

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الطبعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات
الطابع الصناعي والتجاري في إطار قانون
الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع: القانون العام

التخصص: القانون العام للأعمال

تحت إشراف الدكتور:

بودريوه عبد الكريم

من إعداد الطالب:

أيت وارت حمزة

لجنة المناقشة

أ. د- زوايمية رشيد، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية..... رئيساً

د- بودريوه عبد الكريم، أستاذ محاضر صنف (أ)، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية..... مشرفاً ومقرراً

د- أيت منصور كمال، أستاذ محاضر صنف (أ)، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية..... ممتحناً

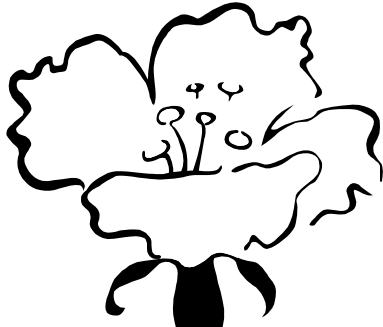
السنة الجامعية

2012-2011

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا "

سورة طه: الآية 114.



إهداء



أهدي ثمرة جهدي

إلى روح والدي رحمه الله، وإلى الوالدة أطال

الله في عمرها ، وإلى أخواتي وإخواني

إلى كل أصدقائي.

حمزة ✍

كلمة شكر

بإكمال هذا العمل، فإنني لأحمد الله تعالى و أشكره من قبل
و من بعد على توفيقه.

كما يقتضي مني المقام أن أتقدّم بجزيل الشكر و فائق
التقدير للأستاذ

الدكتور بودريوه عبد الكريم ،

لقبوله الإشراف على هذه المذكرة، و تعهده بالتصويب و
حرصه على التوجيه و إبداء النصائح.

كما أتقدّم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل الأساتذة الذين
أشرفوا على تكويني خلال السنة النظرية في دفعة الماجستير

2008.

قائمة بعض المختصرات

أ: باللغة العربية

❖ ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

❖ ص: صفحة

❖ ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

❖ ق.إ. م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

❖ ق. إ. م : قانون الإجراءات المدنية (ملغى)

❖ د س ن: دون سنة النشر

❖ د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية

❖ ط: طبعة

❖ ف: فقرة

ب: باللغة الفرنسية

- ❖ **AJDA**: Actualité Juridique de Droit Administratif.
- ❖ **CPE**: Centre de publications universitaires.
- ❖ **EPIC** : Etablissement public à caractère industriel et commercial.
- ❖ **Ibid**: (Ibidem), au même endroit.
- ❖ **LGDJ**: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- ❖ **Op.Cit**: (Opère Citato), référence précédemment citée.
- ❖ **OPU** : Office des Publications Universitaire.
- ❖ **P**: Page.
- ❖ **PP**: de la Page jusqu'à la Page.
- ❖ **PUF** : Presse Universitaire de France.
- ❖ **RASJEP**: Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques, et Politiques.
- ❖ **RFDA**: Revue Française de Droit Administratif.
- ❖ **SPIC** : Service Public à caractère Industriel et Commercial.
- ❖ **V** : voir.
- ❖ **T.C** : Tribunal des conflits

مقدمة

يهتم القانون الإداري باعتباره فرع من فروع القانون العام بتنظيم المقننات التي تحكم الإدارة العامة سواء من حيث تنظيمها، كضبط المعالم التي تقوم عليها المركزية واللامركزية، أو من حيث نشاطها الذي يظهر في عدة صور، منها الضبط الإداري والمرفق العام، أو من حيث منازعاتها التي تشمل الجهة القضائية صاحبة الاختصاص والقواعد القانونية الواجبة التطبيق، وكذا من حيث أساليبها التي تتجسد خاصة في إصدار قرارات إدارية وإبرام عقود إدارية، هذه الأخيرة التي تشمل بدورها عدة أنواع، كعقد القرض العام وعقد الامتياز وكذا عقد الصفقة العمومية.

وتعتبر الصفقات العمومية من أهم الأدوات القانونية التي تعتمد عليها الدولة في النشاط الإداري وتعكس بها التغيرات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى، وتعد من أهم الوسائل التي توضع في يد الإدارة لتحقيق أهدافها المتمثلة في الصالح العام وخدمة المرفق العام، وذلك في أسرع وقت ممكن وبأقل تكلفة.

إلا أن البحث عن المفهوم القانوني للصفقة العمومية يعتبر من المسائل الأكثر صعوبة وتعقيد في القانون الجزائري، وذلك لارتباطها بالأموال العمومية؛ حيث انه بالبحث عن المفهوم الفرنسي لها، نجد أنها مرتبطة بالعقد الذي تبرمه الإدارة؛ إذ تعتبر كل صفقة عمومية عقداً إدارياً، أما المشرع الجزائري فمنذ صدور أول قانون ينظم الصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 67-90 فقد أعطى مفهوماً مغايراً له، وذلك على أساس أن مفهوم الصفقة العمومية يشمل كل الطلبات العمومية الخاصة بالقطاع العام الذي يشمل كل المرافق الإدارية منه والصناعية

والتجارية⁽¹⁾، وذلك من أجل حماية أموال الدولة واعتماد فكرة التنسيق بين مختلف المؤسسات العمومية الإدارية والاقتصادية⁽²⁾.

واستمر هذا الوضع في تنظيم صفقات المتعامل العمومي لسنة 1982⁽³⁾ أين أبقى على نفس التوجه، واخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكامه، رغم أنّ هذه الأخيرة يكون موضوعها ونشاطها مماثلاً لنشاط الأشخاص العادية وتمارسها في ظروف مماثلة لها.

وعليه فبناء الصّفة العمومية على أساس الأموال العمومية والذي أدى إلى إقحام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن أحكام الصّفات العمومية يكون سليماً في المرحلة الاشتراكية، وذلك على أساس طبيعة هذه المرحلة، أين كان فيها الاقتصاد مُخطّطاً والقرارات الاقتصادية مُركزة وروح المبادرة في التسيير لا يكون إلاّ عن طريق الوصاية⁽⁴⁾، فإنّ ذلك لم يستطع أن يُواكب المرحلة التي تلت صدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لسنة 1988⁽⁵⁾؛ إذ تمّ تحرير المؤسسة العمومية الاقتصادية وكذا المؤسسة العمومية ذات الطابع

(1) راجع المادة الأولى من أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمّن قانون الصّفات العمومية، ج.ر.ج. عدد 52، لسنة 1967، (ملغى).

(2) - بوشعير سعيد، "نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، 1986، ص 434.

(3) - مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل 1982 يتضمّن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر.ج. عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982 (ملغى).

(4) - أمر رقم 75-76 مؤرخ في 21 نوفمبر 1975 المتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسة الاشتراكية وسلطة الوصايا والإدارات الأخرى، ج.ر.ج. عدد 100، مؤرخ في 16 ديسمبر 1975.

(5) - قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمّن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج. عدد 02، صادر في 13 جانفي 1988 ؛ **ملغى جزئياً** بأمر رقم 95-25 مؤرخ في 25 ديسمبر 1995، يتعلّق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ج. عدد 55، صادر في 27 سبتمبر 1995.

الصنّاعي والتّجاري من القيود الواردة عنها، وتمّ إخضاعها إلى قواعد القانون المدني والتّجاري، وبالتالي تمّ استبعاد المؤسسات العمومية ذات الطّابع الصنّاعي والتّجاري من دائرة الصّفقات العمومية⁽¹⁾، وهو ما تمّ تكريسه في التنظيم اللاحق للصفقات العمومية لسنة 1991⁽²⁾

لكن لم يتمّ التمسك بهذا الموقف مدة طويلة؛ حيث تمّ التراجع عن هذا القرار وذلك بإعادة إدراج المؤسسات العمومية ذات الطّابع الصنّاعي والتّجاري ضمن تنظيم الصّفقات العمومية لسنة 2002⁽³⁾، وكذا تنظيم الصّفقات العمومية لسنة 2010⁽⁴⁾. كما أنّه من ناحية الممارسة نجد أنّ هذه المؤسسات ومنها دواوين التّرقية

(1) - إنّ المادّة 59 من القانون رقم 88-01 المؤرّخ في 12 جانفي 1988 يتضمّن القانون التّوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية هي التي استبعدت عقود المؤسسات العمومية ذات الطّابع الصنّاعي والتّجاري من نطاق الصّفقات العمومية.

(2) - مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرّخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 57، صادر في 13 نوفمبر 1991، (ملغى).

(3) - مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرّخ في 12 جانفي 2002، يتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرّخ في 11 سبتمبر 2003، ج.ر.ج. عدد 55، صادر في 14 سبتمبر 2003؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرّخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر.ج. عدد 62، صادر في 09 نوفمبر 2008، (ملغى).

(4) - مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرّخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية، ج.ر.ج. عدد 58، صادر في 07 أكتوبر 2010؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرّخ في 01 مارس 2011، ج.ر.ج. عدد 14، صادر في 06 مارس 2011؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 11-222 مؤرّخ في 16 يونيو 2011، ج.ر.ج. عدد 34، صادر في 19 يونيو 2011؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رقم 12-23 مؤرّخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج. عدد 04، صادر في 26 جانفي 2012.

والتسيير العقاري⁽¹⁾ تُطبق أحكام الصفقات العمومية بناءً على تعليمات الوزارة الوصية.

وعليه فإنّ هذا التذبذب الذي عرفه تنظيم الصفقات العمومية بإدراج هذه المؤسسات ضمنها تارة واستبعادها تارة أخرى، سيؤثر على الطبيعة القانونية للصفقة العمومية.

فإذا كانت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تُؤول لاختصاص القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، ذلك أنّ الأشخاص المذكورة فيها وهم الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها لا تُثير أيّ إشكال، فإنّه عندما تمّ تحديد الأشخاص التي تخضع للتنظيم الخاص بالصفقات العمومية، أدرج ضمنها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وجعلها تبرم صفقات عمومية، رغم أنّ مختلف العقود التي تقوم بإبرامها مثل عقد العمل، عقد التمويل، وعقد التسيير، وكذا عقد التامين، هي من قبيل العقود المدنية والتجارية، فهذا يُثير إشكالات قانونية عديدة، فتحويل هذه المؤسسات إمكانية إبرام صفقات عمومية يتناقض مع قواعد تحديد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري، خاصةً بعد تكريس ازدواجية القضائية في دستور 1996⁽³⁾.

(1) - مرسوم تنفيذي رقم 91-147 مؤرخ في 12 ماي 1991، يتضمّن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات سيرها وعملها، ج.ر.ج.ج، عدد 25، صادر في 15 ماي 1991.

(2) - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

(3) - انظر المادة 152 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25 صادر في 14=

ونظراً للإشكالات القانونية التي تُثيرها صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، خصوصاً مع أخذ المشرع الجزائري بالمعيار العضوي لتحديد الاختصاص القضائي⁽¹⁾، ارتأينا دراسة طبيعة صفقات هذه المؤسسات، التي سيتم من خلالها تبيان طبيعة المنازعات التي تُطرح بشأنها وبالتالي في اختصاص القضاء الفاصل فيها وكذا القانون الواجب التطبيق عليها، ومن هذا المنطلق نطرح الإشكالية التالية:

ما هي الطبيعة القانونية لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار قانون الصفقات العمومية؟

ونقتضي فكرة دراسة الطبيعة القانونية لصفقات هذه المؤسسات، البحث على كل ما يتعلق بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي على أساسها يمكن استنباط طبيعتها القانونية، وعليه فإنه لاستقراء مقتضياتها على ضوء قانون الصفقات العمومية ينبغي التطرق في بادئ الأمر إلى دراسة ماهية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وخصوصية علاقاتها التعاقدية (الفصل الأول)، ثم بعد ذلك دراسة منازعات عقودها (الفصل الثاني).

=أفريل 2002، ويقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، صادر في 16 أفريل 2008.

(1)- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

الفصل الأول

ماهية المؤسسات العمومية ذات الطابع
الصناعي والتجاري وخصوصية علاقاتها
التعاقدية

دراسة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مُرتبط بدراسة التطور التاريخي الذي عرفه المرفق العام بصفة عامة، إذ تميّزت المرافق العامة في بداية ظهورها بالطابع الإداري⁽¹⁾ وذلك تزامناً مع دور الدولة الحارسة التي تستهدف صيانة النظام العام بمدلواته الثلاثة وهي الأمن العام والصحة العمومية والسكينة العامة⁽²⁾، إذ أنّ المرافق التي تؤدي بها الدولة هذه الوظائف لا تمتدّ إلى الميدان الاقتصادي باعتباره حكراً على الأفراد، وهذا انطلاقاً من المذهب الليبرالي الذي يحصر دور الدولة في تقديم الحماية لأفراد المجتمع في الداخل والخارج، ويبقى النشاط الاقتصادي مقصوراً على المشروعات الخاصة الخاضعة لأحكام القانون الخاص⁽³⁾، ويُنظر إلى ممارسة الدولة لبعض أوجه الأنشطة الاقتصادية البسيطة على أنه استثناء، بل خروجاً عن الأصل العام، ولو لم يكن في إدارة هذه الأنشطة سوى أساليب الإدارة العامة المعروفة.

ومع توسع وظيفتها الإدارية تدريجياً، بالإضافة إلى ما حدث على المفهوم التقليدي لفكرة المرفق العام من تغيير، حيث أصبح في مفهومه الشكلي والموضوعي أو المادي يُمثّل «كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها، وإشرافها، بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور»⁽⁴⁾، ونتيجة لهذا المفهوم الواسع للمرفق العام الذي اتسع ليشمل النشاطات ذات الطابع الصناعي والتجاري ظهر ما اصطلح تسميته عند فقهاء القانون الإداري بالمرافق العامة الصناعية والتجارية الأكثر ملائمة وتوافقاً مع طبيعة نشاط هذه المرافق

(1)- جابر وليد حيدر، طرق إدارة المرافق العامة: المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 09.

(2)- فارش أحمد، النظام القانوني للمؤسسات الاشتراكية في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، معهد العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، 1977، ص 02.

(3)- واضح رشيد، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2003، ص ص 10-21.

(4)- الجرف طعيمة، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1970، ص 242.

الجديدة⁽¹⁾، وذلك خاصةً منذ صدور حكم من محكمة التنازع الفرنسية في قضية « Bac D'ELOKA »، التي ميّزت فيه بين نوعين من المرافق: الأولى هي المرافق العامة الإدارية أو التقليدية مثل مرفق الأمن والدفاع ومرفق القضاء ومرفق الطرق... إلخ، والثانية هي المرافق العامة الصناعية والتجارية⁽²⁾، ولذلك تطوّرت أساليب إدارة هذه المرافق ومن بينها أسلوب المؤسسة العمومية.

فإذا كانت المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية تُعتبر هي كذلك الوسيلة الأساسية لإدارة وتسيير المرافق العامة الصناعية والتجارية وتُعتبر امتداداً طبيعياً لها⁽³⁾، لذلك أفردنا الفصل الأول بدراسة ماهية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وذلك من خلال البحث عن مفهوم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (المبحث الأول)، هذه الأخيرة التي افردها المشرع الجزائري بخصوصية في مجال علاقاتها التعاقدية، (المبحث الثاني).

(1)- بوشيبية مختار، مظاهر السلطة الرئاسية والوصاية الإدارية على المؤسسة العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الإداري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990، ص 09.

(2)- يلاحظ أنّ المراجع تشير إلى هذا الحكم باسم قضية ساحل العاج « Cote D'Ivoire » كما أنّ بعضها يشير إليها باسم الشركة التجارية لغرب أفريقيا « Société commerciale de l'ouest africain »، انظر: - محيو أحمد، ترجمة محمد عرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 447.

-LONG. M, WEIL. P, BRAIBANT. G, DELVOLVE. P, et GENEVOIS. B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1999, p. 39.

(3)- شتوان الهادي، المرافق الاقتصادية مظهر من مظاهر تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2002، ص 02.

المبحث الأول

مفهوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

مارست الدولة منذ القديم بعض أوجه الاستغلال الاقتصادي عن طريق اللجوء إلى عدّة أساليب وأشكال⁽¹⁾، إذ تأخذ طريق الاستغلال المباشر *la Régie Directe* أو غير المباشر، وعملت بذلك معظم دول العالم ومنها الجزائر التي حاولت الإبقاء على بعضها بعد الاستقلال، مثل أسلوب الاستغلال المباشر الذي أشار إليه قانون البلدية⁽²⁾، وأسلوب الامتياز *la concession* المتبع في بعض المشاريع⁽³⁾، إضافةً إلى أسلوب المؤسسة العمومية، هذه الأخيرة التي تُثير جملة من القضايا الأولية، فهي من جهة ترتبط بأحكام القانون الإداري، ومن جهة أخرى ترتبط بقضية تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إذ عرفت الدولة الجزائرية المؤسسات العمومية كأسلوب أو وسيلة تستعين بها الإدارة لتنفيذ أوجه نشاطها المختلف⁽⁴⁾، وذلك خاصةً لاعتبارها الأسلوب الأكثر فعالية للتسيير اللامركزي للمرفق العام⁽⁵⁾ بل إنّه من الملاحظ أنّها تُعتبر من أكثر الأساليب المتبعة في إدارة المرافق العامة حالياً في الدولة⁽⁶⁾، وذلك خاصةً بعد انتقال اختصاص الدولة في المجال الاقتصادي من مجال ضيق إلى حيز واسع متشعب الاختصاصات، والذي استتبعه تطوّر في الجانب العضوي والبنيوي؛ إذ تمّ الانتقال من الأنماط التقليدية للإدارة الاقتصادية، إلى نمط جديد وهو أسلوب المؤسسة

(1)- بوشيبية مختار، مرجع سابق، ص 10.

(2)- أنظر المادة 151 من قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلّق بالبلدية، ج. ر. ج. ج عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011.

(3)- انظر المادة 129 من قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلّق بالولاية، ج. ر. ج. ج عدد 12، صادر في 29 فبراير 2012.

(4)- زغدود علي، المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، جامعة الجزائر، 1980، ص ص 13-14.

(5) - ZOUAÏMIA. R et ROUAULT. M-Ch, Droit administratif, Berti Editions, Alger, 2009, p. 89.

(6)- واضح رشيد، مرجع سابق، ص 45.

العمومية⁽¹⁾، هذه الأخيرة تقررت منها عدة أشكال من مؤسسة عمومية صناعية وتجارية ومؤسسة عمومية اقتصادية، وشركة وطنية.... الخ، ونجد المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية أحد أهم أساليب تسيير هذه المرافق الصناعية والتجارية، إلا أنها عرفت عدة تعقيدات خاصة من الناحية القانونية وذلك من خلال عدم وجود مفهوم دقيق لها، وذلك للغموض الذي يكتنف التعريف الذي قدم لها خلال المراحل التي عرفت نشأتها (مطلب أول)، وكذا ما لها من خصائص وأركان أساسية التي تُبنى عليها، والتي تجعل منها نظاماً مميزاً (المطلب الثاني)، أضف إلى ذلك صعوبة تحديد طبيعتها القانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف ونشأة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

إنّ البحث عن تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ليس بالأمر الهين، وذلك لعدم الاستقرار الذي عرفته هذه الأخيرة منذ ظهورها إلى يومنا هذا، سواء من الناحية التشريعية أو الفقهية أو القضائية، وكذلك الخلط بينها وبين المؤسسات المشابهة لها، مما يدفع إلى الحديث أولاً عن المؤسسة العمومية *Etablissement Public* بصفة عامة⁽²⁾، وذلك من خلال التطرق إلى التعاريف المختلفة التي أُعطيت لها من طرف فقهاء القانون وذلك منذ ظهورها كأسلوب لتسيير المرفق العام، والذي يمكننا من خلالها استنباط ووضع تعريف خاص بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (الفرع الأول) هذه الأخيرة التي يعود أصل نشأتها إلى عدة عوامل وأسباب، سواء التاريخية منها، أو الاقتصادية، السياسية والاجتماعية (الفرع الثاني).

(1) - كاييس شريف، النظام القانوني لأموال المؤسسات العامة الاقتصادية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1992، ص 48.

(2) - V: DEBBASCH. Ch et COLIN. F, Droit administratif, 7^{ème} édition, Economica, Paris, 2004, pp. 301-302; RICCI. J-C, Droit administratif général, Hachette, Paris, 2009, pp. 131-132.

الفرع الأول

تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

تُعتبر المؤسسة العمومية أحد الظواهر الإدارية الأساسية والضرورية لتنظيم الإدارة العامة في الدولة، وتُشكل جزءاً مهماً ضمن كيانها، لذا تأخذ جميع دول العالم بالمؤسسات العمومية، حيث توجد في كل منها سواء كانت متقدمة اقتصادياً أو نامية⁽¹⁾.

فالمؤسسة العمومية كشخص معنوي⁽²⁾، الهدف من إنشائها هو التسيير المستقل للمرافق العمومية التابعة للدولة أو المجموعات المحلية، وعليه فإلى جانب الدولة والمجموعات المحلية (الإقليمية)، فإن تسيير المرافق العمومية قد يعهد إلى أشخاص أخرى والتي أُطلقت عليها اسم المؤسسة العمومية *Etablissement Public*، فبالإضافة إلى البلدية⁽³⁾ والولاية⁽⁴⁾ في الجزائر، اللتان تمنحان الأساس الذي تركز عليه اللامركزية الإقليمية *La décentralisation territoriale*، فإن المؤسسة العمومية كشخص معنوي يقوم بنشاط متخصص، تُعتبر أداة للامركزية المرفقية⁽⁵⁾، *La décentralisation par service*، أو اللامركزية التقنية⁽⁶⁾

La décentralisation technique.

لم يتعرّض المشرع الفرنسي إلى تعريف المؤسسة العمومية، وإنما ترك ذلك إلى الفقه والاجتهاد⁽⁷⁾، فأول من استعمل مصطلح المؤسسة العمومية هو الفقيه

(1) - علي خطار الشطناوي، القانون الإداري الأردني، دار وائل للنشر، الأردن، 2009، ص 174.
 (2) - CARBAJO. J, Droit des services publics, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997, p. 86.
 (3) - قانون رقم 11-10، يتعلّق بالبلدية، مرجع سابق.
 (4) - قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلّق بالولاية، مرجع سابق.
 (5) - انظر على التوالي:

- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 3، لباد للنشر، الجزائر، 2006، ص 213.
 - DE LAUBADÈRE. A, VENIZIA. J-C, et GAUDMET. Y, Traité de droit administratif, LGDJ, Paris, 1999, p. 305.
 (6) - DEBBASCH. Ch et COLIN. F, op. cit. p. 302.
 1)- DUFAU. J, Service publics à Caractère Industriel et Commercial, Juris Classeur Administratif, 2001, pp. 17-18, [En ligne] :

الفرنسي دراكو الذي أشار إلى هذه الأخيرة بعد الاختلال الذي أصاب المرافق العمومية والخلاف الفقهي والقضائي الذي أثاره أنصار مدرسة السلّطة العامة والمرفق العام⁽¹⁾، وعليه تنوعت و تعددت تعريفات المؤسسة العمومية في فقه القانون العام عموماً وفي الفقه الفرنسي على وجه الخصوص، إذ يُعرّفها العميد دوجي بأنها «مرفق يتمتع بذمة مالية مستقلة»⁽²⁾، ويُعرّفها الفقيه الفرنسي ديلوبادير « بأنها مرفق عام مزود بالشخصية المعنوية»⁽³⁾، وعرّفها الفقيه أندري هوريو بأنها « مرفق عام مختص وتمتّع بالشخصية المعنوية»، وعرّفها كذلك الفقيه أندري دوليون بأنها « ذمة مالية عامّة مشخّصة ومخصّصة لغرض اقتصادي»، كما عرّفها الفقيه جيز بأنها «مرفق عام ذو ذمة مالية مستقلة، أي مرفق عام له الشخصية المعنوية لأنّ منحها الشخصية المعنوية يترتب عنها التمتع بالذمة المالية المستقلة»⁽⁴⁾، وعرّفت المؤسسة العامّة بأنها: « منظمة عامّة ذات شخصيّة مستقلة تنشأ الدولة، وتملكها بدون وجود مساهمين آخرين ومسؤولة أمام السلّطة التشريعية عن طريق الوزير المختصّ، أو عن طريق مجلس إدارة تُعيّنه السلّطة التنفيذية، ولها حسابات مستقلة تُسيّر وفقاً لأساليب المشروعات الخاصة غير أنّها تخضع للمحاسبة العامة»⁽⁵⁾.

وعليه، فإنّ هذه التعاريف الفقهية المتنوّعة للمؤسسة العمومية بصفة عامة تتفق وتجتمع على مجموعة من النقاط الأساسية التالية:

http://us.yhs.search.yahoo.com/avg/search?fr=yhs-avg&type=yahoo_avg_hs2-tb-web_us&p=JurisClasseur%20Administratif%20SERVICES%20PUBLICS%20C3%80%20CARAC%20C3%88RE%20INDUSTRIEL%20ET%20COMMERCIAL. (consulté le 01/08/2012).

(2) - زغدود علي، مرجع سابق، ص ص 14-15.

(3) - نقلاً عن: وليد حيدر جابر، مرجع نفسه، ص 44.

(4) - DE LAUBADÈRE. A et autres, op. cit. p. 307.

(5) - نقلاً عن: زغدود علي، مرجع نفسه، ص 17.

(5) - عوابدي عمار، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 306.

- أن المؤسسة العمومية تتمتع باستقلالية حتى وإن كان نسبية، تتشكل على المستوى التنظيمي بوجود جهاز تداولي يتمثل في مجلس إدارة وجهاز تنفيذي يتمثل في المدير أو المدير العام؛

(1) *Un conseil délibérant et un exécutif (Président ou directeur)*

- تتمتع المؤسسة العمومية باستقلال مالي، رغم أن هناك حالات أين تتلقى مساعدات من طرف الدولة أو المجموعة المحلية التي تتبعها(2)؛
- خضوعها لمبدأ التخصص *Le principe de spécialité* وهذا يعني أنها تمارس اختصاصاتها وصلاحياتها على أساس المهمة المحددة لها في وثيقة إحداثها، وتتولى المؤسسة العمومية إدارة نشاط معين ومحدد أو عدة أنشطة متقاربة ومتكاملة، وتحدد القوانين المنشأة لها تخصصها(3).

وعليه فإن مفهوم المؤسسة العمومية من خلال هذه التعاريف يبدو بسيطاً لا تثار فيه أية إشكالات قانونية، حيث تشكل من خلاله الشخص المعنوي الإداري المتخصص الوحيد إلى جانب الأشخاص الإدارية الإقليمية الأخرى، فكانت المؤسسة العمومية الأصلية هيئة عمومية (المعيار العضوي) مكلف بتسيير مرفق عمومي (المعيار المادي) وخاضعة للقانون الإداري سواء فيما يتعلق بتنظيمها أو سيرها أو بالقانون الأساسي لأعوانها وكذا المسؤولية والمنازعات المترتبة عنها(4).

لكن يبقى هذا المفهوم التقليدي للمؤسسة العمومية غير شامل ولا يضم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تعتبر نوعاً جديداً من المؤسسات العمومية، خاصة بعد نمو الأفكار الاشتراكية في الدولة الحديثة وتغلغل الأفكار المُنادية بضرورة تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، والتي أدت إلى

1) - VEDEL. G, et DELVOLVÉ. P, Droit administratif, 12^{ème} édition, PUF, Paris, 1992, p. 611.

2) - Ibid, p. 612.

3) - أنظر في هذا الشأن:

- لباد ناصر، مرجع سابق، ص 214.

- الشطناوي علي خطار، مرجع سابق، ص 178.

4) - لباد ناصر، مرجع نفسه، ص 216.

تضاعف المشروعات الاقتصادية فيما بعد، إذ نتيجة لذلك ظهرت ما يسمّى بنظرية المرافق الصناعية والتجارية⁽¹⁾، التي دفعت بالفقه والقضاء منذ حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية ساحل العاج « *Bac D'Eloka* » السالفة الذكر، إلى التمييز بين المرافق الإدارية التي تتكفل بتسييرها المؤسسات العمومية الإدارية والمرافق الصناعية والتجارية التي تقوم بنشاط اقتصادي بطبيعته أي تجاري أو صناعي، التي تتكفل بتسييرها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري⁽²⁾، هذه الأخيرة التي تخضع إلى مزيج من قواعد القانون العام والخاص⁽³⁾. وعليه انطلاقاً من هذه القضية التي أظهرت مرافق عمومية جديدة متميزة عن المرافق التقليدية (الإدارية) وهي المرافق العامة الصناعية والتجارية⁽⁴⁾، فإن مفهوم المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية كنمط أو وسيلة جديدة لتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري بدأت تظهر إلى العيان، لتعرف بعد ذلك تطوراً وتوسّعاً كبيراً، وذلك من خلال التكريس الرسمي لإمكانية قيام الإدارة بممارسة النشاط الاقتصادي مثلها مثل أشخاص القانون الخاص، وتخضع مبدئياً إلى قواعد القانون الخاص⁽⁵⁾.

ومن خلال هذا التطور الذي عرفته المؤسسة العمومية بصفة عامة من جهة، وظهور المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية التي أحدثت أزمة في مفهوم المؤسسة العمومية، خاصة بعد اعتراف القضاء كما يقول العلامة أحمد محيو بوجود فئة جديدة من المؤسسات العمومية وهي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية⁽⁶⁾، التي أعطيت لها تعاريف مُغايرة للتعريف التقليدي للمؤسسة العمومية السالفة الذكر، إذ عرفها بعض من الفقه على أنّ «المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية هي تلك التي تكون وظيفتها تسيير مرفق عام صناعي وتجاري، وأنّ تسيير هذه النشاطات تخضع بطبيعتها للنشاطات التي تُسيّر الشركات الخاصة»

(1) - قارش أحمد، مرجع سابق، ص 04.

(2) - GROS. M, Droit administratif, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 80.

(3) - لباد ناصر، مرجع سابق، ص 216.

(4) - MESCHERIAKOFF. A-S, Droit des services publics, PUF, Paris, 1991, p. 54.

(5) - DEBBASCH. Ch et COLIN. F, op. cit. pp. 307-308.

(6) - محيو أحمد، مرجع سابق، ص 447.

(1)، ويُعرّفها كذلك الفقيه الفرنسي **بينوا** على أنّها «المؤسسة التي تمارس نشاطاً من جنس نشاط الصناع والتجار»⁽²⁾، أمّا في الفقه المصري فنجد **محمد فؤاد مهنا** قد عرّفها على أساس أنّها «المرافق التي يكون موضوع نشاطها تجارياً وصناعياً مماثلاً للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، وتتخذها الدولة والجماعات المحليّة كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهي تخضع لقواعد القانون العام والخاص»⁽³⁾، وهو نفس التعريف الذي أعطي لها من طرف الفقه الجزائري كالأستاذ **لباد ناصر** الذي اعتبر «نشاطها مماثلاً لنشاط الأشخاص الخاصة»⁽⁴⁾.

من خلال هذه التعاريف المختلفة، نجد اعتمادها بشكل كبير على النشاط الممارس من قبل هذه المؤسسات كأساس لتعريفها، إلا أنّ هناك جانب آخر من الفقه عرّف المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية على أساس آخر مغاير لأساس النشاط وهو أساس القانون الواجب التطبيق ومن بينهم **علي خطار الشطناوي** من **الفقه الأردني**، فحسبه فإنّه يُقصد بتعبير صناعي وتجاري القانون الواجب التطبيق، أي القانون الذي يحكم نشاط المؤسسة العامّة الصناعية والتجارية، وتعتبر هذه الأخيرة صناعية أو تجارية لخضوعها للقواعد القانونية التي تحكم التجار والصناع أو قواعد قانونية قريبة أو شبيهة بها⁽⁵⁾.

