

اختصاص السلطة التشريعية بمجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري

The Competence of Legislative Authority in the Matter of Public Procurements under the Algerian Law

La Compétence du Pouvoir Législatif en Matière des Marchés Publics en Droit Algérien

تاريخ النشر: 2020/01/10	تاريخ القبول: 2019/07/05	تاريخ الإرسال: 2019/06/10
-------------------------	--------------------------	---------------------------

أ. بوبرقيق عبد الرحيم

BOUBERGUIG Abderrahim

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سيدي بلعباس

Faculté de droit et des sciences politiques, université Djillali Liabès

a.bouberguig@gmail.com

ملخص:

هذه الدراسة تبحث مشكلة اختصاص السلطة التشريعية في الجزائر أم لا بتحديد قواعد الصفقات العمومية عن طريق التشريع، وتهدف إلى إثبات أنه يجوز، لتنظيم هذا المجال، وخلافا لما هو سائد في القانون الجزائري في الوقت الحاضر (أي تنظيم الصفقات العمومية عن طريق نصوص تنظيمية)، استعمال أسلوب التشريع الأصلي الصادر عن السلطة التشريعية أو التشريع بالأوامر الصادر عن رئيس الجمهورية المنصوص عليهما في الدستور الجزائري؛ لأن مجال الصفقات العمومية لا يخرج كلياً عن نطاق التشريع، فهناك نصوص في الدستور الجزائري تفرض تنظيمه من خلال هذا الشكل من النصوص القانونية. الكلمات المفتاحية: مصادر قانون الصفقات العمومية؛ مجالات التشريع؛ المادة 140 من الدستور الجزائري؛ نظام الالتزامات المدنية والتجارية؛ الاختصاص القضائي

Abstract:

In Algeria, the executive authority has historically regulated the subject of public procurements by presidential and executive decrees, lately, for instance, the Presidential Decree no. 15-247 of 16 September 2015 relative to Public Procurements and Public Service's

Delegations; even though the Algerian Constitution as amended in 2016 contains several provisions that may serve as basis for a different legitimate solution regarding the regulation of this type of public contracts. This study will examine whether the legislative authority is competent or not to determine public procurements provisions in Algerian law, in the light of the French law and doctrine. Its main goal is to show that the legislative authority may make rules of law in matter of public procurements, in contrast to what is found in Algerian law, because there are multiple constitutional provisions imposing that solution. For this purpose, the author will apply the analytical approach including the method of interpretation in order to link the subject of public procurements to the areas of legislation that are defined by the Algerian Constitution. He will conclude that public procurements fall within the domain of legislation according to articles 140 and 141 of the Algerian Constitution. He will also conclude that the regulation of public procurements on the ground of article 140 and 141 previously mentioned can be achieved either by a Parliament Act or by a legislative ordinance promulgated by the President of the executive authority.

Key words: Sources of public procurements law; Areas of legislation; Article 140 of the Algerian Constitution; Regulation of Civil and Commercial Obligations; Jurisdictional Competence

Résumé:

Dans cette étude, nous allons répondre, à la lumière des avancements juridiques en droit français, à la question de savoir si le pouvoir législatif algérien est compétent ou non de régler le domaine des marchés publics, en vue de démontrer qu'il est en effet possible de régler le sujet des marchés publics en vertu des législations parlementaires ou des ordonnances législatives émanant du pouvoir exécutif parce que le domaine des marchés publics ne s'éloigne pas du champ de la compétence du pouvoir législatif ou celui du pouvoir exécutif dont il est de même pourvu de la faculté d'édicter des textes à caractère législatif sous la qualification de « ordonnance » en droit algérien car, il existe dans la Constitution algérienne des textes qui imposent impérativement cette solution.

Mots clés: sources du droit des marchés publics ; domaines de la législation ; article 140 de la Constitution algérienne ; régime des obligations civile et commerciale ; compétence juridictionnelle

مقدمة:

تشجيع الإدارة العامة، لمزاولة أعمالها الحريضة على تحقيق مصلحة عامة، حاجاتها إلى أشغال البناء واللوازم والخدمات والدراسات عن طريق عقود تسمى في القانون الجزائري "بالصفقات العمومية" التي تخضع لقواعد قانونية خاصة تختلف عن القواعد القانونية التي تخضع لها العقود الأخرى، كالعقود المدنية والتجارية¹، والتي - إشارة هنا إلى القواعد الخاصة بالصفقات العمومية - تتولى السلطة التنفيذية في الجزائر وضعها عن طريق المراسيم الرئاسية²، وتطبيقها عن طريق المراسيم التنفيذية³. غير أن هذه الطريقة أصبحت متقدمة في القوانين الأجنبية التي كانت تتبع من قبل طريقة النصوص التنظيمية لمعالجة المسائل الرئيسية المتعلقة بالصفقات العمومية، وخصوصا في القانون الفرنسي الذي يعتبر المصدر التاريخي والمادي للقانون الجزائري، بحيث حل التشريع في القانون الفرنسي مكان النصوص التنظيمية من أجل تنظيم الصفقات العمومية.

ويكتسب تنظيم الصفقات العمومية عن طريق التشريع أهمية بالغة في القانون الجزائري بسبب مبدأ الشرعية من جهة، وبسبب الرقابة الإدارية من جهة أخرى. إذ يتكون مبدأ الشرعية في القانون الجزائري من مصادر مختلفة ترتب من حيث القوة يقع على قمته الدستور الذي يمنح بصورة غير مباشرة اختصاص تنظيم الصفقات العمومية إلى السلطة التشريعية. ومن المعلوم أن النصوص التنظيمية، لصحتها، يجب، إذ تعتبر من قبيل النصوص الأدنى من حيث القوة من الدستور، أن تحترم أحكام هذا الأخير. مما يعني أن الاستغناء عن طريقة النصوص التنظيمية المعمول وتنظيم مجال الصفقات العمومية عن طريق التشريع سيحقق احترام مبدأ سيادة القاعدة القانونية في القانون الجزائري.

إلى جانب ذلك، تحتل الرقابة الإدارية مكانة هامة كذلك في قانون الصفقات العمومية. والرقابة التي تهمننا هنا هي الرقابة الإدارية الخارجية التي تمارسها لجان الصفقات العمومية المختصة التي خولها القانون صلاحية هامة تتمثل في الرقابة على مدى مطابقة إجراءات إبرام الصفقات العمومية للنصوص التشريعية والتنظيمية الجزائرية (المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الفقرة 1). وتتوج هذه الرقابة إما بمنح تأشيرة Visa إلى المصلحة المتعاقدة التي تدل - أي، التأشيرة - على مطابقة الصفقة للأحكام التشريعية والتنظيمية، أو أن ترفض اللجنة منحها بسبب معاينة انتهاك على الأحكام التشريعية أو التنظيمية (المادة 195 من النص السابق، الفقرة 2). ولقد أجاز القانون في هذه الحالة الأخيرة لأشخاص محددة على سبيل الحصر إصدار مقرر يتمثل غرضه في تجاوز قرار رفض منح التأشيرة، لإتمام الصفقة العمومية المخالفة للقانون. غير أن القانون ميز في هذا الصدد بين حالتين.

فأولاً، إذا عاينت اللجنة انتهاك حكم تشريعي، فإنها ترفض منح التأشيرة إلى المصلحة المتعاقدة، ويحظر بدون أي استثناء، كما يتبين من المادة 202 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الفقرة 1، على الأشخاص المحددة أن تلجأ إلى مقرر تجاوز رفض التأشيرة.

