وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur ET de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الجزاءات الإدارية في مجال العقود الادارية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق.

التخصص: قانون اداري

من إعداد الطالب(ة):

رحمي أيوب

تحت إشراف الأستاذ(ة):

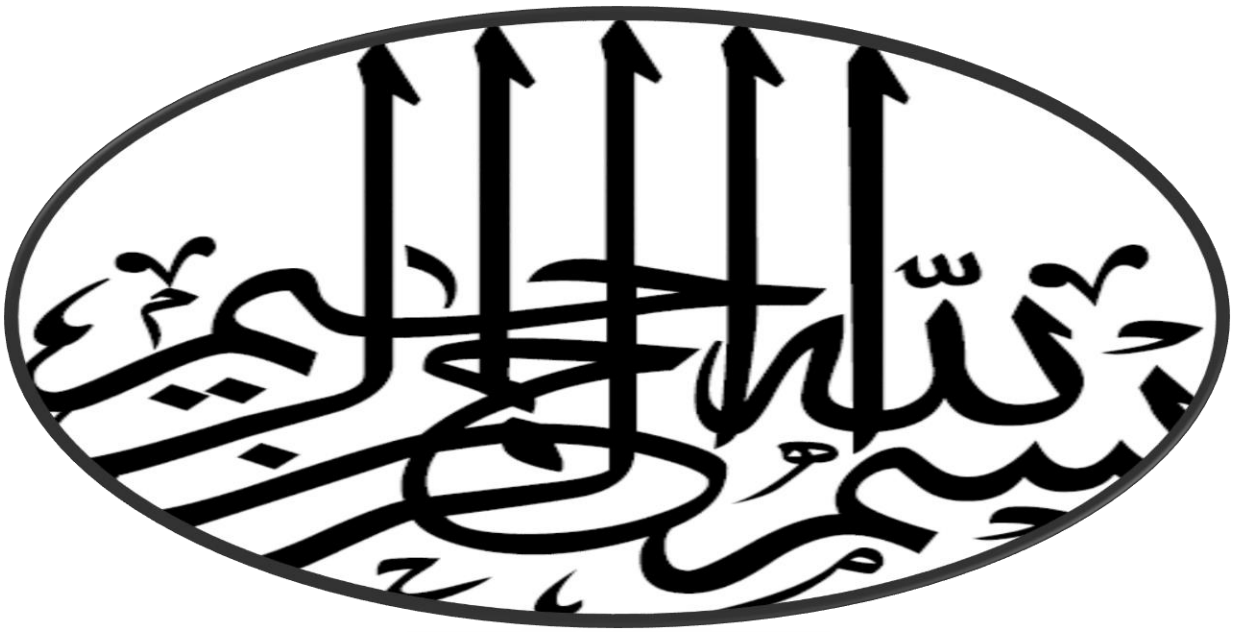
أ/ بن عزوز سارة

أعضاء اللجنة المناقشة

الأستاذ(ة):	مزيود بصي	رئيسا
الأستاذ(ة):	بن عزوز سارة	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة):	بن عودة نبيل	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت في 2023/06/18



الإهـــــداء

إلى من شرفني بحمل اسمه من كان يصنع من شقائه سعادتي إلى الذي كلما طلبت

أعطاني مبتسما دون مقابل إلى سندي وموجهي ومسهل دربي إلى الذي بطيبته

وحنانه الوافر وعطائه بدون حدود وصلت إلى ما أنا فيه إلى من انتظر ثمرة جهدي

والذي مهما قلت ووصفت لن أعطيه حقه

أبي الغالي أطال الله في عمره وأدامه.

إلى التي ليس لها مثيل وإلى حبها في قلبها كبير والتي تحزن لحزني وتفرح لفرحي

إلى التي يتسع صدرها حين تضيق بي الدنيا إلى التي شجعتني ولا تزال تشجعني على

المواصلة الدرب فاستحقت أن تكون الجنة تحت أقدامها حفظها الله وأبقاها سندا لي

أمي الحبيبة

وإلى من هم سر قوتي وسبب فرحتي وسندي في الحياة الى من اقتسمت معهم الحلو

والمرة

إخوتي الأعزاء

إلى كل من علمني حرف إلى كل من أضاءوا بعلمهم عقولنا أساتذتي الأفاضل أسال الله

أن يحفظهم ويرعاهم ويجعلهم نورا للأمة

تشكرات

الله لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك... ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك... ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

فالحمد الله الذي أعاننا وثبتنا لإتمام هذا البحث المتواضع حمدا يليق بجلال وجه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام.

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة " بن عزوز سارة" التي لم تبخل علي بإرشاداتها وتوجيهاتها ونصائحها فلها مني الشكر والاحترام.

وأشكر كل من ساعدني في هذا البحث من قريب ومن بعيد ولو بكلمة طيبة.

المقدمة

أولى الفقه والقضاء اهتماما بالغا وعناية كبيرة للعقود الإدارية باعتبارها من أهم مواضيع القانون الإداري إلى جانب اعتبارها من أعمال الإدارة القانونية مع القرارات الإدارية، فالإدارة تمارس نشاطها عن طريق القرارات الإدارية، كما تمارسه أيضا عن طريق آخر وهو العقود الإدارية، لهذا نجد الإدارة العمومية قد تتعامل مع الغير كفرد عادي لا كصاحبة سلطة وامتياز وفي هذه الحالة فإن العقود التي تبرمها تخضع للقانون الخاص، وتسمى بالعقود المدنية أو العادية، وتقصد بهذه الأخيرة تلك العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم حيث تساوي الإدارة فيها مع من تتعاقد معه وتخضع فيها هذه العقود لمبدأ سلطان الإرادة حسب نص المادة106 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي:" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهناك عقود أخرى تبرمها الإدارة كصاحبة سلطة وامتياز على الأفراد وفيها يتراجع مبدأ سلطان الإرادة وتسمى بالعقود الإدارية والتي تعرف على أنها تلك العقود التي يبرمها أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء مصلحة عامة وتظهر فيه نية الإدارة بإتباع أساليب القانون العام وذلك من خلال ما يتضمنه من شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، والتي هي محل دراستنا.

فقد أخذ موضوع العقود الإدارية وما يترتب عنها جزءا كبيرا من اجتهادات الفقهاء وكتاباتهم على مر العصور، حيث تناولوا في ثناياه بالتفصيل والتدقيق وتطرقوا إليه من شتى الجوانب إذا لم نقل من جميعها، وكل هذا راجع لأهمية هذا الموضوع واتصاله الدائم بحياة الأفراد ومعاشهم وارتباطه الوثيق بحرص الإدارة وسعيها الدائم في سبيل تسهيل سبل الحياة وتحقيق وتثمين مصالحهم ومنافعهم العامة.

إلى جانب أنه لا يمكن الاستغناء عن الدخول في علاقات عقدية سواء على صعيد روابط القانون الخاص مدنية كانت أم تجارية أو حتى عقود العمل، كذلك الحال بالنسبة للدولة وباقي أشخاص القانون العام لا يمكن استغنائها عن اللجوء إلى إبرام عقد بهدف خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة فالعقود الإدارية كثيرة ومتنوعة لأن نشاطات الإدارة كثيرة ومتنوعة لذا من غير الممكن تعداد كل العقود الإدارية أو إجراء تصنيف مانع لها وعلى كل

حال فإن الفقه والقضاء الإداريين قد حاولا تصنيف هذه العقود، ومن قبيل ذلك تصنيفها إلى عقود إدارية بنص القانون، وعقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية، ويذكر أن التمييز بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية، يصعب في بعض الأحوال.

بات من الأكيد القول أن نظرية العقود الإدارية موجودة حتى دون نص، هدفها مزدوج يضمن تحقيق الصالح العام وخضوع الإدارة للقانون، تطورها التاريخي كان طويلا ولم تأخذ شكلها الحالي إلا في بدايات القرن العشرين فأصبحت نظرية قضائية من النظام العام، استمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي، ولا أدل على ذلك حكم تيري الصادر سنة 1903، كيف لا وهو الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، حيث تقرر بموجبه أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بمنازعاتها.

وقد أخذت هذه النظرية تشق طريقها في أحكام القضاء الفرنسي حتى تأكدت بشكل واضح ونهائي، وأصبحت قائمة بذاتها، وجزء من موضوعات القانون الإداري.

ويمكن القول إنه لهذه الدراسة إلى جانب الأهمية النظرية أهمية تطبيقية تكمن في بيان الحدود التي يجب على الإدارة وهي تتذرع بالمصلحة العامة أن تقف عندها خاصة عند ممارستها للسلطات المخولة لها في هذا المجال، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

مـــــاهي الجزاءات المترتبة على الاختلال بالالتزامات التعاقدية في مجال العقود الادارية؟ وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟

ومن هنا تبرز أهمية هذه النظرية في الدراسات القانونية الإدارية س يما على الصعيد القضائي، بما لم يتمكن من إيجاد معايير راجحة للتمييز دون إغفال ما تشكله هذه النظرية علة المستوى الفقهي حيث تبقى محل جدل وغموض بفعل تعقيد أحكامها، ما لم يسمح بدراستها دراسة مستفيضة، وعلى وجه الخصوص في الجزائر.

إن الهدف من هذه الدراسة يرمي بصورة جوهرية إلى دراسة تفصيلية لتنظيم العقود الادارية في الجزائر تكشف بوضوح المبادئ الحاكمة لنطاق وأحكام العقد الإداري وأثاره في ظل التشريعات السارية المفعول.

أسباب اختيار الموضوع:

أ- أسباب ذاتية:

- رغبة وميول شخصي لدراسة الموضوع
- موضوع يقع ضمن تخصصنا ومناسب له.

ب – أسباب موضوعية:

- الموضوع محل الدراسة من المواضيع التي تتماشى والسياسة الوطنية للبحث العلمي خاصة وأن طبيعة العمل فيه تقنية وعملية بحتة، وهذا أهم سبب موضوعي دفعني للبحث فيه
- اثراء المكتبة القانونية بمراجع في الموضوع.

المنهج المتبع: اعتمدنا في بحثنا على المنهج الوصفي من خلال الإطار المفاهيمي للموضوع، ومن ثم المنهج التحليلي في الدراسة القانونية من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

تقسيم البحث: تم تقسيم البحث وفق الخطة الثنائية إلى:

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري

الفصل الثاني: العقوبات الإدارية الواردة على العقد الإداري

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري

تمهيد:

إذا كان العقد الإداري بصفة عامة هو اتفاق ارادتين على احداث أثر قانوني معين، فإن العقد الإداري العقد الإداري يعد نوعا من العقود، فإذا كانت العلاقة بين مصطلحي العقد والاتفاق هي علاقة نوع بجنس، فإن العلاقة بين العقد بصفة عامة، والعقد الإداري يكتسب الصفة نفسها، بمعنى ان العقد الإداري هي نوع من أنواع العقود، فهي اتفاق بين ارادتين على احداث أثر قانوني معين، ولكن ذلك يجب ان يكون وفق شروط وضوابط تختلف عن العقود الاعتيادية التي يتضمنها القانون المدني.

فالعقد الإداري يتم بتوافق ارادتين تتجهان الى احداث مركز قانوني معين هو انشاء التزام أو تعديله، وإذا كان العقد الإداري شأنه في ذلك شأن العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، يتم بتوافق ارادتين تتجهان الى احداث مركز قانوني معين، هو انشاء التزام أو تعديله، الا ان العقد الإداري يمتاز بنظام قانون مختلف عن العقود المدنية.

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري

من المسلم به ان العقد لذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الافراد فيما بينهم، حيث أن كلا منهم يقوم على أساس توافق ارادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري

تعد نظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الإداري بالقياس الى المواضيع الأخرى كالقرار الإداري والضبط الإداري، حيث كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في نشوئها.[1]

أولا: التعريف الفقهي والقضائي

أجمع فقه القانون الإداري على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من أصل قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه.[2]

على الرغم من الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب من النشاط التعاقدي للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يضل بارزا في كل الدول، وإن كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر الى أن كل منها يعبر عن توافق ارادتين بقصد احداث أثر قانوني، الا ان

[1] : أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية سنة 1973، ص 14.

[2] : محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989، ص270.

تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يضل واضحا في كثير من الجوانب والاجزاء، وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله.[1]

يعرف الدكتور محمد الصغير بعلي العقد الإداري على أنه:" العقد او الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وعرفه الدكتور عمار عوابدي على أنه:" توافق ارادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة فلكي يعتبر عملا قانونيا لابد من اتفاق او توافق ارداتين متقابلتين أو متعارضتين على انشاء وإحداث التزامات.

ويعرفه الدكتور سليمان الطماوي على أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإرادة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.[2]

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن تعريف العقد الإداري على أنه:" ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويخضع للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري سواء أكان بنص صريح في القانون، أو أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يمنح المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.[3]

ووفقا للمحكمة الإدارية العليا بمصر فإن العقد الإداري هو:" ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن

[1] : محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري، العقد الإداري، المرجع السابق، ص271.

[2] : علاء الدين عيسى، مدخل القانون الاداري– الجزء الثاني – دار المدى، الجزائر 2012 ص 22.

[3] : المرجع نفسه، ص23.

تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية بسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873[1] الى تعريف العقد الإداري من خلال تعريفه للصفقة العمومية".....وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز أو أداء خدمات".[2]

ثانيا: التعريف القانوني

عندما ينص المشرع على اعتبار عقد ما عقدا إداريا، أو ينص على اختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية بنظر المنازعات التي تنشأ عنه، أو خضوعه لأحكام القانون الإداري فإن العقد يصبح عقدا إداريا بنص القانون، ومن ثم فلا مجال للاجتهاد من جانب القضاء للبحث عن طبيعة العقد، ويطلق الفقه على هذه الطائفة من العقود تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون نظرا لكون اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن يستند الى خصائص ذاتية وإنما يرجع الى إرادة المشرع.[3]

ومن أمثلة العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا، قانون 28 بليفور السنة الثامنة جعل اختصاص مجالس الأقاليم "المحاكم الإدارية منذ سنة 1953é النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الاشغال العامة، وعقود بيع أملاك الدولة، طبقا لنص المادة الرابعة منه.

أما التحديد القانوني للعقود الإدارية من طرف المشرع الجزائري، فقد كان إما بصفة مباشرة بالنص صراحة في القانون بأن عقدا ما من العقود هو اداري، كما جاء في نص

[1] : قرار غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية بسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873[1].

[2] : عمار عوايدي ،القانون الاداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري ، الطبعة الرابعة الديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002، ص186.

[3] : المرجع نفسه، ص187.

المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المؤرخ في 15 جانفي 1989 الذي يضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز واحتكار الدولة للتجارة الخارجية[1] والتي جاء في فقرتها الأولى أن:" امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز، أو تبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة".

وإما بصفة غير مباشرة، وذلك بأن ينص القانون على منح الاختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بعقد من العقود التي تبرمها الإدارة الى القضاء الفاصل في المادة الإدارية وهو المعيار الذي أخذ به المشرع في تحديده للعقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض المجالات او بموجب نص عام كنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري وأركانه

أولا: مميزات العقد الإداري

يتميز العقد الإداري الذي تبرمه الدولة عن العقد المدني بصفة عامة او بصفة خاصة حال قيام الدولة بإبرامه بالنزول الى مستوى الشخص العادي أن العقد الإداري مناطه احتياجات المرفق العام، الامر الذي يترتب عليه تغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد مع الإدارة.[3]

[1] : المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المؤرخ في 15 جانفي 1989 الذي يضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز واحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

[2] : المادة 800 من القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن تعديل قانون إجراءات مدنية وإدارية.

[3] : بلهوان رقية ،العقود الادارية وتطبيقاتها في الجزائر ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية و الادارية، المركز الجامعي مصطفى إسطنبول، 2001-2002، ص44.

فحقوق والتزامات المتعاقدين في العقود المدنية تعتبر متساوية، أما في العقود الإدارية فإنها تكون غير متكافئة، بما تمتلكه الإدارة من سلطات اثناء مرحلة ابرام العقد وتنفيذه وحتى انتهاءه، ولذلك فإنه لتمييز العقود الإدارية أهمية كبيرة في تحديد سلطات جهة الإدارة، والجهة المختصة بالمنازعات الناشئة عن هذا العقد.

فالفقه يكاد يجمع على ان العقد تسبغ عليه صفة العقد الإداري بتوافر ثلاثة شروط، أولهم ان تكون الإدارة طرفا فيه، ثانيهم اتصال محل العقد بنشاط المرفق العام، ثالثهم اذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة بعقود القانون الخاص.[1]

فكل عقد تتوافر فيه الشروط يعد عقدا إداريا أيا ما كان محل هذا العقد، وعلى هذا نجد ان المحكمة الإدارية العليا قد أسبغت صفة العقد الإداري على أنواع كثيرة، ومنها على سبيل المثال عقد استغلال جزء من شاطئ، العقد المبرم مع الطالب المتطوع في الجيش الموفد في بعثه، وسيتم تفصيل ذلك من خلال النقاط التالية:[2]

أ- أن يكون احد أطراف العقد الإداري شخصا من اشخاص القانون العام

يعتبر هذا العنصر مفترض، اذ ان لا عقد اداري لا إدارة، فالعقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة، ويقصد بالإدارة هنا الأشخاص العامة الإقليمية وأيضا الأشخاص العامة المصلحية، وكذا الأشخاص الاعتبارية الأخرى التي يعترف لها القانون او القضاء بالصفة العامة كنقابة الأطباء التي اعتبرتها المحكمة الإدارية العليا من اشخاص القانون العام، اذ قضت المحكمة ان انشاءها يتم بقانون وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام، وبالتالي فإن قرارات النقابة التي تصدر في موضوع التأديب وفي مسائل القيد وغيرها تعتبر قرارات إدارية، وبالتالي فإن قرار مجلس النقابة بإحالة الطبيب الى هيئة التأديب هو قرار اداري نهائي في

[1] : أمحمد الشلماني، مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الادارية، دار المطبوعات، الإسكندرية ، ص2006، ص16.

[2] : مسعود شيهوب المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثالث نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية 1999 ص 375.

خصوص تلك الإحالة، الامر الذي يرتب جواز الطعن بالالغاء في قرار الإحالة مستقلا عن الحكم التأديبي النهائي اذا شابه عيب من العيوب المنصوص عليها في القانون.

ولقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي الى ان الإدارة تتمتع بالحرية التعاقدية، غير ان القانون قد يحد من هذه الحرية للمصلحة العامة، وهنا يتعين تفسير الشروط التي تنتقص من هذه الحرية بدقة. [1]

ومن الملاحظ ان بعض الكيانات على الرغم من ملكية الدولة لها لا تعد من عداد الأشخاص العامة، فشركات القطاع العام لا تعتبر من اشخاص القانون العام، بل تضل رغم ملكية الدولة لها شخصا من اشخاص القانون الخاص، وتعتبر العقود التي تبرمها عقود مدنية، الا انه هناك بعض التساؤلات والتي قد تثار حول انابة شخص من اشخاص القانون الخاص عن شخص عام في ابرام العقد. [2]

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن بأن العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط وهي من اشخاص القانون الخاص الملتزمة بمرفق الطرق السريعة مع المقاولين كعقود عامة هي عقود لها الطبيعة الإدارية استنادا الى ان هذه الشركات تتعاقد نيابة عن الدولة ولحسابها.[3]

أما مجلس الدولة المصري فقد قضى في هذا الشأن انه متى استبان ان تعاقد الفرد او الهيئة الخاصة انما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري اذا ما توافر فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري، أيد بعض الفقه هذا الاتجاه بجواز وصف العقد الذي يكون احد اطرافه شخص

---

[1]: أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1990، ص356.

[2]: أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، المرجع نفسه، ص375.

[3] : عمار عوابدي ، القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010، ص 544.

من اشخاص القانون الخاص وكيلا عن شخص معنوي عام بأنه عقدا إداريا تطبيقا لقواعد الوكالة.[1]

وخلاصة القول فإن المبدأ يقتضي لاعتبار العقد إداريا ان تكون الإدارة طرفا فيه، وبالتالي فإن العقود التي يبرم بين شخصين من اشخاص الخاص تبقى مدنية حتى لو كانت قد ابرمت نتيجة لتدخل الإدارة ووسطائها.

كما ان تدخل الإدارة في المنازعات التعاقدية وتوقيع ممثلها على العقد المبرم بين هؤلاء الافراد لا يكف لاعتبار الإدارة طرفا في العقد، فإن دعوة الإدارة بعض المقاولين لتقديم عطاءاتهم لاقامة مبان لأفراد تهدمت مساكنهم لا يجعل من العقود التي أبرمها الافراد مع المقاولين عقودا إدارية، فالادارة في هذه الحالة إنما تدخلت فقط للحصول على أفضل الشروط لمصلحة الافراد المنكوبين.[2]

ب- ان يستهدف العقد الإداري إدارة مرفق عام أو تسييره

يتعين أن يتصل العقد الإداري في هذا الشأن سواء أكان الاتصال في مجال التنظيم أو الإدارة او الاستغلال بتسيير مرفق عام إداريا كان أو مهنيا حتى يكتسب الصفة الإدارية.

وبالتالي فإن المرفق العام هو النشاط الذي تتولاه الدولة او الأشخاص العامة الأخرى مباشرة او تعهد به الى اخرين كالافراد او الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت اشرافها ومراقبتها وتوجيهها، وذلك لاشباع حاجة ذات نفع عاما تحقيقا للصالح العام.[3]

---

[1] : - .v.8 juillet 1964 , entreprise reyrot . société de l'autorout esterel – cote d'arzew.

.36de laubadere , traite élémentaire de droit administratif .1973 , p .

[2] : ليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية 1965 ص 80.

[3] : بن علة حميد ، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2011 ص 50.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي ان جمعية مركز الفن والثقافة تم انشاءها من قبل نقابة التجمع الجديد ومن قبل الدولة من أجل إدارة مركز الفن والثقافة، كما اعتبر ان مهمة هذه الجمعية كانت تشتمل بشكل أساسي على تحقيق مهام مرفق عام محددة في نظامها الداخلي، ويتبين في الواقع من أوراق الملف المقدمة الى قضاة الأساس ان حصة إيرادات الجمعية المرتبطة بنتائج تشغيل مركز الفن والثقافة كانت تتروح بين 14 بالمائة و 22 بالمائة من اجمالي إيراداتها.

ومقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص، وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الافراد فيما بينهم، ولاصطلاح المرفق العام على مدلولين مختلفين، قد يقصد به المدلول العضوي أي الهيئة او الجهة التي تتولى اشباع حاجة عامة، وقد يراد به المدلول المادي أي الخدمة ذاتها التي تؤدي الى الجمهور او النشاط الذي يمارس لتحقيق النفع العام وسد الحاجة للافراد، فلفظ مرفق عام ينسحب على نشاط كما ينسحب على الجهاز القائم عليه.[1]

ويمكن تعريف المرفق العام بأنه نشاط تضطلع به الإدارة سواء بنفسها أو تحت توجيهها ورقابتها واشرافها بقصد اشباع حاجة عامة لدى الجمهور، وبالتالي لا يهدف المرفق العام الى تحقيق ربح من وراءه.

[1] : بن علة حميد ، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، المرجع السابق، ص51.

ومن الملاحظ اتجاه بعض الاحكام الصادرة من مجلسي الدولة المصري والفرنسي الى التوسع في اعتبار العقود المتعلقة بالدومين الخاص عقودا إدارية.[1]

الا ان المحكمة الدستورية العليا في مصر تقتضي في قضايا التنازع بالاعتداد بالاحكام الصادرة من جهة القضاء العادي بشأن هذه المنازعات، اذ قررت ان العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها، لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، إنما مرد الأمر في تكييفها القانوني الى مقوماتها، حيث كان ذلك وكان البين من عقد البيع انه قد خلا من أي شروط استثنائية فلا تظهر فيه جهة الادارة بمظهر السلطة العامة.[2]

كما لا يتصل موضوع هذا العقد بتسيير مرفق عام، انما هو عقد بيع بالممارسة لقطعة ارض من أملاك الدولة، مما تدخل في نطاق دومينها الخاص وتضل نائبة عن مفهوم المرفق العام بالنظر الى هذه الأموال تشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة وتدر بأساليب القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامه واستثمارها، ومن ثم يعتبر من عقود القانون الخاص التي تختص بالنظر في المنازعات التي تثور بشأنها جهة القضاء العادي، كما أن العقود الإدارية، وبالتالي يختص بنظرها القضاء العادي، كما ان العقد التي تبرمها المرافق الاقتصادية الصناعية او التجارية مع المنتفعين بها تخرج من عداد العقود الإدارية، وبالتالي يختص بنظرها القضاء العادي، وقد أخذ بهذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي.[3]

---

[1] : بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، 2010، ص95.

[2] : بلحه نفي فاطمة الزهراء ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق (طرق إبرام العقود الإدارية في الصفقات العمومية) جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم 2013/02/12 ص 29.

[3] : ابراهيم عبد العزيز شيعا ،القانون الإداري ،دار الجامعية بيروت 1994 ص 272.

ج- ان يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة

دعا طائفة من الفقه الى ضرورة ابراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري وذلك من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه.

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية ان يتضمن العقد شروطا تخول للجهة الإدارية الحق في تعديل الالتزامات محل التعاقد، وسلطة الإدارة في انهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الاخر، وحق الجهة الإدارية في تغيير طريقة التنفيذ، وحقها في توقيع عقوبات على التعاقد معها دون حاجة الى وقوع ضرر او الالتجاء الى القضاء.[1]

مؤدى ذلك انه اذا لم يتضمن العقد شروطا استثنائية فإنه يخضع لأحكام القانون الخاص وينفى عنه وصف العقد الإداري.

ولا شك أن فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة قد اثارت حولها جدلا كثيرا فقها وقضاء، والتي يتضح من خلالها عدم تحديد وبصورة قاطعة مضمون هذه الشروط.

إذ يرى البعض أن فكرة الشروط الاستثنائية تبدو صعبة التحديد في أحكام القضاء الإداري وأنه من الصعب أن نجد في أحكام القضاء الإداري تحديدا للشروط التي يعدها هذا القضاء غير عادية.[2]

بينما يرى البعض الاخر ان معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار الحقيقي للعقد الإداري والذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام لاضفاء الصفة الإدارية على العقد، فمضمون العقد هو الذي يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص ونية الإرادة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة ومعرفة التصرف الذي تتخذه الإدارة

[1] : ابراهيم عبد العزيز شيعا، القانون الإداري، المرجع السابق، ص273.

[2] : نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، الإصدار السابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص235.

في ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق الا عن طريق واحد هو الاختيار الذي قررته الإدارة بموافقة المتعاقد، وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الاستثنائية أو غيابها.[1]

ولا يوجد تعريف محدد للشروط الاستثنائية، إذ يرى بعض من الفقه انها الشروط التي لا يقابلها مثيل عادة في عقود القانون الخاص، وذلك لأنها باطلة لمخالفتها للنظام العام، أو لأنها أدرجت في العقد بقصد تحقيق مهام متعلقة بالمصلحة العامة، ومنهم من يرى ان الشروط الاستثنائية غير المألوفة هي التي تنص على إعمال أحد الامتيازات السلطة العامة في دائرة العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بما من شأنه قلب المساواة بينهما، يرى البعض الاخر ان اغلب الشروط التي يمكن اعتبارها غير مألوفة لا تكون بالضرورة غير مشروعة في عقود القانون الخاص، بل هي شروط غير معمول بها.[2]

والرأي وفقا للمستقر عليه في هذا الشأن أن الشروط ان الشروط الاستثنائية غير المألوفة تعد من الامور التي يعول تقديرها الى القاضي والذي يتولى تحديد ماهيتها عند نظر النزاع، وهو الامر الذي يؤدي في العديد من الأحيان الى وجود تضارب في الاحكام بين القضاء العادي ومجلس الدولة، الامر الذي يثير دعاوى التنازع السلبي والايجابي امام المحكمة الدستورية العليا للتولى الفصل في تحديد ماهية هذه الشروط والاعتداد بأي من الحكمين في هذا الشأن.[3]

وهناك العديد من الأمثلة التي لا يعد فيها العقد إداريا ومنها عقد اشتراك الهاتف – التليفونات– مع المشترك وذلك لكونه عقدا من عقود القانون الخاص التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين بخدماتها، عقد بيع ممتلكات الدولة المملوكة لها ملكية خاصة تعتبر من عقود القانون الخاص طالما تصرفت فيه الدولة على النحو الذي يتصرف فيه الافراد في أموالهم حتى ولو استخدم عائد البيع لموازنة عجز إيرادات المرفق البائع ما لم

[1] : نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع السابق، ص236.

[2] : نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع نفسه، ص237.

[3] : محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، مصر ، سنة 2006، ص284.

تكن الجهة الإدارية قد استخدمت وسائل القانون، والمثال على ذلك تعاقد الإدارة على بيع الزلط المستخرج من محاجرها، حيث ان العقد لا يتصل بتسيير مرفق عام ولا يعدو سوى أن يكون عقد بيع مال مملوك للدولة ملكية خاصة.[1]

كما قضت المحكمة الإدارية العليا على انه اذا كان العقد محل المنازعة لا يتعلق بتسيير مرفق عام وإنما في حدود بيع المحافظة لقطعة أرض فضاء للجمعية التعاونية للبناء والإسكان لأهالي مدينة شرم الشيخ لإقامة مساكن لأعضائها عليها، ولم يتضمن العقد بعد ذلك أية شروط استثنائية تدخله في عداد العقود الإدارية الامر الذي يجعل المنازعة بشأنه تخرج عن اختصاص محاكم مجلس الدولة لتخصص بها المحاكم العادية.[2]

ثانيا: اركان العقد الإداري

إن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أم مدنية وإن كانت تخضع لنظامين مختلفين فإن الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفتي تكون واحدة كضرورة توافر أركانه، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:[3]

1- الرضا:

يوجد الرضا بوجود ارادتين متوافقتين ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان للتعبير عن ارادتهما، الايجاب والقبول، مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب اتباعها والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب أن يكون صادرا من الجهة المختصة بالتعاقد وفقا للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل، وإبرام العقود باسم الإدارة لا يملكه الا

[1] : محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،سنة 1999، ص108.

[2]: محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص109.

[3] : مفتاح خليفة عبد الحميد ،العقود الإدارية و أحكام إبرامها ،دار المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع ،مصر ،سنة 2008، ص133.

اشخاص حددهم المشروع ووفقا للقواعد العامة، بحيث لا يجوز لغيرهم ممارسته، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته الا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع.[1]

ومن جانب اخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب، بل يقتضي ان يكون هذا الرضا سليما خاليا من عيوب الرضا كالغلط والتغرير والاكراه، إضافة الى عيوب الأهلية، والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من هذه العيوب، ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ابطال عقدا إداريا بسبب الوقوع في الغلط، وحيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية في حين أن الادارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة، ولما كانت الإدارة طرفا في العقد الإداري لم يعد البحث عن ممثل الإدارة وذلك ابرام العقد الإداري كفيلة للتأكد من وجود ممثل للإدارة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب.[2]

ثانيا: المحل

ويقصد بمحل العقد العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث انشاء حقوق والتزامات متقابلة فيشترط فيه ان يكون موجودا أو ممكنا أو قابلا للتعيين، ومما يجوز التعامل به، أي يشترط بمحل العقد أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص أو بذكر الاوصاف المميزة له، كما يشترط محل العقد أن يكون مما يجوز التعامل به أن يكون مشروعا.

والقضاء الإداري يطبق القواعد القانونية المدنية في هذا الشأن مما استلزم طبيعة هذه العقود، إذا محل العقد هو الذي يحدده أطراف العقد وان الإدارة تعدله بإرادته المنفردة، وذلك استنادا الى الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقدين، وإن أهم شروط

[1] : المرجع نفسه، ص134.

[2] : محمود عاطف البنا ،العقود الادارية ، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى ،مصر ،سنة 2008، ص224.

المحل أن يكون مشروعا، ومما يجوز التعامل به فإذا كان غير مشروعا فإن العقد يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، وكذلك من الشروط أيضا على صحة المحل فإنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني بالإضافة الى ما تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الإدارية.[1]

ثالثا: السبب

إذ وجد الرضا كركن في العقد الإداري، وكان صحيحا سالما من العيوب وانصب هذا العقد على محل جائز وممكن فإنه لا يكفي لاتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع، والسبب سواء أكان مباشر أم غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد إداريا أم مدنيا، وإذا فلا العقد منه عد باطلا، لتخلف ركن من أركان العقد، والحقيقة انه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة، كما تبدون ان تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل، وذلك لأن الدوافع الشيء يحث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما في تحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة.[2]

وأحكام القضاء الإداري الخاصة بركن السبب في العقد الإداري قليلة، وأول حكم يشير بصراحة الى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في القضية (MICHANX)، وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع ابرامه أحد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة، ولكنه جند في وحدة عسكرية غير مقاتلة وعندما طالب الشخص بإلغائه عقد التطوع لفقرات ركن السبب رفض المجلس الدعوى وعد أن الحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أو لاحق لابرام العقد.

[1] : محمود عاطف البنا ،العقود الإدارية، المرجع السابق، ص225.

[2] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص120.

وبطلان السبب في العقود الإدارية، يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع ابطال العقد من تلقاء نفسها متى وجدت من العقد سببا غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام.[1]

رابعا: الشكلية

الأصل في العقود أنها تتم برضاء اطرافه، ولا يشترط ان يكون العقد مفرغا من الشكل الذي يتم فيه العقد الا اذا نص عليه القانون، والعقود الإدارية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني بهذا الصدد فلو وهب شخص قطعة أرض الى جهة إدارية معينة وجب اتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل بالتسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري، ولكن من الملاحظ عليه ان العقود الإدارية تمر بمراحل متعددة كإجراءات المزايدة والمناقصة وقرار الارساء، وتقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوبا، وأن العقد الإداري كالعقد المدني من حيث وجوب توافر اركان العقد جميعها حتى ينتج أثرا قانونيا وأن قواعد القانون المدني هو المرجع في ذلك وهذا يعود الى الاحكام الضابطة للعقد التي تستلزم العدالة ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص والعام معنى جانب اخر فإن بطلان العقود الإدارية أوسع نطاقا من العقود المدنية، وذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام.[2]

المبحث الثاني: صلاحيات الإدارة على العقد الإداري

من اثار العقود الإدارية ان للإدارة – كقاعدة عامة – الحق في مراقبة تنفيذ العقد التحقيق من مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية، ولها حق التوجيه أعمال التنفيذ على النحو الذي تفضله بالنسبة لبعض العقود وأهمها

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص121.

[2] : صدراتي صدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1984، ص85.

الأشغال العامة، إلا أن لا ينبغي عليها المبالغة في سلطاتها، تحت ستار حق الرقابة والتوجيه لدرجة تغيير موضوع العقد او الاعتداء على حقوق المتعاقد الاخر.

وحق الرقابة والتوجيه مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية حتى ولو لم يرد ذكره في شروط العقد صراحة أو ضمنيا، غير أن نطاق هذا الحق يختلف من عقد لأخر حسب نوعيته.

المطلب الأول: صلاحيات الإدارة في الرقابة والتوجيه

للإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري عدة امتيازات منها، سلطتها الرقابية التي تكون على كيفية تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وهنا نجد سلطتها بالإشراف على تنفيذ الشروط، كذلك تقوم بوضع عدة توجيهات للمتعاقد معها لضمان حسن سير التنفيذ من جانبه إذ تراقب الإدارة المتعاقد من ناحية التنفيذ.[1]

وهذا ما يدعى بالنطاق الضيق للرقابة ونطاق واسع يتمحور في مراقبة كيفية التنفيذ حيث للإدارة سلطة الإشراف على تنفيذ العقد أي التأكد من انه يتم وفق شروط العقد وغالبا ما تكون الرقابة في هذا الشكل أعمال مادية، وكذلك مخول أماكن استغلال المرفق العام والمخازن والمصانع أو استلام بعض الوثائق من المتعاقد،من ناحية أخرى قد تتم في صورة اعمال قانونية كالتعليمات والأوامر التنفيذية أو الانذارات توجه للمتعاقد،و هذه الرقابة تتم أثناء تنفيذ العقد، وهذا ما يسمى بنطاق سلطة الرقابة[2].

[1] : بوعلام أوقارت، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، 2011-2012، ص10.

[2] : عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص81.

تنوعت واختلفت الاراء حول تعريف سلطة الرقابة والتوجيه في العقد الاداري، لذلك سوف يتم توضيح ذلك من جانبين الضيق والواسع.

لغة: الرقابة تعنيحارس المتاع ونحوه

الرقابة: تعني القيام بالمراقبة والإشراف على العمل.

كذلك ورد ايضا كلمة الرقابة اسم مصدره رقب ويعني لاحظ وحرس وحفظ.[1]

ومعناه في اللغة الفرنسية يدور جميع معانيه حول السلطة والسيادة ويفهم من المعنى الضيق للرقابة الادارية على المتعاقد معها في مرحلة العقد،هو ان تتأكد الادارة من مدى احترام المتعاقد للشروط التعاقدية، وهنا يتضح معنى مرادف لعملية الإشراف والحد الأدنى الممنوح للإدارة من أجل الإشراف على تنفيذ العقد، وهذا الحق مكرس في عقود القانون الخاص، ويتجسد حق الرقابة في ارسال الادارة إلى مكان تنفيذ العقد مختصين منهم تقنيين ومهندسين، وذلك بغرض التأكد من تنفيذ الشروط المتفق عليها.[2]

غير أنه في الكثير من الاحيان تشترط الادارة في العقد أو دفتر الشروط حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع لتنفيذ العقد لتوجيهاتها ومراقبتها وذلك لضمان سير المرفق العام، وما يعود على المنتفعين من خدمات من خلال الإشراف على تنفيذ التزامات المتعاقد اتجاه العقد.[3]

وفي المعنى الواسع لتعريف الرقابة يتعدى المعنى الضيق، مما يسمح للإدارة المتعاقدة التدخل في عملية تنفيذ العقد نسبة أكبر كونها تتأكد من كيفية التنفيذ وفقا للشروط

[1] : أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالت ازم، دط؛ دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997 ،ص 335.

[2] : المرجع نفسه، ص356.

[3] : حاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني–العقد والإرادة المنفردة،الطبعة5؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007. ،216.

المنصوص عليها، حيث تقوم الادارة "المصلحة المتعاقدة"، بتجاوز عملية التدخل في عملية التنفيذ بالإضافة إلى تغيير بعض المتطلبات، في حالات غير منصوص عليها في العقد كطلب الادارة من المتعاقد أن يتخذ وسيلة اخرى في التنفيذ غير التي يريد هو ان يعتمد عليها اثناء تنفيذ العقد، وهنا نجد ان عملية الرقابة والاشراف تتوسع حتى تصل إلى عملية التوجيه.[1]

الهدف الأساسي من سلطة الرقابة هو ان تتحقق الإدارة من تنفيذ العقد حيث أنه طبق وفقا للشرط المنظمة له، لكن هذه السلطة لها حدود تتوقف عندها، إلا أنه في بعض الاحيان تقوم الإدارة بتجاوز هذه السلطة "الرقابة والتوجيه"، إلى أن يصل الأمر إلى الخروج عن الهدف من التعاقد وهو خروج عن موضوع العقد تماما، أو أن يكون استخدام سلطتها في الرقابة مبالغ فيه إلى حد كبير على المتعاقد معها، وهنا سوف ندرس كلا من الحالتين مع بعض من التوضيح.[2]

أولا: الانحراف عن الهدف والغاية من حق الرقابة والتوجيه

إن الهدف من منح القانون للإدارة العامة سلطة أو بالأحرى امتياز الرقابة والتوجيه اثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري مرده أن الإدارة هدفها خدمة الصالح العام، أي تقديم خدمة عمومية للمنتفعين بمعنى أنه يجب أن تنصب كل أعمالها المادية والقانونية في هذا الفرض.[3]

فإذا كان تصرف الإدارة اتجاه المتعاقد معها بغرض الاضرار به، ولم تسعى إلى الصلح العام، كان تصرفها غير مشروع ومرتبا لمسؤوليتها العقدية، إذا قصدت الإدارة من استعمال هذا الحق مجرد الاضرار بالمتعاقد معها دون ان يكون مردود ذلك على الصالح

---

[1] : سعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالت ازم، د راسة مقارنة في القوانين العربية، دط؛ دار الهدى، الجزائر، 2010 ،ص. 302.

[2] : المرجع نفسه، ص303.

[3] : نخلة موريس، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء ال اربع؛ منشو ارت الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001 ،ص414.

العام ،غدا قرارها في هذا الشأن غير مشروع مما يولد مسؤوليتها في تعويض المتعاقد معها ٍ ،وذلك عما من أضرار بسبب سوء نيتها في استعمال وسلطتها تستنتج عن القرارات التي تصدرها الإدارة من خلال تدخلها أثناء الرقابة والتوجيه أي عرقلة في التنفيذ مثل إيقاف العمل لمدة تتجاوز الحد المعقول.[1]

كما أن ممارسة الإدارة حقها في الرقابة أضرارها على المتعاقد معها أثناء مرحلة التنفيذ وا بالمتعاقد معها، يترتب عن مسؤوليتها،حتى ولم تقصد من عملها هذا تحقيق المصلحة العامة، لان تصرفها يتنافى مع حسن النية المفترض في عملية تنفيذ العقود، تطبيق لهذا جاء في أحد أحكام المحاكم العليا في نص مادته أن:" يجب على الإدارة تحترم مقتضيات النية في تنفيذ العقود وهو الأصل،يطبق في العقود الإدارية كما هو الشأن في العقود المدنية ولا تتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها في اعباء المتعاقد معها"، وان تخضع العقبات في طر يقه بدلا من مساعدته على التنفيذ.[2]

ومن خلال دراسة واستقراء هذا الحكم يتضح لنا الأهمية البالغة الممنوحة للقضاء الإداري على المستوى العالم العربي ، في حماية المتعاقد من الإدارة، فحسن النية من المفترض بين الادارة والمتعاقد معها ويدعمه ٍ ويؤكد إزالة العراقيل تظهره الادارة من مد يد المساعدة للمتعاقد،وذلك بدليل الصعاب والمادية و القانونية التي تعترضه اثناء تنفيذ العقد، كذلك من مظاهر حسن النية الادارية حكم المحكمة الليبية،بعدم الزيادة المبالغ فيها في الاعباء التي قد شغل كاهل المتعاقد وتجعله عاجزا عن تنفيذ الحسن للعقد، وهنا فإذا هذا الحكم يمثل ضمانة واحدة للمتعاقد، انذار للإدارة بعدم لمبالغة في استعمال سلطتها ضد المتعاقد، وان تمارسها بحسن نية لضمان تنفيذ العقد.[3]

---

[1] : نخلة موريس، الكامل في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص415.

[2] : الفيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، د ط؛ موفم للنشر، الجزائر، 2005 ،ص .251.

[3] : الفيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع نفسه، ص252.

ثانيا: المبالغة الغير مبررة في ممارسة حق الرقابة والتوجيه

إن الهدف الاساسي في منح القانون حق الرقابة على عملية تنفيذ العقد، هو ضمان تنفيذه وفق ما تم التعاقد عليه وما يحقق الصالح العام، فيمكن للإدارة المتعاقدة ان تسعى من وراء حقها في الرقابة والتوجيه أثناء عملية تنفيذ العقد إلى إدخال تعديلات من شأنها أن تمس بمضمون العقد، وذلك ما يسبب ضررا للمتعاقد معها.

هنا الإدارة تكون في حالة تدخل مستمر في أوضاع تنفيذ العقد الإداري ففي عقد الاشغال العامة يحق للإدارة اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من استعمال المقاول ذات المواد المتفق عليها في شروط العقد ويمكن أن تتجاوز حقها إذا قررت احلال مواد أخرى محل المواد الأولية المتفق عليها، وبذلك تكون قد عدلت من أحد شروط العقد التي كانت محل اعتبار لدى المتعاقد معها حين قدر المقابل المالي. [1]

كما أن ممارسة الإدارة حقها في الرقابة لا يعد خطأ من جانبها خاصة إذا كان سيرا، إلا أنه يلزمها بتعويض المتعاقد معها على ما أنفقه على التعديلات التي أحدثتها الإدارة أثناء تنفيذ العقد، وذلك بإعادة التوازن المالي للعقد، والذي يمثل حالة من حالات مسؤولية الإدارة بدون خطأ.[2]

المطلب الثاني: امتيازات الإدارة في تعديل العقد أثناء تنفيذه

تمتلك الإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد الإداري بإرادتها المنفردة لملائمته مقتضيات المرفق العام ، ودون أن يحتج المتعامل المتعاقد عليها بالقاعدة المدنية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وقد كان بعض الفقه الفرنسي حتى منتصف القرن

[1] : العدوى جلال على، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، دط؛ منشأة المعارف، مصر، 19

[2] : زغاري حنان، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2007 ،ص133.

الماضي ، ينكر على الإدارة سلطتها في تعديل عقودها الإدارية من جانبها وحدها مستشهدا في ذلك ببعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي رأى فيها إنكار لسلطة التعديل ورأى في بعض الأحكام الأخرى أن اعترافها للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي كان استنادا إلى نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته.[1]

و قد ناقش الفقه الآراء المؤيدة والمنكرة لسلطة التعديل واستقر الفقه على أن الرأي الراجح هو مزيج بين فكرتين احتياجات المرافق العامة، وسلطة الإدارة في تحقيق تلك الاحتياجات .وذلك لان طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرافق العامة كما أن التعاقد قد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق التعديل بما يلاءم هذه الضرورة ووفق تلك المصلحة.[2]

-إن الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ فهي تستعمل حقا لا تستمده من نصوص العقد ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على حسن سيره ، ولذا فإن حق الإدارة في التعديل يثبت من غير الحاجة إلى النص عليه في العقد ، أو موافقة المتعاقد معها عليه. وإذا تضمنت نصوص العقد إلى هذا التعديل فهو مجرد تنظيم لسلطة التعديل وتبيان ممارستها وما يترتب عليه دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر للإدارة في التعديل.[3]

---

[1]: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني–العقد والإرادة المنفردة، الطبعة5؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص192.

[2] : بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، ص193.

[3] : –السرحان عدنان إبراهيم نوري أحمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية– الالتزامات–دراسة مقارنة دط؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 208.

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة دون قيود فالقانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيودا لا بد من مراعاتها عندما تريد استخدام هذه السلطة، ويمكن إجمال هذه المبادئ والأحكام كما يلي:[1]

أولا: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد.

إن إحتياجات المرفق المتغيرة دوريا هي التي تفرض بتعديل بعض نصوص العقد ، بحيث لا يجب أن يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالإمتيازات المالية حتى لا يؤدي إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة .

عليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، وإلا كنا أمام عقد جديد ، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة قبل التعاقد معها فإنه يراعي في ذلك قدراته المالية والفنية .حتى يلتزم بتنفيذ مضمون العقد في أجال محددة، فإذا أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها، ومن هنا يجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.[2]

ثانيا: أن يكون للتعديل أسباب موضوعية

إن الإدارة عندما تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية يكون نتيجة عوامل تدفعها لهذا لتعديل وكل هذا ضمانا لحسن سير المرافق العامة وتلبية للحاجات العامة في أحسن وجه.

إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال العامة أو

---

[1] : السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة–دراسة مقارنة في القوانين العربية، دط؛ دار الهدى، الجزائر، 2012، ص348.

[2] : السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة–دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع نفسه، ص349.

عقد التوريد . فإذا تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة ، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي ، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.

أما إذا ثبت أن الظروف التي تدعي الإدارة أنها قد استجدت كانت موجودة عند إبرام العقد أو أن الإدارة لا تستهدف من التغيير مقتضيات المصلحة العامة وضرورة تسيير المرافق العامة وإنما تسعى لتحقيق مصالح خاصة، فإن للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء الإداري للحصول على التعويض المناسب [1].

ثالثا: تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية

يجب على الإدارة في الأحوال التي يحق لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية ، إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة النافذة.

ك بعض القواعد الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري،قد نشأت عن طريق القوانين واللوائح لا يمكن للإدارة أن تعدلها وإلا أعتبر خرقا لمبدأ المشروعية ، ومن الأمثلة على ذلك عقود التوظيف فهي ذات طابع تنظيمي في جزء كبير منها فلا يمكن تعديلها إلا عن طريق التنظيم أو عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي.

وإذا كانت بعض الدراسات قد أشارت إلى أن مجلس الدولة الفرنسي طبق لأول مرة سلطة التعديل بتاريخ 21-02-1910 م بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا، هناك دراسات أخرى أكدت أن مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه السلطة لأول مرة بتاريخ 10جانفي 1902 م في قضية (غازدوفيل) [2] .

---

[1] : السعدي محمد صبري، المرجع السابق، 35.

[2] : téphanie Porchy Simon, droit civil, 2eannée, les obligations, 6edition ;Dalloz, France, 2010, page 26.

ورجوعا للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جزائري وتحديدا القسم الخامس من المواد 102 إلى 106[1] نجدها تحت عنوان الملحق فأجازت المادة 102 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق وفسرت المادة 103[2] المقصود بالملحق بأنه « وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

ومن النص نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 103من المرسوم الرئاسي(236/10)المعدل والمتمم ، والتي أجازت للإدارة و في جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا إما بالزيادة أو النقصان، غير أن هذا التعديل مشروطا بما يلي[3]:

-أن يكون مكتوبا بإعتبار الصفقة الأصلية مكتوبة فهذا شرط لازم في حال ممارسة لإدارة لسلطة التعديل وهذا أمر طبيعي لان التعديل جزء من الصفقة وجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة.

-أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة103 وهذا شرط طبيعي إذ أن التعديل الجوهري من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة.

-أن يتعلق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعي فيه السقف المالي المحدد في المادة 106 من المرسوم الرئاسي (236/10)المعدل و المتمم[4]، وقدره 20 %من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة

[1] : للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جزائري.

[2] : المادة 104 من للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جزائري

[3] : المادة 103من المرسوم الرئاسي(236/10)المعدل والمتمم

[4] : المادة 106 من المرسوم الرئاسي(236/10)المعدل والمتمم.

للمصلحة المتعاقدة، و10 %من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

وحتى يبعث المشرع بساطة ومرونة على إجراء أو سلطة التعديل نص في المادة106 الفقرة الأخيرة على الرقابة الخارجية دون القبلية للملحق عندما تتجاوز النسب المبينة أعلاه

ويترتب على تعديل العقد الإداري حق المتعامل المتعاقد في التعويض عن الالتزامات الإضافية الجديدة، وهي من الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد.[1]

[1] : جوهري سعيدة ، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة ماستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البويرة، 2013،ص .94.

خلاصة الفصل:

وعليه من المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية بمختلف تصنيفاتها، مبدأ وجوب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، شأنها في ذلك، شأن العقود المدنية، لذا كان من الواجب على المتعاقد مع الإدارة أن يبذل قصار جهده حتى لا يتعطل سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وفي حال تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية يحق للإدارة المتعاقدة أن تستخدم سلطاتها لتجبره على الوفاء.

الفصل الثاني

العقوبات الإدارية الواردة على العقد الإداري

تمهيد:

إن الغرض من إبرام العقود الإدارية هو تنفيذها، ويترتب عن هذا التنفيذ آثار سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة (الإدارة) أو بالنسبة للطرق المتعاقد معها (المتعامل المتعاقد)، وهذه الآثار تختلف في نوعها وفي مداها عن الآثار التي تترتب عن العقد المدني، فقد اعترف كل من التشريع والقضاء الإداريين للإدارة بعدد من السلطات والامتيازات الهامة في العقود الإدارية الذي يتميز بشروط غير مألوفة، لتعلقه بسير المرفق العام والمحافظة على المال العام، ولعل أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني مركز الإدارة فيه ويبرز ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام، وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

المبحث الأول: سلطة الإدارة في حال الاخلال ببنود العقد الإداري

إن الإدارة أثناء ممارسة نشاطاتها من أجل تحقيق المنفعة العامة تستعمل أسلوب القرارات الإدارية، إلى جانب ذلك تستعمل أسلوب العقود الإدارية لتحقيق أهدافها الإدارية.

المطلب الأول: السلطة الادارية للمرفق في عقد الامتياز الإداري

إن عقد الامتياز هو عقد تكليف بمقتضاه الجهة الادارية المختصة فردا او شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال واموال يقدمها صاحب حق الامتياز الملتزم على مسئوليته مقابل رسوم يدفعها المتبرعون لخدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع لهذا المرفق

لذلك وفقا لشروط التي توضح له وذلك مقابل أداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح .

وإن منح الامتياز يتم عن طريق الاختيار بين المتعاملين الخواص وهو في غالب الأحيان خاضع للسلطة الشخصية للادارة ويتمم الاختيار وفق معايير الموضوعية يتم وفقها منح الامتياز للشخص الذي تتوفر فيه الشروط المطلوبة وتتم الإجراءات علنا وشفاهه تامة في جميع المراحل والمزايدات بعد ضمان المناقشات المشروعة ويتم منح الامتياز من طرف المجلس الشعبي البلدي بعد التأكد من مطابقة الشروط لدفتر الشروط وبعد مصادقة الوالي هذا بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية مدة الامتياز :

لم تحدد هذه المدة في كل من قانوني البلدية والولاية والراجح ان مدة الامتياز تتراوح بين 30و50 سنة حسب الأحوال وهي مدو مقبولة جدا.[1]

[1] : يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، المداخلة 13، جامعة غليزان، 2014.

تمارس الإدارة رقابتها هنا بالمعنى الضيق أي عن طريق الإشراف للتأكد من سير عملية الأشغال بانتظام واطراد، دون أن تتضمن توجيهات أو تدخلات في إدارة المرفق لأن الإدارة مناحة الامتيازات تحرص بصفة عامة أن تمنح الملتزم بعض الحرية لإدارة المرفق واستغلاله.[1]

– فلا يجوز للإدارة مثلا أن تتدخل في الإدارة الداخلية للمشروع محل عقد الامتياز وإلا تحولت إدارة المرفق العام إلى أسلوب الاستغلال المباشر بدلا من أسلوب عقد الامتياز

بل يقتصر دور الرقابة على مدى جدية الملتزم في إدارة المرفق باعتبار أن ذلك هو الهدف الأول من ابرام عقد الامتياز.[2]

وخلاصة القول أن جهة الإدارة مناحة الامتياز تراعي دائما وهي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم، الملائمة بين اعتبارين جوهريين هما:

أ– كفالة الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز.

ب– ضمان سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد.

وتمارس الرقابة على عقود الامتياز بإحدى الصور الآتية:[3]

– **الرقابة الفنية:** وتكون هذه الرقابة عن طريق حق دخول الموظف المكلف من قبل الإدارة إلى مناطق الاستغلال للإطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط وإجراء الاختبارات اللازمة.

[1] : يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق.

[2] : يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق.

[3] : ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، 2010، ص190.

– **الرقابة المالية:** وتتمثل في حق الجهة مانحة الامتياز إجراء تفتيش في أي وقت على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام محل الامتياز.

– **رقابة أعمال الصيانة والتجديد:** من المتعارف عليه بالنسبة للمشروعات الانتاجية وتحديد ما تأكل منها وتقادم به العهد، ويتلازم مع هذا الأمر ضرورة متابعة مستوي أداء المشروع من عمليات الترميم والإصلاح والتجديد.[1]

المطلب الثاني: صلاحية الإدارة في العقد وتنفيذه على المتعاقد

تقوم السلطة الإدارية التي تريد التعاقد تحديد احتياجاتها وشروطها في وثائق خاصة نموذجية تسمى بدفاتر الشروط، حيث ألزم المشرع الإدارة قبل القيام بعملية إبرام العقود الإدارية تحديد الحاجات العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 1/27 من المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2]، حيث نصت « تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية..» .

معنى دفاتر الشروط « مجموعة الوثائق التي تحررها جهة الإدارة منفردة تبين فيها التزامات أطراف العقد، سواء الالتزامات المالية أو الإدارية أو الفنية، وتكون من ثم أساسا للتعاقد بين هذه الأطراف.»

[1] : محمد رمضان، القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، سنة 2007، ص65.

[2] : المادة 1/27 من المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وعرف الدكتور عمار بوضياف دفتر الشروط: أنه:« وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفية اختيار المتعاقد معها.[1]

والإدارة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل خبرتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إطاراتها من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة .» .

أما في القانون المقارن فقد عرف الأستاذ حسن عبد الله حسن دفاتر الشروط على أنها الكراسة التي تضعها اللجنة المختصة والتي تتضمن الشروط العامة والشروط الخاصة للعقد، أو الصفقة المراد إبرامها، زيادة على الشروط والمواصفات الفنية المتمثلة في قوائم الأعمال المراد إنجازها أو الأصناف المراد توريدها زيادة على بيان الحقوق والالتزامات التي ترتبها على طرفي العقد.[2]

كما عرفها محمد الصغير بعلي: بأنها « عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا بإرادتها المنفردة بمالها من امتيازات السلطة العامة، حتى تنطبق على عقودها الإدارية بصفة عامة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة.» .[3]

ونستنتج من خلال هذه التعاريف أن لدفاتر الشروط عدة مميزات نذكر منها:

أولا: أنه باعتبار أن دفاتر الشروط تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين المالية والإدارية والتقنية بشكل دقيق ومفصل هذا يجعل الأشخاص المتعاقدين مع الإدارة بالعلم على جميع القواعد التي ستطبق على علاقاتهم بالإدارة.

[1] : محمد رمضان، القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية، المرجع السابق، ص66.

[2] : محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ب.ط، 2004، ص251.

[3] : محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص253.

ثانيا: بما أن الإدارة عندما تضع شروطا ما في دفتر شروط معين، فإنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد طلب تعديلها أو تفاوض بشأنها، يفهم من هذا أن دفتر الشروط يجسد مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة.

ثالثا: وجود دفاتر الشروط يجعل عملية إبرام العقود الإدارية تتميز بالبساطة والوضوح، خاصة بالنسبة للموظفين المكلفين بمهمة تقرير الشروط الخاصة والضرورية التي من شأنها تحديد الأشغال أو التوريدات أو الخدمات...إلخ. محل التعاقد تحديدا دقيقا.[1]

وإلى جانب دفاتر الشروط التي تضعها الإدارة العامة، توجد وثائق أخرى مكملة أو ملحقة بدفاتر الشروط نجد:

1. **قوائم الأسعار:** ويطلق عليها أيضا قوائم الأجور وهي توضيح كيفية تقدير الإدارة أسعار الأعمال المطلوب تنفيذها، أو المواد المراد توريدها.

2. جداول الفئات: بأنواعها المختلفة التي تحدد كذلك القياسات الفنية والتقنية المتعلقة بكيفية ونوعية الأعمال المطلوب تنفيذها، وأيضا المواد المستعملة ومصدرها وكيفية تسليم الأصناف وتسديد الثمن.

وهذه الوثائق وإن كانت من صنع الإدارة بمفردها إلا أنها لا تستطيع التنازل عنها، أو عن بعضها بعد إبرام العقد المتعاقد.

3. الملحق: هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، لذا يعتبر احدي أهم مرفقات دفتر الشروط الخاص بالصفقات العمومية.[2]

[1] : منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة خميس مليانة، السنة الجامعية، 2013- 2014، ص43.

[2]: منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق، ص45.

ويبرم الملحق إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، حسب م1/136 من المرسم الرئاسي 15-247.[1]

بينت المادة26 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، توضح دفاتر الشروط المعينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية[2]

من خلال هذه الفقرة يتبين أيضا أن دفاتر الشروط ليست فقط ما يمكن أن نسميه قانون المنافسة أو الشروط التي تبرم وفقها الصفقة بل تحوي أيضا الالتزامات المستقبلية لطرفي العقد أو على الأقل لجزء هام منها قد لا يسمح خضوعه للتفاوض لاحقا.

صحيح أن الصفقة في حد ذاتها هي العقد الذي يربط بين الطرفين، وهو الشريعة التي تحكم العلاقة التعاقدية الناشئة بينهما، غير أن الصفقة تبنى أصلا على دفاتر شروط تتم الإشارة إليها في صلب الصفقة مما يعطي لدفاتر الشروط هذه أهميتها كمرجع من مراجع الصفقة فضلا عن أنها تحكم جزء هام من قواعد المنافسة الخاصة بكل صفقة، ولذلك يستدعي تحضير دفاتر الشروط معرفة دقيقة ليس فقط بالجوانب القانونية والتجارية، ولكن على الخصوص الجوانب التقنية الخاصة بموضوع الصفقة.

[1]: المادة 1/136 من المرسوم الرئاسي 15-247 « يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و3/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة...»

[2]: المادة26 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، الجريدة الرسمية، العدد50، 20 ديسمبر2015.

في أغلب الدول تنقسم دفاتر الشروط إلى نوعين: دفاتر الشروط العامة التي تطبق على جميع العقود التي تبرمها الإدارة، وهناك دفاتر الشروط الخاصة أي التي تخص عقدا محددا بذاته.[1]

أولا: دفاتر الشروط العامة:

أو كما يطلق عليها بدفاتر الشروط والمواصفات العامة التي رمزها باللغة الفرنسية بـ (CCG) وتعني:Les cahiers des clouses et condition général

وهي الشروط العامة التي تطبق على العقود الإدارية التي تبرمها الإدارات الحكومية، والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات ت العمومية بالدولة.[2]

بشرط أن تكون هذه العقود من طبيعة واحدة كعقود الأشغال أو عقود الخدمات والدراسات، لذا فهي دفاتر تتضمن قواعد عامة ومجردة، وتنقسم هذه الدفاتر إلى نوعين:[3]

1. دفاتر الشروط العامة الإدارية والمالية: وهذه تتضمن القواعد والشروط ذات الطبيعة الإدارية والمالية.

2 . دفاتر الشروط العامة والفنية والتقنية.

وتعتبر الشروط العامة جزء لا يتجزأ من العقد أي أنها تكتسي الطبيعة العقدية بمجرد الإحالة إليها.

[1] : طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الإدارية، مركز الإعلامي الأمني الأكاديمية الملكية للشرطة.

[2] : سيكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون إجراءات إدارية، تيزي وزو، جامعة مولود معمري، في 005/13/ 2013، ص31.

[3] : المرجع نفسه، ص32.

ثانيا: دفاتر الشروط الخاصة:

وهي أكثر أنواع الدفاتر تخصيصا، ويرمز لها بالغة الفرنسية بـ : CPC أي

Les cahiers des prescriptions spéciale

هذه الدفاتر تخص عقدا بعينه، أو تتعلق بكل حالة عقدية على حدا، ويتمثل دورها في إكمال ما لم يحط به دفتر الشروط العامة السالفة الذكر.[1]

وتعتبر دفاتر الشروط هذه جزء لا يتجزأ من العقد الإداري المتعلق به، وينتج عن ذلك نتيجتين هامتين هما :[2]

1. التزام السلطات الإدارية بتنفيذ تلك الشروط التي تحتويها دفاتر الشروط الإدارية وتعتبر بالنسبة إليها لوائح تنظيمية عامة.
2. إن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يلتزم بمجرد التوقيع على العقد بما ورد في هذه الدفاتر من شروط والتزامات بالإضافة إلى الالتزامات التعاقدية الواردة في نص العقد.

وطبقا لأحكام المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-27 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[3]

والتي نصت على أنه:« توضع دفاتر الشروط، المعينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل، على الخصوص ما يأتي:

---

[1] : خوجة توتي، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2012-2013، ص49.

[2] : أحلام بوسهل، صلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012- 2013، ص57.

[3] : المرجع نفسه، ص58.

دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

. دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية».[1]

وفقا لنص المادة السالفة الذكر يتبين لنا أن دفاتر الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية في التشريع الجزائري في ثلاث أنواع:

1/ دفاتر البنود الإدارية العامة:

صدر دفتر البنود الإدارية العامة بتاريخ 1964/11/21 وقد جاء في تبرير هذا القرار المتضمن دفاتر التعليمات الإدارية العامة، أن هذا الدفتر ينطبق على كل صفات الأشغال ابتداء من تاريخ1965/01/01، ويفهم من ذلك أن دفتر الشروط هذا يخص فقط صفقات الأشغال، غير أنه وعلى الرغم من الاختلاف البين بين المجالات المتعددة، إلا أن المرسوم 15–247 وكذا المراسيم السابقة لجأت إلى تعميم تطبيق هذه الدفاتر على كل الصفقات، غير المجال الذي حررت أولا من أجله.[2]

فهذا القرار الوزاري الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة يعد المرجع القانوني الأساسي لدفاتر البنود الإدارية العامة، فقد تطرق هذا الدفتر من حيث محتواه

[1] : مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص63.

[2] : مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص341.

لمسألة الصفقات العمومية بطريقة كرونولوجية حيث صدر هذا الدفتر في شكل توطئة و05 عناوين:[1]

- العنوان الأول: شروط المشاركة.
- العنوان الثاني: تنفيذ الأشغال.
- العنوان الثالث: تسديد النفقات.
- العنوان الرابع: المسائل المالية.
- العنوان الخامس: تسوية المنازعات.

2/ دفاتر التعليمات المشتركة:

تعرف دفاتر التعليمات المشتركة، على أساس أنها الدفاتر التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم وتقديم الخدمات وإعداد الدراسات.[2]

ويستنتج من هذا التعريف أن ما تحتويه دفاتر التعليمات المشتركة هو شروط وترتيبات تقنية، بمعنى عدم احتواء دفاتر التعليمات الإدارية العامة، ويقصد هنا بالترتيبات التقنية، ما تعلق بطبيعة السلع المستعملة والأساليب التكنولوجية المنتهجة والإجراءات التأمينية والأمنية الواجب اتخاذها والخاصة بقطاع معين ينطوي ضمن أحد مجالات الصفقات، مثل الجسور ضمن مجال الأشغال، الورق ضمن مجال التموين، صيانة المساحات الخضراء ضمن مجال الخدمات ...إلخ.

[1] : القرار الوزاري الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة يعد المرجع القانوني الأساسي لدفاتر البنود الإدارية العامة.

[2] : مازن ليوراضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011، ص421.

على العكس من دفتر التعليمات الإدارية العامة الذي يصادق عليه بموجب قرار وزاري مشترك فإن دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة يصادق عليه بموجب قرار صادر من الوزير المعين.[1]

3/ دفاتر التعليمات الخاصة:

هذه الدفاتر، هي دفاتر خاصة بكل صفقة، يعتمد في تحريرها على كل من دفاتر التعليمات الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة، وتحتوي على معلومات متعلقة بالمشروع من حيث الموضوع والأهمية والكميات والآجال الخاصة به، وصيغ الإبرام، و كيفيات إجراء المنافسة، ومكان سحب وإيداع العروض، وتنقيط العروض وتقييمها، وتلقي العرائض بشأن الاختيار المؤقت للمتعامل المتعاقد وغير ذلك مما يهم المنافسة الخاصة بصفته بعينها ونظرا لتعدد دفاتر الشروط واختلاف أنواعها، قد يثور: التساؤل حول مدى إمكانية مخالفة دفاتر الشروط الخاصة لما ورد في دفاتر الشروط العامة من ضوابط وأحكام.[2]

كما أنه بتنوع وثائق التعاقد بين العامة والخاصة يثير مشكلة التعارض بينهما وكل هذا يقودنا إلى طرح مجموعة من التساؤلات أهمها هل يجوز للإدارة أن تعدل أحكام جميع الدفاتر سواء كانت عامة أو خاصة، أو دفاتر التعليمات الخاصة فقط؟

للإجابة على هذا التساؤل نستعين بآراء بعض الفقهاء الذين اتجه بعضهم على الاتفاق على أن القاعدة المتبعة في هذا الشأن، هي أن الأحكام الواردة في دفاتر الشروط الخاصة يمكنها أن تعدل الأحكام الواردة في دفاتر الشروط العامة، إعمالا بقاعدة «الخاص يقيد العام»

[1] : مازن ليوراضي، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص422.

[2] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته فضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص91.

من خلال هذه القاعدة يمكن القول أن الإدارة العامة، تستطيع بما تملكه من امتيازات السلطة العامة أن تعدل الأحكام الواردة في دفاتر الشروط الخاصة بشرط أن يكون هذا التعديل في الإطار المسموح به قانونا. [1]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط:

سنحاول في هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط، وما ‘ذا كانت ذات طابع تعاقدي أو ذات طابع لائحي:

أولا: دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية:

الأصل في دفاتر الشروط أنها ذات طبيعة تعاقدية، بما أن الشروط والمواصفات التي ترد فيها دفاتر الشروط تصبح جزء لا يتجزأ من العقد، طالما قد يشير إليه فيه، وتكون ملزمة للمتعاقد بمجرد توقيعه على العقد، باعتبار أن صياغة ووضع هذه الشروط أو الأحكام العقدية يكون من طرف المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها.

لكن لا يمكن الأخذ بهذا التكييف القانوني على إطلاقه، لأن هناك بعض العقود الإدارية والتي من أهمها عقد الامتياز التي تكون بعض شروطه من طبيعة تعاقدية وبعضها الآخر من طبيعة لائحية.[2]

كما طرح أحمد محيو تساؤلا قانونيا حول طبيعتها القانونية بين الطابع التعاقدي، أو اللائحي (التنظيمي)؟

[1] : المرجع نفسه، ص92.

[2] : جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص62.

وأجاب قائلا أن هناك من بنوده من يكتسب طابعا لائحيا كون أنها تصدر بصورة انفرادية، وأن البعض منها يكتسب الطابع التعاقدي، حيث يتم التفاوض بشأنها مع المتعامل المتعاقد وذلك أن إعدادها يكون انفرادي إلا أنها لا تكون نهائية إلا بعد الموافقة عليها من طرف المتعامل المتعاقد وهو ما يشبه عقد الموافقة في القانون الخاص.[1]

ثانيا: دفاتر الشروط ذات طبيعة لائحية

إن الشروط العامة التي تتضمنها دفاتر الشروط العانة والمتعلقة بإبرام العقد، فالأصل أنها ترد في القوانين واللوائح، التي تبين كيفية التعاقد وإجراءاته، فهي بذلك شروط تنظيمية لائحية ولا يغير هذه الصفة عليها إذا تمت الإشارة إليها أو تضمينها في العقد، أو في دفاتر الشروط الخاصة.

وهي ملزمة لجهة الإدارة والمتعاقد معها، ويترتب على مخالفتها بصفة عامة– البطلان– وذلك لحياد وسلامة العملية التعاقدية.

وفي الأخير يجمع أغلب فقهاء القانون الإداري على أن الشروط التي تتضمنها دفاتر الشروط تعتبر شروط تعاقدية في طبيعتها بالرغم من انفراد الإدارة المتعاقدة بوضعها سلفا ويقتصر دور التعاقد مع الإدارة عادة على قبول هذه الشروط بالنسبة لكافة العقود الإدارية باستثناء عقد امتياز المرافق العامة التي يعتبر شروطه ذات طبيعة تعاقدية وتنظيمية نظرا بما يترتب للمنتفعين بناء عليها من حقوق. [2]

[1] : جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص63.

[2] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته فضاء وتحكيما، مرجع سبق ذكره، ص93.

المبحث الثاني: صلاحيات الإدارة العامة في إنهاء العقد الإداري

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية، هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا حتى دون أن يصدر خطأ من المتعاقد معها، وتعتبر هذه السلطة أو الميزة من أهم ما يتميز بها العقد الإداري عن العقد المدني الذي أساسه "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز إنهائه إلا باتفاق بين الطرفين ويختلف الوضع في مجال العقود الإداري، فالعقد الإداري عقد لم يتم إلا لتحقيق الصالح العام والإدارة العامة مسؤولة على تحقيق المصلحة العامة من هنا يكون للإدارة دائما الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون ارتكاب المتعاقد معها أي خطأ متى رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.[1]

المطلب الأول: المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري:

تتمتع الإدارة بجانب السلطات السابق بسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة عن طريق الفسخ.

أولا: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري:

والمقصود بسلطة الفسخ بإرادة الإدارة هي إنهاء الرابطة التعاقدية بدون اللجوء إلى القاضي الإداري أو موافقة المتعاقد معها، وهذه السلطة تمارسها الإدارة لعقوبة بسبب تقصير خطير ارتكبه المتعاقد معها، أو لأن مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها تتطلب ذلك، ولكن في حالة غياب وجود خطأ ارتكب من جانب المتعاقد مع الإدارة فإنه يجب على هذه الأخيرة دفع تعويض له ومع ذلك تبقى هذه السلطة تمارس تحت رقابة القاضي الإداري.

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته فضاء وتحكيما، المرجع نفسه، ص94.

وبنفس السياق ذهب عمار عوابدي للقول أن الفسخ الإداري هو إنهاء الرابطة التعاقدية بصفة نهائية مع الطرف المتعاقد مع الإدارة إذا ما خل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، بحيث تكون الإدارة في هذه الحالة مضطرة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية معه.

ويعد إنهاء العقد آخر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بالتزامات التعاقدية. [1]

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإنهاء:

اختلف الفقه الإداري في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية إلى ما يلي:[2]

1- الإنهاء الانفرادي على أساس فكرة السلطة العامة

يقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي هو أن تطبق الإدارة قواعد قانونية خاصة ومتميزة تختلف عن تلك المطبقة على الأفراد الذين يرغبون في التعاقد معها هذا من جانب وأن تتمتع الإدارة بامتيازات معينة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد من جانب آخر.

وأيضا هذا الرأي يرون أن السلطة التي تتمتع بها جهة الإدارة في الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود الإدارية إنما يقوم على الامتيازات الاستثنائية للإدارة العامة والتي من بينها سلطتها في إنهاء العقد الإداري وهي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة استقلالا عن اشتراطات أطراف العقد.[3]

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته فضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص95.

[2] : رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره، دار الجامعية الجديدة، الجزائر، 1985، ص85.

[3] : رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره، المرجع نفسه، ص86.

ويعد من بين أنصار هذا الرأي العميد فيدال Védal الذي يرى أن سلطة الفسخ ذو خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة وان الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق. [1]

ويرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن للإدارة دائما أن تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام وأصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة.

السلطة العامة تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة مكلفة خارج وفوق كل عقد بأن تراعي دائما ضرورات المصلحة العامة. [2]

الإنهاء الانفرادي على أساس فكرة المرفق العام:

يرى هؤلاء أن الدولة لا تتمتع بالسلطة والسيادة بل هي مجموعة مرافق عامة تعمل لتلبية حاجات الجمهور، ويعتبرون أن فكرة المرفق العام هي جوهر القانون الإداري بشكل عام والعقد الإداري بشكل خاص.

إن الإدارة استنادا إلى مقتضيات سير المرافق العامة، قد يظهر لها بعد التعاقد أن المرفق لم يعد في حاجة إلى هذا العقد وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى مع المصلحة العامة.

كما أن المرفق العام هو عبارة عن مشروع يعمل بانتظام واطراد تحت إشراف الدولة لسد حاجة عامة، مع خضوعه لنظام قانوني معين ومن القائلين بهذا الرأي الأستاذ بينكو (PEQUIGNOT) الذي يرى أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا اقتضى ذلك الصالح العام،

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأ المعارف، الإسكندرية، ب ط، 2004، ص124.

[2] :المرجع نفسه، ص125.

لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة.

ويرى الأستاذ بينو (BENOIT) أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند إلى مصلحة المرفق التي تقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير ملائمة مع احتياجاته أو التي تشكل عبئا ثقيلا عليه.[1]

3- الإنهاء الانفرادي على أساس فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إنما تستند على فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام، ومن الفقهاء الفرنسيين المقررين لذلك الأستاذ دي لوبادير الفقيه TERNEYRE الذي ذهب إلى أن الشخص العام وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها أن ينهي من جانب واحد العقود التي هو طرف فيها، ولو لم ينجز له ذلك أي شرط تعاقدي. [2]

وفي تقرير لموقف الفقه من تحديد الأساس القانوني لسلطة الإنهاء نرى أنه تم الاعتراف بهذه السلطة لجهة الإدارة، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة والاطمئنان إلى حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأنه ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة على أنه يعاون جهة الإدارة ويساعدها في اداء خدمة هذا المرفق.

فمعيار السلطة العامة ليس كاف لوحده ليكون أساسا لسلطة الإدارة ولا المرفق العام، من هنا ظهر هذا المعيار الذي يسمى بالمعيار الجامع بين الوسائل والأهداف ومضمونه هو لتحقيق المصلحة العامة التي هي بمثابة شريان المرفق العام لذا وجب الأمر الاستعانة بوسائل القانون

[1] : عمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور، الجزائر، 2007، ص75..

[2] : محمد فؤاد عبد الباسط:أعمال السلطة الإدارية، منشأ المعارف، كلية الحقوق، مصر، ،1989ص 274.

العام لامتيازات السلطة العامة، ومن هنا فشريان هذان المعياران على التوازن وحده كفيل بتحقيق المطلوب. [1]

4- الأساس الذي تبناه المشرع الجزائري في هذه المسألة:

تعتبر فكرة الجمع بين السلطة العامة والمرفق العام أو كما يطلق عليه من طرف الفقه المقارن الأساس التوفيقي – هو الذي يمكن أن يؤسس سلطة الإدارة في مجال العقود الإدارية وسلطة إنهائها، والقانون الإداري بوجه عام فاشتراك فكرة السلطة العامة بمدلولها الحديث مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمتجسدة في أهداف وإنجاز سياسة التنمية الوطنية والتي تعد العقود الإدارية بأشكالها مثلى لذلك.[2]

المطلب الثاني: التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري:

ثار جدل كبير حول التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، فقد ذهب أغلبهم إلى اعتبار أن هذه السلطة مجرد صورة التعديل الانفرادي للعقد، على أساس أن الإنهاء مجرد امتداد للتعديل بينما هناك رأي مخالف ويعتبر بأن سلطة الإنهاء تعتبر سلطة مستقلة وقائمة بذاتها وليست من صور التعديل الانفرادي، وهذه السلطة المستقلة تمتد لتشمل كافة العقود الإدارية.[3]

أولا: سلطة الإنهاء صورة من صور التعديل

إذا كان المتفق عليه في عقود القانون الخاص، أنه تعديل العقد لا يمكن أن يكون إلا بناءا على اتفاق طرفي العقد عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذا المبدأ القائل بالقوة الملزمة

[1] : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني :العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية مصر2008، ص 15وما بعدها.

[2] : عمار عوابدي : القانون الإداري ،النشاط الإداري ، ط4،ج2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ص186ومابعدها.

[3] : المرجع نفسه، ص187.

للعقد، فإن الإدارة في العقود على خلاف ذلك تملك سلطة التعديل الانفرادي للعقد دون الحاجة إلى رأي أو رضى المتعاقد معها.[1]

وتظهر سلطة التعديل الانفرادي في صور عدة من بينها حسب أصحاب هذا التوجه إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، بل أن هناك شبه إجماع في الفقه المقارن على أن سلطة الإنهاء هي مجرد صورة من صور التعديل فالقاعدة العامة حسبهم أن تعديل عقد أو تعديل شروطه بالزيادة أو النقصان، وسواء نص عليه العقد أم لا، يوجد في كل العقود الإدارية عدى تلك الشروط التعاقدية، في عقد امتياز فلا يجوز تعديلها إلى بعد موافقة المتعاقد مع الإدارة لأنها ليست من قبيل الشروط اللائحية المتعلقة بموقف عام ويشمل نطاق التعديل هذا:[2]

- التعديل في مقدار الالتزامات.

التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد، ويظهر هذا التعديل خاصة في عقود الأشغال العامة، حسب ما يعرف بالقرارات الإدارية المنفصلة.

من أصحاب هذا الرأي الفقيه الفرنسي (ريفيرو) الذي اعتبر أن حق الفسخ لدواعي المصلحة العامة، هو امتداد طبيعي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.

وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه دي لوبادير أيضا حين قال إن سلطة الإنهاء ما هي إلا شكل خاص لحق الإدارة في التعديل الانفرادي، ونفس الحال بالنسبة مصر فقد لاقى هذا الاتجاه تأييدا فمن بين الفقهاء المصريين نجد الفقيه سليمان الطماوي والذي أكد في كتابه "الأسس العامة للعقود العامة للعقود الإدارية" أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

[1] : أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ط، 2005، ترجمة ، د، محمد،عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1996،ص .35.

[2] : المرجع نفسه، ص36.

ودون خطأ المتعاقد هي بحق صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري، على أساس أن إنهاء العقد هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد.

أما بالنسبة للفقه الجزائري فلم نجد ما يقال في المسألة، وعليه فإننا نرى ما يرى المشرع الجزائري الذي تكلم عن التعديل والفسخ كل على حدا.[1]

ثانيا: سلطة الانهاء سلطة مستقلة وقائمة بذاتها:

يوجد رأي فقهي مخالف تماما للرأي الأول: تبناه الفقيه الفرنسي بنوا "حيث ذهب إلى أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء ويضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي، فكل منهما نطاقه المستقل، إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشمل الإنهاء كل حدث جزئي أو كلي للالتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها، وبذلك فهو يعتبر إنهاءا جزئيا للعقد وليس تعديلا له، ويؤيده التوجه الفقيه "لورنس".

أما في مصر فيرى الفقيه محمد صلاح البديع أن سلطة الإنهاء من جانب واحد هي سلطة قائمة بذاتها، ومستقلة عن سلطة التعديل وذلك لسببين:

1- أن سلطة إنهاء العقد يترتب عنها انقضاء وزوال الرابطة العقدية بوضع نهاية العقد، على عكس سلطة التعديل التي يظل فيها العقد قائما.

2- أن جل الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا أو مصر تتحدث عن سلطة الإنهاء باعتبارها صورة من صور التعديل، بل اعتبرها سلطة قائمة بذاتها.

[1] : أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص37.

أما في الجزائر فلا نرى له موقفا معينا لهذه المسألة، ما عدا اعتباره أن الفسخ الإداري يبقى طريقة من طرق إنهاء العقود الإدارية كما أنه وضع الفسخ في خانة الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة باعتبارها سلطة من سلطات الإدارة المختلفة.

ويبدوا واضحا لنا أن الفقه يميل إلى الرأي الثاني القائل بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة مستقلة وقائمة بذاتها، وهذا ما أكده المشرع حينما تكلم عن الفسخ في القسم العاشر من الفصل الرابع من المرسوم 15– 247 وفي ظل عدم الوضوح من موقف الفقه الجزائري من هذه المسألة نرى أن سلطة الإدارة في الإنهاء هي سلطة مستقلة وقائمة بذاتها وهي مقررة قضاءا تختلف عن سلطة التعديل اختلافا كبيرا.

أدركنا بأن للإدارة سلطة إنهاء الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة دون طلب الموافقة من المتعاقد معها، لكن السؤال الذي يطرح نفسه وما حدود أو شروط ممارسة هذه السلطة؟ باعتبار أن المشرع وعندما تمنح للإدارة هذه السلطات تراعي من جهة أخرى الطرف المتعاقد مع الإدارة فتمنح له ضمانات خوفا من تعسف الإدارة. [1]

إذن فهذه السلطة ليست مطلقة بل هناك شروط لممارستها وللإجابة عن سؤالي السابق اتبعت النهج التالي:[2]

أولا: في حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد:

تستطيع الإدارة انهاء العقد الإداري قبل حلول الأجل المحدد لبقائه، حتى وإن لم يصدر أي خطأ من المتعاقد معها وحتى دون الرجوع إلى القضاء وذلك وجود شرطي[3].

[1] : أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص38.

[2] : أحمد صغير بعلي: العقود الإدارية ، ملحق ،المرسوم الرئاسي رقم (250–02) دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر،2005، ص .11.

[3] : حسين عثمان محمد عثمان :أصول القانون الإداري ،دار المطبوعات الجامعية ، مصر 2004، ص,653.

1- شرط المصلحة العامة:

لقد أجمع الفقه في الجزائر أو حتى الفقه المقارن على ضرورة قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

ولقد أكد القضاء الإداري الفرنسي هذا الشرط حين قرر وجوب إسناد الإنهاء إلى باعث من بواعث المصالح العامة، وإلا كان تعسفيا وليس له مايبرره، فقرر في هذا الصدد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر 23 كانون الثاني 1952، في قضية CHanmbavet "أنه في هذه الظروف الخاصة، فإن الفسخ الذي تقرر كان مستند إلى باعث من بواعث الصالح العام وليس تعسفيا ولقد أيد الفقه ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، فالعميد فيدل يرى أن الإدارة يجوز لها فسخ العقد إلا لأسباب يقتضيها الصالح العام وعلى الأخص إلغاء أو تحديث المرفق.[1]

فقد تستدعي المصلحة العمة، ومتطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إنهاء مدته، وذلك لانعدام الفائدة من الاستمرار في هذا العقد ودون الحاجة إلى إثبات خطأ من جانب المتعاقد معها.

وكذلك يذهب الأستاذ دي لوباير إلى نفس الاتجاه حين قال: "لا يكون الفسخ شرعيا إلا إذا اعتمد على مصلحة جماعية وعدم توفر هذا الشرط يجعل من الفسخ تعسفا وغير مبرر".[2]

وهذا ما نراه في الجزائر فغن الفقه والقضاء لم يخالف المسلك وهو ما أكده الأستاذ محمد الصغير بعلي حين قال بأن الإدارة العامة أن تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة دون أي تقصير من المتعامل المتعاقد إذا ما قدرت أن ذلك تقتضيه الملحة العامة وهذا مراعاة لمبدأ الملائمة والتكييف' وبالتالي فإنه يمكن للإدارة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يخطأ المتعامل المتعاقد وهذا مراعاة للمبدأ السابق ذكره والذي يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في

[1] : المرجع نفسه، ص654.

[2] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة : تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص96.

وضع حد للرابطة العقدية بعد ظهور جديد يوجب فسخ العقد لمقتضيات من المصلحة العامة، وتلتزم الإدارة المعنية بتبرير موقفها عند ممارسة الرقابة قبل الجهات المخولة قانونا. [1]

إذن نفهم بأن شرط المصلحة العامة شرط ضروري لقيام الإدارة بأي إجراء من شأنه إلغاء عقودها الإدارية.

ولكن ما يجب ملاحظته هو حالة قيام وتحقق هذا الشرط، وهذا راجع إلى مرونة واتساع مفهوم المصلحة العامة وعدم وجود معيار يضبط هذا الاصطلاح، رغم كثرة استعماله وشيوعه، وهذا من شأنه أن يعطي للإدارة حرية مطلقة في إنهاء العقد الذي تحليله بحجة المصلحة العامة والنفع العام وهذه الإشكالية يجيب عليها القضاء المختص فقاضي العقد في حالات الفسخ بإرادة منفردة يبحث فيها إذا كان الفسخ لمصلحة عامة أو لا وبالتالي فهو يقدر بسبب الفسخ بمعنى آخر ينظر إلى نية الإدارة في فسخ العقد. [2]

2- شروط المشروعية:

يعتبر إنهاء العقد الإداري من طرف الإدارة بصورة منفردة، مثله مثل بقية التصرفات المادية للإدارة ويتجسد عبر قرار إداري شأنه ذلك شأن أي قرار إداري آخر.

ومن هذا السياق كان لا بد أن يستوفى مثله مثل أي قرار آخر أركانه الشكلية والموضوعية ليكون قرارا مشروعا، وبالتالي فإن صحة إجراء قرار الإنهاء يتعلق أساسا بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجية (الاختصاص والشكل والإجراءات) ومن الناحية الداخلية (السبب، المحل،

[1] : طارق سلطان:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، مصر 2010، ص252.

[2] : طارق سلطان:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص253.

الغاية) خاصة بالنسبة لركن الغاية والسبب، لأن المتعاقد تهمه الناحية الإجرائية بقدر ما تهمه الناحية الموضوعية خاصة بمعرفة سبب إصدارها لقرار الإنهاء.[1]

فالسبب هو الحالة الواقعية المادية أو القانونية التي أدت إلى اتخاذ ذلك القرار وهو ما يضفي عليه الطابع الموضوعي خلافا لركن الغاية الذي يكتسي الطابع الذاتي والأكيد أيضا أن توفر المصلحة العامة، شرط ضروري لصحة ركن الغاية وإلا اعتبر ذلك تعديا، وأن توفر قاعدة تخصيص الأهداف وعدم توفر هذين الشرطين يمكن للمتعاقد المطالبة بإلغاء قرار الإنهاء العقد لعدم مشروعية نظرا لإصابته بعين الانحراف بالسلطة وهذا العيب من أكثر العيوب التي تمس قرارات الإدارة وتؤدي إلى بطلانها.

فعند قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة يجب عليها أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين واللوائح وإلا كان قرار لإنهاء غير مشروع، ولذا فإن صاحب الاختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد الإداري هو الجهة التي أبرمت العقد، فمخالفة وخرق قواعد الاختصاص في المجال الإداري ينجر عنه قيام عيب عدم الاختصاص بشكليه الجسيم والبسيط. [2]

فالشكل الأول كأن يصدر القرار من جهة غير مختصة، وغير مؤهلة قانونا بإصدار هذا القرار، وهنا القرار منعدما وكأنه لم يكن وهذا ما يطلق عليه فقهاء القانون بعيب اغتصاب السلطة، أو بأن يقع تداخل في اختصاصات الإدارة أو السلطة الإدارية ذاتها، وهو ما يطابق الشكل الثان لعيب الاختصاص. [3]

---

[1] : المرجع نفسه، ص254.

[2] : وليد سعود فارس القاضي كالجزاءات في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل الماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت،2000، ص 99.

[3] : جورج سعد،القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية.2004، ص488.

– وما ينبغي ذكره أن فرض المشرع للإجراءات الشكلية على الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرار عن طريق القانون يرمي إلى هدفين أساسين هما:[1]

أ– لضمان حقوق الأفراد المتعاقدين مع الإدارة.

ب– إن إتباع مثل تلك الإجراءات من طرف الإدارة قد يكون كاف لاجتناب القرارات المرتجلة والتي عادة ما تكون خاطئة أو غير منصفة في حق الفرد أو الأفراد المتعاقدين معها.

وبعد استعراض مجمل العيوب التي قد تمس بقرار الإنهاء باعتباره معقدا إداريا تشير إلى أن عيب الإثبات يقع على الذي يدعي والذي غالبا ما يكون المتعاقد المتضرر عن قرار الفسخ.

ونجد أن شروط ممارسة الإنهاء الإداري في حالة عدم خطأ من المتعاقد تسري على كافة العقود الإدارية، ويترتب على عدم الأخذ بها بطلان قرار الإنهاء من طرف القضاء المختص، فإذا كان هذا الحال في حالة عدم خطأ المتعاقد، فما هو الحال حين يدر منه تقصير بهذا الشأن؟ وهذا ما سنتناوله الآن.[2]

ثانيا: وجود خطأ من المتعاقد:

بإمكان الإدارة فسخ العقد الإداري دون حصول تقصير من المتعاقد معها، فما بالك حين يخطأ المتعاقد معها، وخاصة في ظل معرفتنا بأهمية بعض العقود الإدارية وتأثيرها المباشر على الاقتصاد الوطني وارتباطها الوثيق بالخزينة العمومية وصلتها بالمرافق العامة، وبالتالي فعكس الحالة الأولى يشترط لمباشرة الإدارة سلطتها في إنهاء العقد الإداري، عند ما يخل المتعاقد

[1] : جورج سعد،القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص489.

[2] : ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري ،منشأ المعارف، مصر.2000، ص274.

بالتزاماته التعاقدية ثلاث شروط هما: ارتكاب خطأ جسيم من المتعاقد، اعذاره، عدم تداركه في الأجل المحدد.[1]

1- شرط الخطأ الجسيم:

يعرف الخطأ الجسيم بأنه: كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري.

وتعتبر كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية تمثل خطأ تعاقديا.

ولكن يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا للإدارة لتوقيع جزاء الفسخ، وعليه فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى أن الأفعال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة والتي تبرر جزاء وضع الأعمال محل العقد تحت الإدارة المباشرة، وتكون قابلة لتبرير توقيع جزاء الفسخ.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فلا وجود لتعريف معين للخطأ الجسيم ما عدا ما نستنبطه من المؤلفات القانونية المتعلقة بالفسخ، فهو عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو القانونية إخلالا يؤثر تأثيرا فادحا على استمرار العقد، ويمس باستقرار المراكز القانونية فيه.

والإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ، ويستطيع قاضي العقد بناء على طلب المتعاقد مع الإدارة المفسوخ عقده أن يقوم برقابة مدى سلامة تقدير جهة الإدارة لمدى جسام الخطأ. [2]

[1] : ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص475.

[2] : المرجع نفسه، ص476.

وحتى لو تبين لقاضي العقد، أن خطأ المتعاقد لم يكن على قدر الجسامة، فإنه لا يستطيع أن يقضي بإلغاء قرار بفسخ العقد، ولكنه بمقابل ذلك يمكن له أن يحكم بتعويض عادل يناسب حال المتعاقد.[1]

2- اعذار المتعاقد:

نظرا لشدة جزاء الفسخ الإداري، وما يترتب عليه من آثار خطيرة منها حل الرابطة العقدية فإن المشرع الجزائري ألزم جهة الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ، وهذا ما نص عليه قانون الصفقات العمومية في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15- 247 التي نصت: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية".

فهو التزام عام يقع على عاتق الإدارة وإلا أصبح قرار الإدارة غير مسبوق بالإعذار معيبا من الناحية الإجرائية قابلا للبطلان.

وعليه لا إذا من اعذار المتعاقد مع الإدارة قبل توزيع جزاء الإنهاء حتى ولو لم يتطلب نص صريح في العقد، وكما ذكرنا سابقا فإن قاعدة الإعذار فيها استثناءات تناولناها في سلطة الإدارة في توقيع الجزاء وقد استقر رأي الفقه في فرنسا على أن عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء ومن بينها إعذار المتعاقد يكون دائما ذو أثر هام متمثل في إعفاء هذا المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت درجة الخطأ والمخالفات المنسوبة إلى هذا المتعاقد. [2]

[1] : طارق سلطان:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص264.

[2] : المرجع نفسه، ص265.

3- عدم تدارك المتعاقد لخطئه:

إذا كان من المفروض أنه على الإدارة إعذار المتعاقد فإنه في المقابل على المتعاقد أن يسرع في تدارك خطئه، والعمل على محو آثار تقصيره في الأجل الذي يحدده الإعذار، وهذا ما نصت عليه م 2/149 المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، فإن للمصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ العقد الإداري من جانب واحد.[1]

[1] : طارق سلطان:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص267.

خلاصة الفصل:

إن من بين أهم السلطات الممنوحة للإدارة المتعاقدة في هذا الإطار، والتي تعد مظهرا لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص سلطة توقيع الجزاءات بمختلف أنواعها (مالية، غير مالية، فاسخة)، علما أن نظام الجزاءات الإدارية نظام خاص و مغاير ومختلف عن الجزاء المدني، كونها ترمي إلى الحفاظ على المصلحة العامة، من خلال السهر على استمرار أداء المرفق العام لخدماته بإنتظام وإطراد .إن صلاحية الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في اعقد التعاقدي من النظريات الشبه حديثة نسبيا، ظهرت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ولقد كان الفضل في إظهارها وتطورها للقضاء الإداري الفرنسي وبالتحديد مجلس الدولة.

الخـــــاتـمـــة

الخاتمة

في الأخير ومن خلال هذه الدراسة المتعلقة بموضع سلطات الإدارة في العقود الإدارية، تبين لنا أن ما يترتب من نتائج لتميز العقد الإداري شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، هو الاعتراف للإدارة بجملة من السلطات والامتيازات، التي تكون بها الإدارة مركز أسمى وأقوى في العلاقة التعاقدية، من أجل تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة.

– والاعتراف للإدارة بهذه السلطات في مجال العقود الإدارية يضفي عليها طابعا متميزا ومستقلا عن عقود القانون الخاص.

وقد اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، باعتبارها المشرفة على كل تراتيب إبرام العقد الإداري وتنفيذه.

والإدارة تمارس السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ العقد الإداري بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء.

وقد توصلت إلى النتائج التالية بخصوص سلطات الإدارة في العقود الإدارية.

* أن هذه السلطات تعتبر من النظام العام، فلا يجوز للإدارة التنازل عنها أو تمتنع عن استخدامها إن توافرت مبرراتها وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.

* أن الإدارة تستخدم هذه السلطات وهدفها دائما هو تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في ضمان استمرار المرفق العام في أداء وظيفته بانتظام واطراد.

* أن الإدارة بمكانها اللجوء إلى هذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد.

* أنها سلطات مقرر لها قانونا وحقا أصيلا وثابتا في كافة العقود الإدارية رغم اعتراف المشرع الجزائري للإدارة بجملة من السلطات في جميع مراحل العقد الإداري، غير أنه في مرحلة تنفيذ العقد الإداري بصفة عامة ومرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بصفة خاصة، من خلال تشريعات الصفقات العمومية إلا أن هذه الأخيرة تتخللها بعض النقائص خاصة فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاءات تتمثل فيما يلي:

* تفادي المشرع تفصيل فيما يخص الغرامة التأخيرية على الرغم من أهميتها في الواقع العملي، حيث تكثر حالات تخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المدة المنصوص عليها في العقد.

* لم يشر المرسوم الرئاسي إلى الجزاءات الضاغطة كما هو بالنسبة للتشريع المقارن، اكتفى ببعض الإشارات والتلميحات التي تتطلب جهدا لاستخلاصها.

* خلا تشريع الصفقات العمومية من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد، غير أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة ألح كثيرا على هذا النوح من الفسخ.

* استمرار العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على صفقة الأشغال العامة يعتبر غير منطقي كون أن تأشيراته في مجملها هي نصوص فرنسية ملغاة تماما، فقد تم إلغاء العمل بهذا القرار في 1975 ومن ثمة يعتبر هذا القرار ملغى ضمنيا.

ولمواجهة هذه النقائص مستقبلا لا بد من تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن على المشرع مراعاتها وهي:

* تقترح على المشرع في موضوع غرامة التأخير، أن يقوم بوضع النسب التي يراها مناسبة ويفصلها ويحددها في كل نوع من الصفقات على حدى وذلك أسوة المشرع المصري.

* وكان من المستحسن أن ينص القانون على الجزاءات الضاغطة وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع الجزاء، لتفادي أي تعسف من طرف المصلحة المتعاقدة، حيث يجب أن تراعي بين الخطأ والجزاء المقرر له.

– يفترض على المشرع استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ، ما دام قد تضمن المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه، وذلك بإضافة فقرات تتضمن أهم حالات الفسخ الجزائي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب والمؤلفات

1.أحمد صغير بعلي: العقود الإدارية ، ملحق ،المرسوم الرئاسي رقم (250-02) دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر،2005.

2.أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية سنة 1973.

3.أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1990.

4.أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ط، ،2005 ترجمة ، د، محمد،عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1996.

5.أمحمد الشلماني، مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الادارية، دار المطبوعات، الإسكندرية ، ص2006.

6.أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالت ازم، دط؛ دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997 .

7.بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني-العقد والإرادة المنفردة، الطبعة5؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، 2010.

8.جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2006.

9.جورج سعد،القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية.2004.

10.حاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني–العقد والإرادة المنفردة، الطبعة5؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

11.حسين عثمان محمد عثمان: أصول القانون الإداري ،دار المطبوعات الجامعية ، مصر 2004.

12.رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره، دار الجامعية الجديدة، الجزائر، 1985.

13.السرحان عدنان إبراهيم نوري أحمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية– الالتزامات–دراسة مقارنة دط؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

14.السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة–دراسة مقارنة في القوانين العربية، دط؛ دار الهدى، الجزائر، 2012.

15.طارق سلطان:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، مصر 2010.

16.طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الإدارية، مركز الإعلامي الأمني الأكاديمية الملكية للشرطة.

17.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأ المعارف، الإسكندرية، ب ط، 2004.

18.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته فضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

19.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2007.

20.العدوى جلال على، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، دط؛ منشأة المعارف، مصر، 1999.

21.علاء الدين عيسى، مدخل القانون الاداري– الجزء الثاني – دار المدى، الجزائر 2012.

22.عمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور، الجزائر، 2007.

23.عمار عوابدي : القانون الإداري ،النشاط الإداري ، ط4،ج2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر.

24.عمار عوابدي ، القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010.

25.عمار عوايدي ،القانون الاداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري ، الطبعة الرابعة الديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002.

26. عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.

27.الفيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، د ط؛ موفم للنشر، الجزائر، 2005.

28.ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري ،منشأ المعارف، مصر.2000.

29.مازن ليوراضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011.

30.محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ب.ط، 2004.

31.محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية 1965 .

32.محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، مصر ، سنة 2006.

33.محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية، منشأ المعارف، كلية الحقوق، مصر ، 1989،.

34.محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989.

35.محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،سنة 1999.

36.محمود عاطف البنا، العقود الادارية ، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى ،مصر ،سنة 2008.

37.مسعود شيهوب المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثالث نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية 1999 .

38.مفتاح خليفة عبد الحميد ،العقود الإدارية و أحكام إبرامها ،دار المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع ،مصر ،سنة 2008.

39.مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

40.مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

41.مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني :العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية مصر2008.

42.ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، 2010.

43.نخلة موريس، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الرابع منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001 .

44. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، الإصدار السابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010.

ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية

1.ابراهيم عبد العزيز شيعا ،القانون الإداري ،دار الجامعية بيروت 1994 .

2.أحلام بوسهل، صلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.

3.بلحه نفي فاطمة الزهراء ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق (طرق إبرام العقود الإدارية في الصفقات العمومية) جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم . 2013/02/12

4.بلهوان رقية ،العقود الادارية وتطبيقاتها في الجزائر ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية و الادارية، المركز الجامعي مصطفى إسطنبول، 2001-2002.

5.بوعلام أوقارت، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، 2011-2012.

6.جوهري سعيدة ، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة ماستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البويرة، 2013.

7.خوجة توتي، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2012-2013.

8.سيكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون إجراءات إدارية، تيزي وزو، جامعة مولود معمري، في 05/13/ 2013.

9.صدراتي صدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1984.

10.ليمان بن علة حميد ، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2011 .

11.منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة خميس مليانة، السنة الجامعية، 2013- 2014.

12.وليد سعود فارس القاضي كالجزاءات في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل الماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت،2000.

ثالثا: المقالات العلمية

1.محمد رمضان، القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، سنة 2007.

2.يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، المداخلة 13، جامعة غليزان، 2014.

رابعا: النصوص لقانونية والتنظيمية

1.القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن تعديل قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2.المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المؤرخ في 15 جانفي 1989 الذي يضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز واحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

3.المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

4.المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جزائري.

5.قرار غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية بسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873[1].

6.القرار الوزاري الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة يعد المرجع القانوني الأساسي لدفاتر البنود الإدارية العامة.

ب- باللغة الأجنبية:

1.téphanie Porchy Simon, droit civil, 2eannée, les obligations, 6edition ;Dalloz, France, 2010,.

2.v.8 juillet 1964 , entreprise reyrot . société de l'autorout esterel – cote d'arzew. - de laubadere , traite élémentaire de droit administratif .

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات :

الإهـــــــــــداء.....

تشكرات .....

الـــــــمـــــــقدمـــــــــــة.....

الفصل الأول 5

الاطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري 5

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري 8

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري..... 8

المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري وأركانه 11

المبحث الثاني: صلاحيات الإدارة على العقد الإداري 22

المطلب الأول: صلاحيات الإدارة في الرقابة والتوجيه 23

المطلب الثاني: امتيازات الإدارة في تعديل العقد أثناء تنفيذه..... 27

الفصل الثاني..... 34

العقوبات الإدارية الواردة على العقد الإداري..... 34

المبحث الأول: سلطة الإدارة في حال الاخلال ببنود العقد الإداري 36

المطلب الأول: السلطة الادارية للمرفق في عقد الامتياز الإداري..... 36

المطلب الثاني: صلاحية الإدارة في العقد وتنفيذه على المتعاقد..... 38

المبحث الثاني: صلاحيات الإدارة العامة في إنهاء العقد الإداري 49

المطلب الأول: المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري:..... 49

المطلب الثاني: التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري: 53

أولا: سلطة الإنهاء صورة من صور التعديل..... 53

ثانيا: سلطة الانهاء سلطة مستقلة وقائمة بذاتها:..... 55

أولا: في حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد: 56

1- شرط المصلحة العامة: 57

2- شروط المشروعية: 58

ثانيا: وجود خطأ من المتعاقد:..... 60

1- شرط الخطأ الجسيم:..... 61

قائمة المحتويات :

2- اعذار المتعاقد: 62
3- **عدم تدارك المتعاقد لخطئه:** 63
خلاصة الفصل: 64
الخـــــــاتـــمـــــة 65
الخاتمة 66
قائمة المصادر والمراجع 69
أولا: الكتب والمؤلفات 70
ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية 76
ثالثا: المقالات العلمية 78
رابعا: النصوص لقانونية والتنظيمية 79
ب- باللغة الأجنبية: 80

الـــمـــلـــخـــص

الملخص .....

ملخص الدراسة:

إن العقد الإداري يعتبر جزءا أساسيا من أجزاء التنظيم الاقتصادي والإجتماعي للدول في هذا العصر، بدلا من القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الالتزام وفرض الأمر دون إرادة الأفراد ، والذي لا يكفي لتلبية كافة الأهداف المنشودة للإدارة ، ولا يتكيف بسهولة مع مشاكل الأفراد. لذلك فإن الإدارة تلجأ إلى الأسلوب التعاقدي لأنه سهل وبسيط ، إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع في تحقيق الأهداف عن طريق الاتفاق الودي معهم فينشأ بينها وبينهم عقد يحدد حقوق والتزامات كل من الإدارة والشخص المتعاقد.

الكلمات المفتاحية:

– العقد الإداري – المصلحة المتعاقدة – فسخ العقد – التشريع الجزائري.

باللغة الأجنبية:

The administrative contract is considered an essential part of the economic and social organization of states in this era, instead of the administrative decision, which is based mainly on the meaning of commitment and imposing the matter without the will of individuals, which is not sufficient to meet all the desired objectives of the administration, and does not adapt easily to the problems of individuals. Therefore, the administration resorts to the contractual method because it is easy and simple.

key words:

- Administrative contract - contracting interest - termination of contract - Algerian legislation