وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جـــامـعة عبد الحميـد بن باديـس مستـغانم

كليـــة الحقـوق و العلـوم السياسـية

قسم القانون العام .

المرجع :.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر .

امتيازات الإدارة العامة في العقد الإداري.

-الشعبة : حقوق.

-التخصص :قانون إداري .

-من إعداد الطالب :

-مسلم ميلود.

- تحت اشراف الاستاذ (ة) :

- بوكر رشيدة .

أعضاء لجنة المناقشة :

-الأستاذ(ة).....زموش فاطمة الزهراء..... رئيسا .

-الأستاذ(ة).....بوكر رشيدة..... مشرفا مقررا.

-الأستاذ(ة).....بوزيد خالد..... مناقشا .

السنة الجامعية :2024/2023.

نوقشت في :2024/06/10 .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات
الرقم: ...../م ت/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا المعضي أدناه،

السيد: صمصل يم ميلود الصفة طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 105972737 والصادرة بتاريخ 2017/09/13

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

إمتيازات الإدارة العامة في العقد الإداري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 29 ماي 2024

29 ماي 2024

امضاء المعني

29 ماي 2024

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى

الوالديـن الكريمين واللذين بفضلهما خلقت

وبرعايتهما ترعرعت ،وبنصائحهم عملت

وعلى طاعتهما ، أطال اللـه في

عمرها أمي و رحم الله أبي و تغمد الله بروحه الطاهرة

إلى كل إخوتي وأفراد

عائلتي و جميع الأهل والأقارب وإلى

كل من مد لي يد العون خلال إنجاز

هذا العمل و.إلى كل الأحبة الذين عرفتهم

وأحببتهم في الله، من قريب أو بعيد

و إلى كل الأصدقاء .

شكر و عرفان

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

والحمد لله على جوده و إكرامه، الحمد هلل حمدا يوافي نعمه

ويكافئ مزيده أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من

فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل و لا يسعني إلا أن أتقدم

بشكري الجزيل .إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر

أستاذتي الفاضلة "بوكر رشيدة التي تكرمت بإشرافها على هذه

المذكرة ،ولم تبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي فكان لي نعم

الموجه والمرشد كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت

لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي.

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

أو بعيد إلى كل هؤلاء، أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر

المشفع بأصدق الدعوات.

قـــائمة المختصرات :

- ج د: الجريدة الرسمية .
- ص: صفحة.
- س: سنة .
- ع :عدد .
- ط : الطبعة.

المقدمة

إنّ الأعمال القانونية التي تمارسها الإدارة بصفتها سلطة إدارية عامة، تنقسم إلى أعمال تباشرها بالانفراد ومن جانب واحد وهي القرارات الإدارية، وأعمال تباشرها الإدارة بالاشتراك مع إرادة الآخر ،بحيث يصدر العمل القانوني عن جانبين، الإدارة والطّرف الآخر، وهذه هي العقود الإدارية .فالعقد الإداري إذن يحتل مكانة هامة بين الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة أثناء القيام بنشاطاتها لتحقيق أهداف الوظيفة الإدارية ،خاصة من الناحية القانونية، فرغم حداثة العقد الإداري بحداثة القانون الإداري، إلاّ أنّ بداياته الأولى يعود الفضل فيها إلى اجتهادات القضاء ومجلس الدولة الفرنسي المتطور حتى الآن، بالإضافة إلى مجهودات رجال وفقهاء القانون، وما أنتجته هذه النخبة من قواعد وأحكام للعقد الإداري، فأصبحت له نظرية عامة تسمى "نظرية العقد الإداري .والعقد بصفة عامة هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، رغم اختلاف أسس وقواعد النظام القانوني للعقود الإدارية عن نظام العقود الخاصة، إلاّ أنّ الإدارة قد تبرم عقد من عقود القانون الخاص،وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازاتهما، وقد تبرم عقدا إداريا تسري عليه أحكام القانون العام،يتعلق بمرفق عام تلجأ فيه الإدارة لاستعمال كافّة امتيازاتهما، وفي نفس الوقت تحقّق الصالح العام. وقد استقر القضاء الإداري على أنّ العقد الإداري هو ذلك العقد الذّي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة، لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، وتظهر فيه نية الإدارة بإتباع أساليب القانون العام،وذلك من خلال تضمين العقد شروطًا غير مألوفة في عقود القانون الخاص .ويؤيد الفقه الإداري هذا التعريف حيث يرى الدكتور سليمان محمد الطماوي ،أنّ العقد الإداري هو «العقد الذي يبرمه شخص معنوي ،عام بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام،و

ذلك أن يتضمن شروطًا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام .ومن هنا فقد منح المشرع الجزائري للإدارة باعتبارها طرفًا في العقد حقوقًا وسلطات تختلف عن السلطات الممنوحة للمتعاقد معها، من أهمّها سلطة الإشراف والمراقبة والتعديل، فضلاً عن سلطتها في إنهاء العقد الإداري سواء كان لدواعي المصلحة العامة، أو كجزاء يترتب على إخلال المتعاقد بالتزامه، حيث نجد أنّ سلطة الإدارة تتبلور فيما تتمتع به من حق توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد معها ،سواء أخطأ هذا المتعاقد أو لم يخطئ، فهي ليست بحاجة إلى إنذاره أو اللّجوء إلى القضاء لممارسة هذه السلطة الممنوحة لها، كما تعد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من أهم الامتيازات التي تضطلع لها الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة، والغاية المرجوة، وكذلك تقديم الخدمات من خلال تسيير المرافق العامة بانتظام، إذن فالإدارة العامة ،تخالف القواعد المعمول بها ،في الإدارات الخاصة في مجال العقود الخاصة مما يرجح كفّتها على كفّة الأفراد العاديين المتعاملين معها سعيا من الإدارة للحفاظ على النظام العام وتحقيق الصالح العام و في نفس الوقت. وإذا كان القرار الإداري هو أنجع وسائل القانون العام التي تمكن الإدارة من القيام بالأدوار العديدة المنوطة بها ،إلا أن هذه الوسيلة وحدها ال تكفل لها القيام بالأدوار الإدارية جميعها ،كما أنها لا تصلح في كثير من الأحوال لتحقيق أهداف النشاط الإداري .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 تنشا بين أطرافها إلى القضاء العادي وفي هده العقود تتخلى الإدارة عن امتيازاتها كسلطة عامة وتظهر بمظهر الشخص الخاص ،أما الشق الثاني من العقود الإدارية ،وهو تصرف الإدارة كشخص من أشخاص القانون العام ،و 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 .وتفرض النشأة القضائية للنظرية دراسة المراحل التي مرت بها، والمبادئ التي استقرت عليها على مدار سنوات من تطور ها. 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 لا 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.

أسباب اختيار الموضوع:

ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع هي أهمية الموضوع من الناحية العملية ذلك لأن العقود الإدارية هي إحدى أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة في تنفيذ أعمالها. وفي الأخير في سبيل تحقيق الإدارة للأهداف المنوطة بها ،نجدها تظهر بمظهر السلطة العامة، مستعملة أساليب القانون العام، وهذا هو الفرق بين العقد المدني والعقد الإداري، بحيث هذا الأخير يتميز باكتسابه الامتيازات، أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص،كما أن هناك دوافع أخرى كان لها أثرها في اختيار الموضوع ، والتي تنطلق من كثرة المراجع رغم قلة توافر المراجع المتخصصة خاصة الجزائرية منها ، وكذا الرغبة في معرفة القواعد القانونية لهذا الموضوع التي عززتها مختلف التشريعات ،والتي من بينها المشرع الجزائري في هذا المجال لسد الطريق أمام الموظف العمومي ومنعه من إساءة استعمال السلطة ،أو تغليب اعتبارات المحاباة على المتطلبات القانونية ، ومقتضيات المصلحة العامة. وأما الأسباب الشخصية ، فيعود اختيارنا لهذا الموضوع إلى رغبتنا وميولنا للبحث في فيه ودراسته ، والتزايد المستمر لممارسات الإدارة الغير مشروعة ،التي اجتاحت الإدارة في العالم المعاصر وانعكاساته على كل المجالات الأخرى.

المنهج المتبع :

قمنا بإتباع المنهج المتبع بإتباع المنهج الوصفي كمنهج أساسي ،محاولة من خلاله سرد أهم مظاهر وسلطات الإدارة العامة في العقد الإداري ،والمنهج التحليلي كمنهج مكمل للمنهج

الأول،كما اتبعنا المنهج المقارن الذي يستخدم المقارنة كأداة معرفية ،ويتم إعماله أساسا عند المقارنة بين ما هو معمول به في القانون الجزائري ،والنظم القانونية الأخرى.

من هنا ولذلك فإن الإشكالية التي يمكن طرحها تتمحور حول معرفة امتيازات الإدارة في العقد الإداري و هي : ماهي حدود و اثار الامتيازات الممنوحة للإدارة في العقد الاداري ؟

و للإجابة على الإشكالية المطروحة ،لقد قسمنا الخطة إلى فصلين .الفصل الأول حول امتيازات الإدارة العامة في إعداد العقد الإداري، و الفصل الثاني حول امتيازات الادارة العامة اثناء التنفيذ.

الفصل الأول :

إمتيازات الإدارة العامة في إعداد العقد الإداري

باعتبار الإدارة تستهدف المصلحة العامة في إطار تسييرها وتنظيمها للمرافق العامة

،منحت جملة من السلطات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها.سلطة الرقابة والتوجيه على

تنفيذ العقد: إذ لا تكتفي بالإشراف على التنفيذ ،أو تطابق التنفيذ مع الشروط والمواصفات، وإنما تستطيع التدخل في أوضاع التنفيذ وطرق التنفيذ التي يعتمدها المتعاقد، كما لها حق توجيهه في هذا المجال ضمانا لسلامة تنفيذ العقد .الرقابة مفهومان، مفهوم ضيق يفيد التأكد من التنفيذ ويكون من خلال أعمال مادية كدخول مندوب الإدارة الأماكن العمل ،أو أعمال قانونية كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية. ومفهوم واسع يكون أعمق لا يقتصر على التأكد، بل يتعدّاه إلى التوجيه ويشمل ذلك أعمال قانونية فقط. فلا تعد سلطة لجهة الإدارة فقط ،وإنّما هو واجب عليها القيام به، كما لا يكون هذا الدور متساويا بالنسبة لجميع العقود فيكون قويا في بعضها ،وبسيطا في أخرى .تلك التي يقوم المتعاقد فيها بتنفيذ التزامه دفعة واحدة. [1]

لقد ذكر القضاء الإداري الصلة بين العقود الإدارية و المرافق العامة، ولهذا جعل من مظاهر سلطات الإدارة حقا أصيلا تتمتع به دون حاجة إلى النص على ذلك، في العقد ،ولقد حرصت محكمة القضاء الإداري المصرية العليا على إبراز معظم مظاهر تلك السلطات والامتيازات المعترف بها للإدارة في حكم صادر في 30 جويلية سنة 1957، و نصت على أن هذا القانون يعطي لجهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ،إذا أخل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها،بل أن له حق إنهاء العقد إذا رأت أن تنفيذه غير ضروري، وهي تتمتع بهذه الحقوق، و السلطات حيت ينص عليها في العقد تتعلق بالنظام العام ،وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة، أو بقاعدة

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة , دار الفكر العربي , مصر الطبعة الخامسة، 1995،ص 55.

أن العقد شريعة المتعاقدين ، المفهوم من ذلك في القانون المدني ،ومن هذا يبدو واضحا أن كفيت المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة على خلاف الأمر في العقود المدنية،حيث يكون التعاقد مناقشة حرة بني الطرفين ،وحيث تنضبط حقوق الطرفين والتزاماتهما بما تنتهي إليه هذه المناقشة، وعلى ذلك هو تباين الأهداف عند كل طرفي من العقد الإداري.[1]

المبحث الاول :الاطار المفاهيمي للعقد الاداري .

[1]نصر الشريف عبد الحميد،النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء المعهد الوطني للقضاء سابقا الدفعة الثانية عشر ،الجزائر ، 2001- 2004،ص 36.

التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة تكون ،إما بإرادتها المنفردة كما هو الشأن بالنسبة للقرارات الإدارية ، أو بالاشتراك مع أطراف آخرين فنكون أمام العقود الإدارية .والعقود التي تبرمهنا الإدارة على نوعين، عقود عادية تنطبق عليها أحكام القانون المدني، وتخضع منازعاتها للقضاء العادي، والنوع الثاني عقود إدارية تنطبق عليها القانون الإداري، وتخضع منازعاتها للقضاء الإداري، ويعرف العقد الإداري لدى قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ،بقصد تسيير مرفق عام ،أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأسلوب القانون العام ،كأن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص [1] . سار مجلس الدولة المصري على خطى مجلس الدولة الفرنسي في تعريفه للعقد الإداري ، العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام قصد إدارة مرفق عام ، أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته الأخذ بأسلوب القانون العام . "كما ساير القضاء الجزائر ي أيضا كل من القضاء الفرنسي والمصري في المضمون ولكنه خالفها في الشكل، حيث استند في تعريفه للعقد الإداري إلى الصفقة العمومية ، أي عرف العقد الإداري بالصفقة العمومية .رأي القضاء الجزائري لم يكن موفقا عندما لجأ إلى تعريف العقد الإداري انطلاقا من مفهوم الصفقات العمومية وبهذا بسبب الإختلاف الواضح بين العقد الإداري والصفقة العمومية، صحيح أن كل صفقة عمومية هي عقد إداري لكن العكس ليس صحيحا ،على اعتبار أن الصفقات العمومية تعتمد بالدرجة الأولى على معيار قيمي أي مبلغ الصفقة أو العقد، في حين أن العقد الإداري لا

[1] لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي، العدد الثامن و الخمسون، 2012 ،ص 22. متوفر على الموقع :
https://humanmag.uodiyala.edu.iq/uploads/pdf/aadad/2012/a53/14.pdf

يقوم على هذه الميزة.و من هذا سوف نتطرق إلى تحديد تعريف دقيق للعقد الإداري من خلال المطلب الموالي.

المطلب الاول :تعريف العقد الاداري .

أولا- تعريف العقد الإداري:

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

يختلف العقد الإداري عن الصّفقة العمومية في كون هذه الأخيرة عقد إداري مكتوب، وفق قانون الصّفقات العمومية وموضوعها محدد ،أي من صنع المشرع ، حيث تشمل عقد الأشغال وعقد التّوريد وعقد الخدمات وعقد الدّراسات، ويجب أن يكوم مبلغ الصّفقة محدد قانونا حيث تنص المادة 13 من المرسوم الرّئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/02/16 ،المتضمن الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،أن مبلغ عقد الأشغال واللّوازم يجب أن يفوق 12.000.000دج ومبلغ عقد الخدمات والدّراسات يجب أن يفوق 6.000.000دج وتخضع لرقابة داخلية وخارجية ووصائية[1]، بينما يعتبر العقد الإداري ذو أصل قضائي، ونطاقه يتسع ليشمل كل اتفاق، يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام بغرض تسيير مرفق عام ،ويتضمن بنود استثنائية غير معروفة في العقود الخاصة، ويمكن أن يكون أطراف العقد الإداري من الخواص إذا كان بغرض تسيير مرفق عام.

[1] حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2015،ص 42.

1-التعريف القضائي :

كان مجلس الدولة الفرنسي السباق في محاولة ضبط مفهوم العقد الإداري، حيث جاء في أحد قراراته ،أن العقد الإداري هو ذلك الإتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام ،بقصد تسيير مرفق عام ،أو تنظيمه و تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ،و ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ،أو أن يخول للمتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.[1]

جاء في مؤلف "محمد الشافعي أبوراس" أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقر على تعريف العقد الإداري بأنه : كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام، في الأخذ بوسائل وأحكام القانون الخاص، إما بتضمين الاتفاق شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد معها وهو أحد أشخاص القانون العام ، بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.