أما من الناحية التشريعية، فإنّ تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فيكتنفه غموض في الجزائر وذلك لعدّة أسباب، خاصّة منها ما يتعلّق بعدم الاستقرار التشريعي في مجال قانون المؤسسات العمومية، وذلك كونها عرفت عدّة إصلاحات رئيسية وجذرية منذ الاستقلال إلى غاية 2001 وهي على التّوالي:

1) - **DUGRIP. O et SAIDJ. L**, Les établissements publics nationaux, *LGDJ*, Paris, 1992, p. 102.

(2) - نقلاً عن: **الشطناوي علي خطار**، مرجع سابق، ص 202.

(3) - **محمد فؤاد مهنا**، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامّة والمشروعات العامة، مطبعة الشّاعر، الإسكندرية، 1970، ص 264.

(4) - **لباد ناصر**، مرجع سابق، ص 218.

(5) - **الشطناوي علي خطار**، مرجع سابق، ص 203.

- مرحلة التسيير الذاتي في سنة 1963⁽¹⁾.
- مرحلة التسيير الاشتراكي للمؤسسات في سنة 1971⁽²⁾.
- مرحلة تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية في ظل القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية في سنة 1988⁽³⁾؛
- ومرحلة تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية في ظل الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها⁽⁴⁾.

فكان مفهوم المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية في بداية الأمر يقترب كثيراً من المفهوم الفرنسي خاصة مع صدور قانون 1962/12/31 الذي مدد في تطبيق العمل بالتشريع الفرنسي باستثناء النصوص التي تتناقض مع السيادة الوطنية⁽⁵⁾، إذ نجد إضافة إلى المؤسسات الإدارية مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري التي وصلت إلى حوالي 20 مؤسسة منذ 1962 إلى 1966 مقسمة إلى قسمين الأولى تدخل ضمن هياكل التسيير الذاتي للمؤسسات والتي تُمارس مهام المرفق العام أو المصلحة العامة؛ إذ أخذت التعريف الكلاسيكي للمؤسسة العمومية،

Personne publique chargée de la gestion d'une activité sous le contrôle d'une collectivité territoriale.

أما الثانية فبالإضافة إلى دورها في التسيير لها دور مهم في التنمية الاقتصادية وذلك للطابع المزدوج لنشاطها، إذ يرى الأستاذ محمد أمين بوسماح من

-
- (1) - مرسوم رقم 63-59 مؤرخ في 28 مارس 1963، يتضمن تنظيم المؤسسة المسيّرة ذاتياً (ملغى).
 - (2) - أمر رقم 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971، يتعلّق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج. ر. ج. عدد 101، صادر في ديسمبر 1971 (ملغى).
 - (3) - قانون رقم 88-01 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق
 - (4) - أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج. ر. ج. عدد 47، صادر في 22 أوت 2001؛ معدل ومتمم بموجب أمر رقم 08-01 مؤرخ في 28 فيفري 2008، ج. ر. ج. عدد 11، صادر في 02 مارس 2008.
 - (5) - قانون رقم 62-153 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، المتضمن تمديد تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر، ج. ر. ج. عدد 02، لسنة 1963، (ملغى).

الفقه الجزائري أنها تدخل ضمن تصنيفات الفقيه الفرنسي اندري ديلوبادير وهي مرافق ذات وجهين، فهي في نفس الوقت مرافق عامة صناعية وتجارية ومرافق عامة إدارية، وبموجب هذه الأخيرة تتمتع المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية بامتيازات السلطة العامة⁽¹⁾، أما في قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات الصادر في سنة 1971⁽²⁾، فقد جاء المشرع الجزائري بفكرة جديدة وهي توحيد الأنظمة القانونية والصيغ التنظيمية لجميع الهياكل الاقتصادية⁽³⁾، إذ مزج بين المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية والشركات الوطنية وأدخلها ضمن إطار المؤسسة الاشتراكية الذي ينص في المادة الأولى (01) منه على أنه «تطبق أحكام هذا الأمر على تنظيم وتسيير المؤسسة العمومية الاشتراكية التي تهدف إلى القيام بنشاط إقتصادي أو اجتماعي أو ثقافي باستثناء القطاع الفلاحي المسير ذاتياً أو القطاع التعاوني».

كما ينص في المادة الثانية (02) على أن «المؤسسة الاشتراكية هي المؤسسة التي يتكون مجموع تراثها من الأموال العامة» وفي المادة الرابعة (04) منه على أنها «شخصية معنوية لها الشخصية المدنية والاستقلال المالي وتتضمن وحدة أو عدة وحدات».

وما نلاحظه من خلال هذه التعاريف أن المشرع الجزائري قد أدرج المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية ضمن المؤسسة الاشتراكية، كما أنه ومن خلال تعريف المؤسسة الاشتراكية على أساس أن لها الشخصية المعنوية ولها استقلال مالي يُدرج المؤسسة الصناعية والتجارية ضمنها، كون المؤسسة العامة الصناعية والتجارية هي كذلك تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهذا رغم أن هذا التعريف غير سليم كونه لا يستند إلى الصياغة الفنية السليمة، ذلك أن الشخصية المعنوية لا تصلح كأساس للتعريف لأنها عبارة عن عنصر لتكوينها وبالتالي لا تقتصر عليه فقط.

1) - BOUSSOUHAH. M, "Essai sur la notion juridique de service public", *RASJEP*, N° 3, 1992, pp. 347-348.

(2) - أمر رقم 71-74، يتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، مرجع سابق.

(3) - كايس شريف، مرجع سابق، ص 52.

هذا وما يمكن ملاحظته هو أنّ المشرّع الجزائري قد استبعد صراحةً من تعريف المؤسسة الاشتراكية مؤسسات القطاع الزراعي والقطاع التعاوني رغم أنها تُعتبر مؤسسات صناعية وتجارية وتمارس نشاطاً اقتصادياً.

أما في القانون رقم 01-88⁽¹⁾، فقد ميّز المشرّع الجزائري بين المؤسسة الاقتصادية التي اعتبرها تاجرة بصفة صريحة وذلك في المادة الثالثة منه، والتي تُؤكّدها المادة الثانية(2) من قانون رقم 01-04⁽²⁾، التي تنصّ على أنّ: «المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام» أمّا المؤسسة الصناعية والتجارية فليست كذلك، إذ عرّفها المشرّع الجزائري على أنّها «المؤسسة العمومية التي تتمكّن من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئياً أو كلياً عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري يُحقّق طبقاً لتعريفه مُعدّة مسبقاً ولدفتر الشروط العامّة الذي يحدد الأعباء والتعقيدات التي تعود على عاتق المؤسسة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها و كذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين»⁽³⁾.

وبالتالي فهي إذاً لا تدخل ضمن تعريف المؤسسة الاقتصادية، إلا في حالة ما إذا أمكن أن تتبع هدفها وسير عملها آليات السوق ونص المخطّط الوطني على شروط ذلك⁽⁴⁾، وتُعرف في هذه الحالة على أنّها تاجرة مثلها مثل المؤسسة الاقتصادية، وأعطى المشرّع الجزائري الطابع المزدوج للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من خلال إخضاعها للقواعد المطبّقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة، واعتبارها تاجرة في علاقاتها مع الغير، وتخضع لقواعد القانون

(1)- قانون رقم 01-88، يتضمّن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

(2)- أمر رقم 01-04 مؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، مرجع سابق.

(3)- أنظر المادة 44 من قانون رقم 01-88، يتضمّن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

(4)- أنظر المادة 47، مرجع نفسه.

التجاري⁽¹⁾، ويؤكد في المادة (46) من قانون رقم 88-01 على أن الطابع الصناعي والتجاري لهذه المؤسسات يظهر من خلال عقد إنشائها والقوانين الأساسية التي تُنشئها.

الفرع الثاني

نشأة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

فكرة المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية لم تظهر إلا حديثاً، فلم يكن في البداية سوى فئة واحدة تتمتع بقدر من الاستقلالية نتيجة الاعتراف لها بالشخصية المعنوية لإدارة عدد من المرافق العمومية، هذه الفئة هي المؤسسة العمومية *Etablissement public*؛ أي شخص معنوي يخضع للقانون العام يتكفل بتسيير مرفق عمومي⁽²⁾، ففكرة المؤسسة العمومية إذن مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بفكرة المرفق العام، هذا الأخير الذي قام في بداية الأمر على أساس الفلسفة الفردية التي أدت إلى ازدهار النظام الرأسمالي الحرّ خلال القرن التاسع عشر، والذي كان من نتائجه حياد الدولة إزاء أوجه النشاط الفردي وقصر وظيفتها على النواحي الإدارية، وبهذا اتّسمت المرافق العامة بطابع واحد وهو الطابع الإداري⁽³⁾، وذلك رغم أنه في بعض الأحيان نجد أنّ النشاط الخاص بالإدارة قد يمتدّ لتقديم يدّ المساعدة للمشروعات الخاصة التي يظهر من نشاطها أنها تعمل على تقديم خدمة عامّة للأفراد وهذا بتمكينها من وسائل القانون العام، وقد عرفت الدولة القديمة هذا التدخّل بعدّة صور، كما هو الحال في الحضارة الفرعونية عند استغلالها لنشاط الزبوت عن طريق فكرة المرفق العام، وكذلك في ظلّ الإمبراطورية الرومانية عند إنشائها لمصانع الأسلحة، وكذلك في الدولة الفرنسية عندما أنشأ ملوكها مرافق تُسمى بمنشآت الملكية الخاصة

(1)- أنظر المادة 45، مرجع نفسه.

(2)- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 214.

(3)- زغود علي، مرجع سابق، ص 03.

بالفن، واحتكارها لمصانع التبغ في عهد نابليون الثالث، واحتكار المطابع الوطنية في عهد الجمهورية الثالثة، لكن هذا التدخّل كان يأخذ شكل وصيغة النظام القائم⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فقد كانت نشاطات الإدارة تُعتبر من أعمال السّلطة العامة، إلاّ أنه في أوائل القرن التاسع عشر قد ساد اعتقاد مفاده أنه ليست كل التّصرفات التي تقوم بها الدّولة يُطبق عليها مظهر السّلطة العامة، ونظراً للانتقادات التي وُجّهت لهذا المعيار بسبب عجزه عن تحقيق الهدف المرجو منه، لأنّ استعماله قد ضيّق من مجالات استعمال القانون الإداري، كما أنّه أفرغ الإدارة الحديثة من محتواها الحقيقي⁽²⁾، ومن ثمّ تمّ اللّجوء إلى الأخذ بمعيار المرفق العام وذلك نتيجة لاجتهاد قضاء مجلس الدّولة الفرنسي ومحكمة التّنازع، الأمر الذي أدّى به إلى خلق مبادئ تتلاءم مع نشاط المرافق العامّة، ولعلّ أنّ ذلك هو السّبب في وجود الارتباط القائم بين فكرة المرفق العام والقانون الإداري؛ إذ ظلّ المرفق العام بمفهومه التقليدي واضحاً ولا يكتفه أيّ غموض، إلاّ أنّه نتيجة لتغيّر الفلسفة الاجتماعية من الفردية إلى الاشتراكية، لم يعد نشاط الدّولة مقصوراً على وظيفتها التقليديّة ذات الصبغة الإدارية، وأصبح تدخّلها غير مشروط بوجود عجز لدى الأفراد عن تحقيق خدمات معيّنة تلبّي حاجات الجمهور، الأمر الذي أدّى بالدّولة إلى التّدخل وإنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري⁽³⁾.

وعليه شهدت بداية القرن العشرين ظهور طائفة جديدة من المرافق أصبحت تُعرف باسم المرافق الصناعيّة والتّجاريّة، وتمارس نشاطات شبيهة بنشاط الأفراد العاديين، أخذت هذه المرافق بالانتشار الواسع والسّريع خصوصاً بعد انتهاء الحربين العالميتين الأولى والثّانية والأزمة الاقتصادية لسنة 1929 التي ألقت على الدّولة المعاصرة تبعات ومسؤوليات إضافية جديدة، إذ بدأت الدّولة في هذه المرحلة في ارتياد مجالات كانت تُترك أساساً للمبادرة الفردية، لاسيّما بعد الشّروع في عمليات

(1)- شتوان الهادي، مرجع سابق، ص 25.

(2)- مرجع نفسه، ص 26.

(3)- زغدود علي، مرجع سابق، ص ص 03-04.

تأميم بعض الشركات، خاصة في فرنسا، وهي تُمثّل كذلك طابع الدّول الحديثة القائمة على المبادئ الاشتراكية (مثل الجزائر بعد الاستقلال)⁽¹⁾.

ومما لاشكّ فيه أنّ المرافق الصناعية والتجارية تمارس نشاطات تختلف في طبيعتها وجوهرها عن النشاطات التي تمارسها وتزاولها المرافق الإدارية، فنشاطها قريب من نشاط أشخاص القانون الخاص، وبهذا ظهرت حاجة ماسّة لوجود نظام قانوني جديد ينظّم ويحكم هذه المرافق الجديدة يتلاءم مع طبيعة نشاطها ويتوافق مع هيكلها التنظيمي من الناحيتين الإدارية والمالية.

وُلدت فكرة المرفق العام الصناعي والتجاري في أحضان الاجتهاد القضائي، ففي الواقع هي نظرية من النظريات التي خلقها وأصلها القضاء الإداري، فهي ذات أصل ومصدر قضائي ترجع للأحكام القضائية وتجد سندها وأساسها فيها، ولعلا أول حكم قضائي تضمّن إشارة واضحة لفكرة المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري هو حكم محكمة التنازع الصادر بتاريخ 22 جانفي 1921 في قضية *Bac d'Eloka* المشار إليه سالفاً، الذي قرّرت فيه محكمة التنازع لأول مرّة أنّ هذه المرافق تخضع للقانون الخاص، وتندرج المنازعات المولّدة والتّاجمة عن النشاط الذي تزاوله ضمن اختصاص القضاء العادي، واستندت في تبرير هذا الاجتهاد بأنّ هذه المرافق تقدّم خدمات مادية للأفراد نظير مبالغ مالية يدفعونها لقاء ذلك، وتزاول نشاطها في ظلّ ذات الشروط والظروف التي يعمل فيها الأفراد العاديين⁽²⁾، وقد تبع هذا القرار مجموعة أخرى من القرارات تتعلّق بالمرافق العمومية الصناعية والتجارية، وقد تعلّقت معظمها في تحديد كيفية التمييز بينها وبين المرافق

(1) - لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، مرجع سابق، ص 199.

(2) - لقد وردت في الحكم التّعبيرات الآتية: "إنّ عبور المشاة والعربات من ضفة إلى أخرى من النّهر مقابل مبالغ نقدية يعني أنّ المستعمرة تستغل مرفق النّقل بذات الشّروط والأوضاع التي يعمل في ضلّها صناعي عادي وفي غياب أيّ نصّ خاص يمنح الاختصاص إلى القضاء الإداري، يندرج ضمن اختصاص القضاء العادي الفصل في موضوع التّعويض جزاء الأضرار التّاجمة عن الحادث، انظر في هذا الصدد:

- LACHAUME. J-F, BOITEAU. C, et PAULIAT. H, Droit des services publics, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004, pp. 56-57.

العمومية الإدارية، ثم تحديد ما يخضع من نشاط المرافق العمومية الصناعية والتجارية للقانون العام وما يحكمه القانون الخاص، والذي نفصل فيه لاحقاً.

ومن أمثلة المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية في فرنسا نجد مثلاً: المؤسسة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية (S.N.C.F)⁽¹⁾، وكذلك غاز فرنسا (G.D.F)، كهرباء فرنسا (E.D.F)، ومطار باريس (Aéroport de Paris)⁽²⁾.

أمّا في الجزائر، فمنذ الاستقلال إلى يومنا هذا، عرفت ظهور عدة مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، والتي أخذت تسميات مختلفة، منها الديوان، *l'office*، الوكالة *l'agence*، المركز *le centre*، الصندوق *la caisse*، المعهد *l'institut*، المكتب *le bureau*، المؤسسة *l'établissement*، الغرفة *la chambre* نذكر منها على سبيل المثال: دواوين الترقية والتسيير العقاري⁽³⁾، الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية⁽⁴⁾، غرف التجارة والصناعة⁽⁵⁾، المركز الوطني للدراسات وتنشيط مؤسسة البناء والأشغال العمومية والرّي⁽⁶⁾، الغرف

1) -FOILLARD. Ph, Droit administratif, CPU, Paris, 2001, p. 226.

2) - تم تحويل هذه المؤسسات إلى شركات تجارية "Société anonyme"، انظر في ذلك: -NICINSKI. S, "La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés" RFDA, N° 01, 2008, p. 35.

3) - انظر المادة 01 من مرسوم تنفيذي رقم 91-147، يتضمّن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات سيرها وعملها، مرجع سابق.

4) - انظر المادة 01 من مرسوم تنفيذي رقم 90-391 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمّن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج. ر. ج. ج، عدد 54، صادر في 11 ديسمبر 1990.

5) - انظر المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 96-93 مؤرخ في 03 مارس 1996، يتضمّن إنشاء غرف التجارة والصناعة، ج. ر. ج. ج، عدد 16، صادر في 06 مارس 1996.

6) - مرسوم تنفيذي رقم 10-195 مؤرخ في 19 أوت 2010، يتضمّن إنشاء المركز الوطني للدراسات وتنشيط مؤسسة البناء والأشغال العمومية والرّي، ج. ر. ج. ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2010.

الفلاحية⁽¹⁾، المركز التقني الصناعي للصناعات الميكانيكية والصناعات المحولة للمعادن⁽²⁾.

المطلب الثاني

أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والنتائج القانونية المترتبة عنها

من خلال التعاريف المختلفة التي أعطيت للمؤسسة العمومية بصفة عامة والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بصفة خاصة، يتبين أنّ لهذه الأخيرة أركان أساسية تتركز عليها، تجعلها تنظيمياً مستقلاً وقائماً بذاته⁽³⁾ (الفرع الأول)، هذه الأركان تعطي للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مجموعة من النتائج القانونية في غاية من الأهمية والتي تجعلها تتباين عن باقي الهيئات الأخرى التي تتشابه معها في بعض عناصرها⁽⁴⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

تقوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على الأركان الثلاثة تجعل منها نظاماً مميزاً حيث إدارة المرفق العام الذي يعتبر الهدف من وراء إنشائها

(1) - انظر المادة 01 من مرسوم تنفيذي رقم 10-214، مؤرخ في 16 ديسمبر 2010، يتضمن القانون الأساسي للغرف الفلاحية، ج. ر. ج. ج. عدد 51، صادر في 19 سبتمبر 2010.

(2) - انظر المادة 01 من مرسوم تنفيذي رقم 10-215، مؤرخ في 16 سبتمبر 2010، يتضمن إنشاء المركز التقني الصناعي للصناعات الميكانيكية والصناعات المحولة للمعادن، ج. ر. ج. ج. عدد 55، صادر في 26 سبتمبر 2010.

(3) - الشطناوي علي خطر، مرجع سابق، ص 175.

(4) - بن شرقي قوريش، منازعات العمل في نطاق المؤسسة العمومية الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص ص 09-11.

(أولاً)، هذا الهدف الذي لا يمكن تحقيقه إلا من خلال منحها وتمتعها بالشخصية المعنوية (ثانياً)، وتركيزها على مبدأ التخصص (ثالثاً)⁽¹⁾.

- أولاً: إدارة مرفق عام: ترتبط المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري باعتبارها أسلوباً من أساليب إدارة المرافق العامة، مع المرفق العام ارتباطاً وثيقاً جداً، لذا ترتبط المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مع المرفق العام وجوداً وعدماً، فلا يتصور وجود مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بدون مرفق عام يكون محلاً لها، فأسلوب المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هو مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ألا وهي تحرير المرفق العام من الروتين الحكومي التي تصبح قادرة على منافسة المشروعات الفردية التي تمارس ذات النشاط، أو نشاطاً مماثلاً أو قريباً من نشاطها⁽²⁾، ذلك خاصة بعد أن تغيرت نظرة الدولة إلى المرفق العام وذلك باتخاذها على عاتقها مهمة النهوض بمشاريع اقتصادية كانت سابقاً حكراً على المبادرة الفردية، وكان من نتيجة ذلك قيام المرافق العمومية الصناعية أو التجارية وسقوط معادلة المرفق العام وضرورة الخضوع في إدارته للقانون الإداري، وعدم ارتباط تحقيق النفع العام بأشخاص القانون العام، بحيث أضحى بالإمكان تكليف أشخاص القانون الخاص القيام بهذه المهمة وبات القانون الواجب التطبيق سواءً كان عاماً أو خاصاً مرتبطاً بطبيعة نشاط المرفق وموضوعه⁽³⁾.

ثانياً: التمتع بالشخصية المعنوية: تتمتع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بشخصية معنوية⁽⁴⁾، فهي ركن أساسي وجوهري لقيام المؤسسة العمومية،

1) -ZOUAÏMIA. R et ROUALT. M-Ch, op. cit. p. 90.

2) - الشطناوي علي خطر، مرجع سابق، ص 176.

3) - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ص 73-74.

4) - راجع المادة 50 من التقنين المدني، سنة 2007، على الخط:

فلا يمكن للمرفق العام أن يكتسب صفة المؤسسة العمومية إلا إذا تمتعت بشخصية معنوية (1).

إنّ هدف من منح الشخصية المعنوية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يكون بغرض إعطائها أكثر قدر من الاستقلالية التي تجعل لها هامشاً من الحرية تُمكنها من تحقيق أهدافها بأكثر فعالية (2)، وباعتبار الشخصية المعنوية ركناً أساسياً من أركان المؤسسة العمومية بحيث لا يقوم إلا بتوفرها على هذا الركن، فمعظم القوانين تحرص عادةً على النص صراحةً على تمتع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بالشخصية المعنوية (3)، وهو ما كُرس في معظم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تمّ إنشائها، ومن بينها نذكر مثلاً ما أقرته المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم 10-91، الذي يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية للنقل الحضري وشبه الحضري، إذ تنصّ على: «المؤسسة، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية» (4).

وهو ما تقرّه كذلك المادة الثانية (2) الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 10-214، الذي يحدّد القانون الأساسي للغرف الفلاحية التي تنصّ: «تعدّ الغرف الفلاحية مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة وهي تتمتع بالشخصية المعنوية» (5).

- ثالثاً: التركيز على مبدأ التخصص: تخصص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالشخصية المعنوية، فهو يتركز على وجود

(1)- الشطناوي علي خطر، مرجع سابق، ص 176.

(2)- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحوّلات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، 2010، ص 72.

(3)- الشطناوي علي خطر، مرجع سابق، ص 177.

(4)- مرسوم تنفيذي رقم 10-91 مؤرخ في 14 مارس 2010، يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية للنقل الحضري و شبه الحضري، مرجع سابق.

(5)- مرسوم تنفيذي رقم 10-214 مؤرخ في 16 سبتمبر 2010، يحدّد القانون الأساسي للغرف الفلاحية، مرجع سابق.

غرض معين وغاية يجب تحقيقها، كما يرتبط هذا المبدأ كذلك بفكرة أخرى تتعلق بارتباط المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بالدولة أو البلدية أو الولاية، باعتبار أن المؤسسة العمومية كجهاز مستقل قد أنشئ للقيام بمهمة هي في الأصل مرتبطة بالدولة أو البلدية أو الولاية⁽¹⁾.

إنّ الهدف من تكريس مبدأ التخصّص هو البحث في التخصّص الذي يؤلّد الفعالية الاقتصادية؛ فالمؤسسة العمومية مهما كان مجال تدخلها الجغرافي (محلي أو وطني) فهي تنشأ من أجل تنفيذ مهام محددة⁽²⁾، فكما يقول محمد الطماوي «نشأ المؤسسة العمومية لتحقيق أغراض محددة وتُقدّم منفعة محددة»⁽³⁾.

ومن الأمثلة التي تُوضّح وتؤكد مبدأ التخصّص، نذكر المادة الخامسة (05) من المرسوم الرئاسي رقم 08-102، الذي يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي⁽⁴⁾ التي تنص: «تضطلع المؤسسة العمومية بتلبية احتياجات الجيش الوطني الشعبي بالأولوية في ميدان نشاطها في إطار الأهداف المؤكّلة إليها...»، كذلك التنظيم المتعلق بإنشاء المركز التقني الصناعي للصناعات الميكانيكية والصناعات المحوّلة للمعادن، حيث تنص المادة الثالثة منه على: «تتمثّل مهام المركز في توفير الخدمات التقنية لفائدة المؤسسات العاملة في فرع الصناعات الميكانيكية وتحويل المعادن والمساهمة في تحسين مستوياتها

(1) - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ص 72-73.

(2) - ضريفي نادية، مرجع سابق، ص ص 72-73.

(3) - نقلاً عن المرجع نفسه، ص 73.

(4) - مرسوم رئاسي رقم 08-102 مؤرّخ في 26 مارس 2008، يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، ج. ر. ج. عدد 27، صادر في 30 مارس 2008.

التنافسي لاسيما بدعم سياسات التأهيل والابتكار والبحث والتنمية المعتمدة من قبل السلطات العمومية⁽¹⁾». « .

للإشارة فإنّ هذه المواد تضع الإطار العام للتخصّص، ثم تأتي مواد أخرى توضح بدقّة المهام والصّلاحيات في هذا المجال.

الفرع الثاني

النتائج القانونية المترتبة عنها

إن توفّر الأركان الثلاثة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري باعتبارها مرفق عام وتركيزها على مبدأ التخصّص كذلك التمتع بالشخصية المعنوية، ينتج عنه استقلالاً مالياً من جهة (أولاً) هذا الأخير الذي لا يمكن تحقيقه الفعلي إلاّ بإحاقه باستقلال إداري من جهة أخرى (ثانياً).

- أولاً: الاستقلال المالي: ينحصر الاستقلال المالي والإداري للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في اكتسابها ذمة مالية وميزانية خاصة بها، ممّا يجعلها تتحكّم في حجم و مصدر ثرواتها بكلّ حرية، وفي استخدام نفقاتها على النحو الذي تراها ملائماً مع أهدافها ومصالحها، وتُموّل هذه الذمة والميزانية المالية من الخزينة العامة للدولة وكذلك من خلال ما تملكه المؤسسة من أملاك منقولة أو مخصّصة أو مقتناة من أموال خاصة، وهو ما تؤكّد عليه مثلاً المادة (20) من المرسوم التنفيذي رقم 10-91 الذي يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية للنقل الحضري وشبه الحضري التي تنصّ: «تتمتع المؤسسة بذمة مالية خاصة تتشكّل من أملاك منقولة، أو مخصّصة من الدولة أو الجماعات المحلية أو مُقتناة من أموال خاصة».

وما يؤكّد الاستقلال المالي لهذه المؤسسات مسك محاسبة حسب الشكل التجاري، وهو ما تؤكّد عليه مثلاً المادة (22) من نفس المرسوم التي جاءت كما

(1)- مرسوم تنفيذي رقم 10-215، يتضمن إنشاء المركز التقني الصناعي للصناعات الميكانيكية والصناعات المحولة للمعادن، مرجع سابق.

يلي: «تمسك المحاسبة في الشكل التجاري كما هو منصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما»⁽¹⁾.

- ثانياً: الاستقلال الإداري: يتمثل الاستقلال الإداري للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في اتخاذها بكل حرية القرارات الإدارية الضرورية المتعلقة بنشاطاتها العادية، كحرية إبرام العقود، وتعيين الموظفين وممارسة السلطة الرئاسية عليهم، مع تحمّل مسؤولية أعمالها وذلك دون الرجوع إلى السلطة التي قامت بإنشائها، وذلك عن طريق جهاز المداولة المتمثل في مجلس الإدارة أو لجنة إدارية وجهاز تنفيذي يتمثل في المدير أو المدير العام⁽²⁾.

رغم منح الاستقلالية المالية والإدارية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلا أنها تبقى استقلالية نسبية ويظهر ذلك خاصة من خلال تكريس الوصاية الإدارية عليها، وذلك من خلال إجراءات إنشائها أو تحويل طبيعتها القانونية أو حلّها، وكذلك من خلال مراقبة الأشخاص الطبيعيين العاملين فيها عن طريق عمليات التعيين والتأديب والفصل في العمل⁽³⁾.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

إنّ البحث عن الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، يستوجب دراسة النظام القانوني للمرفق العام الصناعي والتجاري، خاصة بعد إقرار الفقه الفرنسي بضرورة إخضاعها للنظام القانوني الذي يحكم هذا الأخير، والذي هو مزيج من القوانين العامة التي تتطلبها المؤسسة العمومية، وقواعد القانون

(1) - مرسوم تنفيذي رقم 10-91، يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية للنقل الحضري وشبه الحضري، مرجع سابق.

(2) - لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 04، مرجع سابق، ص 214.

(3) - بعلي محمد الصغير، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، معهد العلوم القانونية و الإدارية، جامعة الجزائر، 1990، ص 12.

الخاصّ التي تفرضها طبيعة النشاط الاقتصادي⁽¹⁾، وباعتباره كذلك نظاماً مميزاً مقارنةً بالمرافق العامة الإدارية، ويظهر ذلك خاصّةً من خلال القانون المطبّق على المستخدمين فيه (الفرع الأول)، والنظام المالي والمحاسبي الذي يطبّقه (الفرع الثاني)، وكذلك من خلال طرق التنظيم والإدارة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القانون المطبّق على المستخدمين

إذا كان المشرّع الجزائري لم يستبعد تطبيق القانون الإداري على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وذلك من خلال إخضاعها للقواعد المطبّقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة⁽²⁾، فإنّه استثنى عمال المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من الخضوع للقانون الإداري أي قانون الوظيفة العمومية بصفة خاصّة، وفي هذا الإطار تنصّ المادة الثانية (02) من الأمر رقم 03-06 المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنّه: « يُطبّق هذا القانون على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية، ويُقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح الغير الممركزة التابعة لها، والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي

(1) - انظر كل من:

- شتوان الهادي، مرجع سابق، ص 35.

- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 75.

- بوسماح محمد أمين، ترجمة رجال بن اعمر، رجال مولاي ادريس، المرفق العام في الجزائر، د م ج، الجزائر، 1995، ص 54.

(2) - راجع المادة 45 من قانون رقم 88-01، ينضمّن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدميها لأحكام هذا القانون الأساسي»⁽¹⁾.

وعليه يُعتبر مستخدمي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عمال يخضعون إلى أحكام القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽²⁾، إذ يسمح هذا التكييف التّخلّص من تبعات وشكليات قانون الوظيفة العمومية، حيث تصبح علاقة العمل بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ذات طابع اتّفاقي وتعاقدي، وليس كما هو الحال في الوظيفة العمومية فهي ذات طابع تنظيمي ولائحي⁽³⁾، هذا باستثناء الجهاز المسير؛ أي المديرين والمحاسبين، فإنهم يحتفظون بصفة أعوان⁽⁴⁾، إذ يعين المدير بموجب مرسوم، وهذا ما تؤكده المادة (16) من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المتضمّن إنشاء الجزائرية للمياه⁽⁵⁾، التي تنصّ على أنّه: «يعين المدير العام بمرسوم بناءً على اقتراح الوزير المكلف بالموارد المائية وتنتهي مهامه بالأشكال نفسها»، وهو ما نصّت عليه كذلك المادة (35) من المرسوم التنفيذي رقم 91-147، المتضمّن تغيير الطبيعة القانونية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كفاءات تنظيم وسير عملها.

إنّ تطبيق قواعد القانون الخاص على عمال أو مستخدمي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تعرضها مقتضيات المادة (45) من القانون رقم 88-01 «...تخضع لقواعد القانون التجاري»، وهذا على خلاف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فالمستخدمون فيها يكونون موظفون

(1)- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جوان 2006، يتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. ج. ج عدد 46، صادر في 16 جوان 2006.

