جامعة عبد الحميد ابن باديس– مستغانم -

كلية الأب العربي و الفنون

قسم الأدب العربي

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: إدارة عامة

تحت عنوان

العقود الإدارية في التشريع الجزائري

من إعداد الطالبة :

عمارة حكيمة

تحت إشراف الأستاذ:

زواتين خالد

الأستاذ: زواتين خالـــــد مشرفا مقرر

الأستاذ: بوغازي عبد القـــادر رئيسا

الأستاذ : درعي العربـــــي مناقشا

السنة الجامعية :2018/2017

إهـــداء

بعد الصلاة و السلام على أشرف المرسلين و على أله و صحبه و من تبعه إلي يوم الدين أما بعد

أهدي ثمرة نجاحي :

إلى ينبوع الأمل الذي لا يمل العطاء

إلى والدي العزيز أطال الله بعمره

إلى من حاكت لياليا بخيوط منسوجة من العطف و الحنان

إلى التي لو حبذ على قلبي أن تكون معي اليوم

إلى أمي العزيزة رحمها الله و اسكنها فسيح جنانه

إلى التي أعادت لم شمل العائلة و أصبحت بمثابة أم ثانية

إلى من كان سندي في هذا النجاح و الذي أصر على متابعة دراستي و كان علي نعم الزوج

إلى زوجي أطال الله بعمره إنشاء الله

إلى كل من إخوتي حكيم _ أحمد _ فريدة _ ملاك

إلى كل من العائلتين عمران و عمارة

و إلى كل أصدقائي و إليكم جميعا

وشكرا

كلمة شكر

الحمد الله الذي هدانا و رزقنا المحبة و يسر لنا و صلى الله على نبينا محمد و على اله وصحبه الأخيار

نرى من أنه الواجب علينا قبل المضي قد عرض هذا البحث أن نحمد الله تعالى لأنه صاحب كل الفضل فلولاه لما وصلنا إلى هذا .

و إلى كل من انطبقت عليه الحكمة "من علمي حرفا صرت له عبدا"

و غالى الأستاذة المخلصين و العملين على خدمة القانون و تخص بالذكر الأستاذ المشرف "زواتين خالد" الذي أنار لنا طريق البحث عن الحقيقة و المعرفة العلمية

اللذين هما من أسعى أمثل العليا التي يسعى الأستاذ المشرف جاهدا في سبيل ترسيخها في نفوس طلابه

كما أوجه جزيل الشكر إلى أساتذة و موظفي عليه الحقوق و العلوم السياسية بصلامندر الذين مدو يد المساعدة في انجاز هذا البحث و إليكم جميعا .

مقدمـــــــــة

مقدمة

لقد وجد القانون الإداري كفرع من فروع القانون العام يهتم بالقواعد التي تحكم الإدارة العامة من عدة جوانب فمن حيث تنظيمها فهي إما أن تكون سلطة مركزية أو سلطة موزعة و من حيث و سائلها فهي تتجلى في صورتين ضبط إداري و مرفق عام ، و من حيث و سائلها فهي تنحصر في وسيلة بشرية مضاعفة في نظرية الموظف العام و وسيلة مادية في نظرية المال العام ، و من حيث منازعاتها فهي تشمل الجهة القضائية صاحبة لاختصاص و القواعد القانونية الواجبة التطبيق و من أساليبها فهي إما إصدار القرارات الإدارية ، و إما إبرام العقود الإدارية .

بات من الأكيد القول أن نظرية العقود الدارية الموجودة حتى دون نص ، هدفها مزدوج يضمن تحقيق الصالح العام و خضوع الإدارة للقانون ، تطورها التاريخي كان طويلا و لم نأخذ شكلها العالي الا في بدايات القرن العشرين فأصبحت نظرية قضائية من النظام العام و سبب وجودها في الإحكام الفضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي ، و لا دل ادل على ذلك حكم تيري الصادر سنة 1903م كيف لا و هو الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها حيث تقرر بموجبه ان اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم و سير المرافق العامة ، قومية كانت او محلية سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا إداريا عاديا[1] .

وقد أصبحت هذه النظرية تشقق طريقها في إحكام القضاء الفرنسي حيث تأكدت بشكل واضح و نهائي .[2]

وأصبحت قائمة بذاتها وجزء من الموضوع الإداري .

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

[2] حكم مجلس الدولة الفرنس سنة 1912 في قضية شركة الكرانيت و اعتبر بموجبه إن التوريدات لما كانت تنفذ بنفس الشروط و الأوضاع التي ينفر بها الإفراد في عقودهم فهي من عقود القانون الخاص راجع في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الثانية سنة 1995 ، ص 32 .

و تعتبر العقود الإدارية عنصر من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة فهي إحدى أهم وسائلها من أجل تحسين وتطوير أي قطاع لها ،وهذه الأهمية تحلت خاصة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية التي هزت العالم سنة 1929 و التي كانت ذات طابع دوري استلزمت تدخل الدولة من خلال الطلبات العمومية وذلك بتوفير الوسائل أكبر عدد من مناصب العمل وهذا ما نادى به العالم الانجليزي "كيتر"

وقد ورثت الجزائر عن فرنسا "قانون الطلبات العمومية " الذي تزامن العمل به مع الجملة الاستعمارية ضد الجزائر ونظرا المساوئ الرشوة و الممارسات غير القانونية التي ظهرت بين الممولين استلزم الأمر إصدار قانون الصفقات العمومية في شكل نصبي الأول يتعلق بقانون الصفقات العمومية العسكرية و الثاني يتعلق بقانون الصفقات العمومية للطرق و الجسور وبعد الاستقلال اتجهت الإدارة الدولة إلى توحيدها بقانون واحد سنة 1964 وهو قانون الصفقات العمومية .

إن هذا الموضوع نظرا لأهميته 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 .

وهكذا تظهر إشكالية دراستنا .

إلى أي حد حصر يمكن حصر المعايير التي من خلالها يمكن استنتاج الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة ؟ .

و إلى أي مدى من خلال النصوص و الاجتهادات القضائية في الجزائر يمكنها تصور نظرية عامة للعقد الإداري في الجزائر .

و أن استعمال الإدارة لسلطاتها في العقود الإدارية و التي تبررها مقتضيات المصلحة العامة لا تعني التضحية الحقوق المتعاقد بل يقتضي المحافظة على هذه الحقوق و التساؤل الذي يطرح نفسه لهذا الصدد أما الآثار التي يرتبها العقد الإداري .

و الإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج العلمي التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص ،الواردة في القانون المدني الجزائري و الإثارة الى بعض القوانين العربية ذات الصلة بالموضوع مع التعرض لأراء الفقه في هذا السابق فوفقا لما تقدم ستكون معالجة موضوع البحث وبغية الإجابة على هذه الإشكالات التمست خطة ثنائية موزعة إلى فصلين تناولت في الفصل تناولت ماهية العقود الإدارية متطرفة إلى نشأته وتعريفه و معايير تمييزه و الى أركانه ،هذا في المبحث الأول أما في المبحث كان يحتوي على الإحكام العامة الإبرام العقود الإدارية و أنواع هذه العقود.

أما الفصل الثاني فكان حول الآثار المترتبة عن العقود الإدارية و اعرض من خلاله أثار العقود الإدارية بالنسبة الإدارة العامة هذا في المبحث الأول أما المبحث الثاني أثار العقد الإداري بالنسبة للمتعامل المتعاقد.

الفصل الأول:
ماهية العقد الإداري

مقدمة :

الفصل الأول: حول ماهية العقود الإدارية (مدخل مفهمي نظري)

المبحث الأول: حول مفهوم العقود الإدارية (المبادئ العامة)

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية و معايير تميزها

الفرع الأول: مفهوم العقود الإدارية

1) نشأة العقود الإدارية
2) تعريف العقد الإداري بالمعيارين العضوي و الموضوعي
3) التمييز بين العقود الإدارية و العقود المدنية .

الفرع الثاني: معايير تمييز العقود الإدارية.

1) أن تكون الإدارة طرفا في العقود الإدارية
2) أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام
3) استعمال الإدارة لأساليب القانون العام

المطلب الثاني: أركان العقود الإدارية و شروط صحتها

1- أركان العقود الإدارية.
2- شروط صحة العقود الإدارية.
3- جزاء بمخالفة أركان و شروط صحته.

المبحث الثاني: الأحكام العامة لإبرام العقود الإدارية و أنواعها .

المطلب الأول: شروط إبرام العقد الإداري

- المبادئ التي تحكم لإبرام العقد الإداري
1- المناقصة
2- أسلوب التراضي

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

1- عقد الامتياز
2- عقد الأشغال العامة عقد التوريد
3- عقد المص العام
4- عقد انجاز الدراسات

العقود بصفة هي توافق إدارتين فالعقد الإداري شانه شان العقد المدني وهذا ما قررته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه من مبادئ و أصول المسلم بها قانون العقد الإداري شانه شان أي عقد أخر لا ينهض إلا بتوافق إرادتين و تطابقهما ، بقصد إحداث الأثر القانوني[1] .

و العقد باعتباره عملا قانونيا لا بد من أركان يجب توافرها هي : الرضا ، المحل ، السبب صحيحان ، الذي يشترط في محل العقد أن يكون قابلا للتعامل فيه فلا يصح محلا للعقد إذا كلن التعامل فيه محضورا قانونا و غير مشروع أو مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا .

كما يشترط أيضا شروط صحة و سلامة الرضا من العيوب كالغلط و التدليس والإكراه هذه العناصر الأساسية و الجوهرية تتشابه فيها مختلف العقود سواء عقود مدنية و إدارية لا أن هذه الأخيرة تختلف عن الأولى في أمور كثيرة تجعل للعقود الإدارية طبيعة خاصة من عقود القانون الخاصة هذه الطبعة مناطها الامتياز و مظاهر السلطة العامة و مقتضيات مبادئ المرفق العام ، هذا الأخير يستهدف العقد الإداري إلى تسيره[2] .

و لما كان هذا النوع من التصرف يكتسي خصوصية ، وجب التطرق له بالدراسة و التحليل لتميزه عن غيره من العقود المدنية ، و بيان نتائج و اثأر هذه التصرفات بالنسبة للإدارة المتعاقدة و المتعامل معها [3].

1 - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الادارية، القرار الاداري، العقد الاداري ، دلر الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1989،ص270 .

2 - عمار عوايدي ،القانون الاداري،الجزء الثاني، النشاط الاداري ، الطبعة الرابعة الديوان اللمطبوعات الجامعية الجزائر 2002،ص186.

3 - علاء الدين عيسى، مدخل القانون الاداري- الجزء الثاني – دار المدى، الجزائر 2012 ص 292 .

المبحث الأول: حول مفهوم العقود الإدارية

- ينبغي الأمر في مرحلة أولى توضيح مفهوم العقد الإداري في التشريع الجزائري وذلك باستخلاص معايير تميزه عما يشابهه من عقود و تحليل مكوناته بالتطرق إلى أركانه و شروط صحته و عندئذ تتضح صورته و يتسير الكلام عن تطبيقاته و ذلك يتعدد أنواعه .

- و على ذالك سأتناول في المطلب الأول تعريف العقد الإداري و في المطلب الثاني أركان و أنواع العقود الإدارية .

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية و معايير تميزها:

الفرع الأول:مفهوم العقود الإدارية:

يعرف الأستاذ طعيمه الحرف "العقد الإداري" فيقول : " انه اتفاق بين الإدارة و احد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية تنشا عنه حقوق و التزامات لكلا الطرفين " ويعرفه أيضا . " انه تصرف يربط بين طرفين على الأقل يجمع بين شخص عام و شخص خاص بفرض الاتفاق على تنفيذ عملية معينة "[1] .

و قد عرفه أيضا المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري انه " أن العقد الإداري هو عقد شانه شان العقد في القانون الخاص يتم يتوافق إرادتين على إنشاء التزام او تعديله او إلغائه و قوامه الإيجاب و القبول الذي يجب إن يتم خلال الأوضاع الشكلية و الإجراءات المنصوص عليها حتى ينتج أثاره الصحيحة و شانه شان العقود الخاصة بحيث يقوم على التراضي و إلا كان ذلك سببا في عدم مشروعيته " .

و يرى الأستاذ الدكتور عمر حلمي أن المقصود بالعقود الإدارية و حسبما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا و مصر انه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه و تظهر فيه الإدارة في الأخذ بإحكام القانون العام / و ومناط

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

ذلك أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ا وان يخول المتعاقد مع الاشتراك مباشرة في سير المرفق العام .

وفق لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تعرف العقد بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص المعنوي عامل يقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهير فيه نية الإدارية في الأخذ بأحكام القانون العام و ذلك يتضمن العقد شروط أساسية غيرها مألوفة في القانون الخاص[1].

نشأة العقود الإدارية:

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

- **نشأتها في فرنسا :**

بمجيء الثورة الفرنسية و ظهور فكرة الدومين العام ، فقلص تفرد الملتزمين بالمرافق العامة و بقيت هذه العقود من اختصاص المحاكم العادية لحين صدور قانون 28 بليفور من السنة الثامنة من العهد الجمهوري التي نصت المادة 4 منه على انه جميع المنازعات التي تنشا و تثور بمناسبة عقود الأشغال العامة هي من اختصاص مجالس الأقاليم(محاكم العملات الادارية) .

من خلال هذه المادة المشرع الفرنسي استندي العقود المحلية بالشغال العامة و اعتبرها عقود إدارية خاضعة للقانون العام و التنازعات المتعلقة بها تابعين للقضاء الإداري و في 17 جوان 1958م أضفى المشرع الفرنسي في عدد العقود الإدارية ، عقود شغل الدومين العام و بالتالي أصبح هناك نوعين من العقود الإدارية ينص القانون كذلك العقود المتعلقة بيع قارات مملوكة للدولة و نتيجة لما قدمه مجلس الدولة الفرنسي من مجهود لمحاولة تغطية النقص التشريعي .

و هذا ما جاء في الحكم الصادر في 06 فبرير 1903 من أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل من يتعلق بتنظيم و سير المرافق العامة .

و عليه فالعقود التي تبرمها الإدارة يقصد سير و تنظيم المرافق العامة هي أعمال إدارية بطبيعتها و يجب أن يختص الإداري بالفصل في كل ما يتمم عنها من منازعات.

[1] - حمد محمد الشلماني، مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الاداري، دار المطبوعات الاسكندرية ص16-17 .

- **نشأتها في الجزائر :**

لقد مر النظام القانوني للعقود الإدارية و كغيره من الأنظمة القانونية الأخرى في فروع القانون المختلفة سواء منها الخاص او العام لعدة مراحل بها تطورات و تغيرات التي شهدتها الجزائر منذ الاستقلال و حتى الآن .

1- المحلة الأولى قبل 1967 :

لقد كانت العقود الإدارية و الصفقات العمومية في النظام القانوني السائد المتضمن تحديد سريات القانون الاستثماري و على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالف و متعارض مع السيادة الوطنية .

2- المرحلة الامر رقم 90/76 المؤرخ في 17 جوان 1976:

المتعلق بنظام الصفقات العمومية كان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الاستراتيجي السائد آنذاك يتمثل أساسا في :

- حماية الانتالج الوطني و اليد العاملة .
- الاعتماد على الصفقات العمومية كاليد اتنفيذ المخطط الوطني في اطار سياسة التخطيط الاقتصادي المنتهجة في ذلك الوقت .

3- المرسوم الرئاسي 154/82 ، المؤرخ في 10 افريل 1582

المتعلق بصفة ان المتعامل العمومي و تماشيا مع الاختيار الاشتراكي صدر هذاغ المرسوم بهدف نمو تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن مركزية و غير مركزية ،

و اقتصادية او اجتماعية و ذلك انسجام مع الاختيارالاشتراكي الذي يقوم في اساس على وحدة القانون[1] .

4- المرسوم التنفيذي رقم 934/91 المؤرخ في 09 ديسمبر 1991 :

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية :

بعد صدور دستور 1989 و التخلي عن النظام الاشتراكي ، كان لابد من وضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية و الاقتصادية الجديدة من خلال الأخذ بالازدواجية و الثنائية القانون من حيث النظام الليبيرالي الراس مالي .

و لهذا فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي السابق لتقتصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الاقتصادي الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص اذ نصت المادة 04 منه على انه لا تطبق أحكام هذا المرسوم الا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارية العمومية و الهيئات المستقلة و الولايات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

5- المرسوم الرئاس رقم 250/02 المؤرخ في 27 جويلية 2002 :

المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 و أيضا المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 و المعدل و المتمم و المتعلق بالصفقات العمومية و خضع هذا المرسوم الرئاسي للتعديل أول بموجب المرسوم الرئاسي 98/11مسا التعديل أساس بإحكام تتعلق بدفاتر الشروط و مناقصات الدولية كما مس جزئيا بدفاتر الشروط المتعلقة بحالة التراضي البسيط و خضع لتعديل ثاني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18جانفي 20125 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013 المتعلق بقانون الصفقات العمومية.

[1] - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية ، القرار الإداري العقد الإداري،دار الفكر الجامعي ،الاسكندري 1989 ص 274 .

1)- تعريف العقد الإداري بالمعيار العضوي :

على أساس هذا المعيار يعتبر العقد إداريا إذا كان طرفيه جهة إدارية عامة مختصة بإبرام العقود الإدارية ، و هذا المعيار هو الوارد في المادة 7 من الإجراءات المدنية و رغم أن هذا الشرع أهمل كل مصطلح " العقود الإدارية " إلا إن أساسها موجود في نفس الإجرائي هي عبارة " ايا كانت طبيعتها " .

و رغم انه ربط الولاية العامة للغرفة الإدارية بشروط اسماها قواعد الاختصاص في مجال إلغاء القرارات الإدارية فقط ، و كان نشاط الإدارة تدارك ذلك لإغفال و خصص الفقرة الأخيرة للمنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية و الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية و الرامية إلى طلب تعويض و عليه فالعقد الإداري يعرف مبدئيا بالمعيار العضوي و هو التوجه الذي سايرته المحكمة العليا اذ جاء في قراراتها حيث إن المادة 7 لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين و انه يجب لا يكفي ان يكون شخص معنوي أداري طرفا في الدعوى لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختص و هذا مهما كانت طبيعة القضية .

أولا : الدولة : و نأخذ بالمفهوم الضيق و ليس المفهوم الواسع الذي نعرفه في القانون الدستوري و المقصود إذن بها هي الدولة كسلطة مركزية و يدخل في مفهوم هذه الأخيرة مصالح رئاسة الجمهورية ، مصالح رئاسة الحكومة ، الوزارت و مصالحها مثل المديرية العامة للأمن الوطني ، المديرية العامة للجمارك ... و كذلك المديريات الولائية لكل وزارة في الولايات ... و توجه الدعوة في هذه الحالة ضد الوزارة لأنها تمثل الشخصية المعنوية للدولة و ليس المديرية التي هي مصلحة من مصالح الوزارة تماما مثل المصالح المركزية و الفرق الوحيد بينهما يكمن في إن هذه الأخيرة موجودة على مستوى العاصمة فقط .[1]

ثانيا : الولاية : و هي درجة ثانية من درجات الإدارة المحلية و مجموعة إقليمية متمتعة بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و تشكل مقاطعة إدارية للدولة و تحدث بموجب

[1] - الدكتور مسعود سيهوب المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثالث نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية 1999 ص 375

قانون و لها إقليم و اسم و مقر و قد حددت الطواد 110 و ما بعدها من قانون 90.09 المتعلق بالولاية بعض الأحكام المطبقة على العقود الإدارية التي تبرمها.

و ان المقصود بالولاية إذن شخص معنوي عامل بجميع هيئاتها و مصالحها الداخلية سواء تعلق الأمر بهيئة الدولة و هي المجلس الشعبي المنتخب و لجانه الدائمة و المؤقتة او جهاز التنفيذ إي الوالي و مصالحه الإدارية و يندرج ضمن هذه الأخيرة الدائرة ، فهي ليست شخصية معنوية و إنما هي جهاز إداري مساعد للوالي و يديرها رئيس الدائرة و يتصرف باسم الوالي و قد صدر مرسوم يحدد مهامه [1].

و كذلك يتدرج ضمن المصالح الداخلية للولاية ، المرافق العامة على مستوى الولائي للمسيرة عن طريق الاستقلال الحكومي المباشر لعدم تهتمها بالشخصية المعنوية بينما تعتبر مستقلة عن الولاية و لا تندرج ضمن مفهومها و إذا أخذت شكل استقلال مستقل لنمتعها بالشخصية المعنوية ، و كذلك الأمر بالبيئة للمرافق العامة للولاية السيرة عن طريق المؤسسات العمومية و ليس فهي تتمتع بشخصية مستقلة عن الولاية و من ثمة فالمنازعات المتعلقة بها تندرج ضمن منازعات المؤسسات العمومية و ليس ضمن منازعات الولاية و عليه يتعين بحيث طبيعيته هذه المؤسسة لتحديد جهة الاختصاص لان القانون يتحدث عن مؤسسات عمومية ولائية مشتركة دون تحديد طبيعتها و هذا يعني انه يمكن إن تكون من طبيعة إدارية أو طبيعة صناعية و تجارية .

