

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

النظام القانوني للشروط الاستثنائية في العقد الاداري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الاداري

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذة :

من إعداد الطالبة :

- زموش فاطيمة الزهراء

- قليل كحلة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة..... دويدي عائشةرئيسا

الأستاذة..... زموش فاطيمة الزهراء..... مشرفا مقرا

الأستاذة..... شيخي نبية..... مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/29

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما
الله سبحانه وتعالى :
" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضيء أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قررة
عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

" حليلة "

أطل الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي
ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي" عبد القادر "

أطل الله في عمرها

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مستغانم سلامندر
وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي معي بكده بغية إتمام هذا العمل
إلى كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلبي ولن يتجاوزهم قلبي أهدى ثمرة جهدي المتواضع
إلى السائرين على طريق الهدى و الحق.

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده

وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدتني بعونها ووهبتني من فضلها ومكنتني من إنجاز هذا العمل ولا

يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر

أستاذتي المفضلة " زاموش "

الذي تكرمت بإشرافها على هذه المذكرة ولم تبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي

فكانت لي نعم الموجهة والمرشدة

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقبيهم

لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

إن القانون الإداري هو ذلك الفرع الذي يهتم بالقواعد التي تحكم الإدارة العامة من حيث نشاطها أو تنظيمها أو منازعاتها المختلفة أو أساليبها. و لعل من أهم هذه الأخيرة العقود الإدارية.

إن نظرية العقد الإداري هدفها تحقيق المصلحة العامة وخضوع الإدارة للقانون. ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الأثر البارز في إرسائها حتى أصبحت نظرية قضائية من النظام العام المعتبر العقد الإداري عنصرا من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة فهي وسيلة هامة تستعملها الإدارة لتحسين وتطوير قطاعاتها المختلفة. وقد ورثت الجزائر عن فرنسا قانون الطلبات العمومية المتزامن العمل به مع الفترة الإستعمارية. ونظرا للآثار السلبية التي تولدت في تلك الفترة والممارسات غير القانونية التي ظهرت بين الممولين. الأمر الذي استلزم صدور قانون الصفقات العمومية للأشغال العامة. وبعد الإستقلال توجهت ارادة المشرع لتوحيد النصوص المتعلقة بالعقود الإدارية وهو ما ماتجلى في الامر الصادر بتاريخ 06/17/1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.1

وإذا كان المبدأ المعمول به في مجال العقود المدنية هو أن العقد شريعة المتعاقدين والمساواة بين الأطراف المتعاقدة فإنه ترد بعض الإستثناءات عن هذا المبدأ في مجال العقود الإدارية ومرد ذلك تضمنها شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وهو موضوع دراستنا.

اهمية الموضوع

بالغ الأهمية من الناحية العلمية والنظرية باعتباره يبحث في القواعد الخاصة التي تحكم العقود الإدارية سواء في الجزائر أو التشريعات المقارنة. ضمن اطار فرضية التغييرات الكبرى في الإدارة الجزائرية منذ بداية التسعينات. لاسيما بعد تبين التوجه الإقتصادي الجديد من اجل تشجيع الإستثمار المرتبط بتهيئة المنشآت القاعدية عن طريق العقود الإدارية باعتبارها النشاط

الضروري لضمان سير مصالح الدولة. وما يثيره ذلك في منازعات أمام القضاء الإداري المتدفقة دوريا أمامه.

ومن خلال ما سبق تبرز الإشكاليات القضائية و القانونية التي تثيرها العقود لاسيما اذا تضمنت شروطا استثنائية في مجال القانون الخاص وذلك من أجل معرفة المعيار الحاسم لتحديد طبيعة العقد الإداري. وتمييزها عن غيرها من العقود لعدم امكانية تطبيق قواعد القانون الخاص عليها. وعدم ارساء نظرية العقد الإداري من ناحية القضاء أو الفقه على معيار فاصل وحاسم لاضفاء الطابع الإداري على العقد. وتقريب الشروط المتضمنة فيه من شروط عقود الإذعان المعروفة في القانون المدني. وما يثيره ذلك من منازعات من حيث الإختصاص القضائي و من حيث طبيعة العقد.

اهمية البحث :

ولعل الشيء الذي جعلنا نركز البحث على هذه النقطة القانونية الهامة هو عدم وضع المشرع لتعريف لهذه الشروط وكذا عدم تحديده لطبيعتها القانونية. الشيء الذي جعل النقاش بشأنهما يزيد حدة لاسيما على مستوى الدول التي تبنت الإزدواجية القضائية. وعليه كان المعيار القضائي هو الحل النسبي للتقليل من حدة الإشكالات التي تثيرها الشروط الإستثنائية في العقود الإدارية.

وعليه كان لزاما علينا الوقوف عند هذه النقطة للنظر في موقف المشرع الجزائري من ذلك اعتمادا على المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ومدى تمسكه بالمعيار العضوي لتحديد الإختصاص النوعي للقضاء الإداري للنظر في المنازعات التي تثيرها تلك الشروط والنتائج المترتبة عن ذلك.

اسباب اختيارنا لهذا الموضوع

ان هذا الموضوع نظرا للأهميته من الناحية العلمية و النظرية يبحث في القواعد الخاصة بالعقود الرادارية في التشريع الجزائري، ومع هذا ظهرت إشكاليات قضائية تثيرها دعاوى العقود موضوعيا وكلها من أجل إيجاد معايير تحديد المفهوم و المحتوى و التمييز ،مع عدم إمكانية تطبيق قواعد القانون الخاص .

الصعوبات الدراسة

قلة المراجع و الكتابات المتخصصة والكافية في هذا المجال. وما وجد منها فهو يكتفي بالإشارة إليها دون التفصيل والتدقيق رغم تشعب هذا الموضوع.

تقسيم الخطة

ونظرا لشساعة الموضوع ارتأينا وقبل الخوض في تفصيل هذه الإمتيازات وآثارها. التطرق في الفصل الأول ماهية العود الادارية مقسمناه إلى مبحثين تعريف العقود الإدارية في المبحث الأول و تميزه العقود الادارية في المبحث الثاني

أما في الفصل الثاني فسنحاول التطرق إلى الشروط الاستثنائية في مجال العقد الاداري بالتطرق في المبحث الاول إلي الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية وفي المبحث الثاني رقابة القاضي الاداري على السلطات الاداري المتعاقدة في مجال الاداري .

وفي الأخير سنختم مذكرتنا بخاتمة تشمل حوصلة عن مذكرتنا المعالج

الفصل الأول

ماهية العود الادارية

إنّ المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية ، باعتبارها أحد أهم موضوعات القانون الإداري ، تتفق مع تلك المبادئ التي تحكم العقود المدنية، في كون العقود الإدارية تنشأ من توافق إرادتين، إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها ، وفي أركان العقد الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب...، وبالمقابل، فإنّ المبادئ العامة التي تحكم كلا العقدين تختلف في أمور عديدة أهمها احتواء العقد الإداري لتلك الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تخول للإدارة المتعاقدة حقوق وسلطات تجاه المتعاقد معها كسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وذلك خلافاً للمألوف وخروجاً على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام وإطراد وتحقيقاً للصالح العام، كما تختلف المبادئ العامة التي تحكم العقدين من ناحية خضوع الإدارة في العقود الإدارية لقيود في اختيار المتعاقد معها وفي إبرام العقد الإداري وهي قيود لا يخضع لها الأفراد في عقودهم الخاصة...

وعليه فإنّ دراسة المبادئ العامة في العقود الإدارية تقتضي أن نتعرض لعدد من النقاط الأساسية، تتمثل في تحديد ماهية العقود الإدارية، ثمّ التطرق بعد ذلك لأركان العقد الإداري وشروط صحته، وكذا الأحكام المتعلقة بإبرامه من خلال تبيان طرق الإبرام وإجراءاته وكيفية الرقابة على ذلك. وحتى تكون دراستنا لجميع هذه النقاط الأساسية بطريقة شاملة سوف نتناولها من خلال مبحثين كما يلي:

نخصص المبحث الأول تعريف العقود الإدارية . ونخصص المبحث الثاني تمييز العقود

الإدارية

المبحث الأول : تعريف العقود الإدارية

إن العقود الإدارية عرفت عدة تغيرات و مراحل و هذا ما يلزمنا الحديث عن نشأتها في كل من فرنسا و الجزائر

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية

كما هو الشأن بالنسبة لسائر نظريات القانون الإداري، فإنّ نظرية العقود الإدارية هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي، ومن ثمّ فإنّ أحكامها تتطور باستمرار لتستجيب لحاجات المرافق العامة، وهي من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الإداري، فالى بدايات القرن العشرين ترجع الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي بخصوص العقود الإدارية، وعليه فإنه لا يمكننا الحديث عن نشأة العقود الإدارية دون التطرق إلى دور مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن.

ولذلك سوف نتناول في هذا المطلب نشأة العقود الإدارية في فرنسا أولا، ثم ننتقل لتبيان نشأتها وتطور نظامها القانوني في الجزائر.

الفرع الاول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا:

يعتبر حكم تيري "Terrie" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1903 هو الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، حيث تقرر بموجبه أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها، ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات⁽¹⁾. والحقيقة أنه إذا بدت من خلال هذا

1 - أحمد عثمان: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، 1973، ص 14.

- سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005، ص 49.

الحكم أن فكرة المرفق العام ضرورية لإسباغ الصفة الإدارية على عقود الإدارة، والقول باختصاص القاضي الإداري بالمنازعات المترتبة عنها وبتطبيق القانون الإداري، فإنها لم تعد كافية لوحدها فيما بعد، لأن العقود التي تبرمها الإدارة لا تكون عقوداً إدارية إلا إذا كانت تقوم على استعمال وسائل الإدارة العامة، أو وسائل القانون العام، وإلا فإنها تكون من عقود القانون الخاص، ذلك إن الإدارة حرة في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إذا ما رأت أن تلك الوسائل أنجع في تسيير المرافق العامة، وقد تأكد ذلك بشكل واضح ونهائي في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1912 في قضية شركة الكرانيت، حيث قرر حينذاك بأن عقد التوريد الذي تبرمه الإدارة بالشروط والأوضاع التي تبرم بها عقود الأفراد، يعتبر عقداً مدنياً ولو كان متعلقاً بمرفق عام، وأنه ما دامت التوريدات محل العقد تنفذ بالشروط والأوضاع نفسها التي ينفذ بها الأفراد عقودهم، فإن العقد يعتبر من عقود القانون الخاص.

وقبل هذا التاريخ فقد كانت جميع العقود يحكمها القانون الخاص وينظر فيها القضاء العادي، ولم يستثن من هذه القاعدة العامة سوى بعض أنواع العقود نصت عليها تشريعات قديمة جعلت النظر في المنازعات المتعلقة بهذه الأنواع من العقود من اختصاص مجالس الأقاليم التي سميت فيما بعد بالمحاكم الإدارية، منها تشريع 1797 المتعلق بعقود الأشغال العامة وتشريعات أخرى متعلقة بعقود القروض العامة و"عقود بيع أموال الدولة" وعقود أشغال أو إيجار أموال الدولة، وقد أطلق الفقهاء على هذه الطائفة حينذاك تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون أو العقود الإدارية المسماة.

ومن جانب آخر فقد لاحظ مجلس الدولة الفرنسي أن بعض العقود التي تبرمها الإدارة تتسم بخصائص العقود الإدارية نفسها التي حددها القانون ومنها "عقد التزام المرافق العامة" و"عقد النقل العام"، فهذه العقود صار ينظر إليها بأنها عقود إدارية بناءً على طبيعتها الذاتية،

مما يجعل من خضوعها لأحكام القانون أمرا طبيعيا، وبهذه الطرق تمكن مجلس الدولة الفرنسي من بناء نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري⁽¹⁾.

الفرع الثاني : نشأة العقود الإدارية في الجزائر:

باعتبار أن الجزائر كانت إحدى المستعمرات الفرنسية فقد ورثت عنها قانون الصفقات الذي تزامن العمل به مع الحملة الاستعمارية ضد الجزائر، ثم بعد الاستقلال عرف النظام القانوني للعقود الإدارية في الجزائر خاصة الصفقات العمومية Les marchés public عدة تغييرات تبعا للتطورات السياسية والاقتصادية التي عرفتها البلاد منذ الاستقلال إلى الآن، يمكن تلخيصها في المراحل التالية:

المرحلة الأولى - ما قبل 1967:

لقد كانت العقود الإدارية والصفقات العمومية - أساسا - خاضعة للنظام القانوني السائد إبان العهد الاستعماري⁽²⁾، وذلك بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع السيادة الوطنية، ومع ذلك فإن المعطيات المستجدة ومقتضيات المصلحة العامة كانت قد أفرزت إصدار مجموعة من النصوص التنظيمية تسري على العقود الإدارية، التي كانت تبرمها الإدارات العامة القائمة آنذاك، حيث قام المشرع بإصدار المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 1964/03/26 والذي تم بموجبه إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية وإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية.

1 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 14 و15.

2 - يتمثل النظام القانوني للصفقات العمومية والعقود الإدارية في عهد الاستعمار الفرنسي في النصوص الأساسية التالية:

- القانون المؤرخ في 1935/10/30 المتعلق بتحويل صفقات الدولة والجماعات العمومية.

- المرسوم رقم 53-405 المتعلق بصفقات الدولة والمؤسسات الوطنية.

- المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 1957/01/08 والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.

المرحلة الثانية - الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 المتعلق بتنظيم**الصفات العمومية:**

ولقد كان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الاشتراكي السائد آنذاك، يتمثل أساسا في حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية، وكذا بغية تجسيد تشريع خاص بهذا المجال بالذات - الصفات العمومية -.

المرحلة الثالثة - المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بتنظيم**صفات المتعامل العمومي:**

فتماشيا مع الاختيار الاشتراكي الذي يقوم أساسا على وحدة القانون صدر هذا المرسوم بهدف تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن طبيعتها مركزية أو لا مركزية، إدارية أو اقتصادية (شركات وطنية) أو اجتماعية أو ثقافية، فهو جاء ليطبق على كافة وجميع أجهزة الدولة وهيئاتها ووحداتها في سياق توحيد النظام القانوني لصفات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة.

المرحلة الرابعة - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991**المتضمن تنظيم الصفات العمومية:**

فبعد صدور مرسوم 1989 والتخلي عن النظام الاشتراكي وانتهاج سياسة اقتصاد السوق ظهرت الحاجة إلى وضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة من خلال الأخذ بالإزدواجية والثنائية القانونية من حيث التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، كما هو سائد في النظام الليبرالي الرأسمالي. ولهذا فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 ليقصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الاقتصادي (المؤسسات العمومية الاقتصادية E.P.E) الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص (القانون التجاري: عقود تجارية)، ذلك أن المادة 02 منه نصت على ما يأتي: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على

الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المسماة أدناه "المصلحة المتعاقدة".

المرحلة الخامسة - المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/27 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 2003/09/11، ثم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 (آخر تعديل له):

نظرا للسياسات الاقتصادية (الخصوصة - الشراكة الأجنبية - الشفافية في تسيير الأموال العمومية - ضمان مبدأ المساواة... الخ)، تم إعادة صياغة النص المتعلق بالصفقات العمومية، باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية، على النحو الذي يوافق بين المصلحة العامة والخاصة¹، كما سيتجلى من خلال ما سيأتي لاحقا.

مع الإشارة إلى أنه قد صدرت نصوصا قانونية كانت لها علاقة مباشرة بميدان الصفقات العمومية، ومنها القانون رقم 88-01 وهو القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية وكذا القانون رقم 20-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة الوطنية.

1 - محمد الصغير بعلي: العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 09.

المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري

ليس كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا يخضع للقانون العام، ويكون الاختصاص بالفصل بالمنازعات المتعلقة به للقضاء الإداري، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الإدارة، كما ذكرنا سابقا هي التي يطلق عليها اصطلاح العقود الإدارية⁽¹⁾. وإذا كانت العقود أيا كان نوعها تتفق في جوهرها وأركانها فالعقد في كل الأحوال هو توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني وأركانه هي الرضا والمحل والسبب، فإن الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافا واضحا - خاصة فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة - عن أحكام وقواعد

القانون الخاص المقابلة سواء فيما يتعلق بتكوين العقد أو آثاره⁽²⁾.

وعليه فإن الغاية من هذا المطلب هو إعطاء مفهوم دقيق وواضح للعقود الإدارية، وذلك باستنباط المعايير التي تمكننا من تمييز العقود الإدارية عن عقود الأفراد وعقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص.

يعرف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه: « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام »⁽³⁾.

1 - سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 33.

2 - ولعل هذا هو الذي دفع العميد دويجي إلى إنكار الاختلاف الموضوعي بين العقد الإداري والعقد المدني، رغم ما في هذا القول من مبالغة لأنه إذا كانت فكرة العقد واحدة في حد ذاتها، فإن النظام القانوني يختلف اختلافا كبيرا في الحالتين.

راجع د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 560

وراجع في عكس هذا الاتجاه:

- Duguit, Traité de droit constitutionnel, T. 111, p 44.

- Jèze, Principes généraux du droit administratif, T. III, p 299

3 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 53.

كما عرّفته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها بتاريخ 1983/05/25 بتمييزه عن العقد المدني بقولها: « إنّ العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله¹ ».

ويتبين من خلال التعريفين السابقين للعقود الإدارية أنه بالإمكان تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الخاضعة للقانون الخاص باعتماد المعايير التالية:

الفرع الأول : المعيار العضوي:

يشترط لاعتبار العقد إداريا مراعاة للمعيار العضوي أن يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص من القانون العام، أي أن يكون إما الدولة أو هيئة عمومية وطنية مستقلة، أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عامة. ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار العضوي في تحديد العقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض المجالات، أو بموجب النص العام المتمثل في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حلت محل المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم.

وهو ما ذهبت إليه المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المشار إليه سابقا، حينما نصت على ما يلي: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات، محل مصاريف: الإدارات العمومية -

1 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 10.

الهيئات الوطنية المستقلة - الولايات - البلديات - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري - مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة. وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة" ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم».

1 - الإدارات العامة "الدولة": حيث يتعلق الأمر بمختلف الإدارات العمومية Les administrations publiques، على حد تعبير المادة الثانية، التي تتشكل منها الدولة بمعناه الضيق، وهو ما يتمثل أساساً في الأجهزة والإدارات العمومية التالية: مصالح رئاسة الجمهورية، مصالح رئاسة الحكومة، الوزارات وما يرتبط بها من أجهزة وتنظيمات وتفرعات إدارية غير متمتعة بالشخصية المعنوية سواء كانت قائمة بالعاصمة أو موجود عبر الولايات أو الجهات مثل المديرات Les directions، إذ أنها تمثل عدم تركيز إداري كإحدى صور النظام المركزي، وليس تطبيقاً لنظام اللامركزية بكل ما يترتب على التفرقة بين النظامين من نتائج.

2 - الهيئات الوطنية المستقلة:

تتمثل الهيئات الوطنية المستقلة Les institutions nationales autonomes فيما يسمى، حسب المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بمجلس الدولة بـ: "الهيئات العمومية الوطنية"، حيث يتعلق الأمر بـ:

أ - السلطات الأخرى غير السلطة التنفيذية؛ مثل: البرلمان، الجهات القضائية العليا (المحكمة العليا، مجلس الدولة) أو مجلس الدستوري، حينما تقوم تلك السلطات، وهي هيئات مستقلة عن السلطة التنفيذية، بأعمال وأنشطة ذات صبغة إدارية تتعلق بسيرها وإدارتها، أي

خارج مهمتها الرئيسية التشريعية أو القضائية أو الرقابة الدستورية، فتقوم بإبرام صفقات تتصل بتوريدات خاصة بها أو ترميمات خاصة ببنائها... الخ.

ب - الهيئات الوطنية القائمة في إطار السلطة التنفيذية: ويتعلق الأمر هنا بأجهزة وتنظيمات ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية، مما يجعلها مستقلة قانونيا عن أجهزة الدولة وهيكل (السلطات الإدارية المركزية)، مثل المجالس العليا القائمة في مختلف القطاعات: المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، والمجلس الإسلامي الأعلى، أو التنظيمات الوطنية الأخرى... الخ.

ويشترط في تلك الهيئات لتتمتع بحق التعاقد وإبرام الصفقات العمومية من حيث الاختصاص الإقليمي أن يمتد نشاطها إلى كافة أرجاء إقليم الدولة، ومن حيث الطبيعة القانونية يجب أن تكون متمتعة بالشخصية المعنوية، مما يجعلها مستقلة قانونيا ولها أهلية التعاقد، وفقا للمادة 50 من القانون المدني.

3 - الولاية:

هي وحدة من وحدتي الإدارة المحلية بالجزائر (إلى جانب البلدية)، فهي إحدى المجموعات الإقليمية المنصوص عليها في الدستور بموجب المادة 15، وتخضع للقانون 90-09 المؤرخ في 07/04/1990 يقصد بالولاية، كشخصية معنوية وفقا للمادة الأولى من القانون 90-09 مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بالتنظيم الولائي المتمثلة في:

أ - جهاز المداولة: المتمثل في المجلس الشعبي الولائي وما يشمل من هيئات مثل: رئيسه المنتخب من بين أعضائه، وما ينبثق عنه من لجان دائمة ومؤقتة.

ب - جهاز التنفيذ: المتمثل في الوالي، وما يوضع تحت سلطته من هيكل وأجهزة، مثل: مجلس الولاية، إضافة إلى الأجهزة الداخلية للولاية: الأمانة العامة، المفتشية العامة الديوان. وكذا دوائر الولاية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ 23/07/1994.

كما يتضمن جهاز التنفيذ بالولاية أيضاً مختلف المصالح والمرافق العامة التابعة للولاية المسيرة بموجب طريقة الاستغلال المباشر خلافا للمرافق العامة الولائية المكتسبة للشخصية المعنوية، والمستقلة قانونيا عن الولاية في شكل مؤسسات عمومية ولائية Les، طبقا للمادة 126 من قانون الولاية.

ولقد أحالت المادة 113 من قانون الولاية على تشريع الصفقات العمومية حينما نصت على ما يلي: « تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريد للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للتشريع المعمول به »⁽¹⁾.

4 - البلدية: هي الجماعة الإقليمية القاعدية في الإدارة المحلية، كما تشير المادة 15 من الدستور، وتخضع للقانون رقم 90-08 المؤرخ في 1990/04/07، وتشتمل البلدية على مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بها سواء كانت أجهزة للمداولة أو للتنفيذ²:

أ - جهاز المداولة: ويتمثل في المجلس الشعبي البلدي المنتخب وما ترتبط به من لجان دائمة أو مؤقتة.

