

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

قسنطينة في : 2025/06/24

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

المرجع : 42/ م.م.ع/2025.

مستخرج من محضر إجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 22 ماي 2025

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري، بأن المجلس

العلمي في اجتماعه بتاريخ : 22 ماي 2025، قد صادق على المطبوعة البيداغوجية للدكتورة

نويوة هدي، المعنونة بـ: « محاضرات في مقياس القرارات و العقود الادارية)».

رئيس المجلس العلمي



أ.د سامي بلعابد
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

قسم القانون العام

محاضرات

في مقياس القرارات والعقود الادارية

موجهة إلى طلبة السنة الثالثة ليسانس LMD - تخصص قانون عام -

إعداد/ هدى نويوة

الموسم الجامعي: 2024 - 2025

التعريف بالمقياس:

يُعد مقياس القرارات والعقود الادارية أحد أهم المقاييس التي تُدرس في كليات الحقوق، ويهدف إلى تحليل وتقييم الاجراءات القانونية التي تتخذها الإدارات العامة في ممارسة سلطاتها.

ويشمل هذا المقياس دراسة القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أيا كان نوعها مركزي أو لا مركزي أو قرار أي هيئة عمومية ذات طابع إداري، فضلا عن العقود التي تبرمها مع الأفراد والجماعات تحقيقا للمصلحة العامة.

المكتسبات القبلية:

القانون الإداري، الشخصية المعنوية، التنظيم (المركزية واللامركزية) + النشاط الاداري (المرافق العامة، الضبط الاداري).

المحاور الرئيسية للمقياس:

- مفهوم القرار الاداري (التعريف، الأنواع، تمييزه عن غيره من القرارات)

- إعداد القرار الاداري (العناصر الموضوعية)

- النظام القانوني للقرار الاداري (نفاذ القرار، تنفيذ القرار، نهاية القرار الاداري)

- مفهوم العقد الاداري (التعريف، أنواع العقود الادارية، معيار تحديد العقد الاداري)

- النظام القانوني للعقد الاداري (كيفية ابرام العقد، تنفيذ العقد، نهاية العقد الاداري)

مقدمة

ممّا لا شك فيه أنّ التطورات المذهلة التي أعقبت الحربين العالميتين على جميع المستويات السياسية، الاقتصادية، والاجتماعية، كان لها الأثر البارز في تطور القانون الإداري بصفة عامة والنشاط الإداري بالأخص، وذلك من خلال تدخل الإدارة في شتى المجالات، إذ أصبحت كل يوم تكتسب مجالا جديدا تضيفه إلى أنشطتها ويحتاج بدوره إلى قواعد قانونية جديدة تنظم إدارته ونشاطه، وبعد أن كان من النادر أن يقابل الفرد الإدارة أصبح من النادر أن يتجنب الفرد الإدارة والتي أصبحت ظله يلتقي بها باستمرار بإرادته وبغير إرادته، حيث في هذه المرحلة بالذات خرجت الدولة عن دورها التقليدي، وأصبحت مسؤولة عن تحقيق رفاهية الأفراد فتوفر لهم الغذاء، المسكن، العلاج والتعليم والتأمين والعمل... الخ، أو ما يعرف بالمصلحة العامة، وفي سبيل تحقيق ذلك تقوم الإدارة بأعمال مادية وقانونية كفلها لها التشريع والقضاء كآليات حصرية لتحقيق المصلحة العامة.

فالأعمال المادية هي مجرد وقائع تصدر عن الإدارة دون أن يصاحبها قصد لترتيب آثار قانونية كقيادة شاحنة أو سيارة تابعة للإدارة، أو رفع القمامة أو ترتيب أثاث مكاتب الإدارة أو حتى هدم بناية آيلة للسقوط تنفيذا لقرار إداري أو نص تشريعي، فكلها أعمال مادية لا تهدف إلى إحداث أثر قانوني.

أمّا الآلية الثانية التي كفلها التشريع والقضاء لممارسة النشاط الإداري فتكمن في الوسائل أو الأعمال القانونية والتي هي مناط دراستنا بالأساس.

وسميت بالأعمال القانونية كونها تستند إلى القانون أو ما يعرف في فقه القانون الإداري "بمبدأ المشروعية" وتتمثل هاتين الوسيلتين في القرار والعقد الإداريين. فالقرارات

الإدارية تنشأ وترتب آثارها بإرادة الإدارة المنفردة، بينما العقود الإدارية فتنشأ وترتب آثارها بتطابق إدارتين أي إرادة أخرى مع إرادة الإدارة.

المحور الأول: القرار الإداري

أولاً: مفهوم وماهية القرار الإداري

يعد القرار الإداري من أهم موضوعات القانون الإداري، كونه حجر الأساس في العمليات الإدارية والآلية الأساسية لتحقيق أهداف الإدارة المتمثلة أساساً في تحقيق المصلحة العامة، كما تظهر أهميته كذلك في بيان وتحديد المراكز القانونية للأفراد في الدولة، ولم تغفل التشريعات المقارنة تعريف القرار الإداري، تاركة ذلك للفقهاء والقضاء، حيث عرفه الفقيه "مصطفى أبو زيد فهمي" بأنه عمل قانوني تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة قصد إحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة إما في الحقوق أو الالتزامات. وعرفه الأستاذ "محمد الصغير بعلي" بأنه عمل قانوني انفرادي صادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقاً للمصلحة العامة.

وسوف نتناول التعريفات الواردة بخصوص القرار تبعا للنقاط التالية:

1- تعريف القرار الإداري وخصائصه

- تعريف القرار الإداري لغة واصطلاحاً¹

لغويًا:

¹ - نوال مازيغي، محاضرات حول القرارات والعقود الإدارية، المركز الجامعي مرسللي عبد الله، تيبازة، السنة الجامعية 2023 - 2024، ص 4.

يقصد بالقرار لغة : قرره وأقره في مكانه فاستقر، قال الله تعالى "ولكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين"، فيقصد بالقرار الإداري أنه استقرار إرادة الإدارة ضمن محتوى ثابت وشكلية صحيحة تعبر عن موقف الإدارة.

اصطلاحيا:

يعرف القرار الإداري على أنه العمل الإداري الانفرادي أو العمل الإداري أحادي الجانب، فهذا المصطلح هو الأكثر تداولاً في القانون المقارن سيما فرنسا، وهذا من أجل تمييز العمل الإداري الانفرادي عن العمل الإداري التعاقدية، ويستخدم في الجزائر مصطلح القرار الإداري.

تعريف القرار الإداري من خلال النصوص التشريعية

أشارت النصوص التشريعية المختلفة لقرارات الإدارية دون تعريفها، حيث نصت المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 13 - 22 على أنه "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل فيما يلي:

-دعوى إلغاء القرارات الإدارية والدعوى التفسيرية ودعوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية.....البلدية"، كما نصت المادة 902 من نفس القانون السابق على أشكال الدعوى التي يختص بها مجلس الدولة الخاصة بالقرار الإداري " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف بالجزائر العاصمة في : دعوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية....

هذا وأدرجت أيضا القرارات الإدارية ضمن المادة 96 من الأمر 03 - 06 المتعلق بالوظيفة العمومية حيث نصت على أنه "يبلغ الموظف بكل القرارات المتعلقة بوضعيته الإدارية وتنشر كل القرارات الإدارية التي تتضمن تعيين وترقية الموظفين وإنهاء مهامهم في نشرة رسمية للمؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية ". فبعد الاطلاع على بعض النصوص القانونية نجد أن المشرع لم يعرف القرار الإداري بل أشار إليه فقط.

التعريف القضائي للقرار الإداري²

عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية القرار الإداري على أنه "إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا وكان الباعث إليه ابتغاء المصلحة العليا".

ولم تغفل التشريعات المقارنة تعريف القرار الإداري، تاركة ذلك للفقه والقضاء، حيث عرفه الفقيه "مصطفى أبو زيد فهمي" بأنه عمل قانوني تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة قصد إحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة إما في الحقوق أو الالتزامات.

وعرفه الأستاذ "محمد الصغير بعلي" بأنه عمل قانوني انفرادي صادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقا للمصلحة العامة. ومن جملة التعريفات السالفة الذكر نستنتج أن:

² - نوال مازيغي، مرجع سابق، ص 4.

القرار الإداري هو عمل قانوني انفرادي صادر عن جهة إدارية مختصة بقصد إحداث أثر قانوني، وذلك بإنشاء مركز قانوني أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم يحدث أثرا بذاته، نهائي تنفيذي تحقيقا للمصلحة العامة.