2-التعريف الفقهي للعقد الإداري :

أغلبية الفقه قام على تعريف العقد الإداري بأنه : عمل إداري قانوني اتفاقي يبرم بين طرفين يكون أحدهما شخصا من أشخاص القانون العام، بهدف تسيير أو تنظيم مرفق عام، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأساليب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد ،كأن يكون صاحب احتكار فعليه، أو بمنحه

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية ،الإبرام ، التنفيذ، الآثار، الانقضاء في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحدث تعديلات للمناقصات و المزايدات، ط. 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008 ،ص 17.

الحق في الإستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة. يشوب هذا التعريف نقص مقارنة بالتعريف الذي ذهب إليه محمد سليمان الطماوي، والذي اعتبر فيه ،أن العقد الإداري : هو ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام ،بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، و ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية ،وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول للمتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. فنستنتج أن تعريف الفقيه محمد سليمان الطماوي جاء متوافقا مع تعريف القضاء الإداري الفرنسي للعقد الإداري، والذي نعتبره مختلفا عن تعريف القضاء الإداري المصري. [1] و سيتم توضيح ذلك لاحقا، رغم أن الفقيه يشير أن القضاء الإداري المصري أخذ بمفهوم العقد الإداري ذاته الذي توصل إليه القضاء الإداري الفرنسي .أما فيما يخص الفقه الجزائري فوقع اختيارنا على تعريف د. محمد الصغير بعلي للعقد الإداري، والذي جاء فيه أن العقد الإداري هو:العقد أو الإتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.[2]

يكتسب العقد الإداري خصوصية تميزه عن عقود الإدارة الأخرى. ويترتب عن هذه الخصوصية عدم خضوع عقود الإدارة لنظام قانوني واحد، سواء من حيث القانون الواجب

[1] مجيدي فتحي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، السنة أولى ماستر تخصص دولة ومؤسسات ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، 2013 /2014 ، ص383.

[2] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص10.

التطبيق على هذه العقود، أومن حيث القضاء المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

1-المعيار القانوني للعقود الادارية :

يلجأ المشرع في بعض الأحيان إلى إضفاء الطابع الإداري على بعض العقود التي تبرمها الإدارة العمومية، ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات و يطلق على هذا النوع من العقود تسمية "العقود الإدارية بتحديد القانون ،فهو يعتمد المشرع في إضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، على إحدى الطريقتين :

النص صراحة على اعتبار أحد عقود الإدارة عقدا إداريا؛ منح الاختصاص للقضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن بعض العقود ، دون النص صراحة بأنها عقود إدارية، مما يفهم منه اتجاه نية المشرع إلى اعتبار هذه العقود عقودا إدارية تخضع ألحكام القانون العام والذي يطبقه هذا القضاء . لا مجال للاجتهاد في أي حالة من هاتين الحالتين[1].

ظهر تدخل المشرع في تحديد العقود الإدارية لأول مرة من طرف المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية. إذ طبقا لما سبق تناوله في المحاضرة المتعلقة بنشأة نظرية العقد الإداري في فرنسا .نستنتج أن اختصاص القضاء الإداري، بالفصل في المنازعات المتعلقة أو الناشئة عن عقود الإدارة لم يكن في أول الأمر عاما ، بل تناول عقودا بعينها من عقود الإدارة أدرجها المشرع الفرنسي ضمن اختصاص القضاء الإداري الفرنسي .مجالس الأقاليم ومجلس

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006،ص 43.

الدولة، و لما كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق قواعد القانون العام ،والقانون الإداري، اعتبرت تلك العقود عقودا إدارية بتحديد القانون.

2- المعيار العضوي:

وفقا لهذا المعيار يشترط أن يكون أحد طرفي العقد الإداري على الأقل شخص من أشخاص القانون العام، المتمثل في الدولة والجماعات الإقليمية[1]، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتّشريع التّجاري ،عندما تكلف بإنجاز عملية ممّولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة ،أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وفقا للمادة 6 من المرسوم الرّئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

3- المعيار الموضوعي:

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

- المعيار الشّكلي :

يذهب الفقه والقضاء الإداريين في الأنظمة القانونية المقارنة إلى أنّ العقد لا يعتبر إداريا ،حتى ولو أبرم من طرف شخص من أشخاص القانون العام ،واتصاله بمرفق عام ما لم

[1] جوادي إلياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري و تمييزه عن العقود الأخرى ، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنراست ، العدد التاسع ،سبتمبر 2015 ،ص 18 . متوفر على الموقع : https://www.asjp.cerist.dz/en/article/8406.

يتضمن شرطا غير مألوف في العقود الخاصة[1]، ويقصد بالشرط الاستثنائي غير المألوف أن يتضمن العقد بند يعطي للطرفين أو أحدهما حقوق أو يحملهما التزامات لا يمكن أن يقبل بها بحرية في العقود الخاصة على النّحو الذي يتبيّن فيما يلي:

شروط استثنائية عبارة عن امتيازات تتمتع بها الإدارة المتعاقدة:

سلطة تعديل العقد بإرادة الإدارة المنفردة في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد.سلطة الإشراف على تنفيذ العقد.سلطة تغيير طريقة تنفيذ العقد.سلطة وقف تنفيذ العقد مؤقتا. سلطة فسخ العقد بإرادة الإدارة المنفردة دون رضا المتعاقد معها، ودون إخلاله بالالتزامات التعاقدية.سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التّعاقدية.النص في صلب العقد على انعقاد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالعقد إلى القاضي الإداري.وشروط استثنائية تمنح امتيازات للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير:

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

الفرع الاول :شروط العقد الاداري و أركانه .

[1] جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة2019،ص 66.

أولا/أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية:

إن شرط وجود جهة إدارية طرفا في العقد حتى يكون هذا العقد عقدا إداريا، وهذا الشرط من قاعدة أن قواعد القانون الإداري ،إنما وجدت وخلقت لتحكم وتنظم نشاطات وأعمال السلطات والهيئات الإدارية. [1]

ثانيا/ إتصال العقد بالمرفق العام :

مهما كان الجدل والخلاف الفقهي حول تحديد أساس قواعد القانون الإداري ،وهل هو فكرة السلطة العامة أو فكرة المرفق العام ،أو هو فكرة الكفاية في الوظيفة العامة أو فكرة النفع العام فإن القضاء الإداري في القانون المقارن يصر حاليا في أن يقيم ويؤسس قواعد القانون الإداري على فكرة المرفق العام ،ذلك أن المرفق العام باعتباره كل مشروع تنشئه وتتولاه الدولة بنفسها ،أو تحت إشرافها ورقابتها لإشباع الحاجات العامة ، مثل مرفق التعليم ومرفق المواصلات.

3/ إعتماد وسائل القانون العام في إبرام العقد وتنفيذه بحيث يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص:

إن شروط إتباع وسائل القانون العام في العقد ،ليصير عقدا إداريا ،يعتبر بحق الشرط الأساسي لإضفاء الصفة الإدارية على عقد ما ،ويعد الضابط والمعيار القاطع في تحديد العقود الإدارية بطبيعتها ،وذلك لما يتضمنه القانون العام في قواعده المنظمة والمطبقة على العقود الإدارية من أساليب ،وشروط إستثنائية ،وغير مألوفة في عقد القانون الخاص .

[1] عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2016 ،ص25.

يعرف بعض الفقه الشروط الاستثنائية غير المألوفة بأنها تملك التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها ،عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها،من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري . " يعرفها بعض الفقه بأنها" الشروط التي تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام . "من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني احتواء العقد الإداري على شروط غير معروفة في تعاملات الأفراد، مثل عقد الإيجار المدني فالأطراف في العقد على قدم المساواة ، أما في العقود الإدارية فالدولة أعلى من المتعاقد الآخر، وتتمثل الشروط الاستثنائية غير المعروفة في القانون المدني ،في الصور التالية: فرض الغرامات التأخيرية ،الفسخ الإرادي ،الإنهاء الإرادي للعقد الإداري...الخ .تجدر الإشارة إلى أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تستخدمها الإدارة في المراد منه العقد الإداري،و ليس امتياز الإدارة ذاتها، و إذا حدث تحقيق المصلحة العامة، أو تعسف في استخدامها يمكن للقاضي الإداري إبطاله.[1]

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للعقد الاداري .

قد يحدد المشرع بنص قانوني صريح صفة العقد الاداري ويقرر اختصاص القاضي الاداري فيما تثيره من منازعات وهذه هي العقود الاداري .مثل عقود الاشغال العامة وعقود امتيازات المرافق العامة.و هناك انتقاد على فكرة تحديد العقد من قبل المشرع، لأن طبيعة بعض العقود

[1] فردي كريمة،النظام القانوني لعقد الامتياز في إطار الاستثمار، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 46، ديسمبر 2016 ،ص 120.

لا تنسجم مع التكييف الذي يضفيه عليها المشرع .واذا انسجم هذا التكيف مع طبيعة العقد وموضوعه فان تحديد المشرع يكون كاشفا للطبيعة الادارية لهذا العقد.

المطلب الثاني : ابرام العقود الادارة (الصفقات 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 .

وبالرجوع لنص المادة التاسعة والثلاثون، من المرسوم الرئاسي 15 – 247 ،وتحديدا القسم ، حيث 49 الأول ،حيث نجد أن المشرع قد بين كيفيات إبرام الصفقات العمومية حصرها في قوله: تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي ."فالمصلحة المتعاقدة إذن مقيدة بهاذين الأسلوبين، أسلوب طلب العروض وهو القاعدة العامة والأصل الذي يعد بمثابة الدعوة للمنافسة، [1]وكذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية والمساواة بين العارضين، وأسلوب التراضي وهو الاستثناء على القاعدة، الذي يؤكدها و لا ينفيها .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. إذا كان العقد المدني عبارة عن توافق

[1]ناصر لباد ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ،الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، الجزائر ،سنة 2004 ، صفحة 407-409.

إرادتين على إحداث اثر قانوني، وهو الحال بالنسبة للعقد الإداري قبل شك أن هناك تشابه من حيث الجوهر، إلا أن كيفية إبرام العقد الإداري تنفرد بدراسة مستقيمة ومتميزة عن العقد المدني، حيث أنه حفاظا على المال العام رسمت التشريعات المختلفة لإدارة طرق وأساليب التعاقد .

يخضع إبرام العقد الإداري في الجزائر للمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ،وتفويضات المرفق العام .ينبغي أن نشير في هذا السياق إلى أن موضوع الصفقات العمومية موضوع شاسع ومعقد ،ويخرج أيضا عن نطاق المقرر، لكن بين الفينة والأخرى نضطر إلى دراسة الصفقات العمومية في الجزائر باعتبارها نوع من العقود الإدارية، فكل صفقة عمومية هي عقد إداري . حتى أن القضاء الإداري في الجزائر يعرف العقد الإداري انطلاقا من الصفقة العمومية، حيث عرف العقد بأنه "عبارة عن عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به.[1]

الفرع الاول :الرقابة على ابرام الصفقات العمومية .

إن سلطة الرقابة في العقود الإدارية، هي سلطة واسعة جدا ،فهي ليست مقصورة على ما تمت عليه بل من أجل تحقيق المصلحة العامة ،فلبغية إدارة المرافق العامة وسيرها بانتظام ،تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة والإشراف على المتعاقد معها؛ فإذا كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية و ذلك من خلال بذل أقصى درجة من العناية، و حرصه على تنفيذ التزاماته التعاقدية ، كان للإدارة حق مراقبة تنفيذ التزاماته و له الإشراف على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته .

[1] محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997 ، ص45.

فالنظام القانوني للعقود الإدارية أعطى للإدارة إمكانيات ،وهذا تسهيلا لعملية تنفيذ العقد، فلها أن تراقب مدى تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية . و يقصد بسلطة الرقابة أثناء تنفيذ العقد الإداري بهذا المعين في العقد ،هو أن للإدارة سلطة الإشراف في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه. أي بمعنى "الرقابة على تنفيذ كراسة الشروط " وتبعا لذلك، تمارس الإدارة حق الرقابة عادة في صورة أعمال مادية، كدخول أماكن استغلال المرافق والمخازن، والورش، أو تلقي الشكاوى من المنتفعين، والبث فيها كما هنا قد تتم من خلال الأعمال القانونية لتعليمات ،أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد. باعتبارها أن له حق مقرر للإدارة ، ولم ينص عليه العقد . ويقصد بالرقابة هنا كسلطة توجيه هو حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ، واختيار انسب الطرق التي تؤدي إليه، وهنا دور الإدارة لا يقتصر فقط على الإشراف، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ بالأوضاع التي تراها مناسبة لسير المرفق كفرض اختيارات حول أعمال لم تكن محددة في العقد ،كتحديد بدأ الأشغال ،وآجال التنفيذ في حالة لم يتم تحديده في الصفقة،[1] كما تطلب من المقاول تأجيل التنفيذ ، وتحديد سلم الأعمال و الأشغال ،وتمارس الإدارة هذه السلطة عن طريق أعمال قانونية وهي الأوامر المصلحية . وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمفهوم الواسع لسلطة الرقابة أي سلطة التوجيه ،من خلال الأوامر التي تصدرها الإدارة المتعاقدة والتي تكون مكتوبة ،و مدونة بسجل خاص.

أولا–الرقابة الداخلية :

[1] كمال معيفي، إشكالات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره عمى حماية المال العام ، مجلة الفقه والقانون ، المغرب، العدد 22 ،أوت 2014،ص129.

خصص المشرع الجزائري المواد 156 إلى 162 من المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 لتنظيم الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، و لعل أهم ما تميز به القانون الجديد هو إحداث لجنة فتح الأظرف[1], و تقييم العروض بدل نظام اللجنتين الذي كان معتمدا في كل قوانين الصفقات العمومية السابقة التي كانت تنص على إحداث لجنتين هما لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض، كما أن المطلع على الاحكام القانونية الجديدة المخصصة للرقابة على الصفقات العمومية يسجل مجموعة من الملاحظات التي ينبغي التنبيه لها عند الشروع في إبرام الصفقات من طرف المصالح المتعاقدة المعنية به والمنصوص عليها في المادة 06 من قانون الصفقات العمومية.

–الملاحظة الأولى تتمثل في اعتماد نظام تعدد لجان فتح الأظرفة و تقييم العروض ذلك أن المادة 160 تنص على وجوب إحداث دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة ،و تقييم العروض وهذا من أجل معالجة ظاهرة ت اركم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض التي عرفتها بعض المصالح المتعاقدة أثناء سريان قانون الصفقات العمومية الملغى و يتعلق الأمر بالمصالح المتعاقدة المركزية التي تبرم مئات الصفقات العمومية سنويا، و من ثم يسمح التنظيم الجديد بإحداث أكثر من لجنة على مستوى المصلحة المتعاقدة الواحدة من أجل ضمان السرعة ،و الفعالية في عمل اللجنة.

[1] بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية " ، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 6086 ، ص 11.

-جاء تنظيم الصفقات العمومية الجديد بأحكام جديدة تتعلق بالعضوية في لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض من بينها تعليق العضوية في اللجنة على شرط توافر الكفاءة و هو ما نصت عليه المادة 160/2 التي جاء فيها أن لجنة فتح الأظرف و تقييم العروض تتشكل من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، و هذا على خالف القانون الملغى الصادر بموجب المرسوم رقم 10 – 236 الذي كان يشترط الكفاءة في عضوية لجنة تقييم العروض دون لجنة فتح الأظرفة، ومن ثم فإن المشرع أراد معالجة بعض الحالة التي ثبت فيها تعيين أعوان غير مؤهلين للقيام بالصلاحيات المنوطة بلجنة فتح الأظرفة ،و تقييم العروض[1].

