

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

امتيازات الادارة في العقد الاداري في القانون الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الاداري

تحت إشراف الأستاذة :

- شيخي نبيه

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالبة :

- بن حليمة ليلي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة.....دويدي عائشة.....رئيسا

الأستاذة..... شيخي نبيه..... مشرفا مقرا

الأستاذة..... طواولة أمينة.....مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/07/11

الإهداء

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

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

"إمي"

أطال الله في عمرها

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

"أبي"

رحمه الله

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى أستاذتي " شيخي نبيه " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء
وغيرهم ممن تجاوزهم قلبي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذتي الفاضلة " شيخي نبيه "

الذي تكرمت بإشرافها على هذه المذكرة ولم تبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي فكانت لي نعم الموجه والمرشد

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

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات.

مقدمة

مقدمة:

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

أولى الفقه والقضاء اهتماما بالغا وعناية كبيرة للعقود الإدارية باعتبارها من أهم مواضيع القانون الإداري إلى جانب اعتبارها من أعمال الإدارة القانونية مع القرارات الإدارية، فالإدارة تمارس نشاطها عن طريق القرارات الإدارية، كما تمارسه أيضا عن طريق آخر وهو العقود الإدارية، لهذا نجد الإدارة العمومية قد تتعامل مع الغير كفرد عادي لا كصاحبة سلطة وامتنياز، وفي هذه الحالة فإن العقود التي تبرمها تخضع للقانون الخاص، وتسمى بالعقود المدنية أو العادية، وتقصد بهذه الأخيرة تلك العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم حيث تساوي الإدارة فيها مع من تتعاقد معه وتخضع فيها هذه العقود لمبدأ سلطان الإرادة حسب نص المادة 106 من القانون المدني والتي تنص على مايلي «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهناك عقود أخرى تبرمها الإدارة كصاحبة سلطة وامتنياز على الأفراد وفيها يتراجع مبدأ سلطان الإرادة وتسمى بالعقود الإدارية والتي تعرف على أنها تلك العقود التي يبرمها أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء مصلحة عامة وتظهر فيه نية الإدارة بإتباع أساليب القانون العام وذلك من خلال ما يتضمنه من شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، والتي هي محل دراستنا.

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

إلى جانب أنه لا يمكن الاستغناء عن الدخول في علاقات عقدية سواء على صعيد روابط القانون الخاص مدنية كانت أم تجارية أو حتى عقود العمل، كذلك الحال بالنسبة للدولة وباقي أشخاص القانون العام لا يمكن استغنائها عن اللجوء إلى إبرام عقد بهدف خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة فالعقود الإدارية كثيرة ومتنوعة لأن نشاطات الإدارة كثيرة ومتنوعة لذا من غير الممكن تعداد كل العقود الإدارية أو إجراء تصنيف مانع لها وعلى كل حال فإن الفقه والقضاء الإداريين قد حاولا تصنيف العقد الإداري من العقود، ومن قبيل ذلك تصنيفها إلى عقود إدارية بنص القانون، وعقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية، ويذكر أن التمييز بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية، يصعب في بعض الأحوال، إلا أنه يستفاد من تعريف القضاء الإداري للعقد الإداري المذكور أعلاه، المؤيد فقها على نطاق واسع، في أنه وضع معيار محدد كي يتصف العقد بالصفة الإدارية وهنا بات من الأكيد القول أن نظرية العقد الإدارية موجودة حتى دون نص، هدفها مزدوج يضمن تحقيق الصالح العام وخضوع الإدارة للقانون، تطورها التاريخي كان طويلا ولم تأخذ شكلها الحالي إلا في بدايات القرن العشرين فأصبحت نظرية قضائية من النظام العام، استمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي، ولا أدل على ذلك حكم تيري الصادر سنة 1903، كيف لا وهو الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، حيث تقرر بموجبه أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بمنازعاتها.

أهمية الموضوع

نظرا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية باعتبارها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام والحفاظ على المال العام في الدولة، والدور الذي تلعبه في انتعاش الاقتصاد الوطني والنهوض بالتنمية الشاملة للدولة.

ويمكن القول أنه لهذه الدراسة إلى جانب الأهمية النظرية أهمية تطبيقية تكمن في بيان الحدود التي يجب على الإدارة وهي تتذرع بالمصلحة العامة أن تقف عندها خاصة عند ممارستها للسلطات المخولة لها في هذا المجال، وانطلاقا من أهمية الموضوع السالف الذكر فإن اختياري لهذا الموضوع ليكون محل دراستي راجع للأسباب التالية:

تكمن هذه الأسباب في التعديل الدائم والمستمر بصفة دورية للنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، لأن المشروع يهدف من وراء ذلك حماية الإدارة العامة من جانب تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى محاولة حماية المال العام

أسباب اختيار الموضوع :

وأیضا ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع هي أهمية الموضوع من الناحية العملية ذلك لأن العقود الإدارية هي إحدى أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة في تنفيذ أعمالها. وفي الأخير في سبيل تحقيق الإدارة للأهداف المنوطة بها نجدها تظهر بمظهر السلطة العامة، مستعملة أساليب القانون العام، وهذا هو الفرق بين العقد المدني والعقد الإداري بحيث هذا الأخير يتميز باكتسابه لامتيازات أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وهذا يجعلنا وتبعنا في لهذا الموضوع

المنهج المتبع

بإتباع المنهج الوصفي كمنهج أساسي محاولة من خلاله سرد أهم مظاهر وسلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، والمنهج التحليلي كمنهج مكمل للمنهج الأول ومن هنا ولذلك فإن الاشكالية التي يمكن طرحها تتمحور حول معرفة إمتيازات الاداري في العقد الاداري

ما الامتيازات المخولة للإدارة بوصفها سلطة عامة في العقد المبرم من طرفها ؟ و ما الضمانات التي كفلها المشرع للمتعاقد في مواجهة سلطات الإدارة ؟ و ما دور القاضي الإداري بين هاته المصالح المتعارضة ؟ .

هذا وللإجابة على الإشكالية الرئيسية الموضوع وما تفرع منها من تساؤلات فرعية اتبعنا الخطة التالية، والتي تناولنا فيها موضوعا وفق خطة ثنائية وجاء الفصل الأول ماهية العقود الادارية مقسمناه إلى مبحثين تعريف العقود الإدارية في المبحث الأول و تميزه العقود الادارية في المبحث الثاني

أما في الفصل الثاني فسنحاول التطرق إلى حدود امتيازات الإدارة عند تنفيذها للعقد الإداري بالتطرق في المبحث الأول إلى حدود سلطة الإدارة في الرقابة وفي المبحث حدود سلطة إدارة في التعديل و توقيع الجزاءات.

وفي الأخير سنختم مذكرتنا بخاتمة تشمل حوصلة عن مذكرتنا المعالج

الفصل الأول

ماهية العقود الإدارية

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

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

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

الإدارية

المبحث الأول : مفهوم العقود الإدارية

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

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية

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

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

الفرع الاول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا:

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني : نشأة العقود الإدارية في الجزائر:

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

المرحلة الأولى - ما قبل 1967:

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

¹ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 14 و 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني: تحديد مفهوم المعايير في العقود الادارية

ليس كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا يخضع للقانون العام، ويكون الاختصاص بالفصل بالمنازعات المتعلقة به للقضاء الإداري، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الإدارة، كما ذكرنا سابقا هي التي يطلق عليها اصطلاح العقود الإدارية⁽¹⁾.

وإذا كانت العقود أيا كان نوعها تتفق في جوهرها وأركانها فالعقد في كل الأحوال هو توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني وأركانه هي الرضا والمحل والسبب، فإنّ الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافا واضحا - خاصة فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة - عن أحكام وقواعد القانون الخاص المقابلة سواء فيما يتعلق بتكوين العقد أو آثاره².

