جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الحقوق
القانون العام
قانون اداري

رقم: .....

إعداد الطالب:
بوزاهر رفيق
بن هلال وسيم

يوم:2022/06/29

عنوان المذكرة

دعوى الالغاء ودعوى التوازن المالي في الصفقات العمومية

لجنة المناقشة:

لعناني بوزيد	استاذ محاضر قسم	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
عطاف الصالح	استاذ محاضر قسم	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
النوي هناء	استاذ محاضر قسم	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية2021 - 2022

شكر وعرفان:

قد يكتب القلم وينطق اللسان لكن القلب عاجز عن شكرك

ربي

الذي لا اله الا هو من كرمنا بالعقل وانعم علينا بنعمة العلم والاخلاق وارشدنا الى ماهو خير لنا ووجهنا الى الطريق المستقيم فسرنا على هذه وهدفنا الوحيد هو تحقيق النجاح لنثبت اننا لم نضيع جهود اساتذتنا الصادقة ونؤكد بأننا سنحمل كلنا أن شاء الله المشعل من بعدهم لنؤدي بدورنا المسؤولية على اكمل وجه في المساهمة ولو بالقليل في بناء هذا المجتمع،الى من بلغ الامانة ونصح الأمة الى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم .

نتقدم بجزيل الشكر وبأصدق عبارات الإمتنان والتقدير الى الأستاذ الفاضل"**عطاف الصالح** "اشكره على سعة صبره وتفهمه وتشجيعه لي أثناء إعدادنا المذكرة ومساعدته لنا في جمع المادة العلمية.

كما اتقدم بالشكر الجزيل لكل من قدم لي المساعدة من قريب أو بعيد.

الإهداء

1/ الى الذين رأيت منهم الفضل ولم يبخلا على بالتوجيه والنصح والارشاد والدايا الكريمين و

كل فرد من عائلتي كان نعم السند في كافة مراحل الحياة

الى مصدر طاقتي والى القلب الذي تهفو اليه الروح في كل لحظة من لحظلت الحياة امي الغالية

الى اولى الفضل من الزملاء والاقارب والاحباء والى كل من كان عونا لي في كافة مراحل الدراسة .

2/الحمد لله والصلاة على الحبيب الصطفى واهله ومن وفى الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه

الخطوة في مسيرتنا الدراسة والعلمية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى

هذا العمل مهدى لوالدي الكريمين ابي الف رحمة ونور تنزل عليه وعلى روحه الطاهرة

الوالدة سندي بدعواتها لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولاتزال معي وسندي الاخوة والاخواة

الى الرفقاء والزملاء صديقي رياض والى من فارقتهم في هذه الدنيا ماليك وعبد المعين والى

الزوجة الكريمة وابنائي محمد ومؤيد عبد الماجد

الى كل من اثر في حياتي

قائمة المختصرات:

م.ع: محكمة العليا

م ج : مجلس الدولة

م إ : محاكم ادارية

ق.إ.ج: قانون الاجراءات الجزائية

ص.ع : صفقات العمومية

د.ع : دعوى الالغاء

د ت م :دعوى التوازن المالي

م.ق: مجلة القضائية.

ص: الصفحة .

مقـــدمـــــة

تعتبر الصفقات العمومية أداه إستراتيجية هامه وضعها المشرع في يد الإدارة والسلطة العامة لانجاز العمليات المالية (المشاريع التنموية) فهي عقود مكتوبة تباشرها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد حيث تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية حيث تضع أو تنظم مجموعه من الضوابط والقيود وذلك خلال الإبرام والتنفيذ كما ضمن للأطراف الصفقة الحقوق والالتزامات الواجب التقيد بها و عدم الخروج عنها وفقا للمبادئ التي اقرها المشرع النزاهة المساواة والعلانية وعليه فان للرقابة القضائية فضل في توفير ضمانات جدية ضد تعسف المصلحة المتعاقدة وخروجها عن القانون وهذا بما يتوفر لدى القاضي من ضمانات تضمن حياده لحل المنازعات سواء على مستوى الإبرام أو على مستوي التنفيذ خلال قيام المتعامل متعاقد بالطعن وإلغاء التنفيذ ضد القرارات الإدارية المنفصلة وكذلك الطعن عن طريق القضاء والذي يعتبر القضاء الأصيل للعقود الإدارية حيث يخول للقاضي الفاصل في المادة الإدارية سلطات واسعة لحسم النزاع، فله من الخصائص العامة كالطابع والكتابة والسرية التي تهدف إلى إعادة توازن لدعوى التي تؤثر عليها أحيانا حضور متقاضي عمومي له سلطه عامه وله من الوسائل القانونية ما لا يتوفر عليه المتقاضى العادي كحق الرقابة والتعديل وتوقيع الجزاء والفسخ وهذا ما من شأنه المساس بالوضعيات القانونية للإفراد إذا لم يتصدى لها وتعامل على قدم المساواة مع المتعامل المتعاقد.

أهميه الدراسة:

لقد تجلت أهميه اختيار هذا الموضوع كدراسة أكاديمية الصفقات العمومية في المكانة التي تشغلها كل مجالات التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أولاها المشرع من قيمه وذلك بالرجوع إلى التعديلات العديدة والمتكررة في تنظيماتها ونصوصها والكم الهائل من الأموال المخصصة لتنفيذها دوره و كذا لإبراز القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة والذي يهدف من خلاله إلى توفير أمن قضائي يشجع على لجوء المتعاملين إلى إبرام العقود مع

الإدارة مهما كان نوع العقد المبرم , وهذا في ظل علاقة تعاقديه غير متكافئة فان القضاء الإداري هو الحامي لحقوق المتعاقدين مع الإدارة قبل وبعد وأثناء تنفيذ الصفقة .

أهداف الدراسة:

كما إن الهدف من هذه الدراسة هو إبراز دور القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية خاصة وان القضاء الإداري الجزائري حديث نشاه والبحث فيه أكثر من ضروري فالأبحاث في دعوى الصفقات العمومية قليله جدا مما يستوجب التطرق لسلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية والبحث فيها والنظر لا هم التطبيقات القضائية لكل سلطه من السلطات الإدارية وكذا الآليات التي يمكن للمتعاقد استعمالها في المطالبة بحقوقه حتى يتجلى لنا اكثر الدور الرقابي للقضاء الإداري.

أسباب الدراسة :

من الأسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع الدافع المهني الوضع الراهن في البلاد والذي يتميز بحركية اقتصاديه كبيره أدت إلى التوسيع في النفقات وخاصة نفقات التجهيز مما جعل اللجوء للصفقات العمومي يزداد بشكل كبير.

الدراسات السابقة:

تستند هذه الدراسة على مجموعه من الأبحاث الأكاديمية منها المتخصصة على سبيل المثال: مذكرة شهادة الماجستير بعنوان محل دعوى الالغاء في التشريع والقضاء الجزائريين كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر .باتنة 2013

الإشكالية :

و على ضوء ما تقدم ارتأينا أن تتمحور إشكاليه البحث في:

_ ما هو الأثر القانوني والإجرائي لكل من دعوى الإلغاء ودعوى التوازن المالي في حسن سير الصفقات العمومية وفقا لتشريع الجزائري ؟

المنهج المستخدم :

وللإجابة على هذه الإشكالية اخترنا استخدام كل من المنهج التاريخي لعرض التطور التاريخي لقانوني الصفقات العمومية وكذا المنهج التحليلي لتحليل المواد والنصوص القانونية التي جاء بها المشرع مع الاستعانة أحيانا بأحكام وقرارات القضائية التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي وذلك على سبيل المقارنة بين النظام القانوني للقضاء الجزائري و القضاء الفرنسي ومنه استعمال المنهج المقارن وكذا المنهج الوصفي وهذا لغرض عرض بعض المفاهيم التي وردت في سياق الدراسة

تقسيم الدراسة :

لتحقيق الهدف من الدراسة ارتأينا دراسة هذا الموضوع بالشكل التالي فصلين أساسيين يسبقهما فصل تمهيدي بحيث خصصنا الفصل التمهيدي لدراسة الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية والتأصيل التاريخي ' وكذا المعايير التشريعية للصفقات العمومية فيما تناولنا في جزئيته الثانية طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

الفصل الأول: تطرقنا فيه لدعوى الإلغاء ومجالات تطبيقها في الصفقات العمومية في المبحث الأول تناولنا مفهوم دعوى الإلغاء في الصفقات العمومية و في المبحث الثاني رقابة قضاء الإلغاء على الصفقات العمومية.

الفصل الثاني خصصناه لدعوى التوازن المالي في الصفقات العمومية

في المبحث الأول تناولنا نظرية الأمير كأساس للتعويض وفي المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى نظريه الظروف الطارئة وأخيرا وفي المبحث الثالث عرضنا نظريه الصعوبات المادية الغير المتوقعة.

الفصل التمهيدي:

الإطـــــار

المفاهيمـــــي

المبحث الأول: ماهية الصفقات

تم تقسيم هذا المبحث إلى مطالبين هما : نشأة وتطور عقد الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري (المطلب الأول) ،و مفهوم الصفقات العمومية في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نشأة وتطور عقد الصفقات العمومية الجزائر

إن نظرية العقد الإداري نظرية من منشأ قضائي أرسى قواعدها ومبادئها القضاء الفرنسي بعد أن إقتنع بعدم صلاحية نصوص القانون المدني كأصل عام لتحكيم العقد الإداري وهذا بحكم إختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها، فالعقد المدني يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأطراف الرابطة التعاقدية ، أما العقد الإداري فيسعى لتحقيق المصلحة العامة وعلية

سنوضح في هذا المطلب التطور التاريخي لصفقات العمومية وكذا كبعض المفاهيم في سياق الدراسة

الفرع الأول: نظام الصفقات العمومية قبل صدور الأمر 67-90

حيث تضم هذه المرحلة من الدارسة قسمين أساسيين أو مرحلتين سنتطرق في المرحلة الأولى إلى نظام الصفقات العمومية أثناء الفترة الاستعمارية خلال المرحلة الممتدة من 1830-1962 ،وتخصص المرحلة الثانية من الدراسة للمرحلة الانتقالية لنظام الصفقات العمومية والممتدة من 1962 إلى غاية جوان 1967.[1]

أولا: نظام الصفقات العمومية أثناء الفترة الاستعمارية (1830-1962)

[1]بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، طبعة 4، جسور لنشر ، الجزائر ، 2014،ص 7-8

وغدات هاته الفترة كانت التشريعات الفرنسية سارية المفعول في كافة المجالات وخاصة الصفقات العمومية حيث كان من المستحيل أن تخضع الجزائر لغير من التشريعات وقد أصدر المشرع الفرنسي العديد من التشريعات في هذا الصدد نذكر منها:

- **المرسوم الصادر في 30 أكتوبر 1953 المعدل والمتمم والمتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات المحلية .**
- **المرسوم رقم53-405 المعدل والمتمم والمتعلق بنظام صفقات الدولة و المؤسسات العمومية غير الخاضعة للقوانين والعادات التجارية .**
- **المرسوم رقم54-496 المعدل والمتمم والمؤرخ في 11 جوان 1954 والمتضمن تبسيط الإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة والقرار التطبيقي له والصادر في 11 جوان 1954**
- **المرسوم رقم56-256 والمؤرخ في 13 مارس 1956المعدل والمتمم والمحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة .**
- **المرسوم رقم57-24 والمؤرخ في 08 جانفي 1957والمتعلق بإبرام الصفقات في الجزائر**
- **المرسوم رقم 57-1015 المعدل والمتمم والمحدد بمراقبة الصفقات العمومية المبرمة باسم الدولة.**
- **المرسوم رقم 59-370 المؤرخ في 28 فبراير 1959 والمتعلق بمساهمة المؤسسات في الصفقات العمومية قصد تسهيل التنمية الجزائر**
- **القرار المؤرخ في 12 فبراير 1957المعدل والقاضي بتمديد التنظيم الفرنسي إلى الجزائر.[1]**

[1] بوضياف عمار المرجع السابق ص 8

يتضح جليا من خلال ما سبق من أوامر ومراسيم محاولة المستعمر وتكريسه للأداة التشريعية أيضا لتحقيق أطماعه وأهدافه الاستيطانية والاستلائية .

ثانيا: نظام الصفقات العمومية خلال المرحلة الانتقالية جويلية 1962حتى جوان 1967

قد إمتد سريان القوانين الفرنسية بما فيها قانون الصفقات العمومية إلا ما كان منه مخالفا ومتعارضا مع السيادة الوطنية الجزائرية ويعود ذلك للفراغ الذي تركه رحيل الاستعمار من الناحيتين القانونية والبشرية وقد أقر نص القانون الصادر في ديسمبر1962 على تمديد سريان قوانين الكولونيل على الجزائر المستقلة.

وقد تميز **المرحلة الأولى (مرحلة ما بعد الاستقلال) :**

إذ كان من غير الممكن على الإطلاق أن يتم الإعلان رسميا عن بالتخلي نهائيا عن التشريع الفرنسي وقطع العلاقة به ولضرورة الإعلان أيضا للإعلان أيضا عن التشريع الجديد الذي يسجل محل التشريع الملغي(التشريع الاستعماري) ولما كان هذا التشريع غير متوفر ولم يتم تحضيره ، وكان يجب أيضا أن تستمر الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات الإدارية في إبرام صفقاتها لما للصفقات من دور بارز ومهم في العملية التنموية اضطرت الدولة أن تعلن عن احتفاظها مؤقتا بالتشريع الفرنسي .[1]

ومن منطلق أن تشريع الصفقات تشريع تقني يبين سائر الأحكام المتعلقة بعقود الإدارة العامة من حيث طرق الإبرام وإجراءاته ومن حيث سلطات الإدارة وحقوق المتعاقد معها ومن حيث قواعد التنفيذ والرقابة على التنفيذ وكذلك قواعد إنهاء الصفقة وقواعد حسم الصفقة ومنازعاتها ، فان هذا التشريع لا يمس بأي حال من الأحوال الجانب السياسي ولا مضرة من حيث الأصل في الاحتفاظ به و أقر به الموقع في ديسمبر 1962 من

[1] بوضياف عمار ، المرجع السابق ، ص11-12

تمديد سريان القوانين الفرنسية وتطبيقها في الجزائر في المرحلة التالية للاستقلال فطبقت خلال السنوات الأولى للاستقلال التي عقبت مغادرة فرنسا أرض الجزائر.[1]

ولا خلاف أن لهذه المرحلة عظيم الأثر في التأثر بالنمط الفرنسي في تنظيم الصفقات العمومية وهو ما أتضح جليا في تشريعات وتنظيمات أخرى صدرت بعد الفترة الانتقالية خاصة وأن فرنسا حاولت قدر الإمكان أن تبعد من مجال تطبيق الصفقات العمومية المؤسسات الصناعية والتجارية للأسباب تتعلق أساسا بالتوجه الليبرالي لهذه الدولة الأمر الذي دفعها أن تخص في قانون الصفقات العمومية فقط الدولة والإدارة المحلية والمرافق العامة ذات الطابع الإداري تاركة عقود الشركات التجارية والصناعية لتنظيم تشريع أخر مستقل هو التشريع التجاري غير أن احتفاظ الدولة الجزائرية بالتشريع الفرنسي في المرحلة الانتقالية لم يمنعها على الإطلاق من إصدار بعض التنظيمات .[2]

الفرع الثاني : نظام الصفقات العمومية بعد صدور الأمر 67-90

حيث تم إصدار المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 1964/03/26 الذي قرر بموجبه إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية وإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية ، واستوجبت المعطيات المستجدة ومقتضات المصلحة العامة إصدار نصوص تنظيمية كان أولها الأمر **67-90** .

وفي محاولة من المشرع لتلاقي النقص الوارد به وتماشيا مع التيار الاشتراكي لجأ إلى إصدار المرسوم 82-145 .

[1] علوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الاداري (الصفقات العمومية) ، مذكرة نيل درجة الدكتورة الدولة في القانون العام ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2008-2009 ، ص 23.

[2] بوضياف عمار ، المرجع السابق ، ص 12-13

وبعد ذلك ونتيجة لتطورات الحاصلة والمتمثلة في انخفاض عائدات البترول وكذا انخفاض المستوى المعيشي وسوء الأوضاع الاجتماعية وفي محاولة للاستجابة لهاته الأوضاع وجد المشرع نفسه مضطر إلى مسايرتها مما أدى إلى تبين تحولات جذرية مست النشاط الاقتصادي والتي دفعت البلاد لدخول اقتصاد السوق ولهذا ظهرت الحاجة لوجود تعديل يتماشى و هذه الظروف وهو ما تم فعلا بصدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434[1] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بحيث أشار بدوره إلى موضوع والمتعامل الثانوي ضمن قسم السادس .

82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي والملاحظ في هنا النص الجديد هو إحداث تغيير في الطبيعة القانونية للنص الذي تنظم مجال الصفقات العمومية بحيث[2] كل النصوص التي نظمت في السابق هذا المجال أي منذ الاستقلال كانت عن طريق أوامر أما في سنة 1982 فأصبحت مرسوما.

إلى جانب هنا نلاحظ تغيرا في الإطار الذي ينظم هذا المجال بحيث كانت الصفقة العمومية في السياق تنظم في إطار نص تشريعي أما في 1982 فأصبح الإطار الذي ينظم هذا المجال هو النص التنظيمي هذا الأخير أصبح كذلك ينظم صفقات المتعامل العمومي بدلا من الصفقات العمومية.

[1] لوز رياض ، تعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية "المرسوم الرئاسي رقم 02-220 ، مذكرة نيل شهادة الماجستر في القانون فرع الدولة المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 2007/2006 ،ص 03

[2] تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي الصفقات العمومية رافقة استراتيجية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية لحالة ذاتية رقم 2012/07،نشرية صادرة عن اللجنة الدائمة المكلفة بالقضايا الاقتصادية والمشاريع الاستيراتيجية ، بالمغرب ، مطبعة كاتيرتت ، نقلا عن عانس حبيب عبد الرحمان مرجع سابق.

وما يلفت الانتباه فيما يخص ظروف صدور هذا النص هو أنه جاء بعد صراعات بين الإدارة الصناعية من جهة والإدارة التقليدية والمتمثلة في وزارة المالية والاقتصاد معا من جهة أخرى ولينتهي هذا الصراع في الأخير لصالح الإدارة الصناعية[1]

لقد تزامن هذا النص مع بعض التغييرات في المجال الاقتصادي ، بحيث أصبحت المؤسسات العمومية تمثل المتعامل الاقتصادي التابع للقطاع العام إلا أن هذا النص تعرض هو كذالك لعدة تعديلات بواسطة مراسيم أخرى 1983-1984-1986-1988 إلا أن جاء دستور 1989 والذي أحدث تغييرا جديد والمتمثل في الانتقال من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي وبالموازات مع هذا التغيير عرف القانوني للصفقات العمومية هو الآخر تغييرات جديدة مسايرة للأوضاع الجديدة ، خاصة مع التحولات الاقتصادية الكبرى ومن بين أهم المسائل المطروحة آنذاك هو إعادة النظر في دور الدولة ، بحيث حاولت هذه الأخيرة ألا تتدخل مباشرة في الأنشطة الاقتصادية بل تتفرغ أكثر فأكثر للنشاطات الحيوية الأخرى وفي هذا مع هذا الاتجاه صدر المرسوم التنفيذي[2] 91-434المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1891 أن التعديلات التي جاء بها هذا النص جاءت لجعل نظام الصفقات العمومية أكثر مسايرة لنظام الاقتصادي الجديد،

ومن بين أهم الأهداف التي جاء لتحقيقها نذكر:

- المساواة بين القطاع العام والقطاع الخاص وبالتالي إلغاء نظام الاحتكار ترسيخ قاعدة المنافسة

[1] عانس حبيب عبد الرحمان ، مرجع سابق

[2] أنظر لوز رياض ، المرجع السابق ،ص 04-05 بتصرف

- إعطاء المصلحة المتعاقدة الحرية في تحديد المعايير والشروط التي يمكن أن تطبقها اختيار أفضل متعامل
- تبسيط الإجراءات المتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية
- تفضيل الحل الودي على القضائي في حالة نشوب نزاعات
- إقرار أنواع مختلفة من الرقابة بهدف توفير وتحقيق الشفافية في إبرام الصفقات.

وجدير بالذكر إلا أن هذا النص هو الأخر تعرض لعدة تعديلات إضافية عن طريق مراسيم تنفيذية رقم 94-178 ورقم 96-54 ورقم 98-87 والتعديلات التي وردت في هذه النصوص لم تكن جوهرية بالمقارنة مع النص الأخير التعديل الأساسي المحدث فيها ويتمثل في السقف المالي الذي يلزم المصلحة المتعاقدة عند إبرامها لصفقة تساوي أو تفوق ذلك السعر.المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو2002:

قد جاء هذا النص في ظل ظروف اقتصادية وسياسية واجتماعية متميزة عاشتها الجزائر ومازالت تعيشها ونذكر من بين أهم الأهداف التي جاء من أجلها:

- البحث عن أكبر قدر من الشفافية والمنافسة
- حماية المتعامل المتعاقد[1]
- الاستعمال الأمثل للأموال العمومية

وبالفعل فقد أدخل هذا المرسوم تعديلات وتغييرات في مستويات عديدة حاول من خلالها سد جميع الثغرات والنقائص التي كانت موجودة قبل صدوره، كما أخذ في الحسبان الظروف الجديدة فسايرها ، سواء على المستوي الداخلي أو الخارجي خاصة مع حتمية توجه الجزائر نحو الانضمام إلى نظام العالمي لتجارة.

