

## التوجهات الحديثة لمنازعات الصفقات العمومية: نحو ضمان الأمن القضائي



أ/ بشير فطحية تجاني  
جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي  
أ/ لعبيدي الأزهر  
جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي

### ملخص:

لطاما كانت الصفقات العمومية كمجال تقني متجدد للطلب العمومي يحاول أن يتكيف مع متطلبات المرافق العامة مادة خصبة تحتاج دوما إلى تجسيد مبادئ الأمن القانوني والقضائي، وهو ما كان محل كتابات الفقه وأحكام القضاء من حيث عدة أوجه كانت الطبيعة الهجينة لقالب قانون الصفقات العمومية والتغير المطرد لنطاق تطبيقه على نزاعات عقود الصفقات العمومية مسرعا لها في السنوات القليلة الماضية ادت إلى بروز توجه جديد في منازعات الصفقات العمومية بحثا عن مزيد من ضمانات الأمن القضائي. نحاول في هذه المداخلة التأمل في مساعي الفقه والقضاء والتشريع الرامية إلى تأمين الأمن القضائي من حيث توحيد مجال الاختصاص في التصدي لنزاعات الصفقات العمومية لصالح القضاء الإداري، وكذا من حيث توسيع سلطات القاضي الجزائي في تفسير وفحص مشروعية الصفقات العمومية اثناء تصديده للدعاوى الجزائية دون ما حاجة إلى الإحالة الأولية على القاضي الإداري.

**الكلمات المفتاحية:** التوجهات الحديثة- الصفقة العمومية- الطبيعة القانونية- نطاق التطبيق- منازعات- الأمن القضائي.

### Résumé:

Les marchés publics, comme domaine technique développé de la commande publique, essaie d'adapter avec les exigences des services publics, et c'est pour cela a besoin de concrétiser les principes des sécurités juridique et judiciaire. Ce sujet était un objet des débats de la doctrine et de jurisprudence aux plusieurs côtés, et surtout au point de nature hybride du moule de droit des marchés publics et l'évolution régulier de champ d'application des contrats des marchés publics et leurs contentieux. Ces débats a conduit, aux dernières années, vers une nouvelle tendance des contentieux des marchés publics pour chercher au plus des garanties de sécurité judiciaire.

On essaie, dans cette intervention, d'aborder les apports de la doctrine, de jurisprudence et de lois tendant à assurer la sécurité judiciaire, non seulement pour unifier la compétence juridictionnelle en faveur du ressort de la juridiction administrative, mais également pour élargir les pouvoirs de juge pénale en

interprétation et en appréciation de la légalité des contrats des marchés publics durant statuer les procès pénales, sans renvoi préliminaire au juge administratif.

### Mots-clés:

Nouvelles tendances- marché public -Nature juridique- champ d'application- contentieux- sécurité judiciaire.

### مقدمة:

تقوم دولة القانون على احترامها للقواعد القانونية المستقرة نسبياً والتي تفرضها على مواطنيها وتلزمهم باحترامها، وهذا يجسد مشروعية تصرفاتها تجاه المخاطبين بها مع ضمان جودة القاعدة القانونية وحسن صياغتها وسهولة الوصول إليها، وهو ما يطلق عليه الفقه بالأمن القانوني.

إن مبدأ الأمن القانوني مفهوم قديم متجدد عبر الزمن، يتفاعل ويسير التطور الحاصل في المجتمع على مستوى جميع الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية شريطة أن تحترم الدولة في القوانين التي يسنها المشرع واللوائح والقرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية جملة من المبادئ التي يقوم عليها مبدأ الأمن القانوني والقضائي وهي: مبدأ الفصل بين السلطات، مبدأ تدرج الهرم القانوني، مبدأ حسن سير العدالة، مبدأ وحدة وتكامل الاختصاص القضائي، مبدأ عدم تناقض النصوص القانونية والقرارات القضائية، مبدأ قدسية القانون وعدم قابلية المساس به، مبدأ وضوح القاعدة القانونية واستقرارها، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المنشئة في الماضي، مبدأ احترام التوقعات المشروعة، مبدأ استقرار العلاقات التعاقدية...إلخ.

فمبدأ الأمن القانوني تجسيدا لتلك المبادئ يعني "ضرورة التزام السلطات العمومية بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، وعدم تعرض الأشخاص لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العمومية يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار"<sup>1</sup>، أو هو "الفاعلية المثلى لقانون يمكن الوصول إليه وفهمه، والذي يسمح لأشخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة الآثار القانونية لتصرفاتهم، ويحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقاً من قبلهم، وبذلك يسهل تحقيقها"<sup>2</sup>، أو هو بعبارة أخرى مثلما ذهب إلى ذلك مجلس الدولة الفرنسي "أن يكون المواطنون دون كثير من العناية في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق للوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة"<sup>3</sup>.

وتعتبر الصفقات العمومية كمجال تقني متجدد للطلب العمومي يحاول ان يتكيف مع متطلبات المرفق العام المتطورة والمتغيرة بتغير الظروف، ميدان خصب يحتاج إلى تجسيد مبادئ الأمن القانوني والقضائي، وهو ما كان محل كتابات الفقه وأحكام القضاء في كل من فرنسا والجزائر وبقيّة الدول الأوروبية والمغربية على وجه الخصوص من حيث عدة اوجه كانت الطبيعة الهجينة لقلب قانون الصفقات العمومية والتغير المطرد لنطاق تطبيقه على منازعات وعقود الصفقات العمومية مسرحا لها في المراحل والسنوات القليلة الماضية أدت إلى توجه جديد في نزاعات الصفقات العمومية بحثا عن مزيد من تأمين الأمن القضائي.

فقد كان لعدم حسم التشريع والقضاء للطبيعة القانونية للصفقة العمومية في فرنسا الأثر البالغ ادى إلى عدم توحيد الاختصاص القضائي في التصدي لمنازعات الصفقات العمومية لسنوات طويلة قبل ان يتدخل المشرع ويحسم الموقف لصالح اختصاص القضاء الإداري استجابة لمخاطر الأمن القضائي، وهو ما لم يتحقق حتى الآن في الجزائر خاصة بعد اخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية نهائيا من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، على غرار عدم منح القاضي الجزائري سلطات واضحة في تفسير وفحص مشروعية الصفقات العمومية كتصرفات تبادلية، والقرارات المنفصلة عنها كتصرفات انفرادية، مما كان له الأثر السلبي على الأمن القضائي، رغم محاولات التشريع العقابي بشكل ضمني و غير مباشر منحه تلك السلطات، وهو ما تطلب منا الوقوف عنده متأملين فيه من خلال مبحثين نحاول فيهما الإجابة على الإشكالية التالية:

- كيف أثار نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية في كلا من فرنسا والجزائر هواجس ومخاوف الأمن القانوني والقضائي، وإلى مدى وفق القانون والقضاء في كلا البلدين حديثا في الاستجابة لتلك المخاطر في سعيهما الجديد نحو تأمين الأمن القضائي وتكريس المبادئ الواجب إعمالها من اجل تحقيق ذلك؟ للإجابة على هذه الإشكالية سنفصل في المبحثين التاليين:

### المبحث الأول : توسيع نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية وأثره على الأمن القضائي.

كان لعدم حسم التشريع والقضاء للطبيعة القانونية للصفقة العمومية في فرنسا الأثر البالغ ادى إلى عدم توحيد الاختصاص القضائي في التصدي لمنازعات الصفقات العمومية لسنوات طويلة، قبل ان يتدخل المشرع ويحسم الموقف لصالح اختصاص القضاء الإداري استجابة لمخاطر الأمن القضائي (المطلب الأول)، وهو ما لم يتحقق حتى الآن في الجزائر خاصة بعد اخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية نهائيا من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية منذ سنة 2013(المطلب الثاني)

المطلب الأول: توحيد الاختصاص في منازعات الصفقات العمومية لصالح القضاء الإداري استجابة لمخاطر الأمن القضائي

ساد الغموض لفترة طويلة في فرنسا كما في الجزائر بشأن تحديد ماهية الطبيعة القانونية للصفقة العمومية بسبب عدم وجود تلامح مطلق بين مفهوم الصفقة العمومية ومفهوم العقد الإداري الذي يبرر تاريخيا اختصاص القاضي الإداري مع إخضاع بعض عقود الإدارة لقواعد متلائمة مع حاجات المرفق العام.