زيادة على ذلك اشترط القانون الجديد لعضوية هذه اللجنة تبعية الموظف للمصلحة المتعاقدة و الأمر الذي لم يكن منصوصا عليه في المادتين 121 الخاصة بلجنة فتح الأظرفة و المادة 125 المتعلقة بلجنة تقييم العروض في القانون الملغى ،و بذلك يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من خارج المصالح لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة بقدر ما ترتبط ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على المصالح المتعاقدة، هذه الظاهرة التي كانت تشهدها بعض المؤسسات الخاضعة في إبرام عقودها لقانون الصفقات العمومية.

لم يتناول المشرع في التنظيم الجديد لعمل و سير لجنة فتح الأظرفة ،و تقييم العروض واكتفى بتكليف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتنظيمها بموجب مقرر حسب ما نصت عليه المادة 162 التي جاء فيها ما يلي . يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة لجنة فتح

[1] المادة 121 من المرسوم الرئاسي ،15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر،2015 تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات العام، الجريدة الرسمية، العدد ،50.

الأظرفة ،و تقييم العروض و قواعد تنظيمها و سيرها و نصابها في إطار الإجراءات القانونية و التنظيمية المعمول بهما ، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة مؤداه أنه لا يمكن أن يتعارض التنظيم القانوني لعمل و سير هذه اللجنة الذي يصدره مسؤول المصلحة المتعاقدة مع الأحكام المقررة بقوة القانون و المتمثلة في عدم اشت ارط نصابا معينا النعقاد اللجنة عندما تمارس مهمة فتح الأظرفة حسب ما نصت عليه المادة 162/2 و إثبات أشغال اللجنة في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ،و يؤشر عليهما بالحروف الأولى حسب ما نصت عليه المادة 162/3 من تنظيم الصفقات العمومية[1] .

–تميز قانون الصفقات العمومية الجديد بالتنظيم الدقيق للعالقة بين لجنة فتح الأظرفة ،وتقييم العروض مع مسؤول المصلحة المتعاقد، حيث أعلن على أن هذه اللجنة ليست مكلفة على الإطلاق بمنح الصفقات العمومية، بل تمارس عمال إداريا و تقنيا تقدمه للمصلحة المتعاقدة التي تبقى لها الصالحية الكاملة في منح الصفقة، أو الإعلان عن عدم الجدوى، أو إلغاء الصفقة العمومية أو إلغاء المنح المؤقت ،و هذا بنص المادة 161 من المرسوم الرئاسي 15 – 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 التي جاء فيها مايلي تقوم لجنة فتح الأظرفة ،وتقييم العروض .

[1] [1]المادة 162 من المرسوم الرئاسي ،15–247 مؤرخ في 16 سبتمبر،2015 تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات العام، الجريدة الرسمية، العدد ،50.

ثانيا–الرقابة الخارجية :

خصص المشرع الجزائري المواد 162 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 15 – 247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتعلق بالصفقات العمومية ،و تفويضات المرفق العام للرقابة الخارجية، حيث يهدف هذا النوع من الرقابة حسب المادة 163 إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع و التنظيم المعمول بهما و التحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية حيث ،و بعد الإطلاع على الأحكام الجديدة للرقابة الخارجية في ضوء المرسوم الرئاسي 247 – 15سجلنا الملاحظات التالية:

1–ألغى القانون الجديد نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية ،و هي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، و اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم ،و اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية و هذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة و تخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى.

–قسم القانون الجديد اللجان المكلفة بالرقابة إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة ،و القسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية.[1]

أولا – لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة : تتمثل هذه اللجان في اللجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، لجنة

[1] بن فرج ريان ، جقريف رقية ، " الفساد في الصفقات العمومية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون . الضبط الاقتصادي ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 8 ، 2016 ، ص 44.

الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ،و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري، و قد حدد القانون الجديد مجال اختصاص كل لجنة من اللجان المذكورة أعاله كما يلي :

اللجنة البلدية للصفقات العمومية ،و التي تختص حسب المادة 174 بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات التي تبرمها البلدية ،و التي تقل قيمتها المالية عن مائتي مليون دينار جزائري.

الجدير بالذكر أن القانون الجديد خص لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ببعض الأحكام القانونية الخاصة منها أن أعضاء لجان الصفقات و مستخلفوهم يعينون من طرف إداراتهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد باستثناء المعينون بحكم الوظيفة،[1] زيادة على منح المسؤول الأول للمصلحة المتعاقدة سلطة تعيين عضو مستخلف من خارج المصلحة الاستخلاف رئيس اللجنة في حالة الغياب، و الإعلان عن حضور ممثلون عن المصلحة المتعاقدة ،و المصلحة المستفيدة أشغال لجنة الصفقات بصوت استشاري على أن يكلف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتزويد أعضاء اللجنة بكل المعلومات اللازمة و الضرورية الاستيعاب محتوى الصفقة، و أخيرا نصت المادة 178 على أن رقابة لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة تتوج بمقرر منح التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون يوم ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة.

[1] بن فرج ريان ، جقريف رقية ،المرجع السابق ،ص56.

ثانيا – اللجنة القطاعية للصفقات العمومية : تتمثل مهمة صلاحيات اللجنة القطاعية التي تحدث لدى كل دائرة وزارية في مجال الرقابة دراسة مشاريع دفاتر الشروط ،و الصفقات التي يفوق مبلغها مليار دينار في صفقات الأشغال و ثالث مائة مليون دينار في صفقات اللوازم ،ومائتي مليون دينار في صفقات الخدمات ،و مليون دينار في صفقات الدراسات، زيادة على مشاريع دفاتر الشروط و صفقات الأشغال التي تبرمها الإدارة المركزية ،و التي يفوق مبلغها 12.000.000 دج و دفاتر الشروط و صفقات الدراسات ،[1]و الخدمات التي تبرمها الإدارة المركزية التي يفوق مبلغها 6.000.000 دج . وضع المشرع بعض الأحكام الخاصة باللجنة القطاعية للصفقات العمومية تتمثل في أن الوزير المعني يعين بموجب قرار أعضاء اللجنة القطاعية و مستخلفيهم بأسمائهم على أساس الكفاءة بناء على اقتراح من الوزير الذي يخضعون لسلطته المادة 187 ،و من الأحكام الخاصة أيضا أن الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية تتوج بمقرر منح أو رفض منح التأشيرة في أجل أقصاه 45 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف لدى أمانة كتابة اللجنة.

الفرع الثاني : اجراءات إبرام الصفقات العمومية .

إبرام الصفقة العمومية مرحلة حاسمة في مسار حياتها، لذا يتم إبرامها وفق آليات معينة سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب المناقصة، أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي. فلا يترك مجالا لحرية المصلحة المتعاقدة

[1] بجاوي بشير،"الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص إدارة و مالية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2012، ص .2

وذلك باعتبار المناقصة هي القاعدة في إبرام الصفقات العمومية، وجعل التراضي أسلوبا استثنائيا، وهو ما أكدته أحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ،التي نصت على أنه تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي.[1]

تتطلب طريقة إبرام الصّفقة العمومية بأسلوب طلب العروض، الالتزام بمجموعة من القيود الشّكلية والإجرائية والمرور بعدّة مراحل نجملها فيما يلي:

طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية إعتمد المشرع الجزائري على أسلوب المناقصة كقاعدة عامة في أول قانون ينظم الصفقات العمومية، و تعرف المناقصة على أنها " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض"، و تجدر الإشارة إلى أن التركيز على المعيار المالي دون سواه كمعيار للتعاقد بطريق المناقصة ينطوي على سلبيات كثيرة مما أدى إلى التخلي عليها، حيث تكمن :أساليب التخلي على طريقة المناقصة في ما يلي .

لقد تبنت أن العارض الذي يقترح أقل الأثمان هو العارض الذي لا يتوفر على إمكانيات كبيرة لتنفيذ المشروع محل التعاقد، و لا على يد فنية و عادة ما لا يكون لديه الخبرة اللازمة الأسبقية في تنفيذ مشروعات مماثلة و هو ما ينعكس سلبا على تنفيذ موضوع الصفقة، أما من

[1] فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2007 .ص 78.

حيث مدة الإنجاز يعرف تأخرا أما من حيث نوعية أداء الخدمة فيثبت بعد إستلامها أنها تمت بكيفية و أداء ضعيف ،وتنطوي على عيوب كبيرة .

كذلك ليس حقيقيا أن المناقصة تعطي الإدارة الوسيلة الأفضل في تحقيق أحسن الأسعار فهم ينزلون بالأسعار رغبة في التعاقد مع الإدارة لإصلاح ميزانهم المالي لمشروعاتهم ،التي تعاني عجزا، فضلا عن التنفيذ السيئ للمشروعات الإدارية بهدف تحقيق الربح السريع .

الواقع العملي يشير إلى أن أسلوب المناقصة لا يتفادى الإتفاقات التي تحدث بين المتنافسين بهدف المحافظة على سعر معين و عدم النزول تحته، و بالتالي لا تستطيع الإدارة أن تحصل على السعر الأقل[1] .

نتيجة لعدم الثقة بين الإدارة و موظفيها بشأن عملية إبرام الصفقات العمومية ذلك ما ينتج عنه عدم ، إذ أنه كل ما يهمهم بالدرجة الأولى تطبيق اللوائح المسؤولية الكاملة من جانب هؤلاء الموظفين ،بطريقة تعفيهم من المسؤولية دون الإهتمام بالأوضاع المالية و الفنية لتلك المشروعات.

– توفير الغلاف المالي الضّروري لتمويل الصّفقة:

مهما كانت طبيعة الصّفقة العمومية، يجب على المصلحة المتعاقدة رصد الغلاف المالي للصّفقة وتجدر الإشارة إلى أنّ الوعاء المالي هذا، قد يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة متى كان المشروع ذو طابع وطني كإنجاز مستشفيات ،أو اقامات جامعية ،أو معاهد للتكوين... الخ، وأحيانا يقيد الغلاف المالي ويحسب من ميزانية الإدارة المعنية ،أو ما يسمى

[1] شريفي شريف، المناقصة العامة كأسلوب تعاقدي في قانون البلدية، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 19/18 أفريل 2012 ،ص 08.

بميزانية القطاع، حيث يحوز كل قطاع من قطاعات الدولة سنويا ميزانية ترصد لتحقيق وتنفيذ المشاريع القطاعية، فللولاية ميزانية وللبلدية ميزانية وللجامعة وللمستشفى ميزانية... الخ.

وإذا اعتمدت الجهات المختصة ميزانية قطاع ما صار الرّئيس الإداري مخولا للتوقيع على الصّفقة من ذلك، والي الولاية أو رئيس البلدية أو مدير المستشفى مثلا.

1-المناقصة أساس إبرام الصفقات العمومية :أولى المشرع لأسلوب المناقصة أهمية خاصة في قانون الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها، عددا معتبرا من المواد القانونية حيث أخذ بعين الإعتبار عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المناقصة بأنها: إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض ،و يتضح من أحكام هذا النص ان المعيار المعتمد في إسناد الصفقة، هو العرض الأفضل وهذا الأمر لا يتفق ومبدأ الإرساء الآلي ،كما لا يتفق مع ما هو معروف في الأنظمة القانونية المقارنة المعتمدة لأسلوب المناقصة، حيث تسند الصفقة للعارض الذي يقدم أقل ثمن. [1]

ب – المزايدة :إن القاسم المشترك بين الصفقات العمومية بكل أشكالها ،هو خروج المال من الخزينة العمومية، فإن التعاقد بطريق المزايدة ينجم عنه مداخيل ناتجة عن عمليات البيع والتأجير التي تقع على العقارات والمنقولات التابعة للمصلحة المتعاقدة. حيث عرفت المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 على أنه: المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه

[1] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013 ،ص 269.

للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمن، وتشمل العمليات من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري. لكن المشرع حدد محل المزايدة بطريقة سلبية لا تتلائم ،وطبيعة هذا الأسلوب فعبارة "العمليات البسيطة من النمط العادي"، كانت موضوع المناقصة في النصوص السابقة وكانت تتفق مع طبيعة العمليات التي تبرم وفقا لهذا الأسلوب، كما أن معيار المنح المتبع بالنسبة للمزايدة فقد حدده المشرع بأقل الأثمان وهو أمر غريب مثير للدهشة، خاصة وأن المغزى من اللجوء إلى المزايدة هو بيع أو إيجار ملك من أملاك الدولة، فمن الأولى اعتماد المشرع على معيار آخر من خلال أحسن ثمن ،أو أعلى سعر ليتناسب وطبيعة الأسلوب. وحدد الأشخاص التي يجوز لها الدخول في المزايدة وتتمثل في المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.[1]

3-إبرام الصفقات العمومية بطريق التراضي :إن الأصل في إبرام الصفقات العمومية هو المناقصة بمختلف أشكالها، لكن لا يصلح ذلك في بعض الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز، أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوافر فيهم الخبرة والاختصاص. لذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يكون في إطار الاستشارة الانتقائية والمسابقة، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة أن تخرج عن المألوف من الإجراءات الواردة في قانون الصفقات العمومية، واتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة ويتمثل

[1] بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة 2005 ،ص16.

هذا الأسلوب في التراضي. ويعتبر التراضي وسيلة من وسائل اختيار المتعامل المتعاقد إذ يعتبر إجراء استثنائيا بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة في المناقصة بمختلف أشكالها، وهذا ما جعل مختلف القوانين المقارنة تمنح أهمية كبيرة إلى حصر وضبط حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب ووضع شروط وقواعد للجوء إليه بنوعيه سواء التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة. كما أن المشرع الجزائري استعمل هذا الأسلوب في كل مراحل التي مر بها التشريع المنظم للصفقات العمومية[1].

[1] بن زيدور وليد، إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ،مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية 1 الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تلمسان، 2017/2016 ،ص 80_81.

المبحث الثاني : امتيازات الادارة أثناء إبرام العقد الإداري .

إن منح المشرع للإدارة المتعاقدة مجلة من السلطات أو الحقوق في تنفيذها للعقود الإدارية، سواء يف فرضها لرقابتها على المتعاقد معها أو خبصوص تعديلها لالتزاماته أو أحيانا توقيع جزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، أو إنهاء هذا العقد ولو دون خطأ من المتعاقد.

و منه تجسد دفاتر الشروط مظهرا من مظاهر السلطة العامة، يتمثل ذلك في أن الإدارة العمومية إذا وضعت شروط معينة في دفتر أعباء ما بخصوص صفقة معينة، لا يجوز للمتعامل التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها .إذ تستند عملية إعداد دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية إلى نظرية الشروط الإدارية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، إذ تعد الأساس النظري لنشأة القانون الإداري ومنه نشأة فكرة دفاتر الشروط والعقود الإدارية[1].

المطلب الاول :الاطار المفاهيمي دفتر الشروط.

لتحديد مفهوم دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية، ينبغي علينا إلقاء نظرة معمقة على مختلف النصوص القانونية والمراسيم التنظيمية المتعلقة بدفاتر الشروط في عقود الصفقات العمومية، وكذلك الإطلاع على مختلف الأبحاث، والدراسات والرسائل الخاصة بهذا الموضوع في القانون الجزائري.سوف نتعرف على تعريفه من خلال الفرع الموالي.

[1] سليم جبالحي، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر :تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، الجزائر، ص 6.

-الفرع الاول :تعريف دفتر الشروط.