وثانياً، إذا عاينت اللجنة انتهاك حكم تنظيمي فإن الأشخاص المختصة تستطيع اتخاذ مقرر تجاوز رفض التأشيرة (المادة 200 و201 من نفس المرسوم). ولقد لقي مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة في هذه الحالة الأخيرة انتقاداً من جانب الفقه الجزائري، فمقرر تجاوز رفض منح التأشيرة في بعض الأحيان يترتب عنه انتهاك قواعد تشريعية، ورغم أن المقرر يستهدف في حقيقة الأمر تجاوز قرار صدر برفض منح التأشيرة نظراً لانتهاك حكم تنظيمي، ويضرب الفقه مثلاً عن ذلك بالمادة 26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁴ التي تنص في فقرتها الأولى على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية التي تتطلب، لقيامها من الناحية القانونية، انتهاك الموظف العمومي حكماً تشريعياً أو تنظيمياً يتعلق بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية (مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، ومبدأ المساواة في المعاملة بين المرشحين، ومبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية)، ليمنح، عمداً، إلى الغير امتيازاً غير مبرر⁵. ففي هذا المثال إن مقرر تجاوز التأشيرة، لو صدر عن الأشخاص المحددة قانوناً، بشأن قرار رفض منح التأشيرة بسبب انتهاك حكم تنظيمي يتعلق بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، كمخالفة الحكم الذي يفرض الإعلان عن إبرام الصفقات العمومية إلى المرشحين المحتملين (المادة 61 من المرسوم الرئاسي 2015-247) فإنه، وبصورة غير مباشرة، سيكون مخالفاً لأحكام المادة 26 من القانون رقم 06-01، وهي أحكام تشريعية أصلية.

ومن هذا يلاحظ أن تنظيم مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري عن طريق التشريع سوف ينزع عن مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة أغلب أهميته بما أن القانون الجزائري يحظر اللجوء إلى مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة في حالة انتهاك حكم تشريعي، ويقود بالتالي إلى فعالية الرقابة الإدارية الممارسة من جانب لجان الصفقات العمومية على إجراءات إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، واحترام القواعد الأساسية التي تنظم هذه العقود.

وعلى أساس ما سبق، سوف يحاول الباحث في هذه الدراسة أن يفحص إلى أي مدى لا تختص السلطة التشريعية بمجال الصفقات العمومية في الجزائر، وعلى أي أساس يمكن تنظيم موضوع الصفقات العمومية عن طريق التشريع في القانون الجزائري وهذا، في ضوء ما توصل إليه القانون الفرنسي والفقه هناك.

ويلزم، للإجابة عن الأسئلة السابقة، أن يدرس الباحث شكل تنظيم الصفقات العمومية في القانون الجزائري كما يأتي، فيلزم، أولاً، أن يناقش الباحث أساس تنظيم الصفقات العمومية

عن طريق النصوص التنظيمية حسب الفقه الجزائري. ويلزم ثانياً أن يحدد الأسس الدستورية التي تسوغ تنظيم الصفقات العمومية عن طريق التشريع في القانون الجزائري قياساً على ما توصل إليه الفقه الفرنسي في هذا الشأن. وأخيراً، يلزم أن يحدد السلطة التي تملك صلاحية التشريع في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

أما المنهج الذي تتبناه هذه الدراسة، فإنه يتمثل في المنهج التحليلي القانوني، ومن أدواتها التي اتبعها الفقه الفرنسي، كما سيتبين من هذه الدراسة⁶، لاستخلاص القواعد الدستورية التي تفرض تنظيم الصفقات العمومية عن طريق نصوص قانونية ذات قيمة تشريعية، أداة التفسير. فهذه الأداة أو الطريقة تستخدم كذلك في القانون الدستوري من أجل استخلاص العلاقة الموجودة بين مصادر المجموعة الدستورية Bloc de constitutionnalité التي يتكون منها النظام القانوني وبين موضوعات القانون الأخرى التي لا تشير إليها القواعد الدستورية بصورة مباشرة وصريحة⁷، وهذا مثلاً شأن موضوع الصفقات العمومية محل الدراسة هنا بالنسبة إلى القواعد الدستورية في الجزائر⁸ وفي فرنسا⁹.

أولاً: الأسس الفقهية التي يركز عليها تنظيم الصفقات العمومية من جانب السلطة التنفيذية عن طريق النصوص التنظيمية في الجزائر

يرى جانب من الفقه الجزائري أن ارتباط قواعد الصفقات العمومية بالحالة الاقتصادية والمالية للدولة، وضرورة الإسراع في تنفيذ هذه القواعد وتعديلها تفرض إصدار تلك القواعد عن طريق النصوص التنظيمية¹⁰. كما أن الأحكام الدستورية الجزائرية التي تحدد مجالات التشريع لا تشير إلى نظام الصفقات العمومية، وهذا يدل على أن تنظيم هذه العقود يدخل في اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع عن طريق النصوص التنظيمية¹¹. ومن الجائز أن يقال إن هذا الرأي مقبول ما دام أنه يركز، لإسناد تنظيم الصفقات العمومية إلى السلطة التنفيذية، إلى عوامل واقعية، كالحالة الاقتصادية للدولة والقواعد التي تحكم التعاملات المالية، كقاعدة السرعة في التعاملات التي تقتضي ضرورة الإسراع في وضع وتعديل قواعد الصفقات العمومية، لولا أن هناك قواعد دستورية تسوغ تنظيم الصفقات العمومية عن طريق التشريع، كما سوف تبين هذه الدراسة¹²، ولأن العوامل الاقتصادية وضرورة الإسراع في تنفيذ قواعد الصفقات العمومية وتعديلها لا تقوى لتبرير انتهاك أحكام الدستور المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين السلطات من جانب السلطة التنفيذية، فهي قد لا تعتبر من قبيل المصلحة العامة التي يمكن أن ترخص انتهاك أحكام الدستور. كما أنه يجوز للتشريع، برغم أن الدستور حدد مجالاته على سبيل الحصر، أن ينظم كذلك المجالات التي يمكن للسلطة التنفيذية أن تنظمها عن طريق النصوص التنظيمية المستقلة بدون أن يشكل ذلك سبباً

لإعلان عدم دستورية النص التشريعي الذي تدخل في مجالات الاختصاص التنظيمي المنوط بالسلطة التنفيذية¹³.

ويذهب البعض الآخر، كالرأي السابق، إلى منح اختصاص تنظيم الصفقات العمومية إلى السلطة التنفيذية، ولكن بالاستناد إلى أساس مختلف. بحيث يرى هؤلاء أن صلاحية تنظيم الصفقات العمومية عن طريق نصوص تنظيمية ترجع في الواقع إلى طبيعة القواعد القانونية الخاصة بالصفقات العمومية. فهذه القواعد، طبقا لهذا الرأي، تعتبر في أغلبها من قبيل القواعد الشكلية والإجرائية التي تتعلق بالمحاسبة العمومية¹⁴. ويظهر أن هذا الرأي محق بشأن الطابع الشكلي لقواعد الصفقات العمومية. فالشكلية في الصفقات العمومية هي قبل كل شيء شكلية "ذات طابع إداري" تلزم الإدارة العامة، لذلك يدخل تنظيمها في مجال اختصاص السلطة التنفيذية عن طريق النصوص التنظيمية. ولعل الأستاذ Casas عبر في القانون الفرنسي بوضوح عن المعنى السابق في مذكراته Conclusions إلى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris (الحكم القضائي الصادر في 5 مارس 2003) عندما قال: "إن تقنين الصفقات العمومية هو في النهاية، وفي جوهره تقنين خاص بالإجراءات الإدارية. لذلك تستطيع الدولة بكل تأكيد أن تفرض تطبيقه على نفسها من خلال النص التنظيمي"¹⁵.