ومما زاد في تعقيد المسألة هو عدم إشارة تقنين الصفقات العمومية في كلا من فرنسا والجزائر فيما إذا كانت عقود الإدارة يجب أن تكون ذات طبيعة إدارية بالضرورة من أجل إخضاعها للأحكام التي ينص عليها، كما أن القضاء لم يقرر فيما إذا كانت العقود التي ينطبق عليها التعريف المنصوص عليه في تقنين الصفقات العمومية هي عقود إدارية بتحديد القانون مما أدى إلى غاية نهاية سنة 2001 في فرنسا إلى إمكانية الفصل بين مفهوم العقد الإداري وطبيعة الصفقة العمومية في ظل وجود صفقة عمومية للقانون الخاص يختص القضاء العادي بالفصل في النزاعات التي تثور بشأنها مما كان له الأثر البالغ على عدم توحيد الاختصاص القضائي بالفصل في نزاعات الصفقات العمومية، وأثر سلبا على الأمن القضائي الواجب توافره للتصدي لتلك النزاعات الذي يتطلب ايلولة تلك المنازعات إلى القضاء الإداري كقضاء طبيعي وأصيل في تفسير وتطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية غير المألوفة والمختلفة في معظمها عن قواعد القانون الخاص.<sup>4</sup>

فبعد سواد فكرة اعتبار قانون الصفقات العمومية في حد ذاته نظام غير مألوف في قواعد القانون الخاص من طرف غالبية الفقه والقضاء الفرنسيين وإن اختلفوا حول درجة الطابع غير المؤلف لهذا القانون، ما يمنح الصفقة العمومية الطابع الإداري دون الحاجة في البحث عن مدى تضمين العقد شروط استثنائية وغير مألوفة في علاقات الخواص عن طريق بنود دفاتر الشروط كعنصر من عناصر تشكيل الصفقة العمومية<sup>5</sup>، ساير القضاء الفرنسي الحديث أقلية من الفقه في عدم اعتبار بعض الصفقات العمومية الخاضعة في إبرامها وتنفيذها لقانون الصفقات العمومية بالضرورة عقودا إدارية، وهكذا صرحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر 17 ديسمبر 1996 في قضية شركة لوكونيفير LOCUNIVERS بأن "خضوع عقد لأحكام قانون الصفقات العمومية لا يمنحه في حد ذاته طبيعة العقد الإداري"<sup>6</sup>، كما قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادرين تباعا في 05 جويلية 1999 في قضيتي بلدية صوف CNE DE SAUVE والاتحاد العام للشراء العمومي UGAP بأن "الاستناد إلى دفتر الشروط الاستثنائية العامة لا يشكل معيارا كافيا لوسم الصفقة العمومية بالطابع الإداري، فيجب بالإضافة إلى ذلك أن يتضمن دفتر الشروط في حد ذاته بند أو عدة بنود غير مألوفة في القانون الخاص"<sup>7</sup>.

وهكذا جنح الاجتهاد القضاء الفرنسي الحديث وإلى غاية نهاية سنة 2001 إلى إمكانية وجود صفقة عمومية للقانون الخاص يختص القاضي المدني أو التجاري بالفصل في النزاعات التعاقدية الثائرة بشأنها ولو أبرمت وفق إجراءات قانون الصفقات العمومية، ومنها صفقات عمومية التأمينات كعقود التأمينات في السمسرة COURTAGE، وهي صفقات تبرم طبقا لقانون الصفقات العمومية وتنفذ طبقا لقانون التأمينات

الذي ينتهي الى القانون الخاص ولا يتضمن بالضرورة الاستناد الى دفاتر الشروط الادارية العامة،<sup>8</sup> وهو ما أدى الى تصدي القاضي العادي للفصل في نزاعات صفقات تطبق في ابرامها قواعد قانون يختص القاضي الاداري بتفسير قواعده دون سواه، كما أدى الى وجود شقين للمنازعات الهجينة بشأن هذه الصفقات، نزاعات مباشرة للرقابة على شرعية هذه العقود التي يختص بها القاضي العادي، ونزاعات غير مباشرة على القرارات المنفصلة لهذه العقود يختص بها القاضي الاداري، كما أدى بقاضي الاستعجال الاداري للمنازعات التعاقدية و ما قبل التعاقدية ومنازعات الطعن الولائي الى القضاء بعدم اختصاصه عندما يتعلق الأمر بصفقات عمومية للقانون الخاص، طالما أن قانون العدالة الادارية الفرنسي لا يمنح للقاضي الاداري الاستعجالي سلطات للفصل في النزاعات التي تنشأ قبل التعاقد و اثناء التعاقد إلا بشأن العقود الإدارية، ما أدى بالدارسين في فرنسا إلى دق ناقوس الخطر لوجود تعقيدات قانونية وهواجس تمس بالقانون وبأصالة اختصاص القضاء الإداري بعد شيوع تصدي قضاء عادي غير مختص بنزاعات تتعلق بمعاملات الأشخاص العمومية والإدارية.<sup>9</sup>

ولدواعي الأمن القانوني ولتبسيط وتوحيد منازعات الصفقات العمومية فقد صدر القانون رقم 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المتضمن تدابير مستعجلة لإصلاحات ذات طابع اقتصادي ومالي المعروف في فرنسا باسم قانون مورساف والذي أعتبر في مادته الثانية أن "الصفقات المبرمة بالتطبيق لقانون الصفقات العمومية لها طابع العقود الادارية"<sup>10</sup>، وهو ما أدى الى اعتبار كل الصفقات العمومية عقود ادارية بتحديد القانون بمعزل عن مضمون بنودها وموضوعها، مما أدى بالبعض في فرنسا الى القول بأن النظرية العامة للعقد الاداري التي أنشأ القضاء معاييرها بدأت في التفسخ وأخذت تلك المعايير في الضمور لصالح معيار واحد هو المعيار العضوي<sup>11</sup>، وهو ما اكدته صراحة المادة الثالثة من الأمر 2015-895 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي التي تنص على أن "الصفقات العمومية المتعلقة بهذا الأمر والتي تبرمها الاشخاص المعنية للقانون العام هي عقود إدارية".

وقد أظهرت الاعمال التحضيرية لنقاشات البرلمان الفرنسي المتكون من الجمعية الوطنية ومجلس الأمة لقانون مورساف ارادة النواب في تضمين نص المادة الثانية منه لدواعي حل مسألة الازدواجية القضائية في منازعات عقود الصفقات العمومية خاصة تلك المتعلقة منها بصفقات عمومية التأمينات التي أظهرت جدلا قضائيا في حينها، ولم يظهر في نقاشاتهم الفكرة السائدة من قبل بأن تقنين الصفقات العمومية نظام غير مألوف في قواعد القانون الخاص والذي يختص القضاء الاداري بالتصدي للنزاعات التي تثور بشأنه<sup>12</sup>، مما يؤدي الى القول بأن سن نص تلك المادة كان فقط لدواعي الأمن القضائي أكثر منه حسما لتوجه فقهي وقضائي قديم، وما يدل على ذلك استناد تقرير السيدة نيكول بريك رئيس اللجنة المالية بمجلس الأمة الفرنسي من أجل تبرير دواعي سن نص المادة 2 من قانون مورساف الى قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 86-224 المؤرخ في 23 جانفي 1987 المتعلق بمنازعات قرارات مجلس المنافسة والذي أشار فيه إلى أنه "عند تطبيق تشريع أو تنظيم خاص يمكن أن يتسبب في اشكالات منازعاتية

مختلفة التي تتوزع حسب قواعد اعتيادية للاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، فمن الجائز للمشرع لمصلحة السير الحسن للعدالة توحيد قواعد الاختصاص القضائي لصالح النظام القضائي المعني أساساً<sup>13</sup>، وهو ما يدل على ركون المشرع في فرنسا إلى تحكيم الأمن القانوني والقضائي من أجل حسم إشكالية ازدواجية الاختصاص في فض نزاعات الصفقات العمومية لصالح اصالة اختصاص القضاء الإداري.