و عليه في ظل التشريع الجزائري فان دعاوي العقود الإدارية أذا تعلق الأمر بالولاية و الهيئات التي تدخل في مفهومها كما سبق شرحه ترفع الدعوى ضد الوالي و تصدر القرارات في مواجهة و هو ما سايوه العمل القضائي حيث قضية الغرفة الإدارية لمجلس قضاء معسكر في قرارها [2].

ثالثا البلدية : و هي الدرجة الأولى بين درجات الإدارة المحلية و قد عرفها البلدية لسنة 1990 بأنها "مجموعة إقليمية أساسية و تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستغلال المالي و

[1] -المرسوم 86.30المؤرخ في 18.02.1986 المحدد لمهام رئيس الدائرة المعدل و المتمم لسنة 1994.
[2] - قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء معسكر بتاريخ 22-11-2003 قضية رقم 2003/418 .

تحدث بموجب قانون " و عموما المقصود بالبلدية هي بجميع الهيئات و توجه الدعوة أعمال رئيس البلدية أو مجلسها الشعبي البلدي المنتخب أو عن مصالحها الإدارية و لجانها و عن الأقسام الحضرية مالية للبلديات التي تظم أكثر من 15000 نسمة و التي يمكن تقسيمها إلى قطاعات حضرية لا تتمتع بالشخصية المعنوية و من ثمة فالمنازعات المتعلقة بها هي في حقيقتها متعلقة بالبلدية . أما بالنسبة لمجالس التنسيق الحضري فهو نظام معروف بين بلديات ولاية الجزائر العاصمة و نصت عليه المادة 177 من قانون 90.08 و أحالت على التنظيم في تحديد عددها و تظهر من قانون ان تشكيلة هذه المجالس تمثيلية ، تتكون من مجموعة رؤساء المجالس الشعبية البلدية المكونة لهذا التجمع و تنتخب هذه المجالس رئيسا و من بين أعضائها ، وتختص لمجموعة من الخدمات و التجهيزات المشتركة و المتعلقة بالتنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و تخضع مداولاتها لنفس شروط المصادقة على مداولات المجالس البلدية و تنفيذها و إلغائها .

رابعا : المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية : المؤسسة العمومية هي الأسلوب من أساليب سير المرافق العامة و تتمتع بالشخصية الاعتبارية و هي نوعان :

مؤسسات ذات الصبغة إدارية سند لها مهمة تسيير المرافق الإدارية و المؤسسات العمومية الإدارية قد تكون وطنية إذا تم إنشائها ثم من السلطة المركزية مثل الجامعات المستشفيات الجامعية ، الدواوين الوطنية و المجالس الوطنية المختصة و قد تكون محلية إذا تم إنشائها بمداولة المجالس الشعبية البلدية و الولائية ، حيث حول قانون الولاية المجلس الشعبي الولائي سلطة إنشائها مؤسسات عمومية ولائية متنقلة عن الولاية و تتمتع بالشخصية الاعتبارية [1] .

تعريف العقد الإداري بالمعيار الموضوعي : وفقا لهذا المعيار يعرف العقد الإداري بموضوعه إذا كان يخضع لقواعد القانون العام في تنظيم إبرامه و تنفيذه .

[1] - الدكنور مسعود شيهوب ، المرجع السابق ص 361.

و تعتبر الإدارة المتعاقدة استفد من قواعد القانون العام إذا لجأت إلى بنود غير مألوفة في مجال القانون الخاص و هو يعتبر من المظاهر الأكيد للسلطة العامة التي تجعل الإدارة في مكان اعلي من الإفراد و تعالج مصرفاتها معالجته خاصة و هذه البنود هي عبارة عن نصوص لا تجدها عادة في العقود بين الأفراد .

و لقد عرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 20.10.1950 البند الغير المألوف بالبند الذي يقول موضوعه الإطراف المعينة حقوقا او يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها على تلك التي يمكن آن تقبل بحرية من إي مهم و ذلك ضمن إطار القوانين المدنية و التجارية [1].

و كأمثلة عن البند الغير المعروف ، النص الذي يخول الإدارة المتعاقدة سلطة إلغاء العقد دون إشعار مسبق و دون تعويض .

إن هذه البنود مقررة فقط لفائدة الأشخاص العامة ، وتشكل إحدى مظاهر امتيازات السلطة العامة تبررها اعتبارات المصلحة العامة التي تقضي بنمو الإدارة عن الأفراد بالقدر اللازم لتحققها .

و مهما تكن طبيعة الشروط الاستثنائية كمعيار لتعريف العقد الإداري ، و المقاييس المعتمدة ، في تحديدها و محاولة ضبطها إلا انه من الممكن إرجاعها إلى طائفتين رئيسين :

أولا : الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة : و كما يدل عليها اسمها فهي تتسم بطابع السلطة العامة و هي غير مألوفة في روابط القانون الخاص ، لأنها من ناحية تعطي للإدارة المتعاقدة امتيازات كثيرة في مواجهة المتعاقد و من ناحية أخرى تعطي المتعاقد بغين الامتيازات في مواجهة الغير [2].

[1] - الدكتور عصام عوابدي ، القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ص 544 .
[2] - الأستاذ احمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1990 ص 365.

أ) **الشروط التي تقرر الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد :** و هي أكثر الشروط الاستثنائية وضوحا وأهمها على الإطلاق ، لأنها كثيرة و هامة و من ذلك امتياز الإدارة في التنفيذ المبشر في مواجهة المتعاقد معها و ذلك بوسيلة القرارات التي تستطيع من خلالها فرض سلطتها و هيمنتها على جميع مراحل العقد ، و هذا الامتياز في الحقيقة لا يهدر حقا المتعاقد مع الإدارة إذ يبقى له حق التقاضي إلا إن هذا الامتياز المقرر الإدارة يلاحقه في التقاضي او تعسفها و تجاوز و الانحراف فيها .

ب) **الشروط التي تخول المتعاقد سلطات في مواجهة الغير :** فهي تلك التي يتمتع بها غالبا ملتزموا المرافق العامة يكون للملتزم المرفق الحق في فرض رسوم على المنتخبين من خدمات المرفق إذ يعتبر مفوض من طرف الدولة في ممارسة هذه السلطة و منها كذلك الشروط التي تخوله سلطة نزع الملكية المنفعة العامة أو حق الانتفاع ببعض الارتفاقات اللازمة و هذه تجد أساسها في الحقيقة في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و بضرورة تطور المرفق بما يمكنه تحقيق الحاجات العامة [1].

ثانيا : الشروط المعتبرة تطبيق القواعد القانون العام :

فالعقد الإداري يحتوي في غالب الأحيان بعين الشروط التي لا وجود لها في قواعد القانون الخاص أو لا يمكن إن نجد لها أساسا فيه و إنما يمكن إرجاعها إلى قواعد القانون الإداري التي تنظم العقود الإدارية و قد يمكن إرجاعها إلى فكرة المصلحة العامة .

أ) **الشروط التي يمكن إرجاعها إلى قواعد القانون الإداري :** و التي ترتبط بقاعدة من القواعد المتعلقة بالعقود الإدارية كذلك التي تعطي حقوقا للمتعاقد مع الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد التي استقر على النص عليها في دفاتر الشروط العامة و سار عليها القضاء باعتبار أنها حتى وجدت في العقد فانه يكون إداريا ، كما سنرى ذلك عند دراسة طرق إبرام العقود و منها شرط إحالة النزاع المتولد عن تنفيذ العقد إلى القاضي الإداري و هو مثال لكنه سيئ .

[1] - الأستاذ محيو ، نفس المرجع السابق ص 365 .

ب)**الشروط التي يمكن إرجاعها إلى فكرة المصلحة العامة :** و تبدو في حالة تضمين الإدارة للعقد الشروط معينة لاعتبارات خارجية عن عملية التعاقد في حد ذاتها و تعتبر الهدف الذي وضعت من اجله تلك العقود و ليست من موضوعاتها و فكرة المصلحة العامة هذه على سعتها ،إلا أنها من الممكن إن تضبط وفق معايير موضوعية فتكون على هذا الأساس"كل من شانه تحقيق المنفعة المادية أو المعنوية لمعظم الناس أو لفئات محددة منهم ".

و المصلحة العامة ينبغي تحديدها بما يكفي ، و إلا فان تضمين العقد شرطا استثنائيا لا مبرر له يعد تعسفا في استعمال السلطة و يقرب العقد الإداري من عقود الادغات المعروفة في القانون المدني .

و في مجال العقود الإدارية صارت فكرة السلطة العامة تفهم كامتيازات الإدارة من جانب و قيود تفرضها المصلحة العامة على الإدارة من جانب أخر ، فهي ليست أمره فقط .

بالرجوع إلى القانون 07.88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات الاقتصادية ، نجد ان المشرع قد اخذ بالمعيار الموضوعي في المادة 56 التي تنص :

"عندما تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية مؤهلة قانون لممارسة صلاحيات السلطة العامة و تسلم بموجب ذلك باسم الدولة و لحسابها ترخيصات و إجازات و عقود إدارية أخرى ، فان كيفية و شروط ممارسة هذه الصلاحيات و كذلك المتعلقة المراقبة الخاصة بما تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بها ، تخضع المنازعات المتعلقة بهذا المجال القواعد المطبقة على الإدارة."

و تنص المادة 55 " عندما تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية و ذلك في إطار المهمة المنوط بها .

و في هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد الإداري ، الامتياز و دفتر الشروط العامة و تكون المنازعات المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية ".

و لقد عرف الأستاذ احمد محير : العقد الإداري بصدد تطرقه إلى نظرية العقد الإداري في الجزائر و هو استنتاج أخذه من احد النماذج شيوعا و تطبيقا لفكرة العقد الإداري ، وهي الصفقات العمومية بقوله " يعطي قانونا الصفقات الدولة المؤرخ في 17 جوان 1967 تعريفا كاملا للعقود الإدارية " [1].

فقد انطلق خاصة من المادة الأولى التي تنص " الصفقات العمومية هي عقود خطية تجريها الدولة و المحافظات و البلديات و المؤسسات و الدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في القانون و ذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات " إي انه عرف العقد الإداري انطلاقا من معايير ثلاثة و هي : المعيار العضوي ، المعيار الموضوعي و معيار الشروط و الإجراءات .

و من جهة أخرى يرى الأستاذ خلوفي رشيد إن المشرع عرف الإدارة مستعملا في ذلك المعيار الموضوعي و ذلك في المرسوم رقم 840235 المؤرخ في 1984/11/03 المتضمن شروط بسط العلم الوطني حيث نصت مادة 5 على ما يلي "تعتبر الإدارة مركزية أو لا مركزية ، دولة أو ولائية أو بلدية كل مرفق يتمتع بامتيازات السلطة العمومية ، و هذا ما يدل على أهمية اللجوء إلى المعيار الموضوعي في تحديد العقد الإداري و تميزه عن غيره من العقود .

و يضيف الأستاذ رشيد خلوفي : و بالتالي فان كل من الغرفة الإدارية للمحكمة العليا و المشرع استعملا المعيار المادي بجانب المعيار الموضوعي لتحديد الطابع الإداري للأعمال الإدارية .

و هكذا نلاحظ إن الاجتهاد القضائي في الجزائر يسير في هذا الاتجاه اذا اعتبرت محكمة التنازع في أول قراراتها .

[1] - الأستاذ احمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، المرجع السابق ص 353 .

صادر بتاريخ 200/05/03 . أن الاختصاص المانع للقضاء الإداري يتحدد على أساس أطراف القضية و موضوع النزاع ، حيث جاء في قراراتها " من الثابت أن النزاع العام بين الطرفين يرجع الفصل فيه لاختصاص المانع لجهة القضاء . الإداري على أساس إن احد الإطراف القضية هو البلدية تطبيقا لمقتضيات المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية و انه موضوع النزاع بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه يخص تنفيذ عقد صفقة عمومية " [1].

5- التمييز بين العقود الإدارية و العقود المدنية :

تختلف العقود الإدارية و العقود المدنية من زوايا كثيرة أبرزها :

- أن المدني يحتل أطرافه مرتبة واحدة و لا امتياز لطرف على طرف ، و لات يمكن للشرع و الأمر المتعلق بمصلحة خاصة إن يرجح مصلحة على مصلحة كان يغلب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر أو الراهن على المرتهن إن مثل هذا التمييز إذا تم سينسق نظرية العقد في مجال القانون الخاص عامة بينما العقد الإداري و بالنظر لاحتوائه عضويا على إدارة عامة أو هيئة عمومية و يجب الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة لما يمكنها من تحقيق الهدف من التعاقد [2].

- تخضع الإدارة أو الهيئة العامة لطرق محددة عندما تبدي رغباتها في التعاقد و تلتزم كأصل عام بإعلام الجمهور و بشر إعلان مناقصة مثلا أو مزايدة و تخضع لإجراءات طويلة و ثقيلة و لرقابة معقدة ، إن الإدارة العامة في غالبية النظر القانونية ليست حرة في اختيار متعاقد معها بل هي مجبرة على التعاقد بكيفيات و إجراءات محددة [3] و هذا بهدف ترشيد النفقات العامة مراعاة لمل تكلفه العقود الإدارية من أوجه كبيرة و ضخمة للصرف بينما العقد المدني يحكمه مبدأ الحرية التامة في اختيار الطرق كما يتم بسرعة كبيرة و لا يخضع لإجراءات الشهر كأصل عام لان الهدف من إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لإطراف العقد ، فعقد البيع مثلا يحقق البائع و المشتري ، فالبائع انتفع بالثمن و المشتري انتفع بمحل البيع بينما الهدف من إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة ، فعقد

[1] - الأستاذ احمد محيو ، محضرات في المؤسسات الإدارية ، المرجع السابق ص 354 .
[2] - بلهوان رفية ، مرجع سابق ص 80.
[3] - المرسوم 236/10 سابق الذكر ، يوضح طرق و إجراءات إبرام العقود الإدارية .

الأشغال العامة مثلا إذا انصب على انجاز طريق من نقطة إلى أخرى أو انجاز جسر او مجموعة سكنات فان المنتفع هو الجمهور كما ان عقد تموين إدارة الخدمات الجامعية لمادة معينة كاللحوم أو الخضر أو الفواكه تتم بغرض إطعام الطعام و بالتالي اثأر هذه العقود الإدارية يرجع عائدها و أثرها على دائرة المنتفعين .

- **الفرع الثاني : معايير تمييز العقود الإدارية .**

1- أن تكون الإدارة طرفا في العقود الإدارية :

2- لكي يكون العقد إداريا يجب أن يكون احد اطرافيه من أشخاص القانون العام سواء تعلق الأمر بالدولة أم بأحد أشخاص المعنوية الإقليمية آو المرفقية .

- الاستنادات :

- الأصل انه العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص – أفراد كانوا أم شركات – لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا يخضع لأحكام القانون العام ، إلا انه استنادا من ذلك قضية المحكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير لها بتاريخ 8 يونيو عام 1964 بأنه يعتبر عقدا إداريا العقد الذي ابرم بين شركة اقتصاد مختلف صاحبة امتياز وبين احد المقولين متعلق بمسائل تعد من الأشغال العامة ، و ذلك رغم ان العقد تم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، آذ أن شركة الاقتصاد المختلف هي شخص معنوي خاص ، و ذلك اعتبارا أن هذه الشركة تعمل لحساب الإدارة .[1]

و لمزيد من التفاصيل فقد اعترف القضاء الفرنسي بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التي ليس من إطرافها شخص من أشخاص القانون العام، وذلك في الحالات التالية:

[1] - راجع :

- t.v.8 juillet 1964 , entreprise reyrot . société de l’autorout esterel – cote d’arzew.
- de laubadere , traite élémentaire de droit administratif .1973 , p . 36 .

1- التعلق بإشغال بطبيعتها تخص الدولة :

و في هذه الحالة يبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص و مع ذلك يعتبر عقدا بالنظر إلى موضوعه لأنه يتعلق بإشغال هي بطبيعتها تخص الدولة فرغم أن مثل هذا العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص كان يجب منطقيا إن يعتبر من عقود القانون الخاص فقد اعتبرته محكمة التنازع الاختصاص الفرنسية عقدا إداريا و لعل محكمة التنازع قد نظرت إلى شكة الاقتصاد المختلفة في القضية المذكورة كما لو كانت وكيلة عن الإدارة في إبرام العقد ، و ذلك نظرا لأهمية العمل المعهود به إليها ، وقد فسر القضاء الإداري و العادي في فرنسا هذا الاتجاه تفسيرا ضيق ، وقرر إن العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط مع أشخاص خاصة أخرى تعتبر من عقود القانون الخاص . على اعتبار انه يتضمن ممارسة مهمة بطبيعتها تخص الدولة ، و ذلك بمناسبة أقامة الاتفاق التي تعتبر من الإشغال العامة الكبيرة المتعلقة بشق الطرق [1].

ففي حكم بيروت beyrot الشهير قضت محكمة التنازع الاختصاص الفرنسية بان عقود الإشغال التي أبرمتها شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز إنشاء و استغلال طريق سيارات سريع تعتبر عقود إدارية أبرمت لحساب الدولة و يكاد يجمع الفقه على إن هذا الموقف لا يفسر على أساس التفويض أو التوكيل ، و لكنه يستند إلى العقد و هو إنشاء الطرق إلى قومية ، وقد أوضحت المحكمة صراحة أن أنشاء الطرق القومية بطبيعة يخص الدولة [2].

2- عقود شغل المال العام :

يعتبر العقد إداريا إذا تضمن احتلال مال وعام و ابرم بين صاحب امتياز واحد اشخاض القانون الخاص ، وذلك وفقا لمرسوم بقانون 17 يونيو عام 1938 الذي تم تقنية بالنسبة

[1] - T.C 12 novembre 1984 . SEM ? tisnmel saint.marie aux Mines ajda 1985 . p 156 concel . b cremevois , cit , scavier philippe , avais administratif général 2e éd 1996 ; p . 156

[2] - T.C 8 jeullet 1964 societe entreprise beyrot .

للدولة في المادة 48 من تقنية المال و قد فسر القضاء ذلك على انه يتعلق بصاحب امتياز مرافق عامة بصفة عامة ، وليس مجرد صاحب امتياز طرق .

3- التفويض الصريح أو الضمني :

أما الستناد الثالث فيقوم على أساس التفيض القانوني فالمفوض أو الموكل le mandant و هو صاحب سلطة اتخاذ القرار يعهد إلى المفوض الو الموكل إليه أو الوكيل le mandataire - بأداة قانونية - بمهمة التصرف باسمه في إبرام بعض العقود و الاستناد لا يكون حقيقيا إذا وجد تفويض او توكيل صريح من جانب الإدارة لأحد طرفي العقد ، لان العقد و إن كان مبرما بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من حيث الظاهر فان احد هذين الشخصين يمثل الإدارة قانونا ويتصرف باسمها ة لحسابها و لذلك تعتبر اللادارة احد طرفي العقد بحسابها الموكل الذي تعود إليه أثار العقد لذلك فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي منذ فترة طويلة بالفضلة الإدارية لمثل هذه العقود .[1]

و لكن المشكلة تبدو و كما لو كانت استثناء حقيقيا من شروط و جود الإدارة كطرف من طرفي العقد ، عندما لا يوجد تفويض أو توكيل صريح منها لأحد المتعاقدين ، لذلك فقد ثارت المشكلة من جديد بالنسبة للحالات التي لا يوجد فيها تفويض او توكيل صريح من جانب الإدارة و لكنها كلفت احد الأشخاص القانون الخاص بتحقيق مهمة معينة و قصدت بذلك إن تحط عن كاهلها عبئ هذه المهمة لصالح شخص خاص ، عادة ما يكون شركة اقتصاد مختلط – و رغم ان منطق القانون كان يقتضي اعتبار العقد المبرم بين شركة الاقتصاد المختلط - وهي شخص معنوي خاص – وبين شخص أخر – ولم تظهر فيه الإدارة لا بالأصالة ولا بالوكالة الصريحة – من عقود القانون الخاص ، فان مجلس الدولة الفرنسي قد

[1] -C.E 18 Decembre 1936 , prdid , 1938 . ااا. P . 70 , note P.I.J .

اعترف بإمكانية و جود توكيل أو تفويض ضمني من الإدارة لأحد الطرفين يسمح باعتبار العقد إداريا رغم عدم ظهور الإدارة فيه [1].

وكانت الدعوة تتعلق بشركة اقتصاد مختلط مكلفة من قبل إحدى البلديات بانجاز أشغال عامة من شتى الانواع كشق الطرق و إقامة الملاعب و التجهيزات الرياضية .

و قد حدث نزاع بين هذه الشركة و بعض المقاولين من الباطن -SOUS TRAITRANTS وعندما رفع الأمر إلى مجلس الدولة لاحظ أن العقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص .

2) إن يتصل العقد فإذا كانت عقود القانون الخص منصبة على مصالح إطرافها الذاتية فان العقود الإدارية ستهدف غرضا أخر هو المصلحة العامة ، ولذلك كانت صلة العقد الإداري بالمرفق العام من أهم ما يلزم لإلحاق الصفة الإدارية به .

و كما كان للمرفق العام معنيان مختلفان الأولى و هو المعنى العضوي إي المنظمة أو الهيئة التي تقوم بأداء الخدمات الحاجات العامة و الثاني المعنى الموضوعي أو المادي وهو النشاط الذي تقدمه الإدارة لإشباع حاجات عامة للام إذ ، فان ذلك المعنى ينعكس على طبيعة استعماله في العقود الإدارية بحسب الأحوال فقد يقال إن العقد ابرم بين شخصين و مرفق عام للدلالة على المعنى العضوي كما يقال إن العقد يخضع لقواعد المرفق العام باعتبارات إن تلك القواعد تختلف عن القواعد التي تنظم عقود القانون الخاص للدلالة على المعنى الموضوعي [2].

فالمرفق العام في حالة السكون هو المنظمة او الشروع الذي يقوم بنشاط ما ، وفي حالة الحركة هو نشاط من طبيعة معينة بغض النظر عن الجهة التي تمارسه و دون الدخول في

[1] C.E 30 Mai 1975 Sac Equipement de la région Monlpellieraine , p 1976 p.4 notre f Moderne AJIDA 1975 P.1976

[2] - الأستاذ الدكتور محمد خلف الجبوري – أستاذ القانون الإداري ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع مطابع الأردن ، 1998 ص 41 .

مدلول المرفق العام ، واستعمالاته و الأزمات القانونية التي مرت بها هذه الفكرة فان الإدارة جرة في أن تلجا في بعض الأحيان إلى وسائل القانون الخاص إذا رأت إن تلك الوسائل أجدى في سير المرفق العام ، وبعبارة أخرى فان اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام لا يعني بالضرورة إن يكون ذلك العقد إداريا ، فقد اعتمد الإدارة إتباع أسلوب القانون الخاص ، وبالتالي لا يكون العقد إداريا [1].

و قد وجدت فكرة المرفق العام في حكم القضاء الحر في مكان حكم التمييز الصادر في 1973/6/6 تقول المحكمة .

و لما كان العقد المذكور من العقود الإدارية و أن الضرر يعتبر واقعا بمجرد التأجير عن تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام من حق الإدارة فرض الغرامة التاخيرية على المقاول "[2] و كذلك حكمها الصادر في 1974/11/14 اذ تقول ".

ولما كان العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام و ما يستهدفه من مصالح بمرى تعلو على المصالح الخاصة لذا فان الضرر يعتبر واقعا .

و الحقيقة إن القضاء ألعرافي يعطف في كثير من إحكامه على فكرة المرفق العام فكرة الشروط الاستثنائية أو أساليب القانون العام مما نستطيع القول معه ان القضاء العراقي يأخذ بالمعيار المزدوج من اجل تمييز العقد الإداري ومن هذه الإحكام .

حكم محكمة التمييز الصادر 28/07/1966 حيث تقول المحكمة لا تبين إن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة الميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافقها الدولة يحتوي على شروط غير مألوفة و تجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام و تخضع فيه لحكم القوانين و الأنظمة "[3].

---

[1] - Georges . vedelo droit administrative paris 1961 . p 624

[2] - انظر رسالتها بماجيستير التنفيذ للقرارات الإدارية إلى مقدمة إلى جامعة بغدادا عام 1979 ص 244 و انظر أحكاما متشابهة في مجلة القضاء العدد الرابع سنة 1970 ص 154 ، و كذلك قضاء محكمة تميز أهداف المجلد المثال عام 1969 ص 126 .

[3] - في مجلة ديوان التدوين القانوني العدد الثاني عام 1969 ص 208 .

كما قررت ذات المبدأ في 21 /11 /1966 حيث تقول : لا وليمة كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من اجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذالك أسلوب القانون العام و شروط غير المألوفة من إجراء مناقصة و اشتراط تأمينات وغرامات تاخيرية فانه يكون عقدا إداريا .. .[1] إن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام يأخذ عدة صور حسب موضوع العقد فقد يكون ذلك الاتصال بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة او المساهمة فيه و من هنا تظهر فكرة العقد الإداري قائمة بشكل طبيعي و بصورة مجردة استنادا إلى موضوع العقد دون إضافة عناصر خارجية عليه بوجود الجهة الإدارية المتعاقدة أو فرض من مظاهر السلطة العامة و شروطها الاستثنائية على عقد يجري إبرامه أو تنفيذه

أننا حينما نقول بان العقد يكون إداريا بطبيعة لصلته بالمرفق العام لا يعني أن جميع العقود المتعلقة بالمرافق العامة هي عقود إدارية فقد تتبع الإدارة في عقد من أساليب القانون الخاص رغم اتصال ذلك العقد بمرفق من المرافق العامة (صلة مباشرة أو غير مباشرة) وهنا لا يكون العقد إداريا و لكن ما نريد تأكيده إن المرفق العام يعطي دلالة واضحة على الفكرة الإدارية للعقد و ليس الفكرة المدنية له وقد ترددت فكرة المرفق العام في أقدم أحكام مجلس الدولة الفرنسي في حكم بلانكو عام 1873 و لا تزال تردد بشكل أو تأخر في إحكامه و إحكام القضاء الإداري لدينا في العراق أو بعبارة أخرى بتوضيح ذلك نقول أن العقد الذي لا يتصل بأحد المبادئ التي تحكم المرافق العامة لا يكون عقدا إداريا على أساس اتصاله بالمرفق العام و هذه المبادئ هي

1- مبدأ دوام سير المرفق العام .
2- مبدأ المساواة في الانتفاع في خدمة المرفق العام .
3- مبدأ قابلية المرفق العام للتغير وفق متطلبات الظروف .

[1] - بالقرار رقم 2537/ ح/ 1966 .

هناك بدل فقهي حول إمكانية كون العقد إداريا بمجرد ارتباطه بفكرة المرفق العام فالبعض يرى إن ذلك الارتباط يكون كافيا في كثير من الأحيان للدلالة على الطبيعة الإدارية للعقد و البعض الأخر لا يرى ذلك و إنما يضيف عنصر أخر هو عنصر السلطة العامة لان الإدارة عندما تعقد بقصد استغلال و إدارة و تنظيم مرفق عام المعيار المميز للعقد الإداري في مجلة القانون و الاقتصاد و العدوان الثالث و الرابع السنة السابعة والعشرون 1957 ص 11 و ما بعدها .

3- استعمال الإدارة لأساليب القانون العام

لا يكفي أن يكون احدهم في العقد جهة إدارية ،كما لا يكفي اتصال ذلك العقد لم ففا عام ،بوأنها ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب أو وسائل القانون العام ،وهي ما تسمى بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص وعند البعض تتسمى بالشروط الاستثنائية وهذه الشروط ،متجددة وليست محددة ،و أمثلها كثيرة منها احتفاظ الإدارة في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين الطرفين بحدها في إجراء تعديلات على العقد في أي وقت وحقها في فسخه وفي توقيع جزاء المتعاقد وفي استبعاده المعطاءات في المزايدات والمناقصات وغير ذلك لميزهما سوف نراه في الفصول التالية من هذا الكتاب ويعتبر الحكم الشهير كمجلس الدولة الفرنسي في قضية Terier عام 1903 نقطة البداية في هذا الجانب[1] فالمجلس رغم أنه قدم في هذا الحكم بأن لكل ما يتعلق بتنظيم أو سير المرافق العامة ،قومية كانت أو محلية وسواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة ،أو تصرفا قانونيا يعتبر عملا إداريا بطبيعية ويخضع بالتالي الاختصاص القضاء الإداري ،إلا أن التقرير الذي قدمه مفوض الحكومة (روميو) في تلك القضية قد تضمن تحفظا هاما مفاده

[1] - في تعليق الدكتور ثروت يدوي على الحكم المذكور يرى أن عدم كفاية معيار المرفق العام للتعرف على الطبيعة الإدارية للعقد ظهرت منذ اللحظة التي لجأ فيها القضاء الفرنسي إلى ذلك المعيار إلى المعيار المميز للعقد الإداري السابق ص 132.

وجوب احتواء العقد إلى شروط استثنائية لكي ينطبق بالطابع الإداري ومما جاء في التقرر المذكور :

" أن القضاء يختص سواء بالنسبة للأشخاص العامة المحلية، أو بالنسبة للدولة بتقرير من نكون أمام مرفق عام سير وفق لقواعده الخاصة وطبيعية الإدارة أو بالعكس أمام أعمال ولؤانهاتهم المجموع إلا أنها تنتمي إلى طريقة الإدارة الخاصة وبقصد بقاء الإدارة في نطاق علاقات و أوضاع القانون الخاص " .

أولا :طبيعة الشروط الاستثنائية (أساليب القانون العام) :

نحن تعرفنا على بعض مظاهر الشروط الاستثنائية وكن ما هي تلك الشروط كم فروهم قانون ؟ بعبارة أخرى:هل تحديد الشروط الاستثنائية التي ترد في العقود الإدارية من الناحية القانونية ؟ في الحقيقة أن محمل الأحكام التي تبد ومؤكدة للشروط الاستثنائية في العقود الإدارية في الحقيقة أن مجمل الأحكام التي تبد مؤكدة الدقة ما هي تلك الشروط.

فمن الناحية النظرية يمكننا القول لا يحكم الأشياء غير المحددة فهنا عندما نقول أن الشروط الاستثنائية تبرز اعتبار العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه عقد إداريا ينبغي أن نعلم سلنا ما هي تلك الشروط من الناحية النوعية وليس كحالات متجددة ويجري وفق معايير محددة أما من الناحية الملية فأنه يتأكد القاضي احتواء العقد على تلك الشروط فيكون واجبا عليه تطبيق قواعد القانون الخاص ،كما أنه في دول القضاء المزدوج يكون قاضي العقد في مثل هذه الحالات هو القاضي الإداري وليس القاضي الاعتيادي وقد جرت محاولات فقهية

وقضائية عديدة لتحديد مضمون الشروط الاستثنائية فالفقيه فا لن يرى أن الشروط الاستثنائي ذلك الشرط الذي يعتبر باطلا في عقود القانون الخاص المخالفة للنظام العام[1] .

أما الأستاذ ' بوردبو' فيرى بأن الشرط الاستثنائي هو ذلك الشرط الذي يعتبر غير مشروع في عقود القانون الخاص بحيث لا يجوز للإفراد إدراجه في عقودهم ،والو كانوا في مركز يسمح لهم بفرصة على المتعاقد معهم فهو يكشف عن معايير الإدارة لسلطات استثنائية لا تسير ولا ينتمي إليها وحدها [2]

ثانيا: أنواع الشرط الاستثنائية:

مهما تكن طبيعة الشروط الاستثنائية ومهما تكن المعايير المتبعة في تحديدها ومحاولة ضبطها إلا أنه من الممكن إرجاعها إلى طائفيين رئيسين الأولى طائفة الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة ،و الثانية طائفة الشروط التي ترد تطبيقا لقواعد القانون العام .

1- الشروط المتخلفة بامتيازات السلطة العامة .

وهذه هي الشروط المتسمة بطابع السلطة العامة وهي لغير مألوفة في روابط القانون الخاص لأنها من ناحية تعطي للإدارة المتعاقدة امتيازات كبيرة في مواجهة المتعاقد معها ،ومن الناحية أخرى تعطي المتعاقد معها بعض الامتيازات في مواجهة الغير وهي أكثر الشروط الاستثنائية وضوحا [3]

أ- فالنسبة للشروط التي تقرر الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد تعتبر أهم أنواع الشروط الاستثنائية على الإطلاق لأنها كثيرة وهامة فهي على النقيض من مبدأ المساواة بين

[1] - Wabme Mbroit odmunistratf 1957 p499
[2] - الدكتور أحمد عثمان المرجع السابق ص 69
[3] - الوبادين المرجع السابق ص 91 وما بعدها .

ب-المتعاقدين وهو أهم مبادئ القانون الخاص في هذا المجال ،ومنها الإدارة في التنفيذ المباشر في مواجهة المتعاقد معها وذلك بوسيلة القرارات التنفيذية التي تستطيع من خلالها فرض سلطتها وصيتنها على جميع مراحل العقد ،وهذا الامتياز في الحقيقة لا يهدر حق المتعاقد مع الإدارة إذا يبقى له حق الثقافي ،إلا أن الامتياز الناشئ عن العقد و المقيم لصالح الإدارة يلاحقه التقاضي ،فهو مركز أضعف من مركزها لأنه هو (المدعي) وعليه إثبات خطأ الإدارة أو تعسفها و تجاوز حدود سلطتها[1] .

ت- أما الشروط التي تخول المتعاقد ،مع الإدارة سلطات تجاه الغير :فهي ثلث الشروط التي يتمتع بها غالبا ملتزموا المرافق العامة ،ففي عقد التزام الموفق العام يكون للمتزم المرفق الحق في فرض الرسوم على المنتفعين من خدمات المرفق محل الالتزام ذات يعتبر مقوضا من قبل الدولة في ممارسة هذه السلطة [2] .

2- الشروط التي تعتبر تطبقا لقواعد القانون العام:

فالعقد الإداري يحتوي أو يثير في غالب الأحيان بعض الشروط التي لا وجود لها في قواعد القانون الخاص أو لا يمكن أن تجد لها أساسا فيه.

و إنما يمكن إرجاعها إلى قواعد القانون الإداري التي تنظم العقود الإدارية وقد يمكن إرجاعها إلى فكرة المصلحة العامة.

أ- فالشروط التي يمكن إرجاعها قواعد القانون الإداري، هي تلك الشروط التي ترتبط بقاعدة من القواعد المتعلقة بالعقود و الإدارية يمتلك التي تعطي حقوقا للمتعاقد مع الإدارة لإعادة التوازن المالي عقد إذا ما طرأت ظروف أثناء تنفيذه و أحدث للمتعاقد ارصفا ماليا لا يستطيع تحمله ،ومنها كذلك الشروط التي تمنع الإدارة من التعسف في استعمال سلطتها ضد المتعاقد .

[1] - بالقرار رقم 2527/خ/1966 .
[2] - الدكتور سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية ،الطبعة الثانية 1965 ص 80

و منها كذلك حالة ما إن تضمن العقد شرط بإحالة النزاع المتولد عنه إلى القضاء الإداري وهذا الشرط لا وجود له في العراق لأنه جهة القضاء واحدة، فالأهمية العملية لهذا الشرط تنحصر فيها كان العقد غير واضح، هو عقد إداري أو مدني، ففي هذه الحالة يعتبر شرط الاختصاص هذا قرينة على توفر الصفة لإدارية للعقد .

ب- الشروط التي يمكن إرجاعها إلى فكرة المصلحة العامة و تبد وهذه الشروط في حالة تضمين الإدارة للعقد شروط معينة لاعتبارات خارجة عن عملية التعاقد ذاتها، تعتبر الهدف الذي و ضعت من أجله تلك العقود وليس من موضوعاته وفكرة المصلحة العامة هذه هي على سمعتها، إلا أنها من الممكن أن تنضبط وفق معايير موضوعية فتكون على هذا الأساس لكل ما من شأنه تحقيق المنحة المادية أو المعنوية لعموم الناس أو الفئات محددة منهم وبصورة عامة أيضا [1] .

المطلب الثاني : أركان العقود الإدارية

وسنكتفي في ذلك بالإحكام الخاصة التي تتميز بها العقود الإدارية ،محلين القارئ في عموميات الالتزام إلى القانون المدني.

أولا: **الرضا**: تناوله المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد 59 وما بعدها ، ويقصد به اتجاه إرادتين واتفاقهما نحو إحداث أثر قانوني

ولما كانت إرادة أمر باطني يدور في التدخل النفس الإنسانية فلا بد أن يكون لها مظهر خارجي يسمى "التعبير عن الإرادة" سواء أكان هذا المظهر قولا أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موفق لا بدع أي شك في دلالته على مقصودة صاحبه ، وفي العقود الإدارية تغلب الصفة الشكلية في التعبير عن الإدارة وذلك بواسطة الكتابة وصدور إداري عن المدير المختص بالتعاقد و وفقا للإشكال المنصوص عليها .

[1] - الدكتور الطماوي، المصدر السابق ص 81-82 .

ومثلما هو الحال في عقود القانون الخاص يكون التعبير صريحا ويجوز أن ضمنيا إذا ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا (الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني) ،إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود غير أن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى على غيره من المعاني المتحصلة ،ومثال قيام شخص باستغلال مرفق وبعد انتهاء مدة الاستغلال يبقى ذلك الشخص مستقبلا له ،وقياسه بطلب من الإدارة بتجهيزه بالمواد اللازمة للعمل واستلام الإدارة لأجور الاستعمال الجديد تعتبر أموا دالة على قبولها الضمني .

وقد ستفاد الرضا من مجرد سكوت الإدارة ومن دلك قيام أحد المتعهدين بتوريد سلعة ما ،غير أنه يضيق إلى الكميات المتفق عليها عمليات أخرى ولم تعترض الإدارة على تلك الإضافات فتكون ملزمة بدفع ثمنها .

ثانيا : المحل: تناول المشروع الجزائري محل العقدين في المواد من 92 إلى 96 من قانون مدني

ويعرف المحل في الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به بعدم القيام به وبموجب القانون الجزائري يجوز أن يكون منحل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، غير أنه لا يكون مستحيلا و إلى كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وإذا لم يكن معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما استطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته وان لم يمكن تبين ذلك كان محل من الفرق أو من أي أطراف أخر ،التزم المدين تسليم شيء من صنف متوسط وإذا يكون محل الالتزام يقود التزام المدين بقدر عدد ما المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمته هذه النقود أو لانتقاضها وقت الوفاء أي تأثير .

ثالثا: السبب: تقضي القواعد العامة في القانون المدني لاسيما المادتين 97 98 منه بأنه العقد يكون باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالفة للنظام العام أو آداب العامة و يفترض في كل التزام أن له سبب مشروع و لو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم دليل على خلاف ذلك أما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك وللمتعاقد أن يثبت صورية سبب بكل وسائل معدة لإثبات لان القانون يسهل إثبات تحايل على إحكامه ،فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى ما يدعي أن التزام لسبب أخر مشروع أن يثبت ما يدعيه .

وذا كانت هذه افتراضات تقضيها طبيعة التعامل واستمرار العلاقات القانونية في إطار القانون الخاص فأن ذات المبررات تكون مقتضات في العقود الإدارية مضافا إليها حسن الإدارة تعامل المشروع من حيث المبدأ ،وان هدف الإدارة في العقد هو تحقيق المصلحة العامة ولهذا تكون كذلك جميع القرارات الإدارية المؤدية إلى تعاقد و في أي مرحلة من المراحل العقد مشروعية إلى يثبت العكس

2-شروط صحة العقد الإداري :

أولا :الأهلية : تعرف الأهلية على انها صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمال تلك الحقوق ولذا فهي نوعين : أهلية الوجوب و أهلية الأداء فأهلية الوجوب هي صفة تقوم لشخص تجعله صالحا لان يتعلق به حق معين له أو عليه ،أما أهلية أداء فهي صفة تقوم لشخص تجعله صالحا للمباشرة بنفسه عملا قانونيا أو قضائيا خاص بالحقوق و الوجبات التي تصلح لهذا الشخص لتعلقها به ..

بالنسبة أهلية متعاقد مع إدارة تطبق عليها القواعد العامة اذ نصت المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل أهلية لمباشر الحقوق المدنية والسن الرشد هو 19 سنة كاملة "

ونصت المادة 78 من نفس القانون " كل شخص أهل لتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون "

ولما كانت الإدارة لشخص معنوي فأنه لا يثبت لها من الحقوق ولا يكون عليها واجبا الا بما يتناسب مع ضيفتها هذه و الأصل أن الإدارة تملك كالأشخاص الطبعين أهلية وجوب كاملة ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك ومن الحالات التي يفقد فيها قانون أهلية الإدارة حصر نشاطها في أنواع محددة من الحقوق لتحقيق الإغراض التي أنشأت من اجلها بموجب قانون إنشائها وقد نصت المادة 50 من القانون المدني بقولها ،يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون يكون لها خصوص .

- أهلية في الحدود التي يعنيها عقد إنشاؤها أو يقررها القانون
- نائب يعبر عن إرادتها
- حق التقاضي

وأهلية الأداء أي قدرة الإدارة على ممارسة حقوقها و واجباتها بموجب القانون تختلف عن تلك القدرة التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين فرئيس الدائرة المختص بالتقاعد يكون هو المعبر إرادة الأداء دون سواه ،وقد يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي حيث تنص المادة من القانون 90-80 المتعلق بالبلدية "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي :

- إبرام عقود اقتناء الأملاك وعقود بيعها و الصفقات أو الإيجارات
- إبرام المناقصات أو المزايدات الخاصة بأشغال البلدية
- رفع الدعاوى لدى القضاء باسم البلدية ولفائدتها .

