

العقود الإدارية ومكانة الصفقات العمومية منها في القانون الإداري الجزائري¹

بقلم الأستاذ ناصر لباد

أستاذ محاضر «أ» جامعة فرحات عباس، سطيف

مقدمة :

إن وظائف الإدارة العمومية (أي الدولة وجماعاتها) عديدة ومتنوعة، ولكن الهدف الأساسي منها هو تحقيق الصالح العام.

وتتخذ وظائف الإدارة شكلان أساسا: وظيفة الضبط الإداري، والتي تهدف الإدارة العمومية من خلالها حماية النظام العمومي. وتتم عندما تقوم الإدارة بإلزام المواطنين بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عنه. فتمارس عندئذ الإدارة العمومية وظيفة الضبط الإداري c'est la fonction de police administrative.

أما الوظيفة الثانية، فهي تتمثل في وظيفة تقديم خدمات للمواطنين. وتتم عندما تقوم الإدارة العمومية بتوفير أموال وخدمات للمواطنين من خلال المرفق العمومي. فتمارس عندئذ الإدارة العمومية وظيفة المرفق العمومي c'est la fonction de service public.

ويرتبط مدى كل واحدة منهما (أي يتسع أو يضيق)، بمفهوم الدولة السائد في بلد ما. أي بمعنى آخر تأخذ كل دولة بقدر متفاوت بكل واحدة منهما وفقا لظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

1- ملاحظة: هذا المقال، هو جزء من درس، تحت عنوان "قانون الصفقات العمومية"، ألقى على طلبية مدرسة الدكتوراه للمركز الجامعي لخمس مليانة، السنة الجامعية 2010 - 2011.

ولتحقيق هذه الوظائف، تقوم الإدارة العمومية، عن طريق أعوانها باستعمال وسائل قانونية des moyens juridiques تسمى الأعمال الإدارية les actes administratifs . والأعمال الإدارية نوعين: الأعمال الإدارية الإنفرادية وتسمى كذلك القرارات الإدارية les actes administratifs unilatéraux؛ وهي الأعمال الإدارية الصادرة عن إرادة الإدارة وحدها؛ الأعمال الإدارية الاتفاقية أو كما يسميها بعض الفقهاء الأعمال الإدارية التعاقدية les actes administratifs contractuels، أي العمل الصادر بناء على اتفاق بين الإدارة من جهة وأطراف أخرى من جهة أخرى. وهو يمثل في العقد الإداري le contrat administratif

و العقود الإدارية، فهي أنواع عديدة. غير أنه يمكننا تقسيمها ولكن ليس بصفة شاملة، إلى الأنواع الآتية: عقود الصفقات العمومية les marchés publics ، عقود تفويض المرفق العمومي les contrats de délégation de service public (مثل امتياز المرفق العمومي، الإيجار «عقد الاستغلال»... عقد الشراكة بين القطاع العمومي والقطاع الخاص¹، عقد التوظيف، عقد شغل الأملاك العمومية، عقد القرض العمومي،...

ولكن تجب الإشارة، ومن الناحية الميدانية، فمن أبرز هذه العقود، نذكر الصفقات العمومية وعقد تسيير المرفق العمومي أو ما يسمى عقد تفويض المرفق العمومي. وستنصب دراستنا هذه على الصفقات العمومية. ولكن الإشكالية المطروحة هي كالتالي: هل الصفقات العمومية في الجزائر، تعتبر عقد إداري؟.

1- فيما يخص عقد الشراكة بين القطاع العمومي والقطاع الخاص، أنظر ناصر لباد: Lebed nasser : le contrat de partenariat public/privé en Algérie , journée d'étude organisée le 23 janvier 2010 ,par la Faculté de droit de Ben aknoun (université d'Alger 1) sur la concession du service public (à paraître).

للإجابة على هذا السؤال سنقوم أولاً بتعريف الصفقة العمومية (1) ثم نحدد طبيعتها القانونية (2).

1-تعريف الصفقات العمومية

سنتناول بالدراسة أولاً التعريف التشريعي (1-1) ثم التعريف الفقهي (2-1)، وأخيراً التعريف القضائي (3-1).

1-1-التعريف التشريعي:

تعرف المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية: ¹ « الصفقات العمومية، عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة ». والمصلحة المتعاقدة حسب المادة 2 من المرسوم الرئاسي، « هي الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة ²، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛

1- أنظر ج رقم 58، ص 3؛ وقد تم تعديل وتتميم المرسوم الرئاسي (م.ر) رقم 10-236 بموجب م. رقم 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011، ج رقم 14، ص 14.
وتجب الإشارة أن م. رقم 10 - 236، قد ألغى م. رقم 02 - 250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج رقم 52، ص 3). وقد ألغى هذا الأخير الأحكام المتبقية من الأمر رقم 67 - 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المعدل والمتمم والمتضمن قانون الصفقات العمومية وقد ألغى كذلك المرسوم التنفيذي (م.ت) رقم 91 - 434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج رقم 57، ص 2211). كما تجب الملاحظة، أن م.ت رقم 91 - 434، قد ألغى وحل محل المرسوم رقم 145-82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (ج رقم 15، ص 740). كما تجب الملاحظة في الأخير، أن م. رقم 145-82، يلغي ويعدل معظم أحكام الأمر رقم 67 - 90.

2- إن م. رقم 10-236 وكذلك م. رقم 02-250، لا يحددان الهيئات الوطنية المستقلة المذكورة في المادة 2 منها؛ بينما م.ت رقم 91-434، يذكر الهيئات الوطنية المستقلة الموجودة في تلك المرحلة، في المادة 113/3 منه، وهي: المجلس الوطني الشعبي، المجلس الدستوري، ومجلس المحاسبة.

-مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمقاولات العمومية الاقتصادية¹ عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة ونهائية من الدولة.»

وتجب الإشارة، أن العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين، لا تخضع لقواعد المرسوم الرئاسي رقم 236-10، وهذا حسب ما جاء في المادة 2 الفقرة 4 منه.

تجب الملاحظة، أن العقود الإدارية التي ينظمها المرسوم الرئاسي رقم 236-10، لا تتعلق إلا بجانب واحد من الصفقات العمومية، وهو الجانب المتعلق بالمصاريف العمومية (أنظر المادة 2 من نفس المرسوم الرئاسي).