### المطلب الثاني: اخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية واثره على الأمن القضائي

بعد تبني السلطات السياسية في الجزائر نهاية الثمانينات استقلالية المؤسسات لدواعي مالية وهيكلية تتعلق بالتخصص وتقسيم العمل بين الإدارة المركزية والمؤسسات العمومية والتي اقتضت الأخذ بمبدأ المتاجرة مع الإبقاء على مبدأ العمومية كمبادئ أساسية لاستقلالية تلك المؤسسات لأجل إحياء هويتها وشخصيتها، عمداً المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية على وضع تأطير لمحيط المؤسسة العمومية الاقتصادية ونظامها التدخلي بما يتماشى والتحويلات الاقتصادية والايديولوجية التي تسمح بالتكفل المباشر بأعمالها بنفسها وتنظيم علاقتها الاقتصادية واختيار عملائها بكل مسؤولية في السوق<sup>14</sup>.

وهكذا وبعد ما كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة ولو جزئياً للأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المعدل بالأمر 74-9<sup>15</sup>، وخاضعة كلياً للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 والذي جاء بمفهوم اقتصادي للصفقة العمومية في مادته الثانية<sup>16</sup>، فإن المراسيم التنظيمية الصادرة منذ 1988 عرف فيها نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية من حيث مدى شموله تلك المؤسسات تذبذباً أثر على عدم استقرار المعيار العضوي لتعريف الصفقة العمومية ومن ثم على طبيعة الصفقات العمومية نفسها وأعاد النظر في طبيعة قانون الصفقات العمومية من أساسه.

فقد صدر المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29/03/1988 المعدل للمرسوم 82-145 ليخرج مجدداً المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية من أجل موازنة هذا التنظيم مع الإصلاحات الاقتصادية التي جاء بها الأمر رقم 88-01 الذي أخرج المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية في مادته 59<sup>17</sup>، وهو ما تم تأكيده بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 في مادته الثانية، وكذا المرسوم الرئاسي 02-250 في مادته الثانية كذلك<sup>18</sup>، هذا الأخير الذي كرس مجدداً اخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بعد أخذ السلطات العمومية في البلاد بتوصيات تقرير لجنة السيد ميسوم صبيح لإصلاح هيكل ومهام الدولة (CRSME) الصادر في جويلية 2001 الذي أوصى بتكليف مهام المؤسسة

العمومية وإطارها القانوني كمؤسسة متدخلة بما يتلاءم مع حاجات المجتمع وبما يضمن تكييف الخدمة العمومية وبما يحقق التنوع في خدماتها المقدمة وفاعلية ونجاعة أدائها<sup>19</sup>.

وتجسيدا لالتزامات الجزائر مع الشركاء الأوروبيين وكذا مع منظمة التجارة العالمية التي أنشأت اتفاقها المتعلق بالصفقات العمومية على أساس مبدأ فتح الصفقات العمومية على أوسع قدر ممكن من الأشخاص والقطاعات، تعين أولا إخضاع بعض القطاعات النوعية الى المنافسة منها التأمينات، النقل، الكهرباء والغاز، الماء وأشغال توصيلها، وبالتالي ازالة احتكار الدولة على هذه القطاعات مما أدى الى الغاء المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 91-434 بعد صدور المرسوم 02-250، كما تطلب من جهة أخرى ادخال المؤسسات العمومية الاقتصادية مجددا في نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية بموجب التعديل الذي شمل المادة الثانية من هذا المرسوم بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008<sup>20</sup>، حيث تبنت السلطات العليا في البلاد بموجب هذا التعديل النظرية الكنزوية - على حد وصف الأستاذ بن ناجي شريف - تمثل في منح الدور كاملا للدولة والهيئات العمومية في المجال الاقتصادي خاصة في اطار الأشغال الكبرى والاستثمار العمومي والطلبات العمومية<sup>21</sup>.

وفي بداية سنة 2013 وبعد أن لاحظت السلطات الجزائرية بأن ثقل اجراءات ابرام الصفقات العمومية المضمنة في تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم 10-236 لا يتلاءم مع سرعة وفاعلية أداء المؤسسات العمومية الاقتصادية وأدى الى التقليل من القدرة التنافسية لتلك المؤسسات، أصدرت المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 والذي أخرج بموجب مادته الثانية وبشكل نهائي المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية<sup>22</sup>، وذلك من أجل تمكين مسيري هذه المؤسسات من الاسراع في انجاز هذه المشاريع الموكلة اليهم بأكثر قدر من ضمانات الفاعلية بعد التأخر الكبير في تنفيذ البرنامج الخامس 2010-2014<sup>23</sup>، وهو ما تم تأكيده بموجب المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015<sup>24</sup>.

ويبقى فقط على هذه المؤسسات التقيد عند اعداد اجراءات ابرام صفقاتها بموجب تنظيماتها الخاصة المعتمدة من طرف هيئاتها الاجتماعية المؤهلة بمبادئ الطلب العمومي بعد الأخذ في الحسبان خصوصياتها دون أن تلتزم بتكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية، كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات العمومية الأخرى الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما لا تنجز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية<sup>25</sup>.

وهكذا بعد مد وجزر في ادخال واخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية ضمن سياسة تتراوح بين أحادية وازدواجية الاطار القانوني لعقود تلك المؤسسات، اهتدت السلطات الجزائرية أخيرا الى حل واقعي وبراغماتي مفاده اخراج هذه المؤسسات من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية لتبسيط إجراءات ابرام صفقاتها الخاصة، لكن يبقى مع ذلك حل على حساب الأمن القانوني والقضائي لأن القاضي التجاري والمدني سيجدان نفسيهما أمام تفسير قواعد شبه تنظيمية

غريبة عنهما تحكم منازعات صفقات عمومية للقانون الخاص يتم التقيد في إبرامها فقط بمبادئ الطلب العمومي دون تكييف تلك القواعد مع تنظيم الصفقات العمومية، مما يؤدي إلى إضعاف التزام هذه الأشخاص العمومية بوضع صفقاتها رهن المنافسة الشفافة والنزاهة والعدالة، ما يفقد قواعد إبرامها متطلبات الأمن القانوني.

فلا يمكن تعزيز التزام المؤسسات العمومية الاقتصادية بوضع صفقاتها رهن المنافسة باحترام مبادئ الطلب العمومي دون تأطير إجراءات إبرام صفقاتها بموجب تشريع موحد مستقل عن تنظيم الصفقات العمومية، وليس تأطير تلك الإجراءات بمجرد قرارات أو تعليمات أو توجيهات صادرة عن هيئاتها الاجتماعية أو مناشير وزارية في أحسن الأحوال، وهي لوائح غير منشورة في الجريدة الرسمية<sup>26</sup>، والتي يخشى حسب ما ذهب إليه الأستاذ أحسن بوسقيعة إلى أفلات أعوانها العموميين من المسائلة الجزائية بعنوان المادة 1-26 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي تحرم منح امتيازات غير مبررة للغير في إبرام الصفقات العمومية من طرف هؤلاء الأعوان أو ما يعرف بجنحة المحاباة وبالتالي الأفلات من رقابة القاضي الجزائي للصفقات التي يبرمها هؤلاء الأعوان، كون أحكام لوائح هذه المؤسسات هي أحكام شبه تنظيمية، ولا تعد من قبيل الأحكام التنظيمية أو التشريعية المتعلقة بحرية الترشح والمساوات بين المترشحين وشفافية الإجراءات ما لم يشكل الفعل إخلالاً بأحكام تشريعية أو تنظيمية أخرى منصوص عليها في قوانين أو تنظيمات أخرى غير تنظيم الصفقات العمومية<sup>27</sup>، مما يؤثر سلباً على الأمن القضائي في التصدي لفحص شرعية تلك الصفقات، وهو ما يختلف الحال عن ما هو معمول به في فرنسا التي اهتدى فيها المشرع ببادئ ذي بدئ إلى تخصيص تشريع مستقل عن تنظيم الصفقات العمومية يوطر إبرام وتنفيذ صفقات الأشخاص العمومية للقانون الخاص ومنها المؤسسات العمومية الاقتصادية بموجب الأمر 2005-649 المؤرخ في 6 جوان 2005<sup>28</sup>، قبل أن تخضع صفقات هذه الأشخاص و صفقات الأشخاص العمومية للقانون الخام على حد سواء لتشريع موحد وهو الأمر 899-2015 احترازا لمتطلبات الأمن القضائي والقانوني.

