل لجنة التحكيم بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويمنحون تعويضات تحدد بموجب مرسوم تنفيذي ، وتقدم هذه اللجنة اقتراحات إلى المصلحة المتعاقدة بناء عليها تمنح المصلحة المتعاقد منحا للفائز حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية بالنسبة لمشاريع انجاز المباني ، أما بالنسبة للمشاريع الأخرى

يشترط المشرع اللجوء إلى مثل هذه الصفقة أن ينص دفتر الشروط في إطار التقييم التقني على تأهيل أولي يتعلق بمرحلة الدراسات .

نص المشرع كذلك على إمكانية اللجوء إلى "**صفقة دراسة وانجاز واستغلال أو صيانة**" أو إلى "**صفقة إنجاز واستغلال أو صيانة " عندما تبرر أسباب تقنية أو اقتصادية ذلك ، مع وجوب النص في دفتر الشروط على متطلبات النجاعة التي يتعين بلوغها ويمكن حسابها ، تكون موضوع معيار تقييم تقني مرفق بمعيار التكلفة الإجمالية ، وتبرم الصفقة هنا بسعر إجمالي وجزافي** [418].

مطلب ثاني :

المعايير التكميلية

اقترحنا تسميتها بالمعايير التكميلية لأنها خاصة بمجال الصفقات العمومية ، الذي احتفظ بالمعايير المتعارف عليها عند تحديد مفهوم النزاع الاداري بصفة عامة ، وتتمثل هذه المعايير في المعيار الشكلي الذي يشترط ضمنه المشرع افراغ الصفقة العمومية في الشكل الكتابي ، وكذا المعيار المالي ، كون محور تعامل الصفقات العمومية يتمثل في المال العام ، من أجل ذلك اقترحنا التفريع الآتي :

فرع أول : المعيار الشكلي

فتحدد نسب وكيفيات دفع المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية .

[418] _ **نص المادة 35 _ 06 ونصت المادة على أن تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع صفقة إجمالية بموجب مقرر لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني** ، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة ، وأحال المشرع إلى قرار سيصدر عن وزير المالية يحدد كيفيات تطبيق هذه الأحكام .

فرع ثاني : المعيار المالي

فرع أول :

المعيار الشكلي

يعرف المعيار الشكلي بكونه المظهر الخارجي للصفقة أو الشكلية القانونية التي اشترطها المشرع لإظهار الصفقة العمومية ، وتتخذ هذه الشكلية صورة الإلزامية أو الجوهرية في حال اشتراطها القانون، وهذه الحالة تنطبق على الصفقات العمومية في المنظومة القانونية الجزائرية ، ويترتب عن إغفالها في هذه الحالة بطلان الصفقة ،فالمعيار الشكلي معيار أساسي في تحديد مفهوم الصفقة العمومية ، لكننا اعتبرناه معيارا تكميليا لأننا بصدد تحديد أطراف الصفقة العمومية ، أو اطراف الخصومة ، والأصل في الكتابة إذا كانت اختيارية عدم ابطال الصفقة، فكيف نظّم المشرع هذه المسألة ؟

لذلك اقترحنا تقسيم هذا الفرع إلى العنصرين الآتيين :

أولا : استيفاء شكلية الكتابة كأصل عام

ثانيا: عدم استيفاء الكتابة كاستثناء عن المعيار الشكلي

ثالثا : الطابع المؤقت لتطبيق الاستثناء

أولا:

استيفاء شكلية الكتابة كأصل عام

كان المشرع في قانون الصفقات العمومية السابق ينص على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة، فاعتبر الكتابة شكلية ضرورية في نص **المادة الرابعة** من المرسوم الرئاسي 10_236 .

لم يعتبرها المشرع شكلية إلزامية في كل الحالات كونه نص على مجموعة من الاستثناءات في نص **المادة السابعة** من المرسوم الرئاسي 10_236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

وقد واصل المشرع هذا التكريس القانوني في قانون الصفقات العمومية الحالي ، وهو المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، **حيث نص في مضمون المادة 02 منه** على ما يلي:

" 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 ".

كما نص المشرع **في مضمون المادة 03 من نفس القانون** على ما يلي :

" تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في الخدمات "

لا تعتبر الصيغة الكتابية من حيث الأصل مفروضة من الناحية المبدئية ، إلا إذا نص القانون على ذلك ، **فالتعاقد يتم بموجب اتفاق المتعاقدين ، لكن الالتزامات العامة تجري كتابة ، ومع ذلك يمكن للمشرع أن لا ينص على هذه القاعدة**[419].

لم يجعل الفقه الإداري في فرنسا من الكتابة شرطا لوجود الصفقة العمومية ، بل اعتبرها شرطا من شروط الصحة [420] .

واعتبر الدكتور" **شريف بن ناجي**"شرط الكتابة شرطا لا يمكن المعارضة على اشتراطه ، لكن ذلك يكون مشروطا بتوافر كل الشروط الأخرى اللازمة لإبرام الصفقة العمومية [421].

فالأصل العام استيفاء شكلية الكتابة قبل البدء في تنفيذ الصفقة العمومية ، لكن يوجد استثناء البدء في التنفيذ قبل الابرام ،أي أن الصفقة لم تحرر في شكل كتابي ، رغم أن عملية تنفيذها قد بدأت ، ويعتبر هذا التطبيق استثناء مقيد بشروط نص عليها المشرع ، إن لم تتوفر اعتبر البدء في التنفيذ دون الكتابة غير مشروع.

---

[419] _ د _ نعيم مغبغب ، **عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة ، دراسة في القانون المقارن** ، طبعة جديدة مزادة ومنقّحة ، الطبعة الثالثة دون دار النشر ، لبنان ، 2001 ، ص 336_337

[420] _ قدوح حمامة ، **عملية ابرام صفقات المتعامل العمومي في الجزائر** ، مرجع سابق ، ص 51

[421]_ BENNADJI CHERIF, op cit ,p245

ثانيا:

عدم استيفاء الكتابة كاستثناء عن المعيار الشكلي

نص المشرع على هذا الاستثناء " تجاوز شكلية الكتابة عن طريق الشروع في التنفيذ قبل القيام بإتباع عملية الإبرام " ، لكنه قيده بمجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي :

01_ توافر حالة الاستعجال الملّح

يتم الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية[422]، ويتم تعليل هذا التنفيذ المسبق بحالة الاستعجال الملّح المعلل بخطر يهدد ملكا أو استثمارا يشرط أن يكون الخطر داهما " وشيك الوقوع " ، وأن يكون قد تجسد في الميدان .

تطبق حالة الاستعجال الملح كذلك في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ، بشرط أن يكون هذا الخطر لا يسع المصلحة المتعاقدة للتكيف مع اجراءات الابرام ، وفي كلا الحالتين يشترط أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال ، وأن لا يكون ذلك نتيجة مناورات بهدف المماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة[423].

02_ ترخيص الهيئة المختصة

كان يشترط لتطبيق الاستثناء عن المعيار الشكلي وجود رخصة أو ترخيص اداري صادر عن هيئة مختصة محددة على سبيل الحصر في المادة السابعة من قانون الصفقات العمومية السابق ،**وهي إما من الوزير فيما يتعلق بصفقات الوزارة أو الوالي فيما يتعلق بصفقات الولاية ،أو مسؤول الهيئة العمومية المستقلة فيما يتعلق بصفقاتها .**

---

[422] _ **نصت المادة 07 من المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم ، السابق ذكره** ، على تطبيق هذا الاستثناء كذلك استنادا على عنصر الخطر حيث اشترط المشرع للبدء في التنفيذ قبل افراغ الصفقة في شكل كتابي ، وذلك لوجود الخطر الذي يهدد استثمار للمصلحة المتعاقدة ، ويشترط أن يكون الاستثمار ملكا للمصلحة المتعاقدة ويمس به في عنصر الأمن العمومي.

[423] _ **نص المادة 12 _01 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** السابق ذكره .

أي أن تطبيق هذه الرخصة له نطاق موضوعي يخص صفقات محددة على سبيل الحصر فلا يمكن لرئيس البلدية أن يطبق الاستثناء فيما يخص صفقات البلدية مثلا .

ونص المشرع على الصيغة القانونية لصدور هذه الرخصة وهي المقرر الاداري

ومن شروطه مايلي :

_ التعليل حيث اشترط المشرع أن يكون المقرر مبررا بتوافر الشروط المحددة في المادة السابعة من قانون الصفقات العمومية ، ويكون تبريره بوجود عنصر الخطر الذي اشترط فيه توافر بعض الشروط المذكورة سابقا .

_ إرسال نسخة منه الى الوزير المكلف بالمالية ، وهو شرط التبليغ بمحتوى المقرر الى هيئة تمثل السلطة التنفيذية ، وهي طريق من طرق الرقابة على المال العام ، الذي يكون محل التعامل في مجال الصفقات العمومية .

أما في قانون الصفقات العمومية الحالي ، فقد نص المشرع على أن الترخيص بإتباع هذا الاستثناء يصدر بموجب مقرر إداري صادر عن كل من :

مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية .

نلاحظ هنا أن المشرع وسع من النطاق الموضوعي للاستثناء ، بإضافة صفقات البلدية التي يرخص باستثناء الكتابة فيها من طرف رئيسها .

ويتم تقييد الاستثناء بالشروط الآتية :

_ أن يكون المقرر الذي يرخّص تطبيقه معلّلا [424].

_ أن تقتصر الخدمات التي تنفذ في الصفقة العمومية على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف الاستعجالية المذكورة في الفقرة 01 من نص المادة 12[425].

[424] _ نص المادة 12 _ 01 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره

[425] _ نص المادة 12_ 01 من نفس القانون .

_ارسال نسخة من المقرر إلى مجلس المحاسبة ، والوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام . والمفتشية العامة للمالية)[426].

_ أن يتم اثبات اتفاق الطرفين في الحالة الاستثنائية عن طريق تبادل الرسائل [427].

ثالثا :

الطابع المؤقت لتطبيق الاستثناء

نص المشرع على حالات محددة يتم الرجوع فيها الى الاستثناء **في قانون الصفقات العمومية السابق،** ففي بعض الحالات يجب على المصلحة المتعاقدة الرجوع الى الأصل العام (المعيار الشكلي) ، واستنفاذ كل اجراءات الابرام وإعادة تحرير الصفقة كتابيا ، حتى بعد التنفيذ وبتوافر شروط الاستثناء عن طريق اعداد (صفقة تسوية).

ولتطبيق صفقة التسوية شروط تتمثل فيما يلي :

01 _ أن تستقل هذه الصفقة عن الصفقة الاصلية شكليا فقط لا موضوعيا .

02_ ضرورة ابرامها في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر الذي يرخص تطبيق الاستثناء .

03_ يشترط المشرع الرجوع الى الأصل أي أن تكون مبالغ الصفقة تفوق مبالغ الصفقة المبالغ المذكورة في الفقرة الاولى من نص المادة 06 [428].

04_ عرض صفقة التسوية على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات .

بالنسبة إلى الشرط الثالث نلاحظ حرص المشرع على ضرورة استيفاء شرط الكتابة ، أي الرجوع الى تطبيق الاجراءات الشكلية للإبرام وذلك في المادة 06 فقرة 12 من مرسوم الصفقات

---

[426] _ نص المادة 12_02 من نفس القانون .

[427] _ نص المادة 12_ 03 من نفس القانون .

[428] _ نص المادة **06 المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم ، السابق ذكره** .

العمومية 2012[429] ، حيث أشار المشرع إلى ذلك صراحة على عكس المرسوم الرئاسي لسنة 2010 الذي جاءت فيه الصيغة ضمنية في الفقرة 13-1 ، ومع ذلك طبق المشرع استثناء يتمثل في ضرورة القيام بعدة طلبات خدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة ، أي إبرام صفقة تسوية خلال نفس السنة المالية وذلك بشروط :

_أن تكون مبالغها تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى .

_ وفي هذه الحالة تبرم صفقة (حسب المعيار الشكلي) تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا ، وتعرض على هيئة الرقابة الخارجية .

نص المشرع على عدم امكانية ابرام صفقة لإدراج الخدمات المنفردة سابقا خلال السنة المعينة (السنة المالية) ، إذا تعلق الأمر بعمليات اقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر ، وفقا لقائمة محددة في قرار وزاري مشترك ، وفي هذه الحالة تبرم صفقة تسوية خلال السنة المالية الموالية استثناء عن القاعدة العامة ، وتشكل هذه الحالة بالرجوع الى المعيار المالي [430] .

على العموم نلاحظ أن المشرع قد كان أكثر وضوحا في هذا القانون ، بالمقارنة مع قانون الصفقات العمومية الحالي (قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام).

نص المشرع من خلال هذا القانون على ضرورة إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية ، خلال ستة أشهر تبتدئ من تاريخ التوقيع على المقرر الذي يرخص اللجوء إلى التنفيذ قبل القيام بإجراءات الإبرام ، بشرط أن تكون العملية تفوق المبالغ الآتية :

12.000.000دج لصفقات الأشغال أو اللوازم

---

[429] _ إذا فاقت قيمة هذه الخدمات المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة ، فإنه لا يمكن الالتزام بأي نفقة مماثلة دون اللجوء إلى الاجراءات التكميلية باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين 13-14.

[430] _ فقرة 14-02 من **مرسوم رئاسي رقم 10_236 المعدل والمتمم والمتضمن قانون الصفقات العمومية السابق ، السابق ذكره.**

6.000.000 دج لصفقات الدراسات أو الخدمات[431].

فرع ثاني :

المعيار المالي

الأصل في الصفقات العمومية ثبات السعر المحدد قبل التعاقد ، لأنه الأساس الذي دفع المتعامل المتعاقد إلى تقديم عرضه والحصول على الصفقة العمومية ، وهذه القاعدة تعرف بقاعدة " ثبات السعر " [432].

لا يسمح الواقع العملي بتطبيق هذه القاعدة على إطلاقها ، ذلك أن الصفقات العمومية تتعلق بعدة متغيرات متعددة المؤشرات ، ومن ذلك سمح المشرع بتطبيق استثناءات على هذه القاعدة ، وهي " قاعدة تحيين السعر " .

أولا :

قاعدة ثبات السعر وفقا لعتبة مالية

يعتمد المشرع على فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية تخضع لقانون الصفقات العمومية ، و هو من مساعي ترشيد النفقات العمومية ، فكلما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة العمومية أعباؤه ، ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تعلن للجمهور، وتخضع لأطر رقابية محددة ، لأن إجراءات ابرام الصفقات هي في حد ذاتها نوع من الرقابة

---

[431] _ نص المادة 12 فقرة 04 **من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام** ، السابق ذكره

[432] _ يعرّف السعر على أنه" **المقابل المالي لخدمة معينة ، فسعر الصفقة العمومية هو المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها مقابل الخدمات التي أنجزها** "

أكروم ميريام ، **السعر في الصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007_2008، ص 07.

الإدارية ، ذلك أن الصفقات العمومية تعتبر في حد ذاتها عقدا إداريا يتضمن إجراءات أكثر خصوصية [433] .

أما إذا كان المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطا ، فلا داعي لإرهاق جهة الإدارة وإجبارها على التعاقد، وفق قانون الصفقات العمومية عندما تريد مثلا شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ بسيطة .

لكن الحد المالي الأدنى يخضع للتغيير المستمر حسب أسباب اقتصادية ، كما يختلف تحديده من نوع إلى آخر من الصفقات ، حسب المعيار الموضوعي السابق شرحه ، وتعرف هذه القاعدة بقاعدة ثبات السعر.

يعتبر تحديد السعر من العمليات الأساسية عند ابرام العقود في القانون ، لكنه يحتل أهمية أكبر إذا تعلق الأمر بإبرام الصفقات العمومية ، حيث يمثل مبلغ التعاقد في الصفقة نفقة عمومية في عقد من عقود القانون العام يخضع لكيفيات إبرام خاصة ، وتتمتع المصلحة المتعاقدة (الإدارة العمومية صاحبة الصفقة العمومية) فيه لامتيازات خاصة تختلف عن مركز المتعاقدين في عقود القانون الخاص الذي يتساوى فيه الطرفين .

ومن بين هذه الامتيازات وضع سعر أولي للصفقة لا يخرج عن الحد الأدنى الذي فرضه المشرع (العتبة المالية محددة تشريعيا وتتميز بالتغير المستمر) [434]

وتتمثل هذه العتبات المالية في الآتي :

_ كل صفقة عمومية للأشغال أو اللوازم يساوي فيها المبلغ التقديري للحاجات العمومية 12.000.000دج أو يقل عنه لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية .

---

[433] _Jean Luc Bodron, et Françoise Robert , **marchés publics et économique sociale (la nouvelle législation , la technique et la pratique)** ,édition (Edi. Pro) , Belgique , 2006, p 17

[434] _ ويتم تحديدها في نص المادة **06 من مرسوم 10-236 معدل ومتمم بموجب مرسوم 12-23 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية** السابق وفق العتبات المالية الآتية :

" كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8 .000.000 أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دين4.000 .000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في هذا المرسوم ".

_ كل صفقة عمومية للدراسات أو الخدمات يساوي مبلغها التقديري 6.000.000دج لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية .[435]

نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية الحالي خرج عن القاعدة التي كان يحتفظ بها لمدة طويلة ، وأقرّ أن العقود الإدارية التي لا تتوفر على قاعدة الحد المالي الأدنى يمكن ان تتعلق بصفقات عمومية حسب السلطة التقديرية للإدارة العامة صاحبة المشروع ، وذلك مستنتج من عبارة " لا تقتضي وجوبا ابرام صفقة عمومية " ، ذلك يعني وبمفهوم المخالفة أن العملية اختيارية .

لكن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة في حالة ما اذا اختارت غير اجراءات الصفقة العمومية بإعداد اجراءات داخلية للإبرام تتعلق بالطلبات محل التعاقد ، تجري فيها اشهارا ملائما واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا لانتقاء أحسن عرض من ناحية المزايا الاقتصادية[436] .

وفي حالة ما اذا اختارت المصلحة المتعاقدة الابرام وفق الاجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية ، فإنها تكون ملزمة باستكمال الاجراء وفقا لهذا القانون ، طبقا لنص المادة 13 في فقرتها الثانية من قانون الصفقات العمومية الحالي .

ثانيا :

الاستثناءات الواردة على ثبات سعر الصفقة العمومية

يبرز الفقه الإداري قاعدة مفادها "**لا يعتبر استقرار السعر في العقود الإدارية وكقاعدة عامة جمودا مطلقا بل يجوز تعديل السعر الأصلي بإحدى الوسيلتين :**

01_ باتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها

---

[435] _ نص المادة 13 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره .

[436] **_ نص المادة 14 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره .**

02_أن يصدر قانون بتعديل الأسعار أو بتخويل أحد الطرفين المتعاقدين الحق في المطالبة بتعديل السعر المتفق عليه أصلا "[437].

واعتمد المشرع الجزائري على هذه القاعدة ، فسمح بتجاوز قاعدة ثبات السعر[438]، وذلك بالاعتماد على وسيلتين تتمثلان في ما يلي :

01_ تحيين السعر :

هو تحويل السعر الأولي الثابت إلى سعر جديد إذا مرت فترة تفوق آجال صلاحية العروض بين آخر أجل لإيداع العروض وتاريخ تقديم الأمر بالشروع في الخدمة ، كما يمكن تحيين السعر في حالة وجود ظروف اقتصادية تتطلب ذلك[439] ، على أن لا يتم التحيين إلا مرة واحدة قبل أي شروع في تنفيذ الخدمة العمومية محل الصفقة العمومية [440].

حرص المشرع على تخويل الوزير المكلف بالمالية دون غيره سلطة تحيين الحد الأدنى الواجب احترامه لعقد صفقة عمومية ، ذلك ما تأكد من خلال تعاقب مختلف القانونية [441].

حدّد قانون الصفقات العمومية الحالي شروطا لتحيين سعر الصفقة العمومية ، في حالة النص عليه في العقد [442]تتمثل في :

---

[437]_ د_ سليمان الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص 568.

[438]_ استنتج بعض الفقه الإداري أنّ سعر العقد الإداري لا يتعلّق بالنظام العام ، إذ يمكن الاتفاق على مخالفته ، غير أن ذلك يقيّد بحدود يقرّها القانون كي لا يفقد العقد صفته الإدارية ، فالسعر يحمي الطبيعة الإدارية للعقد . نعيم مغبغب ، **مرجع سابق ،** ص 366.

[439]_ هناك من ينتقد ذلك ويدافع على قاعدة ثبات السعر كون الظروف الاقتصادية دائمة التغيّر والتطوّر والمتعاقدين في الصفقة العمومية يتعاقدان على أساس احتمال حدوث ذلك في أي فترة ، وقد أحسن المشرع صنعا عندما قيد التحيين بفترة قبل البدء في التنفيذ ، ومع ذلك يجب تقييده بشرط عدم الإضرار بالمتعامل المتعاقد ، وفي هذه الحالة فان التحيين لا يكون موضوعا اتفاقيا للطرفين المتعاقدين

[440]_ أكروم ميريام **، مرجع سابق** ، ص 59

[441] _ رحمة شكلاط ، **مرجع سابق** ، ص 116

[442] _ **نص المادة 100 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، السابق ذكره.

_ يحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة المراجعة دون الجزء الثابت باستثناء الحالات المبرّرة ، حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة.

_ لا يمكن تطبيقه إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض ، وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية.

غير أنه يمكن السماح بالتحيين في حالة التأخر في التنفيذ إذا لم يتسبّب فيه المتعامل المتعاقد [443]، وتطبق هذه الحالة حتى على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

كما يمكن قبول تحيين اسعار الصفقات[444] التي يحدد مبلغها طبقا للشروط السابقة الذكر إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في التنفيذ أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد 03 أشهر ، وكذا في حالة ما إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك [445]، كما لا يمكن قبول تحيين الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط .

02_ مراجعة السعر :

---

[443] _ أكد القضاء الإداري على أن حالة التأخر في انجاز الصفقة لا تفقد حق المتعامل المتعاقد في حصوله على المبالغ المالية المتفق عليها ، لكن يمكن الاتفاق على خلاف ذلك في الصفقة وإدراج ذلك كبند من بنود الصفقة العمومية ، فيمكن أن يسقط حقه في المطالبة بالمقابل المالي في هذه الحالة، إذا كان هو المتسبب في التأخير .

القرار رقم 5854 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 01_04_ 2003 ، في قضية والي ولاية المدية ضد مقاولة (ط .ح)، حيث جاء في حيثياته ما يلي :

" حيث أنه من الثابت من ملف القضية أن المستأنف عليه قد ابرم صفقة مع المستأنف عليه لبناء مدرسة وأربعة منازل ن وهذه الصفقة قد تم إلغاؤها بموجب قرار من الوالي بعد أن أنجز المقاول الأشغال التي قدرها الخبير ، ومن حقه ان يطالب بقيمة ما أنجزه ، إذ لا يوجد بالملف أو في الصفقة بند أو بنود تنص على فقدان منجز المشروع لحقه في حالة التأخير "

[444] _ نصت **المادة 97 من نفس القانون** على مايلي :

" يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة ، وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة ، يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته ، وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ، ضمن الشروط المحدّدة في المواد 101 إلى 105 أدناه "

[445] _ **نص المادة 98 من قانون الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام السابق ذكره.**

كانت صفقات الأشغال العمومية النوع الأول من الصفقات الذي شجع على ظهور السعر القابل للتعديل نظرا لطول فترات انجازها ، وقابلية السعر للتغيير قاعدة تجد أساسها في **نظرية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري** .

تعرف المراجعة بأنها عملية تهدف إلى جعل سعر الصفقة العمومية النهائي والمتفق عليه عند إبرام العقد متماشيا مع الظروف الاقتصادية المتغيرة ، ومن ذلك تتحدد فترة مراجعة السعر من مرحلة البدء في التنفيذ إلى نهاية الصفقة العمومية[446] .

تتم المراجعة بواسطة صيغ حسابية مع مراعاة الأهمية المتعلقة بكل خدمة تتضمنها الصفقة العمومية والأرقام الاستدلالية الرسمية التي تعبر عن تطور الأسعار المتعلقة بها [447]، وتطبق بنود مراجعة الاسعار مرة واحد خلال ثلاثة أشهر ، ماعدا الحالات التي يتفق فيها بين الأطراف على تحديد فترة أطول [448].

---

[446] _ **"حيث لا يجوز إعادة تقييم أسعار الأشغال بعد انجازها وتسليمها لصاحبها " قرار رقم 1536 الصادر بتاريخ 24_12_2001 عن مجلس الدولة في قضية وزارة التربية الوطنية ومن معها ، ضد مؤسسة أشغال البناء والترصيص**

(حيث أنه وفي قضية الحال قامت المصلحة المتعاقدة بتعديل شروط العقد بمراجعة الأسعار المتفق عليها ، فقامت بتخفيضها بعد تسليم الأشغال لأنها ادعت بالإفراط في الأسعار المحددة في الفاتورة المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد)

[447] _ أكروم ميريام ، **مرجع سابق** ، ص 62، وقد نصت المادة 104 من قانون الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام السابق ذكره على هذه الأرقام الاستدلالية وهي :

_ أرقام الشهر الذي أعطي فيه أمر الخدمة بالشروع في الأشغال عندما يكون الأمر بالخدمة قد صدر بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار .

_أرقام الشهر الذي انتهت فيه صلاحية العرض عندما يكون أمر الخدمة بالشروع في الأشغال قد أعطي قبل انتهاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار .

[448] _ فالعبرة بالاتفاق على المراجعة ، وفي الحالة المعاكسة لا يجوز للمصلحة المتعاقدة الاحتجاج بعدم تناسب تكلفة الانجاز وسعر السوق عند المطالبة بالمقابل المالي .

قرار رقم 7541 الصادر بتاريخ 22_07_ 2003 عن مجلس الدولة ، في قضية مديرية السكن والتجهيزات العمومية لولاية بجاية ، ضد مؤسسة أشغال البناء والهياكل الحديدية ومن معها

ونشير في النهاية إلى وجود بعض الحالات التي لا يتم الاتفاق فيها على سعر معين للخدمة المطلوبة في الصفقة العمومية ، وهي حالات يجري فيها تطبيق قاعدة تعديل السعر [449]

مبحث ثاني :

سير الخصومة التحكيمية وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية اجراءات سير الخصومة التحكيمية تنظيما محكما ، فحدّد اتفاقيات التحكيم وقام بضبط اجراءات تحريك الخصومة التحكيمية والإشكالات التي يمكن أن يثيرها الموضوع ، كما منح للقاضي الاداري صلاحيات في تنظيم الخصومة التحكيمية ، ذلك ما يجعلنا نتساءل عن طبيعة وأثر هذا التدخل القضائي إذا ما كان يقضي على استقلالية التحكيم ، وكذا الضمانات التي نص عليها المشرع لحماية استقلالية الحكم التحكيمي .

تتلخص وقائع القضية في اتفاق على انجاز أشغال في إطار صفقة عمومية بين الطرفين المتعاقدين المذكورين ، وتم هذا الاتفاق على أساس فاتورة ، فتم الانجاز وجاءت تكلفته مطابقة لتلك الفاتورة ، لكن المصلحة المتعاقدة تأخرت في دفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد لسنين ، فتم اللجوء إلى القضاء الذي حكم لصالح المتعامل المتعاقد بحقه في المقابل المالي ،رغم أن المصلحة المتعاقدة دفعت بعدم تطابقه مع سعر السوق.

فجاء قرار القاضي كالآتي :

" **حيث أن الأشغال موضوع النزاع معترف بها ، وقيمتها كانت مقبولة منذ تبليغ المقايسة التي اعتمدت على بيان مفصل بالأعمال التي طلب القيام بها مقرونة بثمن كلفاها ، وكانت الفاتورة مطابقة لها ، وعليه لا يمكن الرجوع إلى جدال يتمحور حول عدم وجود علاقة الأسعار بما هو معمول به على مستوى السوق**

[449] _ تتمثل هذه الحالات فيما يلي :

_ طلب الإدارة توريد سلع معينة بأمر مباشر على أن يقدم المتعامل المتعاقد فاتورة الحساب فيما بعد .

_ أن تأمر الإدارة المتعامل المتعاقد بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه .

_ حالة سكوت المتعامل المتعاقد عن تحديد سعر صنف من البضائع الموردة للإدارة ضمن قائمة، ويتم ذلك في صفقات توريد الأصناف ".

_ حالة الاعمال الزائدة التي يقوم بها المتعامل المتعاقد دون أن تطلب منه الإدارة .

سنحاول توضيح مسألة مدى تأثّر الحكم التحكيمي بإخضاع الخصومة التحكيمية لنفس الاوضاع المقررة للخصومة القضائية على حد تعبير المشرع ، إذ قام بإخضاعها لنفس الاوضاع كالحم القضائي وأفردها من جهة أخرى بإجراءات يتدخل القاضي الاداري فيها .

للإجابة على كل هذه التساؤلات اقترحنا التقسيم الآتي :

سنتعرض إلى اتفاقيات التحكيم ، والصور التي يمكن أن تتّخذها ، من خلال المطلب الأول

بالإضافة إلى موضوع مدى تدخل القضاء في سير الخصومة التحكيمية ، من خلال المطلب الثاني

مطلب أول :

اتفاقيات التحكيم

قام المشرع الجزائري بتحديد صورتين تجرى وفقا لهما الخصومة التحكيمية، وهما شرط التحكيم واتفاق التحكيم ، وقام بإدراجهما ضمن اتفاقيات التحكيم .

وفرق بينهما على غرار ما هو منصوص عليه في التشريعات المقارنة، إلى اتفاقيات سابقة عن النزاع ، واتفاقيات مزامنة لظهور النزاع على الرغم من اختلاف تسمياتها في التشريعات المقارنة، التي لم تعترف باتفاق التحكيم كصورة ثانية لاتفاقيات التحكيم كونه لا يفيد معناه ، وتنقسم اتفاقيات التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى :

شرط التحكيم ،وسنتناوله من خلال الفرع الأول من هذا المطلب

اتفاق التحكيم ،وهو ما سنتناوله من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب

فرع أول :

شرط التحكيم

عرّفه المشرع الجزائري على أنه:

الاتفاق الذي يلتزم فيه كل طرف متعاقد في عقد اداري يتعلق بحقوق متاحة قانونا بعرض النزاعات التي يمكن أن تثار في المستقبل فيما يتعلق بهذا العقد على التحكيم" [450].

ومن خلال ذلك نستنتج خصائص شرط التحكيم :

_ يتميز بكونه ذو طبيعة اتفاقية يجريه طرفي النزاع أي أن موافقة كل طرف شرط جوهري و إلا لا يقوم شرط التحكيم من حيث الأصل على الاطلاق.

_أن يدرج شرط التحكيم كبند من بنود العقد الاداري محل النزاع (وهنا يشير المشرع الى شرط الكتابة فهو اتفاق عقدي مكتوب " **اتفاق في عقد متصل بحقوق متاحة** " مثلما جاءت صياغة النص القانوني.

_أن ينصب شرط التحكيم على مجموعة النزاعات التي ستثار في المستقبل ، أو كل ما يمكن أن يثار من نزاعات بشأن العقد الاداري محل الاتفاق و يعرض على هيئة التحكيم ، **أي أنه يتعلق بالنزاعات اللاحقة للإبرام، وبمفهوم المخالفة يعتبر شرط التحكيم اتفاقا سابق عن نشوء النزاع.**

_ أن لا يخرج عن حدود المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أي أنه يتعلق بالحقوق المتاحة فقط .

نستنتج في النهاية أن شرط التحكيم هو اتفاق سابق عن نشوء النزاع يدرج في العقد ، وهو بذلك لا يحدد **مجموعة النزاعات التي ستثار أمام هيئة التحكيم بل يشمل كل النزاعات.**

ويثار هنا تساؤل مفاده ،**هل يمكن للأطراف تحديد مجموعة أو فئة من النزاعات دون الأخرى لعرضها على هيئة التحكيم ؟ ، وما هو توجه المشرع الجزائري فيما يتعلق بهذه المسالة أمام عدم وضوح نص المادة 1007** من قانون الإجراءات المدنية الإدارية ؟،حيث جاء فيها:" ..... **لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ....**".

---

[450] نص **المادة 1007 من قانون رقم 09_08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية**، السابق ذكره **" شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم "**

ويقصد بها هنا النزاعات التي سبق الاتفاق على ادراجها ضمن شرط التحكيم ، فيمكن للأطراف مثلا تحديد طبيعة النزاعات التي ستثار أمام هيئة التحكيم " **كالنزاعات المتعلقة بالمقابل المالي ، أو النزاعات المتعلقة بكيفية تسليم الأعمال محل الصفقة ...الخ.**

لم يمنع المشرع الجزائري الطرفين المتعاقدين من تحديد نزاعات معينة تخضع للتحكيم اللاحق حسب وجهة نظرنا ، وذلك استنتاج قمنا باستخلاصه من عموم نص المادة القانونية ، فإذا لم يكن هناك تحديد فإن ذلك يعني شمول جميع النزاعات المحتمل حدوثها في المستقبل لشرط التحكيم ، وفي حالة عدم تنازع الأطراف على ذلك ، نعود إلى الاتفاق العقدي الذي يفيد صيغة العموم ، و مادام الأطراف لم يحصروا النزاعات في شرط التحكيم ، فإنهم ملزمون بقبول تحكيم كل النزاعات المستقبلية.

يعتبر الاتفاق العقدي المدرج كبند في العقد الاداري المتعلق بالنزاع أكثر المسائل المهمة في هذه النقطة ، **فيدرج في العقد بحد ذاته كبند من بنوده ، بهدف تهيئة وسيلة لحل النزاع العقدي المستقبلي.**

يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاداري الأخرى ، فلا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، كون هيئة التحكيم هي التي تتمتع بصلاحية تسوية مثل هذه النزاعات التي تتعلق بالعقد ، ويشترط لتطبيق هذه الحالة صحة شرط التحكيم المدرج في العقد بحد ذاته [451].

يعتبر شرط التحكيم إذن بندا او شرطا من شروط العقد الاداري الاخرى، لكنه ومن جانب آخر يستقل بذاته عن هذه الشروط المكونة للعقد ، مما يجعله ذو طبيعة مزدوجة ، لكنه يتأثر بالعقد في حالة فسخه أو ابطاله في حالة وحيدة تتمثل في حالة عدم صحة شروطه ، وفي حالة صحته يزول هذا التأثير ، وفي الأخير نذكر أن حالات انهاء العقد الاداري أو فسخه يمكن أن

---

[451] _ د_ ماجد الحلو راغب ، **القانون الاداري (ذاتية القانون الاداري ن المركزية واللامركزية ، الأموال العامة ، الموظف العام ن المرافق العامة ، الضبط الاداري ، السلطة التقديرية ، التنفيذ المباشر ، نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ، التحكيم الاداري ، الحجز الاداري)** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 443

يشكل اطارا موضوعيا لنزاع اداري يحل عن طريق التحكيم ، الذي يستمد اختصاصه للنظر في النزاع من شرط التحكيم بحد ذاته .

فرع ثاني :

اتفاق التحكيم

سنتناول من خلال هذا الفرع عنصرين يتمثل الاول في تحديد مفهوم اتفاق التحكيم و حصر شروطه (أولا)،أما الثاني فيتمثل في إثارة مسألة مهمة كرسها المشرع تتمثل في اشكالية تزامن اتفاق التحكيم بالخصومة القضائية (ثانيا).

أولا :

مفهوم اتفاق التحكيم وشروطه

يعرف اتفاق التحكيم وفقا للخصائص الآتية :

_ هو اتفاق لاحق لنشوء النزاع العقدي.

_ يعتبر اتفاقا مستقلا عن العقد الاداري فلا يدرج ضمن شروطه.

_ تشترط فيه الكتابة .

_ عدم التزام الاطراف بتحديد أجل لإنهاء النزاع في هذا الاتفاق ، لذلك يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا حتى عند عدم تحديد الأجل ، وفي هذه الحالة حدد المشرع أجلا للفصل في النزاع ، وهو أجل أربعة أشهر تسري من تاريخ تعيين المحكمين ، أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم ، لا من تاريخ الاتفاق على عرض النزاع العقدي على هيئة التحكيم[452].

---

[452] _ حسب **نص المادة 1018 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره** التي تنص على ما يلي :

"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه ، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر ابدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم .

ما يمكن ملاحظته كذلك أن المشرع الجزائري سمح للأطراف المتعاقدة الاتفاق على اللجوء الى هيئة التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام القاضي الاداري [453].

فنلاحظ هنا تداخلا واضحا بين كل من الخصومة القضائية والخصومة التحكيمية ، لكن ذلك يطرح نوعا من الغموض في حالة ما إذا فصل المحكّم في موضوع النزاع قبل القاضي ، هل يتوقف القاضي عن نظر الدعوى وتوقف الخصومة القضائية ؟ ، أم أنه يستمر في نظر النزاع باعتباره الأصل والتحكيم استثناء ؟ .