2- خصائص القرار الإداري³:

أ- أنه عمل قانوني انفرادي: أي أنه عمل قانوني تنصرف إرادة الإدارة إلى ترتيب أثر قانوني معين، فإنّ تخلفت هذه النية لم تكن إرادة للشئ أصلا، ولا يفهم من الصفة الانفرادية أن يصدر القرار الإداري من طرف فرد واحد فقط، وإنما العبرة بالإرادة التي يمثلونها، فقد يشترك أكثر من شخص في إصدار قرار إداري ومع ذلك فإن القرار يعتبر صادرا بالإرادة المنفردة، كالقرارات الصادرة عن مداولات المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي، وكذلك فإن الطبيعة الانفرادية للقرار الإداري لا تتغير حتى ولو كان في نفاذه وترتيب آثاره معلقا على موافقة بعض الأفراد.

كما يخرج عن نطاق الأعمال القانونية كل من الفتاوي والأعمال التحضيرية بالآراء لإصدار القرارات الإدارية وكذا القرارات المعيبة بعيب عدم الاختصاص الجسيم لأنها تعتبر من قبيل الأعمال المادية وليست القانونية.

ب- صدوره عن جهة إدارية مختصة: أي أنه يصدر عن سلطة إدارية (السلطة التنفيذية)، دون السلطات الأخرى التشريعية القضائية فأعمال وتصرفات هاتين الهيئتين الأخيرتين لا تخضع ولا يسري عليها النظام القانوني للقرارات الإدارية، ويمكن للمشرع أن يتدخل ويضفي على أعمال بعض الهيئات والتنظيمات الخاصة كما هو حال

³ نوال مازيغي، مرجع سابق، ص 5 و 6.

التنظيمات المهنية حيث خول لها المشرع أن تصدر قرارات إدارية بموجب المادة 1/09 من القانون العضوي⁴ 98-01 المتعلق بمجلس الدولة حيث أصبحت قرارات إدارية وبناء عليه قابلة للطعن أمام مجلس الدولة.

ج- أنه يحدث أثر قانوني: إذ يشترط فيه أن يكون مؤثرا في المراكز القانونية للأفراد المحاطين به، بمعنى أن ينتج عنه آثار قانونية معينة بإنشاء مركز قانوني قائم، ومن ثم فإذا لم يترتب على القرار آثار قانونية معينة فلا يعد قرارا إداريا، ومن ثم لا يخضع لرقابة القضاء الإداري للطعن فيه بالإلغاء، كما لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية كل من الأعمال التحضيرية التي تسبق صدور القرار الإداري ومثاله كالاستشارات التي تقدمها الهيئات الاستشارية قبل صدور القرار القاضي بتوقيع عقوبة أو جزاء تأديبي، ولا تعتبر كذلك الأعمال أو العمليات اللاحقة عن صدور القرار الإداري، ولا تضيف عليه شيء كقرار النشر أو الإعلان وهذا ما يشار إليه بالصيغة النهائية للقرار الإداري.

كما ينبغي أن يكون هذا القرار قابلا للتنفيذ أي تنفيذي، بالإمكان تنفيذه، فالقرارات الإدارية المستحيلة التنفيذ، لا تعدو أن تكون قرارات إدارية وإنما تعتبر من قبيل الأعمال المادية كما هو حال القرار القاضي بترقية موظف كان قد أقيل على التقاعد.

ملاحظة: كذلك يخرج على نطاق القرارات الإدارية تلك الصادرة تنفيذا لحكم القانون، أي الإجراءات التنفيذية للقوانين، فدورها مجرد الكشف عن المركز القانوني الذي يستمد من القانون مباشرة، كتلك التي تتعلق بالتسويات المالية أو الوظيفية للموظفين التي يستمدّها الموظف من القانون مباشرة.

⁴ - القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/5/1998 المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي 11-13 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

وكذلك يخرج من نطاق القرارات الإدارية اجراءات التنظيم الداخلي للإدارة أو ما يعرف بالنظم الداخلية والتي تكون متعلقة أساسا بحسن تسيير المرافق العامة كتوزيع الموظفين وطبيعة العمل المطلوب القيام به، والإجراءات الواجب اتباعها لحسن الأداء الوظيفي، وما إلى ذلك، فقد استقر القضاء الإداري على اعتبار هذه القرارات تخرج عن نطاق القرارات الإدارية أو بالأحرى تخرج عن نطاق رقابة القضاء الإداري عليها.

3- أنواع القرارات الإدارية⁵:

تختلف هذه الأخيرة بحسب الزاوية المنظور إليها للقرارات الإدارية سواء من حيث موضوعها أو شكلها أو حتى أثرها، واجتهد الفقه في إيجاد معايير يتم بناء عليها تصنيف القرارات الإدارية.

ويترتب عن تصنيفها وتقسيمها أهمية قصوى من الناحية العلمية والعملية، تتجلى في معرفة النظام القانوني والفني الذي يخضع له القرار الإداري من الناحية العلمية وبيان النظام القضائي الذي تخضع له القرارات الإدارية من الناحية العملية، ويتم تقسيم أو تصنيف القرارات الإدارية كما يلي:

أ- تصنيفها من حيث مصدرها:

-قرارات إدارية مركزية:

وهي تلك الصادرة عن كل من يمثل السلطة المركزية في الدولة بداية من رئيس الجمهورية إلى الوزير الأول وطاقمه الوزاري إلى الدواوين والإدارات الوطنية، وكذا حتى

⁵ - وكواك الشريف، القرارات والعقود الادارية، محاضرات ملقاء على السنة الثالثة ليسانس، جامعة حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية 2021، 2022، ص 6 ومايتبعها.

بعض المنظمات المهنية الوطنية، ومن أمثلة القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية المراسيم الرئاسية التنظيمية، وهي قرارات إدارية صادرة عن رئيس الجمهورية تتضمن قواعد عامة ومجردة، وفي هذه الحالة يقترب فحوى القرار الإداري من العمل التشريعي. وكذا القرارات المتعلقة بتعيين الموظفين السامين في الدولة كالولاية والسلوك المدني العسكري المادة 92 من دستور 1996 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 وكذا يدخل في إطار القرارات المركزية المراسيم والقرارات الصادرة عن الوزير الأول وكذا القرارات الصادرة عن الوزراء.

-القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية اللامركزية:

وهي تلك الصادرة عن كل من الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية. وتكمن أهمية التمييز بين القرارات المركزية واللامركزية في معرفة النظام القانوني والقضائي الذي يخضع له قرار كل من هؤلاء.

ب - تصنيفها من حيث تكوينها:

- القرارات الإدارية البسيطة:

وهي تلك التي تصدر بصفة مستقلة وتكون قائمة بذاتها، حيث يكون لها كيان خاص مستقل إذ بمجرد التعبير عنها من الجهات الإدارية المختصة نكون أمام قرار إداري كتلك الصادرة بتوقيع جزاء تأديبي، قرارات التعيين أو الترقية بالنسبة للموظفين.

-القرارات الإدارية المركبة :

هي التي تدخل في تكوين عملية قانونية، وتتم على مراحل وخلال فترة زمنية، حيث تصاحب أعمالا إدارية أخرى سابقة على صدور القرار أو معاصرة له أو لاحقة لصدوره

مع وجود صلة ارتباط بينهما، مثاله القرارات الإدارية المتعلقة بإنشاء مؤسسات عمومية على المستوى المحلي أي بعد مصادقة الوالي على مداوالات المجلس الشعبي البلدي.

ج- تصنيفها من حيث مداها (المحاطين بها) :

-قرارات إدارية فردية:

وهي تلك التي تتعلق بفرد معين بالذات أو مجموعة أفراد معينين بذواتهم كقرارات الترقية، التحويل، التأديب... الخ، ويبقى القرار فرديا حتى ولو خص مجموعة من الأفراد طالما تمّ تحديدهم في منطوق القرار مثاله المراسيم المتعلقة بمنح مجموعة من الأفراد الجنسية الجزائرية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 39 لسنة 1998 .

-القرارات التنظيمية أو اللائحية:

وهي تلك التي تنطوي على قواعد عامة مجردة ولا تخاطب شخصا معينا بذاته وإنما تمس مجموعة من المراكز القانونية بشكل عام ومجرد مثاله المرسوم التنفيذي رقم 92-20 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المحدد لتشكيل مجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين واختصاصهم وقواعد عملهم، مثاله قرار منع الباعة المتجولين من دخول شارع ما مثلا، قرار يتضمن منع إقامة الحفلات والأعراس بالساحة المقابلة للمسجد... الخ.

ملاحظة: نشير إلى أنواع اللوائح/ تنفيذية (معناه كيفية تنفيذ القانون)، التنظيمية) معناه تنظيم موقف عام أو عمومي، الضبط (معناه المحافظة على النظام العام)، الضرورة، الحصار، الحرب، التفويضية.