### المبحث الثاني: توسيع سلطات القاضي الجزائي في تفسير وفحص مشروعية الصفقات العمومية وأثره على الأمن القضائي

في بداية سنة 1872 أسس الفقيه لافريار LAFERRIERE اختصاص القاضي الجزائي في فحص مشروعية التصرفات الإدارية على مبدأ " كمال اختصاص القاضي الجزائي " principe de la plénitude de la juridiction du juge pénal المرتكز على مبدأ أساسي آخر هو مبدأ حسن سير العدالة principe de bonne administration de la justice الذي يقضي بأنه ولغرض أن يلعب القاضي الجزائي دوراً كاملاً كحارس لأخلقة وتهذيب التصرفات الإدارية فلا يجب أن يمارس عمله تحت وطأة الإحالة الأولية لتلك التصرفات على القاضي الإداري لتفسيرها وفحص مشروعيتها وإنما يستلزم منحه اختصاصاً كاملاً ومستقلاً بذلك إذا كان ذلك لازماً

للفصل في دعواه الجزائية حتى يتمكن من الإسراع في فرض الجزاء الضروري والمناسب على مرتكبي الجرائم، فيصبح عندئذ القاضي الجزائي هو قاضي الدعوى وقاضي الدفع في الوقت نفسه<sup>29</sup>.

لذلك جاءت إصلاحات قانون العقوبات الفرنسي بموجب القانون رقم 92-683 المؤرخ في 22 جويلية 1992 بالمادة 5-111 التي تنص بأن "تختص الأجهزة القضائية الجزائية بتفسير وفحص مشروعية التصرفات الإدارية التنظيمية والفردية إذا كان ذلك ضروريا للفصل في الدعوى الجزائية التي هي محل نظرها"<sup>30</sup>، كما جاء نص المادة 26/1 من قانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل بموجب المادة 2 من قانون 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011<sup>31</sup> ليمنح القاضي الجزائي إمكانية بسط رقابته على مشروعية الصفقة العمومية طبقا لمنهج التفسير الغائي للنصوص عند نظره في العنصر المكون لجنحة المحاباة مثلما منح ذلك القاضي الجزائي الفرنسي بموجب المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي المستحدثة بموجب القانون رقم 92-686 المؤرخ في 22 جويلية 1992<sup>32</sup>، استجابة لمتطلبات الأمن القضائي في اختصاص القاضي الجزائي في تفسير وفحص مشروعية عقود الصفقات العمومية كتصرفات إدارية تبادلية (المطلب الأول).

واستجابة لنفس المتطلبات تعين منح القاضي الجزائي سلطة الرقابة على تفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية طبقا لمبدأ تكامل اختصاصه الذي اخذت به المادة 111-5 المذكورة أعلاه التي ليس لها ما يقابلها في قانون العقوبات الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توسيع سلطة القاضي الجزائي في تفسير وفحص مشروعية العقد استجابة لمتطلبات

### الأمن القضائي

يتضح من نص المادة 5-111 من قانون العقوبات الفرنسي المذكورة أعلاه أن مصطلح التصرفات الإدارية *actes administratifs* المقصود منها الأعمال الإدارية أحادية الجانب *actes unilatéraux* وليس الأعمال الإدارية التبادلية *actes bilatéraux* هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في تفسيرها لنص تلك المادة<sup>33</sup>.

فلئن كانت المحكمة قد اعترفت أن العقد يمكن أن يكون محلا للجريمة وذلك في العديد من قراراتها المتواترة<sup>34</sup>، فإن المحكمة مع ذلك شددت في قرارات أخرى بأن المادة 5-111 لا تستهدف العقود الإدارية وبالتالي لا تسمح للقاضي الجزائي بتفسيرها أو فحص مشروعيتها حتى ولو كان ذلك لازما للفصل في الدعوى الجزائية<sup>35</sup>، ذلك أن الأصل في فرنسا- وبخلاف الوضع السائد لحد الآن في الجزائر- فإن الصفقات العمومية هي عقود إدارية بتحديد القانون، وبالتالي يؤول للقاضي الإداري وحده سلطة تفسير وفحص مشروعيتها دون القاضي العادي غير المختص في ذلك.

ومع ذلك فإن التفسير الدقيق لنص المادة 5-111 لا يعني التفسير الضيق له، ذلك أن قوة القاعدة الجزائية في الجزاءات التي تفرضها، والسلطات غير المألوفة للأجهزة القضائية التي تتصدى للدعوى الجزائية تتطلب استخدام القانون الجزائي بالشكل الذي يحترم حرية القاضي في التفسير، وبالخصوص عن طريق

التفسير الدقيق للنصوص التي يطبقها، إلا أن القاضي غير ملزم مع ذلك إلا بما يفرضه القانون، ولكن كل القانون وليس جزء منه، وعلى العكس مما يؤكد مونتسكيو فإن القاضي لا يجب أن يكتفي بأن يكون الفم الذي ينطق بكلمات القانون ولكنه يجب أن يتعمق أيضا في الأحكام من أجل الولوج إلى روحه<sup>36</sup>.

فإذا كان القاضي الجزائي مقيد بالتعريف القانوني فإن المشرع كذلك عليه أن يمنحه فاعلية القانون الذي أنشأه، وهو ما يؤدي إلى أن القاضي الجزائي يستمد سلطته القمعية في الرقابة على مشروعية الصفقات العمومية من منهج التفسير الغائي للنصوص كنص المادة 111-5 المذكورة، ومفاده انه إذا كان المشرع قصد من وراء النص أن يكون قمعيا من اجل وضع حد لجرائم الفساد في الصفقات العمومية، فإن القاضي الجزائي عليه البحث في هذه الغاية الاجتماعية، ومن أجل القيام بذلك فإن له أن يفسر النصوص من أجل تحقيق ذلك.

إن هذا المنحى في الاستخدام الموسع لمفهوم القاعدة الجزائية لا يشكل خرقا لمبدأ التفسير الدقيق للقانون الجنائي وإنما يشكل ذلك بالأحرى مرونة أصبحت ضرورية من أجل الاستجابة للخلل الوظيفي للقاضي الجزائي بما يسمح باختيار طرح واقعي للإشكال مع الأخذ في الحسبان خصوصية الصفقات العمومية، وهو ما أدى ببعض المؤلفين إلى اقتراح إضافة التصرفات التعاقدية على نص المادة 111-5 من أجل قطع الطريق على إمكانية حدوث أي انتكاسة لدى القضاء الجزائي مؤسسة على تأويلات مخالفة لروح النصوص<sup>37</sup>، استجابة لمطالبات الأمن القضائي الذي يفرضه انعقاد الاختصاص للقاضي الجزائي وتكامله.

