

دور القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي

الدكتور هـ/ تابتى بوحانة ،جامعة سعيدة

مقدمة:

تتخذ الدعوى الإستعجالية الإدارية مكانة هامة تميزها عن باقي الدعاوى الإدارية الأخرى، بالنظر إلى الدور الذي يلعبه القضاء الإستعجالي الإداري في الموازنة بين مركز الفرد وما يملكه من إمكانات بسيطة من ناحية، وبين مركز الإدارة العامة صاحبة وسائل امتياز السلطة العامة من ناحية ثانية¹. وإن كان المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي- عند تنظيمه للإستعجالي الإداري، إلا أنه لم يمنحه الأهمية قبل صدور القانون رقم 09/08² بأن خصه بمادة وحيدة هي المادة 171، ليفرد له بابا كاملا عنونه بالاستعجال في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل وأورد تفصيلا دقيقا لمجالات اللجوء لهذا القضاء، كمادة إثبات الحالة والتسبيق المالي وتدابير التحقيق. وبعد الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية من مستجدات القانون رقم 09/08 الذي جاء مواكبا للتطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية، إذ تعد تدابير الاستعجالية ضمانات لمشروعية الصفقة العمومية وللمال العام من جهة، وحماية للموظف العام من جهة أخرى.

ومن ثمة، فالهدف من وراء هذا البحث هو تسليط الضوء على مضمون الطعن الاستعجالي قبل التعاقدي، من خلال التعرض لمجالات تطبيقه وآثاره قصد الوقوف على مدى فعاليته كوسيلة وقائية للرقابة ومكافحة الفساد في الصفقات العامة من جهة، وكآلية إذا ما تم تفعيلها من شأنها الحيلولة دون تدخل القاضي الجزائي في حالات ما يجعله ضمانة للموظف العام من المتابعة الجزائية. وعليه سيتم تخصيص المبحث الأول لدراسة مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي، أما سلطات القاضي الاستعجالي وتقييمها يتكون فحوى المبحث الثاني.

¹ - خليفى سمير، القضاء الإداري الإستعجالي بين حماية حقوق المتقاضى وامتيازات السلطة العامة، مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي الأول الموسوم بـ "حق التقاضي في المسائل الإدارية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة آكلي محمد أولحاج، ماي، البويرة، 2014.

² - القانون رقم 09/08، المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. رج ج العدد 21، ص 02

-المبحث الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي.

قبل التّعرض لسلطات القاضي في الإستعجالي قبل التعاقدي وتقييمها، سيتم تناول شروطه وفق القانون رقم 09/08 "بالمطلب الثاني"، ولكن قبل ذلك التّعرض لتعريفه والتّطور التاريخي له في ظلّ "المطلب الأول".

-المطلب الأول: تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي وتطوره التاريخي.

إنّ التّعرض للدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية وخصوصيتها يقتضي بادئ الأمر التّعرض لتعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي "الفرع الأول"، ومراحل تطوره التاريخي وأهم العوامل المساهمة في تكريسه في التشريع الجزائري "الفرع الثاني".

-الفرع الأول: تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي.

تناول تعريف الإستعجالي قبل التعاقدي يفرض بدءً تناول موضوعي الإستعجال والصفقات العمومية.

المشرع الجزائري، وإن كان قد ذكر خصائص القضاء الإستعجالي عامة في المواد 917، 924، 925 من قانون إ م و إ، إلا أنّه ترك مهمة تعريفه لكل من الفقه والقضاء. فعرفه Garssonnet بأنّه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا أو أنّه الخطر المباشر الذي لا يمكن اتقاؤه في رفع دعوى عن طريق الإجراءات ولو مع التقصير في المواعيد"¹، وعرفه مورال بأنّه: "حالة الاستعجال تكون قائمة كلما ينتج عن التأخير في الفصل في النزاع ضررا لأحد الأطراف"². أمّا محكمة النقض المصرية فقد عرفت كما يلي: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر، والإستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقّتي، يراد به ردّ عدوان يبدو للوهلة الأولى أنّه يغير حق ومنع خطر تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت"³، هذا من ناحية.

¹ - بلعابد عبد الغني، الدعوى الإستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، "دراسة تحليلية مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007، 2008، ص 13.

² - حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري الإستعجالي، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص 12.

³ - نقلا عن: المرجع نفسه، ص 13.

من ناحية أخرى عرّف الفقه الصفقة العمومية من خلال تعريفه للعقد الإداري بأنّه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"¹. وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في أحد قراراته غير المنشورة والمؤرخ في 2002/12/17 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية لواء ببسكرة ضد ق.أ تحت رقم 6215 فهرس رقم 823 إلى القول: "حيث أنّه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات"².

أمّا المشرع الجزائري ففي ظل المادة رقم 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³ بأنّها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم والخدمات والدراسات". وعليه زمن خلال ما سبق وبالتنسيق بين مصطلحي الاستعجال والصفقة العمومية، فقد ظهرت عدة تعاريف للاستعجالي قبل التعاقد أهمّها أنّه: "إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروپي، الهدف منه حماية قواعد العلانية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام العقد عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الإدارية العادية و تندرج الأوامر تحت الإجراءات التحفظية التي يمكن للقاضي أن يقرنها بغرامات تهديدية، و وقف إبرام العقد، و وقف كل الإجراءات والقرارات المتصلة والمرتبطة بعملية الإبرام"⁴.

انطلاقاً ممّا سبق، ففعالية الإستعجالي قبل التعاقد تفرض أن تكون طبيعته وقائية تقضي- بإلزام الإدارة باحترام الالتزامات العلانية والمنافسة المفروضة قانوناً، قبل إتمام إبرام العقد أو حتى بعد إبرامه، وفي إطار إجراءات

¹ -حسين الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص15.

² - حميدة أحمد سرير، الصفقات العمومية وطرق إبرامها، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، بجامعة ديجي فارس بالمدينة، ماي 2013.

³ -المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436، الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج، رج، العدد 50، ص03.

⁴ -محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن-آلية وقائية لحماية المال العام-مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، بجامعة ديجي فارس بالمدينة، ماي 2013.

تتسم بالبساطة والسرعة، مما يجعله إجراء غير علاجي يهدف إلى إلغاء قرار إسناد العقد بعد مرور مدة طويلة على تنفيذه.¹

ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري وفي ظل المادتين 946 و 947 المستحدثتان في القانون رقم 09/08، وضمانا للتطبيق الصّارم لأحكام قانون الصفقات العمومية في حال الإخلال بالتزامات المتعلقة بالإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية، أقرّ قواعد مطابقة لحد ما مع التشريع الفرنسي، وهو ذاته ما يظهر من خلال التطور التاريخي للاستعجالي قبل التعاقد.

الفرع الثاني: التطور التاريخي للاستعجالي قبل التعاقد.