وفي هذه الحالة هل ينتظر الأطراف الى حين فصل القاضي لتنفيذ حكم التحكيم أم ينفذون مع تجاهل حكم القاضي اللاحق أو المستقبلي ، وماذا يحدث اذا فصل كل من القاضي والمحكم

غير أنه يمكن الاتفاق على تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه ، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم ، وفي غياب ذلك ، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة .

لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف "

لمزيد من التفاصيل حول تعريف اتفاق التحكيم أنظر :

Thomas Clay ,**Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges** ,année 186 N° 44/7449 , 23/12/2010, Dalloz ,Paris , p 2934

[453] _ يسري اتفاق التحكيم على مجموعة من المبادئ الحديثة اعتمدتها بعض التشريعات نذكر منها :

_ **مبدأ الاختصاص بالاختصاص** : وهو الذي يمنح لهيئة التحكيم وحدها صلاحية ما يثور من نزاعات حول اختصاصها وكل الطلبات المعروضة عليها ، ويدخل في سلطتها البحث في صحة الاتفاق التحكيمي كذلك ، اذا أُثيرت أحد أسباب بطلانه ، وإن كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، كان لها البحث في مدى تعلق المخالفة بالنظام العام ، وأثرها على صحة الاتفاق ، وفي هذه الحالة لا تكون هناك أي جدوى من وقف الإجراءات وإحالة الامر (النزاع على القاضي للفصل فيه).

لمزيد من التفاصيل حوا هذه المسألة أنظر :

د_ أحمد محمد الهواري ، **موقف التشريعات العربية من الاتجاهات الحديثة في التحكيم (مع التركيز على موقف قانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات ومشروع القانون الاتحادي للتحكيم)،" وسيلة تدابير حديثة قبل تدخل القاضي "،المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)**، مرجع سابق ، ص 625.

وفقا لحكمين متناقضين ؟ ، فما هو الحكم الذي ينفذ في هذه الحالة؟، هذا ما سنحاول الإجابة عنه في العنصر اللاحق من هذه الدراسة .

ثانيا :

اشكالية تزامن اتفاق التحكيم بالخصومة القضائية

لم يمنع المشرع الأطراف من اللجوء الى القضاء حتى بعد الاتفاق على التحكيم ، وذلك أثار عدة تساؤلات سنحاول الاجابة عليها .

اعترف المشرع للحكم التحكيمي بالطابع شبه القضائي ، وفي هذه الحالة كان من باب أولى حتى لا نقول من المفروض على المشرع ، أن يرسي قاعدة " اللجوء الى أحد الطريقين يمنع من اللجوء الى الطريق الآخر" ، حتى يتفادى أي احتمال لصدور أحكام متناقضة تتمتع بنفس القوة الالزامية بغض النظر عن الجهة الصادرة عنها ، فان تمّ تحريك النزاع العقدي أمام القاضي الاداري المختص يمتنع الأطراف أو أحدهم من طرح مسألة تشكيل هيئة تحكيم لتتولى الفصل في نفس النزاع والعكس صحيح ، غير أنه يمكن للطرفين الاختيار بين أحد الطريقين.

وبالرجوع الى فكرة الآجال نلاحظ أن المشرع سمح بتمديد أجل الأربعة أشهر للفصل في النزاع العقدي من طرف المحكم وذلك وفقا للطرق الآتية :

_ اتفاق الأطراف .

_ وفقا لنظام التحكيم في حالة عدم حصول اتفاق .

_ من طرف رئيس المحكمة المختصة في غياب نظام التحكيم .

وخلال هذا الاجل لا يجوز عزل المحكمين إلا باتفاق جميع الاطراف .

نرى نحن أن هذا النص القانوني يُرسي الطابع الاتفاقي لا القضائي على التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاع ، كونه يولي اهتماما بالإرادة الاتفاقية لأطراف النزاع لتحديد أجل آخر لتسوية النزاع .

وإذا طرحت فكرة الآجال أمام القاضي الاداري وهيئة التحكيم (من الناحية العامة كون النزاعات العقدية أمام القاضي الاداري لا تتقيد بشرط الميعاد ، بل تعتبر الآجال فيها مفتوحة تسقط بسقوط الحقوق المطالب بها عن طريق التقادم).

سنقوم بمقارنة الطبيعة القانونية للآجال بين كل من الخصومة القضائية والخصومة التحكيمية ،وفقا للتدرج الآتي :

_ تعتبر الآجال أمام القاضي الاداري من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وفي حالة مخالفتها تتحصن المسائل محل النزاع من الطعن القضائي[454] ، أما اذا قمنا بمقارنة آجال رفع الدعوى الادارية العقدية وآجال تحريك النزاع العقدي أمام هيئة التحكيم نلاحظ مايلي :

أولا : القاضي الاداري غير مقيد بأجل محدد لتسوية النزاع العقدي ، بل له كامل الحرية لاتخاذ القرار المناسب دون أجل ، وفي المقابل يقيد الاطراف المتنازعة بآجال محددة من النظام العام يترتب على مخالفتها سقوط الحق في الطعن القضائي ، وتحصن النزاعات من الدعاوى الادارية ، وذلك في دعاوى الالغاء بتطبيق أجل الأربعة اشهر .

لكن هذه المسالة تطرح بصفة مخففة إذا تعلق الأمر بقاضي العقد الإداري، كونه غير مقيد بأجل محدد للفصل في النزاع الاداري ، وهو في ذلك مثله مثل قاضي الدعاوى الادارية الأخرى ، لكن الاطراف المتنازعة تتمتع بامتياز الأجل المفتوح لتحريك الدعاوى الادارية ، وذلك على الرغم من ارتباطها بتقادم الحقوق لسقوط الحق في رفعها وهو أمر ضروري لتفادي أبدية الدعاوى .

وفي المقابل نرى تطبيق قاعدة معاكسة إذا تعلق الأمر بتسوية النزاع العقدي أمام هيئة التحكيم ، كون المحكم مقيد بأجل أربعة أشهر للفصل في النزاع من حيث المبدأ ما لم يتفق الاطراف على أجل آخر ، و في حالة عدم الاتفاق يتقيد المحكم بهذا الأجل متى لم يحدد نظام التحكيم أجلا ، وفي حالة عدم وجود نظام تحكيمي ما لم يحدد قاضي المحكمة المختصة أجلا آخرا .

[454] _ حسب المواد 829-830-832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكره .

فمن حيث المبدأ هيئة التحكيم مقيدة بآجال تحدد وفقا لعدة طرق مع أولوية اتفاق الأطراف للفصل في النزاع ، وفي المقابل نلاحظ وخلافا للتنازع أمام القاضي الاداري أن أطراف النزاع غير مقيدين بآجال محددة لتحريك النزاع أمام هيئة التحكيم .

مطلب ثاني:

تدخل القضاء في سير الخصومة التحكيمية

نظّم المشرع سير الخصومة التحكيمية في قانون الاجراءات المدنية والادارية من بدايتها إلى نهايتها بمجموعة من الإجراءات الخاصة بالتحكيم تتعلق بكيفية تولي هيئة التحكيم المهمة التحكيمية ، وهي اتفاقيات التحكيم التي تعتبر الاجراءات الخاصة .

وعلى العموم نتساءل ، هل تخضع الخصومة التحكيمية لنفس القواعد العامة التي تخضع لها الخصومة القضائية؟ ، وهل صرّح المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية بذلك مباشرة ؟أم أنه أخضعها للقواعد العامة ولنفس الاشكال و الاجراءات المقررة أمام القضاء؟ ، ومن هنا نتساءل هل خصها بإجراءات خاصة تطبع الطابع الاتفاقي للتحكيم ؟ ، وهل يعتبر ذلك معيار لاستقلاليتها عن القضاء؟ ، وهل يعتبر اخضاعها للقواعد العامة في باقي الاجراءات المتبعة معيار تبعية ؟

للإجابة على هذه الاشكاليات نقترح التقسيم الآتي :

في فرع أول ، سنتناول تدخل القاضي الاداري للمساعدة

في فرع ثاني سنتعرض إلى تدخل القاضي الاداري للرقابة

فرع أول :

تدخل القاضي الاداري للمساعدة

لا يعتبر ومن حيث المبدأ اخضاع الخصومة التحكيمية لنفس الأوضاع المقررة في القضاء من عناصر التبعية ، كون المشرع أخضعها للقواعد العامة أي الاجراءات المتبعة في الخصومات فالقاضي هنا لا يتدخل .

أثار بعض الفقه فيما يتعلق بهذه المسألة أنه توجد قاعدة مفادها " **المحاكمة التحكيمية مستقلة عن القضاء والاستثناء هو تدخل القضاء** " ، ومن ذلك فإن أطراف الخصومة التحكيمية هم من يملكون لوحدهم صلاحية تحديد مجال هذا التدخل[455].

نرى نحن في هذه المسألة أن مثل هذه القاعدة لا تصلح للتطبيق في مجال التحكيم الداخلي ، كون القانون هو الذي يحدد مجال التدخل ، أما في التحكيم الدولي فالتدخل وفقا لهذه الصورة أمر ممكن التطبيق .

وتوجد مواطن أخرى يتدخل فيها القضاء في الخصومة التحكيمية ، **وعلى العموم تقسم إلى قسمين عند نشأة الخصومة** وهي:

تدخله للمساعدة في حال صعوبة تشكيل الهيئة .

تدخل القاضي للرقابة .

بالإضافة **إلى تدخل القاضي الاداري بقصد المساعدة** ، وفي هذه الحالة يتخذ تدخّله عدة صور تناولها المشرع الجزائري تتمثل في :

_صعوبة تشكيل محكمة التحكيم فيتدخل للمساعدة في تشكيلها.

_حالة بطلان شرط التحكيم لأحد الأسباب القانونية .

_حالة رفض المحكم القيام بالمهام المسندة اليه .

وسنتعرض الى كل حالة مع التفصيل والتحليل وفقا للتقسيم الآتي :

---

[455] _ د_ عبد الحميد الأحدب ، **إجراءات التحكيم ، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)**، مرجع سابق ، ص 435.

أولا :

صعوبة تشكيل محكمة التحكيم

يُعدّ تدخل القاضي الاداري في هذه الحالة صورة من صور المساعدة القضائية ، كونه لا يتدخل لرقابة اجراءات تشكيل محكمة التحكيم، إذا ما كانت صحيحة أم باطلة.

تتمثل وسائل تدخل القاضي الإداري بقصد المساعدة في اتخاذ مجموعة من التدابير المساعدة ، فيمكن أن تعترض تشكيل محكمة التحكيم بعض الصعوبات تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول : يكون بفعل الأطراف

يتمثل في إمكانية ظهور بعض الصعوبات حتى بعد حصول اتفاق الأطراف المتنازعة على تحكيم نزاعاتهما ، وصحة اتفاقهما على اللجوء إلى التحكيم ، سواء تعلق الأمر بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم ، فيمكن لأحد الاطراف أن يتراجع عن أحد الشروط التي سبق الاتفاق عليها ويعارضها.

النوع الثاني : بمناسبة تشكيل هيئة التحكيم

يتمثل دور القاضي الإداري المساعد في هذه الحالة في تعيين المحكم أو المحكمين ، وذلك عندما تظهر صعوبات في تعيينهم عند تشكيل هيئة التحكيم ، والقاضي الذي ينعقد له هذا الاختصاص هو رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو تنفيذه .

ثانيا :

بطلان شرط التحكيم

وهي حالة تُثبت بإثبات البطلان ،وتتمثل هذه الحالة في حالة عدم كفاية شرط التحكيم لتشكيل محكمة التحكيم ، ويكون شرط التحكيم في هذه الحالة باطلا لتخلّف أحد الأركان الأساسية لقيامه.

وتتمثل حالات البطلان في ما يلي :

حالات تتعلق باتفاق التحكيم :

تتمثل في **حالتين** هما :

01_ حالة عدم تضمّن اتفاق التحكيم أحد الشروط الأساسية التي اشترطها المشرع ، وتشمل حالتين هما:

_عدم ذكر المحكمين بأسمائهم.

_ عدم ذكر كيفية تعيينهم.

02_ حالة عدم تحديد موضوع النزاع

حالات تتعلق بشرط التحكيم:

تتمثل هذه الحالات في حالتين هما :

_ الكتابة في الوثيقة الأصلية (العقد) أو وثيقة تسند اليها.

_ تعيين المحكم أو المحكمين أو طريقة تعيينهم.

ثالثا :

رفض المحكّم القيام بالمهام المسندة اليه

تختلف هذه الحالة عن **حالة عدم أداء المحكّم لمهمته**[456]، كون هذا المصطلح الأخير يفتح المجال لعدة تفسيرات وهي كلها أسباب قانونية ، فهناك فرق بين الرفض ، وعدم القدرة على اداء المهام مهما كانت الاسباب التي لا يمكن توقع حدوثها ، بشرط عدم التحايل .

وتتمثل حالات عدم القيام بالمهمة التحكيمية في مجموعة من الاسباب القانونية التي تتمثل فيما يلي :

[456] _ نصت عليها **نص المادة 1012 فقرة 03 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية** ، السابق ذكره كما يلي :

"إذا رفض المحكم القيام بالمهمة المسندة اليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة "

_ عدم أداء المهام بسبب الحجر على المحكم، وهو سبب قانوني يترتب عنه حرمانه من مباشرة حقوقه المدنية في حالة الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلّة بالشرف[457].

_حالة شهر افلاسه .

_حالة الامتناع الكلي عن أداء المهمة التحكيمية.

_حالة الامتناع الجزئي (أداء المهمة التحكيمية بشكل متقطع).

بمقارنة هاتين الحالتين ، يتبيّن لنا أن المشرع يشير ، أو يتجّه في تفسير المادة إلى حالة الامتناع الكلي ، أي حالة التوقف الارادي عن طريق الرفض (ويعتبر هذا الاستنتاج تفسيرنا الخاص لنص المادة).

ما يؤخذ على هذه المادة من وجهة نظرنا أنها جاءت غامضة نوعا ما ،وذلك للأسباب الآتية :

يعتبر اتفاق الأطراف المتنازعة الأساس القانوني لاتفاق التحكيم ، بالإضافة إلى اجازة المشرع الاتفاق على إحالة النزاع على التحكيم دون القضاء، مما يشكل تعديلا في قواعد الاختصاص ، لكنه و في حالة رفض المحكم القيام بمهامه نتساءل ، لماذا يتدخل القاضي لاستبداله كون الارادة الاتفاقية للأطراف هي الأصل ؟ ، أليس من المفروض أن يحال الأمر للأطراف ليتفقوا على استبداله كون المحكم بمجرد رفضه يضر بمصالح الطرفين؟.

نرى حسب وجهة نظرنا أن المشرع الجزائري أشار إلى حالة رفض المحكم القيام بمهامه مع وجود عدم اتفاق بين طرفي النزاع على استبداله أو عزله ، أي تواجد تنازع حول الأمر ، وذلك هو التفسير المنطقي حسب وجهة نظرنا ، فلو اتفق الأطراف على استبداله فلماذا يتدخل القاضي ؟

[457] _ د_ خالد عبد العظيم أبو غابة ، **التحكيم وأثره في فض المنازعات** ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2011، ص 67

يوجد احتمال ثاني وهو تدخل القاضي لإتمام الاجراءات الشكلية للاستبدال (أمر من طرف رئيس المحكمة الإدارية المختصة) ، حيث يتدخل القاضي هنا للمساعدة على اتمام الشكليات الاجرائية اللاحقة لاتفاق الأطراف المتعاقدة المتنازعة على تحكيم نزاعاتها.

فرع ثاني :

تدخل القاضي الإداري للرقابة

توجد عدة حالات يتدخل فيها القاضي الاداري للرقابة على اجراءات التحكيم ، وهو ما يثير فكرة **تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التي تعتبر _ من هذه الناحية _من الطرق البديلة لتسوية النزاعات تحت اشراف القاضي الذي له صلاحية الرقابة اللاحقة .**

لا يشبه التحكيم في هذه الحالة الصلح الذي يجريه القاضي ، كونه كذلك من بين الطرق البديلة تحت اشراف القاضي ،لأن الصلح القضائي من حيث الأصل يجريه القاضي بصفته مصالحا لا بصفته قاضي النزاع ، فان لم يتوصل إلى الحل يحرر محضرا بعدم الصلح ، ويسترجع صفة القاضي للنظر في النزاع وفقا لصلاحياته القضائية .

لن نثير جميع الحالات التي يتدخل فيها القاضي الاداري للرقابة ، بل ارتأينا التقيد بالنص القانوني وكيفية تناول المشرع الجزائري لإجراءات التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، حيث تناول اجراءات رد المحكم تحت اشراف القاضي كوسيلة لإعمال الرقابة القضائية على اجراءات التحكيم ، وسنتناول باقي الحالات والصور في المبحث الأخير من هذه الدراسة .

تحدد اجراءات رد المحكم في حالة ثبوت عدم استقلاليته ، أو حيدته عن أحد طرفي النزاع ، وتجري العادة على أن يلزم المحكم بملء استمارة بيانات يقرّ فيها باستقلاله عن الخصم الذي عيّنه ليثبت حياده عند النظر في النزاع ، بالإضافة إلى الافصاح عن نيته في قبول القيام بمهمته التحكيمية بصفة مباشرة وصريحة لا بصفة ضمنية ، و بذلك يلتزم بأن يكون بعيدا عن

أيّة ظروف من شأنها اثارة شكوك حول استقلاليته وحياده ، وفي حالة العكس تدخل المشرع ومنح حرية للأطراف في طلب رده[458].

و لإجراءات رد المحكم حالتين تتمثلان فيما يلي :

الحالة الأولى : رد المحكم بإقرار منه أو بناء على طلبه

الحالة الثانية : رد المحكم بطلب من أطراف النزاع

أولا :

ردّ المحكم بإقرار منه

يمكن أن تستجد ظروف تُدخل المحكّم في النزاع وتحول دون استقلاليته ، وفي هذه الحالة يُعلم المحكم الأطراف بذلك ، كونهم يملكون الحق في معرفة الأمر لأنهم الموكّلون الشرعيون للمحكّم مهمته التحكيمية ، فمنهم يستمد اختصاصه بالفصل في النزاع .

نص المشرع في هذه الحالة على إلزام المحكّم بإعلام الأطراف في هذه الحالة ، وذلك حتى لو كان بإمكانه الحكم مع ضمان استقلاليته وكان هو مقتنعا بذلك[459] .