لكن يبدو أن الرأي السابق محل نظر كذلك¹⁶. فالقانون الأساسي للصفقات العمومية الذي تضطلع السلطة التنفيذية في الجزائر بتنظيمه لا يتكون فقط من قواعد شكلية وإجرائية ذات طابع إداري، أو قواعد خاصة بالمحاسبة العمومية التي يبدو أنها تتعلق أساسا بمسألة الالتزام بالصرف والوفاء بالسعر في الصفقات العمومية، بل يتكون أيضا من قواعد مرتبطة ارتباطا وثيقا بنظام العقود¹⁷، كالقواعد التي تحدد محل العقد ومدته وبنوده الاتفاقية، فهذا النظام يدخل في مجال التشريع في نظام الالتزامات المدنية والتجارية، كما سوف تبين هذه الدراسة¹⁸. يخلص الباحث من ما سبق إلى أن الفقه الجزائري لا زال يستند، من أجل تبرير تنظيم مجال الصفقات العمومية عن طريق النصوص التنظيمية من جانب السلطة التنفيذية الجزائرية، إلى عوامل لا تمت بصلة إلى قواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية المضبوطة في الدستور الجزائري، أو يستند إلى عوامل تتعارض مع تلك القواعد. مما يعني أن احتمال تنظيم مجال الصفقات العمومية عن طريق نص قانوني ذو قيمة تشريعية ليس معدوما في القانون الجزائري.

ثانيا: محاولة إسناد تنظيم مجال الصفقات العمومية بالسلطة التشريعية

في فرنسا، قرر المجلس الدستوري في 22 أوت 2002 أنه لا يوجد أي نص في الدستور أو قاعدة ذات قيمة دستورية تفرض تنظيم شروط إبرام صفقات وعقود الدولة عن طريق

التشريع¹⁹. وحكم مجلس الدولة الفرنسي في 29 أبريل 1981 في قضية *Ordre des architectes* أن تنظيم جوانب الصفقات العمومية الخاصة بالجماعات المحلية منوط أيضا بالسلطة التنفيذية، ولا يمكن أن يناط بالسلطة التشريعية على أساس المادة 34 من الدستور الفرنسي التي تجعل من بين مجالات التشريع تنظيم الحرية في إدارة الجماعات الإقليمية²⁰. واستند مجلس الدولة الفرنسي، لتبرير موقفه السابق، إلى أحكام المرسوم الفرنسي الصادر في 12 نوفمبر 1938 الذي مدد نطاق أحكام التنظيم الخاص بصفقات الدولة إلى صفقات الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، وقد صدر هذا المرسوم بالتطبيق للقانون الفرنسي الصادر في 5 أكتوبر 1938، بالإضافة إلى المادة 21 من القانون الفرنسي الصادر في 7 أوت 1957 الذي يهدف إلى تشجيع إنجاز السكنات والمعدات الجماعية. وهذا يعني أن القواعد التي تنظم مجال الصفقات العمومية، سواء تعلقت بصفقات الدولة أم تعلقت بصفقات الجماعات المحلية، يمكن أن تصدر في شكل نص تنظيمي في القانون الفرنسي.

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي أيضا في 5 مارس 2003 في قضية *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris* بأنه لا المادة 34 من الدستور الفرنسي، ولا أي قاعدة أخرى ذات قيمة دستورية تفرض أن التشريع هو الذي يحدد شروط إبرام الصفقات الخاصة بالدولة. ويلاحظ هنا أن مجلس الدولة الفرنسي اقتبس، بصورة شبه حرفية، ما جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 22 أوت 2002 الذي أشار الباحث إليه سابقا. كما أنه استند أيضا إلى المرسوم الفرنسي الصادر في 12 نوفمبر 1938، كما فعل في حكمه الصادر في 29 أبريل 1981، وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هذا النص القانوني لم يلغى بصورة صحيحة من النظام القانوني الفرنسي بموجب المرسوم الصادر في 28 نوفمبر 1966، فخلص من ذلك إلى أن السلطة التنفيذية الفرنسية تستطيع عن طريق نص تنظيمي إخضاع الصفقات العمومية الخاصة بالجماعات المحلية إلى نفس القواعد الصادرة بشأن تنظيم الصفقات العمومية الخاصة بالدولة²¹.

ويعتقد البعض أن الحل القضائي السابق يجد تفسيره في تلك الرغبة التي كانت لدى مجلس الدولة الفرنسي في تفادي المساس بالوضعية الموجودة في القانون الفرنسي منذ سنة 1938؛ لأن إبطال النصوص القانونية لسنة 1938 التي تسوغ تنظيم الصفقات العمومية عن طريق نصوص تنظيمية كان سيؤدي إلى المساس باستقرار الأوضاع التي نشأت عن تلك النصوص²². بينما أصبح يجوز للقضاء الإداري الفرنسي، بمقتضى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 ماي 2004 في قضية *Association AC !*²³، تعديل آثار إبطال الأعمال القانونية من ناحية الزمان تعديلا يخفف من نتائج البطلان الخطيرة على الأوضاع التي نشأت عنها، وهو ما كان سيؤدي إلى حل مختلف لو صدر الحكم في قضية

Ordre des avocats à la Cour d'appel Association AC !
de Paris²⁴.

أما الفقه الفرنسي الغالب، فأراد، بخلاف ما ذهب إليه المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيان، أن تتولى السلطة التشريعية تنظيم عقد الصفقات العمومية، أو على الأقل أن يصدر تنظيمه في نص قانوني يقع في مرتبة أعلى من مرتبة النصوص التنظيمية في سلم القواعد القانونية؛ فالعقود الإدارية الأخرى، مثل عقود الإيجار الإدارية Bail emphytéotique administratif وعقود الشراكة العامة-الخاصة، تنظم، وعلى عكس الصفقات العمومية التي تعتبر كذلك من العقود الإدارية، عن طريق التشريع في القانون الفرنسي²⁵. واستند الفقه الفرنسي، لإثبات أن السلطة التشريعية تختص كذلك بتنظيم الصفقات العمومية، إلى أساسيين دستوريين²⁶ هما: أولاً، المادة 34 من الدستور الفرنسي التي تسمح بالتشريع في مجال الالتزامات المدنية والتجارية، وثانياً، المادة 72 من الدستور الفرنسي المتعلقة بالحرية في إدارة الجماعات المحلية.

وإلى جانب الأساسين السابقين، يوجد أساس آخر لتنظيم الصفقات العمومية عن طريق التشريع لا يقل أهمية يتمثل في قواعد تحديد الاختصاص القضائي بمنازعات الصفقات العمومية من خلال تحديد طبيعتها القانونية؛ وهذا الأساس مهم بالنسبة إلى القانون الجزائري، لأن الصفقات العمومية لا زالت فيه تخضع للمعايير القضائية المحددة للعقود الإدارية، وليست، بالتالي، من العقود الإدارية بتعيين القانون كما هو الحال في القانون الفرنسي في الوقت الحاضر. وسوف يعرض الباحث هذه الأسس الثلاثة على التوالي كما يأتي.

1- ارتباط الصفقات العمومية بقانون الالتزامات المدنية والتجارية: من مجالات التشريع المحددة في الدستور قواعد الالتزامات المدنية والتجارية التي خول الدستور بصراحة أمر تنظيمها للسلطة التشريعية وحدها، كالمادة 140 من الدستور الجزائري والمادة 34 من الدستور الفرنسي؛ ومن بين هذه الالتزامات التي يجوز للسلطة التشريعية تنظيمها هناك العقود المدنية والتجارية؛ لأن العقد يعتبر من - أهم - مصادر الالتزام في القانون²⁷.