يرجع النظام القانوني للاستعجالي قبل التعاقد إلى أصل تشريعي أوروبي، نتيجة تشدد المشرع الأوروبي بشأن تطبيق قواعد العلانية والمنافسة في نطاق إبرام عقود الشراء العام، وهو ما تجلّى فعلا بإصدار التعلية رقم 665/89 المؤرخ في 1989/12/21 والمعنونة **بطعن ورقابة في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال**²، والتي كانت تهدف إلى ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بعد ثبوت عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في مجال المنافسة والعلانية وتضمن توقيع الجزاء على مخالفتها.³

تطبيقا لذلك تبني المشرع الفرنسي - ذلك بصدور القانون رقم 10/92 المؤرخ في 1992/01/04 و القانون رقم 13/92 المؤرخ في 1992/02/25 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجالات الطاقة، المياه، النقل، والاتصالات، ليتم إدماج أحكامها بداية في المادتين 551-1 و 551-2 اللتان منحتا للقاضي

¹ - Gilles Dorcy, Michel Paillet, Contentieux Administratif, Armand colin, Paris, 2000, p158.

² - Renus Chapus, Droit Du Contentieux Administratif, 9^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 2001, p236

³ - بن احمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 50.

الإداري سلطات واسعة ومتفاوتة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام¹.

أما في الجزائر، فالملاحظ أنّ قانون الم و ل رقم 23/90² جاء معالجته غير كافية للقضاء الاستعجالي، إذ لم يتضمن إلا مادة واحدة "171"، نظمته بشكل سطحي وسواء تعلّق الأمر بالمواد المدنية والإدارية بالرغم من اختلافهما الكبير، الأمر الذي أوجد فراغ تشريعي خاصة فيما يتعلق بضمان شفافية المتعاملين، تدّعم بشكل كبير بصدور القوانين المنظمة للقضاء الإداري في الجزائري "القانون العضوي رقم 01/98³، القانون رقم 02/98⁴، القانون العضوي رقم 03/98⁵" إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 09/08⁶ الذي نظم الاستعجالي قبل التعاقد في إطار المادتين 946 و 947. ولعلّ سبب تقنين ذلك في هذه المرحلة بالذات -فضلا عن تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي- رغبة المشرع الجزائري في تأمين أكبر قدر ممكن من شفافية المنافسة عند إبرام الصفقة العمومية خاصة مع تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية لهذه الأخيرة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار المنتهجة من طرف الدولة، وتسجيل انتهاكات خطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات⁶.

¹ - سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، بجامعة ديجي فارس بالمدينة، ماي 2013.

² - القانون رقم 23/90 المؤرخ في 27 محرم 1411، الموافق لـ 18 أوت 1990، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج، العدد 36، ص 1114.

³ - القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، المعدّل والمتمم، يتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر ج، العدد 37، الصادرة في 06 صفر عام 1419، الموافق لـ 01 جوان 1998، ص 03.

⁴ - قانون رقم 02/98، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، المعدّل والمتمم، يتعلّق باختصاصات المحكمة الإدارية، ج ر ج، العدد 37، الصادرة في 06 صفر عام 1419، الموافق لـ 01 جوان 1998، ص 25.

⁵ - القانون العضوي رقم 03/98، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، المعدّل والمتمم، يتعلّق باختصاصات المحكمة المتنازع، ج ر ج، العدد 37، الصادرة في 06 صفر عام 1419، الموافق لـ 01 جوان 1998، ص 40.

⁶ - سلوى بومقورة، المرجع السابق، ص 07.

المطلب الثاني: شروط الإستعجالي قبل التعاقد وفق القانون رقم 09/08.

حتى ترفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ينبغي توافر مجموعة من الشروط المتطلبة قانونا سواء العامة والمتعلقة بالدعوى الاستعجالية "الفرع الأول"، والأخرى الخاصة التي تنفرد بها الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية "الفرع الثاني".

الفرع الأول: الشروط العامة للإستعجالي قبل التعاقد.

تمثل هذه الشروط في توفر حالة الإستعجال، عدم المساس بأصل الحق، وأخيرا شرط الجدية.

أولا: توافر حالة الاستعجال: يعد الإستعجال شرطا أساسيا لانعقاد الاختصاص للقضاء المستعجل، وإن كان المشرع الجزائري لم يورد أي تعريف لهذا العنصر في المواد 901، 921، 924، 925، رغم اعتباره شرطا جوهريا لرفع الدعوى، ومرد ذلك لربما راجع إلى صعوبة تحديد فكرة الإستعجال كونها فكرة عملية أكثر منها نظرية، ولتدخلها كذلك مع مفاهيم مشابهة كالضرورة والخطر الوشيك. وبالرغم من تعدد التعريفات التي قيلت بخصوصه إلا أنها لا تخرج عن كون الإستعجال يعد: "الخطر الحقيقي المهدق بالحق المراد المحافظة عليه و الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"¹.

وتجدر الإشارة هنا أنّ القاضي الفاصل في الدعوى يملك سلطة تقدير مدى وجود حالة الإستعجال من عدمها، من الظروف المحيطة بالدعوى، وفي موضوع دعوانا "الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية" يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق المدعي يخشى المساس به لو تم إبرام الصفقة وتنفيذها².

ثانيا: عدم المساس بأصل الحق: الأصل يقتضي أن يتخذ القضاء الإستعجالي تدابير وقائية وتحفظية من شأنها عدم المساس بأصل الحق الذي يبقى اختصاصا أصيلا لقاضي الموضوع، خصوصا أنه يكفي لرفع الدعوى

¹ - منير خوجة، الدعوى الاستعجالية في المواد الإدارية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص 14.

² - سلوى بومقورة، المرجع السابق، ص 08.

الاستعجالية احتمال وجود الحق، إذ يكفي لرفع القاضي الإستعجالي هنا بالبحث في المستندات المقدمة له على احتمال وجود الحق من عدمه، وهو ذاته ما اشترطته المادة 918 ق إ ج م وإ¹، وأقرّة كذلك قضاء مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 043277 المؤرخ في 2007/12/12 بأنّه: "في الحالة التي عليها الدولة يجب القول أن القاضي الإداري الفاصل في المسائل الاستعجالية غير مختص للفصل في الدعوى الأصلية للمجلس الشعبي البلدي المستأنف لمساسها بأصل الحق"².