ويقصد بالمصاريف أو النفقات العمومية كل الأموال التي تصرفها الدولة (الدولة بالمفهوم الواسع) من أجل تحقيق الحاجات العمومية. ويمكن أن تتمثل هذه الأخيرة في ما يلي: دفع مرتبات الموظفين، دفع أجور المقاولين والموردين ومؤد الخدمة المتعاملين مع الإدارة العمومية،...

فيتضح مما سبق، أن نوع الصفقات العمومية التي يتضمنها المرسوم الرئاسي رقم 236-10، تظم الجانب من الصفقات العمومية الذي يتضمن دفع الأموال العمومية مقابل إنجاز الأشغال أو اقتناء السلع والخدمات لحساب أشخاص عمومية. أما الصفقات التي يمكن أن تتضمن إيرادات أو مداخيل لهذه الأشخاص، فهي تخرج من إطار هذا المرسوم الرئاسي.

وتعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية، نظراً لحجم المبالغ الكبيرة التي تستعمل في هذا الإطار. فعلى سبيل المثال، بلغت قيمة الصفقات العمومية لسنوات 2000 و 2001 و 2002 ما قيمته 800 مليار دينار وهو ما يقارب 10 ملايين دولار.²

1- العبارة المستعملة في النص الأصلي هي المؤسسة، أما العبارة المستعملة باللغة الفرنسية هي entreprise.

2- إن هذا الرقم قد أدلى به الأمين العام لوزارة المالية خلال الملتقى حول "القانون الجديد للصفقات العمومية"، المنظم من طرف الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة يوم 27 ابريل 2003، أنظريوميتي:

El-Moudjahid du 28 avril 2003; El-Watan du 28 avril 2003.

ومن أهم الصفقات العمومية كما جاء ذكرها في المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، هي عقد الأشغال العمومية وعقد اقتناء المواد وعقد اقتناء الخدمات وعقد إنجاز الدراسات.

وتجب الإشارة، أن قانون الصفقات العمومية، قد مر بعدة مراحل، ميزت تطور هذا القانون. وكانت آخر هذه المراحل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236. إن التعريف الوارد في المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، هو تقريبا نفسه التعريف الوارد في النصوص الأخرى، المنظمة للصفقات العمومية، باستثناء ما يتعلق بتعداد المصلحة المتعاقدة.

فالمصلحة المتعاقدة في الأمر 67-90، حسب ما جاء في المادة الأولى الفقرة 1 و2 هي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات والدواوين العمومية والشركات الوطنية. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى: «ستحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيق هذا القانون على الشركات الوطنية والمؤسسات والدواوين العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري...» إلا أن هذا المرسوم لم يصدر¹. وعليه، فالمصلحة المتعاقدة حسب الأمر رقم 67-90، هي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

وهو التعداد الذي ورد في المرسوم التنفيذي رقم 91-434، التي تنص المادة الثانية منه: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري...».

1- فيما يخص هذا النص الذي لم يصدر، أنظر:

Chérif BENNADJI: Réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie, Mélanges en hommage à Ahmed MAHIOU (sous la direction de) Yadh BEN ACHOUR, Jean-Robert HENRY, Rostane MEHDI, ed Publisud/Iremam, 2009., pp. 101 et s.

إن هذا التعداد للمصلحة المتعاقد، قد تعرض إلى تغيير، أولا بالنسبة للأمر رقم 90-67، ثم بالنسبة للنصوص الأخرى المنظمة للصفقات العمومية وهي على التوالي المرسوم رقم 82 - 145 المؤرخ في 10 أبريل 2891 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي 1 والرسوم الرئاسي رقم 20 - 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 2 والرسوم الرئاسي رقم 01-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ففيما يخص الأمر رقم 90-67، فزيادة على الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، فقد صدر الأمر رقم 09-74 المؤرخ في 30 جانفي 19743 الذي عدل الأمر رقم 90-67، لا سيما المادة 2 منه وإضافة إلى التعداد الأول، المقاولات 4 الإشتراكية ذات الطابع الاقتصادي عندما تقوم بإنجاز عمليات التجهيز. أما المرسوم رقم 82-145، فإن التعداد الذي تضمنه، وحسب المادة 5 منه، هو كالآتي: جميع الإدارات العمومية،

-جميع المؤسسات والهيئات العمومية،

-جميع المقاولات الإشتراكية،

-أي وحدة تابعة لمقولة إشتراكية، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

وتطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المقاولات التي يكون جل

رأسمالها عموميا.⁵

1- أنظر ج.ر.رقم 15، ص 740.

2- أنظر ج.ر.رقم 52، ص 3.

3- أنظر ج.ر.رقم 13، ص 198.

4- العبارة المستعملة في النص الأصلي هي المؤسسة، أما العبارة المستعملة باللغة الفرنسية هي entreprise. 5- L'article 5 du décret n° 82-145, dispose: <<Il est entendu par opérateur public, au sens du présent décret:

- toutes administrations publiques,
- tous établissements et organismes publics,
- toutes entreprises socialistes,

-toutes unités de l'entreprise socialiste dont le directeur reçoit délégation en matière de conclusion des marchés.

Les dispositions du présent décret sont applicables aux marchés des entreprises dont le capital est à majorité publique>>.

أما المرسوم الرئاسي رقم 02-250، فإن التعداد الذي تضمنه، وحسب المادة 2 منه، هو كالاتي:

-الإدارات العمومية،

-الهيئات الوطنية المستقلة،

-الولايات،

-البلديات.

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري»¹.

-أما المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فإن التعداد الذي تضمنه، وحسب المادة 2 الفقرة 1 منه، هو كالاتي:

-الإدارات العمومية،

-المؤسسات الوطنية المستقلة»².

-الولايات،

-البلديات.

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

-مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات

1- L'article 2 du décret présidentiel (D.P)n°: 02-250, dispose: <<les dispositions du présent décret sont applicables exclusivement aux marchés objet des dépenses des administrations publiques, des institutions nationales, des wilayas, des communes, des établissements publics à caractère administratif, ainsi que des centres de recherche et de développement, des établissements publics à caractère scientifique et technologique, des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et des établissements à caractère industriel et commercial, lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation, sur concours définitifs du budget de l'Etat, de projets d'investissement publics ci-dessous désignés par service contractant >>.