كذلك في القانون الإداري، تعتبر الصفقات العمومية عقدا كسائر العقود المدنية والتجارية، يقوم كذلك بتطابق إرادتين أو أكثر، يجب أن تكون إحداها صادرة عن شخص معنوي عام، من أجل إحداث أثر قانوني²⁸. غير أن الصفقات العمومية تعتبر، فوق ذلك، عقدا من نوع خاص هو أنها عقد إداري يختلف عن العقود المدنية والتجارية، مما يعني، في وهلة أولى، أن الصفقات العمومية، إذ تعتبر عقدا إداريا، وبرغم أنها تصرف اتفاقي (بمعنى تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني) لا تخضع لقواعد الالتزامات المدنية والتجارية، بل تخضع لقواعد القانون الإداري؛ وتخرج بذلك عن نطاق اختصاص السلطة التشريعية؛ لأن الدستور

يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم قواعد الالتزامات المدنية والتجارية فقط، ولا يعهد إليها بتنظيم قواعد الالتزامات الإدارية كذلك.²⁹

غير أن الفقه الفرنسي لا يعتبر ذلك مانعا عن تنظيم الصفقات العمومية بموجب التشريع. إذ يعتقد البعض أن الالتزامات في القانون الإداري لا تختلف كثيرا عن فكرة الالتزامات المدنية والتجارية، وذلك لسببين. فأولا، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في بعض الحالات أن المسؤولية شبه العقدية في القانون الإداري - وهذه المسؤولية هي، بصفة عامة، من مصادر الالتزامات في القانون المدني³⁰ - تنتمي أيضا إلى نظام الالتزامات المدنية والتجارية³¹. فأولى أن تعتبر الصفقات العمومية كذلك من نظام الالتزامات المدنية والتجارية؛ لأن الصفقات العمومية قبل كل شيء تعتبر، كما رأى الباحث، عقدا كسائر العقود المدنية والتجارية، وهي بالتالي من مصادر الالتزام التي يجب أن تضطلع السلطة التشريعية بالتشريع فيها على أساس المادة 34 من الدستور الفرنسي. وثانيا، إن الأعمال التحضيرية المتعلقة بالدستور الفرنسي لسنة 1958 لم تقصر مجال اختصاص السلطة التشريعية على الالتزامات المدنية والتجارية بحصر معنى الكلمة. بل أراد المؤسس الدستوري الفرنسي إدراج قانون الالتزامات في مجموعه في مجال اختصاص السلطة التشريعية الفرنسية بدون التمييز بين الالتزامات المدنية والتجارية من جهة، والالتزامات الإدارية من جهة أخرى.³²

كذلك في الدستور الجزائري أسندت المادة 140 إلى السلطة التشريعية تنظيم موضوع قانون الالتزامات. وأشارت المادة 140، كالقانون الفرنسي، إلى نوعين من الالتزامات هي: الالتزامات المدنية، والالتزامات التجارية، بحيث نصت على ما يأتي: "يشعر البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: [...] نظام الالتزامات المدنية والتجارية، [...]". وهذا لا يعني أن مجال التشريع مقصور في القانون الجزائري على الالتزامات المدنية والتجارية بحصر معنى الكلمة. بل يشمل كذلك المصادر الأخرى للالتزامات، كتلك الخاصة بالقانون الإداري مثل الصفقات العمومية. فلا يبدو أن هناك مجال للاختلاف بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي حول تفسير معنى الالتزامات المدنية والتجارية كمجال لاختصاص السلطة التشريعية.

مع ذلك، يوجد استثناء من اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم مجال الصفقات العمومية على أساس قواعد الالتزامات المدنية والتجارية. فهناك موضوعات تتعلق بالصفقات العمومية لا يمكن للسلطة التشريعية أن تنظمها في التشريع؛ لذلك يجوز للسلطة التنفيذية أن تنظمها بواسطة النصوص التنظيمية. فالدستور الفرنسي أشار في المادة 34 المتعلقة باختصاص السلطة التشريعية إلى "المبادئ الأساسية" *Principes fondamentaux* فقط.³³ إذ تقسم مجالات اختصاص السلطة التشريعية المحددة في المادة 34 من الدستور

الفرنسي قسمان: القسم الأول، وتضطلع فيه السلطة التشريعية بتحديد القواعد المتعلقة بمجال معين، كالجنايات والجنگ والعقوبات المقررة لها. ويجوز للسلطة التشريعية في هذا القسم أن تشرع بشكل مفصل ودقيق دون ضرورة أن تترك أي شيء للسلطة التنفيذية، لكنها تستطيع مع ذلك معالجة الجوانب الرئيسية للموضوع، والإحالة إلى التنظيم كلما اقتضى الأمر ذلك من أجل التفصيل أكثر فيها. والظاهر أن الدستور الجزائري أخذ بهذا القسم في جميع مجالات التشريع المنصوص عليها في المادة 140 من الدستور. وهناك القسم الثاني الذي لا يجوز للبرلمان أن يشرع في مجالاته إلا بالنسبة إلى المبادئ الأساسية، كالتنظيم العام للدفاع الوطني، ونظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية. ويندرج قانون الصفقات العمومية في هذا القسم، طبقا للفقهاء الفرنسيين³⁴. ولهذا أشار الأستاذ Terneyre بالنسبة إلى الصفقات العمومية في القانون الفرنسي إلى أن النص التنظيمي لا يستطيع أن يتناول جميع جوانب الصفقات العمومية إلا تلك المتعلقة بإجراءات إبرام صفقات الدولة ومؤسساتها العامة، حيث تخضع الجوانب الموضوعية، كمحل العقد، ومدته، وطرق الوفاء بسعره، وبنوده المالية، والتعاقد من الباطن إلى نص تشريعي من جانب البرلمان؛ لأنها تشكل قواعد أساسية من قواعد الالتزامات المدنية والتجارية طبقا للمادة 34 من الدستور الفرنسي³⁵.

غير أن مسألة التمييز بين "المبادئ الأساسية" التي تتعلق بالالتزامات المدنية والتجارية والقواعد الأخرى لا نلتقيها في القانون الجزائري؛ لأن المادة 140 من الدستور الجزائري أشارت، وبدون أي تحديد، إلى أن السلطة التشريعية تشرع في "نظام" الالتزامات المدنية والتجارية. ويدخل في معنى النظام Régime المبادئ الأساسية والقواعد المطبقة لها على السواء؛ لأن عبارة "النظام" المستخدمة في القانون الجزائري أوسع من حيث النطاق بالنسبة إلى عبارة "المبادئ الأساسية" المستخدمة في القانون الفرنسي. وبهذا يفسح الدستور الجزائري المجال أمام السلطة التشريعية لتنظيم جميع الجوانب المتعلقة بنظام الالتزامات المدنية والتجارية، ومن بينها نظام الصفقات العمومية دون عناء البحث عما إذا كانت تلك الجوانب من المبادئ الأساسية للالتزامات المدنية والتجارية أو كانت من القواعد الأخرى المرتبطة بها.

2- مبدأ الحرية في إدارة الجماعات المحلية: أما الحرية في إدارة الجماعات المحلية فلا يوجد لها مقابل في الدستور الجزائري الحالي. وأما الدستور الفرنسي، فنص عليها في المادة 72 - وبالتحديد - في الفقرة 3 التي جاء فيها ما يأتي: "تتولى مجالس منتخبة إدارة هذه الجماعات بحرية وتتمتع بسلطة تنظيمية لممارسة اختصاصاتها وفق الشروط التي يحددها القانون"³⁶. كذلك نصت المادة 34 من الدستور الفرنسي على أن البرلمان الفرنسي يتمتع بسلطة التشريع فيما يخص الحرية في إدارة الجماعات المحلية، وقد جاء فيها ما يأتي: "يضبط القانون المبادئ الأساسية الآتية: [...] الاستقلال الإداري للجماعات الإقليمية

واختصاصاتها وموارده³⁷. وهناك شبه إجماع في الفقه الفرنسي على أن هذا النص يسوغ، بلا أدنى شك، تنظيم الصفقات العمومية الخاصة بالجماعات المحلية عن طريق التشريع³⁸؛ لأن عملية التعاقد تعتبر من مظاهر ممارسة الحرية في إدارة الجماعات المحلية، وما دام يترتب عن الصفقات العمومية مجموعة من الالتزامات على عاتق تلك الأشخاص المعنوية العامة³⁹، ومادام أيضا لا يجوز فرض التزامات وواجبات جديدة على الجماعات المحلية إلا بتشريع⁴⁰، فإن تنظيم الصفقات العمومية الخاصة بالجماعات المحلية منوط بالسلطة التشريعية وليس بالسلطة التنفيذية في القانون الفرنسي. مع الملاحظة أن التشريع من جانب البرلمان في الصفقات العمومية على أساس المادتين 72 و34 من الدستور الفرنسي المتعلقين بمبدأ الحرية في إدارة الجماعات المحلية لا يخص سوى العقود المبرمة من جانب الجماعات المحلية، فهو لا يشمل، إلى جانب ذلك، صفقات الدولة ومؤسساتها العامة.