قبل أن نعرف دفاتر الشروط من الناحية القانونية نقف حول معنى كلمة " دفتر" لغة .وهي مجموع من أوراق مضمومة ذات غلاف ، ويطلق عليها أيضا مصطلح كراسة ،كلمة فارسية من أصل يوناني .سجل يدون فيه التاجر عملياته .و بالرجوع للنصوص القانونية ذات الصلة بالصفقات العمومية ،وفي إطار التوصل لتعريف دقيق لدفاتر الشروط،ينبغي علينا التطرق لمختلف النصوص القانونية في التشريع الجزائري سواء في شكل أوامر ،أو مراسيم رئاسية ، تنفيذية والتي أشارت لدفتر الشروط ومحاولة تعريفه، حيث سنتعرض لهذه التعاريف حسب التدرج الزمني التي أدرجت فيها بقانون الصفقات العمومية، ، ان دفاتر الشروط المشار اليها أدناه هي العناصر المنشئة للصفقات العمومية " .كما نصت المادة 10 منه أيضا على ان دفاتر الشروط تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ.إلا أنه يمكننا أن نستخلص تعريفا لدفتر الشروط بأنه عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود التي تتعلق بموضوع الصفقة، طريقة منحها[1]، الوثائق المكونة للصفقة والمطلوبة من المترشحين، وكذلك الأسس والمعايير التي يتم الإعتماد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد كتوضيح كيفية التنقيط بالنسبة للعرضين المالي والتقني .وعموما يمكن القول أن دفتر الشروط يتضمن مجموع الشروط والإجراءات التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، والتي تتكفل الإدارة المتعاقدة ،بتوضيحها بدقة بغية تمكن كافة المتعاملين المتعاقدين من سهولة الوصول إلى إحتياجات هذه الأخيرة، وذلك من

[1] مريم مسقم، دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية، مجلة المقار للدراسات الاقتصادية ،العدد 3 ،الجزائر، 2018،ص 118.

أجل حسن تنفيذ الصفقة من جهة، و من جهة أخرى النهوض بالمرفق العام وتسييره على أكمل وجه.تعريف الأستاذ " عمار عوابدي " حيث عرف دفتر الشروط بأنه ،وثيقة أساسية في تشكيل و ابرام العقود الإدارية، حيث يعد معيارا للتمييز بين العقد المدني و الصفقة العمومية ،لأنها تعتبر من البنود الغير مألوفة في عقود القانون الخاص،حيث اعتمد على معيار التمييز بين العقد الإداري و العقد المدني. فالعقد الإداري يختلف عن عقود القانون الخاص، ويتمثل ذلك الإختلاف في أن العقد الإداري يخول للإدارة مجموعة سلطات ،و امتيازات تمكنها من ابرام صفقات عمومية ناجعة ،بغية النهوض بالمصلحة العامة للمرفق العام .وحسب الأستاذ ناصر لباد،اعتبر دفاتر الشروط من وسائل القانون العام، حيث عرفها بأنها عبارة عن دفتر يتضمن التزامات كال الطرفين المتعاقدين وحقوق كل منهما، ويعتبر لائحة نصوص محددة بقرار إداري غير قابل للجدال والمناقشة فيه . وحسب تعريف الدكتور "عمار بوضياف " أن دفتر الشروط عبارة عن وثيقة رسمية تضعها الإدارة المعنية بالصفقة ،أو المشروع بإرادتها المنفردة، كما تحدد بموجبها كافة الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها، وكذا طرق اختيار المتعاقد معها[1]، فالإدارة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في أي صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة لذلك، كما تجند جميع إطاراتها المعنيين بهدف الوصول لدفتر شروط يحقق كل الأهداف المرجوة .والدكتورة " جليل مونية " عرفت أيضا دفتر الشروط أنه عبارة عن وثيقة تتضمن جملة البنود المتعلقة بموضوع الصفقة العمومية والوثائق المكونة لها، والشروط الواجب توفرها في المترشحين، كذلك الاسس المعتمد عليها في اختيار المتعامل

[1] حمزة خضري، آليات حماية المال العام في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه العلوم: تخصص قانون عام ،جامعة الجزائر 01 ، سنة 2015 ، ص 65.

المتعاقد معها، وكيفية التنقيط بالنسبة للعرض المالي والعرض التقني .حيث نجد أن هذه الدفاتر تتميز بدقة كبيرة في الإعداد من طرف المصلحة المتعاقدة ،من أجل تحقيق شفافية الإجراءات أما الأستاذ " شريف بن ناجي " ،فنجد أنه ركز على الجانب الشكلي المهم للصفقات العمومية في تعريفه لدفاتر الشروط ، اذ عرفها بأنها عمل قانوني مكتوب، تحرره الإدارة المتعاقدة حيث يتضمن الشروط البنود المتعلقة بموضوع الصفقة، و اعتبر ان دفتر الشروط عامل منشئ للصفقة ويشكل جزءا لا يتجزأ منها . واعتبر كذلك دفاتر الشروط أنها تشكل نقطة ضعف لقانون الصفقات العمومية في الجزائر. ويلاحظ أن مجموعة من الفقهاء الجزائرين ،أنه ورغم إختلاف المعايير المعتمد عليها في تعاريفهم لدفاتر الشروط ، إلا أنهم أجمعوا على أن دفاتر الشروط : تعد وثيقة رسمية لإبرام الصفقة العمومية .و توضع من طرف اللجنة المختصة في الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة ،و تحدد كافة الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بين المترشحين الأسس المعتمدة في إختيار المتعاقد معها، وكيفية التنقيط .

تتضمن مجموعة الوثائق و البنود الخاصة بموضوع الصفقة والمكونة لها .واستخلاصا لما سلف ،يمكننا القول أن هذه التعريفات الفقهية الواردة من قبل الفقهاء الجزائريين نجحت إلى حد كبير في وصف دفاتر الشروط عطاء تعريف دقيق لها، وهو ما أغفلته قوانين الصفقات العمومية.[1]

[1] مناصرية حنان، محاضرة بعنوان قانون الصفقات العمومية، مطبوعة موجهة لطلبة أولى ماستر تخصص إدارة أعمال، جامعة العربي بن مهيدي،أم البواقي، الجزائر، د س ط، ص 22.

تشمل ثلاثة أنواع :

- دفاتر الشروط الإدارية العامة :

تتضمن الشروط المطبقة على كل الصّفقات العمومية مهما كان نوعها، أشغال، لوازم، دراسات، أو خدمات. وتتعلق بطريقة إبرام الصّفقات وتصنيفها وآجالها، أو شروط المشاركة في طلب العروض والوثائق المطلوبة، وأحكام تتعلق بالضّمانات وسلطات الإدارة في مجال التّنفيذ والتّسوية المالية للصّفقة ،وسائر التّسبيقات، وتتضمن أيضا أحكام تتعلق بتسوية المنازعات.[1]

- دفاتر الشروط التّقنية المشتركة :

تشمل تحديد التّرتيبات التّقنية المطبقة على كل الصّفقات المتعلقة بنوع واحد من الصّفقات، مثلا الأشغال العمومية مهما كانت طبيعة العمل، بناء، ترميم صيانة ،والتي تمت الموافقة عليها من قبل الوزير المعني.

- دفاتر الشروط الخاصة :

هي الشروط الخاصة بكل صفقة أو الصّفقة بعينها، تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة ولا يجوز للعارض التّفاوض بشأنها أو طلب تعديلها، وتعتبر مظهر من مظاهر امتيازات السّلطة العامة.

[1] امنة شرقي ، تكريس مبدا الشفافية في اطار الصفقات العمومية ومحاربة جرائمها ، مذكرة ماستر، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ، الجزائر،2017/2016 ،ص 78.

هذا وقد نصت المادة 169 من المرسوم الرّئاسي 15-247 صراحة على أنّ دفاتر شروط الصّفقات العمومية تخضع لدراسة لجنة الصّفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة المعنية قبل إعلان طلب العروض وهي نوع من الرّقابة الخارجية القبلية أي السّابقة عن إبرام الصّفقة.

الفرع الثاني :شروط دفتر الشروط.

من مميزات العقود الإدارية انفراد الإدارة بتحديد شروط العقد مسبقا ،الشروط التنظيمية دون أن يكون للطرف المتعاقد معها حق مناقشتها، بل يكمن دوره في تحديد موقفه من هذه الشروط بقبولها جملة أو رفضها جملة .يتم جمع هذه الشروط في وثائق مكتوبة يصطلح عليها "دفاتر الشروط"، وتسمى أيضا دفاتر الأعباء. إذا يمثل دفتر الشروط وثيقة رسمية تحتوي شروطا تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، تلزم بها المتنافسين عامة والمتنافس المختار خاصة[1]. يتم إعداد دفتر الشروط قبل أي دعوة للمنافسة بل حتى في حالة التراضي البسيط، بهدف تعريف المترشحين بطبيعة ومحتوى الخدمات المطلوبة .يتضمن إعداد دفتر الشروط ثالث عمليات على الأقل، تتمثل في :

-وضع المواصفات المطلوبة.

-وضع الشروط العامة والخاصة للعقد، مثل تحضير النماذج الإدارية لمجموعة الوثائق ،التي يتعين على المتعامل المتعاقد الراغب في المشاركة ملأها والتوقيع عليها، تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة.

[1] مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة، 2015 ،ص20.

-وضع الشروط المتعلقة بمعايير الانتقاء .تظهر أهمية الإعداد المسبق لدفاتر الشروط في مستويات متعددة منها:

- يرتبط الإعداد المسبق لدفاتر الشروط بعملية جوهرية تسبق إبرام الصفقات العمومية ،خاصة والعقد الإداري عموما، هي عملية تحديد الحاجات العامة .

-كما يرتبط الإعداد المسبق لدفاتر الشروط بمكافحة الفساد .لكن لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا مباشرا لدفاتر الشروط. في حين تتضمن أغلب النصوص القانونية المتضمنة دفاتر الشروط، سواء في مجال الصفقات العمومية ،أو في مجال تفويضات المرافق العمومية، تتضمن تحديدا ألهم العناصر الضرورية للوقوف على تعريف دفتر الشروط، من ذلك ما صدر في نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن لأنواع دفاتر الشروط[1].

أولا /شروط المشاركة :

المادة 02 : شروط المشاركة يمكن أن يشارك في هذه الاستشارة كل شخص طبيعي ،أو معنوي يتطابق نشاطه مع موضوع دفتر الشروط.

المادة 03 : ملف المشاركة :طبقا لأحكام المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يجب أن يحتوي ملف المشاركة على ملف الترشح والعرض التقني والعرض المالي.

[1] مرسوم رئاسي رقم 15-247 ،مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ملف الترشح ويتضمن الوثائق التالية:

1-تصريح بالترشح مملوء ومؤرخ وموقع عليه .

2-تصريح بالنزاهة مملوء ومؤرخ وموقع عليه.

3-نسخة من القانون الأساسي للشركات بالنسبة للشخص المعنوي .

4-نسخة عن السجل التجاري .

5-نسخة عن رقم التعريف الإحصائي**NIS** .

6-نسخة عن رقم الحساب البنكي.

7-قدرات مالية مثبتة بنسخة عن الحصيلة المالية للسنة المالية الأخيرة.

ثانيا/ عرض تقني ويتضمن الوثائق التالية :

- التصريح بالاكتتاب مملوء ومؤرخ وموقع عليه .

-دفتر الشروط مملوء ومؤرخ وموقع ومؤشر على كل الصفحات يحتوي في آخر صفحته على عبارة « قرئ وقبل »مكتوبة بخط اليد. [1]

3-المذكرة التقنية التبريرية مملوءة، مؤرخة، مختومة وموقعة .

[1] لعبيد اسيا، الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون العام ،جامعة اكلى اولحاج البويرة ،الجزائر، 2017/2016،ص 53.

ثالثا :عرض مالي ويتضمن الوثائق التالية :

1-رسالة التعهد مملوءة و مؤرخة و موقع عليها.

2-جدول الأسعار بالوحدة مملوء و مؤرخ و موقع عليه

- **.ملاحظات :**

ترفق العروض بالوثائق المطلوبة سارية المفعول عند تاريخ الفتح .حيث يمكن للمصلحة المتعاهدة تعديل ملف الاستشارة، إذا اقتضت الضرورة لذلك قبل ثلاثة أيام من تاريخ إيداع العروض .[1]

المادة 04 : تحضير العروض طبقا للمادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ،يجب أن تشمل العروض التي يتم تحضيرها من طرف المتعهدين على ما يلي:

-ملف الترشح ،و العرض التقني ،والعرض المالي يوضع ملف الترشح والعرض التقني ،والعرض المالي في اظرفة منفصلة ،ومقفلة بإحكام يبين كل منهما تسمية المؤسسة ومرجع الاستشارة، وموضوعه وتتضمن عبارة " ملف الترشح " أو " عرض تقني " أو " عرض مالي " حسب الحالة وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة : لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض...إلخ من المواد .

[1] بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دراسة فقهية تشريعية وقضائية ،دار الهدى ، الجزائر، 2018، ص221.

المطلب الثاني : الرقابة على دفاتر الشروط.

أدرج المشرع الجزائري الرقابة على الصفقات العمومية في المادة 156 من المرسوم الرئاسي 51-247 حيث جاء فيها " تخضع الصفقات العمومية التى تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده. و منه فإن المشروع الجزائري أعطى اهمية للرقابة قبل تنفيذ الصفقة بالخصوص على مشاريع دفاتر الشروط ، تسمى هده الرقابة بالرقابة القبلية على الصفقات العمومية وهي الرقابة التى تباشر لجان الصفقات العمومية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.[1]

الفرع الاول : رقابة لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة.

تعتبر مراقبة لجان الصفقات العمومية رقابة ادارية لدفتر الشروط ،وهنا وجب علينا التطرق الى الرقابة القبيلة الخارجية للصفقات العمومية ،التى تمارسها لجان مختصة في دراسة مشاريع دفاتر الشروط ، ومدى مسايرتها لمبدأ الشفافية ،و المنافسة و بالمساواة بين المتنافسين ، وتجمع هده اللجان بطلب من رئيسها لممارسة مهامها ضمن دائرة اختصاصها ، واشترط المشرع الجزائري حضور الأغلبية على أن يرجح صوت الرئيس في حال تعادل الأصوات ، وتصدر قراراتها بصفتها هيئات للرقابة القبلية الخارجية ،إما بمنح التأشيرة أو رفضها مع التعليل .مع العلم أنة يمكن تجاوز قرار رفض التأشيرة الصادر عن الجنة بمقرر يصدره الوزير، أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مسؤول الهيئة العمومية الوطنية ، وهذه اللجان هي

[1] قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006،ص 53.

اللجنة الجهوية للصفقات العمومية : تتشكل من : الوزير المعنى أو من يمثله رئيس .ويتكون الأعضاء من الوزير المكلف بالمالية ،و مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة، وممثل عن الوزير المعنى بالخدمة وممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

الفرع الثاني : العقوبات المترتبة على مخالفة مبادئ دفتر الشروط.

إن أي مخالفة للأحكام القانونية المتعلقة بشروط الانتقاء، ينتج عنه ركن مادي يعاقب للجريمة ، المنصوص عليها في المادة 34 من قانون مكافحة الفساد بالحبس من 10 أشهر الى سنتين وبغرامة مالية ،و كل خالف أحكام المادة 12 من هذا القانون موظف عمومي خالف احكام المادة 12 من القانون . إضافة إلى ذلك أورد المشرع الجزائري عقوبات تكميلية منصوص عليها في الأمر رقم 156/66 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، والتي تضمنت المادة 12 منه ما يلي:

– الحجر القانوني. و الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية . و تحديد الإقامة ،و المنع من الإقامة . و المصادرة الجزئية للأموال . و المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط . أي إغلاق المؤسسة و الإقصاء من الصفقات العمومية . و الحظر من استعمال الشيك أو بطاقة الدفع،و تعليق أو سحب رخصة السياقة أو الغائها ،[1]مع منع استصدار رخصة جديدة ،و سحب جواز السفر . نشر أو تعليق حكم أو قرار إدانة . إضافة إلى ذلك فقد نص المشرع في حالة الحكم بعقوبة جنائية ، على أن تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي

[1] حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه: تخصص تحولات الدولة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016/2015 ،ص 77.

يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية ، ويتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في التالي : العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة . و الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح أو حمل أي وسام أمام عن أي عقد، أو شاهدا ، أو شاهدا و محلفاً، أو خبيرا ،وعدم الأهلية لان يكون مساعدا القضاء إلا على سبيل الاستدلال . و الحرمان من الحق في حمل الأسلحة ، وفي التدريس ، وفي إدارة مؤسسة أو الخدمة في مؤسسة التعليم بصفة أستاذ أو مدرس أو مراقب . عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيماً . و سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها . وفي حالة العقوبة الجنائية يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها لمدة أقصاها 10 سنوات.[1]

[1] مصطفى بوكاري، دفتر الشروط في الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، تخصص قانون المؤسسات الاقتصادية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020/2019 ،ص 102.

.

الفصل الثاني :

إمتيازات الإدارة العامة اثناء تنفيذ العقد الإداري

المبحث الاول : تنفيذ العقد الاداري في التشريع الجزائري .

يمر إختيار الإدارة للمتعاقد معها بإجراءات دقيقة ، الغرض منها التوصل ألفضل العناصر المتقدمة للمتعاقد ، لإبرام العقد مع من يتفوق بقدراته المالية ،و كفاءته الفنية والإدارية، اللازمة للإضطلاع بأعباء التعاقد . ومن ثم كان للاعتبار الشخصي أهمية بالغة لدى الإدارة ، حيث اختارت المتعاقد معها على أساسه ، الأمر الذي يفرض عليه التزاما جوهريا ،حال تنفيذه إلتزاماته التعاقدية بأنه يقوم بهذا التنفيذ بنفسه .ولأن هذا الالتزام تفرضه القواعد العامة في العقود الإدارية حتى و إن لم ينطوي العقد الإداري على نص صريح يؤكده ، لا يعفي المتعاقد مع الإدارة من واجب إحترامه . و إذا كان هذا هو المبدأ العام فإنه ليس بالمبدأ المطلق، إذ يقبل بعض الاستثناءات المتعلقة بعقد المناولة . و أهم التزامات المتعامل المتعاقد كما سبقت الإشارة تلك المتعلقة بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد ، و أيضا أداء الخدمة الأستاذ دايم بلقاسم مقياس العقود الإدارية ،موضوع العقد حسب الكيفيات المتفق عليها والإلتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها فضال عن الالتزام بدفع الضمان . وبالرجوع الى الاستثناء الوارد على الأداء الشخصي ،فقد سمح المشرع للمتعامل المتعاقد بإحالة بطريقة عقدية جزء من المهام المنوطة به الى الغير [1]. بقصد القيام بها تحت مسؤوليته القانونية و طبقا للإجراءات، و الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي ،ما يعرف بعقد المناولة إذ أصبح هذا الأخير من الضرورات التي لا غنى عنها في الكثير من العقود و خاصة عقود الأشغال العامة لحسن التنفيذ و سرعته باعتبار أن حجم المشروعات التي تنفذ وحجم الأعمال

[1] سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص21 .

المطلوبة وطبيعتها و التخصصات المتعددة اللازمة لإنجاز الأعمال، صارت أمورا أساسية تستوجب تعاون المتعاقد الأصلي مع المتعاقد بالمناولة . والقاعدة المسلم بها .كما أسلفنا في هذا الخصوص أنه يحل غيره محله في تنفيذ بعض هذه الالتزامات التعاقدية إلا بموافقة الإدارة مقدما.

المطلب الاول :حقوق الإدارة .

تعد الإدارة عنصرا أساسا في الدولة، ذلك أنها تمكنها من تحقيق نظمها السياسية، الإقتصادية والإجتماعية، و العبارة الأدق هي بمثابة آداة لتجسيد أهدافها عن طرق ما تتخذه من أعمال مادة وتصرفات قانونية قصد تحقيق الصالح العام .ومن أجل تحقيق هذا الهدف، فإن لزاما على الدولة إسناد إمتيازات السلطة العامة للإدارة، غير أن هذا لا يعطيها حق السمو على القانون بل استوجب خضوعها إلى الرقابة القضائية ،وفي ذلك تجسيد لمبدأ المشروعية ودولة القانون وحماية لحقوق المواطنين إتجاه الإدارة، والمبدأ السابق الذكر اقترن بمبدأ آخر يتمثل في إحترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها [1].ونقصد التصرفات القانونية أن تتجه الإدارة الإفصاح عن إرادتها ونيتها في إحداث أثر قانوني معين سواء الاستناد إلى الإرادة المنفردة. القرار الإداري أو إلى توافق الإرادتين ،والقانون الإداري هو ذلك الفرع الذ يهتم القواعد التي تحمي الإدارة من حيث نشاطها وتنظمها ومنازعاتها. ومن أهم هذه الأخيرة العقود الإدارة حيث تعتبر العمل ة القانونية التي ترى الإدارة مع شخص سواء ان طبيعي أو معنوي ، وقيام كلا الطرفين

[1] مسعودة عمارة، الطبيعة القانونية للصفقة العموم ة في إطار قانون الصفقات العمومية 10-236 المعدل والمتمم المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13-01-2013 ،مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، العدد الثامن، 2013،ص 2.

الإلتزام والوفاء لضمان العقد شرط أن تتمتع الإدارة امتيازات السلطة العامة قصد تحقيق المصلحة العامة، لأنه من الوسائل الأساسية التي تستعملها الإدارة أداة لتحسين قطاعاتها المختلفة .ومن هنا فقد منح المشرع الجزائر للإدارة بإعتبارها طرفا في العقد حقوقا وسلطات تختلف عن السلطات الممنوحة للمتعاقد معها، من أهمها سلطة الإشراف والمراقبة والتعديل، فضلا عن سلطتها في إنهاء العقد الإداري سواء ان لدواعي المصلحة العامة، أو جزاء يترتب على إخلال المتعاقد لإلتزاماته، وهذا فحو دراستنا وهو سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حيث قسمها الفقهاء إلى نوعين وهما الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة والفسخ الجزائي وهذا نتيجة لخطأ من المتعاقد.[1]

الفرع الاول :سلطة الرقابة و التوجيه .

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد لإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ . وغالباً ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية ،أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع التنفيذ لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته . فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسئوليتها للمتعاقد معها، إنما تعاون في تسيير المرفق تحت إشرافها و رقابتها، ويكون لازماً المتعاقد أثناء الرقابة والتوجيه ،و عمل المتعاقد في تنفيذ العقد . ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص. أما في العقود الإدارية فأن الإدارة

[1] الزين عزري، مرجع سابق ،ص37.

تملك سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ . وحق الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر، فهي محدودة في عقد التوريد وأكثر اتساعاً في عقود الأشغال العامة إذ أن الإدارة غالباً ما تمارس هذه طريق إرسال مهندسيها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً السلطة عن للمدى المحدد ووفقاً إصدار الأوامر المناسبة في هذا للمواصفات المذكورة في العقد، المجال . شريطة أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل . ومن قبيل رقابة الإدارة، وأشرفها على تنفيذ عقودها حق الإدارة في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم ،غير أن السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف باستخدامها لتحقيق أغراض خاصة ،لا تتعلق بالمصلحة العامة . ومن جانب أخر يجب أن لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد.[1]

سلطة الإشراف: وهو إمتياز يخول للإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة وإتمامها على النحو المتفاعل ، وهذا في مختلف مراحل تنفيذ وعادة ما قوم بهذا الإشراف والتوجه أعوان إداريون تقنيون مختصون حسب موضوع الصفقة .وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقات الإنجاز وتمارس عادة التنسيق مع الدراسات المعهود بمتابعة إنجاز الصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة 3/19 من المرسوم الرئاسي 236/10، المعدل والمتمم المرسوم الرئاسي 13-03 بنصها:« كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عم حسن تنفيذ الجزء من الصفقة التي يعنيها.

[1] عبد الحميد خليفة مفتاح، إنهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الإسكندرية ،مصر، 2007 ، ص 61 ،62.

سلطة المراقبة: لا يمكن للإدارة إنتظار إنتهاء الصفقة حتى تمارس سلطة المراقبة عليها ،وإنما تتزامن مع هذه المراقبة مع التنفيذ، وتتم إما عن طرق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد ومكتب الدراسات إلى الإدارة والتي تتعرض لنسبة تقدم الأشغال، وأيضا العراقيل المادية والتقنية التي تعوق السير الحسن للأشغال إن وجدت .و إما عن طر المهمات الميدان ة التي تقوم بها فرق إدارة متخصصة من أجل معاينة التنفيذ سواء العين المجردة أو أخذ العينات وإرسالها للمخبر إن تطلب الأمر ذلك، وتوجه للمتعاقد المخل إعذارات من أجل تدارك النقائص أو الأخطاء التي تمت معاينتها تحت طائلة الجزاءات .ولا تقتصر المراقبة على طرقة التنفيذ وآجاله فحسب وإنما تشمل أيضا الوسائل والمواد والمنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة[1].

الفرع الثاني : الرقابة على سلطة التوجيه و الإشراف.

يقصد بسلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الوسائل القانونية التي تملكها الإدارة في مرحلة تنفيذ محققا للغرض الذي أبرم من أجلهً العقد ،والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد ،وقد جاء تعلق هذا الحق بالنظام العام، نتيجة أن محل العقد الإداري يتعلق بمشروع عام أو مرفق عام، مما يعني تعلقه بالصالح العام الذي يستهدفها. لامتيازاتها الأصلية والإدارة تمارس سلطتها على هذا الوجه، إعمال مقدماً في التنفيذ المباشر وفي إصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المتفردة ما حاجة الى اللجوء للقضاء .وسلطة الإدارة في الرقابة مهما كان مصدرها فهي سلطة ليست طليقة من القيود ،بل لها حدود يتطلب مصدرا لسلطة اخرى ،أو اصبحت عملا غير

[1] بوسف جور ، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس المدية، المنعقد يوم 20 ماي 2013 ، ص 32.

مشروع تلتزم الإرادة ،إزاء الوقوف عندها وإلا اصبحت بتعويض عن إصابة ضرر من جرائها . وتختلف سلطة الرقابة من عقد الى آخر، فهي تصل قمة اتساعها بالنسبة لعقدي امتياز المرافق العامة والأشغال العامة، في حين تضعف الى حد كبير في عقود اخرى.

نطاق ممارسة سلطة الرقابة والإشراف على الرغم من أن الإدارة تستطيع أن تستخدم سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية دون حاجة إلى أن ينص على ذلك في العقد ،أو القوانين او اللوائح، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، فالإدارة منحت هذه السلطة لتحقيق هدف معين هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام و إطراد، بمعنى أنه ليس للإدارة أن تستخدمها لتحقيق غرض ليتصل بالمرفق العام موضوع العقد .حيث تكون الإدارة في هذه الحالة قد انحرفت في استعمال سلطتها عن الغرض المخصص لكي تستعمل فيه تلك السلطة الأمر الذي يخرج فيه قرارها عن إطار المشروعية .كما أنه يتعين لا ينطوي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تعديل لشروط العقد، فسلطة الإدارة بمعناها الواسع الذي يتناول الإشراف ،والتوجيه سواء كانت مستمدة من القوانين ،أو اللوائح أو نصوص العقد أو دفاتر الشروط ،أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصيلة خارج نصوص العقد لها نطاق معين لابد وأن تقف عنده، حيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى الإشراف والتوجيه ،وبين سلطة تعديل نصوص العقد، بحيث إذا تجاوزت الإدارة في رقابتها هذا النطاق،[1] فإننا نصبح بصدد سلطة تعديل شروط العقد سلطة الرقابة على حقا في المطالبة بتعويض إذا لحقه ضرر من جرائه، ففي عقدٍ

[1] جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، 2007 ،الإسكندرية ، ص 390.

تنفيذه، وقد يرتب هذا التجاوز للمقاول الأشغال العامة إذا اتخذت الإدارة إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها في العقد أو حددت المواد التي يجب عليه استعمالها في حالة عدم النص في العقد على تلك المواد، فأنها هنا تباشر الرقابة بالمعنى الواسع بهذا التعبير ولكنها حين تقرر إحلال مواد مختلفة محل شرطا من شروط العقد.

أولا-عقود الأشغال العامة: تتسع سلطة الإدارة عند مباشرة حقها في الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة بطريقة ملحوظة، فدور المقاول في عقد الأشغال العامة مجرد منفذ لالتزامات التي ويجب على المقاول اتباع جميع التعليمات واللوائح المعمول بها ذات الصلة التي

تفرضها عليه الإدارة .بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولا عن حفظ النظام بموقع العمل، وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية، بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات .ويمكن للجهة الإدارية ،تعيين مشرف من طرفها ليتابع للمدى الزمني المحدد ووفقاً ،موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً تنفيذ عقد الأشغال العامة ،وعلى ذلك فعقد الأشغال للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال .بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ، فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل ،والمشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة[1].

2-عقد اقتناء اللوازم : في عقود اقتناء اللوازم يكون حق الإدارة في الرقابة أضعف وتكون أقل شدة، وقد تكون الحقة على تنفيذ العقد عند تسليم اللوازم للتحقق من مطابقة اللوازم الموردة

[1] محمد علي الخلايلية ، القانون الإداري، ك2 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015 ،ص 305.

للشروط والمواصفات من حيث العدد والوزن والنوع وسلامة الأصناف ، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات، يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة .

3-**عقد الامتياز** :تمارس الإدارة رقابتها هنا بالمعنى الضيق أي عن طريق الإشراف للتأكد من سير عملية الأشغال بانتظام واطراد، دون أن تتضمن توجيهات أو تدخلات في إدارة المرفق ، لأن الإدارة مناحة الامتيازات تحرص بصفة عامة ،أن تمنح الملتزم بعض الحرية إدارة المرفق واستغلاله. فلا يجوز للإدارة مثال أن تتدخل في الإدارة الداخلية للمشروع محل عقد الامتياز وإلا تحولت إدارة المرفق العام ،إلى أسلوب الإستغلال المباشر بدلا من أسلوب عقد الامتياز . و يقتصر دور الرقابة على مدى جدية الملتزم في إدارة المرفق باعتبار أن ذلك هو الهدف الأول من إبرام عقد الامتياز.[1]

المطلب الثاني : سلطة التعديل بالإرادة المنفردة .

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص التي تحميها قاعدة قانونية ،تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ،وتستند سلطة الإدارة في التعديل إلى سائر العقود الإدارة، غير أنه يجب ألا تكون شاملة لجميع شروط العقد وإنما لبعضها فقط ، أي لتلك التي تتصل بسير المرفق العام و الخدمات التي قدمها للجمهور ولكنها لا تمتد لتمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد.

[1] عمار بو ضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1 ،جسور، الجزائر، 2007 ،ص 143.

الفرع الاول :شروط سلطة التعديل .

لقد اقر الفقه والقضاء الإداري أن الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل فهي تستند لفكرة المرفق العام، لكن هذه الممارسة مقيدة بجملة من الشروط حسب ما تستدعيه قواعد المشروعية 529المعدل والمتمم . وظروف العقد ,فنجد في القسم الخامس من المرسوم الرئاسي رقم95 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 09 منه قد نص على إمكانية تعديل المصلحة المتعاقدة للصفقة على أساس إضافة ملاحق تبرم في جميع الحالات بهدف زيادة، أو تقليل الخدمات بشرط أن يكون هذا التعديل لا ينصب على موضوع الصفقة جوهريا ,ويكون التعديل هنا بإرادة الإدارة المتعاقدة ويكون أساس التعديل هو مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتبديل ,سواء في إنهاء مدة العقد أو في تحيين الأسعار أو في فترة التنفيذ[1].