ثانيا :سلامة الرضا : يقصد سلامة الادارة خولها من عيوب الرضا المعروف ،وقد عالج المشرع الجزائري في القانون موضوع سلامة الرضا في المواد 81 -91

01- **الغلط :** يعرف [أنه وهم يقوم بذهن الشخص مصورا له الأمور على غير حقيقتها،وهو الذي يقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ،وسبب بنفس من وجهت نحوه كالغلط في التعبير أو نقل أو تفسير المعني أو الطرف الأخر .

و قد نصت المادة 82 من القانون المدني على ان الغلط يعتبر على الأخص اذا وقع في صفة الشخص يراها المتعاقدين جوهرية ،أو يجب اعتبارها كذلك نظام الشروط العقد وحسن النية أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ،وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد وتكون جوهرية إذا بلغت حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط .

02- **التدليس :** التدليس في العقود الإدارية هو استعمال المتعاقد مع الإدارة طرقا احتياطية لتضليها ،ودفعها إلى التعاقد إلا كان يدعى قيامه بأعمال سابقة تدل على خبرته ،أو أن يتظاهر بأنه وسيلة لإظهار عفته وأمانته أما التدليس من جانب الإدارة فهو مستبعد .

وحسب العقود الثانية من مادة 86 من القانون المدني فأن التدليس هو السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة أذا ثبت أن التدليس عليه ما كان لبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

03- **الإكراه :** هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا بدون رضاه ،ويكون الإجبار بمثابة ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص ويبعث في نفسه رهيبة تحمله على التعاقد أو أمثاليته تهديد الإدارة لشخص أنه لم يشتري الأرض المجاورة لأرضه و التي عليها حقوق وارتفاق فإنها ستبيعها بالمزاد العلمي أو إجبار شخص طلب الفسخ لتجنب دفع التعويض مادي.

ولقد نصت المادة 80 من القانون المدني على أنه يجوز أبطال العقد الإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطة رهبة بنية بعثها، المتعاقد الأخر في نفسه دون وجه حق ،و تعتبر الرهبة قائمة على بنية أذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسميا محدقا يهدده هو فأحد أقاربه في النفس أو الشرف أو المال .

واعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه ،وسنه و حالته الاجتماعية و الصحة وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه ،غير أ، المادة 89 تشترط أن

يصدر من أحد المتعاقد بين فأنه صدر من غيرهما فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أتيت أن المتعاقد الأخرى يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه .

04- **الاستغلال :** اذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة لموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى ، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد غير انه يجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة ، و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لدفع الغبن .

3- جزاء مخالفة أركان و شروط صحة العقد الإداري :

إن الجزاء لمخالفة أركان العقد الإداري هو البطلان المطلق مثل ما هو الحال عليه في القانون الخاص أما الجزاء لمخالفة شروط و صحة العقد الإداري فهي ليست كما عليه في القانون المدني ، فقد تكون باطلة بطلانا مطلقا و قد تكون باطلة بطلانا نسبيا بحسب الأحوال و هكذا تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا الأمر بالاختصاص أو الشكليات و الإجراءات التي قد يفرضها القانون و هي التي تعد أمورا جوهرية في العقد الإداري ، لأن الإجراءات عامة تكون من النظام العام ، و تكون باطلة بطلانا نسبيا في حالة الغلط و الإكراه و التدليس و الاستغلال ، غير أن ذلك لا يكون إلا بقرار قضائي .

و يثار التساؤل عن الشكلية في ظل التشريع الجزائري هل هي ركن في العقد أم شرط صحة كليهما ؟ و بهذا الصدد فإننا نميز بين أمرين :

-**في مجال العقود الإدارية عامة :** الأصل أن الإدارة العامة تتمتع بحرية التحرير و الشكليات ما لم يشرط القانون صراحة هذه الشكلية و يكفي أن تتوافق إرادتها مع إدارة المتعاقد معها على جميع عناصر و شروط العقد ، و عليه لا يشترط فيها أي شكلية و يمكن ابرام العقد شفاهة ، و يثبت فيما بعد كل كمل طرق الإثبات ك الفاتورة و الوثائق بين

الطرفين مثل الاعتراف بدين إلا أنه يحبذ على الإدارة أن تلجأ إلى الكتابة [1] نظرا المزيها و لذلك فغالب ا ما تكون مكتوبة سوءا من بدايتها أو أغلب مراحل انعقادها ، و كثيرا ما تفضل الإدارة العامة الكتابة لأنها الطريقة الأسهل .

- **في مجال الصفقات العمومية خاصة** :

لقد نصت المادة 03 من المرسوم الرئاسي 250.02 على أن الصفات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، لكن التنظيم لم يحدد جزاءا عن مخالفة هذه الشكلية و قد يزيد النص غموضا عند إضافة عبارة "في مفهوم التشريع المعمول به " فأي تشريع يقصده التنظيم ؟ و بالتالي فإن اعتبار الكتابة ركن أمر مستبعد ،ذلك أنه لا بطلان إلا بنص فهل هي شرط [2] لصحة العقد الإداري ، و هل يمكن أن يكون قابلا للإبطال أو هل يزول الإبطال بتصحيح الإجراءات ؟

- الراجح أنها إجراء يمكن تداركه و لا يترتب عنه لا بطلان العقد و لا المطالبة بإبطاله .

[1] - الدكتور عمار عوابدي ، المرجع السابق ص 570

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

المبحث الثاني : الأحكام العامة لابرام العقود الإدارية و أنواعها .

المطلب الأول : شروط إبرام العقد الإداري :

- تخضع العقود لنظام قانوني خاص و مستقل عن القواعد التي تحكم العقود الخاصة فالإدارة عندما تقرر التعاقد لإنجاز أعمالها مستهدفة الصالح العام ، تخضع لقيود و التزامات تقيد حركتها و تحدد لها طرق اختيار المتعاقد معها ، و الإجراءات التي يتعين عليها السير فيها عند إتمام العملية التعاقدية .
- و من أهم القيود التي ترد على حرية لإدارة في التعاقد : التزام الإدارة بمبدأ الكتابة للعقود الإدارية و التي يعبر عنها عادة بما يعرف "بدفاتر الشروط و المواصفات " الذي يتضمن عادة قائمة المفروضة على المتعاقد في سائر العقود الإدارية أو عقود معنية ...

التزام الإدارة بالحصول مسبقا على تصريح إبرام العقد أي كانت أداته القانونية سواء كانت عامة كالقانون أو النظام أو خاصة كأخذ الرأي الإستشاري للجهات الإدارية الرقابية و المحاسبية أو التصديق اللاحق على العقد قبل سريانه كما هو الحال في مراجعة العقود الإدارية ذات القيمة العالية من قبل مجلس الدولة المصري .

و التزام الغدارة لقواعد الاختصاص عند ابرام العقود الإدارية ، و هي قواعد متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على تصحيح عيب عدم الختصاص إذا ما تولى إبرامه شخص غير مختص قانونا .

و التزام الإدارة بمراعاة توفر الاعتماد المالي اللازم لابرام العقد و مواجهة الأعباء المالية المترتبة على ذلك [1] .

1- المبادئ التي تحكم إبرام العقد الإداري :

تطبيق لقواعد حماية المال العام و حيادة الإدارة استقر الفقه و القضاء على تكريس مبادئ تضمن عدم إهمال المال العام أو تحويل من جهة ، و من جهة ثانية عدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها و ذلك من خلال المبدأين التاليين :

[1] - نواف كنعان ، المرجع السابق ص 332 .

أولا : ضمان حرية المناسفة :

و يجد هذا المبدأ تطبيقه عن طريق المناقصة ، معناه إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيهم الشروط لتقديم عروضهم ، و يكون من حق كل شخص تستوفى الشروط أن ترسوا عليه الصفقة و ليس من حق الإدارة حرمان أي شخص من تقديم عرضه بضمان الإعلان عن كل المناقصات ، بما تتضمن من معطيات لفتح باب المنافسة بين من يرغب في التقدم بعرضه .

ثانيا : المساواة بين النافسين :

يكفي فتح باب المنافسة بين المتعاملين مع الإدارة ، بل ضمان المساواة بينهم بتوحيد الأجال و المعايير المشترطة بحيثث تعمل جهة واحدة على فحص و تقييم كل العروض بشافية كاملة الصلاحية و الكفاءة في التعاقد مع الإدارة حفاظا على الأموال العمومية و إستقلالها بشكل أمثل [1].

ثالثا:الأساليب المختلفة لإجراء العقود :

إذا كان المتفق عليه في روابط القانون أن الأفراد أحرار في إختيار شركاءهم في العقد فإن الإدارة لا تتمتع بهذا القدر من الحرية ذلك لأن الصفقات العامة محكومة بنصوص قانونية تنص صراحة على أن أساليب محددة لإجراء العقد و اختيار المتعاقد و هي الأساليب التي يسعى المشرع من خلالها إلى المحافظة على المال العام من جهة و تكريس الحياد و الشفافية و المحافظة على حقوق الأفراد من تعسف الإدارة من جهة أخرى و يأخذ تنظم الصفقات العمومية الجزائرية بأسلوبين للعقود هما أسلوب المناقصة العامة و أسلوب التراضي[2] .

1)- المناقصة: هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين منافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض وقد تكون المناقصة وطنية أو دولية.

- صور المناقصة و أشكلها: تتم المناقصة حسب الأشكال التالية: [3]

[1] - علاء الدين عشي ، المرجع السابق ص 299

[2] - بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، 2010 ، ص 95.

[3] - محمد الصغير بعلي ،المرجع السابق ص 30 .

- المناقصة المفتوحة :

وهي أجراء يمكن من خلاله لآي مترشح أن يقدم تعهد أو تلتزم الإدارة في هذا النوع باختبار من يقدم أفضل الشروط المالية .

- المناقصة المحدودة :

وهي إجراء لا يسمح بتقديم التعهد إلا المرشحين الذين يتوافر فهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة كان يقتر حق الاشتراك في منافسات المناقصات على الأشخاص المسجلين في سجلات أو كشوفات جهة أ, حرفية خاصة وزارة من وزارات الدولة و ذلك لتميزها وكفايتها من الناحية المالية و الفنية .

وتحرص المصلحة المتعاقد من خلال هذا النوع من المناقصات على الموازنة بين الشروط المالية و الشروط العلمية و التقنية ولاجتماعية وحسن السمعة فلا ينظر فيها الثمن لوحد ذلك لجودة العينة المعروضة فنيا و تقنيا وما يمكن أن تحققه الصفقة من مزايا اجتماعية على صعيد التشغيل .

الاستشارة الانتقائية :

وهو إجراء يكون المترشحين المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون تخصيص للقيام بذلك بعد انتقاء أولى حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بانتقاء المترشحين لوضعهم في تنافس على علميات معقدة أو ذات أهمية خاصة .

المزايدة:

وهي إجراء يتخصص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض ويشمل العمليات البسيطة من النمط العادي يمنع الأملاك الدولة الخاصة أو إيجار الأملاك العامة.

المسابقة:

وهي إجراء يخضع رجال الفن في المنافسة قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب فنية أو اقتصادية وجمالية وفنية خاصة و المظاهر أن المشروع ومن خلال توظيف لعبارة رجال الفن كان يقصد حصر المنافسة في هذه الصورة على الأشخاص الطبيعية و استبعاد الأشخاص الاختيارية ولعله كان من الأفضل أن يفتح المجال لجميع الأشخاص طبيعة كانت أو معنوية .[1]

2- التراضي:

إذا كانت الإدارة تفقد حريتها في إبرام العقد وفي اختيار المتعاقد عند العمل بأسلوب المناقصة العامة نظر للعضو الشكلية و الإجرائية التي تلتزم بمراعاتها عند العمل به فأنها تستعيد تلك الحرية من خلال العمل بوسيلة أخرى أكثر مرونة و بأسلوب أخر استثنائي يعفيها من التقيد بشكليات و إجراءات المناقصة العامة وهو أسلوب التراضي و الذي عرفه الفرع هي أنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة ويمكن أن يكتفي التراضي أو شكل التراضي بعد الاستشارة و تنظيم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة [2] .

التراضي البسيط:

وهو إجراء يتم بموجب إبرام صفقة دون اللجوء إلى إجراءات دعوة المرشحين وهذا وفقا الحالات التي نصت عليها المادة 13 معدلة وفقا للمرسوم الرئاسي 13 /03 وهي "

- عند الاستعجال الملح المعلل يخطر داهم يتعرض له ملك أو استشارة قد تجسد في الميدان .
- عند تنفيذ الخدمات في إطار أحكام المادة 07 من هذا المرسوم .
- عندما تحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجاله ولا تلاءم طبيعتها مع أجال إجراءات إبرام الصفقات .
- عندما لا يمكن تنفيذ إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية .

[1] - عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر ،جسور للنشر و التوزيع الجزائر 2007 ص 112
[2] - أبو عمران عادل، المرجع السابق ص 104

- التمويل المستعجل المتخصص لضمان إبرام الاقتصاد أو توفير حاجيات السكان الأساسية .
- عندما يتعلق أمر بمشروع ذوي أولوية و أهميته وطنية .
- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصيريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.
- عندما يتعلق الأمر بترقية أداة وطنية عمومية لإنتاج [1] .
- غير أن المتعامل العمومي ملزم بتبرير اختياره في حالة التراضي البسيط .

التراضي بعد الاستشارة :

الاستشارة هي إجراء من إجراءات إقامة المنافسة ولم جلب العروض فيها عن طريق الوسائل المكتوبة ،بحيث تلجأ الإدارة بعد الاستشارة في حالات :

- عندما تكون المنافسة غير مجدية وهو ما يعني أنه لا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة إلا بعد القيام بإجراء المناقصة التي يتبين أنها لم تأن بنتيجة أو عقد تسليم أي عرض ،أو إذا كانت العروض المستلمة يعد كقيمها غير مطابقة لدفتر الشروط الناقصة أو لعدم بلوغها حد التأهيل الأول التقني .
- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات السياسية في الدولة.
- في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون الحكومة.
- يتم إبرام التراضي بعد استشارة المؤسسات المتخصصة أو المتعاملين الاقتصادي [2] .

الفرع الثاني : أنواع العقود الإدارية :

01- عقد الامتياز :

[1] - بالرجوع الى نص المادة 43 معدلة من المرسوم الرئاسي 13 /3 السالف الذكر ص 19 .
[2] - بلحه نفي فاطمة الزهراء ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق (طرق إبرام العقود الإدارية في الصفقات العمومية) جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم 2013/02/12 ص 29 (لم تنشر) .

وهو عقد يبن شخص معنوي عام و أحد الإفراد أو أحدى الشركات بمقتضاه يتعهد الملتزم بالقيام على فقدته وتحت مسؤولية المالية بأداة خدمات عامة للجمهور طبقا لشروط التي توضع له و ذلك مقابل الإذن له باستغلال المشروع (فترة معينة من الزمن) ويتم الاستغلال عادة في صور التصريح له بتحميل الجر او رسم معين من المنتفعين .

و اختصاص القضاء الإداري لا يقتصر على نوع معين من هذه العقود و إنما يمثل كل صور التزام لمواد كان موضوعه إدارة مرفق عام كالتزام المرافق العامة أو استغلال مورد من موارد الثورة ألطبيعته في البهاء كاستغلال المناجم و المحاجر[1].

عقد التزام المرافق العامة أو عقد الالتزام هو طرق إدارة وتسيير المرافق العامة و عقد من العقود الإجبارية يتمثل في إنفاق الإدارة المتعاقد أو الملتزمة مع شخص خاص عادة يسمى الملتزم، بإدارة و تسيير و تشغيل أحد المرافق العامة لمدة معينة (كالإطعام الجامعي...) مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين و المستعملين للمرفق العام مع تحمل مخاطر ذلك ربحا أو خسارة.

وحول الطبيعة القانونية ،فأن اتجاه السائد فقها و قضاء إن التزام المرافق العامة هو عمل و تصرف مركب يتضمن :

- أحكاما و بنود لائحية وتنظيمية (دفاتر الشروط الإدارية) تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة .
- كما يتضمن أحاكما تعاقدية تعتبر عن توافق إدارة الإدارة مع إدارة المتعاقد معها ،أما عن أن عقد الامتياز فهي تنصرف إلى كل من الإدارة صاحبة الامتياز الملتزم و المنتفع من خلال ما يتمتع به كل طرف من حقوق و ما يتحمل من التزامات [2].

2- عقد الإشغال العامة :

[1] - إبراهيم عبد العزيز شيعا ،القانون الإداري ،دار الجامعية بيروت 1994 ص 247 .
[2] - محمد الصغير بعلي ،مرجع سابق ،ص 24-25 .

عقد الإشغال العامة هو اتفاق بين إدارة و احد الإفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ،وبقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد وهي الأكثر أهمية في الجزائر من حيث الاعتمادات المالية التي ترصد لها و ذلك بهدف التجهيز ،مثل بناء سد ،أو جامعة أو طريق توصيل قنوات المياه الصالحة للشرب ،توصيل الأعمدة الكهربائية ... .

لقد خصت المادة 117 من قانون البلدية على أن يتم إبرام العقود الخاصة بالإشغال طبق للتشريع و التنظيم الخاصين بالصفقات العمومية وهو نفس المعنى الذي قصدته المادة 113 من قانون الولاية فيها يتعلق العقود الإدارية التي تبرمها [1] .

3- عقد التوريد :

عقد التوريد هو عقد إداري يتم بين الإدارة و فرد أو شركة (متعهد) يتعهد بمقتضاه، الفرد أو الشركة بأن يورد الإدارة منقولات أو مواد معنية تلزمها مقابل ثمن معين يحدد في العقد... وقد يتم وريد المواد و اللوازم المتفق عليها في عقد التوريد أن تكون الجهة الإدارية هي المستورد فتطلب من فرد أو شركة توريد مواد أو أشياء لازمة لها يحدث أحيانا أن تكون الإدارة هي الطرف المورد من منتوجاتها شركة أو دولة أجنبية [2].

4- عقد القرض العام :

وهو اتفاق يقرض بمقتضاه أحد الإفراد أو البنوك مبلغا من المال للدولة أو لإحدى إداراتها مقابل تعدها بدفع فائدة سنوية أو بدونها ولمدة معينة في العقد .

[1] - محمد الصغير بعلي ،مرجع سابق ص 22 .
[2] - نواف كنعان ،القانون الإداري ،الكتاب الثاني ،الطبعة الأولى، الإصدار السباع ،دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 210 ص 325 .

وتلجأ الدولة لمثل هذه العقود لمعالجة أزمة اقتصادية تم بها ، فتطرح في السوق سندات القرض ،و الأصل في هذه العقود أنها اختيارية إذا لا أنها قد تكون إجبارية تفرضها الإدارة على شكل ضرائب .

إلا أن القانون يرتب عليها أثار عقد القرض من حيث وجوب استردادها في نهاية المدة .

وكما كانت عقود القرض العام تؤدي إلى تحمل الدولة أعباء مالية لأجال طويلة أفقد جرت العادة في الدولة البرلمانية على وجوب موافقة البرلمان ،ولم يتضمن التشريع الجزائري نصوص تبين كيفية ابرام هذه العقود وشروطها [1] .

5- عقد انجاز الدراسات :

لقد أثبتت التجربة أن المشاريع الكبرى لانجاز السدود و شق الطرق و الأنفاق قد أنجزت على دراسات سطحية ،ما أدى من حيث المال و الزمن ما جعل المرسوم الدراسي 250.02 يفصل بين عقود الدراسات و عقود الخدمات فهي لا تخضع لنفس إجراءات الإبرام لكنه لم يعرف عقد الدراسات و عقد الاستشارة الفنية ،وقد صدر منشور رقم 03 عن رئيس الحكومة بتاريخ 1997/02/20 الذي يشير التأثير على الدراسة خلال كل مراحلها من طرف المصالح التقنية للدولة في مواجهة مكاتب الدراسات التي أعدها ،كما صدرت في مجال عقود الأشغال العامة تعليمية عن وزير التجهيز و تهيئة الإقليم رقم 961 بتاريخ 1998/10/14 تشترط تأشيرة مطابقة الدراسات من طرف المؤسسة والوطنية التقنية لأشغال التجهيز و تبرم هذه العقود مع مكاتب خبرات اقتصادية ،تقنية صناعية الإشباع حاجة الإدارة من خدمة فكرية .

[1] - الأستاذ محمود خلف الجابوري ،المرجع السابق ص 26 .

الفصل الثاني :
الآثار المترتبة عن العقود الإدارية

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن العقود الإدارية

المبحث الأول: أثار العقود الإدارية بالنسبة للإدارة العامة

المطلب الأول: امتيازات الإدارة العامة التعاقدية

الفرع الأول: سلطة الرقابة و التوجيه على تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: سلطة تعديل بعض شروط العقد

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء و سلطة إنهاء العقد الإداري.

المطلب الثاني: الالتزامات التعاقدية الإدارة العامة.

الفرع الأول: تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة.

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بأكمله و احترام المدد المقرر.

الفرع الثالث: تسليم المقابل المالي .

المبحث الثاني: أثار العقود الإدارية بالنسبة المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد

الفرع الأول: الحق في المقابل المالي

الفرع الثاني: الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها.

الفرع الثالث: الحق في إعادة التوازن لمالي للعقد الإداري.

المطلب الثاني: التزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد

الفرع الأول: الالتزام الشخص بالتنفيذ العمل محل التعاقد مع الإدارة.

الفرع الثاني: الالتزام بالمدد المحددة في العقد.

الفرع الثالث: التزام الشخص في تنفيذ بنود العقد.

الفرع الرابع: الالتزام بدفع مبلغ الضمان .

تمهـــــيد :

إن العقد الإداري ينتج عن تنفيذ أثار قانونية لما اشتمل عليه من حقوق وامتيازات في جانب كل من المتعاقدين.

يمكن القول أن هذه الآثار لهذه العقود تختلف عنها في عقود القانون الخاص كون أن هذه الأخيرة تخضع لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، و العقود الإدارية لارتباطها بالمرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام، مما يتطلبه من مقتضيات تكفل له بالاستمرار و الدوام و حسن السير بانتظام و هذا ما يجعل السلطة الإدارية المتعاقدة تتمتع بسلطة و امتيازات خطيرة تجعل مركز الإدارة المتعاقدة و الطرف المتعاقد غير متكافئ و متساوي في الحقوق و الإلتزامات[1].

و يترتب على إبرام العقد الإداري بين الإدارة و المتعاقد معها حقوقا والتزامات على طرفي العقد، تختلف في نوعها و مداها عن الحقوق و الإلتزامات التي تترتب على العقد المدني، فالعقد المدني يرتب حقوقا و إلتزامات في ذمة الإدارة يقابلها حقوق و إلتزامات في ذمة المتعاقد معها، [2]و هذا ما سنتعرض له بالدراسة من خلال هذا الفصل.

[1] - عمار عوابدي ، مرجع سابق ، ص 217 .
[2] -نواف كنعان مرجع سابق ، ص 353 .

المبحث الأول : أثار العقود الإدارية بالنسبة للإدارة العامة

المطلب الأول : امتيازات الإدارة العامة التعاقدية

في عقود القانون الخاص القاعدة العامة هي « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ،ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون[1]» ومن ثم فإن تحديد إلتزامات كل طرف أمر ميسور التعرف عليه بمجرد مراجعة العقد نفسه وفقط ، ويختلف الأمر في دائرة العقود الإدارية بإعتبار أن العقد لا يمثل المصدر الوحيد لإلتزامات الطرفين[2].

فالإدارة تستهدف بالدرجة الأولى في تنظيمها وتسييرها للمرافق العامة المصلحة العامة فلا يمكن أن تعامل معاملة الأفراد ومن هنا منحت الإدارة المتعاقدة جملة من السلطات والحقوق الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها كحق الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد وان تقوم بتعديل شروطه وسلطة توقيع الجزاء وإنهائه[3].

وعلى ذلك نبين فيما يلي امتيازات وسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في الفروع الآتية :

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد

الفرع الثاني: سلطة تعديل بعض شروط العقد

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء

الفرع الرابع: سلطة إنهاء العقد الإداري وسلطة إنهاء العقد الإداري

---

[1] - المرسوم رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ه الموافق ل 26 سبتمبر سنة ، 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 10 جوان 2005 ، ص 19 .

[2] - محمد الشافعي أبو رأس ، العقود الإدارية ، موقع الكتروني www.pdffacctory.com ص 85 . زيارة الموقع 2015/04/15 .

[3] - محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، مصر ، سنة 2006 ، 248 .

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري ولها حق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ.

ويقصد بهذه السلطة الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد والتي من شانها أن تجعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من اجله[1] ، بحيث يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد حسب شروطه ومواصفاته الفنية والمالية ، ومتفقا مع الغرض المنشود منه ، ولا يشترط أن يكون هذا الحق منصوصا عليه في العقد، إذ أنه مقرر دون حاجة إلى نص عليه ، فهذا الحق متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عنه ، بمعنى أنه إذا تنازلت الإدارة في العقد عن حقها في الرقابة والتوجيه كان الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام.

ولقد جاء تعلق هذا الحق بالنظام العام، نتيجة أن محل العقد الإداري يتعلق بمشروع عام أو مرفق عام، مما يعني تعلقه بالصالح العام الذي يستهدفها[2].

إن حق الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف في مداه من عقد إداري إلى أخر، فهو أكثر إتساعا في عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعته الخاصة وكون أن تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة ، وكونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة ، ثم أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ. وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه[3].

وحتى يكون هنالك توازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها وضمان حقوق المتعاقد معها يجوز للمقاول المعني اللجوء إلى القضاء الإداري بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمة تخص

---

[1] - محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،سنة 1998 ،ص 109 .

[2] - محمد الشافعي أبو رأس ،مرجع سابق ،ص 91 .

[3] - عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر ،حسب المرسوم الرئاسي (338-08) ،جسور للنشر و التوزيع ،الطبعة الثانية ،الجزائر سنة 2008 ، ص 122.

تنفيذ عقد الأشغال العامة أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات.

إن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليست مطلقة لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة ومبالغتها في إصدار التعليمات والأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية. أما سلطة الإشراف والتوجيه في عقود التوريد تفرض أن تتخذ بمظهر اقل شدة من الأول ، لان الأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بان يضعها تحت تصرف الإدارة ، ومن حق مندوب الإدارة، رفض استلامها إذا كانت لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد.

المرفق المسير بطريق الامتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد وان هناك مخالفة من جانبه لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية ، كأن يتعلق الأمر بإخلاله مثلا بالرسوم المتفق عليها وتجاوزه للحد المتفق عليه ، أو يتعلق الأمر بتمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق وهكذا .....[1].

ورغم أن سلطة الإدارة في الرقابة كمبدأ عام يعني عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ حيث لا يجوز للإدارة التنازل عن سلطتها في ذلك لأنها من النظام العام كما سبق الإشارة إلي ذلك إلا أن هذه السلطة قد تحدها اعتبارات تتمثل في :

1- وجب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو انحرافها في استعمال السلطة بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.
2- لا يجوز للإدارة أيضا أن تؤدي سلطتها في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام وإلا انقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى استغلال مباشر[2].

[1] - عمار بوضياف ،مرجع سابق ،ص123 .
[2] - مفتاح خليفة عبد الحميد ،العقود الإدارية و أحكام إبرامها ،دار المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع ،مصر ،سنة 2008 ، ص 133 .

الفرع الثاني: سلطة تعديل شروط العقد

تمتلك الإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد الإداري بإرادتها المنفردة لملائمته مقتضيات المرفق العام ، ودون أن يحتج المتعامل المتعاقد عليها بالقاعدة المدنية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وقد كان بعض الفقه الفرنسي حتى منتصف القرن الماضي ، ينكر على الإدارة سلطتها في تعديل عقودها الإدارية من جانبها وحدها مستشهدا في ذلك ببعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي رأى فيها إنكار السلطة التعديل ورأى في بعض الأحكام الأخرى أن

اعترافها للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي كان استنادا إلى نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته[1].

وقد ناقش الفقه الآراء المؤيدة والمنكرة لسلطة التعديل واستقر الفقه على أن الرأي الراجح هو مزيج بين فكرتين احتياجات المرافق العامة، وسلطة الإدارة في تحقيق تلك الاحتياجات.

وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في ظروف. العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرافق العامة كما أن التعاقد قد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق التعديل بما يلاءم هذه الضرورة ووفق تلك المصلحة[2] .

إن الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ فهي تستعمل حقا لا تستمده من نصوص العقد ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على حسن سيره ، ولذا فإن حق الإدارة في التعديل يثبت من غير الحاجة إلى النص عليه في العقد ، أو موافقة المتعاقد معها عليه. وإذا تضمنت نصوص العقد إلى هذا التعديل

[1] - محمود عاطف البنا ،العقود الادارية ، دار الفكر العربي للنشر و التوزيع ،الطبعة الاولى ،مصر ،سنة 2007 ،ص 224 .

[2] - أحمد سلامة بدر ،مرجع سابق ،ص170 .

فهو مجرد تنظيم لسلطة التعديل وتبيان مواضع ممارستها وما يترتب عليه دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر للإدارة في التعديل.

إن حق الإدارة في التعديل لا يجوز لها أن تتنازل عنه بإعتبارها أن هذه السلطة من الخصائص الأساسية للعقود الإدارية ، كما تعتبر من النظام العام[1].

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة دون قيود فالقانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيودا لا بد من مراعاتها عندما تريد استخدام هذه السلطة.

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء و سلطة إنهاء العقد الإداري

تملك جهة الإدارة الحق في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، وهي تستمد سلطتها في هذا الشأن إما من نصوص العقد الإداري ذاته، وإما من السلطة الممنوحة لها ، للحفاظ على سير المرافق العامة بإنتظام واطراد[2].

وتوقيع الإدارة الجزاء على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ إلتزماته سواءا إمتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة، وتعد سلطة فرض الجزاءات من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء .

[1] - محمود عاطف البنا ،مرجع سابق ،ص 225-226.

[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر سنة 2007، ص 120.

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد تخضع لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية فضرورة الحرص على سير المرافق العامة بإنتظام واطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة[1].

وحتى يكون لحق الإشراف والرقابة فاعلية وأثر، لابد وأن يتقرر للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، إذا ما ثبت لديها من خلال الإشراف والمراقبة، مخالفته لشروط العقد بما يخل بالصالح العام [2].

وقد استخلص الفقهاء أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إنما توجد بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية، أي أنها توجد ولو لم ينص العقد على أي منها، فإذا نص على بعضها وأغفل البعض الأخر ، فإن الإدارة من حقها توقيع جزاءات عن المخالفات التي لم ينص عليها العقد [3].

سلطة إنهاء العقد الإداري

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقدة[4].

وهو بذلك حق خطير، وتكاد لا تجد له وجودا في مجال علاقات القانون الخاص، اللهم إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك، أو أباحه القانون بنص صريح.

ويختلف الوضع في مجال العقود الإدارية، فالعقد الإداري عقد لم يتم إلا لتحقيق الصالح العام، والإدارة العامة هي المسؤولة على تحقيق الصالح العام، من هنا يكون للإدارة دائما

[1] - مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 143.
[2] - محمد الشافعي أبوراس ، مرجع سابق، ص 93.
[3] - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 153.
[4] - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص 165.

الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، ودون ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ ، متي قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك[1] .

انقسمت الآراء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد معها، فيرى البعض أن حق الإدارة في هذا الخصوص يقوم على فكرة الصالح العام، فيما يعتبر البعض الآخر أنه يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، ومنهم من يرى أن الأساس القانوني مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين.

ويرى الأستاذ الدكتور نصري منصور نابلسي أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام، لأنه حتى في حال الأخذ بفكرة امتياز السلطة العامة فان العقد طبقا لهذه الفكرة يجب تقييده أيضا بالمصلحة العامة وحاجات المرفق العام، فالأساس هو المصلحة العامة وحاجات المرفق العام والوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول أجله ودون خطا من المتعاقد هو السلطة العامة وامتيازات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة[2]. وأوضح جانب من الفقهاء أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة ، ومن أنصار هذا الرأي الفقيه Pequignot، الذي ذهب إلى أنه من غير المعقول أن يصبح العقد حائلا دون تحقيق أهداف الإدارة وتأمين المنفعة العامة، وقد أيد هذا الاتجاه جمع كبير من الفقهاء العرب.

ولمشروعية قرار الإنهاء فإنه يتعين أن يصدر عن مختص بإصداره والسلطة المختصة بإنهاء العقد الإداري هي ذاتها المختصة بإبرامه، ما لم يرد في العقد نص يحدد هذا الاختصاص إلى جهة معينة ، وألا يشوب هذا القرار احد العيوب الموضوعية التي تؤدي به إلى البطلان كالغلط أو الانحراف في استعمال السلطة[3].

[1] - محمد الشافعي أبو راس ، مرجع سابق ،ص 103.

[2] - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق ، ص 369.

[3] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 137.

ويمارس القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيته وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يقم على أسباب مشروعة، حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملائمة القرار وإلغائه. على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك إلغاء قرار الإنهاء إذا تبين انه لم يؤسس على سبب مشروع بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لما الحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه[1] .

المطلب الثاني : الإلتزامات التعاقدية للإدارة العامة.

لقد تناولنا في المبحث الأول أن الإدارة تستطيع وبإرادتها المنفردة أن تفرض على المتعاقد معها تعديل بعض شروط العقد الإداري ، ومن ثم فإنها تتحكم في إلتزماته التعاقدية بالزيادة أو النقصان، ولا يعني ذلك أن العقد الإداري يفرض التزامات على المتعاقد وحده، وإنما تلتزم الإدارة بإعتبارها طرفا في العقد بعدة التزامات ، والتي سوف نتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بأكمله واحترام المدد المقررة

الفرع الثالث: تسليم المقابل المالي

الفرع الأول: تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة

[1] - مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 167.

يجب على الإدارة تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة وبالتالي لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، ولا يهدر ذلك حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا اقتضى الصالح العام ذلك. ولا يقف إلتزام الإدارة عند تنفيذ العقد وإنما يتعين عليها مراعاة كافة الشروط الواردة في العقد عند تنفيذه ،كما يتعين عليها أن تنفذ إلتزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة وهذا لا يعني أن تلتزم بالاعتبارات الفنية المنصوص عليها في العقد فحسب ولكن يجب عليها أيضا أن تحترم مقتضيات حسن النية[1].

فتلتزم جهة الإدارة بتمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته التعاقدية، عن طريق تسليمه الموقع المتفق عليه في العقد .

ولا يكفي لإعفاء الإدارة من التزاماتها بتسليم موقع العمل مجرد قيامها بهذا الأمر، بل يجب أن يكون هذا الموقع خاليا من الموانع التي تحول دون قيام المتعاقد مع الإدارة من بدء التنفيذ سواءا كانت تلك الموانع قانونية أو مادية حيث يؤدي أيهما إلى عرقلة قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته بالبدء في تنفيذ العقد[2].

ويتعين على الإدارة تسليم موقع العمل في الموعد المنصوص عليه بالعقد، فإذا خلا العقد من مثل هذا النص، تكون الإدارة مسؤولة عن إخلالها بالتزامها بالتسليم إذا لم يتم ذلك في المدة المناسبة والمعقولة لتنفيذ العقد، والتي يترك للقاضي أمر تقديرها في حالة رفع النزاع إليه.

وفي تحديد إطار مسؤولية الإدارة في هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن "..... العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية اخصها أن تمكن المتعاقد معها

[1] - أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 208.

[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص96 .

من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم انجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فان هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد فضلا عن استحقاقه للتعويض الجابر لما أصابه من أضرار بسبب ذلك.

ويقوم الخطأ العقدي المرتب المسؤولية الإدارة التعاقدية في هذه الحالة أيا كان وصف إخلال الإدارة بالتزامها سواء وقع منها ذلك عن عمد أو كان نتيجة إهمال، الأمر الذي يكون سببا مبررا لفسخ العقد وتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر من جراء ذلك[1].

ويجب على الإدارة بالإضافة إلى التزامها بتنفيذ بنود العقد ، أن تتعاون مع الملتزم في التنفيذ بحسن النية، وأن لا تتخذ الإجراءات التي من شأنها أن تلحق الضرر بالمتعاقد.

إنما يتوجب على الإدارة أن تؤمن للمتعاقد إمكانية التنفيذ، وأن لا يحول دون التنفيذ أي سبب خارج عن إرادة المتعاقد ويخضع لسلطة الإدارة ومسؤوليتها ، فهي تسعى إلى تأمين تنفيذ المتعاقد الإلتزاماته من دون أية عوائق، وعليها إزالة هذه العوائق سواء تمثلت بتنفيذ استملاكات أو تأمين الظروف الأمنية أو بالتنسيق مع باقي الملتزمين.

وعلى المتعاقد خلال التنفيذ ، وحفاظا على حقوقه أن يلفت نظر الإدارة في حالة اكتشافه أي خطأ من قبلها فإذا لم تقتنع الإدارة لوجهة نظره لا يبقى أمامه إلا أمرين : إما الرضوخ لوجهة نظر الإدارة وإما اللجوء إلى قاضي العجلة إثباتا لحصول أغلاط أو أخطاء، وذلك صونا لحقوقه من الضياع.

وفي الحقيقة أن إلتزام الإدارة ليس فقط بتنفيذ التزاماتها التعاقدية إنما بالتنسيق مع مختلف الأجهزة الإدارية ومع باقي الملتزمين وإلزامها أيضا بتأمين الظروف الأمنية وكافة الموجبات المطلوبة لتمكين الملتزم من تنفيذ التزامه ، تحت طائلة التعويض عليه ، يندرج تحت إطار مسؤوليتها الإدارية كسلطة عامة مسؤولة عن إدارة كافة المرافق العامة والمحافظة على حسن سيرها[2].

[1] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص 97 .
[2] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 527- 530.

الفرع الثاني : تنفيذ العقد بأكمله وإحترام المدد المقررة

القاعدة في العقد شريعة المتعاقدين فهي التي تحكم تنفيذ العقود بشكل عام ، وينبغي على أطراف العقد إحترام وتنفيذ إلتزاماتهما التعاقدية وفقا للعقد المبرم بينهما، والعرف السائد واعتبارات حسن النية والإنصاف، ولاعتبار أن العقود الإدارية تتميز عن عقود القانون الخاص بخصائص ذاتية تعطي للإدارة سلطات غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

فإستنادا للقواعد العامة التي ترعى تنفيذ العقود الإدارية ، يتعين على المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لمندرجات العقد ووفقا لقواعد حسن النية والإنصاف والعرف[1]، وعلى الإدارة أن تلتزم بتمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، فالعقد يولد في مواجهة الإدارة التزامات

عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد فضلا عن استحقاقه للتعويض المناسب لما أصابه من أضرار بسبب ذلك[2] .

و نظرا لأهمية مدة التنفيذ وارتباطها ارتباطا وثيقا بسير المرافق العامة، فإن المشرع يحرص على إفراد نصوص خاصة بتحديد مدة التنفيذ وتحديد الجزاءات التي توقع على المتعاقد عند عدم احترامه لهذه المدة أثناء تنفيذه للعقد، كما يقع على عاتق الإدارة المتعاقدة مسؤولية عقدية موجبة التعويض ، إذا كانت هي المتسببة في تأخر وتباطأ المتعاقد .

إن مهلة التنفيذ في العقود الإدارية ، يتم الإتفاق عليها برضا أطراف العقد ، فالإدارة من حيث

[1] - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ، ص 28.
[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص 96.

المبدأ لا تستطيع فرض مهل غير متوافق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية. فالمتعاقد مع الإدارة يسعى من أجل انجاز جميع التزاماته التعاقدية ، خلال المهلة الزمنية المحددة في العقد تحت طائلة إنزال العقوبات بحقه من قبل الإدارة، وفي حالة ما استجدت

الظروف أو قام الإدارة بطلب تعديل العقد بزيادة بعض الأعمال ففي هذه الحالة تقوم بتمديد المدة لتمكين المتعاقد من تنفيذ الأعمال الجديدة وتتم بالتوافق بين المتعاقدين أو بقرار من الإدارة، كذلك أيضا يكون هنالك تساهل من قبل الإدارة إذا كان سبب تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد قوة قاهرة أو بسبب فعل الإدارة[1].

إن إلتزام الإدارة بإحترام المدد المقررة في العقد، وإذا كان الأصل أن تلك المدد يلتزم بها المتعاقدون مع الإدارة وحدهم، وإلا أنه قد ينص في العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة كما هي ملزمة للمتعاقد معها ومن ثم فإن الإدارة عليها احترام تلك المدد الخاصة بالتنفيذ[2].

الفرع الثالث: تسليم المقابل المالي

تلتزم الإدارة المتعاقدة بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها متى أوفي بالتزاماته التعاقدية ، ويكون هذا المقابل مستحقا بمجرد الانتهاء من الأعمال في عقود الأشغال العامة أو تسليم الأصناف المتفق عليها في عقد التوريد ، بشرط مطابقة الأعمال والأصناف للشروط المتفق عليها بالعقد أو دفاتر الشروط .

والمقابل المالي للعقد يطلق عليه الثمن في عقود الأشغال والتوريد ، وهو غير قابل لتعديل الإدارة له بإرادتها المنفردة ودون موافقة المتعاقد معها ، حيث أن الثمن المتفق عليه بالعقد هو الذي دفعه للتعاقد بقيمته المتفق عليها والتي بني على أساسها حساباته التعاقدية وعلى

[1] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 51.

[2] - أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 209.

العكس من ذلك فإن المقابل المادي في عقود الالتزام يسمى رسما ويلتزم بأدائه للملتزم المنتفع بخدمات المرفق محل عقد الالتزام[1].