3- تحديد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية: قدم الباحث أن الصفقات العمومية في القانون الجزائري "تخضع لقواعد قانونية خاصة تختلف عن القواعد القانونية التي تخضع لها العقود الأخرى"⁴¹، وتتكفل جهة قضائية خاصة في الجزائر، وهي الجهة القضائية الإدارية، بفرض احترامها. لكن اختصاص هذه الجهة القضائية بحل النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية يتوقف على الطبيعة القانونية للعقد المعروض أمامها، إن كان من العقود الإدارية أم من العقود التي تخضع للقانون الخاص. وهنا تكمن أهمية تقسيم العقود في القانون الجزائري إلى عقود إدارية وعقود خاصة: إنها تكمن في تحديد اختصاص الجهة القضائية الإدارية والجهة القضائية العادية⁴². فالجهة القضائية الإدارية لا تختص سوى بالعقود الإدارية، وهناك معياران لتعيين هذه العقود، وضمنها الصفقات العمومية، لتحديد اختصاص الجهة القضائية الإدارية: فأولا، هناك المعيار التشريعي وبمقتضاه، يتكفل المشرع بنفسه بتحديد في القواعد القانونية ما يعد من قبيل العقود الإدارية؛ لأن تحديد نوع العقد يؤدي إلى تحديد الجهة القضائية المختصة بالبت في النزاعات المتعلقة بذلك العقد⁴³. كالمادة 3 من الأمر الفرنسي رقم 899-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية، الموافق عليه بمقتضى المادة 39 من القانون الفرنسي رقم 1691-2016 الصادر في 9 ديسمبر 2016 المتعلق بالشفافية ومكافحة الرشوة وتحديث الحياة الاقتصادية⁴⁴، والتي نصت بصراحة على أن الصفقات العمومية التي تخضع لهذا الأمر، وتبرمها أشخاص معنوية من القانون العام، تعتبر من قبيل العقود الإدارية⁴⁵. وثانيا، هناك المعيار القضائي، ويتكون من ثلاثة عناصر استنبطها القضاء الإداري الفرنسي، وهي: 1- وجود شخص معنوي عام كطرف في الرابطة الاتفاقية، 2- وأن يتعلق العقد بمرفق عام، 3- ووضع بنود غير مألوفة في القانون الخاص ضمن العقد⁴⁶.

وفي القانون الجزائري لا زالت الصفقات العمومية تعتبر من العقود الإدارية بتعيين القضاء الإداري أي، بتطبيق المعايير القضائية المذكورة مسبقا، إذ لا يوجد نص قانوني يحدد طبيعتها القانونية، غير أن تحديد طبيعة الصفقات العمومية بالنظر إلى المعيار القضائي، إن كانت من العقود الإدارية أو الخاصة يعتبره الغموض وعدم الانضباط، وهذا ينطوي على خطورة كبيرة. حيث أن تحديد طبيعة العقد إن كان إداريا أم خاص يترتب عنه تحديد أي النظامين يطبق على التصرف الاتفاقي الذي كانت الإدارة العامة طرفا فيه؛ فإذا كان العقد إداريا بينما وصفه الأطراف بأنه عقد خاص ليخضع لأحكام قانونية تختلف عن أحكام القانون الإداري (يقع ذلك في العادة بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون الإداري الملزمة) فإنه يؤدي إلى عيب في تكوين العقد. وهذا العيب من طبيعته ترتيب بطلان العقد. وما من شك إن البطلان يعتبر من أخطر أنظمة زوال العقد؛ لأنه يسري في الزمان بأثر رجعي، فوق سريانه بأثر فوري في المستقبل. وينتج عنه أثر آخر خطير يتمثل في ضرورة إعادة الأوضاع القانونية والمادية إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، إذا جرى تنفيذ العقد الإداري. وتتميز مسألة إعادة تلك الأوضاع إلى ما كانت عليه بطابع التعقيد في القانون الإداري.

فيبدو أنه من الضروري أن يلجأ القانون الجزائري إلى تحديد طبيعة الصفقات العمومية في نص قانوني صريح، بدلا من مواصلة الاستناد إلى المعايير القضائية الموضوعة لتحديد العقود الإدارية. ويسند الدستور إلى السلطة التشريعية وحدها تحديد اختصاص الجهات القضائية الموجودة في النظام القانوني؛ لأن تحديد اختصاص هذه الجهات يمس بالضمانات الأساسية المكفولة للمواطنين لممارسة الحريات العامة⁴⁷. فقد نصت المادة 140 من الدستور الجزائري على أنه: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: القواعد المتعلقة بإنشاء الهيئات القضائية". ونصت المادة 141 من نفس الدستور على أنه: "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية: القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي". ويتبين من هذين النصين أن تحديد اختصاص الجهات القضائية يمكن أن يجري عن طريق التشريع العادي، وذلك عند تحديد القواعد المتعلقة بإنشاء جهة قضائية، أو عن طريق التشريع العضوي. ويتبين كذلك أن السلطة التشريعية، سواء عن طريق التشريع العادي أو العضوي، تختص بمفردها بتحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية بأنها عقد إداري أو عقد يخضع للقانون الخاص؛ لأن ذلك يمس بقواعد توزيع الاختصاص بين الجهة القضائية العادية والجهة القضائية الإدارية⁴⁸.

ولذلك نجد في القانون الفرنسي أن الصفقات العمومية - بوجه عام⁴⁹ - لم تصبح من العقود الإدارية بتعيين القانون إلا بموجب المادة 2 من القانون رقم 1168-2001 الصادر في

11 ديسمبر 2001 المتضمن الإجراءات المستعجلة للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي⁵⁰ التي أكسبت تلك العقود، بصراحة، وصف العقد الإداري إذا كانت مبرمة طبقا لتقنين الصفقات العمومية، ونصت أيضا على ذلك المادة 3 من الأمر الفرنسي رقم 899-2015. أما المراسيم الرئاسية الفرنسية التي نظمت من قبل الصفقات العمومية، فلم ترد بها أي إشارة إلى الطبيعة القانونية للصفقات العمومية، مما يؤكد مجددا على أن تحديد طبيعتها القانونية (إن كانت من العقود الإدارية أم العقود الخاصة) يدخل بالذات في مجالات التشريع وليس في مجالات النصوص التنظيمية، وإلا لنصت عليها تلك المراسيم دون الحاجة إلى انتظار صدور نص تشريعي يقرر ذلك بدلا عنها.

ومن كل ما سبق، يخلص الباحث إلى أن الصفقات العمومية تصلح في القانون الجزائري كموضوع لنص تشريعي خاص، طبقا للأسس التي استخلصها الفقه الفرنسي، على الرغم من أن الدستور الجزائري لا يعهد بصراحة إلى السلطة التشريعية بتحديد نظامها القانوني، فمن الصحيح أنه في القانون الدستوري يمتد مجال النصوص التنظيمية إلى جميع الموضوعات التي لم يخص الدستور السلطة التشريعية بها⁵¹. إلا أن هذا الأمر لا ينطبق كليا على الصفقات العمومية، فهذا المجال أيضا من اختصاص السلطة التشريعية في القانون الجزائري - قياسا على القانون الفرنسي - وذلك لأن المادة 140 من الدستور الجزائري أناطت بالبرلمان التشريع في نظام الالتزامات المدنية والتجارية بدون التمييز بينها والالتزامات الإدارية، وضمنها العقود والصفقات العمومية، ولأن الدستور الجزائري منحه كذلك سلطة التشريع لتحديد قواعد الاختصاص القضائي من خلال تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية إن كانت من العقود الإدارية، وبالتالي تخضع لاختصاص القاضي الإداري، أو كانت من العقود المدنية أو التجارية فتخضع لاختصاص القاضي العادي.