ب - جهاز التنفيذ: ويتمثل أساسا في رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي يتمتع بسلطة اتخاذ القرارات سواء باعتباره ممثلا للبلدية أو ممثلا للدولة.

كما يتضمن أيضاً مختلف المصالح والمرافق العامة التابعة للبلدية المسيرة بموجب طريقة الاستغلال المباشر، خلافا للمرافق العامة البلدية المكتسبة للشخصية المعنوية، والمستقلة قانونيا عن البلدية طبقا للمادة 136 من القانون البلدي.

1 - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 14 و15.

2 - راجع: د. مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ثلاثة أجزاء، و.م.ج، الجزائر، 1998، ص 359 وما بعدها.

5 - المؤسسات العمومية: خلافا للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 الذي قصر إبرام الصفقات العمومية على نوع واحد من المؤسسات العمومية، وهي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فإنّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم، قد أخذ بمفهوم واسع ومتنوع للمؤسسة العمومية، حينما أوردت المادة الثانية منه عدة أنواع من المؤسسات العمومية وهي:

أ - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

ب - المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي:

ج - المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

د - المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني: ،أضافها المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 02-250.

هـ - المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: .

و - المؤسسات العمومية الاقتصادية:

أضافها المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 02-250.

إنّ النظام القانوني لأنواع المؤسسات العمومية هذه متمايز ومتباين من حيث القواعد القانونية التي تتعلق بكل نوع، وفقا للقرارات التنظيمية التي تتشوّها سواء كانت صادرة عن إدارات مركزية (مراسيم، قرارات وزارية)، أو صادرة عن إدارات لا مركزية (قرارات ولائية أو بلدية)، وإن كانت قواعد ومبادئ القانون الإداري تبقى هي الغالبة حيالها.

ويظهر أن التمييز بين هذه الأنواع من المؤسسات العمومية، إنما يستند إلى معيار موضوعي يتعلق بموضوع وطبيعة النشاط الذي تقوم به المؤسسة: إداري، علمي - تكنولوجي، ثقافي، مهني، صناعي تجاري.

ومن الواضح أن هذا المعيار لا يفيد كثيرا، على المستوى القانوني، ولا يستقيم من النواحي التالية، الأولى: صعوبة التفرقة والتمييز الدقيق والواضح بين بعض تلك الأنشطة، مثل: العلمي والتكنولوجي والثقافي.

والثانية: عدم جدوى هذا التنوع والتعدد المفرط، ما دام النظام القانوني والقضائي الجزائري أصبح يتجه بوضوح إلى النظام المزدوج (وليس التعدد)، أي القانون الخاص والقانون العام من حيث القانون المطبق من ناحية، والقضاء العادي والقضاء الإداري من حيث القضاء المختص، من ناحية أخرى.

والثالثة: المساس بالمعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن تحديد الاختصاص القضائي الإداري للغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية (المحاكم الإدارية)، حيث أنها تشير فقط إلى منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

وعليه فإنّ منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية تخرج من نطاق اختصاص الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي¹، سواء كانت متعلقة بإنجاز عمليات ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة أم لا، الأمر الذي يؤدي إلى تشتت منازعات الصفقات العمومية بين عدة جهات قضائية.

1 - وهو ما يؤكد قضاء مجلس الدولة (ملف رقم 003889 بتاريخ 2002/11/05، قضية ز.ش / المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق)، من حيث: « أن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ».

الفرع الثاني : أنواع المعايير

أولا : المعيار الموضوعي:

يتمثل موضوع العقد الإداري ويتصل محله بمرفق من المرافق العامة. ويأخذ المرفق العام مفهومي: المفهوم العضوي-الشكلي: ويتمثل في الأجهزة والهيئات والتنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية مثل الجامعة، المستشفى، إدارة الشرطة... الخ. وعلى الرغم من ظهور أزمة المرفق العام La crise de service من حيث عدم اعتبار مفهوم ومصطلح "المرفق العام" أساسا ومعيارا فريدا للقانون الإداري، فإن فكرة المرفق العام ما زالت تلعب دورا في تحديد العديد من مصطلحات القانون الإداري، ومنها العقد الإداري كما هو واضح - خاصة - من موقف الفقه والقضاء الإداريين في كلا من فرنسا⁽¹⁾، ومصر⁽²⁾، وعليه فإنه يشترط في العقد حتى يكون إداريا، أن ينصب على مرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه. فالعقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص آخر (طبيعي أو معنوي) على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة، أو إذا أشرك الأفراد في إدارة وتسيير المرفق.

ثانيا : المعيار الشكلي (الشرط الاستثنائي غير المألوف)

يذهب القضاء الإداري (فرنسا ومصر) إلى أن العقد لا يعتبر إداريا، رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، و تتمثل في امتيازات السلطة العامة.

1 - Délaubadère (A), Venezia (J.C), Gaudmet (Y), Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, pp 42

Délaubadère (A), Venezia (J.C), Gaudmet (Y), Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, pp 42

2 - محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، د.م.ج، 1987.

ولقد عرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 1950/10/20، الشرط أو البند غير المألوف بأنه البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم، وذلك ضمن إطار القوانين المدنية والتجارية¹ وكأمثلة عن البند غير المألوف، النص الذي يخول للإدارة المتعاقدة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة وفقا للمادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم، وذلك خلافا للمألوف في القانون المدني طبقا للمادة 106 منه والتي تنص على أن: « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ». ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد الإحالة في العقد إلى دفتر من دفاتر الشروط الإدارية ليس شرطا استثنائيا، إلا إذا كان ذلك الدفتر يشتمل فعلا على شرط استثنائي.

ويستفاد مما تقدم أنه لا اعتبار العقد إداريا يجب اعتماد المعايير الثلاثة السالفة الذكر مجتمعة، وبالتالي يجب أن يستجمع العقد شروطا ثلاثة:

- 1 - أن يكون أحد الأشخاص العامة (المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338) طرفا فيه.
- 2 - أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام من تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة.
- 3 - أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

1 - أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 365.

الفرع الثالث: أنواع العقود الإدارية

تتعدد وتتنوع العقود الإدارية التي تقوم الإدارة بإبرامها لإدارة المرافق العامة وتحقيقها بالتالي للمصلحة العامة⁽¹⁾، وفي القانون الإداري من الصعوبة التسليم بنفس تصنيفات العقود المطروحة في القانون المدني، وذلك لاختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل منهما⁽²⁾.

ولأن طبيعة العقود الإدارية على العموم تتطلب بعض الإجراءات التي قد لا تكون مطلوبة في عقود القانون الخاص، من ذلك مثلا "الشكلية" حيث تعتبر عنصرا جوهريا في جميع العقود الإدارية لا ينعقد العقد بدون استيفائها، وبالتالي لا مجال للقول بأن هناك عقود إدارية رضائية وهي عقود إدارية شكلية.

وكذلك من حيث "آثار العقد"، فإن العقود الإدارية تلزم المتعاقد والإدارة سوية، وبالتالي لا يكون هناك محل للقول بأن هناك عقود إدارية ملزمة لجانب واحد وعقود إدارية ملزمة للجانبين، إلا أنه يمكن القول أن هناك عقودا إدارية "فورية التنفيذ" كعقد بيع مال من أموال الدولة وعقود إدارية "مستمرة التنفيذ" كعقد التوريد وعقد الإيجار وغيرها. كما يمكننا أيضا القول أن هناك عقود إدارية مسماة (C. nommés) وعقود إدارية غير مسماة، فأما العقود الإدارية المسماة، فهي تلك العقود التي تقرر لها في القانون أو في القضاء نظام قانوني خاص⁽³⁾

وأما العقود الإدارية غير المسماة فهي كل عقد إداري لم يرد له وصف في قانون ما أو لم تستقر بشأنه أحكام القضاء على أنه عقد من عقود القانون العام، فهي تعتبر عقودا إدارية وفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع لها لأن شروط العقد الإداري وأركانه انطبقت عليها⁴.

1 - نواف كنعان: القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص 322.

2 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 18.

3 - سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري)، توزيع دار الكتاب الحديث، 1993، ص 337.

4 - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 322.

ويمكن تقسيم العقود الإدارية إلى عقود بنص القانون إذا ما وجد نص قانوني يشكّل نظاماً قانونياً مخالفاً ومغاييراً لنظام العقود الخاصة، كما هو الحال بالنسبة للعقود الأربعة الواردة بالمادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (المعدل والمتمم)، والمتمثلة في عقود الأشغال العامة، عقود اقتناء اللوازم، عقود تقديم الخدمات وعقود إنجاز الدراسات.

أو بناءً على أحكام القضاء (العقود الإدارية المقررة قضاءً)، كلما توفرت في عقود الإدارة الشروط والمعايير السالفة الذكر.

ومعظم التقسيمات السابقة ليست لها أهمية خاصة فيما يتعلق بالنظرية العامة للعقود الإدارية، ولهذا نكتفي بالتعريف بأهم العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة سواء أكانت مسماة أم غير مسماة⁽¹⁾، محددة قانوناً أو مقررة قضاءً.

أولاً - عقود الأشغال العامة: (عقد المقاولة):

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ويقصد تحقيق منفعة عامة نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد².

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن عقد الشغل العام يجب أن يكون³:

-
- 1 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 105.
 - 2 - عمار عوايدي: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 198.
 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 19.
 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 122. وهو نفس تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1950/12/23.
 - 3 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 22.
 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 20.
 - د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 574.

أ - منصبا على عقار سواء بالبناء (مساكن، سد، طريق...) أو بالترميم (جسر قديم، منشآت أثرية...) أو بالصيانة (دهن مباني، تنظيف...)، وعليه فإذا كان العقد منصبا على منقول فلا يكون عقد مقاوله، وإنما عقد آخر كالتوريد، غير أنه إذا ما انصب موضوع العقد على عقار بالتخصيص فإنه يكون عقد شغل عام كإقامة خطوط هاتفية أو مد مياه إلى غير ذلك.

ب - أن يبرم العقد لحساب شخص معنوي عام (الإدارة العامة المتعاقدة)، حتى وإن كان العقار ملكية خاصة مثل: دهن مساكن خاصة محادية لطريق عمومي في إطار عملية إدارية لتنظيف المحيط.

ج - أن يهدف الشغل العام إلى تحقيق المنفعة العامة.

ثانيا - عقد اقتناء اللوازم: (عقد توريد):

يعرف بأنه اتفاق شخص من أشخاص القانون العام مع فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي تكون لازمة لمرفق عام في مقابل ثمن معين¹، وعلى فترة أو فترات زمنية محددة.

وتتم عقود التوريد عادة بطريقة المناقصات ضمانا للمصلحة العامة للخرينة العامة للدولة²، ومن أمثلة المنقولات محل هذا النوع من العقود الإدارية: الأثاث المكتبي للإدارة، الأدوية بالنسبة للمستشفى، الكتب للمكتبة العمومية، الخبز للمطعم الجامعي... الخ، ومن ثم فإن محله يكون دائما منصبا على منقول خلافا لعقد الأشغال العامة الذي يكون محله دائما عقارا كما رأينا سابقا.

1 - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 199.

2 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 20.

ثالثا - عقد تقديم الخدمات :

يعرّف عقد تقديم الخدمات بأنه اتفاق بين الإدارة العامة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره، كأن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات وحماية المحيط، أو أن تتفق البلدية مع مؤسسة متخصصة في الإعلام لإقامة شبكة نظام للإعلام الآلي بمقر البلدية⁽¹⁾.

رابعا - عقد الدراسات :

هو اتفاق بين إدارة عامة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة والاختصاص)، يتم بمقتضاه القيام بدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها، وبهذا الصدد تنص المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 الذي يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك، على ما يلي: « المستشار الفني شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط والمؤهلات المهنية والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء، لصالح رب العمل، وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب وأجل محدد ومقاييس نوعية.

يمكن أن يكون المستشار الفني على الخصوص مهندسا معماريا أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات معتمدا طبقا للتشريع الجاري².

خامسا - عقد التزام المرافق (عقد الامتياز):

عقد التزام المرافق أو عقد الامتياز هو أحد أهم العقود الإدارية، ويمثل أحد طرق إدارة وتسيير المرافق العامة، يتولى بموجبه شخص خاص - فردا أو شركة - ويسمى الملتزم وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مدة من الزمن مقابل رسوم "Des textes"،

1 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 23.

2 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 24.

ينقاضها من المنتفعين Les usages والمستعملين للمرفق العام. حيث تنص المادة 30 من قانون الولاية أنه إذا تعذر استغلال المرافق العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز، ويقوم الوالي بالمصادقة على هذه العقود بموجب قرار، و ينبغي أن تكون هذه العقود مطابقة لدفتر الشروط النموذجي. ويمتاز عقد التزام المرافق بأنه يحتوي على نوعين من الشروط :

*شروط تعاقدية ، تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وهي الشروط التي لاتمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وتتعلق عادة بالأعباء المالية ومدة الإمتياز.

*وشروط تنظيمية ، تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة كما تملك تعديلها في كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضع الإستغلال وهي التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين مثل تنظيم الإستغلال وتحديد الرسوم....

سادسا : عقد القرض العام :

هو عقد إداري يقرض بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص فردا كان أم شركة مبلغا من المال للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام الأخرى مقابل إلتزامها برد المبلغ بعد نهاية أجل القرض بالإضافة إلى دفع فوائد سنوية محددة، وما يثيره ذلك من نقاش متعدد الأبعاد. وتلجأ الدولة إلى مثل هذه العقود لمعالجة أزمة إقتصادية تمر بها، فتطرح في السوق سندات القرض. والأصل في هذه العقود أنها إختيارية إلا أنها قد تكون إجبارية تفرضها الإدارة على الأفراد على شكل ضرائب إلا أن القانون يرتب عليها آثار عقد القرض من حيث وجوب استردادها في نهاية المدة . ولما كانت عقود القرض العام تؤدي إلى تحمل الدولة بأعباء مالية لآجال طويلة ، فقد جرت العادة في الدول البرلمانية على وجوب موافقة البرلمان عند عقد مثل هذه العقود. هذا وقد نص الدستور الجزائري في المادة 122 فقرة 15 منه والقانون رقم 17/84 المتعلق بقوانين المالية في المادة 132 منه ، وكذا قوانين الإدارة المحلية (المادة 132من

قانون الولاية والمادة 146 من القانون البلدي) على عملية الإقتراض كإحدى الإيرادات العامة ،
ولكن التشريع الجزائري لم يتضمن نصوصا تبين كيفية إبرام هذه العقود وشروطها مثلما هو
الأمر في كثير من الدول

المبحث الثاني : تميزه العقود الادارية

تلجأ الإدارة العامة في ممارستها لنشاطها إلى طرق متعددة، وهي أعمال قد تكون من جانب واحد كالقرارات الإدارية، و قد تكون أعمالا من جانبيين كالعقود الإدارية.

وعقود الإدارة العامة تنقسم إلى قسمين عقود تخضع لقواعد القانون الخاص وعقود تخضع لقواعد القانون العام، و تعطى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار نوع التعاقد الذي تراه ملائما لتلبية احتياجاتها و لكن ، العقد الإداري الذي يخضع لنظام القانون العام

وتنقسم معايير تميز العقود الإدارية إلى قسمين، القسم الأول ويطلق عليه معيار العقود الإدارية بتحديد القانون والقسم الثاني يطلق عليه معيار العقود الإدارية بطبيعتها .

كما أن العقود الإدارية تتنوع و تتعدد بتنوع وتعدد نشاطات الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصرا للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق، حيث كانت العقود الإدارية تنحصر في عقود الأشغال والتوريد والامتياز، بل ظهرت عقودا أخرى في مجالات مختلفة نظمتها قوانين مختلفة.

ونتناول الآن هذين الموضوعين في مطلبين ونخصص الأول لمعايير تمييز العقود الإدارية (المطلب الأول)، و نعرض بعده مباشرة أهم أنواع العقود الإدارية المطلب الثاني).

المطلب الأول: معايير تمييز العقود الإدارية:

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية ، فالعقود الإدارية يكون أحد طرفيها من أشخاص القانون العام و يختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري ، بينما العقود الخاصة يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الخاص، أو كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص و أن المنازعات التي تنشأ عنها تخضع للقضاء العادي و ليس القضاء الإداري.

و أن الإدارة في حد ذاتها تبرم العديد من العقود و من طبيعة مختلفة، و بالتالي لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، فهي عبارة عن مزيج من عقود القانون العام و عقود القانون الخاص، فالأولى تسمى بالعقود الإدارية و تخضع لأحكام القانون العام، أما الثانية تسمى بعقود الإدارة الخاصة و تخضع لأحكام القانون الخاص.

ومن المسلم به أن الفقهاء اختلفوا في تمييز العقود الإدارية عن بقية العقود الأخرى وظهرت معايير مختلفة في هذا الشأن وتبعاً لذلك سأتناول في هذا المطلب دراسة تفصيلية متعمقة بشأن معايير تمييز العقود الإدارية، وكذلك تقييم المعايير، وموقف المشرع الجزائري، وذلك وفقاً للترتيب الآتي: العقود الإدارية بتحديد القانون

الفرع الأول)، أحكام العقود الإدارية بطبيعتها (الفرع الثاني)، تقييم المعايير و موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث)

الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون

العقود الإدارية بتحديد القانون هي العقود التي نص المشرع صراحة على اعتبارها عقوداً إدارية، أو حول صلاحية الفصل فيها للقضاء الإداري. ومن أمثلة هذه العقود في فرنسا عقد الأشغال العامة وق بيع عقارات الدولة و عقد شغل المال العام

أن جذور التحديد التشريعي لبعض العقود الإدارية تعود إلى نهاية القرن الثامن عشر، ففي فرنسا صدرت مراسيم حددت بموجبها بعض أنواع العقود وأخضعت لولاية قضائية خاصة، حيث صدر مرسوم أصبح بموجبه عقد الأشغال العامة خاضعا لولاية مجالس الإقليم ثم لجأت الجهات القضائية بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي إلى توسيع فكرة (الشغل العام) وصيغت¹ بمقتضاها أحكاما خاصة وأدخلت مع عقد الأشغال العامة. وأضافت مراسيم أخرى بعض العقود مثل عقود بيع أملاك الدولة عام 1790 وعقود القرض العام 1793ء

بيد أن التحول الأساسي في نظرية العقود الإدارية كان في عام 1903 وبالأخص في قضية "TERRIER"، إذا قرر مفوض الحكومة بأن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق قومية كانت أو محلية سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا².

إن نقطة التحول هذه تقوم على افتراض أن العقد يكون إداريا بطبيعته وليس بتحديد القانون مادام يتعلق بنشاط مرفق عام، ومن هنا نشأت فكرة البحث عن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، فالمشرع حينما ينص على اعتبار عقد ما من العقود الإدارية، فإن ذلك النص لا يعني أنه أراد أن يحصر العقود المسماة المذكورة بالنص وإنما أراد أن يذكر أمثلة لما يعتبر من العقود الإدارية وهذا في الحقيقة ما يفسر الاجتهادات القضائية التي قام بها مجلس الدولة

1 - LAUBADERE (A. de), traité de droit administratif, 6 ed. Paris L.G.DJ 1973, P667 VEDEL (G) droit administratif, 4 e ed , Paris, 1968. P212. -VELLEY (S.), Droit administratif, 4 ed, Paris dalloze 2003, P 84. -RICCI (CJ), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette, Supérieur, 2006, P213.

2 - الجبوري خلف (محمود)، النظام القانوني المناقشات العامة، دراسة مقارنة، طاء، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص103-

الفرنسي فيما بعد بتوسيع فكرة الشغل العام و إدخال عقود جديدة في مجال القانون الإداري استنادا إلى ذلك التوسع بالتفسير القضائي من باب القياس على نص قائم تارة ومن باب الابتداع العام تارة أخرى¹.

أما في مصر فإن العقود الإدارية تعتبر عقودا إدارية بطبيعتها، ووفقا لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون، ولا وفقا لإرادة المشرع

وبذلك فإن المشرع قد نص في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر.

الفرع الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها

اختلف الفقه و القضاء في تحديد العقد الإداري، غير أن الرأي الغالب فيهما يذهب إلى أنه العقد الذي يبرمه شخص إداري بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، و تنظيمه و تظهر فيه نيته بإتباع أساليب القانون العام².

نستنتج من هذا التعريف أن العقد الإداري يتضمن ثلاثة ضوابط هي:

1- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

3- إتباع أساليب القانون العام.

1 - الجبوري خلف (محسود)، المرجع السابق، ص 11

2 - الطماوي (سليمان)، الأسس العامة للعقد الإداري، المرجع السابق، ص 51.

-VEDEL (G.), Droit administratif, op.cit, P204-205.

-RICCI (CJ), Droit administratif général, op.cit, P217.

وقد ظهر اختلاف كبير بين الفقهاء حول كفاية أو عدم كفاية أحد هذه الضوابط ليكون معيارا مميزا للعقد الإداري، حيث ذهب بعضهم إلى كفاية الضابط الأول فاعتبروا جميع العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها عقودا إدارية وهؤلاء هم أنصار المعيار العضوي، ونادى البعض الآخر بضرورة توافر الضابطين الآخرين لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود، وهؤلاء هم أنصار المعيار الموضوعي، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم حول كفاية أحد هذين الضابطين ليكون هو المعيار المميز حيث قال فريق منهم بكفاية اتصال العقد بمرفق عام، ويرى الفريق الآخر كفاية تضمين العقد شروطا استثنائية لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وقد برزت في هذا المجال نظريات ثلاث:

الأولى: ترى أن معيار تميز العقد الإداري هو هدف المرفق العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من خلال إبرام العقد، و الثانية ترى إضافة شرط آخر إلى معيار المرفق العام، وهو أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام و ذلك بأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق أحكام القانون الخاص والثالثة ترى استبعاد فكرة معيار المرفق العام والاكتفاء بمعيار الشروط الاستثنائية، وسنبين هذه الضوابط في الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى: أن تكون الإدارة طرفا في العقد

تعتبر العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة التي أخذت بتقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، لذلك يكون من البديهي أن يشترط عند إضفاء الصفة الإدارية على العقود أن تكون الإدارة طرفا فيها و ذلك على أساس أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون الخاص¹.

