وزارة التعليـم العالـي والبحث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

حدود سلطات الإدارة العامة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالبة:

بن صابر حكيمة

تحت إشراف الأستاذ:

بن عبو عفيف

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ:	درعي العربي	رئيسا
الأستاذ:	بن عبو عفيف	مشرفا مقررا
الأستاذ:	يحي عبد الحميد	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

تاريخ المناقشة: 2023/07/04

الإهداء

إلهي لا تطيب اللحظات إلا بذكرك ... ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ...

ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

أهدي ثمرة جهدي، تخرجي إلى

من هو جزء من القلب والفؤاد إلى أجمل وأروع إنسان إلى قدوتي وخير مثال

إلى من أحمل إسمه بكل فخر وعزة وشرف إلى

أبي العزيز رحمة الله عليه

شكر وتقدير

اعترافا بالفضل لأهله و عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم:

((من صنع اليكم معروفا فكافئوه فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أن قد كافئتموه)).

أتقدم بخالص الإمتنان وعظيم الشكر والتقدير إلى الاستاذ الطيب

بن عبو عفيف

الذي لا يمكننا أن نوفيه حق الشكر ولا رد الجميل

كما أشكر كل الأساتذة الذين درسوني طوال مسار دراستي

وأشكر كل طاقم الإدارة وكل موظفي كلية الحقوق صلامندر

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية:

ج : الجزء

ج.ر :الجريدة الرسمية

ص : صفحة

ص.ص : من الصفحة إلى الصفحة

ط : الطبعة

ف : الفقرة

ق.إ.م : قانون الإجراءات المدنية

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

ق.إ.م.ف : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ق.م : قانون المدني

م : المادة

م.ق : المجلة القضائية

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Art : Article

Ed : Edition

In : Dans

Op.cit : (Opère-citato), Référence précédemment citée

P : Page

PP : De la page a la page

مقدمة

مقدمة

تسعى الإدارة بصفة عامة إلى تحقيق المصلحة العامة، أو احتياجات الجمهور، ومن أجل تحقيق هذا الهدف فإنها تقوم بنشاطين أساسيان هما المرفق العام، والضبط الإداري.

فعن طريق المرفق العام، تقوم الدولة، أو الإدارة بتقديم خدمات قصد تلبية احتياجات المواطنين، أو الرغبات العامة، كما تقوم بتقديم المساعدة، سواء للمشاريع الخاصة، أو للمشاريع المحلية، التي تؤدي للجمهور منافع أساسية.

إلا أن هذا لا يمنع من وجود نشاطات عن طريق التعاقد مع الخواص، لما قد يساهم بشكل أو بآخر في تحقيق الصالح العام، فهذه النشاطات الخاصة يجب ألا تكون متعارضة مع النظام العام، ولهذا السبب، يجوز للإدارة أن تراقب النشاطات الخاصة وذلك عن طريق وضع ضوابط المنظمة لهذا النشاط، دون المساس بالمصلحة العامة، فنشاط الإدارة هذا تمارسه عن طريق المرفق العام أو الضبط الإداري الذي يستهدف حماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة، والمتمثلة في الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة.

إن هذا التمييز بين أنشطة الإدارة، يبقى أساسيا، فعن طريق العقود الإدايرة العامة، فإن الشخص العام هو الذي يتكفل بتحقيق مصالح الجمهور، التي قد يعجز النشاط الإداري المباشر عن تحقيقها، وتقوم السلطة العامة بتوضيح إطار نشاط التعاقد وحدوده، وذلك بواسطة أوامر عامة أو خاصة تفرض على نشاط الخواص.

من هذين الصورتين، يتكون إذن نشاط الإدارة. ولكن قبل تحليل هذين النشاطين، يجب أن نشير إلى أن الدولة قد ترى من واجبها القيام بتقديم مساعدات لبعض النشاطات الخاصة، والتي تحقق الصالح العام

وتقوم الإدارة العامة سواء على المستوى المركزي أو المحلي بنشاط مكثف بغرض تلبية احتياجات الجمهور، سواء عن طريق المرافق العامة المختلفة أو بموجب اتخاذ إجراءات الضّبط الإداري الكفيلة بالمحافظة على النّظام العام بمدلولاته الكلاسيكية والحديثة، وتستعمل لهذا الغرض مجموعة من الوسائل المادية والبشرية والقانونية، تأخذ هذه الأخيرة صورة قرارات أو عقود إدارية.

ويقصد بالأعمال الإدارية مجموعة الأعمال أو التصرفات الصادرة عن الإدارة العامة التي تهدف إلى تحقيق غايات المصلحة العامة، والتي تنقسم إلى نوعين أعمال إدارية مادية و أعمال إدارية قانونية، على أن الاختلاف بينهما من حيث الأثر المترتب، فالأولى لا تحدث آثارا قانونية بخلاف الثانية التي غايتها الأساسية إحداث آثار قانونيةسواء من خلال التغيير في المراكز القانونية، أو تغطية الحاجات العامة للمجتمع.

وتعتبر القرارات الإدارية من أهم الآليات التي لا تستطيع الإدارة التحرك من دونها، فتعبر من خلال ما يصدر عنها من قرارات عن إرادتها لتحقيق أي غرض من نشاطاتها المختلفة.

وهكذا يلعب القرار الإداري دور محوري في منظومة الإدارة ككل، بكل جزئياتها ومكوناتها ونشاطاتها، وتجدر الإشارة إلى أنه وبرغم أهمية القرار الإداري ومكانته إلا أن السلطة الإدارية كثيرا ما تكون مضطرة للعمل بأسلوب قانوني آخر، وهو الأسلوب الرضائي الاتفاقي المعروف بالعقد الإداري، الذي لا يقل أهمية عن القرار الإداري باعتباره من الأدوات الفاعلة في تنفيذ البرامج والخطط التنموية المسطرة من قبل الدولة، وعليه فإن نظريتا القرار والعقد الإداريين تشكلان أحد أهم موضوعات العلوم الإدارية بشقيها القانوني والقضائي.

ومن ناحية ثانية، تتخذ الأعمال الإدارية القانونية صورتين:الأعمال القانونية الانفرادية تتمثل في القرارات الإدارية التي تعتبر من مظاهر استخدام الإدارة للسلطة العامة،مثل قرار التعيين في الوظيفة، قرار حظر التجوال في مكان معين أو في زمن معين حفاظا على النظام العام.

والأعمال القانونية الاتفاقية التي يطلق عليها بالعقود التي يمكن للإدارة إبرامها، سواء كانت عقود خاصة أم عقود إداريةمثل عقد الامتياز،عقد الصفقة العموميةعقد الأشغال،اقتناء لوازم،تقديم خدمات،القيام بدارسات،عقود التسيير،عقد الوكالة المحفزة

وإذا كان للإدارة الحق في إخضاع علاقاتها التعاقدية لنظام السلطة العامة فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة إمتيازات السلطة العامة مع المتعاقدين معها بتضمين العقود التي تبرمها شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص فهو المعيار الذي يميزه عن غيره من العقود المدنية التي تبرمها الإدارة.

منهجية الدراسة:

لقد اتبعنا في هاته الدراسة المنهج الوصفي التحليل القائم على دراسة المقارنة، كما حاولنا قدر الإمكان جمع الجوانب التي لها علاقة مباشرة وغير مباشرة بموضوعنا بالإضافة مختلف الأحكام القانونية والتنظيمات والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع بحثنا الخاص بالعقود الإدارية، مع إستخدام المنهج التاريخي الذي اعتمدنا عليه في بعض المواضع قصد الوقوف على التغيّرات التي طرأت على المنظومة القانونية المتعلقة بمجال العقود الادارية.

الإشكالية:

فيما تتمثل الصلاحيات والسلطات التي منحها المشرع الجزائري للإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية ؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تناول الموضوع ضمن الخطة التالية

الفصل الأول: ماهية العقود الإدارية

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية

المبحث الثاني: الأساس القانوني للعقود الإدارية

الفصل الثاني: سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية

المبحث الأول: الرقابة والإشراف على العقود الادارية

المبحث الثاني: السلطة القمعية في تنفيذ العقود الادارية

الفصل الأول

ماهية العقود الإدارية

تمهيد

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

ومن خلال التجربة في الميدان نجد أن الإدارة، عندما تريد الحصول على الأموال (العقارية أو المنقولة) أو إنجاز بعض الأشغال والخدمات فإنها باستعمال أسلوب العقد (أو الاتفاق) بينها وبين الأطراف الأخرى سواء أشخاص معنوية أو طبيعية، يتم بصفة أحسن حسب تعبير م 679 من القانون المدني رقم 88-14 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58.

والعقود التي تبرمها الإدارة ليست كلها من طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانون واحد، وتنقسم إلى نوعين:

- **النوع الأول: عقود مدنية**: وهي العقود التي تبرمها الإدارة كونها شخص من أشخاص القانون الخاص، أي تتنازل الإدارة هنا عن سلطاتها، وتخضع لأحكام القانون الخاص، ويختص الفصل في منازعاتها القضاء العادي.

- **النوع الثاني: عقود إدارية:** وهي العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها صاحبة سلطة عامة، وتخضع لأحكام القانون العام، أي تستعمل الامتيازات التي منحت لها، والهدف من الاعتراف لها بالسلطات الضرورية لممارسة مهامها هو التحقيق وبأفضل صفة للصالح العام.

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية

تمارس الإدارة العامة نشاطها من خلال وسائل قانونية تتخذها والتي تظهر في صورتين: الأعمال القانونية الانفرادية المتمثلة في القرارات الإدارية التي تعتبر من أحد أبر مظاهر استخدام الإدارة للسلطة العامة، مثل قرار التعيين في الوظيفة، قرار الترقية في الوظيفة، قرار نزع الملكية للمنفعة العمومية وقرارات معينة حفاظا على النظام العام، والأعمال القانونية الاتفاقية التي يطلق عليها بالعقود التي يمكن للإدارة إبرامها، سواء كانت عقود خاصة أم عقود إدارية كعقود الصفقات العمومية.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري

إذا كان القرار الإداري هو الأسلوب المفضل للإدارة، فإنّها قد تضطهر في حالات إلى العمل بالأسلوب الاتفاقي الرّضائي المعروف بالتعاقد ويمكن تقسيم عقود الإدارة إلى قسمين:

يشمل القسم الأول عقود القانون الخاص "Les contrats de droit privé " التي تبرمها الإدارة وفقا لقواعد القانون الخاص كالقانون المدني أو قانون العمل، وذلك في حالة تنازلها عن امتيازات السّلطة العامة استجابة لمتطلبات المصلحة العامة كتأجير عناصر أملاك الإدارة الخاصة أو عقود العمل لأداء مهمة محددة.[1]

ويشمل القسم الثاني العقود الإدارية "Les contrats administratifs" وهي العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام بغرض تسيير مرفق عام وفق أساليب القانون العام، بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن أجل تعريف العقد الإداري يجب أولا التطرق لمفهوم للقرار الإداري

[1] بلعموري نادية، محاضرات في مقياس القرارات والعقود الإدارية لطلبة السنة الثالثة (ل.م.د) قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2021، ص 28.

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري

في ظل الغياب التّشريعي لتعريف القرار الإداري تعددت التّعريفات الفقهية والقضائية لهذا الأخير حيث عرفه الفقيه دوجي"**Duguit**" باعتباره كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو ما ستكون في لحظة مستقبلية ".[1]

وعرفه الفقيه"**HAURIOU**" بأنّه:«إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التّنفيذ المباشر".

كما عرّفه الأستاذ "**Rivero Jean**" بأنّه: "العمل الذي من خلاله تستعمل الإدارة سلطتها بصفة انفرادية لتغيير الأوضاع القانونية".

يستنتج من مجمل التّعريفات الفقهية والقضائية للقرار الإداري: "بأنّه عمل قانوني انفرادي صادر عن سلطة إدارية أو مرفق عام تنفيذي".

ويقصد بالقرار الإداري إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزِمة بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء أحد المراكز القانونية، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة، كما يعرفه الفقيه DUGUIT بأنه كل تصرف إداري يصدر لإنشاء أو تعديل أوضاع قانونية قائمة، كما يعرفه الفقيه HAURIOU بأنه إعلان للسلطة الإدارية عن إرادتها في صورة تنفيذية، بهدف إحداث آثار قانونية بالنسبة للمخاطبين بها، ويعرفه BONNARD بأنه العمل القانوني الذي يعدل في الأوضاع القانونية.[2]

كما يعرفه جانب من الفقه المصري عمل قانوني صادر عن جهة الإدارة بالإرادة المنفردة، يستهدف إحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة، وتأثر الفقه الجزائري بالفقه المقارن في تعريفه للقرار الإداري بأنه عمل انفرادي صادر عن جهة إدارية بقصد إحداث آثار قانونية تحقيقا للمصلحة

[1] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 3.
[2] خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص 220.

العامة[1]، وأيده في ذلك القضاء الإداري بأنه إفصاح من جانب الإدارة العامة يصدر صراحة أو ضمنا بمناسبة أداءها لمهامها المقررة لها قانونا، بقصد إحداث أثر قانوني وله الطابع التنفيذي.[2]

ومما سبق، يمكن تعريف القرار **الإداري بأنه عمل إداري قانوني يصدر في صورة انفرادية له الطابع التنفيذي، ويستهدف إحداث آثار قانونية(إما بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديله أو إلغاءه).**

وتأثر الفقه الجزائري بالفقه المقارن في تعريفه للقرار الإداري بأنه عمل انفرادي صادر عن جهة إدارية بقصد إحداث آثار قانونية تحقيقا للمصلحة العامة، حيث في هذا الصدد نجد الأستاذ عمار عوابدي يعرف القرار الإداري بأنه "مجموعة الأعمال القانونية المنفردة التي تصدرها السلطات الإدارية المختصة بإرادتها المنفردة والملزمة وذلك بقصد إحداث آثار قانونية معينة سواء بإنشاء أو تعديل أو إلغاءه للمراكز القانونية " كما عرفه الأستاذ لباد ناصر "بأنه عمل قانوني صادر بصفة إنفرادية من سلطة إدارية الهدف منه هو إنشاء حقوق والتزامات بالنسبة للغير".[3]

ولقد أيده في ذلك القضاء الإداري حيث يعرف القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة العامة المختصة بالشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكنا وجائزا قانونا إبتغاء مصلحة عامة.[4]

وعليه من خلال تلك التعاريف المذكورة أعلاه يمكن تعريف القرار الإداري بأنه "عمل إداري قانوني يصدر من الإدارة العامة في صورة انفرادية له الطابع التنفيذي، متى كان ذلك بباعث من المصلحة العامة التي يتبعها القانون، ويستهدف إحداث آثار قانونية(إما بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديله أو إلغاءه) ".

[1] محمد صغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005، ص 8.
[2] عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 23.
[3] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، سلسلة القانون، ط1، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2014، ص 178.
[4] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 4.

ومن خلال هذا التّعريف نستخلص مميزات القرار الإداري فيما يلي:[1]

خصائص القرار الإداري:

تكاد تتفق مجمل التّعريفات للقرار الإداري على مجموعة من العناصر المكونة له وتعتبر في نفس الوقت من الخصائص التي تميزه عن بقية الأعمال القانونية.

أ) القرار الإداري عمل قانوني:

يتميز القرار الإداري بأنّه عمل قانوني صادر من جانب الإدارة بقصد ترتيب أثر قانوني معين ونتيجة لذلك يستثنى من دائرة القرارات الإدارية الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة تنفيذا للنّصوص القانونية أو اللائحية سواءً كانت الأعمال المادية حدثت بإرادة الإدارة أو خارج إرادتها، لأنّها لا ترتب آثارا قانونية ولا يقبل الطعن فيها بالإلغاء.

ب) القرار الإداري عمل إنفرادي صادر بإرادة الإدارة المنفردة :

وهذه الميزة هي جوهر وأساس تمييزه عن العقد الإداري الذي يكون حصيلة توافق وتطابق إرادتين، إرادة الإدارة وإرادة المتعامل معها. وعليه فإنّ العقود الإدارية لا يطعن فيها بالإلغاء كقاعدة عامة باستثناء ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي وقبول الطعن بالإلغاء فيما يعرف بالأعمال أو القرارات القابلة للانفصال ذات العلاقة بالعملية التعاقدية المركزية، مثل قرار اعتماد الصّفقة، وقرار تشكيل لجنة مراقبة الصّفقات، وهي من مكونات وعناصر الصّفقات العمومية.

ج) القرار الإداري صادر عن سلطة إدارية أو مرفق عام:

[1] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 4.

إنّ مصدر القرارات الإدارية هو بصورة عامة السلطة التنفيذية اي أجهزة وهياكل السّلطة الإدارية المركزية منها والمحلية، وعليه يستبعد من دائرة القرارات الإدارية الأعمال الصادرة عن السّلطة التّشريعية والسّلطة القضائية، وكذا أعمال الهيئات الخاصة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

وهذا ما ذهب إليه المشرع بموجب المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/06/01 المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 2011/08/03 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة، تنظيمه وعمله على اعتبار قرارات المنظمات الوطنية المهنية (كمنظمة المحامين) والغرفة الوطنية للمحضرين وتنظيم الأطباء من قبيل القرارات الإدارية شأنّها في ذلك شأن القرارات الإدارية الصادرة عن السّلطات المركزية.

د) القرار الإداري عمل تنفيذي:

حتى يرقى عمل الإدارة إلى مرتبة القرارات الإدارية يجب أن يرتب آثارا قانونية، وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء مركز قانوني موجود. ومن هذا المنطلق يستثنى من دائرة القرارات الإدارية، الأعمال السابقة عنها، كالتّحقيقات والاقتراحات والآراء الاستشارية واللاحقة عنها كالتعليمات والمناشير الإدارية.[1]

الفرع الثاني: تعريف العقود الإدارية

أولا: التعريف اللغوي للعقد:

العقد في لغة العرب: معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين. جاء في المصباح المنير وغيره: عقد الحبل، أو البيع، أو العهد

[1] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 5.

فانعقد. ويقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر.[1]

وهو كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.[2]

ثانيا: التعريف الإصلاحي للعقد:

يعرف الأستاذ طعيمه الحرف" العقد الإداري" فيقول: أنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية تنشأ عنه حقوق والتزامات لكلا الطرفين، ويعرفه أيضا: أنه تصرف يربط بين طرفين على الأقل يجمع بين شخص عام وشخص خاص بفرض الاتفاق على تنفيذ عملية معينة.

وقد عرفه الأستاذ عبد الفتاح صبري أنه: أن العقد الإداري شأنه شأن العقد في القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين على إنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه وقوامه الإيجاب والقبول الذي يجب أن يتم خلال الأوضاع الشكلية والإجراءات المنصوص عليها حتى ينتج آثاره الصحيحة، وشأنه شأن العقود الخاصة بحيث يقوم على التراضي وإلا كان ذلك سببا في عدم مشروعيته.[3]

ويعرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي العقد الإداري أنه: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن

[1] وهبة بن مصطفى الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، دار الفكر، ط4، سوريا، دمشق، 1985، ص 2917.
[2] وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 2918.
[3] عمارة حكيمة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018، ص 7.

يتضمن شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.[1]

ثالثا: التعريف القانوني للعقد:

هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام ووفق أساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير معروفة في القانون الخاص.

وفقا لقضاء الدولة الفرنسي يعرف العقد بأنه: ذلك العقد الإداري الذي يبرمه الشخص المعنوي عامل بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ.

ووفقا لمجلس الدولة الفرنسي عرف العقود الإدارية على أنها: العقود التي يبرمها شخص معنوي بقصد تسيير المرفق العام.[2]

وعرفه القانون المدني الجزائري في المادة 54 منه على انه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ". يستخلص من هذا التعريف أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث أثار قانونية. العقد اتفاق: هناك من يميز بين العقد والاتفاق لاعتبارات مختلفة إلا أن هذا التمييز في الحقيقة ليس له أي أهمية من الناحية القانونية أو العملية بل يكفي الإشارة إلى أن الاتفاق يكون عقدا متى استوفى الخاصيتين التاليتين أن يكون خاضعا لأحكام القانون المدني وأن يتعلق بمصالح مالية، وبذلك يخرج من دائرة العقد كل الاتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام والتي لا تخضع للقانون الخاص، وكذلك الاتفاقات التي لا تتناول مصالح مالية كالاتفاق الذي يحصل بين الناخب ونائبه. العقد يهدف إلى إحداث أثار قانونية: أي يهدف إلى إيجاد وضع جديد يرتب حقوق وواجبات في ذمة الطرفين أو ينهيها، وما لم يهدف الاتفاق إلى إحداث مثل هذا الأثر فلا يعد عقدا. مثال:لا يعتبر اتفاق

[1] مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص 425.
[2] محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 253.

شخصين لحضور مأدبة عشاء عقدا لأن الطرفان في هذه الحالة لا يرغبان في تحمل التزامات قانونية وتكون الاستجابة للدعوة من باب المجاملة فقط. يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد جمع بين تعريف العقد و تعريفالالتزام، إلا أن الالتزام هو رابطة أو علاقة قد تنشأ عن العقد، أما العقد فهو اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها.[1]

ويختلف العقد الإداري عن الصّفقة العمومية في كون هذه الأخيرة عقد إداري مكتوب وفق قانون الصّفقات العمومية وموضوعها محدد أي من صنع المشرع، حيث تشمل عقد الأشغال وعقد التّوريد وعقد الخدمات وعقد الدّراسات، ويجب أن يكون مبلغ الصّفقة محدد قانونا حيث تنص المادة 13 من المرسوم الرّئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/02/16 المتضمن الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن مبلغ عقد الأشغال واللّوازم يجب أن يفوق 12.000.000 دج ومبلغ عقد الخدمات والدّراسات يجب أن يفوق 6.000.000 دج وتخضع لرقابة داخلية وخارجية ووصائية، بينما يعتبر العقد الإداري ذو أصل قضائي ونطاقه يتسع ليشمل كل اتفاق، يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام بغرض تسيير مرفق عام ويتضمن بنود استثنائية غير معروفة في العقود الخاصة، ويمكن أن يكون أطراف العقد الإداري من الخواص إذا كان بغرض تسيير مرفق عام.

ومن أجل التعمق أكثر في مفهوم العقد الإداري ينبغي معرفة تاريخ نشأة العقد الإداري:

إن اساس انطباق قواعد القانون الإداري في النصف الثاني من القرن التاسع عشر هو معيار السلطة العامة الذي يقوم بتقسيم أعمال الإدارة على نوعين: اعمال الإدارة العادية، والتي تخضع منازعاتها الى قواعد القانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية. أما تصرفات الإدارة التي تباشرها بما تملكه من امتيازات السلطة العامة فأنها تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

[1] منارى عياشة، محاضرات في مقياس مصادر الإلتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، 2017، من الرابط:
https://cte.univ-setif2.dz/moodle/course/view.php?id=110

ظهرت فكرة العقد الإداري في القانون الإداري الفرنسي إلا في مطلع مطلع القرن العشرين، حيث كان معيار السلطة هو معيار المتبع قضاء وفقها في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة (كالقرار الإداري) هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد كانت تخضع للقضاء العادي.

إذ عمل المشرع الفرنسي على إضفاء الصفة الإدارية على عقود معينة كالأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة وعقود القرض العام التي تبرمها الدولة لارتباطها بالمصلحة العامة. وقد دأب الشراح الفرنسيون على تسميتها بالعقود الإدارية بتحديد القانون، ومن هذه التشريعات قانون 28 بلوفيوس للسنة الثامنة للثورة التي نصت المادة 4 منه على أنه "جميع المنازعات التي تنشأ وتثور بمناسبة عقود الأشغال العامة هي من اختصاص مجالس الأقاليم"، فقد عمل المشرع الفرنسي على جعل اختصاص النظر في منازعات الأشغال العامة والتصرف بالدومين العام للمحاكم الإدارية [1]، وقانون 17يوليو 1790 و26 سبتمبر 1793 المتعلقة بعقود القرض العام، التي تقوم الدولة بإبرامها، ولم يستمر العمل بمعيار السلطة العامة كمعيار لانطباق وتحديد قواعد القانون الإداري. إذ سرعان ما ظهرت العيوب التي أدت به الى الاضمحلال والتراجع أمام نظرية المرفق العام التي جاءت على اثر قرار محكمة التنازع في 8 فيفري 1873 الذي ارتبطت به فكرة العقد الإداري متى ما تعلق بتسيير مرفق عام أو تحقيق أحد اغراضه، وتضمن أحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص.[2]

[1] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 8.
[2] فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل 1992، ص 14.

قد أدى الأخذ بمعيار السلطة العامة إلى تضيق نطاق القضاء الإداري مما دفع المشرع الفرنسي إلى توسيعه من خلال إصدار قوانين تدرج بعض العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري.[1]

وعليه فالعقود التي تبرمها الإدارة بقصد سير وتنظيم المرافق العامة هي أعمال إدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما يترتب عنها من منازعات.[2]

إذن يمكن أن يعرف العقد على أنه توافق ارادتين اوأكثر على احداث أثر قانوني معين، سواء تمثل هذا الاثر في إنشاء الالتزام او تعديله او نقله او انهائه، ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا ان العقد يقوم على أمرين رئيسيين هما:[3]

الأول: هو توافق ارادتين اوأكثر: فالالتزام العقدي لا ينشأ إلا عن إرادتين متطابقتين فأكثربحيث تعجز الارادة الواحدة والمنفردة عن إنشاء العقد وإن كانت قادرة على أن تكون مصدرا للالتزام وعليه فالعقد تصرف قانوني صادر عن جانبين.

الثاني: الغرض من العقد هو إنشاء الالتزام أو تعديله او نقله او الغائه: أي يتمخض عن إنشاء علاقة قانونية ملزمة بحيث لا يكفي توافق الارادتين لقيام العقد، بل لابد من أن تتجه الارادتين إلى إحداث آثار قانونية تمكن أحد الطرفين من مسائلة الطرف الاخر عند الاخلال بها، وبالمقابل إذا لم تتجه الارادة إلى ذلك فلا نكون بصدد عقد.

[1] لؤي عبد، الأسس القانونية الأزمة لمشروعيته العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي، العدد الثامن والخمسون، سنة 2011، ص2.
[2] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 9.
[3] علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، المظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول – مصادر الإلتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف - 2، 2021، ص 17.

الفرع الثالث: نشأة وتطور العقود الإدارية:

أما عن نشأتها في الجزائر لقد مر النظام القانوني للعقود الإدارية وكغيره من الأنظمة القانونية الأخرى في فروع القانون المختلفة سواء منها الخاص أو العام لعدة مراحل بها تطورات وتغيرات التي شهدتها الجزائر منذ الاستقلال وحتى الآن:[1]

1- مرحلة الأمر رقم 90/76 المؤرخ في 17 جوان 1976 المتعلق بنظام الصفقات العمومية:

كان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الاستراتيجي السائد آنذاك يتمثل أساسا في:

- حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة

- الاعتماد على الصفقات العمومية كالتنفيذ المخطط الوطني في إطار سياسة التخطيط الاقتصادي المنتهجة في ذلك الوقت.

2- المرسوم الرئاسي 154/82، المؤرخ في 10 أفريل 1982: يتعلق بصفة أن المتعامل العمومي متماشيا مع الاختيار الاشتراكي، صدر هذا المرسوم بهدف نمو تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن المركزية وغير المركزية، واقتصادية أو اجتماعية وذلك انسجام مع الاختيار الاشتراكي الذي يقوم في أساسه على وحدة القانون.

3- المرسوم التنفيذي رقم 934/91 المؤرخ في 9 ديسمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

بعد صدور دستور 1989 والتخلي على النظام الاشتراكي، كان لابد من وضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة من خلال الأخذ بالازدواجية والثنائية القانونية من حيث النظام الليبرالي الرأس مالي.

[1] شقاليل اشراق، أثار العقد الاداري بالنسبة المتعامل المتعاقد، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة، 2021، ص 10.

ولهذا فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي السابق ليقتصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الاقتصادي الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص إذ نصت المادة 4 منه على أنه: لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارة العمومية والهيئات المستقلة والولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

4- المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 27 جويلية 2002، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 10/236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 والمتعلق بالصفقات العمومية:

خضع هذا المرسوم الرئاسي للتعديل أول بموجب المرسوم الرئاسي 98/11 مس التعديل أساسا بأحكام تتعلق بدفاتر الشروط والمناقصات الدولية كما مس جزئيا بدفاتر الشروط المتعلقة بحالة التراضي البسيط، وخضع لتعديل ثاني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013 المتعلق بقانون الصفقات العمومية.[1]

ومن هنا يمكن تعريف العقود الإدارية حسب المعايير كما يلي:

أ- المعيار العضوي للعقد الإداري:

على أساس هذا المعيار يعتبر العقد إداريا إذا كان طرفيه جهة إدارية عامة مختصة بإبرام العقود الإدارية، وهذا المعيار هو الوارد في المادة 07 من الإجراءات المدنية والإدارية ورغم أن هذا المشرع لم يذكر مصطلح "العقود الإدارية" إلا أن أساسها موجود في نفس الإجراء هي عبارة "أيا كانت طبيعتها".

وفقا لهذا المعيار يمكن اعتبار عقد الإدارة العامة عقدا إداريا إذا كان أحد طرفيه جهة إدارية مختصة بإبرام العقود الإدارية(وزارة، ولاية، بلدية أو مؤسسة عامة) أي أن جميع العقود التي تبرمها

[1] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 10.

وتعقدها سلطة إدارية عامة[1] توصف بأنها عقود إدارية بصرف النظر عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على هذه العقود، وبغض النظر أيضا عن جهة القضاء المختص بمنازعات العقود أي أن العبرة وفقا لهذا المعيار بالجهة التي أبرمت وعقدت العقد فكلما كانت هذه الجهة جهة إدارية كانت العقود التي عقدتها عقودا إدارية.[2]

وفقا لهذا المعيار يشترط أن يكون أحد طرفي العقد الإداري على الأقل شخص من أشخاص القانون العام، المتمثل في الدولة والجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتّشريع التّجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممّولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وفقا للمادة 6 من المرسوم الرّئاسي رقم 15-247.

ب- المعيار الموضوعي للعقد الإداري:

وفقا لهذا المعيار يعتبر العقد عقدا إداريا إذا كان موضوعه إداريا يخضع لقواعد القانون في تنظيم ابر امه وتنفيذه، وهذا المعيار الموضوعي هو المعيار الراجح والأسلم إذا ما اكتملت إلى جانبه بعض الشروط والعناصر الأخرى، ويعتبر المعيار الموضوعي من المعايير القاطعة في تحديد وتمييز العقود الإدارية من غيرها لأنه يستند ويقوم على أساس موضوع العقد وطبيعته القانونية دون النظر إلى الشخص الذي أبرم وعقد العقد ودون اعتبار لنوعية الجهة القضائية المختصة قانونيا بالنظر والفصل في المنازعات الناشئة والمتعلقة بالعقود.[3]

[1] ناصر لباد، المرجع السابق، ص 201.
[2] بشيرة بركاهم، النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة نهائية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر تخصص ماستر دولة ومؤسسات، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سنة 2014، ص 7.
[3] نواف كنعان، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، 2005، ص 231.

يجب أن يتصل محل العقد بمرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه، فالعقد يعتبر إداريا إذا تم الاتفاق مع شخص آخر طبيعي أو اعتباري على تسير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة.

كما يوجد معيار آخر بالإضافة لهذه المعايير لتصنيف أو لتحديد العقود الإدار ية وهو معيار القانون العام، ويمكن تعريف العقد الإداري حسبما يستفاد من أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا بأنه عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره ومستخدما وسائل القانون العام.[1]

ج- المعيار الشّكلي : الشرط الاستثنائي غير المألوف

يذهب الفقه والقضاء الإداريين في الأنظمة القانونية المقارنة إلى أنّ العقد لا يعتبر إداريا حتى ولو أبرم من طرف شخص من أشخاص القانون العام واتصاله بمرفق عام ما لم يتضمن شرطا غير مألوف في العقود الخاصة، ويقصد بالشرط الاستثنائي غير المألوف أن يتضمن العقد بند يعطي للطرفين أو أحدهما حقوق أو يحملهما التزامات لا يمكن أن يقبل بها بحرية في العقود الخاصة على النّحو الذي يتبيّن فيما يلي:

شروط استثنائية عبارة عن امتيازات تتمتع بها الإدارة المتعاقدة:

- سلطة تعديل العقد بإرادة الإدارة المنفردة في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد.
- سلطة الإشراف على تنفيذ العقد.
- سلطة تغيير طريقة تنفيذ العقد.
- سلطة وقف تنفيذ العقد مؤقتا.