ثالثا: من يملك سلطة التشريع في مجال الصفقات العمومية

لا جدال أن السلطة التشريعية تتولى التشريع في المجالات التي حددها لها الدستور. فهي السلطة المخولة، في الأصل، إصدار القواعد القانونية داخل الدولة (المادة 112 من الدستور الجزائري). ولهذا السبب يعتبر التشريع، لترتيبه على سلم القواعد القانونية، أعلى من النصوص التنظيمية⁵². ولكن الدستور الجزائري خول كذلك رئيس الجمهورية سلطة التشريع. وتكتسي هذه السلطة شكل خاص يطلق عليه اسم "التشريع بالأوامر" المنصوص عليه في المادة 142 من الدستور الجزائري. ويعتبر هذا الأخير من مصادر المشروعية في القانون الإداري⁵³. ويقع بجانب التشريع الأصلي الصادر مباشرة عن السلطة التشريعية⁵⁴. ولا يجوز اللجوء إليه إلا في المجالات المحددة للسلطة التشريعية؛ لأن المجالات الأخرى تدخل في نطاق اختصاص رئيس السلطة التنفيذية بالتشريع عن طريق النصوص التنظيمية. وهذا معناه

بمفهوم المخالفة أن عدم اختصاص السلطة التشريعية بمجال الصفقات العمومية يخرجها أيضا عن نطاق التشريع بالأوامر من جانب رئيس السلطة التنفيذية. ولكن الباحث رأى أن هذا المجال لا يخرج - كليا - عن نطاق اختصاص السلطة التشريعية في القانون الجزائري. وعلى هذا، فإن معالجة موضوع الصفقات العمومية بغير طريق التنظيم يجوز في القانون الجزائري بأحد الشكلين التاليين: 1- بالتشريع الصادر مباشرة عن السلطة التشريعية، أو 2- عن طريق التشريع بالأوامر الصادر عن رئيس السلطة التنفيذية.

لكن تلزم الإشارة إلى أنه يوجد اختلاف رئيسي في القانون الجزائري بين التشريع الصادر عن السلطة التشريعية والتشريع بالأوامر الصادر عن رئيس السلطة التنفيذية. فالشكل الأول من التشريع يصدر عن السلطة التشريعية بمجرد المصادقة عليه، أما الشكل الآخر، فلا يصبح بمنزلة التشريع إلا بعد موافقة السلطة التشريعية عليه⁵⁵. فإذا لم توافق عليه السلطة التشريعية اعتبر ذلك النص لاغيا (المادة 142 من الدستور الجزائري، الفقرة 3)⁵⁶. لذلك يجب على رئيس الجمهورية أن يعرض الأمر التشريعي الذي أصدره على السلطة التشريعية من أجل الموافقة عليه (المادة 142 من الدستور الجزائري، الفقرة 2).

وبرغم الاختلاف السابق، فإن التشريع بالأوامر يبدو أحسن من التشريع الصادر عن البرلمان فيما يتعلق بموضوع الصفقات العمومية. فالسلطة التنفيذية في الجزائر تعودت على تنظيم موضوع الصفقات العمومية؛ لأنها، أولا، احتكرت لفترة طويلة تنظيم هذه العقود عن طريق النصوص التنظيمية. كما أنها طورت قانون الصفقات العمومية الجزائري بصورة كبيرة، وكفي، لإثبات ذلك، أن نذكر عقود الأشخاص المستثناة من نطاق تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 15-247. فقد أخضعت السلطة التنفيذية إبرام هذه العقود إلى المبادئ الرئيسية لإبرام الصفقات العمومية (وهي: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة في المعاملة ما بين المرشحين، وشفافية الإجراءات، المادة 5 من ذات المرسوم). وإجراءات إبرامها؛ وأحاطتها بشروط هامة. فأخضعت المؤسسات العمومية للاقتصادية لها، على الرغم من أن القانون استثنائها من نطاق تطبيقه (المادة 9 من المرسوم السابق). كذلك أخضعت المؤسسات العمومية التجارية والصناعية إلى قواعد إبرام الصفقات العمومية عندما تنجز عملية غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية (المادة 8 من نفس المرسوم). وأخضعت أخيرا كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، ولأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لإبرام صفقاتها، إلى المبادئ الأساسية التي تدير إبرام الصفقات العمومية إذا كانت هذه الهيئات تستعمل الأموال العمومية (المادة 11 من نفس المرسوم).

وثانياً لأن الهدف الرئيسي من البحث عن أساس قانوني لتنظيم مجال الصفقات العمومية عن طريق التشريع لا يتمثل، أي ذلك الهدف، في نزع الاختصاص بتنظيم الصفقات العمومية من السلطة التنفيذية وإسناده إلى السلطة التشريعية لتمارسه بمفردها، بل يتمثل في إفراغ نفس القواعد القانونية الواردة بالنصوص التنظيمية الرامية إلى تنظيم الصفقات العمومية في نص ذو طبيعة تشريعية، باستثناء المسائل ذات الطابع التقني الصرف الخاصة بالصفقات العمومية التي يتعين أن تبقى ضمن النصوص التنظيمية⁵⁷، لكي تكتسي تلك القواعد الطبيعة التشريعية، وتتبوأ بالتالي مكانة أعلى في سلم القواعد القانونية في النظام القانوني الجزائري. لذلك، يتعين أن تحتفظ السلطة التنفيذية في الجزائر بصلاحيات وضع القواعد القانونية التي تحدد موضوع الصفقات العمومية، ولكن بطريق آخر هو التشريع بالأوامر. ولن يشذ القانون الجزائري عما ذهب إليه بعض القوانين الأجنبية إذا قرر تنظيم الصفقات العمومية عن طريق الأمر التشريعي بدلا عن التشريع الأصلي. فقد استخدم القانون الفرنسي أيضا طريقة التشريع بالأوامر لتنظيم موضوع الصفقات العمومية؛ وذلك لأن السلطة التشريعية الفرنسية فوضت الحكومة الفرنسية - إذ لا يجوز لهذه الأخيرة أن تلجأ إلى شكل التشريع بالأوامر المنصوص عليه في المادة 38 من الدستور الفرنسي إلا بعد الحصول على رخصة تطلب مقدما من السلطة التشريعية - بمقتضى القانون الفرنسي رقم 1545-2014 الصادر في 20 ديسمبر 2014⁵⁸ وضع تنظيم الصفقات العمومية في شكل أمر تشريعي في أجل لا يتعدى 9 أشهر⁵⁹. وقد كانت السلطة التنفيذية في فرنسا هي من يقوم بتحديد القواعد الخاصة بالصفقات العمومية في النصوص التنظيمية من قبل. فصدر الأمر الفرنسي رقم 899-2015 في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية الذي وافق عليه البرلمان الفرنسي بالقانون رقم 1691-2016 الصادر في 9 ديسمبر 2016 المتعلق بالشفافية ومكافحة الرشوة وتحديث الحياة الاقتصادية. وتقرر اللجوء إلى التشريع بالأوامر المنصوص عليه في المادة 38 من الدستور الفرنسي لسببين: السبب الأول، وهو سبب عملي، يتعلق باعتبار ربح الوقت، وعدم إثقال برنامج أشغال البرلمان الفرنسي بمشاريع قوانين جديدة. والسبب الثاني قانوني يتمثل بصورة رئيسية في إعطاء أساس تشريعي لقانون الصفقات العمومية⁶⁰.