د - تصنيفها من حيث آثارها على المراكز القانونية:

-قرارات إدارية منشئة

وهي تلك التي تحدث تغييرا في المراكز القانونية للمخاطب بالقرار، فتنشئ له وضعاً قانونياً جديداً لم يكن متوفراً قبل صدور القرار أو تغير أو تعدل له وصفاً قديماً قائماً أو ترسل وصفاً كان قائماً من قبل صدور القرار، وهذا بإلغاء الوضع.

-القرارات الكاشفة

وهي تلك التي لا تحدث تغييراً في المراكز القانونية العامة أو الخاصة، بل ينحصر دورها في تأكيد مركز قانوني قائم، مثال ذلك صدور قرار بفصل موظف للحكم عليه بعقوبة جنائية مفيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف.

ويترتب على التمييز بين القرار المنشئ والقرار الكاشف نتيجة هامة، فالقرار المنشئ تحدث آثاره من تاريخ صدوره، أمّا القرار الكاشف فيطبق بأثر رجعي حيث يترد إلى التاريخ الذي ولدت فيه الآثار القانونية التي كشف عنها القرار.

هـ - تصنيفها من حيث خضوعها لرقابة القضاء :

تنقسم بناء على خضوعها لرقابة القضاء (الإداري) إلى:

-قرارات خاضعة لرقابة القضاء

القاعدة العامة أن تخضع القرارات الإدارية إلى رقابة القضاء، وتعتبر الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية دعامة أساسية من دعائم دولة القانون، كما يكفل مبدأ المشروعية أن تخضع أعمال السلطة التنفيذية للرقابة القضائية سواء في مجال الإلغاء أو التفسير أو فحص مشروعية القرار أو حتى دعاوى التعويض، فبإمكان الشخص

المخاطب بقرار إداري الادعاء ضد الإدارة مصدرة القرار ومطالبة القضاء بإلغاء قرارها أو التعويض عن ضرر الناجم عنه.⁶

-قرارات لا تخضع لرقابة القضاء : وقد اصطلح على هذا النوع بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة، وهي تلك الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج عن نطاق رقابة القضاء وتتمتع بحصانة اتجاه القضاء، وما يعرف بالقرارات المحصنة من الرقابة القضائية بجميع صورها، إلغاء أو تفسيراً، أو تعويضاً.

وطبعا هذه النظرية هي من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، التي انتهجها في بدايات نشأته حيث أنّ الضرورة أملت عليه أن يخرج بعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية من نطاق رقابته، وأطلق عليها أعمال السيادة، وهذا كما يجمع الفقه حفاظا على وجوده واستمراريته، خاصة وأنّ السلطة التنفيذية أبدت في فترة معينة نيتها في التخلص منه.

وذهب جانب من الفقه إلى البحث عن معايير يتم بموجبها تمييز العمل السيادي أو الحكومي عن العمل الإداري التنفيذي ومنها نذكر:

-معيار الباعث السياسي: مفاده أنّ الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية إذا كانت بناء على باعث سياسي فهي أعمال سيادية محصنة عن الرقابة إلا إذا كانت لا تنطوي على باعث سياسي، فهي أعمال إدارية تنفيذية تخضع للرقابة، ونتيجة انتقاد هذا الاتجاه كونه معيار فضفاض وغامض ظهر معيار آخر

-معيار طبيعة العمل

⁶ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 19.

يقوم هذا المعيار على اعتبار العمل سياديا إذا كان صدر تنفيذا لنص دستوري، بينما يكون العمل اداريا بتنفيذه إذا كان صدر تنفيذا لنص قانوني أو لائحي.

إلا أنّ هذا المعيار كذلك تعرض لانتقادات لاذعة كونه يجعل من النص الدستوري أداة لتهرب الإدارة من الرقابة القضائية، وكذلك نحن نعلم أنّ الدستور يعتبر مرجعا لكل النصوص القانونية الأخرى ومادام كذلك فلا يمكن بأي حال من الأحوال استبعاد جميع الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية وجعلها محصنة من الرقابة، ضف إلى ذلك طبيعة النصوص الدستورية تختلف، منها حقيقة ما يعبر عن عمل سيادي، ومنها ما يعبر عن عمل إداري مثاله المراسيم المتعلقة بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية. وفي الأخير اهتدى الفقه والقضاء إلى اعتماد مجموعة من الأعمال التي تكون محصنة من رقابة القضاء الإداري أو ما يعرف بأعمال السيادة وتم حصرها فيما يلي:

1-الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التشريعية كدعوة البرلمان للانتقاد، وقرار حل البرلمان وما إلى ذلك، فهذا العمل سيادي يخرج عن نطاق رقابة القضاء.

2-الأعمال المتعلقة بالشؤون الخارجية كالقرارات المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي(اعتماد القرار والتواصل) ، القرارات المتعلقة بعلاقة الدولة بدول أو منظمات دولية، الأعمال المتعلقة بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

3-الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي أو ما يعرف بقرارات الضبط كقرار حظر التجوال، وإن كان الكثير من الفقه يجمع على أنّ نظرية أعمال السيادة تعتبر وصمة عار في جبين المشروعية.

4-تمييز القرار الإداري عن غيره من أعمال الإدارة:

إن التمييز بين القرار الإداري وأعمال الإدارة الأخرى يعد أمراً حيوياً لفهم طبيعة الأنشطة الإدارية المختلفة، إذ يكمن الاختلاف في الهدف من التصرف وطبيعته القانونية، في حين أن القرار الإداري يرتكز على إرادة إدارية تترتب عليها آثار قانونية مباشرة، فإن أعمال الإدارة الأخرى قد تشمل تصرفات إدارية لا تؤدي بالضرورة إلى نتائج قانونية مباشرة أو ملزمة للأفراد، وسوف نتناول هذه التفرقة في ما يلي:

-تمييز القرار الإداري عن العمل المادي⁷:

* الأعمال المادية⁸ لا تهدف إلى إحداث آثار قانونية، بينما الأعمال القانونية تهدف إلى إحداث آثار قانونية فمثلاً الأخطاء التي يرتكبها أي موظف من جراء قيادة رئيس المجلس الشعبي البلدي للسيارة التابعة للبلدية لا يحدث آثار قانونية، وكذلك الحال بالنسبة لنقل عتاد وأثاث مكتب إلى مكتب آخر لا يحدث أثر قانوني، بينما قرار ترقية موظف من رتبة إلى رتبة يحدث أثر قانوني، كقرار ترقية متصرف إلى متصرف رئيسي حيث أن الوضع القانوني للموظف تغيرت وستتبعه تغيرات قانونية أخرى من حيث الصلاحيات ومن حيث الأجر... الخ.

* الأعمال المادية لا تستند إلى قواعد القانون العام وإنما يحتكم فيها إلى قواعد القانون الخاص (المدني)، بينما الأعمال القانونية تستند في أساسها إلى قواعد القانون العام

⁷- إيرابن نوال، محاضرات في مقياس القرارات والعقود الإدارية، موجهة للطلبة السنة الثالثة ليسانس، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، السنة الجامعية 2022/2021، ص 3 و4.

⁸- محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2010، ص 52 و 53.

كقانون الوظيف العمومي، قانون المؤسسات، الإدارات العمومية، قانون الصفقات العمومية... الخ.

* في إطار القيام بالأعمال المادية لا تستخدم فيه الإدارة امتيازات السلطة العامة وإنما تتصرف بصفتها شخص طبيعي عادي من دون أي امتيازات، بينما فيما يتعلق بالأعمال القانونية تستخدم في الإدارة امتيازات السلطة العامة (حق التنفيذ الجبري، عدم مناقشة أو مفاوضة الإدارة في عقودها وصفقاتها، الفسخ الإداري من جانب واحد، إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، الغرامات ... الخ.

* تخضع المنازعات المتعلقة بالأعمال المادية لأحكام القانون العادي، ومن ثم تخضع للقضاء العادي، بينما تخضع المنازعات التي يكون موضوعها عملاً قانونياً لأحكام القانون العام (الإدارة) ومن ثم تخضع للقضاء الإداري.

* الأعمال القانونية تحدث أذى بذاتها، لها قوة إلزامية ذاتية، وتكون نافذة في حق المخاطبين بها⁹، بينما الأعمال المادية لا تحدث بذاتها أي أثر قانوني، وإنما تستند إلى عمل تشريعي أو إداري أو تنظيمي.

* تخضع الأعمال القانونية لرقابة المشروعية ابتداءً وأصالاً، ماعداً أعمال السيادة.

-تمييز القرار الإداري عن العمل القضائي:

⁹ - عبد النور سهام، قضاء الاستعجال في المادة الإدارية من خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2019-2020، ص 95.