(2)- تقنين العمل، (قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990)، منشورات بيرتي، الجزائر، 2010.

(3)- شمون علجية، الضبط الاقتصادي في قطاع المحروقات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010، ص 32.

(4)- CHAPERON. E, Droit administratif, édition Sup' FOUCHER, Paris, 2009, p. 77.

(5)- مرسوم تنفيذي رقم 01-101 مؤرخ في 21 أفريل 2001، يتضمّن إنشاء الجزائرية للمياه، ج. ر. ج. ج عدد 24، صادر في 22 أفريل 2001.

وأعوان عموميين، وهذا حسب المادة (43) من القانون رقم 88-01 التي تنص:

« تخضع الهيئات العمومية الإدارية للقواعد المطبقة على الإدارة » .

يتضح من خلال استقراء هذه النصوص إعطاء الطابع التجاري للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وذلك من خلال إخضاع مستخدميها إلى القانون الخاص.

الفرع الثاني

النظام المالي والمحاسبي الذي يطبقه

يعتبر النظام المالي والمحاسبي أحد العناصر الهامة قصد إبراز خضوع هيئة ما إلى القانون العام (الخضوع للمحاسبة العمومية) أو القانون الخاص (مسك محاسبة حسب الشكل التجاري)، فبالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، فبالرجوع إلى أحكام النصوص القانونية المنظمة لها، نجد أن محاسبتها تمسك حسب الشكل التجاري، وبالتالي فهي مستبعدة من الخضوع لقواعد المحاسبة العمومية، بل تخضعان من هذا الجانب إلى أحكام القانون رقم 07-11 المتضمن النظام المحاسبي المالي⁽¹⁾، حيث تنص المادة (1ف2) منه: « تُطبق أحكام هذا القانون على كل شخص طبيعي أو معنوي ملزم بموجب نص قانوني أو تنظيمي بمسك محاسبة مالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بها»، وأنه بموجب المادة (42) من هذا القانون تمّ إلغاء الأمر رقم 75-35، المتضمن المخطط المحاسبي الوطني⁽²⁾.

ومن الأمثلة التي تُؤكّد خضوع محاسبة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للمحاسبة التجارية، نذكر ما جاءت به المادة 23 ف1 من

(1) - قانون رقم 07-11 مؤرخ في 25 نوفمبر 2007، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج. ر. ج. ج. عدد 74، صادر في 25 نوفمبر 2007؛ معدل ومتمم بقانون رقم 08-02 مؤرخ في 24 يوليو 2008، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، ج. ر. ج. ج. عدد 42، مؤرخ في 27 يوليو 2008.

(2) - أمر رقم 75-35 مؤرخ في 29 أبريل 1975 يتضمن المخطط المحاسبي الوطني، ج. ر. ج. ج. عدد 37، صادر في 09 ماي 1975. (ملغى)

المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه⁽¹⁾ التي تنص على أنه: «تمسك المحاسبة حسب الشكل التجاري طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما» ، وهو ما أقرته المادة 42 ف1 من المرسوم التنفيذي رقم 96-93 المتضمن إنشاء غرف التجارة والصناعة⁽²⁾ التي تنص: «تمسك حسابات الغرفة حسب الشكل التجاري طبقاً للتشريع المعمول به» .

إنه بالعودة إلى مضمون المادة(45) من القانون رقم 88-01 السالف الذكر، نجد أن ميزانية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مستقلة وقواعد المحاسبة المطبقة هي قواعد القانون التجاري إلى حد كبير، حيث تنص: «...وتخضع لقواعد القانون التجاري، ويكون لها قي حياتها نمّة مالية متميزة وموازنة خاصة طبقاً للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن» ؛ إذن فهي لا تخضع لقواعد المحاسبة العمومية، وبذلك خضعت لأحكام الأمر رقم 75-35، حيث تنص المادة الأولى(01) منه على أنه: «إن المخطط الوطني للمحاسبة المرفق بهذا الأمر يصبح إلزامياً ابتداءً من أول يناير 1975 بقصد تطبيقه على:

- الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري....»⁽³⁾، إلا أنه ابتداءً من 01 جانفي 2009 وهو تاريخ دخول القانون رقم 07-11 السالف الذكر حيز التنفيذ أصبحت تخضع لهذا الأخير.

وما يبرز الطابع التجاري للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تزويدها بمحافظ الحسابات يتولى مراقبة حساباتها والموافقة عليها وذلك وفقاً لنص 18 من القانون رقم 10-01⁽⁴⁾، وأحكام المادة 117 ف1 من الأمر رقم

(1)- مرسوم تنفيذي رقم 01-101، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، مرجع سابق.

(2)- مرسوم تنفيذي رقم 96-93، يتضمن إنشاء غرف التجارة والصناعة، مرجع سابق.

(3)- أمر رقم 75-35، يتضمن المخطط المحاسبي الوطني، مرجع سابق.

(4)- قانون رقم 10-01 مؤرخ في 29 يوليو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج. ر. ج. ج عدد 42، صادر في 11 يوليو 2010.

95-27⁽¹⁾، هذه الأخيرة التي تنص: « يُعيّن محافظ أو عدة محافظين للحسابات لدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.... ، من أجل التصديق على قانونية حساباتها السنوية وصحتها وكذلك التدقيق من المعلومات التي تتضمنها تقاريرها المتعلقة بالتسيير » ، وعليه فإن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع لمراقبة محافظ الحسابات الذي يتولى تعيينه وزير المالية والوزير الوصي في حالة عدم النص على كيفية التعيين⁽²⁾، ويقوم بإرسال إلى الوزير الوصي أو وزير المالية كل المعلومات التي يرونها ضرورية في إطار مهمتهم التدقيقية بالإضافة إلى التقرير السنوي⁽³⁾.

وفي الأخير نستنتج أنّ النظام المالي والمحاسبي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يخضع بصفة شبه كلية لقواعد المحاسبة التجارية وهو ما يؤكّد الطابع التجاري لها.

الفرع الثالث

طرق التنظيم والإدارة

بالرجوع إلى طريقة تسيير المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، نجد أنّ المادة 46 من القانون رقم 88-01 تنص على أنه: « يحدّد الطابع الصناعي والتجاري للهيئة العمومية وكذا قواعد تنظيمها وسيرها بموجب عقد الإنشاء والقوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي » ، وبدراسة

(1)- أمر رقم 95-27 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمّن قانون المالية لسنة 1995، ج. ر.ج. ج عدد 82، صادر في 31 ديسمبر 1995.

(2)- راجع المادة 2 ف 2 من مرسوم تنفيذي رقم 96-431 مؤرخ في 03 نوفمبر 1996، يتعلّق بكيفيات تعيين محافظ الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية ذات الطابع التجاري وكذا المؤسسات العمومية المستقلة، ج. ر.ج. ج عدد 74، صادر في 01 ديسمبر 1996.

(3)- راجع المادة 04 من مرسوم تنفيذي رقم 96-43، يتعلّق بكيفيات تعيين محافظ الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية ذات الطابع التجاري وكذا المؤسسات العمومية المستقلة، مرجع سابق.

- راجع كذلك: المادة 27 من مرسوم تنفيذي رقم 01-101، يتضمّن إنشاء الجزائرية للمياه، مرجع سابق.

بعض الأمثلة عن هذا النوع من المؤسسات، قد يتضح أنه قد تم إسناد مهمة تسييرها إلى مجلس إدارة و مدير، أولهما للمداولة والآخر للتنفيذ⁽¹⁾.

مثل: دواوين الترقية والتسيير العقاري⁽²⁾، الجزائرية للمياه⁽³⁾، والمركز التقني الصناعي للصناعات الميكانيكية والصناعات المحولة للمعادن⁽⁴⁾.

للإشارة فإن مجلس الإدارة يتشكل في أغلبيته من ممثلين عن السلطة، أما من حيث التسيير فإن المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية تختلف باختلاف أنظمتها ولوائحها، كما تختلف اختصاصات وصلاحيات مجالس الإدارة فيها باختلاف طبيعتها ونطاق نشاط المؤسسة، فهي مجرد اختصاصات شكلية ونظرية، لأن الصلاحيات تتركز في يد الجهاز التنفيذي.

أما المدير فيتم تعيينه بموجب مرسوم كما سبق ذكره، وتتمثل صلاحياته في وضع وتحديد النظام الداخلي، ويقوم بإبرام صفقاتها ويرفع قراراتها إلى الجهات الوصائية⁽⁵⁾.

بالإضافة إلى القانون المطبق على المستخدمين والنظام المالي والمحاسبي وكذلك طرق التنظيم والإدارة التي تمثل النظام القانوني للمرفق العام الصناعي والتجاري، نجد كذلك الذمة المالية المستقلة التي يتمتع بها والتي سبق الإشارة إليها أثناء دراسة الشخصية المعنوية بالإضافة إلى طبيعة العقود المبرمة التي لها خصوصية والتي يتم التطرق إليها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(1)- واضح رشيد، الطبيعة القانونية لعلاقة العمل في إطار الإصلاحات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 73.

(2)- مرسوم تنفيذي رقم 91-147، يتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها، مرجع سابق.

(3)- مرسوم تنفيذي رقم 01-101، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، مرجع سابق.

(4)- مرسوم تنفيذي رقم 10-215، يتضمن إنشاء المركز التقني للصناعات الميكانيكية والصناعات المحولة للمعادن، مرجع سابق.

(5)- واضح رشيد، الطبيعة القانونية لعلاقة العمل في إطار الإصلاحات الاقتصادية، مرجع سابق، ص 74.

المبحث الثاني

خصوصية العلاقات التعاقدية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

رغم التزايد المستمر في خلق وإنشاء مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري على شكل كيان قانوني وتنظيمي مستقل محدد الاختصاصات والصلاحيات بهدف إشباع حاجات ومصالح عامة، غير أنه يُثار تساؤل حول الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فيما إذا كانت ذات طبيعة عامة أو خاصة⁽¹⁾، الأمر الذي امتد إلى عقودها، فإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى الطابع المزدوج للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كما سبق الإشارة إليه في المبحث الأول، وذلك من خلال خضوعها للقانون العام في علاقاتها مع الدولة والقانون الخاص في علاقاتها مع الغير⁽²⁾، فإنه وبالموازاة مع ذلك تكون عقودها ذات طابع مزدوج (المطلب الأول)؛ حيث تعتبر عقود خاصة تُطبق عليها قواعد القانون التجاري وإعطائها كذلك صلاحية إبرام صفقات عمومية استثناءً، وذلك رغم أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تختلف تماماً مع الأشخاص التي حوّلت لها صلاحية إبرام الصفقات العمومية⁽³⁾ (المطلب الثاني)، الذين يعتبرون أشخاصاً عموميين خاضعون للقانون الإداري، هذا الاستثناء خلق مجموعة من الإشكالات القانونية من حيث التكييف القانوني لمنازعاتها، وما يترتب عنها من نتائج (المطلب الثالث).

(1)- نويري سعاد، النظام القانوني لعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2000، ص 22.

(2)- راجع المادة 45 من قانون رقم 88-01، يتضمّن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

(3)- راجع المادة 02 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

المطلب الأول

ازدواجية عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

إنّ الإصلاح الاقتصادي الذي عرفته المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وفصلها عن المؤسسة العمومية الاقتصادية¹، أعطى لها الطابع المزدوج من خلال اعتبارها تاجرة في علاقاتها مع الغير وما ينجرّ عن ذلك من تكريسها لمبدأ المتاجرة لاسيما في مجال علاقاتها التعاقدية، واعتبار عقودها من قبيل العقود الخاصة (الفرع الأول)، وإخضاعها لقواعد القانون العام، خاصة قواعد القانون الإداري في علاقاتها مع الدولة نظراً لخاصية العمومية التي تمتاز بها، وبالتالي إعطائها صلاحية إبرام صفقات عمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطابع الخاص لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كأصل

عام

تُعتبر العقود التي تُبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي عقود تجارية تخضع لقواعد القانون الخاص وهذا تماشياً مع طبيعة نشاطها⁽²⁾، ذلك خاصة بعد صدور قانون رقم 01-88 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية أين قام المشرع الجزائري بإخضاع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري⁽³⁾ إلى قواعد القانون الخاص في علاقاتها مع

(1)- يعتبر قانون 01-88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، اللبنة الأولى للإصلاحات الاقتصادية التي طرأت على المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري.

(2)- انظر كل من:

- شتوان الهادي، مرجع سابق، ص 30.

- LINOTTE. D et ROMI. R, Services publics et droit public économique, Litec, Paris, 2003, p. 68; DELAMARRE. M et Paris. T, Droit administratif, édition ellipses, Paris, 2009, p. 15.

(3)- تنص المادة 45 من قانون رقم 01-88 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق: «... تُعدّ تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري».

الغير، وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁾، وهو ما تترتب عنه خضوع كل ما تقوم به هذه المؤسسات من أنشطة وتصرفات باعتبارها شركات تجارية (تاجرة) بالشكل إلى القانون الخاص، وبالتالي من المنطقي أن تُطبّق أحكام عقود القانون الخاص على عقودها⁽²⁾، وأن يستبعد نطاق تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية وذلك بنصّ المشرّع صراحةً على ذلك في نصّ المادة (59) من قانون رقم 01-88 على أنه: «لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لأحكام الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 والمتضمّن قانون الصفقات العمومية»، وهو ما أكدّه المرسوم رقم 72-88 المعدّل والمُتمّم لتنظيم صفقات المتعامل العمومي في مادته الخامسة (05) على نحو يُخرج عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من نطاق تطبيقه، بحيث لا يُطبّق إلاّ على الصفقات التي يكون أحد أطرافها إدارات عمومية ومؤسسات عمومية ذات طابع إداري، وهو ما أكدّه أيضاً المرسوم التنفيذي رقم 91-434 يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾؛ إذ لم تتم الإشارة لخضوع هذه المؤسسات لأحكامه⁽⁴⁾.

إنّ تطبيق مبدأ المتاجرة⁽⁵⁾ الذي تمتاز به عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (عقود تجارية) التي من سيماته الأساسية التبسيط في

(1)- تنص المادة 05 ف 01 من أمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، مرجع سابق، على ما يلي: "يخضع إنشاء المؤسسات الاقتصادية العمومية وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري".

(2)- نويري سعاد، مرجع سابق، ص 25.

(3)- مرسوم تنفيذي رقم 91-434، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سبق.

(4)- خنوش فارس، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظلّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدّل والمُتمّم، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006، ص 02.

(5)- SABRI. M, " Le droit des marchés publics en Algérie, réalité et perspectives ", *Revue Idara*, N°35, 2008, p. 14.

الإجراءات والائتمان هو الذي أدى إلى استبعاد تطبيق قانون الصفقات العمومية الذي يمتاز (بالإجراءات المعقدة والرقابة المشددة)⁽¹⁾.

كما أن اعتبار عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من قبيل العقود الخاصة حيث تخضع لنظام العقود المدنية⁽²⁾ والتجارية⁽³⁾، رغم أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفاً لهذه العقود، إنما جاء بأحكام خاصة لأنواع محددة من العقود التجارية كعقد الرهن، عقد الوكالة، عقد النقل البري، عقد العمولة للنقل وذلك بالنسبة لنقل الأشياء والأشخاص، وعقد البيع والإيجار، ثم أحكام عقود الشركات التجارية، وهي أحكام لعقود لا تغطي في الغالب كل النشاطات التي تُمارسها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تُحددها أنظمتها الخاصة، وذلك كون القانون التجاري عندما وضعه المشرع الجزائري لم يركز على التخطيط الاقتصادي كنظام قانوني تُسير بموجبه المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إنما هي قواعد ارتكزت على الحرية الاقتصادية والمنافسة الحرة⁽⁴⁾، الأمر الذي يستوجب منه تطبيق مبادئ العقد والالتزام في القانون المدني⁽⁵⁾ على عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؛ ورغم أن عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عقود تجارية بما تتميز

(1)- بعلي محمد الصغير ، مرجع سابق، ص 582.

(2)- راجع المواد: من 351 إلى 669، والمواد من 882 إلى 936، والمواد من 951 إلى 981، من النّقنين المدني، مرجع سابق.

(3)- راجع المواد: 30 إلى 77 من النّقنين التجاري، سنة 2007، على الخط:

<http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>

(4)- بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009، ص 07.

(5)- راجع المواد: من 54 إلى 123 والتي تتضمن أهم مصدر للالتزام وهو العقد، النّقنين المدني، مرجع سابق.

بها هذه الأخيرة من خصائص⁽¹⁾، إلا أنه لا يمكن الاستغناء كلياً عن الطبيعة العمومية لعقودها، خاصة أنها تخضع لقواعد القانون العام في علاقاتها مع الدولة، الأمر الذي يسمح لها بإبرام عقود تختلف عن العقود الواردة في القانون الخاص، وذلك لارتباطها بالسلطة العامة، هذه العقود تتمثل في الصفقات العمومية.

الفرع الثاني

الطابع الإداري لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري استثناءً

تملك المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مثلها مثل المؤسسة العمومية الاقتصادية بصورة استثنائية، نظراً لخاصية العمومية التي تمتاز بها، القدرة على إبرام صفقات عمومية وعقود من طبيعة إدارية تخضع لقواعد وأحكام مغايرة تماماً لما جاء في القانون المدني أو التجاري⁽²⁾، وهذا خاصة في العقود التي تبرمها الدولة مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

إذ تقوم هذه المؤسسات بإبرام عقود إدارية عن طريق الوكالة التي تمنحها لها الدولة وذلك عندما تكون مؤهلة قانوناً لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها، ويتم التسيير طبقاً لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة⁽³⁾، وعندما تكون مؤهلة كذلك قانوناً لممارسة صلاحيات السلطة العامة، وفي حالة نشوب نزاع مرتبط بهذا العقد فإنها تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة⁽⁴⁾.

كما تم إعطاء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري صلاحية إبرام صفقات عمومية بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 يتضمن تنظيم الصفقات

(1)- مثل حرية التعاقد، حرية الإثبات،... الخ.

(2)- نويري سعاد، مرجع سابق، ص 28.

(3)- راجع المادة 55 من قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

(4)- راجع المادة 56، مرجع نفسه.

العمومية⁽¹⁾، إذ تنص المادة الثانية (02) منه على أنه: « لا تُطبَّق أحكام هذا المرسوم إلا على الصّفات، محلّ مصاريف.....، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و..... ، عندما تُكَلَّف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، من ميزانية الدولة وتدعي في صلب النص "المصلحة المتعاقدة" ، وهو ما أكّده كذلك المرسوم الجديد 10-236⁽²⁾ المتضمّن تنظيم الصّفات العمومية في نص المادة (02) منه التي تنص: « لا تُطبَّق أحكام هذا المرسوم إلا على الصّفات محلّ نفقات.....، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تُكَلَّف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة... » .

أولاً: الشروط الواجب توفّرها في صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

لقد تمّ تقييد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بقيدتين حتى يتسنى لها إبرام صفقات عمومية:

- أولهما الشرط الاستثنائي الذي يمكن استنباطه من خلال عبارة (عندما تُكَلَّف هذه المؤسسات) الوارد في نص المادة الثانية (02)، ذلك أنّ التكاليف إقرار ضمني بمنح امتيازات السلّطة العامّة.

- والثاني هو المعيار الموضوعي المُستنبط من عبارة « بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة » ، إذ يجب أن تكون الصّفقة موضوع الإبرام ممولة من الخزينة العمومية بصفة كلية أو جزئية وبمساهمة مؤقتة أو نهائية⁽³⁾.

(1)- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مُورّخ في 12 جانفي 2002، يتضمّن تنظيم الصّفات العمومية، مرجع سابق

(2)- مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمّن تنظيم الصّفات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

(3)- بوعمران عادل، النّظرية العامّة للقرارات والعقود الإدارية: دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ص 91.

ثانياً: طبيعة صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الممولة جزئياً أو كلياً وبصفة مؤقتة أو نهائية من خزينة الدولة.

لقد اختلف الفقه في مسألة اعتبار صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الممولة كلياً أو جزئياً عقوداً إدارية تخضع منازعاتها للقضاء الإداري أو عقود القانون الخاص تخضع منازعاتها للقضاء العادي، وعليه ظهر اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه الفقهي أنّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يمكنها إبرام عقود إدارية وذلك كاستثناء عن القاعدة العامة استناداً على المعيار المادي الذي يركز على طبيعة النشاط وموضوعه في تحديد القواعد المطبقة على هذه المؤسسات⁽¹⁾، في حين يرى آخرون واستناداً إلى المادتين 55 و 56 من القانون رقم 88-01 أنّ المشرع جمع بين معيارين اثنين، المعيار العضوي من جهة لأن التصرف تم باسم ولحساب الدولة، ومعيار التمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال التسيير من جهة أخرى، فالمؤسسة هنا تظهر كسلطة عامة وليس كتاجر⁽²⁾، ويرى فريق ثالث أنّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تتصرف هنا باعتبارها وكالة عن الدولة لأنها تقوم هنا بالعمل باسم هذه الأخيرة ولحسابها⁽³⁾.

إنّ هذا الرأي الفقهي الذي يعتبر صائباً، له جذوره التاريخية في اجتهاد القضاء الفرنسي الذي اعتبر أنّ الصفقات التي يبرمها أشخاص القانون الخاص تعتبر عقوداً إدارية خروجاً عن المعيار العضوي، بشرط أن يكون تعاقد الشخص الخاص أو الهيئة الخاصة لحساب ومصلحة الإدارة، وهذا الاتجاه مستقر عليه في القضاء الفرنسي منذ أنّ أقرته محكمة التنازع في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 08

(1) - نويري عبد العزيز، " المنازعات الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصها "، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، سنة 2006، ص 50.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، نظرية الاختصاص، د م ج، الجزائر، 2009، ص 28.

3) - ZOUAÏMIA. R et ROUAULT. M-Ch, op. cit. p. 174.

جويلية 1968 وهو حكم PEYROT، وهذا الاستثناء يؤخذ به خاصة في صفقات الأشغال العامة⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه الفقهي أنّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري شخص من أشخاص القانون الخاص وتخضع في تصرفاتها أساساً لأحكام هذا القانون، ومن ثم فإن صفقاتها لا تعتبر من قبيل العقود الإدارية بل تعتبر من قبيل عقود القانون الخاص، وهذا تكريسا لمضمون المعيار العضوي⁽²⁾.

إنّ هذا المسعى الذي تم تكريسه في الجزائر لم تذهب إليه كل الدول، فنجد المشرع الفرنسي في تنظيمه للصفقات العمومية قد استبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من تطبيق قانون الصفقات العمومية، حيث تنص المادة الثانية(02) منه على أنه:

« Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code : 1- L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial..... »⁽³⁾

إلا أنّ هذا الموقف غير سليم في الجزائر على أساس أنّ المشرع الجزائري اعتبر المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري) شخص من أشخاص القانون العام⁽⁴⁾.

1)-V : GAUDEMET. Y, traité de droit administratif, tome 1, Droit administratif général, 16^e édition, Delta, Paris, 2001, p 677 ; et RICHER. L, Droit des contrats administratif, 5^e édition, LGDJ, Paris, 2006, pp 125-126.

2)- بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص 169.

3)-Code des Marches Publics Français, 2009, [En ligne] : http://www.marchespublicsspme.com/?p=doc_index&tripar=doc-code-marches-publics-2009. (consulté) le 05 juin 2011.

4)- راجع المادة 04 من قانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

إنّ هذه الازدواجية في النّظام القانوني للصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات ناتجة عن إصباغ هذه الأخيرة بخاصيتي المتاجرة والعمومية السّالفتي الذكر التي منحهما المشرّع الجزائري لها⁽¹⁾.

فإذا منح المشرّع الجزائري للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري حق إبرام صفقات عمومية، فإنّ النّظام الذي تخضع له صفقات هذه المؤسسات في هذه الحالة هو نفسه النّظام القانوني الذي تخضع له صفقات المؤسسات العمومية الأخرى التي تجد أساسها في المرسوم الرئاسي لسنة 2010⁽²⁾.

وعليه فإن الصفقات العمومية التي تبرمها هذه المؤسسات عندما تكون ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة تعتبر عقداً إدارياً يدخل في نطاق الصفقات العمومية وتخضع لقواعد القانون العام وهذا استثناء عن القاعدة العامة وفقاً لما تقدم ، وإذا تخلف شرط التمويل المالي من الخزينة العمومية فإن الصفقة في هذه الحالة لا تعتبر عقداً إدارياً مهماً أطلق عليها من تسميات.

إلا أن إدراج هذه المؤسسات ضمن الأشخاص الذين لهم حق إبرام الصفقات العمومية بموجب نصّ المادة الثانية(02) السّالفة الذكر، قد يُثير إشكالات قانونية غاية في التعقيد سواءً من ناحية تعريف الصفقة العمومية أو من ناحية تكييف المنازعات التي قد تحدث أثناء إبرام الصفقة العمومية خاصّةً إذا كان أحد أطرافها مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

(1) - بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية (دعوى الإلغاء نموذجاً)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007، ص ص 19-20.

(2) - مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

المطلب الثاني

مكانة عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في الصفقات العمومية

إذا كان العقد الإداري هو العقد أو الاتفاق الذي يُبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقاً لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽¹⁾، فإن ما يُميّزه في الجزائر هو تركيزه على المعيار العضوي، إذ يجب أن تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية طرفاً أساسياً فيه.

إلا أنه وباعتبار الصفقة العمومية عقداً إدارياً، فإن تعريف الصفقات العمومية في مختلف المراحل التي مرت بها في الجزائر، يظهر مدى التذبذب الكبير الذي وقع فيه المشرع في تكريس هذا المعيار بين مرحلة وأخرى؛ إذ يضيق من مجال تطبيق الصفقات العمومية فيستبعد فيها صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي من مجال تطبيقها وأحياناً أخرى يدرجها ضمنه⁽²⁾ (الفرع الأول)، هذا التذبذب الذي وقع فيه المشرع يُولد آثار قانونية غاية في التعقيد خاصة من ناحية الاجتهاد القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تذبذب المعيار العضوي وأثره على صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

يُعتبر قانون الصفقات العمومية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا مروراً بمختلف التعديلات التي عرفها، من أهم النصوص الموضوعية لإرساء وتكريس نظرية العقد

(1) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، غنابة، 2005، ص 10.

(2) - بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 37.

الإداري في الجزائر، إلا أنه نتج عنه تدهور حقيقي في تحديد الطبيعة القانونية للصفحة العمومية، وذلك بتفضيله تعريف العقد بمعيار واحد وهو المعيار العضوي⁽¹⁾.

فبعد استقلال الجزائر مباشرة وجدت نفسها في فراغ قانوني كبير، الأمر الذي أدى بها إلى مواصلة العمل بالنصوص القانونية التي ورثتها عن الاستعمار إلا ما كان يمس فيها بالسيادة الوطنية⁽²⁾، ففي مجال الصفقات العمومية نجد المشرع الفرنسي قد أخذ بالمعيار العضوي في الصفقات العمومية، فاعتبرها ذلك العقد الذي يبرمها أحد الأشخاص الإداريين فقط؛ إذ استبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية⁽³⁾، وذلك لأسباب كانت تتعلق أساساً بالتوجه الليبرالي لهذه الدولة، الأمر الذي دفعها أن تخصص في قانون الصفقات العمومية فقط الدولة والإدارة المحلية والمرافق العامة ذات الطابع الإداري، تاركة صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ليُنظّمها تشريع آخر مستقل هو التشريع التجاري⁽⁴⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذه المرحلة.

إلا أنّ العمل بالقانون الفرنسي في مجال الصفقات العمومية لم يدم طويلاً، إذ صدر أول تشريع للصفقات العمومية في المرحلة اللاحقة للاستقلال بموجب الأمر رقم 67-90⁽⁵⁾، المتضمن قانون الصفقات العمومية، أين أورد فيه المشرع تعريف الصفقات العمومية ومجال تطبيق هذا النص والذي حصرت المادة الأولى منه بالمجال الإداري فقط دون المجال التجاري والصناعي، إذ استبعد في هذا القانون

(1)- خرياش جميلة، منازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2005، ص 08.
(2)- قانون رقم 62-153 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، المتضمن تمديد تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر، مرجع سابق.
(3)- بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 12.
(4)- وذلك من أجل تحقيق الفعالية الاقتصادية من خلال إعطائها صفة التاجر وإخضاعها لقواعد القانون التجاري.

(5)- أمر رقم 67-90، يتضمن قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق.

المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من مجال تطبيقه، واعداداً بإصدار مرسوم لاحق يبين فيه كيفية تحديد الأمر 67-90 للمؤسسات الصناعية والتجارية غير أن هذا المرسوم لم يصدر وبقي العمل فقط بالمرسوم 67-90، الأمر الذي فتح مجال للاختلاف بين القواعد التي تنظم المؤسسات الإدارية من جهة والمؤسسات الصناعية والتجارية من جهة أخرى⁽¹⁾.

إلا أنه بصدور دستور 1976⁽²⁾ الذي كرس التهج الاشتراكي في تسيير شؤون الدولة سواء من الجانب السياسي أو الاقتصادي، وكذلك صدور الأمر 78-02 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية⁽³⁾، وكذلك القانون رقم 80-11 المتضمن المخطط الخماسي 80-84⁽⁴⁾، لجئ المشرع الجزائري إلى إصدار قانون جديد يُنظم فيه الصفقات العمومية هذا القانون جاء ليكرس ما تبناه المشرع في النصوص المشار إليها سابقاً وذلك بموجب المرسوم رقم 82-145 المنظم للصفقات التي يُجريها المتعامل العمومي⁽⁵⁾، وجاء فيه توسيع لمجال التطبيق إذ إلى جانب المؤسسات الإدارية نجد المؤسسات الصناعية والتجارية فجاءت المادة 05 منه: «... جميع الإدارات العمومية، أي وحدة تابعة للمؤسسة الاشتراكية يتلقى مديرها تفويضاً لعقد الصفقة» أي أنه أكد على المعيار العضوي في هذه المرحلة بفكرة الوكالة.

ونظراً للتحويلات الاقتصادية التي عرفت الجزائر في نهاية الثمانيات التي أعقبها صدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك بموجب قانون رقم 88-01، تحوّل المشرع الجزائري إلى تقليص المعيار العضوي وأخرج من دائرة

(1)- بوضياف عمار، مرجع سابق، 13.

(2)- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، منشور بموجب أمر رقم 76-57 مؤرخ في 22-11-1976، ج.ر.ج. عدد 94، صادر في سنة 1976، (ملغى).

(3)- قانون رقم 78-02 مؤرخ في 11 فيفري 1978، يتعلّق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. ج. عدد 07، لسنة 1978، (ملغى).

(4)- قانون رقم 80-11 مؤرخ في 13 ديسمبر 1980 يتضمن المخطط الخماسي 1980-1984، ج. ر. ج. عدد 1794 لسنة 1980.

(5)- مرسوم رقم 82-145، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، مرجع سابق.

تطبيق قانون الصفقات العمومية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهذا بموجب نص المادة 59 منه⁽¹⁾.

كما تمّ تأكيد مثل هذا الموقف في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، والذي حصر فيه تطبيق قانون الصفقات العمومية في المادة الثانية منه على الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري⁽²⁾.