إن كان ما سبق ذكره يُعد أمراً منطقياً متماشياً مع طبيعة الدعوى الإستعجالية، فينبغي طرح إشكال يتمحور حول: مدى توافر هذا الشرط في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية خاصة بالنظر إلى فحوى المادة 946 التي تعطي القاضي سلطات واسعة له من شأنها أن تمس بأصل الحق؟

الإجابة على هذا التساؤل تدفعنا للقول أنّ القاضي الإستعجالي وفق قانون إ ج م وإ رقم 09/08 أصبحت له إمكانية توجيه أوامر للإدارة قصد الوفاء بالتزامات العلانية والمنافسة، كأن يأمرها بنشر- الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية، أو إعادة نشره مع استفتاء لبياناته الإجبارية، أو يوجه لها أمراً بقبول مرشح محروم أو مستبعد من المشاركة في الصفقة، ما يجعله يتدخل في أصل الحق وينظر في جوهر وفحوى الدعوى خلافاً للقواعد العامة المتعارف عليها في القضاء الإستعجالي، والتي يبدو لأول وهلة أن ما سبق من شأنه أن يكون غير منسجماً مع فحوى نص المادة 918 سالفة الذكر، ما أدى إلى البعض إلى تسمية هذه الدعوى بشبه الاستعجالية³، وإن كنا لا نؤيد ذلك على اعتبار أنّه حتى وإن تمتع القاضي الاستعجالي بصلاحيات من شأنها أن تمس بأصل الحق غير أنّها تبقى استعجالية، إذ وإن كان ظاهراً عدم التجانس بين صلاحيات القاضي الاستعجالي قبل التعاقدية وبين نص المادة 918 ق إ ج م وإ، إلا أنّ التمكن من روح هذا الأخير يجعل عدم التجانس غير قائم ويجعل هذه الدعوى تتسم بالاستعجالية بالرغم من تلك الصلاحيات وذلك بالنظر إلى طبيعتها الوقائية.

¹ - بنصها على أنّه: "يأمر قاضي الإستعجال بالتدابير المؤقتة... ولا ينظر في أصل الحق".

² - قرار مجلس الدولة رقم 043277 المؤرخ في 2007/12/12، غير منشور، منقول عن: حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 123.

³ - سلوى بومقورة، المرجع السابق، ص 16.

ثالثاً: شرط الجدية: حتى تقوم الدعوى الإستعجالية يكفي أن يكون هناك احتمال لوجود الحق، وهذا ما يثبت جدية طلب المدعي والذي عادة ما يرتبط بأمرين أساسيين:

التكريس القانوني للحق الواجب حمايته: لا تقبل الدعوى الاستعجالية لعدم التأسيس إذا ما رفعت من طرف متعهد في الصفقة يطالب بحماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين قصد تقديم عرضه، رغم وجوده في إحدى حالات الإقصاء المؤقت والنهائي الواردة في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المنظم للمصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

تثبت القاضي من خلال الوقائع احتمال وجود الحق: وهو ما أكدته المادة 924 ق إج م²، ومن ثمة فحتى تقبل الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية ينبغي على القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وفق المادة 946 ق إج م وإ.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للاستعجالي قبل التعاقدية.

تعد المادة 946 ق إج م وإ الإطار القانوني لهذه الشروط، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: صفة المدعي: يؤخذ في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بالمفهوم الواسع للصفة حيث يمكن أن تكتسب بحكم المصلحة كما تتوفر بحكم القانون، وذلك كما يلي:

¹ - إذ تنص هذه المادة على أنه: "يقضى بشكل مؤقت أو نهائي المشاركون في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون: الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ الصفقات العمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74، الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي- فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية، الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم، الذين قاموا بتصريح كاذب، المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع، المسجلين في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المتنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم، المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة، الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي، الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم....."

² - بنصها: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب".

أ- اكتساب المدعي بناء على المصلحة: نصت المادة 946 ق م و على أنه: **"..يتم الإخطار من طرف كل من له مصلحة في إبرام العقد.."** انطلاقاً من ذلك تقبل الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من طرف كل من له مصلحة في إبرام العقد، والذي قد يلحقه ضرر جراء الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقاً للفقرتين 01 و 02 من المادة السابقة.

و الأخذ بالمفهوم السابق للمصلحة لا يقتضي عدم ضرورة إثبات وجود ضرر، بل يكفي فقط أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة لولا عدم خرق قواعد العلانية والمنافسة. ما يلاحظ أن القضاء الفرنسي- تعامل بصرامة مع هذه القاعدة، إذ لم يقبل الدعوى المرفوعة من طرف أشخاص غرباء عن عمليات إبرام العقد كالتنظيمات المهنية، والمتعاقدين من الباطن ومنظمات حماية البيئة¹.

ثانياً: اكتساب صفة المدعي بحكم القانون: المدعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين المتقدمين بالعروض بل يعد من أحد الأشخاص العامة الرسمية، والذي يمنح له القانون صراحة الحق في تحريك الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية عن طريق الإخطار في حالة خرق قواعد العلانية والمنافسة من أجل المحافظة على المصلحة العامة، وهذا فعلاً ما تم النص عليه صراحة في المادة 246/ف 02 بنصها: **"..وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيجرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية"**. وبالتالي فهذه الإمكانية والمخولة للوالي باعتباره حارساً للمشروعية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية قصد ضبط المخالفات والتجاوزات المسجلة قبل عملية الإبرام، وإن كانت تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في المرحلة اللاحقة على إبرامها، إلا أنه يمكن إثارة بعض الملاحظات بشأن ذلك وفق مايلي:

أ- أن المادة 946 أعطت للوالي كجهة رسمية حق إخطار المحكمة الإدارية في حال الإخلال بالتزامات العلنية والمنافسة عند إبرام العقود أو الصفقات العمومية للبلدية أو الولاية دون توضيح الجهة الرسمية التي لها حق

¹ - في هذا المجال حكمت المحكمة الإدارية ل Renne بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة و العلانية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة، وقرر مجلس الدولة أن نقابة مهني الماريتينك لا يمتلك صفة لإمكانية إثارة هذه الدعوى لعدم علاقتها بعملية إبرام الصفقات العمومية، وذات المجلس قبل بالدعوى المرفوعة من طرف المرشحين الذين حرموا من دخول الصفقة دون وجه حق. ولمزيد من المعلومات انظر: بن احمد حورية، المرجع السابق، ص 57.

الإخطار بشفافية الصفقات المبرمة من طرف الهيئات المركزية الموضحة في ظل المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 سالف الذكر، الأمر الذي يتنافى مع سياسة محاربة الفساد.

ب- صعوبة تفعيل المادة 946 ق إ ج م وإ خاصة في غياب الأطر القانونية المحددة لكيفية تبليغ وإعلام الوالي بالتجاوزات الحاصلة.

ثالثا: الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة: من الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة¹، وقبل التّعرض لصور هذا الإخلال ينبغي معرفة ما المقصود بها؟

يُعرّف مبدأ العلانية أو التزامات الإشهار بأنه التزام الإدارة بالإعلان المسبق عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمهتمين بالمشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم وفق الشكل المطلوب وفي الوقت المحدد²، وقد حددت المادة 61 من المرسوم رقم 247/15 حالات التي ينبغي فيها الإشهار، والتي تتمثل في حالة طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء³.

في حين يقتضي مبدأ المنافسة فتح المجال أمام كل من يهيمه الأمر في الصفقة على حد السواء دون تمييز أو تهميش أو إقصاء، وهو ذاته المبدأ الذي كرسه المشرّع الجزائري من خلال المنظومة القانونية للصفقات العمومية، والذي أكد على ضرورة مراعاة عند إبرامها مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات⁴.

ومن ثمة، يعد خرقا وانتهاكا لالتزامات الإشهار والمنافسة مجموعة من الأفعال يذكر منها:

¹ - سلوى بومقورة، المرجع السابق، ص 10.