أولا–حقوق المتعاقد مقابل سلطة التعديل:

إن أساس وجود شرط تعديل العقد بإرادة منفردة في العقد لصالح الإدارة المتعاقدة لايعني بالمقابل تجاهل حقوق الطرف الأخر في العقد ,بل أقر القضاء و الفقه الإداري جملة من الحقوق يتضمنها العقد مقابل منح للإدارة المتعاقدة لهذه السلطات مثل الحق في التعويض ،الحق في فسخ العقد ، أو إلغاء قرار التعديل إن توفرت شروطه[2].

[1] عبد الحميد خليفة مفتاح، المرجع السابق ، ص 66.

[2] محمد صغير علي، العقود الإدارية، مرجع السابق ، ص 103.

الفرع الثاني :حقوق المتعاقد بعد إجراء سلطة التعديل .

اولا : حق المتعاقد في التعويض:

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

في الجزائر ، فالمتعاقد مع الإدارة له الحق في رفع دعوى التعويض إلى الغرفة الإدارية للمجلس حسب المادة 99 الفقرة الأخيرة ، وذلك بسبب قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ أو المخاطر عن الأ ضرار الواردة عن تعديل العقد[1].

ثانيا : حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد.

أكدت على ذلك المحكمة الإدارية المصرية في حكمها و الذي ينص على : بل له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن تعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ في هذا التعديل ,فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التي لا مقابل لها.و عليه يمكن أن تكون منازعات فسخ العقد من اختصاصات الغرف الإدارية بالمجلس، و لا يمكن رفعها إلا من الأطراف المتعاقدة ،و بناء على ذلك يجوز للقاضي الإداري الحكم على الإدارة بالتعويضات ، كما يجوز له النطق بالفسخ فقط دون توجيه أوامر وغرامات.

[1] خوخة توتي، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل درجة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2012-2013 ،ص 34.

-الحصول على المقابل المالي:

يعتبر من أهم إلتزامات الإدارة المتعاقدة ،وكذلك من أهم حقوق المتعاقد معها ، لأن هدف هذا الأخير من التعاقد هو الحصول على الربح ،ويتخذ هذا المقابل المالي صورا متعددة وهذا بحسب موضوع العقد ، فقد يكون مرتبا شهريا، كما هو الحال في عقد التوظيف في مجال الوظيفة العمومية ، وقد يكون ثمنا للسلع والبضائع كما هو الحال في عقود التوريد وثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية، أو رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقد إمتياز المرفق العمومي.

-إحترام التوازن المالي للعقد:

إن المقابل المالي المحدد في العقد ، مبدئيا لا يمكن تغييره فالمتعاقد مع الإدارة شأنه شأن الإدارة يجب عليه أن ينفذ إلتزاماته بالثمن المتفق عليه،[1] إلا أن بعض الأحداث الغير متوقعة يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة وتؤدي في التغيير في وضع العقد ، فتجعل تنفيذه باهض الكلفة للمتعاقد مع الإدارة وقد تنتهي بإفلاسه ، إن هذه الوضعية قد تكون الإدارة هي مصدرها بما تكون قد إتخذته من إجراءات أثرت مباشرة على العقد كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف ناتجة عن إجراءات عامة تم إتخاذها من قبل السلطات العمومية ، دون أن يكون العقد هو المقصود بالذات بتلك الإجراءات كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف لا دخل للإدارة فيها ولكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي للعقد ،أو مايسمى كذلك بالمعادلة المالية للعقد

[1] جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص322.

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على توقيع الجزاء على المتعاقد.

تعد سلطة توقيع الجزاءات من أخطر السلطات التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وذلك عن طريق إصدار قرار بهذا الشأن، وتستطيع أن تستعمل مناسبتها في التنفيذ المباشر.لقد أجمع الفقه الإداري أن هذه السلطة تعد بمثابة عقوبة ضمان تنفيذ العقد المتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة لأن الإدارة لا تستند إلى نصوص العقد بل إلى سلطتها في تنظيم وسير المرافق العامة التي تستمدها من الدستور والقواعد القانونية المنظمة لذلك .[1]

صور الجزاءات:

- **الجزاءات المالية:** تهدف نظرية الجزاءات الإدارة ،بما فيها المالية في العقد الإداري إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزامات تعاقدية صورة سليمة تضمن سير المرافق العامة.

- **وسائل الضغط** : تتمتع الإدارة مجموعة من وسائل الضغط على المتعاقد معها بغية دفعه إلى تنفيذ العقد الإداري استجابة لمقتضيات الصالح العام مثال ذلك: وضع المرافق أو المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة.

المطلب الاول : رقابة القاضي الإداري على انهاء العقد الإداري.

تخضع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لرقابة القضاء الإداري سواء تم الإنهاء بإرادتها المنفردة ،أو نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته ،أو بما يسمى بالفسخ الجزائي للعقد

[1] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1 ،2007 ،ص 55.

الإداري، ويعتبر ذلك من الضمانات الأساسية للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها في الإنهاء، فبالرغم من سلطة الإدارة المطلقة في إنهاء العقد الإداري تحقيقًا للمصلحة العامة ،إلا أن رقابة القضاء على هذه السلطة يقيد الصلاحيات الممنوحة للإدارة عند إنهاء العقد الإداري والواجب عليها الالتزام بها لممارسة هذه السلطة، وتشترط كذلك توافر جميع الشروط الواجب الالتزام بها من جهة الإدارة، حيث تعتبر سلطة الإدارة هنا سلطة تقديرية خاضعة لرقابة القضاء الإداري.

وتستند سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة إلى دواعي المصلحة العامة، فهو الباعث الوحيد الذي أدى بالإدارة إلى إنهاء العقد الإداري وذلك ضمن رقابة القضاء الإداري على مشروعية هذا القرار ومدى التزام الإدارة بصحيح القانون عند إصداره.[1]

يتعين على الإدارة وهي تمارس سلطة إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد أن تكون لصالح المرفق بما لا يؤدي إلى إنحراف في إستعمال السلطة لأن السلطة المخولة لها في هذا الصدد تقوم على أساس المرفق العام، وإذا كان إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يتم بدون خطأ من المتعاقد فإن ذلك يكون وفقا لشروط معينة ويترتب عليه أثار بالنسبة للطرف الأخر المتعاقد معه.شروط إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد ولدواعي المصلحة العامة.

[1] خالد بن حمد بن راشد المطاعني، رسالة ماجستير، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ، جامعة بن سويف، مصر ،سنة 2009 ،ص 166.

1- **إرتباط الإنهاء بالمصلحة العامة** :إذا كان مقصد الإدارة من الإقدام على إبرام عقودها الإدارية هو مقتضيات المصلحة العامة فإنه يتعين أن يكون باعثها على إنهاء ما أبرمته من تلك العقود إنهاء غير طبيعي هو أيضا الرغبة في تحقيق المصلحة العامة والتي يتوافق معها هذا الإنهاء في حين أن إستمرار التعاقد يتعارض مع تلك المصلحة أو لم يعد محقق لها فالمصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإداري الباعث والغاية بحيث يكون إستهداف تحقيقها شرطا ضروريا بمشروعية العمل الإداري. ومن ثم فإن إنهاء الإدارة لتعاقدها فيه تحقيق للمصلحة العامة إلى حين ثبوت عكس ذلك يجعل قرارها بالإنهاء غير مبرر [1]،و مشوب بالتعسف الأمر الذي يشكل خطأ في حق الإدارة مما يرتب للمتعاقد حقا في التعويض عن تصرف الإدارة في هذا الصدد لوصمه بعدم المشروعية والإدارة ملزمة بتوخي المصلحة العامة وهي بصدد الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري حتى ولو كان هذا الحق منصوصا عليه بالعقد ومقررا بإتفاق طرفيه، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في هذا الشأن إلى أن العقد المبرم بين مصلحة التنظيم وأحد الأفراد بشأن المصلحة ،وإن كان نص فيه على حق المصلحة في إلغائه في أي وقت تشاء إلا أن ذلك منوط بمصلحة عامة تقتضيه ، وأن الإدارة إذا ذكرت أسباب القرار فإن للقضاء الحق في مراقبة هذه الأسباب، وإذا كان تحقيق المصلحة العامة هو سند الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري فإن هذا السند القانوني يجب أن يكون قائما في تاريخ معاصر لصدور قرار الإنهاء،وعلى ضوء ما تقدم فإن الإنهاء الإداري الإنفرادي للعقد الإداري يكون غير مشروع إذا كان دافعها إلى إصداره أسباب شخصية بأن

[1] جورج سعد :القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية ، لبنان،منشورات الحلبي الحقوقية،ط،2006، ص 136.

يقصد به الكيد للمتعاقد مع الإدارة أو كان هذا الإنهاء لأسباب سياسية أو ما شابه ذلك للمتعاقد لا تروق الإدارة لعدم إتفاقها مع التوجيهات العامة في الدولة قد تقدم الإدارة على إنهاء العقد الإداري لما يشكله تنفيذه عليها من أعباء مالية أو راغبة في إبرام تعاقد جديد يحقق لها مزايا مالية يحرمها منها التعاقد القائم.

2- **صدور قرار الإنهاء التعاقدي في إطار المشروعية** :حيث يتعين صدوره من السلطة المختصة بإبرامه والمتمثلة في الوزير المختص أو الهيئة العامة أو المصلحة المختصة ما لم ير بهذا العقد تحديد السلطة أخرى تختص بإصدار قرار إنهائه ولأن إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ليس بجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها لخطأ إقترفه فلا يشترط فيه الإعذار على النحو المعمول به بالنسبة للفسخ الجزائي كما ينبغي لمشروعية قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة إستعمالا منها لسلطتها التقديرية في هذا الشأن ألا يشوب قرارها أحد العيوب الموضوعية التي تؤدي به إلى البطلان كالغلط في الواقع والانحراف في إستعمال السلطة [1]. ينبغي التمييز بدقة بين هذا النوع من الفسخ الإداري لحاجات متعلقة بمصلحة مرافق الإدارة وبين أنواع أخرى من الفسخ كالفسخ العقابي الذي تفرضه الإدارة وبين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد إثر خطأ إرتكبته الإدارة ، كما هناك حالات الفسخ الملحوظة في القوانين يتدخل المشرع أحيانا ليلاحظ إمكانية فسخ بعض العقود لاسيما في فترات الحروب ،إذا نظرنا بعمق إلى هذه المسألة نرى أن العقد الإداري والعقد الخاص يمكن أن يقتربا من بعضهما

[1] زوزو هدى، زوزو زوليخة،"الرقابة كآلية للوقاية من جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والحريات، العدد الثاني مارس ،7112 جامعة بسكرة، ص 300.

البعض إلى حد التماثل إذا تطور الإجتهاد تقليص هامش حرية الإدارة وتحرير العقود الإدارية مع ضرورة الإبقاء على حد أدنى من الإستنساب بهدف صون المصلحة العامة.

إن إنهاء العقد الإداري من دون خطأ من جانب المتعاقد وقبل نهاية مدته الطبيعية يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة إذا نفذ العقد بالكامل لذلك حرص القضاء على إقامة نظام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة وهو ما يتيح للمتعاقد الحصول على تعويض نتيجة فعل الإدارة ، وقد إستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار الفسخ يجب أن يتضمن قيمة التعويض حتى لو لم يكن المتعاقد قد تلقى أو طالب بهذا التعويض فالمتعاقد له الحق أن يعوض عليه بسبب الخسارة التي لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها [1]،و الإستثمارات التي تم فسخها ويقع عليه عبء إثبات الخسارة التي حلت به بسبب الفسخ كما له الحق بالربح الفائت، هذه المبادئ الثابتة تكون دقيقة التطبيق في شأن عقود إلتزامات الأشغال العامة نظرا لأهمية النفقات التي يتم التصرف بها خلال العقد ونظرا لمدة العقد لذلك فإن الملتزم يعوض عليه عن الأموال الهالكة أو المستهكلة والتي تعود للإدارة وقد ينظم العقد ذاته أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض المستحق للمتعاقد على إنهاء عقده وعناصره ،وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القوانين واللوائح حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مدى إستحقاق التعويض ،ومقدار عناصره فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد وفي هذه الحالة لا توجد قواعد محددة من أجل تحديد مبلغ التعويض ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد

[1] زوزو هدى، زوزو زوليخة،المرجع السابق ،ص 46.

وضع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناشئ للمتعاقد عن هذا الإنهاء المبتسر للعقد شاملا الربح وبذلك فإن المتعاقد لا يستحق التعويض في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة إذا نص العقد صراحة على ذلك أو إذا لم يلحق المتعاقد أي ضرر جراء إنهاء العقد ، وفي مصر فقد قررت المحكمة الإدارية العليا أن فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له مقتضى كما أن التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد فإذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضررا فلا محل للتعويض.[1]

الفرع الاول : الضمانات الإدارية .

من أهمها الإجراء الودي الذي تسعى إليه الإدارة .

1-**الحل الودي** :تلجأ الإدارة إلى الحل الودي لتفادي اللجوء إلى القضاء عن طريق التصالح مع المتعاقد معها ،ويكون الهدف من ذلك إنهاء منازعة نشأت أو تدارك منازعة متوقعة الحدوث .وهذا الإجراء مستمد من عقود القانون الخاص ،إذ غالبا ما يتنازل أحد المتعاقدين عن رفع الدعوى القضائية مع قبول الطرف الآخر في العقد على إصلاح الضرر . وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بعدم الاختصاص في الدعوى ،في حالة إجراء المصالحة بين الطرفين المتعاقدين بالتوصل إلى حل ودي قبل صدور الحكم . أما في الجزائر فإن إجراء الحل الودي أمر ضروري تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة، من أجل وضع حد للنزاع قبل عرضه على القضاء،وهو

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مرجع سابق ، ص160.

ما يتضح من نص المادة 102 فقرة 2 من المرسوم. :" غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.. و بناء على الحل الودي يصدر مقرر من الوزير، الوالي،رئيس المجلس الشعبي البلدي ، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في هذه الصفقة،وينفذ المقرر و لو لم يؤشر عليه من قبل هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

2-الطعن الإداري : نصت المادة 102 فقرة 05 من المرسوم02 /250 أن الطعن الإداري إجراء جوازي اختياري يمكن اللجوء إليه قبل اللجوء إلى القضاء،و يكون ذلك أمام اللجنة الوطنية للصفقات التي تصدر مقررا خلال 30 يوما من تاريخ تقديم الطعن الإداري و ذلك قبل رفع أي دعوى قضائية [1].و بالرجوع إلى المادة 12 فقرة 07 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال و التي نجدها تنص على أن المقاول يقوم بتقديم توضيحات و ملاحظات مكتوبة ،ومعللة إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري و هذا خلال 10 أيام من تاريخ وصول الأمر المصلحي إليه ،و يترتب على فوات هذه المدة سقوط حق المقاول في التظلم.

[1] المادة 102 فقرة 03-04 من المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

الفرع الثاني : الجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، واصطلح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة" والإسقاط "عندما يتعلق العقد بإنهاء عقد الالتزام.

أ-فسخ العقد :

الفسخ جزاء يجوز الإدارة توقيعه على المتعاقد يضع نهاية الرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية. ومن المخالفات الجسيمة التي تبرر الفسخ حالة ثبوت إخلال المتعاقد بتعهد مراعاة أحكام قانون مقاطعة العدو الصهيوني و القرارات الصادرة بمقتضاه.وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحق الإداري بالفسخ لعدم التنفيذ هو تطبيق لما قررته المادة من القانون المدني الفرنسي ومضمونه، أنه في حالة العقود الملزمة للجانبين يكون للأفراد الحق بفسخ العقد عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين ما عليه من التزامات[1].