وفي هذه الحالة يتبع الاجراءات الآتية :

_اعلام الطرفين بتوافر حالة من حالات الرد

_التوقف عن القيام بمهمة التحكيم

_انتظار اجازة صريحة لاحقة من الأطراف لاستكمال اجراءات الحكم التحكيمي

---

[458] _ **نص المادة 1015 فقرة 01 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية** السابق ذكره ، التي تنص على ما يلي:

"لا يعدّ تشكيل محكمة التحكيم صحيحا ،إلا إذا قبل المحكّم أو المحكّمون المهمة المسندة إليهم "

[459] _ **نص المادة1015 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** السابق ذكره التي تنص على ما يلي :

" إذا علم المحكّم أنه قابل للردّ، يخبر الأطراف بذلك ، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم "

ثانيا:

رد المحكم بناء على طلب أحد أطراف النزاع

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة صراحة ، بل حدّد فقط حالات الرد التي تصل إلى علم الأطراف المتفقة على التحكيم ، دون علم المحكم بها حقا ، أو تعمده التستّر عليها حتى يتمكن من اتمام اجراءات التحكيم (مهمته التحكيمية) ، فيمكن الأطراف في هذه الحالة ردّ المحكّم ، والأمر هنا جوازي لا إلزامي حسب رأي المشرع .

ويتم رد المحكم في هذه الحالات بإتباع المراحل الاجرائية الآتية :

_ثبوت توافر احدى حالات الرد المنصوص عليها قانونا [460].

_ توافر احدى حالات الرد سواء كانت قائمة قبل تشكيل هيئة التحكيم ولم يعلم بها الأطراف ، أو طرأت بعد ذلك ووصلت الى علم الأطراف المتفقة على تحكيم النزاع ، لكن المشرع يشترط العلم بسبب الرد بعد التعيين [461].

_ تبليغ المحكم بذلك ليتخلى عن المهمة التحكيمية تلقائيا وذلك باتفاق الأطراف حتى هذه المرحلة.

_تبليغ محكمة التحكيم والأطراف الأخرى[462].

---

[460] _ **حدد المشرع الجزائري حالات الرد فقط في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** السابق ذكره ، وتتمثل في الآتية التي يجوز فيها الردّ :

01 _ عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها من قبل الأطراف .

02_ وجود سبب رد موافق عليه في نظام التحكيم المنصوص عليه واتفق عليه الأطراف .

03 _ إذا تبيّن من الظروف شبهة مشروعة في استقلالية المحكّم لا سيما بسبب وجود مصلحة ، أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .

[461] _ نص **المادة 1016 فقرة 02 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية** السابق الذكر التي نص على ما يلي :

"لا يجوز طلب ردّ المحكّم من الطرف الذي كان قد عيّنه، أو شارك في تعيينه ، إلا لسبب علم به بعد التعيين "

[462] _ حسب نص **المادة _1016 فقرة 03 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية** السابق ذكره .

ويتم تنظيم هذه الاجراءات في نظام التحكيم الخاص بالعقد الاداري محل النزاع .

وفي حالة التنازع أو عدم قبول المحكم التنحي يتدخل القاضي للرقابة بعد تحريك دعوى استعجالية ويفصل في النزاع بناء على أمر[463].

مبحث ثالث :

آثار الخصومة التحكيمية "الحكم التحكيمي"

يعتبر" الحكم التحكيمي " أهم آثار الخصومة التحكيمية وهو نتيجتها الضرورية ، واذا رجعنا لما سبق مناقشته في العنصر السابق ،توصلنا إلى أنّ الخصومة التحكيمية تخضع للقواعد العامة مثلها مثل الخصومة القضائية ، وذلك بغض النظر عن الاجراءات التحكيمية الخاصة ، وهي النتيجة الأولى التي تؤسس لخاصية يتميّز بها الحكم التحكيمي .

كما يتميّز الحكم التحكيمي بمجموعة من الاجراءات والشكليات العامة والخاصة ، ومن هنا نتساءل عن الطبيعة القانونية لهذا الحكم ، هل يمكن أن تطبعه نفس الخصائص التي يتميز بها الحكم القضائي بصفة مطلقة ؟ وهل من الضروري أن يتميز بجميع خصائص الحكم القضائي لكي يتميز بالطابع الإلزامي ؟ ، أم أن إغفال بعض الخصائص لا يؤثر على ذلك ؟ ، وهل يتأثر ذلك باكتسابه بعض الخصائص الخاصة على خلاف الحكم القضائي ؟

يمكن لنا أن نثير نوعا آخر من التساؤلات التي تتعلق بتدخل القاضي ، فهل يمكن أن يستمر تدخل القاضي الإداري حتى هذه المرحلة من الخصومة التحكيمية ؟ وان كان هذا التدخل مستمرا فكيف يمكن تصنيفه ، هل هو تدخل للمساعدة أم تدخل للرقابة ؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات نقترح التقسيم الآتي :

---

[463] **_ يتمّ اللجوء إلى الدعوى الاستعجالية هنا بهدف اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية خشية فوات الأوان أو ضياع الفرص ، وهذه المسألة من شأنها أن تجعل هذه الحالة من بين حالات تدخل القاضي الاداري للمساعدة وليس للرقابة حسب وجهة نظرنا ، وذلك الى حين تسوية الأمر بناء على اتفاق الأطراف ، كونه يحل محل الدعوى الموضوعية التي تنظر في الموضوع في حالة الدعوى الاستعجالية العادية** ، أنظر **نص المادة 1016_04 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره.**

الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي ، من خلال المطلب الأول

الإشراف القضائي على الحكم التحكيمي، من خلال المطلب الثاني

مطلب أول :

الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي

سنقوم من خلال هذا المطلب بتحديد خصائص الحكم التحكيمي ، هل يتمتع بنفس خصائص الحكم الموضوعي الفاصل في النزاع ؟ فإن كان كذلك فقد حقق الهدف من كون التحكيم طريقا بديلا عن القضاء ، كما نتساءل عن القوة الالزامية التي يتمتع بها في مواجهة الاطراف المتنازعة ، وفي مواجهة الغير ، فهل يتمتع بنفس الالزامية التي يتمتع بها الحكم القضائي ؟ ، للإجابة على كل هذه التساؤلات نقترح التفريع الآتي :

خصائص الحكم التحكيمي ، من خلال الفرع الأول

القوة الالزامية للحكم التحكيمي، من خلال الفرع الثاني

سنقوم هنا بدراسة مقارنة تثير اشكالية مدى اعتبار الحكم التحكيمي من قبيل الأحكام القضائية

فرع أول :

خصائص الحكم التحكيمي

يعتبر أهم أثر قانوني ينتج عن تحريك الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم وتحيط به بعض المبادئ الأساسية ، حيث **أنه يكون نتيجة لخصومة تحكيمية تطبق عليها نفس الأوضاع والآجال المقررة أمام الجهات القضائية** ، وهو ما سنتناوله من خلال العنصر الاول ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، لكن ذلك لم يمنع المشرع من **إقرار اخضاعه لبعض القواعد الخاصة** ، وهو ما سنتناوله في العنصر الثاني، ومع ذلك اتخذ نفس شكليات الحكم القضائي ، وهو ما سنتناوله من خلال العنصر الثالث من هذا الفرع ، وذلك من خلال التقسيم الآتي :

أولا :تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية

ثانيا : اتخاذ اجراءات وأوضاع خاصة مكملة

ثالثا : اتخاذ نفس شكليات الحكم القضائي

أولا :

تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية

نص المشرع على أن الأصل خضوع الخصومة التحكيمية للأوضاع والإجراءات التي يتفق عليها أطراف النزاع ، فقام بإخضاع الخصومة التحكيمية من الناحية الإجرائية لاتفاق الاطراف ، الذي يعتبر من أهم الأسس التي يبنى عليها التحكيم ،وفي حالة غياب الاتفاق يتم اخضاع الخصومة التحكيمية لنفس الاوضاع والإجراءات المقررة أمام الجهات القضائية .

فالأصل اتفاق الأطراف المتنازعة ، وذلك ما نص عليه المشرع بصفة صريحة من خلال نص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن خلال ما سبق يمكن لنا استنتاج الملاحظات الآتية :

_قد تضفى على الحكم التحكيمي صفة الحكم القضائي اذا طبقت عليه نفس الآجال والأوضاع المطبقة أمام الجهات القضائية

_ قد لا تضفى على الحكم التحكيمي صفة الحكم القضائي اذا اتفق الأطراف على عدم اتباع تلك الآجال والأوضاع واتفقوا على آجال وأوضاع أخرى وخاصة .

ومع ذلك يؤخذ على الملاحظة الأولى التي قمنا باستنتاجها ما يلي :

أقر المشرع صراحة أنه اذا طبقت على الحكم التحكيمي نفس الآجال و الأوضاع المطبقة أمام الجهات القضائية اتخذ صفة الحكم التحكيمي ، لكنه ومع ذلك اعترف له بطبيعة قانونية خاصة مكملة بخاصية اعتباره من قبيل الأحكام القضائية وذلك بغض النظر عن صفة المحكم الذي لا يتمتع بصفة القاضي من الناحية العضوية ، بل هو قاض من الناحية الموضوعية فقط لأن دوره مثل دور القاضي .

ثانيا :

اتخاذ اجراءات وأوضاع خاصة مكملة

تتمثل هذه الاجراءات والأوضاع الخاصة فيما يلي[464] :

أولا : نص المشرع الجزائري على العمل الجماعي لهيئة التحكيم ، حيث يقوم كل الأعضاء بإنجاز أعمال التحقيق والمحاضر ، وهو الأصل العام ونص على استثناء يرجع بنا الى أصل انشاء هيئات التحكيم ، يتمثل في اتفاق الأطراف على اجازة ندب أحد المحكمين للقيام بهذه المهام[465].

ثانيا : الأصل عدم اعتبار تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا اذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة اليهم [466]، لذلك نص المشرع على عدم جواز التخلي عن هذه المهمة بعد الشروع فيها [467].

ونرى نحن فيما يتعلق بمسألة ايقاف المهمة التحكيمية ما يلي :

يمكن أن تنشأ عدة مبادئ فيما يتعلق بهذه المسألة تتمثل فيما يلي :

01 _ عدم امكانية ايقاف المهمة التحكيمية بعد الشروع فيها:

لا يجوز التخلي عن المهمة التحكيمية بعد الشروع في أدائها ، هذه العبارة تفيد أنه يجوز التخلي عن المهمة التحكيمية قبل البدء في نظر النزاع ، فيرفض المحكم القيام بالمهام المسندة اليه ، **وهنا تتم الاحالة إلى نص المادة 1021_03 التي سبق لنا معالجتها فلا يجوز التخلي عن مهمة التحكيم اذا تم البدء في نظر النزاع**، وهو ما يطلق عليه مصطلح ((**الشروع في التحكيم**)).

---

[464] _ نصت عليها **المادة 1020 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية** السابق ذكرها

[465] _ نص المادة **1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .**

[466] _ حسب نص **المادة 1015 من نفس القانون.**

[467] _ نص **المادة 1021_01 من نفس القانون.**

كما نص المشرع في نفس **المادة 1021_ 01على عدم جواز رد المحكم إلا اذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد التعيين.**

02 _حالة الايقاف المؤقت للمهمة التحكيمية:

ونصت على هذه الحالة المادة 1021_02 على هذه الحالة ، و هو أمر جائز في حالة ظهور عائق جنائي ،أو في حالة الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة ، فيتم إحالة الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ، و يستأنف سريان الخصومة التحكيمية بعد ذلك في هذه الحالة من تاريخ الحكم في المسألة العارضة من طرف الجهة المختصة.

3- تحديد أجال إيداع المستندات و تقديم الدفاع:

نص المشرع على أنه وبعد الشروع في المهمة التحكيمية يمكن للأطراف وأثناء سير الخصومة تقديم دفاعاتهم ومستنداتهم طالما أجل التحكيم لم ينقض (أربعة أشهر في حالة عدم اتفاق الاطراف على أجل آخر) وهو الأصل ، لكن المشرع حدد أجل 15 يوما قبل انقضاء أجل التحكيم كآخر أجل لتقديم الدفاع ، وهنا يتخذ المحكمون الحكم بناء على ما سبق تقديمه اليهم قبل انتهاء هذا الأجل [468].

04_ تطبيق القانون من طرف المحكم

نص المشرع كذلك أن المحكّم يفصل في النزاع طبقا للقانون ،وذلك مثل القاضي حيث تطبق القواعد القانونية السارية المفعول على الوقائع محل النزاع .

05- انتهاء التحكيم :

نص المشرع على حالات انتهاء التحكيم[469] وهي :

01-النهاية غير الطبيعية

[468] _ حسب نص **المادة 1022 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ،** السابق ذكره .

[469] _ **نص المادة 1024من نفس القانون**

– وفاة أحد المحكمين أو رفضه مهمته سواء بمبرر أو نظرا لتدخله في النزاع أو حصول مانع له ، ما لم يوجد شرط مخالف ، أي الرجوع الى اتفاق الأطراف على عكس ذلك مع تطبيق حلول أخرى .

–اتفاق الأطراف على استبدال المحكمين أو استبدال أحدهم من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، مع النص على تطبيق أحكام نص المادة 1009 في حالة غياب الاتفاق ، أي الرجوع الى القاضي الاداري وهي عدة حالات تتمثل في حالات النهاية الطبيعية للتحكيم .

02 _ النهاية الطبيعية :

وتشمل الحالات الآتية الذكر :

–انتهاء المدة المقررة للتحكيم في حالة الاتفاق أو بانتهاء أجل الأربعة أشهر في حالة غيابه

–فقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه

–وفاة أحد طرفي العقد

ثالثا :

اتخاذ نفس شكليات الحكم القضائي

قام المشرع بالنص على مجموعة من الشكليات التي تخص الحكم التحكيمي وهي نفسها شكليات الحكم القضائي ، وتتمثل في ما يلي :

–أن تكون مداولات المحكمين سرية [470]

–تصدر الأحكام بأغلبية الأصوات[471]

–ضرورة تضمين الأحكام عرضا موجزا لادعاءات أطراف النزاع و أوجه دفاعهم[472]

[470] _ **حسب نص المادة 1025من قانون الاجراءات المدنية والادارية** السابق ذكره .

[471] _ **حسب نص المادة 1026 من نفس القانون .**

-كما نص المشرع على البيانات التي يحتويها الحكم التحكيمي [473]، و تتمثل فيما يلي :

-اسم ولقب المحكم أو المحكمين

-تاريخ صدور الحكم

-مكان صدور الحكم.

أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي .

-أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء .

-كما نص المشرع على توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين[474]، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ، و في هذه الحالة يرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

-يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه ، غير أنه يمكن المحكم من تفسير الحكم أو تصحيح الاخطاء المادية والاعفاءات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة[475].

فرع ثاني :

القوة الالزامية للحكم التحكيمي

يجب أن يكون الحكم التحكيمي حائزا لحجية الشيء المقضي لكي يتمتع بالقوة الالزامية ، بغض النظر عن الجهة التي صدر عنها قضائية كانت، أم شبه قضائية منحها القانون صلاحية النظر في بعض النزاعات ، فهل منح المشرع الحكم التحكيمي الحجية ؟ للإجابة على هذه الإشكالية نقترح التفريع الآتي :

---

[472] **حسب نص المادة 1027 فقرة 02 من نفس القانون .**

[473] **حسب نص المادة 1028 من نفس القانون .**

[474] حسب نص **المادة 1029 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .**

[475] **حسب نص المادة 1030 من نفس القانون .**

أولا : اكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه

ثانيا : مظاهر اكتساب الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه

أولا:

اكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه

وفيما يتعلق بالحكم التحكيمي نلاحظ أن المشرع منحه حجية الشيء المقضي فيه **بموجب نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي :**

" تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه "

يتبيّن لنا تميّز الحكم التحكيمي بنفس خصائص الحكم القضائي ، وأهم خاصية تمتعه بحجية الشيء المقضي فيه فهو حكم موضوعي فاصل في الخصومة ، كما يعتبر حكما قاطع للنزاع موضوعا وأطرافا وطلبات.

تعتبر الحجية عنوانا للحقيقة ، وهي بذلك قرينة قانونية قوية جدا لا تقبل إثبات العكس ، ولا تتيح لأحد فرصة المحاولة في ذلك [476].

[476] _la chose jugé doit être tenue pour la vérité « resjudicata pro vertitatehabetur » cette maxime repose sur une considération de bon sens ,la décision du juge saisi pour trancher un litige ne servirait à rien si elle pouvait être ignorée le recoure s au juge est d'estimé à donner définitivement la solution du litige cela n'exclut évidemment pas l'exercice des voies de recours que l'organisation juridictionnelle aménage à l'encontre de la décision rendue car leur finalité est de garantir au terme de processus juridictionnel que la chose jugée exprime réellement la vérité **,** Mattias Guyomard et Bernard Seiller ,**contentieux administratif** ,Dalloz 2eme édition, Paris ,2012 , p384

sur le jugement ,voir aussi :

Camille Broyelle ,Op Cit ,p 231 _299

Hugues le Berre ,**contentieux Administratif** ,LGDG ,Paris ,2002,p247_248

تتفاوت درجة الحجية بين مراحل مختلفة يمر بها الحكم بعد صدوره لأول مرة ، فالحجية المطلقة لا تكون إلا للأحكام النهائية التي لا تقبل أي نوع من أنواع الطعن ، وقبل ذلك تكون حجية غير مستقرة ضعيفة لدرجة أن للمحكوم عليه الطعن في الحكم وطلب إعادة النظر في القضية أمام محكمة الدرجة الثانية ، وإن لم يكن معه أي مستند جديد أو فائدة من الطعن ، فإذا نفذت فرص الطعن جميعها بسبب استعمالها أو فوات أوانها ، أو أن الحكم صار ذو حجية مطلقة لا يمكن المساس به[477].

يكتسب الحكم قوة الشيء المقضي فيه بعد أن يصبح نهائيا باستنفاذه طرق الطعن العادية ، ونقصد بها هنا الاستئناف دون المعارضة ، وهو ما سنقوم بدراسته من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث وهو العنصر اللاحق.

ثانيا :

مظاهر اكتساب الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه

عندما يكتسب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه يكتسب عدة مظاهر بحكم النتيجة وهي نفس المظاهر التي يتمتع به الحكم القضائي وتتمثل بإجماع الفقهاء فيما يلي :

_ وجوب احترام الحكم السابق واعتباره مستندا وحجة لعرض الخصومة في أية دعوى ترفع بعد ذلك.

_عدم تأثر الحكم التحكيمي بالشبهات التي قد تحدث في البينات .

