

رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية في ظل آخر المستجدات القانونية

The urgent administrative Judiciary oversight over public procurements in light of the latest legal developments

محفوظ خليفي^{1*}، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، Mahfoudh.khelifi@univ-biskra.dz

عبد العالي حاحة²، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، a.haha@univ-biskra.dz

تاريخ قبول المقال: 25-11-2024

تاريخ إرسال المقال: 02-11-2024

الملخص:

تعد رقابة القضاء الإداري الاستعجالي أداة فعالة كرسها المشرع الجزائري لحماية عملية إبرام الصفقات العمومية، وفرض تطبيق قواعد الإشهار والمنافسة على المصلحة المتعاقدة وتحقيق الحماية السريعة لأصل الحق وتقادي وقوع الأضرار التي يصعب أو يستحيل تداركها في دعوى الموضوع، ولأجل ذلك كفلها المشرع بإجراءات تتلاءم مع طبيعتها، بالإضافة إلى منح القاضي سلطات واسعة استثنائية غير مألوفة بالمقارنة مع باقي الدعاوى الاستعجالية، وعليه فإن الهدف من هذه الدراسة هو تسليط الضوء على الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وفق آخر التعديلات التشريعية، خاصة القانونين 13-22 و 12-23 والنصوص القانونية المرتبطة بها.

الكلمات المفتاحية: القضاء الإداري الاستعجالي، الصفقات العمومية، القضاء الاستعجالي، القاضي الإداري.

Abstract:

The supervision of urgent administrative judiciary is an effective tool established by the Algerian legislator to protect the process of concluding public tenders, impose the application of the rules of publicity and competition on the contracting authority, and achieve rapid protection of the original right while avoiding damages that are difficult or impossible to remedy in the main lawsuit. Consequently, the legislator has ensured procedures that align with the nature of this tool, in addition to granting the judge wide, exceptional powers that are unusual compared to other emergency lawsuits. Therefore, the aim of this study is to shed light on the pre-contractual urgent lawsuit in light of the latest legislative amendments, particularly laws 22-13 and 23-12 and the related legal texts.

Key words: urgent administrative judiciary, public tenders, judicial emergency, administrative judge.

مقدمة:

تلجأ الإدارة لأسلوب العقد لإشباع الحاجات العامة والذي يتخذ أشكال متعددة، أبرزها وأهمها الصفقات العمومية، التي تحظى بالأهمية البالغة لدى الباحثين، لما لها من تأثير على تنفيذ البرامج الاقتصادية والاجتماعية للدول وارتباطها بالإنفاق العام، لذا تعمل الدول على سن تشريعات تضمن التأطير الجيد لهذه العملية، قصد تحقيق الأهداف وضمان الاستغلال الجيد للمال العام وحمايته.

وبالنظر للنظام القانوني الجزائري نجد أن تنظيم الصفقات العمومية مر بعدة مراحل، تتغير بتغير النظام الاقتصادي فضلا عن معالجة الإشكالات التي تبرز من خلال التطبيق الفعلي للقوانين وتعيق تحقيق الأهداف، ومن أبرزها المرسوم الرئاسي 15-247¹، والقانون 23-12² الذي صدر تجسيدا للإصلاحات الدستورية الجديدة، التي تضمنها التعديل الدستوري 2020³، وذلك بناء على المادة 10/139 منه تم إدراج القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ضمن الميادين التي يشرع فيها البرلمان بنصوص تشريعية عادية، خلافا لما كان عليه قبل التعديل الدستوري 2020، وهو ما يؤكد على أهمية هذه العملية بالنسبة للمشرع الجزائري.

لذا سعى المشرع الجزائري من خلال القانون 23-12 على ضمان نجاعة الصفقات العمومية، وتكريس الاستخدام الحسن للمال العام، وذلك من خلال الالتزام مجموعة مبادئ أساسية كحرية الوصول للطلبات العمومية، بالإضافة لتكريس المساواة بين جميع المتعاملين الاقتصاديين المترشحين، وشفافية الإجراءات عبر كل مراحل إبرام الصفقات، إلا أنه على الرغم من كل هذه النصوص القانونية، فإن الواقع يظهر وجود العديد من التجاوزات والاختلالات في عملية الإبرام.

ولأجل تحقيق الأهداف المسطرة أخضع المشرع الجزائري هذه العملية للعديد من أشكال الرقابة، منها الداخلية والخارجية القبلية أو البعدية، والتي من أهمها رقابة القضاء الإداري التي تتسم بالحياد والاستقلالية، وبما أن القضاء الموضوعي يتميز ببطنه وكثرة الإجراءات وطول الفترة الزمنية لإصدار الأحكام، وهو ما لا تتحمله بعض المسائل في عملية إبرام الصفقات العمومية، ما أدى بالمشرع الجزائري لاتباع نفس نهج نظيره الفرنسي، واستحدث دعوى الاستعجال قبل التعاقد لأول مرة في القانون (08-

1 _ المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، ج ر، ع50، سنة 2015.

2 _ القانون 23-12، المؤرخ في 3 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر، ع51، سنة 2023.

3 _ المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 20/12/2020، المتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج ر، ع82، سنة 2020.

09¹، بموجب المادتين (946 و 947)، ذات طابع وقائي تعمل على الرقابة على مدى تطبيق مبدأ المشروعية ومنع وقوع الاختلالات بقواعد الاشهار والمنافسة خلال المرحلة التي تسبق إبرام العقد وتنفيذه، أي في مرحلة إبرام العقد، كما عمل على تقوية هذه الرقابة من خلال التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 22-13.

وعليه تستمد هذه الدراسة أهميتها من مكانة الصفقات العمومية وأهميتها كوسيلة لتحقيق برامج الدولة والمصلحة العامة، بالإضافة لدور هذه الدعوى الإدارية كآلية وقائية واستباقية وأداة رقابية على أعمال الإدارة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية ومدى تطبيقها لمبدأ المشروعية، لضمان حماية المال العام وحقوق المتعاملين الاقتصاديين من جهة أخرى، وتفادي إلغاء الصفقة مستقبلاً.

كما تهدف هذه الدراسة بصورة أساسية لتسليط الضوء على آخر المستجدات القانونية المتعلقة برقابة القضاء الإداري الاستعجالي على ميدان الصفقات العمومية، أو ما يسمى بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

ومن ثم وبناء على ما سبق ذكره، فإن الإشكالية بهذا الصدد تتمحور حول: هل وفق المشرع الجزائري على ضوء إصدار القانونين (23-12 و 22-13) في تكريس رقابة قضائية إدارية استعجالية فعالة على الصفقات العمومية؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية التطرق لرقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية على ضوء آخر المستجدات القانونية خاصة منها القانونين (23-12 و 22-13)، ولمعالجة ذلك قمنا بتقسيم الدراسة على محورين أساسيين، بداية بشروط انعقاد اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي في الصفقات العمومية والطابع المميز لهذه الشروط، في حين خصصنا الثاني لآليات معالجة القضاء الإداري الاستعجالي للاختلالات في مرحلة إبرام الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الطابع المميز لشروط رفع الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية:

يمكن تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية بأنه عبارة عن إجراء قضائي تحفظي مستعجل ذو طابع خاص ومنشأ أوروبي، يهدف إلى حماية قواعد المنافسة والعلنية بشكل فعال، وذلك قبل أن تتم الصفقة العمومية من خلال منح القاضي الإداري مجموعة من السلطات الغير مألوفة

1_ القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 21، 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج ر، ع 48، 2022.