إلا أنّ هذا الموقف لم يدم طويلاً، إذ تمّ التراجع بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية عن هذا الاتجاه، وذلك بإعادة إدماج صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في نطاق تطبيقه، ولكن شريطة أن تكون صفقاتها مُمولة تمويلًا نهائياً من ميزانية الدولة وموضوعها استثمارات لإشباع حاجات عامة⁽³⁾، وقد نصت المادة الثانية على: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محلّ مصاريف الإدارات العمومية..... والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تُكفّف هذه الأخيرة بانجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة وتدعى في صلب النصّ المصلحة المتعاقدة » .

حيث أكدّ المُشرّع على ضرورة أن تكون هذه الصفقات مُمولة من خزينة الدولة أي أنّه أدخل معيار آخر وهو معيار الأموال العامة، فإلغى مُمول تمويلًا ذاتياً، أي من الأصول الصافية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

(1)- حيث تنصّ هذه المادة على انه: « لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لأحكام الأمر رقم 67-90 المؤرّخ في 17 يونيو 1967 والمتضمّن قانون الصفقات العمومية ».

(2)- راجع المواد 02، 113، 156 من مرسوم تنفيذي رقم 91-434، ينضمّن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3)- خرياش جميلة، مرجع سابق، ص 10.

فإنه يخرج من إطار أحكام قانون الصفقات العمومية وبالتالي يكون خاضعة للقانون والقضاء العادي⁽¹⁾.

مثل هذا المسعى تمّ تأكيده أيضاً حين وضع قانون الصفقات العمومية الجديد، وذلك بإدراجه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن نطاقه؛ فرغم إعادة صياغة المادة الثانية في هذا الخصوص إلا أنّ المعنى كان واحداً؛ حيث أقرّ على أنه لا تُطبّق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محلّ صفقات..... والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري..... عندما تُكفّل بانجاز عملية مُموّلة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أي أنه بمجرد دخول الدولة بمساهمة في مشروع مُعيّن تُكفّل بها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ولو بصفة مؤقتة يجب عليها أن تتبّع طريق الصفقة في ذلك.

من خلال هذه اللّحة التاريخية عن تطوّر قانون الصفقات العمومية، نلاحظ نوع من التدهور في إلحاق أشخاص مُعيّنة ضمن قواعد الصفقات العمومية أحياناً واستبعادها أحياناً أخرى وهو الحال بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن العلة، وهل إدراج الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكون مُموّلة جزئياً أو كلياً من طرف خزينة الدولة إلى التنظيم الخاص بالصفقات العمومية فيما لا تثير إشكالات سواءً من الناحية القانونية أو العملية؟.

إنّ إخضاع صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات العمومية تُشكّل عائق كبير في ممارسة نشاطها ألا وهو النشاط الاقتصادي الذي يطلب السرعة، وبالتالي رفع كل قيود الرقابة الخارجية السابقة على صفقاتها، وهذا من أجل جلب المتعاملين خاصة الأجانب منهم⁽²⁾.

ومن جانب آخر، إذا سلّمنا بضرورة إخراجها من تنظيم الصفقات العمومية وبالتالي منازعاتها من إطار القضاء الإداري فإنّ ذلك من شأنه أن يُحرّم التعاقد

(1) - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، د س ن، ص 169.

(2) - خرباش جميلة، مرجع سابق، ص 10.

مع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من بعض الامتيازات التي يتمتع بها نظيره المتعاقد مع الإدارة في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مما يتمتع به القاضي الإداري من سلطات في مواجهة الإدارة وما يتمتع به من حماية استناداً لعدة نظريات تُقرّر مسؤولية المصلحة المتعاقدة وخاصةً منها نظرية فعل الأمير⁽¹⁾.

كما أنه من ناحية أخرى فإن إدراج صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن قانون الصفقات العمومية إذا كانت هذه الصفقات مُمولة من طرف خزينة الدولة قد يولد إشكالات قانونية خاصة من ناحية المنازعات، وذلك تطبيقاً للمفهوم العضوي للمنازعة الإدارية والمكرّس بمنطوق المادة (07) من قانون الإجراءات المدنية الأول لسنة 1966⁽²⁾ الثابت والمؤكد بمقتضى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008⁽³⁾.

فرغم أنّ العاملين فيها ليسو بالموظفين العموميين الخاضعين لقانون الوظيفة العمومية، وكذا نظامها المحاسبي الذي يمسك على الشكل التجاري، إلا أنّ ذلك لا يمنع من اعتبار صفقاتها عقوداً إدارية خاصة وأنّ نظام أملاكها خاضع للقانون العام في حالة ما إذا كان تحوز عليه عن طريق التخصيص، وذلك بغية توفير احتياجات المرفق العمومي⁽⁴⁾، كما انه يمكن لهذه المؤسسات إصدار قرارات إدارية ومنحها امتيازات السلطة العامة؛ إذ ليس حكراً على المؤسسات العمومية الإدارية ولا على السلطات الإدارية المستقلة⁽⁵⁾، وهو ما أكّده الاجتهاد القضائي الجزائري حيث منح

-
- (1)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2009، ص ص 181-182.
- (2)- أمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر.ج. ج. عدد 47، صادر في 09 جوان 1966، (ملغى).
- (3)- قانون رقم 08-09، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
- (4)- انظر المادة 106 من قانون رقم 90-30، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر.ج. ج. عدد 52، مؤرخ في 02 ديسمبر 1990؛ معدل ومنتم بقانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008، ج.ر.ج. ج. عدد 44، صادر في 03 أوت 2008.
- (5)- ZOUAÏMIA. R, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, édition Belkeise, Alger, 2012, p. 80.

الاختصاص للقضاء الإداري حينما تستعمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري امتيازات السلطة العامة مثل منح التراخيص أو في حالة إصدار قرارات ذات طابع تنظيمي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

موقف الاجتهاد القضائي من صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

بالبحث عن اجتهادات مجلس الدولة الجزائري نجد أنه لم يكن واضحاً في مسألة تحديد الاختصاص وفض المنازعات المتعلقة بهذا المجال، إذ كان متقيداً حرفياً بالنصوص القانونية وأقر مبدأ عدم خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية، وبالتبعية أقر أيضاً عدم اختصاص القاضي الإداري للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لصفقة عمومية⁽²⁾.

إلا أن ما يلاحظ على هذا القرار أن مجلس الدولة الجزائري رغم أنه أصاب إصابة بالغة من حيث مضمون القرار؛ حيث أن مؤسسة التسيير السياحي للشرق مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وبالتالي ليست معنية باختصاص القضاء الإداري، لكن ما يؤخذ عليه هو أنه لم يكن موقفاً في تأصيله وتسببه له، فبدل أن يشير في حيثياته للمادة الثانية من المرسوم التنفيذي 91-434 المنظم للصفقات العمومية والتي وردت فيها فقط الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الإدارية، وهو ما يعني إبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من تطبيق قانون الصفقات العمومية، أشار القرار للأمر 67-90 والذي أقر عدم خضوع صفقات هذه المؤسسات لمحتوى أحكامه رغم أن هذا الأمر كان ملغى أثناء إصدار هذا القرار، إذ

1)- CS, ch.adm. 08 mars 1980, SN Sempac c/ OAIC, *RASJEP*, 1980, p. 134.

2)- قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003، ص 109.

أسس مجلس الدولة قراره على المادة 59 من قانون 88-01 والتي أقرت عدم خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكام الأمر 67-90 المتعلق بالصفقات العمومية⁽¹⁾، إلا أنه لا يمكن بناء ومنح الاختصاص للقضاء العادي على أساس هذا القرار لأنه صدر في ظل المرسوم التنفيذي 91-434 المنظم للصفقات العمومية، أين استبعدت فيه هذه المؤسسات من مجال تطبيقه.

كما صدر قرار آخر من طرف مجلس الدولة الجزائري وهو الصائب، أين منح فيه الاختصاص للقضاء الإداري وفقا لمعيار الوكالة⁽²⁾ وهو ما يخدم هذا النوع من الصفقات، لأن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في هذه تترك صفقات عمومية يكون فيها توظيف لأموال الدولة، ففي هذه الحالة تعمل لصالح الدولة.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة عن إدراج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن أشخاص الصفقات العمومية

سبق وأن أشرنا إلى اعتبار قانون الصفقات العمومية عند صدوره سنة 1967 إلى آخر نص قانوني يُنظمه، معياراً أساسياً لإرساء وفهم نظرية العقد الإداري في الجزائر، إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هل إدخال المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمنها رغم اعتبارها شخص من أشخاص القانون العام⁽³⁾، يؤثر بصفة سلبية في الطبيعة القانونية للصفقات العمومية؟ (الفرع الأول) وهل ذلك سيحدث تعارض بين النصوص القانونية؟ (الفرع الثاني).

(1) - بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 56.

(2) - قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، ملف رقم 332، صادر في 14 ماي 2001، قضية بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، (قرار غير منشور).

(3) - انظر المادة 04 من قانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

الفرع الأول

مدى تأثير المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على الطبيعة القانونية للصفقات العمومية

لقد عرّف القضاء الإداري العقد الإداري على أنّه ذلك العقد الذي يُبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر نيّته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

وعليه فبتدقيق النظر وإمعان الفكر نجد أنّ الصفقات التي تتوقّر فيه هذه المعايير الثلاثة من معيار عضوي المتمثّل في وجود الإدارة العامّة كطرف في الصفقة العمومية، ومعيار موضوعي المتمثّل في اتصال الصفقة بنشاط مرفق عام، وكذا معيار البند المألوف أو وسيلة القانون العام تعتبر عقوداً إدارية، فالسؤال الذي يُطرح في هذا الصدد هو أنّه إذا كانت الصفقات العمومية عقود إدارية انطلاقاً من هذا المبدأ، فهل يمكن اعتبارها كذلك رغم إبرامها من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؟ وهل تتناسب هذه المعايير أو الأسس مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؟

أولاً: مدى تناسب المعيار العضوي مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

بالعودة إلى المعيار المُنتبّي من طرف القضاء الإداري الفرنسي نجده قد كرس المعيار العضوي المُتمثّل في وجود الإدارة طرفاً في العقد كمعيار أساسي من معايير

(1) - انظر كلّ من: مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المُميّز في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص ص 52-53.

- ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 15.

- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون اللّبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن، ص 25.

العقود الإدارية وهو المعيار الذي اعتبره أنصار الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية متوفراً فيها⁽¹⁾.

فإذا كانت الأشخاص المحددة في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية من أشخاص القانون العام وخاصةً منها المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وكذا الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات وذلك لاحتوائها في نص المادة 800 ق.إ.م.إ وبالتالي تكون عقودها إدارية ويؤول الاختصاص للقضاء الإداري وحده لنظر منازعاتها ذلك وفقاً للمعيار العضوي.

أما بالنسبة لمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وكذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، فيمكن اعتبارها إدارية كذلك وذلك رغم غموض طبيعتها القانونية، حيث أنه بملاحظة هذه المادة نجد أنها غير معنية بالشرط الاستثنائي الموضوع بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

فإنه إذا تمّ الإقرار بأن المعيار العضوي متوفراً في جميع الصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص المحددة في المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية، فإن ذلك غير مطلق، وذلك بسبب تواجد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمنها، والتي تكون من المفروض من اختصاص القضاء العادي؟، لكن هل يكفي المعيار العضوي الذي استبعد هذه المؤسسات وحده للاعتبار الصفقة عقداً مدنياً أم إدارياً؟

رغم عدم كفاية المعيار العضوي لاعتبار الصفقة العمومية عقداً إدارياً، إلا أنه يمكن الاستئناس بمعيار آخر هو معيار الوكالة، حيث اعتبر القضاء الإداري الفرنسي العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة عقوداً إدارية رغم غياب المعيار العضوي تأسيساً على نظرية الوكالة (بشرط أن يكون تعاقد الهيئة الخاصة لحساب

(1) - بزّاحي سلوى، مرجع سابق، ص 45.

ومصلحة الإدارة) وذلك في حكم PEYROT السالف الذكر، وهو المعمول به في الجزائر.

فمن الناحية التشريعية اخذ المشرع الجزائري بهذا الاستثناء أي العمل لحساب الإدارة لاعتبار العقد إدارياً رغم غياب المعيار العضوي في القانون رقم 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وذلك في نص المادتين 55 و 56، حيث يظهر الأخذ بمعيار الوكالة في عبارة باسم ولحساب الدولة في المادة 56، وبعبارة المهمة المنوطة بها في المادة 55.

أما من الناحية القضائية فخير مثال على ذلك القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري في القضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهان ومؤسسة أشغال البناء لعين تيموشنت السالفة الذكر، أين اخذ بمعيار الوكالة لاعتبار الصفقة عقداً إدارياً.

وعليه يمكن اعتبار الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات لحساب الدولة وبهدف تحقيق الصالح العام، وليس لصالحها وبهدف تحقيق الربح، عقوداً إدارية إذا ما توفرت باقي الشروط

ثانياً: مدى تناسب معيار اتصال العقد بالمرفق العام مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

نظراً لكون المعيار العضوي غير كافي لاعتبار العقد أو الصفقة العمومية إدارية وذلك بإدخال المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمنها، استوجب الأمر إيجاد معيار آخر يخدم ذلك، وبالتالي تبني القضاء الإداري الفرنسي معيار اتصال العقد بالمرفق العام⁽¹⁾، إلا أن السؤال الذي يُطرح في هذا الصدد يكون

(1) - اختلف الفقه الإداري حول درجة اتصال العقد بالمرفق العام لاعتباره إدارياً وعليه ظهرت عدة نظريات أهمها:

أ- نظرية الهدف المباشر التي تشترط أن يهدف العقد مباشرة إلى تسيير المرفق العام.

ب- نظرية اشتراط اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.=

هل يخدم معيار المرفق العام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار الصفقات العمومية؟

حيث أنه بتفحص قانون الصفقات العمومية نجد أنّ ربط الطبيعة الإدارية للصفقات العمومية بوجود مرفق عام في ذلك يكون قانونياً، وذلك بالنظر لتوفر عنصر المرفق العام في جميع الصفقات العمومية، وهو ما تم تكريسه مثلاً في المادة الرابعة (04) من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، التي تنص على أن: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة» .

فالهدف من إبرام الصفقات العمومية إذن هو خدمة المرفق العام من خلال اقتناء المواد والخدمات والدراسات أو انجاز أشغال عمومية، وهو ما تؤكد ذلك المادة 13 ف 1 من نفس المرسوم⁽¹⁾، هذا ما يفيد اتصال الصفقة العمومية بنشاط مرفق عام، لكن ما يمكن إثارته في هذه المسألة هو أنه هل يمكن اعتبار الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية مُتصلة بمرفق عام؟

انه وبالنظر إلى موقف القضاء الإداري الجزائري لاعترافه بالنظر في منازعات صفقات هذه المؤسسات كونها تبرم هذه الصفقات لصالح الدولة، وكذا خضوع هذه المؤسسات لتنظيم الصفقات العمومية وقواعد المحاسبة العمومية في هذه الحالة يعني حتماً اتصال نشاطها بمرفق عام وهو ما تؤكد نص المادة الثانية (02) عندما اشترط تنظيم الصفقات العمومية لمنحها امتياز إبرام صفقات عمومية أن تقوم

=ج- نظرية المرافق العامة بطبيعتها: التي ترى أنّ المرافق العامة الإدارية بطبيعتها هي الوحيدة التي تستطيع إبرام عقود إدارية.

انظر رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والقانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 06.

(1)- تنص المادة 13 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمم، مرجع سابق، على انه: " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: -انجاز الأشغال- اقتناء اللوازم- انجاز الدراسات- تقديم الخدمات".

هذه المؤسسات بانجاز مشاريع استثمارية لحساب الدولة وان يكون تمويل هذه المشاريع كلياً أو جزئياً من قبل الدولة.

وعليه يتضح اتصال صفقات هذه المؤسسات بنشاط مرفق عام.

ثالثاً- مدى تناسب معيار البنود الاستثنائية في الصفقات العمومية مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

بعد تراجع نظرية المرفق العام والتي لم تستطع أن تُعبر لوحدها عن العقد الإداري، استوجب الأمر إبراز دور السلطة العامة في مبادئ العقد الإداري من خلال البحث فيما يتضمّنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، والتي تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أساليب القانون العام والخضوع لأحكامه وقواعده، وهذه الشروط الاستثنائية هي التي تظهر فيها الإدارة كطرف ذو امتياز في العقد سواء وردت صراحة أو ضمناً كحق فسخ العقد وتوقيع الجزاءات المالية والمراقبة والإشراف⁽¹⁾.

وعليه يعتبر القضاء الإداري بأن العقد يكون إدارياً إذا خضع لنظام استثنائي غير مألوف تتحدّد فيه شروط التعاقد مسبقاً من قبل السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة، ويقتصر دور الطرف المتعاقد على تحديد موقفه بالقبول أو الرفض وذلك على أساس دفتر الشروط⁽²⁾.

فإذا كان هذا المعيار متوقفاً في الصفقات العمومية، فهل منح امتيازات السلطة العامة للأشخاص مثل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لا يؤثر على الصفقات العمومية بصفة عامة؟ خاصة إذا علمنا أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أصل عقودها هي عقود مدنية، إلا أنها تتوفر على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يمكن مقابقتها مثلاً في عقود

(1)- علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004، ص 19.

(2)- محيو أحمد ، ترجمة فائق أنجق وبيوض خالد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 383.

الإذعان، وذلك لأن هذه المؤسسات لا تتعامل مع الجمهور الذي تقدم له خدماتها باعتبارها سلطة عامة، وإنما تُقدّم للمستفيدين منها خدمات مماثلة لتلك التي تُقدّمها المؤسسات الخاصة وفي نفس الظروف⁽¹⁾.

إن إعطاء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري صلاحية إبرام الصفقات العمومية سيؤدي حتماً إلى منحها امتيازات السلطة العامة شأنها في ذلك شأن كل الأشخاص الأخرى الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري إنها عقوداً إدارية متى تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة⁽²⁾ وهو ما يعني خضوع منازعاتها الناجمة عن صفقاتها للقضاء الإداري.

من خلال دراسة المعايير التي يمكن من خلالها إضفاء الصبغة الإدارية للصفقة العمومية وهي:

1- وجود الإدارة طرفاً في العقد؛

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام؛

3- احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص؛

نستنتج أنها متوفرة في جميع الصفقات العمومية، وحتى التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهذا ما يؤكد الطابع الإداري لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

الفرع الثاني

إحداث تعارض صارخ بين النصوص القانونية

إن التغيير في التوجه الاقتصادي الذي عرفته الجزائر خاصة بعد صدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية في 1988، وكذا التعديل المفرط

(1) - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص ص 37-38.

(2) - DE LAUBADÈRE. A et autres, op.cit. p. 363.

لقانون الصفقات العمومية⁽¹⁾، وما يترتب عن ذلك من تذبذب في إدراج صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن أحكامها، قد ولد تعارض وتناقض بين النصوص القانونية، ويظهر ذلك جلياً خاصةً بين نصوص قانون 88-01 والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (أولاً) وكذلك التناقض فيما يخص المعيار العضوي المأخوذ من قانون الصفقات العمومية (ثانياً).

أولاً: التناقض بين مقتضيات المادة 800 من ق إ م إ ونصوص قانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

كما سبق دراسته من قبل، فإنّ المُشرّع الجزائري قد لجئ إلى تعريف العقد الإداري على أساس المعيار العضوي، عكس المُشرّع الفرنسي الذي يعرف العقد الإداري بالبند المفرط *Closes exorbitantes*، ذلك من خلال اعتبار العقد إدارياً إذا كان مُبرماً من طرف مرفق عام إداري وهذا تطبيقاً للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، وهو ما كان معمول به كذلك في ظلّ المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم⁽³⁾، باعتبار أنّه ليس كل الصفقات العمومية عقود إدارية⁽⁴⁾، فهذه الأخيرة فقط هي التي تخضع للنظام المفرط، فإذا كانت الإدارة توظف السلطة المفرطة في تنفيذ هذه العقود فإنّه من أجل تحقيق المصلحة العامة والتسيير الحسن للمرفق العام⁽⁵⁾، ونجد أنّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري غالباً ما تلجأ إلى تنفيذ مهام المرفق العام، لكن من خلال المادة 800 لا يمكن اعتبار عقودها عقود إدارية.

(1) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 17.

(2) - قانون رقم 08-09، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(3) - أمر رقم 66-154، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق.

(4) - KOBAN. M, Le régime juridique des contrats du secteur public, étude de droit comparé algérien et français, Thèse pour le doctorat d'Etat, OPU, Algérie, 1984, p. 48.

(5) - خرياش جميلة، مرجع سابق، ص ص 12 - 13.

إنّ هذه الحالة من شأنها أن تحدث تناقض بين نصي المواد 55 و66 من قانون رقم 01-88 المتضمّن القانون التّوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁾ واللّتان جعلتا الصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتّجاري بمناسبة تسيير مهام مرفق عام عقوداً إدارية، وكذا في الحالة التي تُمارس فيها صلاحيات السّلطة العامة فإنّ المنازعات النّاجمة عن هذه النّشاطات تُطبّق عليها قواعد الإدارة؛ إذ هاتين المادتين وبعد تفحصهما تُؤكّدان على المعيار المادّي الذي أبعده قانون الإجراءات المدنية القديم بموجب المادّة 07 منه، وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادّة 800 منه، هذه الأخيرة التي تُقرّ بقاعدة من النّظام العام لا يمكن مخالفتها ألا وهي أنّ المحاكم الإدارية لا تكون مُختصة إلاّ إذا كانت هناك شخصية معنوية إدارية طرفاً في النّزاع⁽²⁾.

ثانياً: المعيار العضوي المأخوذ من قانون الصّفقات العمومية

إذا كان قانون الصّفقات العمومية قد استخدم المعيار العضوي لإضفاء الصّفقة العمومية الصّبغة الإدارية وهذا بتأكيد عديد من فقهاء القانون الإداري⁽³⁾، إلاّ أنّ هذا المعيار الذي على أساسه تُكيّف عقود الأشخاص العامة- باعتبار الطّرف الإداري في العقد ينهي مشكلة توصيفه بأنّه يكون بموجب ذلك عقداً إدارياً- لم يحافظ على جاذبيته بكونه معيار بسيط، إذ أنه أفرغ من محتواه الحقيقي، ولا أدلّ على ذلك التّنازل الغريب عن مفهوم المعيار العضوي كمعيار لفهم الصّفقة

(1)- قانون رقم 01-88، يتضمّن القانون التّوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

(2)- بوسماح محمد أمين ، المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 34-35.

(3)- راجع كلّ من: - محيو أحمد، مرجع سابق، ص ص 353-354.

- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 10-11.

- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 58-59.

العمومية⁽¹⁾، وخاصة بعد أن أدخلت أشخاص أخرى غير إدارية فيها⁽²⁾، وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار ما قد يُسببه هذا الدمج من تعقيدات قانونية وخاصة من الناحية القضائية، وخير مثال على ذلك ما ذهبت إليه وزارة السكن عندما أصدرت تعليمة تحت رقم 29 المؤرخة في 03-10-1993 الموجهة للمدراء العامون لدواوين الترقية والتسيير العقاري، والمتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية على العقود التي تبرمها هذه الدواوين التي تُعدّ حسب المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12 ماي 1991 المنظم لهذه الدواوين في مادته 16، مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري كما سبق الإشارة إليه، وإن كان قانون الصفقات العمومية يقصرُ على الأشخاص ذات الطابع الإداري وحدهم أي على مفهوم المعيار العضوي البارز في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية لسنة 1991⁽³⁾، وهذا يدلّ على ضعف النص القانوني وغموض موقفه من العقد الإداري، ودون التطرق إلى القوّة القانونية لهذه التعلّيمية، فقد نصّ في الصّفحة الثانية منها:

«Aussi pour répondre aux exigences d'une conjoncture économique particulière, je vous demande d'appliquer à compter du premier février 1993 la réglementation des marchés, telle qu'elle est procédée par le décret 91-434 du 09 novembre 1991..... »

وهذه الوضعية إنّ دلّت على شيء فإنّما تدلّ على تقلّب النصوص القانونية وتعارضها وسوء استعمالها للمعيار العضوي في الصفقات العمومية وبالنتيجة منازعاتها، وهو الأمر الذي يُؤدّي بالقاضي إلى إصدار أحكام قد تكون غير مشروعة⁽⁴⁾، وهذا ما وقع فيه مجلس الدولة الجزائري من خلال ما أكده مثلاً في

(1) - خرياش جميلة، مرجع سابق، ص 13.

(2) - مثل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية.

(3) - مرسوم تنفيذي رقم 91-434، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) - بن عليّة حميد، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص ص 28 - 29.

القرار الصادر عنه⁽¹⁾، والذي أكد من خلاله عدم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومنها دواوين الترقية والتسيير العقاري التي أخذت العمل بهذه التعلّيمية في إبرام الصفقة العمومية محلّ النزاع، ولم يأخذ بعين الاعتبار العمل لصالح الإدارة (معيار الوكالة).

إنّ هذه الوضعية التي آلت إليها الصفقات العمومية هي التي دفعت ابتداءً من المرسوم الرئاسي 02-250 إلى غاية المرسوم الرئاسي 10-236 إلى إدخال المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن مجال تطبيق الصفقات العمومية بموجب المادة الثانية منه، إلا أنّ ذلك يُحدث إشكالات عملية على المستوى القضائي في غاية من التعقيد إذا كانت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفاً في الصفقة وكان يتعلّق باستثمار مُموّل من قبل ميزانية الدولة طبقاً للمادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾، فإنّ هذا العقد يخضع لتنظيم الصفقات العمومية سواءً من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو الرقابة أو التنفيذ أو ممارسة السلطات (سلطات المصلحة المتعاقدة)، فإذا حدث نزاع بخصوص هذه الصفقة ستطرح بالحاح إشكالية الاختصاص القضائي، فهل تعود المنازعة لاختصاص القضاء الإداري كوّن موضوع النزاع صفقة عمومية أو إلى اختصاص القضاء العادي كون أحد أطراف النزاع مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري سيما وأنّ المشرّع الجزائري قد كرس المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي الإداري بموجب المادة 800 ق إ م إ ؟ وهو ما سيتم التطرّق إليه في الفصل الثاني.

(1) - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 006644، صادر بتاريخ 15 / 10 / 2002، قضية (ك، ص) ضدّ ديوان الترقية والتسيير العقاري ببرج بوعريج، (قرار غير منشور).

(2) - مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتّم، مرجع سابق.

الفصل الثّاني

منازعات عقود المؤسّسات العمومية ذات

الطّابع الصّناعي والتّجاري

إن الاعتراف للعقد الإداري بالطبيعة الإدارية تترتب عنه نتائج هامة تتمثل أساسا في أيلولة اختصاص القضاء الإداري وحده بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد من تفسير، بطلان، تنفيذ، وجميع الإشكالات المتعلقة به، وذلك نظراً للارتباط الوثيق بين فكرة العقد الإداري وقواعد الاختصاص القضائي بالفصل في منازعات العقود الإدارية، فعلى أساس تحديد طبيعة العقد تُحدّد جهة الاختصاص القضائي⁽¹⁾، ذلك أنّ القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بأسلوب الازدواجية القضائية مثل فرنسا⁽²⁾، والجزائر الذي أسّسه في دستور 1996 وكرّسه بإنشاء مجلس الدولة⁽³⁾، والمحاكم الإدارية⁽⁴⁾، يكون مختصاً بنظر المنازعات ذات الطبيعة الإدارية.

وعليه فإن ما يبحثه القاضي عادياً كان أو إدارياً هو تحديد طبيعة الموضوع المطروح عليه، وذلك من أجل تحديد الجهة القضائية المختصة. ولقد سبق الجزم بالطبيعة الإدارية للصفقات العمومية⁽⁵⁾، مما يقتضي خضوعها للقانون العام واختصاص القضاء الإداري بنظر منازعاتها، غير أنّ هذه الصورة الواضحة للصفقات ليست دائماً كذلك عندما يكون أحد أطرافها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهو الأمر الذي يثير إشكالية تحديد الاختصاص القضائي في الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات، هل يختص القاضي الإداري فيها كون موضوع النزاع صفقة عمومية أم القاضي العادي كون شخص محلّ النزاع مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري؟ (المبحث الأول)، ونظراً لتعقّد مسألة تحديد الاختصاص القضائي في موضوع الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات بسبب تردّد المشرع وكذا غموض رأي الفقه وموقف القضاء فيها، استوجب الأمر الرجوع إلى

(1)- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 63.

(2) - DEBBASCH. Ch, op. cit. p. 236.

(3) - قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج. ر. ج. ج عدد 37، صادر في 01 جوان 1998؛ مُعدّل ومُتمّم بقانون عضوي رقم 11-13 مؤرخ في 26 جويلية 2011، ج. ر. ج. ج عدد 43، صادر في 03 أوت 2011.

(4)- قانون رقم 98-02 مؤرخ في 30 ماي، 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 37 صادر في 01 جوان 1998.

(5)- لمزيد من التفصيل راجع المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص 52-58.

حلول بديلة أخرى خارج ساحة القضاء التي يُمكن من خلالها فضّ نزاعات صفقات هذه المؤسّسات (المبحث الثّاني).

المبحث الأول

إشكالية تحديد الاختصاص القضائي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية

ذات الطابع الصناعي والتجاري

يُعتبر تحديد معيار للمنازعة الإدارية من مقدمة المسائل ذات الأهمية في تقرير الولاية العامة، لأنّها الأداة التي تتمّ بها تحديد ما يدخل في اختصاص المحاكم الإدارية ومجلس الدولة وما يختصّ به القضاء العادي⁽¹⁾، ويعتبر النظام القضائي الفرنسي خاصّة بعد ظهور الازدواجية القضائية من رُواد فكرة توزيع الاختصاص بين هاتين الجهتين القضائيتين، وذلك أنّ الاعتراف بوجود هيئة قضائية مختصة بالنظر والفصل في المنازعات الإدارية استلزم وجود معيار حاسم يحدد اختصاصات كل من الجهة القضائية الإدارية والجهة القضائية العادية⁽²⁾.

فلما فصل المشرّع الفرنسي المنازعات الإدارية عن القضاء العادي وجعل لها قاضياً مستقلاً للنظر والفصل فيها، فإنّه لم يُحدّد نطاق اختصاص هذا القاضي، لذلك أصبح أمر وضع معايير وضوابط تحديد الاختصاص محلّ اجتهاد القضاء بأنواعه المختلفة (مجلس الدولة الفرنسي، المحاكم العادية ومحكمة التنازع الفرنسية)⁽³⁾ (المطلب الأول).

إلا أنّ ظهور المؤسسات العمومية الصناعيّة والتجارية التي تمارس أنشطة تجارية، ولّد جدلاً كبيراً حول هذه الأخيرة، هل تدخل منازعاتها ضمن اختصاص القضاء الإداري أم العادي؟ خاصة أنّه يصعب تمييزها عن المؤسسات العمومية الإدارية، وبالتالي يتمّ البحث عن المعايير المقترحة للتمييز بينهما (المطلب الثاني)

(1) - عزوز ليندة، تطوّر المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة وتنمية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2003، ص 41.

(2) - انظر كل من: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص 06.

أنظر كذلك:

-DEBBASCH. Ch, op. cit. p. 35.

(3) - صاش جازية، قواعد الاختصاص القضائي بالدعوة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994، ص 109.

ثم البحث عن المعيار المتبع من طرف المشرع الجزائري لتحديد الاختصاص القضائي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

معيار اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية

إن وضع أساس للقانون الإداري له فائدة عملية كبيرة تتجلى في معرفة اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي خاصة وأن قواعد الاختصاص النوعي تُعدّ من النظام العام بما لا يجوز مخالفتها⁽¹⁾، وقد وردت نظريات متعدّدة في تفسير وتأصيل هذه المسألة، فعرفت عدّة معايير تتغيّر بظهور عناصر جديدة خاصةً بازدياد دور الدولة واختصاصاتها.