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

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

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

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

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

وراجع في عكس هذا الاتجاه:

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

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

³ - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 53.

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

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

الفرع الاول : المعيار العضوي:

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

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

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

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

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

2 - الهيئات الوطنية المستقلة:

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

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

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

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

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

3 - الولاية:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 - المؤسسات العمومية: خلافاً للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 الذي قصر إبرام الصفقات العمومية على نوع واحد من المؤسسات العمومية، وهي المؤسسات العمومية ذات

¹ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 14 و 15.

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

الطابع الإداري فإنّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم، قد أخذ بمفهوم واسع ومتنوع للمؤسسة العمومية، حينما أوردت المادة الثانية منه عدة أنواع من المؤسسات العمومية وهي:

أ - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

ب - المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي:

ج - المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

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

هـ - المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: .

و - المؤسسات العمومية الاقتصادية:

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني : أنواع المعايير في العقود الادارية

يتمثل موضوع العقد الإداري ويتصل محله بمرفق من المرافق العامة و يأخذ المرفق العام مفهومين: المفهوم العضوي-الشكلي: ويتمثل في الأجهزة والهيئات والتنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية مثل الجامعة، المستشفى، إدارة الشرطة... الخ.

أولا : المعيار الموضوعي:

وعلى الرغم من ظهور أزمة المرفق العام La crise de service من حيث عدم اعتبار مفهوم ومصطلح "المرفق العام" أساسا ومعيارا فريدا للقانون الإداري، فإن فكرة المرفق العام ما زالت تلعب دورا في تحديد العديد من مصطلحات القانون الإداري، ومنها العقد الإداري كما هو واضح - خاصة - من موقف الفقه والقضاء الإداريين في كلا من فرنسا⁽¹⁾، ومصر⁽²⁾، وعليه فإنه يشترط في العقد حتى يكون إداريا، أن ينصب على مرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه. فالعقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص آخر (طبيعي أو معنوي) على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة، أو إذا أشرك الأفراد في إدارة وتسيير المرفق.

ثانيا : المعيار الشكلي (الشرط الاستثنائي غير المألوف)

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثالث: أنواع العقود الإدارية

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

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

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

وأما العقود الإدارية غير المسماة فهي كل عقد إداري لم يرد له وصف في قانون ما أو لم تستقر بشأنه أحكام القضاء على أنه عقد من عقود القانون العام، فهي تعتبر عقوداً إدارية وفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع لها لأن شروط العقد الإداري وأركانها انطبقت عليها⁽⁴⁾.

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

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

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

⁴ - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 322.

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

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

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

أولاً - عقود الأشغال العامة: (عقد المقاوله) :

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

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

أ - منصبا على عقار سواء بالبناء (مساكن، سد، طريق...) أو بالترميم (جسر قديم، منشآت أثرية...) أو بالصيانة (دهن مباني، تنظيف...)، وعليه فإذا كان العقد منصبا على

¹ - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 105.

² - عمار عوابدي: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 198.

- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 19.

- سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 122. وهو نفس تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1950/12/23.

³ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 22.

منقول فلا يكون عقد مقاوله، وإنما عقد آخر كالتوريد، غير أنه إذا ما انصب موضوع العقد على عقار بالتخصيص فإنه يكون عقد شغل عام كإقامة خطوط هاتفية أو مد مياه إلى غير ذلك.

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

ج - أن يهدف الشغل العام إلى تحقيق المنفعة العامة.

ثانيا - عقد اقتناء اللوازم: (عقد توريد):

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

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

¹ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 199.

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

ثالثا - عقد تقديم الخدمات :

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

رابعا - عقد الدراسات :

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

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

خامسا - عقد التزام المرافق (عقد الامتياز):

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

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

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

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

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

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

سادسا : عقد القرض العام :

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

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

المبحث الثاني : تميزه العقود الادارية

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

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

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

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

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

المطلب الأول: معايير تمييز العقود الإدارية:

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

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

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

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

الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها

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

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

1- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

3- إتباع أساليب القانون العام.

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

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

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

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

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

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

الفقرة الأولى: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

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

¹ - مروت (يدوي)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع 3 ر 4، م 27، ص

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

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

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

الفقرة الثانية: اتصال العقد بنشاط مرفق عام

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

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

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

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

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

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

يكون عملية إدارية هي بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري.

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

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

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

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

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

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

1961 ص 11،

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

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

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

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

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

² - الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 143.

³ - عيسى رياض ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 68.

أولاً : نظرية الهدف المباشر

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

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

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

ثانيا: نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام

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

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

² - VELLEYS(S.), op-it, P84 et s.

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

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

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

ثالثا: نظرية المرافق العامة الإدارية بطبيعتها

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

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

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

الفقرة الثالث: : اتباع أسلوب القانون العام

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

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

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

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

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

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

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

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

وتعبرها في مجال العقود، ويضيفون إلى ذلك أن صلة العقد بالمرفق العام لم تعد لها أهمية، كما قيل أنها أصبحت مجرد عبارات لفظية لا تتضمن أي معنى حقيقي¹.

والأكثر من ذلك فقد حصل تطور كبير في طبيعة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري من خلال العقد الإداري بالذات أكثر من غيره من موضوعات القانون الإداري، حيث لم يعد النظر إليها أنها مجرد امتيازات ممنوحة للإدارة وإنما هي ذات الوقت تعتبر قيودا عليها، فهي سلطة منظمة وليست مطلقة².

المطلب الثاني : تقييم المعايير وموقف المشرع الجزائري

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

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

¹ - ثروت يدوي ، المرجع السابق، ص 143.

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

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

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

الفرع الاول : تقييم المعايير

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

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

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

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

² - محير أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،

طه، 2006، ص 351-352

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

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

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

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

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

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

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

³ - DELAUBADÈRE (A), op cit, P 53

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ - متيفون، المرجع السابق، ص 141

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

⁵ - ستينوف، المرجع السابق، ص 245.

- أن تكون الإدارة طرفا فيه.

- أن يتصل بمرفق عام.

- أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

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

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

¹ - محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 870 لسنة 5 ق بتاريخ 12/09/1956 س.بند 50 ص 77

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

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير

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

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

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

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

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

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

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

¹ - المادة الأولى من القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الجريدة

الرسمية للجمهورية العربية المصرية، العدد التاسع عشر مكرر الصادر في 8 ماي، مئة 1998، ص01

² - Article 2 du Décret N°2001 -210 du 7 Mars 2001, portant code des marché publics J.O.

N°57i du mars 2001, P3,

الفصل الثاني

حدود امتيازات الإدارة عند تنفيذها للعقد الإداري

تمهيد

إن إعطاء المشرع للإدارة المتعاقدة جملة من السلطات أو الحقوق في تنفيذها للعقود الإدارية، سواء في فرضها لرقابتها على المتعاقد معها أو بخصوص تعديلها لالتزاماته أو أحيانا توقيع جزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، أو إنهاء هذا العقد ولو دون خطأ من المتعاقد، فهل إعطاء المشرع لكل هذه الضمانات للإدارة من جهة يكون معه حرمان للمتعاقد مع الإدارة وإهدارا لحقوقه معها طيلة تنفيذ العقد الإداري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية المتعلقة بهذا الفصل، نقترح أربعة مباحث لدراسة هذا الموضوع.

المبحث الأول: حدود سلطة الإدارة في الرقابة:

إن استعمال الإدارة لامتيازاتها المخولة لها قانونا ، تحكمها جملة من الضوابط والقيود. فسلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقود الإدارية، تقابلها ضمانات أو حقوق للمتعاقد كعدم تغيير طبيعة العقد أو موضوعه مثلا، على أن يكون هدف هذا الامتياز هو تحقيق المصلحة العامة من أجل استمرارية سير المرافق العامة.