2- في النص الأصلي استعملت عبارة "الهيئات"، أما باللغة الفرنسية، فقد استعملت عبارة <<institutions>>.

العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمقاولات¹ العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وتدعى في صلب النص «المصلحة المتعاقدة»².

2-1- التعريف الفقهي:

هناك محاولات للفقهاء لتعريف الصفقات العمومية، نذكر من بينها، التعريف الذي ورد لأندري دولوبادر André DE LAUBADERE، الذي عرف الصفقة العمومية، على النحو التالي:

Les marchés publics sont les contrats dans lesquels le cocontractant de l'administration est rémunéré au moyen d'un prix pour une prestation ou un service qu'il rend à l'administration. Les deux principaux exemples sont les marchés de travaux publics (exécution d'un travail public par un entrepreneur) et les marchés de fournitures (livraison d'objets mobiliers à l'administration par un fournisseur).³

«الصفقات العمومية هي عقود التي من خلالها، يتلقى المتعاقد مع الإدارة، ثمن في مقابل القيام بعمل أو أداء خدمة التي يقدمها للإدارة. والمثالين الأساسيين للصفقات

1- العبارة المستعملة في النص الأصلي هي "المؤسسات"، أما العبارة المستعملة باللغة الفرنسية هي <<entreprises>>. 2- L'article 2 alinéa 1 du D.P. n° 10-236, dispose: <<les dispositions du présent décret sont applicables exclusivement aux marchés objet des dépenses:

- des administrations publiques;
- des institutions nationales autonomes;
- des wilayas;
- des communes;
- des établissements publics administratifs;

-des centres de recherche et de développement, des établissements publics spécifiques à caractère scientifique et technologique, des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, des établissements publics à caractère scientifique et technique, des établissements publics à caractère industriel et commercial et des entreprises publiques économiques, lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation d'une opération financière, totalement ou partiellement, sur concours temporaire ou définitif de l'Etat; Ci-dessous désignée par service contractant >>.

3- voir André DE LAUBADERE: Manuel de droit administratif, 11ème édition, L.G.D.J, Paris, 1978.,p.210.

العمومية هما الصفقة المتعلقة بالأشغال العمومية (إنجاز مبنى عمومي من طرف
مقاول وصفقة التوريدات (تسليم أشياء منقولة للإدارة من طرف مورد).»
كما يمكن ذكر تعريف آخر، ورد لرميف ROMEUF، والذي عرف الصفقة
العمومية، كما يلي:

Le marché public peut être considéré, comme un contrat par lequel une
personne privée (particulier ou société, entrepreneur industriel ou commerçant)
s'engage envers une personne publique (Etat, département, commune ou
Etablissement public) à réaliser, pour le compte et sous la surveillance de
celle-ci, un ouvrage public ou à lui fournir des objets ou un service utile
au fonctionnement d'un service public moyennant un prix déterminé sur les
bases prévues au contrat.¹

«يمكن اعتبار الصفقة العمومية، بأنها العقد الذي بموجبه يتعهد شخص خاص
(فرد أو شركة، مقاول صناعي أو تجاري) اتجاه شخص عمومي (الدولة، المحافظة،
البلدية أو مؤسسة عمومية)، بتحقيق لصالح هذا الأخير أو تحت رقابته، مبنى عمومي أو
تزويده بمجموعة من الأشياء أو خدمة مفيدة لعمل المرفق العمومي وذلك مقابل ثمن
يحدد على أسس يتضمنها العقد».

1-3- التعريف القضائي:

يبدو أن القاضي الإداري الجزائري لا سيما مجلس الدولة، قد عرف الصفقة
العمومية.

حيث جاء في قرار غير منشور لمجلس الدولة، بتاريخ 17 ديسمبر 2002 في قضية
رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.إ)، تحت رقم 6215، ما يلي:
«...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة
أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...»².

1-Voir R. ROMEUF: la pratique des marchés publics, cité pour Jean DUPOUX et Bernard
GROGEORGES: les marchés publics en France, Puf <<qsj>>, Paris, 1977., pp. 5 et 6.

2- ذكره عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2007، ص 36؛
أنظر كذلك التعليق على هذا التعريف لنفس الأستاذ، في نفس المؤلف، ص 36 وما بعدها.

2- الطبيعة القانونية للصفقة العمومية

في المقام الأول سنقوم بطرح الإشكالية، وهي لماذا تحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية (1-2)، ثم نستعرض الآراء المختلفة المتعلقة بالطبيعة القانونية للصفقة العمومية (2-2).

1-2- لماذا تحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية؟

إن تحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية، أصبح أمر مهم؛ لأن النظام القضائي في الجزائر، أصبح ازدواجي¹ وبالتالي فلكل جهة قضائية مجالها المنازعاتي؛ فالقاضي الإداري (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة) له مجاله وللقاضي العادي مجاله. وعليه، فإذا كيفت الصفقات العمومية بأنها عقود إدارية، فتكون منازعتها من اختصاص الجهة القضائية الإدارية، وهذه الأخيرة تطبق عليها قواعد القانون العمومي

1- إن طبيعة ازدواجية النظام القضائي الجزائري، نستخلصها أولاً بصفة ضمنية من الدستور. بحيث تنص المادة 152، ما يلي: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون. يؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة". كما نصت المادة 153، من نفس الدستور: "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع. وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى".

وهذه القوانين العضوية (م.ع) هي القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 جويلية 2011 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها (ج. رقم 42، ص 7). وتجب الإشارة، أن ق.ع رقم 11-12، قد ألغى القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 (ج. رقم 53، 1435) المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-25 المؤرخ في 12 أوت 1996 (ج. رقم 48، ص 3)؛ والقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 (ج. رقم 37، 39) المعدل والمتمم بموجب ق.ع رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011 (ج. رقم 43، ص 7)، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والقانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 3 جوان 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها (ج. رقم 39، ص 3) والقانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية (ج. رقم 37، ص 8).

كما نستخلصها وبصفة صريحة من القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 جويلية 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي (ج. رقم 51، ص 6) والذي تنص المادة الأولى منه، على ما يلي: تابع هامش رقم 1 "يهدف هذا القانون العضوي إلى تحديد التنظيم القضائي، وتضيف المادة الثانية منه: "يشمل التنظيم القضائي، النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري ومحكمة التنازع".

ولا سيما قواعد القانون الإداري، أما إذا كيفت بأنها عقود خاصة، فتكون منازعتها من اختصاص القاضي العادي، وهذا الأخير يطبق عليها قواعد القانون الخاص.

2-2- الآراء المختلفة المتعلقة بالطبيعة القانونية للصفة العمومية

سنتعرض أولا للآراء المؤيدة لطبيعة العقد الإداري للصفة العمومية ثم الآراء المنافية لذلك وأخيرا رأينا في ذلك.

-الصفة العمومية، نوع من العقود الإدارية: الآراء المؤيدة.

من الفقهاء المؤيدين لهذا الموقف، يمكن ذكر على سبيل المثال، أحمد محيو¹، عمار عوايدي، محمد الصغير بعلی، عمار بوضياف، رشيد زوايمية، فرنسوا بوريل، جورج فلاكس، محمد قبطان...²

1- أنظر أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، ط2، د.م.ج، الجزائر، 1979، ص353؛

Ahmed MAHIOU: cours d'institutions administratives, 2^{ème} édition, OPU, Alger, 1979., p.228.

2- فيما يخص هؤلاء الفقهاء المؤيدين، أنظر:

- محمد الصغير بعلی: العقود الإدارية، دارالعلوم عنابة، 2005، ص 7؛ عمار عوايدي: القانون الإداري، د.م.ج / م.و.ك، الجزائر، 1990، ص 567، هـ 1؛ عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 32؛

Rachid ZOUAIMIA , Marie Christine ROUAULT: droit administratif, ed Berti, Alger, 2009., p.176 ;François BORELLA :introduction au droit administratif, DGFP,Alger,1970.,pp.88 et s ;Georges VLACHOS :les institutions administratives et

تابع هامش رقم 2، ص 13.

économiques de l'Algérie, T1, SNED, Alger, 1973., pp.182 et s;Mohamed KOBAN :le régime juridique des contrats du secteur public(étude de droit comparé algérien et français),OPU,Alger ,1984.,pp.122 et s,§196; voir également du même auteur, les marchés de l'opérateur public ou la réforme du droit des marchés publics (étude du décret n°82-145 du 10 avril 1982),OPU,Alger(sans date de parution),. pp.52 et s.

فعلى سبيل المثال وحسب الأستاذ أحمد محيو، فإن قانون الصفقات العمومية الصادر بالأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان¹ 1967، يعطي تعريفا كاملا للعقود الإدارية، حيث ينص في مادته الأولى الفقرة 1 على أن: «الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العمومية، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون». وبهذا، فإنه قد وضع معادلة. حيث أن العقد الإداري، أصبح يساوي الصفقة العمومية. وقد سائر هذه المعادلة مجموعة من الفقهاء وهم الفقهاء المشار إليهم أعلاه. وتظهر هذه المسaire من خلال استعمالهم إما «لعبارة» العقود الإدارية أي الصفقات العمومية» أو من خلال تصنيف الصفقات العمومية ضمن أنواع العقود الإدارية. إن اعتبار الصفقة العمومية، عقد إداري، هو موقف سليم، لا سيما خلال مرحلة سريان الأمر رقم 67-90، قبل تعديله بموجب الأمر 47-90 المؤرخ في 30 جانفي 1974 السابق الذكر.

- الصفقات العمومية، نوع من العقود الإدارية: الآراء المنافية

في مقال تحت عنوان:

«réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie»²

«تأملات حول نظرية العقد الإداري في الجزائر»، يقول الأستاذ شريف بناجي³، أن الصفقات العمومية، بعد 1982، أصبحت لا تشكل عقود إدارية، بعد أن كانت تعتبر النواة الصلبة لنظرية العقد الإداري في الجزائر خلال عشرينين من الزمن أي من سنة 1967 إلى سنة 1982.

حيث، أنه بعد سنة 1983، يقول نفس الأستاذ، فمن المفروض أن يحل محله، امتياز المرفق العمومي la concession du service public، الذي عرف إحياء حقيقي من جديد.

1- أنظر أحمد محيو، المرجع السابق، ص 353: Ahmed MAHIOU, op cit., p. 228

2- Voir Chérif BENNADJI, op cit., pp. 101 et s.

3- أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق لجامعة الجزائر (1) العاصمة.

ولتبرير موقفه، فإن تحليل الأستاذ بناجي، قد مر بالمراحل التالية:
أولا- التذكير برأي الأستاذ محيو «بأن العقد الإداري هو الصفقة العمومية التي تضمنتها المادة الأولى من الأمر رقم 09-76...»¹؛ مبرزا، أن هذا التأويل أصبح مكرسا ومعمول به لدى الفقهاء الجزائريين (الذين يعبرون باللغة الفرنسية أو العربية)².
ثانيا- يذكر الأستاذ بن ناجي، أن الأمر 09-76 في مادته الأولى، لا ينص بصفة صريحة، أن الصفقة العمومية هي عقد إداري، وإنما فقط يعرف الصفقة العمومية³.
ثالثا- إن التأويل الموسع للأستاذ محيو، يجد تفسيره في نوع من *paradigme*، الذي أدخل على العلوم القانونية الجزائرية الفتية من خلال القانون الفرنسي والذي كان هذا الأخير تأثيره، كبير في السبعينيات⁴.
إذن يرجع الأستاذ بناجي فرضية تفسير، تعريف «العقد الإداري، بأنه الصفقة العمومية...» إلى هذا الجو الفكري السائد والمؤثر للقانون الفرنسي آنذاك والذي عبر عنه بـ *paradigme*⁵ والذي يمكن في رأينا التعبير عنه بعبارة الثقافة القانونية السائدة *la culture juridique ambiante*، حيث يقول في هذا الإطار:

1- أنظر أحمد محيو، المرجع السابق، ص 353.