هذا ما أدى بالفقه الفرنسي إلى القول أن اختصاص القاضي الجزائي في فحص وتفسير مشروعية الصفقات العمومية إذا كان غير واضح في نص المادة 111-5 فإن اختصاصه في ذلك ينبغي أن يستمد من المبدأ العام للقانون الجنائي الذي يقضي بأن القاضي الجزائي القمعي يجب أن يكون له كل الوسائل من أجل رقابة المصادر القانونية والتنظيمية للقانون الجنائي الذي يعمل في إطاره سواء تعلق الأمر بتصرف منفرد أو تعاقد<sup>38</sup>، وتتأسس القيمة القانونية لتلك الرقابة على الممارسة الكاملة لسلطته التي يأخذها من المادة 66 من الدستور الفرنسي بصفته حارسا للحريات الفردية، فحسب المجلس الدستوري الفرنسي فإن اختصاص القاضي الجزائي في ذلك ذات طابع خاص ولا يمكن أن تنال من الاختصاص العام للقاضي الإداري في مجال إلغاء أعمال السلطة العامة<sup>39</sup>.

وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن القاضي الجزائي يجب عليه أن يقدر صحة صفقة أشغال للتزويد بالكهرباء إذا بدا له عدم مشروعيتها انطلاقا من كون مقاول الأشغال العمومية كان يقدم الخدمة من أجل الحصول عن طريق مجموعة أشخاص على تخفيضات مالية مهمة لمصلحته الشخصية وذلك من أجل البحث في مدى توافر جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة<sup>40</sup>، كما أيدت محكمة النقض في قضية أخرى محكمة ليون الاستئنافية في اختصاصها من أجل تقدير صحة عقد

امتياز رغم أنها أسست قرارها على المادة 111-5 الذي يقضي بأن التصرفات أحادية الجانب هي وحدها التي يشملها نطاق تطبيق هذا النص<sup>41</sup>.

وفي الجزائر، فلئن كانت المحكمة العليا استقر قضائها على ضرورة الفصل بين اختصاص القاضي الجزائري واختصاص القاضي المدني في إثبات بطلان عقد من العقود مهما كان شكله<sup>42</sup>، فإن الصياغة الحالية لنص المادة 26-1 من قانون 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بعد تعديلها بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2/08/2011 تؤدي إلى إمكانية منح القاضي الجزائري رقابة مشروعية الصفقة العمومية سواء عند إبرامها أي أثناء التوقيع على الوثيقة النهائية للصفقة أو قبل إبرامها وذلك أثناء التأشير على الصفقة بعد التأكد من مراعاة الشروط القانونية والذي يكون بموجب قرار تصدره هيئة الرقابة الخارجية المختصة بذلك، خاصة أن مفهوم الصفقة العمومية وطبيعتها القانونية لا يؤدي بالضرورة في الجزائر إلى اعتبارها عقدا إداريا والذي يختص القاضي الإداري وحده بتفسير وفحص مشروعيتها، كما أن الصفقة بمفهوم نص المادة 26 هي كل عقد من عقود القطاع العام بمفهومه الواسع سواء كان عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق والذي قد يكون عقدا من عقود القانون الخاص خاصة مع اختلاف مفهوم الصفقة في تنظيم الصفقات العمومية عنه في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته<sup>43</sup>.

أما فيما يتعلق بمدى تلك السلطة التي يتمتع بها القاضي الجزائري في رقابة مشروعية الصفقة عند البحث فيما إذا كان هناك خرق لمبادئ الطلب العمومي فلا يوجد أي غموض سواء في فرنسا أو في الجزائر بشأن اتساعها، فمن أجل التثبت من قيام مختلف الأركان المشكلة لجريمة المحاباة يقتضي منه تحديد فيما إذا كان هناك خرق للقواعد والمبادئ الكبرى الضامنة لالتزام وضع الصفقة رهن المنافسة والمنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمادة 26/ف1 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهو ما يقتضي منه فحص مشروعية العقد ذاته.

**المطلب الثاني: توسيع سلطة القاضي الجزائري في تفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية استجابة للأمن القضائي**

إن تفسير أي تصرف إداري منفرد يعني البحث في معناه عندما لا يتضح هذا المعنى بقراءة بسيطة للتصرف، وتفسير النصوص من أجل تطبيقها يشكل عمل أساسي لكل جهاز قضائي.

إذا كان القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي لتصرفات الإدارة، فإن القاضي الجزائري يمكن له كذلك أن يكون مدعو لتفسير هذا التصرف إذا كان معناه بشكل له مخرج للنظر في الدعوى الجزائرية.

وهكذا أجازت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 5 جويلية 1951 مبدأ تكامل اختصاص القاضي الجزائري في تفسير التصرفات الإدارية ذات الطابع التنظيمي<sup>44</sup>، وقد تم تبرير ذلك بالمبدأ القائل بأن "من يستطيع فعل الأكثر يمكنه فعل الأقل"، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في نفس الاتجاه بأنه إذا كان القاضي الجزائري مختص من أجل تفسير القانون فيجب أن يكون مختصا في تفسير التصرفات الأقل منه في القيمة<sup>45</sup>.

ومع ذلك، بقي القاضي الجزائري إلى عهد قريب غير مختص بتفسير التصرفات غير التنظيمية وقد تم تبرير هذا الاستثناء بأن تفسير تلك التصرفات يمكن أن يؤدي إلى إفراغ التصرف من أي محتوى ما يؤدي إلى منع تطبيقه وكذا تقييد نشاط الإدارة، وهكذا تبنت محكمة النقض الفرنسية مفهوم أكثر تقييدا لاختصاص القاضي العادي عندما رأت بأن القاضي الجزائري لا يمكنه تفسير إلا التصرفات الإدارية التي تتلاءم مع الجزاء الجنائي وهو ما لا ينطبق على القرارات الإدارية الفردية<sup>46</sup>.

وعندما جاء المشرع الفرنسي بالمادة 111-5 من قانون رقم 92-683 المؤرخ في 22/07/1992 المتضمن إصلاح الأحكام العامة لقانون العقوبات وضع حد للخلاف الذي كرسه الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع ومحكمة النقض مرخصا للقاضي الجزائري بتفسير التصرفات الإدارية التنظيمية والفردية معا إذا كان ذلك ضروريا للفصل في الدعوى الجزائية مثلما سمحت تلك المادة كذلك بفحص مشروعية التصرفات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية وعقود تفويض مرفق عام.

من حيث المبدأ فإن القاضي الإداري هو الذي يملك الاختصاص الأصيل بفحص مشروعية قرار إداري ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي اعتمد على الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع ومحكمة النقض للقول بإمكانية اختصاص القاضي الجزائري بذلك وإن بشكل محدود باعتبار أن القاضي الجزائري ليس قاض إلغاء ما يفسر المفهوم المقيد لتدخل هذا الأخير في مجال كان حكرا على القاضي الإداري ولسنوات طويلة.

فاستثناء من مبدأ الفصل بين السلطات سمح المشرع الفرنسي بموجب المادة 111-5 للقاضي الجزائري بفحص مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية والفردية رغم أن النص المعتمد لحد الآن لا يحمل أي تفاصيل حول طرق وكيفيات تلك الرقابة، فإذا كان القاضي الجزائري يفحص مشروعية القرارات الإدارية مستعملا الطرق التي استخدمها القاضي الإداري في ذلك، فإنه مع ذلك حافظ من خلال ممارسته لتلك الرقابة على استقلاليتها فلم يتقيد باجتهاد القاضي الإداري ومواقفه في ذلك.

ففي حالة الإخلال بقواعد ومبادئ الطلب العمومي فإن القاضي الجزائري كالقاضي الإداري مدعو للفصل في مسائل محددة عمليا مثل: تكييف العقد، الشكليات والإجراءات الإدارية المتعلقة بالإشهار وإعمال المنافسة، كيفيات ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد... إلخ.