1 - مروت (بدوي)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع3 ر4، م27، ص

يترتب على ذلك استبعاد العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عن نطاق العقود الإدارية حتى لو حققت مصلحة عامة¹.

غير أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر اعتبر بعض العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عقودا إدارية إذا ما أبرمت باسم ولحساب الإدارة و ذلك متى توافرت الشروط الأخرى وهي اتصال العقد بمرفق عام وتضمينه شروط استثنائية².

هذا المعيار يوسع من نطاق العقود الإدارية وبالتالي القانون الإداري لأنه يترتب عليه اعتبار كل عقد قبرمه الإدارة عقدا إداريا، علما بأن الإدارة قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في إبرام عقودها و بالتالي تيسر كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقدا إداريا

الفقرة الثانية: اتصال العقد بنشاط مرفق عام

لا يكفي أن تكون الإدارة العامة طرف بالعقد ليتصف بالصيغة الإدارية و إنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام سواء من حيث إنشاء ذلك المرفق أو من حيث تنظيمه و تسييره³.

وقد ارتبطت فكرة المرفق العام بالعقد العام الإداري منذ بداية ظهور الأحكام الكبرى المكونة لنظرية العقد الإداري انطلاقا من حكم بلانكو الصادر عن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية عام 1873 والذي وضع الحجر الأساس لقواعد المسؤولية الإدارية وجعل في نفس الوقت الاختصاص للمحاكم الإدارية في كل نزاع يتعلق بمرفق عام.

كما جاء في حكم تيريه عام 1903 في تقرير مفوض الحكومة روميو مبدأ عاما وهو أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقي عامة أو محلية

1 - ثروت (يدوي)، المرجع السابق ، ص 120.

2 - لباد (جمال الدين)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال في مجلة قضايا الحكومة، م8، 3، 1964ء ص 66

3 - -WALINE (M.)- Précis de droit administratif, 1969, P392

يكون عملية إدارية هي بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري.

إلا أن الحياة الإدارية لم تستقر على وضعها الأول، حيث وجدت الدولة نفسها مجبرة على القيام بالنشاط الصناعي التجاري بعدما كانت وظيفتها هي الدولة الحارسة، تحمي الأمن الداخلي والخارجي للمواطنين وتنظيم القضاء بين الأفراد، امتد نشاطها

لإنشاء مرافق تقدم خدمات الجمهور، فظهرت إلى جانب المرافق الإدارية مرافق اقتصادية وبرز على إثر ذلك جدال حاد بين الفقهاء حول مدلول المرفق العام و أهميته بالنسبة للقانون الإداري، فنادى فريق منهم بزوال مفهوم هذا المرفق أو أن أهميته أصبحت ثانوية في القانون الإداري بينما أعتبر الفريق الآخر ما حصل هو تطور في مفهوم المرفق العام¹.

وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التمييز للعقد الإداري وارتبطت به فترة طويلة حتى كاد الفقه و القضاء يجمعان على ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد، ولهذا وردت فكرة المرفق العام في العديد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي وأعتبرها مجلس الدولة في بعض أحكامه معيارا كافيا لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، و سار القضاء المصري على ذات المسلك عندما قال في حكم له صادر في 16 ديسمبر 1956 بأنه: « تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة...»².

وأكدت ذات المسلك المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في 2 مارس 1963 عندما قررت «بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص

1 - عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط1، 1976 النجف، العراق، ص 61 وما بعدها

2 - خير الدين عبد العزي "حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة إدارة قضايا الحكومة مصر، س 05 ع4، 1961 ص 11،

مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة¹.

أما الفقه الإداري فقد استقرت مهمته على أنه إذا كان شرط المرفق العام شرطا لازما وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة فإنه يكفي في هذا الصدد أن يؤخذ المرفق العام بأوسع معانيه أولا محل للتنفيذ بنوع معين من المرافق العامة الاعتبار من الاعتبارات².

وهكذا فإن فكرة العقد الإداري ، طبقا لهذا الرأي ، لا تقتصر على المرافق الإدارية وإنما يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى الاقتصادية والتجارية، وعلى الرغم من اتفاق هؤلاء على ضرورة اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام وبعبارة أخرى هل يجب أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق العام على درجة معينة من المتانة؟ ظهرت في هذا الخصوص ثلاث نظريات يذهب كل منها إلى تعيين الدرجة التي تكون عليها هذه الصلة حتى يمكن إضفاء الصفة الإدارية على ذلك العقد³.

وهذه النظريات هي نظرية الهدف المباشر و نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام، و نظرية المرافق العامة بطبيعتها. و بناء على ذلك قسمت هذه الفقرة إلى عدة نقاط، أتناول نظرية الهدف المباشر (أولا)، ثم ناقشت نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام (ثانيا)، وعرضت في الأخير نظرية المرافق العامة بطبيعتها (ثالثا). و ذلك على النحو الآتي:

1 - مصطفى كما سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مجلة العلوم الإدارية، س 13 ع1، 1971 ص 143

2 - الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 143.

3 - عيسى رياض ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص68.

أولاً : نظرية الهدف المباشر

ونادي بهذه الفكرة الأستاذ/ مارك رجلاد Marc Reglade إذ يرى أن العقود التي يكون من شأن موضوعها أن يحقق حالا ومباشرة غرض المرفق العام تعتبر عقودا إدارية، أما العقود التي لا يحقق موضوعها غرض المرفق العام بطريقة حالة ومباشرة فإنها تعتبر من عقود القانون الخاص ولو كانت نية الإدارة قد اتجهت إلى تحقيق غرض المرفق العام بطريقة غير مباشرة¹.

واستنادا إلى هذه النظرية يكون العقد إداريا إذا كان موضوعه يستهدف هدفا من أهداف المرفق العام لتحقيقه بصورة مباشرة

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت للنقد من جانب أغلب الفقهاء، الذين لاحظوا أنها تتعارض مع أحكام القضاء و أنها قاصرة على وضع المعيار الصحيح للعقود الإدارية ولو أن موضوعها ليس مشاركة مباشرة في المرفق العام وبالعكس هناك عقود تستهدف غرض المرفق العام مباشرة أو تنفيذ المرفق العام ذاته، ومع ذلك يعتبرها القضاء عقودا مدنية إذا لم تتضمن شروطا استثنائية².

ثانياً: نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام

وهذه النظرية التي استندت إلى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسية السابقة على سنة 1956 تتضمن فكرتين تكفي كل منهما وحدها- في رأي بعض الفقهاء- الطبع العقد بالطابع الإداري، الأولى هي فكرة دوام المشاركة في المرفق العام و مؤداها أن العقود التي لا تتضمن إلا مشاركة مؤقتة أو عارضة في المرفق العام تعتبر من عقود

1 – REGLADE(M.)de l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaires et administratives R.D.P 1924 P191

2 – VELLEYS(S.), op-it, P84 et s.

القانون الخاص، إلا إذا وجدت شروط استثنائية وبالعكس فإن المشاركة الدائمة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد محل المنازعة، حتى ولو لم يتضمن العقد شروط استثنائية، ولهذه الفكرة مدى عام يشمل كل العقود

والفكرة الثانية هي فكرة طبيعية الوظيفة، وهذه الفكرة تتضمنها الفكرة الأولى، فإذا كانت الوظيفة في المرافق العامة الصناعية والتجارية بسبب طبيعتها، في تلك التي لا يمكن أن يعهد بها إلا إلى معاونين للإدارة مرتبطين معها بإحدى روابط القانون العام، فإن العقد في هذه الحالة يكون إداريا¹.

إلا أن هذه النظرية أيضا تعرضت للنقد من جانب الفقهاء، فيرى البعض أنه لا يصح اعتبارها أساسا يقوم عليه معيار العقد الإداري، إذ لا يمكن أن نتصور أن عقدا تبرمه الإدارة لا يمكن أن يكون بشكل أو بآخر وسيلة من وسائل تنفيذ المرفق العام كما لا يمكن أن نتصور أن عقدا تبرمه الإدارة لا يتضمن مشاركة من جانب المتعاقد في تنفيذ المرفق، هناك من الفقهاء من يرى أنه، يكفي أن نلاحظ أن هذه المشاركة في إدارة المرفق تكون في ذاتها شرطا استثنائيا وتتضمن بالتالي تحقيق الضابط الثاني في معيار العقود الإدارية، أي الشروط الاستثنائية، إذ من الواضح أنه لا توجد ولا يمكن أن توجد عقود مدنية تتضمن مثل هذا الشرط

ثالثا: نظرية المرافق العامة الإدارية بطبيعتها

يرى أنصار هذه النظرية أن العقود التي تبرمها مرافق إدارية بطبيعتها تعتبر عقودا إدارية، أما العقود التي تبرمها المرافق الأخرى غير الإدارية والتي تمارس أعمالا مشابهة للأعمال التي يمارسها الأفراد أو الهيئات الخاصة فتعتبر عقودا مدنية غير أن هذا القول لا يؤيده الواقع حيث توجد أحكام قضائية عديدة تشير بوضوح إلى

1 - Pi77 C.E 8 December 1948 Pasteam RDP 1949 P75 note Walinc S, 1949

أن المرافق العامة الاقتصادية هي عقود إدارية إذا تضمنت شروطا استثنائية¹.

الفقرة الثالث: : اتباع أسلوب القانون العام

يجب الاعتبار العقد إداريا أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام حتى وإن لم يتصل العقد بمرفق عام، أي أنه إذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإن ذلك يكشف عن أن نية الإدارة قد اتجهت إلى إتباع وسائل القانون العام، وبالتالي فإن العقد يصبح إداريا بغض النظر عن صلته بالمرفق العام².

فالمعيار المعتمد من طرف القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اعتماد أسلوب القانون العام هو أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن لجأت الإدارة إلى استخدام سلطاتها وأمتيازاتها، وضمنت العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود القانون العام، وإن لم تلجأ إلى ذلك فالمنازعة تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري.

وبالتالي احتواء العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في العقود المبرمة من قبل الأفراد في نطاق القانون الخاص يعد العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى واشتراط الإدارة لنفسها التمتع ببعض الامتيازات العامة التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين ينبئ عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام³.

وتتمثل الامتيازات العامة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو فرض الضرائب، أو تنظيم حركة المرور أو غلق طريق أو التنفيذ المباشر أو توقيع عقوبات على المتعاقد معها... إلخ، هذا وقد حدد الأستاذ "Georges Vedel" الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود المبرمة

1 - عسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، الجزائر د.م.ج. 1985 ، ص 6-3

2 - الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

3 - الحلو ساجد راغب، القانون الإداري ، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 565

من قبل الإدارة، كما يلي: العقوبات الموقعة من قبل الإدارة على المتعاقد معها، والشروط المنصوص عليها في القانون والمتعلقة بفسخ العقد من جانب واحد وسلطة الإدارة في إعطاء أوامر... الخ).

وتعبيرها في مجال العقود، ويضيفون إلى ذلك أن صلة العقد بالمرفق العام لم تعد لها أهمية، كما قيل أنها أصبحت مجرد عبارات لفظية لا تتضمن أي معنى حقيقي¹.
والأكثر من ذلك فقد حصل تطور كبير في طبيعة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري من خلال العقد الإداري بالذات أكثر من غيره من موضوعات القانون الإداري، حيث لم يعد النظر إليها أنها مجرد امتيازات ممنوحة للإدارة وإنما هي في ذات الوقت تعتبر قيودا عليها، فهي سلطة منظمة وليست مطلقة².

المطلب الثاني : تقييم المعايير وموقف المشرع الجزائري

الملاحظ بادئ ذي بدء أن الفقه والقضاء الإداريين لم يتوصلا إلى معيار دقيق التميز العقد الإداري عن بقية العقود الأخرى، فالمعايير التي طرحت تنحصر في المعيار المادي أو الشكلي حيث يتحدد الاختصاص القضائي بصفة الأطراف في الدعوى وكلما كانت الإدارة طرفا في النزاع كان العقد إداريا.

لقد انهار المعيار أمام العديد من الأحكام القضائية التي أعلنت عدم تعميم الصفة الإدارية على جميع عقود الإدارة وإمكانية لجوء هذه الإدارة إلى قواعد القانون الخاص الإبرام عقودها وتنفيذها³.

1 - ثروت يدوي ، المرجع السابق، ص 143.

2 - الجبوري خلف محمود، النظام القانوني للمناقصات العامة، المرجع السابق، م 32 و 33.

3 - عيسى رياض ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 5

و بناء على ذلك سأقسم هذا الفرع إلى قسمين أعرض في الأول تقييم المعايير (الفرع الاول) و أتناول في القسم الثاني موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الاول : تقييم المعايير

الذي وجه لهذا المعيار يأتي من القضاء الإداري نفسه عندما إن النقد العنيف استند على فكرة الوكالة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم باسم ولحساب الإدارة¹.

يثير استعمال المعيارين الآخرين مناقشات رصينة، ولهذا يتساءل البعض حول صحتها، ففيما يتعلق بالمعيار الأول وهو معيار المرفق العام يبدو أنه واسع جدا، فالإدارة -عادة- تضع دائما نصب أعينها المرفق العام، فإذا فهمت هذه المهمة بطريقة واسعة جدا، فإننا سنصل لحد اعتبار كل العقود التي تجريها الأشخاص المعنوية العامة، إلا أن نتيجة كهذه هي غير صحيحة².

وقد أكد أنصار هذه النظرية بأنها عاجزة على ملاحقة تطورات وظائف الدولة نتيجة الأخذ ببعض مبادئ الاشتراكية والاقتصاد الموجه، مما أدى إلى زيادة حجم مجالات تدخل الدولة وتعدد نوعية الأنشطة التي تدخلت فيها، وإذا كان هذا المعيار لازما لتحديد القانون الإداري فهو غير كافي وحده التقديم المعيار الصحيح، لأن الإدارة ليست ملزمة دائما باستعمال وسيلة القانون العام الإدارة المرافق العامة، فقد ترى الإدارة أنه من الأوفق أن تدير هذه المرافق العامة وفقا الأحكام القانون الخاص، فتتجرد من صفتها كسلطة عامة وتنزل إلى مستوى الأفراد

1 - عوسى رياض ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 46

2 - محير أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طه، 2006، ص 351-352

وتتصرف كفرد عادي، فينطبق بشأنها هنا قواعد القانون الخاص، رغم اتصال نشاطاتها بالمرافق العامة¹.

وهل سيتجه القاضي لتفسير تنفيذ المرفق العام، بصورة أكثر تقييدا ويطلب إلى الفريق الثاني في العقد أن يشارك مباشرة في تنفيذ هذه المهمة، إن الاجتهاد حينئذ، وكما لاحظ ذلك الأستاذ فالين سيجر أكثر فأكثر إلى بحث صعب ومصطنع سيصل التفرع المعيار الأصلي إلى رزمة من المعايير، فالمعيار الأصلي يميل ليصبح مفقودا وتعريف العقد الإداري يصبح غير قابل للإدراك بدلا من أن يوضح

كما أن المرفق العام ليس له من العناصر الثابتة التي تجعل منه نظاما قانونيا أو أساسا قانونيا محددًا لفكرة العقد الإداري، خاصة إذا ما حققنا عناصر هذا المرفق العام التي ناقشها أنصاره سنجد أنها عناصر وهمية لأنها اعتمدت أسسا لا يمكن برهنتها أو تأكيد صحتها ولكونها استندت على مفاهيم نسبية ليس لها مضمونا علميا أو عمليا².

وهو الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول باستبعاد المرفق العام من أن يلعب أي دور في القانون الإداري، وهو رأي مبالغ فيه، ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي لا زال يلجأ إليه حتى وقتنا الحاضر كمعيار للاختصاص وكأساس للقانون الإداري، إلا أنه لم يعد شرطا كافيا لتطبيق القانون الإداري وتقدير اختصاص القضاء الإداري³.

وبناء على ذلك انتقل بعض الفقه الإداري إلى اختيار الشروط الاستثنائية لإثبات إدارية العقد الذي تبرمه الإدارة، وقد ناصر بعض أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر هذا المعيار، غير أن النقد الشديد الذي يوجه إليه هو أن القضاء نفسه لم يتمكن من وضع نظرية

1 - -WALINE (M.), Le critère du contrat administratif en crise, P831.

2 - عيسى رياض ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، المرجع السابق، م29

3 - -DELAUBADÈRE (A), op cit, P 53

متماسكة ومحددة لفكرة الشروط الاستثنائية، وأن أغلب أحكامه اكتفت بالإشارة فقط إلى احتواء العقد مثل هذه الشروط دون أن تحدد مدلولها أو تبين مقوماتها وعناصرها¹.

وهناك من يرى أنحطاط معيار البند غير المؤلف ويستنتج بعد دراسة الاجتهاد البرهان على أن هذا البند لا يجلب إلى العقد إلا عنصرا إضافيا من القانون العام، وأنه لا يمكن أن يكون العلامة الخاصة لوصف العقد بأنه إداري، وذلك لأن نظام كل عقود الإدارة، ومن بينها عقود القانون الخاص تحتوي دائما موادا مخالفة للقانون المشترك².

الأمر الذي جعل هذا المعيار عاجزا أمام تحديد الصفة الإدارية للعقد رغم محاولات الفقه في معاونة القضاء بهذا الخصوص، غير أنها محاولات باءت بالفشل وواجهت نقدا عنيفا لتناقضها ولغموض عناصرها، ولصحة هذا المعيار لجأ أنصار هذا المعيار ليس إلى تحديد المفهوم القانوني الدقيق لهذه الشروط وإنما إلى عرض صور عنها وبيان أنواعها، مع ذلك لم يتمكن هؤلاء من حصر جميع هذه الشروط بل بقيت على سبيل المثال فقط ولا يمكن أن تشكل معيارا دقيقا للعقد الإداري³.

مما تقدم يمكن التأكد على أن المعايير التي أعتمدها القضاء الفرنسي والمصري وناقشها الفقه الإداري هي معايير لم تثبت صحتها نظريا أو عمليا؛ لأنها استندت على أسس غير محددة واشتملت عناصر غير دقيقة، بل إن هذه المعايير أصبحت أكثر غموضا عندما نجد أن الاختلاف حولها لم يقتصر على النطاق المحلي الفرنسي أو المصري و إنما امتد إلى الدول الأخرى ذات النظام القانوني المزدوج، ففي ألمانيا الغربية تجد هناك خلطا بين العقد والعمل

1 - عيسى رياض ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 79،

2 - WALINE (M), Paris, Lamarque "le déclin du critère de la clause exorbitante: LGDJ, 1974, 12, P497,

3 - عيسى رياض ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، المرجع السابق، ص 7-8

الإداري حيث يعتبر نزع الملكية للمنفعة العامة عقدا إداريا¹، في حين يوصف هذا التصرف القانوني بأنه عمل من أعمال السلطة العامة في فرنسا².

كما أن التزام المرافق العامة يعتبر نموذجا للعقد الإداري في فرنسا، وهو علاقة قانونية خاصة في ألمانيا، ويعتبر عملا إداريا من جانب واحد في إيطاليا³. ويعتبر عقد التوريد في فرنسا عقدا إداريا وهو من التصرفات المالية التي تخضع إلى قواعد القانون المدني في ألمانيا

وإذا كانت هذه الدول قد أقرت بوجود العقود الإدارية من حيث المبدأ فإنه لا يوجد اتفاق تام فيما بينها على مضمون هذه العقود وعناصرها⁴ ففكرة المرفق العام التي قامت على أساسها هذه العقود في فرنسا اعتبرها الفقه الألماني فكرة نسبية بحتة وواسعة للغاية إضافة إلى كونها غامضة، أما الشروط الاستثنائية التي اعتبرها بعض الأحكام القضائية الفرنسية عنصرا أساسيا لتحديد العقد الإداري، لذلك نجد أن ما يعتبر عقدا إداريا في فرنسا قد لا يعتبر إداريا في ألمانيا⁵.

نستنتج مما سبق أن الفقه والقضاء واجه صعوبات كثيرة في تحديد عناصر العقد الإداري وفي تمييزه عن بقية العقود الأخرى، حيث حاول الفقه جعل بعض هذه العناصر المعيار الأساسي في تمييز العقد الإداري مستبعدا في نفس الوقت بقية العناصر، وإن كان الإجماع على أن معيار تمييز العقد الإداري يقوم على العناصر الثلاث المشار إليها سابقا وهي:

1 - ستينوف، نظرية العقود الإدارية والقانون الاشتراكي، مجلة القانون العام والعلوم السياسية 1966، ص 24.

2 - فحمة (عبد الباقي)، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م ج 2، ع 1 بغداد، 1978، ص 169

3 - متيفون، المرجع السابق، ص 141

4 - عيسى رياض، العلاقات القانونية، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكيين، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1979، ص 300.

5 - ستيفون، المرجع السابق، ص 245.

- أن تكون الإدارة طرفا فيه.

- أن يتصل بمرفق عام.

- أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وأشارت أحكام القضاء إلى ضرورة توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لتحديد ماهية العقد الإداري، وفي بيان ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها: «.....» وليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف - أي العقد - إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة.

فالشخص الإداري العام قد يبرم عقدا مدنيا كما يبرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطة احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة، ويجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام - وإن كانت شرطا لازما - فإنها ليست مع ذلك بكافية، فلم يعد المرفق وحده هو المعيار القاطع في التمييز الدقيق بين العقود الإدارية بمعناها القانوني الصحيح التي تبرمها جهة الإدارة وبين تلك العقود المدنية التي تبرمها أيضا جهة الإدارة وتخضع لأحكام القانون الخاص والعبارة إذن بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقودها من أسلوب القانون العام ليتخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى شروط العقود الخاصة بين الأفراد¹.

1 - محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 870 لسنة 5 ق بتاريخ 12/09/1956 س.بند 50 ص77

وتقول المحكمة الإدارية العليا أيضا في أحد أحكامها : «ان العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري»¹.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير

المشرع الجزائري لم يأخذ بالمعايير المادية أو الموضوعية في تحديد الاختصاص، ولكنه أخذ بمعيار شاعت تسميته في الفقه بالمعيار العضوي، لأنه يقوم على تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي تحدد اختصاصات الغرف الإدارية، حيث حددت المادة السابعة 07 من قانون الإجراءات المدنية هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر وهم: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وذلك الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

علما بأن المادة 2 من المرسوم رقم 02-250 أخذت بالمعيار المادي والموضوعي معا، وذلك بنصها على المؤسسات الخصوصية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية.