يمكن للإدارة والمتعاقد معها الإتفاق على تعديل السعر الأصلي ، وفي هذه الحالة يجب أن تكون نية التعديل قاطعة ، وأن توافق على التعديل السلطة المختصة بإبرام العقد الأصلي .

وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي بأن تحديد الثمن في العقود الإدارية ليس نهائيا ، فيمكن الأطراف العقد أن يتفقوا لاحقا على سعر آخر مغاير للسعر المتفق عليه بداية .

إستثناء على مبدأ نهاية الثمن الذي يفرض التزاما على جهة الإدارة مؤداه عدم جواز تعديل الثمن المتفق عليه بإرادتها المنفردة ، فقد يتدخل المشرع بتعديل الأسعار ، أو بتخويل أحد طرفي العقد الحق في المطالبة بتعديل السعر المتفق عليه أصلا ، ومن أمثلة ذلك في فرنسا القانون الصادر في 26 ديسمبر عام 1892 الذي يقضي بتعجيل الوفاء بالمقابل المالي المستحق لأحد طرفي العقد قبل المدة المحددة في العقد[2].

ولقد فصلت المواد من 63 إلى 91 من المرسوم الرئاسي (10/ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري كيفيات الدفع.

إن الغرض الأساسي من تمكين المتعامل المتعاقد من تسليم المقابل المالي هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقد عليها. وعلى ذلك وجب استعمالها في الحدود التي فرضها القانون.

ويجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا بما يمكن أن يؤدي إلى ارتفاع أسعار بعض المواد ، لذلك نصت المادة 64 من المرسوم السابق على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة، فالسعر الثابت يتم تحديده في بنود الصفقة ويذكر بالأرقام والأحرف ، فلا يشار في الصفقة الإمكانية مراجعته[3] .

[1] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 100.

[2] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 448.

[3] - اعمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 139.

أما السعر القابل للمراجعة ففي هذه الحالة قد تتضمن الصفقة بندا يخول أطرافها مراجعة الأحكام المالية فيها بتغيير السعر أو تحيينه مع العوامل والظروف الجديدة وهذا حسب الأحكام المقررة في المرسوم الرئاسي [1].

لقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي أن الشروط المالية للمتعاقد تتمتع بحصانة خاصة لا تملك الإدارة المساس بها أو تعديلها استنادا إلى حقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حيث يقتصر هذا الحق على الشروط المتصلة بتسيير المرفق دون الشروط المالية.

فالمبدأ المستقر في الفقه والقضاء هو أن الإدارة لا يجوز لها أن تتعرض للحقوق المالية للمتعاقد ، وإنما تستطيع الإدارة تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق (الشروط اللائحية) ، أما ما يتعلق بالمقابل المالي للمتعاقد أو حقوقه المالية فلا تستطيع الإدارة تعديلها إلا بالإتفاق بينها وبين المتعاقد. ويؤسس الفقه مبدأ القوة الملزمة للسعر المتفق عليه في العقد عل اعتبارين أساسيين هما :

الأول: إن عدم احترام الإدارة لهذا المبدأ وقيامها من جانبها بتعديل السعر أو المزايا المالية التي تم الاتفاق عليها قد تؤدي إلى إحجام الإفراد عن التعاقد معها، وبالتالي حرمانها من أفضل الأساليب والإمكانيات المتاحة للقطاع الخاص لتنفيذ مشروعاتها وتأمين سير مرافقها العامة بإنتظام واطراد . **الثاني:** استقر الفقه والقضاء على أن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ، إنما يستند إلى مقتضيات تسيير المرفق العام وتأمين تشغيله واستغلاله بطريقة منتظمة ، لذا فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتصلة بتسيير المرفق ، أما الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد فلا تملك الإدارة - كأصل عام- المساس بها إلا بالاتفاق والتراضي.

[1] - أنظر المواد من 65 إلى 68 من المرسوم الرئاسي (236/10) المعدل والمتمم.

المبحث الثاني : أثار العقد الإداري بالنسبة للمتعامل للمتعاقد

- إن العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة أي أنه يرتب حقوقا وإلتزامات في مواجهة طرفيه ومن ثم يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة عدة إلتزامات يتعين عليه مراعاتها، وفي مقابل ذلك فإنه يتمتع بالعديد من الحقوق[1] .

إن على الإدارة عند تنفيذ العقد والحفاظ على حقوق المتعاقد معها مقابل السلطات التي تتمتع بها ، حيث تتجلى أهمية الحفاظ على هذه الحقوق بضرورة المحافظة على سير المرافق العامة ،

لان عدم المحافظة عليها سيؤدي حتما إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة مما ينعكس ضررا على سير المرافق العامة ، ويؤدي أيضا إلى خرق مبادئ العدالة ومساواة الأفراد أمام الأعباء العامة [2].

ومن هنا سنتناول في هذا الفصل أثار العقد الإداري بالنسبة للمتعاقد من خلال تقسيم الدراسة إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد

المطلب الثاني : الإلتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد

[1] - احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 206

[2] -نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 427 .

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد.

إن حقوق المتعامل المتعاقد تأخذ في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية.

وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها بين حق وأخر.

فبمجرد قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته المتعلقة بموضوع العقد، صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون. وإذا واجهت المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ العقد أصبح من حقه المطالبة بما يسمى بالحق في التوازن المالي، وإذا أصاب المتعامل المتعاقد ضررا جراء عمل قامت به الإدارة جاز له المطالبة بالتعويض [1].

وعليه يمكن تصنيف ثلاثة حقوق للمتعامل المتعاقد والتي سنتناولها من خلال المطالب التالية:

الفرع الأول: الحق في المقابل المالي

الفرع الثاني: الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بإلتزاماتها

الفرع الثالث: الحق في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

الفرع الأول : الحق في المقابل المالي

وهو من أهم حقوق المتعاقد، لأنه من الأهداف الأولى التي دعت المتعاقد إلى إبرام العقد. للحصول على الربح، إلا أنه قد تكون العقود الإدارية على عكس هذا الغرض حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتقديم مقابل نقدي كما هو الشأن في عقود تقديم المعاونة أو شراء أو

[1] - عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 135 .

استئجار من الإدارة، إلا أن معظم العقود الأخرى يستهدف المتعاقد من خلال إبرامها الحصول على مقابل نقدي من الإدارة. ويتخذ الحق في المقابل المالي عدة صور، فقد يكون مرتبا شهريا

في حالة عقود التوظيف، وقد يكون ثمنا للبضائع الموردة أو لخدمة مطلوبة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها[1].

والقاعدة فيما يخص المقابل المالي تنص على أن لا يدفع للمتعاقد إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذ مدة طويلة.

ويفرق الفقه بين نوعين من المقابل المالي وذلك حسب نوع الخدمة المقدمة من طرف المتعاقد، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها [2].

إذا فالمقابل المالي إما يتخذ صورة الثمن أو الرسم ولكل منهما قواعده التي تميزه كما يلي:

الجزء الأول: الثمن

الأصل أن يحدد الثمن في العقد الإداري باتفاق بين طرفيه- الإدارة والمتعاقد معها ومن ثم فإنه يدخل في عداد الشروط التعاقدية، كما يمكن أن ينص على الثمن بمقتض وسائل مستقلة تلحق بالعقد. والأصل أن يحدد الثمن برقم معين ، ولا يمنع ذلك من أن يحدد بطريقة أخرى كالإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساس للمحاسبة وتختلف طريقة تحديد السعر وفقا لطبيعة العقد، ففي عقد الأشغال العامة قد يحدد المتعاقدان سعرا إجمالية للعملية كلها وقد يحددان سعرا لكل نوع من

[1] - مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 213 .
[2] - مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن ، مرجع سابق ، ص 132 .

الأعمال التي يقوم عليها المشروع. أما في عقود التوريد قد يحدد السعر للكمية المطلوب توريدها وقد يحدد وفقا النوع السلع المطلوبة بحيث يحدد سعر كل وحدة على حدة[1].

ولقد فصلت المواد من 63 إلى 91 من المرسوم الرئاسي (236/10) المعدل والمتمم كيفيات الدفع بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام، ويرتفع مبلغ الصفقة ولذلك خصص المشرع 28 مادة لكيفيات الدفع وذلك لخطورتها، فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة وحق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى [2].

ووضحت المادة 73 و 74 من نفس المرسوم الرئاسي أن التسوية المالية للصفقة العمومية تتم حسب الآليات والكيفيات الثلاثة التالية:

أولا: التسبيق: L'avance

وهو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة. وهذا التمكين المتعاقد من مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء، ويتخذ التسبيق حسب المادة 76 و 77 أحد الشكلين التاليين:

أ- التسبيق الجزافي: وهو مبلغ من المال تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها قبل البدء في تنفيذ موضوع الصفقة، يجب أن لا يتعدى مبلغ التسبيق الجزافي نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة، إلا في حالة استثنائية واردة بالمادة 78.

ب- التسبيق على التموين: وهو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعاقد إذا أثبت للإدارة بموجب وثائق وسندات طلب شراء مواد البناء لها علاقة مع موضوع عقد الأشغال[3].

وفي هذه الحالة أكدت المادة 80 الفقرة الثانية على تقديم المتعاقد إلتزام صريح بإيداع المواد والمنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلاءم الرزنامة التعاقدية تحت

[1]- احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 212 .
[2] - عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 136 .
[3] - محمد صغير بلعلي ، مرجع سابق ، ص 84 .

طائلة إرجاع التسبيق، وهذا الشرط منطقي لأنه لا يسمح للمتعاقد من الاستفادة من التسبيق على التموين ثم تحويله لخدمة مشروع لجهة إدارية أخرى[1].

وبينت المادة 80 من المرسوم على إمكانية الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين بحيث لا يمكن كحد أقصى أن يتجاوز 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة وفق المادة 82.

ثانيا- الدفع على الحساب : L'acompte

وحسب النص الصريح للمادة 84 من المرسوم الرئاسي (236/10) المعدل والمتمم ، فإن الدفع على الحساب هو التسديد الذي تقوم به الإدارة للمتعاقد معها والذي أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة. كما يجوز لحائزي صفقة أشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب .ويكون الدفع على الحساب شهريا، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ويتوقف

منح هذا الدفع بتقديم إحدى الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف وجاهية (ميدنية) خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.

- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.

- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الإجتماعية، مؤشرا عليه من صندوق الضمان الإجتماعي المختص.

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب: وهي الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

[1] - انظر المرسوم الرئاسي (236/10) المعدل والمتمم .

ولقد بينت أحكام المرسوم الرئاسي كيفية التسوية المؤقتة للرصيد والتي تهدف إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد والذي قام بتسليم المشروع أو أداء الخدمة، مع إقتطاع الضمان والغرامات المالية عند الاقتضاء و الدفوعات بعنوان التسبيقات [1].

أما التسوية النهائية للرصيد تكون برد اقتطاعات الضمان ، وشطب الكفالات التي كونها المتعاقد [2].

وهنالك بعض الصفقات العمومية تتطلب مدة زمنية طويلة لتنفيذها مما ينتج عنها إرتفاع بعض المواد والسلع ، ولقد نصت المادة 64 من المرسوم على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجة، ويتم تحديد السعر الثابت في بنود الصفقة بالأرقام والأحرف مع عدم إمكانية السعر للتحيين.

أما السعر القابل للمراجعة فيجب للصفقة أن تتضمن بندا يسمح لأطرافها مراجعة الأحكام المالية إما تغيير السعر أو تحيينه وفق الظروف الجديدة وهذا ما بينه المشرع في المرسوم [3].

الجزء الثاني : الرسم

لقد إبتدع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الأسس التي تحكم عقد الامتياز وذلك لأهمية هذه القواعد الاجتهادية بحيث تنظم العلاقة بين الملتزم والإدارة وتضمن للملتزم الحماية القضائية

وأهم هذه المبادئ: مبدأ عدم التدخل - مبدأ التعاون - مبدأ الاحتياط- مبدأ عدم جواز التنازل عن العقد- مبدأ التعويض عن الأرباح[4].

وقد كان في الفقه الفرنسي رأيان حول الطبيعة القانونية للرسم في عقد الامتياز، والرأي السائد حاليا في الفقه والقضاء يعتبر الشروط المتعلقة بالرسم من الشروط اللائحية، وبالتالي تستطيع الإدارة أن تعدله بإرادتها المنفردة دون حاجة الرضا الملتزم. فالملتزم لايستطيع أن

[1] - انظر المادة 86 من المرسوم الرئاسي (10/ 236) المعدل والمتمم ، ص 34 .
[2] - انظر المادة 87 من نفس المرسوم ، ص 34 .
[3] - انظر المزاد من 64 الى 68 من نفس المرسوم .
[4] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 500 .

يعترض عليها بل عليه أن يقبلها كما هي، وذلك لما تتطلبه مصلحة المرفق العام واستمرار حسن سيره، وفي المقابل يبقى للملتزم الحق في الحصول على التعويض المناسب إذا لحقه ضرر بسبب هذا التعديل . إن الإدارة قد تتولى تحديد هذه الرسوم بعد إستشارة المتعاقد ، مع أن هذه الاستشارة ليست ملزمة للإدارة، كما يمكن لهذه الأخيرة أن تقوم بتحديد الرسم بصورة قاطعة وبدون استشارة الملتزم. ويجدر الإشارة الى انه هنالك قيود ترد على تحديد الرسم تتمثل في مايلي:

1- إحترام مبدأ المساواة بين المنتفعين، وهذا يعني أن يكون الرسم الواجب الدفع متساويا بين المنتفعين تطبيقا لمبدأ المساواة في الإنتفاع من المرافق العامة، أما الاستثناء يتمثل في إمكانية تغيير الرسم وفقا لبعد المكان الذي تؤدي فيه الخدمة كالتمييز في المعاملة بين سكان المدن وضواحيها بإقتضاء رسوم إضافية أو النوع الخدمة المطلوبة وما إذا كانت عادية أو ممتازة أو مستعجلة [1].

2- تحديد السعر الذي يجب أن تقدم به خدمة المرفق العام الى جمهور المنتفعين ، من اختصاص المشرع مما يفرض على أطراف العقد الالتزام به والتقيد به .

فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفته[2].

الفرع الثاني: الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بإلتزاماتها

بمجرد المصادقة على العقد الإداري من السلطة المختصة ، وبعد التبليغ بواسطة أمر الشروع في تنفيذ خدمة موضوع العقد. تلتزم الإدارة المتعاقدة بإحترام بنود العقد وكل ما يتضمنه من

شروط والتي وافقت عليها الإدارة الملتزمة.

[1]- نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 503 – 512 .
[2] - محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص 190 .

فالخطأ التعاقدي يتحقق في حالة إمتناع أحد أطراف العقد ، عن تنفيذ أحد بنود والالتزامات التعاقدية.

فالإدارة إذا خالفت إلتزاماتها التعاقدية، فمن واجب المتعامل المتعاقد أن لا يتعامل معها بالمثل ويمتنع عن تنفيذ التزاماته ، بل عليه أن يتابع تنفيذها ويطالب بالتعويض الذي تسببت به الإدارة جراء عدم تنفيذ إلتزاماتها ، وله الحق أن يطالب بفسخ العقد أمام القضاء المختص [1].

طبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا ما تسببت بإحداث ضرر للمتعامل المتعاقد كان من حقه المطالبة بالتعويض، وفي كل الأحوال يجب على المتعامل المتعاقد أن يثبت خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد [2].

يشترط لإثارة مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية بطريق الخطأ وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة سببية بالخطأ الذي ترتكبه الإدارة ، ويفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصيا ومباشرا وأكيدا بالنسبة للمتعاقدين معها ، ويساهم في إلحاق الغبن أو الخسارة المادية بالمتضرر . لذلك لابد من توفر الخطأ والضرر مع الرابطة السببية بينهما:

الجزء الأول: الخطأ

عرفت محكمة التمييز الفرنسي الخطأ التعاقدي بأنه إهمال ينتج عنه عدم قدرة المدين على تأدية مهمته التعاقدية، وهذا الإهمال يسبب أضرار تقاس بحسب خطورتها على تنفيذ العقد. إن المسؤولية التعاقدية في العقود الإدارية تتحقق عندما يكون هنالك نقص في الالتزامات المتوجبة

على الإدارة ، فلا تستطيع الإدارة أن تشترط في العقد بعدم تحمل المسؤولية في حال الخطأ، والخطأ الإداري التعاقدي الجسيم لا يرتب فقط بحث المسؤولية التعاقدية بل يضعها مباشرة موضوع التنفيذ ، ويتوفر الخطأ وتترتب المسؤولية الإدارية بالتعويض في الحالات التالية على سبيل المثال لا الحصر:

[1] - نصري منصور نابلسي ، ص 516 .
[2] - عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 140 .

أولا: عندما تتأخر الإدارة في إنجاز معاملات الاستملاك مما يؤدي إلى التأخير في انجاز الأشغال .

ثانيا : تأخر الإدارة في تسليم القطع والأدوات اللازمة في الوقت الملائم، مما يؤدي إلى عدم تمكين الملتزم من إنجاز الإلتزام في الوقت المحدد.

ثالثا : الأخطاء الفنية في دراسة الخرائط من قبل الإدارة .

رابعا:- عدم تمكين المتعاقد من الإستمرار في العمل الإنجاز التزاماته التعاقدية بسبب توقيف العمل مباشرة من قبل الإدارة المتعاقدة، أو من قبل أية جهة إدارية رسمية أخرى أو من قبل الأهالي. خامسا:- عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ إلتزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل[1].

الجزء الثاني : الضرر

الضرر بصفة عامة يقع نتيجة الإخلال بمصلحة المضرور ، يستوي في ذلك أن تكون تلك المصلحة مادية أو أدبية، ولكي يؤدي ثبوت تحقق الضرر إلى نشوء التزام بتعويضة في ذمة المسؤول عنه فإنه ينبغي أن يكون مباشرا ومحققا وأن يصيب حقا مشروعا لصاحب الشأن ، مع خصوصيته وقابليته للتقدير بالنقود.

إن الضرر المحقق هو الذي وقع بالفعل أو كان وشيك الوقوع بصورة مؤكدة ، وللتعويض عن الضرر فإنه يتعين أن يكون قد أصاب حقا أو مصلحة يحميها القانون ، حيث لا يجوز التعويض عن ضرر أصاب مصلحة غير مشروعة، ذلك لأن تلك المصلحة غير جديرة بالحماية[2] .

[1] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 535 .
[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق ، ص 217 .

الجزء الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

في مجال المسؤولية التقصيرية ، نجد المسؤولية تنعقد إذا ثبت خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ، وارتكاب المسؤول خطأ هو الأساس الأول لإنعقاد المسؤولية ، ولهذا يطلق عليها المسؤولية التقصيرية ، إشارة إلى التقصير الذي لا يخرج عن أن يكون مرادفا أو ترجمة لــ " الخطأ " ويطلق عليها البعض المسؤولية الخطيئة أي المسؤولية المبنية على أساس الخطأ[1].

فالضرر المدعي به من قبل المتعاقد مع الإدارة يجب إثبات وجوده من قبل هذا الأخير تحت طائلة رد طلب التعويض عنه . و كما يحق للمتعامل المتعاقد أن يحصل على تعويضات أخرى مترتبة ، خارج إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية كما هو الأمر في حالة الأعمال الإضافية التي يقوم بها . المتعاقد مع الإدارة ، دون أن تكون واردة أصلا في الصفقة ، إذا كانت ضرورية للتنفيذ الحسن للصفقة . كما يمكن أيضا الحصول على التعويض استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب [2].

[1] - محمد الشافعي أبو رأس ، المرجع السابق ، ص 106 .
[2] - محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 87 .

الفرع الثالث: الحق في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

إن المتعاقد يرتبط مع الإدارة بالالتزامات التعاقدية مقابل الحقوق التي يسعى إلى الحصول عليها، ما دامت التزامات المتعاقد قابلة للزيادة والنقصان فإن ذلك يقتضي أن ينعكس على حقوق المتعاقد المقابلة لهذه الالتزامات، وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته ومن الضروري الحفاظ على حقوق المتعاقد تطبيقا المبدأ حسن سير العدالة وحفاظا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، من أجل تحقيق المصلحة العامة[1].

إن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية لا تنطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة ، وإنما مجال تطبيقها في حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة ، وهناك نظريات عالجت هذا الموضوع ، وسوف نقوم بدراستها على النحو التالي[2] :

الجزء الأول: نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة.

من مقتضى هذه النظرية أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تظهر صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة، فيجب التعويض عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد، زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، فالتعويض هنا كامل عن جميع الأضرار ويفترض الاستمرار في التنفيذ، وأساس هذه النظرية هي اعتبارات العدالة، وطبيعة العقود الإدارية واتصالها بالمرافق العامة التي يجب

[1] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 602 .
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 236 .

أن تسير بإطراء وانتظام، ويضاف أحيانا فيه الطرفين المشتركة، على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة [1].