المطلب الأول: القيود الواردة على الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة:

لقد أجمع الفقه على وجود جملة من الضوابط أو القيود التي تحد من سلطة الإدارة في استعمالها لرقابتها للمتعاقد معها، مثل عدم تغيير موضوع أو طبيعة العقد، التقيد بهدف المصلحة العامة لسير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، بالإضافة إلى الالتزام باللوائح والقوانين في مجال مشروعية قراراتها المصلحية.

الفرع الأول: عدم تغيير طبيعة العقد أو موضوعه:

وهنا لا يجوز للإدارة التغيير من طبيعة العقد عند ممارستها لرقابتها على المتعاقد معها كأن تحول مثلا طريقة سير المرفق من عقد التزام إلى أسلوب الاستغلال المباشر¹.

الفرع الثاني: التزام الإدارة بالقوانين والتنظيمات و اللوائح:

يعني أن الإدارة يجب عليها التقيد بما جاء في تنظيم هذه السلطة، لأن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ المشروعية وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل والمتمم للصفقات العمومية، بمعنى أن الإدارة في ممارستها لرقابتها عليها أن تحترم مختلف القوانين الأساسية للمصالح المتعاقدة، بالإضافة إلى كل من أحكام المواد من 01 إلى 03، من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، وقد جاءت مؤكدة على ضرورة احترام إجراءات سير عملية الصفقات العمومية.

ولقد انتهجت أحكام المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نفس المنهج في التعديل الجديد بواسطة المرسوم الرئاسي رقم: 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم: 250/02 ، والذي نص في المادة الثالثة منه على إضافة المادة: 02 مكرر منه والتي وسعت من مجال الرقابة على الإدارة في هذا المجال فنصت على أن مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات.

و زيادة على هذا، فقد أكدت أحكام المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 على تطبيق عقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، في حالة عدم احترام الأحكام والمبادئ المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

1 - . طعيمة الجرف: القانون الإداري، مكتبة القاهرة، مصر 1970 ص.444

بالإضافة إلى أن أحكام المادة السادسة من المرسوم رقم 338/08 والتي تعدل المادة 09 من المرسوم السابق، التي أضافت فقرة جديدة والتي تنص على ضرورة تضمين دفاتر الشروط البيانات الملائمة لإعلام المتعهدين بمضمون شروط العمل هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية و الإدارية في الفصل الخامس الخاص بالإستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات في المادة 946 منه، على أنه في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يجوز إخطار المحكمة الإدارية بواسطة عريضة حول هذه التجاوزات، ويتم إخطار المحكمة من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي يتضرر من هذا الإخلال، و يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد له الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، مع جواز الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، مع إمكانية تأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات لمدة لا تتجاوز عشرون (20) يوما . والذي يعد بين وسائل الرقابة على أعمال الإدارة مما يجعل المرسوم الرئاسي المعدل قد عزز وسائل الرقابة فيه حتى بقانون الإجراءات المدنية المعدل، حتى يكون هناك توافق، وهذا يعد من بين أسباب تعديل المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

المطلب الثاني: ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الرقابة:

إن تمتع الإدارة بجملة من الامتيازات في تجاه المتعاقد معها، لا يجعل من هذا الأخير في مركز ضعيف بل فقد كفل له المشرع جملة من الضمانات أو الحقوق والتي تعد التزامات على الإدارة.

فقد نص المشرع الجزائري على ضرورة صدور أوامر الخدمة والتي يجب أن تكون مكتوبة فمن خلال دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل، أن المقاول ملزم بتنفيذ هذه الأوامر باعتبارها قرارات إدارية لها قوة تنفيذية ملزمة وهذا ما جاء في المادة: 4/12 من دفتر البنود الإدارية العامة.

بالإضافة إلى الحل الودي الذي تلجأ إليه الإدارة لتسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها ، وذلك باتخاذ حل ودي للنزاع، وذلك للتوصل إلى أسرع انجاز وبأقل تكلفة.

وفي حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق بمقرر يصدره الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوبة وهذا ما نصت المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مع إمكانية نفاذ هذا المقرر حتى في غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

وهذا ما سبق تأكيده في قرار صادر للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1985/11/09 إذ جاء في حيتياته: " من المقرر قانون أن عرض النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات تسوية ودية لهذه النزاعات هو إجراء وجوبي قبل رفع الدعوى القضائية ، ومن ثم فإن الطعن التدرجي الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة أيضا هناك الطعن الإداري الذي نصت عليه أحكام المادة 5/102 من المرسوم الرئاسي رقم

250/02 ، وأكدت عليه نفس المادة في فقرتها الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهو أن المتعامل المتعاقد يرفع طعن لدى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة ، والتي تصدر مقرر خلال الثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن، هنا نجد انه قد تم حذف العبارة (وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية) والتي تعد إعادة لأن المادة في بدايتها تنص على أن رفع الطعن يكون قبل كل مقاضاة أمام العدالة وهو الصواب¹.

وإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المتعاقد مع الإدارة، أعطاه المشرع حق اللجوء إلى القضاء بدعوى الإلغاء أو فحص المشروعية على القرارات الإدارية التنفيذية الملزمة، والتي تكون في شكل أوامر مصلحة على المتعاقد مع الإدارة لتنفيذها، فالقاضي الإداري له صلاحية مراقبة السلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ القرارات الإدارية استنادا إلى سببها، من خلال مدى تطابق تصرفاتها مع النصوص القانونية والشكليات والإجراءات المتطلبة في ذلك ، ولقد استقر القضاء الفرنسي على هذا في العديد من القرارات فالقاضي يقوم بمراقبة مخففة على ذلك ، وهذه الرقابة تعد كصمام أمان في مواجهة تعسف الإدارة².

أما بالنسبة للإجراءات والأشكال فالقرار الإداري ذو القوة التنفيذية تتطلب بيانات إلزامية تعد جوهرية ، فهذه الإجراءات تعتبر من بين الضمانات التي يمكن للمتعاقد الاستناد عليها³ أما محل القرار، فالمتعاقد يمكن له تأسيس دعواه على أساس مخالفة الإدارة في موضوع قرارها للقانون المطبق.

1 - المجلة القضائية الجزائرية، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1989/11/09 ملف رقم: 43371 قضية ش ذ م س ضد وزير الري و والي ولاية الجزائر، العدد الثاني 1990 ص 175.

2 - فريدة أبركان رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، ترجمة عبد العزيز أمقران، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني سنة 2000 ص 39/37

3 - حسن الشيخ اث ملويا دعوى تجاوز السلطة، الكتاب الأول، دار ربحانة، الجزائر الطبعة الأولى، ص 125

أما بالنسبة لعنصر الاختصاص فنجد أن المادة:07 من المرسوم 250/02 الخاص بالصفقات العمومية نظمت الاختصاص الشخصي¹ في هذا المجال حسب طبيعة الصفقة فالصفقات لا تكون نهائية إلا إذا وقعت السلطة المختصة , كل من مجال اختصاصه فمثلا الوزير في صفقات الدولة، الوالي في صفقات الولاية، رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية، مدير المؤسسة أو المركز حسب نوع المؤسسة هذا كله في إطار إمكانية تفويض الاختصاص للمسؤولين المكلفين مع الإشارة إلى أن بالنسبة للولاية والبلدية فإن موافقة المجلس الشعبي الولائي وجوبية قبل أي توقيع كما يشير إليه المادة:01/55 من قانون الولاية 09/90، والمواد 85،120 من قانون البلدية 08/90، هذا بالنسبة لعنصر الاختصاص الشخصي أما الاختصاص الموضوعي والزمني فلا يمكن لأي سلطة أن تتجاوز صلاحياتها لتصدر مثلا قرارات خاصة لهيئة أخرى فهذا يعد تجاوز لاختصاصها، أما الاختصاص الزمني فمثلا نجد المسؤول المكلف بالتوقيع والذي يصدر توقيعه خارج الآجال المحددة قانونا بالتوقيع أو خارج الخدمة يكون قد تجاوز حدود اختصاصه ويجعله سبب للبطلان أو إلغاء القرار الإداري , أما الاختصاص المكاني فيتعلق بالحدود الجغرافية أي أن الهيئة المختصة بإصدار قرارها خارج حدودها الإقليمية تعتبر عيب عدم الاختصاص الجسيم الذي يترتب عنه انعدام القرار الإداري، و إذا قامت الإدارة لتنفيذه تكون في حالة الاعتداء المادي باعتبار أن العقد المنعدم لا يترتب أي حقوق للمتعاقد مع الإدارة، كذلك يمكن للقرار الإداري الصادر أن يعاب على أساس غاية الإدارة وذلك بخروجها عن المصلحة العامة بسبب إساءة استعمال السلطة سواء كان هذا الانحراف لتحقيق مصلحة لمصدر القرار أو غيره، أو للانتقام من الغير لتضمين شروط تعجيزية في العقد، أو الانحراف بالسلطة لتحقيق أهداف سياسية، بالخروج عن الهدف الذي حدده القانون².

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

2 - حسن الشيخاثر ملوياً دعوى تجاوز السلطة، الكتاب الأول، دار ربحانة، 2004 ص 125

أما مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر والتي تجد تطبيقاتها في عقود الأشغال خاصة وهنا نميز بين مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن الأضرار على المشاركين والتي يكون تعويض الأضرار فيها على أساس الخطأ وليس المخاطر وهذا ما ذهبت إليه، المحكمة الإدارية بالجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 1964/12/11 وذلك بشأن قضية لشركة كهرباء غاز الجزائر في حادث وقع أثناء هذه الأشغال، واعتبر القاضي أن الشركة غير مسؤولة في مواجهة العمال الذين كانوا حين وقوع الحادث يشاركون في الأشغال إلا إذا كان الخطأ ناتج عن تلك المؤسسة ، أما مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن الأضرار الواقعة على المرتفقين فهنا التعويض يكون على أساس نظرية انعدام الصيانة العامة، والتي يقصد بها سهر الإدارة المتعاقدة على صيانة وسير المنشآت العمومية بغية تمكين المرتفق من استعمالها دون خطر، وهنا نجد اختلاف النظرتين بين لوبيادير الذي يرى التعويض على أساس الخطأ و أودون الذي يراها على أساس المخاطر.

بالنسبة لحالة مسؤولية الإدارة عن الأضرار الواقعة عن الغير " وهنا يكون التعويض بثبوت العلاقة السببية بين الضرر الحاصل والأشغال ويكون أساس المسؤولية هو نظرية المخاطر وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في قرارها في 11 ديسمبر 1964¹.

ونجد أن اتجاه مجلس الدولة الجزائري جاء في قراره الصادر بتاريخ: 08 مارس 1999 أين أقر التعويض على أساس نظرية المخاطر باعتبار أن الضحية ليس مشاركا ولا منتفعا من الأشغال على أساس أن أشغال الحفر كانت تحت إشراف البلدية وإدارتها، وأن إهمال البلدية للإجراءات الوقائية يجعل مسؤوليتها قائمة² ، وهنا اعتبر مجلس الدولة المسؤولية متعلقة

1 - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق، و خالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة 1994 ، صفحة من 122 إلى 125

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

بالأشغال العامة وتم تأسيس القرار على أساس أن عيب الصيانة العادية متوفر لعدم قيام البلدية بإحاطة الحفرة بسياج يحمي الأطفال وبالتالي فالمسؤولية قائمة¹.

المبحث الثاني: حدود سلطة إدارة في التعديل و توقيع الجزاءات

إن الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل والتي تعد اخطر السلطات الممنوحة لها وذلك لمساسها بجوهر العقد، فإنها ملزمة بإتباع ما يمليه القانون الإداري بمبادئه وأحكامه القضائية وسنتناول دراسة هذه النقطة في مطلبين على التوالي.

المطلب الاول : حدود سلطة الإدارة في التعديل

الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة التعديل:

لقد اقر الفقه والقضاء الإداري أن الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل فهي تستند لفكرة المرفق العام لكن هذه الممارسة مقيدة بجملة من الشروط حسب ما تستدعيه قواعد المشروعية وظروف العقد، فنجد في القسم الخامس من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 90 منه قد نص على إمكانية تعديل المصلحة المتعاقدة للصفقة على أساس إضافة ملاحق تبرم في جميع الحالات بهدف زيادة أو تقليل الخدمات بشرط أن يكون هذا التعديل لا ينصب على موضوع الصفقة جوهريا، ويكون التعديل هنا بإرادة الإدارة المتعاقدة ويكون أساس التعديل هو مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل و التبديل ، سواء في إنهاء مدة العقد أو في تحيين الأسعار أو في فترة التنفيذ.

لكن هل مع كل تغيير للظروف نجد الإدارة ملزمة التعديل البنود العقد وفق مقتضيات

الأوضاع الجديدة ؟

- . حسين الشيخ اث ملويا، المننقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر 2002 ص 69.71 1

نجد أن المشرع الجزائري قد فصل في هذا الأمر عندما أشارت أحكام المادة 91 من المرسوم 250/02 بقوله أن الملحق يخضع للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، بمعنى أن تغيير الظروف هو الشرط المرتبط بالتعديل حسب المستجدات أو المتغيرات التي تطرأ على العقد والظروف التي ينفذ فيها، بالإضافة إلى أن يكون هذا التعديل يمارس في حدود القانون بان يبلغ قرار التعديل إلى المتعاقد مع الإدارة مع توضيح العمل المراد تعديله لان كل عمل يخرج من هذا النطاق يعد محلا للطعن حسب ما نصت عليه أحكام المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 131/88 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن، لكن تبقى سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تقتصر على الشروط المتعلقة بالمرفق العام ولتحقيق المصلحة العامة، ودون المساس بالمزايا المالية للمتعاقد وهذا كأصل عام، والذي يرد عليه استثناء في عقود الامتياز وهو تعديل أسعار المبلغ مع إمكانية طلبه للتعويض إذا كان فعلا مؤسس¹ وهذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن الإدارة عليها احترام حق التوازن المالي للعقد وذلك بعدم إضافة أي أعباء جديدة على عاتق المتعاقد معها بطريقة تغيير جوهر العقد الأصلي. ونجد أن تعديل العقد لظروف مستجدة قد أدى إلى ظهور نظريتين: النظرية الأولى: وهي نظرية فعل الأمير وهي تلك الإجراءات المتخذة من السلطة العامة ينتج عنها جعل تنفيذ العقل أكثر تكلفة كزيادة الضرائب.

وتجد هذه النظرية أساسها من خلال تكريس القضاء الإداري لهذه النظرية عن طريق الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة 1964/12/11 في قضية كهرباء الجزائر ضد بلدية فوكة ، أين كان التعويض الكلي للمتعاقد بسبب الإجراءات و الأعباء الجديدة.

- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم عنابة 2004 ، ص 1.233.234

أما النظرية الثانية : نظرية الظروف الطارئة:

و ترجع أساس هذه النظرية من خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1916/03/30 في قضية شركة غاز بوردو Compagnie Générale D'éclairage De Bordeaux ، ومن هنا وضعت شروط النظرية و المتمثلة في أن تؤدي هذه الظروف إلى صعوبات في تنفيذ العقد ، و لا يمكن للمتعاقد طلب تعويضات إلا إذا أصبح تنفيذ العقد باهظا، الشيء الذي سار عليه القضاء الإداري الجزائري في قراره صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10 في قضية (د . ج) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة ، و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها و ترتب مع حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد خسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف ، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"¹.

و من هنا يمكن أن نستخلص ؛ أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تطبق إذا كان الحدث أو الظرف مستقل عن إرادتي طرفي العقد، و أن يكون هذا التغيير الحقيقي ما يؤدي بالمتعاقد إلى تعرضه إلى عجز جسيم². و هنا إذا عرض النزاع أمام القاضي، يحكم بتعويض جزئي و مؤقت و يكون تحمل الأعباء بين الطرفين، فجانبا من الخسارة تتحمله الإدارة المتعاقدة³.

و أخيرا ما يجب التركيز عليه أن التعديل الذي يرد على العقد أن يكون على نفس المحل و السبب فعند تنفيذ الإدارة لقرار التعديل يجب أن يكون قائما على العقد الأصلي وإلا عد العقد باطلا ويمكن للمتعاقد طلب إلغاء العقد أو الامتناع عن تنفيذه⁴.

1 - قرار الغرفة الإدارية المحكمة العليا :ملف رقم 99694 بتاريخ 1993/10/10 ، ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة ، المجلة القضائية، العدد 01. 1994 ص 217 .

2 - ناصر لباد: المرجع السابق، ص 448.

3 - ناصر لباد: المرجع السابق، ص 448.

4 - محمد خلف الجابوري : العقود الإدارية: المرجع السابق ، ص 155.

الفرع الثاني: حقوق المتعاقد مقابل سلطة التعديل:

إن أساس وجود شرط تعديل العقد بإرادة منفردة في العقد لصالح الإدارة المتعاقدة لا يعني بالمقابل تجاهل حقوق الطرف الآخر في العقد، بل أقر القضاء و الفقه الإداري جملة من الحقوق يتضمنها العقد مقابل منح للإدارة المتعاقدة لهذه السلطات مثل الحق في التعويض ، الحق في فسخ العقد ، أو إلغاء قرار التعديل إن توفرت شروطه.

أولاً : حق المتعاقد في التعويض:

إن فكرة التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة فمرده إلى مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة كما يرى البعض، أما البعض الآخر فيرى أن الأساس ينسب إلى مبدأ المسؤولية دون خطأ للإدارة ، و على أساس الخسارة التي لحقت المتعاقد و ما فاتته من كسب . فـالمتعاقد يمكن له طلب التعويض حتى و لو كان القرار مشروعاً كما في نظرية فعل الأمير .

و في الجزائر ، فالمتعاقد مع الإدارة له الحق في رفع دعوى التعويض إلى الغرفة الإدارية للمجلس حسب المادة 07 الفقرة الأخيرة ، وذلك بسبب قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ أو المخاطر عن الأضرار الواردة عن تعديل العقد.

ثانياً : حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد:

أكدت على ذلك المحكمة الإدارية المصرية في حكمها و الذي ينص على : "... بل له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن تعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ في هذا التعديل، فله أن يتقاضي النتائج الخطيرة التي لا مقابل لها".

و عليه يمكن أن تكون منازعات فسخ العقد من اختصاصات الغرف الإدارية بالمجلس ، و لا يمكن رفعها إلا من الأطراف المتعاقدة ' و بناء على ذلك يجوز للقاضي الإداري الحكم على الإدارة بالتعويضات ، كما يجوز له النطق بالفسخ فقط دون توجيه أوامر و غرامات

تهديدية للإدارة ، لكن في التعديل الجديد للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، نجد أن المشرع الجزائري قد نص في الفصل الخامس المتعلق بالاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات في المادة 964 منه ، إذا كان النزاع يخص الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية ، ففي هذا الصدد فقد نص في نفس المادة في الفقرة الخامسة منها على أنه يمكن للمحكمة أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد الذي تحدده المحكمة للطرف المخل للامتثال لالتزاماته.

ثالثا : حق المتعاقد في طلب إلغاء قرار التعديل:

و هنا يحق للمتعاقد المطالبة بإلغاء قرار التعديل الصادر عن الإدارة المتعاقدة من خلال ممارستها لسلطة التعديل غير المشروع ، و سلطة القاضي هنا في مراقبة قرار التعديل من حيث أركانه من محل وسبب و شكل، و إجراءات و غاية، و هل الإدارة احترمت قواعد الاختصاص بكل أنواعها.

المطلب الثاني : حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات:

إذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذها للالتزامات التعاقدية ، فلقد استقر القضاء و الفقه على توقيع الإدارة لجملة من الجزاءات لضمان سير المرفق العام، و التي تمنح بالمقابل ضمانات للمتعاقد مع الإدارة بلجوه إلى القاضي الإداري عن طريق دعاوى القضاء الكامل لفحص مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة ، و من هنا للقاضي الذي ترفع أمامه الدعوى أن يلغي الجزاء الموقع و الحكم بالتعويض لأحد المتعاقدين ، و سنتطرق لنقطتين هامتين ، ألا و هما قيود ممارسة توقيع الجزاءات ، و رقابة القاضي على سلطة توقيع الجزاءات في مطلبين على التوالي.

الفرع الأول : قيود ممارسة توقيع الجزاءات:

إن الإدارة في توقيعها للجزاءات فهي ملزمة بالنقيد بضوابط أو حدود لا يجب الخروج عنها ، و إلا عد مخالفة للقانون و متمثلة فيما يلي:

(1)- ألا توقع الإدارة عقوبات جزائية على المتعاقد معها حتى و لو كان إخلاله يشكل جريمة يعاب عليها القانون لأن في الأصل توقيعها للجزاءات الإدارية و ليس جزائية.

(2)- ضرورة اعدار الإدارة للمتعاقد معها قبل توقيع أي جزاء عليه ، لأن تخلف هذا الإجراء يجعل الجزاء غير مشروع ، ومن ثمة يتعين إبطاله.

و الاعذار هو إثبات أن المدين قد تأخر في تنفيذ التزامه ، لإمكانية توقيع الجزاء عليه ، و هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية Grenouiller أين قضى بأنه لا يمكن أن يكون هناك نص في العقد يمكن أن يؤدي إلى السماح للإدارة في حالة عدم قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، أن تقدم بغرض الجزاء عليه قبل إعداره "، وهي القاعدة العامة في القضاء الفرنسي و التي أورد عليها جملة من الاستثناءات تعفي الإدارة من الإعدار حتى ولو كان الأصل يتطلب ذلك ؛ فمن جملة الاستثناءات نجد :

1.2 حالة وجود نص صريح يعفي الإدارة من الإعدار:

و في هذا الصدد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10/06/1953 في قضية Commune de sainte Denis envol¹.

2.2 حالة الظروف الملحة:

و يقصد بها الظروف المحيطة بالعقد سواء في إبرامه أو تنفيذه ، مثل توريد اللوازم و المواد العسكرية في زمن الحرب، و تبقى السلطة للقاضي في تقدير هذه الظروف.

1 - . إبراهيم طه الفياض : الرجوع السابق ، ص 203-204.

3.2) حالة عدم جدوى الإعذار:

وتقررت هذه الحالة بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ville De Beressin المؤرخ في 1945/06/29 ، كون المتعاقد هنا قرر عدم تنفيذ العقد من تلقاء نفسه ، و بالتالي عدم جدوى الإعذار ، بينما نجد أن القانون المصري يرى إعمال القانون المدني المتعلق بالإعذار على العقود الإدارية¹.

أما في الجزائر، فقد نصت أحكام المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، في المادة 99، منه على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد.

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا جليا أن إجراء الإعذار إجراء وجوبي يرد على تخلفه البطلان، بالإضافة إلى أن أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل و المتمم ، قد أعطت للإدارة السلطة التقديرية في تحديد البيانات الواجب تحديدها في شكل إعلان قانوني.

و بالنسبة لعقد الامتياز؛ فنجد أن أحكام المادة 18 من دفتر الشروط النموذجي أنه في حالة فسخ عقد الإمتياز بمبادرة من الإدارة في حالة عدم احترام صاحب الامتياز لالتزاماته التعاقدية المتعلقة بانجاز برنامج الاستصلاح وفقا للشروط و الآجال المحددة ، فإن الفسخ هنا يجري بالطرق القضائية بعناية مدير أملاك الدولة بالولاية المختص إقليميا ، و يجب أن يتم الاعذار مرتين .

1 - حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 239.

و لقد نصت أحكام المادة 18 من دفتر الشروط النموذجي يمنح امتياز على قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة الواقعة داخل مساحات استصلاحية و المحتمل تحويلها، و اعتبار هذا الفسخ كإجراء و جوبي قبل اتخاذ قرار فسخ عقد الامتياز؛

" يمكن فسخ عقد الامتياز بمبادرة من الإدارة إذا لم يحترم صاحبه الالتزامات المفروضة عليه ، و على الخصوص تلك المتعلقة بانجاز برنامج الاستصلاح..... يجري الفسخ بالطرق القضائية بعناية مدير الأملاك الوطنية بالولاية المختص إقليميا بعد اعدارين يتم إرسالها لصاحب الامتياز برسالة موصى عليها..... و تبقيان دون جدوى".

كما نجد أيضا * أن المشرع الجزائري قد نص على ضرورة الإعذار في الأشغال العامة لأن الإدارة لا يمكن لها توقيع الجزاءات على المقاول في حالة عدم امتثاله لأحكام تنظيم الصفقة أو للأوامر المصلحة إلا بعد إجراء الإعذار ؛ و هذا ما ذهب إليه القضاء الإداري في الجزائر في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/16، و الذي جاء في حيثياته: (.... و أن هذه الوضعية غير المتنازع فيها من قبل الولاية، كونها هي نفسها لم تبلغ إعذارا كانت قد أصدرته حسب تصريحاتها في 1982/02/24، فإنه و حسب أحكام المادة 35 من الصفقة و أحكام المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، فإن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال....)¹.

4.2 (احترام قواعد المشروعية:

فالإدارة لكي توقع قرار الجزاء لابد أن يستوفي كامل أركانه و شروطه:

1 - المجلة القضائية: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 1989/12/16، ملف رقم 65145، قضية

ع.ط ضد و.ق ، العدد الأول ، سنة 1991 ، ص 135.

فمن حيث السبب : فالإدارة عليها تسبب دوافع اتخاذ القرار مستندة في ذلك إلى الوقائع المادية و القانونية التي أدت بالمتعاقد لتخلفه في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

من حيث شكل الإجراءات : و هنا لابد للإدارة من احترام الإجراءات التي سبقت صدور القرار أو نص القانون على وجوب صدوره في شكل معين.

من حيث المحل: على الإدارة احترام العقد الوارد بينها و بين المتعاقد و النصوص القانونية الواردة في هذا الباب مع استفادتها من الاستثناءات الموضوعية لصالحها.

من حيث الاختصاص: فالإدارة ملزمة باحترام قواعد الاختصاص المنصوص عليها قانونا أو في العقد.

و عموما فإن تخلف أحد أركان قرار الجزاء يؤدي إلى عدم مشروعية ، وبالتالي لابد من عرضه على رقابة القاضي الإداري، و هذا ما سوف نتعرض له في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: رقابة القاضي على سلطة توقيع الجزاءات:

إن الرقابة القضائية تعد من أهم الضمانات التي منحها المشرع للمتعاقد مع الإدارة باعتبار أن الطعن في قرارات لجزاء من النظام العام و لا يمكن للإدارة الاتفاق في العقد على ما يخالف ذلك أو استبعاده. فإذا رجعنا إلى اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية ؛ نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على المعيار العضوي، و هذا حسب ما تبينه أحكام المادة 07 من الأمر 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و هذا نفس النهج الذي أشير إليه في التعديل الأخير ، بالقانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 25 فيفري 2008، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتبعة أمام الجهات الإدارية ، ففي الفصل الأول الخاص بالاختصاص و بالتحديد في الاختصاص النوعي ، فقد جاءت أحكام المادة 800 منه، على إعطاء الولاية العامة للمحاكم

الإدارية في المنازعات الإدارية ، وذلك بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا الدولة، الولاية أو البلدية ، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

أما المادة 801 من نفس القانون فقد نصت في فقرتها الأولى على أن الاختصاص يؤول إلى المحاكم (أي الغرف المحلية بالمجالس القضائية إلى حين تنصيب المحاكم الإدارية)، في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية ، ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية ، ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية ، المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية ، دعاوى القضاء الكامل ، القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

و الجديد الذي جاء به هذا القانون هو إضافة المصالح الغير الممركزة للدولة على مستوى الولاية مثل مديرية الجمارك التي لها تسيير خاص و تعليمات مباشرة من السلطات العليا على مستوى الوزارات و ذلك تحت إشراف و رقابة الوالي ، كذلك مديرية التربية باعتبار ان كان جملة من الإشكالات في تحديد طبيعة الاختصاص هو إداري أم عادي ، و القانون الجديد قد فصل في ذلك بإضافة هذه المصالح الخارجية ، أيضا إضافة المصالح الإدارية الأخرى للبلدية و القضايا المعدلة لها قانونا بموجب نصوص خاصة بمعنى أن المشرع الجزائري أضاف النصوص التي تجعل الاختصاص

كأصل عام إلى القاضي الإداري ، رغم عدم وجود الهيئات المنصوص عليها في المادة 800 من هذا القانون و المادة 07 من القانون القديم للإجراءات المدنية، وعليه يمكن أن يسلط القاضي الإداري رقابة من خلال :

أولاً: رقابة مشروعية القرارات : التي تسلمها الإدارة في شكل جزاءات للمتعاقد معها و هذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي ؛ فيراقب أركان و خصائص هذا العقد و جودا و عدما ، والعيوب التي يمكن أن تثار من المتعاقد في دعواه سواء:

أ) عيب السبب: و هنا القاضي يتولى رقابة وجود واقعة التأخير بالنسبة لغرامة التأخير مثلا، و صحة التكييف القانوني وأسبابه.

ب) عيب الشكل و الإجراءات : و نكون بصدد هذا العيب عند مخالفة الإدارة المتعاقدة لإجراء أو شكل معين لإصدار القرار كعدم احترام الإعذار ، أو استشارة هيئة أعلى من الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاء.

ج) عيب عدم الاختصاص: و يكون قرار الجزاء معيب بهذا العيب إذا صدر من جهة إدارية أو موظف غير مختص أصلا بإصداره ، وسمي هذا الاختصاص بالاختصاص الشخصي ، أو صدور قرار الجزاء في مواضيع لم يحدد فيها القانون أو العقد ذلك ، وتسمى بالاختصاص الموضوعي ، أما الاختصاص المكاني فيكون القرار معيبا ، إذا صدر عن موظف انتهت مدة وظيفته أو من شخص آخر في مكان عمل آخر.

أما عيب الاختصاص الجسيم فنكون بصدد ذلك عندما تتجاوز الإدارة اختصاصاتها لتتعدى إلى اختصاصات المشرع أو القضاء و هذا ما كرسه مجلس الدولة الفرنسي.

أما طبيعة الاختصاص فهي من النظام العام و لا يمكن للإدارة الاتفاق على خلاف ذلك كما جاء في المادة 807 من القانون 09/08 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية ، فهنا المشرع الجزائري جعل الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام ، و يجوز إثارة هذا الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، و يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي.

(د) عيب مخالفة القانون: و هنا يكون الجزاء الذي تطبقه الإدارة أي الفعل المشار من قبلها لا يقابله أي التزام على عاتق المتعاقد.

(و) عيب انحراف السلطة: و نكون بصدد هذا العيب عندما تصدر الإدارة القرار بهدف تحقيق أغراض خارجة عن المصلحة العامة ، بل تكون بغرض تحقيق أغراض شخصية .

ثانيا : رقابة الملائمة: و هنا القاضي يراقب مدى ملائمة تصرفات الإدارة للوقائع ، فيحدد خطأ المتعاقد ، و يبحث في تناسب الجزاء الموقع من الإدارة مع الخطأ المشوب للمتعاقد ، فمثلا في غرامة التأخير، يراقب تناسب مقدار الغرامة و مدة التأخير في تنفيذ العقد.

و نجد أن رقابة القاضي على الجزاءات غير المشروعة التي تصدرها الإدارة في حق المتعاقد معها سواء كانت مالية أو ضاغطة أو فاسخة ، تكون حسب كل جزاء:

(1) في الجزاءات المالية: و هنا القاضي يمكن له الحكم بإعفاء من الجزاءات المالية إذا وقعت خطأ، كما له أيضا تخفيضها.

(2) في الجزاءات المالية الضاغطة أو الفاسخة:

إن سلطات القاضي في هذه الحالة هو إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد لما أصابه من ضرر في منازعات عقود الأشغال العامة و هذا ما أكدته قضاء مجلس الدولة الفرنسي، في قراره 1945/05/20¹ إلا أنه فيما يعد تراجع عن هذا الاتجاه و قبل طلبات إلغاء الجزاءات الإدارية غير المشروعة و اعتبرها قرارات منفصلة عن العقد لاسيما تلك المتعلقة بعقود الالتزام أو الأشغال؛ و قد تأكد ذلك من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1996/07/10، في

1 - قضية Compagne Générale Des Eaux ، و الذي يبين أنه في حالة عقد الأشغال العامة العادي من المسموح به أن رب العمل له الحق في فسخ العقد طبقا للمادة 1794 من القانون المدني الفرنسي، أي تعويض المقابل جملة عما أصابه من خسارة و ما فاتته من كسب و ينتج عن ذلك أن القاضي لا يملك إلغاء القرار الفسخ الذي تتخذه الإدارة.

قضية كايزال و الذي اعترف برفع دعوى تجاوز السلطة ضد المقتضيات التنظيمية الموجودة بالعقد¹.

و هو نفس الاتجاه الذي تبنته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بالجزائر في قرارها الصادر بصدد قضية الشركة الوطنية سامباك ضد الديوان الوطني للحبوب (O.A.I.C).

الفرع الثالث : حدود سلطة الإدارة في الإنهاء:

إن الامتيازات التي منحها منظم الصفقات العمومية للإدارة ، تخول لها سلطة إنهاء العقد الإداري كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك ، لكن في المقابل هذه الامتيازات فقد كفلها منظم الصفقات للمتعاقد مع الإدارة بجملة من الضمانات ، وهذا ما سنتناوله في المطلبين المواليين:

أولاً: قيود ممارسة سلطة الإنهاء:

إن الإدارة في ممارستها لسلطتها في إنهاء العقد الإداري لابد عليها من احترام جملة من القيود:

- الإدارة لا بد عليها في إنهاؤها للعقد الإداري، احترام المصلحة العامة، و ذلك حتى و لو لم ينص العقد على ذلك، و قد أكد على هذا المبدأ القضاء الإداري الجزائري في قرارها الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1967/11/08: (... إن فسخ العقد من الإدارة، حتى و لو حصل للمصلحة العامة.....).
- إن إنهاء العقد الإداري هي سلطة تقديرية للإدارة و عليها تبيان الأسباب التي أدت بها إلى إنهاء العقد مثل إنهاء عقد التوريد في الحرب.

1 - حسين الشيخ آث ملويا : دروس في المنازعات الإدارية ووسائل المشروعية، دار الهومة، الطبعة الأولى ، 2006، ص47.

- رقابة القضاء على سلطة الإدارة في إنهاء العقد، فالقاضي إذا رأى أن الأسباب غير مشروعة، فيعتبر القرار غير مشروع و بالتالي يتصدى القاضي و يقرر عدم مشروعيته و بالتالي إلغائه¹.

ثانيا : حقوق المتعاقد مقابل سلطة الإنهاء:

إن الإدارة المتعاقدة من خلال السلطات الممنوحة لها، يمكن لها إنهاء لها العقد مع الطرف المتعاقد معها و حتى دون أي خطأ منه ، وهذا بغرض المصلحة العامة. لكن في المقابل فقد كفل التنظيم للمتعاقد مع الإدارة حقوق في مواجهة هذه السلطة و سنتناول هذه الحقوق :

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

إن المتعاقد مع الإدارة لا يملك مع الإدارة التمسك باستمرار العقد حتى نهايته ، و يمكن للإدارة إنهاءه حتى قبل حلول أجله مادام ذلك للمصلحة العامة، فمن باب أولى يكون لها الحق في إنهاء العقد عند نهاية أجله و التمسك بعدم إطالة مدته أو تجديده ، و دون أن يكون أي حق للمتعاقد في مد مدة العقد أو التجديد ، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن محكمة القضاء المصرية المؤرخ في 1961/06/25.

2- حق المتعاقد المطالبة بالتعويض:

إن المتعاقد مع الإدارة عند إنهاء العقد الإداري و ذلك دون خطأ منه ، له الحق في التعويض عما أصابه و لحقه من ضرر، و لقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية ذلك في حكمها الصادر في 1956/06/16: " إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ طبقا للقواعد العامة في التعويض.

1 - محمد سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص 781.

و لقد أكد القضاء الجزائري على حق المتعاقد في التعويض و عليه يقابل حق الإدارة في فسخ العقد حق المتعاقد في التعويض، الذي ينبغي له أن يأخذ بعين الاعتبار الفوائد التي سوف يتحصل لو أن العقد نفذ.

و حتى يحصل المتعاقد مع الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ منه على التعويض، و هنا لابد من وجود شرطين جوهريين و هما: حصول الضرر، لأن القاعدة العامة في القانون الخاص لا تعويض دون ضرر و خسارة المتعاقد و الكسب على ما فاتته .

و يكون القاضي هنا يسترشد بالقوانين و اللوائح أو نصوص العقد، و نجد موقف مجلس الدولة الفرنسي قد استبعد تعويض المتعاقد على الأرباح التي تفوته في حالة إنهاء العقود الإدارية في حالة الحرب أو انتهائها و مرد ذلك إلى أن هذه الحالة تدخل في القوة القاهرة التي تنهي العقد دون تدخل إرادة الإدارة.

خاتمة

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

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

وقد اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، باعتبارها المشرفة على كل تراتيب إبرام العقد الإداري وتنفيذه. والإدارة تمارس السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ العقد الإداري بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

قائمة المراجع

القائمة المراجع

الكتب

1. أحمد عثمان: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، 1973
2. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005
3. محمد الصغير بعلي: العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005
4. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1994
5. محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، د.م.ج، 1987.
6. حسين الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر 2002
7. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم عنابة 2004
8. حسن الشيخ اث ملويا دعوى تجاوز السلطة، الكتاب الأول، دار ربحانة، 2004
9. عسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، الجزائر د.م.ج. 1985
10. مروت (يدوي)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع3 ر4،
11. الجبوري خلف (محمود)، النظام القانوني المناقصات العامة ، دراسة مقارنة، ط، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999
12. محير أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صأصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طه، 2006،
13. حسن الشيخ اث ملويا دعوى تجاوز السلطة، الكتاب الأول، دار ربحانة، الجزائر الطبعة الأولى

14. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة. 1977.
15. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق، و خالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة 1994 ،
16. فحمة (عبد الباقي)، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م ج 2، ع 1 بغداد، 1978
17. عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط1، 1976 النجف، العراق
18. الحلو ساجد راغب، القانون الإداري ، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996
19. سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري)، توزيع دار الكتاب الحديث، 1993
20. نواف كنعان: القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007
21. مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ثلاثة أجزاء، و.م.ج، الجزائر، 1998
22. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005
23. عمار عوابدي: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002،
24. عيسى رياض، العلاقات القانونية، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكيين، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1979
25. طعيمة الجرف: القانون الإداري، مكتبة القاهرة، مصر 1970

المذكرات والرسائل العلمية

1. أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
2. مصطفى كمال سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مجلة العلوم الإدارية، س 13 ع 1، 1971
3. خير الدين عبد العزي "حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة إدارة قضايا الحكومة مصر، س 05 ع 4، 1961
4. لباد (جمال الدين)، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال في مجلة قضايا الحكومة، م 8، 3، 1964ء
5. ستيونوف، نظرية العقود الإدارية والقانون الاشتراكي، مجلة القانون العام والعلوم السياسية 1966

القوانين والمراسم

1. المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 1957/01/08 والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.
2. المرسوم رقم 53-405 المتعلق بصفقات الدولة والمؤسسات الوطنية.
3. القانون المؤرخ في 1935/10/30 المتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات العمومية
4. القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 الخاص بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية، العدد التاسع عشر مكرر الصادر في 8 ماي، مئة 1998

المجالات القضائية

1. قرار الغرفة الإدارية المحكمة العليا :ملف رقم 99694 بتاريخ 1993/10/10 ، ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة ، المجلة القضائية، العدد 01. 1994 ص 217

2. المجلة القضائية: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 16/12/1989، ملف رقم 65145، قضية ع.ط ضد و.ق، العدد الأول، سنة 1991، ص 135.
3. قرار مجلس الدولة، قرار غير منشور، قضية بلدية عين أزال ضد عربة الطاهر و من معه، الغرفة الثالثة فهرس
4. محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 870 لسنة 5 ق بتاريخ 09/12/1956 س.بند 50
5. المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1189 لسنة 6، في بتاريخ 31/03/1962 س.7. بند 54 ص 527
6. المجلة القضائية الجزائرية، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 09/11/1989 ملف رقم: 43371 قضية ش ذ م س ضد وزير الري و والي ولاية الجزائر، العدد الثاني 1990
7. المجلة القضائية الجزائرية، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 09/11/1989 ملف رقم: 43371 قضية ش ذ م س ضد وزير الري و والي ولاية الجزائر، العدد الثاني 1990
8. فريدة أركان رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، ترجمة عبد العزيز أمقران، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني سنة 2000

المراجع باللغة الاجنبية

1. Duguit, Traité de droit constitutionnel, T. 111, p 44.
2. Jèze, Principes généraux du droit administratif, T. III, p 29
3. Délaubadère (A), Venezia (J.C), Gaudmet (Y), Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, pp 42
4. Délaubadère (A), Venezia (J.C), Gaudmet (Y), Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, pp 42
5. LAUBADERE (A. de), traité de droit administratif, 6 ed. Paris L.G.DJ 1973, P667 VEDEL
6. (G) droit administratif, 4 e ed , Paris, 1968. P212. -VELLEY (S.), Droit administratif, 4 ed, Paris dalloze 2003, P 84.

7. -RICCI (CJ), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette, Supérieur, 2006, P213.
8. VEDEL (G.), Droit administratif, op.cit, P204-205.
9. RICCI (CJ), Droit administratif général, op.cit, P217.
- 10.WALINE (M.)- Précis de droit administratif, 1969, P392
- 11.REGLADE(M.)de l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaires et administratives R.D.P 1924 P191
- 12.VELLEY(S.), op-it, P84 et s.
- 13.Pi77 C.E 8 December 1948 Pasteam RDP 1949 P75 note Walinc S, 1949
- 14.-WALINE (M.), Le critère du contrat administratif en crise, P831.
- 15.DELAUBADÈRE (A), op cit, P 53
- 16.WALINE (M), Paris, Lamarque "le déclin du critère de la clause exorbitante: LGDJ, 1974, , P497,
- 17.Article 2 du Décret N°2001 -210 du 7 Mars 2001, portant code des marché publics J.O. N°57i du mars 2001, P3,

الفهرس

إهداء

الشكر

05	مقدمة
10	الفصل الاول : ماهية العقود الادارية
11	المبحث الأول : مفهوم العقود الإدارية
11	المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية
11	الفرع الاول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا:
13	الفرع الثاني : نشأة العقود الإدارية في الجزائر:
16	المطلب الثاني: تحديد مفهوم المعايير في العقود الادارية
17	الفرع الاول : المعيار العضوي:
23	الفرع الثاني : أنواع المعايير
25	الفرع الثالث: أنواع العقود الإدارية
31	المبحث الثاني : تميزه العقود الادارية
32	المطلب الأول: معايير تمييز العقود الإدارية:
32	الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون
34	الفرع الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها
42	المطلب الثاني : تقييم المعايير وموقف المشرع الجزائري
43	الفرع الاول : تقييم المعايير
48	الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير
51	الفصل الثاني : حدود امتيازات الإدارة عند تنفيذها للعقد الإداري
51	المبحث الأول : حدود سلطة الإدارة في الرقابة
51	المطلب الأول: القيود الواردة على الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة
52	الفرع الأول: عدم تغيير طبيعة العقد أو موضوعه

52.....	الفرع الثاني: التزام الإدارة بالقوانين و التنظيمات و اللوائح
54.....	المطلب الثاني: ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الرقابة
58.....	المبحث الثاني: حدود سلطة إدارة في التعديل و توقيع الجزاءات
58.....	المطلب الاول : حدود سلطة إدارة في التعديل
58.....	الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة تعديل
61.....	الفرع الثاني: حقوق متعاقد مقابل سلطة التعديل
62.....	المطلب الثاني : حدود سلطة إدارة في
63.....	الفرع الأول: قيود ممارسة توقيع الجزاءات
66.....	الفرع الثاني: رقابة القاضي على سلطة توقيع الجزاءات
70.....	الفرع الثالث : حدود سلطة الإدارة في الإنهاء
74.....	الخاتمة
78.....	قائمة المراجع

ملخص مذكرة الماستر

في الأخير تبقي دراسة موضوع حيوي ومهم كامتيازات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية من بين الموضوعات المتشعبة والتي تتطلب وقت أكبر وذلك لخصوبة البحث في هذا المجال ولتعدد مصادره ،لذلك نأمل أن تكون هناك دراسات كثيرة في هذا الصدد وتجدر الإشارة أن هذا التحديد بدوره لم يلق صدًى في الجزائر لاعتماد القضاء الإداري ممثلاً سواء في الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً أو مجلس الدولة حالياً على لمعيار العضوي في تحديد اختصاص القاضي الإداري للنظر في منازعات العقود التي تبرمها الإدارة وهو ما تجلّى إن الطبيعة الخاصة التي تضيّ على العقد الإداري جعلت منه نظاماً قانونياً قائماً بذاته سببه الشروط غير المألوفة التي تتضمنها دون أن تكون محددة حصراً ضمنه لكثرتها. وسبب ذلك تطور هذا المجال بسرعة لا متناهية من أجل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتحقيق المصلحة العامة.

الكلمات المفتاحية :

1- العقد الاداري 2- الامتيازات الادارة 3- حدود سلطة الإدارة 4- الجزاءات

Abstract of The master thesis

In the end, the study of a vital and important topic, such as the privileges of management in the implementation of administrative contracts, remains among the manifold topics that require more time, due to the fertility of research in this field and the multiplicity of its sources.

It should be noted that this determination, in turn, did not resonate in Algeria for the adoption of the administrative judiciary, represented by the former Supreme Court Administrative Chamber or the State Council currently, on the organic criterion in determining the competence of the administrative judge to consider contract disputes concluded by the administration, which was evident. The administrative contract made it a stand-alone legal system due to the unusual conditions it contains without being exclusively specified within it due to its abundance. The reason for this is the development of this field at an infinite speed for the sake of the regular and steady functioning of public utilities and the achievement of the public interest.

key words:

-1 Administrative contract 2- Management privileges 3- Management authority limits 4- Sanctions