وهو ما أخذ به المشرع المصري في أحكام المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات، حيث نصت على أنه «يعمل بأحكام القانون المرفق بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات، ومصالح وأجهزة

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1189 لسنة 6، في بتاريخ 31/03/1962 س7. بند 54 ص 527

لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمة كانت أو اقتصادية¹.

كما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية، وذلك بنصه على أنه تطبيق أحكام هذا القانون على الصفقات المبرمة من قبل الدولة ومؤسساتها العمومية ومؤسساتها العمومية ذات الصيغة التجارية الصناعية والجماعات المحلية ومؤسساتها العمومية².

وبصفة عامة، كلما كانت الجهة الإدارية حاضرة في عقد ما، فإن القاضي المختص هو القاضي الإداري، إلا أنه لا يطبق بالضرورة قواعد القانون العام، فلكي يحدد القانون القابل للتطبيق يتساءل عما إذا كان العقد أجري في ظل قواعد القانون الإداري ليقوم بتطبيقه أو في ظل قواعد القانون الخاص، وعندما تجري الإدارة العقد وفقا لأحكام قانون الصفقات، فإن هذا القانون هو الذي يطبق بشكل طبيعي، ولكن إذا جرى العقد خارج إطار هذا القانون، فإن على القاضي حينئذ أن يبحث عن القواعد التي يمكن تطبيقها عليه، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري أن يصادف بعض الصعوبات في التكيف ويتساءل عن المعايير التي ينبغي تطبيقها، وإن كانت هذه الحالات نادرة في الحياة التطبيقية

1 - المادة الأولى من القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية، العدد التاسع عشر مكرر الصادر في 8 ماي، منة 1998، ص01
2 - Article 2 du Décret N°2001 -210 du 7 Mars 2001, portant code des marché publics J.O. N°57i du mars 2001, P3,

الفصل الثاني

الشروط الاستثنائية في مجال العقد الإداري

المبحث الاول: الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية

في تعريف للعقد الإداري يقرر القضاء الإداري الفرنسي أنه : "ذلك العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام ، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره أو تنظيمه وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، و ذلك بتضمينه شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

و يعرفه فقهاء القانون الإداري في فرنسا :

Le contrat administratif est un contrat conclu par au moins une personne publique est dont la connaissance appartient au juge administratif, il peut être également qualifié de tel par la loi, ou par la juris- prudence s'il porte sur l'exécution d'un service public ou comporte des clauses exorbitantes des droits commun".

و من خلال هذا التعريف يستنتج أنه يلزم اجتماع شروط ثلاثة حتى يوصف العقد بأنه إداري:

أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما

- و أن يتعلق بإدارة أو تسيير مرفق عام

- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

و إذا كان لا خلاف في مصر و فرنسا على ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما لكي يعتبر العقد إداريا إلا أنه بالنسبة للشرطين التاليين فيختلف الوضع فيهما.

لذلك تضاربت أحكام القضاء الفرنسي حول المعيار الحاسم لوصف العقد بأنه إداري.

عكس القضاء المصري الذي يتميز بالثبات و التحديد و بالتالي الوضوح و عدم التعقيد.

و قد ساير الفقه هذا التضارب و التقلب بين معياري السلطة العامة و المرفق العام، و ما سببه ذلك من انعكاسات على الحلول القضائية.

و عليه إذا لم يتضمن العقد شروطا استثنائية. فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص إذ ينتفي عندئذ وصف العقد الإداري، و ذلك لاصطدام فكرة الشروط بالنظام العام، حسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة لكونها غير مشروعة و نادرة في هذا الإطار، و لأن هدفها تحقيق المصلحة العامة لا الخاصة و انطلاقا مما سبق يمكن معالجة هذه الإشكاليات في مبحثين:

المطلب الأول: و نتناول فيه تعريف الشروط الاستثنائية.

المطلب الثاني: أنواع وآثار وشروط الإستثنائية

المطلب الأول : تعريف و أهمية الشروط الاستثنائية

لا يوجد تعريف دقيق للعقد الإداري، و لكن يمكن التكلم عن العناصر المساهمة في تعريفه.

و لذلك يعتمد القضاء الإداري مجموعة من المعايير لتمييز طبيعته عن غيره من العقود.

الفرع الأول : تعريف الشروط الاستثنائية

و من بين تلك المعايير البنود غير المألوفة، و هي مجموعة امتيازات السلطة العامة الممنوحة من طرف المشرع للإدارة اتجاه المتعاقد معها أو اتجاه العقد، و هذه البنود تمنح سلطة النظر في المنازعات التي قد تثار بشأن العقود الإدارية للقاضي الإداري.

إن الشروط الاستثنائية هي التي تشمل هذه البنود غير المألوفة بصفة عامة.و التي سمحت عامة لبعض الفقهاء من تقريب العقد الإداري بعقد الإذعان المنظم في القانون المدني. هذا التقريب الذي ظل محل نقاش و جدال و هو ما سنتولى توضيحه.

أولاً : المعيار القضائي

تجد الشروط الاستثنائية أساسها القضائي من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 31 جويلية 1912 في قضية والذي أكد أن ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة لصالح المرفق العام عقوداً إدارية بل هناك ما ينطبق عليها قواعد القانون الخاص و بالتالي فإن المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العقد الإداري لا يتعلق بموضوعه، بقدر ما يتعلق بالشروط التي يتضمنها و التي تترجم امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة¹.

و تتمثل وقائع هذه القضية أن شركة الغرانيت طالبت مدينة ليل للحصول على مبلغ 2436,20 فرنكا، خصمتها منها من قيمة ثمن توريد البلاط باعتبارها غرامة تأخير عن التوريد.

حيث أن العقد المبرم بين المدينة و الشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة. محله الوحيد التوريد عند التسليم، حسب قواعد و شروط العقود المبرمة بين الأفراد و أن هذا الطلب يثير منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها و أنه نتيجة لذلك لم يتم قبول طلبها.

و على هذا النحو اعتبر مفوض الحكومة معيار العقد الإداري وجود شروط غير مألوفة في القواعد العامة. ثم جاء قضاء مستفيض يحدد هذا المعيار الذي يثير في العمل صعوبات عديدة في التفسير. ففكرة الشرط غير المألوف في القواعد العامة ليست في الحقيقة كاملة الوضوح.

1 -Marselonne long,et prrosspergy Weil et Gé Bribant: les grands arrêts de jurisprudence administratif 6eme édition.1974.op.cit.p109-112.

فبعض الأحكام اعتبرته شرطا غير معتاد في روابط الأفراد¹ و تعرفه أخرى بأنه شرط يستهدف تقرير حقوق الطرفين أو وضع التزامات على عاتقها لطبيعتها الأجنبية عن تلك التي يمكن أن يرتضيها أي شخص بإرادته في إطار القوانين المدنية والتجارية.

كما أمكن كذلك أن يرى ذلك في الشرط القائم على المصلحة العامة، فيكفي مثلا تضمين شرط إدراج الإدارة سلطتها في فسخ العقد من جانب واحد ليكون العقد إداريا بطبيعته.

و بحكم مجلس الدولة الفرنسي في هذا القرار عدولا عما سبق من قضائه بأن مجرد الإشارة إلى إحدى كراسات الشروط و إلى الشروط العامة. يكفي لإثبات وجود الشروط غير المألوفة. وبذلك تضاربت أحكام القضاء الفرنسي لفترة من الفترات وتأرجحت بين معيار الشروط غير المألوفة بحكم في القرار الصادر بتاريخ 06 فبراير 1930. و الذي مثل نقطة تحول في قرارات مجلس الدولة. و بين معيار تنفيذ المرفق العام بحكم في مارس 1910 حتى و لو لم يتضمن أي شرط استثنائي.

و مما سبق فإن قيمة عنصر الشروط الاستثنائية ليست مطلقة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ لا يستلزم بالضرورة في تكييف كل عقد إداري، ذلك أنه إذا اتصل العقد بتنفيذ نشاط المرفق العام فإن ذلك يكفي لاعتباره إداريا، في غياب أي شرط غير مألوف في نطاق القانون الخاص.

أما إذا لم يكن متصلا بنشاط المرفق العام فإن المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العقد هو معيار الشروط غير المألوفة.

1- قرار محكمة التنازع الفرنسية في: 14 نوفمبر 1960 Société coopérative agricole de la région d'Abis.

و بصدر قرار مجلس الدولة في قضية بتاريخ 1956.04.20.¹ و الذي أرسى مبدأ مقتضاه أن عنصر تعلق العقد بالتنفيذ المباشر لنشاط المرفق العام. وعنصر الشروط الاستثنائية ليست من اللازم اجتماعها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام. بل يكفي أحدهما حتى يتوافر على المواصفات المطلوبة فيه.

و على الرغم من ذلك فإن القضاء الفرنسي. يرجح معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة على المعايير القائمة حول موضوع العقد. لتحديد طبيعته.

و قضى: " محل العقد يعهد بتنفيذ المرفق العام لذوي الشأن دون حاجة لتضمينه شروطا غير مألوفة في القانون العام"

و قد توسع القضاء الفرنسي في فكرة الشرط غير المألوف و تعدها إلى فكرة النظام القانوني غير المألوف والذي يتكون من نصوص قانونية أو لائحية خارج العقد. و على ذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي شراء شركة كهرباء فرنسا من منتجيه المستغلين التيار الناتج عن منشاتهم عقودا إدارية مستقلة عن أي شرط غير مألوف. على أساس أنها تبرم بطريق الإلزام لتدخل سابق من الوزير المختص.²

و لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قراره في قضية الصادر في 19 جانفي 1973 و بالتالي أصبح مبدأ النظام القانوني غير المألوف ركنا مهما في تمييز العقد الإداري في الوقت الحاضر.

1- تتمثل وقائعها في: عندما انتهت الحرب العالمية II و وضع الرعايا الروس الموجودون بفرنسا في مراكز الإيواء لترحيلهم إلى بلادهم. و بتاريخ 1944.11.24 أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد المراكز والزوجين "بيرتان" يلتزمان فيه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ مالي محدد عن كل فرد يوميا. و لزيادة مقدار المبلغ المستحق نتيجة زيادة الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز و طلب صرف المقابل لهذه الزيادة. إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت، فرجع الزوجان دعوى إلى مجلس الدولة

و قد خُص مجلس الدولة الفرنسي في تعريفه للشروط الاستثنائية : من خلال القرار الصادر بتاريخ 1950.10.20 : "بأنها البنود التي يخول موضوعها للأفراد المعنية حقوقا، أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي تقبل بحرية من أي منهم. وذلك ضمن إطار القوانين المدنية و التجارية¹.

"Les clauses exorbitantes celle qui a pour l'objet de confère aux parties des droits eu on de mettre a leur charge. Des obligations étrangère par leur nature a ceux qui sont susceptible d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales".

وقد عرفها قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية

:société vélodrome, parc des prince

" Celle des clauses .Qui créent des inégalités entre deux parties au contrat qui confère à la personne public .une supériorité par rapport a la personne de son cocontractant. Le but et de placer le cocontractant sous l'autorité de personne public elle contrôle le résultat financier de son cocontractant " .

و تتميز أحكام القضاء المصري بالثبات في هذا المجال. فقد جرت على ضرورة توافر الأركان الثلاثة مجتمعة لتحديد العقد الإداري، و بذلك قررت محكمة القضاء المصري " أن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما و متصلا بمرفق عام و متضمنا

1- أحمد محيو. محاضرات في المؤسسات الإدارية. ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا ، الطبعة الثالثة. ديوان المطبوعات الجامعية. طبعة 1996 ص 349-350

شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص. فإذا تضمن عقد هذه الشروط مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري.

و بذلك عرف القضاء المصري الشروط الاستثنائية بأنها الشروط غير المألوفة في القانون الخاص و التي تتجاوز مبدأ الحرية التعاقدية لتمنح أحد الطرفين حقوقا أو تحمله التزامات لا يتصور وجودها في القانون الخاص، إما لاصطدامها بفكرة النظام العام بحسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة فتكون غير مشروعة في إطارها. حتى و إن لم تكن محرمة نادرا ما توجد في عقود الأفراد الخاصة. لأنها تهدف إلى تحقيق نفع عام

كما عرفتها المحكمة الإدارية العليا بأنها: " الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق و امتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها. و ذلك بقصد تحقيق نفع عام.

أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة. وهي شروط غير مألوفة في مجال روابط القانون الخاص" و على ذلك جعلت المحكمة من تلك الشروط معيارا للتفرقة بين العقود الإدارية و المدنية، يكون بمدى انطواء العقد على شروط تميز جهة الإدارة بسلطة و امتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد. أو عدم انطوائه على تلك الشروط. ففي الحالة الأولى نكون أمام عقد إداري و في الحالة الثانية أمام عقد مدني.

و يعد هذا المسلك المفضل الذي يأخذ به مجلس الدولة المصري في غالبية أحكامه حيث قرر في حكمه الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 "... أنه تضمن شروطا منها.. و هذه كلها تمثل شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة".

ويقر القضاء المصري أنه ليس من الضروري أن يتضمن العقد مجموعة شروط استثنائية لكي يعتبر إداريا، وإنما يكفي احتواء العقد على شرط استثنائي واحدا لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام و أحكامه¹.

و ليس ضروريا أن تكون شروطا رضائية تدرج في العقد عند إبرامه، بل قد يعرضها القانون سلفا قبل إتمام العقد و يستلزم وجودها النظام الموضوع لإنشاء و إدارة المرفق العام .

و قد تكون هذه الشروط في كراسة شروط معينة تقوم الإدارة بطبعتها مقدما و تتضمن شروطا موحدة لعدة أنواع

من العقود.

أما القضاء الإداري في الجزائر و لحدثة نشأته و قلة الاجتهادات التي قد يعثر عليها في هذا المجال ، فإن قضاء المحكمة العليا يعتبر العقد إداريا بتوافر الشروط الثلاثة المعروفة : أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام. ويكون مكتوبا و موضوعه انجاز الأشغال أو اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة. ويضيف بعض الفقهاء شرطا ثالثا و هو السقف المالي للصفحة بالنسبة للصفقات العمومية دون العقود الإدارية. حتى يتأكد اختصاص القاضي الإداري². اعتمادا على المادة 05 من المرسوم 301/03.²

و لقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها صراحة. لعدم النص على هذا الشرط في القوانين المتعلقة بالعقود الإدارية

حيث اعتبرت في قرارها غير المنشور الصادر بتاريخ 13.01.1990 عن الغرفة الإدارية في قضية ب.م.ب ضد وزير المالية ووالي ولاية المسيلة: "...حيث أنه و نتيجة لذلك

1- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة، سنة 1991، ص 83.

2- بن ناجي شريف، محاضرات في الصفقات العمومية. أقيمت على طلبة السنة الثانية بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأكاديمية 2006/2005.

فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من القاضي الإداري. وهو القاضي الطبيعي و خاصة في هذه الحالات¹.

و إذا كان القضاء الفرنسي قد استقر على تطبيق مفهوم العقد الإداري و حصره في تلك العقود التي تتضمن شروطا غير مألوفة. أو المتعلقة بأهداف مرفق عام. و التي يكون أحد طرفيها شخصا من أشخاص القانون العام. يثير كل معيار من هذه المعايير القضائية عدة إشكالات.

فهذا المعيار " الشروط غير المألوفة" و معيار " شخص من أشخاص القانون العام" يشكل وجها للخلاف مع تشريع الصفقات العمومية بالجزائر. و ليس من ضمنه الشروط الاستثنائية غير المألوفة و عليه يحصر أطراف العقد في أشخاص القانون العام المحددة بالمادة 02 من المرسوم 02. 250. السالف الذكر².

و عليه فإن القضاء الإداري في الجزائر يعتمد أساسا على المعيار العضوي في تحديد اختصاص القاضي الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية وفقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية و المادة 02 من المرسوم 250/02.

و نظرا للحلول القضائية التي تبنتها الاجتهادات القضائية، التي تعتبر أكثر تعقيدا و بشكل مبالغ فيه في مبادئها ومن الصعوبة بمكان تطبيقها و عليه فان الأمر المرتبط بالنظرية

1- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، ص 398.

2 - تنص على أنه " لا تطبق أحكام هذا المرسوم الا على الصفقات محل مصاريف الإدارات و الهيئات الوطنية المستقلة و الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي، و المؤسسات العمومية ذات العلمي و الثقافي و المهني، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة."

التقليدية في العقود الإدارية التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي لا تطرح كلها في الجزائر بسبب تدخل المشرع في هذا الميدان¹.

و مما سبق يمكن القول أن القضاء الإداري رغم تعدد الأحكام بشأن الشروط الاستثنائية لا سيما في فرنسا لم يضع تعريفا لها ، كون ذلك يعود إلى السياسة القضائية التي يجري العمل بها، لمحاولته الابتعاد عن إيراد تعريف جامع لما يقرر من مبادئ و قواعد قضائية، و هي مسألة تتعلق بفن القضاء الإداري، و بالتالي يكتفي بتقرير أو خلق قاعدة و ترتيب آثار عليها، دون الميل إلى تعميمها حتى لا يغلق باب الاجتهاد أمامه فيما يعرض عليه مستقبلا من منازعات.

وعليه فهل الحل يكمن في أن ينتج سواء عن تدخل المشرع أو عن اتفاق بين الهيئات القضائية العليا العادية أو الإدارية من اجل تحديد العقود الخاضعة للقانون العام ولاختصاص القاضي الإداري.

ثانيا : موقف الفقه

لقد ثار جدال فقهي حول توضيح مفهوم الشروط الاستثنائية و مضمونها. لاعتبارها المعيار المميز الذي يسترشد به لتقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها أشخاص القانون الخاص.

و مرد ذلك عدم توضيح القضاء الإداري لمضمون تلك الشروط وعليه وردت محاولات في ذلك:

فالفقيه فالين "waline" يرى أن الشرط الاستثنائي هو ذلك الشرط الذي يعتبر باطلا في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام.

1- أحمد محيو، المرجع السابق، ص 352.

و يرى رينيه شابي " René chapuis " أنه ذلك الشرط الذي يعتبر غير مشروع في القانون الخاص و الذي لا يستطيع الأفراد ادراجه في عقودهم.

أما الأستاذ بورديو " Bordeau " فيرى أنه الشرط لذي يعتبر غير مشروع في عقود القانون الخاص بحيث لا يجوز للأفراد إدراجه في عقودهم و لو كانوا في مركز يسمح لهم بفرضه على المتعاقد معهم فهو يكشف عن مباشرة الإدارة سلطات استثنائية لا تتيسر و لا تنتمي إلا إليها وحدها.

و يرى روفير " Rovierre " بأنه ذلك الشرط الذي لا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم لأنه تطبيق لفكرة السلطة العامة.

في حين يرى ديلوباير " Delaubadère " أن الشرط الإستثنائي ينتمي إلى الامتيازات الاستثنائية المقررة للأفراد ولكنه ليس بالضرورة شرط غير مألوف في عقود الأفراد بل قد يكون في بعض الأحيان مجردا في هذه العقود إذ يستمد من النظرية العامة للعقود الإدارية أو من اعتبارات القانون العام.

و يعرفها الدكتور ثروت بدوي. أنها تلك الشروط التي تنطوي على عنصر السلطة العامة، وتعد أحد مظاهر تلك السلطة و من ثم فإن هذه الشروط يستحيل تحقيقها في عقود الأفراد لأنها تستمد وجودها من السلطة العامة كطرف في العقد.

كما أن الدكتور محمد سليمان الطماوي يرى أنها " تلك الشروط التي تستطيع الإدارة بمقتضاها أن تحمل المتعاقد معها و بإرادتها المنفردة التزامات تجعل موقف المتعاقدين غير متكافئ... يتجلف في العقد سواء وردت في العقد صراحة أو ضمنا ". هذا الإخلال بقاعدة المساواة بين المتعاقدين "

و يعرفها الدكتور محمود خلف الجبوري: " أنها تلك الشروط التي تظهر فيها الإدارة كطرف أمر في العقد سواء وردت فيه صراحة أو ضمنا ".

أما الدكتور أحمد محيو فيرى أنها: " عبارة عن بنود أو نصوص لا نجدها عادة في العقود بين الأفراد. و بذلك سميت بالبنود غير المألوفة . و اعتبر أن العقد يكون إداريا إذا تضمن بنود غير مألوفة في القانون المشترك. وأن وجودها هو تعبير عن المظهر الأكيد للسلطة العامة."

أما الدكتور محمد الصغير بعلي : فعرّفها بأنها إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي للطرفين أو احدهما حقوقا أو يحملهما التزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية و إراديا المتعاقد في ظل القانون الخاص.

و مهما قيل بصدد الشروط الاستثنائية فالفقه لم يضع تعريفا جامعاً لها ، وذلك يعود للكيفية التي تتعاقد بها الإدارة في كل مرة، فقد ترد تلك الشروط في العقد بصورة مباشرة عن طريق النص عليها و قد ترد بطريقة غير مباشرة في دفتر الشروط و هي ليست من طبيعة واحدة منها ما هو مستحيل في عقود القانون الخاص و منها ما هو باطل لو أدرج فيها ومنها ما هو غير مألوف.

الفرع الثاني : أهمية تحديدها وتمييزها عن شروط عقد الإذعان

أولا : أهمية تحديد الشروط الاستثنائية

بعد أن تعرفنا على مفهوم الشروط الاستثنائية، كمجموعة من الشروط التي تتضمنها العقود الإدارية،. أثناء إبرامها من طرف الإدارة المتعاقدة مع المتعاقد معها "cocontractant" و التي تمنح للإدارة مجموعة من الامتيازات التي لا مثل لها في مجال عقود القانون الخاص و التي يبرمها أفراد القانون الخاص و التي يختص القاضي العادي بنظر المنازعات التي ترد في العقود الإدارية من الناحية القانونية

في الحقيقة و انه من خلال التقصي و الاطلاع على مجمل الأحكام القضائية التي تبدو أنها تؤكد الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية. فإننا نجدها تكتفي بالإعلان عنها دون أن تحدد على وجه الدقة ما هي تلك الشروط.

و تظهر أهمية تحديد الشروط الاستثنائية من ناحيتين هامتين :

1 - من الناحية النظرية: يمكن القول أن القانون لا يحكم الأشياء غير المحددة فهنا عندما يتم الحديث عن الشروط الاستثنائية فإننا نرى وجود تبريرها في اعتبار العقد الذي تكون الإدارة العامة طرفا فيه إداريا أن نعلم سلفا ما هي تلك الشروط من الناحية النوعية و ليس كحالات متعددة، كي يكون تطبيق القانون دقيقا و سليما، و يجري وفق معايير محددة.