2- من بين هؤلاء الفقهاء، يذكر الأستاذ بن ناجي وعلى سبيل المثال:

Ali BENCHENEB: *théorie générale du contrat*, OPU, Alger, 1980, pp.27 et 28; Ali ME-BROUKINE: *le droit applicable aux marchés internationaux des opérateurs publics algériens et l'arbitrage*, thèse, 1988; Mohamed KOBAN: *le régime juridique...*, op cit.

3- تنص المادة الأولى الفقرة الأولى من الأمر رقم 90-67، مايلى: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العمومية، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

4- Chérif BENNADJI, op cit., p.104.

5- Le *paradigme*, est l'ensemble des croyances, des valeurs et des techniques reconnues par les membres d'une communauté. Un *paradigme* peut être constitué d'une idée que la communauté, pour de multiples raisons n'a pu vérifier. Ainsi, bon nombre de théories, quelque soit la science, ne pouvaient se comprendre qu'en fonction des *paradigmes*; voir Ch. BENNADJI, Chérif BENNADJI, op cit., p.104.

<<...Il est donc permis d'avancer que l'assimilation du marché public au contrat administratif à partir d'une interprétation extensive de l'article premier du code des marchés de 1967 participe de l'énonciation d'un paradigme voire d'un axiome, fondement de la théorie du contrat administratif telle quelle fut reçue en héritage par les juristes algériens.

Dans le cadre de cette approche, la notion de marché public serait pour la théorie du contrat administratif, ce que le noyau est à la cellule>>.¹

إن رأي الأستاذ بناجي يعتبر لبنة لتوضيح نظرية العقد الإداري في الجزائر. إلا أن تفسيره لرأي الأستاذ محيو، يبقى قابل للنقاش. حيث نعتبر، أن الأستاذ محيو، وإن كان متأثر بالقانون الفرنسي- وهو شيء لا مفر منه، حيث أن المشرع الجزائري نفسه تأثر بالإرث القانوني الفرنسي وذلك بتمديده لهذا الإرث بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، ج ررقم 2 لسنة 1963، ص 81 (باللغة الفرنسية)- إلا أن هذا لا يعني في رأينا، هذا هو السبب الذي جعل أن الأستاذ محيو، يرجع تعريف الصفقة العمومية، بأنها العقد الإداري إستنادا إلى المادة الأولى من الأمر رقم 67-90؛ إن هذا التأويل للأستاذ محيو، نرجعه في رأينا إلى سبب آخر، وهو تأويل المادة الأولى الفقرة الأولى من الأمر رقم 67-90، على ضوء المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية². فهو تعريف العقد الإداري، استنادا إلى انزلاق tnmessilg nu، في تحديد المنازعة ذات الطبيعة الإدارية طبقا للمعيار العضوي.

إننا نؤيد الأستاذ بناجي ولكن جزئيا عندما يتحدث عن هذا الجو الفكري المؤثر للقانون الموروث. ونلمس هذا التأثير على الأستاذ محيو، من خلال تكرسه عبارة «وحدة

1- ibid.

2- تنص المادة 1 ف1 من أ. رقم 67-90: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العمومية، قد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

تابع هامش رقم 3

وتنص المادة 7 ف1 من ق.أ.م: "تختص المجالس القضائية بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها. ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى".

الأجهزة القضائية وازدواجية المنازعة «unité de juridiction et dualité de contentieux»، فيما يخص النظام القضائي الذي بدأ يسود بعد سنة 1962 في الجزائر.¹ كما لا نؤيد الأستاذ بناجي، عندما يقول، أنه بعد 1982²، فإن الصفقات العمومية، أصبحت لا تشكل عقود إدارية، وسنبرر موقفنا لاحقا.

إن موقف الأستاذ بناجي، يستند إلى الاعتبارات التالية:

- إن قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، قد عوض تقريبا بنص قانوني آخر وهذا سنة 1982. وهذا النص، استعمل عبارة «المتعامل العمومي» عوض العبارة التقليدية «الصفقات العمومية».³

- إن قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 نفسه، كان يجب تطبيقه ليس فقط على صفقات الإدارات العمومية ولكن كذلك على صفقات المقاولات العمومية (المادة الأولى الفقرة 1 و2). حيث نصت المادة الأولى الفقرة الأولى والثانية، على ما يلي: «الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة والولايات والبلديات والمؤسسات والدواوين العمومية، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

ستحدد بموجب مرسوم كفاءات تطبيق هذا القانون على الشركات الوطنية والمؤسسات والدواوين العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري».

إن هذا المرسوم لم يصدر،⁴ وصدر محله منشور رقم 8 مؤرخ في أول أكتوبر 1970 عن وزير التجارة circulaire n°:8/C C M du, 1er octobre 1970 du ministre du

1- أنظر فيما يخص تكريس وحدة الأجهزة القضائية وازدواجية المنازعة،

-Ahmed MAHIOU: cours de contentieux administratif, fascicule 1 et 2, 2^{ème} édition, OPU, Alger, 1981, p.37.

2- إن هذا التاريخ مرتبط بصدور المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج رقم 15، ص 740.

3- Voir Cherif BENNADJI, op cit. , p.104.

4- Voir Cherif BENNADJI, op cit., p.104.

commerce¹، والذي يدعو مسيري المقاولات العمومية لاستعمال الصفقات العمومية في إعداد ورقابة وتنفيذ عقودهم. وقد طالب هذا المنشور بالزامية الإحترام الدقيق لقانون الصفقات العمومية فيما يخص إعداد عقود التجهيز.²

إن النظام القانوني الخاص الذي كانت تخضع إليه عقود التجهيز، يجد تفسيره في كون أن الجزائر، ابتداء من سنة 1970، قد انطلقت في مسار طموح للتخطيط (وذلك مع المخطط الرباعي الأول 1970-1973)؛ والذي من خلاله، فإن المقاولات العمومية مثلها مثل الإدارات العمومية، كانت تعتبر أعوان للتنمية المخططة.³

بالإضافة إلى هذا، وخلال تطبيق المخطط الرباعي الثاني (1974-1977)، إن المنشور المشار إليه أعلاه، قد عوض بالأمر رقم 74-90 المؤرخ في 30 جانفي 1974 والذي عدل وبصفة جسيمة الأمر رقم 67-90؛ حيث وبموجب هذا الأمر رقم 74-90، فإن قانون الصفقات لسنة 1967، قد مدد تطبيقه شكليا على صفقات التجهيز لكل المقاولات العمومية (باستثناء الصفقات المسماة صفقات التسيير).⁴

-كما أن التعريف الذي ورد في المادة 4 من المرسوم رقم 28-541، لا سيما المقطع «...في مفهوم التشريع المعمول به في مجال العقود...»، يريد المشرع من خلاله يقول الأستاذ بناجي، توضيح مفهوم عقد الصفقة للمتعامل العمومي.