في الإجراءات القضائية الاستعجالية بصورة عامة¹، والمعلوم أنه لقبول الدعوى الإدارية الاستعجالية تستوجب توفر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية تشترك فيها كل الطلبات الاستعجالية، لكن للباحث من الوهلة الأولى عند استقراءه لنص المادة 946 من قانون إ م إ، يتبين له وجود جملة من الشروط الأخرى يمكن وصفها بالتمييزية والخاصة بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، على غرار باقي الدعاوى الاستعجالية، لذا سنعمل على توضيحها فيما يلي:

المطلب الأول: الشروط الشكلية الخاصة برفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إن القاضي الإداري الاستعجالي حال فحصه للطلبات الاستعجالية المقدمة له الخاصة بمجال الصفقات العمومية، فإنه لا يكتفي بتلك الشروط الشكلية العامة التي تشترك فيها كل الدعاوى الاستعجالية، كوجوب رفع دعوى في الموضوع تسبق الطلب الاستعجالي أو ما يتعلق بالأهلية والمصلحة، بل خصها المشرع الجزائري ببعض الشروط الشكلية ذات الطابع التمييزي لهذه الدعوى خلافا لغيرها من الدعاوى الاستعجالية، وهو ما سنعمل على توضيحه من خلال التطرق أولا لصفة المدعي، ومن ثم لآجال رفع هذا النوع من الدعاوى.

أولا- توسيع مجال صفة المدعي في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية: المعلوم أنه كمبدأ عام أورده المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون إ م إ، بأنه لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، بالإضافة إلى مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، كما يثير القاضي بصورة تلقائية انعدام الصفة سواء بالنسبة للمدعي أو المدعى عليه، كما نصت المادة 946 من نفس القانون والمتعلقة بالاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات أنه في حالة وقوع إخلال بقواعد العلنية والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية والعقود، يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة من طرف كل من له مصلحة في إبرام العقد محل الطعن، والذي يمكن أن يتضرر نتيجة ذلك الإخلال، ويجوز إخطارها أيضا من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية، ويتضح من خلال نص هذه المادة أ، صفة المدعي في هذه الدعوى على غرار باقي الدعاوى الاستعجالية الأخرى، تتسم بنطاق أوسع يشمل فئتين، وهو ما سنعمل على شرحه من خلال التطرق (أولا) لتوفرها بحكم المصلحة، وتوفرها بحكم القانون (ثانيا) فيما يلي:

1- صفة المدعي المكتسبة بحكم المصلحة: بناء على نص المادة 946 المشار إليها أعلاه فإنه يمكن أن ترفع الدعوى الاستعجالية من طرف كل الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد، أي من قبل أي متعامل اقتصادي أو مترشح قد يتضرر نتيجة وقوع إخلال يرتبط بالعقد محل الطعن، ويرى بعض الفقهاء

1 _ كريكو فريال، "تسوية منازعات الصفقات في الجانب الاستعجالي"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، المجلد 30، العدد 3، ديسمبر 2019، ص 412.

أن المقصود بمفهوم القابلية للضرر في هذا الشأن، يكفي أن يثبت المدعي في مضمون الطلب، إمكانية فرصة فوزه بالصفقة لو لم يتم ارتكاب الإخلال، أي لا يستلزم أو ينتقيد فقط بإثبات ضرر قد وقع نتيجة إخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، والأمثلة بخصوص الضرر الممكن عديدة نذكر منها على سبيل المثال: كأن تقوم الإدارة بإبرام عقد بأسلوب غير طلب العروض بالرغم من أن القانون يوجب ذلك، أو أن تقصي متعاملا اقتصاديا هو الأجدر بالفوز، كما يجب على المدعي الذي يخطر القاضي الاستعجالي أن يكون ماليا وماديا وتقنيا للقيام بإبرام الصفقة وإنجازها، ولا يقبل تقديم العريضة من الأشخاص الغرباء عن عملية إبرام العقد أو الصفقة، كتنظيمات حماية البيئة أو المهنية أو المتعاقدين من الباطن¹.

إلا أنه وبحسب رأينا التوسع بهذا القدر في مفهوم القابلية للضرر يعد تجاوز لما حدده المشرع الجزائري، والذي من جانب آخر لم يقيده بصورة كبيرة بتحديد الأسباب على سبيل الحصر، بل ترك للقاضي الاستعجالي عند فحصه للطلب الاستعجالي السلطة التقديرية في مدى صحة الطلب وإخلاله بقواعد العلانية والمنافسة لكي يقوم بقبول الطلب أو رفضه.

بينما هناك من الفقهاء من اعتبر أنه يحق للمقاول من الباطن لمؤسسة مترشحة أن يقدم طلبا استعجاليا للقاضي الإداري في مجال ما قبل التعاقد، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية لباريس في الأمر الخاص بقضية FORSCUP CONSEIL، ويعد ذلك مطابقا لموقف مجلس العدل للمجموعة الأوروبية، الذي كرس مبدئا عاما مفاده أنه من الواجب على الدول الأعضاء فيما يتعلق بإجراءات الطعن بتمكين الوصول إلى القاضي الإداري الاستعجالي في مجال ما قبل التعاقد، أنه لزاما عليها ضمان ذلك لكل سواء له مصلحة أو قد تكون له في الصفقة العمومية، سواء تضرر أو بالإمكان أن يتضرر نتيجة إخلال وقع من طرف المدعى عليه، أي دون أن يشترط وجوبا صفة المتعهد أو المترشح².

2_ صفة المدعي المكتسبة بحكم القانون: بالرجوع إلى نص المادة 946 من قانون إ م إ نجد أن المشرع الجزائري نص على فئة ثانية يمكنها أيضا أن ترفع الدعوى الاستعجالية في مجال إبرام العقود والصفقات، أي لم يكتفي بفئة المتعاملين الاقتصاديين المشار إليها سابقا، بل هي فئة أخرى تتمثل في جهة رسمية (الوالي)، منحها المشرع بموجب هذه المادة صلاحية ممارسة الدعوى الاستعجالية باعتباره

1 _ عبد الله كنتاوي، "أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 9، العدد 17، جانفي 2018، ص 290.

2 _ لحسين بن شيخ آث ملويا، "رسالة في الاستعجال الإداري"، الجزء الثاني، دار هومة، دون طبعة، بوزريعة - الجزائر، 2016، ص 159.

ممثلا للدولة على المستوى الولائية، إذا تعلق الأمر بعقد أبرم أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

وتجدر بنا الإشارة أنه بالرغم من إيجابية هذه الإضافة التي تساهم في الحفاظ على المال العام، إلا أن جل الباحثين يرى أنها تطرح بعض الإشكالات القانونية، بداية إذا اعتبرنا أن الوالي هو الحارس على تطبيق مبدأي الإشهار والمنافسة وتكريس الشفافية في الصفقات العمومية على المستوى المحلي، فمن المنوط به هذا الدور بالنسبة للصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية، والتي تكون ذات غلاف مالي كبير أي التأثير على المال العام بصورة أكبر، أضف إلى ذلك غياب الأطر القانونية التي توضح آليات تبليغ الوالي بالتجاوزات أو رقابته على الصفقات في مراحلها الأولى¹.

والملاحظ أنه بالرغم من أن هذه الإشكالات قد أثارها الكثير من الباحثين في قانون إ م إ قبل التعديل، إلا أن التعديل الأخير 13-22 لم يعالج هذا الأمر، وبحب رأينا كان الأحسن أن يتم منح صفة الدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها الهيئات المركزية إلى وزير المالية بالإضافة لوزير القطاع المعني بإبرام الصفقة، وذلك لإضفاء حماية أكبر لهذا النوع من الصفقات. أما فيما يتعلق بتسهيل آليات الرقابة أو التبليغ عن التجاوزات لممثل الدولة على المستوى المحلي أو المركزي إن استحدث مستقبلا، فبالرغم من وجود البوابة الالكترونية للصفقات العمومية، إلا أنها لاتعد كافية لتحقيق الشفافية بصورة فعالة، خاصة أن تطبيقها لازال ضعيفا وجزئي إلى غاية يومنا هذا بالرغم من الإلزامية المنصوص عليها قانونا، لذا من الواجب الحرص على تفعيلها بصورة كلية بالنسبة لجميع طلبات العروض، وإنشاء نصوص تنظيمية تتضمن آليات تسهل وتسرع مراقبة ممثل الدولة وتبليغه أيضا بالتجاوزات التي تقع في مرحلة إبرام الصفقات العمومية.

ثانياً ازدواجية آجال رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية: يتضح للقارئ بناء على المادة 946 المشار إليها سابقا، أن المشرع الجزائري لم ينص بصورة دقيقة على ميعاد رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية الخاصة بالصفقات العمومية، حيث نوه إلى هذه الآجال في موضعين مختلفين، أشار إليها في الفقرة الثانية من نفس المادة بعبارة (يتم الإخطار من قبل ممثل الدولة إذا أبرم العقد أو سيبرم)، بينما نوه إلى الآجال في الفقرة الموالية بأنه (يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد).