يتطلب تحديد طبيعة كل منهما ودوره في النظام القانوني. على الرغم من أن كلاهما تصرف قانوني له أثر قانوني، إلا أنهما يختلفان في جوانب متعددة. إليك التمييز بينهما:

فالقرار الإداري هو تصرف قانوني يصدر عن جهة إدارية، مثل الوزارات أو الهيئات الحكومية أو المؤسسات العامة تهدف من خلاله إلى تحقيق مصلحة عامة أو تنظيم الشؤون العامة، وله تأثير مباشر على الأفراد أو الجماعات في إطار الشؤون الإدارية، بينما العمل القضائي هو تصرف قانوني يصدر عن السلطة القضائية (المحاكم أو القضاة) يتعلق بالفصل في النزاعات القانونية بين الأفراد أو المؤسسات بناءً على القوانين والأنظمة السارية. يشمل الأحكام والقرارات القضائية.

أيضاً يعد القرار الإداري تصرفاً قانونياً إدارياً يهدف إلى تنظيم الشؤون العامة، ويصدر من جهة إدارية بناءً على صلاحياتها القانونية، في حين يعد العمل القضائي تصرفاً قانونياً قضائياً يتضمن إصدار حكم أو قرار للفصل في نزاع قانوني بناءً على تطبيق القوانين.

وبالنسبة للقوة القانونية لكل منهما فإن القرار الإداري يعتبر ملزماً للأطراف المعنية من حيث تطبيق القوانين أو الإجراءات الإدارية. قد يكون قابلاً للطعن أمام المحاكم الإدارية إذا كان مخالفاً للقانون.

أما العمل القضائي فيعتبر ملزماً للأطراف المتنازعة ويجب تنفيذه وفقاً لحكم المحكمة، وقد يكون قابلاً للطعن أمام محكمة الاستئناف أو النقض إذا كان هناك خطأ في التطبيق أو التفسير القانوني.

أيضا بالنسبة للآثار القانونية فالقرار الإداري يترتب عليه آثار إدارية تتعلق بتنظيم أو تنفيذ سياسات عامة أو اتخاذ إجراءات إدارية ضد الأفراد أو المؤسسات (مثل فرض غرامات أو منح تراخيص، بينما العمل القضائي يترتب عليه آثار قانونية تتعلق بحل النزاع بين الأطراف، مثل إلزام أحد الأطراف بدفع تعويضات أو تنفيذ التزامات معينة أو حكم بالبراءة.

هذا وتجدر الإشارة أنه كثيرا ما تصدر الجهات القضائية قرارات تعد اعمالا إدارية تتعلق بتسيير هياكلها من الجانب الإداري كالأعمال الولائية التي يباشرها القضاة من شطب للقضايا أو ندب خبراء... الخ.

- تمييز القرار الإداري عن أعمال السيادة:

القرار الإداري والعمل السيادي هما نوعان من التصرفات القانونية الصادرة عن السلطة العامة، لكنهما يختلفان في طبيعة الهدف والمجال الذي يُمارسان فيه. فالقرار الإداري هو تصرف قانوني صادر عن جهة إدارية تهدف إلى تنفيذ القوانين والأنظمة أو تنظيم شؤون عامة معينة، ويُطبق في الغالب في إطار العمل اليومي للهيئات الحكومية والإدارية، مثل إصدار تراخيص أو فرض غرامات أو اتخاذ إجراءات إدارية تتعلق بالأفراد أو المؤسسات. هذه القرارات تخضع لرقابة القضاء الإداري إذا كانت مخالفة للقانون. أما العمل السيادي فهو تصرف قانوني يصدر عن السلطة التنفيذية أو السلطات العليا في الدولة (مثل رئيس الدولة أو الحكومة) ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ذات طابع استثنائي أو يتعلق بالسياسات العليا للدولة، مثل إعلان الحرب أو إبرام المعاهدات الدولية. يختلف العمل السيادي عن القرار الإداري في أنه لا يخضع

للمراقبة القضائية، نظراً لطبيعته السياسية أو السيادية التي تتعلق بسيادة الدولة وصلاحياتها العليا.

- تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية:

إذا كان العمل صادراً عن السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي، أما إذا كان العمل صادراً عن السلطة التنفيذية فهو عمل إداري، سواء صدر من السلطة المركزية أو السلطة اللامركزية. ويعتبر عمل ما بأنه عمل تشريعي أو قرار إداري بالاستناد إلى ما يتضمنه محتواه من مواضيع تدخل ضمن نطاق اختصاص السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ويقوم التوزيع بينهما على أساس الأهمية المعلقة لكل عمل. وبالرجوع إلى الدستور نجد أنه يقيد سلطة البرلمان في إطار النصوص طبقاً للمادة 139 في مجال القوانين العادية وطبقاً للمادة 140 في مجال القوانين العضوية تاركاً بذلك ما يخرج من نطاق التشريع لمجال التنظيم وتجب الملاحظة على أن هناك فئتين من القرارات التنظيمية

ثانياً: إعداد القرار (العناصر الموضوعية والشكلية للقرار الإداري)

تراعي الإدارة عند اتخاذها لقراراتها بل وقبل إصدارها لها مجموعة من الشروط والأركان القانونية والفنية كون هذه الأركان تشكل البناء القانوني والسليم للقرار الإداري، وهذا ما يسمى بقرينة السلامة والمشروعية في القرارات الإدارية، وفي حالة غياب أي ركن من هذه الأركان يشوب هذا القرار عيب عدم المشروعية ومن ثم يجوز للقاضي الإداري الحكم بإلغاء هذه القرارات، ونستعرض لعناصر القرار الإداري في الآتي:

1- الاختصاص :

يقصد به الصلاحية أو القدرة أو المكنة المخولة لسلطة إدارية لاتخاذ قرار معين كما يحدده القانون، ويقترّب ركن الاختصاص في القرارات الإدارية إلى حد بعيد مع شرط الأهلية في التصرفات المدنية، ولركن الاختصاص أربعة صور نذكر منها:

***العنصر الشخصي:** القاعدة العامة أنّه لا يحق لغير صاحب الاختصاص ممارسته، حيث لا يجوز لمن هو مكلف بعمل معين مهما كان في السلم الإداري أن يعين من يخلفه في عمله، وكل مخالفة لهذه القاعدة من الغير يعتبر انتحالا لشخصية المختص، أو اغتصابا للسلطة إلا أنّ هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، وهي حالة الموظف الفعلي الذي حل محل الموظف الأصلي من دون أن يحمل الصفة الرسمية للقيام بهذا العمل، والعمل بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية وحالة الحروب، كما حدث في الجزائر عقب الاستقلال مباشرة أو أثناء الحرب العالمية الثانية في فرنسا... الخ. كما رتب القانون استثناءات أخرى تملّيها الظروف الوظيفية حين يتعذر على الموظف القيام بجميع اختصاصاته، وتكمن في:

التفويض: عمل إداري يقوم بموجبه المفوض بالعمل بدل الموظف الأصلي، وذلك بناء على نص قانوني، ويجب أن يكون التفويض جزئيا وليست كل اختصاصات الأصل تفوض، كما يجب ألا يكون تفويض متعد أي تفويض على تفويض، والتفويض نوعان، تفويض اختصاص وتفويض توقيع.

الإنابة: شكل من أشكال تنازل صاحب الاختصاص الأصلي عن اختصاصه لصالح شخص آخر هو النائب، ولا تكون الإنابة إلا بتوافر الشروط التالية:

-وجود نص قانوني يجيز بالإنابة.

- غياب أو استحالة قيام الأصل باختصاصاته.

- الإنابة تكون كلية أي تشمل جميع اختصاصات الأصل.

***العنصر الموضوعي:** وهو المجال الذي خوله القانون للشخص صاحب الاختصاص أن يصدر قراراته فيه كما حدده القانون، مقررات تنظيم الصيد البحري تصدر عن وزير الصيد البحري، وقرارات نزع الملكية لصالح المنفعة العامة تصدر عن الوالي، وقرارات تنظيم مرفق مستشفى تصدر عن مدير المستشفى أو مدير الصحة وقرارات تنظيم البلدية تصدر عن رئيس البلدية وهكذا.

*** العنصر المكاني (الإقليمي):** وهو الحيز الجغرافي الذي يمارس فيه رجل الإدارة اختصاصاته فالوالي مختص إقليميا بأن يصدر قرارات تشمل جميع إقليم ولايته، وكذا رئيس البلدية يصدر قرارات تتعلق بإقليم بلديته، ومخالفة هذا العنصر يؤدي حتما إلى عدم مشروعية القرار كونه مشوبا بعيب عدم الاختصاص المكاني.