_عدم تأثره بما يظهر من بيّنات جديدة ، ومنه موقف الطرفين من الأحكام التي تقضي بما يخالف حكما سابقا حائزا على الحجية حيث يذهبان إلى بطلان مثل هذه الأحكام.

ومنه عدم مسؤولية القاضي عما تتسبب فيه أحكامه التي لم يعتمد فيها على الظلم[478].

---

[477] _ محمد نعيم ياسين، **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (القسم الثاني)** ، مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق ، الكويت ، السنة 06 ، العدد 04 ، ص 131_179 ، ص 176

[478] _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق ، ص 178

مطلب ثاني:

الإشراف القضائي على الحكم التحكيمي

سنتناول في هذا المطلب مظاهر الإشراف القضائي اللاحق على العملية التحكيمية ، وهو استمرار لتدخل القاضي الإداري في المهمة التحكيمية ، لذلك نتساءل عن صور هذا التدخل من جهة .

نتساءل من جهة أخرى عن الطبيعة القانونية للإشراف القضائي اللاحق على الحكم التحكيمي ، هل هو في حقيقة الأمر تدخل للرقابة ؟ أم أنه تدخل للمساعدة ، أم أنه مجرد آلية حرص المشرع على تكريسها لكي يضمن التكامل بين القضاء والتحكيم ؟ ، وهل يحاول المشرع من خلاله الإبقاء على سلطات القاضي الإداري على الرغم من اتفاق الأطراف المتنازعة على التنازل عنها لصالح هيئة التحكيم ؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقترح التقسيم الآتي :

فرع أول : الطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء

فرع ثاني : تنفيذ الحكم التحكيمي برعاية القاضي

فرع أول :

الطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء

نثير فيما يتعلق بهذه المسألة الاشكالية الآتية :

ما هو الموقع القانوني لاتفاق الأطراف اذا تعلق الأمر بطرق الطعن ؟، هل تستبعد في حال حدوثه في طرق الطعن الأخرى ما عدا الاستئناف الذي كان المشرع واضحا فيما يتعلق به ؟ ، هل طبق المشرع القواعد العامة هنا؟ .

يعتبر موضوع الطعن في القرار التحكيمي أمام القاضي الاداري من المسائل التي أثارت جدلا واسعا على المستوى الفقهي نظرا للطبيعة القضائية للحكم التحكيمي

للإجابة على هذه الاشكالية نقترح التقسيم الآتي :

أولا : الاتجاه المعارض للطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء

ثانيا : الاتجاه المؤيد لقابلية الحكم التحكيمي للطعن (هنا نتعرض لطرق الطعن)

أولا :

الاتجاه المعارض للطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء

يعتبر تميّز الحكم التحكيمي بنفس خصائص الحكم القضائي حقيقة لا تخفي عنا اختلافهما من حيث الأسس أهمها اتفاق الأطراف على التحكيم ، فهم بذلك يتفقون على استبعاد القضاء وتبني طريق بديل ، فكيف يكون بديلا باتفاق الأطراف في حين تكون نتيجته خاضعة بقوة القانون للطعن أمام القضاء ، فأين هي ارادة الأطراف هنا ؟، وهي الحجة التي انطلقت منها الاتجاهات الفقهية المعارضة للطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء

يرى بعض الاتجاه الفقهي بعدم جواز الطعن في القرار التحكيمي بأي طريق من طرق الطعن وما يمكن فعله هنا هو " جواز رفع دعوى ببطلانه امام القضاء وذلك في حالات محددة [479]، واهم ما يتصف به هذا الاتجاه انه لا يعرف الطعن بالاستئناف وهو اشهر الطعون التي تعرفها احكام القضاء ضد القرار التحكيمي وله مبررات تتمثل في ما يلي :

---

[479]_ يرى بعض الفقه فيما يتعلق بهذه المسألة ما يلي :

" يوجد فرق كبير بين اخضاع الحكم لطرق الطعن ومخاصمته وفقا لدعوى البطلان ، كون طرق الطعن عبارة عن وسائل حددها القانون لحماية المحكوم عليه من خطأ القاضي ، ففكرة الطعن تقتضي التوفيق بين احترام فكرة الحجية تحقيقا للمصلحة العامة ، وبين مصلحة الفرد الذي يريد تحقيق العدالة ، وذلك عن طريق تصحيح الحكم الصادر بأخطاء ، فطرق الطعن تهدف إلى احترام الحكم ، وعدم المساس بالحجية إلا وفقا للحدود التي وضعها القانون وفي الميعاد المحدّد ، وفي حال فوات الميعاد يحصّن الحكم من الطعن فيه ، ولا يجوز رفع دعوى ببطلانه ، فدعوى البطلان لا ترد ضد الأحكام ، وانما ترد على ذلك استثناء في الأحكام المنعدمة ، وهي الأحكام غير الموجودة قانونا لتخلّف أحد أركانها ".

د_ أحمد السيد صاوي ، بطلان حكم التحكيم ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 763_764.

01_ فعالية التحكيم هي السرعة في حل النزاع وطرق الطعن تلغيها وتسبب عدم استقرا الحجية التي يكتسبها الحكم التحكيمي [480]، كما انها قد توقف تنفيذ الحكم التحكيمي وذلك على عكس القضاء .

02_يعتبر أساس التحكيم " الاتفاق على التخلي عن القضاء " كطريق للفصل في النزاع والاتفاق على أشخاص يختارون دون القضاء المختص للفصل في النزاع ، ونظام الطعن يجعل القضاء يتدخل في عمل هيئة التحكيم ويعيد الفصل في النزاع.

03_التحكيم يجعل المحكم معفى من تطبيق القانون إذا كان التحكيم مطلقا ، لكن طرق الطعن تجعل ذلك غير قانوني كون المحكمة ملزمة بالفصل طبقا للقانون، ويعتبر كل من القانونين المصري والإماراتي نموذجين لهذا الاتجاه[481].

ثانيا :

الاتجاه المؤيد لقابلية الحكم التحكيمي للطعن أمام القضاء

يعتبر الحكم التحكيمي من الطرق الشبه قضائية الفاصلة في النزاع بدلا من القاضي ، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من الإشراف على هذا الطريق البديل.

سنعالج هنا الإشراف القضائي اللاحق بعدما قمنا بذكر وسائل الإشراف القضائي السابق عن الحكم التحكيمي (مبحث ثاني ، مطلب ثالث من هذا الفصل من هذه الدراسة)

يرى بعض الفقه فيما يتعلق بهذه المسألة أن معظم الأنظمة القانونية لا تؤمن بفكرة التعايش المشترك بين التحكيم والطعن ، إلا أنّ بعض الأنظمة القانونية قبلت بهذه الفكرة ، لكنها انقسمت إلى قسمين هما :

---

[480] _ يتسبب الطعن بالاستئناف في فقد الحكم التحكيمي فعاليته ويصبح عديم الوجود ، كون الاستئناف يجعل القاضي يعيد النظر في الوقائع والموضوع كونه قاضي موضوع في هذه الحالة ، لذلك تشدد هذا الاتجاه الفقهي في رفض الاستئناف خاصة .

[481] **_ د_ أحمد علي السيد خليل ، مدى إمكانية تعايش التحكيم والطعن معا ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري ، مرجع سابق ، ص 875.**

الاتجاه الموسّع لطرق الطعن في الحكم التحكيمي:

ومنه القانون اللبناني ، وهو الاتجاه الذي يخضع الحكم التحكيمي لكل طرق الطعن التي يقرها القانون مثله مثل الحكم القضائي[482] .

الاتجاه المقيّد لطرق الطعن في الحكم التحكيمي:

وهو الاتجاه الذي يجيز الطعن فيه ، مع إقرار فكرة محدودية طرق الطعن النى يجيز القانون الطعن بواسطتها في الحكم التحكيمي ، وهو ما يجعله يختلف عن الحكم القضائي في هذه المسألة ، ويعتبر القانون الكويتي نموذجا لهذا الاتجاه [483].

موقف المشرع الجزائري من المسألة :

يضفى على الحكم التحكيمي خصائص الحكم القضائي فيخضع إلى نفس طرق الطعن التي يخضع لها الحكم القضائي أمام القاضي الإداري والسند القانوني أو الأساسي هي نصوص المواد الآتية :

نصوص قانونية تتضمن إشارة مباشرة وخاصة تتمثل في ما يلي:

المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على المعارضة واعتراض الغير الخارج عن الخصومة .

---

[482] _ ويعتبر القانون اللبناني متجها نفس الاتجاه الذي كرسه قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المواد من 1471 إلى 1491 ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة أنظر :

د_ أحمد علي السيد خليل ، مرجع سابق ، ص 778.

[483] _ يجيز النظام القانوني الكويتي استئناف الحكم التحكيمي فقط من بين طرق الطعن ، وقد قيّده بضوابط مما يظهر تشدّدا في فكرة قابلية الطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء ، وتتمثل هذه الضوابط في ما يلي :

اتفاق الأطراف على ذلك قبل صدور الحكم

_ عدم وجود حالة من الحالات التي يوجد نص بمنع الاستئناف فيها مثل حالة التحكيم بالصلح ، وقد نص على ذلك قانون المرافعات الكويتي في نص المادة 761 منه .

د_أحمد علي السيد خليل ،المرجع السابق ، ص 788

المادة 1033 من نفس القانون التي تنص على الاستئناف .

المادة 1034 من نفس القانون التي تنص على الطعن بالنقض.

نتوصل إلى نتيجة مفادها **الرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بطرق الطعن في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**

نصوص قانونية تتضمن اشارة غير مباشرة وعامة تتمثل في ما يلي:

وتتمثل في مادة قانونية تتضمن حالة واحدة وهي نص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، التي تنص على خضوع الخصومة التحكيمية الى نفس الأوضاع والآجال أمام القاضي ، أو أمام الجهات القضائية المختصة.

لكن تطبيق ذلك مشروط بعدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك ، فالأصل الاتفاق لكن المشرع لم يشر اليه في طرق الطعن إلا في الاستئناف.

فرع ثاني :

تنفيذ الحكم التحكيمي برعاية القاضي

نص المشرع صراحة على تطبيق الأحكام الخاصة بتنفيذ الأحكام في المادة الإدارية على الحكم التحكيمي ، حيث تنص المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي :

" **تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية** " ، لكنه خصَّ الحكم التحكيمي ببعض القواعد التنفيذية الخاصة ،لذلك سنقوم من خلال هذا الفرع إلى تقسيم الدراسة كالآتي :

أولا : القواعد العامة لتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية

ثانيا : القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم

أولا :

القواعد العامة لتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية

يتضمن الحكم أو الأمر أو القرار الصادر في المادة الإدارية إلزام الأشخاص المعنوية العامة المعنية اتخاذ تدابير تنفيذ معيّنة ، وذلك في نفس الحكم الصادر مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء بموجب أمر [484].

وتسري نفس الأحكام ، فتلزم الجهات الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة ، حتى لو لم يسبق للجهة القضائية الإدارية الأمر بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة ، فتلزم الأشخاص المعنوية العامة المعنية بذلك بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدّد [485].

كما يمكن للجهة القضائية الإدارية التي تأمر بالتنفيذ أن تأمر بغرامة تهديدية[486] في الحالتين السابقتي الذكر مع تحديد تاريخ سريان مفعولها [487].

---

[484] _ **نص المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره** التي جاء نصها كالآتي :
"عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معيّنه ، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك ، في نفس الحكم القضائي ، بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ ، عند الاقتضاء "

[485] _ **نص المادة 979 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السابق ذكره** التي جاء نصها كالآتي :
"عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار ، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة ، لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة ، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك ، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدّد "

[486] _ نص المشرع على أن تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر (تطبق الأحكام العامة الخاصة بالتعويض إذا كان الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به يلزم أحد الأشخاص المعنوية العامة بدفع مبلغ مالي محدّد القيمة ، وذلك طبقا للتشريع الساري المفعول وقد نصت المادة 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك)، كما نص على تصفية الغرامة التهديدية من طرف الجهة القضائية الإدارية التي أمرت بها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي ، أو في حالة التأخير في التنفيذ ، مع إمكانية تخفيضها أو إلغائها عند الضرورة (المواد 982، 983 ، 984 **من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره).**

كما يأمر بالغرامة التهديدية في حالة عدم تنفيذ الأمر أو الحكم أو القرار القضائي ، في حالة عدم تحديد تدابير التنفيذ ، وفي هذه الحالة تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك تحديد هذه التدابير التنفيذية ، وفي هذه الحالة يجوز لها كذلك تحديد أجل للتنفيذ [488].

وفي كل الحالات نص المشرع على عدم جواز طلب الأمر باتخاذ التدابير التنفيذية الضرورية لتنفيذ الحكم النهائي وكذا طلب الغرامة التهديدية عند الاقتضاء ، إلا بعد رفض طلب التنفيذ من طرف المحكوم عليه ، ونص المشرع هنا على ضرورة انقضاء أجل **(03 أشهر تبتدئ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم القضائي ، مع إعفاء الطلبات الخاصة بالأوامر الاستعجالية من هذا الأجل)، كما لا يجوز تقديم هذا الطلب في الحالة التي تحدد فيها المحكمة الإدارية في حكمها محل التنفيذ أجلا للتنفيذ إلا بعد انقضائه[489].**

نص المشرع على إمكانية رفع تظلم إلى الإدارة من أجل تنفيذ الحكم الصادر عن الجهة القضائية الإدارية وفي هذه الحالة **يسري أجل الثلاثة أشهر بعد قرار الرفض** ، ونلاحظ هنا عدم دقة المشرع في تحديد تاريخ سريان الأجل وهو أمر في غاية الأهمية، فكان من المفروض تحديده من تاريخ التبليغ الرسمي لقرار رفض التظلم أو بتطبيق القواعد العامة في تاريخ القرار الضمني الذي يتخذ بسكوت الإدارة عن الرفض وهو أجل شهرين من تاريخ إيداع أو تقديم التظلم .

ثانيا :

وقد جاء في نص المادة 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جواز تقرير عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي إذا تجاوزت قيمة الضرر ، ويتم تقرير ذلك من طرف الجهة القضائية التي أمرت بالتنفيذ ، وفي هذه الحالة تأمر بدفع هذا الجزء من الغرامة إلى الخزينة العمومية .

[487] _ نص المادة 980 **من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره.**

[488] _ نص المادة 981 **من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره.**

[489] _ نص المادة 987 من نفس القانون .

القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم

زيادة على نص المشرع صراحة على إخضاع الخصومة التحكيمية لنفس الأوضاع والإجراءات المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية ، نص المشرع على بعض الأحكام الخاصة بتنفيذ الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

حيث نص على أن يكون الحكم التحكيمي سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ، كما يودع لدى أمانة ضبط هذه المحكمة أصل الحكم من طرف الطرف الذي يهمه التعجيل[490] .

كما نص المشرع أنه يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل (15 يوما من تاريخ الرفض ، وذلك أمام المجلس القضائي [491].

يتم تسليم نسخة من الحكم التحكيمي لمن يطلبها على شكل نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس أمناء الضبط ، أما بالنسبة لأحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل فتطبق عليها نفس الأحكام أو القواعد العامة للأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما نص المشرع على عدم الاحتجاج بأحكام التحكيم تجاه الغير ، وبذلك تكون حجة على الأطراف المتنازعة فقط لأنهم من اتفقوا على إخضاع النزاع العقدي للتحكيم بدل القاضي الإداري المختص [492].

خلاصة الباب الثاني :

[490] _ نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره ، كما نصت هذه المادة في فقرتها (02) على أن الأطراف يتحملون نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل الحكم التحكيمي

[491] _ نص المادة 1035 _ 03 من نفس القانون .

[492] _ نص المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره .

كان موقف المشرع غير واضحا ان لم نقل أنه يتسم بالغموض في نص المادة 1006 ، واستنادا إلى ذلك يظهر لنا للوهلة الأولى أن التحكيم في النظام القانوني الجزائري للصفقات العمومية جائز في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية دون منازعات الابرام .

ذلك لأن الفقرة الثانية من نفس المادة لا تجيز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ويجمع الفقه أن ذلك يستثني بعض منازعات العقود الإدارية من نطاق التحكيم ، ويبقي على النزاعات ذات الطابع المالي والتقني ، كونها حقوق شخصية يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها .

يعاكس النظام القانوني الجزائري ذلك كون الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية المختصة بدعاوى القضاء الكامل ، ومنها الصفقات العمومية كلها قواعد من النظام العام سواء كان النزاع تنفيذيا أو متعلقا بإبرام الصفقة العمومية ، فما حال التحكيم في هذه الحالة ، هل يعتبر إجراء بديلا مخالفا لقواعد الاختصاص التي تعتبر من النظام العام ؟ ، وبالمقابل تنفي إجازة المشرع كل تلك الاعتبارات.

تعتبر اتفاقية التحكيم أو اتفاق التحكيم فاصلا في هذا المجال كون الأطراف يتفقون حول المسائل المعينة والمحددة التي ستعرض على هيئة التحكيم ، هذه الأخيرة تتقيد بالاتفاق لأنه الأصل في هذه الحالة ، ويستوي ذلك الإتفاق سواء تعلق بمنازعات التنفيذ أو منازعات الإبرام ، وهو ما يجعل طريق التحكيم طريقا بديلا شاملا على عكس لجان الصفقات العمومية التي تناولناها في الباب الأول من هذه الدراسة

نستنتج أن اللجوء إلى تحكيم منازعات الصفقات العمومية يعتبر تعديلا لقواعد الاختصاص القضائي وفقا لضوابط .

خاتمـــــــــــــــة

تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن ظهور الطرق البديلة في مجال الصفقات العمومية ليس مقترنا بعجز المحاكم الإدارية المختصة ، بل يعتبر تقسيما للصلاحيات بين القاضي الإداري المختص والهيئات المكلفة بالتسوية البديلة ، المتمثلة في لجان الطعن ولجان التسوية الودية ، بالإضافة إلى التحكيم كما سبق لنا التوصل إليه في هذه الرسالة ، ذلك أن هذه الطرق البديلة وعلى تنوعها تتميز اختصاصاتها بالجزئية ، فأغلبها لم تتمتع بشمولية في مجال تسوية مختلف صور نزاعات الصفقات العمومية ، سواء كان ذلك في مرحلة الإبرام أو التنفيذ ، فليس كل نزاع يكون محلا للتسوية الودية أو الفصل .

تختص لجان الطعن المتاحة في قانون الصفقات العمومية بتسوية بعض النزاعات دون الأخرى ، فنلاحظ توزيعا للصلاحيات حتى على مستوى هذه اللجان، بالإضافة إلى التوزيع المعتمد بين الطرق البديلة والقاضي الإداري .