² - حليلة بروت، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مقال منشور بمجلة الفكر، العدد 11، ص 325.

³ - كما ونحت المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام البيانات الواجب كنسبية المصلحة المتعاقدة، عنوانها، رقم تعريفها الجبائي، كيفية طلب العروض، شروط التأهيل والانتقاء الأولي، موضوع العملية وغيرها.

⁴ - المادة 05 من المرسوم رقم 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.

أ- خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية: من ذلك عدم الإعلان عن الصفقة نهائياً أو إعلانه في جريدة يومية واحدة رغم أنّ المادة 65 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية اشترطت نشره إجبارياً في النشرة الرسمية للصفقات العمومية وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين، كما يدخل في نطاقه عدم النص في الإعلان عن البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 من المرسوم رقم 247/15 سالف الذكر.

ب- اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب وموضح قانوناً: فقد وضحت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الإطار العام لكيفيات إبرام الصفقات العمومية، والتي عادة ما تتم وفق القاعدة العامة عن طريق طلب العروض أو وفق إجراء التراضي المحدد نطاقه في المادة 49 من ذات المرسوم. ومن ثمة فإنّ أي استخدام لتقنيات الإبرام في غير موضعها من شأنه أن يخرق قواعد المنافسة والمساواة في معاملة المرشحين والمنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم رقم 247/15، ومثال ذلك قيام الإدارة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد عن طريق التراضي دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة ودون الاستناد إلى الحالات المحددة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي.

ج- المغالاة في المواصفات والخصوصيات التقنية: وذلك عن طريق المبالغة في المعايير التقنية المعلن عنها بشكل يحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية انتهاكاً لقواعد المنافسة¹.

د- الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق: يقوم الاشتراك في الصفقات العمومية على مبدأ الحرية، تماشياً مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة المكفولة دستورياً²، إذ لا يوجد أي مانع قانوني من اشتراك أي متنافس في إطار احترام الشروط القانونية العامة والإجراءات الشكلية الواجبة اتخاذ قصد الدخول للمنافسة، فلا يجوز للإدارة أن تبعد مرشحاً متى توافرت فيه الشروط القانونية منتهجة بذلك موقفاً حيادياً اتجاه

¹ - وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها، بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذاتهم الأمر الذي ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة. لمزيد من المعلومات انظر: برونك حليم، ص 300.

² - المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 26 رجب 1417، الموافق لـ 07 ديسمبر 1996، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996، ج ر ج، العدد 76 بتاريخ 1996/12/08، ص 10.

المتنافسين تكريسا للمبدأ الدستوري القاضي بحياد الإدارة¹، فهذه الأخيرة ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية في استدعاء المترشحين وإقصاء البعض منهم فيما عدا حالات المنع المحددة من طرف المشرع².

هـ-الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد: لقد وضح المشرع الجزائري معايير اختيار المتعاقد مع الإدارة وذلك في المواد 53، 54، 55، 56، 57، 58 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك قصد التأكد من مؤهلات المترشحين. وفي هذا المجال فقد ألزمت الفقرة الثانية من المادة 54 من ذات المرسوم على أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة.

وتجدر الإشارة أنه لا يكفي أن يثبت الطاعن وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة بل ينبغي أن يكون هذا الإخلال من شأنه أن يسبب ضررا، والملاحظ أن المشرع والقضاء الفرنسي- لم يشترطا أن يكون الضرر حاصلًا بل يستوي أن يكون محتمل الوقوع بالنسبة للمرشح. ومن ثمة فلا يقع على هذا الأخير عبء إثبات ذلك، وإنما يكفي تقديمه لمبررات وعناصر تسمح بتقدير الضرر وتُشير إلى مدى تأثير الإخلال و تسببه بوقوعه.

ثالثا: الإطار الزمني لرفع الدعوى الإستعجالي قبل التعاقد:

باستقراءنا لنص المادة 946 نجد أن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في تجديده للآجال الزمنية التي ينبغي رفع الإستعجالي قبل التعاقد. من هذا المنطلق ووفق المادة يتم الإخطار سواء تم إبرام العقد أو سيتم ذلك، كما أردت بإمكانية إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

ما يمكن قوله في هذا المجال أن الإطار الزمني المحدد من قبل المادة 946 تثير إشكالية التناقض الصريح بين الطابع الوقائي المتسم به هذه الدعوى و التي تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد

¹ - المادة 23 من التعديل الدستوري لسنة 1996.

² - وهي الحالات التي عدتها المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، كما صدر في هذا المجال القرار الوزاري المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المنوعين من المشاركة من الصفقات العمومية سواء في مواد 03، 04، 05، 06، 07، 08، المعددة لحالات الإقصاء النهائي والمؤقت، وهو القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، ج ر ج ج، العدد 24، بتاريخ 20 أفريل 2011، ص 32.

إبرام العقد؟ وبخاصة مع التّظر إلى السلطات الممنوحة للقاضي الإستعجالي من توجيهه للأوامر للمتسبب للامتنال للالتزاماته، أو الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة 20 يوما.

لعل مرجعية ذلك التّساؤل تكمن في عدم دقة المشرع الجزائري عند صياغته للمادة 946، وهو ما أدى إلى التناقض الموجود بين الفقرة 02 من المادة 946 والفقرة الثالثة، وإن كان المنطق يفرض أن يتم رفع هذه الدعوى قبل إبرام لتأكيد الطابع الوقائي لهذا الطعن، خاصة أنّه وبعد إبرام العقد لا مجال للطعن السابق عن التعاقد كون أنّ اختصاص قاضي الاستعجال يتوقف عندما يبدأ اختصاص قاضي العقد أي قاضي الموضوع، وفضلا على أنّ استعمال التعاقد قبل الاستعجال قد يدفع المصلحة المتعاقدة إلى تسريع توقيع العقد، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الطعن أي أثر، وحتى بعد إصدار القاضي لأمر التأجيل في إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما ومع تجاوز القاضي لها دون الفصل في الحكم، فإنّ ذات الأثر يترتب بالنظر إلى أنّ هذا التجاوز لا ينتج عنه سوى توقيف تعليق إبرام العقد ولا يؤثر على صحة الحكم لكنه يمكن أن يشكل سببا للتعويض في حال تسببه في الضرر¹.

-رابعاً: رفع الطعن أمام الجهة القضائية المختصة.

تعتبر مسألة الاختصاص القضائي من مسائل النظام العام الأولية التي تسبق الفصل في النزاع، وفي هذا المجال فمن ناحية الاختصاص الإقليمي ينبغي تقديم الطعن في مواد العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة الإدارية الواقعة في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا تعلّق الأمر بالأشغال العمومية يرفع الطعن أمام المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها تنفيذ الأشغال².