ومن حيث المبدأ فإن طرق الرقابة الممارسة من طرف القاضي الجزائي حول القرارات الإدارية هي نفسها الطرق المستخدمة من طرف القاضي الإداري، وفي ذلك يقوم القاضي الجزائي بإعادة إنتاج قواعد القانون الإداري أكثر منه منشئاً لتلك القواعد.<sup>47</sup>

فالقاضي الجزائي يمكن أن تنصب رقابته حول مسائل المشروعية الخارجية (الاختصاص، الشكل والإجراءات) ومسائل المشروعية الداخلية (كالانحراف في استخدام السلطة)<sup>48</sup>، ومن جهة أخرى فإن الرقابة التي يمارسها القاضي الجزائي حول مشروعية تلك القرارات يجب أن تخضع للمبادئ التي تحكم القاضي الإداري في الرقابة بحيث يتم التفرقة بين الرقابة العادية وهي رقابة المشروعية ورقابة السلطة التقديرية وهي رقابة الملائمة وهي رقابة غير عادية للقاضي الإداري.<sup>49</sup>

فالقاضي الإداري يمارس رقابة عادية على مدى تقيد الإدارة ببعض أحكام قانون الصفقات العمومية (مثل: احترام آجال الإشهار، اختيار إجراء الإبرام، العضوية في لجان الصفقات... إلخ) بينما يمارس رقابة غير عادية ومقيدة حول مدى تطبيق بعض الأحكام للإدارة في تطبيقها سلطة تقديرية بحيث لا تقوم تلك الرقابة إلا عندما ترتكب الإدارة خلال تطبيقها لتلك الأحكام خطأ واضحاً في التقدير *erreur manifeste d'appréciation* مثل اختيار المتعامل المتعاقد عند إجراء المناقصات الخاضع لعدة معايير في الانتقاء، فإذا كان هناك متعامل متعاقد تم استبعاد عرضه من طرف لجنة المناقصات (في فرنسا) أو لجنة تقييم العروض (في الجزائر) بسبب أن عرضه المالي يبدو منخفضاً بشكل غير عادي *offre anormalement basse*، في الوقت الذي يتعين عليها رفض ذلك العرض بسبب عدم تقديم النوعية المطلوبة في عرضه التقني فإن المترشح المستبعد يمكن أن يمارس ضد قرار اختيار المصلحة المتعاقدة طعن حول ذلك الاستبعاد بسبب الخطأ الواضح في التقدير، ويمكن عندئذ للقاضي الجزائي- كما القاضي الإداري- ممارسة رقابة على السلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة في هذه الحالة.<sup>50</sup>

وإذا كان القاضي الجزائي يستند للاجتهاد القضائي الإداري من أجل رقابة شرعية القرارات الإدارية محل الدعوى الجزائية التي ينظر فيها، فإنه مع ذلك غير مقيد بالموقف الذي اتخذته القاضي الإداري فيما يخص شرعية تلك القرارات مما قد يؤدي إلى اختلافات في التقدير بينهما.

فبالرغم من ميول القضاء الجزائي والقضاء الإداري نحو التعاون والتوافق أحياناً في مسألة النظر في مدى شرعية التصرفات الإدارية، فلا يجب مع ذلك التقليل من حجم الخطورة التي يمكن أن تنشأ بينهما خاصة إذا علمنا أن القاضي الجزائي غير مقيد بالمفاهيم الخاصة بالقانون الإداري التي تقيد القاضي الإداري وحده.

فالقاضي الجزائي يمكنه أن يتبنى موقفاً أكثر صرامة من موقف القاضي الإداري مثلما هو عليه الحال في حالة وجود إخلال بمبدأ عدم المساس بالعروض principe d'intangibilité des offres أو إخلال بمبدأ المساواة بين المترشحين في مرحلة انتقاء العروض وتقييمها لاختيار الشريك المتعاقد، فقد رأى القضاء الفرنسي أنه يمكن للقاضي الجزائي البحث في جنحة المحاباة عند إسناد صفقة عمومية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها المتعلقة بالمساواة بين المترشحين بمجرد كون الإخلال تم نتيجة المساس بسرية العروض، في حين قد لا تسمح حدود الرقابة للقاضي الإداري بالكشف عن عدم مشروعية الخطأ المرتكب من طرف الإدارة في هذه الحالة<sup>51</sup>.

إن وجود رقابتين للقاضي الجزائي وللقاضي الإداري يثير إشكالية مدى حجية الشيء المقضي فيه جزائياً لدى هذا الأخير، فإذا كان القاضي الجزائي يمكنه أن يعتبر تصرف إداري غير مشروع فسيمكنه ذلك أن يصرح تلقائياً بعدم المشروعية ويستبعد تطبيقه خلال النظر في دعواه الجزائية، لكن ليس له أي سلطة في إلغاء هذا التصرف مثلما قضى بذلك مجلس الدولة الفرنسي<sup>52</sup>، فالموقف المتخذ من طرف القاضي الجزائي من خلال القرار الصادر عنه لا يفرض نفسه لدى القاضي الإداري هذا الأخير الذي يمكنه أن يصرح بصحة تصرف سبق للقاضي الجزائي التصريح بعدم مشروعيته، كما يمكنه أن يصرح برفضه مما يؤدي إلى القول بعدم أخذ القاضي الإداري بحجية الشيء المقضي فيه جزائياً<sup>53</sup>، وبخلاف ذلك فإن القاضي الإداري يرتبط بما قضى به الحكم الجزائي في الوقائع المادية التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً من أجل صدوره<sup>54</sup>.

وعكس ذلك صحيح، فإن القاضي الجزائي غير مقيد بموقف القاضي الإداري من تصرف معين، وهكذا قضت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها بأن القاضي الجزائي لا يمكنه رفض دفع بعدم مشروعية تصرف لسبب واحد هو اعتراف المحكمة الإدارية بمشروعيته<sup>55</sup>، كما قضت أيضاً بأن القاضي الجزائي لا يمكنه أن يوقف النظر في متابعة جزائية لينتظر القرار الصادر عن مجلس الدولة حول مشروعية تصرف إداري لكي يؤسس دعواه<sup>56</sup>.

وإذا كان هذا هو الحال في فرنسا في علاقة القاضي الإداري بالقاضي الجزائي فإن الوضع في الجزائر مازال يحكمه "مبدأ المدني يوقف الجزائي"، حيث استقر قضاء غرفة الجناح والمخالفات بالمحكمة العليا بأن ليس من اختصاص الجهات القضائية الجزائية صفة إثبات بطلان عقد من عقود الحالة المدنية أو القضاء بالإدانة في جنحة التصريح الكاذب- مثلاً- دون الإشارة إلى الفصل النهائي في النزاع الأصلي لدى القضاء المدني حول صحة العقد، كما قضت بأن عدم عرض مسألة إبطال شهادة ميلاد محل التصريح الكاذب على القضاء المدني يجعل من المتابعة الجزائية سابقة لأوانها<sup>57</sup>.

## خاتمة:

بعد هذه الدراسة والتي حاولنا فيها ان نطرق بابا من الصعب طرقه والإحاطة بجزئياته وهو التوجهات الحديثة لمنازعات الصفقات العمومية من حيث تأمين متطلبات الأمن القضائي لقانون الصفقات العمومية ونطاق تطبيقه، و توسيع سلطات القاضي الجزائري في تفسير وفحص مشروعية الصفقات العمومية والقرارات الإدارية المنفصلة عنها، لا يسعنا في النهاية إلا الخروج بالنتائج والتوصيات التالية:

1- بعد شيوع تصدي قضاء عادي غير مختص بنزاعات تتعلق بالعقود التي تبرمها الأشخاص العمومية الإدارية في فرنسا يختص القضاء الإداري بالفصل في نزاعاتها وتفسير قواعد قانون يطبق في ابرامها، انتصر مؤخرا المشرع في فرنسا في إطار توجه جديد إلى المعيار العضوي في الاختصاص بشكل نهائي، ومنح للصفقات العمومية الطابع الإداري كلما كانت الأشخاص المعنية للقانون العام طرفا فيها لدواعي الأمن القضائي الذي يتطلب توحيد منازعات الصفقات العمومية واولولة الفصل في نزاعاتها إلى القضاء الإداري المعني اساسا بها وصاحب الاختصاص الأصيل في التصدي لها طبقا للاجتهادات الحديثة للقضاء الدستوري.