[1] بشيرة بركاهم، المرجع السابق، ص 8.

- سلطة فسخ العقد بإرادة الإدارة المنفردة دون رضا المتعاقد معها، ودون إخلاله بالالتزامات التعاقدية.
- سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التّعاقدية.
- النص في صلب العقد على انعقاد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالعقد إلى القاضي الإداري.[1]

شروط استثنائية تمنح امتيازات للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير:

- سلطة الضّبط الإداري.
- فرض رسوم أو جباية.
- حق الاحتكار.

نشأ الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة مع الغير، وقد دار هذا النقاش بين قدسية الإلتزامات التعاقدية وبين إمتيازات الدولة التشريعية والإدارية التي تمارس من خلال أجهزتها لتحقيق المصلحة العامة.

ولا شك أن العقد الإداري ناتج عن توافق ارادتين على إنشاء الالتزام شأنه شأن عقود القانون الخاص وفي هذا المعنى يتضح أن العناصر الأساسية في كلا العقدين واحدة، فيجب أن يتوافر الرضا ويجب أن يكون صحيحاً وصادراً من الجهة الإدارية المختصة، وسليماً من العيوب.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

لقد زادت أهمية العقود الإدارية في السنوات الأخيرة وذلك مع ازدياد تدخل الدولة في مختلف جوانب حياة الأفراد، فالهيئات العامة في الدولة المركزية منها واللامركزية أصبحت تبرم مئات العقود

[1] ناصر لباد، المرجع السابق، ص 202.

الإدارية سنويا حتى تتمكن من تلبية الاحتياجات العامة ومن ذلك عقود التوريد وعقود الأشغال العامة وعقود النقل وغيرها.

وتبرم الإدارة أنواعاً مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها في القانون المدني ومنها ما ورد عليه النص في الشروط العامة الخاصة بابرام العقود الإدارية، ومنها ما ترك تحديده للقضاء الإداري.

والعقود الإدارية كثيرة ومتنوعة لأن نشاطات الإدارة كثيرة ومتنوعة لذا من غير الممكن تعداد كل العقود الإدارية أو إجراء تصنيف جامع مانع لها، وعلى كل حال فإن الفقه والقضاء الإداريين قد حاولا تضييق هذه العقود، ومن قبل تصنيفها إلى عقود إدارية بنص القانون وعقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائص الذاتية.[1]

من جهة أخرى تبرم الإدارة العديد من العقود الإدارية، منها عقود غير مسماة مثل العقد الذي تلتزم بمقتضاه الإدارة بالإنفاق على الطالب وتأهله للعمل بمهنة معينة، مقابل التزام الطالب بعد تخرجه بالعمل في خدمة تلك الإدارة أو إيفاده منحة مدرسية أو إلزامه بدفع كل ما أنفقته الإدارة عليه طوال مدة دراسته أو المدة المحددة في التعهد.

أما العقود المسماة فلكل منها اسمه ونظامه القانوني الذي يحكمه وتتمثل في ثلاثة عقود إدارية أشارت إليها معظم التشر يعات وهي[2]:

[1] محمد علي الخلايلة، القانون الإداري- الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، كتاب الثاني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، مصر، سنة 2015، ص 213.
[2] حسام مرسي، أصول القانون الإداري- القانون الإداري، الضبط الإداري، العقود الإدارية، القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 277.

الفرع الأول: العقود الإدارية غير المسماة:

هي عقود تعتبر وفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع لها وذلك لأن شروط العقد الإداري وأركانه انطبقت عليها، حيث تلتزم الإدارة في مثل هذه العقود بالإنفاق على المتعامل، مقابل التزامه بعد تخرجه بالعمل في خدمة الإدارة لمدة معينة من الزمن.

أولا: عقد الوظيفة العامة:

هو اتفاق يبرم بين الإدارة وأحد الأفراد يتولى الأخير بمقتضاه أمر وظيفة عامة مقابل عوض مالي يتمثل في الراتب والعلاوات المقررة، وعقد التوظيف بهذا المعنى هو استثناء على الأصل وهو شغل الوظيفة العامة، من خلال صدور قرار إداري من المرجع المختص بتعيين من يشغل الوظيفة العامة، وهذا الاستثناء يبرر بضرورة إبرام بالمثل من الدول، كما يمكن إبرام مثل هذه العقود مع المواطنين من ذوي الخبرات والكفاءات النادرة والذين يصعب استقطابهم في ضوء سلم الرواتب المعمول به في التشريعات الوظيفية.[1]

ويقدم بمقتضاه أحد الأفراد خدماته من خلال توليه أمر وظيفة معينة مقابل عوض ينفق عليه، يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة، والتزامه بالمقابل بأعباء ومهام التي يتولاها بموجب هذا العقد.

وعقد التوظيف يعتبر استثناء على الأصل العام الذي يقضي بشغل الوظيفة العامة بموجب قرار إداري هو قرار التعيين إذ أن شغل الوظيفة العامة يتم بموجب عقد التوظيف الذي تبدأ به العلاقة الوظيفية بين أحد الأفراد والإدار ة، حيث تتمتع الإدارة بموجبه بعدد من العقود لا مقابل لها في عقود القانون الخاص(كعقد العمل) تتمكن بواسطتها من الاضطلاع بمهامها في تشغيل المرافق العامة تحقيقا للمصالح العامة.

[1] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 283.

والأصل أن تبرم عقود التوظيف مع الأجانب الذين يشغلون وظائف معينة عند عدم توفر كفاءات وطنية معينة إلا أنه يكن إبرام عقود توظيف مع المواطنين وفق ضوابط معينة تحكم مثل هذه العقود الخاصة بتوظيف خبراء أجانب أو مواطنين، وقد حدد نظام الخدمة المدنية الحالي ونظام تشكيلات الوزارات والدوائر الحكومية، والضوابط الخاصة بتعيين الموظف بعقد التوظيف، فأجاز في حالات خاصة يقررها مجلس الوزراء كتعيين موظفين بعقود على حساب الوظائف المصنفة الواردة في نظام التشكيلات الوزارات والدوائر الحكومية لحين انتهاء فيها وفقا للأسس انتقاء الموظفين المقررة...، كما نص على عدم جواز تعيين أي موظف بعقد في أي إدارة حكومية إلا بموجب نموذج العقد الموحد لجميع الدوائر أو نموذج المقرر لتلك الدائرة...، ويخضع لجوء الدولة لعقود التوظيف لشغل بعض الوظائف فيها اعتبارات المتعددة تختلف من دولة إلى أخرى، ومثال ذلك أن عقد التوظيف يستخدم على نطاق واسع في بعض البلدان كدول الخليج العربي بسبب كثرة عدد الموظفين الأجانب العاملين في مرافقها، الأمر الذي اقتضى اعتبار عقد التوظيف في بعض الدول كالكويت من العقود الإدارية بنص القانون، في حين في الدول الأخرى ومنها الأردن تستخدم عقود التوظيف على نطاق ضيق إذ غالبا ما يبرم لتوظيف الخبراء الأجانب وضمن شروط وضوابط قانونية محددة وبصفة مؤقتة، إذا لم يكن هناك كفاءات وطنية تتوافر فيها المؤهلات والمتطلبات اللازمة للوظيفة العامة.[1]

ثانيا: عقد انجازدراسات

يعرف عقد الدراسات على أنه "إنفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص أخر طبيعي أو معنوي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بانجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلتزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة".

[1] نواف كنعان، المرجع السابق، 330.

وهو اتفاق بين إدارة عامة وشخص طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة والاختصاص للقيام بدراسات واستشارات تقنية في مجال معين كالدراسات التي يقوم بها المهندس المعماري او مكتب دراسات مختص.[1]

ويتميز عقد انجاز الدراسات من غيره من العقود الأخرى أنه ينص على الجانب العقد والتقنين، وهو ذو طابع علمي بمقتضاه يتم توظيف: مساحات، أرقام، تصاميم هندسية بحوث، إحصاءات، تحاليل مخبرية، ووضعها تحت تصرف الإدارة المعنية.

الفرع الثاني: العقود الإدارية المسماة بنص القانون:

هي العقود لكل عقد منها اسمه المعروف ونظامه القانوني الذي يحكمه

أولا: عقد الامتياز

يعد عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية، لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة.

وهو العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد أشخاص القانون الخاص بغرض تسيير مرفق عام معين بوسائله وأمواله الخاصة لتلبية احتياجات عامة، مقابل حصوله على مقابل مالي محدد ومعلوم من المنتفعين بخدمات المرفق لمدّة زمنية محددة، ويتميز عقد الامتياز بطبيعة قانونية خاصة باعتباره عقد ثنائي التكوين ثلاثي الأثر من خلال ما يتمتع به كل طرف من حقوق وما يتحمل من التزامات، أي أثار العقد تنصرف إلى كل من المصلحة المتعاقدة، والملتزم والمنتفعين، ونظام الامتياز لا يصلح إلا بالنسبة للمرافق الاقتصادية التي يدفع المنتفع بها مقابل لانتفاعه.[2]

[1] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 30.
[2] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 272.

وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها ".. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح".[1]

وانقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين ذهب الأول نحو اعتبار عقد الالتزام من عقود القانون الخاص، متجاهلاً خصائصه المميزة من حيث منحه الملتزم سلطات من طبيعة خاصة من قبيل سلطته في فرض أعباء مالية على المنتفعين بالمرفق وسلطته في شغل الدومين العام وما إلى ذلك من إمتيازات أخرى ويوفرها له نظام القانون العام .

أما الاتجاه الثاني ويتزعمه الفقيه Duguit فيعتبر الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص الأول منها يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره، وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق . أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام والإلتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب الخدمات للمنتفعين .

ثانيا: عقد القرض العام

وهو عقد إداري يقرض بمقتضاه أحد أفراد القانون الخاص مبلغا من المال لأحد أشخاص القانون العام مقابل تعهد هذا الأخير بتسديد القرض وفوائده السنوية في الآجال المتفق عليها.[2]

[1] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مطبعة الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص40.
[2] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 30.

كما يعرف عقد القرض العام على أنه مبلغ نقدي ستوفيه الدولة أو أي شخص معنوي آخر من الغير(سواء كان الغير أفراد أو بنوك أو هيئات خاصة أم دولية أو دولة أخرى) وتنعقد برده وبدفع الفائدة عنه وفقا لشروط محددة.[1]

كما يعتبر عقد القرض العام عقد يتم تبادل فيه إرادة طرفيه شخص مقترض من ناحية ومقترضون(الأفراد أو غيرها من الأشخاص المعنوية المحلية أو الدولية) من ناحية أخرى، حيث ينتج عن هذا العقد التزام المقترض بتسلم عقد معين.

وكمصطلح قانوني قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني أنه: توافق إرادتين على ترتيب أثر أو آثار قانونية معينة وتؤدي هذه الآثار غالبا على إنشاء التزامات أو حقوق عينية أو نقلها أو تعديلها أو انقضاءها.[2]

ثالثا: عقد الأشغال العامة

يعتبر عقد الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية وأقدمها من حيث النشأة، وقد نشأت النظرية العامة العقود الإدارية التي شيدها مجلس الدولة الفرنسي بقصد تحقيق الأشغال العامة.

ويعرّف بأنّه عقد مقاولة بين أحد الأشخاص العامة والمتعامل معها (المقاول) يتعهد هذا الأخير ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لصالح الإدارة المتعاقدة تحقيقا للمصلحة العامة مقابل مبلغ مالي محدد في العقد ولا ينصب إلا على العقارات.[3]

[1] سارة نجوري، عقد القرض في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018، ص 11.
[2] سارة نجور ي، المرجع السابق، ص12.
[3] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 30.

عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه " اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة بالعقد.[1]

وعقد الأشغال العامة هو عقد المقاولة المعروف في القانون المدني إلا أنه يسمى عقد الأشغال العامة وهذا حين يتصل بمرفق عام ويحتوي على عناصر العقد وهو عبارة عن إنفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات يعتمد القيام بناء عقارات أو ترميمها أو صيانتها لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة، بمقابل يتفق عليه في العقود ووفقا للشروط الواردة فيه.

ويتضح من التعريف أن عقد الأشغال العامة يجب أن تتوفر فيه العناصر الآتية:[2]

- أن يتعلق موضوع العقد بعقار: ويشمل ذلك أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على عقار وكذلك بناء الجسور وتعبيد الطرق وما إلى ذلك.
- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام: ويعين بذلك أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال العامة المقررة لصالح أو لحساب شخص معنوي عام وفي هذه الحالة يستوي أن يكون هذا الشخص هو المالك للعقار أولا فيكفي في هذه الحالة أن يكون الشخص المعنوي العام يشرف إشرافا مباشرا على الأعمال موضوع العقد.
- أن يكون القصد من الأشغال العامة لتحقيق نفع عام: في البداية كان مفهوم الأشغال العامة تقتصر على الأشغال التي تتعلق بعقارات تدخل ضمن نطاق الدومين العام أما الأعمال التي تجري على العقارات لا تدخل في نطاق الدومين الخاص فلا تعد عقودا إدارية، ولكن سرعان ما فصل القضاء

[1] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط 5، القاهرة، 1991، ص 125.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 31.

الإداري بين الفكريين فيمكن وجود الأشغال العامة أيا كانت طبيعة الدومين الذي تنعقد عليه هذه الأشغال.

وهذا عقد إداري يبرم بين شخص معنوي عام وأحد أشخاص القانون الخاص(والذي يسمى المقاول أو المتعهد) بحيث يقوم هذا الأخير بناء أو صيانة أو ترميم عقار لحساب الشخص المعنوي العام وتحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد، ومن بين هذا التعريف أنما يميز هذا العقد أنه لا يرد إلا على العقار، فإذا تعلقت الأعمال محل العقد بمدخول، فإن الأمر يخرج عن نطاق الأشغال العامة، وإنه هذا العقد يتم تنفيذه لمصلحة شخص معنوي عام أو لحسابه حتى ولو لم يكن العقار مملوكا له فقد يكون مملوكا لأحد الأفراد أو لإحدى الجمعيات إنما المهم أن ننجز هذه الأعمال لحساب شخص معنوي عام وإنه لا بد أن يكون القصد من الأشغال تحقيق نفع العام وإلا فإنه يندرج ضمن العقود الخاصة للإدارة.[1]

فعقد الأشغال العامة هو عقد إداري تبرمه الإدارة مع أحد المقاولين "فرد أو شركة" ويصد به قيام المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب شخص معنوي عام بغية تحقيق منفعة عامة وذلك لقاء ثمن محدود متفق عليه. ويتضح من هذا التعريف أن عقد الأشغال العامة يتميز عن غيره من العقود بجملة من الخصائص والالتزامات الملقاة على عاتق أطرافه.

ويتميز عقد الأشغال العامة بـ:

تتعلق الأشغال العامة بالبناء أو الهدم أو الترميم أو الصيانة فقد توسع القضاء الإداري الفرنسي في فكرة الأشغال العامة وضمنها كالإضافة ما سبق أعمال التنظيف والكنس والرش في الطرق العامة وكذا العقود التي تتناول ناحية بالتخصيص كإقامة خطوط هاتفية ومد الأسلاك تحت الماء.

[1] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 272.

الغاية من الأعمال المكونة للأشغال العامة هي تحقيق نفع عام تقتضيه المصلحة العامة ولو لم تكن هذه الأشغال تنصب أصلا على الأموال العامة.

وتكون الأعمال التي ينفذها المعتمد لحساب شخص معنوي عام، وهذا يعني أنه ليس من الضروري أن تعود ملكية العقار المقصود للشخص المعنوي العام، قد يكون العقار الذي قام عليه الأشغال عقارا خاصا لكن الأشغال المنفذة عليه لحساب شخص معنوي عام.

ويتميز عقد الأشغال العامة في أن الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد في أوسع مدى لها، إذ تملك سلطة توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ، كما يجوز للإدارة أن تعدل الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة.

رابعا: عقد التوريد:

عقد التوريد هو عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات معينة مقابل ثمن معين[1]، وعقد التوريد يقابل عقد البيع في القانون الخاص والأصل في عقد التوريد أن الإيجاب يوجه على أساس الشروط المعلن عنها التي ستنقل جهة الإدارة بوصفها، إذا كان للطرف الآخر شروط خاصة تعد من الشروط العامة المعلن عنها دون أن تؤثر على الشروط الجوهرية فلجهة الإدارة أن تتفاوض معه للنزول عن كل أو بعض تلك الشروط فإذا أثر التفاوض عن تمسكه بها أو ببعضها، وارتضت جهة الإدارة تلك باتت الشروط جزءا لا يتجزأ من العقد، ويتعين الالتزام بها، ولقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة الذي يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين".[2]

[1] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 30.
[2] شقاليل اشراق، المرجع السابق، ص 48.

ويسمى أيضا بعقد اقتناء اللّوازم وهو العقد الذي يبرم بين الإدارة والمتعامل معها (المتعهد) بأن يورد للإدارة منقولات أو مواد معينة مقابل ثمن معين كتموين المستشفيات بالأسرة، المطاعم الجامعية بالمواد الغذائية وينصب على المنقولات دون العقارات.[1]

ويعرف على أنه أيضا اتفاق يتم بين جهة إدارية وأحد أشخاص القانون الخاص الذي يسمى المتعهد أو المورد يتعهد بمقتضاه توريد منقولات معينة للإدارة (مثل مواد غذائية أو تجهيزات طبية أو عسكرية) مقابل ثمن محدد، وقد يتم توريد المواد دفعة واحدة وقد يتم توريدها على دفعات، ومن خلال هذا التعريف يمكن القول بأن عقد التوريد يمتاز عن عقد الأشغال العامة بكونه يرد دائما على منقولات وليست عقارات، كما أنه يتميز عن مسألة الاستيلاء المؤقت على المنقول بكونه عقدا وصائيا لا ينعقد إلا برضا أطرافه وهما الإدارة والمورد في حين أن الاستيلاء المؤقت على المنقول يتم بقرار إداري من جانب الإدارة ودون موافقة أو رضا الطرف الآخر ويسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا.[2]

يشترط في هذا العقد مايلي :[3]

1- موضوع عقد التوريد أشياء منقولة دائما، وهو ما يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي يتعلق بالعقارات والعقارات بالتخصيص، ومن قبيل هذه المنقولات توريد مواد التموين والأجهزة والبضائع المختلفة الأخرى .

2- اتصال العقد بمرفق عام وتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة، وإلا فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص.

ويستوي بالنسبة لعقد التوريد أن يتم دفعة واحدة أو علي دفعات متعددة، وقد أفرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد، تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها

[1] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 31.
[2] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 280.
[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 139.

وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية والتي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود: عقود التصنيع وعقود التعديل والتحويل.

خامسا: عقد البوت:

يقصد بعقود البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومه الى احدى الشركات وطنيه كانت ام اجنبيه سواء أكانت من القطاع العام او القطاع الخاص وذلك لانشاء مرفق عام لاشباع حاجة عامه على حساب الشركه وبنفقاتها ، وتتولى هذه الشركه تشغيل المشروع وادارته مده معينه بشروط معينه تحت إشراف الجهه الاداريه المتعاقده واخيرا تنقل الشركه ملكية المشروع في حاله جيدة الى الدوله او الجهه المتعاقد معها.[1]

وكلمة البوت هي إختصار لـ (Build،Operate، Transfer): وتعني بناء أو إقامة أو تشييد أو تشغيل المشرو، أو نقل أو تحويل ملكية المشروع إلى الإدارة التي طلبت إنشاء المرفق.

وتعد عقود البوت صورة جديدة ومستحدثة من العقود الادارية تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى القطاع الخاص لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابه لفترة معينة من الزمن، على أن يلتزم بإعادة المشروع في نهاية المدة إلى الدولة، ويعتبر نظام البوت نظاما جذابا ومغريا، كون الحكومات تلقي بالتبعات المالية لإنشاء مثل هذه المشاريع التي عادة ما تكون كبيرة على عاتق القطاع الخاص وعليه فإن الدول تلجأ لهذا النظام لتوفير الوقت والمال، وبالتالي لدفع عجلة التقدم الاقتصادي والاجتماعي فيها، وتعد الجزائر من الدول التي اتجهت حديثا إلى لتفعيل دور الأخذ بعقود البوت بموجب التعديل الأخير لقانون الأملاك الوطنية القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية.[2]

[1] احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، دار النهظة العربية، 2003، ص 356.
[2] القانون رقم: 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، الجريدة الرسمية، عدد 44.

ولقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من العقود أي عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية بموجب المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، وتبرز أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل أو تحويل الملكية في كون التمويل يتم عن طريق القطاع الخاص، حيث يتم إقامة مشروعات المرافق العامة الكبرى دون أن تتحمل الدولة أعباء هذا التمويل، كما أن هذا النظام يوزع مخاطر وأعباء المشروع على القطاع الخاص، الأمر الذي يخفف بشكل واضح من عجز الموازنة العامة، ومن هنا فإن الدولة تسعى إلى الاستعانة بالقطاع الخاص للاضطلاع ببناء وتشغيل البنية الأساسية ذات الأعباء التمويلية الكبيرة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهذا يبرز دور الدولة في تطوير نظمها القانونية لتواكب التطور الاقتصادي والانفتاح على العولمة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه يتعين على الدولة عدم الاندفاع نحو هذه المشروعات دون إعداد الدراسات المناسبة والمتأنية لها، لأن ذلك يؤدي إلى حصول القطاع الخاص على العديد من المزايا المبالغ فيها وبالتالي إلحاق الضرر بالمصالح العامة للدولة.[1]

وتتمثل المزايا الأساسية لهذا النوع من عقود امتياز المرافق العامة بنقل عبء تمويل المشروعات إلى عاتق القطاع الخاص مع ضمان قدر من الإشراف والرقابة من جانب الدولة الأمر الذي يمكنها من مواصلة حركة الإنشاء والتنمية دون تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية أو اللجوء إلى الاقتراض، كما يساهم هذا الأسلوب في مساعدة الدولة في توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي مباشر كالتعليم والصحة بالإضافة إلى توفير فرص عمل جديدة من خلال القطاع الخاص الأجنبي في تنفيذ تلك المشروعات ونقل التكنولوجيا الحديثة والمعرفة الفنية والتقنية إلى البلاد وهذا بدوره يؤدي إلى رفع كفاءة التشغيل ومستوى خدمات البنية الأساسية.

[1] بومزبر باديس، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 32- عدد 2- جوان 2021، ص 96.

أما عيوب هذا النظام بالنسبة للإدارة المتعاقدة فيمكن إجمالها بتشابك العلاقات التعاقدية وارتفاع تكلفة إعداد وتحضير مستندات التعاقد، وتعيين وتدريب مستشارين فنيين وماليين وقانونيين وهو ما يستنزف أموالا كبيرة بالنسبة للأجهزة الحكومية، كما تتحمل الإدارة المتعاقدة بمقتضى الامتياز الممنوح للشركة الموكل لها المشروع الجزء الأكبر من المخاطر السياسية كالتأميم أو تغيير القوانين أو الحروب فتلتزم جهة الإدارة بتعويض شركة المشروع عن الأضرار الناتجة عن تلك المخاطر فضلا عن بروز مخاوف اقتصادية وسياسية من سيطرة رأس المال الأجنبي على موارد الدولة.[1]

وتتمثل المزايا الأساسية التي يحققها القطاع الخاص من هذا النظام أنه ومن خلال مشاركته في تمويل وبناء مشروعات البنية الأساسية يحقق ميزة أساسية هي التي تدفعه إلى التعاقد وهي تحقيق عائد نقدي يمكنه من استرداد تكلفة المشروع، بالإضافة إلى تحقيق هامش معقول من الربح سواء من خلال قيام الدولة أو الإدارة مانحة الامتياز بشراء الخدمة المقدمة بالسعر المتفق عليه أو من خلال قيام شركة المشروع بتقديم الخدمة أو المنتج إلى الجمهور مباشرة.

كما تحقق عقود البوت ميزة أخرى للقطاع الخاص وهي نقل المخاطر السياسية إلى الحكومة أو الإدارة التي تتحمل عواقبها، بالإضافة إلى الامتيازات الأخرى التي تعطيها الحكومة مانحة الامتياز إلى صاحب الامتياز كالإعفاءات الضريبية والجمركية أو الحق في استخدام الدومين العام.

وتتمثل عيوب هذا النظام بالنسبة للقطاع الخاص فتتمثل في تحمل القطاع الخاص القائم بالمشروع لمخاطر تجارية متنوعة وعالية التكاليف في حال عدم صحة دراسات جدوى المشروع أو تغير ظروف السوق، وخصوصا في حالة عدم وجود دعم حكومي أو التزام بشراء الخدمة وهناك مخاطر تتصل بعملية البناء والتشييد، كالتأخر في عملية تنفيذ المشروع أو الارتفاع المفاجئ في تكاليف مواد البناء وعدم كفاية الطلب من الجمهور لتحقيق هامش الربح المتوقع، وكل ذلك يؤدي إلى زيادة المخاطر

[1] بومزبر باديس، المرجع السابق، ص 107.

الملقاة على عاتق مؤسسات التمويل كالبنوك، وبالتالي زيادة الفوائد على القروض التي تتحملها في النهاية شركة المشروع أو القطاع الخاص.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للعقود الإدارية

تلتزم الإدارة مبدئيا بالقيام بأعمالها في حدود القوانين النافذة، أي طبقا لمبدأ المشروعية الذي يضمن للمتعاقدين حماية حقوقهم ضد تعسف الإدارة، ويعتبر مبدأ المشروعية الإدارية الضمانة الأساسية لحماية وصون حقوق المتعادين من تجاوزات سلطة الإدارة وتعسفها، ويقصد به الخضوع التام للقانون سواء من جانب الأفراد أو من جانب السلطة العامة.

ويكون عمل الإدارة مشروعا إذا كان عبارة عن تطبيق لقاعدة قانونية وهذا الرأي يوسع من مدلول مبدأ المشروعية على حساب سلطة الإدارة وحريتها في التصرف، ويكون عمل الإدارة مشروعا إذا كان استنادا للقانون وهذا يوسع من سلطة الإدارة بلا شك.

ففي حين يشكل القرار الإداري أهم الأعمال الإدارية التي تقوم الإدارة من خلالها بالقيام بوظائفها ومهامها، والذي تستهدف من خلاله تحقيق المصلحة العامة، ويشكل الإندماج التلقائي للقرارات الإدارية في النظام القانوني للدولة، أهم إمتياز لها على كافة الميادين والأصعدة، فمن خلال ذلك نجد أن القرار الإداري يحمل أغلب صفات القواعد القانونية، الأمر الذي أكد إرتباط العقود الإدارية بقرينة ملازمة له حتى إثبات عكسها بالطرق القانونية وهي قرينة المشروعية، والتي تقتضي صحة وسلامة العقود الإدارية بمطابقة عناصرها وأركانها للقوانين والتنظيمات، لتكون نافذة في مواجهة المتعاقدين بها وترتب كافة أثارها في حقهم.

ويتمثل الأساس القانوني للعقود الإدارية في توافر أركان العقد وشروط صحته كما سيأتي.

المطلب الأول: أركان العقد الإداري

العقد الإداري السّليم والمشروع هو الذي تكتمل عناصر مشروعيته، واستيفاءه للأركان الشكلية والموضوعية التي يقوم عليها العقد عوما

واستقر الفقه والقضاء الإداريين على أنه يشترط لاعتبار عقد ما عقدا إداريا توافر ثلاث أركان تمثل مجموعة معايير أساسية على النحو التالي:[1]

- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.
- أن يكون العقد متصلا بمرفق عام.
- أن يتضمن العقد شروط استثنائية أي غير مألوفة في عقود القانون الخاص ويجب الإشارة إلى أنه تم التطرق لهذه العناصر فيما سبق على أساس معايير تحديد العقد الإداري.

إلا أن أركان العقد في عموميات الالتزام نص عليها القانون المدني ونجد أنها هي نفسها في القانون الإداري وهي كالتالي:[2]

الفرع الأول: التراضي:

التراضي هو تطابق الارادتين الايجاب والقبول حيث نصت المادة 59 من ق.م[3] على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، وحتى يكون التراضي صحيحا يجب:[4]

[1] نواف كنعان، المرجع السابق، ص 187.
[2] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 29.
[3] المادة من 59 والمادة 60"، القانون المدني الجزائري.
[4] مناري عياشة، المرجع السابق.

1- أن يكون صادرا من أشخاص يتمتعون بالأهلية الكاملة والمنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة". أي أن يكونوا اشخاص أهل للتعاقد حسب ما نصت عليه

والمادة 78 قانون مدني: كل شخص اهل للتعاقد مالم يطرا على اهليته عارض يجعله ناقص الاهلية او فاقدها بحكم القانون.

وإذا كان الرضا غير صحيح بسبب وجود عيب من العيوب السالفة الذكر أو بسبب نقص الأهلية يصبح العقد قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية أو من وقع في عيب من عيوب الرضا، وهذا ما يعرف بالبطلان النسبي. أما انعدام الأهلية بسبب قصر السن أو الجنون أو العته فيؤدي إلى إنعدام ركن التراضي وبالتالي بطلان العقد بطلانا مطلق.[1]

ولما كانت الإرادة أمر باطني يدور في التدخل النفس الإنسانية فلا بد أن يكون لها نظهر خارجي يسمى "التعبير عن الإرادة" سواء أكان هذا المظهر قولا أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، وفي العقود الإدارية تغلب الصفة الشكلية في التعبير عن الإرادة وذلك بواسطة الكتابة وصدور إداري عن المدير المختص بالتعاقد ووفقا للأشكال المنصوص عليها، ومثلما هو الحال في عقود القانون الخاص يكون التعبير صريحا ويجوز أن يكون ضمنيا إذ لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا الفقرة 02 من المادة 60 من القانون المدني إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود، غير أن ظروف الحال تسمح المعنى على غيره من المعاني المحتملة، مثل: قيام الشخص باستغلال مرفق وبعد انتهاء

[1] مناري عياشة، المرجع السابق.

مدة الاستغلال يبقى ذلك الشخص استغلاله وقيامه بطلب من الإدارة بتجهيزه بالمواد الأزمة للعمل، واستلام الإدارة لا جوز الاستغلال الجديد تعتبر أمورا دالة على قبولها الضمني.[1]

فالرضا ركن من أركان العقد فبدونه لا نكون أمام عقد صحيح، فالإرادة لدى المتعاقد قد تكون معدومة (كإرادة الصبي غير المميز أو المجنون) ويترتب عليها بطلان العقد، وقد تكون الإرادة موجودة إذا صدرت من كامل الأهلية.

الفرع الثاني: المحل

يقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به أن يكون موجودا أو ممكنا، معينا أو قابلاً للتعين ومما يجوز التعامل به[2]، والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن إلا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استنادا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد[3]، ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية وذلك بان يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع فالعقد يعد باطلا لمخالفته للنظام العام، وكذلك الحال بالنسبة لشروط صحة المحل الأخرى فأنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني بالإضافة إلى ما تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الادارية.

تناول المشرع الجزائري محل العقد في المواد 92 إلى 95 من القانون المدني، يعرف المحل في الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين القيام به أو بعدم القيام به، وبموجب القانون المدني الجزائري يجوز أن يكون محل الالتزام شيء مستقبلا ومحققا، غير أنه لا يكون مستحيلا وإلا كان العقد باطلا بطلانا

[1] بشيرة بركاهم، المرجع السابق، ص 12.
[2] محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977، ص 7.
[3] عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص 17.

مطلق وإذا لم يكن معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة شيء من حيث وجوده، ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزام المدين بتسليم شيء من صنف متوسط، وإذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير، غير أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا، ويفهم من هذا أن المحل العقد الإداري هو موضوعه وهو موضوع الالتزام الناشئ عن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه أو بانجاز أو بدفع ثمنه.[1]

شروط المحل:[2] يلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة تضمنها المواد 92، 96 من القانون المدني الجزائري وهذه الشروط هي: أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل المادة 93 قانون مدني: أن يكون معينا أو قابلا للتعيين . المادة 94 قانون مدني: أن يكون المحل مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام والآداب المادة 96 قانون مدني.

1- أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل : ويعني أن يكون محل الالتزام موجودا أن يكون شيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت إبرام العقد، يترتب على ذلك بطلان العقد بطلانا في خالة ما يتعاقد الطرفان على اعتبار أن هذا الشيء موجود وقت العقد، ويتبين أنه ملك قبل التعاقد، كما في بيع منزل تبين أنه هلك قبل العقد بفعل صاعقة، لكن إذا هلك الشيء محل الالتزام بعد نشوء الالتزام، فإن الالتزام ينشأ صحيحا وينعقد العقد، وإنما نكون في هذه الحالة بصدد استحالة تنفيذ الالتزام، بالتالي إذا كانت الاستحالة هذه ليست راجعة لعمل المدين هو إنما لقوة قاهرة، فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، أما إذا كانت راجعة إلى فعل المدين، فإن الالتزام لا ينقضي ويلتزم بالتالي المدين بالتعويض

[1] بشيرة بركاهم، المرجع السابق، ص13.
[2] مناري عياشة، المرجع السابق.

ويدخل ضمنه هذا الشرط إمكان وجود الالتزام، أي لا يكون محل الالتزام مستحيلا م 93 ق.م.ج والاستحالة قد تكون مطلقة حيث يعجز كل الناس على القيام بمحل الالتزام كأن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم واتضح أن ميعاد الاستئناف قد انقضى، وقد تكون الاستحالة نسبية، أي بالنظر إلى شخص المدين، كأن يتعهد أحد الأشخاص برسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم كما يجوز أن يكون محل الالتزام مستقبلا.

و هذا ما جاء في نص م 92 ق.م.ج " يجوز أن يكون محل الالتزام مستقبلا ومحققا."

2- أن يكون قابلا للتعيين من ملابسات التعاقد مثل إذا كان المحل بناء مدرسة أو مستشفى أو مصنع أو ما إلى ذلك.

3- أن يكون المحل مشروعا:وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري:" إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، والآداب كان العقد باطلا".[1]

يتضح من هذا النص يلزم توافر شرط المشروعية في محل الالتزام، بمعنى أن يكون سائغا قانونيا فإذا كان المحل غير مشروع لا يقوم الالتزام وبطل العقد لانتفاء محله. وكذا تتمثل مشروعية محل الالتزام في عدم مخالفته للنظام العام وحسن الآداب وأساس النظام العام، ومقتضيات المصلحة العامة.

الفرع الثالث: السبب

وهو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام، ويوجد في هذا الشأن نظريتين: النظرية التقليدية وتأخذ بالسبب المباشر ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل طرف

[1] المادة 96 من قانون المدني الجزائري

هو ما التزم به الطرف الآخر، النظرية الحديثة: وتأخذ بالسبب غير المباشر أي الباعث الدافع إلى انشاء التصرفات القانونية فالسبب في عقود (حسب النظرية التقليدية) هو نية التنفيذ لذلك فهو مشروع دائما، أما في النظرية الحديثة وباعتباره الباعث الدافع للتعاقد، فهو يختلف من شخص لآخر فقد يكون مشروعا وقد يكون غير مشروع .أما المشرع الجزائري فانه يفترض مشروعية السبب افتراضا، ويعني هذا، أن كل التزام في الأصل يقوم على سبب مشروع، إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك، ومعنى أن القرينة التي وضعها المادة 98 من ق.م.ج والتي تقرر بأن " كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " تعتبر قرينة ضعيفة يجوز إثبات عكسها، وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي عدم مشروعية السبب، وفي حالة ذكر السبب في العقد، يعتبر هو السبب الحقيقي للاتفاق، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، وبهذا تقول الفقرة الثانية من المادة 98 من ق.م.ج " ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي من يوم الدليل على ما يخالف ذلك " فإذا ثبتت صورته السبب المذكور في العقد فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروعا أن يقيم الدليل على ذلك، وهذا ما قررته الفقرة 2 من المادة 98 في الجزء الثاني منها على انه " إذا قام الدليل على صورته السبب فعلى من يدعيها أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.[1]

إذا وجد الرضا كركن في العقل وكان صحيحا سالما من العيوب وانصب هذا العقد على محل جائز وممكن فانه لا يكفي لتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع، والسبب سواء أكان مباشراً أم غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد، إداريا كان أم مدنيا وإذا خلا العقد منه اعتبر باطلا لتخلف ركن من أركان العقد[2]، لان الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما بتحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة.

[1] مناري عياشة، المرجع السابق.
[2] عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 16.

فيشترط أن يكون موجودا ومشروعا(غيره خالف للقانون أو النظام العام) فسبب العقد هو الغرض الذي يقصده المتعاقدين من هذا الاتفاق، أحكام بالقضاء الإداري تكاد نكون قليلة في هذا الشأن وبسبب ذلك أنه من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو سبب باطل، ولكن في جملة يمكن القول أن السبب ركن جوهري وأساسي في العقد الإداري، وأنه محكوم في المقام الأول بالقواعد المدنية هو الآخر، مع مراعاة ما يتعلق بطبيعة العلاقات الإدارية، ويجب أن نلاحظ أن أركان العقد الإداري ان تخلف أحد الأركان يترتب عليه بطلان العقد[1]، وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت أن للعقد سببا غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام.[2]

الفرع الرابع: الشكلية

والشكلية حالة استثنائية عن مبدأ التراضي الذي أخذ المشرع به في المادة 59 من القانون المدني، و التي نصت على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

ويقصد بها تلك التي تكون ركنا في العقد، والمقصود بالشكلية كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه إذ لابد منه لقيام التصرف وبالتالي يشترط في العقد الشكلي، إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ركن رابع هو ركن الشكلية وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب عن انعدامها إنعدام التصرف إذ يقول محمود زواوي:[3] "بأن هناك تلازم بين الرضا والشكل وتأثير متبادل بينهما، فدور الإرادة هو تحديد الآثار الموضوعية للتصرف بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة فالشكل ليس هو العنصر

[1] حسام مرسي، المرجع السابق، ص 438.
[2] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص360 .
[3] مناري عياشة، المرجع السابق.

الوحيد في التصرف بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة، فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف الشكلي كما كان الوضع في الشرائع القديمة بل لا بد من وجود الرضا " إن الفرق بين التصرف الشكلي والتصرف الرضائي لا تقتصر فقط على كون التعبير عن الإرادة مقيدا بشكل بالنسبة للتصرف الأول، وحرا للتصرف الثاني، بل بالعقد الرضائي له ثلاثة أركان : (التراضي، المحل والسبب) والعقد الشكلي له أربعة أركان (التراضي، المحل، السبب والشكلية) وللشكلية المباشرة صورتان: تتمثل الصورة الأولى في الكتابة والصورة الثانية في فعل ما[1].

تتمتع بحرية التحرير والشكليات ما لم يشرط القانون صراحة هذه الشكلية ويكفي أن تتوافق إرادتها مع إر ادة المتعاقد معها على جميع عناصر وشروط العقد، وعليه لا يشترط فيها أي شكلية ويمكن إبرام العقد شفاهة، ويثبت فيما بعد كل طرق الإثبات مثل الفاتورة والوثائق بين الطرفين مثل الاعتراف البين، إلا أنه يحبذ على الإدارة أن تلجأ إلى الكتابة نظرا لمزاياها، ولذلك فعاليا ما تكون مكتوبة سواء من بدايتها أو أغلب مراحل انعقادها، وكثيرا ما تفضل الإدارة العامة الكتابة لأنها الطريقة الأسهل.[2]

لقد عرفت المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 الصفقات العمومية على النحو التالي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به.

يؤدي عدم توفر ركن من هذه الأركان إلى انعدام العقد واعتباره كأنه لم يكن، وهذا ما يعرف بالبطلان المطلق.

[1] مناري عياشة، المرجع السابق.
[2] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 34.

الأصل في العقود أنها تتم بالتراضي ولا يشترط أن يفرغ العقد في شكل معين إلا إذا نص عليه القانون، والعقود الإدارية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني، ولكن الملاحظ أن العقود الإدارية تمر بمراحل متعددة تقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوبا، فالعقد الإداري يقتضي وجوبا توافر أركان العقد جميعا حتى يمكن أن ينتج أثرا قانونيا وهذا يعود إلى الأحكام الضابطة للعقد التي تستلزمها العدالة ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص والعام، كما أن العقود الإدارية أوسع نطاقا من العقود المدنية وذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام.[1]

المطلب الثاني: شروط صحة العقد الإداري

لا يكفي أن تتوافر في العقد الإداري أركانه وإنما يجب أن يكون العقد صحيحا وغير قابل للإبطال فتصدر الإرادة من شخصين لديهما الأهلية الازمة لإبرامه وأن يكون رضا كل منهما سليما وليس مشوبا بعيب يبطله.

أولا: الأهلية:

تعرف الأهلية على أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمال تلك الحقوق ولذا فهي نوعين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صفة تقوم لشخص تجعله صالحا لأن يتعلق به حق معين، أما أهلية الأداء فهي صفة تقوم لشخص تجعله صالحا للمباشرة بنفسه عملا قانونيا خاص بالحقوق والواجبات التي تصلح لهذا الشخص لتعلقها به.

بالنسبة لأهلية المتعاقد تطبق عليها القواعد العامة إذا نصت المادة 400 من القانون المدني الجزائري لسنة 2017 على "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر19 سنة كاملة".

[1] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 336.

ونصت المادة 78 من نفس القانون "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعه ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".[1]

ولما كانت الإدارة شخص معنوي فإنه لا يثبت لما من حقوق ولا يكون عليها واجبا إلا بما يتناسب مع صنفتها هذه الأصل أن الإدارة تملك كالأشخاص الطبيعيين أهلية وجوب كاملة ما لم يقتضي القانون بخلاف ذلك ومن الحالات التي يفقد فيها القانون أهلية الإدارة حصر نشاطها في أنواع محددة من الحقوق لتحقيق الأغراض التي أنشأت من أجلها بموجب قانون إنشائها وقد نصت المادة 50 من القانون المدني الجزائري لسنة 2017 بقولها يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.[2]

وأهلية الأداء أي قدرة الإدارة على ممارسة حقوقها وواجباتها بموجب القانون تختلف عن تلك القدرة التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين فالرئيس الدائرة المختص بالتعاقد يكون هو المعبر عن إرادة الأداء دون سواه، وقد يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي حيث تنص المادة 82 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت رقابة المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية، بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك والحقوق المكونة للممتلكات البلدية وإدارتها. ويجب عليه على وجه الخصوص القيام بما يلي[3]:

-التقاضي باسم البلدية ولحسابها.

- إبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والإيجارات وقبول الهبات والوصايات

- القيام بمناقصات أشغال البلدية ومراقبة حسن تنفيذها.

[1] المواد 40 و78 من القانون المدني الجزائري.
[2] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 32.
[3] المادة 82 من القانون 11 -10 المتعلق بالبلدية

ثانيا: سلامة الرضا:

يكون إبرام العقود تصرف قانوني يترتب عنه التزامات قانونية هامة، لا يمكن أن يتعاقد إلاّ من تتوفر فيه الأهلية لكلا المتعاقدين، ولا يكفي أن يكون الرضا موجودا بل لابد أن يكون صحيحا، فوحدها الإرادة الحقيقية تنشا الالتزام.[1]

ولسلامة ركن الرضا يجب خلو هذا الركن من عيوب الرضا ويقصد بها سلامة الإرادة وقد عالج المشرع الجزائري في القانون موضوع سلامة الرضا في المواد 81-91 من القانون المدني لسنة 2017.

أ: الإكــراه:

الإكراه فقهيا هو ضغط غير مشروع، يوجه إلى إرادة الشخص، فتتأثر به فيندفع صاحبها إلى التعاقد، وذلك بسبب الرهبة أو الخوف في نفسه، الذي يحمله على التعاقد.[2]

ولقد نصت المادة 88 من القانون المدني على أنه: يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطات الرهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة القائمة على بنية إذا كانت ظروف الحال تصور لطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

ويراعي في تقدير الإكراه، جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف التي من شأنها أن تؤثر على جسامة الإكراه، غير أن المادة 89 تشترط أن يصدر من أحد

[1] إيراين نوال، ركن الرضـا في الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد: 14، العدد: 01- 2022، ص 250.

[2] إلياس ناصر، أحكام العقد، موسوعة العقود الإدارية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2008، ص 193.

المتعاقدين، فإذا صدر من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.[1]

والتقسيم الأكثر أهمية في الإكراه هو انقسامه إلى إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

•الإكراه الملجئ: هو الذي يقع بتهديد بخطر جسيم على الجسم أو المال، كالتهديد بالقتل أو بإتلاف المال.

•الإكراه غير الملجئ: هو مادون ذلك أي الإكراه الذي لا يصل إلى حد القتل أو إتلاف المال، كالحبس أو التأنيب أمام الناس.

حكم الإكراه : سواء كان الإكراه ملجئ أو غير ملجئ فالعقد يكون (موقوف) أي غير نافذ ولا ينفذ إلا بإجازة المكره نفسه (أي من وقع عليه فعل الإكراه).

شروطه : لكي يكون الإكراه عيبا من عيوب الرضا لابد من توافر شروط هي:

1- عدم مشروعية الإكراه: إذا كان الغرض من الإكراه هو الحصول المكره على شي ليس له فيه حق كان الإكراه غير مشروع.

2- قدرة المكره على إيقاع تهديده.

3- بعث الرهبة في نفس المكره فالإكراه في ذاته لا يعيب الرضا وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة.

[1] شقاليل اشراق، المرجع السابق، ص 25.

ب: الغلط:

الغلط كما عرفه بعض الفقهاء "حالة تقوم في النفس فتحملها على توهم غير الواقع "وعرفها الفقيه الفرنسي "سالي" بأنه "عدم توافق الإرادة الحقيقية، أي الباطنة، مع الإرادة المعبر عنها، أي الظاهرة.[1]

وحسب المادة 81 من القانون المدني: يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب ابطاله.

وقد نصت المادة 82 من القانون المدني : يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

فالغلط يعتبر على الأخص إذا وقع في صفة الشخص يراها المتعاقدين جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظام الشروط العقد وحسن النية أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكذلك تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد وتكون جوهرية إذا بلغت حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط.[2]

ج: التدليس

التدليس في العقود الإدارية هو استعمال المتعاقد مع الإدارة طرقا احتيالية لتضليلها ودفعها إلى التعاقد، كأن يدعي قيامه بأعمال سابقة تدل على خبرته... أما التدليس من جانب الإدارة فهو مستبعد.

وحسب العقود الثانية من المادة 86 من القانون المدني فإن التدليس هو:" السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

[1] غني حسون طه، الو جيز في العقود المسماة، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، ، 1970، ص 68.
[2] عمارة حكيمة، المرجع السابق، ص 33.

وقد جرى التعبير في الفقه المدني على تعريف التدليس بأنه إيقاع أحد المتعاقدين بطرق احتيالية في غلط يدفعه إلى إبرام العقد[1]، ومن هذا التعريف تظهر الصلة بين الغلط والتدليس، فالتدليس يوقع الشخص في غلط وهذا الغلط يدفع الشخص إلى التعاقد، فالتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا الغلط الذي يولده في نفس المتعاقد، ويتميز هذا الغلط عن الغلط العادي بأنه غلط خارجي أي أن الشخص لم يقع فيه من تلقاء نفسه بل أوقعه فيه شخص أخر، أما الغلط العادي فهو غلط ذاتي وقع فيه الشخص من تلقاء نفسه.

ويعرف التدليس بأنه القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع.[2]

فالتدليس هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها، ويلاحظ على هذا النص في تعريفه للتغرير أنه لا يعتبر التغرير في الواقع عيبا من عيوب الرضا وإنما هو علة لعيب آخر هو (الغلط في محل العقد) لأنه الغلط قد يكون تلقائيا أي ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه أو يكون مستثارا، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع العاقد وفي كلا الحالتين يكون العقد معيبا.

د: الاستغلال

حسب نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على: إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المجنون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر استغل فيه

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني –حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال الجزء 8 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر القاهرة 1968، ص 421

[2]- حسن الجندي، شرح قانون قمع التدليس والغش، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص29.

طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ التعاقد، وإلا كانت غير مقبولة ويجوز في عقو د المعاوضة أن يستوفى الطرف لآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.[1]

وتستطيع الإدارة مصدرة القرار بحكم السّلطة التّقديرية التي تتمتع بها اختيار وقت التّنفيذ المناسب لقراراتها خدمة للمصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، كما تستطيع الإدارة الوصية، طلب وقف التّنفيذ استجابة لمتطلبات المحافظة على النّظام العام.[2]

ويترتب عن الإخلال بأركان وشروط العقود الإدارية البطلان المطلق مثل ما هو الحال عليه في القانون الخاص أما الجزاء لمخالفة شروط وصحة العقد الإداري فهي ليست كما عليه في القانون المدني، فقد تكون باطلة بطلانا مطلقا وقد تكون باطلة بطلانا نسبيا بحسب الأحوال، وتكون باطلة بطلانا مطلقا إذا تعلق الأمر بالاختصاص أو الشكليات والإجراءات التي قد يفرضها القانون وهي التي تعد أمورا جوهرية في العقد الإداري، لأن الإجراءات العامة تكون من النظام العام، وتكون باطلة بطلانا نسبيا في حالة الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال غير أن ذلك لا يكون إلا بقرار قضائي، وعلى ذلك يستطيع هذا المتعاقد أن يطلب إبطال العقد إذا توافرت الشروط التي يستلزمها القانون للإبطال.[3]

إلا أن التنظيم لم يحدد جزاء مخالفة هذه الشكلية وقد يزيد النص غموضا عند إضافة عبارة "في مفهوم التشريع المعمول به"، وبالتالي فإن اعتبار الكتابة ركن أمر مستعبد، ذلك أنه لا بطلان إلا بنص.[4]

[1] المواد 88 إلى 90 من القانون المدني الجزائري.
[2] بلعموري نادية، المرجع السابق، ص 23.
[3] محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الأول، 1954، ص 345.
[4] مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2008، ص 12.

والمشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 429 قانون العقوبات لم يستعمل لفظ الجاني وإنما استعمل لفظ المتعاقد، ويقصد به في جرائم الغش والتدليس ذلك الشخص الذي يتعامل مع الجاني فيقع في الخداع بشأن الشيء محل التعاقد.

خلاصة:

إن القرارات الإدارية الصادرة من المصلحة المتعاقدة خاصة، تعتبر المحرك لتنشيط إجراءات الصفقات العمومية والتي تمثل الشق النشط في الإدارة العامة، ومن هذه القرارات الإدارية نجد القرارات الإدارية المنفصلة التي تبدأ وتنشأ مرتبطة بالأساس بالعملية الأساسية (الصفقة العمومية)، وتنتهي بإنفصالية، حيث نجد من أنواع هذه القرارات الإدارية المنفصلة قرارا المنح المؤقت الذي أتاح المشرع الطعن فيه بالإلغاء، في حالة حدوث أي خلل عند إصداره كحق منوط لكل من له مصلحة.

فالعقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة أي أنه يرتب حقوقا والتزامات في مواجهة طرفيه ومن ثم يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة عدة التزامات يتعين عليها مراعاتها، وتنصرف آثار العقد مباشرة إلى طرفيه فترتب الحقوق والواجبات على عاتقيهما ويصبح كل منهما دائن ومدين حسب الاتفاق، والمتعاقد هو كل شخص قام و اشترك في إبرام العقد سواء بنفسه أو أناب شخصا آخر عنه فيلتزم بكل بنود العقد حسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري و التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون".

الفصل الثاني

سلطات الإدارة

في تنفيذ العقود الإدارية

تمهيد

إذا كان للإدارة الحق في إخضاع علاقاتها التعاقدية لنظام السلطة العامة فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة إمتيازات السلطة العامة مع المتعاقدين معها بتضمين العقود التي تبرمها شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص فهو المعيار الذي، يميزه عن غيره من العقود المدنية التي تبرمها الإدارة.

إن الإدارة العامة كطرف في العقد الإداري تتمتع بالكثير من الحقوق والامتيازات التي تميزها عن باقي ما تبرمه من عقود أخرى، حيث تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين ، فالإدارة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها وهذا لتحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات الأفراد الضرورية تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، فلا يمكن أن تعامل معاملة الأفراد ومن هنا منحت الإدارة المتعاقدة جملة من السلطات والحقوق الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها كحق الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد وان تقوم بتعديل شروطه وسلطة توقيع الجزاء وإنهائه.

إن الإدارة العامة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد وفق مندرجاته ، إنما تتدخل في توجيه عمال التنفيذ وذلك بإختيار أنسب الطرق وذلك لضمان حسن سير المرافق العامة ، مع الالتزام بمبدأ المشروعية عند إصدار القرارات الإدارية.

المبحث الأول: الرقابة والإشراف على العقود الادارية

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري ولها حق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، ويقصد بهذه السلطة الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد والتي من شانها أن تجعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من اجله، بحيث يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد حسب شروطه ومواصفاته الفنية والمالية ، ومتفقا مع الغرض المنشود منه ، ولا يشترط أن يكون هذا الحق منصوصا عليه في العقد، إذ أنه مقرر دون حاجة إلى نص عليه ، فهذا الحق متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عنه، بمعنى أنه إذا تنازلت الإدارة في العقد عن حقها في الرقابة والتوجيه كان الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام.

المطلب الأول: سلطة الرقابة على العقد الاداري

تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في سياق أداءها لمهامها، ولضرورة تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، فقد أوكل لها المشرع الجزائري ضمن القواعد القانونية والآليات الإجرائية عدة مهام وصلاحيات من بينها الرقابة والإشراف على كل ما يتعلق بضرورات المصلحة ضمن صلاحياتها خاصة في مجال العقود الإدارية.

الفرع الأول: تعريف الرقابة في العقد الإداري

تعني سلطة الرقابة تحقق الإدارة من أن الطرف المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه، فللإدارة الحق في التأكد من أن المتعاقد ينفذ العقد تنفيذا صحيحا متفقا مع ما تم الإشتراط عليه في العقد.[1]

[1] عمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور، الجزائر، 2007، ص142.

وقد تفوض الإدارة أحد ممثليها للقيام بالرقابة على تنفيذ العقد، وتكون الرقابة عن طريق أعمال مادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة الإدارة كالمعاينة، والتحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص المباشر لها، أو استلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها، أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والتخصص في إنجاز بعض الأشغال التي تتطلب وجود أشخاص لهم دراية وخبرة معينة تتطلبها الأعمال موضوع العقد، كما تمارس أيضا عن طريق تصرفات قانونية كأن تصدر قرارات أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها.[1]

تتمثل سلطة الرقابة بالمعنى الواسع في سلطة الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الاعمال واختيار أساليب التنفيذ، وفق مقتضيات المصلحة العامة، ويمكن لها أن تطالب بتغيير طريقة التنفيذ، أو المطالبة بأن يستغني المتعاقد بعمال آخرين.[2]

ويتم التوجيه بواسطة إصدار تعليمات بإتباع طرق معينة في التنفيذ أو اصدار أوامر إدارية لتوجيه توقيت أعمال التنفيذ.[3]

وهناك صورتان لممارسة الرقابة، فقد تكون الإدارة كأي طرف في علاقة تعاقدية لها الحق في مراقبة تنفيذ التزامات العقد، وقد تكون السلطة بإصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو.[4]

ويعتبر حق الإدارة في الرقابة عن طريق التوجيه هو حق ثابت ولو لم ينص عليه في العقد صراحة وذلك استنادا إلى القوانين التي تحكم الإدارة العامة، وهذا الحق مقرر للإدارة في جميع العقود الإدارية، إلا

---

[1] سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص16.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص183.

[3] جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، 2007، الإسكندرية، ص382.

[4] مفتاح خليفة عبد الحميد، انهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص60.

أنها تتفاوت فهي محدودة على سبيل المثال في عقود اقتناء اللوازم بالمقارنة معها في عقود الأشغال العامة.[1]

وسلطة الإدارة في الرقابة والإشراف على تنفيذ العقود الإدارية مقيدة ببعض اشروط لصيانة ضمانات الطرف المتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها في ممارسة هذه السلطة.[2]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف:

يتمثل الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف في تنظيم مجال الصفقات العمومية، باعتبارها تتضمن العقود الإدارية المحددة بنص القانون.[3]

فالمشرع يتدخل عن طريق التشريع لكي يزود الإدارة وبسلطات واسعة في الرقابة على المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد لتحقيق النفع العام، فقيام الإدارة لسلطة الرقابة ضمن اختصاصاتها التنظيمية، لذا فإن أساسها القانوني نجده في النصوص القانونية التي تحكم نشاط المصلحة المتعاقدة.[4]

قد يرد النص صراحة في القانون كالمادة 146 من القانون 15-247، أو يتم النص على سلطة الرقابة ضمن العقد الإداري ذاته، أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة وما يتبع من مباشر من وسائل وما يتوفر للمتعاقد معها من ضمانات في هذا الصدد، وفي هذه الحالة فلا جدل أن سلطة الرقابة أساسها في فكرة العقد.[5]

---

[1] محمد علي خلايلة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص305.

[2] نواف كنعان، القانون الإداري، ج2، دار الثقافة، الأردن، 2003، ص 355.

[3] حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 138.

[4] رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص12.

[5] السبكي ربيحة، المرجع السابق، ص19.

وقد لا تنص العقود الإدارية أو دفاتر الشروط أو القوانين أو اللوائح بشأن ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، وهذا لا يعني حرمانها من ممارسة سلطتها في هذا الصدد. فسلطة الإدارة في الرقابة هو حق أصيل مقرر لها، ومن فإنها لا تحتاج إلى نص يقررها أو يمنحا تلك السلطة، ودون الاعتراف بأي نص يرد بالعقد يحضر عليها استعمالها لتعلقها بالنظام العام الأمر الذي لا يجيز للإدارة التنازل عن استعمالها أو الاتفاق على إعفاء المتعامل المتعاقد من الرقابة.[2]

ففي هذه الحالة نجد أساس هذه السلطة في فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد، فاحتياجات المرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام، هي التي تبرر ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات استثنائية في مجال تنفيذ العقد الإداري بما فيها سلطة الرقابة.

فالطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة العامة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجود طالما ووجد المرفق العام.[1]

وتمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات للمتعاقد معها في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك الآن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف، فسلطة الرقابة أساسها في فكرة المرفق العام فهي ثابتة للإدارة حتى ولو ينص عليها العقد.[2]

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991، ص448.
[2] ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري التنظيم الإداري النشاط الإداري، لباد للنشر، الجزائر، 2006، ص248.

الفرع الثالث: مجالات أعمال الرقابة والإشراف

تعتبر القيام بأعمال الرقابة والإشراف حق ثابت ومقرر للإدارة بالنسبة لكافة العقود الإدارية على مختلف أنواعها، متى ولم يرد ذكره في شروط العقد صراحة، حيث تشتمل سلطة الإدارة عند مباشرة حقها في الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة بطريقة ملحوظة، فالمتعاقد في عقد الأشغال العامة هو تنفيذ الالتزامات المنصوصة في العقد.[1]

ويجب على المتعاقد الخضوع لجميع القرارات المعمول بها ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولا عن حفظ النظام بموقع العمل، وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية، بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات.[2]

ويمكن للجهة الإدارية تعيين مشرف من طرفها ليتابع تنفيذ عقد الأشغال العامة وزيادة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقا للمدى الزمني المحدد ووفقا للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال.[3]

وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه، وينقلب المتعاقد إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة.[4]

[1] جمال عباس احمد عثمان، المرجع السابق، ص390.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص184.
[3] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص305.
[4] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص143.

وفي عقود اقتناء اللوازم يكون حق الإدارة في الرقابة أقل شدة، وقد تكون لاحقة على تنفيذ العقد، وتكون للتحقق من مطابقة اللوازم الموردة للشروط والمواصفات من حيث العدد والوزن والنوع وسلامة الأصناف، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة.[1]

وفي عقد الإمتياز تمارس الإدارة رقابتها هنا بالمعنى الضيق أي عن طريق الإشراف للتأكد من سير عملية الأشغال بانتظام، دون أن تتضمن توجيهات أو تدخلات في إدارة المرفق، لأن الإدارة المانحة للامتيازات تحرص بصفة عامة أن تمنح الملتزم بعض الحرية لإدارة المرفق واستغلاله[2]، ويقتصر دور الرقابة على مدى جدية الملتزم في إدارة المرفق باعتبار أن ذلك هو الهدف الأول من ابرام عقد الامتياز.[3]

وتمارس الرقابة على عقود الامتياز بإحدى الصور الآتية:

- **الرقابة الفنية:** وتكون هذه الرقابة عن طريق ولوج ممثل الإدارة من قبل الإدارة إلى مناطق الاستغلال للإطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط وإجراء الاختبارات اللازمة.

- **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:** يتلازم مع هذا الأمر ضرورة متابعة مستوي أداء المشروع من عمليات الترميم والإصلاح والتجديد.[4]

إن المشرع قد خول للإدارة الحق في مباشرة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، إلا أن هذه السلطة ليست سلطة، لأن استعمالها يخضع لضوابط تشكل في محملها ضمانات للمتعاقد وهي:

---

[1] نواف كنعان، المرجع السابق، ص355.
[2] خوخة توتي، المرجع السابق، ص34.
[3] جمال عباس احمد عثمان، المرجع السابق، ص389.
[4] خوخة توتي، المرجع السابق، ص34.

1- الضابط العام: ويتمثل هذا الضابط في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية[1]، أي تلتزم الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة تطبيقا للمبدأ العام للمشروعية بمراعاة النصوص القانونية، لأن القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات ادارية بغض النظر عن الأساس الذي ترتكز عليه هذه السلطة لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموما من ضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية.[2]

2- الضابط الخاص: ويتعلق الضابط بالعقد الإداري موضوع الرقابة، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه، فلا يمكن للإدارة أن تصدر للمتعاقد معها بعض الأوامر التي من شأنها تغيير طبيعة العقد ذاته، أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة والمدة المطلوبة للتنفيذ.[3]

المطلب الثاني: سلطة تعديل الانفرادي للعقد الاداري

للإدارة سلطة تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الطرف المتعاقد معها، وذلك ضمن النطاق القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري.

الفرع الأول: أساس التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

إن أساس السلطة في التعديل والتأقلم مع المعطيات الجديدة، حيث تتغير متطلبات المصلحة العامة بمرور الزمن وبتغير المعطيات الاقتصادية والاجتماعية وفقا للتطور العلمي والتقني المتواصل، ولارتباط العقد الإداري بالمرفق العام فإن تغير الظروف التي وضعت في الاعتبار عند ابرام العقد يؤدي إلى

[1] خوخة توتي، المرجع السابق، ص36.
[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته فضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص32.
[3] سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص28.

ضرورة قيام الإدارة بالتعديلات الضرورية على الالتزامات الأصلية لملائمتها مع المتطلبات الجديدة لحسن سير المرفق العام.

إن القيام الإدارة بممارسة التعديل الإنفرادي للعقود الإدارية يؤدي إلى أن الإدارة في هذه الحالة لا تستخدم امتيازا تعاقديا وإنما تستعمل حقا مقررا باعتبارها سلطة عامة، وبذلك يتم الخلط بين الوسيلة والغاية التي تبتغيها الإدارة من العقود الإدارية فالسلطة العامة للإدارة هي الوسيلة التي تعتمدها الإدارة في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من عمل الإدارة وهي تحقيق المصلحة العامة.[1]

إلا أن هذا التعديل يشتمل جميع بنود العقد الإداري لأن الإدارة لا يمكنها أن تعدل في البنود التي تتصل لمصالح المتعاقد المالية وعليها فإنها تلتزم بتقديم تعويضات للمتعاقد معها، والتعديل يشمل البنود التي تتصل بسير المرفق العام.

فسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة تجد أساسها في فكرة المرفق العام ومتطلباته، من حيث ضرورة سيره بانتظام واطراد وقابليته للتطوير والتغيير، فيرى الأستاذ دي لوبادير أن قيام الإدارة بتعديل عقودها الإدارية لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق أو احتياجات الجمهور نفسه، ويؤيد أغلب الفقه الفرنسي هذا الاتجاه[2]، وتستمد الإدارة سلطتها في تعديل العقد من مقتضيات سير المرفق العمومي والحاجيات العامة، ولذلك يكون لها حق تعديل العقد بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد معها.[3]

---

[1] أحلام بوسهل، صلاحية الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012 2013، ص25.

[2] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص121 122.

[3] علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، ج2، دار الهدى، الجزائر، 201، ص148.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة.[1]

ومن الناحية القانونية في التشريع الجزائري فإن الأساس القانوني لسلطة التعديل يقع ضمن نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.

ويشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل عدة بنود تعاقدية في الصفقة.[2]

وتتمثل شروط الملحق في:[3]

- أن يكون مكتوبا طالما الصفقة الأصلية مكتوبة لان عنصر الكتابة شرطا جوهريا في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل كون المشرع عبر عنها بعبارة الملحق وثيقة والوثيقة وجب أن تكون مكتوبة ليتسنى للمتعاقد معرفة الالتزامات الجديدة.
- ألا يمس التعديل جوهر الصفقة وتوازنها هذا ما أشارت إليه المادة 136 فـ8: ومهما يكن الأمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة.
- أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة.
- أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة الصفقات العمومية المعينة.

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص145.
[2] المرسوم 15 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.
[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص206.

وحتى يتسنى للإدارة متابعة التطورات والحفاظ على سير المرافق العامة فإنها تشترط ضرورة التفاوض والمراجعة بانتظام، أو تنص صراحة على حقها في تعديل العقد بإدارتها المنفردة.[1]

فالإدارة تملك صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة، ويرون أن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية بمعنى يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وقد أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترط النص صراحة في العقد.[2]

كما أن الإدارة العامة تتعاقد في ظروف معينة قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال أو قد اقتناء اللوازم فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة وبما يراعي موضوع العقد الأصلي يلبي حاجات المنتفعين مع خدمات المرفق العام.[3]

الفرع الثاني: نطاق سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد الإداري

إذا كان لجهة الإدارة الحق في تعديل بعض شروط العقد الإداري، إلا أن نطاق التعديل يقف عند حد معين لا يجوز للإدارة تجاوزه وسنبحث ذلك في النقاط التالية:

أولا: عدم تجاوز إمكانيات المتعاقد: يجب على الإدارة أن مراعاة حالات المتعاقد وإمكانياته المالية والفنية التي قبل على أساسها الارتباط بالعقد، لهذا لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات لأن ذلك سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب وإلى الإضرار بمصالح المتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد المبرم بينه وبين الإدارة.

---

[1] منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة خميس مليانة، السنة الجامعية، 2013 2014، ص23.

[2] منير عباسي، المرجع السابق، ص24.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص147.

فيشترط في التعديل الذي تقوم به الإدارة أن يكون في الحدود الطبيعية والمعقولة دون حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد.[1]

ثانيا: عدم تجاوز الضوابط الاتفاقية

تتضمن أغلب العقود الإدارية بنودا صريحة على حق الإدارة في تعديل الإلتزامات الأصلية للمتعاقد، فبنود العقد تحدد على المستوى العملي القيود المفروضة على سلطة التعديل إذ يجب على الإدارة أن تحترم هذه القيود الاتفاقية عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد.[2]

ثالثا: التزام الإدارة بالقيود التشريعية للتعديل

تصدر السلطة المختصة قرارا إداريا وبموجبه تعلن على نيتها في تعديل عقد إداري، ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا.[3]

كما أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري إذا رفعت الدعوى أمامه من الطرف المتعاقد، وذلك لمراقبة مشروعية القرار الإداري ومدى تناسب التعديل مع مقتضيات سير المرفق العام، والتأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عنها قانونا، وعلى ضوء ذلك يقدر عما إذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من قبل الإدارة من عدمه.

[1] بوسهل أحلام، المرجع السابق، ص35.
[2] بوسهل أحلام، المرجع السابق، ص35.
[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص147.

المبحث الثاني: السلطة القمعية في تنفيذ العقود الادارية

للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، ويبرر هذا ضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام على الوجه المطلوب، وتمارس الإدارة سلطتها القمعية ضمن صلاحياتها دون اللجوء إلى القضاء الإداري، كما وتتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية، وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إنتهاء العقد نهائيا، حتى دون إخلال من المتعاقد معها، وتعتبر هذه السلطة أو الميزة من أهم ما يتميز بها العقد الإداري عن العقد المدني الذي أساسه أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز إنهائه إلا بإتفاق من الطرفين، فالعقد الإداري عقد لم ينشأ إلا لتحقيق المصلحة العامة، والإدارة العامة مسؤولة على تحقيق المصلحة العامة، ومن هنا يكون للإدارة الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون ارتكاب المتعاقد معها أي خطأ متى رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

المطلب الأول: سلطة توقيع العقوبات

تتمتع الإدارة العامة بسلطة توقيع الجزاءات في مواجهة المتعاقد معها في حالة التقصير أو الإخلال بالتزاماته في تنفيذه للعقد او في حالة الإمتناع أو التأخر في التنفيذ، أو التنفيذ على غير الوجه المتعاقد عليه، وتعد سلطة توقيع الجزاءات من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في العقد الإداري.

الفرع الأول: مفهوم الجزاءالإداري:

يتمثل الجزاء في الأثر الذي توقعه السلطات العامة على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها المشرع، وهو لا يقتصر على العقوبات التي نص عليها المشرع كجزاء لمخالفة القواعد القانونية، بل ويمتد إلى ما ينص عليها المشرع من مكافآت لمن قام بتنفيذ ما نص عليه من قواعد وأحكام.[1]

ويعتبر الجزاء ركن أساس في قواعد القانون بمعناه الواسع، إذ لا يمكن تصور الطابع الإلزامي للقواعد القانونية، من دون ترتيب الجزاء على مخالفتها، فلا إلزام من دون جزاء، ولا جزاء من دون إلزام.[2]

ويمكن تصنيف الجزاءات إلى ما يلي:

أولا: **الجزاءات المالية:**

وهي عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، وتشمل الجزاءات المالية ما يلي:

1- غرامة التأخير:

تعتبر كتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته، وهي وسيلة ضغط على المتعاقد بهدف عدم التهاون في تنفيذ التزاماته ولكنها اختلفت حول التكييف القانوني لهذه الغرامة.[3]

---

[1] طارق محمد سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص 448

[2] عبد الرزاق باخيرة، السلطة الإدارية الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، بن عكنون، 2007 2008، ص36.

[3] منصور ابراهيم الغتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية لدراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 53، سنة 2013، ص446.

وقد عرفت بأنها: مجموع المبالغ التي تتفق عليخا الإدارة مع المتعاقد معها ويتضمنها العقد ضمانا لحسن سير التنفيذ وعدم التأخير فيه والتي توقعها من أخل المتعاقد بالتزاماته.[1]

ومن بين أسباب لجوء الإدارة لفرض غرامة التأخير:

- تجاوز الأجل المتفق عليه.

- عدم مطابقة التنفيذ لما تم التعاقد عليه.

2- مصادرة التأمين:

يعرف التأمين بأنه ضمان لجهة الإدارة، تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، كما أن الإدارة لا تلزم حينما تتخذ قرارا لمصادرة بإثبات أن ضررا قد أصابها، بل يكفي أن يتخلف عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة طبقا لشروط العقد.[2]

3- اقتضاء التعويض:

حسب نص المادة 124 من القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 التي نصت: كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، ويمكن الإدارة المطالبة بالتعويض شرط إثبات توفر أركان المسؤولية الثلاثة الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية وفقا للقواعد القانونية.

[1] مازن ليوراضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011، ص145.
[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص224.

ثانيا: الجزاءات الضاغطة:

تعتبر هذه الجزاءات أشد من الجزاءات المالية، وهي من مظاهر سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للعقد، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرفق العام يقتضي ذلك وهي:[1]

1- وضع المشروع موضوع التعاقد تحت الحراسة.

2- سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

3- الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقود اقتناء اللوازم.[2]

ثالثا: الجزاءات الفاسخة:

الفسخ عموما هو حل الرابطة العقدية بناءا على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، والفسخ هو طلب يترتب عن إخلال المتعاقد بالتزامه ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد.[3]

وأنواع الفسخ في العقود الإدارية هي:[4]

أ- الفسخ الاتفاقي: وهذا النوع نصت عليه المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، وقد عبر المشرع الجزائي في هذه المادة: زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و 150، ويمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية،

[1] حمد محمد حمد الشامي، المرجع السابق، 190.
[2] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص78.
[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص348.
[4] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص283، 284.

عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.[1]

ب- الفسخ الإداري: يتميز هذا النوع بأنه يتم بالإرادة المنفردة للإدارة تجسيدا لما تفترضه مستلزمات استقرار المرافق العامة، فهو جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزامه التعاقدي.[2]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

إن حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته تعود إلى أن هذا العقد يستهدف تسيير مرفق عام عن طريق الاستعانة بالنشاط الخاص، فوجود المرفق العام هو الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد لضمان تنفيذ الالتزامات المتصلة بسير المرفق العام، أو استبعاد الاختلال الذي يكون قد لحق بالمرفق العام.[3]

أولا: النصوص القانونية:

تتضمن دفاتر شروط العقد الإداري نصوص توضح لسلطة الإدارة العامة في توقيع الجزاءات غلى جانب تحديد أنواع الجزاءات الواجب تطبيقها في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، كما يمكن أن تجد هذه السلطة كذلك أساسها في النصوص التشريعية المنظمة للعقود الإدارية.[4]

فالمشرع الجزائري اعترف للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة بمنطوق المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة

---

[1] المادة 151 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.
[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004، ص288.
[3] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص497.
[4] خوخة توتي، المرجع السابق، ص77.

يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات تطبيقها.[1]

الفرع الثالث: حدود توقيع الجزاء:

نص المشرع على قيود الإدارة في توقيع الجزاء، وهي كضمانات للمتعاقد في العقود الإدارية، وتمثل تلك الضمانات بحسب الفقه قيودا مفروضة على الإدارة الالتزام بها في نطاق ممارستها لسلطتها في اتخاذ مختلف أنواع الجزاءات مراعاة لمبدأ المشروعية، وتتمثل في:

أولا: إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء

لا يتطلب أن يتخذ قرار الإعذار شكلا محددا وإنما يتم تبليغ المتعاقد، وتبين فيه وجه المخالفة والمهلة التي يمكن أن تمنحها له حتى يصحح هذه المخالفة، إلا أن قاعدة الإعذار المسبق ليست مطلقة إذ ترد عليها استثناءات عدة يترتب على توفر أحدها إعفاء الإدارة من ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الإنهاء عليه، وأهم هذه الاستثناءات:[2]

- النص صراحة على إعفاء العقد الإداري من الإعذار المسبق.
- تعمد المتعقد عدم التنفيذ أو فقده النهائي للقدرة عليه.
- غش المتعاقد.
- ثبوت عدم جدوى الإعذار.
- تنازل المتعاقد عن العقد للغير.

[1] المرسوم الرئاسي 15 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 68.

- حالات الضرورة أو الإستعجال.

ثانيا: الرقابة القضائية على الجزاء الإداري:

من المعلوم أن اختصاص القضاء الإداري يتمثل بالنظر في المنازعات التي تنشأ في مجال القانون الإداري، ومراقبة مشروعية القرار الإداري.[1]

وحق التقاضي، حق كفله المشرع الدستوري في جميع الدول، مع أنه في النظرية العامة للعقد الإداري أو بالأحرى نظرية الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية، تزداد أهميته بالنظر إلى اعتباره أحد القيود التي تحد من هذه السلطة، علاوة على ما يشكله من ضمانة للطرف الآخر في العلاقة التعاقدية.

فقواعد الاختصاص المتعلقة بالولاية القضائية، هي قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام، وقد تدخل المشرع الدستوري في تنظيمها ومن تبعات ذلك أن الإدارة لا تستطيع أن تعدل فيها عن طريق القرارات الإدارية وتعتبر ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية تشمل أصل المنازعة وكل ما يتفرع عنها، وهي لا تقف عند الحكم بالإلغاء أو عدمه كما هو الامر في منازعات القرارات الإدارية، بل إن امتدادها أي الولاية يصل كل ما يتعلق بعملية انعقاد العقد أو بصحته أو تنفيذه أو انقضائه، حيث يكون بمقدور القاضي اتخاذ أي حكم يراه مناسبا كأن يحكم بإلغاء القرار المعيب أو أن يحكم بالتعويض ذلك أن قاضي العقد يمارس رقابة المشروعية إلى جانب رقابة الملائمة.[2]

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص86، 87.
[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص94، 95.

كما أن المشرع نص على ما يحق للمتعاقد مع الإدارة في اللجوء إلى القضاء في حالة عدم التوصل إلى التسوية الودية مع الإدارة، كما أنها نظمت أحكام المنازعات الناشئة عن ممارسة الإدارة لسلطة توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية.[1]

وسلطة قاضي العقد إزاء الجزاءات غير مشروعة تتفاوت من جزاء لآخر، وذلك فيما يلي:

1- الجزاءات المالية: هنا من المتعارف عليه فقها وقضاءا، بصدد هذه الطائفة من الجزاءات أن للقاضي دائما الحكم بالإعفاء منها، متى تبين له أنها وقعت خطأ، كما أن له الحق في تخفيضها إذا كان مبالغا فيها.

ويضيف من جهته دي لوبادير بهذا الصدد بقوله: كما له القاضي أن يقضي بإلزام الإدارة بأن ترد لمتعاقديها ما حصلته منه، بضعة تعويضات أو غرامات، أو ما تمت مصادرته من تأمينه من دون وجه حق.

2- الجزاءات الضاغطة: الحقيقة هنا أن هناك جدلا فقهيا ما زال مستمرا بشأن هذه المجموعة من جزاءات ومدى رقابة القضاء عليها، لاسيما في فرنسا ولعل من مسببات هذا الجدل، كما نراها هو عدم استساغة جانب معتبر من الفقه لمسلك مجلس الدولة بهذا الصدد، إذ أنه في الوقت الذي استقر فيه هذا الأخير على أن قاضي العقد يستطيع دائما أن يلزم الإدارة بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من إضرار من جراء هذه الجزاءات غير الصحيحة، قرر بأنه لا يستطيع الحكم بإلغائها وهو الأمر الذي قوبل باستهجان واسع من قبل الفقه وذلك على الرغم من أن المجلس عاد واستثنى من ذلك عقود الامتياز وحكم بإمكانية قبول الطعن بإلغائها أمام قاضي العقد، وقد ناد جانب الفقه بضرورة أن يعدل المجلس هذا المسلك وأن يشمل العقود الإدارية كافة.

[1] احمد محيو، محاضرات، المرجع السابق، ص353.

3- الجزاءات الفاسخة: إن ما قيل بخصوص الجزاءات الضاغطة يصدق على هذه الطائفة من أنواع الجزاءات الإدارية وسنتناولها بالتفصيل لا حقا.[1]

المطلب الثاني: سلطة انهاء العقد

تتمتع الإدارة بجانب السلطات السابق بسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة عن طريق الفسخ، والمقصود به 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.[2]

فالفسخ 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.[3]

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

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 115، 116.

[2] مولود ديدان، المرجع السابق، ص184.

[3] ميمون فريد، الهيئات القضائية المتخصصة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص19.

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة إنهاء العقد:

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 الاستثنائية مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد من جانب آخر.[1]

كما أن للإدارة دائما أن تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام وأصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة، والسلطة 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]

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، فالمرفق العام هي جوهر القانون الإداري بشكل عام والعقد الإداري بشكل خاص.[3]

ومعيار السلطة العامة ليس كاف لوحده ليكون أساسا لسلطة الإدارة ولا المرفق العام، من هنا برز ما يسمى بالمعيار الجامع بين الوسائل والأهداف ومضمونه هو لتحقيق المصلحة العامة، والتي هي بمثابة شريان المرفق العام لذا وجب الأمر الاستعانة بوسائل القانون العام لامتيازات السلطة العامة، ومن هنا فشريان هذان المعياران على التوازن وحده كفيل بتحقيق المطلوب.[4]

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص80، 81.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص80.
[3] ميمون فريد، المرجع السابق، ص20.
[4] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص81.

وبالنسبة للمشرع الجزائري تعتبر فكرة الجمع بين السلطة العامة والمرفق العام أو كما يطلق عليه من طرف الفقه المقارن الأساس التوفيقي، وهو الذي يمكن أن يؤسس سلطة الإدارة في مجال العقود الإدارية وسلطة إنهائها، والقانون الإداري بوجه عام فاشتراك فكرة السلطة العامة بمدلولها الحديث، مع المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمتجسدة في أهداف وإنجاز سياسة التنمية الوطنية والتي تعد العقود الإدارية بأشكالها مثلى لذلك.[1]

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

إذا كان المتفق عليه في عقود القانون الخاص، أنه تعديل العقد لا يتم إلا بناءا على اتفاق طرفي العقد، حسب مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، والمبدأ القائل بالقوة الملزمة للعقد، فالإدارة في العقود على خلاف ذلك تملك سلطة التعديل الانفرادي للعقد دون الحاجة إلى رأي أو رضى المتعاقد معها.

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، التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد، ويظهر هذا التعديل خاصة في عقود الأشغال العامة، حسب ما يعرف بالقرارات الإدارية المنفصلة.[2]

[1] ميمون فريد، المرجع السابق، ص26.
[2] مفتاح خليفة عبد المنعم، المرجع السابق، ص84.

فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ المتعاقد هي بحق صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري، على أساس أن إنهاء العقد هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد.[1]

ولكن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مكرس بواسطة القضاء.[2]

فسلطة 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.[3]

الفرع الثالث: شروط مشروعية سلطة الإنهاء الانفرادي

إن للإدارة سلطة إنهاء الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة دون طلب الموافقة من المتعاقد معها، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل هناك شروط لممارستها وهي كالتالي:

أولا: في حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد:

تستطيع الإدارة انهاء العقد الإداري قبل حلول الأجل المحدد لبقائه، ودون أن يصدر أي خطأ من طرف المتعاقد معها، ودون الرجوع إلى القضاء وذلك بتوافر شرطين.[4]

[1] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص435.
[2] مفتاح خليفة عبد المنعم، المرجع السابق،ص86.
[3] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص74.
[4] ميمون فريد، المرجع السابق، ص 38.

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، لا يكون الفسخ شرعيا إلا إذا اعتمد على مصلحة جماعية وعدم توفر هذا الشرط يجعل من الفسخ تعسفا وغير مبرر.[1]

فقد تستوجب المصلحة العمة، ومتقتضيات إدارة 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.[2]

فللإدارة 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[3]، إذ يمكن للإدارة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد أي خطأ، وهذا مراعاة للمبدأ السابق ذكره والذي يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية، وذلك في حالة توجب فسخ العقد لمقتضيات من المصلحة العامة، وتلتزم الإدارة المعنية بتسبيب موقفها عند ممارسة الرقابة قبل الجهات المخولة قانونا.[4]

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.

---

[1] ميمون فريد، المرجع السابق، ص38.
[2] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص245.
[3] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص103.
[4] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص238.

ولا بد أن يستوفى مثله مثل أي قرار آخر أركانه الشكلية والموضوعية ليكون قرارا مشروعا، فصحة إجراء قرار الإنهاء يتعلق أساسا بشرعيته، فمن الناحية الخارجية يتعلق بالاختصاص والشكل والإجراءات ومن الناحية الداخلية يتعلق بالسبب، والمحل، والغاية خاصة بالنسبة لركن الغاية والسبب، لأن المتعاقد تهمه الناحية الإجرائية بقدر ما تهمه الناحية الموضوعية خاصة بمعرفة سبب إصدارها لقرار الإنهاء.[1]

كما 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 لعيب الانحراف بالسلطة، وهذا أكثر العيوب التي تؤدي لطلان القرارات الإدارية.

فعند قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة يجب عليها أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين والتشريعات والتنظيم، وإلا كان قرار لإنهاء غير مشروع[2]، ولذا فإن صاحب الاختصاص في قرار إنهاء العقد الإداري هو الجهة التي أبرمت العقد، فمخالفة وخرق قواعد الاختصاص في المجال الإداري يترتب عنه قيام عيب عدم الاختصاص بشكليه الجسيم والبسيط.[3]

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.[4]

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

[1] محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، ص176.
[2] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص248.
[3] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص179.
[4] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص179.

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.

ثانيا: في حالة وقوع خطأ من المتعاقد:

يمكن للإدارة فسخ العقد الإداري دون حصول تقصير من المتعاقد معها، ونظرا لأهمية بعض العقود الإدارية وتأثيرها المباشر على الاقتصاد الوطني وارتباطها الوثيق بالخزينة العمومية وصلتها بالمرافق العامة، لذا فعكس الحالة الأولى يتوجب لمباشرة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري، عندما يخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ثلاث شروط هما: ارتكاب خطأ جسيم من المتعاقد، إعذاره، عدم تداركه في الأجل المحدد.

1- شرط الخطأ الجسيم:

الخطأ الجسيم هو كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[1]، كما أن كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية تعتبر خطأ تعاقديا.[2]

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 المنصوص عليها في العقد، أو خرقا للقواعد القانونية التي تتعلق بالعقد وتؤثر على استمراريته، ويمس باستقرار المراكز القانونية فيه.

[1] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص211.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص176.

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.[1]

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.

2- اعذار المتعاقد:

نظرا لشدة جزاء الفسخ الإداري، وما يترتب عليه من آثار خطيرة منها حل الرابطة العقدية، فإن القانون الجزائري ألزم جهة الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ، وهذا ما نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15- 247 التي نصت: إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية.[2]

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، كماى أن عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية التي تسبق توقيع الجزاء ومن بينها إعذار

[1] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص211.
[2] المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.

المتعاقد يكون دائما ذو أثر يتمثل في إعفاء هذا المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت درجة الخطأ والمخالفات المنسوبة إلى هذا المتعاقد.[1]

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 جاء في نص المادة 149 فـ2 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] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص219.

الخاتمة

الخاتمة:

الإدارة وهي تتعاقد مع الأفراد قد تختار بين أسلوب القانون العام أو أسلوب القانون الخاص وبالتالي يمكن تقيسم عقود الإدارة إلى نوعين مختلفين ، عقود تبرمها الإدارة وفقا لأسلوب القانون الخاص تسمى عقود الإدارة الخاصة وعقود تبرمها بصفتها سلطة عامة تهدف إلى تنظيم مرفق عام وتسييره تسمى العقود الإدارية.

وأدى وجود هذين النوعين من العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد إلى ظهور إشكالية أساسية تتعلق بتمييز العقد الإداري عن عقد الإدارة الخاص أو المدني.

ذلك أن الإعتراف بالصفة الإدارية لعقدها تنتج عنه آثار على مستوى ضمان تمتع المتعاقدين مع الإدارة بحقوقهم من جهة وتقييد الإدارة بوضع حدود لها لأن العقد الإداري عادة ما يجمع بين طرفين غير متساويين في القوة وفي الهدف فهو يتم عادة بين طرف أكثر قوة يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وهو الإدارة وبين طرف ضعيف يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة.

وبناء على ذلك فقد إعترف الفقه والقضاء الإداريين للإدارة بالحق في ممارسة العديد من السلطات والإمتيازات الجوهرية في مواجهة المتعاقد معها، كسلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد وهذا لأهمية العقود الإدارية وإنعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العامة فإن الإدارة تسعى إلى مراقبة تنفيذ هذه العقود وقد تتجاوز الإدارة مراقبة التنفيذ إلى توجيه المتعاقد في أعمال التنفيذ.

بالإظافة إلى سلطة الإدارة في مراقبة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري في ظل هذه السلطة فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا تسري على العقود الإدارية كما هو الحال في عقود القانون الخاص الذي لا يجوز فيه نقض العقد أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين وإن جوهر الرابطة التعاقدية هو إلتزام

المتعاقد بكل ما ينص عليه العقد فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان له في كل ما يحتويه ، في حين العقود الإدارية تتمتع الإدارة فيها بسلطة تعديل العقد.

كما أن لها سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها ويبرز في إلزامه بعد الإخلال بتنفيذ العقد الإداري تحت طائلة جملة جزاءات يمكن للإدارة توقيعها عليه لإلزامه بتنفيذ االعقد دون خلل فإذا أخل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية سواء بإمتناعه عن تنفيذ العقد أوالقيام بتنفيذ العقد بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها أو التأخر عن المواعيد المحددة لمراحل التنفيذ فيكون للإدارة توقيع الجزاءات الإدارية عليه وفي حالة ممارسته لأساليب الغش والتلاعب فللإدارة أيضا سلطة توقيع الجزاءات عليه.

وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك ودون خطأ المتعاقد وقبل تنفيذه للإلتزامات المنصوص عليها في العقد وهذا مقابل منحه تعويضا مناسبا عن ذلك.

ومما لاشك فيه أن هذا الإمتياز الذي تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها تعتبر سلطة خطيرة تتمتع بها الإدارة لكنها ليست مطلقة بل تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي يحرص على إحترام الإدارة للقواعد العامة التي تحكم ممارسة هذه السلطة ويكتسي موضوع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري أهمية خاصة بالنظر لإنعدام الدراسات الخاصة بالعقود الإدارية إنطلاقا من إجتهادات القضاء ،حيث أنها قليلة نسبيا من جهة ومن جهة أخرى يطبق في الكثير من الأحيان النصوص الواردة في المجموعة المدنية مع الإشارة صراحة إلى رقم تلك المادة كما هو وارد في تلك المجموعة وفي بعضها الأخر تطبق المبادئ والأفكار المدنية دون أن يشير إلى الأرقام المواد صراحة ، وفي سائر الحالات يطبق الأحكام الإدارية التي لها في القانون الخاص والتي تميز العقود الإدارية عن العقود في القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ، إن الدوافع الموضوعية لدراسة العقد الإداري يعود للأهمية التي يكتسيها العقد الإداري في

الخاتمة

الأعمال الإدارية بإعتباره أن يعبر عن إرادة الإدارة في تعاملاتها مع الطرف المتعاقد معها والأسلوب التعاقدي مستصاغ أكثر في تعاملات الأشخاص الطبيعية في حين موضوع العقد محدود جدا مقارنة بالقرار وهذا ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع لتحديد معالم وحدود نظرية العقد الإداري وكذا تحديد سلطة التي تتمتع بها الإدارة عند إبرامها لمثل هذه العقود الإدارية.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- القوانين والتشريعات

1. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
2. القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، الجريدة الرسمية، عدد 44.
3. مرسوم رئاسي رقم -15 247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
4. الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

2- الكتب

1. أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، دار النهظة العربية، 2003.
2. إلياس ناصر، أحكام العقد، موسوعة العقود الإدارية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2008.
3. جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007.
4. حسام مرسي، أصول القانون الإداري- القانون الإداري، الضبط الإداري، العقود الإدارية، القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
5. حسن الجندي، شرح قانون قمع التدليس والغش، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

6. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.

7. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2012.

8. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

9. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991.

10. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط 5، القاهرة، 1991.

11. طارق محمد سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010.

12. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال الجزء 8 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر القاهرة 1968.

13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004.

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

15. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1982.

16. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، ج2، دار الهدى، الجزائر، 2011.

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

18. عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003.

19. غني حسون طه، الو جيز في العقود المسماة، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، ، 1970.

20. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل 1992.

21. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مطبعة الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.

22. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.

23. مازن ليو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، الامارات العربية المتحدة، 2011.

24. محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

25. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009.

26. محمد صغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005.

27. محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، كتاب الثاني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، مصر، سنة 2015.

28. محمد علي خلايلة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

29. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الأول، 1954.

30. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977.

31. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 2008.

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

33. مفتاح خليفة عبد الحميد، انهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

34. ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، سلسلة القانون، ط1، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2014.

35. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري التنظيم الإداري النشاط الإداري، لباد للنشر، الجزائر، 2006.

36. نواف كنعان، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، 2005.

37. نواف كنعان، القانون الإداري، ج2، دار الثقافة، الأردن، 2003.

38. وهبة بن مصطفى الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، دار الفكر، ط4، سوريا، دمشق، 1985.

3- الرسائل والمذكرات

1. عبد الرزاق باخيرة، السلطة الإدارية الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، بن عكنون، 2008.

2. سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

3. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2008.

4. شقاليل اشراق، أثار العقد الاداري بالنسبة المتعامل المتعاقد، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة، 2021.

5. عمارة حكيمة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018.

6. سارة نجوري، عقد القرض في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018.

7. بشيرة بركاهم، النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة نهائية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر تخصص ماستر دولة ومؤسسات، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سنة 2014.

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

9. أحلام بوسهل، صلاحية الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.

10. ميمون فريد، الهيئات القضائية المتخصصة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.

4- الملتقيات والمجلات والمحاضرات

1. إيراين نوال، ركن الرضا في الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد: 14، العدد: 01- 2022.

2. بلعموري نادية، محاضرات في مقياس القرارات والعقود الإدارية لطلبة السنة الثالثة قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2021.
3. علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، المظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول – مصادر الإلتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف - 2، 2021.
4. بومزبر باديس، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 32- عدد 2- جوان 2021.
5. منصور ابراهيم الغتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية لدراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 53، سنة 2013.
6. لؤي عبد، الأسس القانونية الأزمة لمشروعيته العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي، العدد الثامن والخمسون، سنة 2011.

ثانيا- مو اقع الإنترنت

مناري عياشة، محاضرات في مقياس مصادر الإلتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، 2017، من الرابط:

https://cte.univ-setif2.dz/moodle/course/view.php?id=110.

فهرس المحتويات

الفهرس

الإهداء	
التشكرات	
مقدمة	2
الفصل الأول: ماهية العقود الإدارية	5
تمهيد	7
المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية	8
المطلب الأول: تعريف العقد الإداري	8
المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية	22
المبحث الثاني: الأساس القانوني للعقود الإدارية	36
المطلب الأول: أركان العقد الإداري	37
المطلب الثاني: شروط صحة العقد الإداري	45
الفصل الثاني: سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية	53
تمهيد	55
المبحث الأول: الرقابة والإشراف على العقود الادارية	56
المطلب الأول: سلطة الرقابة على العقد الاداري	56
المطلب الثاني: : سلطة تعديل الانفرادي للعقد الاداري	62
المبحث الثاني: السلطة القمعية في تنفيذ العقود الادارية	67
المطلب الأول: سلطة توقيع العقوبات	67
المطلب الثاني: سلطة انهاء العقد	75
الخاتمة	84
المراجع	88
الفهرس	95
الملخص	97

مـلخص مذكرة الـماستر

يظهر تدخل الدولة في مجال العقود من خلال سلطاتها وصلاحياتها الواسعة في التعاقد، سواءا في مرحلة قبل العقد ام أثناءه أو بعده، وتتمثل في المراقبة والإشراف والتوجيه والتعديل على العقد بما يناسب مقتضيات المصلحة العامة وتماشيا مع التطورات والتغيرات الحاصلة، ولها كذلك سلطة توقيع جزاءات إدارية على الإخلال بالتزامات المتعاقد، وهذا يدل على حرصها على تنظيم المرفق العام، وما تبذله من مجهود لرعاية العلاقات التعاقدية وتحقيق المصلحة العامة لأفراد المجتمع، لتكريس هذا التدخل في المجال الإقتصادي، قام المشرع بسن قوانين خاصة لتقيد حرية التعاقد وتوجيه العقد والرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، وجعله وسيلة حمائية للمتعاقد الضعيف والهدف منها خدمة المصلحة العامة للطرفين، لهذا ضبط العلاقة التعاقدية بقواعد آمرة وقرر إجراءات صارمة في حالة تعسف الإدارة.

الكلمات المفتاحية:

العقود الإدارية، المرفق العام، المشروعية، الرقابة والإشراف، سلطة تعديل العقد، رقابة المشروعية.

Abstract of Master's Thesis

The state's interference in the field of contracts appears through its broad powers and powers in contracting, whether at a stage before, during or after the contract, and is represented in monitoring, supervising, directing and amending the contract in a way that suits the requirements of the public interest and in line with the developments and changes taking place, and it also has the power to impose administrative penalties on Breach of the obligations of the contractor, and this indicates its keenness to organize the public utility, and its efforts to take care of contractual relations and achieve the general interest of the members of society, to perpetuate this interference in the economic field. A protective means for the weak contractor and its aim is to serve the public interest of the two parties. Therefore, the contractual relationship is regulated by peremptory rules and strict measures are taken in case of abuse of administration.

Keywords:

Administrative contracts, public utility, legality, control and supervision, the authority to amend the contract, legality control.