2 - من الناحية العملية: يجب من هذا الجانب أن يتأكد القاضي الإداري من احتواء أو تضمن العقد الذي أبرم بين الإدارة المتعاقدة و المتعاقد معها. لتلك الشروط. فيكون من الواجب عليه و هو بصدد إصدار حكمه لفض النزاع الذي قد يثار بشأنها. أن يطبق قواعد القانون الإداري، و استبعاد قواعد القانون الخاص.

و في الحالة العكسية فإنه من الواجب أن يقضي بعدم اختصاصه للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

و في الدول التي تتبنى القضاء المزدوج فإن قاضي العقد في مثل هذه الحالات هو القاضي الإداري و ليس القاضي العادي.

و في الجزائر و اعتمادا على المعيار العضوي وفقا للمادة 07 من ق أم والمادة 02 من المرسوم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإن القاضي المختص بفض النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية تختص بها الغرفة المحلية أو الجهوية على مستوى المجلس القضائي شرط أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما.

و مهما تكن طبيعة الشروط الاستثنائية و المعايير المعتمدة لتحديدتها و محاولة ضبطها. إلا انه من الممكن إرجاعها إلى طائفتين رئيسيتين:

الأولى و تتعلق بامتيازات السلطة العامة المقررة للإدارة في مواجهة المتعاقد و هي من أهم الشروط الاستثنائية إطلاقا لإخلالها بمبدأ المساواة بين المتعاقدين لاسيما ما يتعلق منها بالتنفيذ المباشر في مواجهة المتعاقد.

أو عند نزع الملكية للمنفعة العمومية، أو ما يظهر منها في عقود الأشغال العامة و الثانية هي تلك التي ينطوي عليها العقد و لا يمكن تفسيرها إلا ظل نظرية القانون العام ، و تخرج عن قاعد العقد شريعة المتعاقدين الواجبة الاحترام في العقود المدنية لاسيما ما يعطي للإدارة حق تعديل العقد و هو ما سنتولى توضيحه لاحقا.

و انطلاقا مما سبق قوله تتضح أهمية توضيح مضمون الشروط الاستثنائية و تحديدها تحديدا دقيقا و ذلك لاعتبار أنها تلاقي قبولا لا مثيل له في الوقت الحاضر كمعيار حقيقي لتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، خاصة بعد بلورة فكرة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري، و في مجال العقود الإدارية صارت هذه الفكرة تفهم كامتيازات للإدارة من جانب ، و قيود تفرضها المصلحة العامة على الإدارة المتعاقدة من جانب آخر فهي إذن لا تعتبر سلطة آمرة فقط .

ثانيا : تمييزها عن شروط عقد الإذعان

لقد استقر القضاء الإداري على أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود، و ذلك لاتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازما لاعتبار العقد إداريا. فلا يكفي ذلك كي يضافي على العقود تلك الصفة، و إذا تضمن العقد شروطا استثنائية، فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، و عندئذ ينتفي عنه وصف العقد الإداري.

و بذلك يفرق القضاء بين أحكام الشروط الاستثنائية التي تحدد طبيعة العقد الإداري و بين شروط الإذعان في القانون المدني، و التي يملك القاضي بصددها

- و على عكس الحال في العقود الإدارية

- سلطة تعديلها.

- و إعفاء الطرف الضعيف منها.

وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني :

إذا تم العقد بطريقة الإذعان .

و كان قد تضمن شروط تعسفية . جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط. أو أن يعفي الطرف

المذعن منها و ذلك وفقا لما

تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

و تتميز عقود الإذعان بتجمع ثلاث عناصر: منها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر ضرورية ، احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو لقيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، ووجوب عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق للجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام. بالنسبة لكل فئة منها . و لا تتوافر في العقد موضوع النزاع¹.

ويلاحظ أن أوضح مميزات العقد الإداري أن يحوي شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. و هذه الشروط الشاذة ليست شروطا تعسفية لأن طبيعة العقد الإداري تقتضيها. وهذا العقد يقوم بين طرفين غير متكافئين يخضع فيه صالح الفرد الخاص لمصلحة الجماعة.

1- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2004،

و بذلك تختلف الشروط الاستثنائية كعنصر مميز للعقد الإداري عن شروط الإذعان في عقود القانون الخاص .

فهذه الشروط الأخيرة مألوفة في نوع خاص من العقود المدنية و هي عقود الإذعان، و قد نظمها القانون المدني بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف في التعاقد، فأجاز القاضي إعفاء هذا الطرف من تنفيذها كما أجاز له تعديلها إذا اتصفت بالتعسف و حظر تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان بشكل تؤدي إلى الأضرار بمصلحة الطرف المدعن وفقا للمادة 112 من القانون المدني الجزائري¹.

و في تكيف الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية بأنها من شروط الإذعان المعروفة. مما يؤدي إلى القول بأنها شروط غير جائزة و بالتالي لا يؤخذ بها. وهو أمر غير مسلم به لما فيه من إهدار للعقود الإدارية كلها عن طريق إهدار الطابع المميز لها عن عقود القانون الخاص وهو الشروط الاستثنائية.

و هدف تضمين العقد الإداري لشروط استثنائية هو الرغبة في تغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد مع الإدارة.

و في ذلك تضحية بمصلحة - المتعاقد - من أجل سير النشاط الإداري للدولة و عليه يستوجب على الإدارة الاحتفاظ حال إبرامها له بحقوق و امتيازات لجبر المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

كما أن انطواء العقد على الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مجال القانون الخاص من شأنه تحديد طبيعة العقد إن مدنيا أو إداريا و كذلك تحديد الاختصاص القضائي بين القضاء العادي و الإداري.وهنا تظهر فائدة وأهمية هذه الشروط المتميزة.

1- علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الثالثة سنة 1993 ص 27.

ومن خلال ما سبق الحديث عنه تتبين فائدة وأهمية الشروط الاستثنائية ومدى تميزها عن شروط الإذعان في القانون الخاص.

المطلب الثاني : أنواع و آثار الشروط الاستثنائية

تتمتع الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري بامتيازات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص و مرد ذلك مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد من أجل تحقيق المصلحة العامة، ولعل من أبرز هذه الامتيازات التي تمنحها الشروط الاستثنائية في العقد الإداري. سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة أثناء تنفيذ المتعاقد معها التزاماته. وسلطتها في تعديل التزاماته. وسلطتها في توقيع جزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته. وأخيرا سلطتها في إنهاء العقد ولو دون خطأ من المتعاقد. فهل يعني إعطاء الإدارة هذه الامتيازات والسلطات بهدف تسيير المرفق العام هدرا لحقوق المتعاقد معها . وهل هي مقيدة أم مطلقة في استخدامها وما هي حقوق المتعاقد في مواجهة هذه الامتيازات؟

وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: حدود سلطة الإدارة في الرقابة.

- الفرع الثاني: حدود سلطة الإدارة في التعديل.

الفرع الأول: : حدود سلطة الإدارة في الرقابة.

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص لتمتع الإدارة تجاه المتعاقدين معها بامتيازات فريدة من نوعها .فهي تتمتع بسلطة الرقابة التي من خلالها تعمل دوما على مراقبة المتعاقد معها . والتحقق من مدى التزامه بتنفيذ شروط العقد وتوجه له أوامر مصلحة من أجل حسن التنفيذ .

فمن المسلم به أن للإدارة سلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقود الإدارية إلا أنها ليست سلطة مطلقة . بل تحكمها قيود وضوابط تتمثل في عدم تغيير طبيعة العقد وموضوعه . وهدفها تحقيق المصلحة العامة من أجل استمرارية سير المرافق العامة.

وتعد هذه القيود ضمانات فعالة للمتعاقد مع الإدارة تجعله في مأمن من تعسفها وانحرافها في استعمال سلطة الرقابة . لوجوب استعمال الإدارة المتعاقدة لسلطة الرقابة من أجل تحقيق المصلحة العامة لحسن سير المرفق العام.

وسنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

أولاً : القيود الواردة على سلطة الإدارة

أجمع الفقه الإداري على وجود قيود تحد من سلطة الإدارة في رقابتها على المتعاقد معها ومن أهم هذه القيود يمكن ذكر : قيد عدم تغيير طبيعة العقد قيد تحقيق المصلحة العامة قيد التقيد بالقوانين واللوائح.

1 - عدم تغيير طبيعة العقد : لا يجوز للإدارة عند ممارستها واستعمالها لسلطة الرقابة على المتعاقد معها . الخروج عن موضوع العقد أو تعديله . فنجد مثلاً أن في عقود الالتزام لا يجوز للإدارة التدخل في أسلوب الإدارة الداخلية للمرفق المنصب عليه موضوع العقد. فتحول أسلوب إدارة المرفق العام من أسلوب الالتزام لأسلوب الاستغلال المباشر تحت ستار الرقابة¹.

2 - التزام الإدارة باللوائح والقوانين : يجب على الإدارة عند ممارستها سلطة الرقابة التقيد بما جاء في القوانين و اللوائح المنظمة لهذه السلطة . والتي تستمد من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد ،ومنه كانت النصوص والشروط المتعلقة بالرقابة من طبيعة تنظيمية لا تعاقدية ،ولا يمكن النص إلا على غيرها أو التنازل عنها ،لأن الإدارة لا تستطيع التخلي عن

1- طعيمة الجرف : القانون الإداري ،القانون الإداري مكتبة القاهرة الحديثة ،مصر 1970.ص444

مسؤولية سير المرافق العامة ،وعليه تلزم الإدارة باحترام مصادر المشروعية في ممارسة سلطة الرقابة لا سيما عن النصوص المنظمة لبعض ضمانات المتعاقد معها¹.

وبالرجوع إلى المادة 03 من المرسوم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نص المشرع على إلزامية إبرام الصفقات العمومية وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم : "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم، قصد انجاز الأشغال ، واقتناء المواد ، والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة."

كما نصت المادة 01 من نفس المرسوم على أن إبرام الصفقات العمومية يجب أن يتم طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم. الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة وفقا للسياسة الوطنية في إعدادها و إبرامها و تنفيذها.

إن عدم التزام الإدارة المتعاقدة بأحكام هذا المرسوم سيؤدي إلى توقيع عقوبات وهذا ما نصت عليه م 152 من ذات المرسوم: "يعرض عدم احترام أحكام هذا المرسوم إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

وعليه فإن التزام الإدارة باللوائح والقوانين معناه عدم تحللها من العقد بعد تمام إبرامه .بل يجب إتمام تنفيذ العقد من جانبها وذلك باحترام كافة الشروط الواردة منه وبطريقة سليمة وفقا لمتطلبات مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أي أن الالتزام بتنفيذ بنود العقد يجب أن يكون كليا فلا يجوز للإدارة المتعاقدة بعد التوقيع على العقد أن تعهد به لمتعاقد آخر كما لا يجوز للإدارة وقف التنفيذ دون سبب مبرر متعلق بالصالح العام².

1- نصت المادة 106 من المرسوم 250/02 : "تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمنه... دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية... وذلك بالتقيد بإجراء الإشهار ،الإعلان للصفقة اللجان المنشأة من طرف المصلحة المتعاقدة لإتمام إجراءات إبرام الصفقة".

2- سامي جمال الدين ،المرجع السابق ،ص 353 .

كما إن التزام الإدارة بالقوانين واللوائح ينتج عنه احترام الإدارة للمواعيد فلا يجوز لها إطالة مدة التنفيذ أو تقصيرها¹.

3 - التزام الإدارة بتحقيق المصلحة العامة :

أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن مناط سلطة الرقابة هو اعتبارات المصلحة العامة ومن ذلك ومن خلال حكمها الصادر في 1963/05/25. والذي جاء فيه "بينما مصالح الطرفين... مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه الخدمة التي يؤديها و ذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة"².

من خلال هذا الحكم فإن ممارسة واستعمال الإدارة لسلطة الرقابة مقيد بتحقيق أمرين هما: تحقيق الإدارة للمصلحة العامة، واحترام مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد.

ثانيا : ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الرقابة

لا يعني امتياز الإدارة في العقود الإدارية إهدار لحقوق المتعاقد معها بل نجد في مقابل ذلك جملة من الضمانات القانونية و الإدارية و القضائية المخولة للمتعاقد معها ، وتشكل هذه الضمانات التزامات عقدية على عاتق الإدارة ، وتمثل في ذات الوقت حقوقا له

1 - الضمانات القانونية:

أكد المشرع الجزائري صراحة على ضرورة صدور أوامر الخدمة (les ordre de service) مكتوبة من خلال دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل: "أن المقاول يبدأ الأشغال في الآجال المحددة والمدونة في الأوامر

1- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق ص 240-241.

2- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 207.

المصلحية التي يقدمها مهندس الدائرة ، أو المهندس المعماري وما على المفاوض إلا تنفيذها لما تتمتع به من قوة تنفيذية.¹

وقد سلك المشرع الفرنسي نفس المسلك ، وهذا من خلال إصدار الإدارة للأوامر المصلحية والتي تدون في سجل خاص، وما على المفاوض إلا احترامها².

فهذه الأوامر هي قرارات إدارية ذات طبيعة تنفيذية يقوم العون التقني أو المهندس الرئيسي للأشغال بتوضيح وتبيان أساليب وطرق التنفيذ³.

الضمانات الإدارية:

من أهمها الإجراء الودي الذي تسعى إليه الإدارة وإجراء الطعن فيه .

1- **الحل الودي**: تلجأ الإدارة إلى الحل الودي لتفادي اللجوء إلى القضاء عن طريق التصالح مع المتعاقد معها ، ويكون الهدف من ذلك إنهاء منازعة نشأت أو تدارك منازعة متوقعة الحدوث⁴.

وهذا الإجراء مستمد من عقود القانون الخاص ، إذ غالباً ما يتنازل أحد المتعاقدين عن رفع الدعوى القضائية مع قبول الطرف الآخر في العقد على إصلاح الضرر .

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بعدم الاختصاص في الدعوى في حالة إجراء المصالحة بين الطرفين المتعاقدين بالتوصل إلى حل ودي قبل صدور الحكم .

أما في الجزائر فإن إجراء الحل الودي أمر ضروري تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة من أجل وضع حد للنزاع قبل عرضه على القضاء، وهو ما يتضح من نص المادة 102 فقرة 2 من المرسوم

1- لمادة 12 فقرة 04 - 08 من دفتر البنود الإدارية العامة.

2 -Auby jean marie ,ader robert , ducos ,droit administratif ,op.cit ,p463.

3 -mabrouk -mohieddine.op.cit.p257.

4- ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية والتحكيم ،الجامعة اللبنانية ،بيروت -لبنان، طبعة سنة 2000 ، ص 195 .

250/02 : "غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها..."

و هذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرار رقم :73731 المؤرخ في 09 /11/ 1985 إذ جاء في حيثياته ما يلي : "من المقرر قانونا أن عرض النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات تسوية ودية لهذه النزاعات هو إجراء وجوبي قبل رفع الدعوة القضائية ومن تم فإن الطعن التدريجي الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة"¹.

وعليه يتضح وفق المادة 102 / 02 وقرار الغرفة الإدارية أن الحل الودي إجراء وجوبي تلجا إليه الإدارة لوضع حد للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية .

و بناء على الحل الودي يصدر مقرر من الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في هذه الصفقة، وينفذ المقرر و لو لم يؤشر عليه من قبل هيئة الرقابة الخارجية القبلية.²

2- الطعن الإداري : نصت المادة 102-102 -فقرة 05 من المرسوم 250/02 أن الطعن الإداري إجراء جوازي اختياري يمكن اللجوء إليه قبل اللجوء إلى القضاء،و يكون ذلك أمام اللجنة الوطنية للصفقات التي تصدر مقررا خلال 30 يوما من تاريخ تقديم الطعن الإداري و ذلك قبل رفع أي دعوى قضائية.

و بالرجوع إلى المادة 12 فقرة 07 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال و التي نجدها تنص على أن المقاول يقوم بتقديم توضيحات و ملاحظات مكتوبة و معللة إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري و هذا خلال 10 أيام من تاريخ و صول الأمر المصلي إليه و يترتب على فوات هذه المدة سقوط حق المقاول في التظلم.

1- المجلة القضائية الجزائرية ، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 09/11/1985 ملف رقم 43731 ،قضية ش ذ م س ضد وزير الري و والي ولاية الجزائر ،العدد الثاني ،1990 ،ص175.
2- أنظر المادة 102 فقرة 03-04 من المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

3- الضمانات القضائية بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1903/02/06 في قضية تيري هجر مجلس الدولة معيار السلطة العامة وتبنى معيار المرفق العام. من أجل تحديد اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية المتصلة بالمرفق العام¹.

إلا أن هذا المعيار أصبح غير كاف في نظره لاعتبار العقد إداريا. ما جعله يشترط فكرة الشروط الاستثنائية باستخدام الإدارة لأساليب القانون العام حتى يؤول الاختصاص للقضاء الإداري .

أما إذا لجأت الإدارة إلى أساليب القانون الخاص فان منازعات العقود التي تبرمها تؤول الى اختصاص القضاء العادي.

أما في الجزائر فالعقود الإدارية محددة بالقانون عادة . فالرجوع للمادة 04 من المرسوم التنفيذي 01/89 المؤرخ في 15/01/1989 التي تضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة في احتكار الدولة للتجارة الخارجية في فقرتها الأولى تنص على: " امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات و الشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز و تبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة. و عليه فإن المشرع الجزائري قد حدد عقد امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية بأن عقد إداري بتحديد القانون.

كما أن المشرع الجزائري منح المحاكم الإدارية الاختصاص للفصل في منازعات العقود الإدارية وفقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية و التي كرست المعيار العضوي لتحديد المنازعة الإدارية. و من خلاله يعتبر العقد إداريا. فمن خلال المادة 07 من ق إ م و 02 من المرسوم الرئاسي 02 / 250 يتبين أن منازعات الصفقات العمومية تؤول : إلى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي إذا كان أحد أطراف الصفقة إدارية مركزية ، هيئة وطنية عمومية، الولايات،

1- تعرض مفوض الحكومة روميو في هذا القرار إلى معيار توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والمدني ، ويفرق بين الإدارة العامة *gest public* و الإدارة الخاص *gest privée* ومن تاريخ هذا القرار قرر أن أخذ الإدارة بأساليب القانون العام في عقودها تعتبر إدارية والعكس.

البلديات، المؤسسات العمومية تجارية و صناعية،¹ و هو ما ذهب إلى قضاء مجلس الدولة في إحدى قراراته إلى أن منازعات الصفقات التي تبرمها مؤسسة عمومية صناعية و تجارية تكون من اختصاص القضاء العادي.²

و في قرار آخر له اتخذ نفس الموقف عندما صرح أن وكالة المحلية للتسيير و التنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع صناعي و تجاري و بالتالي تكون منازعاتها القائمة مع متقاضيين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية العادية.³

و يؤكد تكريس المعيار العضوي في منازعات العقود الإدارية قرار الغرفة الإدارية لاعتباره أن صفقات إيجار حقوق الوقوف. و الذبائح المستخلصة في ساحات الأسواق هي عقود إدارية و يظل النزاع المتعلق بهذه الحقوق من اختصاص قضاة الغرفة الإدارية بالمجلس.⁴

أكد مجلس الدولة في عديد قراراته استعمال المعيار العضوي لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد في قرار له بتاريخ 12 / 11 / 2001 في قضية موثق ضد مديرية أملاك الدولة لولاية برج بوعريريج: "الذي اعتبر عدم اختصاص القضاء الإداري في إبطال عقد توثيقي مدني⁵.

وكما ذهبت محكمة التنازع إلى تكريس ذات المعيار من خلال قرارها الصادر في 2000/05/08 والذي جاء فيه: "حيث أنه من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع

1- محمد الصغير بعلي الوجيز في المنازعات الإدارية . دار العلوم. عنابه الجزائر 2005. ص 225.

2- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 3889 بتاريخ 05 / 11 / 2002. قضية (ز - ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، سنة 2003، ص 109-110.

3- قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 14-04-2003 ملف رقم 604841 قضية الوكالة المحلية للتسيير العقاري والحضري ضد أ - ح، مجلة مجلس الدولة العدد الرابع سنة 2003

4- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 29/05/1982، ملف رقم 23887، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد بن . ب . أ، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1989، ص 222 .

5- قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 12/11/2001 قضية موثق ضد مدير أملاك الدولة لولاية برج بوعريريج، العدد الأول، السنة 2002، ص 143.

الفصل فيه للاختصاص المانع للجهة القضائية الإدارية على أساس أن أحد الطرفين هو بلدية رابيس حميدو وفقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية وموضوع النزاع متعلق بتنفيذ صفقة عمومية وفقا للمرسوم 434/91 .¹

ويعتبر الأستاذ ناصر لباد أن الصفقات العمومية عقودا إدارية ليس على أساس أنها صفقات عمومية بل على أساس المعيار العضوي المكرس بالمادة 07 ق إ م . وليست كل الصفقات عقودا إدارية. كما يرى الأستاذ بن ناجي الشريف.

إلا أن المشرع الفرنسي من خلال القانون المؤرخ 2001/12/11 المتضمن الإجراءات المستعجلة المتعلقة بالإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي حدد بصفة صريحة أن الصفقات العمومية عقود إدارية . وفق المادة 02/فقرة 01 منه².

إلا أنه ومن خلال المادة 379 من القانون المدني. والمادة 05/فقرة 1-2 من القانون رقم 01/98 والمادة 1/02 من القانون 11/91. والمادة 02 من المرسوم التنفيذي 93 /186 نجد وجود الإدارة العامة في هذه العقود . وكيفية المشرع على أنها عقود خاصة ومنازعاتها يختص بها القضاء العادي وعليه لا يكفي المعيار العضوي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وعليه واستنادا لما سبق أصبح تعريف العقد الإداري لا محالة يستند للمعايير المكرسة في النظرية التقليدية وهي الاتصال بالمرفق العام ومعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص³.

وستنتظر من خلال دراسة الضمانة القضائية . إلى الرقابة القضائية كأصل عام على مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

1- قرار محكمة التنازع المؤرخ في 08-05-2000 ، قضية رئيس بلدية رابيس حميدو ضد ص - ج مجلة مجلس الدولة العدد الأول ، سنة 2000 ص 153 .

2- القانون 11/91 المؤرخ في 27-04-1991 المتضمن قواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية .

3- المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 لمحدد كليات تطبيق القانون رقم 11/91

رقابة الإلغاء : يتخلل العملية التعاقدية إصدار الإدارة لأوامر في شكل قرارات يمكن فصلها عنها .وعليه أقر القضاء الإداري في مصر وفرنسا إمكانية الطعن في مشروعيتها عن طريق فحص القاضي الإداري لمشروعية الأركان التي تبنى عليها.

أ- ركن السبب:لما كان الأمر المصلحي عبارة عن قرار إداري ذو طبيعة تنفيذية ،وسببه إنشاء مركز قانوني للمتعاقد مع الإدارة ،والباعث منه تحقيق المصلحة العامة وتنصب رقابة القاضي الإداري على مشروعيتها كما يلي :

* **فحص الوجود المادي لسبب الأمر المصلحي :**يقع عبء إثبات السبب على المدعي ،لكن لصعوبته يطلب القضاء الإداري من الإدارة المتعاقدة تقديم كل ما يثبت قيام الأسباب التي أسست عليها تصرفاتها ،وعليه فدور القاضي إيجابي في البحث عن وجود السبب الحقيقي لإصداره.

وإذا ثبت له أن الأسباب منعدمة أو غير كافية حكم بإبطاله. وكمثال عن ذلك لجوء الإدارة لفسخ العقد الإداري بدعوى وجود قوة قاهرة ثم يتبين للقضاء عدم مشروعية سببه لعدم توافر شروط تطبيق هذه النظرية .وبناء عليه فالأصل أن القاضي يحكم بعدم مشروعية قرار الفسخ.¹

* **فحص التكييف القانوني للوقائع :**يملك القاضي الإداري صلاحية تكييف الوقائع التي تقوم بها الإدارة للوصول إلى إعطائها التكييف القانوني الصحيح ،من أجل تطبيق صحيح القانون.²

* **فحص ملائمة سبب الأمر المصلحي:**يتولى القاضي الإداري صلاحية مراقبة السلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ القرارات الإدارية استنادا إلى سببها ،من خلال مدى تطابق تصرفاتها

1- محمد خلف الجبوري ،القضاء الإداري دراسة مقارنة ،مكتبة دار الثقافة والتوزيع ،عمان- الأردن، الطبعة الأولى 1998 ،ص 103- 104 .

2- عادل طالب الطبطبائي ،مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت ،دراسة مقارنة،مجلة الحقوق الكويتية ، السنة العاشرة ،العدد الثالث والرابع 1992 ،ص 54

مع النصوص القانونية ومراقبة مصدر القرارات ومدى احترام الإجراءات والشكليات المتطلبة في إصدارها .

ولقد استقر القضاء الفرنسي على صلاحية القاضي الإداري في مراقبة الملاءمة لتقدير الوقائع من طرف الإدارة لا سيما في قرار "لاقرنج"، "قوميل". ويعرف هذا النوع بالرقابة على الغلط الواضح في التقدير، فالإدارة ملزمة بانتهاج السلوك المعقول فإذا ارتكبت غلطا واضحا يتجاوز حدود الملاءمة فالقاضي يقوم بمراقبة مخففة على ذلك، وهذه الرقابة تعد صمام أمان في مواجهة تعسف الإدارة¹.

ويعتبر القاضي الإداري قاضي مشروعية لدى ممارسة الرقابة على تصرفات الإدارة في سلطتها التقديرية ومدى تطابقها مع القانون، ومنه إذا بحث القاضي عن مدى ملاءمة القرار لمبدأ المشروعية فيكون قد عمل على تضيق دائرة السلطة التقديرية وتوسيع نطاق المشروعية ولا يكون القاضي الإداري قاضي ملاءمة.

* **ركن الشكل و الإجراءات** : كأصل عام لا تخضع القرارات الإدارية لشكل معين فقد تكون مكتوبة أو شفوية صريحة أو ضمنية، واستثناءا يلزم المشرع إتباع شكليات أو إجراءات محددة كإستطلاع رأي جهة معينة، إذ يترتب عن تخلفها صدور قرار معيب بعيب الشكل و الإجراءات ولما كان الأمر المصلي (القرار الإداري) ذو قوة تنفيذية تصدره الإدارة في شكل معين مكتوب يتضمن بيانات إلزامية تعد شكلية جوهرية للعملية التعاقدية وبتخلفها يترتب بطلان الإجراء لعيب في الشكل .

1- فريدة أبركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، ترجمة عبد العزيز أمقران، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، سنة 2000، ص 37-39 - 4 - د/ لحسين الشيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، الكتاب الأول، دار ربحانة، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 125.

ركن المحل: وهو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، من آثاره إنشاء حالة قانونية أو مركز قانوني أو تعديله أو إلغاؤه، ومن صور عيب محل القرار الإداري المؤدية إلى إبطاله الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره، مخالفة موضوع القرار لنصوص القانون والتنظيم .

* **ركن الاختصاص:** يقوم هذا الركن على أربعة عناصر وهي:

أ- **العنصر الشخصي:** بالنسبة للمتعاقد (le cocontractant) قد يكون شخصا طبيعيا فيوقع العقد بنفسه وقد يكون شركة فيوقعه الممثل القانوني¹.

وبالنسبة للإدارة المتعاقدة نجد أن المادة 07 /فقرة 01 من المرسوم 250/02 تنص على أنه:
:"لا تصح الصفقات ولا تكن نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطات المختصة الآتية :

الوزير فيما يخص صفقات الدولة ،مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة ، الوالي فيما يخص صفقات الولاية .رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية ، المدير العام فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري ،المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،مدير مركز البحث والتنمية ،مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي التكنولوجي ،مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني ويمكن لكل هذه السلطات تفويض سلطتها وفقا لما نصت عليه المادة 07 /فقرة 02 من ذات المرسوم.

وعلى سبيل المثال يمكن لوزير المالية في إطار تطبيق أحكام الفقرتين 03-02 من المادة 120 من قانون 30/ 90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، أن يمنح تفويضا بموجب قرار

1- لحسين الشيخ اث ملويا.دعوى تجاوز السلطة .الكتاب الأول.دار ربحانة.2004.ص125

لمصلحة الأملاك الوطنية لإعداد العقود التي تهم الأملاك العقارية الخاصة بالدولة وإعطائها الطابع الرسمي و السهر على حفظها¹.

وبالنسبة لعقود الولاية والبلدية فالوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي يجب أن يحصل على موافقة كل من : المجلس الشعبي الولائي ، المجلس الشعبي البلدي قبل أي توقيع وهو ما نصت عليه المادة 55/فقرة 01 من قانون الولاية 09/90 ، والمادة 85 ، 120 من قانون البلدية 08/90 .

ب- العنصر الموضوعي : يكون القرار الصادر في موضوع معين من اختصاص من أصدره وإلا كان باطلا ومثاله قيام البلدية بإبرام صفقة عمومية وأثناء التنفيذ يتدخل الوالي ويصدر أوامر مصلحة بحجة ممارسة الرقابة الوصائية معتديا بذلك على اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي في إصدارها ونكون هنا أمام عيب عدم الاختصاص من ناحية الموضوع .

ج- العنصر الزمني : تعقد المجالس الشعبية البلدية و الولائية مثلا دورات محددة وفقا لقانوني البلدية والولاية ولا يمكن أن تتعد خارج الإطار الزمني المحدد في كل منهما ، وإذا وقع خلاف ذلك وأقر خلالها إجراءات تمس تنفيذ العقد الإداري ترتب عن ذلك بطلان المداولة ، وقد تكون المدة المقررة لمصلحة الإدارة مجرد تنظيم داخلي فإن مخالفتها لا تشكل عيب عدم الاختصاص الزمني .

- العنصر المكاني : مثاله تقيد الوالي عند إبرامه صفقات الولاية بالحدود الجغرافية للولاية . ونكون أمام عيب عدم الاختصاص الجسيم في حالة صدور الأمر المصلي من شخص أو هيئة غير مختصة بإصدار الأوامر المصلحية و يترتب عن ذلك انعدام القرار الإداري ، وإذا كان

1- المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23/11/1991 ، المحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كفاءات ذلك

هذا الأخير يدخل في عملية مركبة كالقرارات الخاصة بتكوين العقد فيبطل العقد لتعلقه من النظام العام وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.

وفي حالة قيام الإدارة بتنفيذه فنكون أمام حالة الاعتداء المادي كما لا يمكن للقرار المنعدم أن يرتب حقوقا للمتعاقد مع الإدارة .

ويمكن مخاصمة القرار المنعدم وسحبه دون التقيد بأي ميعاد ولا يمكن للمتعاقد معها الاحتجاج بفوات ميعاد السحب.

لكن القضاء الإداري لا يفرق بين القرارات الإدارية المنعومة والقرارات القابلة للإبطال فهي مقيدة بميعاد (أربعة أشهر، شهرين).

ركن الغاية: يمكن أن يعاب الأمر المصلحي بسبب إساءة استعمال السلطة ، بخروج الإدارة عن غاية المصلحة العامة ومن صورها :

- الانحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة لمصدر القرار أو غيره : استقر القضاء الإداري الفرنسي والمصري على إلغاء القرارات الإدارية ذات الصبغة الشخصية والتي يسعى مصدرها إلى تحقيق منفعة خاصة على حساب المصلحة العامة¹.

- الانحراف بالسلطة انتقاما من الغير : كقيام الإدارة بإصدار أمر مصلحي يتضمن شروطا تعجيزية مرهقة للمتعاقد تجبره فيه على تنفيذ العقد و إلا واجه جزاء إداريا وهدف رجل الإدارة من ذلك الانتقام من المتعاقد .

- الانحراف بالسلطة لتحقيق أهداف سياسية : يلتزم رجل الإدارة بالحياد بحيث لا يخدم جهة سياسية معينة بإصداره أوامر مصلحية تضر بالمتعاقد المدعم لجهة سياسية أخرى ، وإلا اعتبر قراره خارجا عن قواعد المشروعية و أصبح موصوفا بالانحراف بالسلطة مما يستوجب إلغاءه .

1- عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية- مصر سنة 2003، ص 334-335

- الانحراف بالسلطة بهدف الغش نحو القانون أو التحايل على تنفيذ أحكام القضاء: يتحقق هذا العيب إذا صدر الأمر المصلي مخالفا لروح القانون و مستهدفا هدفا آخر غير الذي حدده القانون¹.

ولقد استقر القضاء الإداري على أن عيب الانحراف بالسلطة ملازم دائما للسلطة التقديرية للإدارة، فالقاضي الإداري يراقب مدى تحقيق الإدارة من وراء إصدارها للأوامر المصلحية المصلحة العامة. لان عيب إساءة استعمال السلطة لا يكون في حالة تحقيق الغايات الشخصية بل إذا صدر مخالفا لروح القانون وحقق هدفا غير المحدد فيه

ثالثا : مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن سلطة الرقابة

الأصل في القانون المدني أن كل عمل يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض وفقا للمادة 124 من القانون المدني. فهل يمكن أعمال هذا المبدأ على الإدارة المتعاقدة؟ وهل يحق للمتعاقد معها المطالبة بإصلاح الضرر؟.

لقد أقر القضاء الإداري في فرنسا مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تسببها على أساسين هما :

- مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن تصرفاتها اللامشروعة وقد تم التطرق لها من خلال رقابة المشروعية .

1- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، الطبعة الثالثة، 1977 ص 90.

- مسؤولية الإدارة المتعاقدة على أساس المخاطر : تجد تطبيقاتها في عقود الأشغال العامة لكثرتها ، ونتيجة لتنفيذ الأشغال أو بعد إنشاء المنشآت العمومية ، ويميز القضاء بين حالات متعددة¹.

أ- مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن الأضرار الواقعة على المشاركين :

لقد أقر القضاء الإداري الجزائري أن تعويض الأضرار التي يتحملها المشاركون يؤسس على أساس الخطأ وليس على أساس المخاطر ، وهذا ما ذهب إليه المحكمة الإدارية بالجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 1964/12/11 بشأن حادث وقع أثناء أشغال قامت بها شركة كهرباء غاز الجزائر ، واعتبر القاضي أن الشركة لا يمكن اعتبارها مسؤولة في مواجهة العمال الذين كانوا حين وقوع الحادث يشاركون في أشغال الصيانة للمنشأة ، إلا إذا كان الحادث قد نتج عن خطأ ينسب لتلك المؤسسة العمومية .

ب- مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن الأضرار الواقعة على المرتفقين : يقوم التعويض أساسا على نظرية إنعدام الصيانة العامة حيث يرى الفقيه ديلوبادير (DE LAUBADER) أن الحصول على التعويض أساسه الخطأ في حين يرى أودن (ODON) أن أساسه المخاطر .

ويقصد بالصيانة العادية سهر الإدارة المتعاقدة على صيانة وسير المنشآت العمومية بغية تمكين المرتفق من استعمالها دون خطر ، وهو موقف المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة ، في حين رفضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الحكم بالتعويض لأنها لا تدخل في حالة الصيانة العادية بخصوص حادث وقع نتيجة انهيار جسر .

1- أحمد محيو ، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق و خالد بيوض ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، طبعة 1994 ، ص من 222-225 .

ج- مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن الأضرار الواقعة عن الغير : يحصل الغير على التعويض لثبوت العلاقة السببية بين الضرر الحاصل و الأشغال العامة وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في الجزائر في 11 ديسمبر 1964 وأساسها في التعويض هو المخاطر¹.

وفي قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 08 مارس 1999 : اقر أن التعويض على اساس عيب الصيانة العادية مؤسسا ذلك على نظرية المخاطر ،خاصة وأن الضحية ليس مشاركا ولا منتفعا من الأشغال العامة .

ومن خلال وقائع القضية فصل مجلس الدولة في أن أشغال الحفر كانت تحت إشراف البلدية و إدارتها ، وهي من رخصت بها لسكان القرية ، وكان عليها التأكد من عدم تشكيلها للخطر باتخاذها كل الإجراءات الوقائية اللازمة ، وأن إهمالها يجعل مسؤوليتها قائمة¹. واعتبر مجلس الدولة أن المسؤولية هنا متعلقة بالأشغال العامة ،وأن الضحية من الغير بالنسبة لتلك الأشغال وأسس قراره المرتب للتعويض على أساس المخاطر ، وبظهر عيب الصيانة العادية متوفر لعدم قيام البلدية بإحاطة الحفرة بسياج يحمي الأطفال من عدم السقوط فيها ،وكذلك الحيوانات و هو ما لم تقم به البلدية ، وعليه فهي مسؤولة وتتحمل التعويض².

الفرع الثاني : حدود سلطة الإدارة في التعديل

من أجل ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطة التعديل. يضع القانون الإداري في مبادئه وأحكامه القضائية شروطا لها حتى تمارس هذه السلطة. و هذه الشروط تعد قيودا يجب عليها مراعاتها و احترامها و ذلك عندما تريد ممارسة أي تعديل ضمانا لحقوق المتعاقد معها. لا اعتبارها من اخطر السلطات الممنوحة للإدارة المتعاقدة لمساسها بجوهر العقد لذا فان

1- قرار مجلس الدولة ،قرار غير منشور ، قضية بلدية عين أزال ضد عربة الطاهر ومن معه ،الغرفة الثالثة ، فهرس 90.

2- لحسين الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزء الأول ، دار هومة ،الجزائر ، 2002، ص 69-71.

العقود ودفاتر الشروط تنص عليها عادة اعتمادا على أنها من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون العام.

لذا سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب: الأول تحت عنوان شروط ممارسة سلطة التعديل. والثاني احترام حق المتعاقد في التوازن المالي والثالث حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل.

أولا : شروط ممارسة سلطة التعديل

تستند الإدارة في ممارسة سلطة التعديل لفكرة المرفق العام و هو ما أقره الفقه و القضاء الإداري. لكن استعمال هذه السلطة مقيد بشروط منها تغيير الظروف التي تستدعي التعديل، و احترام الإدارة لقواعد المشروعية. واقتضاه على النصوص المتعلقة بسير المرفق العام. التقييد بتعديل نسب معينة في العقد.¹ وفقا للمادة 90 من المرسوم 250/02 .

1 - تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها: تلجأ الإدارة المتعاقدة لممارسة سلطة التعديل بإرادتها المنفردة¹. عند تغيير ظروف بعد إبرام العقد فلها تعديل التزامات المتعاقد معها بالنقصان أو الزيادة المنفردة في المدة المتفق عليها، وأساس التعديل هو مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل و التبديل. فقد تعدل الإدارة شروط العقد كطرق تنفيذه، كأن تطلب من المتعاقد استعمال وسائل حديثة و تكون بأقل تكاليف أو تعدل قوائم الأسعار أو فترة التنفيذ أو إنهاء مدة العقد.

أن تغير الظروف شرط ممهّد للتعديل حسب ما يستجد من متغيرات، و كل ما من شأنه إحداث تغيير على الظرف الاقتصادي للعقد و عليه تختلف سلطة التعديل حسب طبيعة العقد و الظروف التي تنفذ فيه و ما يؤكد سلطة التعديل هو تغيير الظروف. ما أبرزته محكمة

1- مصطفى كمال وصفي ، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة عشر ، العدد الأول 1971 ، ص 153.

القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في : 30 يونيو 1957 " حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو و بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد وتزيد من أعباء الطرف الآخر أو كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل..."

2 - احترام قواعد المشروعية: يجب أن يصدر قرار التعديل من السلطة المختصة بالجزائر. وفي الحالة العكسية يعتبر القرار الإداري باطلا إذا صدر من الإدارة .
ولابد أن يبلغ قرار التعديل إلى المتعاقد مع الإدارة متضمنا وصفا دقيقا للعمل المراد تعديله أو إضافته أو كمية السلعة أو السعر أو المدة المتعلقة بتنفيذ العقد.

فمبدأ المشروعية يعني أن تكون جميع نشاطات الإدارة المتعاقدة تمارس في حدود القانون و كل عمل إداري يخرج عن مبدأ المشروعية يكون محلا للطعن فيه و هو ما نصت عليه المادة 04 من المرسوم 131/88 " يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين و التنظيمات المعمول بها".¹

3 - اقتصار سلطة التعديل على نصوص العقد المتصلة بالمرفق العام .

ليس سلطة الإدارة في التعديل مطلقة بل تقتصر على تلك الشروط المتعلقة بالمرفق العام و هو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 16/12/1956. ومرد ذلك أن تلك الشروط هي منبع التزامات المتعاقد مع الإدارة. يلزم بالتقيد بها و احترامها من أجل مصلحة المرفق العام ولا يمكن للإدارة المساس بالمزايا المالية للمتعاقد.

1- المادة 04 من المرسوم 131 / 88 المؤرخ في 04 جويلية 1988 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن.

و بالرغم من أن الأصل العام هو عدم جواز تعديل المزايا المالية للمتعاقد إلا أنه يوجد استثناء و هو تعديل أسعار السلع في عقود الامتياز، وكان حق المتعاقد طلب التعويض إن كان له محل¹.

4 - احترام حق التوازن المالي للعقد:

يجب على الإدارة دائماً عدم إضافة أعباء جديدة على عاتق المتعاقد معها وكأننا بصدد عقد إداري جديد و هو ما تؤكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في احترام حقوق المتعاقد في التوازن المالي 1956/07/30 " و منها كذلك أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يصح أن تتجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها و أهميتها أو أن تفوق قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة... أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاقه وتتجاوز إمكانياته النفسية أو المالية أو الاقتصادية... "

و إذا كان من شأن شرط التعديل في العقد أن تكون ظروف مستجدة بعد إبرام العقد (غير متوقعة) اذ يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة تجعل تنفيذ العقد باهض التكلفة، سواء كان مصدرها الإجراءات المتخذة في الإدارة المتعاقدة أو لا يد لها فيها لكنها تؤثر في التوازن المالي للعقد.

لقد أدى تعليق مبدأ احترام التوازن المالي للعقد الى ظهور نظريتين هما:

1- نظرية فعل الأمير:

تجد أساسها في المادة 102 من المرسوم 250/02 و كذا مبدأ سير المرفق بانتظام و اضطراب

1- محمد الصغير بعلي ، القانون الإداري ، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم عنابة-2004 ، ص 233- 234.

و هي تلك الإجراءات المتخذة من السلطة العمومية ينتج عنها جعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة بالنسبة للمتعاقد كزيادة الضرائب. زيادة الرسوم الجمركية. ولقد كرس القضاء الإداري الجزائري نظرية الفعل الأمير من خلال حكم صدر عن المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة 1964/12/11 في قضية كهرياء الجزائر ضد بلدية فوكة و ما ينتج عن هذه النظرية هو التعويض الكلي للمتعاقد بسبب الإجراءات و الأعباء الجديدة¹.

2- نظرية الظروف الطارئة : تجد أساسها القانوني في الجزائر من خلال المادتين 07 و 101 من القانون المدني و المادة 102 من المرسوم 250/02.

كما تجد أساسها القضائي من خلال قضاء مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ: 1916/03/30 في قضية شركة غاز بورديو *compagnie générale d'éclairage de Bordeau* و لقد وضع من خلالها مجلس الدولة شروط تطبيق النظرية و القواعد التي يجب إعمالها لتطبيقها و منها:

أن تؤدي الظروف إلى صعوبات في تنفيذ العقد، ولا يمكن للمتعاقد طلب تعويضات إلا إذا أصبح تنفيذ العقد باهضا بسبب ارتفاع الرسوم².

و هو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 1993/10/10 في قضية (د،ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة. و التي و من خلاله يظهر أن من شروط أعمال النظرية وجود ظروف غير متوقعة و جاء فيه " من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها و ترتب مع حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" و لما ثبت أن السوق

1- قرار الغرفة الإدارية المحكمة العليا. ملف رقم 99694- بتاريخ 1993/10/10 (قضية دج) ضد المجلس الشعبي البلدي لعين الباردة، المجلة القضائية. العدد 01-1994 ص 217.

2- ناصر لباد المرجع السابق، ص 447 .

محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به¹.

- أن يكون الحدث أو الظروف مستقلة عن إرادة أطراف العقد و تؤدي إلى تغيير حقيقي فيه و بالتالي يتعرض المتعاقد إلى عجز مستمر جسيم.¹

و من أهم الآثار المترتبة عن هذه النظرية هو أن يحكم القاضي الإداري للمتعاقد بالتعويض جزئيا و مؤقتا و على الإدارة المتعاقدة تحمل جزء و جانب من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من جراء هذه الظروف²

و في الجزائر عرفت الفترة بين 1991-1994 تخفيضا للدينار، نتج عن ذلك ارتفاع في أسعار السلع المستوردة بأضعاف و بالتالي كانت هناك آثار وخيمة على العقود المبرمة مع الإدارة.