[1] أنظر لوز رياض ، المرجع السابق ،ص 04-05 بتصرف

ومن بين أهم التعديلات التي أبرزها هذا النص هو الإطار القانوني الذي أصبح ينظم محال الصفقات العمومية والمتمثل في المرسوم الرئاسي الذي صار الإطار الجديد المنظم لهذا المجال وبالتالي إعطاءه أكثر أهمية

المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 المعدل والمتمم حيث جاء هذا المرسوم أو قام بأخرى يرفع القيمة المالية لصفقة إلى **600.000 دج**

كذلك أشار هذا المرسوم إلى تغير طفيف على مستوى تشكيلية لجان الصفقات العمومية وكذا إمكانية إعفاء المصلحة المتعاقدة من تأشيره اللجان المختصة بالصفقات إذا كانت ذات طابع متكرر على أساس دفتر الشروط نموذجي تمت المصادقة عليه سابقا.

المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 06 سبتمبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم ، احدث المشرع هذا النص لتفادي النقص الحاصل والموجود في التشريعات السابقة من جهة ومحاولة منه لمواكبة التقدم العلمي السريع ومحاولة تحرير[1] الاقتصاد من جهة الأخرى وللإشارة فإن هذا المرسوم تعرض لعدة تعديلات كسابقيه من المراسيم والأوامر كان أول هذه التعديلات تعديل 2011 بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 ثم تلاه تعديل 2011 بموجب المرسوم الرئاسي 11-222 وثالث هذه التعديلات وأخرها كان سنة 2012 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03.

ولكن مع إثبات عدم نجاعته وصعوبة التطبيق الميداني للنصوص السابقة الناجمة عن وجود فراغات قانونية انجر عنها تأخر انجاز مشاريع وتعطيل عجلة التنمية من جهة

[1] عانس حبيب الرحمان ، المرجع السابق ، ص 41

وانهيار أسعار البترول من جهة أخرى دفع بالمشرع إلى إصدار تشريع جديد يواكب هذه التحديات ويستجيب لمتطلبات الدولة الراهنة.

المرسوم الرئاسي 15-247 هذا التشريع يؤخذ عنه أنه يمتاز بالدقة و التحيين المتكامل لأغلب النصوص السابقة من اجل تسير أحسن للأموال العمومية وقد حمل هذا المرسوم في طياته العديد من الأمور المستحدثة التي تم اقتراحها بهدف تحقيق وتسهيل إجراءات إبرام الصفقات العمومية .

وعليه فان الغاية الموجودة من هذا الإصلاح هي السماح للمصلحة المتعاقدة بتلبية حاجياتها في جو من الشفافية والمصداقية والحرية التعاقدية والمساواة بين المتعاقدين من جهة وكذا العمل على ترشيد النفقات وإستعمال المال العام وحمايته من شتى مظاهر وأشكال الفساد.

وقد أخذ هذا المرسوم في الحسبان التطورات الاقتصادية التي شهدتها البلاد والتي تميز بالركود نتيجة انهيار أسعار المحروقات وكذا انخفاض قيمة الدينار الجزائري في السوق العالمية وفي خضم هذه الظروف أدخل المشرع مجموعة من التعديلات والتقنيات والإصلاحات التي من شأنها إعادة هيكلة وتنظيم الصفقات العمومية ، عكس ما كان عليه الحال في ظل المرسوم السابق 10-236 والذي جاء في ظل ظروف اقتصادية ملائمة عرفت من جهة وفرة مالية كبير نتيجة التهاب أسعار البترول ومن جهة أخرى وللأسف تفشي ظاهرة الفساد والفضائح المالية بشكل كبير الأمر الذي دفع بالمشرع إلى[1]

[1] عانس حبيب الرحمان ، المرجع السابق ، ص 41

وضع وتبني منظومة قانونية وتنظيمية تستجيب لهذه التحديات قصد ضبط وحماية المال العام بالدرجة الأولى.[1]

ومما سبق يتضح جليا لنا أن العقد الإداري إما أن يتحدد بنص القانون أو بتطبيق المعايير القضائية المشار لها

ففي بعض الحالات تبرم الإدارة عقود تخضع للقانون الخاص بطبيعتها ، إلا إن القانون بغير هذه الطبيعة ويجعلها إدارية إما بصفة مباشرة أو غير مباشر ، كأن يمنح المشرع الاختصاص الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلى المحاكم الإدارية .

أما في حالة غياب النص القانوني نرجع إلى النظرية التقليدية التي تقضي بأن العقد الإداري يتحدد بموجب ثلاث معايير قضائية المشار لها معيار عضوي الإدارة طرف في العقد ومعيار موضوعي (تعلق العقد بالمرفق العام ومعيار الشروط الغير مألوفة).[2]

المطلب الثاني : مفهوم الصفقات العمومية

إن الصفقة العمومية باعتبارها من الأعمال القانونية للإدارة بصفة عامة ومن التصرفات الإدارية بصفة خاصة فهي تخضع إلى نظام قانوني متنوع من حيث الأحكام والمبادئ التي تحكمها سواء تعلق الأمر بكيفية إبرام الصفقة العمومية أو تنفيذها أو الظروف المحاطة بإنجازها

و حتي نتمكن من معرفة الصفقات العمومية ونتحكم في مضمونها ، وجب علينا تعريفها بناءا على تعريف المشرع لها على اعتبار أن التعريف التشريعي يقدم على باقي

[1] عانس حبيب الرحمان ، المرجع السابق ، ص 45-46

[2] لياد ناصر، القانون الإداري –الجزء الثاني – النشاط الإداري ، طبعة 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004، ص 390 (نقلا عن مانع عبد الحفيظ ،المرجع السابق ، ص 13)

التعريفات سواء القضائية أو الفقهية ، تم تعريفها بعد ذلك من و جهة نظر القضاء ، الذي يعتبر شارحا ومترجما لتشريع عند الإبهام وعدم الوضوح لنتطرق في الأخير لتعريف الفقهي القائم على تدقيق والتعليل لكل النصوص والمسائل القانونية.

– ومما لا شك فيه أن العلاقة بين العقد الإداري والصفقات العمومية علاقة واضحة وجلية ، فهي من حيث التأصيل القانوني عبارة عن عقد إداري إلا أن هذا للأخير يتخذ طبيعية وشكل محدد بجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقضي توافق الإرادتين على إحداث اثر قانوني ، ولذلك وجب علينا أيضا التمييز بين الصفقة العمومية والعقود الإدارية الأخرى (عقود المدنية ، عقود التجارية، عقود العمل).

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية

أولا : لغويا : كلمة صفقة لغة هي العقد أو البيعة ، ويقال صفقة رابحة أو خاسرة وكلمة صفقة مأخوذة من صفقة بمعني ضرب اليد على اليد في البيع وهي علامة إجرائه و إتمامه.

ثانيا: اصطلاحا: فكلمة صفقة دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحته احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته مصطلحات خاصة بعالم المال والأعمال.

إن التعريف التشريعي للصفقة العمومية هو المبتدأ به، متبوعا بالتعريف القضائي لما للقضاء الإداري من فضل ودور كبير في إيجاد قواعد القانون الإداري وتنظيمها ثم[1]

[1]لياد ناصر ، المرجع السابق ، ص 390

تختم هذه التعريفات وتتوجها بتعريف الفقه وبيان جهود الفقهاء في تعريف الصفقة العمومية.[1]

ثالثا:التعريف التشريعي الصفقات العمومية

لقد عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية في كل القوانين والتنظيمات الصادرة بخصوصها في مراحل عدة ، فعرفها في أول تنظيم لصفقات والصادر سنة 1967 بموجب الأمر 67-90 في مادة الأولى بقولهّ: " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات ،أو خدمات ضمن الشروط المنصـــوص عليها في هذا القانـــــون (والمقصود هنا بالعمالات أي الولايات) [2]

– عرفها المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145 في مادته الرابعة على أنها "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات"[3]

– وعرفها المشرع في المرسوم التنفيذي 91-343 في مادته الثالثة على أنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم فصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة "[4]

---

[1] لياد ناصر ، المرجع السابق ، ص 390

[2] الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 ، والمتعلق بنظام الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 52 ، عام 1967

[3] المادة 04 المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10أفريل 1982 يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد 57 ، المؤرخة في23 أفريل 1982

[4] المادة03 المرسوم رقم 91-494 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 تنظيم الصفقات العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991

– وعرفها أيضا تعريف المرسوم الرئاسي 02–250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بقوله " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء واللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"[1]

– وعرفها في آخر مرسوم رئاسي للصفقات 15–247 بأنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في الشروط المنصوص في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات" [2]

فمقارنة بين التعريفات نجد أن المرسوم الجديد قد حصل بعض الإضافات بجملها فيما يلي :

– الصفقات العمومية تتم بمقابل فهي من عقود المعارضة والملزمة للجانبين

– ذكر التعريف المتعاملين الاقتصاديين ، فهو ما لم تشر له التعريفات السابقة وهذه إضافة للجانب العضوي للصفقة[3]

– كما ثبت عناصر قديمة وردت في التعريفات السابقة لصفقات العمومية تتمثل في :

هي عقود مكتوبة ، الكتابة هنا ليست التوثيق عند الموثقين ، بل الكتابة الإدارية المبينة بوثائق ومحررات إدارية موقعة ومختومة من طرف الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي.

---

[1] المادة04 المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 تنظيم الصفقات العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010 ص 05

[2] المادة02 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومي وتفويضها المرفق العام ، الجريدة الرسمية ، العدد50، المؤرخة في 30 سبتمبر2015 ص 05

[3] بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الرابعة ، جسور لنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 38-39

أن موضوع الصفقة محدد في أربع أنواع : صفقة أشغال عمومية واقتناء لوازم وخدمات والدراسات .

للصفقة العمومية شروط وإجراءات محددة بموجب نفس المرسوم 15-247 .

يلاحظ أيضا من خلال هذه التنظيمات إصرار المشرع على تعريف عقد الصفقة العمومية وقد يرجع هذا ربما للأسباب التالي بيانها:

- الظروف الخاصة لإبرام الصفقات وإجراءاتها المعقدة وبالتالي تميزها عن باقي العقود

- سلطات الشخص العام الاستثنائية عندما يبرم الصفقة العمومية والتي لا نجدها في عقود أخري.

- علاقة الصفقة بالمال العام والخزينة العامة.

رابعا: التعريف القضائي لصفقات العمومية:

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات، إلا أن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفقات العمومية ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية الجهة المختصة في المادة الإدارية الى[1] إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما ، خاصة إن كانت هذه الجهة تتوقع في قمة هرم القضاء الإداري وهذا هو الدور الطبيعي لجهة القضاء إن القضاء الإداري وهو يفصل في بعض المنازعات ، وإن كان ملزم بالتعريف الوارد في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية وأن لا يخرج عنه، غير أن الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير

[1]بوضياف عمار ،مرجع السابق ، ص 38-39

وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالواقع محل الدعوى ومن هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء وإضافاته.

وعليه **تعريف القضاء الإداري الجزائري :**

حيث عرف مجلس الدولة الصفقات العمومية في قراراته غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 15-62 فهرس 873 إلى القول " حيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو خدمات"[1]

خامسا: التعريف الفقهي لصفقات العمومية

لقد وردت بعض التعريفات الفقهية لصفقات العمومية من بينها ما تبناه الفقيه الفرنسي أندري ديلوبادر فعرفها على أنها "عقود بمقتضاها يلتزم المتعاقد القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل ثمن محدد" ورد في تعريف أخر لصفقات العمومية عقد مكتوب بين طرفين ، أو أكثر يلتزم فيه الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه .[2]

الفرع الثاني: المعايير التشريعية لصفقات العمومية

بالرجوع إلى المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يمكننا أن نستشف مجموعة من المعايير أو الخصائص أو الشروط المطلوبة لإبرام الصفقة العمومية يمكن إن توردها في معايير متفق عليها وهي :معيار الشكلية

[1] بوضياف عمار ، المرجع السابق، ص 39

[2] نسيغة فيصل، النظام القانوني للصفقات العمومية واليات حمايتها ،مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد الخامس مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ص 110

ومعيار مالية و معيار موضوعي ومعيار عضوي ومعيار محل خلاف فقهي وهو معيار الشروط الغير مؤلفة.[1]

أولا: معيار العضوي : طرفي الصفقة لا يخرجان من أحد الوصفين:

1- **المصلحة المتعاقدة:** تتمثل الشرط أو المعيار العضوي لصحة الصفقة العامة أن الدولة أو الجماعات المحلية (الولاية ، البلدية)أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية الخاضعة لتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عمل ممول كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية طرف في العقد أو بصفه آخر وجوب كون أحد أطراف الصفقة العامة شخصا من أشخاص القانون العام وذلك كون العقد الإداري لا يكون أحد أطرافه شخص قانون عام المحددين بموجب القانون لا يعد عقدا إداريا"

وقد اصطلح المشرع على الشخص المعنوي العام الذي يجب أن يكون طرفا في العقد حتى يدخل في إطار الصفقات العمومية الهيئات الوطنية المستقلة ، الولايات ، البلديات ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية ، مؤسسات الخوصصة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي ، مؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي التقني .

2- **المتعامل الاقتصادي:**من النصوص قانون الصفقات العمومية نجد أن المشرع أطلق هذه التسمية على طرف الصفقة الثاني والذي هو في غالب الأحوال شخص من أشخاص القانون الخاص ، والظاهر أن المشرع الجزائري عمد إلى تغيير المسمي من المتعامل المتعاقد

[1] أنظر تيقاوى العربي .عيود ميلود ، الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247 مجلة اقتصاديات المال والاعمال ، العدد السادس ، جوان 2018 بتصرف، ص 227 بتصرف

إلى المتعامل الاقتصادي وذلك لتوحيد المصطلح الوارد في قانون المنافسة وللتوضيح أكثر فإن المشرع الجزائري عمد إلى تحديد المعيار العضوي بشكل أدق بالاعتماد على العضو مستثنى العقود التالية :

- **العقود المبرمة بين الهيئات والإدارات العمومية فيما بينها.**
- **العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة لتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تزاول نشاط لا يعون خاضعا للمنافسة.**
- **العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية وبموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا.**

3- المتعامل الموضوعي (المادي): ويقصد به محل أو موضوع العقد (الصفقة العمومية) وموضوع الخدمة التي تقديمها المتعاقد مع الإدارة لهاته الأخيرة المتعاقدة، بقصد به موضوع أو محل الالتزام كما هو وارد في القانون الخاص وموضوع الصفقة يشمل على سبيل الحصر (الأشغال، اللوازم ، الخدمات، الدراسات). [1]

وبحكم أن الإدارة تبرم عقود كثيرة فلا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة بمثابة عقود إدارية ، بحيث أن الشرط الأساسي لاعتبار العقد إداريا هو أن تسلك الإدارة فيه طريق القانون العام لذلك كان لزما علينا إبعاد جملة من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية وعدم إطلاق وصف الصفقة عليها نذكر منها: عقود التأمين ، عقود النقل وغيرها من العقود الخاصة[2]

[1] لعور بدرة ، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية حسب التشريع الجزائري اليوم الدراسي لتنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة ،17 ديسمبر ، ص5-6

[2] لعور بدرة ، المرجع السابق، ص 07

4- **المعيار الشكلي** : أي وجوب اشتراط عنصر الكتابة في الصفقة حيث وبالرجوع لتعريف الصفقات العمومية في المادة 01 من الأمر 67-90 والمادة 04 من المرسوم 82-145 والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 31-434 والمادة 04 من المرسوم 82-145 والمادة الثالثة أيضا من المرسوم الرئاسي 02-250 نجد أن المشرع الجزائري تثبت على مبدأ واحد وهو أن[1] الصفقات العمومية عقود مكتوبة وهو نفس النهج الذي سار عليه المرسومين الرئاسيين 10-236 و15-247 ، ولعل سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف التنظيمات الصادرة في هذا الشأن أن الصفقات العمومية:

-أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية ومختلف البرامج الاستثمارية

-عقود ملزمة للجانبين ، ومن عقود المعاوضة ، لذا وحيث كتابتها للوقوف عند المركز القانوني والتعاقدي لكل طرف في العقد وماله وما عليه تتحمل أعبائها المالية الخزينة العمومية (مبالغ ضخمة)

وقد أكد أيضا المشرع من خلال المادة 03 من المرسوم 15-247 على أن الصفقات تبرم قبل الشروع في التنفيذ " تبرم الصفقات العمومية قبل الشروع في تنفيذ الخدمات"[2]

ومن النص يستشف أن المشرع جعل عملية التنفيذ لاحقة على الإبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة فلا تنفيذ إلى بعد توقيع الصفقة من الجهات المخولة قانونا .

وجوب توقيع الصفقة من قبل السلطة المختصة:

وهو ما جاءت به المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 لتبين السلطة الإدارية المخولة بالتوقيع على الصفقة العمومية بالنظر لأهمية هذه الوثيقة وقيمتها المالية

[1] بوضياف عمار، المرجع السابق ، ص 122

[2] المادة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247.

والقانونية، حيث ورد فيها ما يلي :« لا تصلح النفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة :

- مسؤول الهيئة العمومية
- الوزير
- الوالي
- رئيس البلدية
- المدير العام أو المدير المؤسسة العمومية[1]

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا لأحكام التشريعية والتنظيمية والمعمول بها .

5- المعيار المالي :

إن ارتباط الصفقات العمومية بالخزينة العامة يستلزم ضبط حد مالي أدني لاعتبار العقد صفقة عمومية ذلك لأنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات وأي كانت قيمة مبلغ الصفقة ، لما ينطوي عليه إبرام الصفقة من مراحل وإجراءات طويلة ، كون المشرع قد وضع لتعاقد المصلحة المتعاقدة جملة الإجراءات المعقدة فإنه من غير المنطقي أن تخضع المصلحة المتعاقدة في كل عقودها لهذا النظام لذلك وتسهيلا لتعاملات المصلحة المتعاقدة وضع المشرع قيمة مالية محددة للجوء إلى إبرام صفقة عامة وفق الحالات التالية:

[1] المادة 04 من المرسوم الرئاسي 18-247

– في مجال الأشغال واللوازم إذا تجاوز (زاد أو فاق) المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة عن اثني عشر مليون دينار 000 000 12 دج

– في مجال الخدمات والدراسات إذا تجاوز (زاد أو فاق) المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة عن ستة ملايين دينار 000 6000 دج

الفرع الثالث: كيفية إبرام الصفقات العمومية

يمكن أن تكون للإدارة (المصلحة المتعاقدة) حرية مطلقة أو حرية محدودة أو منعدمة في كيفية اختيار المتعامل المتعاقد ، لكن القانون حدد طريقة إبرام الصفقة ومراحل التي تمر بها يخالف القواعد العامة في كيفية الإبرام يتعرض العقوبات حسب القانون أيضا[1]،فحسب المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15–247 السابق ذكره والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"[2]

1– طلب العروض : (المناقضة سابقا م (10–236):

وتعرفه المادة 40 من المرسوم 15–247 بأنه : " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية ، تعد قبل إنطلاق الإجراء..."[3]

بولعراس مأمون ، الرقابة على الصفقات العمومية على مستوي البلدية وفق المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة نيل شهادة ماستر ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية ، قسم العلوم التجارية ، تخصص محاسبة وتدقيق ، جامعة محمد [1]خيضر بسكرة ، 2018-2019 ، ص 04

[2]المادة 39 من المرسوم 15-247

[3]المادة 40من المرسوم 15-247

2-طلب العروض المفتوح :

حيث تعريفه المادة 43 من نفس الأمر بأنه: "**إجراء من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا**"[1] وإن عبارة العرض المفتوح لا تعني أبدا أن المجال المنافسة والمشاركة يفسخ لكا عارض ، بل للعارض المؤهل فقط ، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين الذين تتوفر فيه الشروط العامة المعلن عمها للمشاركة فيها وتقديم العرض.

3-طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

حسب المادة 44 فإن هذا الشكل من طلب العروض تحدد فيه المصلحة المتعاقدة شروط دنيا للمشاركة فيه فمثلا إذا أرادت البلدية كمصلحة متعاقدة بناء خزان مائي بسعة 500 متر مكعب واشترطن شهادة تصنيف وتأهيل في البناء من الدرجة الثالثة فما فوق فإنه من لا يتوفر فيه هذا الشرط يعتبر غير مؤهل ولا داعي لفتح عرضه المالي[2]

4-طلب العروض المحدود:

"طلب العروض المحدود هو إجراء الاستشارة الانتقالية ، يكون المرشحون الذين تم إنتقائهم الأولى من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد..." والانتقاء الأولى يبنى على أساس قائمة معدة مسبقا من قبل المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى خبرتها السابقة أو نظرا لسمعة المؤسسات التي تنوي التعاقد معها .[3]

5-المسابقة: وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل جوانب فنية وجمالية، وفق ما هو مطلوب من المصلحة المتعاقدة مثل إنجاز مجسم أو لوحة فنية

[1] المادة 43 من المرسوم 15-247

[2] بولعراس مأمون ، المرجع السابق ، ص 04

[3] بوزيد بن حمود، المرجع السابق ،ص195

6- التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية: إن المصلحة المتعاقد ولأسباب موضوعية واستثناءا تضطر في بعض الأحيان إن تخرج عن الإجراءات المعروفة في قانون الصفقات العمومية كالإشهار والنشر وان تسلك أسلوبا أكثر مرونة وذلك نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتلبية الحاجات العامة للجمهور ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي

أو هو الأسلوب الذي أنتهجه المشرع بصفة متواترة عبر مختلف التشريعات التي سنها في هذا الخصوص بدأ بالأمر 67-90 وصولا بالمرسوم الرئاسي 15-247 ولمعرفة المقصود بهذا المصلح وتعريفه وأشكاله

هو إجراء يتم بموجبه تخصيص صفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون اللجوء الى دعوة عدة متنافسين وينقسم إلى التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة[1]

7- التراضي البسيط

حسب المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15 -247 فان التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها الا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم والتي جاء فيها ما يلي :

-عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات ثقافية وفنية ،وتوضيح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية

[1] د. بوزيد بن حمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد استشارة ، مجلة الاجتهاد والدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 6، المركز الجامعي ، تامنغست2018، ص195

-في حالة الاستعجال الملح المعلل بموجب خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي او بخطر داهم يتعرض له الملك أو الاستثمار قم تجسد في الميدان ولا يسعه التكييف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط انه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وان لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

-في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها[1].