***العنصر الزمني:** الأصل أن يحدد القانون الفترة الزمنية التي يمكن لرجل الإدارة إصدار قراراته فيها، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسة اختصاصه يعتبر هذا القرار لاغيا وغير مشروع كما لو أصدر رجل الإدارة قرارا قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو بعد فصله من الوظيفة أو إحالته على التقاعد، كذلك إذا حدد القانون مدة زمنية لإصدار قرارات إدارية.

2- عنصر الشكل والإجراءات:

إن الحكمة من اشتراط بعض الشكليات والاجراءات هو تحقيق حسن سير المرافق العامة وضمان الدقة والسلامة في أعمالها¹⁰، وكذا تحقيقا للتوازن بين الإدارة من جهة والمواطنين من جهة أخرى.¹¹

أ-الشكل:

هو القالب أو المظهر الخارجي والقالب المادي¹² الذي تعبر فيه الإدارة عن نيتها بإصدار قرارات إدارية، أي ما يدخل في الإطار البنوي للقرار الإداري، كالتسبيب، التوقيع، التاريخ، التصديق، رقم القرار، اسم المخاطب بالقرار، الجهة المصدرة له ... الخ.

ب-أما الإجراءات:

فهي المراحل التي يمر بها القرار الإداري وكما يقصد بها أيضا الترتيب التي تتبعها الإدارة قبل اتخاذ القرار والتي تسبق إصداره نهائيا¹³، وغالبا ما نجد الاجراءات في القرارات المركبة دون البسيطة، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، إجراءات

¹⁰ - لعشب محفوظ، المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 82.

¹¹ - عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية ، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 288.

¹² - طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، طاهري حسين، طبعة 2، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 167.

¹³ - محمد، الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2007، ص 331.

احترام المدة القانونية، إجراء استشارة جهة متخصصة قبل صدور القرار، إجراء تصديق جهة معينة قبل صدور القرار، إجراء القيام بالتحقيقات اللازمة، إجراء تمكين الشخص المخاطب بالقرار من حق الدفاع وتبليغه بالقرار ... الخ.

هذا وقد ميّز الفقه والقضاء بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية أو الثانوية ولهذا التمييز بطبيعة الحال آثار قانونية على صحة وسلامة ومشروعية القرار، حيث إذا كان الشكل أو الإجراء جوهرياً في حالة عدم احترامه أو غيابه يؤدي مباشرة إلى عدم مشروعية القرار ومن ثم إلغائه، أمّا إذا كان الشكل أو الإجراء ثانوياً وفي حالة عدم احترامه أو غيابه فلا يؤثر على صحة وسلامة ومشروعية القرار.

3: السبب

يعرف السبب بأنّه الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع جهة الإدارة إلى إصدار القرار الإداري، وتنص المادة 26 من التعديل الدستوري¹⁴ 2020 على ضرورة والزامية تسبب قرارات الإدارة، ومن ثم يعتبر السبب الدافع والحافز الخارج عن نطاق وإرادة المسؤول عن اتخاذ القرار الإداري، وعرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنّه "حالة واقعية أو قانونية، تعمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار" وتمثل الحالة الواقعية للسبب في الأوضاع المادية الناجمة عن الطبيعة (زلازل، فيضانات، انتشار وباء ... الخ)، أو بتدخل إنساني (حرب، إضراب، بناء، إصدار أصوات مزعجة... الخ. مثاله ما ورد في

¹⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

المادة 89 من قانون البلدية¹⁵ رقم 10/11 بنصها على أنه يتخذ رئيس المجلس الشعبي في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، كل الاحتياطات الضرورية وكل التدابير الوقائية لضمان سلامة وحماية الأشخاص والممتلكات في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحدث فيها أية كارثة أو حادث، وفي حالة الخطر الجسيم والوشيك يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فوراً.

أمّا الحالة القانونية لركن السبب فمثالها ارتكاب الموظف لمخالفة تأديبية يدفع جهة الإدارة إلى إصدار قرار بتوقيع جزاء عليه، وكذلك الحال بالنسبة لقرار الإحالة على التقاعد، أيضاً كما هو الحال بالنسبة لقرار الاستقالة من المنصب، فسبب هذا القرار هو الطلب المقدم من المعنى لنجاحه في مسابقة أخرى تتماشى مع مستواه العلمي.

4: ركن المحل¹⁶

ويقصد به الأثر الفوري المباشر والحال المترتب على إصدار القرار، أي المساس بالمراكز القانونية إنشاء أو تعديلاً أو إلغاء لقرار التعيين، الترقية، الفصل، كلها تحدث أثر قانوني فوري. ويشترط الفقه والقضاء لصحة محل القرار الإداري أن يكون ممكناً ومشروعاً.

5: الغاية أو الهدف

¹⁵ - قانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 يتعلق بالبلدية.

¹⁶ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 358.

وهي النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة العامة إلى تحقيقها من وراء إصدارها للقرار الإداري. ويختلف ركن الغاية عن ركن السبب في كون الأول حالة واقعية أو قانونية موضوعية أي خارجة عن إرادة ونية مصدر القرار، بينما نجد الغاية تجسد حالة ذاتية شخصية تعبر عن نية مقصد القرار الإداري.

ويختلف ركن الغاية عن ركن المحل في كون الأول يجسد النتيجة النهائية والبعيدة وغير المباشرة للقرار بينما الثاني يجسد الأثر الحال والمباشر والفوري للقرار الإداري.

ثالثا: النظام القانوني للقرار الإداري (نفاذ + تنفيذ + نهاية القرار الإداري)

1- نفاذ القرار الإداري

أ- الأثر الفوري لسريانه:

تقضي القاعدة العامة أنّ القرار الإداري يسري مباشرة وابتداء من تاريخ صدوره خاصة بالنسبة للإدارة مصدر القرار، وبتتابع إجراءات النشر والتبليغ وإعمال نظرية العلم اليقين بالنسبة للأفراد المحاطين بالقرار الإداري، وتجد هذه القاعدة سندها القانوني في المادة 1/4 من القانون المدني، وذلك بنصها على ما يلي: تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الشعبية ابتداء من نشرها في الجريدة الرسمية" وتهدف قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية أو الأثر الفوري للقرار الإداري إلى ضبط مواعيد الطعون الإدارية والقضائية.

-حماية المراكز القانونية واستمرارها.

-احترام الحقوق المكتسبة.

-احترام قواعد الاختصاص.

-تنامي الثقة بين الإدارة والمواطن.

-تحقيق العدالة الطبيعية.

-الحفاظ على السير الحسن للإدارة. إلا أنّ هذه القاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ترد عليها استثناءات نورد ذكرها في الآتي:

-إباحة الرجعية بنص تشريعي، وبمقتضاه يمكن للسلطة التشريعية إن ترخص للإدارة في حالات معينة إصدار قراراتها بأثر رجعي.

-الرجعية بناء على قرار قضائي صادر بناء على دعوى الإلغاء.

-سجل القرار الإداري

-القرارات المصححة لقرارات معيبة (والمفسرة والمؤكدّة)

ب- وسائل العلم بالقرارات الإدارية :استنادا إلى المادة 4 من القانون المدني، والمادة 35 من المرسوم 88-131 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن والتي تنص على أنّه "لا يحتج بأي قرار ذي طابع فردي على المواطن المعني بهذا القرار، إلا إذا سبق تبليغه إليه قانونا، هذا إن لم يكن هناك نص قانوني أو تنظيمي مخالف".

إذا وسائل العلم بالقرار الإداري استنادا لنص المادتين هي:

- النشر: يعرف الفقه النشر بأنّه اتباع جهة الإدارة شكليات معينة لكي يعلم الجمهور بالقرار، ويعتبر النشر الوسيلة الأساسية للعلم بالقرارات التنظيمية، إلا إذا نصّ القانون على ذلك صراحة.

- **التبليغ:** وهو إعلان واعلام الأفراد بالقرار عن طريق جهة الإدارة أي أن تسهر الإدارة على إيصال القرار الإداري إلى الشخص المخاطب به بأي طريقة كانت.

ونلاحظ في هذا الصدد أنّ التبليغ أو الإعلان الفردي وهو أقوى من النشر لأنّ التبليغ هو علم حقيقي بالقرار، أمّا النشر فهو علم افتراضي بالقرار والقاعدة العامة في التبليغ أنه يتم كما هو منصوص عليه قانوناً، سواء عن طريق تسليم الشخص المعني نسخة من القرار تسليمًا شخصيًا يدا بيد، أو عن طريق البريد المضمون بعلم الوصول أو حتى عن طريق النشر في القرارات الجماعية كقرار إعلان نتيجة امتحان.