ويُعدّ معيار المرفق العام (الفرع الأول)، ومعيار السّلطة العامّة (الفرع الثاني)، وكذا معيار النّفع العام (الفرع الثالث) من أهمّ هذه المعايير.

الفرع الأول

معيار المرفق العام

عرفت نظرية المرفق العام أوج تطوراتها في اوائل القرن العشرين وذلك منذ نشر الكتاب الشهير لاحد مستشاري مجلس الدولة الفرنسي TEISSIER في 1906، والذي يحمل عنوان "La responsabilité de la puissance publique"، المستلهم بشكل كبير من قرار بلانكو لسنة 1873؛ إذ وجد هذا المستشار في فكرة المرفق العام السند الأساسي للقول باختصاص الجهات القضائية الإدارية⁽²⁾.

ولما كان من الصّعب البحث عن طبيعة وجوهر كلّ عمل أو تصرّف صادر عن السّلطة الإدارية لمعرفة إن كان عملاً من أعمال السّلطة أم لا⁽³⁾، فإن فكرة

(1) - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 122.
 (2) - CHEVALLIER. J, « Essai sur la notion juridique du service public », pp. 137-161, [En ligne] : <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>, (consulté le 14-11-2011).

(3) - صاش جازية، مرجع سابق، ص 111.

المرفق العام⁽¹⁾ ساعدت على مدّ اختصاص القضاء الإداري إلى أعمال إدارية كان قد استبعدتها معيار السلّطة العامّة، كما ساعدته على توسيع نطاق مجالات القانون الإداري، ويتفق الفقه أنّ هذه الفكرة ظهرت لأول مرة في حكم "روتشيلد" عام 1855 وترسّخت في حكم "ديكشير" 1861، إلاّ أنّها لم تحظى بنفس الاهتمام ولم تحتلّ المكانة التي احتلّها قرار "بلا نكو"⁽²⁾، والتي صدر بشأنها حكم سنة 1873، أصبح شهيراً في القانون الإداري بسبب المبدأ الذي سجّله بشأن الاختصاص والذي يُعتبر نقطة تحوّل كبيرة في تطوّر القانون الإداري، وذلك خاصّةً لما توصل إليه من نتيجة وهي أنّ نشاط مرفق عمومي ما تسبّب في إضرار، يرجع النزاع المترتب عنه للقاضي الإداري ويُطبّق عليه هذا الأخير قواعد القانون العام⁽³⁾.

ومن المسائل الأساسية التي أقرّها هذا الحكم هي أنّ مسؤولية الإدارة الناتجة عن تصرفاتها لا يصحّ أن تؤسّس على القواعد المدنية المألوفة، بل يجب أن يُراعي فيها ما يكتسبه المرفق العام من أهميّة في نشاط الإدارة، وبالتالي اعتبر المرفق العام المعيار الأساسي لتحديد الاختصاص القضائي انطلاقاً من هذا التاريخ⁽⁴⁾.

ولم تظهر فكرة المرفق العام في قرار "بلا نكو" فقط، بل في قرارات أخرى كثيرة صادرة عن محكمة التنازع أو مجلس الدولة، وعن القرارات الصادرة عن هذا الأخير مثلاً ما يُعرف بقضية "ترييه" والتي أكدّ فيها مجلس الدولة على الأخذ بمعيار المرفق العام كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري⁽⁵⁾.

(1) - للاطلاع أكثر على مختلف المفاهيم التي يقوم عليها المرفق العام في كل من الدولة المتدخلّة والدولة اللبيرالية، انظر:

- CHEVALLIER. J, « Les nouvelles frontières du service public », Revue la Découverte, N° 02, 2007, pp. 14-18, [En ligne]: <http://www.Cairn.Info/revue-regards-croises-sur/-economie-2007-2-page14.htm>, (consulté le 14-11-2011).

(2) - V: DEBBASCH. Ch, op. cit. p. 236; LONG. M, et autres, op. cit. pp. 15-21.

(3) - لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 04، مرجع سابق، ص 30.

(4) - صاش جازية، مرجع سابق، ص 111.

(5) - انظر كل من:

- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ص 131-132.

- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص ص 34-35.

ويُعتبر "ليون دوجي" صاحب الفضل في إرساء هذه النظرية، وأخذ بمذهبه فريق من الفقهاء منهم "جيز" و"بونارد"، الذين يرون أنّ الدّولة تسعى دائماً إلى تحقيق هدف معيّن هو أداء المرافق العامة، وتستخدم في ذلك وسيلة السّلطة العامّة، فيؤكّدون أنّ هدف المرفق العام هو الذي يبرز ويفسّر النّظام القانوني الاستثنائي الذي يطبّق على العاملين في المرافق العامة، وعليه يخضع الموظّف لنظام قانوني خاصّ يختلف عن النّظام الذي يخضع له عمّال ومستخدمو المشروعات الخاصّة⁽¹⁾. رغم اعتبار فكرة المرفق العام معياراً أساسياً للقانون الإداري وذلك لصمودها فترة طويلة واعتبارها قدّمت خدمات معتبرة لهذا الأخير وكان لها الفضل في وضع كثير من مبادئه ونظرياته، إلّا أنّها تعرّضت للنّقد نتيجة للتّحولات العامّة التي طرأت على دور الدّولة وعلى الوسائل التي تستخدمها في إدارة المرافق العامة ذات الطّابع الاقتصادي والتي من بينها المؤسّسات العمومية ذات الطّابع الصّناعي والتّجاري، ظف إلى ذلك عدم الاستقرار في مدلول المرفق العام، كلّ هذه العوامل تضافرت وأدّت إلى ما يسمى "بأزمة المرفق العام"⁽²⁾.

وعليه أصبح هذا المعيار مبهماً وغامضاً ممّا دفع بالأستاذ "مارسيل فالين" إلى القول بأنّ المرفق العام لم يعد سوى معياراً لفضياً أجوف خال من أيّ مضمون حقيقي، واعترف الفقيه "أندريه ديلوبادير" الذي ظلّ مخلصاً للمعيار بأنّ وجود المرفق العام - وإن كان شرطاً لتطبيق أحكام القانون الإداري - لم يعد الشّروط الكافي لتحقيق اختصاص القضاء الإداري، إذ أصبح من الضروري أن يُضاف إليه شرط الأسلوب الذي تستعمله السّلطة الإدارية في إدارة المرافق العامة⁽³⁾.

ومردّ هذه الأزمة التي عرفها المرفق العام تعود إلى اتّساع تدخّل الدّولة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، وكذا ازدياد مساهمة الأفراد في الأعمال ذات النّفع

(1) - نقلاً عن: عزوز ليندة، مرجع سابق، ص 53.

(2) - انظر كلّ من: لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 04، مرجع سابق، ص 31.

- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 132.

- محيو احمد، محاضرات في المؤسّسات الإدارية، مرجع سابق، ص 36.

(3) - عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الجامعية للطباعة والنّشر، لبنان، د.

س.ن، ص 87.

العام في صورة مرافق عمومية يتولّى إدارتها الأفراد والشركات تحت رقابة الإدارة وإشرافها، وازدياد المرافق العمومية المهنية كذلك⁽¹⁾.

وبالتالي تفرّق الفقه بالنسبة لصلاحيّة المرفق العام كميّار لاختصاص القضاء الإداري، فمنهم من ذهب إلى عدم كفايته وطالب بإعادة النظر في فكرة المرفق العام، ونادى بوجود البحث عن معيار جديد يصلح كأساس للقانون الإداري وهو معيار السّلطة العامّة.

الفرع الثاني

معيار السّلطة العامّة

يُعتبر تراجع الفقه عن تأييد فكرة المرفق العام وفقدانها لكثير من أنصارها بالرغم من الجهود التي بذلوها من أجل إعادة صياغة النّظرية من جديد لمواجهة التّطورات الطّارئة عليها والخروج من الأزمة التي واجهتها، السّبب الرّئيسي الذي أدّى إلى تألّق معيار السّلطة العامّة كأساس للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري⁽²⁾.

ارتكز هذا المعيار على أساس تغليب الوسائل على الأهداف، وذلك عكس ما كان عليه المرفق العام الذي رجّح الأهداف عليها، ويُعتبر موريس هوريو رائد هذه المدرسة وصاحب الفضل في تأسيس هذا المعيار واتّبعه في ذلك الفقيه برتميلي⁽³⁾، ووضّح أنّ السّلطة العامّة كأساس للقانون الإداري وكمييار لتحديد إختصاص القضاء الإداري على أساس أنّها تشمل جميع الأعمال الصادرة من الإدارة التي تستخدم فيها الامتيازات المقرّرة للسّلطة العامّة، ويبيّن أنّ السّلطة العامّة ليست عبارة عن امتيازات كما أنّها ليست مطلقة، وإنّما تحكمها ضوابط وقيود محدّدة، فهي سلطة موضوعية تصبو نحوى تحقيق أهداف معيّنة هي المرافق العامّة⁽⁴⁾.

(1) - لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 04، مرجع سابق، ص 32.

(2) - عزوز ليندة، مرجع سابق، ص 56.

(3) - PEISER. G, Droit administratif général, 21^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 13.

(4) - خضري حمزة، منازعات الصّفقات العمومية في التّشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 27.

وعليه فالسلطة العامة بما تتضمنه من امتيازات تتمتع بها الإدارة التي لا مقابل لها في علاقات القانون الخاص، وبما تشتمل عليه من قيود والتزامات تفرضها القوانين الإدارية على نشاط الإدارة، هي معيار الاختصاص القضائي، فلم تعد السلطة العامة تلك الفكرة التي تُعبّر عن مجرد الإدارة العليا للحاكم وإنما أصبحت السلطة العامة ممارسة لأساليب معينة واختصاصات لا يملكها الأفراد نتيجة لكون الحكام يعملون باسم الصالح العام.

كما نجد الفقيه جورج فيدال في محاولة لشرح وتأكيد هذا المعيار قد أعلن أنه يوجد ارتباط وثيق بين الإدارة والسلطة التنفيذية، حيث تباشر هذه الأخيرة وظيفتها الإدارية بواسطة الضبط الإداري والمرفق العام، وعرف القانون الإداري بأنه مجموعة من القواعد المطبقة على نشاط السلطة التنفيذية حيث تستخدم أساليب السلطة التنفيذية وبذلك يتضمن المعيار عنصرين: نشاط السلطة التنفيذية من جهة، واستخدام السلطة العامة من جهة أخرى⁽¹⁾، وأوضح أن معيار السلطة العامة لا يتضمن الامتيازات التي تضع الإدارة في مركز أسمى من مركز الأفراد المتعاملين معها فقط، وإنما يتضمن أيضا القيود والالتزامات التي تفرض على الإدارة بواسطة القوانين، وعلى أساس هذا المعيار تخرج مجالات إدارة الدولة لأملكها الخاصة وكذا عقود الإدارة التي لا تستخدم فيها أساليب السلطة العامة، وإدارة المرافق العامة الصناعية والتجارية من نطاق تطبيق القانون الإداري وكذا اختصاص القضاء الإداري بمنازعاتها⁽²⁾.

ويمكن القول أن المعيار الحديث أو معيار السلطة العامة يتفق مع معطيات القانون الوضعي، الذي أعطى مزيداً من الأهمية لفكرة المرافق العامة والعودة في بعض أحكامه إلى الجمع بين المعايير العضوية والموضوعية، إلا أنه عرف بعض الانتقادات مثله مثل معيار المرفق العام؛ إذ أنه على أساس معيار السلطة العامة، تم التفريق بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية، فالإدارة تعمل تارة

(1) - محيو احمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 37.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 119.

باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة والتي تظهر من خلال إصدار الأوامر والنواهي، واتخاذ القرارات بإرادتها المنفردة وبوسائلها الخاصة، لذلك تتميز هذه الأعمال عن غيرها في أنها تتضمن امتيازات مقررّة للإدارة باعتبارها صاحبة السيادة⁽¹⁾.

على عكس الأعمال العادية التي تقوم بها الإدارة بنفس الأساليب التي يستعملها الأفراد، لا يجوز للإدارة في مثل هذه الأعمال استعمال السلطة العامة، ذلك أنّ أعمال السلطة العامة فقط المعنية بخضوعها لأحكام القانون الإداري⁽²⁾.

ونظراً لصعوبة تطبيق معيار السلطة العامة وعدم كفايته لأن يكون معياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، استوجب الأمر أن يشترك مع فكرة المرفق العام خاصّةً وأنّ القضاء الإداري الفرنسي مازال إلى اليوم يذكّر معيار المرفق العام في أحكامه⁽³⁾.

الفرع الثالث

معيار النفع العام (المصلحة العامة)

نظراً للانتقادات التي وُجّهت إلى المعايير السابقة وذلك بسبب قصورها وعجزها عن تبرير وجود مبادئ القانون الإداري وبالتالي اختصاص القضاء الإداري، فكّر الفقه في البحث عن أساس جديد لهذه المبادئ، ووجد هذا التيار الفقهي في فكرة النفع العام الأساس المناسب والملائم الذي يُمكن من خلاله أن تُبنى جميع مبادئ القانون الإداري، فحسبهم أين وُجدت منفعة عامّة طُبّق القانون الإداري وُبنى عليه اختصاص القضاء الإداري⁽⁴⁾.

(1) - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 125.

(2) - عزوز ليندة، مرجع سابق، ص 57.

(3) - أنظر كل من:

- صاش جازية، مرجع سابق، ص 115.

- خضري حمزة، مرجع سابق، ص 28.

(4) - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 134-135.

فتحقيق النفع العام يُعتبر شرطاً كافياً لتطبيق قواعد القانون الإداري، أما إذا كانت الإدارة تستهدف تحقيق منفعة خاصة فإن رأي هذا التيار الفقهي انعقد على إخضاع مثل هذا النشاط إلى قواعد القانون الخاص⁽¹⁾.

ويعتبر الفقيه "فالين" من المدافعين عن هذا المعيار، ويتفق أنصاره على تحديد النفع العام بأنه النفع الذي يعجز الأفراد عن تحقيقه أو لا يرغبون في تحقيقه لأنه لا يحقق أرباحاً عالية، وبناءً على ذلك فإن نشاط الإدارة الذي يحقق مصلحة مالية للدولة ولا يستهدف النفع العام لا يُطبق عليه قواعد القانون الإداري، كما تستبعد فكرة النفع العام عن النشاط الفردي بناءً على هذا التصور الفقهي والقضائي. إلا أن هذا الرأي كذلك تعرّض إلى عدّة انتقادات، حيث يرى معارضيه أنه لا يصلح أن يكون أساساً لمبادئ القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري لعدّة أسباب نذكر من بينها:

- أن تحقيق النفع العام هو هدف وغاية نشاط الإدارة، سواء استخدم في هذا النشاط أسلوب القانون العام أو القانون الخاص.

- أن فكرة النفع العام غامضة وغير دقيقة، وتختلف بحسب ظروف الزمان والمكان، لذلك لا تصلح أن تكون أساساً للقانون الإداري.

إن هذا المعيار فقد قيمته العملية من جرّاء بعض تطبيقات القضاء الإداري؛ إذ أن هذا الأخير قرّر تطبيق القانون الإداري على علاقات قانونية تمت بين هيئات خاصة حتى ولو لم تستهدف النفع العام، وأضفت صفة النفع العام على أنشطة غير إدارية والتي تُعرف بالمشروعات الخاصة ذات النفع العام⁽²⁾.

من خلال دراسة هذه المعايير المختلفة التي اقترحت لتحديد اختصاص القضاء الإداري، نستنتج أنه لا يوجد معيار واحد حاسم لتحديده، بل تعددت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في هذا الصدد وتوصل البعض إلى القول أنه لا يمكن الأخذ بمعيار واحد لتحديد اختصاص القضاء الإداري، إنّما لابدّ من جمع بين معيارين أو أكثر.

(1)- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المُجلّد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 56.

(2)- عزوز ليندة، مرجع سابق، ص 59.

فالقاعدة العامة لانعقاد اختصاص القضاء الإداري أن تكون الإدارة العامة طرفاً في النزاع ثم يشترط أن تمارس نشاطها وفقاً لقواعد القانون العام، أي باستعمال وسائل وامتيازات السلطة العامة من أجل تحقيق النفع العام وهو المعيار المعمول به في فرنسا، أين تم تكريس ازدواجية القضاء والقانون⁽¹⁾.

فإذا قدمنا مختلف المعايير الأساسية التي اقترحت من طرف الفقه والقضاء لتحديد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، فإن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: ما هو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في تحديد اختصاص القضاء الإداري؟ وهل يخدم هذا المعيار ويتناسب مع المنازعات التي تثار بشأن الصفقات التي تُبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؟ خاصة أنه يصعب تمييزها عن المؤسسات العمومية الإدارية التي تُعتبر من أشخاص القانون العام التي تخضع منازعاتها للقضاء الإداري.

المطلب الثاني

معايير التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

والمؤسسات الإدارية

مما لا شك فيه أن الصلة وثيقة جداً بين المرفق العام الصناعي والتجاري والمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية والذي سبق الإشارة إليه، حتى وإن كانت هذه الصلة غير حتمية، إذ ليس من الضرورة أن يُدار المرفق العام الصناعي والتجاري « SPIC » بأسلوب المؤسسة العمومية⁽²⁾، فمن الممكن أن يُدار هذا المرفق بأسلوب الإدارة المباشرة، ونظراً لصعوبة التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الإدارية⁽³⁾، ارتأى كل من الفقه⁽⁴⁾ (الفرع الأول)،

(1) - صاش جازية، مرجع سابق، ص 116.

(2) - KOBAN. M, op. cit. p. 97.

(3) - عزور ليندة، مرجع سابق، ص 154.

(4) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، (نظرية الاختصاص)، الجزء الثاني، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص 22.

والقضاء الإداري⁽¹⁾، الى ضرورة اقتراح معايير مختلفة للتفرقة بينهما، خاصة القضاء الإداري الفرنسي الذي يُعتبر مميّزاً من خلال موقفه من هذه المعايير⁽²⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رأي الفقه في مسألة التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الإدارية

بذل الفقه الإداري محاولات عديدة للتمييز بين المؤسسة العمومية الإدارية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وبظهر ذلك جلياً من خلال المعايير التي أوجدها والتي من أبرزها ما يلي:

أولاً: معيار الخضوع لأحكام القانون الخاص

مفاد هذا المعيار أنّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي التي تخضع لأحكام القانون الخاص (وخاصةً أحكام القانون التجاري)، أما المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فهي تخضع لأحكام القانون الإداري⁽³⁾، إذ أكدّ على ذلك جانب من الفقه⁽⁴⁾، الذي يرى أنّه تُعدّ المؤسسة أو المرفق صناعياً أو تجارياً، إذا كان النشاط الذي يزاوله عملاً تجارياً طبقاً لقواعد وأحكام القانون التجاري، فالأساس الذي يقوم عليه هذا المعيار هو قواعد وأحكام القانون التجاري. حقيقةً إنّ القانون الواجب التطبيق هو أحد أوجه التمييز بين النوعين من المؤسسات، ولكنه ليس معياراً حاسماً، لأنّ المؤسسات العمومية التجارية والصناعية وإن كانت تخضع لأحكام القانون التجاري، فإنّ هذا الخضوع جزئياً يتعلّق فقط

(1)- للتفصيل في هذا الصدد، انظر كل من:

-RICCI. J.C, op. cit. p. 125; DELAMARRE. M, et Paris. T, op. cit. p. 156.

(2)- للاستزادة أكثر في هذه المسألة، انظر:

-LAGGOUNE.W, Le contrôle de l'Etat sur les entreprises privées industrielles en Algérie, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit, Institut de droit et des sciences administratives, Université d'Alger, 1994, p. 32.

(3)- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، (نظرية الاختصاص)، الجزء الثاني، ط 5، مرجع سابق، ص ص 22-23.

4) - DEBBASCH. Ch, op. cit. p. 55.

بعلاقات الإنتاج والتوزيع (أي العلاقات مع الغير) ولكنها في علاقاتها مع الدولة وفي تنظيمها تبقى خاضعة لأحكام القانون الإداري، كما أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق لا يتم إلا بعد تحديد طبيعة المؤسسة فهي نتيجة وليس سبباً، إضافة إلى إمكانية خضوع المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية لأحكام القانون الخاص بإرادتها المنفردة، مثلما هو الشأن عندما تنتازل إلى درجة التعامل وفق أساليب القانون الخاص⁽¹⁾.

إلا أنّ هذا المعيار يتسم بالطابع الفقهي الغالب، إذ لم يكن له أساساً قضائياً يُدعمه ويستند إليه، سواءً في القانون المقارن⁽²⁾ أو في القانون الجزائري⁽³⁾.

ثانياً: معيار الرّيح (المقابل النقدي)

إنّ هدف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هو تحقيق الرّيح، بينما لا تهدف المؤسسات العمومية الإدارية إلى ذلك، وإنّما تسعى إلى تحقيق المنفعة العامة⁽⁴⁾.

إنّ المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية تحقق أرباحاً نظراً لطبيعتها الاقتصادية، إلا أنّها لا تستهدف تحقيق الرّيح بصفة أساسية، وإنّما تستهدف بحكم كونها مرافق عامة، تحقيق المنفعة العامة كذلك، كما أنّه ليس هناك ما يمنع الإدارة من تحقيق أرباح عن طريق المرافق الإدارية كتقاضي الرسوم مثلاً⁽⁵⁾.

يؤاخذ كذلك على هذا المعيار الشكلية التي يظهر ويتّسم بها، فهو معيار شكلي خارجي يركّز ويعتمد بصفة أساسية على عنصر خارجي بحت، إذ أنّه لا يُقدّم أيّ إيضاحات بصدد العناصر التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد هذا التّباين،

(1)- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية: نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ط 5، مرجع سابق، ص 23.

(2)- الشطناوي علي خطار، مرجع سابق، ص 206.

(3)- على الأقل من خلال بحثنا في هذا الصدد.

(4)- انظر كل من :

- صاش جازية، مرجع سابق، ص 206.

- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، (نظرية الاختصاص)، الجزء الثاني، ط 5، ص 23.

(5)- خصري حمزة، المرجع السابق، ص 33.

بل أنه يأخذ واقعة واحدة فقط هي (دفع مقابل نقدي) كأساس للتمييز بين هاذين النوعين من المؤسسات دون تقديم إيضاحات حول الأسباب التي تُبرّر هذا المقابل التقدي⁽¹⁾.

ثالثاً: معيار طبيعة النشاط

يُعتبر هذا المعيار الأكثر شيوعاً عن غيره من المعايير الأخرى، وقد نادى به الفقيه شفانون الذي رأى أنّ المؤسسة العمومية تكون ذات طبيعة اقتصادية أو صناعية وتجارية وفقاً لهذا المعيار، وذلك إذا كانت الخدمات التي تؤدّيها يعتبرها القانون الخاص تجارياً كما لو قام بها أحد الأشخاص العاديين⁽²⁾، كما ذهب في نفس السياق محمود حافظ من الفقه العربي الذي يرى أنّ نشاط المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية هو نشاط من جنس نشاط الأفراد، وهي تلك المرافق التي تزاول بصفة رئيسية عملاً تجارياً بطبيعته، ويتحقّق ذلك إذا كانت الأعمال والتصرفات التي تُباشرها بصفة عادية ورئيسية أعمالاً تجارية وفقاً للقانون التجاري⁽³⁾.

إلا أنّ هذا المعيار يُعاب عليه عدم الدقّة كونه يتجرّد من أية قيمة علمية، فليس للنشاطات الإنسانية بذاتها طبيعة ذاتية خاصّة بها، ولهذا يتجرّد معيار طبيعة النشاط من أية قيمة قانونية⁽⁴⁾.

رابعاً: معيار شكل المؤسسة

مفاد هذا المعيار أنّه إذا اتخذت المؤسسة شكل المشروعات الاقتصادية الصناعية والتجارية فهي مؤسسة صناعية تجارية، أمّا إذا كانت مسيرة بواسطة إحدى السلطات العامة فهي مؤسسة إدارية⁽⁵⁾.

خامساً: معيار أساليب إدارة المؤسسة

(1) - بوجادي أعمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 33.

(2) - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 42.

(3) - نقلاً عن: الشطناوي علي خطار، مرجع سابق، ص 205.

(4) - DEBBASCH. Ch, op. cit. p. 55.

(5) - صاش جازية، مرجع سابق، ص 137.

إذا كانت أساليب القانون العام هي المتبعة في إدارة المؤسسة فإنها إدارية، أما إذا استعملت أساليب القانون الخاص فتعتبر مؤسسة عمومية صناعية وتجارية⁽¹⁾.

إن معيار شكل المؤسسة وكذا معيار الأساليب المتبعة في إدارتها معياران منتقدان لأنه يمكن للمؤسسات الصناعية والتجارية أن تستغل بواسطة الشركات وأن تستعمل في استغلالها أساليب القانون الخاص، وهذا ما لا يمنع إدارتها بواسطة السلطات العامة مباشرة في بعض الخدمات، واستعمال أساليب القانون العام في استغلالها أحياناً، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في أحكامه⁽²⁾.
ونظراً لعدم دقة هذه المعايير المقدمة للتمييز بين النوعين من المؤسسات، وبالتالي تحديد الجهة القضائية المختصة في منازعاتها، أوجد القضاء الإداري معايير أخرى مغايرة لها والتي سيتم التطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الحلول المقدمة من قبل القضاء الإداري في مسألة التمييز بين النوعين من المؤسسات

لم يكن موقف القضاء الفرنسي واضحاً في مسألة التمييز بين المؤسسة الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الإدارية؛ حيث تغيرت مواقفه من قضية لأخرى، إذ وضع في المرحلة الأولى معياراً مبهماً وغير قانوني للتمييز بينهما، حيث اعتبر المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية تلك المؤسسة التي تشبه المشاريع الخاصة، فإذا كانت تُسَيَّر وتُستغلّ بذات الوسائل وفي نفس الظروف التي تُستغلّ فيه المشروعات الخاصة، فهي مؤسسة عمومية تجارية وصناعية، وظهر هذا الموقف في قضية باك ديوكا⁽³⁾، التي أكد فيه أنه للتمييز بينهما لا بد من النظر إلى طبيعة

(1) - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 41.

(2) - T.C, 10/02/1946, GUI. Rec.50 « L'office national de la navigation, à coté des activités de traction et remorquage effectivement industrielles, assure des fonctions de régulation du trafic fluvial qui ne peuvent être qu'administratives », cité par :

-LONG. M, et autres, op.cit. p. 223.

3-V : T.C 22/01/1921, Société commerciale de l'ouest africain...1923. Conclusion maters.=

نشاط المؤسسة، فإذا كانت طبيعة النشاط الذي تقوم به هذه المؤسسة هي طبيعة إدارية تعتبر المؤسسة إدارية وتخضع في منازعاتها للقضاء الإداري، أما إذا كان النشاط الذي تقوم به المؤسسة ذو طبيعة اقتصادية صناعية وتجارية تعتبر في هذه الحالة مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري وتخضع منازعاتها للقضاء العادي⁽¹⁾.

من جانب آخر تبني القضاء الفرنسي في مرحلة ثانية، معياراً مزدوجاً يقوم على أساس عنصرين: العنصر الأول وهو عنصر موضوعي، يتمثل في أن تكون أعمال المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية أعمال اقتصادية بطبيعتها، أي أن تكون أعمال المؤسسة صناعية أو تجارية أو مالية بطبيعتها، أما إذا كانت أعمالها إدارية بطبيعتها فهي مؤسسة إدارية⁽²⁾.

أما العنصر الثاني فهو شخصي وذاتي، يتمثل في اتجاه نية وإرادة المشرع أو الإدارة في اعتبار المؤسسة العمومية إدارية أو صناعية وتجارية، وذلك من خلال النظام القانوني للمؤسسة، الذي يبيّن إرادة الإدارة ونيّتها فيما إذا كانت تتجه إلى اعتبار المؤسسة إدارية أو صناعية وتجارية⁽³⁾، وهذا ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر سنة 1956 في قضية اتحاد نقابة الطيران⁽⁴⁾، وفي حالة الغموض وتعذر اكتشاف إرادة الإدارة في اعتبار المؤسسة إدارية أو صناعية وتجارية أو اقتصادية، فإن القضاء يستطيع اكتشاف إرادتها بعدّة قرائن تتمثل في طبيعة الالتزامات التي يخضع لها المستفيدون من المؤسسة إذا كانت عادية أو استثنائية؛ طبيعة عقود المؤسسة (هل هي عقود إدارية أم عقود القانون الخاص)؛

=« Par cet arrêt, célèbre, plus connu sous le nom d'arrêt du Bac d'Eloka, le tribunal des conflits a ainsi décidé que l'autorité judiciaire était compétente pour connaitre des actions intentées par des particuliers en réparation des conséquences dommageables de l'exploitation d'un service public industriel et commercial, c'est-à-dire d'un service fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise publique »،

Ibid. pp. 224-227.

(1) - عوايدي عمار، القانون الإداري: (النشاط الإداري)، د م ج، الجزائر، 2000، ص 69.

(2) - عزوز ليندة، مرجع سابق، ص 154.

(3) - GROS. M, op. cit. p. 80.

(4) - نقلاً عن كل من:

- صاش جازية، مرجع سابق، ص 140.

- خضري حمزة، مرجع سابق، ص 36.

بالإضافة إلى طريق تمويل المؤسسة؛ طبيعة إدارة وتسيير المؤسسة؛ وكذا طبيعة نظامها المحاسبي⁽¹⁾.

فمعيار التفرقة بين المؤسسة العمومية الإدارية والمؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، هو الذي يحدّد القانون الواجب التطبيق، حيث نجد أنّ المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية تحكمها قواعد القانون الإداري، عكس الحال بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، التي تتسم بخضوعها لنظام قانوني مختلط، حيث تتداخل فيها قواعد القانون الإداري وقواعد القانون الخاص، وتتراكم في حكمها بحيث تكون الغلبة لقواعد القانون الخاص⁽²⁾.

ومن خلال دراسة هذه المعايير يظهر جلياً الغموض الذي يكتنف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وخاصة من خلال نظامها القانوني المختلط، الأمر الذي ولّد إشكالات قانونية وبالخصوص من ناحية الاختصاص القضائي، فإذا كانت اجتهادات الفقه والقضاء الفرنسي في هذا المجال ساهمت في فكّ بعض هذه الإشكالات التي تثيرها هذا النوع من المؤسسات، فما هو موقف التشريع والقضاء الجزائري من هذه المسألة؟

المطلب الثالث

الجهة القضائية المختصة في النظر في منازعات صفقات المؤسسات العمومية

ذات الطابع الصناعي والتجاري في الجزائر

خضعت الجزائر خلال مرحلة ما قبل الاستقلال إلى النظام القضائي الفرنسي بكلّ تطوّراته، وقد تغيّرت فكرة تحديد معيار اختصاص القضاء الإداري في تلك المرحلة من نظرية إلى أخرى وفقاً لمعيار وأساس القانون الإداري الفرنسي، إلاّ أنّه وبعد الاستقلال وصدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري⁽³⁾ أورد المشرّع الجزائري معياراً مخالفاً للمعايير السابقة حدّد بموجبه نطاق اختصاص القضاء الإداري، هذا

(1) - عزوز ليندة، مرجع نفسه، ص ص 154-155.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ط 4، 2005، ص ص 363-364.

(3) - قانون رقم 66-154، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق.

المعيار تضمّنته المادّة السّابعة منه وهو المعيار العضوي⁽¹⁾، هذا المعيار البسيط الذي يقصد به التّركيز في تحديد طبيعة العمل أو التّعريف على صفة الجهة أو العضو الذي صدر منه العمل دون النّظر إلى ماهية وجوهر وطبيعة العمل ذاته⁽²⁾، وكرّسه المشرّع الجزائري كذلك بموجب المادة 800 ق.إ.م.إ الجديد⁽³⁾.