عندما يتعلق الأمر بمشروع ذو أولوية ذو أهمية وطنية يكتسي طابعا إستعجاليا بشرط إن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء،إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10000000000والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذ كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

عندما ما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في الإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء وإذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار

10000000000 والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة وآذ كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر[1].

[1]المادة 49 المرسوم الرئاسي 15-247

8-التراضي بعد الاستشارة:

علا خلاف ما فعله المشرع مع طرف إبرام الصفقة العمومية،فإنه لم يقدم أي تعريفا لتراضي بعد الاستشارة ،غير أنه يمكن القول بأنه ذلك الإجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد استشارة مسبقة حول أوضاع السوق وحالة المتعاملين الاقتصاديين والتي تتم بكل الطرق المكتوبة[2]ولقد تم تقليص حالات عدم جدوى لإجراء التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الجديد الى حالتين 02 عوض عن أربعة حالات المذكورة في تعديلات مرسوم 12-23 [3]

طبقا للمادة 51 من المرسوم 15 -247 فان المصلحة المتعاقد تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

-عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

-في حالات صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض ، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة او بالطابع السري للخدمات

-في حالة صفقات الإشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السياسية في الدولة

-في حالة صفقات الممنوحة التي كانت مكل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجال طلب عروض جديدة.

---

[1]المادة 49 المرسوم الرئاسي 15- 247 المرجع السابق

ساهل ميلود، طرق إبرام الصفقات العمومية مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسة، جامعة خميس [2]مليانة، 2014 ،ص 37

خضرة كريمة، النظام القانوني للصفقات العمومية 15-247، مذكرة نيل شهادة الماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسة، [3]قسم الحقوق ، تخصص قانون الاداري ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ،2018 ،ص 29

–في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثقافية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما ينص اتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك وفي مؤسسات البلد معني فقط أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى[1]

المطلب الثالث : إجراءات إبرام الصفقات العمومية

نظرا الأهمية الصفقات العمومية وارتباطها الوثيق بالخزينة العامة محدد المشرع إجراءات إبرام هذه الصفقات ذلك بفتح المجال أمام المتنافسين لتقديم عروضهم وتمكينهم من الاطلاع على كل المعلومات المتعلقة بالصفقة المراد إبرامها مراعيا في ذلك جملة من المبادئ الأساسية المتمثلة في مبدأ العلانية والشفافية وكذا مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ المساواة بين المتنافسين

لذلك ألزم المشرع الإدارة إتباع جملة من الإجراءات يتم إيرادها فيما يلي:

الفرع الأول : الإعلان عن الصفقة

بعد التحضير للصفقة باختيار المشروع وفقا لإجراءات تقديم الحاجيات الاجتماعية والاقتصادية وكذا دراسة إمكانية تنفيذ المشروع من الناحية الفنية ودراسة تكاليف المشروع ومقارنتها بالمرد دور الاقتصادي وإعداد دفتر المشروط [2]

تقوم المصلحة المتعاقد بإعلام جميع الراغبين بالتعاقد بموضوع الصفقة المراد إبرامها في ذلك هي الإعلان، ويقصد به إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد وإبلاغهم عن

[1] المادة 51 المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق
[2] نسيغة فيصل ، المرجع السابق، ص117

كيفية الحصول على شروط التعاقد وتوعية المواصفات المطلوبة ، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض[1]

فاللجوء إلى الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة إلى ذلك ومن ناحية أخري من أجل تحقيق فعالية الطلب العام ويكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية[2]:

–طلب العروض المفتوح والمفتوح مع تحديد قدرات دنيا وطلب العروض المحدود والمسابقة وهذا على خلاف أسلوب التراضي الذي يمكن للإدارة في اختيار المتعاقد دوم الحاجة للجوء إلى الإشهار الصحفي ، وينشر الإعلان باللغة الوطنية وباللغة الأجنبية واحدة على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوي الوطني ولم يقتصر المشرع الإعلان على الجرائد فقط وإنما أصبح يتخطي الحدود الإقليمية للدولة عرضه على شبكة الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.[3]

الفرع الثاني: تقديم العطاءات

العطاء هو العرض الذي تقدمه المترشح لطلب العروض المناقصة سابقا والذي يعطي وصفا فنيا لما يستطيع القيام به وفقا لشروط المطلوبة ، وهاته المرحلة فيها من الثغرات ما يمكن أن ينتج مجالا للتلاعب لذا ألزم المشرع تقديم العرض التقني والمالي في ظروف منفصلة ومختومة بين كل منهما مرجع طلب العروض وموضوعها يتضمنان عبارة "تقني"

بن دعاس سهام ، دور وفعالية الصفقات العمومية في حماية المال العام ، الملتقي الوطني السادس 《دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام 》 جامعة المدية،20 ماي 2013 ، ص 06 [1]

بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2008-2009 ،ص 31-34.[2]

اسماعيل بحري،المرجع السابق ،ص 31-34.[3]

أو مالي ويوضع الظرفان في ظرف أخر مقفل ويحمل عبارة لا يفتح إلا من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض [1]

الفرع الثالث:فحص العروض

في هذه المرحلة تقرر وتفحص العروض تم ثم ترتب من قبل لجان مختصة في إطار الرقابة الداخلية وهنا لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.

الفرع الرابع: إبرام الصفقة

بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعاقد تقوم بتخصيص الصفقة للمؤسسة التي تراها مؤهلة لتنفيذها، يتم فتح أظرفة العروض الفنية والمالية في جلسة علنية يحضرها أصحاب العطاءات ، وحرص على نزاهة وشفافية المنافسة فقد منع المشرع من خلال النظام القانوني لإبرام الصفقات[2] العمومية أي تفاوض مع المتعهدين أو العارضين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض وذلك لضمان تقيد الإدارة أكثر بالشروط التي أعلن عنها من المعايير المذكورة في دفتر الشروط.

وتكريسا لمبدأ الشفافية فإنه يتم الإعلان علم المنع المؤقت للصفقة في الجرائد التي تنشر فيها الإعلان طلب العروض مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار صاحب الصفقة

---

[1] بوثينة حبيباتني، جرائم الصفقات العمومية (الصور والعقاب)،مذكرة نيل شهادة الماستر شعبة الحقوق ، تخصص قانون جنائي للأعمال ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، السنة الجامعية 2013-2014، ص13

[2] بوثينة حبيناتني،المرجع السابق ، ص13

الفرع الخامس : المصادقة على الصفقة

لا يكفي إرساء الصفقة بل لابد من اعتمادها بقرار منتج لأثاره القانونية يعرف بقرار المصادقة على إرساء الصفقة يصدر على اللجنة المختصة لجنة البق وإرساء الصفقة ، ويتم تبليغ هذا القرار للمتعاقد في أجل شهر ولا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطات المعنية[1].

فاللجوء إلى الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة إلى ذلك ومن ناحية أخري من أجل تحقيق فعالية الطلب العام ويكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية[2]:

–طلب العروض المفتوح والمفتوح مع تحديد قدرات دنيا وطلب العروض المحدود والمسابقة وهذا على خلاف أسلوب التراضي الذي يمكن للإدارة في اختيار المتعاقد دوم الحاجة للجوء إلى الإشهار الصحفي ، وينشر الإعلان باللغة الوطنية وباللغة الأجنبية واحدة على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوي الوطني ولم يقتصر المشرع الإعلان على الجرائد فقط وإنما أصبح يتخطي الحدود الإقليمية للدولة عرضه على شبكة الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.[3]

[1] بوثينة حبيباتني، المرجع السابق، ص 14

[2] اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2008-2009 ،ص 31-34.

[3] بحري اسماعيل ،المرجع السابق ،ص 31-34.

الفصل الأول :

دعوى الإلغاء ومجالات تطبيقها في الصفقات العمومية

يهدف القضاء الإداري في مختلف تطبيقاته إلى حماية مبدأ المشروعية ولا يتحقق ذلك إلا في ظل وجود نصوص قانونية تضمن له أو أداء دوره بكل استقلالي ومرونة وتمنح للأفراد ممارسة حق التقاضي وتمكينهم من رقابة أعمال الإدارة غير المشروعة من خلال ممارسة دعوى الإلغاء التي تعد أهم وسيلة يدافع بها الفرد عن حقه المغتصب من الإدارة بقرار غير مشروع فبالنسبة للمشرع الجزائري وبعد مرور أكثر من عقد من الزمن من تنبيه لنظام الازدواجية القضائية صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأعاد تنظيم كل المنازعات الإدارية بما فيها دعوى الإلغاء.

المبحث الأول: مفهوم دعوى الإلغاء في الصفقات العمومية

تعد دعوى الإلغاء من أهم الدعاوى الإدارية التي يلجأ إليها الشخص لفرض رقابة على قرارات الإدارة غير المشروعة إلا أن فعالية هذه الآلية تبقي مرتبطة بكيفية ممارستها ، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري بمراجعتها من خلال قانون الإجراءات المدنية 08-09 وذلك بإعادة التطرق في شروطها وإجراءاتها وحجية الأحكام القضائية الصادرة فيها خاصة ما تعلق منها بالنظام المسبق ، وتمثيل الهيئات الإدارية التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلزامية تمثيل المدعى بمحامي أمام المحكمة الإدارية ومجلس الدولة بإضافة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في دعوى الإلغاء.

المطلب الأول : تعريف دعوى الإلغاء

إن التعريف بدعوى الإلغاء يستلزم منها التصريح على مختلف التعريفات الشارحة لهذه الدعوى والمفسرة لها سواء على الصعيد الفقهي والتشريعي أو القضائي[1] .

[1] رشيد السعيد ،منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي ، الطبعة الاولى ، توزيع مكتبة الرشاد ، المغرب ، 2010 ،ص 158 .

الفرع الأول : التعريف الفقهي لدعوى الإلغاء

ويعرف قضاء الإلغاء بأنه ذلك القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي الإداري أن يفحص مشروعيته القرار الإداري فإن تبين له مجانية القرار للقانون حكم بإلغائه، ولكن دون أن يمتد[1] حكمه إلى أكثر من ذلك فليس القرار المطعون فيه أو استبدال غيره به أو تقويمه أو ترتيب حقوق معنية للطاعن بالإلغاء " كما يسمي الطعن بتجاوز السلطة (القضاء المغربي)[2]، ومن هذا المنطلق تعرف دعوى الإلغاء بعديد التعريفات الفقهية لعا أبرزها"

توجه دعوى الإلغاء ضد جميع القرارات والتصرفات الإدارية الصادرة عن جميع الهيئات والمؤسسات الإدارية في الدولة بهدف إبطال مفعولها إذا رفع بها طعن أمام المحاكم المختصة باستثناء ما نص عليه الدستور والقانون بنص صريح لعدم إخضاعها لرقابة القضاء"[3]

"يعرفها أيضا الأستاذ سليمان محمد الطماوي بأنها الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري بطلب فيها بإعدام قرار إداري مخالف للقانون " [4]

وتعرف الدعوى على أنها:" السلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن بطلب حماية القضاء لإقرار هذا الحق إذا جحد أو رد الاعتداء عنه أو إسترداده إذا سلب"

وعرفها البعض :" وسيلة قانونية يتمكن الشخص بواسطتها من اللجوء إلى القضاء للحصول على إعتراف بحقه وعند الاقتضاء لصيانه ذاك الحق "

---

1. رشيد السعيد ،المرجع السابق ،ص 158 .
2. محمد الرصيفات العيادي ، قضاء الإلغاء الإداري ، دتر حليس الزمان ، الاردن ، سنة 2013 ، ص 77
3. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة 9851 ، ص 181 نقلا عن زيتوني شريفة ، دور القضاء الإداري فى دعوى الإلغاء.

من خلال ما سبق من تعريفات فقهية يمكننا تعريف دعوى الإلغاء بأنها تلك دعوى القضائية المرفوعة أمام إحدى الهيئات القضائية الإدارية (المحاكم الإدارية- مجلس الدولة) والتي تستهدف إلغاء قرار إداري بسبب عدم مشروعيته نظرا لما يشوبه من عيوب تعترى ركنا أو أكثر من أركانه.

الفرع الثاني : التعريف التشريعي

لم يعرف التشريع مباشرة دعوى الإلغاء خاصة والدعوى الإدارية عامة ولكنه أقر صيانة الحقوق التي تنطوي تحت مسميات الدعوى لعل أبرزها دعوى الإلغاء ، هذا من خلال التشريع الأساسي لدولة" الدستور " وكذا القانون

أولا:الدستور:

حيث نص الدستور في مادته 139 على ما يلي : " تحمي السلطة القضائية مجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية"، "

وفي مادته 143 على ما يلي:" ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية[1]"

ثانيا : القانون:

لقد نصت التشريعات العادية على دعوى الإلغاء بتسميات ومصطلحات مختلفة دون أن تضع لها تعريفا محددا.

حيث قانون إجراءات المدنية والإدارية 08-09 المادة 7 و274 على دعوى الإلغاء مغيرًا عنها " الطعن بالبطلان" كما تشير إليها نصوص أخرى تحت مصطلح تجاوز السلطة أو دعوى البطلان أو الطعن بالإلغاء " كما ورد نص المادة 90 من القانون

[1]صلاح الدين محمد شوشاري ، أصول المحاكمات المدنية ، الطبعة الأولى ، عمان ، سنة 2010 ، ص 87

العضوي رغم 98 – 01 المتعلق بمجلس الدولة ويعبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن هذه الدعوى ب"دعوى الإلغاء".[1]

الفرع الثالث: التعريف القضائي

لم يقدم القضاء الإداري الجزائري، سواء في عهد الفرقة بالمحكمة العليا أو في العهد الحالي لمجلس الدولة ، تعريفا دقيقا وعلميا لدعوى الإلغاء ، حيث اتسمت قراراته معظمها باختصار واقتضاب

في حين نجد إن القضاء الإداري المصري حاول في بعض القرارات المحكمة الإدارية العليا تعريف دعاوى الإلغاء حيث انه:"تتعلق بإلغاء القرارات الإدارية القضائية للسلطات الإدارية كانت صادرة في شؤون الموظفين العموميين أم في شؤون الأفراد أو الهيئات بسبب مخالفة القانون بالمعني العام، فموضوعها الشرعية الإدارية ، وهذه الدعاوى يقتصر فيها دور القضاء الإداري على رقابة مشروعية القرارات الإدارية النهائية ، فلا يحل نفسه محل جهة الإدارة المختصة في إصدار القرارات الصحيح قانونا ، إنما يكتفي بحكم بإلغاء ما تبين له من عدم مشروعية من ذلك القرارات على هدى قضائية بإلغاء القرار المطعون فيه.[2]

المطلب الثاني:شروط قبول دعوى الإلغاء

سنقوم بدراسة هذا المطلب على فرعين الفرع الأول الشروط العامة (الشخصية) و شروط موضوعية

[1]

1 زيتوتي شريفة،دور القضاء الاداري في دعوى الإلغاء مذكرة نيل شهادة ماستر، كلية العلون السياسية والحقوق،قسم قانون العام ، تخصص ادارة عامة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم ، السنة الجامعية 2017/2016، ص 50

الفرع الأول: الشروط الشخصية (العامة)

أولا: المصلحة : بالرجوع إلى فقه القانون المدني نجد أنه قد عرف المصلحة بأنها المنفعة العملية التي تعود على المدعى من الحكم له قضائيا بطلباته ، وهذا يعني وجود ارتباط ضمني بين المصلحة وحق ذاتي لرافع الدعوى اعتدى عليه الغير أو يمدد بالاعتداء عليه.وإذا كان ما سبق ينسجم مع طبيعة الدعوى العادية (المدنية) فإن الأمر ليس كذالك في دعوى الإلغاء ، ذلك أن الأخيرة –كما أسلفنا– ذات طبيعة عينية أو موضوعية يدور النزاع فيها حول مدى مشروعية قرار إداري معين؛ ولا تتعلق الخصومة بحقوق شخصية ، وبالتالي ليس شرطا أن بكون صاحب المصلحة في رفع دعوى الإلغاء صاحب حق ذاتي. [1]

وتأسيسا على ما تقدم نجد أن الفقه القانون الإداري قد عرف المصلحة كشرط بقبول دعوى الإلغاء بأنها مجرد حالة قانونية خاصة لرافع الدعوى إزاء القرار، لمطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثر تأثيرا مباشرا في مصلحة شخصية له.

وتجدر الإشارة أخيرًا إلى إن هذا المفهوم لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء من شأنه التساهل في قبول هذه الدعوى ،من خلال عدم اشتراط ارتباط المصلحة بحق شخصي للطاعن او الاكتفاء بأن تكون هذه المصلحة شخصية مباشرة [2]

***أوصاف المصلحة في دعوى الإلغاء :**

يتطلب القضاء الإداري في المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء جملة من الأوصاف نبينها في النقاط التالية:

1زيتوتي شريفة، المرجع السابق ، ص 50

[2]منصور إبراهيم العتوم ،القضاء الإداري دراسة مقارنة، ط1، دار وائل لنشر والتوزيع ، الأردن ،2013 ، ص 85-68

- **إن تكون المصلحة شخصية ومباشرة**

لكي تقبل دعوى الإلغاء يجب أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار الدعوى ، من شأنها إن تؤثر في مصلحة شخصية له وإلا كانت دعوى غير مقبولة إعمالا نص المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم12 لسنة1992م بذلك فإن دعوى الإلغاء ليست كدعوى الحسية التي لا يشترط في رافعها توافر شرط المصلحة الشخصية ، وبهذا الاتجاه قامت المحكمة العدل بقولها:" يعتبر دعوى الإلغاء دعوى موضوعية القصد منها ليس مجرد الدفاع عن المشروعية والصالح العام فقط ، بل والدفاع عن مصلحة ذاتية للمستدعي أثر فيها القرار المطعون فيه تأثيرا مباشرا حتي تكون هذه المصلحة قرينة على جدية الدعوى ، والقول بخلاف ذلك يجعل دعوى الإلغاء دعوى نسبة، لم يجز القانون فقهاء حسبها استقر على ذلك إجتهاد الفقه والقضاء الإداريين"[1].

- **أن تكون المصلحة مادية أو معنوية:**

تتمثل المصلحة في دعوى بصفة عامة قيدًا على إقامتها يتعين احترامه لضمان جدية الإدعاء وحتى لا ينشغل القضاء بما لا طائل من وراءه ففي حين يشترط لقيام المصلحة في الدعاوى المدنية ان يكون للمدعى حق إعتدى عليه أو مهدد بهذا الاعتداء فإن دعوى[2] الإلغاء يكفي لتوافر المصلحة في إقامتها أن يكون صاحب الشأن في حالة خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه تجعل من شأن هذا القرار أن يؤثر فيها

ويبرر هذا التوسع في مفهوم المصلحة أن هدف دعوى الإلغاء حماية المصلحة العامة من خلال الرقابة على أعمال الإدارة والتأكيد على احترامها القواعد المشروعة وإعمالا لهذا

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، توزيع المعارف المنشأة ، الاسكندرية ، جلال حزب وشركاه ، مصر، 2007،ص31

[2] الرميفان العبادي محمد ، قضاء الإلغاء الإداري ، الطبعة الأولى،جليس الزمان، للنشر والتوزيع ، الاردن، 2013، ص 167-166

الشرط فك تقبل دعوى الإلغاء في قرار منفصل إذا لم يكن لطاعن مصلحة شخصية مباشرة ومشروعة في إلغائه

ثانيا: الأهلية: يجب أن يكون الطاعن متمتعا بالأهلية التي تخوله اللجوء إلى القضاء ، و الأهلية شرط لازم لرفع جميع الدعاوي وشرطا للسير في إجراءات التقاضي وفي حالة نقص الأهلية يجب تعيين من يمثل ناقص الأهلية،

وعلى هذا فعدم توافر الأهلية يؤدي إلى عدم قبول الدعوى ويبطل إجراءات الخصومة ففي حكم لمحكمة العدل العليا حول تمثيل الأب لأبنائه القاصرين أي غير المتمتعين بالأهلية فجاء قولها إذا كان الخلاف الناشئ بين دائرة الأراضي والمساحة والمستدعى يدور حول تمثيل المستدعى لأبنائه القاصرين وغير المتمتعين بالأهلية فإن النزاع في هذه الحالة نزاعا مدنيا ويحكمه القانون المدني وقانون تقسيم الأموال المنقولة المشتركة وليس نزاعا إداريا ولا تختص محكمة العدل العليا بنظره والفصل فيه [1]

ثالثا:الصفة: ليس معني ما سبق إن الصفة لا تلعب أي دور في قبول دعوى الإلغاء فان كانت المصلحة في الشرط الأساسي في الطاعن لقبول الدعوى ، فإن صفة المدعى عليه شرط جوهري أيضا فإذا كان يتعين لقبول الدعوى رفعها ممن له مصلحة في الإلغاء فيتعين أيضا رفعها على ذي صفة ، فإذا تخلف أي منهما قضى لعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي مصلحة أو على غير ذي صفة وترفع الدعوى عادة على ممثل الإدارة مصدرة القرار، وهو الرئيس الأعلى فيها، حتى لو لم يكن هو مصدر القرار المطعون فيه.

[1] الرميفان العبادي محمد ، المرجع السابق، ص 166-167

فإذا كانت هذه الإدارة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، كالهيئات عامة أو الوحدات المحلية مثلا، فإن الدعوى ترفع على رئيس الهيئة أو الوحدة المحلية بصفته وليس بشخصه.