- **العلم اليقيني**¹⁷: يقصد بالعلم اليقيني أن يتمكن الشخص المعني بالقرار من العلم بفحوى القرار بغير طريق النشر والتبليغ، وبصورة قاطعة لا ظنية ولا افتراضية وبكيفية كافية وشاملة نافية للجهالة، ومثاله أن يقوم الشخص المعني بالقرار الإداري بمباشرة التظلم الإداري، وكذا من مظاهر العلم اليقيني حضور مداوولات (المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي).

ونجد أنّ هذه النظرية- العلم اليقيني -تكاد تكون مهجورة ومحدودة النطاق، وغير معمول بها، بالإضافة إلى العلم بالقرار بناء على دعوى مدنية.

2- تنفيذ القرار الإداري:

بداية نشير أنّ تنفيذ القرار الإداري يختلف عن نفاذه، فالنفاذ هو الميلاد القانوني للقرار الإداري أي بداية إحداث آثاره القانونية، وعرفه الأستاذ عمار عوابدي بقوله : "النفاذ هو عملية قانونية تتم بموجب الإصدار والشهر - النشر أو التبليغ"، أمّا التنفيذ

¹⁷ - ايرابن نوال، مرجع سابق، ص 20 و 21.

فيقصد به التطبيق الفعلي والواقعي للقرار الإداري، أي دخول ووضع القرار حيز التنفيذ، فتنفيذ القرار الإداري هو نقل القرار من الوجود القانوني إلى الوجود الواقعي، وتثير مسألة تنفيذ القرارات الإدارية الكثير من التساؤلات القانونية والعملية، ماهي الجهات المخولة بتنفيذ القرار الإداري، وماهي الآليات والإجراءات التي خولها المشرع قصد تنفيذ القرار الإداري؟

والإجابة تكون من خلال دراسة النقاط الثلاثة التالية) :التنفيذ الاختياري للقرار للمخاطبين به، التنفيذ عن طريق الغدرة والتنفيذ عن طريق القضاء)

***التنفيذ الاختياري للقرار الإداري:**

الأصل أنّ يتم تنفيذ القرارات الإدارية مباشرة وآليا وهذا لفرضية سلامتها ومشروعيتها سواء كان المخاطب بها إدارة أو أفراد عاديين، وخاصة إذا كان القرار الإداري يحمل في طياته حقا أو منحة، أو تقديم رخصة حيث في هذه الحالة نجد الشخص المخاطب بالقرار متحمسا للتنفيذ، بل يسعى بدوره إلى الإدارة قصد تسهيل تنفيذ القرار الإداري في أسرع وقت.

أما إذا كان محل القرار التزام حيث يجب على المخاطب بالقرار إمّا القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فهنا بالذات تصبح مسألة التنفيذ الاختياري للقرار الإداري على المحك، خاصة في حال الامتناع عن التنفيذ وهذا ما سنتناوله في النقطة الثانية.

*** التنفيذ الإداري (المباشر والجبري):**

مكن المشرع السلطة العامة أو الإدارة من امتيازات وضمانات تحقيقا للمصلحة العامة قصد تنفيذ قراراتها الإدارية حال امتناع المخاطبين بالقرارات الإدارية عن التنفيذ الطوعي لها، ومن هذه السلطات والآليات القانونية نذكر:

أ - سلطة توقيع الجزاءات الإدارية:

إنّ من أهم مظاهر امتيازات السلطة العامة ان مكّنت الإدارة من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على الأفراد الممتنعين من تنفيذ القرارات الإدارية سواء كانوا ينتمون إلى الجهاز الإداري، أي موظفين في مرفق عمومي أو أشخاص لا ينتمون إلى الجهاز الإداري أي من المنفعين من خدمة المرافق العامة، حيث تطبق على الصنف الأول - المشاركين أو المنتمين للجهاز الإداري - العقوبات التأديبية المقررة قانونا كقرارات الإنذار، التوبيخ، التنزيل، الخصم، التوقيف، الفصل ... الخ، أمّا الصنف الثاني - المنفعين - فتطبق عليهم جزاءات إدارية تتمثل في تقييد الحقوق العامة كغلق محل تجاري، هدم السكنات، حل جمعية، حل جمعية وضع التجمعات ... الخ. هذا وتقوم فكرة الجزاء الإداري على عنصر الخطأ المتمثلة في الامتناع عن التنفيذ الاختياري للمقرر الإداري.

ب - التنفيذ الجبري:

تتجسد الصورة الثانية من صور امتيازات السلطة العامة المكفولة للإدارة في تمكين الإدارة من سلطة التنفيذ الجبري لقراراتها الإدارية وبإرادتها دون اللجوء إلى القضاء كما هو مقرر في المنازعات التي تقع بين الأفراد، وتعتبر قرينة كل من السلامة والمشروعية أساسا قانونيا لمنح الإدارة سلطة التنفيذ الجبري ولصحة وسلامة هذا الإجراء تم إحاطة التشريع والقضاء ببعض القيود والشروط نوردها في الآتي:

-مشروعية إجراء التنفيذ المباشر أو الجبري : إذ يجب أن يكون هذا الإجراء منصوحا عليه قانونا كآلية لتنفيذ الإدارة لقراراتها حتى لا تستعمل هذا الامتياز على إطلاقه ومن ثم نكون أمام حالة التعسف أو الاستبداد. مثلا المادة 2/99 من قانون البلدية 10-11.

-امتناع الفرد عن التنفيذ الاختياري والطوعي، بعد إعداره قانونا بطبيعة الحال.
-اقتصار التنفيذ المباشر على فحوى القرار أي محدودية التنفيذ بما هو مقرر في القرار.

-عدم وجود آلية أو وسيلة أخرى للإجبار على التنفيذ.

- حالة الضرورة والاستعجال، خاصة فيما يتعلق بالحفاظ على النظام العام .

*** تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء :**

إنّ من مقتضيات تمتع الإدارة بالشخصية القانونية الاعتراف لها بحق التقاضي وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة المقررة في أحكام القانون المدني الجزائي، وبالأخص المادة 2/50 منه، وكذا النصوص القانونية الخاصة بكل مرفق كما هو مقرر مثلا، بموجب المادة 82 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، والحالات التي أقرّها التشريع للجوء الإدارة إلى القضاء قصد تنفيذ قراراتها تتمثل في الدعوى الجزائية والدعوى المدنية.

-الدعوى الجزائية:

طبعاً لا يقصد من العقوبات الجزائية ان تلجأ الإدارة إلى القاضي الجزائي حتى يتم تنفيذ قراراتها، ذلك ان القرارات الادارية تكتسب الصفة التنفيذية دون حاجة اللجوء إلى القضاء. وإنما المقصود مما سبق هو تعزيز هذه الصيغة التنفيذية بعقوبات جزائية في حالة مخالفة هذه القرارات بالامتناع عن تنفيذها طواعية، وذلك عقاباً وردعاً للمخالف حتى لا يعود لمخالفتها مرة أخرى. وإعمالاً لمبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري المعدل، نجد نص المادة 459 منه تنص على "يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 20.000 دج، ويجوز أن يعاقب أيضاً بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانوناً من السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقباً عليها بنصوص خاصة.

ونجد كذلك العديد من النصوص القانونية الخاصة تقرر عقوبات جزائية على مخالفة أو عدم الامتثال للقرارات الإدارية كما هو حال مخالفة وعدم الامتثال لبعض المراسيم، كالمرسوم مثلاً المتعلق بالصفقات العمومية 247/15 الملغى والمعدل بموجب القانون رقم 23-12.

ب -الدعوى المدنية: لقد أثارت مسألة إمكانية لجوء الإدارة إلى القضاء العادي (المدني) جدلاً فقهيًا وقضائياً كبيراً إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي فصل أخيراً بعدم اختصاص القضاء المدني بالزام واحترام تنفيذ القرار الإداري، إلا إذا أباح القانون ذلك صراحة أو استكمالاً لتوقيع العقوبة الجنائية من الناحية العملية، وذلك يدل على إمكانية استعمال هذا الحل، ولكن في نطاق ضيق جداً.

3-نهاية القرارات الإدارية:

طبعاً كل عمل قانوني بما فيه القرارات الإدارية له نهاية قانونية، وذلك بداية من ترتيب آثاره القانونية كما سلف، وإن ذكرنا بالتفصيل والتحليل في موضوع نفاذ القرارات أو بناء على إرادة إدارية أو حتى بإرادة خارج الإدارة، وهذا ما سنتناوله من خلال بحث ومناقشة الآليات التي بموجبها تنتهي القرارات الإدارية وتزول.

أ- النهاية الطبيعية للقرارات الإدارية:

-تنفيذ القرار الإداري :

ينتهي القرار الإداري بمجرد تنفيذه لأنه بهذا التنفيذ يستمد القرار موضوعه، ومثاله القرار الصادر من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بهدم مسكن آيل للسقوط ينتهي بهدم المسكن، وكذلك الحال بالنسبة للقرار القاضي بمنح إعانة مالية لبناء مسكن ريفي ينتهي بإتمام بناء المسكن وهكذا.