خاتمة:

تتمثل النتيجة الرئيسية التي تترتب عن هذه الدراسة في إمكانية تنظيم مجال الصفقات العمومية عن طريق نص تشريعي في القانون الجزائري؛ لأن هناك نصوصا في الدستور الجزائري تتضمن الأسس التي يمكن، عن طريقها، تنظيم ذلك المجال من جانب السلطة

التشريعية. وهذه النصوص الدستورية تعتبر أساساً متينة ترخص اللجوء إلى التشريع، والتخلي عن طريقة النصوص التنظيمية من أجل معالجة الجوانب الرئيسية من قانون الصفقات العمومية في الجزائر.

ولتحقيق هذه النتيجة في الواقع، يقترح الباحث أن يتخذ التشريع الذي ينظم المسائل الرئيسية المتعلقة بالصفقات العمومية شكل الأمر التشريعي؛ لأن السلطة التنفيذية، إذ منحها الدستور الجزائري صلاحية التشريع، بصورة استثنائية، في نفس المجالات المنوطة بالسلطة التشريعية عن طريق الأمر التشريعي، تعودت على تنظيم موضوعات الصفقات العمومية عن طريق النصوص التنظيمية، وطلورت كثيراً في جوانب هذا العقد القانونية.

كما أنه سيكون من الأحسن أن يغتنم المجلس الدستوري الجزائري أي فرصة تتاح أمامه للتذكير بمدى اختصاص السلطة التشريعية بمجال الصفقات العمومية لكي ينبه السلطة التنفيذية إلى وجود طريقة دستورية أخرى ممكنة لتنظيم الصفقات العمومية، ويكون قرار هذا المجلس أساساً من بين الأسس التي ستسترشد بها السلطة التنفيذية في الجزائر للتشريع بالأوامر في مجال الصفقات العمومية.

الهوامش والمراجع:

- ¹ انظر: عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط. 4، ص 6: محمد الصغير بعليل: العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، ص 4.
- ² انظر مؤخرًا: المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، 20 سبتمبر 2015، ص 3. وانظر في النصوص القانونية التي نظمت الصفقات العمومية في الجزائر منذ الاستقلال: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 12 إلى 31.
- ³ انظر: المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 16، 13 مارس 2011، ص 7.
- ⁴ ج.ر، عدد 14، 8 مارس 2006، ص 4.
- ⁵ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 316. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في الفقرة 3 حظرت على لجنة الصفقات العمومية منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة في حالة معارضة انتهاك وقع على حكم تشريعي و/أو تنظيمي يتعلق بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية. ولم تكن تنظيمات الصفقات العمومية القديمة تنص على حكم من هذا القبيل. غير أن المادة 195 المذكورة مسبقاً لم تشر إلى ما إذا كان يجوز للأشخاص المختصة أن تصدر مقرر تجاوز قرار رفض منح التأشيرة أم لا في تلك الحالة، والظاهر أنه لا يجوز إصدار مقرر تجاوز قرار رفض منح التأشيرة بسبب انتهاك أحكام تنظيمية تتعلق بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية؛ لأن المبادئ السابقة قد تكون من المبادئ ذات مصدر من الدستور في القانون الجزائري، إذ يمكن ربطها بأحكام الدستور، وبالتحديد مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادتين 32 و63 من الدستور الجزائري. انظر في العلاقة بين المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية والدستور:

CC, 26 juin 2003, décision no 2003-473 DC, loi d'habilitation du Gouvernement de la simplification du droit, Journal officiel de la République française, 3 juillet 2003, p. 11205, note É. Fatôme, L. Richer, RFDC, Presses universitaires de France, no 56, 2003, pp. 772-788.

⁶ انظر: هذه الدراسة، الجزء الثاني.

⁷ Voy., P.-Y. Gahdoun : « Le Conseil constitutionnel et le contrat », NCCC, Conseil constitutionnel français, no 31, 2011, p. 54 : « [...] **l'absence de fondement constitutionnel est un obstacle aisément surmontable. Il existe en effet de nombreux principes absents des grands textes constitutionnels et qui, pourtant, s'y rattachent par la magie de l'interprétation [...]** ».

⁸ ويكفي أن نقص الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر، عدد 14، 7 مارس 2016، مادة بعد مادة، إلى جانب ديباجته لأنها جزء لا يتجزأ منه، لكي نتأكد من أن القانون الأساسي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لا يشير بصراحة إلى الصفقات العمومية في أي جزء من الأجزاء التي يتكون منها.

⁹ Voy., J.-M. Peyricat : « Notion de marché public », Enc. Coll. Loc., mars 2017, no 9.

¹⁰ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 21.

¹¹ نفس المرجع، ص 24-25.

¹² انظر: هذه الدراسة، الجزء الثاني.

¹³ L. Favoreu e.a. : Droit constitutionnel, Dalloz, France, 19^e éd., 2017, p. 898 no 1269 : « **Le règlement n'a pas un domaine réservé, ce qui signifie que la loi peut investir toutes les matières sans risque d'être déclarée inconstitutionnelle [...]** ».

¹⁴ Voy., M. Kobtan : « Introduction à l'étude du droit des marchés publics », Revue du Conseil d'État, Conseil d'État algérien, no 3, 2003, p. 36 no 32 ; p. 36 no 32 ; Idem : Le régime juridique des contrats du secteur public: étude de droit comparé Algérien et Français, O.P.U, Algérie, 1983, p. 128 no 206.

ويقصد بقانون المحاسبة العمومية: "مجموعة القواعد القانونية والفنية المطبقة على تنفيذ، وجرّد، والرقابة على العمليات المالية للأجهزة العمومية". انظر: J. Magnet: Éléments de comptabilité publique, LGDJ, France, 5e éd., 2001, p. 9, cité par : L. Marcus : L'unité des contrats publics, Dalloz, France, 2010, p. 360 no 321. ويطبق هذا القانون على العقود التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها إذا أدى تنفيذ هذه العقود إلى تحصيل إيرادات لمصلحة الإدارة العامة أو القيام بالإنفاق من المال العام. انظر: L. Marcus, préc., p. 321 no 360. وهذا بالذات المعنى الذي قصده الأستاذ قبطان من قواعد المحاسبة العمومية في الصفقات العمومية. M. Kobtan : « Introduction à l'étude du droit des marchés publics », préc., p. 47 note 24.

¹⁵ اقتبس الباحث عن: L. Richer, F. Lichère : Droit des contrats administratifs, LGDJ, France, 10e éd., 2016, pp. 354-355 no 701.

¹⁶ ومن باب الأمانة، إن صاحب الرأي بذاته صرح أن رأيه ليس مبرماً، وأنه يمكن إثبات عكسه. انظر:

M. Kobtan : « Introduction à l'étude du droit des marchés publics », préc., p. 36 no 32 : « **Pour notre part, nous avons soutenu que la réglementation des marchés publics n'était qu'une des branches de la réglementation de la comptabilité publique [...], position qui peut certes être combattue, [...]** ».

¹⁷ Voy., F. Brennet : « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », AJDA, Dalloz, no 32, 2015, p. 1783 sq. : « S'agissant de l'Etat, la jurisprudence a admis la compétence du pouvoir réglementaire au motif que le droit des marchés publics ne serait rien d'autre que le droit de la passation de ces contrats et que le code des marchés publics ne serait rien de plus qu'un 'code de procédure administrative' [...]. Cette solution des juges administratif [...] et constitutionnel [...] ne correspond évidemment pas à la réalité car le droit des marchés publics ne se borne pas à définir les règles de passation de ces contrats mais détermine au contraire l'ensemble de leur régime juridique ».

¹⁸ انظر: هذه الدراسة، الجزء الثاني.