فبالنسبة لهذه اللجان ، نلاحظ أن المشرع قسمها إلى قسمين ، يشمل القسم الأول لجانا تختص بالفصل في النزاعات التي يمكن أن تثيرها عملية إبرام الصفقات العمومية ، وقد تم تحديد مجال اختصاصها هنا بنزاعات المنح المؤقت فقط ، دون باقي النزاعات التي يمكن أن تثيرها مراحل عملية إبرام الصفقات العمومية ، وتفصل هنا بموجب قرار إداري بموجب قانون الصفقات العمومية الحالي ، بعدما كانت في قوانين الصفقات العمومية السابقة تتمتع بدور استشاري ، لأنها كانت تصدر رأيا .

أما فيما يتعلق بالقسم الثاني من هذه اللجان ، فتسمى بلجان التسوية الودية ، وهي اللجان التي استحدثها قانون الصفقات العمومية الحالي ، وتميزت باختصاصات جزئية كون المشرع منحها صلاحية محاولة مصالحة الأطراف المتنازعة في اطار الصفقة العمومية ،

وقام المشرع هنا بحصر نطاق اختصاصاتها في منازعات التنفيذ فقط ، دون منازعات الإبرام .

وما يمكن ملاحظته على توزيع الاختصاص بهذه الطريقة ، أن المشرع قد حافظ على المجال المحجوز للقاضي الإداري باعتباره الطريق الأصيل ، كون الجزء الأكبر من النزاعات بقيت من اختصاصه ، فقد ساهم المشرع في تقوية دور القاضي، الذي احتفظ لنفسه بمجال واسع من الصلاحيات ليفصل في أكبر قدر من المنازعات ، التي يثيرها مجال الصفقات العمومية ، وكان ذلك على حساب لجان الطعن التي تميزت صلاحياتها إزاء تسوية النزاعات بالتضييق الشديد ، وهو ما يعيق تكييفها القانوني على أنها طرقا بديلة ، فهي حسب وجهة نظرنا طرقا مساعدة لا أكثر ولا أقل ، هدفها الوقاية من النزاعات من هذه الناحية .

أما فيما يتعلق بمسألة أولوية هذه الطرق البديلة بالمقارنة مع اختصاص القاضي الإداري المختص ، فتوصلنا إلى أن الطرق البديلة التي وظفها قانون الصفقات العمومية كانت كلها اختيارية ، وهذا ما يعكس طابعها الذي يبتعد عن الطريق البديل ، ويقترب من التكييف الذي يجعلها طريقا وقائيا ، كون حرية اللجوء إليها تجعل الطريق القضائي مفتوحا إلى أبعد الحدود .

اقترحنا هنا ضرورة التكريس التشريعي للطابع الإلزامي للجوء إلى هذه اللجان ، مما يوسع من دائرة الفصل في النزاعات قبل اللجوء إلى القاضي ، وهو ما يحقق المسعى الذي جاءت من أجله الطرق البديلة ، وهو التخفيف عن كاهل القضاء كثرة النزاعات ، كون دائرة النزاعات تتقلص أمام القاضي الاداري ، وهو ما يعزز خاصية الطابع البديل لهذه اللجان .

وفيما يتعلق بمدى فاعلية هذه الطرق البديلة من حيث النتائج القانونية التي تأتي بها، فتبين لنا في بداية الأمر أن توظيفها القانوني في قوانين الصفقات العمومية السابقة ، ومنذ بدايتها تم تجسيده بصفة ضمنية في مفهوم الحل الودي ، الذي اعتبر حسب وجهة نظرنا جذورا تاريخية لظهور الطرق البديلة .

وقد كانت لجان الطعن في هذه المرحلة تتمتع بدور ضعيف في مجال النزاعات ،كونها تمتعت بصلاحية تسوية ودية تختتم برأي استشاري يفتقد الطابع الإلزامي ، أما التكريس الحالي للطرق البديلة في قانون الصفقات العمومية الحالي ، فتميز بتباين في الفعالية كون اللجان قسمت إلى لجان فصل تصدر قرارات ادارية ، وتتحدد بمجال المنح المؤقت دون نزاعات الابرام الأخرى ، وهو توظيف قريب إلى الطرق البديلة ، لكن التساؤل يبقى مطروحا هنا حول مدى إلزامية هذه القرارات ، لأن المشرع لم يوضح هذه المسألة بل اكتفى بالنص على تبليغها للأطراف المتنازعة ، كما يثير الموضوع هنا اشكالا آخر مفاده "هل يستطيع القاضي حقا أن يمارس عليها نوعا من الرقابة ؟" .

واقترحنا هنا أن يكرس المشرع إمكانية الطعن في هذه القرارات فقط أمام القاضي الاداري المختص ، في حالة ما إذا لم يقتنع بها أحد الأطراف المتنازعة ، دون اعادة اثارة النزاع من جديد ، وهو تكريس يسهل عمل القاضي الإداري ويخفف عنه العبء ، وهي طريقة تجعل عمل كل من القاضي ولجان الفصل مكملا لبعضه.

أما لجان التسوية فتثير إشكالية الفعالية بصورة أكثر حدّة من لجان الفصل ، كونها لا تساهم في التسوية الحقيقة للنزاع ، بل تحاول مصالحة الأطراف فقط ، وهو دور لا يعزز الدور البديل ، كون القاضي الاداري يبقى مختصا في كل الحالات ، وتكريسها لم يزد شيئا

في مسألة الفاعلية ، كون المشرع جعل جزء من منازعات الإبرام قابلة للفصل ، ومنازعات التنفيذ قابلة للتسوية ، فهل منازعات الابرام لا تقبل التسوية؟ ، وهنا يبقى التساؤل مطروحا حول الهدف من هذا التقسيم .

فيما يتعلق بالتحكيم الذي كان متاحا في قانون الاجراءات المدنية والادارية دون أية إشارة إليه في قوانين الصفقات العمومية على تعاقبها ، فنلاحظ تميزه بطبيعة قانونية مغايرة للجان الطعن المتاحة في قانون الصفقات العمومية ، فيتميز بطبيعة قانونية خاصة اختلف الفقه والقضاء في تكييفها.

يثير موضوع التحكيم في مجال الصفقات العمومية غموضا تميزّت به مسألة تحديد مجاله أو نطاق اختصاص هيئة التحكيم ، كون المشرع لم يحصره في مجال محدد من النزاعات التي تثيرها الصفقات العمومية ، والتي تنقسم إلى منازعات الإبرام ومنازعات التنفيذ ، وكل نوع من هذه المنازعات له مميزاته الخاصة، فقد اكتفى المشرع بالإشارة إلى إرادة الطرفين المتنازعين كضابط للجوء إلى طريق التحكيم .

وقد كان للفقه الاداري من هذه المسألة رأي محدد ، يتمثل في عدم قبول تحكيم كل منازعات العقود الإدارية إلا المنازعات ذات الطابع المالي ،كونها منازعات يجوز التصرف فيها .

وقد قيد المشرع اللجوء إلى تحكيم منازعات الاشخاص المعنوية العامة بمجموعة من الشروط ، تمثلت في أن يكون مجاله الحقوق التي يمكن التصرف فيها ، دون تلك المتعلقة بالنظام العام ، ومن ذلك يمكن أن يستنتج من ذلك التقييد أن منازعات التنفيذ ، وبالأخص المنازعات ذات الطابع المالي وحدها من تكون مجالا للتحكيم ؟

وأمام سكوت المشرع لا يمكن أن نجزم بوجود مثل هذا الاحتمال وصحتّه، وهنا يبقى لنا تفسير واحد ، وهو يتعلق بفتح مجال التحكيم ليكون شاملا لكل منازعات الصفقات العمومية أمام عموم نص المواد القانونية ، وحتى لو كان هذا الاحتمال قريبا إلى المنطق القانوني الذي يصب في اتجاه تحقيق الهدف المسطر لتبني الطرق البديلة ، فإننا نُرّجحه ونقترح توضيحه بصورة أكبر في النصوص القانونية ؛ حتى يصبح التحكيم فاعلا في مجال التسوية البديلة .

وعلى الرغم من ذلك نلاحظ تميزه بمظاهر فاعلية ، أهمها تميز الحكم التحكيمي بنفس خصائص الحكم القضائي، و كذا خضوعه لنفس الأوضاع التي يخضع لها هذا الأخير .

ونقترح في هذه المسألة تكريس الطابع الموقف للخصومة القضائية ، إذا اقترن اللجوء اليها في نفس الوقت مع اللجوء إلى هيئة التحكيم ، وذلك لا ينقص من القيمة القانونية للقضاء بقدر ما يخفف عنه العبء ، كون اللجوء إلى الطريقين القضائي و التحكيمي في نفس الوقت ينتج عنه صدور أحكام متعارضة ذات قوة قانونية متساوية ، فنقترح إذن تكريس أولوية التحكيم عن القضاء لتفعيله أكثر .

قائمة المراجع باللغة العربية :

01_ الكتـــــــــــــــــــــب :

أولا: الكتب العامة:

01 _ إبراهيم أحمد إبراهيم ، **التحكيم الدولي الخاص ، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام** ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996

02_ أمزيان عزيز ،**المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري** ، دار الهدى ، الجزائر 2005

03_ سليمان الطماوي ، **القضاء الاداري ، الكتاب الأول ، قضاء الالغاء** ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1996

04_ سليمان الطماوي ، **الوجيز في القانون الاداري ، دراسة مقارنة** ، طبعة منقحة ومزيدة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، دون طبعة ، دون سنة النشر

05_ عبد الغني بسيوني عبد الله ،القانون الاداري ، **دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقاتها في مصر**، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1990

06_ عمر صدوق ، **تطور القضاء الإداري في الجزائر** ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، دون سنة النشر

07_ د_ فريجة حسين ، **شرح المنازعات الادارية** ،دراسة مقارنة ، دار الخلدونية ، الجزائر، سنة2011

08_ ماجد الحلو راغب ،**القانون الاداري ،ذاتية القانون الاداري، المركزية واللامركزية ،الاموال العامة، الموظف العام ،المرافق العامة، الضبط الاداري ،السلطة التقديرية ،التنفيذ المباشر، نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ، التحكيم الاداري، الحجز الإداري)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية مصر ، 2004

ثانيا: الكتب المتخصصة:

01 _ بن صاولة شفيقة ، **الصلح في المادة الإدارية** ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.

02 _ حمدي ياسين عكاشة ، **موسوعة العقود الإدارية والدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ والأسس العامة ،** منشأة المعارف ، مصر 1998.

03 _ خالد عبد العظيم أبو غابة ، **التحكيم وأثره في فض المنازعات** ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ،2011.

د_ عمار معاشو ، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد ، ديوان المطبوعات الجامعية ،(الجزائر) ، سنة 1989

04 _ عبد الحميد الشواربي ، **التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء** ، الطبعة 02، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1999.

05 _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الادارية ، الابرام ، التنفيذ ، المنازعات ، في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لقانون المناقصات والمزايدات** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 2004.

06_عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الإدارية الإبرام التنفيذ المنازعات في ضوء أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات،** منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مطابع الولاء الحديثة ، مصر 2004.

07 _د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما،** دون ذكر دار النشر، مصر 2009.

د_ عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، طبعة جديدة طبقا للمرسوم الرئاسي 08_338 بتاريخ 26 أكتوبر 2008 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2009

08_عثمان ياسين علي، **تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الادارية** ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، دون سنة النشر.

09_ فضيل العيش ، **الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى** ، منشورات بغدادي ، دون مكان النشر ، دون تاريخ النشر .

10 _ منير عبد المجيد ، **التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في الفقه وقضاء التحكيم** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، دون سنة النشر.

11 _ مهند أحمد الصانوري ، **دور التحكيم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2005.

12 _ محمد فؤاد عبد الباسط ، **مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 2006.

13 _ محمد سيد التحيوي ، **إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية** ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2007.

14 _ماجد الحلو راغب ، **العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، مصر 2009.

15 _نعيم مغبغب ، **عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة ، دراسة في القانون المقارن** ، طبعة جديدة مزادة ومنقّحة ، الطبعة الثالثة ، دون دار النشر ، لبنان ، 2001

02_الرسائـــــــــل والمذكـــــــرات الجـــامعية :

أولا: رسائل الدكتوراه:

01_ علاوة هوام ، **الوساطة بديل لتسوية النزاع وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي وقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم ، في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة وقانون ،كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، السنة الجامعية 2012_2013

02_ قدوج حمامة ، **تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي** ، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2009 -2010

ثانيا : مذكرات الماجستير

01_ أكروم ميريام ، **السعر في الصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008_2007

02_ بجاوي بشيرة ، **الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي** ، ماجستير ادارة ومالية ، بومرداس ، 2012

03 _ جوادي نبيل ، **دفاتر الشروط في القانون الاداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)** ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع إدارة ومالية ، جامعة الجزائر " بن يوسف بن خدة "، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2005-2006

04_ خضري حمزة ،**منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري** ، ماجستير قانون ،جامعة بسكرة ، 2005

05_ زوزوزليحة، **جرائم الصفقات العمومية واليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون جنائي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، السنة الجامعية 2011-2012

06_ طيبون حكيم ، **منازعات الصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، تخصص دولة ومؤسسات عمومية ، جامعة الجزائر 01 ، بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2012 _2013

07_ علاق عبد الوهاب ، **الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري** ، ماجستير قانون، جامعة بسكرة ، قسم القانون ، 2005

08_ فرقان فاطمة الزهراء، **رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر** ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع دولة ومؤسسات عمومية ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2006_ 2007

09_ قدوج حمامة ، **عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعامل العمومي في الجزائر- تحليل ومقارنة-** ، مذكر لنيل درجة الماجستير ، فرع الإدارة والمالية العامة ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،2002

08_ لوز رياض ، **دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية " المرسوم الرئاسي رقم 02-250 " المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،** مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير ، فرع دولة ومؤسسات عمومية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، دون ذكر السنة.

03_المقـــــــــالات :

01_ دويري عبد العزيز، **المنازعة الإدارية في الجزائر** ، تطورها وخصائصها_دراسة تطبيقية _ الجزء الأول ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، 2006

02_ زغداوي محمد، **ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث** ، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 10، سنة 1998.

03_ طارق بن هلال البورسعيدي، **انعدام القرار الإداري وفقا لأحكام القضاء الإداري**، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق الكويتية ،عدد04 سنة – 32 ، ديسمبر 2008

04_ فضيل نعيسة ، **النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها** ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،العدد (05)، دون ذكر سنة النشر

05_محمد ماجد محمود ، **العقد الاداري وشرط التحكيم الدولي** ، مجلة العلوم الادارية ، سنة 22 ، عدد 01، 1996

06_ محمد زغداوي ، **مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظل الاصلاح القضائي الجديد** ، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 13 ، سنة 2000

07_ مسعود شيهوب ، **المجموعات المحلية بين الاستقلال والرقابة المحلية** ، مجلة مجلس الدولة ، عدد 03 ، سنة 2003

08_ محمد نعيم ياسين، **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (القسم الثاني)**، مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق ، الكويت ، السنة 06 ، العدد 04

04_الملتقيـــــــــــــات والمؤتـــــــــمرات الوطنية والدولية :

01 _ أحمد عبد التواب ، **طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الامارات العربية المتحدة**، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ،04 أفريل 2011

02 _آلاء يعقوب نعيمي، **الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني**، بحوث المجلد الثالث ، كلية القانون ، جامعة الشارقة، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ،04 أفريل 2011.

03_ د_ أحمد السيد صاوي ، بطلان حكم التحكيم ، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ،04 أفريل 2011.

04_ د_ أحمد محمد الهواري ، **موقف التشريعات العربية نت الاتجاهات الحديثة في التحكيم (مع التركيز على موقف قانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات ومشروع القانون الاتحادي للتحكيم)،" وسيلة تدابير حديثة قبل تدخل القاضي "،المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)** ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ،04 أفريل 2011.

05 _ د_ أحمد علي السيد خليل ، **مدى إمكانية تعايش التحكيم والطعن معا** ، **المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري**، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ،04 أفريل 2011.

06_ بودريوة عبد الكريم ، **مدى مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي " دولة متدخّلة أم ضابطة أم متردّدة " ، مداخلة في اطار الملتقى الوطني حول " أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية** ، الجزء الأول ، يومي 30_11_ 2011 و 01_12 _2011، القطب الجامعي تاسوست ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة جيجل.

07_ بن صاولة شفيقة ، **الوساطة والنزاع الإداري** ، مداخلة بمناسبة الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة ، وزارة العدل ، الجزائر ، يومي 15و16 جوان 2009، مركز البحوث القانونية والقضائيةِ CRJJ، دون تاريخ النشر ، دون سنة النشر

08_ حدري سمير، **السلطات الإدارية المستقلة و إشكالية الاستقلالية** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007

09_ حسين نوارة ، **الأبعاد القانونية لاستقلالية سلطات الضبط في المجال الاقتصادي والمالي** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007

10_ دويب حسيب صابر عبد العظيم ، **التحكيم في العقود الإدارية وعقود B.O.T**، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ، 04 أفريل 2011.

11_دارو الباز ، **اتجاهات القضاء الكويتي بشان التحكيم القضائي في العقود الادارية** ، بحوث المجلد الأول ، من المؤتمر الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، جامعة الامارات العربية المتحدة ، كلية القانون ، 04 أفريل 2011

12_ راشدي سعيدة ، **مفهوم السلطات الإدارية المستقلة** ، **الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي** ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007

13_ رحمة شكلاط ، **الصفقات العمومية : مقاربة تشريعية جديدة ، في اطار الملتقى الوطني حول " أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية** ، الجزء الأول ، يومي 30_11 _ 2011 و 01_12 _2011، القطب الجامعي تاسوست ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة جيجل .

14_ سعد الدين صالح دداش، **التحكيم في مجلة الأحكام العدلية ، دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي وقواعد التحكيم الدولية**، بحوث المجلد الثالث، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون،04 أفريل 2011.

15_ شريف يوسف خاطر ، **التحكيم في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري**، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي،، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون،04 أفريل 2011.

16_ عبد الحكيم حططاش وهند زيتوني ، **رؤية نقدية لنظام الصفقات العمومية في الجزائر ، الشفافية ، السرعة ، الرقابة المالية** ، الملتقى الدولي "الجزائر خمسون سنة من التجارب التنموية "_ ممارسة الدولة والاقتصاد والمجتمع _ جامعة فرحات عباس ، سطيف ، سنة 2012.

17_ د_ عبد الحميد الأحدب ، **إجراءات التحكيم ، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)**، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون،04 أفريل 2011.