و عليه يطالب المقاولون في عقود أشغال العامة و الموردون في عقود التوريد استنادا لنظرية الظروف الطارئة، بإعادة النظر في الشروط و المزايا المالية للعقد و التعويض جراء الخسارة في الصرف و إتباعا لذلك أنشأت لجنة لمتابعة الخسارة الناتجة عن الصرف .

5 - الالتزام لموضوع العقد

لابد أن يكون التعديل قائما على نفس المحل و السبب و عليه تنفيذ الإدارة عند إصدار قرار التعديل بالموضوع الأصلي للعقد و عليه يعتبر العقد باطلا إن خالفت الإدارة ذلك و للمتعاقد معها طلب إلغاء أو الامتناع عن التنفيذ.³

و أكدت محكمة القضاء الإداري هذا الشرط في حكمها الصادر في 1956/07/30 الذي جاء فيه "... بحيث يصبح المتعاقد أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله...."⁴ و

1- ناصر لباد ، المرجع نفسه، ص 448.

عليه لا يمكن للإدارة طلب تعديل نوع العقد أو موضوعه كأن يصبح عقد التزام. بدل عقد توريد أو يكون موضوعه نقل الأشخاص بدلا من البضائع.

و في هذا المجال قدم الأستاذ محيو مثلا ذكره جورج فيدال الذي يعتبر أن إدخال المحركات الآلية على وحدة عسكرية يجعل من غير المفيد إبرام صفقة لتوريد العلف. لكن هذا لا يسمح للإدارة المالية بطلب من المورد أن يسلمها الوقود بدل العلف.

فمن خلال الالتزام بموضوع العقد فان التعديلات التي تقوم بها الإدارة المتعاقدة لا يجوز أن تؤدي إلى تغيير جذري في العقد. أي أن التغيير لا يمس مضمون العقد نفسه وذلك بطلب القيام بأعمال جديدة يقوم بها المتعاقد.

ثانيا: حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل

لا يعني تضمين العقد شرط تعديل العقد بإرادة منفردة في الإدارة المتعاقدة إهدار الحقوق المتعاقد معها. و عليه لا بد من إيجاد توازن بين المصلحة العامة و مصلحة المتعاقد. ومن أهم حقوقه في مقابل ذلك الحق في التعويض، الحق في طلب فسخ العقد، حق طلب إلغاء قرار التعديل.

1 - حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض :

إن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد جراء تعديل العقد هو مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة وينسبه البعض إلى فكرة المسؤولية دون خطأ الإدارة. و على فكرة التوازن المالي للعقد القائمة على مبادئ العدالة و يكون على أساس الخسارة التي لحقت المتعاقد وما فاتته من كسب.

فالمتعاقد مع الإدارة يمكنه طلب التعويض و لو كان القرار الصادر عنها مشروعاً و لكنه مس بالمزايا المالية للعقد و هو ما يعتبر تطبيقاً لنظرية فعل الأمير¹.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 11/05/1968: " و لا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان له وجه حق" و كذا في حكمها الصادر في 11/05/1968: " لما كان تعديل العقد الإداري أمراً تملكه الإدارة المتعاقدة على أن تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل فإنه يكون له الحق في التعويض".

أما في الجزائر فالمتعاقد مع الإدارة له رفع دعوى التعويض إلى الغرفة الإدارية المحلية بالمجلس حسب م 07/ ف أخيرة عن الأضرار المترتبة عن شرط تعديل العقد لما للقاضي الإداري من سلطة واسعة في ذلك و تقوم مسؤولية الإدارة هنا على أساس الخطأ أو المخاطر².

2 - حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد:

أكدت ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر: ".بل له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ في هذا التعديل، فله أن يتقاضي النتائج الخطيرة التي لا مقابل لها". وعليه يمكن أن تكون منازعات فسخ العقد من اختصاص الغرف الإدارية بالمجلس و لا يمكن رفعها إلا من الأطراف المتعاقدة. وبناء على ذلك يجوز للقاضي الإداري الحكم على الإدارة بالتعويضات كما يجوز له النطق بفسخ العقد دون أن يكون له فرض قرار آخر على الإدارة أو توجيه أمر لها أو الحكم عليها بغرامات تهديدية³.

3 - حق المتعاقد في طلب إلغاء قرار التعديل :

1- رياض عسير، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، المرجع السابق، ص 147

2- بعلي محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية المرجع السابق ص 147

3- الدريوشي نور الدين، محاضرات في القانون الإداري، أقيمت على طلبة الدورة الخامسة عشر، بالمدرسة العليا للقضاء،

السنة الأكاديمية 2004-2005 .

يحق للمتعاقد المطالبة بإلغاء قرار التعديل إذا كان القرار الصادر عن الإدارة المتعاقدة من خلال ممارستها لسلطة التعديل غير المشروع. وهذا أمام قاضي العقد.

و القاضي الإداري يراقب قرار التعديل و مدى احترام الإدارة المتعاقدة لأركان قرار التعديل من سبب و محل و شكل و إجراءات و غاية و مدى احترام الإدارة لركن الاختصاص في إصدار قرار التعديل .

المبحث الثاني : رقابة القاضي الإداري على السلطات الإدارية المتعاقدة في مجال الإداري

استقر القضاء و الفقه الإداري في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها. إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية. لضمان سير المرفق و لا يعني ذلك إهدار لحق المتعاقد بل تمنح له ضمانات تحميه من تعسفها و أهمها الرقابة القضائية. و هي من قبيل القضاء الكامل تتناول مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة بتوقيع الجزاءات.

من حيث الشكل و الإجراءات و الاختصاص و مخالفة القانون و التعسف و الانحراف في استعمال السلطة و عليه نتناول هذا المبحث في مطلبين أساسيين

المطلب الأول : رقابة القاضي الإداري على السلطات الإدارية

تعتبر الرقابة القاضي الإداري على السلطات الإدارية و تنصب سلطة القاضي الإداري بالفصل في منازعات إبرام العقد و صحة نفاذه وله إلغاء الجزاء الموقع والحكم بالتعويض لأحد المتعاقدين

الفرع الأول: حدود ممارسة سلطة توقيع الجزاءات.

تحكم سلطة الإدارة في توقيع الجزاء حدود وضوابط تتمثل في:

1- عدم توقيع الإدارة لعقوبات جزائية حتى ولو كان إخلال المتعاقد مع الإدارة بالالتزامات يشكل جريمة فلا يمكن للإدارة توقيع جزاءات عليها. ولو اتخذت ذلك فإنه يشكل خرقا للقانون و في ذلك اعتداء على اختصاص القضاء. وانحراف في استعمال الإدارة لسلطتها في توقيع جزاءات إدارية¹.

و في مثل هذا الصدد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إبطال هذه العقوبات للأسباب السابقة

2 - وجوب اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء: يجب على الدارة اعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، باعتباره إجراء جوهريا يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء.

يقصد بالاعذار إثبات تأخر المدين في تنفيذ التزاماته، كإجراء تمهيدي لتوقيع الجزاء الإداري و هو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية Greunouiller: " لا يمكن أن يكون هناك نص في العقد يمكن أن يؤدي إلى السماح للإدارة في حلة عدم قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، أن تقوم بفرض الجزاء عليه قبل اعذاره."

و تظهر أهمية الإعذار في التثبت من مواعيد التنفيذ، و تتيبه الإدارة المتعاقد عن خطئه و مطالبته باحترام ما اتفق عليه في العقد.

و إذا كانت القاعدة العامة في القضاء الفرنسي هو ضرورة إعذار المتعاقد لكن ترد على ذلك استثناءات منها:

- تضمين العقد الإداري لنص صريح يعفي الإدارة من الإعذار: و عليه يطبق هذا الشرط بقوة القانون، و هو ما أقر به القضاء الإداري في فرنسا حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى

1- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 125 .

ذلك في قراره الصادر بتاريخ 1953/06/10 في قضية commune – de denis enval saint .¹

- حالة الظروف الملحة، و هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي نتيجة طبيعة العقد أو الظروف المحيطة بإبرامه و تنفيذه، و يتجلى ذلك في توريد اللوازم أو المواد العسكرية في زمن الحرب، و قاضي العقد هو من يقرر طابع هذه الظروف الملحة و الخاصة.

واستثناءا ظهر ذلك في حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1927/03/27 في قضية Chelas

وحكمه في قضية DUROS المؤرخ في 1922/01/04.²

- حالة عدم جدوى الإعذار و يخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، و في حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1945/06/29 في قضية Ville de beressuin قرر عدم جدوى إعذار المتعاقد كونه أعلن من تلقاء نفسه رفض تنفيذ العقد الإداري.

- حالة المرافق العامة التي تتطلب السرعة في تسييرها: أقر مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا تم إعذار المتعاقد نتيجة خطأ نسب إليه يمكن إجراء و توجيه إعذار جديد و الذي من تاريخه يحدد مسألة تقصير المتعاقد مع الإدارة، من أجل الفصل في التعويض العقدي . وكان ذلك في قضية commune de boulléne بتاريخ 1959/11/04 و إذا مر وقت طويل من إعذار المتعاقد من طرف الإدارة و لم يوقع عليه جزاء نكون أمام مبدئين أرساهما مجلس الدولة الفرنسي:

* أثر فوات وقت طويل على إعذار المتعاقد بتوقيع الجزاء: قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 1945/02/23 في قضية soc – générale française de publicité

1- ابراهيم طه الفياض. المرجع السابق، ص 203-204 .

2- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 248-249.

et d'édition ، أن فوات وقت طويل بعد الاعذار دون توقيع الجزاء لا يعد تنازلاً ضمناً من الإدارة عن توقيعه.

أثر التفاوض مع المتعاقد على الإعذار السابق بتوقيع الجزاء :

قضى مجلس الدولة الفرنسي في 1927/12/28 في قضية l'industrielle soc-foncière وحكمه المؤرخ في 1929/07/11 في قضية Entreprise Helage أن الإدارة إذا تفاوضت مع المتعاقد لاستئناف أعمال العقد على أسس جديدة بعد إعذاره ولم يحقق ذلك نتيجة فيعتبر هذا الاعذار غير قائم قانوناً.

و الإدارة هنا في هذه الحالة حتى توقع الجزاء المعذر به لا بد لها من إعذار المتعاقد من جديد.

أما القضاء المصري فيرى إمكانية إعمال نصوص القانون المدني المتعلقة بالاعذار على الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية¹.

أما في الجزائر فقد نص المشرع الجزائري على الاعذار في قانون الصفقات العمومية في المادة 99 من المرسوم 250/02 أنه : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد ، و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...."

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها قبل اتخاذ إجراء الفسخ بالإرادة المنفردة، و هو إجراء وجوبي يترتب على تخلفه بطلان الفسخ الموقع من جانبها، كما يستشف أن للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد أجل الاعذار، و البيانات الواجب إدراجها ضمنه و أجال نشره في شكل إعلان قانوني.

1- حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق، ص 239

كما يتضح من نص المادة 18 من دفا تر الشروط النموذجي أنه في حالة فسخ عقد الامتياز بمبادرة من الإدارة في حالة عدم احترام صاحب الامتياز لالتزاماته التعاقدية لاسيما المتعلقة بانجاز برنامج الاستصلاح وفقا للشروط و الآجال المحددة، فإن الفسخ يجرى بالطرق القضائية بعناية مدير أملاك الدولة بالولاية المختص إقليميا، ويجب أن يتم الاعذار مرتين¹.

و قد نص المشرع الجزائري على إجراء الإعذار في عقد الأشغال العامة، إذ لا يمكن للإدارة توقيع الجزاءات على المقاول في حالة عدم امتثاله لأحكام تنظيم الصفقة أو عدم امتثاله للأوامر المصلحية الصادرة إليه.

و لقد اعتبر القضاء الإداري³ في الجزائر أن إجراء الاعذار وجوبي، ففي القرار الصادر بتاريخ 1999/12/16 عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و الذي جاء في حيثياته : "...و أن هذه الوضعية غير متنازع فيها من قبل الولاية، كونها هي نفسها لم تبلغ إعذارا كانت قد أصدرته حسب تصريحاتها في 1982/02/24 فإنه و حسب المادة 35 من الصفقة و المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة فإن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال ...".

الفرع الثاني : احترام قواعد المشروعية

يمكن للإدارة توقيع جزاءات و لو لم ينص عليها في العقد، حتى و أن نص عليها فلا يعني ذلك تقييد لحرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه . و لكي توقع الإدارة قرار الجزاء لابد أن يستوفي كامل أركانه وشروط صحة هذه الأركان:

1- نصت المادة 18 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز على قطاع ارضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة الواقعة داخل مساحات استصلاحية و المحتمل تحويله آلة تنازل، و اعتبارها الفسخ كإجراء وجوبي قبل اتخاذ قرار فسخ عقد الامتياز : " يمكن فسخ الامتياز بمبادرة من الإدارة إذا لم يحترم صاحبه الالتزامات المقرضة عليه و على الخصوص تلك المتعلقة بانجاز برنامج الاستصلاحيجرى الفسخ بالطرق القضائية بعناية مدير الأملاك الوطنية بالولاية المختص إقليميا بعد اعدارين يتم إرسالهما لصاحب الامتياز برسالة موصى عليها.. و تبقين دون جدوى

- من حيث ركن السبب : لابد أن تستند الإدارة إلى الوقائع القانونية أو المادية التي دفعت بها إلى اتخاذ قرار توقيع الجزاء، لتخلفه في تنفيذ التزاماته التعاقدية كمبرر لهذا الإجراء.¹
- من حيث ركن الشكل و الإجراءات: من حيث المظهر الخارجي للقرار و كذا الإجراءات السابقة له، كالإعذار و احترام تسببيه أن نص القانون أو العقد على ذلك.
- أما ركن المحل : فتلزم الإدارة بإتباع و احترام بنود العقد أو نصوص القانون، مع مراعاة الاستثناءات المقررة لصالح الإدارة.
- أما من حيث ركن الاختصاص : فالإدارة ملزمة باحترام قواعد الاختصاص المنصوص عليه قانونا أو في العقد و قد أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي، فأقر أنه لا يجوز للإدارة توقيع جزاءات خارج نصوص العقد و قد ظهر ذلك من خلال الحكمين التاليين : الحكم الأول الصادر في 1908/05/22 في قضية *compagne urbaine d'éclairage par le gaz acétytène*.
- حيث قضى مجلس الدولة أن قاضي العقد ما كان يحق له أن يمنح الإدارة تعويضا يزيد عن قيمة الغرامة المبينة في العقد بالنسبة للمخالفة المنسوبة للمتعاقد *.الحكم الثاني الصادر في 1914/04/06 في قضية *département de la vendée* حيث قضى أن عقد الالتزام إذا نص على مصادرة التأمين و إسقاط الالتزام كجزاء للمخالفة المنسوبة للمتعاقد فإن الإدارة لا يمكنها أن تستعويض عنها بوضع المرفق تحت الحراسة.
- لكن مجلس الدولة الفرنسي تراجع عن هذا الاتجاه و قرر أن الجزاء العقدي يمكن استبداله بجزاء أشد منه أو أقل و هو ما يتجلى في حكمه الصادر بتاريخ 1924/07/02 في قضية *Ville de Louchous* و الحكم الصادر في 1928/03/30 في قضية *Ville de Louchous*.

1- المجلة القضائية الجزائرية، قرار الغرفة الادارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 1989/12/16 ملف رقم 65145 ، قضية ع- ط ضد و-ق، العدد الأول ، سنة 1991، ص 135.

وعموما فإن تخلف أحد أركان قرار الجزاء يؤدي إلى عدم مشروعيته، و بالتالي لا بد من عرضه على رقابة القاضي الإداري.

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تعد الرقابة القضائية على الجزاءات من الضمانات الفعالة الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة المتعاقدة إذ يعد الطعن في قرارات الجزاء من النظام العام لا يمكن للإدارة إدراج أو الاتفاق مع المتعاقد على استبعاد اللجوء إلى القضاء.

الفرع الأول : رقابة المشروعية

و يختص القضاء الإداري في منازعات العقود طبقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية¹ و نتناول هذا المطلب كما يلي :

أولاً: نطاق الرقابة القضائية على قرار الجزاء: و يتجلى ذلك من ناحيتين

لما كان قرار الجزاء من قبيل القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العقد فيصلح أن يكون محلا لدعوى الإلغاء، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث يتطرق القاضي إلى مراقبة سلامة و صحة أركان قرار الجزاء.²

- **عيب السبب:** نكون أمام هذا العيب عند تخلف الوجود المادي أو التكييف القانوني للوقائع، فيتولى القاضي الإداري مثلا رقابة وجود واقعة التأخير بالنسبة لغرامة التأخير و صحة التكييف القانوني و أسبابه

1- المادة 7 من الأمر 66 / 154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم

2- يعرف هذا العيب بعيب عدم الاختصاص الشخصي لتعلقه بشخص مصدر القرار

- **عيب الشكل و الإجراءات** : نكون أمام هذا العيب عند مخالفة إجراء جوهري منصوص عليه في العقد أو في القانون كتخلف الإعدار السابق على توقيع الجزاء، أو عدم استشارة الإدارة المتعاقدة لجهة أعلى منها قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها.

- **عيب عدم الاختصاص**: نكون أما هذا العيب إذا كان قرار الجزاء غير مشروع لصدوره من جهة إدارية أو موظف غير مختص أصلاً بإصداره¹ أو بصدوره في مواضيع لم يحددها القانون أو العقد² مخالفة المدة الزمنية لعضو الإدارة في إصدار قرار الجزاء أو تدخل موظف آخر¹.
و نكون أمام عيب عدم الاختصاص الجسيم بتدخل الإدارة في اختصاص القضاء أو المشرع و هو ما استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

وباعتبار أن قواعد الاختصاص من النظام العام ولا يمكن للإدارة التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها.

- **عيب مخالفة القانون**: تكون الإدارة أمامه في حالة عدم وجود الفعل أو الخطأ الذي تثيره لتبرير تطبيق جزائها، أو أن الفعل المثار من قبلها لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد و عدم احترام قرار الجزاء للقواعد العامة أو تدرجها كالجوء الإدارة إلى قرار فرض الغرامة دون احترام حجية الشيء المقضي به.

- **عيب انحراف السلطة** : نكون أمام هذا العيب إذا كان مصدر القرار يهدف من ورائه إلى تحقيق أغراض خارج عن المصلحة العامة لتحقيق أغراض شخصية أو سياسية.

ثانياً: رقابة الملاءمة : حيث يراقب القاضي مدى ملاءمة تصرفات الإدارة للوقائع، فيحدد خطأ المتعاقد و يبحث في تناسب الجزاء الموقع من الإدارة مع الخطأ المنسوب للمتعاقد.

1- و يعرف هذا العيب بعيب عدم الاختصاص الموضوعي لتعلقه بموضوع القرار الصادر.

فبالنسبة لغرامة التأخير فالقاضي يتولى رقابة التناسب بين جسامه إجراء فرض الغرامة ونوع التأخير ومقداره فيتحقق من التناسب بين مقدار غرامة التأخير ومدة التأخير في تنفيذ العقد.¹ ووفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يستطيع القاضي إبطال الجزاء الذي وقعته الإدارة بل تنحصر سلطته في مراعاة الصالح الفردي في تقرير التعويض للمتعاقد المتضرر إن كان لذلك محل.

الفرع الثاني : سلطات القاضي الإداري في مواجهة الجزاء غير المشروع

يتميز مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال بين سلطة القاضي إزاء الجزاءات غير المشروعة من جزاء إلى آخر حسب نوع الجزاءات سواء كانت مالية ، ضاغطة ، فاسخة.

أولاً : سلطات القاضي بالنسبة للجزاءات المالية:

يمكن أن يحكم القاضي بالإعفاء من الجزاءات المالية إذا وقعت خطأ أو له تخفيضها عندما تكون مبالغ فيه أو إلزام الإدارة بإعادة . أو رد ما تحصلت عليه من مبالغ مالية من المتعاقد و من أمثلتها غرامة التأخير.²

ثانياً: سلطات القاضي بالنسبة للجزاءات المالية الضاغطة أو الفاسخة:

يؤكد القضاء الفرنسي أن سلطات قاضي العقد في هذه الحالة هو إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد لما أصابه من ضرر في منازعات عقود الأشغال العامة في حكم مجلس الدولة¹ الصادر في 1905/05/20 إلا أنه تراجع عن هذا الاتجاه و قبل طلبات إلغاء الجزاءات

1- و يعرف هذا العيب بعيب عدم الاختصاص المكاني و يتعلق بالحيز الجغرافي عند إصدار القرار.

2- ضية compagnie général des eaux و الذي بين أنه في حالة عقد الأشغال العامة العادي من المسموح به أن رب العمل له الحق في فسخ العقد طبقاً للمادة 1794 من القانون المدني الفرنسي أي تعويض المقاول جملة عما أصابه من خسارة و ما فاته من كسب و ينتج عن ذلك أن القاضي لا يملك إلغاء قرار الفسخ الذي تتخذه الإدارة

الإدارية غير المشروعة و اعتبرها قرارات منفصلة عن العقد. و عليه قرر إمكانية الطعن أمام قاضي العقد في مدى مشروعيتها سيما تلك المتعلقة بعقود الالتزام، أو الأشغال.

و قد تأكد من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في 10/07/1996 في قضية كايزال. و الذي اعترف بإمكانية رفع دعوى تجاوز السلطة ضد مقتضيات التنظيمية الموجودة بالعقد¹ و هو نفس اتجاه مجلس الأعلى الغرفة الإدارية بالجزائر 08 مارس 1980 قضية الشركة الوطنية سامباك . ضد الديوان الوطني للحبوب (O.A.I.C).

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إمكانية الطعن أمام قاضي العقد على مشروعية فسخ العلاقة التعاقدية التي تربط الإدارة بالملتزم و هو ما اتضح من خلال حكم له بتاريخ: 26/11/1976. " فإن الأمر يختلف إذا تعلق بعقود طويلة الأمد. يهدف لتحقيق أعمال تتطلب استثمارات مهمة. ومتى كان ذلك فإن الشركة الملزومة تكون على حق في أن تدعي أن حكم المحكمة الإدارية المطعون فيه قد أخطأ عندما رفض طلباتها التي تهدف من جهة قرار وضع المرفق تحت الحراسة. و من جهة أخرى إلغاء القرار الذي قضى بإسقاط الالتزام.²

الفرع الثالث : حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو اختلاف مصالح الأطراف المتعاقدة. وهذا الاختلاف يمنح للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد. منها سلطة إنهاء العقد الإداري، كلما اقتضت المصلحة العامة لذلك. لكن هل هذه السلطة مقيدة، مطلقة، و ما هي حقوق المتعاقد في مواجهتها و نتناول ذلك في مطلبين:

أولاً : ضوابط سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري:

1- لحسين الشيخ اث ملويا. دروس في المنازعات الإدارية ووسائل المشروعية ،دار هرم ، الطبعة الأولى 2006.ص47.