لا يمكن التسليم بهذا الرأي لمخالفته المستقر في أحكام القضاء الإداري، الذي يعد حق الإدارة في الفسخ قائما بذاته مستقلا عن العقد و الشروط كما أن الإدارة تستطيع ان تفرض هذا الجزاء دون أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ اعتماداً على سلطتها في التنفيذ

[1] نصري منصور نابلسي : مرجع سابق ، ص401.

المباشر،[1] على خلاف المستقر في القانون الخاص وما تقضي به المادة المذكورة. ومن المبادئ العامة المستقرة قضاء أن يكون قرار الفسخ مسبوقاً بأعذار المتعاقد، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة منه أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الأعذار لا فائدة منه.

تملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق ودون الحاجة إلى انتظار موافقة القضاء على إيقاعه. ورقابة القضاء على مشروعية قرار الفسخ وملائمته لخطأ المتعاقد تنصرف إلى التعويض،في حالة مخالفة القرار للمشروعية دون التعدي إلى إلغاء القرار.

الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة :

إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر .

وغالبا ما تضر من الإدارة عقودها شرطا يمتعها هذا الامتياز اتجاه المتعاقد معها، وتضمنه أحيانا أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة لا تملك الإنهاء.

[1] عادل طالب الطبطبائي ،مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الإحتلال العراقي للكويت ،دراسة مقارنة،مجلة الحقوق الكويتية ، السنة العاشرة ،العدد الثالث والرابع 1992، ص54.

ب-الإسقاط :

الإسقاط هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام، والإسقاط، طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعية، وما هو إلا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها في إدارته للمرفق، بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم،[1] ولا يستحق الملتزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه. وبهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد التي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء،قبل انتهاء مدة الامتياز الممنوحة للملتزم حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه، مقابل تعويض يكون واجباً على الإدارة لقاء حرمان الملتزم من إدارة المرفق، حتى نهاية مدة الالتزام وتملك الإدارة هذا الحق ولو لم ينص في عقد الامتياز، لكن المعتاد أن عقود الامتياز تتضمن نصاً خاصاً ينظم هذه الحالة لأهمية هذه العقود التي تتعلق بتسيير مرافق عامة.

من الأخطاء الجسمية التي استقر مجلس الدولة الفرنسي على اعتبارها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط، التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، والإخلال المستمر والمنتظم بالتزامات التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال، أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة مانحة الالتزام أو إخلاله بالتزام جوهري في العقد.

يتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تحذر الملتزم ولو لم ينص العقد أو

[1] فريدة أبركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ،ترجمة عبد العزيز أمقران ،مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني ،سنة 2000،ص 37.

الشروط على ذلك إلا إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء، أو أعلن الملتزم[1] صراحة أنه لم يعد يستطيع إدارة المرفق، أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم .

ينفرد عقد الامتياز في فرنسا بوجوب أن يكون قرار الإسقاط صادراً عن قاضي العقد، فالإدارة لا تستطيع ممارسة هذا الحق ابتداء ما لم ينص العقد على هذا الحق أو تتضمنه الشروط العامة أو الخاصة الملحقة بالعقد. وفي هذه الحالة يتمتع مجلس الدولة بسلطة واسعة في الرقابة على قرار الإدارة بالإسقاط لتتجاوز المشروعية والملاءمة إلى التعويض والإلغاء.

المطلب الثاني : سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري .

إن العقد الإداري كباقي العقود الإدارية تكون نهايته بطريقة عادية أو غير عادية ،فالانتهاء الطبيعي للعقد الإداري لا يكون إلا بتنفيذ ما يترتب على كل طرف من التزامات تنفيذ ا كاملا، حسب طبيعة كل عقد من العقود الإدارية وما يتطلبه.وقد تكون نهايته قبل أجله المحدد إما باتفاق الطرفين، أو بناء على طلب الإدارة المتعاقدة أو المتعاقد معها. إن اعتبارات المصلحة العامة هي من تخول الإدارة لتوقيع سلطة إنهاء العقد الإداري، وبالتالي يمكن الإنهاء دون وقوع أي خطأ من جانب المتعاقد، إذا استدعت المصلحة العامة ذلك ،بموجب قرار من جانب الإدارة كأن أن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري، أو أنه غير متفق مع حاجاته. و عليه فسلطة إنهاء العقد الإداري من جانب الإدارة هو وضع نهاية للعقد الإداري، وهذا على أساس المصلحة العامة قبل انتهاء مدة العقد ،ويمكن تمييز سلطة الإدارة المتعاقدة في الإنهاء عن الفسخ كجزاء

[1] عبد الغني سيوني عبد الله،المرجع السابق ،ص 270.

،فكلاهما يعتبر من أسباب انقضاءه وزواله[1]، لكن الفرق بينهما في إن الفسخ يكون كجزاء توقعه على المتعاقد معها بسبب ارتكابه خطأ جسيم ، بينما الإنهاء ،فهو من الجزاءات التي توقعها الإدارة وهذا دون أن تكون هناك أخطاء من المتعاقد كلما استدعت المصلحة العامة ذلك كذلك فالإنهاء يختلف في كون الإدارة عند توقيعها له، يجب عليها أن تقدم اعذار للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، وعادة ما يكون إعذار منصوص عليه في دفتر الشروط. وما يميز سلطة إنهاء العقود الإدارية أنها سلطة تمارسها الإدارة دون النص عليها في العقد وحتى دون اعذار سابق للمتعاقد، وبالتالي يمكن لها استعمالها حتى في غياب نصوص أو بنود خاصة في العقد. و هنا نجد أن القضاء المصري أكد أن للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري دون حاجة للنص عليها، وقد جاء في محكمة القضاء الإداري المصرية ، فإن العقد الإداري فقد تحتفظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين ،كأن تشترط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ودون خطأ من جانب المتعاقد الآخر ،وحق الإدارة في هذا الصدد تتمتع به دون حاجة لنص عليه في العقد .

قد أكدت المحكمة العليا في الجزائر أن مناط سلطة إنهاء العقد الإداري ،هو اعتبارات المصلحة العامة ، وهذا ما يتجلى من خلال القرار الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1967 .وتتمتع الإدارة المتعاقدة بهده السلطة في كافة عقودها الإدارية ، فهي تستطيع في أية لحظة و في أي وقت و بإرادتها المنفردة، أن تقوم بفسخ و إنهاء أي عقد إداري[2].

[1] ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفالح، الكويت،1989 ،ص 66.

[2] حمود حلمي، العقد الإداري, الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر ، 1977،ص 110.

نجد أن أساس هده السلطة التي تستند إليها الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، قبل حلول أجلها، هو الوفاء بالحاجات التي يتطلبها المرفق و تحقيق المصلحة العامة و بالتالي وجوب الحرص على سير المرفق العام بانتظام لحماية المصلحة العامة .و نجد أن هذا الإنهاء للعقد الإداري قبل حلول مدة العقد يكون مرده إلى عدة عوامل أو ظروف ،والتي يكون الهدف منها هو حماية المصلحة العامة ،ويتأكد هذا من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ 20 أفريل 1957 حيث تؤكد:

إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص احتياجات المرفق، ويعكس وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة.

وعليه فنستنتج أن الأساس الذي تستند إليه الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري هو مقتضيات سير المرفق العام ،والوفاء بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها.ومن بين الحالات التي تؤدي إلى النهاية الطبيعية للعقد الإداري:

-**تحقق موضوع العقد** :وهذا عند قيام كل من المتعاقد والإدارة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية .

-**إنقضاء المدة** :ينتهي العقد نتيجة انقضاء أو انتهاء المدة مثل عقود الامتياز باعتبارها عقود محددة المدة، وعقود الأشغال العامة، والتي تنتهي بانتهاء مدة صيانة المباني لمدة محددة من قبل المتعاقد، أما عقد التوريد بانتهاء المدة المحددة للتوريد .

-**فسخ العقد** : ينتهي العقد الإداري بفسخه وذلك في عدة حالات:

أ –**الفسخ الاتفاقي** :وهنا يكون باتفاق أطراف العقد قبل تحقيق موضوع العقد بتطبيق القواعد العامة في القانون المدني[1].

بعنوان الفسخ التعاقدي زيادة على الفسخ من جانب ،ولقد نصت المادة 113 من المرسوم الرئاسي ،بحيث يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة، لهذا الغرض ، وفي هذه الحالة يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن ينص على تقديم الحسابات المعدة للأشغال المنجزة والباقي تنفيذها.

ب –الفسخ التلقائي :وهذا الفسخ يكون لاستحالة تنفيذ العقد.

ج –الفسخ التلقائي المنصوص عليه في العقد :فقد تطرأ بعض الظروف التي تكون منصوص عليها في العقد, كوفاة المقاول ,إفلاسه ,وضع أموال تحت الحراسة القضائية ,وذلك عند لحظة وقوع الحالة المسببة له.

د –الفسخ القضائي :ويكون بتقديم طلب إلى القاضي وهذا الأخير سلطة واسعة في التصدي لموضوع الدعوى،وهناك عدة حالات تكون سبب من أسباب الفسخ القضائي اين يتم فيها القاضي الإداري حكمه عليها وهي: القوة القاهرة مثل الإضراب، الحرب، فإذا تحققت فللمتعاقد اللجوء للقضاء والحصول على الحكم بالفسخ في حين اعتبر مجلس الدولة في الجزائر أن الزيادة في أسعار مواد البناء، لا يشكل قوة قاهرة عند عدم توافر شروطها.

[1] رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره الجامعية، الجزائر، 1885،ص 69.

شروط الفسخ الإداري للعقد الإداري سلطة الإدارة في إستخدام جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة ليست سلطة مطلقة تمارسها كما تشاء ولكنها مقيدة تخضع فيها الإدارة لعدة شروط نوردها كمايلي:

أولا : إرتكاب المقاول أو المورد خطأ يتصف بالجسامة :إن للإدارة سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد معها خطأ جسيما أو غير جسيم بمعنى أن سلطة الإدارة هذه ليست مطلقة بل يرد عليها قيد يتمثل بالرقابة القضائية اللاحقة على تحديد جسامة الخطأ، ويعرف البعض الخطأ الجسيم بأنه ذلك الفعل الذي يمثل إخلالا من قبل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو بأي إلتزام قانوني أخر والخطأ الجسيم يفترض سوء النية أو الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حدا يجعل له أهمية خاصة ولقد درجت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على تعداد الحالات التي تعتبر من قبيل الخطأ الجسيم ولعل من أبرز تلك الحالات حالة إمتناع المقاول عن تنفيذ التعليمات والأوامر المصلحية أو حالة تخليه عن تنفيذ الأشغال أو حالة عدم إلتزامه بالمواعيد المحددة بتنفيذ الأشغال أو حالة تنازله عن العقد أو التعاقد من الباطن بدون الحصول على الموافقة المسبقة من الإدارة أو إرتكابه للغش في تنفيذ الأعمال أو حالة إمتناعه عن توريد الأصناف خلال المدة المحددة في العقد أو عدم تسليمها.[1]

ثانيا: إعذار المقاول أو المورد بالفسخ الجزائي :القاعدة العامة المسلم بها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي تتطلب من الإدارة إنذار المتعاقد معها بإجراء الفسخ قبل فرضه ولكن هذه القاعدة ترد عليها بعض الإستثناءات لعل من أبرزها حالة إعلان المتعاقد عدم رغبته في تنفيذ

[1] وليد سعود فارس القاضي كالجزاءات في مجال العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل الماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت،2001/200 ، ص 99 .

إلتزاماته العقدية أو أنه لن يعد قادرا على تنفيذها وحالة ما إذا تخلى عن العقد أو تنازل عنه بدون الحصول على الموافقة المسبقة من الإدارة وحالة إرتكابه لفعل من الأفعال التي تدخل في نطاق الغش وحالة ما إذا لم يعد للإنذار أي فائدة ترجى ، كذلك تعفى الإدارة من الإنذار المتعاقد إذا نص العقد على ذلك أو إذا تم فرض الفسخ الجزائي مباشرة بعد توقيع أحد الجزاءات الإكراهية ويشترط في هذه الحالة أن تكون الإدارة قد أنذرت المتعاقد معها أثناء فرض الجزاءات . ثالثا: صدور قرار إداري بالفسخ الجزائي :يشترط لتوقيع جزاء الفسخ الجزائي أن يتم ذلك عن طريق قرار تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة ومن ثم لا يجوز أن يصدر قرار الفسخ من قبل المتعاقد. [1]

الفرع الاول :آثار سلطة إنهاء العقد الإداري .

الأصل أن فسخ العقد الإداري جزائيا لا يقع إلا إذا ارتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيم يبرر هذا الجزاء الصارم، وتوقعه الإدارة بإجراء إداري منها دون حاجة للجوء إلى القضاء وتترتب على سلطة الإدارة في فسخ العقد جزائيا جملة من الآثار وهي :أولا: الأثر المترتب على جزاء إسقاط عقد الإلتزام : هناك جملة من الآثار القانون ة المترتبة على جزاء الإسقاط نوردها في ما يلي :

– إنهاء العلاقة التعاقد ة على الفور، واست عاد الملتزم نهائيا من استغلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في وثيقة الإلتزام.

[1] الدربوشي نور الدين، محاضرات في القانون الإداري، ألقيت على طلبة الدفعة الخامسة عشر ، بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأكاديمية 2004/2005 ،ص 163.

– عد جزاء الإسقاط عقوبة قاسية للملتزم لخطئه الجسيم، ما يتحمل وحده الأعباء المالية من أجل إستمرار تشغيل المرفق.

–فقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد، للإدارة أن تخصم من مستحقاته لديها ، المبالغ اللازمة للصيانة أو إصلاح الآلات التي تهالكت أثناء فترة الاستغلال[1].

– لا تلتزم الجهة مانحة الإلتزام حقوق دائني الملتزم إلا إذا نص على ذلك في العقد أو في القانون الذي أنهى العقد. حيث أن الجهة مانحة الإلتزام في هذه الحالة ،لا تعتبر خلفا عاما ولا خاصا للملتزم.

– لا يستحق المتعاقد التعويض عن إسقاط الإلتزام بإعتبار أنه جزاء توقعه الإدارة عل ه نتيجة ألحقها المرفق والتي سببت الإسقاط. أخطائه الجسيمة والتي إرتكبها،و من الإدارة المطالبة التعويض عن الأضرار .

– تبقى عقود المنتفعين المرفق العام قائمة وسارة المفعول، فلا تستطيع الإدارة ولا الملتزم الجديد أن يتخلى عن تلك الإلتزامات وذلك لأن مبدأ دوام سير المرافف يتطلب ذلك، ولا من مخالفته .

–إقامة مزايدة جديدة على مسؤولية الملتزم المست عد من أجل إختبار ملتزم جديد لتأمين إستمرار العمل المرفق العام .[2]

---

[1] محير أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صأصيال، ديوان المطبوعات الجامعية، طه، الجزائر 2006، ص 322.

[2] فحمة عبد الباقي ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م ج 0 ،ع ا بغداد، 1978 ، ص 706.

ثانيا:الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة :تختلف الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي في قسوتها الزائدة ،أو النقصان حسب نوع الفسخ الذي تستهدفه الإدارة، فالقضاء والفقه في فرنسا ميز بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، الفسخ الجزائي ال س المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وذلك تبعا لجسامة وخطورة آثاره على حقوق المقاول المفسوخ عقده، فالإدارة صاحبة الأشغال العامة قد تقرر الفسخ الجزائي المجرد لعقد الأشغال العامة عندما يرتكب المقاول أخطاء جسيمة في تنفيذ إلتزاماته العقدية، و ذلك فهي لا تحمل المقاول المفسوخ عقده الآثار المالية المترتبة على هذا الفسخ، مثل طرح الأشغال العامة التي لم تنفذ في مزايدة جديدة ،و نفس الشروط على المسؤولية المقاول المقصر، فهي تقم بذلك في حالة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال على مسؤولية المقاول.[1]

الفرع الثاني :حقوق المتعاقد مقابل انهاء العقد الاداري .