إنّ المعيار العضوي الذي يُحدّد اختصاص المحاكم الإدارية في النّظام الجزائري⁽⁴⁾، يُؤثّر وبصفة سلبية على منازعات الصّفقات العمومية خاصّةً التي يكون أحد أطرافها مؤسّسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاربي وعليه سيتمّ التّطرق إلى دراسة الأسس التي تقوم عليها المادّة 800 ق.إ.م.إ (الفرع الأوّل)، ثمّ التّطرق إلى انعكاسات المعيار العضوي على منازعات صفقات المؤسّسات العمومية ذات الطّابع الصّناعي والتّجاري (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

الأسس التي تقوم عليها المادّة 800 من ق.إ.م.إ

(1) يظهر المعيار العضوي في المادّة 07 من ق.إ.م من خلال ذكره للأشخاص التي يؤول الاختصاص فيها للجهات القضائية الإدارية على سبيل الحصر وذلك من خلال نصّها على: « تختصّ المجالس القضائية بالفصل ابتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها التي تكون الدّولة أو الولايات أو إحدى المؤسّسات العمومية ذات الصّبغة الإدارية طرفاً فيها..... »

(2) انظر كل من:

- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية: تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ط 2، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 334.

- بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتّوزيع، عنابة، 2009، ص 253.

- محبو أحمد، محاضرات في المؤسّسات الإدارية، مرجع سابق، ص 353.

3)- KHELLOUFI Rachid, "Réflexions à propos de l'impacte du code de procédure civile et administrative sur le contentieux administratif", *Revue Idara*, n°36, 2008, p. 68.

(4) تنص المادّة الأولى من قانون عضوي رقم 98-02، يتعلّق بالمحاكم الإدارية، مرجع سابق على: « تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادّة الإدارية..... » .

كرّس المشرّع الجزائري العمل بالمعيار العضوي عند تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، فهذه الجهة مختصة بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها عملاً بالمادة 800 ق.إ.م.إ التي تتطابق مع مضمون المادة الأولى (01) من القانون رقم 98-02 المنشئ للمحاكم الإدارية، وعليه يمكن أن نستشف الأسس التي تقوم عليها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يلي:

الأساس الأول: بمقتضى المادة 800 ق.إ.م.إ فإنّ: المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

إنّ المشرّع الجزائري في تعريفه للنزاع الإداري يعتمد على المعيار العضوي الذي يقوم على صفة أطراف النزاع، ويتبين أنّ المادة أعلاه سارت في نفس المسار الذي أقرته المادة 07 بإتيانها لمعيار مخالف للمعيار المادي (الموضوعي) الذي كان معمولاً به في النظام القضائي الجزائري أثناء مرحلة الاستعمار الفرنسي وبعد الاستقلال بفترة قليلة.

هذا ما يترتب عليه أنّه متى كان أحد أطراف النزاع شخصاً من أشخاص القانون العام المحددين في نصّ المادة المذكورة، يؤول الاختصاص القضائي للقضاء الإداري⁽¹⁾، وهو ما كرّسه في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم⁽²⁾.

(1) - انظر كلّ من:

- خضري حمزة، مرجع سابق، ص 30.

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 353-354.

- بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 253.

- بوضياف عمار، القضاء الإداري في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 115.

(2) - انظر كل من: =

الأساس الثاني: لقد حدّد المُشرّع الجزائري الأشخاص العامّة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سبيل الحصر وهي الدولة، البلدية، الولاية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، وعلى أساس هذا التعداد (معيّار تعدادي حسب بعض الفقه⁽¹⁾)، لا يمكن المحاكم الإدارية أن تنظر أو تفصل في أيّ نزاع لا يكون فيه هذه الأشخاص العامّة طرفاً فيه⁽²⁾.

الفرع الثاني

انعكاسات المعيار العضوي على منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

إن المُشرّع الجزائري بهذا الحصر قد أخرج من اختصاص المحاكم الإدارية المنازعات المتعلّقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الذي ينعقد الاختصاص فيها للقضاء العادي، فإذا كان الوضع في هذه الحالة سليماً وذلك كون المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لم تشملها المادة 800 من ق إ م إ، فما هو الحال بالنسبة لمنازعات الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات الممولة جزئياً أو كلياً وبصفة مؤقتة أو نهائية من الدولة؟ علماً أنّ المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تعود لاختصاص القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي، ذلك لأنّ الدولة أو الولاية أو البلدية، أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية هي حتماً طرفاً في النزاع، لكونها طرفاً في العقد.

= بودريوه عبد الكريم، "هل تخلى المُشرّع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري"، من أعمال الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، جامعة، جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 28-29 أفريل 2009، ص 02.

- بريارة عبد الحميد، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 483.
- زغداوي محمد، "مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظلّ الإصلاح القضائي الجديد"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2000، ص ص 120.

1) - ZOUAÏMIA. R , et ROUAULT. M-Ch, op. cit. p. 248.

2) - بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 75.

وفي مجال الصفقات العمومية فقد حددت المادة الثانية (02) من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الأشخاص المعنوية العامة التي تخضع عقودها لنظام الصفقات العمومية وبالتالي تكون عقوداً إدارية، حددت هذه الأشخاص على سبيل الحصر هي كذلك وهي:

- الإدارات العمومية

- الهيئات الوطنية المستقلة

- الولايات

- البلديات

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بانجاز عملية مُمولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

وبتحليل هذه المادة، نستنتج أنّ الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري بصدد منازعات الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع التقليدي، وهي: الدولة أو الولاية، أو البلدية، أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، وهو ما يتماشى مع المعيار العضوي، إلا أنّ الإشكال يكمن في مدى انعقاد الاختصاص للقضاء الإداري بخصوص المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية عندما تكلف هذه المؤسسات بانجاز عملية مُمولة من ميزانية الدولة؟

هناك اتجاهين فقهيين في تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المكلفة بانجاز عملية مُمولة جزئياً أو كلياً وبصفة مؤقتة أو نهائية من خزينة الدولة:

أولاً: اختصاص القضاء العادي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

يرى هذا الجانب من الفقه بان الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول للقضاء العادي، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة وإعمالاً بالمعيار العضوي⁽¹⁾، وذلك كون المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، هي من أشخاص القانون الخاص.

إلا أنّ هذا الرأي ليس على صواب حيث وجهت له انتقادات على أساس أنّ تطبيقه ينتج عدة إشكالات عملية تتعلق خاصة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، الذي تنقيد به جهة القضاء العادي المختصة (حسب هذا الرأي) والفصل في المنازعة على ضوءه، فهل تطبق مبادئ القانون الإداري أو قواعد القانون الخاص؟.

إذ نجد في هذه الحالة احتمالين:

1- تطبيق قواعد القانون الخاص من قبل جهة القضاء العادي: إلا أنّ هذا

الاحتمال منتقد بشدة لأن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهي تبرم صفقة عمومية بشرط التمويل من الخزينة العمومية فهي تبرمها بموجب نص تنظيم الصفقات العمومية وهي ملزمة بالنتقيد به، وهذا التنظيم مستمد من مبادئ القانون العام، وأنّ تطبيق قواعد القانون الخاص في هذه الحالة هو استبعاد للهدف أو الغاية التي تمّ من أجلها تقييد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بتطبيق والخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، وفيه عدم الاكتراث لتمويل الخزينة العمومية للمشروع، وعليه لا يمكن استبعاد مبادئ القانون العام على هذه المؤسسات الملزمة بالنتقيد به بموجب نص تنظيمي، مما يستوجب عدم الأخذ بهذا الاحتمال.

(1) - انظر :

- بعلي محمد الصغير، المحاكم الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 121.

- خضري حمزة، مرجع سابق، ص 36.

2- تطبيق قواعد القانون العام من قبل جهة القضاء العادي: هذا الاحتمال يمكن أن نأخذ به إذا سلّمنا بأن الاختصاص في هذه الحالة يؤول إلى جهة القضاء العادي، فانه يستلزم من هذه الأخيرة تطبيق مبادئ القانون الإداري، وذلك بحل المنازعة على ضوء تنظيم الصفقات العمومية.

لكن الأخذ بهذا الاحتمال يعتبر مساساً بالازدواجية القضائية، كون جهة القضاء العادي مختصة في النظر في منازعات القانون الخاص وهي في هذه الحالة ملزمة بالفصل في المنازعة على أساس قواعد القانون الإداري ونصوص تنظيم الصفقات العمومية، والتي تنطوي على أحكام على الغالب نجدها مقننة وثابتة في تنظيم خاص وهي في مجموعها قواعد تنطوي على الطابع الإداري المحض مما يجعلها تختلف اختلافاً كبيراً عن العقود المدنية والتجارية، وهو ما يضعف من درجة الاعتراف باختصاص القاضي العادي بالفصل في منازعة تتعلق بصفقة عمومية⁽¹⁾، كما أنّ ذلك يدفع إلى إعادة النظر في طبيعة النظام القضائي برمته.

وعليه فانه لا يمكن إسناد الاختصاص للقضاء العادي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الممولة من خزينة الدولة، الأمر الذي سيمنح الاختصاص إذن للقضاء الإداري، إلا أنّ السؤال الذي يطرح في هذه الحالة هو على أيّ أساس يُمنح الاختصاص للقضاء الإداري في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الممولة من خزينة الدولة؟

ثانياً: اختصاص القضاء الإداري في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

هذا الجانب من فقه يرى أنّ منازعات الصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي يتوفر فيها شرط التمويل من خزينة الدولة تكون من اختصاص القضاء الإداري رغم عدم إدراجها ضمن المعيار العضوي أو التعدادي

(1) - بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 45.

المنصوص عليه في المادة 800 من ق إ م إ، وذلك بالاعتماد على احد المعيارين التاليين:

1- المعيار الموضوعي (معيار الأموال العامة): ويظهر العمل بالمعيار الموضوعي في نصّ المشرّع صراحة على اعتبار صفقات عمومية عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تقوم فيها بانجاز بعمليات ممولة جزئياً أو كلياً وبصفة مؤقتة أو نهائية من خزانة الدولة، وبالتالي يتّضح لنا أنّ المشرّع اخذ بمعيار الأموال العامة في هذه الحالة وخرج عن المعيار العضوي؛ إذ أنّه وبرغم عدم توقّر المعيار العضوي في صفقات هذه المؤسسات إلاّ انه اعتبر صفقاتها إدارية، وهو ما يترتب عنه بالتالي اختصاص القضاء الإداري في حالة نشوب نزاع وذلك بشرط توفر شرط التمويل من الخزانة العمومية⁽¹⁾.

حيث أنّ الأخذ بالمعيار الموضوعي لمنح الاختصاص للقضاء الإداري في هذه الحالة يعود أساساً إلى الأخذ بنصي المادتين 55 و 56 من القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽²⁾، اللتان تتصان على أنّ المنازعة المتعلقة ببعض النشاطات التي تمارسها المؤسسات العمومية الاقتصادية وهي تتمتع بامتيازات السلطة العامة تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة سواء من حيث القواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية وكذا فيما يخص مسألة الاختصاص.

كما يؤكد العمل بالمعيار المادي ما ذهب إليه محكمة التنازع حينما أقرت بأنه في حالة ما إذا كان اختصاص القضاء الإداري محدد مبدئياً بموجب معيار عضوي، فانه يمكن الاستعانة بالمعيار المادي على سبيل الاستثناء⁽³⁾.

(1) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 57.

(2) - قانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

(3) - انظر: محكمة التنازع، 17 جويلية 2005، عدد 16، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، 2006، ص 246؛ محكمة التنازع، 17 جويلية 2005، رقم 17، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، 2006، ص 250.

2- معيار الوكالة: أو معيار التفويض الذي يتمّ بموجبه الإبقاء والتمسك بالمعيار العضوي المتبنى من طرف المشرع، وذلك أمام عدم وجود نص قانوني صريح يكرس العمل بالمعيار الموضوعي سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في التنظيم الخاص بالصفقات العمومية؛ حيث انه بإعمال معيار الوكالة فإن القضاء الإداري يكون صاحب الاختصاص بالفصل بالمنازعة كون ميزانية الدولة هي التي تمول الصفقة العمومية محل الإبرام مما يجعل الدولة طرفاً أساسياً في النزاع لأن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تقوم بإبرام هذه الصفقة تكون مفوضة لها وتعمل لصالحها ما دام الدولة هي التي تمول هذا المشروع سواء كان هذا التمويل جزئياً أو كلياً وهي شخص من أشخاص القانون العام⁽¹⁾.

وعليه فإن منح الاختصاص للقضاء الإداري في هذه الحالة يكون مبرره أنّ احد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام والمتمثل في الدولة كونها الممول للمشروع.

وما يؤكّد العمل بمعيار الوكالة ما ذهب إليه القضاء الجزائري في هذه المسألة وذلك في القرار الصادر عن مجلس الدولة في القضية التي جمعت بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهـران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت⁽²⁾، والذي كان فيه موضوع المنازعة صفقة عمومية لانجاز 1180 مسكن بوهـران، حيث اعتمد في منح الاختصاص للقضاء الإداري على أساس الوكالة، ويظهر ذلك من خلال استعماله لعبارة "نيابة عن"⁽³⁾.

1) V- ZOUAÏMIA. R, et ROUAULT. M-Ch, op. cit. pp. 174-250.

- ZOUAÏMIA. R, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, op. cit. pp. 77-78.

2) - قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، ملف رقم 332، صادر في 14 ماي 2001، قضية بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهـران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، مرجع سابق.

3) - للاطلاع على وقائع القضية انظر الملحق المرفق في المذكرة.

كما انه وبتفحص بعض قرارات محكمة التنازع ومنها القرار الصادر عنها تحت رقم 42 الصادر بتاريخ 13-11-2007 الذي يدور حول تنازع سلبي بين مؤسسة البناء شركة مدنية ومؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وهي الشركة الجزائرية للتأمين SAA وغير مكلفة بانجاز مشروع عمومي، وقضت بأن هذا النزاع تجاري بحت وأنّ معالجته تدخل ضمن اختصاص القضاء المدني⁽¹⁾، يمكن أن نستشفّ منه العمل بمعيار الوكالة وذلك على أساس أنّ منح الاختصاص للقاضي العادي في هذه القضية كان على أساس أنّ الصفقة العمومية لم تكن ممولة بمساهمة نهائية من الدولة، فلو كانت الصفقة ممولة من الدولة لمنح الاختصاص للقضاء الإداري على أساس الوكالة.

وعليه يمكن التوصل إلى أنّ الأخذ بمعيار الوكالة هو معيار مكمل للمعيار العضوي، والذي من خلاله يتمسك القاضي الإداري باختصاصه.

(1)- قرار محكمة التنازع رقم 42 صادر بتاريخ 13-11-2007، بين الشركة الجزائرية للتأمين SAA ومدير مؤسسة البناء "ق.ج"، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 09، 2009، ص 147.

المبحث الثاني

التسوية الودية لنزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

نظراً لتعقد مسألة تحديد اختصاص كل من القضاء الإداري والعادي في المنازعات التي تُثار في الصفقات التي تُبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وفق قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾، استوجب الأمر البحث عن طرق بديلة التي يمكن من خلالها إيجاد حلول مناسبة لفضّ هذه النزاعات؛ إذ تُعتبر التسوية الودية الوسيلة الأكثر ملائمة لمثل هذه النزاعات، خاصةً إذا علمنا أنّ نزاعات الصفقات العمومية بصفة عامّة تمرّ بمرحلة أولى إدارية وهي الفترة التي تسبق وصول المنازعة أمام القضاء؛ أي الوقت التي تكون سلطة حلّها والفصل فيها ما تزال بيد الإدارة⁽²⁾.

إنّ تعاقد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن طريق الصفقات العمومية تمرّ بمرحلتين أساسيتين هما مرحلة إبرام الصفقة التي تنتهي بالمنح المؤقت للصفقة للمتعهّد الذي تمّ اختياره، ومرحلة تنفيذ الصفقة والتي تترتب عنها حقوق والتزامات على أطرافها، هاتين المرحلتين تُثار فيهما نزاعات عديدة، لهذا السبب قد سعى المشرّع الجزائري إلى البحث أولاً عن الحلّ الودي للنزاع⁽³⁾، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء وذلك نظراً لأهمية الحلّ الودي الذي يهدف إلى ضمان استمرار مشروع المرفق العام وذلك عن طريق:

- إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة عن كلّ من طرفي العقد.

- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

(1) - مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

(2) - خرياش جميلة، مرجع سابق، ص 68.

(3) - انظر المادة 114 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقلّ تكلفة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس تتمّ دراسة هذه الوسيلة القانونية من خلال البحث عن الحلّ الودّي للنزاعات الناشئة عن إبرام صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (المطلب الأول)، ثمّ التّطرق إلى البحث عن الحلّ الودّي لنزاعات صفقاتها أثناء مرحلة التنفيذ (المطلب الثاني)، وبعدها تتمّ دراسة الحلّ الودّي من خلال الطّعن أمام اللّجان الوطنية واللّجان القطاعية للصفقات (المطلب الثالث).

المطلب الأوّل

الحلّ الودّي للنزاعات الناشئة عن إبرام صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

من بين أهمّ الإصلاحات التي جاء بها المشرّع الجزائري في إطار التّسوية الودّية لنزاعات الصّفقات العمومية في ظلّ المرسوم الرئاسي 10-236، نجد إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية، الذي تمّ تكريسه ابتداءً من صدور المرسوم الرئاسي 02-250⁽²⁾، إذ يُمكن أن ينتج عن هذا الإجراء نزاعات عديدة ممّا يستوجب من خلاله التّقدم أمام اللّجان المختصة للطّعن فيه⁽³⁾، وعليه سوف يتمّ تخصيص هذا المطلب للتعريف بهذا الإجراء والهدف من ورائه (الفرع الأوّل)، ثمّ التّطرق إلى دراسة الطّعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة أمام اللّجان المختصة (الفرع الثاني)، وبعدها النّظر في طبيعة المقرّرات الصادرة عن هذه اللّجان (الفرع الثالث).

(1)- أنظر المادة 115 ، مرجع نفسه.

(2)- مرسوم رئاسي 02-250، يتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية، مرجع سابق.

(3)- بوضياف عمار، الصّفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسر للنشر والتّوزيع، الجزائر، 2007، ص 218.

الفرع الأول

تعريف المنح المؤقت للصفاة والهدف من وراءه

من خلال هذا الفرع سيتم البحث عن التعريف بإعلان المنح المؤقت للصفاة باعتباره إجراءً جديداً استحدثه المشرع الجزائري في إطار قانون الصفاة العمومية (أولاً)، وكذا تبيان الهدف من قرار استحداثه كإجراء (ثانياً).

أولاً: تعريف المنح المؤقت للصفاة

المنح المؤقت للصفاة هو إجراء جاءت به المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفاة العمومية المعدل والمتمم، وهو عبارة عن إعلان تلتزم به المصلحة المتعاقدة، تنشره في الجرائد اليومية، بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور من المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء والنقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز، وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفاة العمومية⁽¹⁾، وتتميز مرحلة المنح المؤقت بعدم إبرام الصفاة بصورة نهائية من جانب المصلحة المتعاقدة.

ثانياً: الهدف من إجراء إعلان المنح المؤقت للصفاة

تعتبر مرحلة إرساء الصفاة مرحلة حاسمة، ينجم عنها اختيار المتعهد بالنظر إلى مدى توافر عطائه أو عرضه على مجموعة من الشروط والمواصفات التي تدفع المصلحة المتعاقدة إلى اختياره دون سواه عن بقية العروض الأخرى.

إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تجد ثغرة تمكّنها من اختيار أي متعاقد يخالف المعايير المعلن عنها، ولهذا السبب استحدث المشرع الجزائري بموجب نصّ المادة 49 السالفة الذكر إجراء المنح المؤقت، وإن كان يمدد هذا الأخير من عمر إبرام الصفاة إلا أنه يبعث فيها وضوحاً وشفافية أكثر ويحمي المتعهدين ويمكنهم من

(1) - تنصّ المادة 03 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمن تنظيم الصفاة العمومية، على أنه: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفاة العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم » .

ممارسة حق الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة، كما يحمي المصلحة المتعاقدة -المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في هذه الحالة- ويبعدها عن الشبهات، كما يمكن هذا الإجراء لجان الصفقات من ممارسة حق الرقابة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة أمام اللجان المختصة

إنّ المشرع الجزائري بإعطائه صلاحية الطعن ضدّ إجراء المنح المؤقت للصفقة وذلك قبل أن يتم إبرام الصفقة بصورة نهائية، استوجب عليه إنشاء لجان مختصة للنظر في هذا الطعن وإيجاد حلولاً ودية لهذا النزاع، أي تكون مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية من عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية⁽²⁾، إلا أنّ هذه اللجان لا تستطيع حلّ جميع النزاعات، وإتّما البعض منها يستوجب الفصل فيها أمام الجهات القضائية الإدارية⁽³⁾، والأمر في هذه الحالة ليس سهلاً بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وتتمثل هذه اللجان في اللجنة الوزارية للصفقات (أولاً)، اللجنة الولائية للصفقات (ثانياً)، اللجنة البلدية للصفقات (ثالثاً)، ولجنة صفقات المؤسسات العمومية الوطنية، ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكل الغير الممركز للمؤسسة الوطنية العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية (رابعاً).

أولاً: اللجنة الوزارية للصفقات (la commission ministérielle des marchés)

دون التطرق إلى تشكيلة هذه اللجان، فإنّ اللجنة الوزارية للصفقات طبقاً للمادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236 تقوم بدراسة الصفقات التي تبرمها

(1)- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، مرجع سابق، ص 129

(2)- محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، ط 2، د م ج، الجزائر، 1992، ص 114

(3)- LAJOYE. Ch, Droit des marchés publics, 2^{ème} édition, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 197.

الإدارة المركزية ضمن الحدود المرسومة في المواد 146، 147 و 148 و 148 مكرر أعلاه (أي في حدود المبالغ المالية القصوى المحددة)⁽¹⁾، وتتولى اللجنة الوزارية للصفقات أيضاً بدراسة الطعون التي يرفعها المتنافسون أمام هذه اللجنة، وذلك بعد الإطلاع على نتيجة المنح المؤقتة للصفقة، وتقوم هذه اللجنة بعد ذلك بتقديم النتيجة بصدد الطعن المرفوع أمامها وهذا خلال 10 أيام من تاريخ النشر وذلك طبقاً لنص المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽²⁾.

ثانياً: اللجنة الولائية للصفقات (la commission des marchés de wilaya)

تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع:

- الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة، التي يساوي مبلغها أو يقل عن المستويات المحددة في المواد 146 و 147 و 148 و 148 مكرر من قانون الصفقات العمومية.

- الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية التي يساوي مبلغها أو يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000) دج بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000) بالنسبة لصفقات الخدمات وعشرين مليون دينار (20.000.000) دج بالنسبة لصفقات الدراسات⁽³⁾.

كما تتولى اللجنة الولائية للصفقات طبقاً لنص المادة 114 السابق الذكر بتلقي الطعون التي يرفعها المتعهدون أمامها وهذا في خلال 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت، وتتولى هذه اللجنة دراسة الطعن خلال 15 يوماً من تاريخ انقضاء 10 أيام المحددة لرفع الطعن فيها، حتى تصدر في شأنه رأياً يبلغ لكل من المصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن.

(1) انظر المادة 133 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، مرجع سابق..

(2) انظر المادة 114 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) انظر المادة 136، مرجع نفسه.

ثالثاً: اللجنة البلدية للصفقات (la commission communale des marchés)
 هذه اللجنة تختص بدراسة الصفقات التي تُبرمها البلدية ضمن الحدود المالية المنصوص عليها في المادة 136 المشار إليها سالفاً في اللجنة الولائية⁽¹⁾، وتختص اللجنة البلدية أيضاً طبقاً لنص المادة 114 من نفس المرسوم بدراسة الطعون التي يرفعها المتعهدون أمامها نتيجة لإعلان المنح المؤقت للصفة خلال المواعيد السالفة الذكر.

رابعاً: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية.

تختص هذه اللجنة وفقاً لنص المادة 134 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، بدراسة الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية ومراكز البحث والتنمية الوطني أو المؤسسات العمومية المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم وذلك ضمن الحدود المرسومة في المواد 146 و 147 و 148 و 148 مكرّر.

غير أنه وبالرجوع لنص المادة 114 ف5 من نفس المرسوم، نجد أن المشرع ينص بأن الطعون الخاصة بالصفقات التي تدخل ضمن اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية المذكورة في المادة 02، ترفع أمام لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو الوزارية أو الوطنية أو القطاعية وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة.

وتجدر الإشارة إلى أن صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تدخل ضمن أحد هذه اللجان حسب طبيعة هذه المؤسسة إن كانت بلدية أو ولائية أو وطنية.

(1) - انظر المادة 137، مرجع نفسه.

كما أنّ إجراءات الطّعن هي نفسها أمام جميع لجان الصّفقات المختصة التي سبق ذكرها، فوفقاً لنصّ المادة 114 من قانون الصّفقات العمومية فإنّه يمكن للمتعهد الذي يحتجّ على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار المنح المؤقت للصّفقة، أن يرفع طعناً أمام لجنة الصّفقات المختصة وهذا في أجل 10 أيام، ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصّفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136 و 146 و 147 و 148 و 148 مكرّر من نفس القانون.

تصدر لجنة الصّفقات المختصة رأياً في أجل خمسة عشر (15) يوماً، ابتداءً من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام، ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطّعن.

وفي حالة الطّعن، لا يمكن أن يعرض مشروع الصّفقة على لجنة الصّفقات المختصة للدراسة إلاّ بعد انقضاء أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصّفقة، الموافق للأجال المحدد لتقديم الطّعن ولدراسة الطّعن من طرف لجنة الصّفقات المختصة وتبليغه، وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصّفقات المختصة بحضور المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

الفرع الثالث.

طبيعة المقرّرات الصّادرة عن هذه اللجان

إنّ المشرّع الجزائري أعطى للجان الصّفقات المختصة مهلة 15 يوماً ابتداءً من تاريخ انقضاء 10 أيام المحددة لرفع الطّعن لتصدر رأياً فيما يخصّ هذا الطّعن وذلك وفقاً لنصّ المادة 114 السّالفة الذّكر، ويتمّ تبليغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطّعن.

إلاّ أنّ الآراء التي تصدرها هذه اللجان يُعاب عليها عدم الإلزامية، إذ تبقى مجرد آراء يمكن للمصلحة المتعاقدة الالتزام بها كما يمكن لها أن ترفض التقيّد بهذا الرأي.

كما أن رفع الطعن أمام هذه اللجان يُؤدّد احتمالين:

- الاحتمال الأول: إمّا أن ترفض هذه اللجان المختصة النظر في الطعن المرفوع أمامها وذلك لعدم جديته؛ أي بمعنى عدم تأسيسه على أسباب جديّة، وبالتالي عدم الوصول إلى حلّ ودّي للنزاع القائم.

- الاحتمال الثاني: وإمّا أن تقبل هذه اللجان المختصة هذا الطعن وذلك لجديّة أسباب الطعن، كأن يكون السبب مثلاً إخلال المصلحة المتعاقدة بمبدأ المنافسة الحرة أو مساسها بمبدأ الشفافية أو حتىّ بعدم احترامها لمبدأ المساواة بين المترشّحين، ففي هذه الحالة تقوم اللجنة بدراسة الطعن لإيجاد حلّ ودّي للنزاع.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد في هذا الصّدّد الحالات التي بناءً عليها يتمّ رفع الطعن، وعليه فإنّ الأمر يعود إلى السّلطة التقديرية لهذه اللجان، فهي التي تتولّى تحديد جديّة السبب من عدمه، إذ ترك المشرّع المجال مفتوحاً أمام هذه اللجان في تحديد أسباب الطعن، الذي يُؤدّي إلى تعسّف هذه الأخيرة في حق المترشّحين الذين يرغبون الطعن أمامها، لذلك كان على المشرّع الجزائري في هذا الصّدّد أن يحدّد أوجه الطعن أمام هذه اللجان المختصة ولو على سبيل المثال، وهذا حفاظاً على حقوق المترشّحين في مواجهة المصلحة المتعاقدة من جهة واللجان المختصة من جهة ثانية، خصوصاً مواجهة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الذي يبقى به إيجاد الحلّ الودّي ضرورياً لتفادي مشاكل الاختصاص القضائي التي تعرفها.

المطلب الثاني

الحلّ الودّي للنزاعات الناشئة عن تنفيذ صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

قد يُؤدّي تصادم مصالح المصلحة المتعاقدة -المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري- مع مصلحة المتعامل المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة إلى نشوء العديد من النزاعات التي قد تسبّب في تعطلّ تحقيق الهدف من موضوع

الصّفقة⁽¹⁾، ولتفادي هذا الأمر نجد أنّ المشرّع الجزائري قد ألزم المصلحة المتعاقدة على البحث عن الحلّ الودّي للنزاع الناشئ عن مرحلة تنفيذ الصّفقة⁽²⁾، ذلك بإتباعها لعدّة وسائل وضعها المشرّع الجزائري لذلك، وعليه سيتمّ دراسة التّحكيم كوسيلة بديلة لتسوية نزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتّجاري⁽³⁾ في (الفرع الأوّل)، ثمّ التسوية باتّفاق الطرفين في (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

التّحكيم كحل بديل لتسوية نزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتّجاري

يُعتبر التّحكيم من أهمّ الطّرق أو الوسائل البديلة التي يمكن من خلاله تسوية النزاعات التي تثور بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتّجاري والمتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، حيث يساعد على إيجاد تسوية سريعة للنزاع دون اللّجوء إلى القضاء الرّسمي⁽⁴⁾، إذ تتألّف عملية التّحكيم من مجموعة من العناصر، فهي تبتدئ بوجود اتّفاق، وتتخلّلها مجموعة من الإجراءات، وفي الأخير، تُتّوج بإصدار حكم تحكيمي، غير أنّ أهمّ عنصر في هذه العناصر الثلاثة يبقى الاتّفاق لأنّ هذا الأخير هو الذي يؤسّس عليه نظام التّحكيم، والخطوة الأولى لإعمال قواعده كوسيلة لتسوية المنازعات⁽⁵⁾.

(1)- عوابدي عمار، القانون الإداري: (النشاط الإداري)، مرجع سابق، ص 212.

(2)- تنصّ المادة 115 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، مُعدّل ومُتمّم في الفقرة الثّانية منها: « غير أنّه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حلّ ودي للنزاع التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها ».

(3)- المادة 1006 من قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(4)- انظر كلّ من:

- علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 148.

- خرياش جميلة، مرجع سابق، ص 35.

(5)- محمد رافع، "اتّفاق التّحكيم في ظلّ القانون المغربي والاتّفاقيات الدّولية"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، نوفمبر 2008، ص 19.

وقد نظم المشرع الجزائري التحكيم منذ صدور أول قانون للإجراءات المدنية في 08 جويلية 1966، حيث أورد نصوصاً خاصة به في الكتاب الثامن في ثلاثة أبواب من المادة 422 إلى 458⁽¹⁾.

بعدها صدر الأمر 44-75 المؤرخ في 17 جويلية 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري بين المؤسسات العمومية، إلا أن المشرع الجزائري ونظراً للتحوّلات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر بتبنيها النظام الاقتصادي الحرّ قام بتعديل أحكام التحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية بمقتضى المرسوم التشريعي 09-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993⁽²⁾، وبقي العمل على هذا النحو إلى غاية صدور القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أين نظّمه في الباب الثاني من الكتاب الخامس وقسمه إلى تحكيم داخلي وتحكيم تجاري دولي⁽³⁾.