-نهاية المدة المحددة لنفاذ القرار المؤقت :

عندما تصدر الإدارة قراراً محدد المدة ينتهي آلياً بانتهاء المدة المحددة ومثاله صدور قرار بمنح رخصة لممثل مجلس منتخب ينتهي هذا القرار آلياً بانتهاء مدة التمثيل في المجلس، وكذا في حال صدور قرار بمنح رخصة بناء ينتهي فعالية هذه الرخصة بانتهاء مدتها وغالباً ما تحدد بمدة ثلاث سنوات.

-تحقق الشرط الفاسخ الذي عُلق عليه القرار :

إذا صدر قرار وعُلق على شرط فاسخ فعند تحقق الشرط يزول القرار وينتهي، فمثاله صدور قرار بالترقية معلقاً على شرط فاسخ يتمثل في انتظار الفصل في مسألة تسليط

العقوبة التأديبية من عدمها، فإذا تم توقيع العقوبة التأديبية على الموظف زال وانتهى قرار الترقية.

-استحالة التنفيذ : كهدم منزل قبل تطبيق قرار الهدم، عدم وجود العمل أصلاً.

ب: النهاية الإدارية (الذاتية) للقرارات الإدارية:

استقر كل من الفقه والقضاء المقارنين على إمكانية أن تضع الإدارة حداً للقرارات الإدارية، وذلك بإنهائها وإزالة آثارها القانونية وذلك بناءً على المبررات التالية:

-مبدأ قابلية المرافق العامة للتبديل والتغيير، أو ما يعرف بمبدأ التكيف مع مقتضيات المصلحة العامة.

-مبدأ المشروعية وذلك من خلال لجوء الإدارة إلى مراجعة وتصحيح الأخطاء التي ارتكبتها الإدارة.

وتملك الإدارة في هذا الصدد آليتين رئيسيتين لإنهاء قراراتها الإدارية يعتريهما الكثير من الاختلاف والتناقض سواء من شروطهما، مجالهما، أو حتى آثارهما القانونية، وهذین الآليتين هما الإلغاء والسحب نتطرق في الآتي:

* الإلغاء: يقصد بالإلغاء إنهاء آثار القرار الإداري بالنسبة للمستقبل فقط دون أن يتعدى إلى الماضي، كما يعرف على أنه أن تلجأ الإدارة إلى إصدار قرار إداري لاحق يزيل ويقضي على وجود قرار إداري سابق، من حيث عدم ترتيب هذا الأخير لآثاره في المستقبل، وكذلك يستوي إقرار الإلغاء مع القرارات الأخرى من حيث ضرورة توافره وشموله على الأركان الخمسة المذكورة سالفاً.

هذا ويختلف الأثر القانوني للإلغاء الإداري عن القرارات الإدارية المشروعة إلى القرارات الإدارية غير المشروعة، ومن القرارات الإدارية التنظيمية القرارات الإدارية الفردية، وهذا ما سنتناوله في التالي:

-سلطة الإدارة في إلغاء القرارات الإدارية المشروعة:

بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية يجوز للإدارة إلغاؤها في أي وقت، وذلك بناء على المبدأ الذي يحكم سير المرافق العامة ألا وهو قابلية المرافق العامة للتبديل أو التغيير أو ما يعرف بمبدأ التكيف وذلك من أجل مواكبة المرفق العام للمستجدات والتطورات التي تطرأ على الحياة الإدارية، وكذا بناء على عدم تعلق القرار اللائحي بمركز قانوني أو حق مكتسب، وإنما يتضمن قاعدة عامة ومجردة.

أما بالنسبة للقرارات الفردية فالقاعدة العامة تقضي بعدم جواز إلغاء القرارات الإدارية الفردية المشروعة، أو بالأخص إذا كانت قد رتبت حقوقا مكتسبة أو مراكز قانونية إلا أنّ هذه القاعدة ترد عليها استثناءات وهي كالتالي:

-القرارات الوقتية (إلغاء رخصة استعمال المال العام مثلا .)

-القرارات التمهيدية (التوقيف قصد الإحالة على المحاكمة التأديبية، والتي تحتاج إلى اجراءات وقرارات اخرى).

-القرارات السلبية (رفض منحة حمل السلاح، فتح محل، لا ترتب حقوق)

-قرارات الضبط الإداري (الحفاظ على النظام العام تلغيها من شأنت)

-سلطة الإدارة في إلغاء القرارات غير المشروعة:

فيما يتعلق بالقرارات التنظيمية غير المشروعة فإن كان إلغاء المشروعة منها جائزا، فالغير مشروعة أولى بالإلغاء، وكذا الحال بالنسبة للقرارات الفردية وذلك بطبيعة الحال إذا تبين لجهة الإدارة أن هذا القرار يشوبه عيب من عيوب عدم المشروعية كأن تكون صادرة من غير مختص أو دون مراعاة للأشكال والإجراءات الجوهرية أو مشوبة بعيب السبب - مخالفة للوقائع أو القانون أو عيب المحل، أو حتى عيب الانحراف بالسلطة.

*** السحب:**¹⁸ هو إنهاء آثار القرار الإداري ماضيا، حاضرا، ومستقبلا، ويعتبر السحب من بين الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية، حيث يعدم القرار الإداري ويعتبره كأنه لم يوجد أصلا، وذلك برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار، ويتشابه السحب الإداري مع الإلغاء القضائي إلى حد كبير من حيث آثارهما القانونية، كما يعتبر السحب الإداري جزءا طبيعيا لمخالفة مبدأ المشروعية.

وحتى يكون قرار السحب صحيحا ومنتجا لآثاره، رتب الفقه والقضاء ضرورة توافر الأركان الخمسة المتعارف عليها لإصدار قرار السحب، بالإضافة إلى تضمينه بشروط خاصة نورد ذكرها في الآتي:

أ- شروط السحب الإداري للقرارات الإدارية:

- أن يقتصر أو يرد الحد الإداري على القرارات الإدارية غير المشروعة، أي أن القرار الإداري المراد سحبه عيب من عيوب القرار الإداري (كعيب عدم الاختصاص أو عيب مخالفة شكل الإجراءات، عيب مخالفة القانون، عيب الانحراف بالسلطة لغاية أو هدف)، هذا مع استثناء بعض الصور الأخرى.

18 - الشريف وكواك، مرجع سابق، ص 12.

- شرط احترام ميعاد سحب القرار الإداري، مسألة ميعاد سحب القرار الإداري أثارت الكثير من الجدل بين فقهاء قانون الإدارة، إلا أن الرأي الراجح هو اعتماد القياس على شرط الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، ما دام أن عملية سحب القرارات الإدارية لها نفس الأسباب والموضوع والآثار والمدة المحددة بناء على ذلك في مدة 60 يوما من تاريخ تبليغ القرار الفردي أو حتى تاريخ نشر القرار التنظيمي، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري بموجب المادة 828 من ق إ م إ ج رقم 08-09 المعدل والمتمم بموجب القانون 22-13.

- أن تتم عملية سحب القرار الإداري من السلطة المختصة قانونا، وكما هو معلوم حيث أن الاختصاص من النظام العام لا يجوز الخروج في هذه القاعدة حال المواعيد حيث يجب أن يصدر قرار السحب من السلطة المختصة بذلك سواء أكانت سلطة ولائية أو رئاسية.

ب- نطاق السحب الإداري للقرارات الإدارية:

* بالنسبة للقرارات المشروعة:

ذكرنا سالفا بأنه كقاعدة عامة وكشرط من شروط الحد الإداري أن يرد على قرارات إدارية غير مشروعة إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات وهي:

- القرارات الفردية السليمة المشروعة التي لا تولد حدا.

- القرارات المتعلقة بفصل الموظف حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي والمصري بسحب قرارات فصل موظفين رغم مشروعيتها لدواعي إنسانية بشرط ألا تكون قد عينت موظفا جديدا.

- سحب القرارات التنظيمية المشروعة لعدم الملائمة.

*بالنسبة للقرارات غير المشروعة:

فالقاعدة أن تلجأ الإدارة إلى سحبها سواء كانت فردية أو تنظيمية وذلك مع مراعاة الشروط سالفة الذكر والمتعلقة بشروط السحب الإداري، وفي ذلك كان تحقيق مبدأ المشروعية ودولة القانون.