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

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

إن المتعاقد مع الإدارة لا يملك مع الإدارة التمسك باستمرار العقد حتى نهايته ، و يمكن

[1] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص 102 .

للإدارة إنهاءه حتى قبل حلول أجله مادام ذلك للمصلحة العامة، فمن باب أولى يكون لها الحق في إنهاء العقد عند نهاية أجله و التمسك بعدم إطالة مدته أو تجديده ، و دون أن يكون أي حق للمتعاقد في مد مدة العقد أو التجديد .[1]

2-حق المتعاقد المطالبة بالتعويض:

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

و لقد أكد القضاء الجزائري على حق المتعاقد في التعويض و عليه يقابل حق الإدارة في فسخ العقد حق المتعاقد في التعويض، الذي ينبغي له أن يأخذ بعين الاعتبار الفوائد التي سوف يتحصل لو أن العقد نفذ.و حتى يحصل المتعاقد مع الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ منه على التعويض، و هنا لابد من وجود شرطين جوهريين و هما :حصول الضرر، لأن القاعدة العامة في القانون الخاص ،لا تعويض دون ضرر و خسارة المتعاقد و الكسب على ما فاته.

يكون القاضي هنا يسترشد بالقوانين و اللوائح أو نصوص العقد، و نجد موقف مجلس الدولة الفرنسية قد استبعد تعويض المتعاقد على الأرباح التي تفوته في حالة إنهاء العقود

[1] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص903 .

الإدارية، في حالة الحرب أو انتهائها و مرد ذلك إلى أن هذه الحالة تدخل في القوة القاهرة التي تنهي العقد دون تدخل إرادة الإدارة[1].

[1] لحسين الشيخ آث ملويا ،المرجع السابق ،ص 302.

الخاتمة

نظرا لطبيعة العقد الإداري المتميزة عن العقد المدني فإن الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة تتمتع بامتيازات لا مثيل لها في القانون الخاص،والتي تمنحها الشروط الاستثنائية فيه. ومناط هذه الامتيازات احتياجات المرفق العام. وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة،وتتجلى هذه الامتيازات في سلطة الرقابة والتوجيه ، وسلطة تعديل شروط العقد ، سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها. وسلطة إنهاء العقد الإداري .فبالنسبة لسلطة الرقابة. فهي امتياز ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية. فلها سلطة الإشراف وتوجيه المتعاقد من خلال إصدار أوامر خدمة الأوامر مصلحية الملزمة له. وهذا الحق ثابت ودون حاجة للنص عليه في العقد،فحق الرقابة مرده وأساسه فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وتنظيمه، وتختلف سلطة الإدارة في الرقابة باختلاف العقود ،ومدى صلتها بالمرفق العام .كما تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد، ودون حاجة للنص عليه في العقد لضمان سير المرفق وتحقيق المصلحة العامة. فيمكن لها تعديل التزامات المتعاقد معها وعلى نحو لم يكن معروفا وقت إبرام العقد. ومن بين الامتيازات التي تستخدمها الإدارة سلطة توقيع الجزاء بنفسها ،عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء ، حتى في حالة عدم النص على هذه الجزاءات في العقد الإداري ، كما أن إدارة تقوم بتوقيعها دون حاجة لإثبات حدوث الضرر كونه مفترض وقوعه نتيجة إخلال المتعاقد بالالتزامات. كما أن للإدارة العامة حق بسلطة انهاء العقد الإداري دون صدور ووقوع أي خطأ من المتعاقد معها طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة ويمكن إنهاء العقد بالإدارة المنفردة للإدارة، دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد لامتيازات حماية المصلحة العامة .إلا أنه من خلال ما سبق يمكن القول أن هذه الامتيازات التي تمنحها

الشروط الاستثنائية في العقد الإداري ليست على إطلاقها ، بل هي مقيدة بضوابط وقيود ولها حدودها .ويجب على الإدارة احترامها. لكونها تشكل ضمانا للمتعاقد معها،فامتياز الإدارة بسلطة الرقابة ليس مطلقا بل تحكمه عدة قيود تتمثل في احترام الإدارة لصياغة وموضوع العقد ، المبرم مع المتعاقد ، وذلك من خلال احترامها للقوانين واللوائح لتحقيق المصلحة العامة ، وحسن سير المرفق العام بانتظام وهذه القيود تمنح للقاضي الإداري سلطة بسط رقابته عن طريق الإلغاء أو التعويض .أما سلطة التعديل فالإدارة تلزم باحترام جملة من الشروط والقيود أهمها احترام قواعد المشروعية وأن تنصب سلطة التعديل على نصوص العقد المتصل بسير المرفق .وبالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات فإن استعمال الإدارة لها تحكمه مجموعة من الضوابط تتمثل في عدم توقيع الإدارة لعقوبات جنائية ، مع وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه مع ضرورة احترام قواعد المشروعية وتنصب رقابة القاضي الإداري على الجزاء الموقع من طرف الإدارة المتعاقدة على رقابة المشروعية والملائمة .وأخيرا و بالنسبة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري فيجب أن يكون مبرر الإنهاء هو المصلحة العامة، ولها في ذلك السلطة التقديرية الواسعة في الإنهاء، إلا أن هذا لا يعفي القاضي من رقابته على سلطة الإنهاء. فدوره هو البحث و التحقق من جدية سبب الإنهاء الذي استهدفته الإدارة المتعاقدة من خلال إصدارها لقرار إنهاء العقد الإداري.

في الأخير ومن خلال هذه الدراسة المتعلقة بموضع امتيازات الإدارة في العقد الإداري، يبين لنا أن ما يترتب من نتائج لتميز العقد الإداري شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، هو الاعتراف للإدارة بجملة من السلطات والامتيازات، التي تكون بها الإدارة مركز

أسمى وأقوى في العلاقة التعاقدية، من أجل تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة. والاعتراف للإدارة بهذه السلطات في مجال العقود الإدارية يضفي عليها طابعا متميزا ومستقلا عن عقود القانون الخاص.

وقد اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، باعتبارها المشرفة على كل ترتيب إبرام العقد الإداري وتنفيذه.

والإدارة تمارس السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ العقد الإداري بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء. وقد توصلت إلى النتائج التالية بخصوص سلطات الإدارة في العقود الإدارية.

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

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

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

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

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

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

– خلا تشريع الصفقات العمومية من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد، غير أن دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال العامة .

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

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

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

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

قائمة المصادر و المراجع

المراجع :

أولا –نصوص قانونية :

- مرسوم رئاسي رقم 15–247 ،مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثانيا–الكتب :

1- امنة شرقي ، تكريس مبدا الشفافية في اطار الصفقات العمومية ومحاربة جرائمها ، مذكرة ماستر، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ، الجزائر،2017/2016 .

2- ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفالح، الكويت،1989 .

3- بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دراسة فقهية تشريعية وقضائية ،دار الهدى ، الجزائر، 2018.

4-حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2015.

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية ،الإبرام ، التنفيذ، الآثار، الانقضاء في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحدث تعديلات للمناقصات و المزايدات، ط. 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008 .

6–محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.

7- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.

8- كمال معيفي، إشكالات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره عمى حماية المال العام ، مجلة الفقه والقانون ، المغرب، العدد 22 ،أوت 2014.

9- فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2007 .

10- شريفي شريف، المناقصة العامة كأسلوب تعاقدي في قانون البلدية، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 19/18 أفريل 2012.

11- مريم مسقم، دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية، مجلة المقار للدراسات الاقتصادية ،العدد 3 ،الجزائر، 2018.

12- حمزة خضري، آليات حماية المال العام في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه العلوم: تخصص قانون عام ،جامعة الجزائر 01 ، سنة 2015 .

13- مناصرية حنان، محاضرة بعنوان قانون الصفقات العمومية، مطبوعة موجهة لطلبة أولى ماستر تخصص إدارة أعمال، جامعة العربي بن مهيدي،أم البواقي، الجزائر.

14- جابر صالح محمد الحمادي، رسالة ماجستير بعنوان "سلطات الإدارة في العقد الإداري كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة2019.

15-عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2016 .

16- فردي كريمة،النظام القانوني لعقد الامتياز في إطار الاستثمار، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 46، ديسمبر 2016 .

17- ناصر لباد ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ،الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، الجزائر ،سنة 2004 .

18- محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997 .

19- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة , دار الفكر العربي , مصر الطبعة الخامسة، 1995.

20- نصر الشريف عبد الحميد،النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء المعهد الوطني للقضاء سابقا الدفعة الثانية عشر ،الجزائر ، 2001- 2004.

21- حمود حلمي، العقد الإداري, الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر ، 1977.

22- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن عن طريق ما تصدره الجامعية، الجزائر، 1885.

23- فحمة عبد الباقي ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م ج 0 ،ع ا بغداد، 1978 .

24- عبد الحميد خليفة مفتاح، إنهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الإسكندرية ،مصر، 2007.

25- يوسف جور ، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس المدية، المنعقد يوم 20 ماي 2013 .

26- جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، 2007 ،الإسكندرية .

27- محمد علي الخلايلية ، القانون الإداري، ك2 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015 .

28- عمار بو ضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1 ،جسور، الجزائر، 2007 .

29-محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1 2007،

ثالثا-المذكرات و الرسائل العلمية :

- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة 2005 .

- بن زيدور وليد، إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ،مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية 1 الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تلمسان، 2017/2016 .

- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

- حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه: تخصص تحولات الدولة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016/2015 .

- خوخة توتي، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل درجة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2013-2012 .

- خالد بن حمد بن راشد المطاعني، رسالة ماجستير، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ، جامعة بن سويف، مصر ،سنة 2009 .

-لعبيد اسيا، الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون العام ،جامعة اكلى اولحاج البويرة ،الجزائر، 2017/2016.

- سليم جبالحي، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر:تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، الجزائر.

- مجيدي فتحي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، السنة أولى ماستر تخصص دولة ومؤسسات ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، 2014/ 2013 .

- مصطفى بوكاري، دفتر الشروط في الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، تخصص قانون المؤسسات الاقتصادية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020/2019 .

- مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة، 2015 .

محاضرات و مجلات :

- الدربوشي نور الدين، محاضرات في القانون الإداري، ألقيت على طلبة الدفعة الخامسة عشر ، بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأكاديمية 2004/2005 .
- محير أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صأصيال، ديوان المطبوعات الجامعية، طه، الجزائر 2006.
- عادل طالب الطبطبائي ،مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الإحتلال العراقي للكويت ،دراسة مقارنة،مجلة الحقوق الكويتية ، السنة العاشرة ،العدد الثالث والرابع 1992.
- فريدة أبركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ،ترجمة عبد العزيز أمقران ،مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني ،سنة 2000.
- مسعودة عمارة، الطبيعة القانونية للصفقة العموم ة في إطار قانون الصفقات العمومية 10-236 المعدل والمتمم المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13-01-2013 ،مجلة الفقه والقانون الإلكترونية، العدد الثامن، 2013.

المواقع الإلكترونية :

- لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي، العدد الثامن و الخمسون، 2012 . متوفر على الموقع : https://humanmag.uodiyala.edu.iq/uploads/pdf/aadad/2012/a53/14.df

- جوادي إلياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري و تمييزه عن العقود الأخرى ، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنراست ، العدد التاسع ،سبتمبر 2015 . متوفر على الموقع https://www.asjp.cerist.dz/en/article/8406 :

فهرس المحتويات

البسملة

الإهداء .

كلمة شكر .

المقدمة :	**5**
الفصل الأول : إمتيازات الإدارة العامة في إعداد العقد الإداري.	6
المبحث الأول : امتيازات الإدارة العامة في إعداد العقد الاداري.	**7**
المطلب الاول : الإطار المفاهيم للعقد الإداري .	**9**
الفرع الأول : تعريف العقد الإداري.	**12**
الفرع الثاني : شروط العقد الإداري و اركانه.	**14**
المطلب الثاني : ابرام العقود الادارية الصفقات.	**16**
الفرع الأول الطبيعة القانونية للعقد الإداري.	**18**
الفرع الثاني : الرقابة على ابرام الصفقات العمومية.	**22**
المبحث الثاني : اجراءات ابرام الصفقات العمومية	**24**
المطلب الاول : امتيازات الإدارة أثناء ابرام العقد الإداري .	**27**
الفرع الأول : الإطار المفاهيمي لدفتر الشروط.	**30**
الفرع الثاني : تعريف دفتر الشروط.	**32**

المطلب الثاني :شروط دفتر الشروط .	**34**
الفرع الأول :الرقابة على دفتر الشروط.	**36**
الفرع الثاني : العقوبات المترتبة على مخالفة مبادئ دفتر الشروط .	**38**
الفصل الثاني : **إمتيازات الإدارة العامة اثناء تنفيذ العقد الإداري** .	**40**
المبحث الأول : تنفيذ العقد الاداري في التشريع الجزائري.	**42**
المطلب الاول : تنفيذ العقد الإداري .	**44**
الفرع الأول : حقوق الإدارة .	**47**
الفرع الثاني : سلطة الرقابة.	**49**
المطلب الثاني : الرقابة على سلطة التوجيه و الإشراف .	**52**
الفرع الأول : سلطة التعديل بالارادة المنفردة.	**55**
الفرع الثاني : شروط سلطة التعديل.	**56**
المبحث الثاني : حقوق المتعاقد بعد إجراء سلطة التعديل الرقابة القضائية في توقيع الجزاء على المتعاقد.	**59**
المطلب الاول : رقابة القاضي الإداري على إنهاء العقد الإداري .	
الفرع الأول : الضمانات الادارية.	**66**
الفرع الثاني : الجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.	**74**

المطلب الثاني : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري .	**76**
الفرع الأول : آثار سلطة إنهاء العقد الإداري .	**78**
الفرع الثاني : حقوق المتعاقد مقابل إنهاء العقد الإداري.	**80**

الملخص :

تلجأ الإدارة إلى الاتفاق مع الأفراد أو المؤسسات المختلفة ، فيتولد بينهما عقوداً تحدد حقوق والتزامات كل طرف منهما ، فالإدارة العامة تكون دائما في حاجة لإبرام العديد من العقود المذكورة لتسيير نشاطها من اجل تحقيق المصلحة العامة ،والعقود التي تبرمها الإدارة ليست دائماً عقوداً إدارية ،إذ تتعدد هذه العقود حسب طبيعتها القانونية فبعضها يعد من عقود القانون الخاص تكون فيها الإدارة في مرتبة الأفراد العاديين فتبيع وتشتري وتؤجر مثلهم ولا تظهر بمظهر السلطة العامة وهذه الطائفة من عقود الإدارة تخضع لأحكام القانون الخاص وتعامل معاملة العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم وتخضع لاختصاص القضاء العادي .

الكلمات المفتاحية : العقد الإداري ، الطبيعة ، السلطة ، المصلحة العامة .

Summary :

The administration resorts to agreements with various individuals or institutions, and contracts are generated between them that define the rights and obligations of each party. The public administration is always in need of concluding many of the aforementioned contracts in order to conduct its activity in order to achieve the public interest. The contracts concluded by the administration are not always administrative contracts, as there are many These contracts are based on their legal nature. Some of them are considered private law contracts in which the management is at the level of ordinary individuals and sells, buys and rents like them and does not appear to be a public authority. This group of management

contracts are subject to the provisions of private law and are treated as contracts.Civil contracts concluded between individuals and subject to the jurisdiction of the ordinary judiciary .

Keywords: administrative contract, nature, authority, public interest.