18_ محمود سمير الشرقاوي، **الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي**، بحوث المجلد الثاني، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون،04 أفريل 2011

19_محمد سامي الشوا ، **التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة كلية القانون 04 أفريل 2011

20_ نزليوي صليحة ، **سلطات الضبط المستقلة : آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة** ، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي

والمالي ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، 23 _ 24 ماي 2007.

05_ النصـــــــــــــوص القانـــــــــــونية

أولا: النصوص التشريعية

01_ أمر رقم90/67 ، مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 52، السنة 04، مؤرخ في 27 يونيو 1967

02_ قانون08-09المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخ في23-04-2008

03_ أمر رقم 10-05 ، مؤرخ في 26 أوت 2010 ، يتمم القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 ، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، جريدة رسمية عدد 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010.

04_ قانون رقم 11_10مؤرخ في 22 يونيو 2011 ، يتعلق بالبلدية ، جريدة رسمية عدد 37 مؤرخ في 03 يوليو 2011.

05_ قانون رقم 12_07 مؤرخ في 21 فيفري 2012 ،يتعلق بالولاية ، جريدة رسمية عدد 12 مؤرخ في 29 فيفري 2012.

ثانيا _ النصوص التنظيمية

01_ مرسوم رقم 145/ 82 ، مؤرخ في 10_04_1982 ، ينظم الصفقات التي يبرمه المتعامل العمومي ، جريدة رسمية عدد 15، السنة 19، مؤرخ في 13_04_1982.

02_ مرسوم تنفيذي رقم 91_434 مؤرخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 57، مؤرخ في 13 نوفمبر 1991.

03 _ المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المؤرخ في 24 يونيو 2002 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 52 ، مؤرخ في 28 يوليو 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 _ 301 ، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 55، مؤرخ في 14 سبتمبر 2003،

04 _ المرسوم الرئاسي 338/08 ، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02_250 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 62، مؤرخ في 09 نوفمبر 2008 .

05_ مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 افريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على الاتفاقية المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 2003 ،جريدة رسمية عدد 26 ،مؤرخ في 25 افريل 2004 .

06 _ مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10 افريل ،يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمابوتو يوم 11 جويلية 2003، جريدة رسمية عدد 24 ، مؤرخ في 16 افريل 2006.

07_ مرسوم رئاسي رقم 06-415 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد كيفية التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون المتعلق

بالوقاية من الفساد ومكافحته جريدة رسمية عدد 74 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، المتمم بموجب أمر رقم 10-05.

08_ المرسوم الرئاسي 10_236 مؤرخ في 07 أكتوبر2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية 58 ، مؤرخ في 07 أكتوبر2010 ، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11_98 ، مؤرخ في 01 مارس 2011 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 14 ، مؤرخ في 06 مارس 2011.

09_ المرسوم الرئاسي 12_23 ، مؤرخ في 18 يناير 2012 ،يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10_236 ،و يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد04 ، مؤرخ في 26 يناير 2012، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13_03 المؤرخ في 13 يناير 2013 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10 _236 ، يتضمن قانون الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 02 ، الصادر بتاريخ 13 يناير 2013.

10_ مرسوم رئاسي رقم13-03 مؤرخ في13يناير2013 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم10-236 ، المؤرخ في07-10-2010 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد02 ، مؤرخ في 13-01-2013.

11_ المرسوم الرئاسي رقم 14_249 ، مؤرخ 8 سبتمبر 2014 ،يتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة ، بتاريخ 21 ديسمبر 2010 ،جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخ في 21 سبتمبر 2014.

12_ المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، صادر في الجريدة الرسمية عدد 50 ، مؤرخ في 20_ 09_2015 .

06 _ القـــــــــــــرارات القضـــــــــائية :

01_ قرار رقم 1536 الصادر بتاريخ 24_12_2001 عن مجلس الدولة في قضية وزارة التربية الوطنية ومن معها ، ضد مؤسسة أشغال البناء والترصيص

02_ قرار رقم 7541 الصادر بتاريخ 22_07_ 2003 عن مجلس الدولة ، في قضية مديرية السكن والتجهيزات العمومية لولاية بجاية ، ضد مؤسسة أشغال البناء والهياكل الحديدية ومن معها

03_ القرار رقم 5854 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 01_04_ 2003 ، في قضية والي ولاية المدية ضد مقاولة (ط .ح)

04_ قرار رقم 2118 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 04_02_2003 ، في قضية والي ولاية عنابة ومنة معه ضد مكتب الدراسات " تيتاح"

05 _ القرار رقم 34786_437 الصادر عن مجلس الدولة ، الغرفة الأولى ، بتاريخ 09_05_2007 ، في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة "أشغال الغرب " ، ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار (قرار غير منشور)

07_ مراجـــــــــــــع أخـــــــرى:

01_ د_ ابراهيم أحمد ابراهيم، **اختيار طريق التحكيم ومفهومه** ، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم ، مركز الحقوق عين الشمس ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، 22_27 يناير 2000.

02_ د_عمر مشهور حديثة الجازي ، **الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية** ، ندوة بعنوان : الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، 28 كانون الأول 2004، جامعة اليرموك إربد ، المملكة الأردنية الهاشمية، البريد الإلكتروني : oajazy@jcdr.com ، الموقع الالكتروني :

www ,f–law,net /net/law/forum، بتاريخ 2009_07_05

03_ محمد وليد منصور ،**التحكيم في العقود الإدارية وفقا لقانون التحكيم السوري الجديد وقانون العقد الموحد**، منتدى الابحاث القانونية ، أبحاث في التحكيم ، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية:

www . barasy.com/forum

04_ يمينة عبد الوهاب ، **تطور القضاء الإداري في الجزائر** ، يوم دراسي حول تطور القضاء الإداري ، إقامة القضاة ، 05 سبتمبر 2011.

ثانيا : قائمة المراجع باللغة الفرنسية :

Les ouvrages

01_ Ann Lawrenece Durviaux, **logique de marché public en droit communautaire _ analyse critique d'un système** , édition Larcier _ Bruxelles (Belgique) _ 2006

02_ Bruno koebel , les marchés de l'article 30 , Territorial édition ,paris ,2009

03_CharleDebbasch et Jean_Claud Ricci , **contentieux administratif** ,Dalloz,Paris ,2001

04_Catherine Bergeal et Frédéric Lemica **,le contentieux des marchés publics ,** édition Techniques ,PARIS,2004

05_ Cédric Milhat **,l'acte administratif entre processus et procédures** , édition du Papyrus ,Montreuil ,MAI 2007

06_ Camille Broyelle ,**contentieux administratif** , L'extenso Edition ,L.G.D. J Edition, Paris ,2011

07_ Christophe Lajoye , **droit des marchés publics** ,5 eme édition ,(Gnalino) ,L' extenso édition, Paris ,2012

08_Didier Batselé ,Philippe QUertainmont, **Institution des marchés publics**,2 eme édition ,Bruxelles ,2001

09_David Renders , Pierre Delvolvé , et Thierry Tanquere, **l'arbitrage en droit public Belge** , édition de (Bruylant), Bruxelles ,2010

10_ Delphine Costa**, contentieux Administratif ,**Lexis Nexis ,Paris, 2011

11_ Francoise Robert et Jean Luk Bodson ,**marchés publics et économie sociale , la nouvelle législation , la technique et la pratique** , édition de de (CCSA), Esplanade de l' Europe ,Belgique , 2006,

12_ Frederic Allaire ,**L'essentiel du droit des marchés publics** ,Malino – Lextenso Edition ,05emeEdition ,Paris ,2012

13_Joane Caupers**, l'arbitrage dans les litiges entre les autorités administratif** ,édition conseil de l'Europe , Lisbonne (Portugal), (Portugal),31mai_02juin 1999, (imprimé en Allemagne)

14_ Jean Luc Bodron, et Françoise Robert , **marchés public et économique sociale (la nouvelle législation , la technique et la pratique)** ,édition (Edi. Pro) , Belgique , 2006

15_ Jean-Claud Ricci , **contentieux administratif** ,Hachette supérieur livres ,Paris,2007

16_ Hugues le Berre ,**contentieux Administratif** ,LGDJ ,Paris ,2002

17_ Mattias Guyomard et Bernard Seiller **, contentieux administratif** ,Dalloz 2eme edition,2004

18_ Michelle Laure ,Rassat et gabriel Roujou de bonbée **,Institutions administratives et juridictionnelles,** Edition Ellipes ,Paris , 2005

19_ Michel huet et Aimélie Blandine , **Marchés publics d' architecteur et d' ingénieur** ,Lexis Nexis ,Paris , 2010

20_ Norbert Folquier ,**droit Administratif des bien** ,Lexis Nexis ,Paris ,2011

21_ Olivier Frot , **Marchés publics : comment choisir le mieux disant? , Afnor ,** 2 eme édition , Paris , 2008

22_ Olivies Gohin , **contentieux Administratif** , 7eme édition , Lexis Nexis , Paris , 2012

23_ Patrick Thiel ,**Marchés publics (les marchées public , c'est quoi ?),** Waterloo office park ,2007

24_ Paul Lewalle et Luc Donnay, **contentieux Administratif** , 3eme édition , collection de la faculté de l' université de liège ,2008

25_ Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot **,Droit Administratif , 13eme édition , Dalloz ,Paris 2012**

26_Patricia Grelier Wyckoff , le **mémento des marchés publics de travaux (Intervenants, passation et exécution)** , Eyrolles , 5 eme édition , Paris , 2012

27_ René Chapus **, droit du contentieux administratif ,** 12eme édition ,Edition Montchrestien Paris , (2006

28_ Stéphane Braconnier , **précis du Droit des marchés publics** ,3eme édition , édition Moniteur , Paris , 2009

29_ Téodore Fortskis , **La médiation , mode alternatif du règlement des litiges entre les autorités Administratif et les personnes privées** ,édition conseil de l'Europe , Lisbonne (Portugal),31mai_02juin 1999, (imprimé en Allemagne)

30_ Victor Gommez Friax ,**La médiation dans les marchés publics** , édition l' Harattan(logique de gestion) , Paris ,2007

Les articles

01_ Cheggari karim ,**la transparence des marchés des collectivités territoriales marocaines entre la théorie et la pratique** , مجلة الفقه والقانون, Maroc ,07 Aout 2012

02_Helmut Kischenberg ,**la conciliation dans les litiges de droit administratif** ,édition conseil de l'Europe , Lisbonne (Portugal),31mai_02juin 1999, (imprimé en Allemagne

03 _Mafoud GHEZALI**, statut et responsabilités du conseil d' administration de l' entreprise publique économique en la forme de société par actions** , revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques , n 01_02_ 1992

04_ MOULOUD SABRI,**Le Droit des marchés publics en Algérie ;réalité et perspectives** ,revue Idara ,n° 35, volume18,année 2008

05_ Thierry –xavier Girardot, **le recours administratif préalable ; l' obligation du recours admiratif préalable,** revue française de droit administratif , 22eAnnée , mai – juin 2006 , Dalloz, France ,2006

06_ Thomas Clay ,**Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges** ,Dalloz ,Paris ,année 186 N° 44/7449 , 23/12/2010

Thèses et Mémoires

01_ BENNADJI CHERIF, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie ,** thèse de doctorat d'Etat , université d' Alger , institut de droit et des sciences Administratives , BEN AKNOUN , ALGER , Année 1991

02 _Mohamed Abdelmouhssin Hanine ,**la procédure de passation des marchés public au Maroc, étude analytique et réflexions a la lumière du code français des marchés publics,** mémoire du master en administration publique, université du Strasbourg, France, session 2007-2008.

Outre ouvrages :

Les modes alternatifs de règlement des litiges **entre les autorités administratives et les personnes privée**, Recommandation (REC 2001) 09, exposé les motifs et les références juridiques des modes alternatifs de règlement des litiges **entre les autorités administratives et les personnes privée** , édition conseil de l'Europe , Lisbonne , Portugal , Mai 2002.

الملخص:

ظهرت الطرق البديلة في البداية في نزاعات ينظمها القانون الخاص ، فقد كان التطور المستمر للتجارة والخدمات ، وما نتج عنه من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في تسوية النزاعات من طرف هيئات متخصصة أكثر من القاضي ، سببا في نشأة الحاجة لآليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعّال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

تتلخص أهمية الطرق البديلة في أهداف أساسية تتمثل أهمها في ما يلي :

التأكيد على حق الأطراف المتنازعة في الطعن أمام هيئة بديلة عن القضاء .

التأكيد على استقلالية الهيئات البديلة .

ضمان اجراءات تحترم حقوق الأطراف المتنازعة ومبدأ المساواة.

ضمان الشفافية في اللجوء إلى الطرق البديلة

يطرح مجال الطرق البديلة العديد من التساؤلات والفرضيات التي تتعلق من حيث الأصل بتبيين مدى فاعلية هذه الطرق البديلة ، بالمقارنة مع القضاء الذي أثبت عجزه في أغلب الحالات ، فتراكمت القضايا ، وهنا تظهر لنا الأهمية الحقيقية لدراسة الطرق البديلة، أي أن الأهمية الحقيقية لهذا الموضوع تكمن في تقييم الطرق البديلة ، ولا يكون ذلك إلا بعد تحديد وتقسيم هذه الطرق طبعا ، ومن ذلك سنحاول إيجاد أجوبة لعدة فرضيات يمكن أن يثيرها موضوع الدراسة ، يمكن تلخيصها فيما يلي:

هل ظهور الطرق البديلة في مجال الصفقات العمومية مقترن حقيقة بعجز المحاكم ؟، أم أنها وسيلة لمساعدة القضاء وتخفيف العبء عنه ؟ ، أم أنها طرق مستقلة بنزاعاتها الخاصة التي نُزعت من القضاء من باب تقسيم الصلاحيات ؟

و هل يُبقي المشرع على الحل القضائي في مجال الصفقات العمومية باعتباره الطريقة الأصيلة، أم أنه يجعله آخر الاحتمالات، في حين تكون الأولوية للطرق البديلة؟.

وهل يظهر لنا تكريس المشرع لهذه الوسائل البديلة بجلاء سعيه إلى تجنب المنازعة القضائية إلى أقصى الحدود؟، وهل يعتبر ذلك هو المنطلق الذي تُبنى على أساسه قاعدة الطرق البديلة لتسوية النزاعات ؟

لمحاولة الإحاطة بكل الجوانب القانونية التي يثيرها الموضوع نقترح الإشكالية الآتية :

ما مدى اعتماد المشرع للطرق البديلة لتسوية النزاعات في مجال الصفقات العمومية، هل تبنى كل الطرق المتعارف عليها أم جزء منها، أم أنه أضاف إليها طرقا بديلة أخرى تزيد من فاعلية التسوية البديلة ؟

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية :

تنقسم لجان الصفقات العمومية إلى نوعين ، النوع الأول يتمثل في اللجان المتخصصة بالفصل في نزاعات المنح المؤقت ، و تعتبر لجان فصل ذات طابع إداري ، وقد نص المشرع على أنها تصدر قرارات إدارية وليس آراء استشارية ، رغم ذلك لم يوضح قانون الصفقات العمومية الحالي فاعلية قرارات هذه اللجان ، فلم يبين فيما إذا كانت تتمتع بقوة إلزامية أم لا ، فنص فقط على أنها تُبلّغ للطرفين ، مع إمكانية اللجوء إلى القضاء ، وهو ما تمت دراسته من خلال الفصل الاول من الباب الأول من هذه الدراسة .

فيما يتعلق بالنوع الثاني من اللجان المتخصصة ، فهي تختص بنزاعات التنفيذ ، فتحاول التسوية فقط ، أو المصالحة ، و تعتبر أضعف الطرق البديلة ، كونها تصدر آراء استشارية ، فهي لجان تسوية ودية لا أكثر، وهو ما تمت دراسته من خلال الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة .

أما فيما يتعلق باللجان القطاعية للصفقات ، فهي تشكل نوعا آخر، كون اختصاصها يتميّز بطابع شمولي لكل المنازعات ، وهو تكريس قانوني في محله ، على الرغم من عدم وضوح الطبيعة القانونية الحقيقية لقراراتها ، وكذا مدى إلزاميتها .

وقد لاحظنا أن هذه اللجان قامت في بداية ظهورها بممارسة اختصاصات النظر بالطعون بالتزامن مع اللجان الوطنية ، لكنها تميزت بأولوية نظر الطعن عن اللجام الوطنية ، لكن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قام بإلغاء اللجان الوطنية فأصبحت ذات اختصاص اصيل بنظر النزاعات ، وهو ما تناولناه من خلال الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة

كما تم تدعيم الطرق البديلة في مجال نزاعات التنفيذ باختصاص سلطة ضبط الصفقات العمومية ، التي تتميز بطابع وطني فنتساءل هنا ، هل هي تعويض عن إلغاء اللجان الوطنية ؟ ، كون اختصاصها يتميز بكونه وطنيا أكثر من قطاعي.

تناولنا من خلال الباب الثاني نوعا آخر من الطرق البديلة كرسها المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية دون قانون الصفقات العمومية ، وهذا النوع من الطرق البديلة المتمثل في التحكيم الإداري يختلف من ناحية الطبيعة القانونية ، ومن ناحية الأثر القانوني الذي يرتبه نتيجة الطعن الموجه أمام لجنة التحكيم ، وهي المسائل القانونية التي قمنا باثارتها من خلال هذا الباب

يظهر لنا للوهلة الأولى أن التحكيم في النظام القانوني الجزائري للصفقات العمومية جائز في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية دون منازعات الابرام ، ذلك لأن قانون الاجراءات المدنية والإدارية لا يُجيز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ويجمع الفقه على ذلك ، فيستثني بعض منازعات العقود الإدارية من نطاق التحكيم ، ويُبقي على النزاعات ذات الطابع المالي والتقني ، كونها حقوق شخصية يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها .

تعتبر اتفاقية التحكيم أو اتفاق التحكيم فاصلا في هذا المجال كون الأطراف يتفقون حول المسائل المعينة والمحددة التي ستعرض على هيئة التحكيم ، هذه الأخيرة تتقيد بالاتفاق لأنه الأصل في هذه الحالة ، سواء تعلق بمنازعات التنفيذ أو منازعات الإبرام ، وهو ما يجعل طريق التحكيم طريقا بديلا شاملا على عكس لجان الصفقات العمومية .

نستنتج أن اللجوء إلى تحكيم منازعات الصفقات العمومية يعتبر تعديلا لقواعد الاختصاص القضائي وفقا لضوابط

Résumé

Le règlement des modes alternatifs devait :

01_assurer aux parties l'information nécessaire, sur la possibilité d'avoir recours, aux modes alternatifs.

02_assure l'Independence, et l'impartialité des conciliateurs, et des médiateur et des arbitres.

03_garantir une procédure équitable, permettant notamment de respecter les droit des parties, et le principe d'égalité.

04_ garantir dans la mesure possible la transparent , dans l'utilisation des modes alternatifs, et observation d'une certaine discrétion.

05_assurer l'exécution de la solution acquise, à travers les modes alternatifs.

Il existe plusieurs types des litiges dans le domaine des marchés publics, cette variété constitue des plusieurs types des modes alternatifs de règlement des litiges

En code des marches public, Il existe deux types de commissions des marchés publics. Le premier type consiste en les commissions compétentes afin de statuer sur les litiges relatifs à l'attribution provisoire. Ceux sont des commissions à caractère administratif. La législation stipule qu'elles émettent des décisions administratives et non pas des avis consultatifs. En dépit de cela, le code des marchés publics actuel n'a pas indiqué l'efficacité des décisions de ces commissions, n'ayant pas indiqué si ces décisions jouissent d'un pouvoir d'obligation ou pas, s'étant contenté uniquement d'indiquer qu'elles doivent être notifiées aux deux parties avec possibilité de recourir à la justice.

Le second type consiste en des commissions spécialisées. Elles sont spécialisées en des litiges d'exécution, tentant uniquement de résoudre les litiges ou de concilier les parties. Elles sont considérées comme étant la plus faible des méthodes alternatives, émettant des avis consultatifs, ceux ne sont que des commissions de règlement de litiges à l'amiable sans plus.

Concernant les commissions sectorielles des marchés, elles constituent un autre type, étant donné que leur compétence a un caractère englobant l'ensemble des litiges, il s'agit d'une consécration juridique adéquate.

En dépit que la vraie nature juridique de ses décisions ne soit pas claire ainsi que l'étendue de leur obligation.

Par ailleurs, les méthodes alternatives dans le domaine des litiges d'exécution ont été renforcées dans la compétence de l'autorité de régulation des marchés publics, ayant un caractère national. Nous nous demandons s'il s'agit là d'une compensation de l'annulation des commissions nationales, étant donné que leur compétence est plutôt nationale que sectorielle.

A première vue, il nous parait que l'arbitrage dans le règlement juridique algérien des marchés publics est autorisé dans les litiges d'exécution des marchés publics, à l'exception des litiges de passation ;

Et ce car le code de procédure civile et administrative n'autorise pas l'arbitrage en matière d'ordre public, il exclut certains litiges de contrats administratifs du champ d'application de l'arbitrage, et admet cependant les litiges à caractère financier et technique, étant des droits personnels que l'on peut céder ou s'entendre sur leur enfreinte.

La convention d'arbitrage ou l'accord d'arbitrage est considéré comme étant tranchant dans ce domaine, étant donné que les parties se mettent d'accord sur les questions spécifiques et précises qui seront soumises au tribunal arbitral, celui-ci se conformera à l'accord étant la base dans ce cas, qu'il s'agisse de litiges d'exécution ou de litiges de passation, ce qui fait de sa méthode d'arbitrage une méthode alternative globale contrairement aux commissions des marchés publics.

Nous concluons que le recours à l'arbitrage des litiges des marchés publics constitue une modification des règles de compétence judiciaire selon des normes.

Summary

There are two types of procurement commissions. The first type consists of the competent commissions in order to rule on disputes relating to provisional allocation. These are commissions of an administrative nature. The legislation stipulates that they issue administrative decisions and not advisory opinions. In spite of this, the current Public Procurement Code did not indicate the effectiveness of the decisions of these Commissions, not having indicated whether these decisions enjoyed a power of obligation or not, indicating only that they must be notified to both parties with the possibility of recourse to justice.

The second type consists of specialized commissions. They are specialized in disputes of execution, trying only to resolve the disputes or to reconcile the parties. They are considered to be the lowest of the alternative

methods, issuing advisory opinions, those are merely dispute settlement commissions.

In the case of sectoral market commissions, they are a different type, since their competence has a nature of encompassing all disputes; this is an appropriate legal consecration, despite the fact that the true legal nature of its decisions is unclear as well as the extent of their obligation.

In addition, alternative methods in the field of disputes of execution have been strengthened within the competence of the public procurement regulatory authority, which has a national character. We wonder whether this is a compensation for the cancellation of National Commissions, as their competence is rather national than sectoral.

At first glance, it seems that arbitration in the algerian legal regulation of public procurement is authorized in public procurement disputes, with the exception of procurement disputes, because the code of civil and administrative procedure does not allow arbitration in matters of public policy, it excludes certain disputes over administrative contracts from the scope of the arbitration, and admits, however, financial and technical disputes, being personal rights that one may give up or agree upon their breach.

The arbitration convention or the arbitration agreement is considered to be conclusive in this field, as the parties agree on the specific and accurate issues to be submitted to the arbitral court, which will complies on the agreement being the basis in this case, whether in the case of execution disputes or procurement disputes, which makes its method of arbitration a global alternative method in contrast to public procurement commissions.

We conclude that the use of public procurement dispute arbitration is a modification of the rules of jurisdiction in accordance with standards.

الفهرس

مقدمة 3

الباب الأول: الطعون الإدارية الخصوصية في قانون الصفقات العمومية 14

الفصل الأول : الطعون الادارية الخصوصية على المستوى المحلي والمركزي.....16

مبحث أول : تقييد الطعون الإدارية في منازعات المنح المؤقت للصفقة.....18

مطلب01: الطبيعة القانونية للمنح المؤقت للصفقة.....19

فرع أول : مفهوم المنح المؤقت للصفقة.....19

فرع ثاني :اختصاص المصلحة المتعاقدة بإصدار المنح المؤقت للصفقة.....26

مطلب 02 : ضرورة إضفاء الطابع النهائي على المنح المؤقت للصفقة.....31

فرع أول: استيفاء شرط المصادقة على المنح المؤقت لا يؤثر على طبيعته القانونية 31

فرع ثاني : التأكيد على الطبيعة القانونية للقرار الإداري المتضمن المنح المؤقت.....26

مطلب 03: ضوابط ومعايير المنح المؤقت للصفقة.....39

فرع أول :الضمانات العامة لاختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية 40

أولا : المعايير ذات الطابع العام.....41

ثانيا :الاجراءات السابقة للمنح المؤقت.....47

فرع ثاني : الزامية الاعلان كضمانة خاصة 51

أولا : شروط وشكليات الإعلان في قانون الصفقات العمومية.....51

ثانيا: معايير الاعلان في قانون مكافحة الفساد 58

مبحث ثاني : تنوع صلاحيات لجان الطعون الإدارية في منازعات الصفقات العمومية.....61

مطلب أول : اختصاص لجان الطعن الفاصلة في نزاع الابرام 62

فرع أول : قواعد اختصاص لجان الطعن الفاصلة في نزاعات الابرام 64

أولا : اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.....64

01_ تشكيلة اللجنة الجهوية.....64

02_ قواعد الاختصاص الموضوعي للجنة الجهوية.....67

ثانيا :اللجان المحلية للصفقات العمومية.....68

01 : اللجنة الولائية 67

أ_ تشكيلتها.....67

ب _اختصاصاتها.....70

02 : اللجنة البلدية 73

أ_ تشكيلتها.....73

ب _اختصاصاتها.....75

03 : لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.....76

أ_ تشكيلتها.....76

ب _اختصاصاتها.....77

أ_ 01 _ المؤسسة العمومية المحلية 77

ب_ 01 _الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.....77

فرع ثاني : الأساس القانوني للطعن أمام لجان الفصل في النزاع 78

فرع ثالث : المواعيد المقررة للطعن 86

مطلب ثاني : اختصاص لجان التسوية في نزاع التنفيذ..... 89

فرع أول : التفاوض أو المصالحة في قانون الصفقات العمومية الحالي 89

أولا: الحل الودي بداية لظهور الطرق البديلة في قانون الصفقات العمومية.....90

01: تبني الحل الودي في المرسوم الرئاسي 02_250 المتعلق بالصفقات العمومية.....90

02 : نظرية اعادة التوازن المالي للعقد كإطار قانوني للحل الودي.....92

ثانيا: اللجوء إلى المصالحة في قانون الصفقات العمومية الحالي وتنظيمها القانوني.....94

01: الطبيعة القانونية للمصالحة.....94

02 : محل المصالحة والهدف منها.....95

فرع ثاني : اللجوء إلى لجان التسوية الودية بعد فشل المصالحة.....96

أولا : الطابع الوجوبي للجوء إلى لجان التسوية.....97

ثانيا : قواعد اختصاص لجان التسوية الودية.....98

01 _ أنواع لجان التسوية الودية.....98

أ _ لجنة تسوية ودية دولية.....98

ب_ لجان تسوية ودية داخلية 99

ب _ 01 _ اللجان ذات طابع محلي.....99

ب _02 _اللجان ذات الطابع المركزي 99

02_ توزيع الاختصاص بين لجان التسوية الودّية الداخلية 99

أ _ لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة والهيئة العمومية 100

ب : لجنة التسوية الودية على مستوى الولاية.....100

ثالثا : سير العمل في لجان التسوية الودية.....102

فرع 03 : الآثار القانونية المترتبة عن الطعن أمام لجان التسوية الوديّة.....104

الفصل الثاني : الطعون الإدارية الخصوصية على المستوى الوطني و القطاعي.....107

مبحث أول : مرحلة تدرج المشرع في الاهتمام باللجان ذات الطابع الوطني 108

مطلب أول : دراسة عضوية للجان الوطنية للصفقات عبر قوانين الصفقات المتعاقبة.....109

فرع أول : تشكيلة اللجان الوطنية 110

أولا: في أمر 1967.....110

ثانيا_ في المرسوم رقم 145/ 82.....111

ثالثا_ في المرسوم التنفيذي رقم 91_434.....112

رابعا _في المرسوم الرئاسي رقم 02_250.....112

خامسا _ في المرسوم الرئاسي ل 2008.....113

سادسا _في المرسوم الرئاسي 10_236 وما بعده.....114

فرع ثاني : مدى استقلالية اللجان الوطنية.....115

مطلب ثاني: تدرج صلاحيات اللجان الوطنية عبر قوانين الصفقات المتعاقبة.....118

فرع أول : مرحلة عدم اضطلاعها بصلاحية البت في النزاعات.....119

أولا _أمر رقم90/67 مؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية.....119

ثانيا _ المرسوم رقم 145/ 82 والمرسوم التنفيذي91_434.....121

فرع ثاني: الانتقال الى صلاحية البت في النزاعات ابتداء من المرسوم الرئاسي 02- 250.....122

مبحث ثاني : مرحلة ازدياد الاهتمام الملحوظ للمشرع باللجان الوطنية للصفقات.....227

مطلب أول: تبني المشرع قاعدة تعدد اللجان الوطنية للصفقات بصفة تدرجيّة..... 128

فرع أول: الاحتفاظ بالطابع الأحادي للجنة الوطنية لصفقات الأشغال.....128

أولا : تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.....129

ثانيا: اختصاصات اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.....131

فرع ثاني : استقلال اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم عن اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات 133

أولا: اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.....134

ثانيا : اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.....134

مطلب ثاني : المسائل القانونية للطعن أمام اللجان الوطنية للصفقات.....136

فرع أول : الطبيعة القانونية للطعن الموجه أمام اللجان الوطنية..... 136

أولا : مدى إلزامية إجراء الطعن.....137

ثانيا: مدى اعتبار إجراء الطعن من قبيل التظلمات الإدارية التقليدية.....140

ثالثا: مدى اعتبار الطعن تسوية شبه قضائية.....143

فرع ثاني: النتائج القانونية المترتبة عن الطعن أمام اللجان الوطنية للصفقات.....144

أولا : الطبيعة القانونية لما يصدر عن اللجان.....145

ثانيا : القوة الإلزامية لما يصدر عن اللجان.....145

مبحث ثالث :انتقال المشرع من الاختصاص الوطني إلى الاختصاص القطاعي.....147

مطلب: أول إنشاء اللجان القطاعية للصفقات العمومية.....147

فرع أول: تشكيلة اللجان القطاعية للصفقات.....148

فرع ثاني: قواعد سير العمل على مستوى اللجان القطاعية للصفقات.....150

مطلب ثاني: تزامن اختصاص اللجان القطاعية باللجان الوطنية للصفقات العمومية.....154

فرع أول: اختصاص اللجان القطاعية بالبت في الطعون 154

فرع ثاني: المعيار المالي لاختصاص اللجان القطاعية للصفقات العمومية 158

مطلب ثالث : إلغاء اللجان الوطنية و إعادة ضبط اختصاص اللجان القطاعية 160

فرع أول : إعادة تنظيم اختصاص اللجان القطاعية.....160

أولا: إنشاء اللجان القطاعية وفقا قانون الصفقات العمومية الحالي.....161

ثانيا : قواعد اختصاص اللجان القطاعية في قانون الصفقات العمومية الحالي.....162

فرع ثاني: استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية.....165

أولا : الطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية 166

ثانيا: تشكيلة سلطة ضبط الصفقات العمومية.....168

ثالثا اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية 169

خلاصة الباب الأول 171

الباب الثاني: إجازة تحكيم نزاعات الصفقات العمومية وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية 173

الفصل الأول: ماهية التحكيم كأسلوب بديل لتسوية نزاعات الصفقات العمومية.....175

مبحث أول: مفهوم التحكيم وتفرقته عن باقي طرق تسوية النزاعات.....176

مطلب أول: مفهوم نظام التحكيم.....177

فرع أول : تعريف التحكيم.....177

أولا : التعريف اللغوي.....177

ثانيا :التعريف الاصطلاحي.....178

فرع ثاني : أساس التحكيم.....183

أولا : ارادة الخصوم.....183

ثانيا : إجازة المشرع.....185

مطلب ثاني : تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة.....187

فرع أول :التحكيم والوساطة.....187

فرع ثاني : التحكيم والصلح.....194

مطلب ثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم من المادة الإدارية 199

فرع أول :الطابع الاتفاقي للتحكيم (الطبيعة التعاقدية).....199

فرع ثاني :الطابع القضائي للتحكيم.....203

مبحث ثاني: مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.....209

مطلب أول : مشروعيته في الفقه والتشريع والقضاء المقارن.....209

فرع أول : الاتجاهات المعارضة لفكرة تحكيم النزاع الإداري.....210

أولا: مخالفة قواعد الاختصاص القضائي 210

ثانيا : الأسس التكميلية للاتجاهات المعارضة.....217

فرع ثاني : الاتجاهات المؤيدة 218

أولا : الاتجاهات الفقهية (القانون الوضعي).....218

ثانيا: أدلة مشروعية التحكيم في الشريعة الاسلامية.....221

مطلب ثاني : مشروعيته في المنظومة القانونية الجزائرية.....223

الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية.....227

مبحث أول : مفهوم الخصومة التحكيمية الإدارية 228

مطلب أول :المعايير الأساسية 228

فرع أول : المعيار العضوي.....229

أولا : المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل والمتمم.....229

ثانيا : المعيار العضوي في المرسوم الرئاسي 15_247.....237

فرع ثاني : المعيار المادي أو الموضوعي 241

أولا : المعيار المادي في المرسوم الرئاسي رقم 10_236 المعدل والمتمم.....242

ثانيا : المعيار المادي في المرسوم الرئاسي رقم 15_247 244

مطلب ثاني : المعايير التكميلية.....251

فرع أول : المعيار الشكلي.....251

أولا : استيفاء شكلية الكتابة كأصل عام..... 252

ثانيا: عدم استيفاء الكتابة كاستثناء عن المعيار الشكلي 253

01 _ توافر حالة الاستعجال الملّح.....253

02_ ترخيص الهيئة المختصة 254

ثالثا : الطابع المؤقت لتطبيق الاستثناء.....255

فرع ثاني : المعيار المالي.....257

أولا : قاعدة ثبات السعر وفقا لعتبة مالية.....258

ثانيا : الاستثناءات الواردة على ثبات سعر الصفقة العمومية.....260

01_ التحيين 260

02_ المراجعة 262

مبحث ثاني : سير الخصومة التحكيمية وفقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية.....264

مطلب اول : اتفاقيات التحكيم 265

الفرع الأول : شرط التحكيم 265

الفرع الثاني: اتفاق التحكيم 267

أولا : مفهوم اتفاق التحكيم وشروطه.....268

ثانيا : اشكالية تزامن اتفاق التحكيم بالخصومة القضائية.....269

مطلب ثاني : تدخل القضاء في سير الخصومة التحكيمية..... 272

فرع أول : تدخل القاضي الاداري للمساعدة 272

أولا : صعوبة تشكيل محكمة التحكيم.....273

ثانيا : بطلان شرط التحكيم.....274

ثالثا : رفض المحكّم القيام بالمهام المسندة اليه.....275

فرع ثاني : تدخل القاضي الاداري للرقابة.....277

أولا : ردّ المحكم بإقرار منه.....278

ثانيا: رد المحكم بناء على طلب أحد أطراف النزاع.....278

مبحث ثالث : آثار الخصومة التحكيمية "الحكم التحكيمي.....280

مطلب أول : الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي 281

فرع أول : خصائص الحكم التحكيمي 281

أولا : تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية.....281

ثانيا : اتخاذ اجراءات وأوضاع خاصة مكملة.....282

01 _ عدم امكانية ايقاف المهمة التحكيمية بعد الشروع فيها.....283

02 _حالة الايقاف المؤقت للمهمة التحكيمية.....284

3- تحديد أجال إيداع المستندات و تقديم الدفاع.....284

04_ تطبيق القانون من طرف المحكم.....284

05- انتهاء التحكيم 284

ثالثا : اتخاذ نفس شكليات الحكم القضائي.....285

فرع ثاني : القوة الالزامية للحكم التحكيمي.....286

أولا : اكتساب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه.....287

ثانيا : مظاهر اكتساب الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه.....288

مطلب ثاني : الإشراف القضائي على الحكم التحكيمي.....288

فرع أول : الطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء.....289

أولا : الاتجاه المعارض للطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء 290

ثانيا : الاتجاه المؤيد لقابلية الحكم التحكيمي للطعن (هنا نتعرض لطرق الطعن) 291

فرع ثاني : تنفيذ الحكم التحكيمي برعاية القاضي.....293

أولا : القواعد العامة لتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية.....294

ثانيا : القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم 296

خلاصة الباب الثاني.....297

خاتمة 298

قائمة المراجع 304

الملخص باللغة العربية 324

الملخص باللغة الفرنسية.....328

الملخص باللغة الانجليزية.....332

الفهرس 335