و إذا كانت هذه الإدارة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية فإن الدعوى ترفع غالبا على وزير الذي يرأس هذه الوزارة بصفته ممثلا عن الدولة.

و بتساهل القضاء فيما يتعلق بصفة المدعى عليه، فقضى برفض الدفع بعدم قبول بالطعن لرفعه على غير ذي الصفة، وذلك إذا حضر المدافع عن ذي الصفة مدى دفاعه عنها، واعتبر شرط الصفة من النظام العام، على خلال القضاء العادي ، وأجاز للحكمة أثارته من تلقاء نفسها ، ويسمح بتصحيح شكل الدعوى وتوجيهها إلى ذي الصفة في أي مرحلة قبل الحكم فيها[1]

الفرع الثاني: شروط موضوعية لقبول دعوى الإلغاء

أولا: إنتفاء الدعوى الموازية:

بإضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في رفع الدعوى يجب أن يتوفر في دعوى الإلغاء شروط إنتفاء الدعوى الموازنة وقد نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص المادة 276[2]لا يكون الطعون بالبطلان مقبولة إذا كان الطاعنون يملكون دفاع عن مصالحهم طريقة الطعن العادي أمام أي هيئة قضائية أخرى وبناء على المادة 40 من قانون 01/98 المتعلق بمجلس الدولة التي تخضع الإجراءات المطبقة أمامه إلى قانون إجراءات المدنية والإدارية وأن هذا الشرط واضح منه أنه متعلق فقط

[1] جورجي شفيق ساري ، قواعد وأحكام القضاء الاداري ، طبعة 5، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2003، ص 357-356

[2] المادة 276 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

بالقبول دعوى الإلغاء المرفوعة أمام مجلس الدولة المنصوص عليه بالمادة 09 القانون العضوي 01/98 ويقصد بهذا الشرط انه لا تقبل دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة إذا كان المدعى يملك دعوى قضائية أخرى تكون نفس الفاعلية وتسمح له بالدفاع عن النفس المصادر بتوافر 03 شروط:

- يجب أن تكون دعوى قضائية في طبيعتها أي ليس تظلم إداري[1]
- يجب أن تكون هذه الدعوى أداة قضائية هجومية وليست دفع مثلا الدفع بعدم شرعية إداري أثناء خصومة قضائية مدنية.
- أن يكون الدعوى الموازية محققة لنفس النتائج الدعوى الإلغاء من حيث شل القرار غير مشروع
- أن تكون من اختصاص محكمة أخرى غير مجلس الدولة

أما بالنسبة لدعوى الإلغاء بجانبها يجب أن تكون جميع الأحوال من اختصاص مجلس الدولة نفسه ؛ حتى يعمل بنظرية الدعوى الموازية بمفهوم المخالفة ان عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر دعوى الإلغاء يحول دون تطبيق نظرية الدعوى الموازية لذلك يطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية تطبيقا صحيحا في الحالات التي تكون فيها دعوى الإلغاء من اختصاص المجلس نفسه إذ أن الدفع الذي يمكن أن يشار إليه في هذا الخصوص هو الدفع بعدم الاختصاص وليس الدفع بعدم القبول[2]

ثانيا: شرط القرار محل الطعن

[1] زيتوني شريفة ، المرجع السابق، ص 29.

[2] حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد الإداري دراسة مقارنة، ط1، دار الأيام للنشر والتوزيع، العراق ، 2016 ، ص07

تدور دعوى الطعن الإداري وجودا ودعما مع القرار الإداري فإذا إنتفي القرار أصبحت دعوى الطعن الإداري غير مقبولة شكلا دون تطرق المحكمة إلى بحث شروط قبول الدعوى كشرط المصلحة والصفة لمقدم الطعن .[1]

وحسب الدكتور سليمان محمد الطماوي أن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث اثر قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ومنه نستخلص أن القرار الإداري السابق هو عمل إداري قانوني إنفرادي وبهذا لكونه أولا يدخل من الأعمال الإدارية القانونية الانفرادية وثانيا طبقا لمعيار العضوي المحدد لسلطات الإدارية وهي الدولة ، والولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري عن العقد الإداري شأنه في ذالك شأن كافة القرارات الإدارية يتعين لقبول طلب إلغائه ان يكون ناقدا دون الحاجة لتصديق سلطة تعلو سلطة إصداره وبذالك لا يكون محل لدعوى الإلغاء كافة الأعمال التحضيرية أو التمهيدية أو الاستثمارية[2].

ثالثا: شرط الميعاد

"لقد حدد المشرع مدة قانونية لرفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة حيث يترتب على عدم إحترام الميعاد إكتساب القرار الإداري حصانة ضد الإلغاء وبالتالي سقوط حق الطاعن في الطعن[3]"

[1].الرصيفان العابدين محمد ، المرجع السابق، ص 127

[2]مزناد حنان، مسعودي ليندة، الحل الودي والقضائي لمنازعات الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام للأعمال، تخصص قانون اقتصادي وأعمال، سنة 2017، ص 78

[3]نكاوي سعيد ، القانون الإداري والقضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة لنشر ، المغرب، 2009، ص 184

ويعتبر شرط الميعاد في دعوى الإلغاء من النظام العام بحيث يجوز للقاضي المختص بدعوى الإلغاء أن يثيره من تلقاء نفسه، ولا يجوز الإنفاق على عدم احترام وتطبيق شرط المدة في رفع القبول لدعوى الإلغاء.[1]

ويأتي تحديد مدة زمنية قصيرة نسبيا لرفع دعوى الإلغاء حماية لمبدأ استقرار المعاملات والمراكز القانونية المتولدة عن القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم المشروعية.

والميعاد الطعن بإلغاء محدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأربع أشهر من تاريخ التبليغ الشخص بالقرار إن كان فرديا أو من تاريخ نشره إن كان تنظيميا.

وحسب المواعيد كاملة بالأشهر مهما كان عدد الأيام كما أشارت إلى ذلك المادة405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويمكن تمديد المواعيد المقررة لقبول دعوى الإلغاء في حالات عدة منها ما يؤدي إلى وقف احتسابه ومنها ما يؤدي إلى قطعه.

"يوقف سريان مدة الطعن مؤقتا ليستأذن بعد زوال السبب الواقف احتساب المتبقية وذلك في حالة وحيد هي من 405" المادة يوم عطلة ، حيث يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالى حالة مصادفة أخر يوم في الميعاد قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ويقصد بقطع الميعاد زوال المدة المحتسبة أولا وبدأ في احتسابها من جديد بعد زوال سبب الانقطاع والتي هي حسب نص المادة **832** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة
- طلب المساعدة القضائية
- القوة القاهرة أو الحدث الفجائي
- وفاة المدعى أو تغير أهليته

[1] عوايدي عمار ، المرجع السابق ، ص 41

كما أجاز المشرع الإداري الجزائري المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إداري إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه على أن يستفيد المعني من أجل شهرين لرفع دعوى يبدأ من تاريخ التبليغ بالرفض من قبل الإدارة أو بعد مضي شهرين من رفع التظلم وعدم رد الإدارة والمعبر عنه بالرفض الضمني المادة**832** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]

رابعا: شرط التظلم الإداري المسبق

يعد التظلم من الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء بصورة جزئية نسبية ، بمعني أنه شرط جوازي واختياري في بعض التظلم والدعاوى القضائية ووجوب وإلزامي في بعضها الأخر ، لعل أبرزها النظام القضائي الجزائري " والتظلم الإداري هو إلتماس أو الشكوى التي يقدمها صاحب الصفة و المصلحة إلى السلطات الإدارية الولائية والرئاسية و الوصائية و إلى اللجان الإدارية طاعنين في قرارات وأعمال إدارية بعدم المشرعية [2]

المطلب الثالث :أوجه الإلغاء الواجب توفرها في القرار الإداري محل الإلغاء

نتطرق في هذا المطلب إلى تعرف أوجه الإلغاء الواجب توافرها في القرار الإداري محل الإلغاء ثم نعالج هذه الحالات في فروع كل ذلك حسب التصنيف التقليدي لوضوحها وسهولة دراستها فما هو تعريف أوجه الإلغاء وما هي تصنيفاتها:

الفرع الأول: تعريف أوجه الإلغاء

هي مختلف العيوب التي تنصب القرار الإداري وتجعله غير مشروع وتؤدي بالتالي إلى الحكم بإلغائه وقد أشارت إلى هذه العيوب المادة 10 من قانون رقم47لسنة1972 قانون المرافعات المصري في الفقرة رقم 15 حيث تقول ويشترط في طلبات إلغاء القرارات

[1] المادة 832 قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[2] عوايدي عمار ، المرجع السابق، ص 366

الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الإختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها و تأويلها أو إساءة استعمال السلطة. [1]

ثانيا : التعريف التقليدي لأوجه الإلغاء (الجزائر)

يقصد بالحالات رفع دعوى تجاوز السلطة تتمثل في أوجه أو أسباب الحكم بإلغاء في دعوى تجاوز السلطة وتشمل مختلف العيوب التي قد تشوب قرار إداري وتجعله غير مشروع وقابل الإلغاء القضائي ومن ثم في الوسائل التي يريكز عليها المدعى في مخاصمته لقرار إداري غير مشروع أمان الجهة القضائية المختصة من أجل إلغائه وحسب ما ورد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقانون المرافعات المصري السابق التطرق له ، فإن تصنيفات أوجه الإلغاء ترتب كأتي :

- عيب عدم الاختصاص
- عيب الشكل
- عيب الانحراف في استعمال السلطة
- عيب مخالفة القانون وحسب نفس الترتيب

سنعالج أوجه الإلغاء في الفرع التالي: [2]

الفرع الثاني: تصنيفات أوجه الإلغاء

<u>أولا</u>: عيب عدم الاختصاص:

عدم الاختصاص أو عدم الصلاحية بوجه عام هو عدم القدرة القانونية على القيام بتصرف معين ، وفي نطاق القرارات الإدارية يكن تعريف عيب عظم الاختصاص بأنه

[1] زيتوني شريفة، المرجع السابق، ص68

[2] رفعت عبد الوهاب محمد ، القضاء الإداري(الكتاب الثاني) قضاء الإلغاء او الإبطال ، منشورات الحبلي الحقوقية، لبنان، 2003، ص142 -143

صدور القرار من الموظف ليس له سلطة إصداره طبقا للقوانين أو اللوائح النافذة وعدم الاختصاص كأحد عيوب القرار الإداري ينقسم إلى عدم الاختصاص الجسيم وإلى عدم الاختصاص العادي أو البسيط[1].

1-عدم الاختصاص الجسيم (إغتصاب السلطة)

وقد إستقر الفقه والقضاء الإداريين على أن القرار الإداري المعيب بعيب عدم الاختصاص الجسيم لا يعتبر باطلا فحسب بل معدوما وفاقدًا لصفته الإدارية فلا يولد حقوقا ولا يتحصن من الطعن بقوات ميعاد الطعن ويجوز للإدارة سحبه في أي وقت دون التقيد بميعاد محدد[2].

ويمكن حصر حالات عيب عدم الاختصاص في الجسيم في :

حالة صدور القرار من فرد عادى لا صلة له بإدارة صدور القرار من جهة غير متورطة بإصداره وكان إصدار القرار يدخل في اختصاص من جهة إدارية أخرى ممارسة أحد الموظفين لاختصاصات تدخل في نطاق واختصاص موظف أحد في نفس الدائرة أو في دائري أخرى بناءًا على تفويض باطل صدر القرار من موظف لا يملك اختصاص إصداره أصلا، ومنه يترتب على عيب عدم الاختصاص الجسيم انعدام القرار وليس فقط بطلانه فلا يجوز الاحتجاج به لا يكون واجب التنفيذ ولا يقبل تصحيحه كونه ولد ميتا، كما أنه لا يتحصى بمدة وكل ما يترتب عليه من نتائج تكون باطلة ، وإذا دخل عملية مركبة (الصفقات العمومية مثلا) فإن كل العمليات [3] التالية له تعتبر باطلة بدورها.

---

143 الطماوي سليمان محمد ، القضاء الإداري (الكتب الأول) قضاء الإلغاء ، دار الفكر العربي ، بدون سنة؛ مصر ،

[1] ص 695 نقلا عن زيتوني شريفة

[2] نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، الاردن ، 2002، ص 253

[3] أنظر محمد فوزي لويجي، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء) ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2016، ص 483 بتصرف

2-**عيب عدم الاختصاص البسيط** : وهو الصورة الثانية من صور عيب عدم الاختصاص ، ويعني بالبسيط تميزا له عن عيب الاختصاص من الجسيم وبعد هذا العيب الأكثر شيوعا والأقل خطورة و بختلف عن سابقه حيث أنه يرتب قابلية القرار الإلغاء وليس انعدامه، كما أنه لا يجوز الطعن عليه بإلغاء إلا أشرته فيما سبق ويمكن حصر حالاته في مجموعة من الصور هي:

-عيب عدم الاختصاص الموضوعي

-عيب عدم الاختصاص الزماني.

-عيب عدم الاختصاص المعاني.

*المادة 8 من الرسوم 296/10 المعدل: الوزير/ الوالي/ مسؤول الهيئة.

ونجد من أمثلة عيب الاختصاص في مجال الصفقات العمومية إعلان لجنة تقييم العروض عن اختيار المتعامل المتعاقد فإن ذلك لايدخل ضمن اختصاصاتها وإن أوكل لها التنظيم فرز العروض وتقسيمها واستخراج العرض الأحسن، وإلا أنه سلب منها الاختصاص إرساء الاختيار على متعامل بعينه وحصر هذا الاختصاص على ممثل المصلحة المتعاقد.[1]

ثانيا: عيب الشكل والإجراءات:

لا يكفي أن يلزم رجل الإدارة اختصاصه كي يصبح القرار الإداري سليما بل يجب أن يصير هذا القرار طبقا لإجراءات التي حددها المشرع وفقا للشكل المرسوم له.

[1] حصر طارق فتح الله ، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007-2008، ص 180

ويعرفه دولا يلدير بأنه (إهمال أو عدم صحة الإجراءات الشكلية الواجب إتباعها في العمل الإداري).[1]

ويقصد أيضا بالشكل أن الإدارة ملزمة بإتباع شكل وإجراءات عند إصدارها للقرار الإداري مالم يكن هناك نص يقيدها بشكل وإجراء معين حيث أن الأصل في القرار الإداري أن يصدر وفق شكل معين (العناية) والتسبب القرار في وثيقة والتوقيع عليها.[2]

«وقد يقع هذا العيب بتجاهل وإهمال بعض التعليمات والإجراءات السابقة لإصدار القرار أي عند التحضير لإصداره أو قد يصاحب إصدار القرار أو يكون بعد إصداره».[3]

«ومن أمثلة الإجراءات السابقة لإصدار القرار ما يتطلب القانون من إجراء فتح التحقيق ويأتي فتح التحقيق هنا ضمانا لحماية حقوق ذوي الشأن كما قد يلزم القانون الجهة متخذة القرار من طلب الاستشارة الوجوبية من جهة إدارية أخرى وقد يتعداه بإلزامها بأخذ برأي هيئة الأخيرة».[4]

«وقد تتخذ الشكلية في القرارات الإدارية صورتان أما شكليات جوهرية أو شكليات ثانوية هذه الأخيرة لا يتم الأخذ بها لإلغاء القرار الإداري وإنما يجب تصحيحها»[5] فقط أنها فيما يخص الشكليات الإجراءات السابقة عن صدور القرار الإداري كإجراء الاستشارة أو احترام المواعيد أو التقيد بنظام المداولة.

وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع ألزم الإدارة أثناء إبرامها لصفقات العمومية بإتباع شكليات وإجراءات معينة، وذلك من خلال نشر طلب العروض في

---

[1] أنظر، العباسي محمد وليد ، القضاء الاداري (شرط قبول دعوى الإلغاء والآثار المترتبة على النصب فيها)، الجزء الثاني، مؤسسة الورق لنشر والتوزيع، الأردن, 2008, ص687, متصرف.

[2] أنظر، دوقة رتيبة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مذكرة نيل شهادة ماستر- كلية الحقوق- قسم الحقوق تخصص دولة ومؤسسات عمومية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة, 2014-2015, ص 32.

[3] الصيفان العبادي محمد ، المرجع السابق، ص 241.

[4] طارق فتح الله خضر، المرجع السابق، ص 107.

[5] أنظر الطماوي محمد سليمان، الأساس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة-, دار الفكر العربي، القاهرة, 1991, ص 51.

جريدتين وطنيتين أحدهما صادرة باللغة العربية وأخرى باللغة الأجنبية، وكذا إجراء فتح الأظرفة وتقييم العروض وهو ما تنص عليه المواد 71 و72 من نفس المرسوم ومنه فإن استبعاد أي إجراء من هذه الإجراءات الجوهرية يجعل من القرار الإداري محل للطعن بالإلغاء».[1]

ثالثا: عيب الانحراف في استعدال السلطة (عيب الغاية).

ويكون عيب مخالفة القانون بصفة مباشرة إذا أرادت أوسعت الإدارة من خلال مالها من سلطة التحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو ابتغاء هدف معايير للهدف الذي حدده القانون الذي من أجله منحت لها هذه السلطة.[2]

ومن ثم فإن القرارات التي تصدرها الإدارة وتكون مشبوهة بهذا العيب (الانحراف في استعمال السلطة) يمكن لذوي الشأن الطعن منها بإلغاء. وهذا بغض النظر عن مشروعين العقد الإداري.[3]

«ويتضح جليا أن السلطات الممنوحة للإدارة في مجال إصدار القرارات ابتغى المشرع من خلالها إعطاء المزيد من الحرية لهاته الأخير لغرض تحقيق الصالح العام إلا انه قيدها في ذات الحين يحتمل أم القانون ومن حماية وصيانة مقوما الأفراد وحرياتهم ومنه إلزامها بأن تكون غاية قراراتها متوازنة مع غاية القانون أي (الصالح العام).

ومما تقدم يتضح أن هذا العيب عيب قصدي أي أنه يتصل بقصد دنية الإدارة وليس بنتائج المحققة (التي أن الإدارة عمدت الوصول إلى النتيجة المحققة وسعت للانحراف عن هدفها المسر قانونيا).

---

[1] دوقة رتيبة، المرجع السابق، ص 32.

[2] أحمد علي أحمد محمد الصفيري، القرار الإداري في كل من فرنسا والإمارات ودول المحاكم في إلغائه، دار الفكر العربي, 2008, ص 302, نقلا عن دوقة رتيبة.

[3] أنظر حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية (لقابلة للانفصال عن العقد الإداري)، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، سنة 2015, عمان، ص 84, يتصرف.

ويمكن إثبات أن الإدارة قد انحرفت بالسلطة أي (استعماله التحقيق أهداف خارجة عما سطره القانون لها) في المواضع التي تكون لها السلطة التقديرية فيها لاتخاذ القرار وهذا باعتبارات (تدخل الإدارة من عدمه، وقت التدخل، تقدير الوقائع)، الإطلاق بل مرتبطة بتحقيق الصالح العام يجعل قراراتها معيبا وقابلا لطعن فيه بإلغاء ومن ثم إلغاءه.[1]

كما يجب الإشارة أن هذا العيب لا يتعلق بالنظام العام فلا يقضي الى القاضي من تلقاء نفسه بل للطاعن ضد القرار أن يتمسك به.

ولعيب الانحراف في استعمال السلطة عدة صور نذكر منها:

*أن يكون الهدف المرجو تحقيقه في إصدار القرار هو المصلحة الخاصة فقد يسعى القائم على الإدارة الى الانتقام الشخصي كالقرار القاضي يرفض منح رخصة لمزاولة نشاط تجاري رغم استيفاء الطلب كل الشروط القانونية.

*أو أن تتصرف الإدارة وفق مصلحة غير المعلن عنها.

*أو أن تسلك إجراءات وتتخذ وسائل غير قانونية في إصدار قراراتها.[2]

ويمكن أن يظهر هذا العيب عند تحديد الخصائص التقنية كتحديدها بطريقة متعسفة لا يستدعيها موضوع الصفقة, حيث يؤدي هذا التحديد الى إعطاء أسبقية لطرف على حساب طرف أخر, وأن يكون الهدف منه استبعاد أطراف آخرين عن المنافسة أو إدخال معايير لا علاقة لها بحسن اختيار العروض.[3]

رابعا: عيب مخالفة القانون:

[1] أنظر خضر طارق فتح الله ، المرجع السابق، ص 189-190, بتصرف.

2 أنظر الصيفان العبادي محمد ، مرجع السابق، ص 266-270, بتصرف.

[3] خرشي النوى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العموميةن دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 454،نقلا عن دوقة روتيبة.

ويقصد به مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها وهذا العيب أهم من العيوب السابقة فرقابة القضاء على الاختصاص والشكل هي رقابة خارجية وأما رقابة على عيب مخالفة القانون فإنها رقابة موضوعية تستهدف مخل القرار الإداري.

ويقصد بمحل القرار الأثر القانوني الذي يرتب على القرار وهو الذي يكون محله دائما في نتيجة مادية أو واقعية.

ويشترط في محل القرار أن يكون جائز وأن يكون ممكنا.