¹⁹ CC, 22 août 2002, no 2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, Journal officiel de la République française, 30 août 2002, p. 14411, cons. 11.

²⁰ CE, Ass., 29 avril 1981, Ordre des architectes, no 12851, Rec. Lebon.

²¹ CE, Ass., 5 mars 2003, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, no 238039, Rec. Lebon.

²² L. Richer, F. Lichère, préc., p. 356 no 703.

²³ CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC !, no 255886, Rec. Lebon.

²⁴ L. Richer, F. Lichère, préc., p. 356 no 703.

²⁵ Voy., Y. Gaudemet : « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », CCC, Conseil constitutionnel français, no 17, mars 2005, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/le-contrat-administratif-un-contrat-hors-la-loi.51959.html>> (consulté le 19/05/2018).

²⁶ A. de Laubadère, Y. Gaudemet : Traité de droit administrative, LGDJ, France, 16e éd., t. 1, pp. 684-685 no 1433.

²⁷ انظر: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، دم.ج. ط. 8، 2008، ص 8 فقرة 6.

²⁸ هناك شبه إجماع على أن التعريف القانوني للعقد واحد في القانون المدني والقانون الإداري، باستثناء بعض العقود الإدارية ذات الطبيعة الخاصة (والتي تعرف في القانون الفرنسي بالعقود الإدارية ذات الأثر التنظيمي، مثل تفويضات المرفق العام). انظر: L. Marcus, préc., pp. 136-148 nos 163-173. لكن تجب الإشارة إلى أن البعض في الجزائر يذهب إلى ما يخالف ذلك، فيرى أن الصفقات العمومية - حسب القانون الجزائري - تعتبر "عملا إداريا مركبا"، وليست تصرفا اتفاقيا محضا أي، كعقد. انظر: حميد بن علي: مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري: تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه غير منشورة، تخصص القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر (العاصمة)، 2006، ص 249 إلى 259.

²⁹ Voy., L. Richer : « Constitution, contrats et commande publique », NCCC, Conseil constitutionnel français, vol. 4, no 37, 2012, p. 38.

³⁰ انظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 227 فقرة 146 وما بعدهما.

³¹ A. de Laubadère, Y. Gaudemet, préc., p. 686 no 1434.

³² Ibidem, p. 687 no 1434 ; F. Brennet, préc., p. 1783 sq.

³³ V. Lasserre : « Loi et règlement », Rép. Dr. Civ., Dalloz, France, juillet 2015 (actualisation : janvier 2016), no 67.

³⁴ Voy., B. Chantebout : Droit constitutionnel, Sirey, France, 30^e éd., 2013, p. 583.

مع الملاحظة أن التمييز بين المبادئ الأساسية التي تدخل في اختصاص السلطة التشريعية والقواعد المطبقة لها التي تدخل في اختصاص السلطة التنفيذية ليس بالأمر السهل دائما. انظر: V. B. Chantebout, préc., p. 583 ; V. Lasserre, préc., no 67.

³⁵ Ph. Terneyre : « Les sources du droit des marchés publics » in « Droit des marchés publics », f. mob., Le Moniteur, France, septembre 2013, point-clé no 1.140.1.2.

³⁶ اقتبس الباحث الترجمة من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية عن: إيهاب مختار محمد فرحات، مرجع متوافر على الرابط الإلكتروني التالي: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/arabe/constitution_arabe.pdf (consulté le 19/05/2018).

³⁷ اقتبس الباحث الترجمة عن: إيهاب مختار محمد فرحات، المرجع السابق.

³⁸ Voy., L. Richer, F. Lichère, préc., p. 355 no 702 ; A. de Laubadère, Y. Gaudemet, préc., pp. 684-685 no 1433 ; Y. Gaudemet : « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », préc. ; Ph. Terneyre, préc., point-clé no 1.140.1.3 ; F. Brennet, préc., p. 1783 sq. ; Richer, préc., p. 39.

³⁹ L. Richer, F. Lichère, préc., p. 355 no 702 ; L. Richer, préc., p. 39.

⁴⁰ Ch. Debbasch, F. Colin : **Droit administrative**, Economica, France, 11^e éd., 2014, p. 73.

⁴¹ هذه الدراسة، المقدمة.

⁴² انظر: عمار عوابدي: دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 243.

⁴³ P.-L. Frier, J. Petit : Droit administratif, LGDJ, France, 11^e éd., 2017-2018, p. 454 no 698.

⁴⁴ Journal officiel de la République française, 10 décembre 2016.

⁴⁵ Article 3 : ordonnance no 2015-899, 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, Journal officiel de la République française, 24 juillet 2015, p. 12602 : « **Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs** ».

⁴⁶ Voy., L. Richer, F. Lichère, préc., p. 88 sq. no 146 sq.

⁴⁷ Voy., P.-L. Frier, J. Petit, préc., p. 557 no 880.

⁴⁸ L. Richer, préc., p. 39. Voy. également, P.-L. Frier, J. Petit, préc., p. 454 no 698.

⁴⁹ كانت صفقات الأشغال العامة، وعلى عكس الصفقات العمومية الأخرى، تعتبر، منذ عهد الثورة الفرنسية، من العقود الإدارية بتعيين القانون في فرنسا، وذلك بموجب المادة 4 من القانون المتعلق بتقسيم إقليم الجمهورية والإدارة. Loi du 18 Pluviôse an. VII concernant la division du territoire de la République et l'administration. انظر: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 245.

⁵⁰ Journal officiel de la République française, 12 décembre 2001, p. 19703.

⁵¹ B. Chantebout, préc., p. 583.

⁵² فؤاد العطار: القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، ص 31: "وهذا التدرج في القاعدة القانونية التي تصدر من السلطة التشريعية وتلك التي تم إصدارها من السلطة التنفيذية - في نظر غالبية الفقه -

تتحصل في أن البرلمان يعتبر أعلى مرتبة من السلطة التنفيذية في هذا المجال. غير أن هذا الرأي لا يخلو من النظر: ذلك أن القواعد الدستورية تضع السلطتين التشريعية والتنفيذية على قدم المساواة؛ ومن ثم، فالرأي عندنا أن علة هذا التدرج بين القاعدة التشريعية والقاعدة اللائحية تتحصل في أن السلطة التشريعية هي المختصة أصلاً، وفقاً لأحكام الدستور، بإصدار القاعدة القانونية. وبذلك يكون اختصاص السلطة التنفيذية في هذا المجال ورد استثناء على خلاف الأصل، الأمر الذي يستتبع بدهاة أن يقدم القانون على القرار التنظيمي."

⁵³ J. Waline : Droit administratif, Dalloz, France, 25^e éd., 2014, p. 314 no 310.

⁵⁴ ولهذا يجوز للسلطة التنفيذية تعديل أو إلغاء النصوص التشريعية السارية وإحلال نصوص أخرى مكانها عن طريق الأوامر التشريعية. انظر: J. Waline, préc., p. 314 no 310.

⁵⁵ ويكون للأمر التشريعي هذه القيمة بأثر رجعي، حيث يعتبر ذلك النص كالتشريع من يوم صدوره عن السلطة التنفيذية، وليس من يوم الموافقة عليه من جانب السلطة التشريعية. انظر: L. Favoreu e.a., préc., p. 894 no 1264.

⁵⁶ وهناك جدل حول القيمة القانونية للأوامر التشريعية التي لم توافق عليها السلطة التشريعية. انظر: L. Favoreu e.a., préc., p. 894 no 1265.

⁵⁷ فقد استثنى المشرع الفرنسي تلك المسائل أيضاً من نطاق الأمر رقم 899-15 الصادر في 2015. انظر: F. Brennet, préc., p. 1783 sq.

⁵⁸ Journal officiel de la République française, 21 décembre 2014, p. 21647.

⁵⁹ F. Brennet, préc., p. 1783 sq.

⁶⁰ Ibidem.