والجدير بالذكر أن جواز رفع الدعوى من قبل ممثل الدولة بعد إبرام العقد لا يتماشى مع الطابع الوقائي الذي يتسم به هذا النوع من الدعاوى، والتي يهدف من خلالها المشرع إلى تكريس أكبر للشفافية

1_ دهمة مروان؛ "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"؛ مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمار التليجي - الأغواط، المجلد 2، العدد 3، سبتمبر 2020، ص ص 128.129.

وتطبيق واحترام مبادئ الصفقات العمومية، وإصلاح الاختلالات الواردة في مرحلة الإبرام، لأن أساس تدخل القضاء الاستعجالي هو حماية عملية الإبرام، قبل إبرام العقد وليس بعده أو في مرحلة التنفيذ، لأنها تفقد كل غاياتها وفعاليتها، وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي بتحديدده للمجال الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية في الفترة التي تسبق إبرام الصفقة العمومية، من خلال تبنيه لمبدأ مستقر مفاده أن مجال تدخل القضاء الإداري الاستعجالي هي رقابة المشروعية الوقائية، أما إذا تجاوز ذلك وكرس رقابته على مشروعية المنافسة والعلانية بعد إبرام العقد، فإنه يتعدى هذا المجال ويدخل في نطاق رقابة المشروعية العلاجية، وهو ما يعد من اختصاص قضاء الموضوع¹ (بن دعاس سهام، 2020).

وفي نفس الإطار أكد مجلس الدولة الجزائري أيضا على مبدأ اختصاص القاضي الإداري الاستعجالي في الدعوى قبل التعاقدية، بأنه يجوز إخطاره في حالة وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة قبل إبرام الصفقة العمومية، وليس بعد إبرامها وتنفيذ الأشغال والتسليم، لأن ذلك يعتبر تعديا على أصل الحق الذي يؤول اختصاص الفصل فيه لقضاء الموضوع².

وعليه وبناء على ما سبق ومن خلال الاجتهاد القضائي، يتضح أن الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يمكن تحديده بالفترة التي تسبق إبرام العقد وتنفيذه، إلا أنه كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يزيل هذا الغموض خاصة في التعديل الأخير للقانون 13-22، وذلك بإقراره لميعاد محدد ودقيق لرفعها بموجب نص صريح.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة برفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية:

إضافة إلى الشروط الشكلية السابق توضيحها التي تقتضيها الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، يبحث القاضي الاستعجالي أيضا في مدى توفر بعض الشروط الموضوعية بداية بالعمامة كعدم المساس بأصل الحق والاستعجال وجدية الطلب، أضف إلى ذلك التي ينفرد بها هذا النوع من الدعاوى، أي الحالات التي يبني عليها الإخطار الموجه للقضاء الاستعجالي، ولقد نص عليها المشرع في المادة 946 من قانون إ م إ، حيث يتبين من خلال هذا النص تقييد سلطة القاضي بوجوب توفر حالات معينة لتمكينه من استخدام سلطته، وهو ما سنعمل على توضيحه فيما يلي، بداية بالتطرق لحالة الإخلال بالتزامات الإشهار (أولا)، ثم حالة الإخلال بالتزامات المنافسة (ثانيا) كالاتي:

1_ بن دعاس سهام؛ "حماية القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدية لعملية إبرام الصفقات العمومية"؛ مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 1، أبريل 2020، ص 373.

2_ مجلس الدولة الجزائري، القرار رقم 074854، المؤرخ في 21 جوان 2012، (قضية ولاية البيض ضد أ م)، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، سنة 2014، ص ص 265.266.

أولاً- حالة خرق قواعد الإعلان (الإشهار): يعد اللجوء إلى الإعلان أو الإشهار إلزامياً في مجال الصفقات العمومية، باعتباره من أهم الوسائل القانونية التي تضمن شفافية المعاملات، حيث يتبين من خلاله نية المصلحة المتعاقدة في الحصول على أكبر عدد من العروض من طرف المتعاملين الاقتصاديين، بغية تلبية حاجياتها في إحدى العمليات المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 23-12 (إنجاز أشغال، اقتناء لوازم، إنجاز دراسات، تقديم خدمات)، كي تتمكن من اختيار المتعامل الأنسب والأكفأ، وهذا من خلال إعلام جميع الراغبين في التعاقد وتزويدهم بكافة المعلومات الأساسية الخاصة بالعملية المراد إنجازها¹، أي أنه لا سبيل لتحقيق ذلك دون تجسيد آليات الإشهار المنصوص عليها قانوناً.

ولأجل ذلك عمل المشرع الجزائري على إلزام المصلحة المتعاقدة بوجوب إتباع العديد من إجراءات الإعلان والإشهار، وهو ما أكدته عبر كل التعديلات التي مست النصوص التنظيمية الخاصة بإبرام الصفقات العمومية، وبمفهوم المخالفة فإن أي إخلال بهذا المبدأ من خلال عدم تطبيق القواعد اللازمة كلياً أو جزئياً، يمكن المتضرر من حق اللجوء إلى القاضي الإداري الاستعجالي، والذي بدوره يضع حداً لهذه التجاوزات ويحمي أصل الحق إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، لذا سنحاول من خلال هذا العنصر الإشارة إلى أبرز الصور التي تضمنها قانون قواعد العامة للصفقات العمومية 23-12.

وأكد المشرع الجزائري على وجوب استخدام الإشهار عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، بالإضافة إلى الصحافة المكتوبة والإلكترونية بالنسبة لطلب العروض الوطني أو الدولي وأسلوب التفاوض بعد الاستشارة، كما أكد أيضاً على إلزامية الإشهار عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية².

إلا أنه يجدر بنا التنويه إلى أهم الملاحظات في هذا الشأن، بداية بتأكيد المشرع وإلزامه للمصالح المتعاقدة باللجوء إلى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، والتي يسعى من خلالها لتذليل العقبات ورقمنة المعاملات وتسهيلها بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين، وتكريس فعالية أكبر للإجراءات والتسريع في استبدال الوسائط المادية للمعلومات بالرقمنة والملفات الإلكترونية، إلا أنه يعاب على الإدارة التأخر الكبير في إتباع هذا الأسلوب مقارنة بالدول الجوار كتونس التي بدأت بالعمل به منذ 2018، وذلك بالرغم من أن التأسيس القانوني لهذه الآلية كان منذ سنة 2010 بموجب المرسوم الرئاسي

1_ حساين عومرية؛ "القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد كآلية لمكافحة جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية"؛ مجلة الحقوق

والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 10، العدد 2، أكتوبر 2022، ص729.

2_ المادة 46 من القانون 23-12.

10-236 الملغى ليليه المرسوم الرئاسي 15-247 ويؤكد عليها أيضا في المادة 203 منه، إلا أن الانطلاقة الفعلية لها كانت في 2021/12/23¹، وبالرغم من ذلك فإنه لغاية يومنا هذا لم يتم تفعيلها بصورة كلية بالشكل المرجو.

وكما يلاحظ أيضا من خلال قانون قواعد الصفقات العمومية 23-12 أن المشرع الجزائري لم ينص على العديد من الشروط التنظيمية المفصلية والجوهرية المتعلقة بالإشهار خلافا للمرسوم الرئاسي السابق 15-247، كتحديد عدد الصحف الواجب النشر بها ولغتها والآجال وغيرها من التفاصيل الدقيقة، تارك هذه الجزئيات التنظيمية ليتم إصدارها عن طريق قرار من طرف الوزير المكلف بالمالية، وهو ما نعتبره إضعافا لقوة ومكانة النصوص التنظيمية الخاصة بقواعد الإشهار، خاصة وأن ألب الدعاوى الاستعجالية في هذا المجال يرجع السبب فيها للإخلال والتقصير بقواعد الإشهار والعلانية، لذا وبحسب رأينا كان من الأحسن النص عليها في القانون 23-12، وليس في التنظيم الذي يتسم بكثرة وسهولة التعديل.