وبضيف الأستاذ بناجي، في هذا الإطار، أن هذا التوضيح لا يوجد في أمر 1967. ولتأويل هذا التوضيح، يجب الرجوع دائما حسب الأستاذ، إلى حيثيات نص المرسوم رقم 82-142، لا سيما الإشارة إلى القانون المدني والقانون التجاري. وعليه، فقد تبينت التشريعات المعمول بها في مجال العقود.

1- Cité par Cherif BENNADJI, ibid ;voir également en ce qui concerne l'édition de cette circulaire qui oblige les entreprises publiques à appliquer le code des marchés publics pour la passation de ses marchés ,Mohamed KOB-TAN : le régime juridique... op cit.,p.119.

-2 Voir Cherif Bennadji, ibid., pp.104 et s.

3- Ibid., p.105.

4- Ibid.

وبالتالي، فإن التشريعات المطبقة على صفقات المتعامل العمومي، عكس ما كانت عليه الصفقات العمومية في سنة 1967، إذ كانت آنذاك فئة قانونية مستقلة عن الشريعة العامة للعقود.⁵

ويستنتج في الأخير، الأستاذ بناجي، ما يلي: «على ضوء هذه الملاحظات، فإن المؤول يحق له أن يستنتج، أنه إذا اعتبرت وبحق الصفقة العمومية بالمفهوم المكرس في قانون 1967، بأنها عقد إداري، فإن صفقة المتعامل العمومي في مفهوم مرسوم 1982، لا يمكنه أن يتسم بنفس التحديد، نظرا لأنه أصبح موضوع عملية ربط بالشريعة العامة للعقود⁶. وبعبارة أخرى، فإن صفقة المتعامل العمومي، تصبح عبارة عن عقد يخضع للقانون الخاص. إن مثل هذا الإستنتاج، يبدو محير. ولكن، فإنه الإستنتاج، الأكثر تطابقا مع نص وروح (ratio legis)، قانون 1982.⁷

إن الأستاذ بناجي، قد اعتمد هذا الإستنتاج، بالرغم من صدور نصوص أخرى في مجال الصفقات العمومية لا سيما من جهة المرسوم التنفيذي رقم 434-19، الذي أعاد عنصر الصفقة العمومية في الإدارات العمومية والولايات والبلديات والمؤسسات ذات الطابع الإداري، مضيفا لها المؤسسات 8 الوطنية المستقلة وهي عبارة عن هيئات عمومية لها استقلالية في التسيير des organismes publics à gestion autonome ؛ ويمكن تصنيفها ضمن الإدارات العمومية.

ومن جهة أخرى، المرسوم الرئاسي رقم 250-02، الذي أعاد طرح الإشكال من جديد وهو نفسه الإشكال الذي طرح بموجب الأمر رقم 90-74، وذلك بإضافة المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، في تعداد المصلحة المتعاقدة.

5- Voir Cherif Bennadji, op cit., p.106.

6- Ibid.

7-Ibid.

8- في النص الأصلي، استعملت عبارة الهيئات، أما باللغة الفرنسية، استعملت عبارة institutions.

كما تجب الإشارة كذلك، إلى صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الذي في تعدادده للمصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى الإدارات العمومية والمؤسسات الوطنية¹ المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الإدارية، وتكريس المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، قد أضاف المقابلة² العمومية الاقتصادية.

وهو الإشكال الذي طرح ابتداء من أمر 1967، بعد تعديله بموجب أمر سنة 1974. -الصفقة العمومية، نوع من العقود الإدارية: الآراء المؤيدة والآراء المنافية ورأينا في الموضوع.

إن موقف جزء من الفقه الإداري وعلى رأسهم الأستاذ أحمد محيو، الذي يعتبر أن الصفقات العمومية في الجزائر، هي عقود إدارية، يجب أن ينظر إليه بصفة نسبية. كما يجب أن ينظر بنفس النسبية إلى موقف جزء من الفقه الإداري، الذي يعتبر، أن الصفقات العمومية حاليا في الجزائر، لا تعتبر عقود إدارية. وهما آراء الفريقين اللذين تطرقنا إليهما أعلاه.

حيث حسب الأستاذ محيو، فإن قانون الصفقات العمومية الصادر في سنة 1967، قد أعطى تعريفا كاملا للعقود الإدارية. وقد سايره في ذلك مجموعة من الفقهاء. وبهذا، فقد وضع معادلة. حيث أن العقد الإداري، أصبح يساوي الصفقة العمومية. إن اعتبار الصفقة العمومية، عقد إداري، هو موقف سليم، لا سيما خلال مرحلة سريان الأمر رقم 67-90 في مادته الأولى الفقرة الأولى، قبل تعديله بموجب الأمر رقم 90-74 المؤرخ في 03 جانفي 1974. والسبب في ذلك في رأينا، هو أن الأمر رقم 90-76، لا يعتبر بصفة صريحة، أن الصفقة العمومية، هي عقد إداري³. وبالتالي، فإن الصفقات العمومية ليست عقود إدارية بتحديد من القانون بصفة صريحة؛ فهي عقود إدارية بتحديد من القانون بصفة غير صريحة.

1- في النص الأصلي، استعملت عبارة الهيئات، أما باللغة الفرنسية، استعملت عبارة institutions.

2- العبارة المستعملة في النص الأصلي هي المؤسسة، أما العبارة المستعملة باللغة الفرنسية هي entreprise.

3- في المادة الأولى من الأمر رقم 67-90: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العمومية. قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون."