حيث أن المشرع الجزائري في ظلّ هذا القانون قد أدرج نزاعات الصفقات العمومية⁽⁴⁾، ضمن الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم، الأمر الذي يساعد عن تسوية نزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطاره، وعليه سيتمّ البحث عن تعريف باتّفاق التحكيم ومميّزاته (أولاً)، ثمّ التطرق إلى موضوع التحكيم وآثاره (ثانياً).

أولاً: تعريف باتّفاق التحكيم ومميّزاته

1- تعريف باتّفاق التحكيم: لقدت حضي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه؛ حيث أعطيت له عدّة تعاريف، من بينها اعتباره تصرفاً قانونياً يتخذ شكلاً مكتوباً

(1)- انظر المواد 422 إلى 458 من الأمر رقم 66-154، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية، مُعدّل ومُتمّم، مرجع سابق.

(2)- مرسوم تشريعي رقم 09-93 مؤرخ في 25 أبريل 1993، يُعدّل ويُتمّم الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج. عدد 27، صادر في 27 أبريل 1993، (ملغى) بقانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(3)- راجع المواد 975 فما فوق من قانون رقم 09-08 يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(4)- انظر المادة 975، مرجع نفسه.

يُبين عزم الأطراف على الاتجاه إلى التّحكيم لفضّ كلّ أو بعض النزاعات الواقعة أو المحتملة الوقوع، والعزوف عن اللّجوء إلى القضاء الوطني المختص⁽¹⁾.

ويُستشفّ من هذا التعريف وغيره أن اتفاق التّحكيم يتضمّن عقد التّحكيم وشرط التّحكيم⁽²⁾.

فالأول وهو عقد التّحكيم: هو اتفاق الطرفين على عرض نزاع نشأ بينهم على التّحكيم.

أمّا الثاني فهو شرط التّحكيم: وهو التزام الأطراف على إسناد مهمّة الفصل في النزاع الممكن نشوئه بينهم مستقبلاً لمحكّمين⁽³⁾.

إنّ ما يُميّز التّحكيم هو ارتكازه على أساسين هما إرادة الخصوم وإجازة المُشرّع.

أ- إرادة الخصوم: فلا بدّ أن يتفق الخصوم على الالتجاء إلى التّحكيم للفصل في منازعاتهم بدلاً من القضاء الذي تُوقّره الدّولة عن طريق محاكمها، فالأصل في التّحكيم أنّه اختياري يتمّ بمحض إرادة أطراف النزاع.

ب- إجازة المُشرّع: إنّ القانون الذي يجيز التّحكيم هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتّحكيم، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على الالتجاء إلى التّحكيم إلّا شرطاً

(1)- انظر كل من:

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخليّة والدّولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 18.

- محمد رافع، مرجع سابق، ص 18.

- فتحي والي، قانون التّحكيم في النّظرية والتّطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 12.

(2)- مولوج لامية، النّظام القانوني للمحكّم على ضوء قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الفرع القانون العام، تخصّص القانون العام للأعمال، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بجاية، 2011، ص 07.

(3)- انظر المادة 1007 من قانون رقم 08-09، يتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، مرجع سابق.

إستلزمه القانون لجواز عرض النزاع المُتَّفَق على التَّحْكِيم فيه على المحكِّمين بدلاً من المحاكم الوطنية⁽¹⁾.

2- مُمَيَّزَات التَّحْكِيم: يَتَمَيَّز التَّحْكِيم باعتباره وسيلة لفضّ النزاعات بالمُمَيَّزَات الآتية:

- بساطة إجراءاته، وذلك في مواجهة البطء الشديد لإجراءات التَّقاضي أمام المحاكم.

- سرِّيَّة إجراءاته إذا أراد الأطراف ذلك، فهو أمر يُقَرَّونه.

- يُعْطَى لأطراف العلاقة قدراً كبيراً من الحرِّيَّة في تحديد المحكِّمين الذين سوف ينظرون في النزاع، وهو لا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة⁽²⁾.

- للطرفين في التَّحْكِيم أن يتَّفَقا على تحويل هيئة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، وعندئذ لا تلتزم هيئة التَّحْكِيم بتطبيق القانون بل تفصل في النزاع وفقاً لما تراه مُحَقَّقاً للعدالة⁽³⁾.

ثانياً: موضوع التَّحْكِيم وآثاره

1- موضوع التَّحْكِيم: لقد حدّد المُشرِّع الجزائري الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التَّحْكِيم، وذلك حتى يُنظَّم أحسن تنظيم هذه الوسيلة الوُدِّيَّة في حل النزاعات، حيث أقرّ على ضرورة أن لا يكون موضوع التَّحْكِيم خاص بالمسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز كذلك للأشخاص المعنوية العامّة أن تطلبه إلاّ في علاقاتها الاقتصادية الدُولية أو في إطار الصِّفقات العمومية⁽⁴⁾.

وبما أنّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من الأشخاص الذين أجاز لهم المُشرِّع الجزائري إبرام الصِّفقات العمومية، فإنّه يمكن لها أن تلجئ إلى التَّحْكِيم إذا كان موضوع نزاعها خاص بصفة عمومية.

(1)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 236.

(2)- عبد الفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 265.

(3)- فتحي والي، مرجع سابق، ص 14.

(4)- راجع المادّة 1006 من قانون رقم 08-09، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

هذا ويجب على شرط التّحكيم أن يكون مكتوباً في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تسند إليها، وذلك من أجل إثباته، كما يجب أن يتضمّن تعيين المُحكّم أو المُحكّمين الذين يقومون بالعملية التّحكيمية أو تحديد كفاءات تعيينهم⁽¹⁾.

إنّ الشّيء الإيجابي الذي يمتاز به التّحكيم هو جواز لجوء أطراف الصّفقة العمومية إلى التّحكيم حتى أثناء فترة سريان الخصومة أمام الجهة القضائية⁽²⁾، وهذا من شأنه أن يساعد على حلّ منازعات الصّفقات التي يكون أحد أطرافها مؤسّسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري في أيّ مرحلة تكون فيها الخصومة.

2- الآثار الناتجة عن الحكم التّحكيمي: يُعتبر التّحكيم نوعاً من أنواع القضاء وفقاً للمعيار الموضوعي، لأنّ الأمر فيه يتعلّق بالفصل في نزاع تطبيقاً لقواعد القانون الموضوعي⁽³⁾، ويحوز قرار الحكم التّحكيمي حُجّية الشيء المقضي فيه بمجرّد صدوره فيما يخص النزاع المفصول فيه⁽⁴⁾.

غير أنّ الرّغبة الشّديدة للأطراف المتحكّمة في وضع النزاع في يد المحكمين والفصل في النزاع وفق قانون إرادتهم، لا يُحقّق دائماً الأهداف المنتظرة منه لأسباب عمل المُحكّم، ممّا يُولّد آثار هامّة تتمثّل في ممارسة طرق الطّعن.

أ- ممارسة طرق الطّعن: عكس القضاء الوطني الذي يُمارس الرّقابة على الأحكام القضائية من خلال ممارسة الأطراف لطرق الطّعن العادية والغير العادية، فإنّ الحكم التّحكيمي لا يمكن الطّعن فيه إلّا عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة⁽⁵⁾، أو الاستئناف أو الطّعن بالبطلان باستثناء طريق

(1)- راجع المادّة 1008 من قانون رقم 08-09، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

- راجع فيما يخصّ تعيين المُحكّم أو المُحكّمين، مولوج لامية، مرجع سابق.

(2)- راجع المادّة 1012 ف 3، مرجع نفسه.

(3)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 243.

(4)- انظر المادّة 1031، مرجع نفسه.

(5)- تنصّ المادّة 1032 من نفس المرجع على أنّه: « ويجوز الطّعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المُختصة قبل عرض النزاع على التّحكيم » ، وهذا عكس ما أفتره المُشرّع الجزائري في المادّة 458 من ق.إ.م بإمكانية التماس إعادة النّظر في الحكم التّحكيمي.

المعارضة⁽¹⁾، أو الطعن بالنقض، وفي حالة ما إذا فانت لأحد الأطراف مواعيد الطعن، فإنه يمكن استئناف الأمر بالاعتراف أو التنفيذ.

- **الطعن في الحكم التحكيمي:** لقد منح المشرع الجزائري إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي، إما برفع استئناف أو رفع دعوى بطلان ضده.

- **في استئناف الحكم التحكيمي:** أقر المشرع الجزائري ذلك في المادة 1033 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: «يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم»، ليفصل فيه بموجب قرار قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا خلال شهرين (02) من تاريخ تبليغ قرار المجلس.

للإشارة فإن المشرع الجزائري لم يذكر الحالات التي يستند إليها لبناء الاستئناف في المادة 1033 على عكس المادة 458 من ق.إ.م.إ الذي قيد فيها المشرع مجال الاستئناف⁽²⁾.

إن ما يثيره الاستئناف في الأحكام التحكيمية هو إعادة المسألة من جديد إلى القضاء وهو ما لا يخدم المنازعات التي تكون فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفاً فيها خاصة في الحكم التحكيمي الوطني، عكس الحكم التحكيمي الدولي الذي لا يمكن الاستئناف فيه وهو ما يصلح للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمتعامل المتعاقد الأجنبي، خاصة وأن الهدف من توقيع اتفاقية التحكيم هو استبعاد عرض النزاع على المحاكم الوطنية حماية لمصالح الطرف الأجنبي⁽³⁾.

(1)- تنص المادة 1032 ف 1 من قانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق على أنه: « أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة » .

(2)- مرجع نفسه، ص 102.

- راجع كذلك المادة 458 من أمر رقم 66-150، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق.

(3)- مولوج لامية، مرجع سابق، ص 102.

- الطعن بالبطلان ضدّ الحكم التحكيم⁽¹⁾:

أقرّ المشرع هذا الطعن بموجب المادة 1058 الذي نصّ في الفقرة الأولى منه على أنه: «يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في نصّ المادة 1056 أعلاه» .

وهو ما يؤكّد الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر فقط، مع الأخذ بعين الاعتبار الحالات المنصوص عليها في نصّ المادة 1056 من ق.إ.م.إ.⁽²⁾.

هذا الطعن يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصه ابتداءً من تاريخ النطق بحكم التحكيم المطعون فيه، دون الحاجة إلى تبليغه ربحاً للوقت، على أن ينتهي أجل رفع دعوى البطلان بعد شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، وذلك وفقاً للمادة 1059 ق.إ.م.إ.

- **في تنفيذ أحكام التحكيم:** إنّ الأحكام التحكيمية النهائية أو الجزئية أو التحضيرية قابلة للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهّمه التعجيل، وهذا وفقاً لنصّ المادة 1035⁽³⁾، وفي حالة رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، يمكن استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

أمّا فيما يخصّ تنفيذ حكم تحكيمي دولي فلا يقبل أي طعن، غير أنّ الطعن ببطلان حكم التحكيم يُرتّب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه⁽⁴⁾.

(1)- كولا محمد، تطوّر التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 265.

(2)- راجع المادة 1056 من قانون رقم 08-09، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(3)- راجع المادة 1035، مرجع نفسه.

(4)- راجع المادة 1058، مرجع نفسه .

إذا كان الطعن بالاتفاق لا يوقف الاستئناف، فإنّ المشرع الجزائري خالف هذا المبدأ بموجب نصّ المادة 1060⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التسوية الودية للنزاع باتفاق الطرفين

التسوية الودية بين الطرفين هي تلك التسوية التي تكون بدون تدخّل طرف ثالث في النزاع يعتمد عليه للوصول للحلّ، وإنّما في هذه الحالة يقوم الأطراف بالاتفاق على إتباع إمّا نظام الملاحق (أولاً) أو الفسخ الغير القضائي (ثانياً).

أولاً: التسوية عن طريق نظام الملاحق P'avenant

يُسمّى بالملاحق لأنّه يتمّ إضافته إلى العقد، بحيث بإمكان المصلحة المتعاقدة مثل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تعديل العقد عن طريق هذه الآلية⁽²⁾.

ويمثّل حقّ التعديل أبرز مظاهر السّلطة التي تمتاز بها المصلحة المتعاقدة، فالعقد الإداري وخلافاً للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص، يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديله بإرادتها المنفردة، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرفق العام، فتستطيع المصلحة المتعاقدة إذا اقتضت المصلحة العامّة وحسن سير المرفق العام أن تعدّل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالتقصان، وهذا الحقّ ثابتاً لها ولو لم يتمّ النصّ عليه في العقد، بل أكثر من ذلك حتى وإن لم ينصّ عليه

(1) - تنصّ المادة 1060، مرجع نفسه، على أنّه: "يُوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055، 1056، تنفيذ أحكام التنفيذ. والمقصود بهذه الطعون استئناف أو رفض لاعتراض التنفيذ، استئناف أمر اعتراض التنفيذ، ورفع دعوى بطلان الحكم التّحكيمي".

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 74.

القانون صراحة⁽¹⁾، وغالباً ما يكون التعديل في الالتزامات المتعاقدة بالزيادة، غير أن سلطة تعديل المصلحة المتعاقدة للعقد مقيدة بشروط تتمثل فيما يلي:

- استناد سلطة التعديل إلى مقتضيات سير المرافق العامة والتي تتمثل أهمها في قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل بقصد أداء الخدمة العامة على أكمل وجه.

- أن يكون التعديل وفقاً للقواعد العامة المشروعة؛ أي بمعنى صدورها من الجهة المختصة ووفق الإجراءات والشكليات المقررة قانوناً.

- أن لا يؤدي التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو ما يسمّى أيضاً باختلال التوازن المالي للعقد⁽²⁾، فلا يجب أن يبلغ التعديل درجة أين يتواجد فيها المتعاقد أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.

فالإطار الإجرائي بالنسبة لتعديل العقد يكون عن طريق الملاحق الذي نظّمه المشرّع الجزائري في المرسوم الرئاسي 10-236 وتحديداً المواد 102 إلى 106 التي وردت تحت عنوان الملحق، حيث أجازت المادة 102 المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة، وفسرت المادة 103 المقصود بالملحق وذلك بنصّها على: «يشكّل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة» .

من خلال هذا النص نستنتج أنّ سلطة تعديل العقد تجد أساسها القانوني في المادة 103 السالفة الذكر والتي أجازت للمصلحة المتعاقدة في جميع الصفقات العمومية أن تعدّل بند أو بنوداً إما بالزيادة أو بالنقصان⁽³⁾.

(1)- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، مرجع سابق، ص ص 145-146.

(2)- راجع المادة 103 ف 4 من مرسوم رئاسي رقم 10-236؛ يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

(3)- بوضياف عمار، مرجع نفسه، ص 150.

ويلاحظ في هذا الصدد أنه في أغلب الأحيان ما يكون التعديل وارداً في إطار عقود الأشغال التي تكلف مبالغ ضخمة⁽¹⁾.

كما بسط المشرع الجزائري من إجراء أو سلطة التعديل وأضفى عليه مرونة وذلك بموجب المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي تنص: « لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 103 أعلاه إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يُعدّل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادةً أو نقصاناً، النسب الآتية:

- 20% من المبلغ الأصلي للصفحة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

- 10% من المبلغ الأصلي للصفحة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.... »⁽²⁾.

هذا فإن التعديل الذي يأتي به الملحق يمكن أن يرضي الطرفين، وبالتالي الوصول إلى حلّ ودّي للنزاع، فتعديل العقد بموجب ملحق بهدف إحداث توازن مالي نتيجة اختلاله بزيادة أعباء التعاقد المالية لأسباب حدثت أثناء تنفيذ العقد يعتبر حلاً ودياً⁽³⁾، وفي هذا الإطار تقوم الإدارة (المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري) بطلب من المتعامل أن يقدم كشفاً مالياً عن الأعباء الجديدة⁽⁴⁾، وبالتالي يتم إعادة الاعتبار المالي له ويتجسد في ملحق للصفحة الأصلية⁽⁵⁾.

1)- LINDITCH. F, Droit des marchés publics, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 89.

2)- راجع المواد 103-106 من مرسوم رئاسي 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، مرجع سابق.

3)- راغب ماجد الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2004، ص 414.

4)- عوايدي عمار، مرجع سابق، ص 169.

5)- مرجع نفسه، ص 174.

ثانياً: **الفسخ غير القضائي**: يقصد بالفسخ حلّ الرّابطة العقدية كجزء إخلال الطّرف الآخر بالتزاماته التّعاقدية⁽¹⁾، أو يكون الفسخ جزءاً القيام بخطأ في تنفيذ العقد، ويكون الفسخ عن طريق اللّجوء إلى القضاء أو الفسخ غير القضائي، هذا الأخير الذي يُهمّنا حيث يقسم إلى فسخ إداري وفسخ اتّفاقي.

أ- **الفسخ الإداري (la résiliation administrative)** يُسمّى كذلك بالفسخ الانفرادي، ونقصد به ذلك الفسخ الذي تتّخذه المصلحة المتعاقدة بقرار يصدر عنها⁽²⁾، أي أنّ المصلحة المتعاقدة يمكن أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة وذلك حتّى وإن لم يتمّ النصّ عليه في العقد.

إلا أنّ المصلحة المتعاقدة لا تلجئ إلى الفسخ إلاّ في حالة الخطأ الجسيم أو المتكرّر الذي يُفقد الأمل في حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المستقبل، وتقوم بالفسخ دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي⁽³⁾، غير أنّ المشرّع الجزائري علّق ممارسة المصلحة المتعاقدة لإجراء الفسخ بوجوب توجيه أعذار للمتعاقد معها ليفي بالتزاماته في أجل مُحدّد وذلك وفقاً لنصّ المادة 112⁽⁴⁾، وعليه فالفسخ هنا يشكّل حلاً ويكون الفسخ الإداري سببه إمّا:

- ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ جسيم.

- أو بدون خطأ المتعاقد، وتظهر هذه الحالة خاصّةً في العقود طويلة المدّة.

ب- **الفسخ الاتّفاقي (la résiliation conventionnelle)** يُسمّى كذلك بالفسخ التّعاقدي، ويُقصد به الفسخ الذي يتمّ بإرادة الطرفين في العقد، أي أنّه نابع عن إرادة

(1)- راغب ماجد الحلّو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 422.

(2)- انظر كل من:

- خميس السيّد إسماعيل، العقود الإدارية والتعويضات، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص 292.

- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، مرجع سابق، ص 20.

(3)- راغب ماجد الحلّو، مرجع نفسه، ص 322.

(4)- راجع المادة 112 من مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

الأطراف المتعاقدة وأنها لجأت إليه طوعاً وبارادتهما بهدف وضع حدّ أو نهاية للعقد⁽¹⁾.

هذا الفسخ نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 113 من المرسوم الرئاسي 10-236، التي تنصّ: «... يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحةً لهذا الغرض أو في حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنصّ على تقديم الحسابات المُعدّة تبعاً للأشغال المنجزة والأشغال الباقية تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامّة⁽²⁾» معنى ذلك أنه يجب تحديد نسبة الأشغال حتى يتسنى القيام بالحسابات الخاصة بها وكذا تبيان ما بقي من الأشغال ولم تنجز بعد⁽³⁾.

وبالتالي يُعتبر اللجوء إلى الفسخ الاتفاقي بمثابة حلّ ودّي للنزاع الناشئ عن تنفيذ الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وذلك دون اللجوء إلى القضاء.

المطلب الثالث

الطعن أمام اللجان الوطنية واللجان القطاعية كوسيلة ودّية لحلّ نزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

في إطار المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري قد تدارك الانتقاد الموجّه له والمتعلّق بالمركزية الشديدة في إحالة النزاعات على مستوى التراب الوطني وفي كلّ القطاعات على اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية⁽⁴⁾، وذلك باستحداثه لجان وطنية للطعن⁽⁵⁾، وكذا

(1)- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، مرجع سابق، ص 236.
(2)- انظر المادة 113 من مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

(3)- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 104.

(4)- انظر المادة 126 من مرسوم رئاسي رقم 02-250، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5)- انظر المادة 142 من مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

لجان قطاعية⁽¹⁾، يمكن من خلالها إحالة نزاعات الصفقات التي يكون محلها أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الثانية ومن بينهم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري إليها، وعليه يتم دراسة اختصاصات هذه اللجان (الفرع الأول)، هذه الأخيرة التي تمتاز بإجراءات خاصة للطعن يجب احترامها (الفرع الثاني)، الأمر الذي يساعد على تبيان طبيعة هذه اللجان والمقررات الصادرة عنها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اختصاص هذه اللجان

دون التطرق إلى تشكيلية هذه اللجان⁽²⁾، فإنّ المشرع الجزائري قد وضع مجموعة من الاختصاصات والصلاحيات تُمنح لكل لجنة حتى تساهم بفعالية أكثر في تسوية النزاعات التي تُحال أمامها، وتتمثل هذه اللجان في اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم وكذا اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، واللجان القطاعية⁽³⁾، إذ تساهم هذه اللجان في إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتُراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية⁽⁴⁾.

كما تتولّى هذه اللجان في مجال رقابة مدى قانونية إجراء إبرام الصفقات العمومية، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط التي تندرج ضمن اختصاصها، وكذا مشاريع الصفقات والملاحق التي تندرج ضمن اختصاصها، والطعون التي تندرج ضمن اختصاصها والتي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو التراضي بعد الاستشارة، كما تدرس في إطار صلاحياتها الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية

(1)- تم إنشاء اللجان القطاعية للصفقات بموجب المادة 142 مكرر من مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في

18 يناير 2012؛ معدّل ومتمّم لمرسوم رئاسي 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2)- انظر المواد 149-150-151-152 مكرر من مرسوم رئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

(3)- راجع المواد 148-148 مكرر 1-152-152، مرجع نفسه.

(4)- انظر المادة 143، مرجع نفسه.

بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة حتى تخطر بالصعوبات الناجمة عن تطبيق الصفقة⁽¹⁾.

للإشارة فإن هذه اللجان تفصل في كل مشروع حسب قيمة هذا الأخير، حيث تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال في كل صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000 دج)، أما اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم فتفصل في صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار (3000.000.000 دج) أما اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات فتفصل في صفقة خدمات يفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000)، وكذا صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار (60.000.000)⁽²⁾، أما اللجان القطاعية فتفصل في حدود نفس المبالغ السالفة الذكر⁽³⁾، ويكون تنصيب اللجان القطاعية مانعا لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

إجراءات الطعن المتبعة أمام اللجان

تجتمع لجان الطعن الوطنية للصفقات العمومية أو القطاعية، عندما يطلب منها إعطاء رأيها في خلاف نشب بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، إذ تعقد اجتماعاتها بمبادرة من رئيس كل منها⁽⁵⁾، ويجب لصحة هذه الاجتماعات حضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، وإلا اعتبرت الآراء التي تُبديها اللجنة باطلة، وإذا لم يكتمل النصاب تجتمع اللجنة من جديد في غضون الثمانية (08) أيام الموالية، وتكون حين ذلك المداولات صحيحة مهما كان عدد الحاضرين، وتتم

(1) - انظر المادة 144، معدلة ومتممة بالمادة 17، مرجع نفسه.

(2) - راجع المواد 146، 147، 148، من مرسوم رئاسي رقم 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

(3) - انظر المادة 148 مكرر، مرجع نفسه.

(4) - أنظر المادة 142 مكرر، مرجع نفسه.

(5) - انظر المادة 157، مرجع نفسه.

الموافقة على آراء اللّجنة بأغلبية الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يرحّج الجانب الذي ينتمي إليه الرّئيس، وأعضاء اللّجنة ملزمون بحضور الاجتماعات وفي حالة غيابهم فلا يمكن أن يناوبهم إلاّ مستخلفوهم، ويتمتّع هؤلاء الأعضاء بتعويضات لقاء التّمثيل، وهم ملزمون بالسّر المهني، هذا الالتزام يقع على كلّ شخص يحضر الاجتماعات بأيّ صفة كانت⁽¹⁾، ويُعيّن رؤساء اللّجان ونائبهم الوزير المكّلف بالمالية، أمّا باقي الأعضاء ومستخلفوهم فيعيّنون من قبل إدارتهم وذلك لمُدّة ثلاثة سنوات قابلة للتّجديد، وتجدد هذه اللّجان بالثلث (1/3) كل ثلاث سنوات ويحدّد العدد الأقصى للعهد بثلاثة سنوات⁽²⁾، وتقوم هذه اللّجان بإصدار مقرّرات في هذا الشّأن خلال ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الطّعن وهذا وفقاً للفقرة الخامسة (05) من المادّة 115 من المرسوم الرّئاسي 10-236 السّالف الذّكر⁽³⁾.

ونلاحظ في هذا الصّدّد أنّ رفع الطّعن يقتصر على المتعامل المتعاقد فقط دون المصلحة المتعاقدة، ويمكن إرجاع ذلك إلى تمتّع المصلحة المتعاقدة بامتيازات تغنيها عن اللّجوء إلى هذه اللّجان، وفيما يخص المتعامل من الباطن - *le sous-traitant* - فإنّه لا يمكن له أن يرفع هذا الطّعن لأنّ المتعامل المتعاقد هو وحده المسؤول في مواجهة المصلحة المتعاقدة عن عمله.

وبالنّسبة لإجراءات الطّعن، فإذا بحثنا في قانون الصّفقات العمومية فإننا لا نجد نصاً يدلّ على إتباع إجراءات معيّنة أو محددة، وعليه نعود إلى الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها الشّريعة العامّة في الإجراءات.

ويكون الطّعن أمام هذه اللّجان عن طريق مذكرة موجّهة مقرونة بإشعار الوصول، أو عن طريق إيداعها مباشرة لدى أمانة اللّجنة المختصة، وهذا مع عرض أسباب الاعتراض أو الطّعن، وكذا المبلغ المتنازع عنه، والرّقم هنا ضروري وغيابه

(1) - انظر المواد 158-159-160-161، مرجع نفسه.

(2) - انظر المادّة 153، مرجع نفسه.

(3) - انظر المادّة 115، مرجع نفسه.

يؤدي إلى رفض الطعن، كما يجب إرفاق هذا الطعن بالوثائق المتعلقة بالصفحة وكلّ الإرساليات المتعلقة بالنزاع⁽¹⁾.

إلا أن الملفت للانتباه هنا، أنه عند تفحص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236، نلاحظ أنّ هذا النص يكتنفه الغموض مثله مثل المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250⁽²⁾ القديم، حيث أورد عبارة «يمكن للمتعاقد أن يرفع طعناً، قبل كلّ مقاضاة أمام العدالة» وهذا يفيد الجواز لا الوجوب بالنسبة للطعن أمام هذه اللجان⁽³⁾، وهو ما يوصلنا إلى نتيجة أنه بإمكان المتعاقد أن يتجاوز إجراء التظلم أي الطعن أمام هذه اللجان، فيرفع دعواه مباشرة أمام الجهة القضائية المختصة⁽⁴⁾، كما أنّ هذه الجوازية تؤدي إلى تفاوت وعدم جدية عمل هذه اللجان.

هذا ونشير إلى تراجع المشرع عن موقفه من هذا الإجراء، إذ كان التظلم أو الطعن في مادة الصفقات العمومية إلزامياً منذ صدور النص القانوني الأول المنظم لعقود المتعاملين العموميين⁽⁵⁾ إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر، وهذا تفادياً لحدوث اصطدام وتناقض مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي جعل فيه التظلم أمام الإدارة جوازياً⁽⁶⁾.

(1)- راجع في هذا الصدد المواد المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى من قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خاصة المادة 15 منه، مرجع سابق.

(2)- انظر على التوالي المادة 115 من مرسوم رئاسي 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، والمادة 102 من مرسوم رئاسي 02-250، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3)- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 99.

(4)- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، مرجع سابق، ص ص 222-223.

(5)- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، د م ج، الجزائر، 2007، ص 302.

(6)- تنص المادة 830 من قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: «أنه يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار ...»

الفرع الثالث

طبيعة هذه اللجان والمقررات الصادرة عنها

لقد كيف بعض فقهاء القانون الإداري لجان الطعن الخاصة بنزاعات الصفقات العمومية بأنها ذات طبيعة شبه قضائية، لأنها تعمل وفقاً لقواعد وأساليب وإجراءات تشبه تلك المتبعة أمام الجهات القضائية⁽¹⁾، إلا أنه بتفحص تشكيلة هذه اللجان⁽²⁾، نجد أنه يغلب عليها الطابع الإداري، إذ أن كل أعضائها ينتمون إلى الجهاز الإداري، وهو ما من شأنه أن يؤثر على مبدأ الحياد الذي يجب أن تتصف به اللجان، والتي أنشأت أساساً من أجل البحث عن العناصر القانونية والواقعية القادرة على إيجاد حل أو تسوية ودية وعادلة للنزاع.

عكس ما هو عليه الحال في فرنسا، أين نجد فيها أغلب أعضاء هذه اللجان من الجهاز القضائي، حيث يُختار رئيس اللجنة الاستشارية للصفقات ونائبه من بين مستشاري مجلس الدولة أو مجلس المحاسبة⁽³⁾، وهذا ما يضمن حياد اللجنة وعدم انحيازها لمصلحة الإدارة، وهو نفس النهج الذي اتبعه المشرع الجزائري في أول قانون للصفقات العمومية الصادر بموجب الأمر المؤرخ في 17-06-1967 أين كانت كل لجنة وزارية تحت رئاسة قاضي⁽⁴⁾.

إلا أنه تراجع عن هذا المسلك بعد ذلك وجعل كل أعضاء اللجنة إداريين مما يعني احتمال خضوعهم للمصلحة المتعاقدة.

أما عن تكييف المقررات الصادرة عن هذه اللجان، فطبقاً للفقرة الأخيرة من نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات

(1) - عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، د م ج، الجزائر، 2003، ص 370.

(2) - انظر المواد 149، 150، 159 من مرسوم رئاسي 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

(3) - SCHOUZ. P, Elément du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 1996, p. 154.

(4) - محيو أحمد، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 147.

العمومية، فإنّ اللّجنة الوطنية للصّفقات المختصّة تصدر مقرّراً في شأن الطّعن وذلك في خلال 30 يوماً اعتباراً من تاريخ إيداع الطّعن، ويسري هذا المقرّر الذي تصدره اللّجنة على المصلحة المتعاقدة بغضّ النّظر عن غياب تأشيرة هيئة الرّقابة الخارجية القبلية⁽¹⁾، وعليه فإنّ هذه القرارات تعتبر ملزمةً على المصلحة المتعاقدة.

ولقد أحسن المشرّع الجزائري حينما ألزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ المقرّرات الصّادرة عن هذه اللّجان، فهذا ما يضيف على قرار اللّجنة المعنية حجّية النّفاد اتجاه المصلحة المتعاقدة المعنية.

غير أنّ السّؤال الذي يُثار في هذا الشّأن يتمثّل في مدى إمكانية الطّعن في هذه المقرّرات الصّادرة عن هذه اللّجان أمام القضاء الإداري؟ أي هل يمكن رفع دعوى إلغاء ضدّ هذه المقرّرات التي تعتبر إدارية؟.

علماً أنّ المشرّع الجزائري في المادّة 115 السّالف الذّكر لم يذكر إمكانية الطّعن ضدّ هذه المقرّرات، إلّا أنّه بالرجوع إلى نصّ المادّة 143 من دستور 1996⁽²⁾، نجد أنّها تنصّ على ما يلي: «ينظر القضاء في الطّعن في قرارات السّلطات الإدارية» .