هذه النظرية من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وعقد ابتدعها منذ منتصف القرن التاسع عشر (19)، وكان أول حكم قضائي يبرز هذه النظرية هو حكم "Duché" الصادر في 1864/06/24 ، حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من الإستمرار في التنفيذ [2].

الجزء الثاني : نظرية الظروف الطارئة

هنالك عدة تعريفات فقهية لهذه النظرية (دون اختلاف) حيث جاءت كالأتي :

(أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبأ وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوزت الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد، إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا)[3].

ومثال عن هذه الظروف، الأزمات الاقتصادية والحروب وعموما كل ظرف من شأنه إلحاق خسائر فادحة تحتل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، أي لا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة

[1] - محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص 311 .
[2] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 608 .
[3] - سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 666 .

شاملا ومغطيا لكافة الخسائر الناتجة بل يكون جزئيا يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن[1] .

أولا: شروط تطبيق النظرية

يتسع نطاق نظرية الظروف الطارئة، فقد يكون الظرف الطارئ طبيعيا كالزلازل و الفيضانات، وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأجور والأسعار ارتفاعا فاحشا وقد يكون من عمل الجهة الإدارية

غير الجهة المتعاقدة مثل صدور القوانين واللوائح التنظيمية الجديدة والتي من شانها قلب اقتصاديات العقد أو إعلان الحرب وغير ذلك من الأحداث التي تؤدي إلى ارتفاع جنوني في الأسعار أو ندرة في السلع أو صعوبة كبيرة في تنفيذ العقد مع ذلك فإن الظروف الطارئة وإن

اختلفت أنواعها تجمعها شروط مشتركة نجملها في الآتي:[2]

الشرط الأول: عدم إمكانية توقع الحدث ولا يمكن دفعه

أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها، بما يشفع للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي [3] . هذا الشرط يعتبره الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي جوهر هذه النظرية ، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره. فالشرط الجوهري في نظرية الظروف الطارئة ألا يكون في الوسع توقع الحادث الطارئ ، ومن هنا تسمي نظرية الظروف الطارئة أيضا بنظرية الظروف غير المتوقعة[4].

[1] صدراتي صدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الاداري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1984 ، ص 120 .
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد / مرجع سابق ، ص 260 .
[3] محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 471 .
[4] مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق / ص 260 .

الشرط الثاني: وقوع الحدث الطارئ خلال تنفيذ العقد

ينبغي أن يقع هذا الظرف في مدى زمني محدد وهو مدة تنفيذ العقد وقبل تمامه حيث لا تطبق النظرية إذا كان العقد لم ينعقد بعد أو انقضى بتمام تنفيذه [1].

وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة، ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي، ذلك أن الارتفاع البسيط والطبيعي أمر يقدره أطراف العقد، ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، أما لو كان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة ومرتفعة، فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا وطارئا موجبا لإعادة التوازن المالي، شريطة حدوثه أثناء تنفيذ العقد وليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء.

الشرط الثالث: أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين

فالمتعامل المتعاقد الذي يتسبب في هذا الظرف لا يمكنه الاستفادة من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة وكذلك الحال إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي المتسببة في ظهور هذا الطاري الجديد، فإن كانت هي المتسببة فيه جاز مسائلتها بعنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية.

الشرط الرابع: أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة

المقصود بالخسائر الغير مألوفة أنها تسببت في قلب الوضع الاقتصادي للمتعاقد رأسا على عقب. حيث أدت به إلى خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة ، كأن تقوم السلطة المختصة بزيادة الضرائب أو إستحداث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع أو تصدر نصا جديدا يتضمن شبكة للأجور تختلف عن الشبكة القديمة اختلافا جوهريا، كما يمكن أن تقوم برفع الرسوم الجمركية . ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة

[1] - احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 229 .

تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الإدارة ماليا. لذا فمن حق المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة[1].

ثانيا : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

متى توفرت شروط هذه النظرية على النحو السالف ذكره فإن أثر ذلك يتمثل في أمرين هما :

1-بقاء التزام المتعاقد في تنفيذ العقد ، فرغم الظروف الطارئة يتعين على طرفي العقد الاستمرار في تنفيذ التزاماتهما ، وهذا لضرورة سير المرفق العام بإنتظام واضطراد ، وبالرغم من أن تنفيذ العقد أصبح مرهقا للمتعاقد فإنه لا يعفيه من الوفاء به لأنه مازل ممكنا، فإذا توقف عن التنفيذ فإنه يتعرض للجزاءات التي تملكها الإدارة بأنواعها المختلفة، كما أن هذا التوقف يحرمه من حق المطالبة بالتعويض [2].

2-التزام الإدارة بمد يد المعاونة للمتعاقد معها : إن نظرية الظروف الطارئة وان لم يكن من شأنها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه التعاقدي فإنها تعطيه الحق في الحصول على معاونة من الإدارة لواصلة تنفيذ التزامه حتى لا يتعطل سير المرفق العام ولذا يكون على الطرفين إعادة النظر في نصوص العقد وتعديلها على أساس الظروف الجديدة.

وإذا لم يصل الطرفين إلى اتفاق فان للقاضي أن يحكم بالتعويض أي بتوزيع الأعباء الجديدة بين الإدارة والمتعاقد معها.

وفقا لمبادئ القانون الإداري فان القاضي لا يستطيع تعديل العقد لأنه لا يملك أن يصدر أمرا للإدارة فضلا عن أن تعديل العقد دون موافقة الإدارة قد يعرض المصلحة العامة للخطر وهذا

على خلاف الحال في القانون المدني حيث يكون القاضي أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ أو أن يزيد الالتزام المقابل للالتزام المرهق[3].

[1] - عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 145 .
[2] - احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 236 .
[3] - محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص 305 – 306 .

الجزء الثالث: نظرية فعل الأمير

يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد معها. وهذه النظرية كذلك من صنع مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد[1].

أولا: شروط تطبيق النظرية

1/- وجود ضرر نتيجة فعل الإدارة : ينبغي أن يصدر الإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير، عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، بحيث يستحق المتعاقد معها تعويضا عن آثارها الناتجة عن تلك الإجراءات [2].

. وينتج عن هذا الإجراء ضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر درجة جسامة معينة[3] .

فقد يكون ضررا فعليا ألحق خسائر بالمتعاقد مع الإدارة أو قد يؤدي إلى مجرد نقص في الأرباح التي قام على أساسها العقد.

2/- عدم توقع الفعل المسبب للضرر عند التعاقد : أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة غير متوقع وقت التعاقد ، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إليها.

3/- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار : يجب على الإدارة أن تتصرف في حدود سلطتها المعترف بها وأن لا تكون قد أخطأت باتخاذ هذا العمل[4].

---

[1] - عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 52 .
[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 190 .
[3] - عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 53 .
[4] - مازن ليلو راضي ،/ العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 173 – 174 .

فالإدارة تسأل في نطاق هذه النظرية بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية هنا تكون عقدية بلا خطأ أما إذا كان تصرفها على خطأ فتسأل على أساس هذا الخطأ.

ثانيا: الآثار المترتبة عن النظرية

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض

المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء المشروع الذي أصدرته ، تعويضا كاملا[1] إلا أنه يوجد إلى جانب ذلك آثار فرعية أخرى هي التالية:

1-إعفاء المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذ ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ كصدور تشريع يحظر استيراد سلعة معينة لا يمكن الحصول عليها إلا بالاستيراد من الخارج.

2- يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا لم يكن بالإمكان متابعة التنفيذ، كما في حال زيادة أعباء التنفيذ بدرجة كبيرة تفوق إمكانيات المتعاقد المالية والفنية.

3- حق المتعاقد في المطالبة بعدم توقيع غرامات تأخير عليه، إذ اثبت أن السبب في التأخير يرجع إلى عمل الأمير.

4- وللمتعاقد أن يجمع بين بعض الآثار السابقة إذا تعددت الأسباب، كأن يحصل على التعويض الكامل والفسخ أو يجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير... وبما أن النتيجة الأساسية لفعل الأمير هي التعويض الكامل على المتعاقد مع الإدارة[2] .

[1] - سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص 628 .
[2] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 720 – 721 .

الفرع الربع: نظرية القوة القاهرة

القوة القاهرة هي حدث خارجي ، غير متوقع لا يمكن مقاومته مستقل عن إرادة المتعاقدين تؤدي إلى استحالة تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو أحد هذه الالتزامات. ومن شأن تحقق شروط القوة القاهرة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية [1].

أولا: شروط تطبيق النظرية

1- عدم إمكان التوقع أو حدث غير مرتقب : وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي "إن الحادث غير المتوقع هو الحادث الذي لا يمكن مواجهته بشكل معقول من قبل المتعاقد في الفترة التي تعاقد بها [2].

2-أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المتعاقدين : وهذا يعني أن يكون الحدث المعتبر قوة قاهرة مستقلا تماما عن إرادة المتعاقدين، أي لم تتجه إليه إرادة أي منهما أو لم يتدخل أيهما في

حدوثه بأي شكل[3] .

3-أن يكون الحادث مستحيل الدفع : يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع، أما إذا أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة، كما يجب أن تجعل تنفيذ العقد مستحيل.

ومن تطبيقات نظرية القوة القاهرة الظواهر الطبيعية الغير متوقعة نظرا لعدم إمكانية توقعها ومن ناحية أخرى الأضرار التي تنتجها وتشكل الحروب والأوضاع الأمنية غير المستقرة نموذجا أخر للقوة القاهرة نظرا للكوارث التي يمكن أن تنتج عنها .

ثانيا: الآثار المترتبة عن القوة القاهرة

[1] - ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية و التحكيم ، دالا الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، سنة 2004 ، ص 145 .
[2] - نصري نابلسي ، مرجع سابق ، ص 657 -670 .
[3] - احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 221 .

1- الإعفاء من التنفيذ:

في حال توفر القوة القاهرة فإنه يترتب على حدوث الفعل أو الحادث المتصف بالقوة القاهرة الذي اعترض المتعاقد اثناء تنفيذ العقد إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، ولا تستطيع الإدارة أن توقع أي جزاء من الجزاءات الإدارية المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه، ويستطيع المتعاقد أن يطلب من القضاء بفسخ العقد.

فالإعفاء من التنفيذ لا يتحقق إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بسبب القوة القاهرة وأثناء الوقت الذي تمت فيه هذه الحالة.

فإذا تبين أن أثر القوة القاهرة مؤقت، فإن أثر القوة القاهرة يكون موقوتا بالفترة التي توجد فيها وتمنع التنفيذ، فإذا زال الحدث المتصف بالقوة القاهرة رجع إلتزام المتعاقد بالتنفيذ وبالتالي فإن القوة القاهرة ذات الأثر المؤقت، لا يترتب عليها سوى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث القاهر[1].

وهو الأمر عينه الذي اتبعه كل من المشرع المصري والجزائري في المواد 215 من ق.م المصري و (المادتين 127 و 178 من ق.م. الجزائري) [2].

والذي أوضحت على أن الأثر المترتب على وقوع المتعاقد تحت تأثير القوة القاهرة يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد ومن ثم يتم إعفاءه من هذا الإلتزام ولا تملك الجهة المتعاقد معها إجباره على الوفاء بالتزاماته كما يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء ليحكم بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة[3] .

لقد ذكر المرسوم الرئاسي رقم (236-10) المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية حالة القوة القاهرة حيث أعفى المتعاقد المتعامل مع الإدارة من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير وتعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 90 منه.

[1] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، 685 – 684 .
[2] - انظر القانون المدني الجزائري في المواد المبينة اعلاه ، ص 30 .
[3] - احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 222 .

2-الحكم بالتعويض :

وفقا للقواعد العامة في القانون المدني فان وجود القوة القاهرة يؤدي إلى سقوط موجب التنفيذ وانقضاء الالتزامات المتبادلة في العقد لاستحالة التنفيذ [1].

إلا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود العادية التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنها تتعلق بتسيير المرافق العامة ويقتضي أن يتعاون فيها المتعاقد مع الإدارة لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من إبرامها وهو تحقيق المصلحة العامة.

لذلك فإن الإدارة تسعى للحفاظ على التوازن المالي إذ ليس من العدل والإنصاف أن يترك المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض وعليه فإن إهدار حقوق المتعاقد سيؤدي إلى نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة مما ينعكس سلبا على تسيير المرافق العامة [2].

المطلب الثاني : إلتزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامة

من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي [3].

[1] - راجع المواد 02/138/127 و 178 من التقنين المدني الجزائري ، ص 30-32-37 .
[2] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 687 .
[3] - عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 75 .

ومنه فان بسب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فانه ينفرد ببعض الالتزامات الذي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة العامة ، وهذه الالتزامات تختلف من عقد إداري إلى آخر، إلا أن إلتزامات المتعاقد مع الإدارة يمكن إجمالها في الأتي [1] :

الفرع الأول : الالتزام الشخصي بتنفيذ العمل محل التعاقد .

الفرع الثاني : الالتزام بالمدة المحددة في العقد .

الفرع الثالث: إلتزام الشخص في تنفيذ بنود العقد .

الفرع الرابع: الالتزام بدفع مبلغ الضمان با ما.

الفرع الأول : الالتزام الشخصي بتنفيذ العمل محل التعاقد

إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام، ويكون الخطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، وخصوصا فسخ العقد اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم [2].

ويقصد بالتنازل عن العقد أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله لتنفيذ جميع التزامات العقد ، أي تنفيذ العقد كليا، كما يعني التعاقد من الباطن أن يتفق المتعاقد مع الإدارة مع الغير الأجل تنفيذ جزء فقط من العقد، وبالطبع هذا غير جائز دون موافقة جهة الإدارة مسبقا على ذلك [3].

ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع العقد أن يلزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد .

[1] - مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 205 .
[2] - محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 386 .
[3] - مفتاح خليف عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 206 .

إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال العامة، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير. فيتحلل من بعض التزاماته. فهو المسؤول بعد توقيع العقد عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي وهذا ما نصت عليه المواد 107 و 108 و109 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم.

إن المشرع قد أجاز اللجوء للتعامل الثانوي مراعاة منه على أن المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل العمل ، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص. فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع ، على أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة ،ويظل هو المسؤول عنه تجاه الإدارة المتعاقدة [1].

إن المتعاقد الأصلي هو وحده مسؤولا عن تنفيذ بنود العقد الإداري .

كذلك فإن التعاقد من الباطن دون إذن من جهة الإدارة يعتبر خطأ عقديا، ومع ذلك يجوز له أن يتعاقد من الباطن مع جهات متخصصة ذات كفاية وخبرة على تنفيذ بعض الأعمال موضوع العقد، وذلك بشرط موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة كتابيا على ذلك، ويبقى المتعاقد مسؤولا بالتضامن مع المتعاقد الثانوي عن تنفيذ الالتزامات موضوع العقد [2].

الفرع الثاني : الالتزام بالمدة المحددة في العقد

يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزاماته التعاقدية خلال المدة المحددة في العقد ودفاتر الشروط، نظرا لأهمية مدة التنفيذ وارتباطها الوثيق بسير المرافق العامة ، فالمشرع يحرص في

على إفراد نصوص بتحديد مدة التنفيذ وتحديد الجزاءات التي توقع على المتعاقد عند عدم إحترامه لهذه المدة أثناء تنفيذه للعقد ، فالتزام المتعاقد في المواعيد المحددة يعتبر التزاما

[1] - عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 147-148 .
[2] - مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 206.

أساسيا، باعتبار أن تحديد مدة التنفيذ تفترض أن حاجة المرفق تستلزم أداءه في هذا الوقت دون تباطؤ مما ينعكس على ضمان سير المرفق بانتظام واضطراد.

إن مدة التنفيذ يتم الاتفاق عليها برضا أطراف العقد، فالإدارة لا تستطيع من حيث المبدأ فرض مدد غير متفق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية . وفي حالة عدم تحديد مدة التنفيذ في العقد ودفاتر الشروط فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر أنه يجب أن يكون هنالك مدة متعارف عليها حسب الظروف وقدرات المتعاقد والعقود المشابهة.[1]

إن المشرع الجزائري طبقا للمرسوم الرئاسي (236/10) المعدل والمتمم أعطى للإدارة سلطة توقيع الجزاءات المالية في حالة عدم إحترام الآجال ، وتجد أساسها القانوني في المادة 09 كما تم بيانه [2]، وهكذا فان عنصر الزمن له أهمية كبيرة لا يمكن إغفالها لأن الأمر يتعلق بمرفق عام وتقديم خدمات عامة للمصلحة العامة.

وإذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ العقد في المدة المحددة فيه ، فإنه يمكن تمديدها عندما تستجد ظروف لم تكن متوقعة ، وإطالة مدة العقد هذه تتم بالتوافق بين الإدارة والمتعاقد أو بقرار من الإدارة، كذلك أيضا يكون هنالك تساهل من قبل الإدارة إذا كان سبب تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد قوة قاهرة أو بسبب فعل الإدارة. و في حالة استحالة التنفيذ فإن المتعاقد لا يتحمل أية مسؤولية عن عدم تنفيذ العقد أو عن التأخر في التنفيذ إذا توفرت شروط استحالة التنفيذ ويتوجب على الإدارة بالمقابل في هذه الحالة تعويض المتعاقد تبعا للضرر .

الفرع المطلب الثالث: إلتزام الشخص في تنفيذ بنود العقد

إستنادا للقواعد العامة التي ترعى تنفيذ العقود ، يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لمندرجات العقد ووفقا لقواعد حسن النية والإنصاف والعرف.

[1] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 49 .
[2] - انظر المادة 09 من المرسوم (236/10) ، مرجع سابق ، ص 08 .

إن العقد الإداري موضوعه مرتبط بإحتياجات المرافق العامة وتنظيمها وحسن سيرها فهذا يؤدي بالضرورة إلى متابعة تنفيذ العقد وعدم التوقف نظرا للأخطار التي تنتج عن ذلك والتي تلحق ضررا بالمصلحة العامة [1].

فالالتزام بتنفيذ ما جاء به العقد يعني أداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها، فليس للمتعاقد أي حق في تعديل العقد بل يبقى مجرد منفذ لتلك الشروط تنفيذا دقيقا، وأن أي عمل يضيفه من تلقاء نفسه يعد عملا يثير منازعة - ليس إلا في طلب التعويض، لذلك فمن المنطق أن ينفذ المتعاقد مع الإدارة العمل حسب مواصفاته المتفق عليها . تفاديا لأي منازعات أو أي ضرر للمرفق العام، أو لأي وضع للإدارة أمام الأمر الواقع الذي يدفعها لتغيير نهجها أو إجراء تعديلات مكلفة تماشيا مع عمل لا يشبه العمل المطلوب انجازه.

فلا يسمح للمتعاقد مع الإدارة إمكانية الرفض أو الممانعة في التنفيذ أي من جانب واحد كما في العقود المدنية. وليس بوسع المتعاقد - إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها - سوي الرجوع إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوقه اتجاه الإدارة دون اللجوء إلى وقف التنفيذ [2]. فالمتعاقد لا يستطيع في مثل هذه الحالة أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، لأن هذا الحق إمتياز للإدارة وحدها وهذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي (10- 236) المعدل المتمم ، على أنه :« إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد».

فإذا توقف المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ خلافا لهذا الأصل، أمكن للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة، فضلا عن الرجوع عليه بالتعويضات اللازمة إن كان لاستحقاقها وجه [3].

وذلك حسب نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي (236-10) المعدل والمتمم على أنه: « يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو

[1] - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 51 – 53 .
[2] - سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 40 .
[3] - ةمحمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 388-389 .

تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به».

كما قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، أو حتى قبل المباشرة في التنفيذ ظروف يكون من شأنها استحالة تنفيذ العقد الإداري أو تأخير تنفيذ هذا العقد، وتكون هذه الظروف خارجة عن إرادة المتعاقد. لذلك فإن المتعاقد لا يتحمل أية مسؤولية عن عدم تنفيذ العقد أو عن التأخير في التنفيذ هذا العقد إذا توفرت شروط استحالة التنفيذ. ويتوجب على الإدارة بالمقابل في هذه الحالة تعويض المتعاقد تبعا للضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 90 الفقرة 4 على أنه: « وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة».

وإذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ التزاماته التعاقدية والاستمرارية في التنفيذ مهما كانت الأوضاع - إلا في الحالات الاستثنائية – فإنه قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد ما يحول دون ذلك عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه، وهو ما ينعكس أثره على العقد [1]، فكيف يمكن الاستمرار في ةتنفيذ العقد الإداري عند وفاة المتعاقد مع الإدارة وعند إفلاسه كذلك؟ لذلك سنتطرق إلى مسألة تنفيذ العقد عند إفلاس المتعاقد وعند وفاته في الجزئين التاليين:

الجزء الأول: استمرارية العقد الإداري عند وفاة المتعاقد .