وقد استند الأستاذ محيو، لاعتبار الصفقات العمومية، عقود إدارية، إلى المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية¹، أي المعيار الذي يستند إليه القاضي الذي يبت في المسائل الإدارية أو في رأيه معيار «المنازعة الإدارية le contentieux administratif»، وفي رأينا المنازعة ذات الطبيعة الإدارية le contentieux en la forme administratif وهو المعيار العضوي.

وبالتالي، ففي هذه المرحلة، كان هناك تطابق بين مضمون المادة الأولى، الفقرة الأولى من قانون الصفقات العمومية والمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية. ولكن ما تجب الإشارة إليه، أنه خلال تلك المرحلة، فإن النظام القضائي السائد، هو نظام وحدة القضاء؛ فلا وجود لقاضي عادي ولا قاضي إداري، فهناك فقط في رأينا اختصاص داخل الأجهزة القضائية. ومن هنا عبارة القاضي الذي يبت في المسائل الإدارية le juge statuant en matière administrative².

1- تنص المادة 7/ من ق.إ.م: "تختص المجالس القضائية بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العامة ذات الطبيعة الإدارية طرفا فيها. ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى".

2- هناك نقاش مطروح بين فقهاء القانون الإداري، حول الطبيعة القانونية للنظام القضائي في الجزائر، قبل سنة 1996؛ هل هو نظام وحدة القضاء، بمفهوم وحدة الأجهزة القضائية ووحدة المنازعة وهو النظام القضائي الذي يشبه من الناحية الشكلية نظام الشريعة العامة common law، أم هو نظام وحدة الأجهزة القضائية unité de juridiction، وازدواجية المنازعة dualité du contentieux.

وتجب الإشارة، أن لكل فريق من هؤلاء الفقهاء، تبرير لموقفه. أنظروا على سبيل المثال، فيما يخص هذا النقاش: Faouzia Benbadis: la saisine du juge administratif, OPU, Alger, 1985., pp16 et s.

Mokhtar BOUABDELLAH: l'expérience algérienne du contentieux administratif, thèse, Faculté de droit, université de Constantine, 2005; Taoufik BOUACHBA: l'expérience algérienne d'unité de juridiction et le droit administratif, étude comparée, thèse, Paris 2, 1978; Walid LAGGOUNE: la justice dans la constitution du 22 novembre 1976, Rasjep, n°2, juin 1981., p.239 et s; Ahmed MAHIOU: cours de contentieux administratif, fascicule 1 et 2, 2^{ème} éd, Alger, 1981., p.37; Messaoud MENTRI: le système de dualité de juridiction, une nécessité pour consolider l'Etat de droit, revue Idara, n°1, 1997., p.73;

-رشيد خلوفي: القضاء بعد 1996، إصلاح قضائي أم مجرد تغيير هيكلية، مجلة إدارة، العدد 1، سنة 2000، ص 49؛ أنظر كذلك لنفس المؤلف، القضاء الإداري (تنظيم واختصاص، د م ج، الجزائر، 2002، ص 35 وما بعدها؛ عمار عوايدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضاء الجزائري، د م ج، الجزائر، 1995، ص 173 وما بعدها.

وبالتالي، في هذه المرحلة، فالأشكال لا يطرح، فيما يخص القانون الواجب التطبيق ولا فيما يخص القاضي المختص، عندما تطرح منازعة تتعلق بالصفقات العمومية. ففيما يخص القاضي المختص، واستنادا إلى المادة 7 من ق.إ.م، هو القاضي الذي يبت في المسائل الإدارية أي الغرفة الإدارية للمجالس القضائية فيما يخص الصفقات العمومية. أما القانون الواجب التطبيق، فهو قانون الإدارة العمومية، وهو مزيج من قواعد العمومي والقانون الخاص¹.

وعليه، فقبل مرحلة سنة 1996، فالإشكال كان لا يطرح، لأن من جهة استعمال المعيار العضوي نظرا لتطابقه مع المادة الأولى الفقرة الأولى من أمر 1967، كان يسهل تحديد طبيعة المنازعة ومن جهة أخرى، أن النزاعات المتعلقة بصفقات المقاولات الإشتراكية (العمومية)، كانت تخضع للتحكيم بموجب الأمر رقم 44 - 75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات² (ج رقم 53، ص 742)³.

1- أنظر كذلك فيما يخص تطبيق هذا المزيج من قواعد القانون العمومي وقواعد القانون الخاص، Walid LAGGOUNE op cit., p.253 ; Mohamed KOBAN, le régime juridique... op cit., pp.28 et s ; voir également du même auteur, les marchés de l'opérateur public... op cit., pp.52 et s. Chérif BENNADJI : réflexions ... op cit., p.106 ; voir

تابع هامش رقم 2، ص 22.
également du même auteur, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse, Faculté de droit, université d'Alger, 1991., pp.556 et s.

2- تنص المادة الأولى، من الأمر رقم 44-75، ما يلي: "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال التي تحددها، جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المقاولات (المؤسسات في النص الأصلي entreprises en français) الإشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم".

3- إن الأمر رقم 44-75، قد ألغى بموجب المادة 46 من القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12 جانفي سنة 1988 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المقاولات (المؤسسات في النص الأصلي) العمومية الاقتصادية (ج رقم 2، ص 47).

أما بعد سنة 1996، تاريخ تكريس الإزدواجية القضائية في الجزائر¹، يبدو أن الإشكال سيطرح. وهذا الإشكال هو: ما هو معيار اختصاص كل من القاضي الإداري والقاضي العادي في مجال الصفقات العمومية، ما دام أن قانون الصفقات العمومية لا يحدد صراحة الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية وإدراجه في المصلحة المتعاقدة للمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية والمقاولة العمومية الاقتصادية هذا من جهة ثم إلغاء الأمر رقم 44 - 75 والإشارة في قوانين الصفقات العمومية الصادرة بعد سنة 1982، في حيثياتها إلى القانون المدني والقانون التجاري من جهة أخرى؟.

وبالتالي، نرجع إلى طرح السؤال الأصيل وهو: هل الصفقات العمومية تعتبر عقد إداري أم لا؟.

إن موقف جزء من الفقه الإداري (لا سيما موقف الأستاذ بناجي)، الذي يعتبر أن الصفقات العمومية، أصبحت لا تشكل عقود إدارية بعد سنة 1982، يجب النظر إليه بصفة نسبية.

حيث إذا كان هذا الموقف مقبول في بعض من جوانبه وذلك إلى غاية 1996، إلا أنه يجب كذلك أن يؤخذ بعين الاعتبار موقف القاضي في هذا الموضوع، خاصة بعد سنة 1996.

ومن وجهة نظرنا، فإن موقف القاضي الإداري (أولا المحكمة الإدارية ثم مجلس الدولة):

- إما أنه يصرح، أن الصفقة العمومية، هي عقد إداري ويستند في ذلك إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومكتفيا بها. وبالتالي، يكرس استعمال المعيار العضوي.

1- يوجد نقاش في الجزائر بين فقهاء القانون الإداري حول وجود نظام قضائي ازدواجي حقيقي أو نظام قضائي ازدواجي شكلي: أنظر فيما يخص هذا النقاش مثلا، خلوفي رشيد: القضاء بعد 1996، إصلاح قضائي أم مجرد تغيير هيكلية، المرجع السابق، ص 49، cit Mokhtar BOUABDELLAH.

وعليه، فكل صفقة عمومية، لا تبرم من طرف الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لا تعتبر عقد إداري وبالتالي، فمنازعتها ليست من اختصاص القاضي الإداري. وبما أن نظام إزدواجية القضاء هو السائد في الجزائر، فإن المنازعة، تكون من اختصاص القاضي العادي (أي الغرفة المدنية في المجالس والغرفة المدنية في المحكمة العليا).

-إما أنه يصرح، أن كل صفقة عمومية، هي عقد إداري، مستعملا في ذلك وفي نفس الوقت المعيار العضوي الذي تكرسه المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 استنادا إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمعيار المادي الذي تكرسه نفس المادة 2 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 236-10، وهو معيار التمويل من طرف خزينة الدولة بصفة كلية أو جزئية؛ وهو المعيار الذي أرادت الدولة من خلاله تحقيق المرفق العمومي. فهو معيار العلاقة بالمرفق العمومي.¹ ويتعلق الأمر هنا بالمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية EPIC والمقاولة العمومية الاقتصادية EPE.

وعليه، فإذا قامتتا هاتين الهيئتين (المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية والمقاولة العمومية الاقتصادية) بتمويل مشاريعهما بأموالهما الخاصة، فإن في هذه الحالة، صفقاتهما، لا تعتبر عقود إدارية، أي لا تخضع للقانون الصفقات العمومية² ومنه فمنازعتها لا تكون من اختصاص القاضي الإداري وإنما القاضي العادي. ولقد أكدت محكمة التنازع هذا الموقف وذلك عن طريق المخالفة، في القرار رقم 24 المؤرخ في 31 نوفمبر 2002 في قضية السيد... مدير مؤسسة البناء «ق.ج»، ضد الشركة

1- أنظر كذلك، فيما يخص هذا الموقف،

Mohamed KOBTAN, le régime juridique...op cit.,pp.122 et s,§ 196

2- إن تطبيق قانون الصفقات العمومية، فقط على العقود الممولة من طرف الدولة، قد أكدّه وزير المالية في تصريح له مؤرخ في 2 نوفمبر 2011، على هامش أشغال المجلس الشعبي الوطني، قائلا: "إن القواعد التي تتضمن قانون الصفقات العمومية، لا تطبق إلا على ما هو ممول من طرف المورد العمومي"
<<Les règles portant code des marchés publics, ne s'appliquent qu'à ce qui est financé par la ressource publique.>> voir le quotidien El-Watan du 3/11/2011, p.6.

الجزائري للتأمينات¹ la SAA، حيث جاء في قرار محكمة التنازع ما يلي: «حيث أنه وإذا كان هناك فعلا في قضية الحال عقد صفقة عمومية مبرمة بين السيد... مدير مؤسسة البناء «ق.ج» والشركة الجزائرية للتأمينات (la SAA) وحدة بشار ممثلة في مديرها، فإن الشركة الجزائرية للتأمين ليس شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (EPIC) وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24، المعدل والمكمل المتضمن الصفقات العمومية...)».

فيستخلص من هذا القرار، أن محكمة التنازع، اعتبرت أن الصفقة التي أبرمت مع شركة التأمين الجزائرية (AAS al)، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (وهي ليست من الأشخاص المعنوية العمومية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لاسيما المادة 7 منه، آنذاك)، هي عن طريق المخالفة فيما يخص المنازعة الناتجة عن ابرامها، هي من اختصاص القاضي الإداري، إذا كان التمويل، جزئيا أو كليا من خزينة الدولة. وباختصاص القاضي الإداري، فالصفقة يمكن تكييفها بأنها عقد إداري، ليس على أساس المعيار العضوي أي وجود شخص معنوي عمومي وإنما على أساس معيار مادي هو التمويل من طرف خزينة الدولة أي العلاقة بالمرفق العمومي. فهو التكريس المعيار المادي لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد الإداري.

1- أنظر فيما يخص هذا القرار، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، السنة 2009، ص 147.

خاتمة

مما سبق ذكره، يمكن القول أنه من الصعب جزم، أن الصفقات العمومية، أصبحت كلها لا تعتبر عقود إدارية. حقيقة إن العدد الكبير للنصوص القانونية التي صدرت المتعلقة بالصفقات العمومية، تصعب نوعا ما عملية تحديد طبيعتها القانونية، خاصة أن المشرع لم يقوم صراحة بهذا الدور. إلا أن الدور الفقه ولاسيما القضاء، هو توضيح هذا الغموض. وعليه، فإن الصفقات العمومية وفي رأينا، تبقى نوع من أنواع العقود الإدارية، على الأقل بالنسبة للبعض منها، إذا استندنا إلى المعيار العضوي وهو المعيار الرسمي للمنازعة الإدارية في انتظار تكريس المعيار المادي من طرف القاضي الإداري بأكثر صراحة. إن تطور النظام القضائي الجزائري، خاصة بعد سنة 1996، يدفع نحو هذا الاتجاه.