إذ يفهم من خلال هذه المادّة أنّه يمكن الطّعن ضدّ المقرّرات الصّادرة عن هذه اللّجان أمام القضاء، إلّا أنّ الإشكال يثور في هذه الحالة كذلك حول أيّ من النّزاعين يُعرض على القضاء، هل هو النّزاع الأصلي أم النّزاع النّاشئ عن المقرّرات الصّادرة عن هذه اللّجان؟ وهو ما لم يوضّحه المشرّع في قانون الصّفقات العمومية.

(1)- انظر المادّة 115 من مرسوم رئاسي رقم 10-236 يتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

(2)- راجع المادّة 143 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.

خاتمة

من خلال الدراسة المُقدّمة، يتبيّن لنا جلياً وجود إشكالات وتناقضات بين النصوص القانونية، حيث أنّه من خلال تحليل التعاريف المُقدّمة والطبيعة القانونية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، توصلنا إلى أنّها تمتاز بطابع مزدوج، إذ تكون ذات طابع تجاري في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون العام (الطابع الإداري) في علاقاتها مع الدولة، رغم أنّه يغلب عليها الطابع التجاري وذلك خاصّةً أنّ نظامها القانوني في غالبه يخضع للقانون الخاص؛ فمحاسبتها تمسك على الشكل التجاري، والعاملين فيها يُعتبرون عمّال خاضعون لقانون العمل، كما أنّ عقودها تُعتبر عقود تجارية خاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في القانون المدني.

إلاّ انه في حالات استثنائية تمّ إقرارها سواءً في قانون رقم 88-01 المُتعلّق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك في المادتين 55 و56، أو في المادّة الثانية (02) من المرسوم الرئاسي 10-236 المُتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، قد أعطي لها صلاحية إبرام عقود من طبيعة إدارية، وكذا صفقات عمومية، وذلك في الحالة التي تكون فيها هذه الأخيرة مُموّلة كلياً أو جزئياً بمساهمة مُؤقّته أو نهائية من الدولة، هذه الحالة الأخيرة التي يمكن التعبير عنها بالوكالة قد أوردت مشاكل قانونية كثيرة، خاصة من حيث الاختصاص القضائي.

فمن خلال الدراسة يمكن التوصل إلى نتيجة مفادها أنّه إذا كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتي أصبح البعض منها شركات تجارية، تقوم بالتعاقد مستعينة بما وضعه التنظيم المتعلّق بالصفقات العمومية، فإن ذلك لا يعني أنّ صفقاتها ذات طابع خاص، وإنما هي عقود ذات طابع إداري على أساس أنّ هذه الصفقات التي تبرمها تكون بموجب وكالة؛ أي أنّها تبرمها باسم ولحساب الدولة.

علماً أنّ الهدف من إلزام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للخضوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية هو حماية الأموال العمومية، ذلك نظراً لما يتمتع به من إجراءات وهيئات يمكن لها أن تضمن ذلك؛ رغم انه

يمكن لها أن تبرم عقود دون التقيّد بهذا التنظيم، وذلك في حالة توظيفها لأموالها الخاصة و تطبق فيه قواعد القانون الخاص.

فإدراج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن الأشخاص المسموح لهم بإبرام صفقات عمومية، لا يؤثر على الطبيعة القانونية للصفقة العمومية بحد ذاتها، خاصة وأن هذه المؤسسات شخص من أشخاص القانون العام، وإن إبرامها للصفقات العمومية مقرون بالعمل لصالح الدولة.

إلا أنّ المُشرّع الجزائري في مسألة تحديده لقواعد الاختصاص القضائي قد عدّد الأشخاص التي يكون فيها الاختصاص للقضاء الإداري على سبيل الحصر وفقاً للمادة 800 من ق.إ.م.إ حيث كرس فيه العمل بالمعيار العضوي، و استبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري منها، وجعلها ضمن اختصاص القضاء العادي، ممّا يؤدي حتماً إلى تنازع في الاختصاص، بحيث أنّ القضاء العادي سينكر اختصاصه في منازعة تولدت عن تطبيق قانون الصفقات العمومية لاعتباره نزاعاً ذو طبيعة إدارية.

كما نلاحظ الغموض الذي يكتنف المعيار العضوي المعتمد في تحديد مجال تطبيق الصفقات العمومية وعدم تطابقه مع معيار الاختصاص القضائي.

من خلال هذه الملاحظات، وفي سبيل حماية الطابع الإداري للصفقات العمومية يمكن لنا إبداء بعض التوصيات لعلها تساعد على الخروج من هذا المأزق القانوني الذي ما زال القضاء الجزائري يتخبط فيه، ونخص بالذكر:

- استبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من أشخاص المادة الثانية (02) من تنظيم الصفقات العمومية، وإعطائها حرية التعاقد وذلك بهدف تحقيق الهدف من وراء إنشائها وهو المتاجرة وتحقيق الربح؛

- كما يمكن تعديل المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بصيغة تسمح بإدخال المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن اختصاصها، خاصة وأنّ الوكالة الممنوحة لها، الهدف من ورائها هو العمل لصالح

الدولة، كأن تأتي على النحو التالي: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بانجاز عملية مُمولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة» ؛

- كما يمكن التخلي عن المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي وتكريس المعيار الموضوعي مثلما ذهب إليه المُشرع الفرنسي، حيث يعتبر المعيار الموضوعي الحل الدائم بالنظر للخصائص التي يمتاز بها⁽¹⁾؛

- كما يمكن وضع نص قانوني خاص يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية بالنظر إلى طبيعتها القانونية وبغض النظر عن معايير تحديد الاختصاص النوعي للجهات القضائية.

وان الأخذ بعين الاعتبار هذه الاقتراحات من شأنه تفادي هذه الإشكالات القانونية والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية المختلفة والمتناقضة في هذا الشأن ويتم إرجاع منازعات الصفقات العمومية برمتها إلى الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها برمتها بحسب طبيعتها القانونية.

أمّا عن الطرق البديلة لحل نزاعات صفقات هذه المؤسسات والتي تعتبر من الوسائل الناجعة فيها، فهناك ضرورة لتفعيلها، خاصةً تلك المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية وذلك عن طريق إلزامية الرجوع إليها قبل أيّ مقاضاة، وعليه يجب تعديل المادتين 114 والمادة 115 منه.

- وكذا حتّ المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري باللجوء للتّحكيم لفضّ نزاعاتها الناشئة عن الصفقات التي تبرمها، وذلك لاعتبارها أداة فعّالة

(1)- بودريوه عبد الكريم، "هل تخلى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 06.

وبسيطة، تُؤدِّي إلى فضِّ النزاع بطريقة سريعة تتلاءم مع طبيعة وصفها مؤسّسة عمومية، واعتبارها تاجرة لها علاقات تُميّزها السرعة، خاصة في صفقاتها الدولية، وبالتالي فهي أداة أخرى يُوجّه من خلالها المُشرّع العقد لإيجاد حلول قانونية سليمة لموضوع النزاع، بما ينطوي عليه من سرعة الفصل في النزاع بسريّة و بأقلّ تكلفة وبإجراءات لا تعقيد فيها، فهو مبنيّ على فكرة الإنصاف L'équité.

الملحق

قرار رقم 2001/332 صادر بتاريخ 14 ماي 2001 عن مجلس
الدولة (قرار غير منشور)

قائمة المراجع

أولاً: باللّغة العربيّة.

ا. الكتب:

1. الجرف طعيمة ، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970.
2. بوسماح محمد أمين، ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي إدريس، المرفق العام في الجزائر، د م ج، الجزائر، 1995.
3. بريارة عبد الحميد، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
4. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
5. بعلي محمد الصغير، المحاكم الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
6. ، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009.
7. بوضياف عمار، الصّفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
8.، القضاء الإداري في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
9.، الصّفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
10.، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، (د س ن).

11. **بوعمران عادل**، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية: دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة، 2010.
12. **ثروت بدوي**، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
13. **جابر وليد حيدر**، طرق إدارة المرافق العامة: المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
14. **خلوفي رشيد**، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ط 2، د م ج، الجزائر، 2005.
15. **خميس السيد إسماعيل**، العقود الإدارية والتعويضات، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2002.
16. **رياض عيسى**، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والقانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
17. **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
18. **شيهوب مسعود**، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
19. المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ط 04، 2005.
20. المبادئ العامة للمنازعة الإدارية: الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، د م ج، الجزائر، 2007.
21. المبادئ العامة للمنازعة الإدارية: نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

33.، الوجيز في القانون الإداري، ط 03، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
34. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2009.
35. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د س ن.
36. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
37. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المُميّز في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
38. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامّة والمشروعات العامة، مطبعة الشاعر، الإسكندرية، 1970.
39. محيو أحمد، ترجمة، فائق أنجق وبيوض خالد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
40.، ترجمة، محمد عرب صاصيلا، محاضرات في المؤسّسات الإدارية، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
41. واضح رشيد، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2003.

ii. الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل

1. **بعلي محمد الصغير**، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1990.
2. **بوشيبة مختار**، مظاهر السلطة الرئاسية والوصاية الإدارية على المؤسسة العامة الاقتصادية: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الإداري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990.
3. **بوجادي أحمد**، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
4. **زغود علي**، المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1980.

ب- المذكرات الجامعية:

1. **بزاحي سلوى**، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصّفات العمومية: دعوى الإلغاء نموذجاً، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007.
2. **بن شرقي قوريش**، منازعات العمل في نطاق المؤسسة العمومية الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998.

3. **بن عليّة حميد**، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001.
4. **بن قري سفيان**، ضبط الممارسان التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009.
5. **خضري حمزة**، منازعات الصّفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005.
6. **عزوز ليندة**، تطوّر المنازعة الإدارية في النّظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة وتنمية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2003.
7. **علاق عبد الوهاب**، الرّقابة على الصّفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004.
8. **شتوان الهادي**، المرافق الاقتصادية مظهر من مظاهر تدخل الدولة في الحقل الإقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2002.
9. **شمون علجية**، الضبط الاقتصادي في قطاع المحروقات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010.

10. **صاش جازية**، قواعد الاختصاص القضائي بالدعوى الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994.
11. **خنوش فارس** ، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظلّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم، مذكرة نهاية التريّص لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006.
12. **قارش أحمد**، النظام القانوني للمؤسسات الإشتراكية في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، معهد العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، 1977.
13. **كايس شريف**، النظام القانوني لأموال المؤسسات العامة الاقتصادية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1992.
14. **مولوج لامية**، النظام القانوني للمحكّم على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الفرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2011.
15. **نويري سعاد**، النظام القانوني لعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2000.

16. واضح رشيد، الطّبيعة القانونيّة لعلاقة العمل في إطار الإصلاحات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسّسات، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001.

17. خرباش جميلة، منازعات الصّفات العمومية في النّظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2005.

III. المقالات والمدخلات:

أ- المقالات:

1. بودريوه عبد الكريم، "أساس ومجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الرابع، 2006، ص ص 205-212.

2. بوشعير سعيد، "نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الثّاني، 1986، ص ص 433-450.

3. نويري عبد العزيز، "المنازعة الإدارية في الجزائر تطورها وخصائصها"، - دراسة مقارنة- مجلة مجلس الدولة، العدد الثّامن، 2008، ص ص 09-108.

4. زغداوي محمد، "مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظلّ الإصلاح القضائي الجديد"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2000، ص ص 117-126.

5. محمد رافع، "اتفاق التّحكيم في ظلّ القانون المغربي والاتفاقيات الدوليّة"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، نوفمبر 2008، ص ص 17-35.

ب- المداخلات:

1. بودريوه عبد الكريم، "هل تخلى المُشرّع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري"، من أعمال الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 28-29 أبريل 2009، ص ص 01-09.

.IV. النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، منشور بموجب أمر رقم 76-57 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج.ر.ج.ج عدد 94، صادر في 1976، (ملغى).
2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، وبقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، صادر في 16 أبريل 2008.

ب- النصوص التشريعية:

1. قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج عدد 37، صادر في 01 جوان 1998؛ مُعدّل ومُتمّم بقانون عضوي رقم 11-13 مؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر.ج.ج عدد 43، صادر في 03 أوت 2011.

2. قانون رقم 62-153 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، المتضمن تمديد تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر، ج.ر.ج. ج عدد 02، لسنة 1963، (ملغى).
3. أمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج. عدد 47، صادر في 09 جوان 1966، (ملغى).
4. أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج. عدد 52، لسنة 1967، (ملغى).
5. أمر رقم 71-47 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971، يتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج.ر.ج.ج. عدد 101، صادر في ديسمبر 1971، (ملغى).
6. أمر رقم 75-35 مؤرخ في 29 أبريل 1975، يتضمن المخطط المحاسبي الوطني، ج.ر.ج.ج. عدد 37، صادر في 09 ماي 1975، (ملغى).
7. أمر رقم 75-76 مؤرخ في 21 نوفمبر 1975 المتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسة الاشتراكية وسلطة الوصايا والإدارات الأخرى، ج.ر.ج.ج. عدد 100، مؤرخ في 16 ديسمبر 1975.
8. قانون رقم 78-02 مؤرخ في 11 فيفري 1978، يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر.ج.ج. عدد 07، لسنة 1978، (ملغى).
9. قانون رقم 80-11 مؤرخ في 13 ديسمبر 1980، يتضمن المخطط الخماسي 1980-1984، ج.ر.ج.ج. عدد 1794، لسنة 1980.
10. قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج.ج. عدد 02، صادر في 13 جانفي 1988 ؛ **ملغى جزئياً** بأمر رقم 95-25 مؤرخ في 25 ديسمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ج.ج. عدد 55، صادر في 27 سبتمبر 1995.

11. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، منشورات بيرتي، الجزائر، طبعة 2010.
12. قانون رقم 90-30، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر.ج.ج عدد 52، مؤرخ في 02 ديسمبر 1990؛ معدل ومتم بقانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر في 03 أوت 2008.
13. مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل 1993؛ يُعدّل ويُتمّ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمنّ قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 27، صادر في 27 أبريل 1993، (ملغى) بقانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.
14. أمر رقم 95-27 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمنّ قانون المالية لسنة 1995، ج.ر.ج.ج عدد 82، صادر في 31 ديسمبر 1995.
15. قانون رقم 98-02 مؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلّق بالمحاكم الإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 37، صادر في 01 جوان 1998.
16. أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر.ج.ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001؛ معدل ومتم بموجب أمر رقم 08-01 مؤرخ في 28 فيفري 2008، ج.ر.ج.ج عدد 11، صادر في 02 مارس 2008.
17. أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جوان 2006، يتضمنّ القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 16 جوان 2006.

18. التقنين المدني، سنة 2007، على الخط:
<http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>
19. التقنين التجاري، سنة 2007، على الخط:
<http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>
20. قانون رقم 07-11 مؤرخ في 25 نوفمبر 2007، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج. ر. ج. ج عدد 74، صادر في 25 نوفمبر 2007؛ معدل ومتمم بقانون رقم 08-02 مؤرخ في 24 يوليو 2008، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، ج. ر. ج. ج عدد 42، مؤرخ في 27 يوليو 2008.
21. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.
22. قانون رقم 10-01 مؤرخ في 29 يوليو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج. ر. ج. ج عدد 42، صادر في 11 يوليو 2010.
23. قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. ج. ج عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011.
24. قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج. ر. ج. ج. ج عدد 12، صادر في 29 فبراير 2012.
- ت - النصوص التنظيمية:
1. مرسوم رقم 63-59 مؤرخ في 28 مارس 1963، يتضمن تنظيم المؤسسة المسيرة ذاتياً، (ملغى).

2. مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر.ج. ج عدد 15، صادر في 13 افريل 1982، (ملغى).
3. مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 12 جانفي 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج. ج عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج.ر.ج. ج عدد 55، صادر في 14 سبتمبر 2003؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر.ج. ج عدد 62، صادر في 09 نوفمبر 2008، (مُلغى).
4. مرسوم رئاسي رقم 08-102 مؤرخ في 26 مارس 2008، يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، ج.ر.ج. ج، عدد 27، صادر في 30 مارس 2008.
5. مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج. ج عدد 58، صادر في 07 أكتوبر 2010؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 01 مارس 2011، ج.ر.ج. ج عدد 14، صادر في 06 مارس 2011؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج.ر.ج. ج عدد 34، صادر 19 يونيو 2011؛ مُعدّل ومُتمّم بموجب مرسوم رقم 12-23 مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج. ج عدد 04، صادر في 26 جانفي 2012.

6. مرسوم تنفيذي رقم 90-391 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن تغيير الطّبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج.ر.ج.ج، عدد 54، صادر في 11 ديسمبر 1990.
7. مرسوم تنفيذي رقم 91-147 مؤرخ في 12 ماي 1991، يتضمن تغيير الطّبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري، وتحديد كفاءات سيرها وعملها، ج.ر.ج.ج، عدد 25، صادر في 15 ماي 1991.
8. مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 57، صادر في 13 نوفمبر 1991، (ملغى).
9. مرسوم تنفيذي رقم 96-93 مؤرخ في 03 مارس 1996، يتضمن إنشاء غرف التجارة والصناعة، ج.ر.ج.ج، عدد 16، صادر في 06 مارس 1996.
10. مرسوم تنفيذي رقم 96-431 مؤرخ في 03 نوفمبر 1996، يتعلق بكفاءات تعيين محافظ الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية ذات الطابع التجاري وكذا المؤسسات العمومية المستقلة، ج.ر.ج.ج عدد 74، صادر في 01 ديسمبر 1996.
11. مرسوم تنفيذي رقم 01-101 مؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج.ر.ج.ج عدد 24، صادر في 22 أبريل 2001.
12. مرسوم تنفيذي رقم 03-195 مؤرخ في 19 أوت 2010، يتضمن إنشاء المركز الوطني للدراسات وتنشيط مؤسسة البناء والأشغال العمومية والرّي، ج.ر.ج.ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2010.

13. مرسوم تنفيذي رقم 10-195 مؤرخ في 19 أوت 2010، يتضمن إنشاء المركز الوطني للدراسات وتنشيط مؤسسة البناء والأشغال العمومية والرّي، ج.ر.ج.ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2010.
14. مرسوم تنفيذي رقم 10-214، مؤرخ في 16 ديسمبر 2010، يتضمن القانون الأساسي للغرف الفلاحية، ج.ر.ج.ج عدد 51، صادر في 19 سبتمبر 2010.
15. مرسوم تنفيذي رقم 10-215، مؤرخ في 16 سبتمبر 2010، يتضمن إنشاء المركز التقني الصناعي للصناعات الميكانيكية والصناعات المحوّلة للمعادن، ج.ر.ج.ج، عدد 55، صادر في 26 سبتمبر 2010.
- ث - الاجتهاد القضائي:

1. قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، ملف رقم 332، صادر في 14 ماي 2001، قضية بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهان ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، (قرار غير منشور).
2. قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 006644، صادر بتاريخ 15-10-2002، قضية (ك،ص) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببرج بوعريج، (قرار غير منشور).
3. قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003، ص 109.
4. محكمة التنازع، 17 جويلية 2005، عدد 16، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، 2006، ص 246.
5. محكمة التنازع، 17 جويلية 2005، رقم 17، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، 2006، ص 250.

6. قرار محكمة التنازع رقم 42 صادر بتاريخ 13-11-2007، بين الشركة

الجزائرية للتأمين SAA ومدير مؤسسة البناء"ق.ج"، منشور بمجلة مجلس

الدولة، عدد 09، 2009، ص ص 147-154.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

A-Ouvrages :

1. **CARBAJO. J**, Droit des services publics, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997.
2. **CHAPERON. E**, Droit administratif, Edition Sup' FOUCHER, Paris, 2009.
3. **DE LAUBADÈRE. A, VENIZIA. J-C, et GAUDMET. Y**, Traité de droit administratif, LGDJ, Paris, 1999.
4. **DEBBASCH. Ch et COLIN. F**, Droit administratif, 7^{ème} édition, Economica, Paris, 2004.
5. **DELAMARRE. M et Paris. T**, Droit administratif, édition ellipsses, Paris, 2009
6. **DUGRIP. O et SAIDJ. L**, Les établissements publics nationaux, LGDJ, Paris, 1992.
7. **FOILLARD. Ph**, Droit administratif, CPU, Paris, 2001.
8. **GAUDEMET. Y**, traité de droit administratif, tome 1, Droit administratif général, 16^e édition, Delta, Paris, 2001.
9. **GROS. M**, Droit administratif, L'Harmattan, Paris, 1998.
10. **LACHAUME. J-F, BOITEAU. C, et PAULIAT. H**, Droit des services publics, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004.
11. **LAJOYE. Ch**, Droit des marchés publics, Gualino éditeur, 2^{ème} édition, Paris, 2005.
12. **LINDITCH. F**, Droit des marchés publics, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002.
13. **LINOTTE. D et ROMI. R**, Services publics et droit public économique, Litec, Paris, 2003.

14. **LONG. M, WEIL. P, BRAIBANT. G, DELVOLVE. P, et GENEVOIS. B**, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1999.
15. **MESCHERIAKOFF. A-S**, Droit des services publics, PUF, Paris, 1991.
16. **PEISER. G**, Droit administratif général, 21^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002.
17. **RICCI. J-C**, Droit administratif général, Hachette, Paris, 2009.
18. **RICHER. L**, Droit des contrats administratif, 5^e édition, *LGDJ*, Paris, 2006.
19. **RIVERO. J et WALINE. J**, Droit administratif, 18^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002.
20. **SCHOULZ. P**, Elément du droit des marchés publics, *LGDJ*, Paris, 1996.
21. **VEDEL. G, et DELVOLVÉ. P**, Droit administratif, 12^{ème} édition, PUF, Paris, 1992.
22. **ZOUAÏMIA. R et ROUAULT. M-Ch**, Droit administratif, Berti Editions, Alger, 2009.
23. **ZOUAÏMIA. R**, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, édition Belkeise, Alger, 2012.

B- Thèses :

1. **KOBTAN. M**, Le régime juridique des contrats du secteur public, étude de droit comparé algérien et français, thèse pour le doctorat d'Etat, OPU, Algérie, 1984.
2. **LAGGOUNE. W**, Le contrôle de l'Etat sur les entreprises privées industrielles en Algérie, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit, Institut de droit et des sciences administratives, Université d'Alger, 1994.

C-Jurisprudence :

1. CS, ch.adm. 08 mars 1980, SN Sempac c/ OAIC, RASJEP, 1980.

D-Articles:

1. **BOUSSOUMAH. M**, "Essai sur la notion juridique de service public ", RASJEP, N° 3, 1992, pp. 339-493.
2. **CHEVALLIER. J**, « Essai sur la notion juridique du service public », pp. 137-161, [En ligne] : <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>, (Consulté le 14-11-2011).
3. « Les nouvelles frontières du service public », Revue La Découverte, N° 02, 2007, pp. 14-24, [En ligne] : [http:// www. Cairn. Info/ revue- regards-croises- sur/-economie- 2007- 2- page 14. htm](http://www.Cairn.Info/revue-regards-croises-sur/-economie-2007-2-page14.htm), (Consulté le 14-11-2011).
4. **DUFAU. J**, Service publics à Caractère Industriel et Commercial, Juris Classeur Administratif, 2001, pp. 17-18,[En ligne] : http://us.yhs.search.yahoo.com/avg/search?fr=yhs-avg&type=yahoo_avg_hs2-tb-web_us&p=JurisClasseur%20Administratif%20SERVICES%20PUBLICS%20%C3%80%20CARACT%20INDUSTRIEL%20ET%20COMMERCIAL. (consulté le 01/08/2012).
5. **KHELLOUFI. R**, "Réflexions à propos de l'impacte du code de procédure civile et administrative sur le contentieux administratif", Revue Idara, N°36, 2008, pp. 63-73.
6. **NICINSKI. S**, "La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés", RFDA, N° 01, 2008, pp. 35-42.
7. **SABRI. M**, le Droit des marchés public en Algérie, réalité et perspectives, Revue Idara, N° 35, 2008, pp. 07-47.

D- Diverses :

1. Code des Marches Publics Français, 2009, [En ligne] : http://www.marchespublicsspme.com/?p=doc_index&tripar=doc-code-marches-publics-2009. (_consulté) le 05 juin 2011.

فهرس المحتويات

02.....	مقدمة.....
07.....	الفصل الأول: ماهية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وخصوصية علاقاتها التعاقدية.....
10.....	المبحث الأول: مفهوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....
11.....	المطلب الأول: تعريف ونشأة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....
12.....	الفرع الأول: تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....
20.....	الفرع الثاني: نشأة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....
24.....	المطلب الثاني: أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والنتائج القانونية المترتبة عنها.....
24.....	الفرع الأول: أركان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....
25.....	أولاً: إدارة مرفق عام.....
25.....	ثانياً: التمتع بالشخصية المعنوية.....
27.....	ثالثاً: التركيز على مبدأ التخصص.....
28.....	الفرع الثاني: النتائج القانونية المترتبة عنها.....
28.....	أولاً: الاستقلال المالي.....
29.....	ثانياً: الاستقلال الإداري.....
29.....	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....
30.....	الفرع الأول: القانون المطبق على المستخدمين.....

- الفرع الثاني: النظام المالي والمحاسبي الذي يطبّقه.....32
- الفرع الثالث: طرق التنظيم والإدارة.....34
- المبحث الثاني: خصوصية العلاقات التعاقدية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....36
- المطلب الأول: ازدواجية عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....37
- الفرع الأول: الطابع الخاص لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كأصل عام.....37
- الفرع الثاني: الطابع الإداري لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري استثناءً.....40
- أولاً: الشروط الواجب توفّرها في صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....41
- ثانياً: طبيعة صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الممولة جزئياً أو كلياً وبصفة مؤقتة أو نهائية من خزينة الدولة.....42
- المطلب الثاني: مكانة عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في الصفقات العمومية.....45
- الفرع الأول: تذبذب المعيار العضوي وأثره على صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....45
- الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....51
- المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن إدراج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن اشخاص الصفقات العمومية.....52

الفرع الأول: مدى تأثير المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على الطبيعة القانونية للصفقات العمومية.....	53
أولاً: مدى تناسب المعيار العضوي مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	53
ثانياً: مدى تناسب معيار اتصال العقد بالمرفق العام مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	55
ثالثاً- مدى تناسب معيار البنود الاستثنائية في الصفقات العمومية مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	57
الفرع الثاني: إحداث تعارض صارخ بين النصوص القانونية.....	58
أولاً: التناقض بين مقتضيات المادة 800 من ق.إ.م.إ ونصوص قانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.....	59
ثانياً: المعيار العضوي المأخوذ من قانون الصفقات العمومية.....	60
الفصل الثاني: منازعات عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	64
المبحث الأول: إشكالية تحديد الاختصاص القضائي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	66
المطلب الأول: معيار اختصاص القضاء الإداري بالمنازعة الإدارية.....	67
الفرع الأول: معيار المرفق العام.....	67
الفرع الثاني: معيار السلطة العامة.....	70
الفرع الثالث: معيار النفع العام (المصلحة العامة).....	72
المطلب الثاني: معايير التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الإدارية.....	74

الفرع الأول: رأي الفقه في مسألة التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الإدارية.....	75
أولاً: معيار الخضوع لأحكام القانون الخاص.....	75
ثانياً: معيار الرّبح (المقابل التقدي).....	76
ثالثاً: معيار طبيعة النشاط.....	77
رابعاً: معيار شكل المؤسسة.....	77
خامساً: معيار أساليب إدارة المؤسسة.....	77
الفرع الثاني: الحلول المقدمّة من قبل القضاء الإداري في مسألة التمييز بين النوعين من المؤسسات.....	78
المطلب الثالث: الجهة القضائية المختصة في النظر في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في الجزائر.....	80
الفرع الأول: الأسس التي تقوم عليها المادة 800 من ق.إ.م.إ.....	81
الفرع الثاني: انعكاسات المعيار العضوي على منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	83
أولاً: اختصاص القضاء العادي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	85
ثانياً: اختصاص القضاء الإداري في منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	86
المبحث الثاني: التسوية الودية لنزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	90
المطلب الأول: الحلّ الودّي للنزاعات الناشئة عن إبرام صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	91
الفرع الأول: تعريف المنح المؤقت للصفقة والهدف من وراءه.....	91

أولاً: تعريف المنح المؤقت للصفاة.....	91
ثانياً: الهدف من إجراء إعلان المنح المؤقت للصفاة.....	91
الفرع الثاني: دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفاة أمام اللجان المختصة.....	93
أولاً: اللجنة الوزارية للصفاة.....	93
ثانياً: اللجنة الولائية للصفاة	94
ثالثاً: اللجنة البلدية للصفاة.....	95
رابعاً: لجنة الصفاة للمؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية.....	95
الفرع الثالث: طبيعة المقررات الصادرة عن هذه اللجان.....	96
المطلب الثاني: الحلّ الودّي للنزاعات الناشئة عن تنفيذ صفاة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	97
الفرع الأول: التّحكيم كحلّ بديل لتسوية نزاعات صفاة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.....	98
أولاً: تعريف باتفاق التّحكيم ومميزاته.....	99
ثانياً: موضوع التّحكيم وآثاره.....	101
الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاع باتفاق الطرفين.....	105
أولاً: التسوية عن طريق نظام الملاحق.....	105
ثانياً: الفسخ غير القضائي.....	108

المطلب الثالث: الطّعن أمام اللّجان الوطنية واللجان القطاعية كوسيلة وديّة لحلّ نزاعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطّابع الصّناعي والتّجاري.....	109
الفرع الأوّل: اختصاص هذه اللّجان.....	110
الفرع الثّاني: إجراءات الطّعن المتّبعة أمام اللّجان.....	111
الفرع الثّالث: طبيعة هذه اللّجان والمقرّرات الصّادرة عنها.....	114
خاتمة.....	117
الملحق.....	122
قائمة المراجع.....	127
فهرس المحتويات	147

ملخص المذكرة

تعتبر المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من بين الأشخاص التي مُنحت لها إمكانية إبرام الصفقات العمومية، إلا أن هذه المؤسسات تثير إشكالات قانونية غاية في التعقيد خاصة مع الغموض الذي يكتنف طبيعتها القانونية، وكذا تمسك المشرع بالمعيار العضوي كأساس لتحديد الاختصاص القضائي وذلك بموجب المادة 800 من ق إ م إ، وهذا ما أدى إلى استبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من مجال اختصاص القضاء الإداري.

ومن أجل حل مسألة الاختصاص التي تثيرها هذه المؤسسات لجأ الفقه إلى طرح معيار الوكالة كمعيار مكمل للمعيار العضوي لمنح الاختصاص للقضاء الإداري في منازعات هذه المؤسسات.

Résumé du mémoire

L'introduction des EPIC dans la nomenclature des personnes pouvant conclure des marchés conformément aux dispositions du code de marchés publics soulève de sérieux problèmes, notamment avec l'ambiguïté qui caractérise la nature juridique des établissements en cause. Ce à quoi, il convient d'ajouter le problème de la compétence juridictionnelle, surtout lorsqu'on sait que le législateur maintient toujours le critère organique, et ce en vertu de l'article 800 du code des procédures civiles et administratives, ce qui laisse entendre que le contentieux des EPIC ne relève pas de la compétence du juge administratif.

Pour résoudre le problème, la doctrine recourt à la notion du mandat comme critère alternatif, pour retenir la compétence du juge administratif.

Summary of memory in English

The introduction of PEIT (EPIC) in the list of persons who may enter into contracts in accordance with the public procurement code raises serious problems, especially with the ambiguity that characterizes the legal nature of the institutions involved. To which should be added the problem of jurisdiction, especially when we know that the legislature still retains the organic criterion, and it is under Article 800 of the code of civil and administrative proceedings, which leaves suggest that the litigation PEIT (EPIC) is not within the jurisdiction of the administrative courts.

To solve the problem, the use of the concept doctrine of the mandate as an alternative criterion to retain the competence of administrative courts.