وللإشارة فإن عيب مخالفة القانون يتخذ إحدى الصور التالية:

-المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية :

وهذا عندما تجهل الإدارة القواعد القانونية بشكل كلي أو جزئي واثبات العيب في هاته الحالة يكون تسير على الطاعن الذي ثبت وجود القاعدة وأن المصلحة المتعاقدة تجاهلتها

-الخطأ في تفسير القاعدة القانونية :

في هذه الحالة لم تتجاهل القاعدة القانونية بل قامت بتفسيرها على النحو يعاكس نية المشرع أثناء وضعها في هذه الحالة يتمسك الطاعن بتفسير القاعدة وبطعن في القرار الإداري بناءا على تقديره لتفسير الخاطئ للإدارة

-الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع:

وعلى هذا الأساس فإن تطبيق أي قاعدة قانونية يتطلب تحقق مجموعة حتى الوقائع ، ومنه فإن عدم استيفاء الوقائع للشروط التي حددها المشرع وتطبيق القاعدة القانونية عليها يؤدي إلى بطلان القرار الإداري الصادر في حقها

وفي هذه حالة ينظر القضاء في (حقيقة الوجود المادي للوقائع تبرير القرار الصادر من خلال الوقائع الموجودة فعلا).[1]

[1] أنظر خضر طارق فتح الله ، المرجع السابق، ص ص 183-184 بتصرف

-عيب انعدام السبب :

"يقصد به صدور القرار الإداري دون الوجود المادي أو القانوني للوقائع التي تدفع الإدارة لإصدارة أو خطأ هذه الأخيرة في التكييف القانوني السليم لهذه الوقائع أو صدور القرار نتيجة للخطأ في تقدير مدى ملائمة وأهمية أو خطورة الوقائع لإصداره"

ومنه فإن قاضي الإلغاء يراقب سلطة المقيدة ومدى اتجاه تصرفها إلى عدم مشروعية متعلقة بعيب السبب وذلك بتفحص الوقائع وكذا الغلط في القانون

للإشارة فان قاضي الإلغاء في الجزائر لم يعترف بوجود عيب السبب كعيب مستقل عن عيب مخالفة القانون برغم من تعدد صور عيب السبب[1]

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على إلغاء الصفقات العمومية.

لقد رسم المشرع الجزائري أنواع من الرقابة التي تمارس على عقود الصفقات العمومية قبل وبعد إبرامها، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في مرسوم الصفقات العمومية 10-236 في مادته 116 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 15-247 المادة 156 من الفصل الخامس رقابة الصفقات العمومية.

والتي نصت صراحة على أنه تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة وصائية.[2]

وتعتبر دعوى الإلغاء في الجزائر من أكثر الدعاوى الإدارية انتشارا وإستعمالا من طرف المتقاضين، وهو ما يفسر اهتمام المشرع بها , بأن خصها بالكثير من القواعد والأحكام

---

[1] قروف جمال ،رقابة قضاء الإلغاء على السلطة المقيدة للإدارة ، مجلة دفائر، السياسية والقانون ، العدد 19 الصادر في جوان 2018،ص198.

[2] المادة 156 من المرسوم الرئاسي 15-247.

سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بموجبه القانون 08-09 المؤرخ في 28 فيفري 2008.[1]

وعليه سنقوم في هذا المبحث بدراسة:

الإختصاص في مجال دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية كمطلب أول ومن نطاق دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية كمطلب ثاني.

المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الإلغاء بالنسبة لمادة الصفقات العمومية.

إن معرفة الطبيعة القانونية للصفقات العمومية والعناصر المكونة لها قيد التساؤل عن القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بالنظر في النزاعات ذات الطابع الإداري.[2]

ذلك أن الأخذ بنظام القضاء المزدوج يفرض وجود ضوابط تحدد وتفصل المجالات التي ينص فيها الاختصاص على القضاء الإداري بصفة عامة والمحاكم الإدارية بشكل خاص وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي حيث وضع معايير تحدد اختصاص القانون و القضاء الإداريين، وما يخرج عنه ضمن اختصاص القضاء العادي.

وسنتطرق في هذا المطلب الى:

اختصاص المحاكم الإدارية كفرع اول واختصاص مجلس الدولة كفرع ثاني.

الفرع الأول: اختصاص المحاكم الإدارية.

إن الاختصاص القضائي يقصد به الأهلية القانونية لجهة قضائية للنظر في نزاع ما حيث بعد الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام.[1]

---

[1] بوضياف بوضياف ، دعوى في المنازعات الإدارية، القسم الثاني الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، طبعة 1, جسور للنشر والتوزيع، الجزائر, 2013, ص07.

[2] ملوك صالح، النظام القانوني للمحاكم الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة يونس خدة، الجزائر, 2010-2011, ص 10.

فالمحاكم الإدارية هي جبهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث نختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

كما تختص بالفصل في دعاوى الإلغاء للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية والبلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ويتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام أو تنفيذ العقد.[2]

الفرع الثاني: اختصاص مجلس الدولة.

لقد حل مجلس الدولة محل الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بموجب المادة 152 الفقرة3, من التعديل الدستوري لسنة 1996 والقانون رقم 98-01 باعتباره الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، كما يقوم مجلس الدولة وينفرد بدور استشاري حول مشاريع القوانين فلا تشاركه في ذلك المحكمة العليا في هذا الاختصاص.

وكقاعدة عامة إن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص العام في النظر في كل منازعة إدارية إلا أنه واستثناء عن ذلك واستنادا لنص المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المعدل والمتمم بموجب القانون 13/11 عن مادته 02, فقد أوكل المشرع

[1] رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الدعاوى وطرق الطعن الإداري، الجزء 02, الطبعة 02, ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر, 2019, ص 143.

[2] دوقة رتيبة، المرجع السابق، ص 19.

[3] رشيد حلوفي، المرجع السابق، ص 143-144.

مجلس الدولة النظر بصفة ابتدائية ونهائية في بعض الدعاوى المحددة على سبيل الحصر.[1]

وتعتبر القرارات الصادرة عن مجلس الدولة بصفة ابتدائيا ونهائيا غير قابلة للطعن بالنقض أمامه، لعدم جواز ذلك طبقا للاجتهاد والقضائي الصادر عنه.[2]

وبفصل مجسل الدولة كقاضي اختصاص ابتدائيا ونهائيا في المنازعات التي تثور بشأن الأعمال والقرارات الصادرة عن السلطات والهيئات المركزية الوطنية، ومعنى ذلك النظر في مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

حيث تنص المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 على ما يلي: «يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في:

*الطعون بإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات الوطنية المهنية.

ونصت أيضا المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه «يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

ويتضح من النصوص السابقة أن اختصاص مجلس الدولة هنا ابتدائي نهائي أي القرارات الصادرة عنهما هنا لا تقبل أي طعن بالنقص.

إلا أنه يمكن طلب إعادة النظر ضد قراراته إذا توفرت في القرار شروط معينة طبعا ويمكن معارضة إذا كان الحكم غيابيا.[1]

---

[1] نصيبي الزهرة، الاختصاص النوعي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في الجزائر، مذكرة ماجستير, 2011-2012, ص 69.

[2] انظر- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 011052 بتاريخ 2014/10/20, مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 8 سنة 2006, ص 175, نقلا عن دوقة رتيبة بتصرف.

ويجوز أيضا رفع دعوى تصحيح الأخطاء المادية في قراراته.

وقد نصت المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 والمادة 02 من القانون 98-02 والمادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه مجلس الدولة يفصل في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الابتدائية وهذا إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ويتمتع مجلس الدولة هنا بجميع صلاحيات قضاء الاستئناف، وعلى وجه الخصوص إعادة دراسة الملف من حيث الوقائع والقانون معا، وفي حالة إلغاء الحكم يتصدى من جديد للفصل في النزاع بقرار نهائي غير قابل لطعن.

كما يمكن له أن يحيل الملف بع الإلغاء على المحكمة الإدارية ويلجأ مجلس الدولة على الإحالة عندما لا يكون لديه كافة العناصر اللازمة للفصل في الملف، كأن يتطلب الأمر إجراء معاينة مثلا.[2]

المطلب الثاني: نطاق دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية.

حيث تطرقنا خلال هذا المطلب كفرع أول لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة كأساس لرفع دعوى الإلغاء ومن ثم إلى مدى تأثير دعوى الإلغاء على الصفقة العمومية كفرع ثاني .

الفرع الأول: نظرية القرارات الإدارية المنفصلة كأساس لرفع دعوى الإلغاء في:

أولا: نشأة النظرية مجال الصفقات العمومية.

كان القضاء الفرنسي حتى أوائل القرن الماضي يطبق نظرية الاندماج، على أساسها كان يرفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري تمسكها بوحدة العملية العقدية.

---

[1] أنظر، نصيبي الزهرة، المرجع السابق، ص 69-70.

[2] مسعود شهيوب, المبادئ العامة للمنازعات الإدارية, الجزء الثاني, نظرية الاختصاص, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, دون سنة نشر, ص 128.

وأمام عدم جدية الأسباب التي كانت وراء عدم جواز الإلغاء في مجال العقود الإدارية عامة أو في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، تراجع مجلس عن موقفه، وكان ذلك بتبنيه لنظرية جديدة هي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

تبني القضاء هذه النظرية بتاريخ 1903/12/11 إذا طبق مفهوم القرارات المنفصلة على انه قرار تمهيدي، ليتوسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في قضية *Martin*بتاريخ 1905 أو استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك التاريخ على قبول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري، سواء قدم الطعن من أحد المتعاقدين أو من الغير.[1]

الغير: يقصد به الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية حيث تضرر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة واستوفت فيه الشروط القانونية كشرط المصلحة.

المتعامل المتعاقد: الأصل فيه أنه لا يمكنه المطالبة بإلغاء قرار ساهم في إتمام الصفقة لأن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يكون سابقا لإبرام العقد، لكن يمكنه اللجوء الى الإلغاء إذا صدر من المصلحة المتعاقدة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى فهذا يكون المتعامل المتعاقد كمواطن عادي له أن يطلب بإلغاء القرار الإداري إذا استوفى شرط المصلحة، وبشرط أن تكون هذه القرارات ليست لها علاقة مباشرة بعقد الصفقة العمومية.[2]

ثانيا: تعريف القرارات الإدارية المنفصلة.

ولقد تعددت التعاريف للقرارات الإدارية المنفصلة في الوسط الفقهي حيث يعرفها:

[1] نادية تياب, أليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية, رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم, تخصص قانون, كلية قانون, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة مولود معمري, تيزي وزو, 2013, ص 216.

[2] أنظر كلوفي عز دين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار النشر جلطي, دون طبعة, الجزائر, 2012, ص 117-118-119, بتصرف.

الأستاذ أشرف محمد خليل حماد بأنها: قرارات مرتبطة بعملية قانونية حركية كالعقد الإداري وتتخذ خلالها، فالعملية العقدية هي في حقيقتها سلسلة متصلة الحلقات وتمثل الحلقات فيها القارات التمهيدية المساعدة أو المعاونة التي تؤدي الى القرار النهائي.[1]

ويعرفها الأستاذ محمد ماهر أبو العينين على أنها: قرارات إدارية تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناءا على ولايته الكاملة إلا أن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل العمل عليها بالإلغاء على انفراد.

كما تعتبر القرارات الإدارية القابلة للانفصال تصرفات صادرة من طرف الإدارة في إطار عملية مركبة مع إمكانية إلغائها على أساس أنها قائمة بذاتها دون أن يؤثر ذلك على كيان العملية ذاتها أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية الموجودة من وراءه.

ويعرفها البعض الآخر بأنها: القرارات التي تساهم في تكون العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنها تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه بطبيعتها الأمر الذي يجعل الطعن فيها بإلغاء جائزا.[2]

والقرارات الإدارية المنفصلة تساهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه غير أنها تنفصل عنه هذا العقد وتختلف عنه في طبيعة الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء جائزا لأنها تمتد لهذا الإبرام ولا تدخل في نطاق الرابطة التعاقدية. وباعتبار الطبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية وارتباطه بالمصلحة والمال العاملين، فإنه يمر بمجموعة من المراحل ابتداء من المرحلة التحضيرية لإبرامه و مرورا بالمصادقة وانتهاء بالتنفيذ, خلال هذه المراحل تصدر الإدارة المتعاقدة عدة قرارات إدارية تنتج عنها في كثير من الأحيان عدة إشكاليات قد تتعلق برفض المصادفة و العدول عن المزايدة و فسخ العقد

[1] جمال عباس، أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود في الفقه ومجلس الأمة، دون طبعة، المكتب العربي الحديث الإسكندرية، مصر، سنة 2007, ص 168.
[2] أنظر، كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 107, بتصرف.

الإداري, وإذا كانت الإدارة تتصرف بإرادتها المنفردة في أغلب مراحل الصفقة العمومية دون اللجوء إلى القضاء, وإنما استنادا إلى نصوص العقد و القواعد العامة لتسير المرفق العام فان سلطاتها التقديرية ليست مطلقة بل تخضع لمراقبة القضاء.[1]

[1]لمين دريس، رقابة الإلغاء على الصفقات العمومية، مجلة القانون والأعمال، يوم 12 أفريل 2022،على الساعة 16: 39، WWW.draitetentreprise.org

الفرع الثاني: نطاق تطبيق دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية.

تنصب دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل على جميع القرارات النافذة المتعلقة بالصفقات العمومية ابتداء من قرار الإعلان عن الصفقة إلى غاية منحها.

تبعا لذلك سنقوم بالتفصيل في هذه القرارات وذلك على النحو التالي:

أولا: الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:

بعد الإعلان عن الصفقة العمومية شرطا جوهريا حتى يصل أمر الصفقة إلى علم كل من تتوفر فيه شروط اللازمة بالعملية المعلن عنها تحقيق المبدأين أساسين هما مبدأ الحرية (حرية المنافسة) والمساواة.

وباعتبار الإعلان شرط أساسي في قيام الصفقة فكل إخلال بأحكامه يمكن أن يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء.[1]

فإشهار الصحفي إجراء جوهري بموجب المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وبموجبه يضمن مبدأي العلانية وحرية المنافسة وعليه كل إخلال بأحكام الإعلان يمكن أن يكون سببا لرفع دعوى الإلغاء كما سبب وتطرقنا.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة التونسي على اعتباره قرارا إداريا منفصلا إذ رتب بطلان قرارات الإعلان، إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانونا.[2]

---

[1] تياب نادية ، المرجع السابق، ص 221.

[2] جليل مونية ، التنظيم الجديد لصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247, موفم للنشر والتوزيع، الجزائر, 2018, ص 138.

ثانيا: الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من الدخول في الصفقة العمومية:

لقد هول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من الدخول في الصفقة العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ويمكن للشخص الذي حرم من دخول الصفقة العمومية الطعن بالإلغاء إذا كان الحرمان غير مؤسسا على نص قانوني وثبت أن الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة وفقا لنص السابق الذكر.

ومنه فلا يتصور دخول شخص لصفقة ما بعد أن ثبت غشه أو تماطله في تعاقداته السابقة رغم إتمام الصفقات العمومية على مبدأ المساواة، ذلك أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يسبب ضرار للصالح العام، فالمهنية شرط واجب توافره في التعامل مع المصالح المتعاقدة شأنه شأن الكفاءة والمؤهلات ويمكن للإدارة التأكد من سوء السمعة من تصفح تعاقداته السابقة مع الإدارة.[1]

ويمكن للشخص (المحروم من دخول الصفقة) الطعن ضد قرار الحرمان باعتبار أنه غير مؤسس على نص قانوني أي أنه لا ينتمي للفئات المحددة قانونيا، أو أن يثبت إلغاء النص القانوني أو تعديله.

ثالثا: الطعن بإلغاء ضد قرار الاستبعاد:

الاستبعاد في الصفقات يكون بإخراج عرض بعينه من دائرة المنافسة لعدم مطابقته للمواصفات النقدية المذكورة في دفتر الشروط أو لعدم توقيعه من صاحبه.[2]

[1] تياب نادية، المرجع السابق، ص 222.
[2] جليل مونية ، المرجع نفسه، ص 140.

أو إذا أثبت حسب أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 أن بعض ممارسات المتعهد المعني تعسفا في وضعيته هيمنة في السوق أو قد تسبب في إخلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

أما إذا كان العرض المالي الإجمالي المتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا أو كان سعر واحد أو أكثر عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض،إذا أقرت أن جواب هذا المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل، فإذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء للقضاء لإلغاء القرار.

ولقد اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قرار إداري منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري ولترتيبه أثار قانونية بذاته وتتمثل في الحرمان من التعاقد مع الإدارة، وهو ما يخول أصحاب الشأن الطعن فيه بإلغاء.[1]

رابعا: الطعن بإلغاء ضد قرار المنح المؤقت لصفقة:

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلاميا لموجبه تخبر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور اختيارها المؤقت يعني تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد معين بذاته وقد ترفع بشأنه دعوى الإلغاء.[2]

و يترتب على المنح المؤقت آثار هامة في مواجهة من منحت له الصفقة ، إذا تم إعلامه بهذا المنح وترد له كفالة التعهد بعد وضع كفالة حسن التنفيذ.

[1] مونية جليل، المرجع نفسه، ص 140.

[2] طيبي سعاد، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، عدد 01, 2014, ص 276.

أما المتعهدين الآخرين فيصدر في حقهم قرار الاستبعاد , فيتم رد كفالة التعهد لعدم قبول عروضهم بعد يوم من تاريخ انقضاء أجل الطعن بالنسبة للمتعهد الذي قدم طعنا، وعن طبيعة قرار المنح المؤقت فلم يرد نص صريح يحددها، غير أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبر قرارا إداريا منفصلا لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري، لذا يجوز الطعن فيه بالإلغاء، وذلك لضمان تحقيق العلانية والمساواة والمنافسة العامة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من المصلحة المتعاقدة.

خامسا: الطعن بإلغاء ضد قرار إلغاء الصفقة العمومية:

قد يتضح للمصلحة المتعاقدة أن الصفقة لا تحقق مصلحة عامة أصلا وذلك لخطأ في تقدير أهمية المشروع أو بظهور طارئ يفرض عليها التراجع عن إبرامها ففي هذه الحالة تلتزم المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار إلغاء الصفقة, رغم عدم وجود نص صريح يؤكد حق الإلغاء لدواعي المصلحة العامة في التنظيم الجزائري فلا يمكن تصور عدم وجود هذا القرار عمليا, ذلك لان الدافع من إبرامها هو تحقيق الصالح العام, وإذا انتفى هذا الدافع (الصالح العام) قامت المصلحة المتعاقدة لإلغاء الصفقة, وهنا تبرز السلطة التقديرية الواسعة التي تملكها الإدارة في تقدير وجود المصلحة العامة من عدمها.[1]

2-عدم جدوى طلب العروض:

اعتبر القضاء الإداري هذا القرار بأنه قرار إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، وذلك عندما يتم تقرير عدم جدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانونا أو يكون استنادا لتقدير المصلحة المتعاقدة لإحدى حالات عدم جدوى طلب العروض.

[1] نادية تياب, المرجع السابق, ص 224-228.

ويترتب عن هذا الطعن أثار قانونية خطيرة تتمثل في منع إبرام الصفقة العمومية بشكل نهائي.[1]

الفرع الثالث: مدى تأثير دعوى الإلغاء على الصفقة العمومية.

يقوم القاضي الإداري في دعوى الإلغاء بفحص مدى مشروعية القرار الإداري وإذا تبين له أن القرار الإداري غير مشروع سيقوم بإصدار حكم بإلغائه كما يمكن للقاضي المختص في حالة وجود ضرر أن يحكم بالتعويض للطاعن إذا أرفق دعواه بطلب تعويض.

فما مدى تأثير حكم الإلغاء القرار الإداري المنفصل على الصفقة العمومية ككل؟

إذا كان القرار الإداري الملغى صادر في مرحلة الإبرام كقرار المنح المؤقت لصفقة العمومية أو قرار الإعلان عن الصفقة العمومية، فإن ذلك سيؤثر سلبا على مجريات إبرام الصفقة العمومية بل أكثر من ذلك قد يؤثر ويؤدي إلى إلغاء الصفقة ككل.

أما إذا كان القرار الإداري الملغى صادر في مرحلة التنفيذ كقرار تعديل أحد بنود الصفقة فإن ذلك لن يؤثر على هذه الأخيرة

[1] نادية تياب, المرجع نفسه, ص 225-226.

[3] مزيان حنان. مسعودي ليندة، الحل الودي والقضائي لمنازعات الصفقات العمومية، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، تخصص القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية2017, ص 80-81.

الفصل الثاني:
دعوى التوازن المالي

إن الأثر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه من إجراء عملية إبرامه للعقد مع الإدارة هو الربح فقد تؤدي ظروف خارجة عن نطاق توقع المتعاقدين إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب وتحول بين المتعاقد والغرض الذي يصبوا إليه وهو تحقيق الربح وتكون هذه الظروف بمثابة مغرم يزيد في صعوبة تنفيذ العقد وّإرهاقا للمتعاقد وليس مربحا له كما كان بريد ويتوقع تنفيذ هذه الظروف التي قد تسبب الإدارة في حدوثها بما تمتلكه من إمتيازات السلطة العامة بسنها قوانين أو إصدارها لقرارات تنظيمية أو رفع أسعار السلع التي يستخدمها المتعاقد في تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال كل هاته الظروف تسبب في قلب اقتصاديات العقد الذي من شأنه الإضرار بمصالح المتعاقد المالية وكذلك الإضرار بالمصلحة العامة التي تم التعاقد من أجل تحقيقها ، وهو الأمر الذي يخالف الإضرار المصلحة العامة التي تم التعاقد من أجلها تحقيقها ، وهو الأمر الذي يخالف مبدأ حسن النية من جانب الإدارة ، والذي يفرض عليها تقديم المساعدة للمتعاقد على تنفيذ العقد بيسر وتجاوز كل الصعوبات التي قد تعترضه كما قد تكون هذه الظروف ليس للإدارة يد فيها وهي خارجة عن نطاقها إلا أنها تضر بشكل كبير بإقتصاديات العقد مما يؤثر على الجانب المالي للمتعاقد ويصعب من الوفاء بالتزاماته العقدية بالشكل المتفق عليه.