وفي الجزائر، إذا كان ولا بد من اخراج المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بالأساس من نطاق تطبيق الصفقات العمومية، فيجب، بالموازاة مع اخضاعها إلى التشريع الذي يحكم النشاط التجاري، اخضاعها كذلك إلى تشريع موحد يحكم ابرام وتنفيذ صفقاتها كما كان عليه الحال في فرنسا قبل صدور الأمر 899-2015، ذلك ان اخضاعها كما هو عليه الوضع حتى الآن إلى نصوص تتضمن قواعد شبه تنظيمية في قالب مقررات او منشور إدارية تنتهك مبدأ الأمن القانوني وتولد تناقض في النصوص القانونية وتنتهك مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

2- من اجل تفادي التناقض في الأحكام القضائية بين الجهازين القضائيين الجزائري والإداري بشأن تفسير وفحص مشروعية التصرفات الإدارية، ورغبة في وضع حد للإحالة الأولية للقاضي الجزائري على القاضي الإداري للمسائل محل الدفع لديه، منح المشرع الفرنسي ضمن الإصلاحات الجديدة لقانون العقوبات لسنة 1992 للقاضي الجزائري سلطة رقابته على تلك التصرفات من اجل تمكينه من تفسيرها وفحص مشروعيتها خلال تصديده للدعوى الجزائية إذا كان ذلك لازما للفصل في دعواه، تدعيما لدوره القمعي في مكافحة الجرائم الخطيرة بالخصوص على الاقتصاد الوطني، ومنها جرائم الفساد في الصفقات العمومية اخذا بمبدأ كمال اختصاص القاضي الجزائري في الرقابة على مشروعية التصرفات الإدارية والتي ينبغي تمديدها بوضوح إلى التصرفات التبادلية أسوة باختصاصه في تفسير وفحص مشروعية التصرفات الانفرادية، وهو ما يدعونا في الجزائر إلى المناداة بإعفاء القاضي الجزائري من قيود نص المادة 116/ف2 من قانون العقوبات التي تكرس الفصل الجامد بين مهام السلطات القضائية ومهام السلطات الإدارية ومنح القاضي الجزائري وبنص تشريعي واضح في قانون

العقوبات سلطة الرقابة على التصرفات الإدارية التبادلية والانفرادية معا من اجل تدعيم دوره القمعي في مكافحة جرائم الفساد في الصفقات العمومية، خاصة بعد التعديل الذي طرأ على صياغة المادتين 26 و 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بموجب تعديل سنة 2011، الذي يتطلب إثبات توافر القصد العام والقصد الخاص معا بعد رفع التجريم على جرائم التسيير التقصيرية غير العمدية، الشيء الذي يحتاج إلى منحه مزيد من الصلاحيات لتمكينه من التثبت من مدى توافر الأركان العامة للجريمة، وهو ما لا قد يتحقق له إلا بتطبيق مبدأ تكامل اختصاصه القمعي في التصدي بشكل كامل لتفسير وفحص مشروعية الصفقات العمومية والقرارات المنفصلة عنها في نفس الوقت.

### الهوامش:

- 1 - أحمد عبد الظاهر، "مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية"، (<http://www.Kenanaonline.com/users/iaw/postes/103659>).
- 2 PIAZZON Thomas: *La sécurité juridique; Thèse, Défrénois, coll. Doctorat et notariat, T.35, 2009, p.62*
- 3 - عبد المجيد غميحة، ابعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته : ([www.bibliodroit.com/2016/08/blog-post\\_44.html](http://www.bibliodroit.com/2016/08/blog-post_44.html)).
- 4 Eléonore Von Bardeleben ; *Les Marchés publics de droit privé, mémoire de DEA de Droit public interne, juin 2000, Université Paris II, P.14.*
- 5 أنظر ما ذهب إليه جان كاهن Jean KAHN من ان " قواعد قانون الصفقات العمومية لها طابع النظام غير المؤلف في القانون الخاص"، (*J.KAHNE " La notion juridique de marché public", Marchés publics, octobre, n°78, 1968, p.37*). وانظر ما ذهب إليه مفوض الحكومة السيد دندولو DANDELLOT في خلاصة تقريره الملحق بقرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1984/10/12 في قضية الغرفة النقابية لعمال التأمينات لجبال البرانس بأن " خضوع العقد لقانون الصفقات العمومية يؤدي إلى تكييفه بالعقد الإداري بسبب أن " التناسق العام لقانون الصفقات العمومية تم فهمه في إطار القانون العام"، (*M.DANDELLOT, " Le champ d'application du code des marchés publics", concl.sous CE.12 octobre 1984, n° 34, P.671, chambres des agents des Hautes Pyrénées, Rec.p.326, Marchés publics, janvier 1985, n°207,P.16*) وانظر أيضا ما ذهب إليه الأستاذ رولون دراكو، " بأن كل الصفقات العمومية المبرمة على أساس قانون الصفقات العمومية هي عقود إدارية بتحديد القانون"، (*R.DRAGO " Réglementation et pratique des marchés publics", DALLOZ, 1985,P.11*).
- 6 Cass.civ, 1er, 17 décembre 1996, Sté Locunivers, Bull.1996, VII, n°464(1),p.326 (cassation) voir: DA 1997, n° 122, note: L. Richer, pp.12-13.
- 7 TC. 5 juillet 1999, Commune de Sauve c/ société Gestener et UGAP c/ société SNC ACTIV CSA, BJDCP 1999, n°6,P.526, concl. Schwartz, Obs. Ph. Terneyre, RFDA 1999-6,P.1163; AJDA 1999,p.556, Chron. F. RAYNAUD et P FOMBEUR; RDP 2000, P.274, note F.Llorens.
- 8 Frédéric Allaire, *Les marchés publics d'assurances(contribution à la théorie de la formation des contrats)*, L.G.D.J, Paris, 2007,PP.1-10.
- 9 Jean-Charles LERICHE-MILLIET, *Le juge judiciaire non répressif et les marchés publics, mémoire pour le DEA de droit public de l'économie, Université Panthéon-Assas, juin 2000,P.40 et Ss.*
- 10 Art.2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractères économiques et financiers (MURCEF), JORF n° 288 du 12 décembre 2001, Texte n°1, P.19703.
- 11 Nil Symchwicz " Vers la mort des critères du contrat administratif ?", ACCP, n° 1, 2001, pp.54-55, et voir même auteur: " De la mort des critères du contrat administratif à celle de la théorie du contrat administratif ?", ACCP, n° 100,juin 2010, pp.16-18.
- 12 F. Allaire, *Op.Cit*,PP.5-6.
- 13 CC, n°86-224 DC du 23 janvier 1987, conseil de la concurrence,P.8, AJDA 1987, P.345, note J. Chevallier et voir: F. Allaire, *Op.Cit*,PP.9-10.
- 14 حريتي عائشة، النظام القانوني لعقود المؤسسات العمومية في ظل الإصلاحات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011-2012، ص 15 وما بعدها.

15 الأمر رقم 90-67 المؤرخ في 17 جوان 1967، ج ر: 52 المؤرخة في 27 جويلية 1967، ص 718 المعدل والمتمم بالأمر 9-74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية، ج ر: 13 المؤرخة في 12 فيفري 1974، ص 198.  
16 المرسوم رقم 145-28 المؤرخ في 10 افريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر: 13 المؤرخة في 13 افريل 1982، ص 740.

17 المادة 59 من القانون رقم 88-01\* المؤرخ في 12 جانفي 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر: 15 المؤرخة في 13 جانفي 1988، ص 39، والمادة الأولى من المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 يعدل ويتمم المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 افريل 1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر: 13 المؤرخة في 30 مارس 1988، ص 541.  
18 المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر: 57 المؤرخة في 13 نوفمبر 1991، والمادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر: 52 المؤرخ في 28 جويلية 2002.