أمّا فيما يتعلق بالاختصاص التّوعي فيتحدد كما هو معلوم و وفق المادة 800 من القانون رقم 09/08 بالنظر إلى المنازعة وليس طبيعة العقد، وبالتالي تختص المحاكم الإدارية في المنازعات الإدارية كأول درجة بحكم قابل للاستئناف

¹ - وإن كان مجلس الدولة الفرنسي ومن خلال اجتهاده في مفهوم الاستعجالي قبل التعاقد أقر بإمكانية قبول الطعن بعد التعاقد من طرف الطاعن الذي استعمل حقه في الطعن قبل التعاقد ولم ينفعه ذلك بسبب جملة لرفض عرضه وتوقيع الإدارة على العقد بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها القانونية. لمزيد من الشرح يرجى الرجوع إلى: بروتوكول حليمية، المرجع السابق، ص 303.

² - المادة 804 من القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

أمام مجلس الدولة على أن يتم الفصل في الطعن الاستعجالي بالتشكيلة الجماعية¹، ما يعزز الاستقرار القانوني ويجعل القرار الإستعجالي واضحاً ودقيقاً، بالرغم من أن نمط تلك التشكيلة تحول دون الإسراع في إصدار الأمر الاستعجالي.

ما تجدر الإشارة إليه أنه وإن أحسن المشرع الجزائري بأن وضح قواعد الاختصاص النوعي في مجال الاستعجالي قبل التعاقد، إلا أنه لم يوفق كثيراً و ذلك بالنظر إلى:

أ- المشرع الجزائري وفي ظل المادتين 946، 947 حصر - انعقاد الاختصاص القضائي للنظر في طعون الإستعجالي قبل التعاقد للمحكمة الإدارية فقط، متناسياً بذلك اختصاص مجلس الدولة سواء كجهة استئناف أو كونه جهة ابتدائية ونهائية في الطعون الإستعجالية المتعلقة بإخلال بالمنافسة والعلانية في الصفقات العمومية المركبة.

ب- كما يلاحظ أن المادة 946 وإن كانت قد وضحت نطاق استعمال الطعن الإستعجالي قبل التعاقد في العقود الإدارية والصفقات العمومية، المشرع وإن أحسن عملاً بذكر كل من مصطلحي العقود الإدارية والصفقات العمومية، غير أن هذه الأخيرة نوع من الأولى و ذلك لا يعني أن جميع الصفقات العمومية عقود إدارية تخضع للطعن الإستعجالي قبل التعاقد. فوفقاً للمعيار العضوي المجسد في المادة 800، 801 من القانون رقم 09/08، فالصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية والصناعية والتجارية لا تدخل في مجال الصفقات العمومية الخاضعة لهذا الطعن، الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع ومراجعة المادة 946 وحصر نطاقها في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية المبرمة من الهيئات العمومية الموضحة في المادة 06 من المرسوم رقم 247/15 سالف الذكر.

المبحث الثاني: سلطات القاضي الإستعجالي قبل التعاقد وتقييمها.

عند تقديم الطعن الاستعجالي قبل التعاقد، هناك احتمالان إما رفضه من طرف القاضي الاستعجالي، وإما أن يقبل النظر فيه وفي هذه الحالة تستمر الإجراءات على مراحل والتي تبدأ من مرحلة التحقيق في الطلب وفقاً

¹ - المادة 917 من القانون رقم 09/08 المنظم للإجراءات المدنية والإدارية.

لإجراءات وجاهية كتابية أو شفوية، مع إمكانية الأمر بخبرة قصد توضيح بعض الأمور- وإن كان هذا الإجراء استثنائي لا يتماشى مع أجل 20 يوما الممنوحة للقاضي للفصل في الموضوع- إلى غاية صدور القرار الاستعجالي والذي يتمتع بمقتضاه القاضي الاستعجالي في إطار المادة 946 بسلطات واسعة يمكن أن تتجاوز أحيانا سلطات قاضي الموضوع لاتخاذ تدابير نهائية من شأن بعضها أن تسوي موضوع النزاع، وهي ما سيتم التعرض إليه في ظل "المطلب الأول"، أمّا "المطلب الثاني" فسيتم التعرض فيه إلى تقييم الإستعجالي قبل التعاقيدي و مدى اعتباره وسيلة للحفاظ على المال العام و للوقاية من الفساد، فضلا على كونه أحد أهم الضمانات الهامة التي تقي الموظف العام من المتابعة الجزائية في بعض الجرائم.

المطلب الأول: سلطات القاضي الإستعجالي في الطعن الإستعجالي قبل التعاقيدي.

متى أخطرت المحكمة الإدارية الفاصلة في الإستعجالي قبل التعاقيدي في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وسواء تم ذلك قبل إبرام الصفقة أو بعدها، وجب عليها الفصل فيه في أجل 20 يوما ابتداءً من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة أمامها، وهنا يتمتع القاضي الإستعجالي قبل التعاقيدي بسلطات واسعة أحيانا لا يتمتع بها عادة القاضي الاستعجال العادي الذي لا ينظر في أصل الحق، هذه السلطات التي وصفها مجلس الدولة الفرنسي- بسلطات القضاء الكامل¹ تهدف إلى كفالة احترام الإدارة لقواعد الإشهار والمنافسة. وعلى العموم هذه السلطات تتمثل في:

¹ - تجدر الإشارة في هذا المقام أنه بداية كان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة انطلاقاً من المبدأ الإجرائي أن القاضي يحكم ولا يدير، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية، وهو ذات الموقف الذي تبناه القاضي الإداري الجزائري من ذلك قراره الصادر في 2000/04/24 في قضية رئيس بلدية درقينة ضد "س،ع" بأن البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلاً لأمر أداء، غير أنّ هذا الموقف تغير بعد سن القانون رقم 09/08 إذ بموجب مواد هذا الأخير و بخاصة المادة 978 منه والمادة 979، فضلاً عن المادة 946 كلها أقرت إمكانية إصدار القضاء لأوامر للإدارة. لمزيد من المعلومات انظر إلى: آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011، ص 405 وما يليها.

الفرع الأول: سلطة توجيه أوامر للإدارة بالامتنثال لالتزاماتها:

وهي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الإمتناع عنه¹، ما يعني أن القاضي الإستعجالي أصبح يملك آلية توجيه أمر للإدارة لتفي بالتزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة، وله في هذا الإطار إلزام الإدارة بالامتنثال للالتزامات الإشهار والمنافسة التي خرقها خلال المدة المعينة من طرفه، عن طريق إلغاء قرار رفض قبول ترشيح الشركة الطاعنة أو إلغاء مداولة مجلس محلي التي وافقت على مشروع العقد، أو أن يأمر المصلحة المتعاقدة بإعلام المرشحين المستبعدين بأسباب رفض عروضهم أو إعادة إجراءات الإشهار والمنافسة كأن يتم الدعوى للمناقصة بدل التراضي أو قبول مترشح تم استبعاده من الترشيح.

الفرع الثاني: تأجيل إمضاء العقد لمدة 20 يوما.

يمكن للقاضي الإستعجالي أن يأمر بتأجيل توقيع العقد لمدة 20 يوما وذلك وفق الفقرة الأخيرة من المادة 946 ق إ ج م وإ، وبمقتضى هذه السلطة يملك القاضي الاستعجالي سلطة وقف إبرام الصفقات العمومية ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، كما أنها في ذات الوقت تنسّم بالخطورة كونها تعمل على شل العملية التعاقدية²، وحتى يتقرر هذا الوقف أو التأجيل ينبغي توافر شروط تتعلق أساسا بوجود أسباب جدية تسمح له باتخاذ هذا القرار، والتي في عمومها تتعلق بأسباب الطعن الإستعجالي قبل التعاقد بغض النظر عن ضرورة تحقق الضرر من عدمه، الذي وإن لم تشترطه المادة 946 من ق إ ج م وإ، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي قرر صراحة عدم ضرورة توافره ضمن من الشروط الضرورية لاستعمال هذه السلطة كون أنّ تقريره من شأنه أن يحد من فعالية سلطات القاضي الإداري³.

¹ - بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 64.

² - المرجع نفسه، ص 67.

³ - بروك حليلة، المرجع السابق، ص 308؛ بن أحمد حليلة، المرجع السابق، ص 65.

الفرع الثالث: الحكم بالغرامة التهديدية.

أتاحت المادة 946 من القانون رقم 09/08 للقاضي الإستعجالي سلطة الأمر بالغرامة التهديدية تسري من انقضاء أجل المحدد من طرفه للمصلحة المدعي عليها للامتثال لالتزاماتها، مما يُدعم من مصداقية الأحكام القضائية، فما المقصود بالغرامة التهديدية؟

تُعرف الغرامة التهديدية بأنها إجراء يهدف إلى ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، إذ أنّ القاضي يستطيع بناء على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام¹. وبالتالي فالغرامة التهديدية بهذا المعنى عبارة عن تهديد مالي هدفه الأساسي الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتأطللة عن تنفيذ التزاماتها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد العلانية والمنافسة.

وإن كان القضاء الإداري بداية قد أكد في العديد من أحكامه على عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية، من ذلك اجتهاد مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 2000/04/10 والذي أقر: "في الوقت الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي لا يمكن النطق ضد الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية"² غير أنّه سرعان ما تمّ التراجع عنه لوجود مبرره الموضوعي المتمثل في وجود امتناع للإدارة عن تنفيذ التزامها بعمل أو امتناع عن عمل دون مبرر مشروع فضلا عن المادة 946 محل الدراسة التي نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى الغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة.

المطلب الثاني: تقييم سلطات القاضي الإستعجالي قبل التعاقد.

سبق القول أنّ الطعن السابق للتعاقد يتيح للقاضي الإستعجالي اتخاذ سلطات، هي حتى وإن اتسمت بأنها تدابير مؤقتة لا تفصل في الموضوع، فإنّ ذات القاضي وبمقتضاها يمكنه الفصل بأكثر مما طلب منه على الخروقات الملاحظة من طرفه، كتأجيله توقيع العقد والحكم بغرامة تهديدية، وحتى أمره المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها

¹ - بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 66.

² - سعيد سليلاني، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق "دراسات قانونية"، العدد 04، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، ص 66.

سواء مع تحديد أجل لذلك أو بدونه، إعادة المرشح الطاعن الذي تم استبعاده. كل هذا جعل هذا الطعن ليس استعجاليا إلا من حيث شكله كون أن طبيعة صلاحيات القاضي فيه تفوق أحيانا سلطات قاضي الموضوع، الأمر الذي جعله يشبه منازعة الإلغاء من ناحية أنه يجوز للقاضي التأثير في العقد وحتى التعديل في أطرافه ما دفع بالبعض إلى القول بأنه طعن من نوع ثالث¹، هذا من ناحية.

من ناحية ثانية، ينبغي القول أن الطعن في العقود الإدارية من شأنه أن يشكل هاجسا بالنسبة للإدارة المتعاقدة، نظرا لما يمكن أن ينجر عنه من آثار مالية على تنفيذها، وهو ما يجعل منه وسيلة وقائية وضمانة هامة في حال ما إذا جسدت فمن شأنها أن تقي المال العام من الفساد وذلك من خلال الآثار المترتبة عليها، وفي ذات الوقت تعد من الضمانات الهامة لحماية الموظف العام، إذ تحول دون تدخل القاضي الجزائي وقاضي مجلس المحاسبة مما يمنع المتابعة الجزائية في حقه. وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

- الفرع الأول: الاستعجالي قبل التعاقد لحماية المال العام.

كما سبق الذكر فإن الطعن الاستعجالي قبل التعاقد يعد طعنا استعجاليا من حيث الشكل، ورغم ذلك فإنه يعطي للقاضي صلاحيات واسعة تقربه من قاضي الموضوع، وذلك بالنظر إلى سلطاته كأمره الإدارة القيام بالتزاماتها و تأجيل توقيع العقد وتسليط غرامة تهديدية لإجبارها على احترام قراره، الأمر الذي يجعله يبحث في موضوع العقد وذلك بسبب الأهمية الاقتصادية والمالية للعقود والصفقات العمومية ويجعله وسيلة مبكرة للوقاية من الفساد المنتشر في هذا المجال، إذ لا يمكن الإغفال والتغاضي عن مستوجبات العدالة في العلاقة التعاقدية وهو ما أكد عليه القضاء الإداري الذي طالب بضرورة تجاوز القطيعة بين قاضي تجاوز السلطة وقاضي العقد عن طريق تحليل العلاقة التعاقدية كما يقوم بذلك قاضي العقد قصد معرفة موطن الخلل.

والطعن الاستعجالي قبل التعاقد كضمانة للمال العام تظهر معالمه جليا من خلال التعرض للآثار المترتبة عنه، وبخاصة في مدى صحة العملية التعاقدية. ففي هذا المجال اعتبر مجلس الدولة الفرنسي - بداية وفي عدة مناسبات أن مخالفة التزامات الإشهار والمنافسة ليست من حيث المبدأ سببا لإلغاء العقد، وحتى في حال إلغاء

¹ - Terneyre, L emergence d un recours contentieux du troisième type, AJD, 1992, P82.

قرار مرتبط بالعقد فإنه وحرصا على عدم المساس بالمراكز القانونية الناشئة عن إبرام العقد فإن الأثر لإلغاء القرارات الإدارية المرتبطة بالعقد لا تعمل بأثر رجعي¹، هذا ما يجعل العديد ينتقد هذا النهج²، بحجة أنه ينبغي النظر إلى مشروعية العملية العقدية ككل لا يتجزأ، الأمر الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي- في آخر اجتهاداته إلى الإشارة أنه وإن كانت أولياته تركز على الاستقرار القانوني للعلاقات التعاقدية قصد ضمان قانونية العقد، غير أن ذلك لا يمنع من إقرار استثناء على ذلك عندما يتعلق الأمر بعدم المشروعية الخطيرة نتيجة عدم مراعاة النصوص القانونية كحالة محاباة متعامل معين مما ينبغي معه اللجوء في هذه الحالة إلى القاضي الاستعجالي قبل التعاقد وتفعيل سلطاته.

المشرع الجزائري، وإن كان قد أقرّ للقاضي الاستعجالي قبل التعاقد إمكانية وقف عملية الإمضاء وتأجيلها، والحكم بالغرامة التهديدية، وإصدار للإدارة أوامر للامتثال بالتزاماتها وفق المادة 946ق إ ج م و، فإن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة في مادته 89 أقرّ حماية المال في حال ما إذا صاحب تحضير أو إبرام أو مراقبة أو التفاوض أو تنفيذ صفقة عمومية أو ملحق، أفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي يمنح أو يخصص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافئة أو امتياز مهما كانت طبيعته، ورتب على ذلك تدابير ردعية تتعلق بالمقام الأول بفسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، فضلا عن تسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

وبالرغم من أن تفعيل هذه الآلية من شأنه أن يعرقل العمل الإداري و سيرورة المرافق العامة إلا أنه في ذات الوقت قد أحسن المشرع الجزائري فعلا بتقريره باعتباره وسيلة وقائية من شأنها المحافظة على المال العام والحد من آليات الفساد من ناحية، كما أن تفعيل الاستعجالي قبل التعاقد من شأنه أن يكون ضمانة هامة لحماية

¹ - Florian Lundich, Nouvelle et énième réforme du droit des marchés publics, contrats marchés publics, 2009, N°01, cité par François Bernet, Annulation du rehaussement du seuil de passation des marchés publics sans publicité ni mise en concurrence, Revue du droit administratif, N°04, Avril, 2010, P31.

² - برونك حليمية، المرجع السابق، ص 351.

الموظف العام من أية متابعة جزائية تثار في حقه، كما أنه جاء مسائرا لما ورد في القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹.

الفرع الثاني: الاستعجالي قبل التعاقد ضمان للموظف العام.

متى صدر الأمر الاستعجالي مسببا، ينفذ فوراً رغم استئنائه كونه حائز لقوة الشيء المقضي فيه، كما أنه يقع على القاضي الاستعجالي التحديد بدقة كيفية تنفيذ قراره، فإن تم إلغاء إجراءات الإبرام يجب إعادة العملية من البداية، أما إذا ألغي تصرف واحد فقط فيجب إكمال العملية خلال تلك المرحلة، غير أنه أحيانا يمكن للقاضي الاستعجالي أن يقرر أن هناك مساسا بالتزامات الإشهار والمنافسة، ويستعمل سلطاته الممنوحة له وفق المادة 946، غير أن الإدارة المتعاقدة لم تلتزم بتلك السلطات من ذلك عدم امتثالها لأوامره وتوقيعها للعقد، ففي هذه الحالة يمكن أن يشكل قرار التسرع في توقيع العقد انحرافا في استعمال السلطة أو خطأ في القانون².

ومن ثمة فإن التصرف السابق من جانب الإدارة من شأنه أن ينشئ للمرشح المتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة حقا خاصا في التعويض، كما يمكن أن يكون محلا لفعل جزائي يتيح المتابعة الجزائية ضد الموظف المسئول.

فمن ناحية الحق الخاص، فإذا تم استبعاد المرشح مثلا بطريقة غير قانونية واختار أسلوب التعويض فهنا بإمكانه استعمال دعوى المسؤولية على أساس المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه في حال ما إذا لم يكن له أي فرصة في الفوز، وإذا تحقق من كونه يملك حظوظا للفوز في الصفقة يمكن تعويضه بكامل ما فاتته من كسب ويقاس بالربح الذي كان يمكن الحصول عليه من الصفقة، أما إذا تم التوقيع على العقد فيبقى له الحق في دعوى التعويض محتجا على صحة العقد أو أحد بنوده، كما له الطلب من القاضي الاستعجالي التعاقدية الأمر بوقف تنفيذ العقد بصفة تحفظية³، هذا من جهة.

¹ - القانون رقم 01/06، المؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق لـ 20 فيفري 2006، المتضمن قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، ج ر ج، العدد، 14، ص 04.

² - بروك حليلة، المرجع السابق، ص 310.

³ - المرجع نفسه، ص 312.

من جهة أخرى، فإنّ إخلال الإدارة بالتزامات الإشهار والمنافسة وكتصرف يمكن أن ينتج عنه أضرار، فيمكن كذلك أن يكون محلاً لفعل جزائي متعمداً كان أو غير متعمد، يتيح للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية في حق الموظف العام المسؤول عن إبرام الصفقة. بعض هذه الأفعال الإجرامية تتمثل:

جريمة الإهمال الواضح: جرّم المشرع الجزائري في إطار المادة 119 مكرر من الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات¹ قيام كل موظف عام بمفهوم المادة 02 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تسبب بإهماله الواضح في سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها، أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده بحكم وظيفته أو بسببها، ويطلق على هذه الأفعال جريمة الإهمال الواضح وتُعرّف في مجال دراستنا بأنّها: "كل إخلال وتقصير من الموظف العام المكلف بالصفقات العمومية والعقود الإدارية، بالإخلال غير العمدى بالتزامات الإشهار والمنافسة مما أدى إلى إلحاق ضرر بالأموال العامة سواء بتعريضها إلى السرقة أو الاختلاس أو التلف أو الضياع"².

من هذا المنطلق فكل موظف عام يشرف على عملية إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية أخل بالتزامات المنافسة والإشهار بصفة غير عمدية مما أدى إلى ضياع الأموال العمومية، يتابع جزائياً بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج.

سجنحة المحاباة: أو كما تسمى بـسجنحة منح الامتيازات غير المبررة المرتكبة من طرف الموظف العام وقد نصت عليها المادة 26/ف01، وفي معناها هي مخالفة التشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية "وبخاصة التزامات الإشهار والمنافسة"، من طرف الموظف العام المكلف بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة، قصد منح أحد المتعاملين المتعاقدين امتيازات غير مبررة قانوناً الأمر الذي أدى إلى إقصاء باقي المرشحين، بما يُشكّل جريمة في

¹ الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج 1، ص 49، العدد 49، ص 702.

² بوحانة تاتي، جرائم الموظف العام المتعلقة بالصفقات العمومية من منظور القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم المتعلق بالفساد، مداخلة ملقاة في المنتدى الوطني الأول المتعلق بحياة الموظف العام، المنظم من طرف معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالبيض، ماي 2013، ص 03.

قانون الوقاية من الفساد و مكافحته¹، على أنّ العقوبة تقدر بالحبس من 02 سنة إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 20.000 دج إلى 1.000.000 دج.

جريمة الرشوة في الصفقات العمومية: نصت عليها المادة 27 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، وتتحقق هذه الجريمة في موضوع الحال عندما يقوم الموظف العام في الإلتجار بأعمال وظيفته أو خدمته أو استقلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها أو أية منفعة أخرى، لأجل الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة²، على أن يعاقب الموظف هنا بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من مليون إلى 02 مليون.

جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي: تقوم هذه الجريمة متى استعمل الموظف العام سلطة وظيفته لوقف تنفيذ الحكم أو الامتناع أو الاعتراض أو عرقلة التنفيذ³، ويتحقق جرم الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي في مجال دراستنا متى أصدر القاضي الإستعجالي أمرا للإدارة قصد الامتثال لالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والمنافسة، أو إصداره أمرا بتأجيل الإمضاء على العقد لمدة 20 يوما، والإدارة امتنعت عن تنفيذ ذلك أو اعترضت أو عرقلت عمدا تنفيذه، وهو فعلا ما تضمنته المادة 138 مكرر من قانون العقوبات بنصها: "كل موظف عمومي استعمل سلطته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج".

¹ - المرجع نفسه، ص 04.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2007.

³ - شفيقة بن صاولة، الوساطة والنزاع الإداري، مداخلة ملقاة في المنتدى الدولي حول ممارسات السلطة، 15-16 جوان 2009، منقول عن: www.crjj.mjustice.dz

-خاتمة:

المشرع الجزائري بإقراره للطعن الاستعجالي قبل التعاقد في اطار المادتين 946 و 947 ق إ ج م وإ يكون قد سائر طبيعة المرحلة الراهنة، هذا الطعن وإن كان يتسم بأنه ذو طابع استعجالي من الناحية الشكلية، غير أنه في ذات الوقت يعد طعنا استعجاليا في الموضوع، فهو يأخذ من الإجراء الإستعجالي بعضا من خصائصه كالطابع المعجل له، في حين يمنح للقاضي سلطات واسعة تقربه من قاضي الموضوع كإصداره أمرا للإدارة قصد القيام بالتزاماتها، أو تأجيله توقيع العقد وتسليط الغرامة التهديدية لإجبارها على احترام قراراته، وهو بذلك يمنح القاضي سلطة التدخل في عمق العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يجعل من هذا الطعن آلية للرقابة الوقائية على العقود والصفقات العمومية، ووسيلة مبكرة للوقاية من الفساد المستشري، فضلا على أنه من شأن تفعيله منع تدخل القاضي الجزائي وحماية الموظف العام من المتابعة الجزائية. وحتى يؤدي الطعن الاستعجالي قبل التعاقد فعاليته، يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

-اعتماد صيغة الإلزام بدل الجواز في المادة 946 ق إ ج م وإ عند النص على سلطة إخطار القضاء الإداري بهذا الطعن.

-إرساء طرق ووسائل لإعلام الوالي بالمخالفات المتعلقة بالتزامات الإشهار والمنافسة حتى يتسنى له ممارسة حقه في الإخطار.

-إرساء آليات الطعن الإستعجالي بالنسبة للصفقات المبرمة من طرف السلطات المركزية.

-ضرورة استبدال عبارة تأجيل توقيع العقد بعبارة تعليقه كونها تتضمن عدم ابرام العقد خلال النظر في الطعن.

قائمة المراجع:

أ-المراجع باللغة العربية:

أولا:الكتب.

➤ أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري الخاص،دار هومة،الجزائر،2007.

➤ حسين بن الشيخ آث ملويا،المنتقى في القضاء الإداري الإستعجالي،دار هومة للنشر،الجزائر،2007.

ثانيا:الرسائل العلمية.

أ-رسائل الدكتوراه:

➤ آمال يعيش تمام،سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر،بسكرة،2011.

ب-مذكرات الماجستير:

➤ بن احمد حورية،دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية أبو بكر بلقايد،تلمسان،2011.

➤ بلعابد عبد الغني،الدعوى الإستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر،"دراسة تحليلية مقارنة"،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2008،2007.

ج-مذكرات الماستر:

➤ منير خوجة،الدعوى الإستعجالية في المواد الإدارية،مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر،كلية الحقوق،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،2013.

ثالثا: المقالات.

➤ سعيد سليمان، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق "دراسات قانونية"، العدد 04، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.

- رابعا:

➤ بوحانة تاتي، جرائم الموظف العام المتعلقة بالصفقات العمومية من منظور القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم المتعلق بالفساد، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الأول المتعلق بـ، المنظم من طرف معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالبيض.

➤ حميدة أحمد سرير، الصفقات العمومية وطرق إبرامها، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، بجامعة د. يحي فارس بالمدينة، ماي 2013.

➤ محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن آلية وقائية لحماية المال العام- مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، بجامعة د. يحي فارس بالمدينة، ماي 2013.

➤ خليفي سمير، القضاء الإداري الاستعجالي بين حماية حقوق المتقاضي وامتيازات السلطة العامة، مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي الأول الموسوم بـ "حق التقاضي في المسائل الإدارية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة آكلي محند أولحاج، ماي، البويرة، 2014.

➤ سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، بجامعة د. يحي فارس بالمدينة، ماي 2013.

➤ شفيقة بن صاولة، الوساطة والنزاع الإداري، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول ممارسات السلطة، 15-16 جوان 2009، منقول عن: www.crjj.mjustice.dz

خامسا: النصوص التشريعية والتنظيمية:

1- القوانين العضوية:

➤ القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، المعدّل والمتمم، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، ج ر ج ج، العدد 37، الصادرة في 06 عام صفر عام 1419، الموافق لـ 01 جوان 1998، ص 03.

➤ القانون العضوي رقم 03/98، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، المعدّل والمتمم، يتعلق باختصاصات المحكمة التنازع، ج ر ج ج، العدد 37، الصادرة في 06 عام صفر عام 1419، الموافق لـ 01 جوان 1998، ص 40.

2- القوانين العادية:

➤ القانون رقم 23/90 المؤرخ في 27 محرم 1411، الموافق لـ 18 أوت 1990، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 36، ص 1114.

➤ قانون رقم 02/98، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، المعدّل والمتمم، يتعلق باختصاصات المحكمة الإدارية، ج ر ج ج، العدد 37، الصادرة في 06 عام صفر عام 1419، الموافق لـ 01 جوان 1998، ص 25.

➤ القانون رقم 01/06، المؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق لـ 20 فيفري 2006، المتضمن قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، ج ر ج ج، العدد 14، ص 04.

3- الأوامر:

➤ الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، العدد 49، ص 702.

2-المراسيم:

➤ المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 26 رجب 1417، الموافق لـ 07 ديسمبر 1996، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996، ج ر ج ج، العدد 76 بتاريخ 1996/12/08، ص 10

➤ المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436، الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، العدد 50، ص 03.

3-القرارات:

➤ القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، ج ر ج ج، العدد 24، بتاريخ 20 أفريل 2011، ص 32.

ب-المراجع باللغة الأجنبية:

-Les ouvrages

- Gilles Dorcy, Michel Paillet, Contentieux Administratif, Armand colin, Paris, 2000
- Renuis Chapus, Droit Du Contentieux Administratif, 9^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 2001
- Terneyre, L'émersion d un recours contentieux du troisième type, AJD, 1992,

-Les Articles

➤ Florian Lundich ,Nouvelle et énième réforme du droit des marchés publics ,contrats marchés publics ,2009,N⁰01 ,cité par François Bernet, Annulation du rehaussement du seuil de passation des marchés publics sans publicité ni mise en concurrence, Revue du droit administratif,N⁰04,Avril,2010.