هذه الظروف التي تعطي للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض جزئيا أو كليا عن أثارها الضارة بحسب الأحوال ، وفقا للنظريات التي ايدها مجلس الدولة الفرنسي والمتمثلة في المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير) والمخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة).[1]

[1] سامي الطيب إدريس محمد ، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري ، مجلة كلية الدراسات العليا ، جامعة التيلين (مج 10) ، العدد (37-2)، 2017/12/1، ص217

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير

تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يتم دعم المتعاقد من جانب الإدارة ولا يترك وعرضه للخسائر والكوارث والتي قد تؤدي إلى توقف تنفيذ العقد أو نهايته كما في حالة نشوء ظروف طارئة أو صعوبات مادية لم تكن متوقعة مما يحتم على الإدارة التدخل لحفظ التوازن المالي للمتعاقد بحيث تشاركه في الخسائر التي قد يتعرض لها وهذا ما يعرف بنظرية عمل السلطة في صورتها الإيجابية ، أما الوجه الآخر لهذه النظرية فيكون في شكل عمل يصدر عن السلطة أو الجهة المتعاقدة دون خطأ من جانبهم ينجم عنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو زيادة الالتزامات التي نص عليها العقد كما في حالة زيادة التعريقة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب أو سعر المواد والخدمات المستمرة رسميا ، ويترتب على ذلك التزامهم الإدارة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار بما يعيد التوازن المالي للعقد [1]

نتناول في هذا المطلب تعريف النظرية وشروط إعمالها ونطاقها تواليا.

المطلب الأول : تعريف نظرية فعل الأمير

نستعرض التعريف الفقهي ومن ثم التعريف القضائي.

الفرع الأول : التعريف الفقهي

عرفها الأستاذ والدكتور "ماجد راغب الحلو" على أنها:

[1] سامي الطيب إدريس محمد ، المرجع السابق، ص217

" كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه ، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ويترتب له الحق في التعويض"[1]

ويعرفها أيضا الأستاذ " محمد سليمان الطماوي " على أنها :

"عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوي مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى إلتزام جهة الإدارة للمتعاقد بتعويض المتعاقد المتضرر كافة الأضرار التي لحقته من جراء ذلك ، بما يعيد التوازن المالي للعقد[2]

وعرفها أيضا الأستاذ عمار بوضياف بقوله: " هي جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة من السلطة الإدارية للمتعاقد وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد (المتعامل الاقتصادي حاليا)[3]

الفرع الثاني : التعريف القضائي

عرف المجلس الدولة الفرنسي عمل الأمير بأنه " عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ، وينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري ، بحيث تلتزم الإدارة بتعريضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري.

[1] ماجد راعب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، 2008 ،ص500.

[2] سليمان محمد الطماوي ، الأساس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، سنة 1991 ، ص 238.

[3] ر بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الرابعة ، دار الجسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011 ص 238.

وعرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه : "بأنه: عمل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد قد يترتب عليه ضررا خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر يمسهم الإجراء[1]

من خلال التعريفات السابقة يتضح أن مجال تطبيق عمل الأمير محصور فقط على الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة فقط ولا يمتد إلى غيرها من الهيئات الإدارية التي تصدر عنها إجراءات وأعمال تلحق الضرر البالغ بالمتعاقد

الفرع الثالث: التعريف التشريعي:

لا تعريف لي هذا الخصوص لكن نجد أن مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام" تسوي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية وتنظيمية المعمول بها ..... الخ وإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين ....

ومسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وكذلك عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ، كما كانت الصفقة العمومية يوما مجالا لدفع المتعامل المتعاقد على

[1] العطراوي كمال، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة ،أطروحة نيل شهادة دكتوراء علوم الحقوق تخصص إدارة ومالية ، 2017،2018، ص116

تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة ثم أن المتسبب في إحداثها هي المصلحة المتعاقد نفسها [1]

المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية الأمير.

اشترط كل من الفقه والقضاء شروطا يجب توافرها لتطبيق نظرية عمل الأمير كشرط أن يكون تطبيق نظرية في إطار عقد إداري ، وأن يصدر عن الإدارة المتعاقد وان يكون مشروعا بالإضافة إلى إلحاقه ضرر خاصا بالمتعاقد لم يكن يتوقعه عند إبرام العقد [2]

الفرع الأول: وجود عقد إداري

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية فإذا لم تكن هناك رابطة تعاقدية بين المتضرر من الإجراء والدولة أو كان العقد من العقود القانون الخاص، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية

وهو ما ذهب إليه محكمة القضاء الإداري بمصر في أحد أحكامها الذي جاء فيه.. متي كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التفويض عن الإضرار التي يترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون غير أساس سليم من القانون،إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المتضرر يسبب التشريعات

[1] بوضياف عمار ، المرجع السابق، ص 297

[2] عطاف البنا محمود ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2007، ص 297 .

الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيه التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ بالتزاماته

وبمقتضي العقد ،وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد[1]

الفرع الثاني: صدور تصرف من الجهة الإدارية

فالإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير هو الإجراء الصادر عن الهيئة المتعاقدة بما يزيد من أعباءه وأن يكون التصرف غير مخالف لنظام العام بمعني أن يكون مشروعا مطابقا للنظام القانوني السائد بالدولة[2]

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي في البداية نظرية الأمير بغض النظر عما إذا كان الإجراء الذي ألحق الضرر بالمتعاقد صادر عن الإدارة المتعاقدة أو صادر عن جهة إدارية أخرى.

إلا أن المجلس لم يلبث أن عدل عن ذلك وأصبح يقتصر تطبيق نظرية عمل الأمير فقط على الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة ، والتي ألحقت ضرر بالمتعاقد وهو الأمر الذي اتبعه مجلس الدولة المصري بعد تردد

---

[1] حكم المحكمة القضاء الإداري بمصر، الصادرة في 30 مارس 1957 ، نقلا عن سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق، ص 626 .

[2] أكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013، ص 120

لذلك لا تطبق نظرية عمل الأمير في عقود الهيئات المحلية عندما يكون العمل ضار صادرًا من الدولة أو العكس بينما تطبق النظرية على العقود التي تبرمها إحدى الوزارات إذا كان العمل الضار صادرا عن وزارة أخرى كون الوزارتين تعملان باسم شخص معنوي واحد هو الدولة باعتبارها جمعية فروعها لها.

فالعمل الضار هو يعتبر صادرا من نفس الجهة المتعاقدة[1]

واستنادا إلى فكرة وحدة شخصية الدولة رغم تعدد أجهزتها واستقلال كل منهما عن الأخر، فإذا أبرمت إحدى الوزارات عقد إداري فإن ما يصدر عن الوزارات الأخرى أو عن مجلس الوزراء يعتبر وكأنه صادرا عن نفس الجهة المتعاقدة ويطبق شأنه نظرية عمل الأمير متى توافرت باقي الشروط.[2]

الفرع الثالث:مشروعية الإجراء الصادر عن الإدارة:

أن يكون العمل أو الإجراء يصدر عن الإدارة مشروعا أن الإجراء المتخذ من الإدارة تجله المتعاقد لم بخطأ منهما حين أقدمت على هذا العمل الضار، لأن ثبوت خطأ الإدارة يرتب قيام مسؤوليتها العقدية وبالتالي تعويض المتعاقد على هذا الأساس وليس على أساس نظرية عمل الأمير [3]

الفرع الرابع: شرط عدم توقع الإجراء الضار:

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرام العقد وهو مقدر لهذا الظروف الأمر الذي يترتب

[1] عطاف النبا محمود، المرجع السابق، ص 297-298.

عبد العزيز عبد المنعم ، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار نشأ المعارف، الطبعة 14، [2] الاسكندرية ،ص 180 ، نقلا عن العظراوي كمال ، المرجع السابق ،ص 119

[3] عبد العزيز عبد المنعم ، المرجع السابق، ص 180 .

ضرورة أعذاره ومن المستقر في هذا المجال أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق التعديل فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائما ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل [1]

ومنه فالمتعاقد مع الإدارة مستعد لمواجهة أثار الضرر وهذا عند قيامه بتقدير المقابل للعقد ، ولا يستحق التعويض في حالة حدوث تلك الأضرار وفقا لنظرية فعل الأمير وإنما تطبق النصوص التعاقدية في حالة حدوث تلك الأضرار وفقا لنظرية فعل الأمير وإنما تطبق النصوص التعاقدية للاستفادة من التعويض عن الضرر الذي لحق به [2]

وعليه يمكن القول أن شرط عدم التوقع هو شرط موضوعي لا يعتد فيه بما وقد في ذهن المتعاقد من توقع للفعل وإنما العبرة ألا يكون في استطاعته الرجل العادي توقع الظروف الجديد لو وجب في ذات الظروف، ويبقي دور القاضي هو البحث عما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد الجهد المعقول والضروري لتبين ما هو مقدم عليه[3]

الفرع الخامس: إن يلحق ضرر خاصا بالمتعاقد

ويتمثل هذا الضروري زيادة أعباء تنفيذ شروط المتعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيمًا او تسيرا وبهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقاتها[4]

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

[1] سامي الطيب إدريس محمد،المرجع السابق،ص 219
[2] سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق،ص629
[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق، ص 183.
[4] سامي الطيب إدريس، المرجع السابق،ص 219

تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين تحدثنا في الفرع الأول على سلطات القاضي الإداري في مواجهة عمل الأمير وفي الفرع الثاني أسهبنا من خلاله في عرض صور نظرية عمل الأمير.

الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري في مواجهة عمل الأمير

أذا توفرت شروط تطبيق نظرية عمل الأمير تتم عمل التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة حيث يعوض تعويضا كاملا في ذلك استقر القضاء الإداري على أن تسجيل التعويض ما لحق المتعاقد من خسائر بسبب عمل الأمير من قبل ما تحمله من نفقات إضافية ورسوم جديدة ما فاته من كسب يتمثل بالمبالغ التي كان سيحصل عليها لو لن يختل التوازن المالي للعقد وفي هذا الصدد نستعرض بعض من أحكام وقرارات القضاء بخصوص نظرية فعل الأمير في التشريعات المقارنة (مصر–السعودية) [1]

أولا: وقد يبين محكمة القضاء الإداري المصري الأسس التي تتم من خلالها تحديد مقدار التعويض في حكمها بتاريخ 30–06–1957 والذي ورد فيه ""ان القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد أنه إذا لم يكن مقدار متفقا عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقدره قاضي العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غيي متوقعة وإن كان ما هو غير نتوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد فلا تطبق عليه شروطه ؛لتعبير "عدن التوقع " في هذا الخصوصية معني خاص بها أن التكاليف الزائدة التي تلقي على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليست جزء من

[1] متوكل حسن الظاهر ،بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ، كلية القانون،جامعة جوبا،200، ص132 ،نقلا عن سامي الطيب إدريس محمد ،المرجع السابق،ص 119–120

الاتفاق.[1] بمعني أنه لا يقبلها في شروط العقد أي تقدير ؛والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقرر في القانون الإداري في هذا الشأن و هو يشمل عنصرين الأول ما لحق المتعاقد من خسائر ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي انفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال،ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال ،فإن ذلك قد يؤدي الى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأبدي العاملة كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل[2] العقد أثناء تنفيذ خسائر متنوعة ؛وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينهما وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه ،والثاني ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله[3]

ثانيا:بالنسبة للموقف المنظم السعودي من أحكام نظريات التوازن المالي للعقد الإداري وعلى وجه الخصوص نظرية عمل السلطة (الأمير) فقد تضمن نظام المزايدات والمناقصات الصادر عام 1361 الموافق ل1941 بعض النصوص في إشارات مباشرة تمكن من تعويض المتعاقد مع الإدارة في حالة تعرضه لأضرار لأسباب مفاجئة وغير متوقعة لابد له فيها ودون خطأ من الإدارة ،وبعد مرور نحو 15عاما صدر نظام جديد للمناقصات والمزايدات أجاز تعديل الأسعار بعد التعاقد بما يتماشى مع أسعار السوق وقت التنفيذ وأقر هذا النظام حق المتعاقد مع الإدارة في احتساب فرق الرسوم والضرائب التي تدفعها فعلا عن تغير التعريفة الجمركية أو الرسوم الأخرى وجاءت المادة 60 من

[1]

[2]متوكل حسن الظاهر ،نقلا عن سامي الطيب إدريس محمد ،المرجع السابق،ص 120

[3]متوكل حسن الظاهر ، ،المرجع السابق،ص 121

العقود الأشغال العامة بنا يفيد على أنه في حالي تعديل الضرائب والرسوم في المملكة العربية السعودية بالزيادة أو النقصان بعد تاريخ تقديم العطاء تزداد قيمة او تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق على انه يشترك لدفع الفرق، ان يثبت المقاول انه قان يدفع الفرق الزائدة من الرسوم نتيجة لتوريده مواد مخصصة لأعمال العقد بعد تعديل الرسوم بالزيادة

وتنص الأنظمة في المملكة العربية السعودية على أمه إذا لم تتمكن الإدارة بالوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد بسبب عمل الأمير أو غيره من الأسباب وفقا لما تم الاتفاق عليه في شروط العقد كما لو يمكن المتعاقد من البدء في تنفيذ العمل أو لم تلتزم ببعض[1] بعض الشروط أو لم تنفيذ التزاماتها بطريقة سليمة أو بما يتعارض ومبدأ حسن النية أو قامت بإلغاء أو سحب بعض بنود وأجراء العقد بما يجاور الحد المسموح لها به او قامت باتفاق التنفيذ لغير دواعي المصلحة العامة أقامت بفسخ العقد او غير ذلك مما يعتبر إخلالا بالتزاماتها التعاقدية فإن ذلك يعطي الحق للمتعاقد في مطالبتها بالتعويض أو فسخ العقد أو بهما معا .

وباستقصاء نص المادة 59 من عقد الأشغال العامة يتضح لنا إن المتعاقد ليس له إلى في الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقد الإداري بسبب عمل الأمس أو غيره إلا أنه يعطيه الحق في المطالبة بالتعويض وقد انتهى ديوان المظالم في قرار رقم 33 [2]

الفرع الثاني: نطاق تطبيق عمل الأمير (صور)

[1] سامي الطيب إدريس محمد ؛ المرجع السابق؛ص 221

[2] سامي الطيب إدريس محمد ؛ المرجع السابق؛ص 221 .

يعرف فعل الأمير على أنه صدور آجراء خاص من جانب جهة الإدارة لم يكن متوقعا وقت التعاقد ويترتب عليه إلحاق ضرر خلص بالمتعاقد ويأخذ عمل الأمير في صور آجراء خاص عمل فرضي او القرار التنظيمي العام[1]

أولا: عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

بتجسيد الإجراء الخاص المتخذ من قبل الإدارة في ممارسي سلطاتها وامتيازاتها وذلك بصدور قرارات تتضمن تعديل شروط العقد فتغير في التزامات المتعاقد معها بالتقص والزيادة [2]

كما يمكن أن يؤدي الإجراء المتخذ من قبل الإدارة إلى إحداث تغييرات في ظروف تنفيذ العقد ممل قد يصعب على المتعاقد تنفيذه بالشكل المتفق عليه،كما من شأنه أن يحمي تكاليف جديدة لم تكن في الحسبان أثناء عملية إبرام العقد [3]

- **تعديل مباشرة في شروط الصفقة:**

يحق للمصلحة المتعاقدة إن تتدخل مباشرة بقرارات منهما وان تعدل في التزامات المتعامل المتعاقد معها بالنقص والزيادة وهو بشكل أعباء وتكاليف مرهقة للطرف المتعاقد مع الإدارة لدرجة الإخلال بالتوازن المالي للصفقة العمومية وحتى تم فإن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا في أجل صورها وتهدف إلى ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عما يلحقه من إجراء تعديل العقد

---

[1] بسكي ربيعة ،سلطات المصلحى المتعاقد تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ؛مذكرة نيل الماجستير في القانون ق.إ.م أ ،جامعة ملود معمري تيزي وزو ، 2013، ص65

[2] سامي الطيب إدريس محمد ؛ المرجع السابق؛ص 626

[3] سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق،ص 626

- **تعديل غير مباشر في شروط الصفقة (التأثير على ظروف التنفيذ):**

قد لا يأثر الإجراءات الخاصة بطريقة مباشرة على شروط الصفقة ولكنها تؤثر على ظروف تنفيذها ويكون من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديد متوقعة عند التعاقد ؛حينئذ يتعين التعويض المتعاقد تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد كإصدارها قرار بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان أخر بدواعي المحافظة على سلامة المواطنين، كما لو قامت الجهة الإدارية بأشغال عامة تسبب للمتعاقد في أضرار .

وقد طبقت ذلك المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر في حكمها الجزائر في حكمها الصادر [1] في11ديسمبر 1964 في قضية الكهرباء والغاز الجزائر –بلدية فوكة وتتمثل وقائع القضية في ان بلدية فوكة أرادت بناء مدرسة فطلبت لهذا الغرض من الملتزم نقل الخطوط الكهربائية وكذا شروط العقد تسمح بذلك على نفقة الملتزم بدواعي الحفاظ على الأمن العام أو في سبيل مصلحة الطرق الا ان حالة بناء المدرسة لم تكن من الأسباب التي اسمح بالنقل على حساب الملتزم لذا لابد من تعويضيه فنظرا إلى ان المدرسي لم يكن بناؤها متوقعا حين إبرام العقد مما ترتب على ذلك زيادة أعباء نقل التوازن المالي للعقد حتي ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياته فإن على الإدارة أن تدفع تعويضا كاملا للمتعاقد [2]

ومنه فالإجراءات الصادرة في صورة قرارات فردية تنتج للمتعاقد الذي أصابه ضرر من جرائها ان يطلب الحكم بالتعويض استندا إلى نظرية عمل الأمير

[1] نقلا عن صدراتي صدراتي ،المرجع السابق،ص 480

صدراتي صدراتي ،نظرية التوازن المالي للعقد الاداري،مذكرة نيل الماجستير في العلوم الادارية والمالية معهد الحقوق [2] الإدارية ، الجزائر، 1983،ص 47

ثانيا: عمل الأمير في شكل إجراء عام

المقصود بإجراء العام هو صدور قوانين أو تنظيمات من الإدارة المتعاقد قد تزيد في التزامات المتعاقد وتحمله أعباء إضافية لم تكن في حساباته أثناء إبرام العقد ذهب الادارة لا يقصد به المتعاقد بداية بل هو إجراء عام يصدر كل المواطنين.[1]

1-الاجراء العام يؤدي إلى تعديل شروط الصفقة:

قد يؤدي تشريع ما او قانون ما إلى تعديل مباشرة في شروط العقد إما بتعطيل بعض شروطه أو بتعديل فحواها او بإنهاء العقد قبل الأوان ويصرف النظر عن مشروعية القوانين الصادرة في هذا الخصوص فإنه من المتعين تعويض المتعاقد على أسا نظرية عمل الأمير في هذا المجال[2].

2-الاجراء العام يحدث تعيين في الظروف الخارجي لتنفيذ العقد هو الإجراءات العامة الاي يصدر عن الإدارة ولا تمي مباشرة بشروط العقد، وإنما يكون أثرها مقتصرا على التأثير في الظروف الخارجية لتنفيذ الأمر الذي يجعل منه أكثر إرهاقا ومشقة المتعاقد في هذا الخصوص مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الاضرار التب يتحملها المتعاقد إلا في حالات ضيقة جدا [3]

[1]أنظر. سليمان محمد الطماوي،المرجع السابق،ص 67

[2]سبكي ربيحة ؛المرجع السابق؛ص67

[3]سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص641

ومثال ذلك وجود نص يقضي بذلك سواء في نص قانوني وفي شروط العقد فالأصل في قضاء المجلس هو رفض التعويض والاستثناء هو الحكم به [1]

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

إذا كان فعل الأمير ينتج من إدارة المصلحة المتعاقدة فيؤدي إلى تعديل في شروط الصفقة وظروف تنفيذها فنظرية الظروف الطارئة تعتبر متنقلة عن أطراف الصفقة بحيث قد يحصل ان يحدث تنفيذها ظروف اقتصادية غير متوقعة تفرض على المتعاقد أعباء باهضه وتؤدي إلى تعديلات جوهرية في ظروف التنفيذ مما يضطر المتعاقد إلى تحمل تكاليف إضافية فتحدث اضطرابا في الشروط المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة ، وهذا ما يحدث مثلا في فترة ارتفاع تسديد للأسعار او تخفيض العملة تؤدي هذه الوضعية إلى ضرورة إبرام ملحق بهدف إعادة التوازن المالي للصفقة .

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

وتطبق نظرية الظروف الطارئة على صفقة الأشغال العامة كونها تستغرق مدة طويلة لإنجازها والتي في خلالها قد تحدث عدة ظروف استثنائية ترجب تنفيذها، كما تطبق أيضاعلى صفقات التوريد وإن كانت شروط انطباق هذه النظرية من النادر جدا ان تجتمع فيها نظرا لأن مدة تنفيذها تكون قصيرة.[2]

[1] صدراتي صدراتي، المرجع السابق، ص50
[2] سبكي ربيحة ،المرجع السابق، ص70

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

تعددت تعريفات الظروف الطارئة في الفقه ولعل أشهر تلك التعريفات بأنها عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وتترتب عليها خسارة غير محتملة تجعل تنفيذ العقد مرهقا مما يعطي المتعاقد مع الإدارة الحق في مطالبة بالتعويض عن هذه الخسارة

وهناك من يعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها عبارة عن ظروف عامة استثنائية واقتصادية كانت او طبيعية أو إدارية وقعت أثناء تنفيذ العقد ولا دخل للإدارة المتعاقد في حدوثها ولا يكون في الوسع توقعها عند إبرام العقد ولا يملك المتعاقدين دفعها عن وقوعها[1] ويكون من شأن هذه الظروف ان تصب المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن حدوثها واحتمالها على نجو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما [2]

الفرع الثاني: الظروف الطارئة في العصر الحديث (النظام القانوني الفرنسي)

لقد أسس قواعد هذه النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في 1916 في قضية بوردو الفرنسية وتتلخص وقائع هذه النظرية في ان شركة الغاز للإضاءة بمدينة بوردو كانت ملزمة بأم تقوم بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ونتيجة لوقوع الحرب ارتفع سعر الفحم ووجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضاها من الجهة الإدارية المتعاقد معها لا[3] تعطي نفقات الشركة فطلبت تعديل هذه الأسعار برفعها للحد المعقول غير ان الجهة الإدارية لن توفق على ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فاضطرت الشركة

[1] محمد حلمي، موجز القانون الاداري ، الطبعة الأولى دار الفكر العربي ، الرباط،1982 ، ص 17

[3] أنظر عبد الحق عقلة ،المدخل لدراسة القانون الاداري وعلم الادارة ،الطبعة الثانية ،دار السلام،الرباط،المغرب ،1995 ،ص 58بتصرف

إلى الاتجاه لمجلس الدولة الفرنسي الذي قضي بتعديل العقد بين الجهة الإدارية والشركة بما يتناسب والأسعار الجديدة وقرر أنه إذا طرأت ظروف لم تكن في خلد أحد المتعاقدين وقت التعاقد وترتب عليها زيادة في أعباء الشخص المتعاقد بما يؤدي إلى اختلال التوازن المادي للعقد إخلالا جسيما فإن للشخص أن من الإدارة ولو بصفة مؤقتة المساهمة في الخسائر التي ستلحق به من جراء تنفيذ العقد بحالته المتفق عليها [1]

الفرع الثالث: الظروف الطارئة في النظام القانوني المصري

بالنسبة لموقف النظام القانوني المصري نجد أن محكمة النقض في البداية كانت ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك استنادا إلى أنه مادام تنفيذ العقد ممكنا فإنه ينبغي على المتعاقد مع الإدارة القيام به ولو صار تنفيذه مرهقا

واستمر الحال كما هو حتي صدر القانون 129لسنة 1347 بشأن المرافق العامة حيث نصت المادة السادسة منه على انه :" إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام الملتزم فيها وأفاضت إلى الاختلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كام مقررا وقت منح الالتزام ،جاز لمانح الالتزام أن يعدل لمانح قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استقلاله وذلك لتمكين الملتزم من ان يستمر استقلاله أو تنخفض الأرباح الباهضة إلى القدر المقبول[2]

المطلب الثاني: الشروط العامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة

[1]أنظر عبد الحق عقلة ،المرجع السابق ،ص 58

[2]أنظر سامي الطيب إدريس محمد، المرجع السابق،ص205

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعتين من الشروط فتعلق المجموعة الأولى بالظروف الطارئ ذاته بينما تتعلق المجموعة الثانية بالمتعاقد مع جهة الإدارة

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ

أولا : أن يكون الظرف عام استثنائيا: يقصد بان يكون الظرف عاما ألا يتعلق بالمتعاقد بمفرده كإفلاس أو موته وإنما يشترط أن يوصف الحادث بالعمومية شاملا لطائفة من الناس وبالإضافة إلى ضرورة ان يكون الظرف الطارئ عاما يشترط أيضا ان يكون حادثا استثنائيا لا يتفق مع السير الطبيعي للأمور بمعني انه بعيدا عما ألفه الناس في مبادئهم ومعاملاتهم اليومية العادية ومن أمثلته الحوادث الاستثنائية وقوع زلزال أو ارتفاع باهض في الأسعار أو نشوب حرب أو فيضان.

-أن يحدث أثناء تنفيذ العقد

إن السمة الأساسية التي يتصف بها الحادث الذي يجيز تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن يكون طارئا معني أن بقع بعد إبرام العقد وقبل تمام نفاذه فإن كان الحادث قد وقع قبل الإبرام العقد ما نهض سببا لتعديل أثاره ،إذا المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به[1] أو ارتضيا للعقد على اعتبار وجوده وكذا لا تطبق النظرية إذا كان الحادث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل أثاره فإن كان العقد عند وقوع الحادث فقد تم تنفيذه بالنسبة إلى بعض أثاره دون البعض الأخر ؛منه سارت النظرية بالنسبة إلى القدر الذي لم يتم تنفيذه مع ملاحظة أنه إذا كان تراضي المدين في الوفاء بالتزامه إلى ما بعد وقوع الحادث

[1] أقصاص عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثارها على تنفيذ الالتزام التعاقدي ،المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية جامعة أحمد دراية ،الجزائر ،المجلد 2، العدد2 ،سنة 2018، ص 136

راجعا إلى [1]تقصيره فإنه لا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة لأنه لا لحق للمدين أن يستفيد على حساب دائنه من خطأ يكون قد ارتكبه إثراء وكذلك لا يجوز أعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد تنفيذ العقد[2].

وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في الصفقة بموافقة المصلحة المتعاقدة فإن امتد عن المدة المحددة في الصفقة بموافقة المصلحة المتعاقدة فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه في خلال المدة الأصلية [3]

الفرع الثاني :شروط متعلقة بالمتعامل الاقتصادي

1-ان يكون الحادث خارج عن إدارة طرفي العقد لكي يستفيد المتعاقد من إعادة التوازن المالي للعقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة يتعين ألا يكون لإدارة طرفي العقد دخلا في إحداثه أو المساهمة فيع أو تفاقم أثاره الضارة أو امتداد تلك الأثار إلى عقد [4]

فإن كان للحادث للإدارة يد فيع فإنه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وإنما التطبيق المباشر لنظرية فعل الأمير [5]

وهو ما نصت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قراراتها: حيث اعتبرت من المقرر قانونا انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولن يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد

[1]أقصاص عبد القادر،المرجع السابق، ص 136

[2]اقصاص عبد القادر، المرجع السابق، ص 136

[3]محمد فؤاد عبد الباسط ،العقد الاداري (المقومات الإجراءات الأثار) ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2006 ،ص 427-428

[4]عبد العزيز عبد المنعم،المرجع السابق،ص 222

[5] بوضياف عمار ،المرجع السابق،ص241 .

بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا لظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير نتوقعها يجيب الأخذ به [1]

2-أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة تقلب اقتصاديات العقد

المقصود هنا هو أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب حيث ألحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة كأن تقبل حيث ألحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب أو تقبل على استحداث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ مضمون العقد أو تصدر نص جديدا يتضمن شبكة للأجور وتختلف عن الشبكة القديمة اختلافا جوهريا ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة تنفيذ العقد إرهاقا المتعاقد مع الإدارة مالياولذا وجب أن يتصف بإعادة التوازن المالي للعقد ،فإذا كان مجرد حدوث خسارة عادية هو أمر يتوقع حدوثه أثناء مرحلة تنفيذ العقد فيحب ان يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد ،ويكون الضر الذي أصاب المتعاقد جسيما وغير طبيعي نشأت عنه خسائر فادحة للمتعاقد[2]

2-ان لا يكون في الوسع توقعه:

المحكمة العليا ،الغرفة الإدارية ،قرار رقم 99694 ،المؤرخ في 1993/10/10 ،قضية د.ج ،ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة ،الجهة القضائية ،العدد 1، الجزائر، 1994 ،ص217 [1]

[2]بوضياف عمار ،المرجع السابق،ص242

وحدوث ظرف استثنائي عام غير متوقع يتطلب تحديد الظروف الاستثنائية فالحادث الاستثنائي قد يكون سياسي ،اقتصادي ،طبيعي أو اداري ،لكون صادر من غير جهة الإدارة المتعاقدة ،وإلا كنا أمام إعمال نظرية فعل الأمير ،أما إذا كان الظرف الطارئ يعود على فعل المتعاقد العقدية على أساس الخطأ العقدي[1]

ومنه يجب ألا يكون الظرف متوقعا وداخلا في حسبان الطرفين عند إبرام الصفقة وألا يكون بإمكانه تداركه، وإذا تحققت هذه الشروط تكون نظرية الظروف الطارئة مدى الأسس القانوني والاقتصادية التي يمكن من خلالها إبرام الملحق التعديل شروط الصفقة الأصلية لأسباب مستقلة عن إدارة الطرفين، لكن التعديل عن طريق تقنية الملحق وتشجيع الملحقات أدى إلى تراجع طلبات التعويض الظروف الطارئة وهذا ما يتضح من خلال المادة135 و 196 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 247/15 والتي تجعب إبرام الملحق ضروريا إذا اختل التوازن المالي للصفقة دون أن تنص على مصدر أو سبب الاضطراب يل كانت فقط على أنه تكون هذه الأسباب خارجة عن إدارة الطرفين وحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام الملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة والملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة يمكن إبرامه خارج حدود الأجال التعاقدية وفي جميع الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة

[1] سحر جابر يعقوب، فسخ العقد الاداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كليةالقانون، مجلة جامعةالكوفة، العدد السابع 2008,ص148 انظر www.iasj.net/iasjhumc:tesetetald:2951full في 26.07.2012

لكن في غياب الأرقام الحقيقية على الملحقات المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب اجتهاد قضائي دائم لا يمكن أن نجزم حول مدى استعمال أو تراجع نظرية الظروف الطارئة في ميدان الصفقات العمومية في الجزائر [1]

المطلب الثالث: الأثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

وتكون هذه الآثار في شكل التزامات منها ما يقع على عاتق المتعاقد كالتزامه باستمرار في تنفيذ العقد وعدك التحجج يكون استمرار في التنفيذ سيلحق به الضرر الفادح كون الإدارة مدة الظرف الطارئ حفاظا على استمرارية سير المرفق العام وتقديم خدماته للمترفقين

الفرع الاول: وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية

إذ يفترض أن ذلك ممكنا وليس مستحيلا وإن مرهقا للمتعاقد وبالتالي يظل العقد قائما فلا يفسخ ولا تنقضي الالتزامات المترتبة عليه، فإذا توقف الالتزام أو المتعاقد عن التنفيذ يتعرض لتوقيع الجزاءات التي تملكها الإدارة المتعاقدة كغرامة التأخير أو سحب العمل وتنفيذ على حساب المتعاقد[2]

ولأن الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو ان تقوم الإدارة بعديد العون للمتعاقد من أجل الوفاء بالتزاماته التعاقدية حفاظا على سير المرفق العام وهو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو التي كان يهدف من ورائها إلى استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد وتحقيقا للمصلحة العامة.

[1] سبكي ربيعة،المرجع السابق،ص 72-73
[2] سامي الطيب إدريس محمد، المرجع السابق، ص 689

وهو ما يترتب على هذا المبدأ أنه يتغير على المتعاقد الذي يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أني وصب تنفيذ العقد رغم الظرف الطارئ مادام التنفيذ ممكنا ولم يتحول إلى قوة قاهري يستحيل معها التنفيذ

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض

إذا توفرت شروط تطبيق النظرية ، وجب على المصلحة المتعاقد رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول ،وهنا ليس المقصود هو إعادة التناسب الذي كام موجودا عند التعاقد بين الطرفين كليا وإنما هو مساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة كون التعويض عمل ذو طابع جزئي من الخسارة التي لحقت وليس المتعاقد أن يطلب التعويض بدعوى أن ارباحه قد نقصت أو أن كسبا قد فاته وضاع منه، وكذلك يكون له طبيعة مؤقتة ولا يمكن أن يستمر بصفة لدائنه لان التوقيت مم طبيعته الظرف الطارئ نفسه أما في حالة كان الظرف مستمر وإذا تم هنا يكون للطرفين إما أن يبرما عقدا جديدا على أساس المعطيات الجديدة أو أن يطلب من القاضي الفسخ (فسخ العقد)[1].

الفرع الثالث: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة

يختلف دور القاضي المدني على دور القاضي الاداري في مواجهة الظروف الطارئة حيث يجوز للقاضي المدني أن يعدل في نصوص العقد فله ات ينقص من التزام الطرف الذي أصابه ضرر أو يزيد من التزامات الطرف الثاني ولنا نصت القوانين المدنية على

[1] بحري إسماعيل، في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون لدولة والمؤسسات العمومية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2009،ص78-79

أنه:"، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول ويقع باطلا ما اتفاق على خلاف ذلك"

أما بالنسبة للسلطات القاضي الإداري فتنحصر في غالب الأحيان في الحكم التعويض الجزئي دون تعديل في شروط العقد.

-أحكام خاصة بالتعويض في حالة تحقيق الظرف الطارئ:

يمكن إجمال قواعد وأحكام التعويض المستحق للمتعاقد عن الظرف الطارئ في:

1-أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد من جهة الإدارة ما هو إلا تعويض جزئي فالمتعاقد مع جهة الإدارة بتحمل جزءا من الخسارة من ولو كان جزءا يسيرا

2-يجب على القاضي أن يراعي عدة اعتبارات عند تحديد النسبة المئوية لمشاركة جهة الإدارة في الخسائر التي تكتبها المتعاقد والمترتبة على وقوع الظرف الطارئ ومدى تعاون الإدارة وحسن اهتمامها بمساعدتها المتعاقد معها على تخطي الظروف:

- إذا تضمن العقد شروطا يتنازل عن الظروف الطارئة فإن هذه الشروط تعد باطلة وذلك لأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متعلقة بالنظام العام لأنها وسيلة لضمان سير المرفق العام وتحقيقا المصلحة العامة فلا يجوز على خلافها.[1]
- إذا تضمن العقد شرطا يجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في حالة حدوث ظرف طارئ فإن الفقه والقضاء يجمع على مشروعية مثل هذا الشرط ولكن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هل وجود مثل هذا الشرط يمنع المتعاقد

[1] بحري إسماعيل . المرجع السابق . ص 80-81

من الاستناد لنظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض إذا كان تطبيق النظرية يؤدي إلى حصول على مزايا أكبر من تلك التي يحصل عليها إذا طبق الشرط الوارد في العقد باطلاع على أحكام مجلس الدولة الفرنسي يمكن أن نستخلص أنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الرغم من وجود تلك الشروط وذلك في حالتين:

أ: عدم التمكن من تطبيق الشرط الوارد في العقد؛ مثال ذلك صدور تشريع يجمد الأجور الأسعار عند حد معين مما يترتب عليه تمكن جهة الإدارة من إعادة النظر في الأسعار الواردة في العقد.

ب: في حالة عدم جدوى تطبيق الشرط الوارد في العقد لمواجهة الأثار المترتبة على اختلال التوازن المالي للعقد ومثال ذلك أن يؤثر الظرف الطارئ على عناصر أخري غير تلك التي قدرها المتعاقدون ووضعوا الشروط لمواجهتها .[1]

المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ان نظرية الصعوبات المادية المتوقعة هي من أهم النظريات التي خلقها قضاء مجلس الدولة الفرنسي بقية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة اثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية، وحتى تتضح هذه النظرية سنحاول تعريفها وبيان بالأساس القانوني الذي تستند عليه في التشريع الجزائري وصولا لإيجاز شروط إعمالها.

[1] بحري اسماعيل . المرجع السابق . ص 82

المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

تقوم هذه النظرية على أساس أن أساس أن المتعاقد مع الإدارة واجهته حال تنفيذه لالتزامات التعاقدية صعوبات مادية استثنائية لم يكن بوسعه توقعها أثناء ابرام العقد بحيث يكون تنفيذ في هذه الحالة أكثر إزهاقا وتكلفة، الأمر الذي يلزم جهة المصلحة المتعاقدة يتعوض المتعاقد معها كاملا لجبرها ما أحدثته له تلك الصعوبات من أضرار، والمجال الخصب لتطبيق هذه نجده في عقود الأشغال العامة لم يكتشف مثل هذه العقود من الصعوبات مادية.[1]

الفرع الأول: الأساس القانوني للنظرية:

سنحاول تقديم الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية في كل من الفقه والقانون، وهذا على النحو الآتي:

الفرع الثاني: الأساس الفقهي:

ان الأساس الذي تقوم عليه النظرية في راي الفقهاء، يمكن في الإرادة الفقهية المشتركة للأطراف المتعاقد على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد انما قصد به المواجهة التنفيذ في الظروف العادية، أما بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لم تخطر في ذهن المتعاقدين فيفترض أنهما قصدا ضمنا أن يعدل ما يقابلها بطريقة خاصة خارج السعر التعاقدي، وأيضا أن أساس هذه النظرية يمكن في اعتبارات العدالة

[1] عبد الغرير خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث دار ب.ن, سنة 2008, ص 237.

في الالتزامات وكذا في طبيعة العقد الإداري واتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير باضطراد وانتظام[1]

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يشترط القاضي الإداري كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، توفر مجموعة من الشروط يمكن اجمالها فيما يلي:

الفرع الأول : أن تعترض تستفيد الصفقة صعوبات مادية استثنائية:

بموجب هذا الشرط فإن إعمال نظرية الصعوبات المادية يتطلب أن تعترض تنفيذ الصفقة صعوبات ذات طابع مادي بحت كزيادة الطبقات الصخرية في الأرض الموقع محل تنفيذ عقد الأشغال. وهذا ما يبين أن لأكثر الصعوبات المادية رواجا هي التي تتعلق بالظواهر الطبيعة وخاصة طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقات الأشغال، كأن يكتشف المتعامل عند التنفيذ أن الأرض وطبيعة صخرية في حين ان تنفيذ الطبيعي يفترض طبيعة سهل، ولذا تكون هذه الصعوبات سبب في استحقاق المتعاقد للتعويض[2]

الفرع الثاني :ألا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف:

يفترض في النظرية أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة، فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير في حالة عدم ارتكابها لخطأ.

---

[1]. محمود عاطف ألينا، المرجع السابق، ص 311.

[2]: عبلاش كهينة- علي سوهيلة, الضمانات العقدية في الصفقات العمومية, مذكرة نيل شهادة الماجستير فرع القانون الاقتصادي للأعمال تخصص قانون عام للأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق, جامعة عبد الرحمان ميرة, بجاية, السنة الجامعية 2015-2016, ص 27.

ويشترط كذلك أن لا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسيب هو الأخر لخطئه.

يجب أن تكون هذه الصعوبات عند إبرام العقد وذات طابع استثنائي لا يستحق التعويض الا اذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وذات طابع استثنائي[1]

الفرع الثالث:أن لا تلحق الصعوبات المادية ضررا بالمتعاقد:

النظرية لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة. بل يجب أن يتولد عن تلك الصعوبات ضررا، فإذا استطاع المتعاقد التغلب على الصعوبات المادية التي واجهته دون تكاليف إضافية فلا مجال إذا لتطبيق النظرية ويستوي أن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد بسيطا أو جسيما لإعمال النظرية، وفي ذلك تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية عمل الأمير وتخالف نظرية الظروف الطارئة، حيث يشترط في نظرية الظروف الطارئة أن تكون الخسارة التي منى بها المتعاقد فادحة لدرجة تتقلب معها اقتصاديات العقد[2]

المطلب الثالث: أثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ان مرجع هذه النظرية هي النية المشتركة لطرفين المتعاقدين على أساس أن كل ما اتفق عليه في العقد انما قصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية لذا فإن الأثار التي تترتب على قيام النظرية بشروطها السابقة تتمثل في:

1: عبلاش كهينة- علي سوهيلة, المرجع نفسه, ص 27.
2: بوعبد الله نور الدين، سلطة تعديل الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247, مذكرة تخرج لشهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، سنة 2017-2018, ص 30.

الفرع الأول: بقاء التزامات المتعاقد قائمة:

بالرغم من تصادف هذه الصعوبات في تنفيذ موضوع العقد الا أن المتعاقد يستمر في عملية التنفيذ تحت طائلة التعرض لمختلف الجزاءات الإدارية مع احتمال فقدانه الحق في التعويض، الا إذا أدت الى استحالة في التنفيذ وفقا لشروط القوة القاهرة.

الفرع الثاني: الحق في الحصول على التعويض الكافي.

خلافا لنظرية الظروف الطارئة والتي نحصل فيها المتعامل الاقتصادي المتضرر من الظرف على تعويض جزئي ومؤقت. فإن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو حصول المتعاقد مبدئيا على تعويض كامل مقابل ما تحمله من اتفاق في مواجهة تلك الصعوبات ويشتمل التعويض كل الحالات التي يصيح.

فيها تنفيذ العقد باهظا وأكثر تكلفة.

للإشارة فإن النظريات الثلاثة تقوم أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فإن أخطأت الإدارة لا يمكن إثارة مسؤوليتها على أساس النظريات السابقة بل نسأل على أساس المسؤولية العقد، وطبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا تسببت في أحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض، وكذلك الحال بالنسبة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية فأي تجاوز أو خرق تحدثه الإدارة المتعاقدة، فلتزم عندئذ بالتعويض.[1]

[1]: عبلاش كاهنة، علي سوهيلة, المرجع السابق, ص 28.

الخاتمـــة

ختاما ومن خلال ما سبق عرضه يظهر جليا أن المشرع الجزائري أحاط الصفقات العمومية لمجموعة من الضوابط والقيود وذلك خلال مرحلتي الإبرام و التنفيذ، كما ضمن لإطراف الصفقة الحقوق والالتزامات الواجبة لكل طرف التقييد بها وعدم الخروج عنها بها وعدم الخروج عنها، وفقا للمبادئ التي أقرها هذه الفئة من العقود من نزاهة مساواة وعلانية.

رغم هذا، فإنه تظهر خلال الإبرام والتنفيذ منازعات متعددة قد تثور بين المصلحة المتعاقد والمتعامل المتعاقد .

فالمشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي 247/15 قد إستحدث مجموعة من الضمانات أهمها اللجوء للقضاء الإداري،يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالصفقة موضوع المنازعة عبر مراحلها , للمطالبة بإبطال وإلغاء الصفة العمومية بناءا على الحالات التي يقررها القانون ويحكم بها القاضي الإداري , وكذا الحكم بالتعويض من أجل الحفاظ على التوازن المالي للمتعامل المتعاقد وهذا بإعطائه ضمانات تتمثل في رفع دعوى التوازن المالي .

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة لمجموعة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي:

– إن دعوى الإلغاء ودعوى التوازن المالي من أهم الدعاوى التي تثار في منازعات الصفقات العمومية و هذا على اعتبار إن كل منهما تثار في مرحلة مختلفة عن الأخرى حيث تكون دعوى الإلغاء قبل إبرام الصفقة فيما تثار دعوى التوازن المالي أثناء تنفيذ هذه الأخيرة .

- بالرغم من الإجراءات التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية فيما يخص إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية إلا أنه لا يخلو من بعض النقائص مما يؤثر بلا شك على أداء وفعالية الرقابة الإدارية ما يؤدي أيضا ويؤثر بصورة مماثلة على علاقة الطرفين فتكون من خلال هذا التأثير أمام نزاع تفصل في الجهات القضائية الإدارية سواء تعلق هذا بدعوى الإلغاء أو دعوى التوازن المالي والتي تتفرع على دعوى التعويض.
- إن منازعات الصفقات العمومية ذات طبيعة خاصة تختلف تماما على المنازعات الإدارية الأخرى كون الصفقة تتسم بخصوصية من حيث طرق إبرامها و تنفيذها، لذا نجد

-إن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لفض منازعاتها على مستوى كل مراحلها و الجهة القضائية المختصة التي يؤول لها الفصل في النزاع وهي القضاء الإداري.

- وإن دعوى الإلغاء ترفع أمام القضاء الإداري الذي يفصل فيها وهذا ما يتضح من خلال اجتهادات المشرع الفرنسي والمصري والتي هي كثيرة في هذا الشأن خصوصا بالنسبة للقرارات المنفصلة عن تنفيذ الصفقة .

دعوى التوازن المالي هي جزاء تغير في معطيات تنفيذ الصفقة ، و تقدر (بالقيمة المالية على حسب الضرر اللاحق بالمتعامل المتعاقد .

دعاوى القضاء الكامل من الدعاوى التي يؤول اختصاص الفصل فيها للمحكمة الإدارية كدرجة ابتدائية و نهائية خاصة التي تكتسب الطابع الوطني، وفي حالة ارتباط

التعويض بدعوى الإلغاء لا يمكن لمجلس الدولة الحكم بالتعويض، فإختصاصاته القضائية تنحصر في دعوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية .

وبعدما انتهينا من محاولة الإلمام بموضوع البحث والإحاطة بأهم جوانبه يمكننا القول

أن المشرع الجزائري رغم أنه خطى خطوة كبيرة في مجال القضاء الإداري إلا أنه لا يزال هذا الموضوع بالتحديد (دعوى الإلغاء ودعوى التوازن المالي) يحتاج لدراسة معمقة

واستعمال مصطلحات مفهومة لتجنب اللبس في المعنى مع تدعيم دعوى التعويض بمبادئ خاصة بها بعيدا عن القانون المدني.

– كما انه ورغم تكريس المسؤولية الإدارية إلا انه تبقى بعض الأعمال خارجة عن نطاقه والمستثناة من هذا المبدأ منها، أعمال السيادة، السلطة التقديرية والظروف الطارئة والاستثنائية الأخرى.

– وجوب تدعيم النصوص القانونية الغامضة.

- احترام الإدارة والمتعامل الاقتصادي على حد سواء

أولا: قائمة المصادر

1- الدساتير:

- دستور 1989 المؤرخ في 23 فيفري 1989 منشور بمجمل رئاسي رقم 18-89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 ج.ر عدد 09 لسنة 1989
- دستور 1996 المؤرخ في 08 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أفريل 2002

2- النصوص التشريعية:

- قانون عضوي رقم 98-01 المؤرخ 30 ماي 1998 يتعلق باختصاص مجلس الدولة و تنظيم عمله ج.ر عدد 37 لسنة 1998 معدل ومتمم.

_ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتظمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج.ر عدد 21 ، المؤرخ في 23 افريل 2008

3- النصوص التنظيمية

- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 ، والمتعلق بنظام الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 52 ، عام 1967.

- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10أفريل 1982 يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد 57 ، المؤرخة في23 أفريل 1982

- المرسوم رقم 91-494 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 تنظيم الصفقات العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991

- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 تنظيم الصفقات العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومي

ثانيا : قائمة المراجع

1- الكتب:

1 . حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، **القرارات الإدارية (لقابلة للانفصال عن العقد الإداري)**، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، سنة 2015, عمان.

2.جورجي شفيق ساري ، **قواعد وأحكام القضاء الإداري** ، طبعة 5، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2003.

3.خرشي النوى، **تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية** دار الخلدونية، الجزائر، 2016.

4. رشيد السعيد ،**منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي** ، الطبعة الأولى ، توزيع مكتبة الرشاد ، المغرب ، 2010

5. سعيد نكاوي، **القانون الإداري والقضاء الإداري** ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة لنشر ، المغرب، 2009.

6.سليمان محمد الطماوي ، **الأساس العامة للعقود الإدارية** ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، سنة 1991 .

7. سليمان محمد الطماوي ، **الوجيز في القضاء الإداري** ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة 9851

09.صلاح الدين محمد شوشاري ، **أصول المحاكمات المدنية** ، الطبعة الأولى ، عمان ، سنة 2010 .

10. طارق فتح الله حصر، **القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)** ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007-2008.

11. عبد العزيز عبد المنعم ، **تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**، دار نشأ المعارف، الطبعة 14، الاسكندرية .

12. عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، الطبعة الرابعة ، دار الجسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011

13.عبد الغرير خليفة، **االوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الكتاب الحديث دار ب.ن, سنة 2008.

14. عبد العزيز عبد المنعم ، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، توزيع المعارف المنشأة ، الاسكندرية ، جلال حزب وشركاه ، مصر، 2007.

15. كلوفي عز دين، **نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، دار النشر جيلطي, دون طبعة, الجزائر, 2012.

16. ماجد راعب الحلو ، **القانون الإداري** ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، 2008 .

17. سليمان محمد الطماوي، **الأساس العامة للعقود الإدارية** – دراسة مقارنة–, دار الفكر العربي، القاهرة, 1991.

18. محمد الرميفان العبادي، **قضاء الإلغاء الإداري** ، الطبعة الأولى، دار جليس الزمان، للنشر والتوزيع ، الاردن، 2013

19. محمد حلمي، **موجز القانون الإداري** ، الطبعة الأولى دار الفكر العربي ، الرباط،1982 .

20. محمد رفعت عبد الوهاب ، **القضاء الإداري(الكتاب الثاني) قضاء الإلغاء او الإبطال** ، منشورات الحبلي الحقوقية، لبنان، 2003.

21. محمد فؤاد عبد الباسط ،**العقد الاداري (المقومات الإجراءات الأثار)** ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2006.

22. محمود عطاف النبا، **العقود الإدارية** ، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2007

23. منصور إبراهيم العتوم ، **القضاء الإداري دراسة مقارنة**، ط1، دار وائل لنشر والتوزيع ، الأردن ،2013

24.مونية جليل، **التنظيم الجديد لصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247**, موفم للنشر والتوزيع، الجزائر, 2018.

25. مسعود تسيهوب, **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية, الجزء الثاني, نظرية الاختصاص**, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, دون سنة نشر.

26.ناصر لياد ، **القانون الإداري –الجزء الثاني – النشاط الإداري** ، طبعة 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004

27. نواف كبغان، **القضاء الإداري**، الطبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002.

2-الرسائل العلمية:

أ/الدكتوراه:

1. .العطراوي كمال، **دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة** ،أطروحة شهادة دكتوراء علوم الحقوق تخصص إدارة ومالية ، 2017،2018

2. علوات يلقوتة ، **تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية)** ، مذكرة الدكتورة الدولة في القانون العام ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2008-2009

3. .نادية تياب, **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**, مذكرة شهادة دكتوراه علوم, تخصص قانون, كلية قانون, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة مولود معمري, تيزي وزو, 2013.

ب/ الماجستر:

1.اسماعيل بحري، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر** ، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2008-2009

2.أكلي نعيمة ، **النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر**، مذكرة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو

3. . بسكي ربيعة ،**سلطات المصلحى المتعاقد تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية** ؛مذكرة الماجستير في القانون ق.إ.م أ ،جامعة ملود معمري تيزي وزو ، 2013.

4. . عبلاش كهينة- علي سوهيلة, **الضمانات العقدية في الصفقات العمومية**, مذكرة الماجستير فرع القانون الاقتصادي للأعمال تخصص قانون عام للأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق, جامعة عبد الرحمان ميرة, بجاية, السنة الجامعية 2015

5.صدراتي صدراتي ، **نظرية التوازن المالي للعقد الاداري**،مذكرة نيل الماجستير في العلوم الادارية والمالية معهد الحقوق الإدارية ، الجزائر، 1983

6. . لوز رياض ، **تعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية** 'المرسوم الرئاسي رقم 02-220 ، مذكرة نيل شهادة الماجستر في القانون فرع الدولة المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 2007/2006

7. لعور بدرة ، **الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية حسب التشريع الجزائري اليوم الدراسي لتنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام** ، مذكرة الماجستر كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة ،17 ديسمبر

8. ملوك صالح، **النظام القانوني للمحاكم الإدارية**، مذكرة ماجستير، جامعة يونس خدة، الجزائر, 2010-2011.

9. متوكل حسن الظاهر ،مذكرة الماجستير ، كلية القانون،جامعة جوبا،2000

10. نصيبي الزهرة، **الاختصاص النوعي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في الجزائر**، مذكرة ماجستير, 2011-2012.

ج/الماستر:

1. بوثينة حبيناتني، **جرائم الصفقات العمومية (الصور والعقاب)**،مذكرة الماستر شعبة الحقوق ، تخصص قانون جنائي للأعمال ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، السنة الجامعية 2013 2014

2.بوعبد الله نور الدين، **سلطة تعديل الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247**, مذكرة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، سنة 2017-2018.

3. خضرة كريمة، **النظام القانوني للصفقات العمومية 15-247**، مذكرة الماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسة، قسم الحقوق ، تخصص قانون الاداري ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ،2018.

4. دوقة رتيبة، **النهاية القضائية على الصفقات العمومية**، مذكرة ماستر- كلية الحقوق- قسم الحقوق تخصص دولة ومؤسسات عمومية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة, 2014-2015.

5.زيتوتي شريفة، **دور القضاء الإداري في دعوى الإلغاء** . مذكرة ماستر، كلية العلوم السياسية والحقوق،قسم قانون العام ، تخصص ادارة عامة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم ، السنة الجامعية 2017/2016

6.ساهل ميلود، **طرق إبرام الصفقات العمومية** . مذكرة الماستر في الحقوق والعلوم السياسة، جامعة خميس مليانة، 2014

7. مزيان حنان. مسعودي ليندة، **الحل الودي والقضائي لمنازعات الصفقات العمومية**، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، تخصص القانون

الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية2017

3-المقالات العلمية :

1. تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي الصفقات العمومية برافقة استراتيجية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية لحالة ذاتية رقم 2012/07،نشرية صادرة عن اللجنة الدائمة المكلفة بالقضايا الاقتصادية والمشاريع الاستيراتيجية ، بالمغرب ، مطبعة كاتيرتت ، نقل عن عانس حبيب عبد الرحمان مجلة الإنسان الباحث للدراسات القانونية والسياسية

4- مجلات:

1. أقصاص عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثارها على تنفيذ الالتزام التعاقدي ،المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية جامعة أحمد دراية ،الجزائر ،المجلد 2، العدد2 ،سنة 2018

2. بوزيد بن حمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد استشارة ، مجلة الاجتهاد والدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 6، المركز الجامعي ، تامنغست 2018

3.بن دعلس سهام ، دور وفعالية الصفقات العمومية في حماية المال العام ، الملتقي الوطني السادس ﴿دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ﴾ جامعة المدية،20 ماي 2013

4. تيقاوى العربي .عيود ميلود ، الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247 مجلة اقتصاديات المال والاعمال ، العدد السادس ، جوان 2018

5. جمال قروف، رقابة قضاء الإلغاء على السلطة المقيدة للإدارة، مجلة دفاتر السياحية والقانون، العدد 19 الصادر في جوان 2018.

6. سامي الطيب إدريس محمد ، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري ، مجلة كلية الدراسات العليا ، جامعة التيلين (مج 10) ، العدد (37-2)، 2017/12/1

7. طيبي سعاد، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، عدد 01, 2014,

8.فيصل نسيغة ، النظام القانوني للصفقات العمومية واليات حمايتها ،مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد الخامس مخبر أثر الاجتهاد القضائي

09. لمين دريس، رقابة الإلغاء على الصفقات العمومية، مجلة القانون والأعمال، يوم 12 أفريل2022،على الساعة 16: 39.

10. سحر جابر يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كلية القانون، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع 2008, انظر

5- المواقع الالكترونية :

2951:fulltesetetald:iasjhumc/net.iasj.www في 26.07.2012

6.أحكام وقرارات قضائية:

1. المحكمة العليا ،الغرفة الإدارية ،قرار رقم 99694 ،المؤرخ في 1993/10/10 ،قضية د.ج ،ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة ،الجهة القضائية ،العدد 1، الجزائر، 1994

2. حكم المحكمة القضاء الإداري بمصر، الصادرة في 30 مارس 1957 ، نقلا عن سليمان محمد الطماوي

3. قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 011052 بتاريخ 2014/10/20, مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 8 سنة 2006, ص 175, نقلا عن دوقة رتيبة.

الفهرس الموضوعات

مقدمة

الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي

المبحث الأول: ماهية الصفقات 5

المطلب الأول: نشأة وتطور عقد الصفقات العمومية الجزائر.....5

الفرع الأول: نظام الصفقات العمومية قبل صدور الأمر 67-90 5-7

الفرع الثاني : نظام الصفقات العمومية بعد صدور الأمر 67-90 .....7 -11

المطلب الثاني : مفهوم الصفقات العمومية..... 11

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية 12-15

الفرع الثاني: المعايير التشريعية لصفقات العمومية..... 51-18

الفرع الثالث: كيفية ابرام الصفقات العمومية 18-21

المطلب الثالث : مراحل إبرام الصفقات العمومي 21-24

الفرع الأول : الإعلان عن الصفقة.....21

الفرع الثاني: تقديم العطاءات.....22

الفرع الثالث:فحص العروض.....23

الفرع الرابع: إبرام الصفقة.....23

الفرع الخامس : المصادقة على الصفقة..... 23-24

الفصل الأول : دعوى الإلغاء ومجالات تطبيقها في الصفقات العمومية

المبحث الثاني: مفهوم دعوى الإلغاء في الصفقات العمومية..... 27

المطلب الأول: تعريف دعوى الإلغاء 27

الفرع الأول: التعريف الفقهي..... 27-28

الفرع الثاني : التعريف التشريعي..... 28-29
الفرع الثالث: التعريف القضائي 29
المطلب الثاني : شروط قبول دعوى الإلغاء و أوجهها 29
الفرع الأول: شروط متعلقة بالطاعن (شخصية) لقبول دعوى الإلغاء.....29-31
أولا: المصلحة..... 29-31
ثانيا :الأهلية.....31
ثالثا: الصفة.....31
الفرع الثاني: شروط موضوعية لقبول دعوى الإلغاء.....31-34
أولا: انتقاء الدعوى الموازية.....31-32
ثانيا :شرط القرار محل الطعن.....32-33
ثالثا: شرط التظلم الإداري المسبق..... 34
رابعا: الميعاد.....33-34
المطلب الثالث : أوجه الإلغاء توفرها في القرار الإداري محل الطعن.....34
الفرع الأول: تعريف أوجه الإلغاء.....34
أولا: المقصود بأوجه الإلغاء.....34
ثانيا :التعريف التقليدي لأوجه الإلغاء (الجزائر).....34-35
الفرع الثاني :تصنيفات أوجه الإلغاء.....35-40
أولا: عيب عدم الاختصاص 35-36
ثانيا :عيب الشكل..... 36-37
ثالثا: الانحراف في استعمال السلطة 47-48
رابعا : عيب مخالفة القانون 38-39

المبحث الثاني: رقابة قضاء الإلغاء على الصفقات العمومية 39
المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الإلغاء.....40
الفرع الأول: المحاكم الإدارية..... 40-41
الفرع الثاني :مجلس الدولة..... 41-42
المطلب الثاني : نطاق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية..... 42-47
الفرع الأول : نظرية القرارات الإدارية المنفصلة كأساس لرفع دعوى الإلغاء في مجال ص.ع..... 42
أولا: ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية 45
ثانيا : ضد الحرمان من دخول في الصفقة العمومية 45
ثالثا: ضد قرار الاستبعاد من الصفقة العمومية 46
رابعا : ضد قرار المنح المؤقت لصفقة العمومية 46
خامسا : ضد قرار إلغاء الصفقة العمومية 47
الفرع الثاني: مدى تأثير دعوى الإلغاء على الصفقة العمومية..... 47

الفصل الثاني:دعوى التوازن المالي

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير..... 50
المطلب الأول: تعريف نظرية فعل الأمير.....51.
الفرع الأول: التعريف الفقهي 51
الفرع الثاني : التعريف القضائي..... 51
الفرع الثالث: التعريف التشريعي..... 52
المطلب الثاني : الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية فعل الأمير.....52

الفرع الأول: وجود عقد إداري..... 52
الفرع الثاني: صدور تصرف من جهة الإدارة 53
الفرع الثالث: مشروعية الاجراء الصادر من الإدارة..... 54
الفرع الرابع : شرط عدم توقع الاجراء الضار..... 54
الفرع الخامس : أن يلحق ضرر خاص بالمتعاقد.....55
المطلب الثالث : الاثار المترتبة على نظرية عمل الأمير.....55
الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري في مواجهة عمل الأمير.....55
الفرع الثاني : نطاق عمل الأمير(صور).....56
أولا: عمل الأمير في صور اجراء عام 58-59
ثانيا: عمل الأمير في صور اجراء خاص.....57-58
المبحث الثاني:نظرية الظروف الطارئة 59
المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة..... 59
الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.....59
الفرع الثاني : الظروف الطارئة في العصر الحديث.....60
الفرع الثالث: الظروف الطارئة في النظام القانوني المصري.....60
المطلب الثاني : الشروط العامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة..... 61
الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ..... 61
أولا: الظرف عاما واستثنائيا..... ..61
ثانيا: أن يحدث أثناء تنفيذ العقد.....61-62
الفرع الثاني: شروط متعلقة بالمتعامل الاقتصادي..... 62
أولا: أن يكون خارجا من إرادة طرفي العقد..... 62

ثانيا:أن يلحق خسائر فادحة تقلب اقتصاديات..... 62
ثالثا: أن يكون في الوسع توقعه العقد..... 63
المطلب الثاني: الاثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....64
الفرع الأول: وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد (التزاماته).....64
الفرع الثاني:حق المتعاقد في الحصول على التعويض..... 64
الفرع الثالث: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظرف الطارئ.....65
المبحث الثاني: نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.....66
المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.....66
الفرع الأول: الأساس الفقهي.....66
الفرع الثاني :الأساس القانوني.....87
المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية الصعوبات الغير المتوقعة..... 67-69
الفرع الأول : أن يفترض تنفيذ الصفقة صعوبات مادية استثنائية..... 67
الفرع الثاني : أن لا يكون الصعوبات بسبب أحد الأطراف..... 67
الفرع الثالث: أن لا تلحق الصعوبات ضررا بالتعاقد..... 68
المطلب الثالث: أثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة..... 68
الفرع الأول : بقاء التزامات المتعاقد قائمة..... 68
الفرع الثاني: الحق في الحصول على التعويض الكافي..... 68
الخاتمة

الملخص

تهدف الدراسة إلى التعرف على كيفية تعامل الفقه والقضاء الاداري مع المنازعات الادارية، خصوصا الدعاوى الناشئة عن العقود الادارية)الصفقات العمومية(اولا قبل الإبرام عن طريق دعوى الالغاء ، وهذا بالطعن في القرارات المنفصلة عن عقد الصفقة بداية بقرار الاعلان عن الصفقة ثم قرار الحرمان من دخول الصفقة وايضا قرار الإستبعاد وصولا إلى قرار المنح المؤقت واخيرا قرار إلغاء الصفقة العمومية تحججا بالمصلحة العامة .

أو في مرحلة التنفيذ عن طريق القضاء الكامل،(دعوى التوازن المالي) بإعادة التوازن المالي لها، وذلك بهدف الحفاظ على

حسن سير المرافق العمومية وانتظامها من جهة، والسهر على حقوق المتعاملين الاقتصاديين من جهة أخرى وهذا يتحقق بتحقق إحدى نظريات التوازن المالي الثلاث نظرية فعل الأمير نظرية الظروف الطارئة و نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة

Summary:

The study aims to identify how jurisprudence and the administrative judiciary deal with administrative disputes, especially cases arising from administrative contracts (public deals) first.

Prior to concluding through a cancellation lawsuit, this is by appealing the decisions separate from the deal contract, beginning with the decision to announce the deal, then the decision to deny entry to the deal, and also the decision to exclude, up to the decision to grant temporary and finally, the decision to cancel the public deal, citing the public interest.

Or in the implementation phase through complete elimination, (the financial balance lawsuit) to restore the financial balance to it, with the aim of maintaining

The proper functioning and regularity of public utilities on the one hand, and ensuring the rights of economic dealers on the other hand, and this is achieved by the realization of one of the three financial balance theories, the theory of the prince’s action, the theory of emergency conditions and the theory of unexpected material difficulties.