19M. BOUSSOUHAH, " L'établissement public dans le rapport du comité de réforme de Structures et des missions de l'Etat", RASJEP, n° 03/2013, sept, PP.85-119, spé. P.101.

20 المادة 2 من المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 اكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر: 62، المؤرخ في 9 نوفمبر 2008.

21 Ch. BENNADJI, " Marchés publics et corruption en Algérie", revue Naqd, n° 25, 2009, P.145.

22 المادة 2 من المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 13 جانفي يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 اكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر: 2 المؤرخة في 13 جانفي 2013.  
23 عرض اسباب مشروع تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 بالمرسوم الرئاسي 13-03 في بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 26/12/2012ن الفقرة الرابعة منه: (<http://www.elmouradia.dz/arabe/president/communiques/recherchee.htm>)، تاريخ الاطلاع: 2018/01/21 على الساعة 14:40 زوالا.

24 المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، ج ر: 50 المؤرخة في 20/09/2015.

25 المادة 8 من نفس المرسوم.

26 أنظر مثلا القرار الصادر بتاريخ 02 جانفي 2013 الصادر عن مجلس إدارة الشركة الوطنية للبحث عن المحروقات ونتاجها ونقلها وتحويلها وتسويقها ( سوناطراك) المتضمن اجراءات ابرام صفقاتها للتوريد والأشغال والخدمات والدراسات وخدمات الاستشارات رقم E025 /DG/006 والمسمى اعتياديا بـ A-408-(R18)، وانظر أيضا القرار رقم 431 الصادر بتاريخ 2 ماي 2016 المتضمن مراجعة القرار رقم 2013/PDG/224 المؤرخ في 19 مارس 2013 المتضمن تنظيم الصفقات المطبقة على شركات مجمع سونلغاز فيما يتعلق بصفقات الأشغال والتوريدات التي تفوق عتبتها 8 ملايين دينار و صفقات الخدمات والدراسات التي تفوق 4 ملايين دينار.

27 احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص ( جرائم الفساد، جرائم المال العام، جرائم التزوير)، الجزء الثاني، الطبعة 13، دار هومة للنشر، 2013، الصفحات 142، 153، 155 و 156.

28 Art 4/2 du ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés privés par certaines personnes publics ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF, n° 131 du 7 juin 2005, texte n°10, P.10014.

29 Catherine, Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, L.G.D.J, Paris, 2002, p.245.

30 Art.111-5 de code pénal français, annexe de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réformes des dispositions générales du code pénal, JORF du 23 juillet 1992 , n°169, p.9864.

31 القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر: 14 المؤرخة في 8 مارس 2006، ص: 4، المعدل بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011، ج ر: 44 المؤرخة في 10 أوت 2011، ص 4

32 Art. 432-14 de code pénal français, annexe de la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réformes des dispositions générales du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique , JORF du 23 juillet 1992 , n°169, p.9899.

33 جاء تفسير محكمة النقض الفرنسية لكلمة acte مخالف لموقف الفقه من تلك المصطلح، فتعبير acte administratif يفيد بأنها الوسيلة القانونية للإدارة للقيام بتصرفاتها وتعبير عن موقف قانوني وتشمل الأعمال الإدارية المنفردة والتعاقدية وما شابهها أنظر: Pierre- Laurent Frier, Précis de droit administratif, 2eme éd, LGDJ, Montchrestien, 2003, p.169.

34 Cass. crim, 27 oct 1953, Ginestet: Bull. crim n° 271; Cass. crim 18 oct 1956, Jacquet, Bouvier, Girardin : Bull.crim, n° 654.

35 Cass. crim , 25 sept 1995, Corolleur , req n° X94-83771.PF, Bull.crim, n° 279.

36 Catherine, P-S, Op.Cit,pp.275-276.

37 V.LESCLOUS, " L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif ", JCP 1994, n°11, pp.145-147.

38 Ibid,p.145.

39 Cons. Const, 28 juill 1989 , n°89-261, DC, Rec,p.81, RFD adm 1989, p.621 note: B.GENEVOIS.

40 Cass. crim 18 oct 1956, Jacquet, Bouvier, Girardin, préc.

41 Cass. crim , 25 sept 1995, Corolleur, préc, cité par: Catherine, P-S, Op.Cit,pp.277.

42 انظر ما عليه استقر قضاء غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا بأن ليس من اختصاص الجهات القضائية الجزائية صفة إثبات بطلان عقد من عقود الحالة المدنية أو القضاء بالإدانة في جنحة التصريح الكاذب دون الإشارة إلى الفصل النهائي في النزاع الأصلي لدى القضاء المدني حول صحة العقد(غ.ج م: القرار 26248 المؤرخ في 04/07/1983 . المجلة القضائية رقم 1/1989 ، ص 362)، كما قضت بأن عدم عرض مسألة إبطال شهادة ميلاد محل التصريح الكاذب على القضاء المدني يجعل من المتابعة الجزائية سابقة لأوانها (غ.ج م: القرار 278569 المؤرخ في 06/01/2004 ، المجلة القضائية رقم 1/2004 ، ص 362).

43 أنظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني: الطبعة الرابعة، دار هومة للنشر، ص 112 وما بعدها.

44 T. Confl, 5 Juill 1951, Avranches et Desmarests, Rec.p.638, D. 1952, p.271, note. BLAEVEOET, JCP. 1951, II, 6623, note HOMONT.

45 Cass. Civ, 28 oct 1917, Guillou, S.1918,I, 193, note. DUGUIT.

46 Cass. crim, 1er Juin 1967, Gonivet et Dame Moret: Bul. crim n° 172, JCP, 1968 II, 15505, note. LAMARQUE, 21 déc 1961, Dame Le Roux : Bull. crim, n° 551, D.1962,J,p.102, rapport COSTA; JCP.1902, II 12680, note LAMARQUE.

47 N.DANTONEL-COR, " Le juge répressif et l' acte administratif unilatéral depuis la réforme", Rev, sc. crim, n°1, janv-mars 1999,p.20.

48 حول رقابة القاضي الجزائي لمدى احترام قواعد الاختصاص انظر: (Cass. crim, 3 avr 1935, Bull. crim n° 78, S, 1937,p.234) وحول رقبته على مدى احترام قواعد الشكل انظر: ( Cass. crim, 11 oct 1990, Bull. crim n°339 et 340, JCP.1990, éd ,G, IV,p.17) وحول الرقابة على عيب الانحراف في استخدام السلطة أنظر: ( Cass. crim, 11 oct 1990: Bull.crim n°340).

49 حول رقابة الملائمة للقاضي الإداري: أنظر: فريدة أبركان.(ترجمة: عبد العزيز أمقران)" رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة " مجلة مجلس الدولة 1/2002، ص ص 38-44.

50 Catherine, P-S, Op. Cit ,pp.289-290.

51 TGI Orléans, 5 juin 1996, Monsieur M., n° 1231/96/S3, Rev. Marchés public n° 5/1997, p.18-28, Droit des services publics locaux VII.30, mise à jour n° 11,p.48, à rapprocher avec CE, 9 dec 1994, Préfet des Vosges.c/Commune de chatelle sur Moselle, Rec, p.1035.

52 CE. Sect, 6 févr 1981, Delle Baudet, Rec,p53, AJDA 1981, 489, concl. DONDOUX ; CE.5 juin 1981 Delle Layali, RD pub. 1982, p.528.

53 Catherine, P-S, Op. Cit ,p.292.

54 CE, Sect, 5 janv 1945, Société d'union normande, Rec, p.9; CE 6 mai 1988, Ammouche, Rec,p.183.

55 Cass. crim, 30 mars 1971, Bull. crim n° 114, Cass. crim, 24 fév 1976, Bull. crim n° 89.

56 Cass. crim, 3 mai 1912, S.1914 I, p.420.

57 سبقت الإشارة إلى ذلك في الهامش رقم (37) من هذه الدراسة.