إن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة مصير متابعة تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة فإنها ترجع عادة إلى شروط العقد، وإلى دفاتر الشروط الترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص فإن الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد أو استمرارية الورثة في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفي إذا لم تر الإدارة فسخ العقد [2]. وللجهة الإدارية المتعاقدة في حالة وفاة المتعاقد عدة خيارات:

[1] نصري منصور نابلسي ، المرجع السابق ، ص 100 .
[2] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 448 .

1- أنه يجوز للإدارة المتعاقدة فسخ العقد مع رد التأمين [1].

2- كما يمكن لها أن تسمح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد في حالة موافقتهم على ذلك مع إخطار الجهة الإدارية كتابيا بذلك، شرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة. أما إذا لم يوافق الورثة على استمرارية تنفيذ العقد فتكتب جهة الإدارة تقرير مفصل عن التنفيذ وواقع ما على المتعاقد وما له، وتفرج بذلك جهة الإدارة عن الضمان المالي النهائي [2].

3. وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، فيمكن لها أن تنهي العقد مع رد التأمين أو تطالب باقي المتعاقدين بالاستمرار في التنفيذ.

4. وإذا اختارت الإدارة في أي من الحالات السابقة، إنهاء العقد فيتم ذلك بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء[3] ،و حول الواجب الإتباع عند وفاة المتعامل المتعاقد محل الاعتبار بخصوص استمرار الرابطة التعاقدية مع ورثة المتعاقد في حال عدم تعرض دفتر الشروط أو العقد للإجراء الواجب الإتباع، فإن وفاة المتعاقد لا ترتب بذاتها فسخ العقد بقوة القانون ومع ذلك فإن الإدارة تتمتع برخصة الفسخ إذا ما قدرت أن شخصية المتعاقد المتوفي تمثل الضمانة الأساسية لحسن تنفيذ العقد .

الجزء الثاني: استمرارية العقد الإداري عند إفلاس المتعامل المتعاقد.

إقرار الإفلاس لا يكون إلا بموجب حكم قضائي يقرر التوقف عن الدفع فيرتب عليه شهر إفلاس المدين التاجر. ففي العقود الإدارية تطرح مسألة إعلان إفلاس المتعامل المتعاقد مصير تنفيذ العقد في ظل غل يده عن إدارة أمواله، وفي هذه الحالة نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أرجعها إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ويعمل بتلك الشروط فإذا لم يجد فيها حلا فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو

[1] محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 387 .
[2] موقع انترنات : http://www.cksu.com./vb/showtheadphp?t=2163777& تاريخ زيارة الموقع :2015/04/21 على الساعة 15: 13
[3] محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع السابق ، ص 388 .

الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقضي ذلك [1].

حيث نجد المشرع الجزائري قد نص صراحة على هذه الحالة في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي (236-10)، المعدل والمتمم على أنه: « يقصي بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو الصلح.

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح».

يتضح مما تقدم أن الحكم العام عند إفلاس المتعاقد هو فسخ العقد ومصادرة التأمين لأنه و في حال إفلاس المتعاقد وإقرار ذلك بحكم قضائي مع غل يد المتعاقد المفلس عن إرادة أمواله

فإنه لا يمكن إطلاقا للمتعاقد المفلس متابعة تنفيذ العقد. إلا أن هذا المبدأ العام يدخل عليه استثناء أنه في حالة إفلاس المتعامل المتعاقد، يمكن للإدارة قبول عرض الدائنين بإتمام تنفيذ

العقد، حيث يلجأ دائنو المتعاقد المفلس إلى ذلك عندما يكون في إتمام العمل زيادة في أموال المتعاقد المفلس مما ينعكس إيجابا لاستعادة قسم أكبر من ديونهم [2].

لكن من خلال نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي (236-10) المعدل المتمم المشار إليها أعلاه نجد قد أعطى المشرع الجزائري للإدارة المتعاقدة السلطة الكاملة في فسخ العقد عندما يكون المتعامل المتعاقد في حالة إفلاس أو محل إجراء عملية الإفلاس، وذلك عن طريق الإقصاء النهائي التلقائي، والذي لا يحتاج إلى مقرر يثبته فهو متوفر بمجرد ثبوت الحالة أو

[1] سليمان محمد الطماوي ، مرجع السابق ، ص 450 .
[2] نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 110 .

الوضعية وذلك من خلال عبارته الصريحة : « يقصي بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية... »

الفرع الرابع: الالتزام بدفع مبلغ الضمان

يلزم المتعاقد كما بينا وقبل مطالبته في التسبيقات ، أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا بحسب ماتم شرحه وبيانه [1].

إن مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملائمته المواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد . و التأمين على نوعين ابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء ، ويكون بصورة نقدية يتم إيداعها خزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال يدون رقمه وتاريخه بالعطاء، أو شيكات مقبولة الدفع من المصرف المحسوبة عليه وهذا يستوجب أن تكون هذه الشيكات مصرفية والبنك المحسوب عليه محلي، أما إذا كان الشيك محسوب على بنك أجنبي وجب التأشير عليه بأنه مقبول الدفع من أحد المصارف المحلية المعتمدة ، وتتمثل الصورة الأخيرة للتأمين الابتدائي في خطاب الضمان والذي يتعين صدوره من أحد المصارف المحلية المعتمدة وإلا يقترن بقيد أو شرط يعرقل السحب حيث يدون فيه أن البنك متعهد بأن يدفع للجهة الإدارية ما يوازي مبلغ التأمين الابتدائي متى طلب منه ذلك [2].

ولقد تناول المشرع الجزائري الضمانات المالية الملزمة من طرف المتعاقد

وبين كيفية تكييفها [3]. أما عن مبلغ الكفالة فحددته المادة 100من المرسوم الرئاسي السابق بين 5%و 10% من مبلغ الصفقة.

وتأمين نهائي يدفع بعد قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته طبقا لشروط العقد.

---

[1] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 148 .
[2] احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 95 .
[3] انظر المواد 95 ، 96 و 97 من المرسوم (236/10) . المعدل و المتمم ، مرجع سابق ، ص 36 .

هذا ويظل مبلغ التأمين المودع لدى الجهة الإدارية ضمانا لها ، فيكون لها أن تحصل أية مبالغ تستحق لها قبل المتعاقد - ولو بطريق الخصم من التأمين النهائي المودع منه.

إن التأمين يبقى حبيسا لدى جهة الإدارة المتعاقدة إلى حين يتم التسليم النهائي ويتبين أن الأعمال المتعاقد عليها قد نفذت بحالة جيدة موافقة للعقد وشروطه ومواصفاته وبعد انقضاء مدة الضمان وتسليم الأعمال تسليما نهائيا، يسوى الحساب تسوية نهائية ودفع للمقاول مستحقاته الباقية، ويرد إلية التأمين النهائي إن كان باقيا أو المبالغ المحتجزة منه.

إن الدور الذي يلعبه التأمين ، هو كضمان عاجل وفوري لبعض حقوق جهة الإدارة المتعاقدة ، فالهدف من التأمين، هو ضمان جدية العطاء وضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته حرصا على مصلحة المرفق ودوام سيره، كما أنه يمثل ضمانا للإدارة الاستيفاء ما قد يستحق لها من مبالغ لدي متعاقدها الأخر. لهذا يعتبر شرط إيداع التأمين شرطا وجوبيا ملزما للإدارة لا تستطيع أن تتجاوز عنه[1].

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 158 – 159 .

خـاتمـــــــــة:

- في الأخير استنتجنا أن رغم اختلاف القضاء و الفقه في وضع تعريف للعقود الإدارية و قد حاول القضاء الإداري في فرنسا و مصر حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية و العقد الإداري هو الذي يبرم ه شخص القانون العام يقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره و أن تظاهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون و تضمين العقد بشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص بقصد تسيير مرفق عام مما يخول للمتعاقد مع الإدارة للإشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام .

أما معايير تمييز العقود الإدارية و هي أن تكون الإدارة طرفا في العقد و هذا الشرط تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري الذي وجد ليحكم نشاط السلطات الإدارية أما العقود التي تبرم بين الأفراد و أشخاص القانون الخاص الأخرى فإنها تعد من عقود القانون الخاص و لو أبرمت لتحقيق المصلحة الخاصة .ر أما أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة و الوزارات و المؤسسة التابعة لها .

تبرم الإدارة أنواع مختلفة من العقود الإدارية ، هي عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة و أهم ثلاث عقود أشار إليها أغلب التشريعات منها عقد الإمتياز الذي يعتبر أهم العقود الإدارية لأنه يمنح للفرد أو الشركة حق بإدارة و استغلال مرفق عام ،أما الأشغال العامة هو عقد المقاولة بين شخص من أشخاص القانون وهو فرد أو شركة يتحد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم مقابل ثمن يحدد في العقد و عقد التوريد ،هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام فرد أو شركة يتعهد بمقتضا هذا الأخير توريد منقولات معينة لشخص معنوي لازمة لمرفق عام مقابل مبلغ ما .

و أن دراستنا الموضوع العقد الإداري جعلتنا نستخلص الإنكار التالية :

- يعتمد العقد الإداري في الجزائر على معيار عضوي لم يعد كافيا في تكييف عقود الإدارة ويتكامل العيارين الموضوعي و الشكلي بشكل كبير مع المعيار العضوي في الطبيعة الإدارة للعقد .

- تتعدد العقود الإدارية بتنوع نشاطات الحياة العامة ،ومن الصعب تقسيمها ويضل كل من المعيار القانوني و المعيار القضائي هو الراجع في تفصيل هذا التقسيم

- تتمتع الإدارة الحماية سلطات و حقوق متعددة.
- تسعى الإدارة العامة من خلال سلطاتها إلى تنفيذ العقود الإدارية وفق بنودها وفي أجالها، تحقيق الصالح العام.
- القانون يخول الإدارة العامة ممارسة و استعمال سلطات منها :

- سلطة الرقابة و الإشراف ،سلطة تعديل العقد ،سلطة توقيع الجزاءات فيها عن ذلك سلطة فسخ .

إذا تقرر الإدارة سلطات و امتيازات واسعة في مواجهة المتعاقد معها ،فعهد القضاء إلى وضع حدود تماشيا ونطاق المشروعية من تعسف الإدارة و أن موضوع تنفيذ العقد إنهائه نال أهمية كبيرة من جانب القانون و القضاء الإداري في المجال الاقتصادي وحماية المال العام ،ويعد ذلك تطور ملحوظ في مجال العقود الإدارية سرعة لا متناهية من أجل تيسير وتنظم المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة .

إلا أن هذه الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة ليست على اطلاقها بل هي مقيدة بقيود ولها حدودها بحيث على الإدارة احترامها لكونها تشكل ضمانا للمتعاقد معها وتولد له حقوقا تتمثل في الحصول على المقابل المال و اقتصاد التعويض عن الإضرار التي تلحقها بسبب تصرفات الإدارة المتعاقد التي لا خلال بالا لتزمات التعاقدية و ضمان التوازن المالي للعقد و الذي يعني تحمل الإدارة الزيادات في الأعباء المالية المترتبة عن وجوب تنفيذ العقد الأسس التي تحكم التزامات المتعاقد في التنفيذ إلى التزامه بالتنفيذ و فق للشروط المحددة بالعاقد و ما يتبعه من وثائق و دفاتر الشروط و التزامه بمبدأ حسن النية في التنفيذ و ضرورة مراعاة الدقة و العناية و احترام المدة المحددة للوفاء بالتزاماته وعدم جواز تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ للتحلل من التزاماته بحجة تقصير الإدارة في الوفاء بالتزاماتها ،العقد الإداري كوسيلة تستخدمها الإدارة لتنفيذ مشروعاتها وتسيير مرافقها بانتظام و اطراد بغية تحقيق النفع العام يؤن له أثره على تكييف وضع المتعاقد في نطاق العقد الإداري بوصفه معاونا في المقام الأول للإدارة في تسيير أفقها بصورة منتظمة و مستمرة .

خـــلاصـــــــة

خلاصـــة:

من خلال دراستنا الموضوع العقد الإداري، نستخلص ما يلي:

1) أن العقد الإداري في الجزائر يعتمد أساسا على معيار عضوي لم يعد كافي في تكييف عقود الإدارة.
2) يتكامل المعيار الموضوعي بشكل كبير مع المعيار في استنتاج الطبيعة الإدارة لعقود الإدارة.
3) تتحد أركان العقد الإداري وشروط صحة انطلاقا من الأحكام العامة في القانون المدني وهو بذلك لا يختلف عن العقد المدني، إلا في بعض المسائل الجزئية التي تتصل أساس بالمرفق العام.
4) تنوع العقود الإدارية تنوع نشاطات الحياة العامة وبذلك من الصعب التسليم بتقسيم معين لها، ويضل كل من المعيار القانون و المعيار القضائي راجحا في تحصيل هذا التقسيم.
5) لا يلزم المشرع الإدارة أن يتبع طرق معينة في إبرام العقود الإدارية إلا فيها يتعلق بالصفات العمومية.
6) تتمتع الإدارة بحرية اختيار الإجراءات و الشكليات المناسبة، وهي ذلك غير مقيدة بأي نمط، إلا فيها يتعلق بالصفقات العامة .
7) تترتب عن العقد الإداري أثار بمجرد إبرامه و تبد و غيرها مألوفة ،لكنها تعتبر عن أحدا خصائصه .
8) إن هذه الآثار التي يترتب عنها هي حقوق و التزامات لطرفيه ،يكاد الفقهاء يجمعون عليها و إن اختلفوا في تقسيمها وترتيبها.
9) إن الحقوق و الالتزامات بالنسبة للمتعاقد تسعى دائما إلى تحقيق المصلحة الخاصة به و المتمثلة في تحقيق الربح ،وفي المقابل هذا تنفيذه كل التزاماته العقدية.
10) فالمتعاقد الحق بالتعويض و ذلك لتأمين تنفيذ التزاماته حفاظا على سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

خلاصـــة:

11) فالمزايا و الأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين القواعد المتمثلة و الالتزامات المرفوضة.

12) نتوصل في الأخير إلى أن العقد الإداري عقد تبرمه إدارة عامة ،تستعمل فيه استثنائية،وتستهدف به المصلحة العامة ،لتحقيق حاجات المرفق العام .

قائمـــة المصـــادر و المراجـــــع

أ- النصوص التشريعية:

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني في الجزائر ج ر العدد 78 ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 .

ب- النصوص التنظيمية :

المرسوم الرئاسي (236.10) المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 58، المعدل و المقدم بالمرسوم الرئاسي (98/11) المؤرخ في 2011/03/01

الجريدة الرسمية العدد 14،المعدل المتمم بالمرسوم الرئاسي (222/11) المؤرخ في 2011/06/16 .

الجريدة الرسمية العدد 34 ،المعدل و المتمم المرسوم الرئاسي (23/12) المؤرخ في 2012/01/18 .

المرسوم رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005

قائمة المراجع :

أ) الكتب باللغة العربية :

- الدكتور مسعوب شهيوب، المبادئ العامة المنازعات الإدارية، الجزء الثالث نظرية الاختصاص ديوان المطبوعات الجامعية 1999 .
- أبو عمران عادل النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع 2010.

- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية، وعقد البوت B-O-T مكتبة دار النهضة العربية مصر سنة 2003 .

- أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامل في العقود الإدارية سنة 1973.

- الأستاذ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية الطبيعية الخاصة،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائرية 1990 .

- الدكتور محمد خلف الحبوري ،العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصانع الأرز 1998 .

- عبد الحميد الشواربي العقود الإدارية، في ضوء الفقه القضاء التشريع منشأ المعارف سنة 2003 .

- عبد العزيز المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأ المعارف للنشر و التوزيع مصر سنة 2007 .

- علاء الدين عشي ،مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المهدى الجزائر، 2012 .

- عمار عوابدي ،القانون الإداري ،الجزء الثاني ،النشاط الإداري ،الطبيعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 2002 .

- عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع الجزائر 2007.

- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعية الجديد للنشر مصر سنة 2003.

- محمد الصغير بعلي ،العقود الإدارية ،دار العلوم للنشر و التوزيع عنابة 2005 .

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

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

- محمد محمد الشلماني، مفتاح خليفة عد الحميد، العقود الإدارية، دار المطبوعات الإسكندرية.

- بلهوان رقية ،العقود الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر ،مذكرة التخرج لنيل شهادة اللسانس في العلوم القانونية الإدارية ،مركز الجامعي اسطنبولي معسكر 2007- 2002 .
- محمود عاطف ألبنا، العقود الإدارية دار الفكر العربي للنشر و التوزيع، الطبيعة الأولى، مصر الأولى، مصر سنة 2003 .
- مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية و إحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع، مصر، سنة 2008 .
- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية لبنان ،سنة 2010 .

2)- الكتب باللغة الاجنبية

Georges vedebaroit administrâtes paris 1961

Walime : Droit administratif 1957

ب- الرسائل و المذكرات :

الرسائل :

- صداري صداري ،نظرية التوازن المالي للعقد الإداري رسالة ماجستر جامعة الجزائر 1984.

المذكرات :

- بلحنيفي فاطمة الزهراء، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر الحقوق طرق إبرام العقود الإدارية في الصفقات العمومية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم .
- بلهوان رقية ، العقود الإدارية و تطبيقاتها في الجزائر مذكرة التخرج لنيل شهادة اللسانس في العلوم القانونية الإدارية، المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي معسكر 2001-2002.

ج- المقالات :

محمود فياض ،مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد (مجلة الشرعية و القانون) جامعة الامارات العربية المتحددة سنة 2013 العدد 24 .

د- المواقع الالكترونية :

محمد الشافعي أبوراس، العقود الادراية، موقع الالكتروني www.pdffaccloy.com زيارة الموقع 2018/04/15 على ساعة 10:25

http://www.cksu.com/vb./shou/treadphp%20?=216377788 تاريخ زيارة الموقع 2008/04/21 على ساعة 13:15.

https://www.swnbadar.com.2018-03conlrect-mangement/data

فهرس الموضوع :

مقدمة : .....أ

تمهيد:.....6

الفصل الأول:حول ماهية العقود الإدارية (مدخل مفاهيمي نظري)

المبحث الأول: حول مفهوم العقود الإدارية المبادئ 7

المطلب الأول:مفهوم العقود الإدارية و معايير تميزها 7

الفرع الأول: مفهوم العقود الإدارية 7

أولا : نشأة العقود الإدارية 8

ثانيا : تعريف العقد الإداري بالمعيار بين العضوي و الموضوع 10

ثالثا : التمييز بين العقود الإدارية و العقود المدنية 18

الفرع الثاني : معايير تميز العقود الإدارية 19

أولا: أتن تكون الإدارة طرف في العقود الإدارية 19

ثانيا : أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام 22

ثالثا : استعمال الإدارة الأساليب القانون العام 25

المطلب الثاني : أركان العقود الإدارية و شروط صحتها 29

أولا : أركان العقود الادارية 30

ثانيا : شروط صحة العقود الإدارية 31

ثالثا : جزاء بمخالفة أركان و شروط صحته 34

المبحث الثاني : الأحكام العامة لإبرام العقود الإدارية و أنواعها 35

المطلب الأول : شروط إبرام العقود الإدارية 35

الفرع الأول : المبادئ التي تحكم إبرام العقد الإداري 36

أولا : المناقصة 37

ثانيا :أسلوب التراضي 39

المطلب الثاني : أنواع العقود الادارية

أولا: عقد الامتياز 40

ثانيا :عقد الاشغال العامة 41

ثالثا : عقد التوريد 42

رابعا : عقد القرض العام 42

خامسا : عقد انجاز الدراسات 43

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن العقود الإدارية

تمهيد :.....46

المبحث الأول: أثار العقود الإدارية بالنسبة للإدارة العامة.....47

المطلب الأول: امتيازات الإدارة العامة التعاقدية 47

الفرع الأول: سلطة الرقابة و التوجيه على تنفيذ العقد.....48

الفرع الثاني: سلطة تعديل بعض شروط العقد 50

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء و سلطة إنهاء العقد الإداري.....51

المطلب الثاني: الالتزامات التعاقدية الإدارة العامة.....54

الفرع الأول: تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة.....55

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بأكمله و احترام المدد المقرر.....57

الفرع الثالث: تسليم المقابل المالي 58

المبحث الثاني: أثار العقود الإدارية بالنسبة المتعامل المتعاقد.....61

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد 62

الفرع الأول: الحق في المقابل المالي 62

الفرع الثاني: الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها.....67

الفرع الثالث: الحق في إعادة التوازن لمالي للعقد الإداري.....71

المطلب الثاني: التزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد 80

الفرع الأول: الالتزام الشخص بالتنفيذ العمل محل التعاقد مع الإدارة.....81

الفرع الثاني: الالتزام بالمدد المحددة في العقد.....82

الفرع الثالث: التزام الشخص في تنفيذ بنود العقد.....83

الفرع الرابع: الالتزام بدفع مبلغ الضمان 88

خاتمة 95-94

قائمة المراجع 97

فهرس الموضوعات