2- Ahmed mahiou, l'arret O.A.I.C Revue Algérienne, p 134.et suivantes (Mars 1981)

لابد من مراعاة القيود التالية :

أ- ضابط سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري مقتضيات المصلحة العامة. فهي تستطيع إنهاءه إن وجدت مبررات المصلحة العامة ولو في غياب شروط في العقد تشير لذلك.

و قد أكد القضاء الجزائري هذا القيد. بابتغاء الإدارة المتعاقدة دائماً من خلال سلطة الإنهاء تحقيق المصلحة العامة جاء في حيثيات إحدى قراراته : "...إن فسخ العقد من قبل الإدارة. حتى ولو حصل للمصلحة العامة...¹.

ب : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تقديرية: مفادها إبراز الإدارة للأسباب و الدوافع التي جعلتها تقدم على إنهاء العقد كالسبب الذي يؤدي إلى إنهاء عقد التوريد إذا كانت الدولة في حالة حرب، أو إلغاء المرفق العام أو تعديل نظامه.

ج: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تخضع لرقابة القضاء: يبحث القاضي الإداري في مواجهة لإنهاء سلطة العقد الإداري عن الأسباب الفعالة التي أدى بالإدارة لإنهائه و إذا ثبت أن قيام الإدارة بإنهاء العقد و كان السبب غير مشروع، أو كانت المصلحة التي قامت بإنهاء غير المصلحة العامة. فقرارها غير مشروع و يتصدى هنا القاضي الإداري لهذا القرار و يقرر عدم مشروعية الإنهاء، و بالتالي إلغاءه².

و لكن يستطيع القاضي الإداري التحقق من مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي ارتكزت عليه في عملية الإنهاء.

و يمكن ملاحظة الاختلاف بين سلطات القاضي الإداري في حالة الفسخ كجزاء لخطأ المتعاقد و حالة إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد. من حيث دوره في مدى الملاءمة ففي سلطة الإنهاء فالقاضي الإداري لا يتصدى و يبحث عن مدى ملاءمة العقد لسبب الإنهاء.

1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1967/11/08

2- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 781

أما في حالة فسخ العقد كجزء لخطأ المتعاقد فدور القاضي الإداري هو التصدي و البحث عن مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المرتكب من قبل المتعاقد.

و بالتالي في حالة ثبوت عدم قيام قرار الإنهاء على سبب جدي ، و لا يستهدف تحقيق مصلحة عامة ، فالقاضي الإداري يتصدى للقرار غير المشروع و يقرر إلغاءه.

ثانيا : حقوق المتعاقد في مقابل سلطة إنهاء العقد الإداري

يمكن للإدارة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة. دون أي خطأ من جانب المتعاقد معها وفق مقتضيات المصلحة العامة و للقاضي الإداري مراقبة انحراف السلطة الذي يقع من جانب الإدارة. لكن من خلال ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطة الإنهاء ما هي حقوق المتعاقد في مواجهة هذه السلطة.

ونتناول ذلك من خلال: مدى حق المتعاقد في التمسك باستمرار العقد في نهايته و بحقه في التعويض.

1- مدى حق المتعاقد في التمسك باستمرار العقد حتى نهايته:

لا يملك المتعاقد مع الإدارة التمسك باستمرار العقد الإداري حتى نهايته. و يمكن للإدارة إنهاءه حتى قبل حلول أجله.

و جاء ذلك في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية المؤرخ في 1961/06/25 و نخلص إلى أن للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري حتى قبل حلول أجله مادام ذلك يقتضيه الصالح العام فمن باب أولى يكون لها الحق في إنهاء العقد عند نهاية أجله و التمسك بعدم إطالة مدته أو تجديده. دون أن يكون للمتعاقد معها أي حق في الامتداد أو في التجديد.

2- حق المتعاقد المطالبة بالتعويض:

من بين الحقوق الممنوحة للمتعاقد في مقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حقه في طلب التعويض عما أصابه ولحقه من أضرار. و هذا دون ارتكابه لأي خطأ. وأكدت

محكمة القضاء الإداري المصرية ذلك في حكمها الصادر في 1956/06/16 " إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار. بسبب هذا الفسخ طبقاً للقواعد العامة في التعويض

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الشروط الاستثنائية في العقد الإداري يتبين أنه لم يرد تعريف جامع لهذه الشروط في القضاء سواء في الدول التي أخذت بمبدأ الوحدة أو الازدواجية في نظامها القضائي ومرد ذلك ابتعاد جهات القضاء الإداري عن تقرير مبدأ أو قاعدة قضائية يستقر عليها العمل لتعلق ذلك بفن القضاء الإداري وحتى لا تعمم هذه المبادئ وتغلق باب الاجتهاد فيما سيعرض مستقبلا من منازعات عليها. وإن كان هذا الأمر لا يثير أي إشكال في الجزائر كون أن المعيار العضوي هو المعتمد في تقرير اختصاص القاضي الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية تمييزا لطبيعة العقد الإداري عن غيره من العقود لاسيما المشابهة له كعقود الإذعان في القانون المدني. اعتمادا على المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية ، والمادة 02 من المرسوم 250/02 المتضمن قانون الصفقات العمومية. وكذا المادة 05 من المرسوم الرئاسي 310/03.

ونفس الشيء يصدق على الفقه الإداري في وضعه تعريفا لهذه الشروط الاستثنائية لاختلاف الطرق القانونية المعتمدة من الإدارة في إبرامها للعقود. فقد ترد مباشرة أو غير مباشرة. سواء كان ذلك في دفتر الشروط. ومنها ما هو مستحيل وباطل لو أدرج في عقود القانون الخاص لاعتبارها غير مألوفة في هذا النوع من العقود وعليه ومما سبق لم يتوصل إلى تحديد صياغة هذه الشروط بل يكتفى بالإشارة إليها. لاعتبار أن القانون يحكم أشياء محددة ولكنها لا يمكن حصرها .

وتجدر الإشارة أن هذا التحديد بدوره لم يلق صدى في الجزائر لاعتماد القضاء الإداري ممثلا سواء في الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا أو مجلس الدولة حاليا على لمعيار العضوي في تحديد اختصاص القاضي الإداري للنظر في منازعات العقود التي تبرمها الإدارة وهو ما تجلّى من خلال المادة 02 من المرسوم الرئاسي 250/02 وقرارات الغرفة الإدارية وقضاء مجلس الدولة.

إن الطبيعة الخاصة التي تضيء على العقد الإداري جعلت منه نظاما قانونيا قائما بذاته سببه الشروط غير المألوفة التي تتضمنها دون أن تكون محددة حصرا ضمنه لكثرتها. وسبب ذلك تطور هذا المجال بسرعة لا متناهية من أجل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتحقيق المصلحة العامة.

ونظرا لطبيعة العقد الإداري المتميزة عن العقد المدني فإن الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة تتمتع بامتيازات لا مثيل لها في القانون الخاص، والتي تمنحها الشروط الاستثنائية فيه. ومناطق هذه الامتيازات احتياجات المرفق العام. وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وتتجلى هذه الامتيازات في سلطة الرقابة والتوجيه ، وسلطة تعديل شروط العقد ، سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها. وسلطة إنهاء العقد الإداري.

فبالنسبة لسلطة الرقابة. فهي امتياز ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية. فلها سلطة الإشراف وتوجيه المتعاقد من خلال إصدار أوامر خدمة (الأوامر مصلحة) الملزمة له. وهذا الحق ثابت ودون حاجة للنص عليه في العقد، فحق الرقابة مرده وأساسه فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وتنظيمه، وتختلف سلطة الإدارة في الرقابة باختلاف العقود ومدى صلتها بالمرفق العام.

كما تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد، ودون حاجة للنص عليه في العقد لضمان سير المرفق وتحقيق المصلحة العامة. فيمكن لها تعديل التزامات المتعاقد معها وعلى نحو لم يكن معروفا وقت إبرام العقد. ومن بين الامتيازات التي تستخدمها الإدارة سلطة توقيع الجزاء بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء ، حتى في حالة عدم النص على هذه الجزاءات في العقد الإداري ، كما أن إدارة تقوم بتوقيعها دون حاجة لإثبات حدوث الضرر كونه مفترض وقوعه نتيجة إخلال المتعاقد بالتزامات. كما أن للإدارة العامة حق بسلطة إنهاء العقد الإداري دون صدور ووقوع أي خطأ من المتعاقد معها طالما

اقتضت ذلك المصلحة العامة ويمكن إنهاء العقد بالإدارة المنفردة للإدارة دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد لامتيازات حماية المصلحة العامة.

إلا أنه من خلال ما سبق يمكن القول أن هذه الامتيازات التي تمنحها الشروط الاستثنائية في العقد الإداري ليست على إطلاقها ، بل هي مقيدة بضوابط وقيود ولها حدودها. ويجب على الإدارة احترامها. لكونها تشكل ضمانا للمتعاقد معها، فامتياز الإدارة بسلطة الرقابة ليس مطلقا بل تحكمه عدة قيود تتمثل في احترام الإدارة لصياغة وموضوع العقد ، المبرم مع المتعاقد ، وذلك من خلال احترامها للقوانين واللوائح لتحقيق المصلحة العامة ، وحسن سير المرفق العام بانتظام وهذه القيود تمنح للقاضي الإداري سلطة بسط رقابته عن طريق الإلغاء أو التعويض.

أما سلطة التعديل فالإدارة تلزم باحترام جملة من الشروط والقيود أهمها احترام قواعد المشروعية وأن تنصب سلطة التعديل على نصوص العقد المتصل بسير المرفق.

وبالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات فإن استعمال الإدارة لها تحكمه مجموعة من الضوابط تتمثل في عدم توقيع الإدارة لعقوبات جنائية ، مع وجوب إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه مع ضرورة احترام قواعد المشروعية وتنصب رقابة القاضي الإداري على الجزاء الموقع من طرف الإدارة المتعاقدة على رقابة المشروعية والملائمة.

وأخيرا و بالنسبة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري فيجب أن يكون مبرر الإنهاء هو المصلحة العامة، ولها في ذلك السلطة التقديرية الواسعة في الإنهاء إلا أن هذا لا يعني القاضي من رقابته على سلطة الإنهاء. فدوره هو البحث و التحقق من جدية سبب الإنهاء الذي استهدفته الإدارة المتعاقدة من خلال إصدارها لقرار إنهاء العقد الإداري

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1. أحمد عثمان: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، 1973.
2. محمد الصغير بعلي: العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
3. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005
4. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1994.
5. مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ثلاثة أجزاء، و.م.ج، الجزائر، 1998.
6. محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، دم.ج، 1987.
7. أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
8. نواف كنعان: القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
9. سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري)، توزيع دار الكتاب الحديث، 1993.
10. الجبوري خلف (محمود)، النظام القانوني المناقصات العامة ، دراسة مقارنة، طا، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
11. عمار عوابدي: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 198.
12. عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط1، 1976 النجف، العراق.
13. ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية والتحكيم ،الجامعة اللبنانية ،بيروت - لبنان، طبعة سنة 2000 .
14. محمد خلف الجبوري ،القضاء الإداري دراسة مقارنة ،مكتبة دار الثقافة والتوزيع ،عمان - الأردن، الطبعة الأولى 1998 .

15. عادل طالب الطببائي ،مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت ،دراسة مقارنة،مجلة الحقوق الكويتية ، السنة العاشرة ،العدد الثالث والرابع 1992
16. أحمد محيو.محاضرات في المؤسسات الإدارية.ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا ، الطبعة الثالثة. ديوان المطبوعات الجامعية. طبعة 1996 .
17. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة، سنة 1991.
18. بن ناجي شريف، محاضرات في الصفقات العمومية.أقيت على طلبة السنة الثانية بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأكاديمية 2006/2005.
19. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005.
20. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2004.
21. علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الثالثة سنة 1993
22. طعيمة الجرف : القانون الإداري ،القانون الإداري مكتبة القاهرة الحديثة ،مصر 1970
23. محمد الصغير بعلي الوجيز في المنازعات الإدارية . دار العلوم. عنابه الجزائر 2005.
24. لحسين الشيخ آث ملويا ،دعوى تجاوز السلطة،الكتاب الأول ،دار ربحانة ، الجزائر ،الطبعة الأولى ،سنة 2004 .
25. لحسين الشيخ اث ملويا. دروس في المنازعات الإدارية ووسائل المشروعية ،دار هرم ، الطبعة الأولى 2006
26. محمد الصغير بعلي ، القانون الإداري ، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم عنابة-2004 .

27. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية- مصر سنة 2003
28. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، الطبعة الثالثة، 1977.
29. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق و خالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 1994.
30. لحسين الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
31. عسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، الجزائر د.م.ج. 1985.
32. الحلو ساجد راغب، القانون الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996.
33. عيسى رياض، العلاقات القانونية، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكيين، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1979.
34. محير أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طه، 2006
35. خير الدين عبد العزي "حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة إدارة قضايا الحكومة مصر، س 05 ع4، 1961.
36. مصطفى كماسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مجلة العلوم الإدارية، س 13 ع1، 1971.
37. ثروت (يدوي)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع3 ر4، م27.
38. لباد (جمال الدين)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال في مجلة قضايا الحكومة، م8، 3، 1964.
39. فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، ترجمة عبد العزيز أمقران، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، سنة 2000.

40. مصطفى كمال وصفي ، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة عشر ، العدد الأول 1971 .
41. ستيونوف، نظرية العقود الإدارية والقانون الاشتراكي"، مجلة القانون العام والعلوم السياسية 1966 .
42. فحمة (عبد الباقي)، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م ج 2، ع ا بغداد، 1978 ، ص 169
43. الدريوشي نور الدين، محاضرات في القانون الاداري، أقيت على طلبه الدفعة الخامسة عشر ، بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأكاديمية 2004-2005 .

قوانين

1. القانون المؤرخ في 1935/10/30 المتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات العمومية.
2. المرسوم رقم 405-53 المتعلق بصفقات الدولة والمؤسسات الوطنية.
3. المرسوم رقم 24-57 المؤرخ في 1957/01/08 والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.
4. القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية، العدد التاسع عشر مكرر الصادر في 8 ماي، منة 1998
5. - المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 ،المحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كفيات ذلك
6. - المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 1993-07-27 لمحدد كفيات تطبيق القانون رقم 11/91
7. القانون 11/91 المؤرخ في 1991-04-27 المتضمن قواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية
8. - المرسوم 131 / 88/ المؤرخ في 04 جويلية 1988 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن.
9. - الأمر 66 / 154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم

المجلات والقرارات القضائية

1. محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 870 لسنة 5 ق بتاريخ 12/09/1956
س.بند 50
2. المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1189 لسنة 6، في بتاريخ 03/31/1962
س.7. بند 54
3. قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 12/11/2001 قضية موثق ضد مدير أملاك الدولة
لولاية برج بوعريريج ، العدد الاول، السنة 2002.
4. قرار محكمة التنازع المؤرخ في 08-05-2000 ،قضية رئيس بلدية ريس حميدو ضد
ص- ج مجلة مجلس الدولة العدد الأول ،سنة 2000
5. قرار مجلس الدولة ،قرار غير منشور ، قضية بلدية عين أزال ضد عربة الطاهر ومن
معه ،الغرفة الثالثة ، فهرس 90.
6. المجلة القضائية الجزائرية ، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في
1985/11/09 ملف رقم 43731 ،قضية ش ذ م س ضد وزير الري و والي ولاية
الجزائر ،العدد الثاني، 1990
7. قرار مجلس الدولة، ملف رقم 3889 بتاريخ 05 / 11 / 2002. قضية (ز - ش) ضد
المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث،سنة
2003،
8. قرار مجلس الدولة،المؤرخ في 14-04-2003 ملف رقم 604841 قضية الوكالة
المحلية للتسيير العقاري والحضري ضد أ - ح،مجلة مجلس الدولة العدد الرابع سنة
2003
9. قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 29/05/1982 ،ملف رقم 23887
،قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد بن . ب . أ،المجلة القضائية الجزائرية ،العدد
الأول ،سنة 1989.

10. قرار الغرفة الادارية المحكمة العليا. ملف رقم 99694- بتاريخ 10/10/1993
(قضية دج) ضد المجلس الشعبي البلدي لعين الباردة، المجلة القضائية. العدد -1994
.01
11. المجلة القضائية الجزائرية، قرار الغرفة الادارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في
1989/12/16 ملف رقم 65145 ، قضية ع- ط ضد و- ق، العدد الأول ، سنة
1991
12. قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 08/11/1967

مراجع بالفرنسية

1. Délaubadère (A), Venezia (J.C), Gaudmet (Y), Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999.
2. Duguit, Traité de droit constitutionnel, T. 111.
3. Jèze, Principes généraux du droit administratif, T
- LAUBADERE (A. de), traité de droit administratif, 6 ed. Paris L.G.DJ 197
4. VEDEL (G) droit administratif, 4 e ed , Paris, 1968
5. VELLEJ (S.), Droit administratif, 4 ed, Paris dalloze 2003.
6. RICCI (CJ), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette, Supérieur, 2006.
7. WALINE (M.)- Précis de droit administratif, 1969.
8. REGLADE(M.)de l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaires et administratives R.D.
9. Pi77 C.E 8 December 1948 Pasteam RDP 1949 P75 note Walinc S, 1949.
- 10.WALINE (M), Paris, Lamarque "le déclin du critère de la clause exorbitante: LGDJ, 1974.
- 11.Article 2 du Décret N°2001 -210 du 7 Mars 2001, portant code des marché publics J.O. N°57i du mars 2001.
- 12.Marsselonne long,et prrosspergy Weil et Gé Bribant: les grands arrêts de jurisprudence administratif 6^{eme} édition.1974.
- 13.Ahmed mahiou, l'arret O.A.I.C Revue Algérienne, p 134.et suivantes (Mars 1981)

الفهرس

إهداء

شكر

5.....	المقدمة
09.....	الفصل الاول : ماهية العقود الادارية
10.....	المبحث الأول : تعريف العقود الإدارية
10.....	المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية
10.....	الفرع الاول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا:
12.....	الفرع الثاني : نشأة العقود الإدارية في الجزائر :
15.....	المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري
16.....	الفرع الاول : المعيار العضوي:
22.....	الفرع الثاني : أنواع المعايير
24.....	الفرع الثالث: أنواع العقود الإدارية
30.....	المبحث الثاني : تميزه العقود الادارية
31.....	المطلب الأول: معايير تمييز العقود الإدارية:
31.....	الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون
33.....	الفرع الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها
41.....	المطلب الثاني : تقييم المعايير وموقف المشرع الجزائري
42.....	الفرع الاول : تقييم المعايير
47.....	الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير
49.....	الفصل الثاني : الشروط الاستثنائية في مجال العقد الاداري
50.....	المبحث الاول: الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية
51.....	المطلب الأول : تعريف و أهمية الشروط الاستثنائية

51	الفرع الأول : تعريف الشروط الاستثنائية.....
61	الفرع الثاني : أهمية تحديدها وتمييزها عن شروط عقد الإذعان.....
66	المطلب الثاني : انواع و آثار الشروط الاستثنائية.....
66	الفرع الأول: : حدود سلطة الإدارة في الرقابة.....
82	الفرع الثاني : حدود سلطة الإدارة في التعديل.....
	المبحث الثاني : رقابة القاضي الاداري على السلطات الاداري المتعاقدة في مجال
90	الاداري.....
90	المطلب الاول : رقابة القاضي الاداري على السلطات الاداري.....
90	الفرع الأول: حدود ممارسة سلطة توقيع الجزاءات.....
94	الفرع الثاني : احترام قواعد المشروعية.....
96	المطلب الثاني : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....
96	الفرع الاول : رقابة المشروعية.....
98	الفرع الثاني : سلطات القاضي الإداري في مواجهة الجزاء غير المشروع.....
99	الفرع الثالث : حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....
103	الخاتمة.....
107	القائمة المراجع.....

ملخص مذكرة الماستر

من خلال دراستنا لموضوع لنظام القانوني للشروط الاستثنائية في العقد الإداري يتبين أنه لم يرد تعريف جامع لهذه الشروط في القضاء سواء في الدول التي أخذت بمبدأ الوحدة أو الازدواجية في نظامها القضائي ومرد ذلك ابتعاد جهات القضاء الإداري عن تقرير مبدأ أو قاعدة قضائية يستقر عليها العمل لتعلق ذلك بفن القضاء الإداري وحتى لا تعمم هذه المبادئ وتغلق باب الاجتهاد فيما سيعرض مستقبلا من منازعات عليها.

وإن كان هذا الأمر لا يثير أي إشكال في الجزائر كون أن المعيار العضوي هو المعتمد في تقرير اختصاص القاضي الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية تمييزا لطبيعة العقد الإداري عن غيره من العقود لاسيما المشابهة له كعقود الإذعان في القانون المدني. اعتمادا على قانون الإجراءات المدنية

الكلمات المفتاحية:

- 1/ العقود الادارية 2/ الطبيعة القانونية 3/ رقابة القاضي الاداري 4/ للشروط الاستثنائية
- 5/ تميز العقود الادارية

Abstract of The master thesis

À travers notre étude d'un sujet du système juridique des clauses exceptionnelles dans le contrat administratif, il apparaît clairement qu'il n'y a pas de définition complète de ces conditions dans le système judiciaire, que ce soit dans les pays qui ont adopté le principe d'unité ou de duplication dans son système judiciaire, et cela parce que le système judiciaire administratif est loin d'un rapport de principe ou d'une base judiciaire sur laquelle repose le travail. L'art de la justice administrative, pour que ces principes ne soient pas généralisés et que la porte de l'ijtihad soit fermée, et de futurs litiges les concernant seront présentés.

Et si cette question ne pose pas de problème en Algérie, étant donné que le critère organique est celui retenu dans la détermination de la compétence du juge administratif pour connaître des litiges de contrats administratifs, afin de distinguer la nature du contrat administratif des autres contrats, notamment assimilable à des contrats de conformité en droit civil. Selon le code de procédure civile

les mots clés:

1 / Contrats administratifs ... 2 / Nature juridique 3 / Supervision du juge administratif 4 / de conditions exceptionnelles 5 / .. distinguer les contrats administratifs keywords: