

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

سلطات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون إداري

تحت إشراف الأستاذ(ة):

محمد كريم

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب(ة):

بلعج رشيد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): بن فريحة رشيد..... رئيسا

الأستاذ(ة) محمد كريم..... مشرفا مقرر

الأستاذ(ة) جلطي منصور..... مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/10

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين و من أوصى الله بهما خيرا

« ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا »

إلى نور عيني زوجتي الغالية ومن كانت سببا لكل

خير

في حياتي واسأل العلي القدير أن تكون رفيقتي في

الجنة

إلى ولداي ونور عيناى ابني ياسر وابنتي رهن

كلمة شكر

أتقدم بشكري الخالص إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في هذا العمل وخاصة الاستاد المشرف محمد كريم الذي جعل من العمل سهلا وكل من الاساتدة الكرام بن فريحة رشيد رئيسا و جلطي منصور مناقشا كما أتقدم بالشكر الكبير لرفيقة دربي وغاليتي التي كانت سندا وعونا في كل الظروف وأسأل الله ان يديمها إلى جانبي , كما أتقدم بالشكر الجزيل غالى الصديق المخلص بن عبد الله ياسين لكل ما قدمه لي من عون ونصح وإرشاد .

بلعرج رشيد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ

«قل بفضل الله وبرحمته فبذلك

فليفرحوا هو خير مما

يجمعون»

تعتبر الأعمال الإدارية مجموع التصرفات والأعمال الصادرة عن السلطات الإدارية المختصة قانونا تحقيقا للمصلحة العامة وتختلف هذه الأعمال والأنشطة الصادرة عن السلطات الإدارية فبعضها مادي والبعض الآخر قانوني فمن حيث أوجه الشبه أن كلاهما صادر عن سلطة إدارية مختصة الغرض منه تحقيق مصلحة عامة.

وتختلف من عدة جوانب فالأعمال المادية لا تتجه إلى إحداث إثر قانوني وقد تكون سابقة على صدور عمل قانوني أما بالنسبة إلى الأعمال القانونية فيكون الهدف منها إحداث آثار قانونية.

هذه الأعمال أو التصرفات قد تكون من جانب واحد أي من جهة الإدارة بما يعرف بالأعمال القانونية الانفرادية التي تتمثل أساسا في القرارات الإدارية التي تعد أعمالا صادرة بالإرادة المنفردة للإدارة و التي قد تعجز عن الوفاء بكل الأغراض والأهداف التي تبتغي الإدارة تحقيقها التي تهدف إلى سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق التوازن بين مصلحة الأفراد والجماعة مع الأخذ بعين الاعتبار تغليب المصلحة العامة.

وإذا كان القرار الإداري هو أنجع وسائل القانون العام التي تمكن الإدارة من القيام بالأدوار العديدة المنوطة بها إلا أن هذه الوسيلة وحدها لا تكفل لها القيام بالأدوار الإدارية جميعها كما أنها لا تصلح في كثير من الأحوال لتحقيق أهداف النشاط الإداري.¹

وقد تسلك الإدارة أسلوب التعاقد عند عدم قدرة القرار الإداري وحده على تلبية احتياجاتها كونه يقوم على عنصر الفرض والإلزام من جانب واحد كون بعض الاحتياجات تقتضي أو تفرض على الإدارة الاتفاق مع جهة أخرى بغية تحقيق أهدافها وقد تظهر الإدارة في بعض العقود الإدارية بثوب الأشخاص العاديين مع تطبيق النظرية العامة في العقود الخاصة العقد شريعة المتعاقدين وفقا لأحكام القانون المدني ويرجع الاختصاص لحل المنازعات التي تنشأ بين أطرافها إلى القضاء العادي وفي هذه العقود تتخلى الإدارة عن امتيازاتها كسلطة عامة وتظهر بمظهر الشخص الخاص، أما الشق الثاني من العقود الإدارية وهو تصرف الإدارة كشخص

1- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 2007، ص 93.

من أشخاص القانون العام تتمتع بامتيازات السلطة العامة وبالتالي خضوع المنازعات الناشئة عنها إلى القانون العام أو القضاء الإداري المختص من هنا كان العقد الذي تبرمه الإدارة، بين طرفين يسعى أحدهما لتحقيق الصالح العام، ويسعى الآخر لتحقيق صالحه الخاص. ولما كان المنطق على أن يكون الصالح العام أفضل وأهم وأولى بالرعاية من الصالح الخاص، فقد ترتب. على ذلك أن تكون إرادة من يسعى لتحقيق الصالح العام، أعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق صالحه ولم تظهر هذه التفرقة إلا مع ظهور القانون الإداري ، والذي بدأ فقط ظهوره بالمعنى الفني الدقيق بظهور نظام القضاء الإداري في فرنسا مع بداية. القرن التاسع عشر، وبدأ مجلس الدولة الفرنسي في ابتكار نظريات القانون الإداري وإرساء قواعدها، ومن بينها وفي وقت متأخر عن النشأة نظرية العقود الإدارية. وتقرض النشأة القضائية للنظرية دراسة المراحل التي مرت بها، والمبادئ التي استقرت عليها على مدار سنوات من تطورها.

أما أهمية نظرية العقد الإداري في الجزائر فقد شهدت تطورا سائر تطور النظام الاقتصادي المتبع في البلاد، ففي ظل النظام الاشتراكي لم تكن للعقود الإدارية أهمية كبيرة لأن النشاط التجاري و الصناعي و الزراعي تم إسناده في هذه الحقبة الزمنية إلى القطاع العام و لم يبق للقطاع الخاص سوى مجال محدود وضيّق جدا، و هذا ما يعني بأن كل الروابط التي كانت تنشأ في دائرة النشاط الاقتصادي كانت تتم بين الأجهزة الإدارية للدولة و المؤسسات و الشركات العامة التابعة للدولة، و مادامت هذه الشركات والمؤسسات تعمل باسم الدولة و لحسابها و تباشر نشاطها وفقا للمخططات التي تضعها الدولة وبعد دستور 1989 والتخلي عن النظام الاشتراكي كان لابد من وضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة وفي ظل ازدواجية القضاء وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العقد الإداري في العقود التي لم يسميها القانون أو ما يسمى بالعقود الإدارية بطبيعتها وهي التي تتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وقد استقر الفقه على أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، بل إن المعيار ال مميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص، ليس صفة المتعاقد، بل موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركا في ذلك على درجة متساوية بظهور نية الشخص المعنوي العام في أن يأخذ في العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه فيضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.²

ومعيار التمييز بين العقود الإدارية التي تخضع للقانون الخاص والعقود التي تخضع للقانون العام يرتكز على ثلاث عناصر أساسية.

- **أولاً:** ارتباط العقد الإداري بالشخص المعنوي العام حتى يوصف العقد بأنه عقد إداري يشترط أن يكون مرتبطا بأحد الأشخاص المعنوية العامة.

- **ثانياً:** ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام بغرض تحقيق المصلحة العامة.

- **ثالثاً:** الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص وهو ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري حتى يوصف العقد بأنه عقد إداري أن يتضمن هذا الأخير شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، و من مظاهر هذه الأخيرة تضمين العقد شروطا تحمل امتيازات للإدارة كحق الإدارة في الأشراف والتوجيه وتعديل العقد بإرادتها المنفردة وتوقيع الجزاءات و كذلك تضمين العقد شروطا تمنح للمتعاقد مع الإدارة سلطات عامة في مواجهة الغير تتمثل في حق ممارسة بعض امتيازات السلطة العامة تضمين العقد اشتراك الإدارة مع الطرف المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام.

و يتفرع العقد الإداري إلى عدّة أقسام، واهم تقسيمات، وغيرها من العقود الأخرى التي سماها المشرع باسمها ونظم لها أحكاما، ووضع لها نظاما محددًا ومثال ذلك، عقود الأشغال العام و عقود الامتياز و عقود العمل إلا أن أهمها و أبرزها الصفقات العمومية وقد سماها المشرع

2-د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 59

الجزائري في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 بالعقد الإداري.³ هناك أيضا العقود التي لم يسميها المشرع ولكنها تعتبر عقود إدارية بطبيعتها وذلك لتوفر احد المعايير الذي يجعل منعا عقدا إداريا سواء تعلق الأمر بوجود شخص عام أو ارتباطها بمرفق إداري عام أو غيرها من الشروط العضوية أو الموضوعية التي تمنحها صفة العقود الإدارية.

كما أن تمتع السلطات العمومية في إبرامها لعقودها بامتيازات السلطة العامة لا يمنع من خضوعها لبعض القيود التي لا مثل لها في العقود الخاصة المبرمة من قبل الأشخاص المعنوية الخاصة أو الأشخاص العاديين، ويعود السبب في ذلك إلى أن الإدارة عند إبرامها لتلك العقود تستهدف - دائما - تحقيق المصلحة العامة وتغليبها على المصالح الخاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى محل الالتزام في العقود الإدارية يتعلق أو يخص أموال عمومية، تعود للدولة وهو ما يدفع المشرع إلى تقييد حرية الأشخاص المعبرين عن إدارة الشخص المعنوي بقيود تتعلق بشكل العقد وأسلوب أو طريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة والإجراءات الواجبة الإلتباع قبل وبعد التعاقد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القوانين القديمة المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية تتصف بالآلية وحصر الصفقات بإجراء وحيد يتمثل في المناقصة، وكانت تعطي كل الأهمية للسعر، بحيث تمنح الصفقة للمتناقص الذي يقدم أدنى سعر بيد أن القوانين الجديدة أدخلت إجراءات تتصف بالبساطة والمرونة مع تشديد الرقابة على المتعاقدين - المصلحة المتعاقدة والجهة المتعاقدة معها - وذلك بتعزيز سلطة الرقابة و المفاوضات والتي تخول المصلحة المتعاقدة مركز قوة تمكنه من التفاوض ومتابعة المتعاقد مع الإدارة في كل مراحل العقد.

ونظرا لأهمية الصفقات العمومية فإن القانون نظمها تنظيما دقيقا بدءا من الإجراءات الأولية الممهدة للتعاقد مثل البرمجة، الإذن المالي، الموافقة السابقة مرورا بطريقة أو أسلوب اختيار

³-تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15 247 على ما يلي « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، يترجم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة غي مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات. »

المتعاقد مع الإدارة طلب العروض أو التراضي، وانتهاء بالتصديق على الصفقة والبدء في تنفيذ كما أنه لم يهمل الجوانب المتعلقة بالتنفيذ بدءا من الأمر بتنفيذ الأشغال مروراً بحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها وانتهاء بالاستلام النهائي للأشغال.

أسباب اختيار الموضوع: من أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختيار الموضوع:

أولاً: هي أسباب مهنية بحكم وظيفتي المرتبطة بالصفقات العمومية والمالية العامة وورغبتني في الإلمام أكثر بالموضوع وفهم النظرية العامة للعقود الإدارية لتحسين الأداء الوظيفي والإدراكي.

ثانياً: أهمية موضوع العقد الإداري باعتباره الوسيلة الأنجع للنهوض بالتنمية الوطنية والمحلية والحفاظ على المال العام وارتباط المشروعات التي تقوم بها السلطات العمومية بالحياة اليومية من أجل تحسين حياة المواطنين وهو ما يعبر عنه بلغة القانون بالمصلحة العامة التي تهم الجميع.

ثالثاً: إبراز حقوق الإدارة في العقد الإداري بشكل واضح وجلي وتحديد السلطات والصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري للإدارة لضمان تحقيق أغراض العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة الممنوحة للإدارة بصورة تمكن مسؤولي العقود الإدارية في الجهات الإدارية من معرفة حدودهم القانونية تجاه المتعاقد.

رابعاً: توضيح سلطات الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل العقد وتوقيع الجزاءات الغاية إنهاء العقد مع بيان حدود هذه السلطة وضوابطها، وهل هذه السلطة على درجة واحدة في جميع العقود، ومدى حق الإدارة في التمسك بها دون وجود نص قانوني يسمح لها بالتدخل أثناء تنفيذ العقد الإداري، وهل الإدارة في حل من أمرها عند توجيه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد.

الصعوبات: انصبت دراسة هذا الموضوع على الامتيازات والسلطات الاستثنائية التي تستأثر بها المصلحة لمتعاقد تجاه المتعاقد معها سواء قبل التنفيذ من خلال القرارات التمهيدية التي تتخذها السلطة العامة والتي تسبق أي عمل اتفاقي أو تعاقدية أو في مرحلة التنفيذ باعتبارها المجال

الخصب لممارسة هذه السلطات و من أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد المذكرة هي صعوبة الوصول إلى المراجع نظرا لتزامن إعداد المذكرة مع الإجراءات المتبعة في إطار مكافحة وباء كوفيد 19 الذي أدى غالى غلق كل الفضاءات العمومية سواء في المكتبات العمومية أو مقاهي الانترنت وكذلك طبيعة الموضوع الذي يفتقر إلى الدراسات الأكاديمية وتغير القوانين وفقا للسياسات المتبعة مما يؤدي إلى عدم استقرار القواعد التي تبنى عليها النظرية العامة التي تحكم الأعمال والتصرفات الاتفاقية حسب كل مرحلة وهو ما يفسر كثرة صدور المراسيم والقوانين التي تعنى بالصفقات العمومية وكذلك نقص في المراجع.

أهمية البحث:

لعل موضوع العقد الإداري من أهم الموضوعات في القانون الإداري، حيث يعد الأداة التي تمارسها جهة الإدارة بكثرة، كما أن العقد الإداري أحد أهم الوسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري، حيث يبرز العقد الإداري بشكل خاص في الدول الغنية التي تلعب فيها الإدارة الدور وعلى هذا فإن العقد الإداري باختلاف أنواعه يتصل اتصال وثيق بعجلة الاقتصاد والتنمية بحياة الأفراد والمجتمعات فيكون الطريق المؤدي لسعادة المجتمعات ورفاه أفرادها.

لذلك فإن السلطات الاستثنائية الممنوحة في العقد الإداري أداة أساسية وفعالة لتحقيق هذه السلطات وهي تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فإن لها تأثيرا الغرض التي منح على أساسها بارزا لا يمكن إغفاله أو التقصير فيه.

توضيح سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وفق المشرع والقضاء الجزائري، مع بيان حدود هذه السلطة وأساسها القانوني وضوابطها، وهل هذه السلطة على درجة واحدة في جميع العقود ومدى حق الإدارة في التمسك بها دون وجود نص قانوني يسمح لها بالتدخل أثناء تنفيذ العقد الإداري، وهل الإدارة في حل من أمرها عند توجيه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد.

الإشكالية: انطلاقاً من المكانة المتميزة التي تحظى بها المصلحة المتعاقدة في مجال العقود الإدارية و استعمال الإدارة لسلطتها في التنفيذ المباشر وهو ما يميز العقود الإدارية عن باقي العقود الأخرى ولو طبقت في عقد خاص لكان ماله البطلان وهي سلطات خطيرة في مواجهة المتعاقد معها خاصة اذا تعسفت الإدارة وأساءت استخدام هذه السلطات.

وهو ما يطرح تساؤلات حول الأساس النظري و القانوني الذي تستند عليه الإدارة أثناء قيامها بهذه الأعمال والتصرفات الاتفاقية و محاولة فهم النظرية العامة للعقود الإدارية التي تبرر للسلطة الإدارية امتيازات استخدام سلطتها في تنفيذ هذه العقود وما يبرر عدم التساوي بالنسبة لأطراف العقد والتي تكون الإدارة احد أطرافه عكس العقود الخاصة التي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وماهي نطاق وحدود استخدام الإدارة لهذه الامتيازات في مواجهة المتعاقدين معها.

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي على اعتبار أهميته في تحليل النصوص القانونية التي يركز عليها موضوع الدراسة، وتحليل مختلف الرؤى في ظل غموض النصوص أحياناً، وتناقضها مع غيرها أحياناً أخرى. خاصة النصوص الخاصة بالصفقات العمومية وكذا النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولقد قسمنا دراستنا هذه إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره وذلك من خلال التطرق إلى ماهية العقد الإداري من خلال التعرض إلى تعريفه ونشأته وما يميزه عن باقي العقود في المبحث الأول والمبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة عناصر ومقومات التي يقوم عليها العقد الإداري من خلال العناصر الثلاث كما أسلفنا بالدرك في بداية المقدمة أما المبحث الثالث فقد خصصناه لدراسة صور العقود الإدارية أو أنواعها كعقد الأشغال العامة وعقد امتياز المرافق العامة وعقود التوريد العامة و العقود الإدارية الحديثة وقد تطرقنا في الفصل الثاني فقد إلى دراسة سلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية إنهاء العقد من خلال التطرق إلى كفاءات إبرام العقد واختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة بالإضافة إلى الرقابة المتبعة للتأكد من

صحة هذه الإجراءات ومدى مطابقتها للقوانين للتنظيمات في المبحث الأول أما المبحث الثاني فتعرضنا فيه إلى أهم لسلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية بداية من سلطة الرقابة والإشراف وسلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة وصولاً إلى سلطة توقيع الجزاءات و خصصنا المبحث الثالث والأخير لدراسة إنهاء العقود الإدارية وصولاً إلى الخاتمة.

الفصل الأول: ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره

تقوم الإدارة أثناء قيامها بمهامها وأنشطتها بإبرام عقود مع الغير وتختلف هذه العقود وتتسم بسمات مميزة عن غيرها من العقود ذلك لوجود طرف قوي في العقد ما يجعل المساواة بين أطرافه مستحيلة وذلك لاستخدام الإدارة لسلطتها العامة بالإضافة المراعاة المصلحة العامة وليتسنى لنا الإحاطة والتوسع أكثر في شرح العقود الإدارية سنتناول إنشاء الله في هذا الفصل نشأة العقود الإدارية في فرنسا ثم سنتطرق إلى نشأتها في الجزائر في المطلب الأول ثم إلى تعريف العقد الإداري لغة واصطلاحا في المطلب الثاني ثم التطرق إلى تمييز العقود الإدارية عن باقي العقود الأخرى في المطلب الثالث وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى العناصر المقومات التي يقوم عليها العقد الإداري فخصنا المطلب الأول لارتباط العقد الإداري بالشخص المعنوي العام والمطلب الثاني لارتباط العقد الإداري بالمرفق العام أما المطلب الثالث فتطرقنا فيه إلى تضمين العقد للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في عقود القانون الخاص وفي الأخير تطرقنا إلى صور وأنواع العقود الإدارية في المبحث الثالث فكانت كالتالي المطلب الأول عقود امتياز المرافق العامة والمطلب الثاني لعقود الأشغال العامة والمطلب الثالث لعقود التوريد العامة وكان المطلب الرابع والأخير للعقود الإدارية الحديثة.

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري

الملاحظ بادئ ذي بدء أن الإدارة تبرم نوعين من العقود، النوع الأول وهو العقود التي تبرمها الإدارة لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة، ولكن باعتبارها شخصا عاديا ومن أمثلة ذلك عقود البيع والشراء والإيجار وتنطبق عليها قواعد القانون الخاص كما تطبق عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وتخضع المنازعات التي تنشأ عنها إلى القضاء العادي.

أما النوع الثاني وهو العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة وتخضع للقانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري مطبقا في ذلك قواعد القانون العام.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
و تجدر الإشارة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إبرام العقود ولا يحد من اختصاصاتها
التعاقدية إلا النصوص القانونية، الخاضعة لها والمقيدة لسلطاتها فإن دراستي لمفهوم العقد
الإداري في هذا الفصل التمهيدي سوف تركز بالأساس على تعريف العقود الإدارية و نشأتها
وتمييزها عن باقي العقود الأخرى واهم أنواع العقود الإدارية.

المطلب الأول: نشأة العقد الإداري:

تستهدف العقود الإدارية عامة تسيير مرفق عام و المرافق العامة - كما هو معلوم - تخضع
لمبدأ سير المرفق العام بانتظام و اضطراد و مبدأ المساواة في الانتفاع من خدمات المرفق
العام.

ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التعديل , و أن النشاط الإداري يتأسس على فكرة المصلحة
العامة , إذ تمنح الإدارة العامة وسائل و امتيازات السلطة العامة أثناء أدائها لوظيفتها الإدارية
بهدف تحقيق المصلحة العامة ,من خلال ذلك يتضح أن العقود لإدارية تختلف عن العقود
الخاصة من حيث النشأة والهدف والإجراءات و الهيئات و بذلك تكون الإدارة العامة في مركز
أسمى من مراكز الأفراد و هذا يستلزم أن يكون لها قانون خاص و هو القانون الإداري
و يخضع لرقابة جهة القضاء الإداري المستقل الذي يعمل على مراعاة الاعتبارات الإدارية
والفنية والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو كيف نشأ العقد الإداري؟ وهل نشأ بنفس
الكيفية في كل من الجزائر و فرنسا؟ إجابة على هذه التساؤلات المطروحة سنقوم بدراسة نشأة
العقد الإداري في فرنسا -الفرع الأول ثم نتطرق إلى نشأة العقد الإداري الجزائري الفرع الثاني.

الفرع الأول: نشأة لعقد الإداري في فرنسا:

صاغ القضاء الإداري الفرنسي بصورة تدريجية بطيئة بعض الأحكام التي كان لها الدور
الأساسي في تأكيد وجود نظام القانون العام، ففي حكم بلانكو الصادر من محكمة التنازع في 8
فبراير 1873 ورد أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين
تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
الروابط بين الأفراد بعضهم ببعض، وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها
الخاصة التي تتغير تبعا لحاجات المرفق، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاص
ومن المسلم به أن اختصاص القضاء الإداري ينظر في المنازعات الإدارية فرنسا قد نشأ في
بدايته الأولى مقترنا بظروف تاريخية واكبت قيام الثورة الفرنسية، وأدت إلى الأخذ بتفسير
خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص
المحاكم العادية حماية للإدارة من تدخل هذه المحاكم في الشؤون الإدارية وعرقلتها وشل
الوظيفة الإدارية، مما أدى إلى عدم الثقة في القضاء العادي، وترتب على ذلك فصل الإدارة
العامة عن القضاء العادي بموجب القانون الصادر في 24 أوت 1790 ، والذي يشكل القاعدة
الأساسية للنظم الإدارية. وأكدت قوانين أخرى صادرة بعده على أن يمنع قطعا على المحاكم
النظر في أعمال الإدارة العامة وانتهى الأمر بإنشاء مجلس الدولة ليختص بالنظر في
المنازعات الإدارية ففي هذه الحقبة بدأ المشرع يحيل إلى القضاء الإداري الاختصاص بالنظر
في منازعات بعض العقود التي تبرمها الإدارة والتي يسعى إلى إخضاعها لنظام القانون العام.¹
ففي هذه الحقبة بدأ المشرع يحيل إلى القضاء الإداري الاختصاص بالنظر في منازعات بعض
العقود التي تبرمها الإدارة وكان الأسلوب المتبع في توزيع الاختصاصات بين المحاكم العادية
والقضاء الإداري يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السيادة
يختص بها القضاء الإداري، أما التصرفات العادية التي تتعامل فيها الإدارة كشخص عادي
فتختص بها المحاكم العادية، وبمعنى آخر أن التصرفات الأولى التي تظهر فيها الإدارة
صاحبة السلطان يختص بها القضاء الإداري وما عداها تختص به المحاكم العادية
وذلك مما حدا بالمشرع إلى النص على اعتبار بعض العقود من العقود الإدارية وأوجب
خضوعها لاختصاص مجلس الدولة، كعقود الأشغال العامة، وكذلك عقود بيع أملاك الدولة
وعقود القرض العامة والعقود التي تتضمن شغلا للدومين العام.

1-أنظر: راضي مازن ليلو)، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003 ص 19

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
إلا أن مجلس الدولة لم يقف عند هذا الحد وإنما سعى إلى توسيع اختصاصاته فمد اختصاصه
إلى الكثير من العقود الأخرى دون نص خاص، كعقود توزيع المياه والغاز في المدن، والعقود
الخاصة بالإضاءة ونظافة الطرق وعقود طلب المعاونة استنادا إلى تضمنها عناصر الأشغال
العامة) وكان ظهور نظرية المرفق العام وصدور حكم مجلس الدولة في قضية
"TERRIER" في 1903/06/02² السبب الذي هجر المعيار الذي يعتمد على التمييز بين
أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية والتي تبرمها المرافق، إذ ورد فيه ففي اللحظة التي نكون
أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية
أو محلية فلا يمكن اعتبار هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني وقد أخذت
أحكام مجلس الدولة بعد هذا التاريخ تتوالى مؤكدة الاتجاه نحوه، ومعبرة عن ضرورة خضوع
العقود الإدارية لنظام القانون العام وقواعده لا باعتبارها بعض العقود التي نص عليها المشرع
بل بالاستناد إلى خصائص العقد الإداري وطبيعته وذلك مما أدى إلى اتساع نطاق العقود
الإدارية واتساع اختصاص القضاء الإداري بنظرها) إن نظرية العقد الإداري نظرية حديثة النشأة
شأنها في ذلك شأن بقية نظريات القانون الإداري، يعود الفضل في وجودها وتطورها إلى
القضاء الإداري الفرنسي وبصفة خاصة مجلس الدولة الفرنسي الذي سعى إلى توسيع
اختصاصاته بإضفاء الصفة الإدارية على الكثير من العقود1.

الفرع الثاني: نشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر:

بالنسبة لنشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر وبصفة خاصة الصفقات العمومية، فقد مر
تنظيمها بعدة تنظيمات وتطورات حسب التوجهات السياسية والاقتصادية السائدة في البلاد
بحيث تميزت مرحلة ما قبل الاستقلال بخضوع الصفقات العمومية الجزائرية للنظام القانوني
الفرنسي وامتد تطبيق نفس النظام بعد الاستقلال، إذ نص القانون الصادر في ديسمبر 1962
على تمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع
السيادة الجزائرية، ويعود ذلك للفراغ الذي تركه رحيل الاستعمال من الناحية القانونية والبشرية.

2- د. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني- النشاط الإداري-، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص.39

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
- وتميزت المرحلة الأولى أي مرحلة ما بعد الاستقلال الفترة الأولى بصدور الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية بصفة الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية وتغليب المصلحة³ العامة على المصلحة الخاصة، كذلك المحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق ذلك استخدمت المنافسة كفكرة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية.

الفترة الثانية 1982-1991 وفي هذه الفترة صدر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي opérateur-public بهدف شمولية تطبيقه على كل المؤسسات مهما كانت طبيعتها وإقليمها في سبيل توحيد النظام القانوني الذي يسري على العقود والصفقات وكذا الإدارات تماشيا مع النظام الاشتراكي آنذاك وقد نصت المادة 5 منه صراحة على انه «جميع الإدارات العمومية الدولة، الولاية، البلديات».

«جميع المؤسسات الإدارية والاقتصادية الاشتراكية والهيئات العمومية».

-شركات الاقتصاد المختلط.⁴

المرحلة الثانية وتتمثل هذه المرحلة بعد صدور دستور 1989 والتخلي عن النظام الاشتراكي أصبح من الضروري مسايرة المعطيات الاقتصادية والسياسية الجديدة تأثرا بالنموذج الفرنسي.

الفترة الأولى: 1991-2002 وهي فترة صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي خص بالتطبيق الشق الإداري دون الشق الاقتصادي حسب ما نصت عليه المادة 2 من نفس المرسوم بحيث أصبحت المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة للقانون الخاص⁵.

3- أنظر: راضي مازن ليلو، المرجع السابق، ص 10

4 -الدكتور محمد الصغير بعلي القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر 2017، ص 184

5 - الدكتور محمد الصغير بعلي المرجع السابق، ص 184

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
الفترة الثانية: 2002-2015 تميزت هذه المرحلة بصدور المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المعدل والمتمم في فترة عرفت انتشارا واسعا للفساد الإداري وقد ركز هذا المرسوم أساسا على إرساء قواعد الشفافية والمساواة وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

الفترة الرابعة والأخيرة: 2015- إلى يومنا وتميزت هذه الفترة بصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام موزع على 05 أبواب كالتالي الباب الأول تضمن أحكاما عامة تنطبق على كل الصفقات.

الباب الثاني: أحكام تطبق على تفويضات المرفق العام.

الباب الثالث: تضمن التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الباب الرابع: تضمن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب.

الباب الخامس: أحكام مختلفة وأخرى انتقالية

وتميز المرسوم الرئاسي من حيث الصياغة القانونية بنقص في الدقة القانونية والتوازن بين مختلف أبوابه

أما من ناحية المضمون المبادئ الأساسية: تضمن المرسوم الرئاسي 15/247 مجموعة من الماد التي تدعو إلى مبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة والحفاظ على المال العام تفويض المرفق العام: كما تضمن لأول مرة مواد تتعلق بتفويضات المرفق العام⁶.

6- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري

يعرف العقد بأنه العقد القانوني في معناه المتعارف عليه، وأن مصطلح العقد يبين ويوضح الأثر المادي، وهذا الأثر المادي للعقد تترتب عليه نتائج قانونية و العقد في القانون المدني الجزائري هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول سندرس فيه التعريف اللغوي للعقد و الفرع الثاني سندرس فيه التعريف الاصطلاحي للعقد الإداري.

الفرع الأول العقد لغة:

العقد لغة هو كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان أو ترك، من جانب واحد أو من جانبيين و هو كلمة تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد بها الضمان والعهد، فالأصل في هذه الكلمة هو الربط الحسي بين أطراف الشيء إلا أن العرب قد استعملوها للربط المعنوي للكلام، سواء أكان توثيقا و تقوية لكلام صادر من جهة واحدة أو كان ربطا بين كلام شخصين، فيقال عقد بيع، زواج، الإجارة... إلخ.

من خلال هذه التعاريف للعقد، يتضح لنا أن هناك تشابه بين التعريف اللغوي والتعريف القانوني، خاصة في الالتزامات المترتبة على إبرامه.

الفرع الثاني تعريف العقد الإداري اصطلاحا:

الملاحظ أن الاجتهاد الإداري الفرنسي لم يستقر على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري بحيث ينطلق تارة في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام وبصفة خاصة تعتبر عقودا إدارية تلك العقود التي تنظمها الإدارات العامة والأجهزة العامة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها وينطلق تارة أخرى عن طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارات العامة قصد تسيير المرافق العامة⁷ والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم عقود إدارية وينطلق

7-LONG (M.) , WEIL(P) ,DELVOLVE (P), GENEROIS(B) les grands arrêts de la jurisprudence administrative., Dalloz, Paris , 13^e édition, 2001, P512 et s.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
الاجتهاد الإداري الفرنسي حاليا و بصورة خاصة منذ عام 1950 من الشروط الخاصة التي
تتطلبها الإدارات العامة والأجهزة التابعة لها لضمان حسن تسيير المرافق العامة، وعلى ضوء
ذلك اتجه الاجتهاد الإداري الفرنسي لتعريف العقد الإداري بأنه : «العقد الذي تبرمه الإدارات
العمومية مع الأجهزة التابعة لها أو الأفراد و تضمنه شروطا غير مألوفة في العقد المدني
أو التجاري بتحديد الحقوق والالتزامات المتعاقد معها و ذلك لضمان تسيير المرافق العامة

تجمع كل التعارف للعقد الإداري على أن المعيار المميز له من وضع القضاء الإداري وأنه
يشترط في العقود الإدارية توافر مجموعة من الشروط التي تميزها عن بقية العقود المدنية
والتجارية وهي أن تكون الدولة طرفا في العقد وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن يتضمن
العقد شروطا استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص.

المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى

لابد أن نبحث عن المعيار أو المعايير التي عن طريقها يمكننا أن نميز بين العقود الإدارية
والعقود الأخرى من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق ومعرفة الجهة القضائية المختصة
باعتبار أن الإدارة تبرم نوعين من العقود الأولى تتمثل في العقود التي تبرمه الإدارة كشخص
من أشخاص القانون الخاص وتتجدد فيها من مظاهر وامتيازات السلطة العامة والتي تخضع
لقواعد القانون الخاص والقضاء العادي، أما الثانية تتمثل في العقود الإدارية التي تبرز فيها
مظاهر امتيازات السلطة العامة، وتخضع لقواعد القانون العام، ويختص القضاء الإداري للفصل
في منازعاتها.

والملاحظ انه لا وجود لمعيار محدد اعتمد عليه المشرع الجزائري عند تنظيم العقود الإدارية
للتفرقة بين النوعين من العقود، ذلك إن العقود الإدارية ليست من طبيعة واحدة، الأمر الذي
يجعل الوقوف على معيار محدد للتفرقة بينهما صعبا.

ومن هذا المنطلق سنحاول التمييز بين العقود الإدارية والعقود الأخرى لاسيما العقود المدنية
والعقود التجارية.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
من حيث أوجه التشابه: نجد أن كل هذه العقود تقتضي اتفاق أرادتين أو أكثر لغرض إحداث
اثر قانوني معين بالنسبة لأطراف العقد أما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني
قائم أو إلغائه.

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف: نجد أن العقود التجارية والمدنية تخضع لإحكام القانون الخاص
ولاختصاص القضاء العادي، ويحكمها مبدأ أساسي وهو العقد شريعة المتعاقدين ما يترتب عليه
من التزامات لأطراف العقد.⁸

هذا بخلاف العقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام ولاختصاص القضاء الإداري، كما
أنه في مجال العقود الإدارية لا يمكننا تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لارتباط العقد
الإداري بمرفق عام يستخدم لسير وضمان استمراريته استخدام امتيازات السلطة العامة، ومن
جهة ثانية نجد أن العقد الإداري يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاضعة
لأحكام القانون الخاص.⁹

فضلا عن ذلك نجد أن العلاقة بين طرفي أو أطراف العقد الإداري لا يحكمها مبدأ المساواة
خلافاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي تقتضي أن تكون هناك مساواة بين أطراف العقد، ومن
ثم فإن مصلحة طرفي أو أطراف العقد الإداري غير متكافئة وذلك المصلحة المتعاقدة تأخذ
بعين الاعتبار دائما بالمصلحة العامة وبذلك فالمصلحة العامة تعلو دائما على المصلحة
الخاصة.

ويظهر في مجال العقود الإدارية مبدأ سلطان الإرادة للإدارة المتعاقدة في مقابل انكماش
وانحسار إرادة الأطراف المتعاقدة مع الإدارة، مع فرضية وحق قبول أو رفض دفتر الشروط
التي تضعه المصلحة المتعاقدة التي تضمنها العقد الإداري المراد إبرامه وذلك دون أن يكون له
حق المناقشة أو الخوض في تلك الشروط.

8 - الدكتور خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس، 2017، ص 80

9- الدكتور خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص 80

الفصل الأول..... ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
والظاهر في العقود الإدارية بأنها مرتبطة بنوعين من الأحكام، الأولى تتعلق بالأحكام التنظيمية
والثانية تتعلق بالشروط التعاقدية التي تخضع لنظام قانوني خاض ومستقل، غير أن هذه
الأخيرة تتسم بالمرونة وهي دائما قابلة للتعديل وفق ما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة.

المبحث الثاني عناصر ومقومات العقد الإداري:

يشترط لصحة العقد الإداري أن تتوفر مجموعة من الشروط أو بما يسمى بالمقومات التي يقوم
عليها العقد الإداري وهي على النحو التالي.

أولاً: أن يرتبط العقد الإداري بالشخص المعنوي العام وان يكون الهدف من العقد هو تحقيق
المصلحة العامة.

ثانياً: أن يكون موضوع العقد مرتبط بالمرفق العام ويحقق أغراضه.

ثالثاً: تضمين العقد الإداري يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاضعة لاحكام
القانون الخاص.

المطلب الأول: ارتباط العقد الإداري بالشخص العام:

حتى يوصف العقد على انه عقد إداري يشترط أن يكون مرتبطا بأحد الأشخاص المعنوية
العامه وبوصفها سلطة إدارية عامة ,تعتبر العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة
التي أخذت بتقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، لذلك يكون من البديهي أن يشترط
عند إضفاء الصفة الإدارية على العقود أن تكون الإدارة طرفا فيها و ذلك على أساس أن
القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون
الخاص يترتب على ذلك استبعاد العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عن نطاق العقود
الإدارية حتى لو حققت مصلحة عامة غير أننا نجد المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية
الإدارية عند تحديدها لمفهوم النزاع الإداري قد حددت لنا الأشخاص المعنوية العامة أساسا في

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره

الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري¹⁰ واعتبر القضاء الإداري في فرنسا ومصر اعتبر بعض العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عقودا إدارية إذا ما أبرمت باسم ولحساب الإدارة و ذلك متى توافرت الشروط الأخرى وهي اتصال العقد بمرفق عام وتضمينه شروط استثنائية هذا المعيار يوسع من نطاق العقود الإدارية وبالتالي القانون الإداري لأنه يترتب عليه اعتبار كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا، علما بأن الإدارة قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في إبرام عقودها و بالتالي ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقدا إداريا.

من هذا المنطلق يمكن الاستناد على معيارين أساسيين لتحديد الأشخاص المعنوية العامة والتي اعتمدها المشرع لإضفاء الصبغة الإدارية على العقود التي تبرمها هاته الأشخاص وهو المعيار العضوي والموضوعي¹¹ وهو ما سنعتمده في هذا المطلب لتحديد الأشخاص المعنوية العامة.

المعيار العضوي: ككل العقود ينبغي وجود طرفين وفي العقد الإداري على الأقل وجود شخص من أشخاص القانون العام وهم كالتالي الدولة، أو الجماعات الإقليمية، والمؤسسة العمومية وهو ما ذهبت إليها لمادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية بتقويضات المرفق العام حينما نصت على أنه « لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي.

¹⁰ -تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: « المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية،

تختص بالفصل في أول وآخر درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإداري 65 طرفا فيها. »

¹¹ د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية) ط2، دار الجسور، الجزائر، 2009

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية
ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى
في صلب النص المصلحة المتعاقدة»¹².

المطلب الثاني: ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام:

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

وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التميز 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 معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، و سار القضاء المصري على ذات المسلك عندما قال في حكم له صادر في 16 ديسمبر ... وهي تسيير المرافق العامة 1956 انه « تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة.....»

يتمثل موضوع العقد الإداري ويتصل محله بمرفق من المرافق العامة في مدلوله الموضوعي:
الخدمة العمومية.¹³

يأخذ المرفق العام le service public مفهوميين:

¹² - الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 192

¹³ د. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، ط 5، دار العلوم الجزائر، 2013، ص 77

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
أولاً: المفهوم العضوي - الشكلي: la notion organique formelle ويتمثل في الأجهزة والهيكل والهيئات والتنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية، مثل الجامعة، المستشفى، إدارة الشرطة،..... الخ¹⁴.

ثانياً: المفهوم الموضوعي - المادي: le notion objective matérielle ويتمثل في الخدمات العامة ذاتها المقدمة تلبية للحاجات العامة للجمهور والمواطنين، مثل التعليم، الصحة الأمن..... الخ¹⁵.

وعليه يشترط في العقد حتى يكون إدارياً أن ينصب على مرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه، وهو ما أخذ به تنظيم الصفقات العمومية الجديد حينما ربط الصفقات العمومية بتقويضات المرفق العام في نص قانوني واحد هو المرسوم الرئاسي 15-247¹⁶.

المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون

الخاص:

أن المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي والمصري من اجل وصف العقد بأنه إداري أن يتضمن هذا الأخير للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص، تستخدمها الإدارة من أجل إبرام عقودها، أو عند تنفيذه وسائل القانون العام وامتيازات السلطة العامة، لذا يعد في مجال العقود الإدارية استخدام الإدارة لوسائل القانون العام العنصر الرئيسي في تمييز العقد الإداري.

وتختلف الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري عن الشروط عقود الإذعان المعروفة في القانون الخاص، يضعها احد الأطراف ويفرضها وتتضمن شروطاً مجحفة في حق الطرف الآخر، بالشكل الذي يخل بمبدأ المساواة الذي يعتبر أساس علاقات أفراد القانون الخاص.¹⁷

14 - الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 201

15 - الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 201

16 - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في: 02دي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

17 - الدكتور خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص 83

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره

مظاهر الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص:

أولاً: الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة:

و هذه الامتيازات هي أبرز ما يميز العقود الإدارية، إذ بمقتضاها تستطيع الإدارة أن تحمّل المتعاقد معها وإرادتها المنفردة التزامات تجعل موقفه في الصفقات العمومية غير متكافئ معها، ويتجلى الإخلال بقاعدة المساواة بين المتعاقدين منذ المراحل الأولى لعملية إبرام الصفقات العمومية ، فالفرد الذي يتقدم بقصد التعاقد في مناقصة عامة يلتزم بمجرد تقديم تعهده على خلاف الإدارة التي لا تلتزم إلا في وقت متأخر، كما أنه في بعض العقود قد تشترط الإدارة شروط هي من قبيل شروط الأسد في القانون الخاص، كذلك فإن الأفراد يلتزمون بمجرد التعاقد على العكس من الإدارة التي قد تحتفظ بحقها في التحلّل من العقد كلية، وتتجلى هذه الشروط أيضا في تحديد التزامات المتعاقد معها، حيث يمكن للإدارة أن تضمن عقودها الإدارية شروطا بموجبها إنهائه بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضا الطرف الآخر¹⁸، كما يمكنها تستطيع تعديل التزامات المتعاقد سواء بالزيادة أو بالنقصان، كما يمكنها التدخل في الإشراف على تنفيذ العقد أو تغيير طريقة تنفيذه أو وقف تنفيذه مؤقتا، كما يمكنها فسخ العقد أو توقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى وقوع الضرر أو الالتجاء إلى القضاء.

ثانياً: الشروط التي تعطي المتعاقد مع الإدارة سلطات و امتيازات في مواجهة الغير:

القاعدة العامة أن المتعاقد مع الإدارة لا يتمتع بمظاهر امتياز السلطة العامة التي منحها القانون للأشخاص المعنوية العامة، غير إن العقد الإداري قد يتضمن شروطا تمنح الطرف المتعاقد مع الإدارة ،سلطات استثنائية ،وبعض الامتيازات السلطة العامة 'كان يتم منح المتعاقد مع الإدارة حق اللجوء إلى التنفيذ المباشر.

¹⁸ -مذكرة تخرج مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، جامعة ابي بكر بالقايد ، تلمسان، 2008.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
و ذلك بأن تخول المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة التي هي
من اختصاص الإدارة و لكن بالقدر الذي يستلزم تنفيذ العقد الإداري، فمثلا في عقود الأشغال
العامة نجد شروطا تعطي المقاول حق شغل بعض العقارات لمدة محدودة دون توقّف ذلك على
ملاكها كما أن بعض العقود تفوض المتعاقد في سلطة الاستيلاء الجبري " réquisition "
و هذا الأخير يعتبر من أدق خصائص السلطة العامة .¹⁹

ثالثا: أن يتضمن العقد إشراك الإدارة مع الطرف المتعاقد معها في إدارة وتسيير المرفق العام:

كقاعدة عامة الدارة هي التي تقوم بنفسها بإدارة مرافقها العامة مباشرة وهو حق منحه إياها
القانون عند منحها الشخصية المعنوية وكذلك مظاهر امتياز السلطة العامة و عهد إليها تسيير
وإدارة مرافقها العامة بنفسها بغرض تحقيق المصلحة العامة.

و المرفق العام يمكن أن يدار بواسطة شخص عام كما يمكن إدارته بواسطة شخص خاص
ففي الحالة الأولى يعتبر مرفقا عاما لمجرد توقّر المصلحة العامة و إدارته من طرف شخص
عام، أما في الحالة الثانية و هي تمثل الوضع الحديث للمرافق العامة حيث يمكن أن يعهد
لشخص خاص إدارة مرفق عام شريطة أن يتمتع بامتيازات السلطة العامة و يخضع لقواعد
خاصة، و بمعنى آخر يجب في الحالة الثانية توقّر عنصرين للقول بوجود مرفق عام، العنصر
الأول هو المصلحة العامة أما العنصر الثاني فهو خضوع الشخص الخاص لنظام قانوني
خاص.

وخرجا عن القاعدة العامة نجد أن القانون قد أجاز للإدارة وهي بصدد إدارة وتسيير المرفق
العام أن تبرم عقودا مع أحد الأشخاص القانون العام أو الخاص وفق ما تقتضيه المصلحة
العامة بالشكل الذي يجعل مسألة إدارة ذلك المرفق العم مشتركة بين الإدارة العامة والمتعاقد
معا.²⁰

¹⁹ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 93

²⁰ - الدكتور خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص 84

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
و بناءا على ما ذكر يمكن القول بان العقد الإداري المبرم بين الإدارة واحد أشخاص القانون
الخاص يكون إما بتوفير حاجات للجمهور والتي يلتزم بتوفيرها أو تقديم خدمات عامة للجمهور
و أن يكون مضمون العقد إدارة مرفق عام وتسييره ، أو استغلاله، على أن يكون الغرض من
كل ذلك هو تحقيق المصلحة العامة.

المبحث الثالث صور العقد الإداري:

تعرف العقود الإدارية المسماة بأنها تلك العقود الإدارية التي نظم المشرع أحكامها ووضع لها
نظاما قانونيا محددًا، وجعل لها اسما، ومن ثم فان هذه العقود توصف بأنها إدارية لأن القانون
سماها ووصفها بأنها إدارية، سبقت الإشارة إلى أن العقود الإدارية تتنوع و تتعدد بتنوع نشاطات
الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصرا للعقود الإدارية كما كان الأمر
في السابق، هذا ومن الأمور الجديدة بالرصد تنوع العقود الإدارية، وازدياد مجالاتها لتشمل إلى
جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام- عقودا جديدة مثل: العقود المالية المتعلقة بالقرض
والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية وعقود
متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين وصولا إلى ما يعرف بالعقود الإدارية الحديثة.

وفيما يلي سنأخذ فكرة عن أهم العقود عقد امتياز المرافق العامة عقد الأشغال العامة و عقد
التوريد وفي الأخير سنتطرق إلى العقود الإدارية الحديثة.

المطلب الأول: عقد امتياز المرافق العامة

يعد امتياز المرافق العامة عقدا إداريا من طبيعة مختلطة يمنح بمقتضاه أحد أشخاص القانون
العام إلى أحد الخواص مهمة إدارة وتسيير أو استغلال مرفق عام تحت إشرافه ورقابته.

وبناء على ذلك عقد الامتياز عقدا إداريا مركبا يتضمن نوعين من النصوص، نصوص عقدية
ونصوص تنظيمية لائحية، فالأولى تتعلق بالأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام والملتزم
كالميزات المادية والمالية، ومدة الالتزام وكيفية استرداده، فالنصوص التعاقدية لا يجوز للإدارة

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
أن تعدل فيها بإرادتها المنفردة. أما النصوص التنظيمية أو اللائحية تتعلق بتنظيم المرفق العام
وسيره، كالنصوص المتعلقة بشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق وضمان حقوق
المنتفعين بالمرفق وتحديد الرسوم التي يأخذها الملتزم من المتعاقدين، فهذه النصوص يجوز
للجهة الإدارية التعديل فيه بإرادتها المنفردة، وإذا أصاب الملتزم أي ضرر بسبب هذه التعديلات
فليس له إلا المطالبة بالتعويض تطبيقاً لنظرية فعل الأمير.

فرع أول: تعريف عقد امتياز المرافق العامة

هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة- على مسؤوليته إدارة مرفق عام
اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية
الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز²¹.

يرى بعض الفقهاء بان الامتياز عبارة عن عمل يلتزم بموجبه احد أشخاص القانون العام
والخاص بإدارة مرفق عام لمصلحة احد أشخاص القانون العام في مقابل مالي نقدي يتقاضاه
من المنتفعين من خدمات المرفق العام، كما يعرفه جانب آخر بأنه عقد يلتزم فيه احد أشخاص
القانون الخاص إزاء شخص معنوي عام موضوعه تأمين إشباع حاجة جماعية على نفقته
الخاصة، في مقابل مالي يتقاضاه من المنتفعين من خدمات هذا المرفق.²²

كما يعرف بأنه اتفاق يكلف بمقتضاه شخص عام شخصاً آخر باستغلال مرفق عام مقابل
مكافآت محددة، تحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق، إذن عقد الامتياز هو اتفاق
قانوني بين طرفين هما المرخص له والمرخص لتحديد الشروط التي يتم بموجبها منح الامتياز
وتنفيذ المشروع كما يتضمن هذا الاتفاق كلا من الحقوق والالتزامات على كل طرف وتمثل هذه
الاتفاقية إرادة الطرفين، ويلتزم كل منهما ببند وشروط عقد الامتياز. وباعتباره عقداً إدارياً
يستمد أحكامه من قواعد القانون العام بصورة أساسية مما يجعله مستقلاً بقواعده، فلا تطبق
عليه قواعد العقد المدني وبمقتضى ذلك تحتفظ الإدارة بسلطة التحكم في استمرار سريانه

²¹- د سليمان الطماوي ، (الأسس العامة للعقود الإدارية)، المرجع السابق، ص 108

²² -RIVERO.J ,DROIT ADMINISTRATIF,PARI S,1985,PAGE 477.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
أو فسخه بإرادتها المنفردة كجزء لعدم وفاء المتعاقد بالتزاماته أو لدوافع المصلحة العامة
وبالمقابل يكون للمتعاقد مع الإدارة حق طلب تعويض ما لحقه من أضرار نتيجة اعتداء الإدارة
على حقوقه التعاقدية، عقد الامتياز عقد ذو طبيعة خاصة يتميز بأنه يخول شخص عادي حق
الحلول محل الإدارة في تسيير مرفق عام.

فرع ثاني: خصائص عقد امتياز المرافق العامة

يتميز عقد امتياز المرافق العامة بعدة خصائص أو مميزات:

يعتبر عقد الامتياز أحد أساليب إدارة وتسيير المرفق العام إلى جانب أسلوب الاستغلال
المباشر، والمؤسسة العمومية، الشركات المختلطة، تهدف الإدارة عن طريقه إلى إشباع حاجات
عامة وسلطة الإدارة غير مطلقة في الاعتماد على أسلوب الامتياز وكقاعدة عامة يجب أن
تدار المرافق العامة من قبل الإدارة مباشرة وكاستثناء يمكن اللجوء إلى أساليب الإدارة الخاصة
لتسيير المرفق العام بغرض تحقيق المصلحة العامة.

أن تولي الإدارة أحد أشخاص القانون الخاص بتسيير وإدارة مرفق عام لا يعني استقلاله في
التسيير المرفق العام وحده بل تبقى الإدارة محتفظة بكامل سلطاتها وصلاحياتها اتجاه المرفق
التي تشمل رقابته والإشراف عليه وفسخ العقد.²³

ويقع عبئ التمويل الذاتي للمرفق ونفقات الإنشاء و الترميم والصيانة وتشغيل المرفق العام
ويتحمل بالإضافة إلى ذلك مخاطر الاستثمار ماليا وفي المقابل يتقاضى الملتزم في عقد
الامتياز مقابلا ماليا من المنتفعين من خدمات المرفق والتي تشكل العائد المادي الذي يهدف
الملتزم إلى تحقيقه من هذا الاستثمار.

فرع ثالث: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة يعتبر عقد امتياز المرافق العامة عملا إداريا

قانونيا يعهد بمقتضاه احد أشخاص القانون العام والخاص بإدارة مرفق عام لمصلحة أحد

²³ - الدكتور خالد بالجيلالي , المرجع السابق,ص88

أشخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام بغرض إشباع حاجات عامة للجمهور، ولقد ظهر اتجاهان حول الطبيعة القانونية لعقد الامتياز.

الاتجاه الأول: اعتبر عقد الامتياز قرار إداري انفرادي من قبل الإدارة المتعاقدة التي تتمتع بكافة امتيازاتها وسلطاتها في هذا العقد كسلطة تعديله وإلغائه وفي المقابل يبقى للملتزم بتسيير المرفق العام الحق في المطالبة بالتعويض في الحالة التي تخل فيها الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها المنصوص عليها في العقد.²⁴

الاتجاه الثاني: واعتبر هذا الاتجاه عقد الامتياز بأنه عقد مدني بالرغم من أن محله هو إدارة وتسيير مرفق عام واستند على أن جميع الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز هي شروط تعاقدية، وبالتالي فهي تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ومن جهة أخرى الهدف الأساسي من عقد الامتياز هو تقديم خدمات عامة للجمهور، إذ أن الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز المرافق العامة اتجاه الطرف المتعاقد معها كلها لمصلحة المنتفعين من خدمات المرفق العام والملاحظ على هذا الاتجاه بأنه لم يلقى قبولا في الفقه الإداري لتجاهله المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام، ونتيجة لذلك ظهر اتجاه آخر يجعل من عقد امتياز بأنه عقد ذو طبيعة مختلطة يتضمن نوعين من الشروط التنظيمية²⁵ والشروط التعاقدية، الأمر الذي أكد عليه الفقيه HAURIOU بان عقد والامتياز يشمل اتفاق عقد واتفاق قانون ذلك أن الشروط التنظيمية في العقد.²⁶

تحدد طريقة وشروط استغلال المرفق العام وتسييره، أما الشروط التعاقدية في العقد تنظم وتحدد حقوق وواجبات الأطراف في العقد.

24 - د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 92 وما يليها
25 - محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 151 وما بعدها
26 - الدكتور خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص 90

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره

فرع رابع: سلطات الإدارة في عقد امتياز المرافق العامة

تتمتع الإدارة في عقد امتياز المرافق العامة بمجموعة من الحقوق التي خولها لها القانون من أجل السهر على سير المرافق العامة وإشباع الحاجات العامة للأفراد أو تقديم خدمات عامة للجمهور باعتبار أنه في هذا العقد تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وتحمل مسؤوليتها على ضمان استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته للجمهور، ويشمل المعنى العام للإشراف والرقابة من طرف الإدارة مراقبة تنفيذ عقد الامتياز وكذلك التأكد من مدى التزام الطرف المتعاقد معها بتنفيذ بنود العقد وفقا للأشكال والإجراءات المتفق عليها في العقد كطلب توضيحات ووثائق متعلقة بتسيير المرفق وزيارة أماكن استغلال المرفق.

وتشمل مظاهر الرقابة كذلك بالإضافة إلى رقابة الإدارة على تنفيذ العقد سلطة توجيه الطرف المتعاقد معها والتي من خلالها يمكن للإدارة توجيه أعمال التنفيذ واختيار انسب الوسائل الفنية والتقنية التي من شأنها أن تحقق أفضل الخدمات لضمان السير الحسن للمرفق العام.

بالإضافة إلى سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة تملك الإدارة حق تعديل بنود العقد الامتياز بإرادتها المنفردة ودون الحصول على الموافقة من طرف المتعاقد معها.

ويجد حق تعديل بنود العقد أساسه ومصدره في امتيازات السلطة العامة و كذلك في مقتضيات المصلحة التي يستهدفها المرفق العام، وعليه فإن منح الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بهدف ضمان السير الحسن للمرفق العام وضمان تقديم الخدمات على أحسن و أكمل وجه، هو ما يسمح للإدارة العامة و يمنحها سلطة تعديل بنود العقد كلما اقتضت مصلحة المرفق ذلك أو كلما اقتضت مصلحة المنتفعين من الجمهور من خدمات المرفق العام.

وفيما يخص حدود سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد فينبغي أن يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية دون الشروط التعاقدية فهذه الأخيرة لا ينبغي المساس بها إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز أيضا للإدارة المبالغة في تعديل الشروط التنظيمية والتعسف في استعمال سلطاتها

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
وحقها في التعديل بغرض الإضرار بالطرف المتعاقد معها أو إجراء تعديلات تخرج عن
مضمون العقد الأصلي بصورة صارخة مما يؤدي إلى المساس بجوهر العقد.

كما يمكن لان يطلب المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن الأضرار التي قد تلحق به جراء
التعديلات التي أجرتها الإدارة على البنود التعاقدية قصد إعادة التوازن المالي للعقد وضمان
استمرارية المرفق من تقديم خدماته لجمهور المنتفعين.

المطلب الثاني: عقد الأشغال العامة

يعرّف عقد الأشغال العامة على أنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد
أو شركة خاصة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة
في عقار لحساب الشخص المعنوي العام و تحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد.

فرع أول: تعريف عقد الأشغال العامة

يعرّف عقد الأشغال العامة على أنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد
أو شركة خاصة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة
في عقار لحساب الشخص المعنوي العام و تحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد.
وعرفته الدكتور سعاد الشرقاوي بأنه العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون
العام، ويكون الأمر متعلقا بإدارة مرفق عام يؤدي خدمة أو يسد حاجة عامة، أو يتضمن العقد
شروطا استثنائية خارقة للشريعة العامة، كما عرفت عقود الأشغال العامة بأنها عقود يلتزم
بموجبها المقاولين في مواجهة الإدارة بتنفيذ أشغال عامة متعلقة بالعقارات مقابل مبالغ مالية
متفق عليه.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
وعرفه الأستاذ سليمان الطماوي بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد
القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد منفعة عامة في
نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد.²⁷

- وفي الجزائر نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 والمؤرخ في 24 يوليو
2002: و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه « لا تطبق أحكام هذا المرسوم
إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات
والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية
والمؤسسات الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع
العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف
هذه الأخيرة باتخاذ مشاريع استثمارية عمومية. بمساهمة نهائية لميزانية الدولة²⁸».

فرع ثاني: خصائص عقد الأشغال العامة:

يتسم عقد الانشغال العمومية بمجموعة من السمات العامة، والتي يمكننا استخلاصها من
التعريف المذكور أعلاه أن ينصب على عقار، ويكون لحساب أحد أشخاص القانون العام
ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة.²⁹

1- ارتباط عقد الأشغال العامة بأحد أشخاص القانون العام:

بمعنى أن الأعمال محل العقد يجب أن تتم لحساب شخص معنوي عام، سواء كانت مملوكة
له، ملكية عامة أو خاصة، أو لم تكن مملوكة له، ويعد من الأشغال العامة ما يجري من أعمال
على عقار مملوك لأحد الأفراد أو المشروعات الخاصة، إذا كانت الأعمال تجرى لحساب
شخص معنوي عام، كأن يكون ما آل العقار إليه بعد إتمام الأعمال أو بعد مدة من إتمامها
وبطبيعة الحال تعد الأعمال من قبيل الأشغال العامة إذا كانت تتم على عقار مملوك لشخص

²⁷ - أنظر :سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص133

²⁸ - أنظر المادة الثانية رقم 02 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

²⁹ - الدكتور خالد بالجيلالي ، المرجع السابق، ص94

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
معنوي عام ولحسابه والملاحظ أن صلة الشخص المعنوي العام بالأعمال التي تتم على عقار
تأخذ صور متعددة والصورة الغالبة في ذلك هي الأشغال العامة التي تتم على عقار مملوك
لشخص معنوي عام ولحسابه.

2- ارتباط عقد الأشغال العامة بالعقار:

أن ينصب محل العقد على عقار ومعنى ذلك أن الأعمال محل العقد تهدف إلى إحداث
تغييرات في العقار ذاته، كأعمال البناء والحفر والهدم والإصلاح أو الترميم والصيانة، أما إذا
انصبت الأعمال محل العقد على منقولات مهما كانت أهميتها وقيمتها، فإن العقد يخرج عن
نطاق عقود الأشغال العامة. فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة حتى ولو
كانت تندرج في أموال الدومين العام لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة حتى ولو أعتبر
عقدا إداريا، وهذا مهما تكن درجة ضخامة هذا المنقول.³⁰

بالتالي لقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي إلى إضفاء وصف الأشغال العامة وعقد الأشغال
العامة على الأشغال التي تقوم بها أشخاص القانون العام على عقارات أشخاص القانون
الخاص ولصالحهم عندما اعتبر القضاء هذا النشاط مرفقا عاما يخدم الصالح العام، كنشاط
الدولة في إعادة ترميم ما خربته الحرب.

ولقد وسع القضاء الإداري من مفهوم الأشغال العمومية ليشمل كذلك كافة الأعمال المتعلقة
بالعقارات كأعمال الردم وأعمال الرش، وتنظيف الطرقات العامة وكذا نقل المواد اللازمة لتنفيذ
الأشغال، وكل الأعمال المتعلقة بعملية صيانة العقارات.

3 يتعين أن يكون الهدف من إبرام هذا العقد تحقيق منفعة عامة:

ولا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام، أو عقار مخصص لمرفق عام ولهذا فإن
من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد

30- د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 126 .

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
التزام المرفق العام، لأن الغاية منها هي تحقيق مصلحة المرفق التي تحقق النفع العام في
نهاية المطاف.

فمحل عقد الأشغال العامة يكون دائما عقارا، سواء كان عقارا بطبيعته أو عقارا
التخصيص، و يستوي بعد ذلك أن يكون القصد من العقد إنشاء أو ترميم هذا العقار
غير أن القضاء الإداري الفرنسي توسّع في مفهوم الأشغال العامة و أدخل فيها كافة
الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات العامة و أيضا إذا تعلّق العقد بنقل المواد اللازمة لتنفيذ
هذه الأعمال.³¹

ومنه فإن عقد الأشغال العامة متصل اتصالا وثيقا بالعقارات حيث بموجبه يلتزم ومنه فإن
عقد الأشغال العامة متصل اتصالا وثيقا بالعقارات حيث بموجبه يلتزم. ونجد أن مجلس
الدولة الفرنسي قد جعل من غاية المصلحة العامة معيارا مميزا لعقد الأشغال العامة
وأساسا للعقد الإداري بصفة عامة، بغض النظر عما اذا كان العقار من المال العام أو من
المال الخاص.

فرع ثالث: سلطات الإدارة في عقد الأشغال العامة:

يرتب عقد الأشغال العمامة أثارا بالنسبة للإدارة بحيث تتمتع بسلطات كبيرة جدا اتجاه المتعاقد
معها تتعلق الأولى بسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه والثانية بسلطتها في تعديل بنود العقد.

أولا: سلطة الرقابة والتوجيه: تعتبر الإدارة في عقد الأشغال العامة هي صاحبة المشروع
ويعتبر الطرف المتعاقد معها هو المنفذ للمشروع فمن الطبيعي أن تراقب الإدارة عملية تنفيذ
المشروع من أجل التأكد من مطابقة التنفيذ بالشكل المتفق عليه ،سواء كانت توجيهات الإدارة
على شكل قرارات إدارية فيلتزم المتعاقد معها على تنفيذها و في حالة مخالفته يحق للمصلحة
المتعاقدة توقيع الجزاء ولكن سلطتها في تنفيذ القرارات ليست مطلقة بحيث يحق للطرف

31 -- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص38

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
المتعاقد معها الطعن في قراراتها أمام القضاء في حالة تضرره منها والمطالبة بالتعويض في
حالة الضرر.³²

ويكون للإدارة في حالة إخلال الطرف المتعاقد معها بالتزاماته في عقد الأشغال العامة في حالة
ارتكابه للمخالفات الحق للإدارة في توجيه إنذارات لتصحيح تلك المخالفات وتداركها وفي حالة
عدم تداركها جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة.³³

كما يحق لها أيضا خصم مستحققاتها التي ترتبت على تنفيذ العقد على حساب الطرف المتعاقد
مع الإدارة.

ثانيا: سلطة تعديل بنود العقد:

يحتوي عقد الأشغال العامة كغيره من العقود الأخرى نوعين من الأحكام تتعلق الأولى بالأحكام
والشروط التنظيمية والتي تعنى بطريقة تنفيذ العقد من حيث ظروف العمل والمدة اللازمة
لإنجازه، أما الثانية فهي تتعلق بالشروط التعاقدية ومن أهمها الاتفاق على السعر أو المقابل
المادي الذي سيتقاضاه المقاول لقاء تنفيذه للأشغال المتفق عليها.

وعليه فإذا كان للإدارة الحق وسلطة تعديل الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة فإنه لا يجوز أن
تقوم الإدارة بتعديل الشروط المالية إلا بموافقة الطرف المتعاقد معها.

باعتبار أن تعديل الشروط التنظيمية لا يخل بتوازن العقد ولا يترتب أضرار بعكس الشروط
التعاقدية التي تخل بالتوازن المالي للعقد مما يؤدي إلى استحالة تنفيذه.

والجدير بالذكر أن الإدارة حتى وإن كان لها حق أو سلطة تعديل الشروط التنظيمية بإرادتها
المنفردة، فإن سلطتها غير مطلقة، كما لا يجوز أيضا للإدارة المبالغة في تعديل الشروط
التنظيمية والتعسف في استعمال سلطتها وحقها في التعديل بغرض الإضرار بالطرف المتعاقد

32 - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، منشأة المعارف
الإسكندرية، 2003، ص70 وما بعدها
33 - الدكتور خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص97

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
معها أو إجراء تعديلات تخرج عن مضمون العقد الأصلي بصورة صارخة مما يؤدي إلى
المساس بجوهر العقد.

وفي المقابل يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب تعويضا عن الأضرار التي قد تلحق به جراء
التعديلات التي أجرتها الإدارة على البنود التعاقدية قصد إعادة التوازن المالي للعقد سواء عن
طريق الطعن الإداري أو الطعن القضائي كما يحق له طلب فسخ العقد.

المطلب الثالث: عقود التوريد العامة:

من أهم المعايير المميزة لعقد التوريد، من حيث كونه عقد إداريا لا عقدا مدنيا ما يأتي:

- اتصال العقد بمرفق العام.

- استهدافه تحقيق مصلحة عامة.

- محل عقد التوريد أشياء منقولة.

- يرتبط أداء الثمن في عقد التوريد بقرار لجنة فحص الأصناف الموردة أو نتيجة الفحص
الفني لتلك الأصناف، حيث يتعين أداء الثمن فور صدور قرار لجنة الفحص الفني أو ورود
نتيجة هذا الفحص وبما لا يجاوز خمسة عشر يوم عمل تكتسب من تاريخ اعتماد قرار اللجنة.
شروط استثنائية غير مألوفة وفي الحالات التي ينص فيها العقد على تسديد الثمن مقابل استلام
الأصناف، فإنه يجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق
من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن.

وعقد التوريد ليس عقدا إداريا على إطلاقه، فهو لا يعتبر كذلك إلا إذا صدفت فيه الشروط
المميزة للعقود الإدارية بوجه عام، أي أن يكون العقد محتويا على شروط استثنائية غير مألوفة
في نطاق القانون الخاص ومفاد عقد التوريد هو عقد بمقتضاه يتفق الشخص المعنوي العام مع

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
فرد أو شركة يلتزم بموجبه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات لحساب الشخص المعنوي العام
خدمة للمرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة. وأن عقد التوريد قد يبرم بين شخص معنوي عام
وفرد عادي، أو شركة، أو بين أشخاص القانون العام، بيد أنه لا يعتبر عقد التوريد الاتفاقات
على توريد بعض المواد بين جهتين تابعتين لنفس الشخص المعنوي.

فرع أول: تعريف عقود التوريد العامة

عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عقد التوريد بأنه «اتفاق بين شخص معنوي من
أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة
للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين».

ويعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون
الخاص المورد سواء كان فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات لصالح
الشخص العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن.³⁴

إن عقد التوريد الإداري هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة، يتعهد
بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل
ثمن معين، و هو يختلف عن الاستيلاء في أن المورد في العقد الإداري يسلم المنقولات
المتعاقد عليها برضائه دون أن يكون مضطرا إلى ذلك بينما في الاستيلاء يكون بمقتضى قرار
إداري بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا.

فرع ثاني: خصائص عقود التوريد العامة:

يتميز عقد التوريد بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى وتتمثل أساسا في:

أولا ارتباط محل التوريد على المنقولات:

و من خلال هذا التعريف ي تضح أن موضوع عقد التوريد هو دائما أشياء منقولة.³⁵

³⁴ - الدكتور خالد بالجيلالي , المرجع السابق,ص105

³⁵ - د.مازن ليلو راضي، المرجع السابق، 2003 ، ص.65.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره
إذا كان محل الالتزام في عقود الأشغال العامة يرتبط في أصله بالعقار محل أشغال البناء
أو الترميم أو إعادة التهيئة فإن موضوع عقود التوريد العامة يرتبط أساسا بالمنقول لا العقار
باعتبار أن عقد التوريد يقوم على تقديم أو توريد منقولات لصالح الإدارة أو المصلحة المتعاقدة.

ثانيا: ارتباط محل عقد التوريد بالشخص المعنوي العام:

ككل العقود الأخرى يعتبر ارتباط محل عقد التوريد مع أحد أشخاص القانون العام عنصرا
رئيسيا حتى يوصف العقد بأنه عقد إداري وبالتالي يمكن تمييزه عن باقي العقد الأخرى التي
تبرم بين أشخاص القانون الخاص.

ثالثا: الغرض من إبرام عقد التوريد العام هو تحقيق المصلحة العامة:

تعتبر المصلحة العامة عنصرا رئيسيا في كل العقود الإدارية حيث تلغى صفة العقد الإداري
عن أي تصرف تقوم به المصلحة المتعاقدة لخدمة أي غرض يخرج عن نطاق المصلحة العامة
مهما كان هدفه أو الأسباب التي دفعت هذه الأخيرة لإبرامه.

فرع ثالث: سلطات الإدارة المتعاقدة في عقود التوريد العامة:

خلاف لبعض العقود الإدارية التي تكون سلطات الإدارة فيها واسعة على غرار عقد الأشغال
العمومية إلا أنه في عقد التوريد لا تكون لها مثل هذه السلطات إلا إذا نص العقد على خلاف
ذلك إلا في الحالة التي يقوم فيها المورد بتصنيع المنتجات الموردة إلى المصلحة المتعاقدة فهنا
يكون للإدارة حق الرقابة والتوجيه.

وكذلك يمكن للإدارة فرض غرامات مالية وجزاءات في حالة التأخر المورد في تسليم الأشياء
المتفق عليها في الآجال المحددة وان الأشياء الموردة غير مطابقة للمعايير المتفق عليها جاز
للمصلحة المتعاقدة اقتناء هذه الأشياء على حساب الطرف المتعاقد معها أو فسخ العقد إذا ما
قدرت أن في ذلك تحقيق للمصلحة العامة مع احتفاظ الطرف المتعاقد معها بحقه في التعويض
في الحالات التي تسبب أضرار من طرف المصلحة المتعاقدة.

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره

المطلب الرابع: العقود الإدارية الحديثة³⁶:

عرفت العقود الإدارية في الآونة الأخيرة أشكالا جديدة لتأخذ صور عقود مركبة لا تنتهي بإنجاز وتشبيد كما هو الحال بالنسبة لعقود الأشغال العامة بل ينطوي العقد الواحد على أكثر من وظيفة واحدة كالبناء وتحويل مرفق عام وهو ما يعرف بعقود B.O.T.³⁷

ويقصد بمشروعات البوت تلك التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية سواء كانت من القطاع العام أو الخاص لإنشاء مرافق عامة على حسابها وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.³⁸

وهناك اتجاه آخر يعرفها بأنها نظام تمويل مشروعات البنية الأساسية حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بموجب اتفاق تلتزم الشركة بمقتضاه بتصميم وبناء مرافق من مرافق البنية الأساسية³⁹ ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص للشركة بتملك أصول الفروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون العائد من تشغيل تلك المرافق لها ما يمكنها من استرجاع تكلفة التشييد وتحقيق أرباح خلال فترة الترخيص وتلتزم الشركة بنقل ملكية أصول المشروع إلى الحكومة عند انتهاء فترة الترخيص.

الفرع الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T:

وفي هذا النوع من العقد B.O.T تتولى شركة القطاع الخاص تمويل وتشبيد المرفق لجهة حكومية تملكه من البداية، ثم تقوم الشركة الخاصة بتشغيله على أساس تجاري لفترة معينة ويحصل في المقابل على عائد يتفق عليه ثم تحول أصوله إلى الجهة المالكة.

36 -إحسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2017، ص 53 وما يليها

37 -اصطلاح البوت : B.O.T هو اختصار لكلمات انجليزية ثلاث: B=BUILD ومعناها البناء O= OPERATE وتعني التشغيل، T=TRANSFERT نقل الملكية

38 -نصار جاد جابر العقود الإدارية ط3 دار النهضة العربية ص 86

39 -مشروعات البنية الأساسية هي تلك المشروعات المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساسا كالمطارات الطرق، محطات الكهرباء، السكك الحديدية..... الخ

الفصل الأول ماهية العقد الإداري وعناصره وصوره

الفرع الثاني: عقد البناء و التملك والتشغيل ونقل الملكية:

وفي هذا النوع من العقد: **B.O.O.T** تقوم الدولة بمنح احد الأشخاص الخاصة ترخيصا لإقامة مرفق عام وتملك أصوله وتشغيله وصيانته ويتحمل المستثمر كافة المخاطر التجارية للمشروع طوال فترة الترخيص والتي يقوم خلالها بتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد ما أنفقه على المشروع ولتحقيق هامش ربح مقبول، وعند نهاية مدة الترخيص يلتزم المستثمر بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة.⁴⁰

الفرع الثالث: عقد الإيجار و نقل الملكية **B.L.T**

وفي هذا النوع من العقد **B.L.T**⁴¹ تقوم الشركة ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم توجره الى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها أو عن طريق آخرين.⁴²

الفرع الرابع: عقد الإيجار والتجديد والتشغيل و نقل الملكية **L.R.O.T**

وفي هذا النوع من العقد وفي هذا النوع من العقد **L.R.O.T**⁴³ تقوم الشركة باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية تم تجددته وتحديثه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية.⁴⁴

ويتضح أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فضلا عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير، وهي تقوم مجملها على فكرة أساسية وهي أن يتحمل القطاع الخاص عبئ التمويل والإنشاء والتجديد والتشغيل للمرافق العامة ثم إعادة ملكيتها للدولة.

40 - مشاريع **B.O.O.T** ومعناها **B= BUILD** وتعني البناء **O = OWN** وتعني التملك **O = OPERATE** وتعني التشغيل **T=TRANSFERT** وتعني نقل الملكية

41 - مشاريع **B.L.T** ومعناها **B= BUILD** وتعني البناء **L = LEASE** وتعني الإيجار **T=TRANSFERT** وتعني نقل الملكية

42 - نصار جاد جابر، المرجع السابق، ص 95

43 - اختصار لجملة: **LEASE RENWAL OPERATE TRANSFERT**

44 - نصار جاد جابر، المرجع السابق، ص 95

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

الفصل الثاني: سلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية وإنائها

عند الحديث عن سلطات الإدارة الاستثنائية في العقد فإننا نوجه الأنظار باتجاه العقد لإداري والذي تقتضي طبيعته الخاصة منح السلطات الاستثنائية للإدارة لتحقيق الصالح العام ولضمان تشغيل المرافق العامة بانتظام واطراد وهذا ما لا يتوافر في العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة ولا تخضع للقانون العام ولا شك أن هذه السلطات تبدأ من اللحظة التي تقرر فيها المصلحة المتعاقدة تحديد الحاجات التي تسمح للإدارة بتحقيق غاياتها و التي تتمثل في الإجراءات والكيفيات التي تختار فيها السلطة المتعاقدة الطرف المتعاقد معها والطر التي منحها إياها القانون لاختيار هذا الشريك وعليه فإن دراستنا لهذا الفصل ستتصب على دراسة إبرام العقد الإداري من خلال دراسة الصفة العمومية في المبحث الأول من خلال دراسة مراحل الصفة بداية من تحديد الحاجات من المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض وتعريفه والأشكال التي يتم بها وصلا إلى التراضي في الحالات الاستثنائية التي يمكن للإدارة اللجوء إليها وصولا إلى الإجراءات والأشكال التي تتم بها الصفة بداية من الإعلان الغاية إجراءات الرقابة على الصفقات.

وخصصنا البحث الثاني لدراسة السلطات الاستثنائية في العقد الإداري والتي تخضع للقانون العام على ذلك تتمتع الإدارة وهي تمارس دورها المنوط بها في العقد الإداري بسلطات واستثناءات لا مثل لها في القانون الخاص نظرا لارتباط العقد الإداري بالمرافق العامة والصالح العام، وقبل الخوض في هذه السلطات على نحو دقيق ومتفرد فإنه يجب مراعاة الصفات المشتركة التي تجمع هذه السلطات وهي:

ولكل ما تقدم فإننا سنبحث سلطات الإدارة وحقوقها في تنفيذ العقد الإداري بشكل دقيق من

خلال تبيان هذه السلطات والحقوق والتي يمكن حصرها في الأمور التالية:

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

1- حق الإدارة في الرقابة والتوجيه.

2- حق الإدارة في تعديل العقد.

3- حق الإدارة في توقيع الجزاءات.

وبما أن لكل شيء بداية ونهاية خصصنا المبحث الأخير في الفصل الثاني والأخير من هذه المذكرة لدراسة انتهاء العقود الإدارية والتي تلعب فيها السلطة المتعاقدة دورا بارزا سواء من حيث استعمال امتيازاتها وسلطاتها الممنوحة لها قانونا أو التي تملكها بطبيعتها استنادا الى معيار السلطة العامة سواء من خلال النهاية العادية أو النهاية غير العادية.

المبحث الأول: إبرام العقود الإدارية - الصفة العمومية-

إلى جانب الالتزام بالقواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية تنفرد بمبادئ إضافية خاصة بالعقود الإدارية و أول ما نقابله في هذا المجال، ما هو معروف من أن العقود الإدارية عقود تستهدف تحقيق الصالح العام، ولهذا أخل القانون بمبدأ التساوي بين المتعاقدين، إذ جعل لجهة الإدارة مركزاً أقوى من مركز المتعاقد معها، وما ذلك إلا لأن الإدارة تستهدف تحقيق الصالح العام، بينما يستهدف المتعاقد مع تحقيق صالحه الخاص.

ومن زاوية أخرى فقد رأينا أن العقد الإداري يتعلق دائماً وبشكل جوهري بمرفق عام معنى ذلك أن الأعباء المالية للعقد تقع على كاهل المرفق العام، وتوجب هذه النتيجة التزام الإدارة بالتعاقد مع من يتقدم بالتكلفة الأرخص، حماية لمال المرفق العام، والذي هو مال عام تجب المحافظة عليه وإنفاقه بحساب وثمة نتيجة أخرى لتعلق العقد الإداري بمرفق عام، ومن المبادئ الحاكمة للمرفق العام أن يكون دائم التطوير، حتى لا يتأخر عن نظائره في القطاع الخاص أو خارج الوطن، ومن هنا تلتزم الإدارة بأن يكون موضوع العقد على أعلى درجة من الكفاءة والتطور في مجاله، مما يفرض على الإدارة أن تشكل لجنة فنية عالية المستوى، وتعهد إليها بوضع مواصفات موضوع العقد الفنية، وأن يجري التعاقد على أساسها.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

ويمكن تعريف الصفقة العمومية على أنها عقد إداري مكتوب بمقتضاه يبرم بين الإدارة المتعاقدة مع أحد المتعاملين الاقتصاديين لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال العمومية واللوازم والخدمات والدراسات على أن تبرم الصفقة العمومية قبل الشروع في تنفيذ الخدمات وبعد موافقة السلطة المختصة قانونا وهو الأمر الذي نصت عليه المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في: 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات».

وتحكم الصفقات العمومية مجموعة من المبادئ والقواعد أهمها الاستعمال العقلاني للمال العام ترشيدا للنفقات العامة من أجل المحافظة على المال العام ومبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ومبدأ المساواة بين المرشحين للصفقة العمومية وضمان شفافية الإجراءات.

ولقد مر نظام الصفقات العمومية في الجزائر بمراحل متعددة، وخضع لتشريعات وتنظيمات تنوعت بين الفرنسي تارة، و الجزائري تارات أخرى، واختلفت محتوياتها بالنظر للظروف التي مرت بها، ظروف سياسية واقتصادية تركت أثرا على هذه التنظيمات، حيث صدر منها منذ الاستقلال ستة تنظيمات أساسية، ولها تعديلات وتتمت عديدة كان أولها الأمر رقم 67- 90 وآخرها المرسوم الرئاسي 15-247.

والجدير بالذكر أن شرح الإجراءات من خلال هذا المبحث سينصب بالأساس على تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 15 - 247، وهو المعمول به حاليا والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مع مقارنته ببعض التنظيمات السابقة، وذلك من أجل التمييز بين فترة وأخرى، ومعرفة الجديد المتعلق بها، ومدى نجاعته وتحقيقه للمطلوب.⁴⁸

⁴⁸ -انظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، دار جسور ، الجزائر العاصمة، 2017 ، ص

لمطلب الأول: طرق وكيفيات إبرام الصفقة العمومية

يعتبر إبرام الصفقة العمومية مرحلة مهمة في مسار انعقاد العقد الإداري، لذلك فإنها تكون وفق آليات معينة ومحددة، سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب طلب العروض، أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي.

و بالرجوع لنص المادة التاسعة والثلاثون من المرسوم الرئاسي 15 - 247، وتحديدًا القسم الأول من الفصل الثالث، نجد أن المشرع قد بين كيفيات إبرام الصفقات العمومية⁴⁹، حيث حصرها في قوله: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".⁵⁰

فالمصلحة المتعاقدة إذن مقيدة بهاذين الأسلوبين، أسلوب طلب العروض وهو القاعدة العامة والأصل الذي يعد بمثابة الدعوة للمنافسة، وكذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية والمساواة بين العارضين، وأسلوب التراضي وهو الاستثناء على القاعدة، الذي يؤكد لها ولا ينفىها.

ولذلك سنقسم هذا المبحث لمطلبين: مطلب أول متعلق بأسلوب طلب العروض، ثم مطلب ثاني لأسلوب التراضي.

وحرصا على تحقيق المصلحة العامة وحماية للمال العام تلتزم الإدارة ببعض الضوابط والقيود التي تحد من حريتها في التعاقد واختيار المتعاقد معها، ومن أهم القيود التي تحد من حرية الإدارة التزامها بإتباع الطرق والإجراءات التي رسمها لها المشرع لاختيار المتعاقد وإتباعها النصوص القانونية المنظمة لكيفية التعاقد.

على الرغم من تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة، فإنها في مجال لعقود ليست حرة تتعاقد بأي طريقة تشاء بيان ذلك أن المشرع غالباً ما يتدخل ليرسم للإدارة طريقة التعاقد، التي يرى

49 -المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لد 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

50 - الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 220

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
أنها الطريقة التي تحقق التعاقد بأفضل الشروط وأحسن المواصفات، وبأقل الأسعار وهو ما
يظهر جليا في قانون الصفقات الذي يهتم بهذا الشأن والذي لا يترك للإدارة مجالا للمناورة
أو المغامرة حيث أنه يهتم بكل مراحل إبرام الصفقة وهو ما سنبينه في البداية من تحديد
الحاجات إلى غاية الكتابة والصيغة النهائية للعقد.

الفرع الأول: تحديد الحاجات:

يعتبر تحديد الحاجات أول مرحلة تمر بها الصفقة العمومية وهو حيث يجب على المصلحة
المتعاقدة تحديد حاجاتها بدقة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقات العمومية، وان يتضمن
التحديد طبيعة الحاجات ومداها والمبلغ المحدد للصفقة، حسب دفاتر الشروط المنجزة وهو ما
نصت عليه المواد من 26 إلى 36 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في
2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومسألة اختيار
المتعاقدين مع الإدارة فيمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين كما يمكن أن
يكون أيضا شخص من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام ويمكن
للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري
أو المؤسسات الأجنبية من أجل تحقيق أهدافها وتنفيذ خدماتها.⁵¹

فرع الثاني: طلب العروض⁵²

هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة
دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.⁵³

51 - الدكتور خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص 109

52 - المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لد 16 سبتمبر 2015، المتضمن
تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

53 - انظر المادتين 37 و 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق
العام.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
تطبيقاً لأحكام المادة 93 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن طلب العروض أهم طريق
لاختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على أساس أنه القاعدة العامة والأصل
وبالرجوع للنص الفرنسي في المرسوم نجده ينص على:

« Les marches publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres »

أي أن المصطلح هو "L'appel d'offres" والذي يعني " طلب العروض " مما يجعل هذه
الترجمة تستقيم والمصطلح باللغة العربية، والذي يتمثل في أسلوب من أساليب التعاقد الإداري
يتيح للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها في إطار من المنافسة دون التزامها بمبدأ
آلية الإرساء في حين أن المبدأ الذي يميز مصطلح " المناقصة " المستعمل سابقاً، يتمثل في أنه
وسيلة أو آلية للإرساء على العطاء الأقل ثمناً.⁵⁴

وجاءت المادة الأربعون من المرسوم الرئاسي 15-247، مبينة الهدف من طلب العروض، وأن
مبدأ "العرض الأفضل" هو المعيار المعتمد للانتقاء بقولها: " طلب العروض هو إجراء
يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون
مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استناداً لمعايير اختيار
موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء."

ليكون المشرع بذلك قد ضبط مصطلح العروض ضبطاً دقيقاً، بحيث جعل المعيار المعتمد في
إسناد الصفقة، هو " العرض الأفضل"، ولذلك منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في الجمع
بين أكثر من معيار للانتقاء، فليس بالضرورة أن يكون الأقل ثمناً.

ولقد بينت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 أشكال طلب العروض بقولها: " يمكن أن
يكون طلب العروض وطنياً أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية: طلب العروض
المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة."

54 - لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد، الجزائر، 2004، ص434

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

أولاً: طلب العروض المفتوح:

طلب العروض المفتوح يكفل لكل عارض توفر فيه الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة من خلال إعلان الصفقة، مما يعني العارض المؤهل لا كما توحى عبارة مفتوح، فتكون المنافسة مفتوحة بين العارضين المؤهلين الذين تتوفر فيهم الشروط، دون إقصاء أو تمييز أو انتقاء⁵⁵.

كأن تعلن الولاية عن إنجاز مساكن في الولاية، وجعلت شروطا عامة لكل متعامل قادر ومشتغل بمجال البناء، وحاصل على تصنيف الدرجة الأولى، مما يتضح لنا من هذه الشروط أن طلب العروض مفتوح، بحيث لم تشترط فيه شروط خاصة.

1 - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

" L'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales "

المتتبع لتنظيمات الصفقات العمومية سيجد أن هذا المصطلح قد استعمله المشرع لأول مرة في هذا المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، ولم يذكر قبلها في التشريعات المتلاحقة للصفقات العمومية، وقد عرفتها المادة 44 من هذا المرسوم بقولها: " طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".⁵⁶

وذهبت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى بيان طبيعة الشروط التي تشترطها المصلحة المتعاقدة وصنفتها إلى ثلاثة أصناف متعلقة بقدرات كالتالي: قدرات تقنية: قدرات مالية و قدرات مهنية.

وتجدر الإشارة إلى أن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا يقابله في المرسوم الرئاسي 10 - 236، المناقصة المحدودة، والتي عرفها المشرع في المادة 30 منه على أنها ":

⁵⁵ -مادة 43 المرجع السابق

⁵⁶ -المادة 44 نفس المرجع السابق

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
إجراء لا تسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة
التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً "

2 - طلب العروض المحدود: " L'appel d'offres restreint "

عرف المشرع طلب العروض المحدود في المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247
بقوله: " طلب المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين العروض المحدود هو إجراء
لاستشارة انتقائية يكون المر وحدهم لتقديم تعهد للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد
يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين بعد انتقاء أولي
لخمسة منهم، وفي الحقيقة أن هذه الطريقة كانت تسمى من قبل " استشارة انتقائية"، ولكن
المشرع في المرسوم الجديد 15-247 غير تسميتها "بطلب العروض المحدود"، بل حتى
تعريفها يشبه إلى حد كبير تعريف الاستشارة الانتقائية والتي عرفها المشرع في المرسوم الرئاسي
رقم 10-236 في المادة 31 بقوله: " الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص
لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي."

ولما كان طلب العروض المحدود متعلق بعمليات معقدة وذات أهمية، جعل المشرع له إجراءات
خاصة بينها كل من المادتين 45 و 46 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، فأوضحت المادة
45 في فقرتها الرابعة أنها تمر إما بمرحلة واحدة، أو بمرحلتين حسب ما تقتضيه الحاجة
بقولها: " ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إما على
مرحلتين طبقا للمادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة".⁵⁷

(أ) : طلب العروض المحدود والتنافس في مرحلة واحدة:

نصت المادة 45 في فقرتها الخامسة على ذلك بقولها: " عندما يطلق الإجراء على أساس
مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس.

⁵⁷ -لمادة 45- 46 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لد 16 سبتمبر 2015،
المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

ب) طلب العروض المحدود والتنافس على مرحلتين:

نصت المادة 45 في فقرتها السادسة على ذلك بقولها: " استثناء عندما يطلق الإجراء على أساس وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفة دراسات" و نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية".

ثانيا: المسابقة: « Le concoure »

تعتبر المسابقة شكلاً من أشكال طلبات العروض، يتم اللجوء إليها إذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو جمالية من أجل حصولها على أحسن العروض من طرف المتنافسين من رجال الفن والإبداع.

فقد عرفت المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 بقولها: " المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفة لأحد الفائزين بالمسابقة".

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لتشمل مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة ومعالجة المعلومات⁵⁸.

حسبما نص عليه المرسوم 15 - 247، حيث لا يمكن مثلاً تصور أن المصلحة المتعاقدة فيما يخص صفة تجهيز تتبع أسلوب المسابقة، بسبب أن هذا الأسلوب يعبر عن منافسة تتعلق بالفكر والمخططات الهندسية والمعلومات، على خلاف المرسوم 10 - 236، والذي ركز على الجوانب الفنية الخاصة، أو التقنية أو الاقتصادية أو الجمالية فقط لهذا الأسلوب.

58 - المادة 47- 48 ، نفس المرجع السابق

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

الفرع الثالث: التراضي. 59

يمكن تعريف التراضي بأنه إجراء استثنائي لإبرام العقود بمقتضاه يتم تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

وقد عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام التراضي بأنه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.."، فذهب المشرع الجزائري إلى أن التراضي هو إجراء يتضمن منح الصفقة لمعامل اقتصادي دون حاجة لأن يتضمن هذا المنح الإجراءات المطلوبة في طلب العروض بأشكاله المختلفة، أو هو إجراء خاص يتعلق بإبرام الصفقات العمومية يتضمن تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة لما في ذلك من تسهيل الأمر على المصلحة المتعاقدة بأن لا تتقيد بعنصر الزمن، الذي يكون عائقا في حالات معينة كالاستعجال، وهذه الحالات كان على المشرع في الحقيقة أن يشير إليها في التعريف ولو بإشارة عامة، بسبب أنها هي السبب في وجود الاستثناء وهو التراضي، فالتعريف الوارد في المادة 47 اهتم بعنصر الشكل في التصريح بإعفاء المصلحة المتعاقدة من جانب التقيد بالإجراءات، ولم يذكر أبدا الحالات المتعلقة بالتراضي في هذا التعريف وبهذا يجب أن يكون التراضي معرّفا بحالاته المحددة حصرا.

من خلال التمهيد سنتعرض إلى أشكال التراضي باعتباره إجراء استثنائي تلجا إليه المصلحة المتعاقدة فقد حدد المشرع الحالات التي يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على سبيل الحصر.

أولاً: التراضي البسيط:

التراضي البسيط هو أحد أشكال التراضي، بتوافر حالاته تصبح المصلحة المتعاقدة حرة في أن تستبعد مبدأ التنافس، لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معها وقد جدد المشرع هذه الحالات من خلال المادة رقم 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 فنصت

59- المادة 49-50-51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
على " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط... "، وتتمثل هذه
الحالات في ⁶⁰:

(1) حالة المتعامل المحكر الوحيد:

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد، إما لاحتلاله
وضعية احتكارية وإما بكونه المتعامل الوحيد الذي يمتلك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها
المصلحة المتعاقدة، أو لاعتبارات ثقافية وفنية تبرر اللجوء لمتعامل متعاقد وحيد.⁶¹

(2) حالة الاستعجال الملح:

وهي حالة من الحالات التي تبرر اللجوء إلى إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط وقد قيدها
المشرع بشروط تتمثل في:

- (أ) أن يتعلق الاستعجال بخطر يهدد ملكا أو استثمارا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي.
(ب) أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، ولا يسعنا التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات
العمومية لدفعه، بالنظر لما تتميز به من إجراءات شكلية طويلة ومعقدة.
(ج) أن تكون الظروف المسببة لحالات الاستعجال غير متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة.
(د) ألا تكون وسيلة ومناورة من طرف المصلحة المتعاقدة بالمماطلة، أي بأن تتماطل المصلحة
المتعاقدة إلى حين تعرض الملك أو الاستثمار إلى خطر داهم لتلجأ إلى المتعاقد الذي ترغب فيه.
(3) حالة تموين مستعجل مخصص بشروط:

هذه الحالة مستقلة عن الحالات السابقة، بسبب أنها تتطلب شروطا خاصة وتطبق في مجال
محدد ودقيق يتعلق بالتموين؛ حيث تكون فيه المصلحة المتعاقدة في حاجة سريعة لخدمة ما
يتوقف عليها نشاطها، ولو ألزمتها بالخضوع لشرط الصفقة العمومية، وما يستلزمه من نشر

60 - الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 222
61 - وهي 06 حالات نصت عليها المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

وأجال وإجراءات لتوقفت الحركة وفي ذلك إضرار بالسوق وحاجيات السكان، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط.⁶²

إلا أن المشرع قد ضبط هذه الحالة من حالات التراضي البسيط بشرطين وهما:

- عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة.

- ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.⁶³

4) حالة مشروع ذي أهمية وطنية:

إذا كان هناك مشروع سينتج عنه أثر إيجابي تعم فائدته على كامل إقليم الدولة، وسيطلب إبرامه أعباء مالية ضخمة جدا، فإن المشرع وصفه في المادة 43 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 15 - 247 بقوله: ذو أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرمه وفق أسلوب التراضي البسيط.

5) عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية العمومية للإنتاج:

وهي من الحالات التي ذكرها المرسوم الرئاسي 15 - 247، ولعل هدف المشرع من ذلك هو تمكين المصلحة المتعاقدة من إبرام الصفقة في وقت وجيز من أجل تحقيق الترقية للأداة الوطنية للإنتاج، مع أن المشرع جعل العبارة عامة ومطلقة مما يفتح الباب واسعا للتفسير والتأويل.

6) عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية اقتصادية حقا حصريا القيام بمهمة الخدمة

العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع هيئات وإدارات عمومية ذات طابع إداري.

تم ذكر هذه الحالة المزدوجة في المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 حيث بين المشرع أن هذه الحالة تحمل في طياتها حالتين هما:

62 - د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 113.

63 - أنظر: المادة 49 / 3، من المرسوم الرئاسي 15 - 247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مرجع سابق

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

- عندما يعطي نص قانوني؛ سواء تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عامة اقتصادية تجارية أو صناعية أحقية حصرية في القيام بمهمة تقديم خدمة عمومية.

- عندما تنجز مؤسسة عامة اقتصادية تجارية أو صناعية كل نشاطها مع الهيئات والإدارات والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة:

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسند الصفقة أيضا إلى متعامل واحد في الحالات الخمس التي أوردتها المادة 51 من المرسوم رقم: 15-247 وهي كالتالي:

(1) عندما يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

ونكون أمام هذه الحالة عندما نقوم بإجراء طلب العروض ولا يتم استلام أي عرض، بمعنى أنه قد تم تطبيق القاعدة العامة والمتمثلة في طلب العروض وفق الإجراءات المسطرة في تنظيم الصفقات العمومية، إلا أنه لم يتقدم أي أحد من العارضين، فنعلن عدم الجدوى ثم نكرر العملية مرة أخرى وإذا كان الأمر كما في طلب العروض الأول يتم حينها الإعلان عن عدم الجدوى⁶⁴ للمرة الثانية، وهنا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

(2) حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

ف نجد أن الطبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي فرضت على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، حيث بين المشرع هذه الطبيعة الخاصة في المادة 51 في فقرتها الثانية بقوله: "وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات".

وعليه فعلى المسلحة المتعاقدة إذا أرادت اللجوء إلى هذا الأسلوب اعتمادا على هذه الحالة أن تبرر ذلك بإبراز خصوصية صفقة الدراسات واللوازم والخدمات الواردة في الفقرة الثانية السابقة

⁶⁴ المادة 40 / 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

كالطابع السري مثلا في صفقات الدولة المتعلقة بالأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن التي لا تتوافق وطبيعتها أسلوب طلب العروض.

3) حالة صفقات الأشغال التابعة للمؤسسات العمومية السيادية

الأشغال العمومية التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية والمتميزة بالدقة والسرية، إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر المعروف في طلبات العروض.

ولقد نص المشرع على هذه الحالة في المادة 51 في فقرتها الثالثة بقوله: "... في حالة الصفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.."، مما يعني أن هذه الحالة تتعلق بعقد الأشغال العامة المتصلة بقطاع سيادي دون غيره من الصفقات الأشغال التابعة للمؤسسات العمومية السيادية.

4) حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

هذه الحالة لم تكن موجودة ضمن حالات التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي رقم 10 236 -، وهي من مستجدات المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 وتتعلم بصفقات الأشغال أو الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي تم صدور قرار المنح بشأنها تطبيقا للقواعد العامة لكن لسبب من الأسباب كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم وآجال طلب عروض جديد بال كفيات المشار إليها في المرسوم الرئاسي، فمن أجل هذه الحالة الموضوعية سمح المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تسلك سبيل أسلوب التراضي بعد الاستشارة، على أن تبرر ذلك بوجود الأسباب التي ذكرها المشرع عند ممارسة أي رقابة عليها.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

5) حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة التمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات.⁶⁵

هنا في الحالة قصر المشرع مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية، وفي حالة الاتفاقيات المتعلقة بتحويل ديون إلى مشاريع واستثمارات يجب موافقة الدولتين، مما يعني حصر الاستشارة على مؤسسات الدولة مقدمة القرض، وقد ذكر المشرع هذه الحالة في الفقرة الخامسة من المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247.

وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى والبلد المقدم للأموال في الحالة الثانية.

المطلب الثاني: إجراءات وأشكال إبرام الصفقات العمومية:

قبل إبرام الصفقة العمومية بصورة نهائية والتوقيع عليها من طرف السلطة المختصة يجب أن تمر الصفقة العمومية بسلسلة من الإجراءات والتراتب وتفرغ في أشكال محددة.

يبرم إبرام الصفقة العمومية وفقا لطلب العروض باعتباره قاعدة عامة دون إجراء التراضي بسلسلة من الإجراءات قبل اعتمادها من طرف السلطة المختصة قصد ضمان الشفافية والنزاهة والمساواة بين المتعهدين.⁶⁶

الفرع الأول: وتتمثل إجراءات إبرام الصفقات العمومية في سلسلة التدابير التالية:

-الإعلان عن الصفقة.

-إيداع العروض.

-إرساء الصفقة.

⁶⁵ - المادة 51 / 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق

⁶⁶ - الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 222

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

أما فيما يخص الإشكال التي ينبغي أن تفرغ فيها الصفقات العمومية ونظرا لأهميتها من الناحية القانونية وكذلك لقيمتها المالية المعتبرة وتسهيلا لعملية الرقابة الإدارية والقضائية عليها عند الاقتضاء فان العقود الإدارية والصفقات العمومية تستلزم ضرورة إفرغها وصياغتها في أشكال معينة كالتالي⁶⁷:

-الكتابة.

-دفاتر الشروط.

أولاً: الإعلان: la publicité يهدف الإعلان عن طلب العروض إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري، حيث يتم إعلام المعنيين المقاولين، الموردين، مكاتب الدراسات...الخ، بما يفسح المجال للتنافس فيما بينه، ويضمن الأخذ بمبدأ المساواة بين المرشحين ويعطي الأفضلية للمصلحة المتعاقدة لاختيار أفضل وأحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية ويتمتع الإعلان بالخصائص التالية :

1- الطبيعة: يتسم الإعلان عن الصفقة بالطابع الإلزامي ويعتبر شرطا جوهريا يرتب عدم الأخذ به إلى بطلان أو إلغاء الصفقة.

2-الوسائل: عملا بالمادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 « ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي . B.O.M.O.P⁶⁸ وعلى الاقل في جريدتين يوميتين وطنيتين».

3- المحتوى: يجب أن يتضمن الإعلان مجموعة من البيانات الواردة في المادة 62 من الرسوم 15-247، حتى يعطي ويقدم صورة واضحة عن الموضوع الصفقة للمتقدمين بتعهداتهم.

67 - الدكتور محمد الصغير بعلي، نفس المرجع، ص 240,241

68 -المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 11 شعبان عام 1404الموافق ل 12 مايو سنة 1984 والمتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

4-اللغة: نصت المادة 65 من المرسوم 15-247 السابق على أن يحرر الإعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

ثانيا: إيداع العروض: SOUMISSION:

بعد الإعلان عن الصفقة يتقدم المتعهدون بعروضهم إلى الجهة الإدارية المختصة وفقا للإجراءات والأشكال التالية:

1-الأجل: تحدد المصلحة المتعاقدة من خلال السلطة التقديرية ووفقا لطبيعة كل صفقة أجلا لتقديم العروض يبدأ سريانه من تاريخ أول إعلان صدر في الجريدة الرسمية كما يمكن للإدارة تمديد اجل هذا الإعلان ويبقى المتعهدون ملزمون بتقديم تعهداتهم طيلة فترة الإعلان.

2- الشكل: نصت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 لصحة العرض تقديم ما يلي:

أ) ملف الترشيح: يتضمن تصريحاً بالترشح⁶⁹ يعلن فيه العارض جملة من الاعتبارات تتعلق بوضعية ومركز ه من مختلف النواحي كعدم إقصائه من المشاركة في الصفقات العمومية أو إثبات انه ليس محل حجكم قضائي بالإفلاس، أو مسجل في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش وغيرها من الوضعيات التي تمنع المرشح من تقديم عرضه والمنافسة على الصفقة.

ب) العرض التقني: والتصريح بالاكنتاب مسند بكفالة التعهد، ونسخة من دفتر الشروط

ت) العرض المالي: يحتوي على رسالة التعهد، وجداول تفصيلية وتحليلية بسعر الصفقة

69 - طبقا للنموذج المتضمن بقرار وزير المالية المؤرخ في : 2015/12/19 المحدد لنماذج التصريح بالانزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكنتاب والتصريح ورسالة التعهد والتصريح المناول.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

ثالثا: إرساء الصفقة:

تتولى لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض والتي تتشكل من موظفين بالمصلحة المتعاقدة وتتمثل مهمتهم الأساسية في التحضير المادي لملفات وعروض المتعهدين وتقييمها بعمل إداري تقني من خلال تثبيت صحة العروض وتسجيلها في سجل خاص وتعد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها مع توضيح المبالغ المقترحة وتعد وصفا مختصرا للوثائق التي يتكون منها التعهد وفي مرحلة ثانية تقوم بدراسة وتحليل العروض وتعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا.⁷⁰

الفرع الثاني: الأشكال:

1-الكتابة:

تماشيا مع مقتضيات العمل الإداري فان العقود الإدارية أو الصفقات العمومية يسودها مبدأ الشكلية حيث يجب أن تفرغ في شكل كتابي.

في هذا السياق نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي: « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به,.....».

والقاعدة أن تكتب وتحرر الصفقات العمومية باللغة الوطنية كما ورد في معظم النصوص القانونية رغم الممارسات العملية في الميدان والتي تعتمد على اللغة الفرنسية في مجمل الأوقات.

3-دفاتر الشروط: والتي هي عبارة عن وثائق المعدة مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تضمنت الأحكام العامة التي تضعها الإدارة بما لها من امتيازات السلطة العامة, حتى تطبق في عقودها مراعية في ذلك المصلحة العامة، و تأخذ دفاتر الشروط الأنواع والأشكال التالية:

⁷⁰ - المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

أ) دفاتر البنود الإدارية: LES CHAIERS DE CHARGE ADMINISTRATION
GENERALES C.C.A.G وهي الدفاتر المطبقة على كل أنواع الصفقات الأشغال

العامة، التوريدات، والدراسات، والخدمات، الموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك

ب) دفاتر التعليمات المشتركة: LES CHAIERS DE PRESCRIPTION COMMUNS

4- وهي الدفاتر التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات بنوع واحد من

الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

5- وبالحديث عن الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط فإنها تبقى ذات طبيعة تعاقدية وليس

تنظيما على الرغم من وضعها ابتداء بالإرادة المنفردة للدارة المتعاقدة.

المطلب الثالث: الرقابة على إبرام الصفقات العمومية:

امتدادا إلى سلسلة القيود التي تضبط عمل المصالح المتعاقدة في إبرامها للصفقات العمومية وضمن التحقيق احترام قواعد إبرام الصفقات ومبادئها، حرص المشرع على فرض ضوابط وجب التصرف في حدودها تحقيقا للمصلحة العامة التي تسعى لها المصلحة المتعاقدة من خلال صفقاتها.

تجسيدا لهذا الغرض نص المشرع في قانون الصفقات العمومية على إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للرقابة، ولقد جاءت المادة 156 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، مبينة أن الرقابة على الصفقات تشمل مختلف مراحل الصفقة كما ذكرنا سابقا، وذكر القسم الأول من الفصل الخامس أنواع الرقابة إلى داخلية وخارجية ورقابة وصاية.

إن الرقابة الإدارية إحدى الوظائف الإدارية المهمة، والتي تتعلق بمتابعة النشاطات من أجل مطابقتها للخطط المرسومة وتضطلع بهذه المهمة لجان يتم إحداثها على مستوى كل مصلحة متعاقدة وخارجها، وأيضا هيئات حددها تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فهي متنوعة، قد تأخذ شكل الرقابة الذاتية وتتم على مستوى المصالح المتعاقدة لفحص مدى صحة الإجراءات

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري التي تمت في إبرام الصفقة العمومية كما قد تتمثل في رقابة لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها وهي رقابة خارجية تتم على مستويات مختلفة.

الفرع الأول : الرقابة الداخلية (الرقابة الذاتية):

إن الرقابة الداخلية رقابة تقوم بها المصلحة المتعاقدة على يد موظفيها أو المصالح التابعة لها؛ فهي نوع من الرقابة الذاتية، تتجلى أهميتها في الكشف عن الانحرافات والتجاوزات بمراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها.

وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للصفقات العمومية يقوم بالرقابة الداخلية للجنة واحدة تسمى " لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض ليكون بذلك قد وضع هيكله جديدة وجذرية لأحكام الرقابة الداخلية في المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، في حين أنها كانت تتكون من لجنتين لدى كل مصلحة متعاقدة، هي لجنة فتح الاظرفة ولجنة ثانية تسمى بلجنة تقييم العروض، وذلك طبقاً للمادتين 121 و 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236.

من خلال نص المادة 159 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد فرض على المصلحة المتعاقدة وسلطتها الوصية أن تنشئ هيئة للممارسة الرقابة على الصفقات، سماها في المادة 160 من المرسوم بلجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض سعياً منه لتبسيط الإجراءات وتيسيرها، وضبطها المشرع بأن تعمل في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، و بالرجوع للنصوص المنظمة لها سنتطرق لتشكيلة اللجنة أولاً ، وتحديد مهام هذه اللجنة ثانياً.

الفرع الثاني : الرقابة الخارجية (القبلية):

إن الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية تمارسها أجهزة كثيرة ومتعددة، منها الوزارة الوصية ورقابة الوصاية، ومنها مجلس المحاسبة الذي يقوم على حماية المال العام والحقوق الخزينة العمومية، ومنها الرقابة القضائية والمتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية، ومنها أجهزة أخرى ذات طابع مالي.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإداري
إن رقابة لجان الصفقات العمومية الخارجية آلية أخرى من آليات الرقابة الإدارية تهدف إلى
تحقيق البرنامج الحكومي بكفاءة وفعالية ولتحقيق هذا الغرض تم تأسيس لجان الصفقات على
مستويات مختلفة تكفل الرقابة المسبقة للصفقات كل في مجال اختصاصها المحدد عبر
التنظيم.

نصت المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، على إحداث لجان للصفقات
العمومية تكلف بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية، ولقد قسمها المرسوم المذكور إلى
قسمين:

1 - لجان صفقات عمومية للمصلحة المتعاقدة، تكلم عنها المشرع من المواد 169 إلى 178
من المرسوم الرئاسي 15 - 247.

2 - لجان صفقات عمومية قطاعية، تكلم عنها المشرع من المواد 179 إلى 190 من المرسوم
الرئاسي 15 - 247.

ولقد وزع المشرع الاختصاص بين كل من لجان الصفقات للمصلحة المتعاقدة ولجان الصفقات
القطاعية على أسس الاعتبار المالي، حيث تؤول الصفقات المتعلقة بالمبالغ المالية الضخمة
حصريا للجنة الصفقات القطاعية، ودونها يعرض على لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني: سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية:

تتمتع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة مما يسمح لها ويخولها ممارسة
سلطات وحقوق متعددة الهدف من ورائها تحقيق المصلحة العامة وحسن تنفيذ مشروعاتها
والسهر على تحقيق غاياتها وأهدافها.

وإثناء الحديث عن هذه سلطات الاستثنائية في العقد فإننا نوجه الأنظار باتجاه العقد الإداري
والذي تقتضي طبيعته الخاصة منح السلطات الاستثنائية للإدارة لتحقيق الصالح العام ولضمان
تشغيل المرافق العامة بانتظام واطراد وهذا ما لا يتوافر في العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
ولا تخضع للقانون العام وإنما تخضع للقانون الخاص وبالتالي فإن سلطاتها فيها كغيرها من
أطراف العقد وفق ما ينص عليه العقد وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعليه فإن دراستنا
هذه ستقتصر على السلطات الاستثنائية في العقد الإداري والتي تخضع للقانون العام.

بداية يجب أن نبين ما هو العقد الإداري الذي تملك فيه الإدارة سلطات استثنائية، فقد عرف
الدكتور سليمان الطماوي العقد الإداري وفقا للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه 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 القانون
الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.⁷¹

ومن خلال ما تقدم فإننا سنبحث سلطات الإدارة وحقوقها في تنفيذ العقد الإداري بشكل مفصل
من خلال تبين هذه السلطات والحقوق والتي يمكن حصرها في الأمور التالية:

1- حق الإدارة في الرقابة والتوجيه كمطلب أول: من خلال دراسة ماهية سلطة الرقابة والتوجيه
وكذلك نطاق تطبيق هذه السلطة.

2- حق الإدارة في تعديل العقد كمطلب ثاني: سنبين من خلاله ماهية هذه السلطة ونطاق
تطبيقها.

3- حق الإدارة في توقيع الجزاءات كمطلب ثالث: سنحاول أن نشرح من خلاله الجزاءات
المالية ووسائل الضغط التي تملكها الإدارة وأخيرا سنتطرق إلى الفسخ الجزائي.

المطلب الأول: ماهية سلطة الرقابة والتوجيه

بعد إبرام العقد من طرف المصلحة المتعاقدة لا يترك المجال للمتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد
بأي وسيلة وطريقة كانت وإنما تتمتع المصلحة المتعاقدة أو الإدارة بسلطة الإشراف والمتابعة
والمراقبة على هذا التنفيذ وهو ما أشارت إليه المادة: 210 من المرسوم الرئاسي 15-247

71 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005، ص 58

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

بالنسبة لعقود الامتياز وتأخذ هذه السلطة صورتين الأولى تتمثل في الإشراف والمراقبة على تنفيذ العقد والثانية تتمثل في توجيه تنفيذ العقد.⁷²

حيثما أبرمت الإدارة العقود الإدارية مع غيرها فإن هذا يترتب لها حق الرقابة والإشراف والتوجيه تجاه المتعاقد معها، وهذا الحق نابع من طبيعة العقد الإداري وأغراضه ومقتضيات الصالح العام والتي من أجلها تم إن هذه السلطة تتيح للإدارة المتعاقدة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، كما أنها تصدر أوامر ملزمة للجهة المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين لإبرام هذا العقد.

وفي الغالب تفرض الجهة الإدارية ضمن عقودها الإدارية أو في كراسة الشروط العامة أو الخاصة للعقد الإداري حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي يخضع لها المتعاقد في مرحلة التنفيذ لتوجيهه وفي مراقبته لتنفيذ التزاماته، إلا أن هذا الحق قائم بالنسبة لجميع العقود الإدارية حتى لو لم تضمنه الإدارة صراحة في العقد، كما أنها لا تستطيع التنازل عن هذا الحق مقدما في العقد الإداري إذ أن هذا الحق يتصل بمسؤوليتها في إدارة المرافق العامة وعلى هذا فلا يحق للإدارة أن تتخلى عن مسؤوليتها في تسيير المرفق العام وإنما تتعاون مع المتعاقد في تسييره تحت إشرافها ورقابتها، إلا أن مدى هذا الحق يختلف من عقد لآخر فيكون في أقصى درجاته في تنفيذ عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز والتي تكون في الغالب بإرسال موظفيها المختصين لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفق ما تراه مناسبا في تنفيذ العقد وفقا للزمن المحدد والمواصفات المحددة، وكذلك إصدار الأوامر شريطة أن تكون هذه الأوامر لازمة لتنفيذ العمل ويقل حق الإشراف والرقابة في عقود التوريد، وعليه فطبيعة العقد الفنية تحدد المساحة الممنوحة للإدارة في تطبيق هذا الحق.⁷³

ويجب مراعاة أن حق الإدارة في المراقبة والتوجيه ليس مطلق إلا أنه يخضع للأمر التي تقتضيها المصلحة العامة وتحقيق الصالح العام للمرفق العام ويجب الالتزام بعدم التعسف في

72 - الدكتور محمد الصغير بعلي، نفس المرجع، ص 267

73 - د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص 252

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
استخدام هذا الحق لتحقيق أغراض خاصة ليس لها علاقة بالمصلحة العامة، وكذلك يخضع
هذا الحق لعدم تعديل موضوع العقد الإداري ومواصفات تنفيذه الأصلية تحت عذر الرقابة
والتوجيه فلا يجوز التنصل عن الالتزامات التعاقدية وتغيير جوهر العقد بحجة الرقابة والإشراف
أو التوجيه.⁷⁴

الفرع الأول: ماهية سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه

وعند الحديث عن مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه في العقد الإداري نجد أن لها مفهومين ضيق
وواسع، وهما على النحو التالي:

أ) المفهوم الضيق: هو أن للإدارة الحق في الرقابة والإشراف فقط دون التوجيه في تنفيذ العقد
وفق الشروط والكيفية المتفق عليها بالعقد.

ولهذا المفهوم عدة تطبيقات عملية تقوم بها جهة الإدارة، كأن تقوم بالمعاينة والتفتيش والمتابعة
للأعمال ومراجعتها، وكذلك طلب الصور والإحصائيات وتفصيل المواصفات المتعاقد عليها
وبالتالي فإن الإدارة تمارس رقابتها للتأكد من تنفيذ العقد وفق الشروط والمواصفات المتفق
عليها.

ب) المفهوم الواسع: في هذا المفهوم تتجاوز صلاحيات الإدارة الحق في الرقابة والإشراف وتمتد
لتوجيه المتعاقد لطريقة تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها.

حيث أن الإدارة تتدخل وفق هذا المفهوم في تحديد أوضاع وطرق معينة للتنفيذ بموجب أوامر
وتعليمات في الحالات غير المنصوص عليها في العقد، كما أن هذا التوجيه يجب أن يقتصر
على تنفيذ العقد والذي يختلف عن تعديل العقد والذي هو حق للإدارة يختلف عن حقها في

التوجيه.⁷⁵

74 - د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، سنة الطبع: لا توجد، ص 142

75 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 433

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

والحق في توجيه المتعاقد تستمده الإدارة من العقد نفسه أو من القوانين والتشريعات المنظمة للعقد الإداري، وهذا ما قد يثير الإشكالية في حال لم ينص على هذا الحق في أي من العقد أو القوانين، وعليه فإننا سنبين في المطلب الثاني الأساس القانوني والتشريع ي لهذا الحق.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق سلطة الرقابة والتوجيه:

إن نطاق هذه السلطة يختلف باختلاف العقد الإداري ومضمونه، وعلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب لنطاق هذه السلطة في أبرز أنواع العقود الإدارية و تفرض طبيعة العقد الإداري واختلافها من عقد لآخر أثرها في تحديد نطاق سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه الممنوحة للإدارة، فصلة العقد الإداري بالمرفق العام ومدى هذه الصلة تحدد نطاق سلطة الإدارة، وعلى ذلك فإننا نرى نطاق واسع لهذه السلطة في عقود إدارية كعقد الأشغال العامة ونطاق أضيق لهذه السلطة كعقد التوريد وذلك على النحو التالي:

أولا : عقد الأشغال العامة

نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الأشغال العامة فهو يعتبر الصورة الأبرز لسلطة الرقابة التي تتمتع بها الإدارة، فالإدارة هي صاحبة المشروع وبالتالي فإنه يتضمن شروطا استثنائية مفترضة تضمن للإدارة فرض سلطتها على جميع أعمال هذا العقد من رقابة متضمنة للإشراف والتوجيه في جميع مراحل إنجاز العقد وكما هو معلوم أن استعانة الإدارة بالمتعاقد معها لتنفيذ مشروع ذي نفع عام لا يعنى أنها تتخلى عن مسؤوليتها تجاه أفراد المجتمع في ضمان قيام المشروع على الوجه الأكمل، فالإدارة وإن عهدت لأحد الأفراد أو الشخصيات الاعتبارية بإنشاء المشروع فهي تظل تمارس دورها كرب عمل من خلال الرقابة والإشراف والتوجيه، وهذه السلطة ليست حقا للإدارة فقط بل هو واجب عليها لا يجوز أن تتنازل عنه أو تتراخى في ممارسته وهذه الرقابة تبدأ من مرحلة اختيار نوع وجودة المواد المستخدمة في العقد، وكذلك الكمية المطلوبة وحتى اعتماد المخططات والرسومات الخاصة بالمشروع، وكذلك تحديد موعد بدء المشروع.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
إضافة لهذا فإن للإدارة الحق بأن توجه الأوامر الإدارية بوقف العمل مؤقتاً أو اختيار طريقة
معينة للتنفيذ، ويحق له الاعتراض والمطالبة بالتعويض وفق الإجراءات، ولا يجوز للمتعاقد
وقف تنفيذ الأوامر الإدارية بحجة الاعتراض أو التظلم.

كما أن الإدارة تقوم بتعيين مندوبيها الفنيين للإشراف على الأعمال في المواقع والتأكد من
مطابقة الأعمال المنفذة للرسومات والتصاميم المعتمدة وكذلك المواد المستخدمة في المشروع

ويحق لمندوبي الإدارة رفض الأعمال في حال عدم مطابقتها لما اتفق عليه من مواصفات.⁷⁶

كما أنه في غالب العقود يتم تحديد مراحل لعملية تنفيذ الأشغال العامة، حيث يتم الاستلام
والتسليم في كل مرحلة بحضور مندوبي الإدارة الفنيين ويكون هناك مواعيد محددة يجب الالتزام
بها من قبل المقاول المتعاقد معه وفي حال مخالفته تفرض الغرامات التأخيرية وغيرها من
الجزاء المنصوص عليها في العقد.

ثانياً: عقد امتياز المرافق العامة

إن تعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص لتسيير وإدارة المرافق العامة عن طريق عقد الامتياز
لا يعني تخليها عن المرفق ومسؤولياتها تجاه الجمهور، وعليه فإن طبيعة المرفق العام تجعل
حق الرقابة والإشراف والتوجيه واجبا على الإدارة للتحقق من تقديم المرفق العام خدماته
المنتفعين على أكمل وجه وفي الغالب تتضمن بنود العقد الخاصة حق الإدارة بالرقابة والإشراف
والتوجيه.

كما أن النصوص التي تحدد حق الرقابة الممنوح للإدارة هي نصوص لائحية وليست تعاقدية،
فحق الإدارة مستمد من طبيعة المرفق العام ولو لم ينص عليه العقد، وبالتالي لا يجوز
التنازل عنه.

والرقابة في هذا النوع من العقود تأخذ جوانب عديدة منها على النحو التالي:

⁷⁶ - د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين
شمس، 1997 ص 224 .

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

1- الرقابة الفنية: وهي الرقابة التي تمارسها جهة الإدارة للتأكد من قيام الجهة المتعاقد معها

بشأن المرفق العام ومدى التزامه باستغلال المرفق وفق بنود العقد وشروطه الفنية.⁷⁷

2- الرقابة المالية: وهي حق الإدارة في التفتيش على الحسابات المالية الخاصة باستغلال المرفق العام، حيث أن المتعاقد في عقود الامتياز ملزم بالاحتفاظ بالدفاتر المحاسبية بشكل منتظم وفق القواعد المحاسبية المعمول بها، وهذه الرقابة قد تكون سابقة من خلال مراجعة ميزانية الملتزم وعقوده مع الغير أو لاحقه من خلال مراجعة كشوف الحساب والتنبيه على كل ما يضر المصالح المالية للدولة.

3- الرقابة الإدارية: هي الإشراف الذي تقوم به الإدارة بواسطة ممثليها ومندوبيها للتأكد من سير المرفق العام بانتظام، كما أن لها الحق في المشاركة في القرارات الداخلية المنظمة لسير المرفق، ولهذا الغرض فإن الإدارة تقوم بتعيين مندوب لتمثيلها في اجتماعات مجلس الإدارة مع إعطائه حق الاعتراض والتصويت، أو أن تعين مسؤول للمنشأة أو بعض أعضاء مجلس إدارة المرفق.

ثالثاً: عقد التوريد

نظراً لطبيعة عقد التوريد الذي تكون فيه العلاقة بين الالتزام بتوريد المنقولات وسير المرفق العام بانتظام علاقة ضعيفة الصلة فإن الأصل أن يختار المتعاقد مع جهة الإدارة الطريقة المناسبة في التنفيذ ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.⁷⁸

بالرغم من ذلك فإن للإدارة الحق في الرقابة على الأعمال في المصانع عند تصنيع المنقولات محل عقد التوريد دون التدخل في التفاصيل الدقيقة، وإنما للتأكد من أن هذه المواد وفق المعايير والمواصفات المتفق عليها، ويجب على المتعاقد أن يمكن ممثلي الإدارة من الاطلاع

77 - د. محمود أبو السعود، مرجع سابق، ص 229

78 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 471

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
على ظروف العمل من حيث كفاءة العاملين وأجورهم وطبيعة المهام التي يقومون به ، والمورد
يلتزم بالتعليمات التي تصدرها الإدارة.

الفرع الثالث: ضوابط تطبيق سلطة الرقابة والتوجيه

إن منح الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه لا يعني أن تمارسها دون ضابط وحدود، وعليه فإن هناك
ضوابط يجب أن تتقيد الإدارة بها دون تجاوز، وإلا كان هذا التجاوز عملاً غير مشروع يحق
للمتعاقدين المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر⁷⁹، ونستعرض هذه الضوابط على
النحو التالي:

1- أن تكون رقابة الإدارة متفقة مع القوانين:

لا يجب أن تكون سلطة الرقابة والتوجيه مدعاة للإدارة لمخالفة القوانين واللوائح المنظمة لقراراتها
التعاقدية، وعلى هذا فإنه وإن تقرر للإدارة حق اختيار طريقة معينة للتنفيذ وإجبار المتعاقد عليه
إلا إنها ملزمة باتباع الإجراءات والضوابط المقررة قانوناً وتنظيماً ، وبالتالي يجب أن تكون
القرارات صادرة عن سلطة مختصة وفق الإجراءات الشكلية المحددة له، وإلا كانت عرضة
لمنازعة المتعاقد على شرعية هذه القرارات.⁸⁰

2- أن تكون الغاية من الرقابة تحقيق المصلحة العامة المتصلة بالمرفق العام:

إن الهدف الأساسي لمنح الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه هو الحفاظ على سير المرفق العام
بانتظام وإطراد لتمكين منتفعي المرفق العام بالتمتع بخدماته دون تعقيد أو إخلال وكذلك تحسين
جودة الإنتاج والمواد وعليه فإنه يجب الالتزام بهذه الغاية عند ممارسة هذه السلطة ولا يجوز أن
تتجاوز الإدارة في هذا الحق لغايات أخرى قد تؤدي في نهاية المطاف لوضع الصعوبات
والعراقيل بوجه المتعاقد مع الإدارة مما يؤثر على المرفق العام بشكل سلبي، وعليه فإن هذه

⁷⁹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005 ، ص241

⁸⁰ - جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري كلية الدراسات القانونية العليا،
جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019. ص 30

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
السلطة ليست مطلقة، و للقضاء الحق في مراقبة جهة الإدارة في استعمالها لهذه السلطة
للتحقق من عدم إساءة استعمالها في ما لا يتعلق بالمرفق العام والمصلحة العامة.⁸¹

3-عدم تجاوز سلطة الرقابة لتعديل موضوع العقد الإداري: على الإدارة أن تحافظ على جوهر
العقد الإداري ومضمونه ولا يحق لها أن تتخذ الرقابة ذريعة لها لتغيير في بنود العقد কিيفما
شاءت، حيث أن سلطة تعديل العقد كما سنتناولها في هذه الدراسة تختلف عن سلطة الرقابة
وبالتالي فلا يجب الخلط بينهما.⁸²

كما أن الإدارة يجب أن تحافظ على الوضع القانوني للعقد، ففي عقد الأشغال العامة مثلا
بالرغم من أنها صاحبة الأعمال المنفذة فإنه لا يجوز للإدارة أن تحل محل المقاول المتعاقد
معه وتمارس هذه الأعمال، فلها سلطة الرقابة في اختيار العمال بالمشاركة مع المقاول وأدوات
التنفيذ والتأكد من جودة المواد المستخدمة في المشروع بينما في عقد الالتزام نجد أن الإدارة
لا يجوز لها أن تمارس إدارة المرفق والتدخل في الإدارة الداخلية للالتزام، فالأصل أن الملتزم
هو من يدير المرفق والجهة الإدارية تمارس دورها الرقابي والإشرافي دون التدخل، فتدخلها في
إدارة المرفق يغير طبيعة الالتزام ليصبح استغلالا مباشرا للالتزام، وعليه فإن الإدارة يجب أن
لا تتجاوز حدود الرقابة لتؤدي بالحال أن يكون الملتزم منفذا لتعليمات الإدارة فقط.

المطلب الثاني: سلطة تعديل العقد

خلافًا للقواعد التي تقوم عليها عقود القانون الخاص كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والأطراف
فيها متساوون فإن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وعدم مساواة المتعاقدين فيها تلزم ترجيح كفة
الإدارة على المتعاقدين معها، فالإدارة تسعى لتحقيق المصلحة العامة أما المتعاقد فيسعى
لتحقيق المصلحة الخاصة به، وعليه فإننا سنستعرض هذه السلطة الهامة بالتفصيل من خلال
توضيح ماهية هذه السلطة و شروط استعمال هذه السلطة.

81 - جابر صالح محمد الحمادي، المرجع السابق، ص 30

82 جابر صالح محمد الحمادي، المرجع السابق، ص 31

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

تعد سلطة التعديل أحد أهم المظاهر التي تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل، فإن العقد الإداري وخلافا للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن لجهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.⁸³

فالمصلحة المتعاقدة لها أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة العمومية إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام، وهذا الحق ثابت لها بوسعها استخدامه ولو خلا العقد من نص بشأنه أو انطوى على نص يحضره ليبقى الحق قائما⁴، وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 15 / 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتحديدا في المواد 135 - 139 قد أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة من خلال آلية الملحق 2 l'avenant، مقارنة بالمرسوم لرئاسي السابق 10 / 236 الذي منح لهذه الأخيرة سلطة التعديل من خلال الآلية السالفة الذكر وذلك في المواد 102 - 106، وذلك إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالرجوع⁸⁴ إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقة الأشغال العمومية نلاحظ تضمنه للعديد من النصوص السابقة التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي، وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على المتعامل معها، أولاها المشرع اهتماما واضحا من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، بالإضافة إلى أحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة باستقراء أحكام النصوص السابقة نجد سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل يجب أن تمارس وفق ضوابط و شروط وإلا ألحقت أضرار متفاوتة الخطورة بمصلحة المتعاقد معها مما يؤدي ذلك إلى نشوب منازعات، وبالتالي بجدد بنا البحث أولا عن ماهية

⁸³ -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط1، جسر للنشر والتوزيع : الجزائر، 2010، ص203

⁸⁴ - محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي

247-15، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، سنة 2016/2015. ص 09

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

سلطة تعديل العقد وذكر الضوابط التي تنقيد بها المصلحة المتعاقدة في التعديل الانفرادي الفرع الثاني، وآليات ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل الانفرادي

الفرع الأول ماهية سلطة التعديل العقد: مما لا شك فيه أن تغليب المصلحة العامة أولى بالرعاية، فالإدارة بهذه السلطة لا تنقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما لا تنقيد بقواعد العقد المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بناء على اتفاق الأطراف، حيث أنها بموجب هذه السلطة تعدل عقودها بإرادتها المنفردة لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق العامة التي تديرها، وهذا الحق يعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة والشروط الاستثنائية الواردة في العقود الإدارية، كما أنه حق مقرر للإدارة دون الحاجة للنص عليه صراحة في العقد أو في النصوص القانونية، كما لا يجوز للجهة الإدارية التنازل عنه.

إذا كان الرأي في القضاء والفقهاء قد استقر على أن من حق الإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، فإن فريقاً من الفقهاء قد أنكروا عليها هذا الحق بينما رأى فريق آخر وجوب قصره على بعض هذه العقود وحصره في نطاق الشروط اللائحة الواردة بها، وسلطة الإدارة في تعديل عقودها وإن كانت سلطة أكيدة وأصلية إلا أنها ليست مطلقة فلها نطاق لا يحق للإدارة أن تتجاوزه وشروط تلتزم بمراعاتها، وللمتعاقدين في مقابل هذه السلطة حق في التعويض كما له أن يطلب فسخ العقد في بعض الأحوال.

وذلك لأن حق التعديل أشد وأخطر من حق الرقابة والإشراف والتوجيه خاصة وأن الإدارة لا تتدخل في مجالات مسكوت عنها في العقد، وإنما تتدخل لتغيير التزامات تعاقدية ينص العقد عليها، وهذا التدخل يكون لتعديل الالتزامات أما بالزيادة أو بالنقصان.

فالتعديل يمس التزامات تم الاتفاق عليها في العقد وتخص أحد المجالات التالية: التعديل في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد بالتعديل في وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها أو التعديل في مدة العقد، وبالتالي فهو أخطر الامتيازات الممنوحة للإدارة.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

وسلطة جهة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيس لنظام العقود الإدارية وأبرز الخصائص التي تميزه عن نظام العقود المدنية، فلإدارة وبارادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرافق، ويقال أحياناً تفسيراً وتبريراً لهذه السلطة بالاستناد إلى نصوص العقد الصريحة أو الضمنية بأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم

المرفق وتحديد قواعد تسييره قد خولها العقد حق التعديل بما يلاءم هذه الضرورة وفق تلك المصلحة، والأصلح أن هذه السلطة تجد أساسها في اتصال العقد بالصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة، ولذا خص سلطة أصلية توجد مستقلة عن نصوص العقد ودفاتر الشروط، ولا توجد أساسها في إرادة حقيقية أو مفترضة للطرفين.

بعد أن بينا ماهية هذه السلطة فإنه بلا شك لا يمكن أن تكون هذه السلطة من غير ضوابط تضمن عدم إساءة استعمال هذه السلطة، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع حيث سنحدد ضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل سلطة التعديل.⁸⁵

الفرع الثاني: ضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل العقد:

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفة العمومية ليست مطلقة، بل يجب أن تمارس وفق ضوابط معينة، ولهذا فإن القانون الإداري و أحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيوداً

⁸⁵ - محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

لابد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل⁸⁶ ، وذلك لكي لا تلحق أضرار بالمتعامل المتعاقد معها، وهذه الضوابط يمكن إجمالها فيما يلي:

1- أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة: يفترض هذا الشرط وجود ظروف استجدت بعد إبرام العقد ولكن وإن كانت هذه الظروف موجودة عند الإبرام إلا أن الإدارة أخطأت في تقديراتها فإن توقعها غير السليم لا يسلب حقها بضرورة مواجهة الظروف المستجدة التي يتعرض لها المرفق العام فالإدارة لا تستهدف إلا تحقيق المصلحة العامة وعليه فإن كانت هذه الظروف أو التغيير يستهدف المصلحة العامة وإن كان موجودا قبل الإبرام فإن للإدارة الحق في التعديل.⁸⁷

وقد انتقد الدكتور سليمان الطماوي هذا الشرط على اعتبار أن هذه السلطة مستمدة من طبيعة المرفق العام القابل للتغيير في أي وقت وبالتالي فإن هذا الحق مقرر للإدارة سواء كانت مخطئة في تقديراتها أو لم تكن مخطئة لأن الهدف هو تمكينها من تحقيق الصالح العام المرتبط بسير المرفق بانتظام، وحيث أن هذا التعديل لا يؤثر على الموقف المالي للعقد فبالإضافة لا يجب المغالاة في اشتراطه.

2- اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته:

حيث أن طبيعة المرفق واحتياجاته المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بإعطاء الحق للإدارة بتعديل بعض نصوص العقد الإداري، وبالتالي فإنه يجب أن يقتصر التعديل على النصوص الخاصة بالتزامات المتعاقد المقررة لصالح المرفق العام ومثال ذلك أن يكون التعديل معني بالخدمات المقدمة للجمهور أو طريقة تنفيذ الأعمال محل العقد الإداري، ولا يجوز أن تتجاوز الإدارة في هذا الحق وتعديل في النصوص غير المتصلة بالمرفق العام وحاجاته كالامتيازات المالية للمتعاقد.⁸⁸

86 - مازن ليلو ارضي، القانون الإداري، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية، 2005 ، ص 517

87 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 204

88 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 205

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

3-الالتزام بموضوع العقد:

لا ينبغي أن تؤدي التعديلات التي تطرأ على العقد في تغيير موضوع العقد فيكون المتعاقد أمام عقد جديد غير الذي تعاقد من أجله مع الإدارة ففي هذه الحالة يجوز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إلا إذا وافق المتعاقد على هذا التعديل الذي يغير نصوص العقد الأساسية بشكل كلي.

لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، إلا إذا كنا أمام عقد جديد ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، وألترم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه ا رعى في ذلك إمكانيته المالية والفنية، ولهذا لا يمكن أن يتجاوز هذا التعديل هذه الإمكانيات لأن ذلك سيفتح باب الفسخ للمتعاقد معها.⁸⁹

4-احترام قواعد المشروعية:

يجب أن يتوافق هذا التعديل مع مبدأ المشروعية في أن الإدارة تستند في هذا الحق على القوانين والتشريعات المنظمة للعقود الإدارية وفي أن يصدر هذا التعديل عن جهة إدارية صاحبة اختصاص، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء لإبطال العقد أو التعديل غير المشروع.

إن الإدارة المتعاقدة حين تقبل على تعديل صفقة ما، فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري فتصدر السلطة المختصة القرار الإداري بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعاً، أي مستوفياً للقواعد المعمول بها لصيانة مبدأ المشروعية الإدارية، بحيث يصدر من شخص مختص ووفقاً للقواعد القانونية التي تحكم المحل و السبب و أن تكون الغاية منه تحقيق المصلحة العامة ،وعليه فإن القرار التعديل الذي يخالف عناصر المشروعية هو القرار باطل يستوجب إلغاءه.⁹⁰

5- احترام قواعد الاختصاص: يجب أن يصدر التعديل من سلطة مختصة بذلك ووفقاً

للإجراءات و الأشكال المقررة بالقانون، وهنا تثور مشكلة الاختصاص بين الإدارات المعنية

⁸⁹ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، (د ط)، دار الجامعة للنشر: الإسكندرية، 2005 ، ص547

⁹⁰ - محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي

247-15،ام البواقي،2016. ص13

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
فعندما يكون الاختصاص بالتعاقد من صلاحية جهة فإنه لا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل
لاحقا على ذلك العقد، ولو تعلق بأمر من شؤونها ما لم تفوض بذلك من قبل الإدارة
المتعاقدة وتجري تعديلا على العقد المبرم من قبلها لأن الحلول لا يكون إلا بالقانون، غير
أن النيابة في التعاقد تخول الجهة النائبة في القيام بما تقتضيه ضرورات تنفيذ العقد من
تعديلات لأن النيابة في التعاقد تعني حلول إرادة الأصل مع انصراف آثار التعديل إليه
وكأنه هو الذي تعاقد وعدل بنفسه.

الفرع الثالث: آليات ممارسة سلطة التعديل:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15 / 247 المتضمن تنظيم قانون الصفقات العمومية
وتفويضات المرفق العام، وتحديدا في المواد من 135 إلى 139، والتي وردت تحت عنوان
الملحق (L'avenant)، في القسم الخامس، والذي أجاز للإدارة المتعاقدة بإبرام ملاحق
للصفقة.⁹¹

باستقراء هذه النصوص السالفة الذكر سنبرز أهم التفاصيل التي بسطها المشرع على هذه الآلية
و الشروط التي قيد بها المصلحة المتعاقدة لكي لا تتعسف تجاه المتعامل معها و هو ما سنعرج
على تفصيله فيما يلي:

أولا: الملحق L'avenant

لقد عرف المرسوم الرئاسي 15 / 247 الملحق من خلال المادة 136 ف على أنه "يشكل
الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات
أو تقليلها/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"، ومن النص أعلاه نستنتج أن الملحق
هو اتفاق إضافي وثيق الصلة بالصفقة العمومية الأصلية، نعرف من خلاله مجال الزيادة
أو النقصان الواردة على الصفقة⁹²، كما يعطي خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة

⁹¹ -نصت عليه المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247- المرجع السابق

⁹² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص207

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري الإجمالي وهو ما أشارت إليه المادة 136 في فقرتها الثالثة بقولها " ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي".

ثانيا - شروط ممارسة الملحق:

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توافر عدة شروط أهمها:

1- أن يكون مكتوبا:

فعنصر الكتابة أمر لازم حال ممارسة الإدارة التعديل كون المشرع عبر عنها بعبارة - الملحق وثيقة- و الوثيقة وجب أن تكون مكتوبة ليتسنى للمتعاقد معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها.⁹³

2- أن يخضع الملحق لشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة:

إذ تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على الخدمات التكميلية المنصوص عليها في الملحق فإنهما يحددان أسعار جديدة.⁹⁴

3- أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود أجل التنفيذ التعاقدية:

وهو ما أشارت إليه المادة 138 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 بقولها " لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية".⁹⁵

4- أن لا يؤثر التعديل على جوهر الصفقة وتوازنها:

وهذا ما أشارت إليه المادة 136 ف 8 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 بقولها " ومهما يكن

⁹³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 207

⁹⁴ - أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 ، المصدر السابق،

⁹⁵ - أنظر المادة 138 ف 1 ، المصدر نفسه،

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري الأمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك، لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها " 96.

5- مراعاة قواعد المنافسة:

عندما يتجاوز مبلغ الملحق أو العديد من الملاحق نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات ونسبة 20% في حالة صفقات الأشغال يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر للجنة الصفقات المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأن الإعلان لإجراء جديد، لا يسمح بإنجاز المشروع⁹⁷، وهذه الفقرة جديدة لم تكن موجودة في المرسوم الرئاسي السابق 10 / 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

6- أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المختصة:

وهو ما أشارت إليه المادة 138 ف 5 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 في فقرتها الأخيرة بقولها " تعرض الملحق المنصوص عليها في الفقرتين 2 و 3 أعلاه، مهما تكن مبالغها، على هيئة الرقابة الخارجية للجنة الصفقات المختصة"⁹⁸.

ثالثا حالات عدم خضوع الملحق للرقابة: إن المرسوم الرئاسي 15 / 247 قد حدد الحالات التي تلتزم فيها المصلحة المتعاقدة عند توافرها بإحالة الملف أو مشروع الملحق على لجنة الصفقات المختصة، إلا أن هناك حالات لا يلزم فيها المرسوم السالف الذكر إخضاع الملحق إلى الرقابة الخارجية وهي:

96 - أنظر المادة 136 ف 8 ، من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، المصدر السابق.

97 - أنظر المادة 136 ف 9 ، المصدر نفسه،

98 - أنظر المادة 138 ف5، المصدر نفسه

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

1- عدم تجاوز الملحق لحدود مالية محددة في المرسوم:

نصت على ذلك المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15 / 2472، والمضمون من هذه المادة هو أن الملحق لا يخضع إلى الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصان 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، وهذه النسبة محددة أمام كل اللجان مقارنة بالمرسوم الرئاسي السابق 10 / 236 ، الذي حددها بالنسبة 20% خاصة بالصفقات التي تكون من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة و 10% خاصة بالصفقات التي تكون من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.⁹⁹

2- حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي أثر مالي:

هنا نكون أمام تغيير في بنود الصفقة الأصلية دون أن يخلف هذا التغيير أي أثر مالي في هذه الحالة تتحرر الإدارة من إجراء إحالة مشروع الملحق للجنة الصفقات المختصة.¹⁰⁰

3- حالة الملحق الذي لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة:

لقد نصت المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 على إعفاء الملحق من فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية والتقنية وأجل التعاقد.¹⁰¹

رابعاً حالات الخضوع الملحق لرقابة:

لقد حدد المرسوم الرئاسي 15 / 247 الحالات التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بتوافرها بإحالة

⁹⁹ -أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، المصدر السابق،

¹⁰⁰ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص208

¹⁰¹ - أنظر المادة 139 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، المصدر السابق،

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

الملف أو مشروع الملحق لرقابة لجان الصفقات المختصة.

1- حالة الظروف الاستثنائية الغير المتوقعة:

قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وقائع وأحداث لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد بما يؤدي وجودها إلى إخلال التوازن الاقتصادي للعقد إخلالا معتبرا¹⁰²، وهو ما أشارت إليه نص المادة 138 ف 2 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 .¹⁰³

2- حالة إقفال ملف الصفقة:

قد يكون الغرض من إعداد الملحق إقفال ملف الصفقة بصفة نهائية، ففي هذه الحالة يخضع الملحق للرقابة الخارجية المسبقة المتمثلة في لجنة الصفقات المختصة.¹⁰⁴

3- حالة الخدمات الجديدة أو الإضافية:

قد تبرز في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية جملة ظروف موضوعية تدفع الإدارة المعنية لضرورة تعديلها، بما يدخل بعين الاعتبار أعمالا أو خدمات تكميلية لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية ولكنها مع ذلك ذات علاقة بها، ففي هذه الحالة لابد من عرض الأمر على لجنة الصفقات المختصة 5 ،وهو ما أشارت إليه نص المادة 136 ف 5 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر.¹⁰⁵

102 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 209

103 - أنظر المادة 138 ف 2 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، المصدر السابق،

104 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 209

105 - أنظر المادة 136 ف 5 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، المصدر السابق،

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات.

إن توقيع العقوبات على المتعامل المتعاقد هو حق للمصلحة المتعاقدة مخول لها طبقاً للمبادئ التي تحكم العقود الإدارية إعمالاً لمبدأ امتياز الأولوية وتعد هذه السلطة من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعامل معها بكونها تخضع لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية عند تقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد الإداري على أي وجه من الأوجه، سواء بامتناعه عن تنفيذ جميع التزاماته أو تأخره في تنفيذها أو تنفيذها بشكل سيء أو إحلاله غيره في تنفيذ التزاماته دون موافقة الإدارة أو استعمال الغش والتلاعب والتدليس، فإن للإدارة الحق في أن توقع عليه جزاءات تخضع لنظام قانوني غير موجود في القانون الخاص، وذلك لأن الجزاءات التي يسمح بها القانون الخاص في الالتزامات التعاقدية بين الأفراد كالدفع بعدم التنفيذ أو اللجوء إلى القضاء لا تغني في مجال العقود الإدارية، لأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف تقويم انحراف في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تهدف لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.¹⁰⁶

وعلى هذا فإننا سنسعى في هذا المبحث لتوضيح المقصود بسلطة توقيع الجزاءات ونبين ماهيتها وخصائصها العامة في، ثم سنبين أنواع الجزاءات التي تمتلكها المصلحة المتعاقدة ضد الطرف المتعاقد معها.

الفرع الأول: ماهية سلطة توقيع الجزاءات

عند الحديث عن الجزاءات في العقود الإدارية فإننا نوجه الأنظار نحو الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة تطبيقاً لمبدأ عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري وهذه السلطة تعد حقاً مسلماً به فقها وقضاً في العديد من دول العالم سواء التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج أو القضاء الموحد.

106 - جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019، ص 47

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
واستنادا لخصوصية العقد الإداري فإن هذا الحق تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة
للجوء للقضاء، بخلاف القوانين الخاصة، كما أن الفقه والقضاء أقر حق الإدارة بفرض جزاءات
غير منصوص عليها في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد.¹⁰⁷

وهي الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته
التعاقدية، دون اللجوء إلى القضاء، من أجل سير المرفق العام بانتظام و اضطراد.

الفرع الثاني: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية:

تتسم الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر وهي بلا شك متصلة
بالمرافق العامة ووجوب المحافظة على سيرها بانتظام وعليه فإننا سنعرض الخصائص العامة
للجزاءات بجملة من الخصائص تتجسد فيما يلي:

أولاً: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة:

تتمتع الإدارة بحرية التصرف " le privilège de préalable " التي لا مقابل له في القانون
الخاص، وعليه فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها، بمجرد ثبوت المخالفة لديها دون الحاجة
إلى المراجعة المسبقة للقضاء،¹⁰⁸ وقرارها في هذا الشأن خاضع لرقابة القضاء لتتأكد من قيامه
على سبب يبرره، وخلوه من الغلو أو الانحراف بالسلطة.

فحق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها مشروط بأن يتناسب هذا الإجراء
ويتلاءم مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد مع جهة الإدارة.¹⁰⁹

107 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 480

108 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 261

109 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع، ص 261-262

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

ثانيا: سلطة الإدارة في فرض الجزاء دون الحاجة إلى النص عليها في العقد

استقر الفقه والقضاء على أن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات غير مرتبطة بنصوص العقد الإداري، وعلى هذا فإن العقود الإدارية تنص في الغالب على الجزاءات التي يحق للإدارة توقيعها، كما أن النص على بعض الجزاءات لا يعني تقييد حرية الإدارة في الجزاءات الأخرى غير المنصوص عليها في العقد، وبالتالي فإنها تستطيع فرض جزاء غير منصوص عليه في العقد ولكن تكون خاضعة فيه لرقابة القضاء.

وإذا كان للإدارة اختيار نوع الجزاء الذي توقعه على المتعاقد، فيجب عليها أن تتقيد الجزاء الذي يتضمنه العقد والمحدد للخطأ بذاته حتى ولو كان مخالفا لما هو منصوص عليه في لائحة المناقصات والمزايدات.¹¹⁰

ثالثا: حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء:

تتسم الجزاءات الإدارية بأن ميقات توقيعها يتوقف عند إرادة الإدارة، فإذا لم يوجد نص يلزم الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في مدى زمني معين فإن الإدارة يكون لها حق اختيار الوقت التي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء وفق ما تراه محققا لضمان سيرها لمرفق العام.¹¹¹

رابعا: خضوع سلطة توقيع الجزاءات لرقابة القضاء:

لما كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات سلطة تقديرية حدودها القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة تحقيقا للصالح العام، فكان لا بد من وجود ضمانات فعالة للمتعاقدين ضد إساءة الإدارة في استعمال سلطتها أو التعسف بها أو مخالفتها للقانون والواقع.

110 - محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ضل المرسوم الرئاسي

247-15، المرجع السابق، ص37

111 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 263

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
كما أن رقابة القضاء لهذه السلطة من قبيل القضاء الكامل إلغاء وتعويضاً لكافة المنازعات
الناشئة عن العقد الإداري، أما في حال كان توقيع الجزاء مستنداً للقوانين واللوائح فإن
اختصاص القضاء يكون بنظر الطعن لإلغاء قرار توقيع الجزاء، إلا في حال طلب التعويض
إضافة لإلغاء القرار فإنه يكون من اختصاص القضاء الكامل، إضافة لذلك فإن رقابة القضاء
تمتد لمشروعية الجزاء الموقع على المتعاقد من حيث الشكل والاختصاص أو إساءة استعمال
السلطة أو التعسف أو الانحراف، كما أنها تمتد لمراقبة ملائمة توقيع الجزاء وتناسبه مع خطأ
المتعاقد. ¹¹²

الفرع الثالث: أنواع الجزاءات الإدارية:

استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إلى
ثلاثة أنواع:

1 - الجزاءات المالية.

2 - الجزاءات الضاغطة.

3 - الجزاءات الفاسخة (الفسخ الجزائي).¹¹³

الفقرة الأولى: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15 / 247 نجده اعترف للمصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع

الجزاءات المالية في المادة 147 ف 1 و 2، وهذه الجزاءات قد تكون في صورة غرامة تأخيريته
و أما صورة مصادرة التأمين، أو تعويض مالي وهو ما سنعرج له بشيء من التفصيل فيما يلي:

¹¹² - جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري المرجع السابق، ص 56
¹¹³ - محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي
247-15، المرجع السابق، ص 40

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

أولاً: الغرامة التأخيرية.

تعرف بأنها عبارة عن مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدما تتضمنها نصوص العقد

بصفته جزاء يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ.¹¹⁴

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15 / 247 نجده لم يعطي تعريفا واضحا للغرامة، ولكنه أقر للمصلحة المتعاقدة بحق توقيع الغرامة في المادة 84 ف 3 والمادة 95. ويرى البعض أن المرسوم الرئاسي 15 / 247 لم يحدد نسبة العقوبات المالية التي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ألا تتجاوزها، مما فتح لها باب التعسف تجاه المتعامل معها. وهكذا خول المرسوم الرئاسي للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد مجال ممارستها في حالتين بالمادة 147 من المرسوم السالف الذكر.

ثانياً: مصادرة التأمين

1 - تعريف مصادرة التأمين:

تعرف بأنها مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره.¹¹⁵ وبالتالي فإن مصادرة التأمين هو جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات التي يقدمها المتعاقد معها جراء إخلاله بالتزاماته، تملك الإدارة توقيعها بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما.

ثالثاً: التعويض

1- التعويض: يعرفه الأستاذ الدكتور "سليمان الطماوي" بأنه "الجزء الأصيل للإخلال بالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال".¹¹⁶

114 - مازن ليلو ا رضي، المرجع السابق، ص 501

115 - مازن ليلو ا رضي، نفس المرجع، ص 503

116 - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 503.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

تضح من خلال هذا التعريف أن التعويض هو جزء يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

الفقرة الثانية: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع وسائل الضاغطة

الجزاءات غير المالية أو وسائل الضغط هي جزاءات لا تكون لها طبيعة مالية كالغرامات والتعويضات، والهدف منها الضغط على المتعاقد لإجباره على احترام التزاماته العقدية وتنفيذها على الوجه الأكمل أو إنهاء العلاقة التعاقدية، وهذه الجزاءات تمكن الإدارة من الوصول إلى إحلال نفسها أو الغير محل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري مع الإبقاء على المتعاقد الأصلي معها مسئولاً عن ذلك التنفيذ استناداً للعقد وآثاره سواء كان التنفيذ بديلاً كاملاً ونهائياً أو جزئياً مؤقتاً.¹¹⁷

تتخذ الجزاءات غير المالية أو وسائل الضغط ثلاث صور تشمل العقود الإدارية الرئيسية نستعرضها على النحو التالي:

أولاً: وضع المشروع أو العمل تحت الحراسة في عقد الامتياز في عقود المرافق العامة

تلجأ الإدارة لوضع يدها على المرفق وتجعله تحت الحراسة في حال توقف المرفق بشكل كلي أو جزئي بسبب التقصير الجسيم من قبل المتعاقد مع الإدارة، أو بسبب توقف المرفق ولو بدون خطأ من المتعاقد كحالة القوة القاهرة أو إضراب لا دخل له فيه، حيث أن هذا الحق مستمد من ضرورة تسيير المرفق العام.

117 - محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247-15، المرجع السابق. ص46.

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

ثانياً: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

تقوم الإدارة في عقد الأشغال العامة بسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ أعمال وتحل محله، فإما أن تنفذ الأعمال المطلوبة بنفسها على حساب المتعاقد أو أن تعهد لغيره من المقاولين بتنفيذ الأعمال محل عقد الأشغال العامة على مسؤولية وحساب المقاول المقصر.¹¹⁸

ثالثاً: الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد

تطبق الإدارة هذا الجزاء على المورد المتعاقد معها في حال تأخير المورد أو إخلاله في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها في عقد التوريد الإداري.

والإدارة تملك هذا الحق سواء نص عليه في العقد أو لم ينص، حيث أن التأخير والإخلال من قبل المورد يؤثر على سير المرفق العام وبالتالي يجب أن تحافظ الإدارة على سيره، وفي هذا أقر المشرع المصري بحق الإدارة بشراء الأصناف المتفق عليها على حساب المورد في حال عدم قيام المورد بالتوريد في الموعد الأصلي وفق العقد الإداري.¹¹⁹

الفرع الرابع: الفسخ الجزائي

نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهو أخطر الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد، وهو يتم بإرادة الإدارة المنفردة بالنسبة لجميع العقود ما عدا عقد امتياز المرافق العامة التي ينبغي الحكم بفسخه من القضاء إلا إذا نص العقد على حقها بالفسخ دون اللجوء للقضاء كما أن جزاء الفسخ لخطورته لا يسمح به القضاء إلا بالنسبة للأخطاء الجسيمة الواقعة من المتعاقد.¹²⁰

ويختلف فسخ العقد عن إنهاء العلاقة التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة للمصلحة العامة، حيث أن فسخ العقد لا يكون إلا عند ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً وبالتالي لا فائدة ترجى من تقويم سلوكه، بينما إنهاء العقد الإداري تستطيع الإدارة إجراءه في أي وقت دون وقوع خطأ من جانب

¹¹⁸ - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 506

¹¹⁹ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 515.

¹²⁰ - د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 967

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري المتعاقد متى كانت دواعي المصلحة العامة تستدعي ذلك، ويشترط لاتخاذ إجراء الفسخ أن يكون الخطأ جسيماً ولالإدارة تقدير جسامته الخطأ تحت رقابة القضاء، كما يجب أن يكون قرار الفسخ مشروعاً بأن يستند على سبب مشروع للفسخ.

ويشترط أن يكون الفسخ مسبقاً بالإعذار بمعنى أن تقوم الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ بإعذار المتعاقد معها، وغالباً ما ينص العقد الإداري على حق الإدارة في توقيع هذا الجزاء على المتعاقد المقصر في الوفاء بالتزاماته، أما إذا لم ينص في العقد على هذا الحق في الفسخ المباشر دون اللجوء للقضاء فإن ممارسة هذا الحق يتعين أن يستند إلى نص تشريعي أو لائحي ينظم موضوع العقد، كما أن الفسخ قد يكون مجرداً أي أنه ينهي العلاقة التعاقدية مع حق الإدارة في فرض الغرامات أو المطالبة بالتعويض عن التقصير، وقد يكون الفسخ على مسؤولية المتعاقد وفي هذه الحالة فإن الإدارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد وإنما تحمل المتعاقد نتائج وتكاليف العقد الجديد.¹²¹

المبحث الثالث: سلطات الإدارة في إنهاء العقود الإدارية:

خول المرسوم الرئاسي 15 / 247 للمصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء العقد بموجب المواد من 149 إلى 152¹²² والهدف من منحها هذه السلطة أو الامتياز هو إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها، في حالة ارتكابه خطأ جسيماً يخل بالتزاماته التعاقدية.¹²³

وبما انه لكل بداية نهاية، والعقد الإداري له نهاية كذلك، كما أن العقد الإداري قد ينتهي بالكيفية ذاتها التي تنتهي بها العقود الخاضعة للقانون الخاص، إلا أنها في أحيان أخرى تنتهي بطريقة مختلفة عن ما هو موجود في القانون الخاص وهو ما يعرف بسلطة إنهاء العقد، فبجانب السلطات التي تمتلكها الإدارة في تنفيذ عقودها تملك كذلك سلطة إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة

121 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 533

122 - أنظر المواد من 149 إلى 152 ، من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، المصدر السابق،

123 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 216

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

وهذه السلطة تختلف عن سلطة فسخ العقد نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما حيث أن الإدارة ودون أي خطأ من قبل المتعاقد مع ها يحق لها بإرادتها المنفردة إنهاء العقود

الإدارية.¹²⁴

وبطبيعة الحال فإن العقود الإدارية قد تنتهي إما بنهاية طبيعية أو بنهاية غير طبيعية وعليه فقد قسمنا هذا المبحث كالتالي: فبالنسبة لنهاية الطبيعة تكون بانتهاء العقد وانقضاءه بالوفاء بالالتزامات طرفي العقد أو بانتهاء المدة المتفق عليها والمحددة في العقد المطلب الأول وخصصنا المطلب الثاني للإلغاء الغير طبيعي كنهاية العقد الإداري بالفسخ الاتفاقي أو انقضائه بالفسخ القانوني وبالنسبة للمطلب الثالث والأخير فكان لإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة سواء كان الإنهاء للمصلحة العامة المنصوص عليه في العقد والقوانين أو للإلغاء للمصلحة العامة والذي لم تنص عليه القوانين.

المطلب الأول: الإنهاء الطبيعي للعقد الإداري

كسائر العقود فإن العقد الإداري ينتهي نهاية طبيعية في حالتين:

-الفرع الأول: نهاية العقد بالوفاء بالالتزامات من طرفي العقد:

وفي هذه الحالة فإن كلا الطرفين أنهى ما عليه من التزامات عقدية، فمثلا في عقد الأشغال العامة فإن النهاية الطبيعية للعقد الإداري هي إتمام المقاول للأعمال وتسليمها للإدارة وفقا لقوانين والأنظمة واستلامه لحقوقه المالية طبقا للعقد، ونظرا لطبيعة الأشغال العامة فإن الاستلام فيها يكون على مراحل، فتبدأ باستلام المؤقتين وتنتهي بالاستلام النهائي.

1- الاستلام المؤقت: في هذه الحالة يبقى المتعامل المتعاقد خاصة في العقود الإدارية

الطويلة المدى، مثل عقود الأشغال العامة ملتزما ببعض الواجبات والالتزامات لفترة محددة مثال صيانة الحدائق العامة والمساحات الخضراء من خلال سقيها والأعمال التي تدخل في

124 - د /سليمان الطماوي :مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص968

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
الصيانة بعد الانجاز الخاصة بعقود الأشغال التي تعنى بإنجاز المساحات الخضراء وذلك
للتأكد من حسن تنفيذ الصفقة.¹²⁵

2 الاستلام النهائي:

بعد انتهاء فترة الاستلام المؤقت يتم التسليم النهائي حيث يتحرر المتعامل المتعاقد من جميع
الالتزامات ويسترجع الضمانات والكفالات المتعلقة بحسن التنفيذ. وبهذا الصدد قضى مجلس
الدولة بان الحساب العام النهائي الموقع عليه من طرفي الصفقة العمومية قابل للاحتجاج به
على الطرفين الموقعين اللذين لا يستطيعان المنازعة فيه لاحقاً.¹²⁶

-الفرع الثاني: نهاية العقد بانتهاء المدة المحددة للعقد: في العقود الإدارية المحددة بمدة زمنية فإن
انتهائه الطبيعي مقرون بهذه المدة، كعقود الالتزام وعقود صيانة المنشآت لمدة معينة وعقود
التوريد لمدة محددة وغيرها من العقود التي يكون مناط الأعمال المطلوبة من المتعاقد مع
الإدارة مرهون بفترة زمنية محددة.

غير أن تجديد العقود المحددة بمدة زمنية قد يثير بعضاً من الإشكالات، حيث أن العقد يخضع
في تجديده لإرادة الطرفين المعبر عنها صراحة أو ضمن، على أنه في حال كان التعبير
الصريح مشروطاً، فلا يعتد بالتعبير الضمني وللإدارة التمسك بعدم التجديد، كما أن للمتعاقد
مع الإدارة المطالبة بالحقوق المالية في حال استمراره بتنفيذ الالتزامات العقدية بعد انتهاء المدة
الزمنية المحددة بالعقد، وذلك في حالة الموافقة على تجديد العقد صراحة أو ضمناً، والموافقة
الصريحة لا إشكال فيها أما الموافقة الضمنية فلكي تكون معتبرة يجب أن لا يكون هناك نص
في العقد أو في القوانين المنظمة على وجوب التجديد الصريح وأن تكون ظروف الحال تكشف
رضا الإدارة عن هذا التجديد الضمني، كما أن من حق الملتزم بالمطالبة بالمقابل المالي في

125 - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 309

126 - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 309

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
حال أداء الخدمة بعد انتهاء الفترة المحددة بالعقد شريطة أن يكون حسن النية وثبوت فائدة
الخدمة للإدارة.¹²⁷

المطلب الثاني: الإنهاء غير الطبيعي للعقد الإداري

وبعد أن حددنا النهايات الطبيعية للعقد الإداري فإننا نعرض النهايات غير الطبيعية والتي
ينتهي فيها العقد قبل أوانها، ومن بين هذه الحالات حالة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة
من الإدارة دون إخلال المتعاقد، وهذه الحالات هي على النحو التالي:

الفرع الأول: انقضاء العقد الإداري بالفسخ الاتفاقي.

هو ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية مدة الصفقة، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير
التعويض المستحق وكيفية دفعه دون اللجوء إلى القضاء.

في هذه الحالة فإن إرادة الطرفين التي انعقدت على الاتفاق يحق لها أن تتفق على إنهاء هذا
الاتفاق وتطبق الأحكام المدنية على هذه الحالة.

مع مراعاة أنه يجب أن يكون الاتفاق على انقضاء العقد اتفاقاً صادراً من الجهة التي تملك
إبرامه بشكل صريح لا لابس فيه ولا تشترط الشكلية في هذا الاتفاق، كما يمكن أن يكون هذا
الاتفاق على الفسخ بتعويض للمتعاقد أو بدون تعويض وفق ما تتفق عليه الأطراف.

الفرع الثاني: انقضاء العقد الإداري بالفسخ القانوني

يبسط القانون سلطته على العقد الإداري فيكون انقضاؤه بحكم القانون، وذلك في الحالات
التالية:

1- هلاك محل العقد.

وفي هذه الحالة فإنه يجب التمييز بين هلاك محل العقد بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين

¹²⁷ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 735

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري
أو بسبب جهة الإدارة أو المتعاقد، ففي الحالة الأولى إذا كان الهلاك نتيجة سبب خارجي فالعقد
يفسخ دون تعويض أي من الطرفين، أما في حال كان الهلاك لسبب يرجع للإدارة فيجب عليها
تعويض المتعاقد.¹²⁸

2 - تحقق شرط فاسخ في العقد الإداري

في حال كان العقد الإداري يتضمن شرطا أو أكثر فاسخا للعقد فإنه بتحققها يفسخ العقد بقوة
القانون من تاريخ تحققها، وغالبا ما تضع الإدارة شروطها التي تسمح لها بالفسخ عند تحققها
كتزوير المتعاقد أو غشه.

3- تحقق سبب قانوني لفسخ العقد:

قد يتفق الطرفان عند إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون إذا ما تحققت وقائع
معينة كما في حالة وفاة المقاول الذي هو محل اعتبار في موضوع العقد أو إفلاسه
أو خضوعه للتصفية القضائية.¹²⁹

4- انقضاء العقد الإداري بالفسخ القضائي

في هذه الحالة يكون فسخ العقد الإداري بناء على حكم قضائي لدعوى مرفوعة من أحد طرفي
العقد، ويكون الفسخ في حال الحكم به من تاريخ رفع الدعوى، وقد ذهب الرأي الغالب من
الفقهاء.¹³⁰

128 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 738
129 - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 315 .
130 -- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 740

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

المطلب الثالث: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة

ينقضي العقد الإداري بفعل الإرادة المنفردة للإدارة في حالة الفسخ الجزائي سواء المنصوص عليه في العقد أو في القوانين المعنية أو غير المنصوص عليها في العقد وقد تم تفصيل هذا الفسخ في هذا البحث عند تناول الفسخ كجزء ، إلا إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة محل هذا الفرع تختلف عن سلطتها في الفسخ الجزائي الذي بيناه سابقا، حيث أن الإنهاء نتيجة الفسخ القضائي يفترض وجود خطأ جسيم من المتعاقد بينما سلطة الإنهاء مقررة دون الحاجة لإثبات وقوع خطأ من قبل المتعاقد متى اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد الإداري ولا يستطيع المتعاقد الاعتراض على هذا الإنهاء وهذا الحق من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقود الخاضعة للقانون للخاص والتي يكون فيها الأفراد في درجة متكافئة من الحقوق والالتزامات.¹³¹

كما أن الفقه ميز تطبيق سلطة الإدارة في إنهاء العقد للمصلحة العامة على حالتين:

فرع أول: الإنهاء للمصلحة العامة المنصوص عليه في العقد أو القوانين

في هذه الحالة يرد النص على حق إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة في شروط العقد الإداري، وهنا لا إشكالية في تطبيق هذا الحق تنفيذا للعقد، كما أن هذا الحق قد يرد في نصوص القوانين واللوائح، على حق الإدارة في إنهاء العقد إذا كان ذلك للمصلحة العامة للدائرة المعنية وفقا لشروط وأحكام العقد مع التقيد بصلاحيات الاعتماد المنصوص عليها في نظام تفويض الصلاحيات وتسوى مستحققاته حسب شروط العقد.¹³²

فرع ثاني: الإنهاء للمصلحة العامة غير المنصوص عليه: وهنا يتضح الشكل الحقيقي لهذه السلطة حيث أن الإدارة تنهي العقد الإداري بإرادتها المنفردة تحقيقا للمصلحة العامة بالرغم من عدم وجود نص يعطيها هذا الحق في العقد أو القوانين، وبالرغم من اختلاف بعض الفقهاء في

131 - جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري المرجع السابق، ص 84

132 - جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري، نفس المرجع، نفس ص

الفصل الثانيسلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري

فرنسا لتطبيق هذا الحق ومناداتهم بعدم تطبيقه، إلا أن الرأي الغالب من الفقهاء في فرنسا ومصر أكدوا على هذا الحق من غير الحاجة للنص عليه واعتبروه من النظام العام الذي يميز طبيعة العقد الإداري، كما أكد القضاء في مصر وفرنسا على تطبيق هذا الحق في جميع العقود الإدارية دون خطأ المتعاقد كقاعدة عامة.¹³³

133 - جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري المرجع السابق، ص85

الخاتمة:

تعتبر السلطات ممنوحة للمصلحة المتعاقدة دون غيرها والتي تمارسها بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة للنص عليها صراحة، فهي تستمدتها من المبادئ العامة للقانون ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، التي يراعى فيها تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما أنها تتميز في شدتها حسب طبيعة ونوع كل صفقة و تظهر بشكل جلي في مرحلة التنفيذ باعتبارها المجال الخصب للممارسة.

والتي حاولنا شرحها باختصار من خلال الفصل التمهيدي الأول من خلال شرح ماهية القانون الإداري بداية من نشأته في فرنسا مروراً بالمراحل التي مر بها في الجزائر والعناصر التي يقوم عليها العقد الإداري والتطرق إلى أهم أنواع العقود الإدارية في محاولة منا في فهم النظرية العامة للعقد الإداري من الناحية الفقهية والتشريعية قبل التطرق إلى السلطات التي تملكها الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية وهو ما يهمننا وهو موضوع بحثنا.

ولا تقل مرحلة إبرام العقد الإداري عن مرحلة تنفيذه، من حيث إنها تبرز بوضوح طبيعته الذاتية، والامتيازات السلطوية التي تتمتع بها الإدارة في ظلها، فضلا عن أن حيثيات العلاقة ومجرياتها وزمنها تتم فيها، وهو الأمر الذي نعتقد أنه يتطلب تغطيتها تشريعا بصورة كاملة لاسيما في تشريعات الصفقات العمومية باعتبار هذه التشريعات بمثابة التشريع العام لإبرام وتنفيذ عقود الإدارة، إذ لوحظ وجود بعض الثغرات والنواقص بصفة عامة؛ كما ويتطلب الأمر اهتمام الدراسات القانونية بها في مرحلة التنفيذ.

تبين لنا بجلاء أن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري تسحب نفسها إلى امتيازات الإدارة وسلطاتها كافة، فلا تقتصر على إحداها من دون الأخرى، غير أن مظاهر السلطة العامة تتجلى في جميع الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها من جانب واحد.

ذلك أن الهدف الأساس لسلطة الإدارة الرقابية وسلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة أو من خلال سلطتها في إنهاء العلاقة التعاقدية هو ضمان الوفاء باحتياجات المرفق العام واستدامة

تعهد الإدارة وإشرافها عليه وقد استخلصنا العديد من أوجه العلاقة التي تصل الأخيرة السلطات الأخرى، ولعل أهمها ما يأتي:

أ) إن الأساس القانوني لكل السلطات الثلاث، وكذلك الأمر بالنسبة إلى سلطتها في إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة، يكمن في فكرة مستلزمات وضرورات سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وذلك بحسب الراجح في الفقه الإداري، وما أقره القضاء الإداري، وما أخذت به التشريعات في بعض النصوص. وأن هذه الفكرة تراعي فكرة الشروط الاستثنائية التي يقول بها أنصار فكرة السلطة العامة.

ب) سلطات الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري جميعها، لا يوجد ما يقابلها بهذه الصورة في مبادئ عقود القانون الخاص.

ج) الإدارة ليست بحاجة إلى تضمين العقد نصا يسمح لها بممارسة هذه السلطات كي يعترف لها بها، فوجودها يستند إلى قوة القانون وخصائص العقد الإداري الذاتية. ولا يعني ذلك أن تغفل الإدارة عن النص عليه في العقد أو دفتر الشروط وهو الأمر الذي لم نلاحظه في غالبية العينيات التي وقعت تحت أيدينا من العقود وملحقاتها ذلك أن من فوائد النص عمليا توضيح إجراءات وتفاصيل التزامات الأطراف، وتعيين الجزاءات التي سوف تطبق بمناسبة أخطاء معينة، فضلا عن أنه يجسد قاعدة التراضي التي يقوم عليها العقد الإداري.

وتبدأ عملية تنفيذ العقد الإداري من تحديد المصلحة المتعاقدة لحاجاتها مروراً بعملية اختيار المتعاقد مع الإدارة والتي تمر عبر عدة مراحل بدءاً من مرحلة الدعوة إلى التعاقد عن طريق الإعلان عن طلب العروض إلى إرساء الصفقة وكل هذه المراحل تحتاج إلى تجنيد موظفين مختصين لمتابعة كل هذه المراحل.

والصفقات العمومية ترتب بعد إبرامها مجموعة من الآثار على كل طرف في العقد حيث تنشأ حقوق والتزامات متبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها وحقوق الإدارة تعتبر التزامات بالنسبة للمتعاقد معها والتزامات الإدارة هي حقوق للمتعاقد معها كما يرتب العقد أثارا بالنسبة للغير أي

المنتفعين إلا أن الامتيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير مما يتمتع به المتعاقد معها ويرجع ذلك إلى أن الصفقات العمومية تخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وتتمثل فيما تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها كحق تعديل العقد من جانب واحد - أي جانب الإدارة - وفسخ العقد بإرادتها المنفردة دون استصدار حكم قضائي، كما تملك حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وبالتالي فإن الامتيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير مما يتمتع به المتعاقد معها وذلك يعود إلى طبيعة العقود الإدارية والأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها ومن خلال هذه الدراسة حرصنا على التركيز على قانون الصفقات العمومية الجديد والحالي 15-247 والذي جاء بعد تعديلات كثيرة حرص فيه المشرع على إدراك النقائص التي وصفت بها القوانين السابقة سواء لإرساء مبادئ الشفافية وحرية الوصول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين أو من خلال توضيح أكثر للمسائل الفنية والتقنية التي كان يكتنفها الغموض في النصوص السابقة.

تعرضت الدراسة لقواعد سلطة الإدارة الرقابية، وأظهرت أن لمفهوم الرقابة في الواقع معنيين الأول: وهو المعنى الضيق الذي يجسد حق الإدارة في الإشراف على تنفيذ عقودها الإدارية الذي يكاد يتقارب نوعاً ما في أحكامه مع ما هو سائد في عقود القانون الخاص.

الثاني: هو المعنى الواسع الذي يظهر قدرة الإدارة على توجيه المتعاقد من خلال إصدار الأوامر الموجهة إليه بصدد تغيير وسائل التنفيذ، ويختلف مداها من عقد إلى آخر.

وإزاء ذلك، نوصي بعدم الإسراف في إصدار الأوامر المصلحية للمتعاقد في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، إذ إن إجباره على تغيير بعض المواصفات للأعمال والخدمات يمكن أن يتم عن طريق قيام رجال الإدارة الفنيين بإسداء النصح والإرشاد لتحقيق ما تصبو إليه هذه السلطة من أهداف علما بأنه يلاحظ في الكثير من الحالات انفضاض العلاقة التعاقدية بسبب كثرة الاحتكاكات التي تنشأ عن ممثلي الإدارة.

وتعرضنا كذلك لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، وهي كغيرها من السلطات ليست مطلقة بل إن نطاقها تحدده ضوابط معينة لا يمكن تجاوزها وقد فصلناه مع غيره من الموضوعات وأهمها رؤية المشرع بشأن مظاهر هذه السلطة، إلا أن أبرز ما يمكن أن يقال عن خصائص سلطة التعديل، أن الإدارة تستطيع بموجبها تعديل الالتزامات من خلال الآليات التي فرضها المشرع من خلال النصوص القانونية سواء من حيث شروطها أو الضوابط التي تحكمها المنصوص عليها في العقد، سواء من حيث مقدار الالتزامات أو طرق تنفيذها أو في مدتها، بالإرادة المنفردة ومن دون أي خطأ من المتعاقد بخلاف سلطة الإدارة الجزائية إلا أن المتعاقد يستحق التعويض المناسب لجبر الخلل الناشئ عن هذا التعديل.

وكان لابد من التطرق إلى إنهاء العقد الإداري الذي تلعب فيه المصلحة المتعاقدة دورا هاما وهو آخر مرحلة. من تنفيذ العقود الإدارية سواء ما تعلق بتطبيق الجزاءات كما رأينا سابقا كالفسخ الإداري أو الجزائي أو ما تعلق بالإنهاء العادي للعقود الإدارية من خلال ما هو مقرر في النصوص القانونية كانهاء مدة العقد أو التسليم المؤقت والنهائي أو الإنهاء القانوني أو الاتفاقي.

قائمة المراجع:

الكتب:

1- المراجع باللغة العربية :

- 1- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 2007.
- 2- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005.
- 3- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة 1979.
- 4- د. راضي مازن ليلو)، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.
- 5 - د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، سنة الطبع: لا توجد.
- 6- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية 2005 .
- 7- د. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني- :النشاط الإداري- ، ط 1 ،، د.م.ج، الجزائر 2004.
- 8- د. الدكتور محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر 2017.
- 9- د. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري ط 5، دار العلوم الجزائر 2013.
- 10- الدكتور خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود لإدارية، دار بلقيس، 2017.
- 11 د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية) ط2 دار الجسور، الجزائر، 2009.

قائمة المراجع

-
- 12- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 1 ، جسور للنشر والتوزيع :
لجائر، 2010.
- 13- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، دار جسور الجزائر
العاصمة، 2017.
- 14- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- 15- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية
القاهرة، 2005 .
- 16 - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ
منازعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 17- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف
بالإسكندرية، 2005 .
- 18- ا. حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار هومة للطباعة، الجزائر
2017.
- 19- نصار جاد جابر العقود الإدارية ط3 دار النهضة العربية 2004.
- 20- د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.
- 21 - د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم
القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس.

22-RIVERO.J, DROIT ADMINISTRATIF, PARIS ,1985.

-LONG (M.) , WEIL(P) ,DELVOLVE (P), GENEROIS(B) les grands 23
arrêts de la jurisprudence administrative.., Dalloz, Paris , 13 e édition,
2001

III-المذكرات و الاطروحات:

-جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري كلية
الدراسات القانونية العليا، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019.

- مذكرة تخرج مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل
القانون الجزائري، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

- محمد بوناب، مذكرة ماستر بعنوان "سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية
في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، ام البواقي، 2016.

IV-النصوص القانونية و التنظيمية:

أ) القوانين:

1- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية
والإدارية.

ب)الأوامر:

1 - الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية
رجج، العدد 101 لسنة 1975 .

قائمة المراجع

ج) المراسيم .:

1- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 والمؤرخ في 24 يوليو 2002: والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2- المرسوم الرئاسي 10 / 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010 الجريدة الرسمية، العدد 58 الصادرة في 28 شوال 1431 الموافق ل 07 أكتوبر 2010.

3- المرسوم الرئاسي 15/247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436، الموافق 20 سبتمبر 2015، العدد 50 الصادرة في: 06 ذو الحجة عام 1436، الموافق ل 20 سبتمبر سنة 2015.

4 - المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي.

5- المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 11 شعبان عام 1404 الموافق ل 12 مايو سنة 1984 والمتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

6- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

د) القرارات:

-قرار وزير المالية المؤرخ في: 2015/12/19 المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح والتصريح بالاكنتاب والتصريح ورسالة التعهد والتصريح المناول.

	هداء
	كلمة شكر
	آية قرآنية
08-01	مقدمة
09	الفصل الأول: ماهية العقد الإداري عناصره وصوره
10-09	المبحث الأول: ماهية العقد الإداري
10	المطلب الأول نشأة العقود الإدارية
11-10	فرع أول: نشأة العقد الإداري في فرنسا
14-12	فرع ثاني: نشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر
14	المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري
15	فرع أول: العقد في اللغة
16-15	فرع ثاني: تعريف العقد اصطلاحا
17-16	المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى
18	المبحث الثاني: عناصر ومقومات العقد الإداري
19-18	المطلب الأول: ارتباط العقد الإداري بالشخص المعنوي العام
21-20	المطلب الثاني: ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام
24-21	المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص
24	المبحث الثالث: صور العقود الإدارية
24	المطلب الأول: عقد امتياز المرافق العامة
26-25	فرع أول: تعريف عقد امتياز المرافق العامة
26	فرع ثاني: خصائص عقد امتياز المرافق العامة
27	فرع ثالث: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة
29-28	فرع رابع: سلطات الإدارة في عقد امتياز المرافق العامة
29	المطلب الثاني: عقد الأشغال العامة
30-29	فرع أول: تعريف عقد الأشغال العامة

32-30	فرع ثاني: خصائص عقد الأشغال العامة
34-32	فرع ثالث: سلطات الإدارة في عقد الأشغال العامة
35-34	المطلب الثالث: عقود التوريد العامة.
35	فرع أول: تعريف عقود التوريد العامة
36-35	فرع ثاني: خصائص عقود التوريد العامة
37-36	فرع ثالث: سلطات الإدارة في عقود التوريد العامة
37	المطلب الرابع: العقود الإدارية الحديثة
38-37	فرع أول: عقد البناء والتشغيل والتحويل
38	فرع ثاني: عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية
38	فرع ثالث: عقد الإيجار ونقل الملكية
38	فرع رابع: عقد الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية
40-39	الفصل الثاني: سلطات الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية وإنائها
41-40	المبحث الأول: إبرام العقود الإدارية (الصفقة العمومية)
43-42	المطلب الأول: طرق وكيفيات إبرام العقود الإدارية
43	فرع أول: تحديد الحاجات
47-43	فرع ثاني: طلب العروض
52-47	فرع ثالث: التراضي
53	المطلب الثاني: الإجراءات والأشكال
55-53	فرع أول: الإجراءات
56-55	فرع ثاني: الأشكال
57-56	المطلب الثالث: الرقابة على إبرام الصفقات العمومية
58-57	فرع أول: الرقابة الداخلية
59-58	فرع ثاني: الرقابة الخارجية
60-59	المبحث الثاني: سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية
61-60	المطلب الأول: سلطة المراقبة والإشراف والتوجيه
62-61	فرع أول: ماهية سلطة المراقبة والإشراف والتوجيه

65-62	فرع ثاني: نطاق تطبيق سلطة المراقبة والإشراف والتوجيه
67-65	فرع ثالث ضوابط ممارسة سلطة المراقبة والإشراف والتوجيه
68-67	المطلب الثاني: سلطة تعديل العقد
70-69	فرع أول : ماهية سلطة تعديل العقد
73-70	فرع ثاني : ضوابط ممارسة سلطة تعديل العقد
77-73	فرع ثالث : آليات ممارسة سلطة تعديل العقد
78	المطلب الثالث : سلطة توقيع الجزاءات
79-78	فرع أول : ماهية سلطة توقيع الجزاءات
81-79	فرع ثاني : الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية
84-81	فرع ثالث : أنواع الجزاءات الإدارية
85-84	فرع رابع:الفسخ الجزائي
86-85	المبحث الثالث: سلطات الإدارة في إنهاء العقد الإداري
86	المطلب الأول: الإنهاء الطبيعي للعقد الإداري
87-86	فرع أول: نهاية العقد بالوفاء بالالتزامات التعاقدية من طرفي العقد
88-87	فرع ثاني نهاية العقد بانتهاء المدة المحددة للعقد
88	المطلب الثاني: الإنهاء غير الطبيعي للعقد الإداري
88	فرع أول: انقضاء العقد الإداري بالفسخ الاتفاقي
89-88	فرع ثاني: انقضاء العقد الإداري بالفسخ القانوني
90	المطلب الثالث: إنهاء العقد الإداري بالردة المنفردة للإدارة
90	فرع أول: إنهاء للمصلحة العامة المنصوص عليها في العقد والقوانين
91	فرع ثاني: إنهاء للمصلحة العامة غير المنصوص عليها في العقد والقوانين
96-92	الخاتمة
99-96	قائمة المراجع
102-100	الفهرس
105-103	الملخص

المُلخَص

هدفت هذه الدراسة لإبراز سلطات الإدارة في العقد الإداري على ضوء الفقه والتشريع في البداية تم التمهيد لمفهوم العقد الإداري ونشأته وتمييزه عن باقي العقود ، ثم استعرضنا العناصر والمقومات التي يقوم عليها العقد الإداري كارتباطه بالشخص العام والمرفق العام وتضمينه للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص ثم تعرضنا لأهم صورته وأنواعه وتمثلت في عقد امتياز المرافق العامة و عقد الأشغال العامة، وعقود التوريد العامة إضافة إلى العقود الإدارية الحديثة وصولاً إلى صلب موضوع دراستنا وهي السلطات الممنوحة للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية ولما كانت الصفقات العمومية أهم مرحلة للإدارة لاختيار المتعاملين معها قصد تلبية الحاجات العامة وسير المرافق العمومية بانتظام واطراد، من خلال إتباع الإجراءات القانونية بداية من طلب العروض وصولاً لإرساء الصفقة ومناطق تحديد حدود ونطاق استعمال الإدارة لسلطاتها والممثلة في سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه المستمدة من مقتضيات الصالح العام، من خلال مراحل تنفيذ العقود الإدارية وقد وضحنا ضوابط هذه السلطة، ثم انتقلنا لسلطة الإدارة في تعديل العقد وضوابط ممارسة هذا الحق والآليات التي وضعها المشرع للتعديل بحيث لا يؤدي استخدام هذه السلطة بالإضرار بالجسيم بالمتعاقد.

ثم انتقلنا لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وتناولنا الخصائص العامة لها وحق الإدارة بفرض الجزاءات حتى لو لم ينص عليها العقد، ثم بينا تنوع الجزاءات والتي منها مالي وغير مالي وأهمها الفسخ، وفرض المشرع على الإدارة في حالات معينة ، كما تناولنا سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون وجود أي خطأ من المتعاقد، وفي الأخير تطرقنا إلى سلطة إنهاء العقد الإداري وهي آخر مراحل تنفيذ العقد وقد تكون طبيعية سواء بالوفاء بالالتزامات التعاقدية أو انتهاء مدة العقد أو النهاية غير الطبيعية والمتمثلة في الفسخ القانوني أو الاتفاقي.

.....
كلمات البحث الرئيسية: عقد إداري، تنفيذ العقود الإدارية، المصلحة العامة، صفقة عمومية المصلحة المتعاقدة، شروط استثنائية غير مألوفة القانون العام، القانون الخاص، سلطات الإدارة، الرقابة والتوجيه، تعديل العقد، توقيع الجزاء، إنهاء العقد

Abstract

This study aimed to highlight the administration's powers in the administrative contract in light of jurisprudence and legislation. At the beginning, the concept of the administrative contract, its origin, and its distinction from the rest of the contracts was introduced. For its most important forms and types, and a triangle in the public utility concession contract, public works contract, public supply ontracts, in addition to modern administrative contracts, to the core of the subject of our study, which are the authorities granted to the administration in the implementation of administrative contracts Public utilities regularly and steadily, by following the legal procedures starting from requesting offers to establishing the deal and specifying the limits and scope of the administration's use of its powers represented by the authority of management in control, supervision and direction derived from the requirements of the public interest, through the stages of implementing administrative contracts and we have clarified the controls of this authority, Then we transferred to the management authority to amend the contract and the controls for exercising this right S and the mechanisms set by the legislator to amend so that the use of this authority does not seriously harm the contracting party.

Then we moved to the authority of the administration to impose penalties and dealt with the general characteristics of them and the administration's right to impose sanctions even if the contract did not stipulate them. Then we showed the diversity of penalties, including financial and non-financial, the most important of which is the termination, and the legislator's imposition on the administration in certain cases of annulment of forgery, as we dealt with the authority of the administration in Termination of the administrative contract unilaterally without any error on the part of the contracting party, and in the end we touched upon the authority to terminate the administrative contract, which is the last stage of contract termination and may be natural, whether by fulfilling contractual obligations or expiring the term of the contract, or the unnatural end of legal or agreement termination.

Key Search Words: Administrative Contract, Execution of Administrative Contracts, Public Interest, Public Deal, Contracting Interest, Unusual Exceptional Conditions, Public Law, Private Law, Administration Powers, Supervision and Guidance, Contract Amendment, Penalty Signing, Contract Termination.