ثانيا- حالة الإخلال بالتزامات المنافسة: يتضح بناء على نص المادة 946 من قانون إ م إ أن المشرع الجزائري لم يكتفي بحماية عملية إبرام الصفقات العمومية من الإخلال بآلية الإشهار فقط، لأن احترام شروطه يؤدي إلى توسيع دائرة المشاركين، لذا كان لزاما تكريس الحماية أيضا لشق آخر في هذه العملية ولأجل ذلك أكد على احترام مبدأ المنافسة، والذي نعتبره بداية تكريسا للمبادئ الدستورية كالمساواة وعدم التفضيل بين الأشخاص والسماح للجميع بالمشاركة الفعلية في الحياة الاقتصادية وحرية التجارة²، وهو ما أكدته أيضا المادة 5 من القانون 23-12، وعليه فإن باب المنافسة يمنح أي متعامل اقتصادي تتوفر فيه الشروط حرية الدخول والمشاركة في الصفقة، التي أعلنت عنها المصلحة المتعاقدة، وذلك وفق ما يحدده القانون، لذا سنعمل على توضيح أبرز الحالات التي تعد إخلالا بهذا المبدأ فيما يلي:

1- اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام مخالف لما نص عليه القانون 23-12: لقد حدد المشرع الجزائري في قانون القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية آليات إبرامها، وذلك من خلال تخصيص فصل كامل معنون ب "كيفية إبرام الصفقات العمومية" من المادة 36 إلى 46، وقيد بموجبه المصلحة المتعاقدة بالزامية اتباع أساليب معينة أثناء إعدادها لطلب العروض، فهي ملزمة باستخدام تقنيات الإبرام وفق الشروط والضوابط الواردة في هذا الفصل، وإن وقع أي استخدام لها في غير موضعها يعد إخلالا

1_ عمر قاضي وإسلام لبصير؛ "رقمنة إجراءات الصفقات العمومية نموذج نحو رقمنة الإدارة العمومية"؛ مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامعة أم البواقي، المجلد 11، العدد 1، جوان 2024، ص452.

2_ أنظر المواد 35 و 61 من التعديل الدستوري 2020.

بمبدأ المنافسة، وهو ما يمكن المتضرر من حق اللجوء إلى القاضي الاستعجالي، ومثال ذلك كأن تلجأ المصلحة المعنية لإتباع أسلوب التفاوض المباشر في غير الحالات التي حددها المشرع حصراً¹.

2_ الإقصاء أو الاستبعاد من الصفقة بدون وجه حق: أفادت المادة 51 من القانون 12-23 أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بإبرام صفقات مع أشخاص كانوا محل تدابير إقصاء المنصوص عليها في نفس القانون، بالإضافة للنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه، ويتبين أن المشرع أطلق مصطلح "الإقصاء" على الحرمان من المشاركة في الصفقة، ويعد حضراً لأسباب قانونية، وبناء على ذلك لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تطبيق هذا الإجراء على أي مترشح دون وجود سند قانوني، وفي حالة وجود إقصاء غير مؤسس على السند القانوني يجوز للمتضرر تقديم طلبه للقاضي الإداري الاستعجالي.

أما بالنسبة للاستبعاد فيكون بإخراج المترشح من دائرة المنافسة بعد استلام عرضه المقدم بناء على مطابقته للمواصفات المطلوبة ومحتوى دفتر الشروط، وإذا تبين أنه تم استخدام هذه الآلية بصورة تعسفية وبدون وجه حق، فذلك يعتبر إخلالاً يمس بالمنافسة الشريفة.

وبناء على ما سبق فإن كل إقصاء أو استبعاد بصورة تعسفية أو دون سند أو مبرر قانوني يعد إخلالاً بمبدأ المنافسة وتضييقاً لها، يمكن المتضرر من رفع دعواه أمام القاضي الإداري الاستعجالي، وهو بدوره يضع القاضي حد للتجاوز ويكرس حماية مؤقتة للمتعاملين الاقتصاديين من تعس المصالح المتعاقدة.

3_ الإخلال بمعايير اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد: المعلوم أن المصلحة المتعاقدة مجبرة على تحديد والاعتماد على مجموعة من القواعد والمعايير لاختيار المتعامل المتعاقد الأنسب والكفاء لإنجاز الصفقة، بحيث تختلف بحسب موضوع الصفقة والغرض منها، ولأجل ذلك فقد أوجب المشرع أن تكون هذه المعايير غير تمييزية أو تفضيلية، ويتم ذكرها إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة²، وخصص قسماً كاملاً في القانون 12-23 لتنظيم آلية اختيار المتعامل المتعاقد³.

وبناء على ما سبق يمنع على المصلحة المتعاقدة أن ينصب اختيارها على متعامل خارج المعايير التي تم تحديدها مسبقاً، لأنه يعد مساساً خطيراً بتكافؤ الفرص وإخلالاً بمبدأ المساواة في معاملة المترشحين، وهو ما يجعل من هذا الفعل يدخل ضمن نطاق رقابة القضاء الإداري الاستعجالي.

كما يجدر بنا التنويه أيضاً أن القاضي الاستعجالي حال بحثه في مدى توافر الشروط الموضوعية لصحة الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية؛ لا يكفي بالقانون المتعلق بالقواعد العامة للصفقات

1 _ للمزيد من التفصيل أنظر المادة 41 من القانون 12-23.

2 _ المادة 52 من القانون 12-23.

3 _ راجع المواد من 51 إلى غاية 55 من القانون 12-23.

العمومية 23-12؛ بل يعتمد أيضا على المرسوم الرئاسي 15-247 لأن العديد من نصوصه لازالت سارية المفعول، وذلك بناء على (المنشور الوزاري رقم 3514¹، لأن القانون 23-12 اجتنبت الغوص في العديد من التفاصيل الإجرائية والتنظيمية، وأحال ذلك لإصدارها بموجب قرار من وزير المالية، والتي لم ترى النور رغم مرور أكثر من سنة على صدور هذا القانون.

المبحث الثاني: آليات معالجة القضاء الإداري الاستعجالي للاختلالات في مرحلة إبرام الصفقات العمومية:

إن الحديث عن رقابة القضاء الإداري الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية يستوجب علينا عدم الاكتفاء بالطابع التمييزي الذي تتسم به الشروط الشكلية والموضوعية السابق توضيحها، بل يجب علينا التطرق أيضا إلى أهم المستجدات التي جاء بها القانون 22-13 في هذا الشق والقوانين المرتبطة به، حيث يتضح أن المشرع سعى من خلال هذا التعديل الأخير لإضافة العديد من الآليات والمزايا التي تساهم في تحقيق الهدف من دعاوى الاستعجالية بصورة عامة والاستعجال ما قبل التعاقدية بصورة أدق، منها ما يتعلق بإجراءات التقاضي والقاضي الفاصل في الدعوى، ومنها ما يتعلق بالسلطات الواسعة والمتنوعة الممنوحة للقاضي الاستعجالي في هذا المجال، لذا سنحاول من خلال هذا العرض شرحها.

المطلب الأول: مستجدات القضاء الإداري في مجال الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

نظرا لبعض الغموض والعراقيل التي كانت تعيق تحقيق الأهداف المرجوة من الدعاوى الاستعجالية بصورة عامة، وبصفة خاصة ما قبل التعاقدية، عمل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على إزالة وحل أغلبها، ولعل أهمها ما يتعلق بالقاضي المختص بالنظر في الدعوى (أولا)، أضف إلى ذلك الآليات الجديدة المرتبطة بمرافق القضاء الموجهة إليه الدعوى (ثانيا)، والجديد في آجال الفصل والطعن (ثالثا)، وهو ما سنوضحه كالاتي:

أولا- الجديد في تحديد القاضي المختص بالنظر في الدعوى: إن القاضي الإداري يعد فاعلا أساسيا في الدعوى الإدارية الاستعجالية، وله دور كبير في التأثير على سيرورتها ونتائجها، سواء كان ذلك بالسلب أو بالإيجاب، لذا فإن المشرع الجزائري لم يكتفي من خلال التعديل الأخير لقانون إ م إ بالاهتمام بجانب إجراءات التقاضي في هذه الدعوى فقط، بل عمل أيضا على إيلاء أهمية أكبر أيضا للقاضي المختص بالنظر والفصل في هذا النوع من الدعاوى، وإزالة جل الغموض واللبس الذي كان يكتنف أو يعيق عمله.

1 _ المنشور الوزاري رقم 3514؛ المؤرخ في 24 سبتمبر 2023؛ صادر عن وزير المالية والمتعلق بتنفيذ الأحكام الانتقالية للقانون رقم 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

وبالرجوع لنص المادة 917 من القانون 08-09 نجد أن المشرع أكد على أنه يتم الفصل في دعاوى الاستعجال بالتشكيلة الجماعية نفسها المنوط بها الفصل في دعاوى الموضوع، وذلك باعتبار أن الأخذ بهذه التشكيلة يساهم في إصدار أوامر استعجالية أقرب إلى الصواب، ومن جهة أخرى يساهم أيضا في انسجامها مع الأحكام في دعوى الموضوع، إلا أن هذا النهج وجد الكثير من الانتقادات، وذلك لأن الأخذ بالتشكيلة الجماعية قد يآثر سلبا على الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية من عدة نواحي، لعل أهمها أنه يؤثر على سرعة إصدار الأوامر ويعمل على تبطئها من خلال تراكم القضايا على هذه التشكيلة التي تقوم بعمل مزدوج الفصل في الدعاوى الاستعجالية بالإضافة لدعاوى الموضوع، مع مراعاة المعوقات الأخرى كإمكانية اختلاف وجهات النظر بين القضاة وصعوبة الاجتماع، ومن جهة أخرى تأثير هذه التشكيلة على ضمان مبدأ الحياد والعلم المسبق بالموضوع¹، والعديد من الأسباب التي جعلت من المشرع الجزائري يعيد النظر في القاضي المختص بالفصل في مادة الاستعجال الإداري.

وهو ما جسده وأكده فعليا من خلال تعديله للمادة 917 بموجب القانون 22-13، والتي من خلالها أحال الفصل لقاضي فرد يتمثل في الرئيس على مستوى المحكمة الإدارية، وللتشكيلة الجماعية وبرئاسة رئيس المحكمة الإدارية الاستئنافية على هذا المستوى، أما بالنسبة للدعاوى الاستعجالية على مستوى مجلس الدولة يبت فيها وفقا للتشكيلة الجماعية، وبحسب رأينا أن اسناد المشرع لهذه التشكيلات المتنوعة باختلاف درجة التقاضي، وخاصة إحالتها لقاضي فرد على مستوى المحكمة، إنه قد يساهم فعليا في تسريع الفصل وتخفيف العبء على القضاء في هذا النوع من الدعاوى، وتحقيق حماية لأصل الحق وحماية عملية إبرام الصفقات العمومية بصورة أكبر.

ثانيا- الجديد في تكريس التقاضي على درجتين: شهدت الترسانة القانونية الجزائرية مؤخرا العديد من التعديلات والتحديثات مواكبة للتطورات التي مست التشريعات المقارنة، وبصورة أساسية للعمل على تكريس المبادئ الدستورية بصورة أكبر، والتي من أهمها تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين وتقريب مرفق العدالة من المواطن وتبسيط وتسهيل إجراءات التقاضي، ولأجل ذلك قام المشرع بإصدار القانون 22-07²، الذي تميز بإنشاء جهاز قضائي إداري جديد يسمى "المحاكم الإدارية الاستئنافية"، واستحدث بموجب المادة 8 منه ست (6) محاكم موزعة عبر التراب الوطني (الجزائر، وهران، قسنطينة، ورقلة،

1_ زكرياء قشار؛ (الاستعجال الإداري كضمان لحقوق المتقاضين)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2017-2018، ص ص193.196.

2_ القانون رقم 22-07، المؤرخ في 5 مايو 2022، المتضمن التقسيم القضائي، ج ر، العدد 32، سنة 2022.

تامنغست، بشار)، وهو ما أكدته أيضا من خلال التعديلات التي مست نصوص قانون إ م إ بموجب القانون 13-22.

وبذلك يمكن المتقاضي من تقديم طلبه الاستعجالي المرتبط بالإخلال بالالتزامات المرتبطة بقواعد الصفقات العمومية، أمام المحكمة الإدارية وفقا لما نصت عليه المادة 804 من القانون 13-22، ويمكنه الطعن فيها بالاستئناف أمام المحكمة الإدارية للاستئناف وفقا للمادة 937 من نفس القانون.

وبحسب تقديرنا فإن المشرع الجزائري بموجب هذه التعديلات الأخيرة، قد وفق إلى حد بعيد في العمل على تجسيد المبادئ الدستورية والمساهمة في تقوية وتبسيط إجراءات الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، ومما لا شك فيه ينعكس إيجابا على تحقيق حماية أصل الحق وحماية عملية إبرام الصفقات.

ثالثا_ الجديد في آجال الفصل والطعن: بناء على المادة 947 من قانون إ م إ نجد أن المشرع الجزائري حدد آجالا الفصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية بعشرين يوما (20) تحسب من تاريخ إخطار المحكمة، وبعد تحديد آجال الفصل أمرا استثنائيا لا تتسم به الدعوى الاستعجالية بصورة عامة، وهو ما أثار العديد من الانتقادات بين من اعتبر هذه المدة قصيرة بالنظر لطبيعة هذا النوع من الدعاوى والخصوصية التي تتميز بها عملية الإبرام والوثائق التي تتضمنها بحيث تستوجب دقة أكبر مقارنة بغيرها من الدعاوى الاستعجالية، وباعتباره أيضا تقييدا وتدخل في السلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي، بينما يرى اتجاه ثاني خلافا لذلك بداية أن هذه المدة مناسبة لتحقيق التوازن بين حماية حق المترشح المتضرر إن وجد، ومن جانب آخر حماية المصلحة العامة وعدم تعطيل المرافق العامة وعمليات إنجاز الصفقات بصورة أساسية¹.

ونحن بدورنا نرى أن مدة (20) يوما المنصوص عليها ليست بالمعيبة بالنظر للطابع الاستعجالي المتعلق بالطلب محل الطعن، المرتبط بالصفقة العمومية، خاصة أنه يتلاءم مع صلاحية القاضي في تأجيل إبرام العقد، وبذلك يحقق الموازنة، على أمل أن يصدر الحكم في دعوى الموضوع في أقرب الآجال أيضا.

وفي نفس الإطار نجد أن المشرع الجزائري نص على قابلية الطعن في الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحكمة الإدارية خلال آجال لا تتجاوز (15) يوما، على أن تفصل الهيئة القضائية الاستئنافية في أجل لا يتعدى (10) أيام، أما بالنسبة للأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحكمة الإدارية الاستئنافية بالجزائر كأول درجة فيمكن الطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة في آجال لا تتجاوز (15) يوما،

1 _ سهام بن دعاس؛ مرجع سابق، ص374.

وفيما يتعلق بآجال البت فيها فيجب أن لا يتعدى نفس المدة أيضا¹، وبحسب تقديرنا أن تحديد المشرع لهذه الآجال القصيرة يتناسب مع طبيعة هذا النوع من الدعاوى، ويساهم بصورة كبيرة في تسريع البت في الدعاوى الاستعجالية قبل التعاقدية، وهو ما ينعكس إيجابا على تحقيق الأهداف المرجوة منها.

المطلب الثاني: تعدد السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

بعد تحريك الدعوى الاستعجالية وتأكيد القاضي الإداري من توافر الشروط المحددة لانعقاد اختصاصه، يأتي دوره للبت فيها، ولعل أبرز ما يزيد من أهمية هذه الدعوى على غرار باقي الدعاوى الاستعجالية الأخرى هي السلطات الاستثنائية الممنوحة له وهو بصدد الفصل فيها، بالرغم أن رقابته تنحصر على مرحلة ما قبل إبرام العقد، إلا أنه وبالرجوع لنص المادة 946 السالف الذكر، نجدها متعددة ومتنوعة، فله أن يأمر المصلحة المخلة بالامتثال لالتزاماتها (أولا)، كما يمكنه أيضا أن يفرض عليها غرامة تهديدية (ثانيا)، ويمتلك سلطة الأمر بتأجيل العقد (ثالثا)، وهو ما سنعمل على توضيحه تباعا.

أولا- سلطة توجيه أمر للمتسبب بالإخلال بالامتثال لالتزاماته: بداية وقبل التفصيل في هذه الصلاحية وجب علينا أولا التنويه لمبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة أو حوله محلها أو المبدأ الإجرائي "القاضي يحكم ولا يدير"، والذي ظل لوقت قريب قاعدة عامة تقيد نطاق اختصاص القاضي الإداري ولا يجوز مخالفتها، والسبب في ذلك عدم استطاعة القضاء إجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه لأنها هي من تمتلك القوة العمومية، وهو ما يعبر عنه بعدم جدوى توجيه الأوامر التي يصدرها القضاء للإدارة، بالإضافة إلى السبب الرئيسي الآخر وهو احترام مبدأ الفصل بين السلطات، حيث عمل التشريع والقضاء الفرنسي على تجسيد هذا المبدأ لمدة زمنية طويلة، إلا أن موقفه لم يبق على حاله ولجأ لإدراج العديد من آليات التدخل، ولعل من أبرزها هذه السلطة الممنوحة للقاضي الاستعجالي في الدعوى قبل التعاقدية، ومحاكاة لهذه التعديلات تبنى هذا التغيير المشرع الجزائري أيضا، ونص عليه بصراحة في قانون إ م²، أي أن إمكانية وسلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة بعد استحداثه بموجب قانون إ م³، أصبح من المسلمات التي يعتبر الجدل فيها عقيما.

إذن وبناء على المادتين 946 و947 من قانون إ م⁴، إذا تم إخطار المحكمة الإدارية بوجود اختلالات تمس بقواعد العلانية أو النزاهة، وتيقن القاضي الإداري الاستعجالي من صحة هذه الادعاءات، بإمكانه أن يأمر الإدارة المعنية (المصلحة المتعاقدة) المتسببة في ارتكاب الخروقات، أن تقوم بعمل ما أو

1 _ أنظر المادة 937 من القانون 22-13.

2 _ حنان مزهود؛ "دور القضاء الإداري الاستعجالي قبل التعاقد في تعزيز مبدأ الشفافية الصفقات العمومية"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 16، العدد 2، جوان 2024، ص 299.

تمتتع عنه، مع تحديد الأجل الواجب عليها الامتثال فيه، ويصدر هذا الأمر خلال آجال (20) يوما من تاريخ الإخطار.

ويلاحظ أن هذه الاختلالات التي تشوب بقواعد الإشهار والمنافسة، غالبا ما ترتبط بالقرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة، والأمثلة في ذلك عديدة كقرار الإعلان عن الصفقة أو المنح المؤقت، كذلك قرار حرمان أو استبعاد مرشح منها، بالإضافة للعديد من القرارات التي يمكن أن تتخذها المصلحة الإدارية كتمهيد لإبرام صفقة عمومية أو في معرضها¹.

وبناء على ما سبق نبين أبرز الأوامر التي يمكن أن يأمر بها القاضي الاستعجالي في هذه الحالة، ومثال ذلك إذا قامت المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان طلب العروض عن طريق أحد وسائل الصحافة فقط، أي المكتوبة أو الإلكترونية أو عدم اللجوء للإشهار في البوابة الإلكترونية²، أو النشر في كل هذه الوسائل لكن بصورة منقوصة غير تلك التي ألزم المشرع باتباعها، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر الإدارة ويلزمها بأن تصحح هذه العملية، مستوفية كل الشروط والبيانات وفق ما نص عليه المشرع في قانون الصفقات العمومية والنصوص التنظيمية المرتبطة به، ومثال ذلك أن يأمرها بتصحيح إعلان سبق نشره أو توسيع مجاله أو حتى إعادة نشره من جديد إن استلزم الأمر ذلك بحسب تقديره.

إضافة لما سبق إذا اتضح للقاضي الاستعجالي حال إخطاره بإخلال بوجود بعض اللبس أو الغموض والنقص في المعلومات، أو الوثائق المتعلقة بطلب العروض، مما يشكل عائقا للمتعهدين قد يعيقهم على تقديم عروض مقبولة³، بإمكانه أن يأمر المصلحة المتعاقدة المعنية أن تعالج هذا الخلل، وإذا تعلق الأمر بمرشح معين اعترضت أن تقدم له وثائق ضرورية تتعلق بالصفقة، دون أي مبرر قانوني، فيمكنه أيضا أن يلزمها بتمكين المترشح المتضرر من هذه الوثائق، هذا بالإضافة للعديد من الحالات أخرى لا يسعنا التفصيل فيها في هذه الورقة البحثية، إلا أنه ما يلفت الانتباه، أن دور القاضي من خلال هذه الصلاحية، قد يصل لحد تسليط الضوء على جوهر الحق والفصل فيه، وهو ما يعد تجاوزا لمبدأ أساسي في القضاء الاستعجالي وهو عدم المساس بأصل الحق، وبالنظر لأهمية حماية حقوق الطرفين في عملية إبرام

1_ عطوي حنان؛ (دور قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2019-2020، ص127.

2_ أنظر المادة 46 من القانون 12-23.

3_ للمزيد من التفصيل راجع المادة 47 من القانون 12-23.

الصفقات العمومية، فإن المشرع الجزائري لم يكتفي بمنح القاضي الاستعجالي هذه الصلاحية فقط، بل دعمه بسلطات أخرى سنعمل على توضيحها تباعا.

ثانياً_ سلطة فرض الغرامة التهديدية: يعود الفضل في إنشاء وسيلة الغرامة التهديدية التي كان يطلق عليها "التعويضات" لاجتهاد القضاء الفرنسي، وذلك بعد تعرضه للكثير من الانتقادات جراء تطبيقه لمبدأ عدم توجيه أوامر للإدارة، لذا يعد المشرع الفرنسي هو السباق في النص عليها والعمل بها، إلا أنها في البداية كانت تقتصر على القضاء العادي دون الإداري، تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات¹.

وهو نفس ما عمل به المشرع الجزائري، وأكد على ذلك مجلس الدولة الجزائري في أغلب قراراته المتعلقة بهذا الشأن، ولعل من أبرزها القرار رقم 014989، الذي تضمن حثيتين ذات أهمية بالغة، بداية أن الغرامة التهديدية عبارة عن "عقوبة"، وبذلك فإنه ينطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وعليه فإنه لا ينبغي على القاضي أن ينطق بها إلا إذا تم سنّها بقانون، كما أكد أيضا بما أنه لا يوجد نص صريح يرخص بها للقضاء الإداري فلا يجوز للقاضي الإداري النطق بها، والملاحظ أن هذا الموقف الذي أقره القضاء الإداري الجزائري، وجد انتقادا فقهيا كبيرا ويرجع ذلك لعدة أسباب، بداية أنه اعتبر الغرامة التهديدية عقوبة ومنحها وصفا غير مألوف، أضف إلى ذلك استبعاده لسلطة القاضي الإداري للأمر بها بحجة غياب النص القانوني الصريح، وهو ما اعتبره البعض موقفا غير مواكب للتطورات التي شهدتها القضاء الإداري المقارن خاصة الفرنسي².

والملاحظ أنه بعد إصدار قانون إ م إ م 08-09 تغيير موقف المشرع كليا في هذا الشأن وزال كل الغموض والاختلاف الذي كان يتعلق بمدى جواز أمر القاضي الإداري بهذه الآلية، حيث نص صراحة على سلطة القاضي الإداري للأمر بها في نص المواد من 980 إلى 986 من نفس القانون أعلاه، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بموضوع دراستنا، بناء على نص المادة 5/946 من نفس القانون، إلا أنه لم يقدم تعريفا لها تارك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

وعرفها أحد فقهاء القانون بأنها عبارة عن مبلغ مالي يحكم به القاضي ضد المدين يدفعه عن كل مدة يمتنع فيها عن التنفيذ العيني، سواء كانت (باليوم أو الأسبوع) المحكوم به والمقترن بها، كما عرفها

1_ آمال يعيش تمام؛ (سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010/2011، ص307.

2_ غناي رمضان؛ "عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية"؛ مجلة مجلس الدولة، العدد 4، سنة 2003، ص146.

آخرون بأنها عبارة عن عقوبة مالية تبعية يأمر بها القاضي، بغية ضمان حسن تنفيذ أحكامه القضائية، أو أي إجراء تحقيقي آخر، وغالبا ما تحدد بصورة عامة عن كل يوم تأخير¹.

ويجدر بنا الإشارة أن لجوء القاضي الاستعجالي لاستخدام آلية الغرامة التهديدية غير إلزامي، لأنه غالبا ما يأخذ بعين الاعتبار النتائج التي يمكن أن تترتب على الأمر بها، ومدى مساسها بالمصلحة العامة، كما يراعي حيال ذلك للقياس بين تأثير الإكراه المالي والمزايا المرتقبة²، لأن الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر (المادة 982 من قانون إ م إ).

وفي نفس الإطار إذا قام القاضي الاستعجالي بالأمر بالغرامة التهديدية سواء في نفس الحكم القضائي، أو بموجب قرار قضائي جديد³، إلا أن المصلحة المتعاقدة لم تمتثل للأوامر التي أصدرها القاضي الاستعجالي تجاهها، أي بعد انقضاء الأجل الممنوح، بإمكان المدعي أن يطلب تصفية الغرامة التهديدية التي سبق الأمر بها، سواء كان التنفيذ كليا أو جزئيا أتم التأخير في تنفيذه (المادة 983 من قانون إ م إ).

كما منح المشرع أيضا للقاضي الاستعجالي إمكانية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغاؤها أو عدم دفع جزء منها وتحويله للخزينة العمومية، إذا تبين له أن قيمتها تجاوزت قيمة الضرر⁴.

وعليه وبناء على ما سبق توضيحه، تعد سلطة القاضي الإداري الاستعجالي في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بالأمر بالغرامة التهديدية، هي أحد أهم وأبرز الصلاحيات الممنوحة له، والتي يتساوى فيها مع قضاء الموضوع، حيث تعد وسيلة ضغط يمارسها تجاه الإدارة التي لم تمتثل لأوامره، وبذلك تصبح مدانة عند عدم التنفيذ ويهددها بزيادته، طالما لم تلتزم بمبدأ المشروعية وتنفذ الأوامر الاستعجالية الصادرة ضدها، وهو مما لا شك فيه يساهم في إعطاء أهمية أكبر لدور القضاء الاستعجالي في حماية حق المتعاملين الاقتصاديين وعملية إبرام الصفقة العمومية إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع.

ثالثا_ أمر المصلحة المتعاقدة بتأجيل العقد: تعتبر من أهم الصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري للقاضي الإداري الاستعجالي، حيث مكنه بالإضافة للسلطات السابق توضيحها إمكانية أمر المصلحة المتعاقدة بتأجيل إمضاء العقد، وقد نص عليها الشرع بصراحة في المادة 946 في فقرتها السادسة من قانون إ م إ، أي إمكانية تأجيل العقد محل الطعن إلى غاية نهاية إجراءات التقاضي الأخرى، وذلك خلال

1 _ يعيش تمام أمال؛ مرجع سابق، ص308.

2 _ لحسين بن شيخ آث ملويا؛ مرجع سابق، ص207.

3 _ أنظر المادتين 978 و979 من قانون إ م إ.

4 _ المادتين 984 و985 من قانون إ م إ.

مدة لا تتجاوز (20) عشرين يوما، أي أنه يمكن للقاضي وقبل مباشرته في جلسة المرافعة أو فصله في الدعوى المعروضة عليه، باستطاعته أن يأمر وبصورة استعجالية ومؤقتة بتأجيل إمضاء العقد محل الطعن إلى غاية الفصل في الدعوى الاستعجالية، والتي حدد لها المشرع أيضا نفس المدة للفصل أي (20) عشرين يوما، بناء على المادة 947 من نفس القانون أعلاه، أي أن مفعول هذا التأجيل يتناسب مع مدة الفصل وينتهي بمجرد صدور الأمر الاستعجالي، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد أي جزاء يترتب على تجاوز القاضي لمدة الفصل هذه، أي عند عدم احترامه للميعاد المنصوص عليه قانونا. وباستقراء المادة المشار إليها أعلاه يتضح بداية أن المشرع لم يقيد سلطة القاضي في تفعيل هذه الآلية بوجود توفر حالات معينة، بل ترك له المجال وفق سلطته التقديرية متى رأى أن الإخاطر المتعلق بالإخلال بقواعد الإشهار أو المنافسة مبني على أسباب جدية تفرض تدخله وأمره بالتأجيل يمكنه أن يحكم بذلك

كما أنه يمكن للقاضي أن يأمر بتأجيل العقد حتى ولو اكتفى المدعي في طلبه بما يتعلق بالإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، أي يجوز للقاضي الأمر بتأجيل العقد أو الغرامة التهديدية حتى إذا لم يطلبها المدعي، وذلك يرجع للسلطة التقديرية للقاضي في مدى ضمان نجاعة الأمر بالامتثال لقواعد الصفقات الأصلي الذي يأمر به، أما فيما يخص شق غياب الجزاء المترتب عن تجاوز ميعاد الفصل في الطلب، فإن النتائج السلبية له يتحملها المدعي، لأنه لا يوجد ما يمنع الإدارة أن تبرم العقد بعد انتهاء (20) العشرين يوما، مما يجعل من الدعوى الاستعجالية المرفوعة غير مجدية، بينما نجد أن المشرع الفرنسي اتبع أسلوبا مغايرا يساهم في تحقيق حماية أكبر للمدعي، وذلك بناء على المادة 541-1 من القانون 2000-557 المتعلق بالقضاء الإداري، والذي نص على عدم جواز إمضاء العقد ابتداء من رفع الدعوى إلى غاية تبليغ الإدارة (المصلحة المتعاقدة) بالأمر القضائي¹، وهو ما نراه يساهم بصورة أكبر فب حماية حق المدعي.

كما يتضح أن المشرع يهدف من وراء منحه القاضي الإداري الاستعجالي إمكانية تأجيل إمضاء العقد، منح المصلحة المتعاقدة مرتكبة الإخلال (بقواعد الإشهار أو المنافسة) فرصة أو مهلة لكي تصحح أخطاءها وتلتزم بما أمر به القاضي، أو حتى تصححه من تلقاء نفسها كي تتفادى الإلغاء الصفقة محل الطعن مستقبلا.

1 _ لحسين بن شيخ آث ملويا؛ مرجع سابق، ص ص208.209.

وبحسب رأينا وبالرغم من هذه السلطة للقاضي الاستعجالي يمكن اعتبارها مهمة وخطيرة في آن واحد، حيث تعد شل مؤقتا وتعليقا لإمضاء العقد وإبرامه، إلا أنه يمكن اعتبار شقها الإيجابي في المساهمة في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة (المصلحة المتعاقدة) ومن جهة أخرى المصلحة الخاصة (المرشحين)، لأنه وبمفهوم المخالفة أثناء سير إجراءات الدعوى قد تشرع الإدارة في إمضاء العقد، وهو ما قد ينتج عنه ضرر يستحيل أو يصعب تداركه عند الفصل في الموضوع، لذا فإن المشرع بمنحه هذه السلطة للقاضي يتفادى ذلك الضرر، الذي قد يقع على المترشح أو المصلحة المتعاقدة أو الغير، كما يساهم في تكريس قواعد العلانية والمنافسة بصورة أكبر.

إلا أنه بالرغم من كل هذه الصلاحيات التي منحها المشرع للقاضي الاستعجالي في الدعوى قبل التعاقدية، والتي يمكن اعتبار بعضها تصل إلى حد المساس بأصل الحق في الموضوع والبحث في جوهره، وهو بذلك يتساوى ويدخل في نطاق قضاء الموضوع، لكن بعض الفقهاء يرى أنه كان من الأجدر عليه وإضفاء حماية أكبر للمصلحة العامة وتقاديا لعرقلة سير المرفق العام وتعطيل عملية إبرام الصفقة بسبب الدعاوى الكيدية، وتكريس ضمانات قانونية تساهم بصورة أكبر في حماية هذه العملية، ومثال ذلك توقيع غرامات مدنية، بالإضافة إلى تعويض المصالح المتعاقدة المتضررة في حال ثبوت عدم جدية الطلب¹، إلا أننا لا نتفق تماما مع هذا الرأي لأنه بالرجوع لنص المادة 946 من قانون إ.م.إ، نجد أن المشرع استخدم عبارة (يمكن بمجرد الإخطار أن يأمر...)، والتي يفهم من خلالها كما سبق توضيحه أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي، والذي بدوره يبحث في مدى صحة وجدية الطلب كي يقرر الأمر بالتأجيل من عدمه.

كما لا يفوتنا أن ننوه بأن المشرع الفرنسي منح للقاضي الاستعجالي بخصوص هذه المادة، صلاحيات أكثر مما هي عليه بالنسبة للقاضي الجزائري، بل قد تتعداه لتتجاوز طبيعة هذه الدعوى، وهو ما يطلق عليها بالتدابير القطعية التي تؤدي للمساس بأصل الحق، كسلطة إلغاء القرارات والإجراءات المرتبطة بإبرام الصفقة، وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية، بالإضافة لدعمه لرقابة القضاء الاستعجالي على هذا الميدان بدعوى ثانية يطلق عليها "الاستعجال التعاقدية" بناء على المادة، تساهم في توسيع مجال رقابته علة مرحلة بعد إبرام العقد².

1_ سرياح أحمد وجباري زين الدين؛ "دعوى الاستعجال قبل التعاقد كآلية جديدة للحد من التجاوزات في مرحلة إبرام الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة، مجلد 9، العدد 1، أبريل 2023، ص 564.

2_ لعلام محمد مهدي؛ (نطاق سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة -دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2017-2018، ص 425.

خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية يمكننا القول، أن المشرع الجزائري من خلال آخر المستجدات القانونية وفق إلى حد بعيد في تكريس حماية قضائية ... عمل على إيلاء أهمية أكبر لعملية إبرام الصفقات العمومية وخضوعها لرقابة قضائية إدارية استعجالية، ذات نظام إجرائي متميز يتناسب مع خصوصية هذه العملية، ومنح من خلالها القاضي الاستعجالي سلطات متنوعة، تساهم في إجبار المصلحة المتعاقدة على تدارك أخطاءها وتصحيحها، مما يساهم في تحقيق الأهداف وعدم عرقلة سير المرفق العام.

وتأسيسا على ما ورد في هذه الدراسة تم التوصل إلى عدة نتائج من أهمها ما يلي:

* عمل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير لقانون إ م إ 22-13، على تسهيل إجراءات التقاضي في الدعوى الاستعجالية بصورة أكبر، واستحدث المحاكم الإدارية الاستثنائية، وهو ما يساهم في تحقيق حماية أكبر لعملية إبرام الصفقات العمومية وتكريس التقاضي على درجتين وتقريب مرفق العدالة من الإدارة والمتعاملين الاقتصاديين.

* التوجه نحو الإدارة الإلكترونية ورقمنة الصفقات العمومية من خلال القانون 23-12، ينعكس إيجابا ويساهم في تقادي الكثير من الاختلالات السابقة التي كانت تمس بقواعد الاشهار بصورة أساسية ويؤدي إلى التقليل من المنازعات في هذا الشأن وتخفيف العبء على مرفق القضاء، إلا أن النصوص التنظيمية المرتبطة بالقانون الوارد أعلاه لم تصدر إلى غاية يومنا هذا.

* بالرغم من التعديل الأخير لقانون إ م إ أضيف إلى ذلك طبيعة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية أي في المرحلة السابقة لإبرام العقد، إلا أن المشرع الجزائري أبقى على عبارة "إذا أبرم العقد"، مما يضيف نوعا من الغموض والتساؤل حول نطاق رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية.

وبالرغم من الإحاطة والأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لرقابة القضاء الإداري الاستعجالي في ميدان الصفقات العمومية، إلا أنها تعثرها بعض النقائص تحتاج لإعادة النظر والتصحيح، ولأجل ذلك قدمنا الاقتراحات التالية:

* العمل على تسريع إصدار النصوص التطبيقية والتنظيمية المرتبطة بالقانون 23-12 المتعلق بقواعد الصفقات العمومية، أضيف إلى ذلك إدراج القواعد المتعلقة بقواعد الإشهار ضمن نفس القانون أعلاه وذلك لكي تضفي عليها قوة إلزامية والثبات بصورة أكبر.

*التوسيع من صلاحيات القاضي الإداري الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي، وذلك من خلال دعمه بسلطة إلغاء القرارات والإجراءات المتعلقة بإبرام عقد الصفقة، بالإضافة إلى سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية التي تمس بمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين.

*النص على الآليات التي تساهم وتسهل في عملية تبليغ الوالي بالتجاوزات التي تقع في عملية إبرام الصفقات العمومية، بالسرعة اللازمة للتمكين من تفعيل هذه الآلية بصورة أكبر.

* توسيع صفة التقاضي بالنسبة للصفقات العمومية ذات البعد الوطني التي تبرمها الهيئات المركزية، من خلال منح وزير المالية هذه الصفة أو الوزير القطاع الذي سيبرم الصفقة، وذلك قصد تكريس حماية أكبر لعملية إبرام الصفقات باختلاف أنواعها وبسط رقابة القضاء الاستعجالي عليها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص القانونية

1_ الدساتير:

أ_ المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 2012/12/30، المتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج ر، ع82، 2020.

2_ النصوص التشريعية:

أ_ المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر، ع50، سنة 2015.

ب_ القانون رقم 07-22، المؤرخ في 5 مايو 2022، المتضمن التقسيم القضائي، ج ر، العدد 32، سنة 2022.

ج_ القانون 12-23، المؤرخ في 3 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر، ع51، سنة 2023.

المراسيم التنفيذية والمناشير:

أ_ المنشور الوزاري رقم 3514؛ المؤرخ في 24 سبتمبر 2023؛ صادر عن وزير المالية والمتعلق بتنفيذ الأحكام الانتقالية للقانون رقم 12-23، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

ثانياً: الكتب

لحسين بن شيخ آث ملويا؛ "رسالة في الاستعجالات الإدارية"، الجزء الثاني، دار هومة، دون طبعة، بوزريعة - الجزائر، 2016.

ثالثاً: الرسائل والمذكرات

1_ آمال يعيش تمام؛ (سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010/2011.

2_ زكرياء قشار؛ (الاستعجال الإداري كضمان لحقوق المتقاضين)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017-2018.

3_ لعلام محمد مهدي؛ (نطاق سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة -دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2017-2018.

4_ عطوي حنان؛ (دور قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان، 2019-2020.

رابعاً: المقالات

1_ بن دعاس سهام؛ "حماية القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد لعمليّة إبرام الصفقات العمومية"؛ مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 1، أبريل 2020.

2_ دهمة مروان؛ "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"؛ مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمار التليجي- الأغواط، المجلد 2، العدد 3، سبتمبر 2020.

3_ حنان مزهود؛ "دور القضاء الإداري الاستعجالي قبل التعاقد في تعزيز مبدأ الشفافية الصفقات العمومية"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 16، العدد 2، جوان 2024.

4_ حساين عومرية؛ "القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد كآلية لمكافحة جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية"؛ مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 10، العدد 2، أكتوبر 2022.

5_ كريكو فريال، "تسوية منازعات الصفقات في الجانب الاستعجالي"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، المجلد 30، العدد 3، ديسمبر 2019.

6_ سرياح أحمد وجباري زين الدين؛ "دعوى الاستعجال قبل التعاقد كآلية جديدة للحد من التجاوزات في مرحلة إبرام الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد النعام، مجلد 9، العدد 1، أبريل 2023.

7_ عبد الله كنتاوي، "أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 9، العدد 17، جانفي 2018.

8_ عمر قاضي وإسلام لبصير؛ "رقمنة إجراءات الصفقات العمومية نموذج نحو رقمنة الإدارة العمومية"؛ مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامعة أم البواقي، المجلد 11، العدد 1، جوان 2024.

9_ غناي رمضان؛ "عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية"؛ مجلة مجلس الدولة، العدد 4، سنة 2003.