ج -القرارات الجائز سحبها دون التقيد بشرط الميعاد القانوني:

-القرارات المنعدمة:

القرار المنعدم هو القرار الذي يفتقر إلى عناصره الأساسية أو يخل بالشروط القانونية التي يتطلبها القانون ليكون صالحاً وناظراً. بمعنى آخر هو القرار الذي لا يوجد له أي أثر قانوني بسبب نقص جوهري في صحته، سواء كان ذلك بسبب اختلال في الشكل، أو في الاختصاص، أو في الإجراءات، أو لوجود مخالفة جسيمة للقانون أو للنظام العام.

فالقرار المنعدم يُعد غير موجود قانوناً¹⁹ وكأنه لم يصدر من الأساس، وبالتالي لا يمكن تنفيذه أو الطعن فيه، حيث يُعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليه أي آثار قانونية.

- القرارات الإدارية الصادرة بناء على غش أو تدليس:

إذا كان شرط المدة شرط إجرائي للحفاظ على استقرار المعاملات والحقوق والمراكز القانونية المكتتبه هذا إذا كان الخطأ خطأ الإدارة والشخص المخاطب بالقرار عن النية،

¹⁹ - عبد النور سهام، مرجع سابق، ص 97.

أما إذا كان الشخص سيئ النية واعتلى المركز القانوني أو حصل على حق بناء على سوء النية المكتسبة أساس على الغش أو التدليس فجزاء ذلك هو عدم الاعتبار بشرط الميعاد القانوني للسحب مثاله أن يحصل شخص على جنسية دولة ما بناء على وثائق مزورة أو غش أو تدليس قام بها لإثبات زواجه أو إقامته في دولة ما ثم اكتشاف الغش أو التزوير حتى لو بعد فوات عدة أشهر من منحه الجنسية يمكن في أي لحظة إصدار قرار سحب الجنسية وبذلك الحال بالنسبة للشخص الذي يحصل على وظيفة أو ترقية بناء على وثيقة مزورة.

-وأضاف مجلس الدولة المصري نوع آخر من القرارات الجائز فيها الخروج عن شرط الميعاد وهي القرارات الصادرة بناء على سلطة مقيدة.

المحور الثاني: العقود الإدارية

تمهيد

تمارس الإدارة أيضا نشاطها عن طريق العقود الإدارية، فنجد الإدارة العمومية قد تتعامل مع الغير كفرد عادي لا كصاحبة سلطة وامتياز، وهنا العقود التي تبرمها تخضع للقانون الخاص وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة حسب نص المادة 106 من القانون المدني.

إلى جانب ذلك، تبرم الإدارة أيضا عقودا أخرى بصفتها سلطة وصاحبة امتياز على الأفراد وفيها يتراجع سلطان الإرادة وتسمى بالعقود الإدارية.

أولا : مفهوم العقود الإدارية

1-تعريف العقد الإداري

إذا كان القرار الإداري هو تصرف قانوني من جانب واحد²⁰، يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، فإن العقد الإداري هو توافق إرادتين بحيث تظهر الإدارة كطرف في العقد. وهناك معيارين لتعريف العقد الإداري: المعيار الشكلي، والمعيار الموضوعي.

-المعيار العضوي:

وفقا لهذا المعيار يعرف العقد الإداري على أنه ذلك العقد الذي تكون أحد الأشخاص المعنوية المحددة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، طرفا في العقد، أي الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيه.²¹

-المعيار الموضوعي

يعرف العقد الإداري وفقا لهذا المعيار بموضوعه، إن كان يخضع لقواعد القانون العام في تنظيمه وتنفيذه. وتعتبر الإدارة المتعاقدة قد استخدمت قواعد القانون العام، إذا لجأت إلى بنود غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وهو تعبير عن المظهر الأكيد للسلطة العامة التي تجعل الإدارة في مكان أعلى من الأفراد، وتعالج تصرفاتها معالجة خاصة، وهذه البنود هي عبارة عن نصوص لا نجدها عادة في العقود الخاصة بين الأفراد.

²⁰ - عادل عبد الرحمن خليل، أثار العقود الإدارية، مطبعة الايمان، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، سنة 1998، ص 11 .

²¹ - محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1، سنة 1991، ص 95.

ويمكن تقسيم هذه الشروط الاستثنائية كمعيار لتعريف العقد الإداري إلى نوعين من الشروط:

أ. شروط متعلقة بامتيازات السلطة العامة: فهي غير مألوفة في القانون الخاص، لأنها من ناحية تعطي للإدارة المتعاقدة امتيازات في مواجهة المتعاقد، ومن ناحية أخرى تعطي للمتعاقد بعض الامتيازات في مواجهة الغير²².

ب. شروط متعلقة بالمصلحة العامة: وهي شروط تعتبر تطبيقاً لقواعد القانون العام فهي موجودة فقط في القانون العام ويمكن إرجاعها إلى قواعد القانون الإداري.

*وشروط العقد الإداري هي:

-الرضا : ويقصد به اتفاق ارادتين قصد إحداث أثر قانوني، وفيما يخص ركن الرضا في العقد الإداري فإنه تسري عليه نفس الأحكام التي تحكم العقود الخاصة، غير أن التعبير عن الإرادة في العقد الإداري يغلب عليه الطابع الشكلي.

ويشترط لسلامة الرضا أن يكون صادراً عن جهة إدارية مختصة بالتعاقد، واحترام

الشكليات والإجراءات التي يشترطها القانون في صدور الإرادة من طرف الإدارة.

-المحل : وهو الأداء الذي يجب على أحد المتعاقدين أن يقوم به لصالح المتعاقد معه، أو هو الأثر القانوني الذي يراد تحقيقه بالتراضي.

²² _ بوسام بوبكر، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد 13، عدد 1، سنة 2024، ص 110.

-السبب : وهو الغرض الذي من أجله التزم المتعاقد، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة .والذي يقصد به تحقيق المصلحة العامة في العقد الإداري.

-شروط صحة العقد الإداري:

لدينا الأهلية وهي صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق، وتختلف الأهلية من الشخص الطبيعي عنه بالنسبة للشخص المعنوي .فالشخص الطبيعي يكتسب أهلية الأداء بمجرد بلوغه سن 19، أما بالنسبة للشخص المعنوي فإنه يكتسب الأهلية القانونية باكتسابه الشخصية القانونية.

وأيضاً سلامة الرضا والتي يقصد بها سلامة الإرادة من عيوب الرضا المعروفة، من الغلط، والتدليس، الإكراه، الاستغلال...الخ.

2- معايير تحديد العقود الإدارية

لا تخضع عقود الإدارة لنظام قانوني واحد، مما استلزم ضرورة البحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية. وتظهر أهمية التمييز بين هذه العقود من حيث القانون الواجب التطبيق، وكذا معرفة الجهة القضائية المختصة.

أ/العقود الإدارية بتحديد القانون " المعيار القانوني"²³

يلجأ المشرع في بعض الأحيان - وذلك عندما يجد أن تطبيق قواعد القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص - إلى إضفاء الطابع

²³ - وكواك الشريف، مرجع سابق، ص 15.

الإداري على بعض العقود، ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تنثيره من منازعات . ويطلق على هذه العقود تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون.

ويجب أن نشير إلى أنه لا مجال للاجتهاد إذا نص المشرع على اعتبار أحد العقود عقدا إداريا، أو نص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بنظر بعض أنواع العقود، مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام الذي يطبقه هذا القضاء.

وقد ظهر هذا التحديد لأول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود إدارية، وخص مجلس الدولة ومجالس الأقاليم للنظر فيما تنثيره من منازعات، سعيا منه لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من جهة، والفصل بين الوظيفة القضائية والإدارية من جهة أخرى، وذلك بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة . ومن بين العقود التي نظمها المشرع الفرنسي وجعل الفصل في منازعاتها من اختصاص القضاء الإداري نذكر عقود الأشغال العامة، عقود التوريد، عقود القروض العامة، عقود بيع أملاك الدولة ... الخ.

أما في مصر، فقد عمد المشرع إلى تحديد بعض العقود على سبيل المثال لا الحصر، وأناط الفصل في منازعاتها إلى القاضي الإداري، وذلك في المادة العاشرة من القانون رقم 74 لسنة 1972 المتعلق بمجلس الدولة حيث جاء فيها " : تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد آخر.".

ونفس النهج انتهجه المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 24 من القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أربعة عقود وأضفى عليهما

الطابع الإداري وهي عقود إنجاز الاشغال، عقود اقتناء اللوازم، عقود تقديم الخدمات، عقود إنجاز الدراسات.

ونعتقد أن المشرع الجزائري لا ينظر إلى العقد الإداري كتصرف قانوني إداري مستقل عن الأعمال القانونية الإدارية الانفرادية، وما يثبت هذا الطرح، هو عدم الإشارة إلى العقود الإدارية لا في قانون الإجراءات المدنية المتضمن القواعد الإجرائية للمنازعات الإدارية إلى جانب المنازعات العادية، ولا في قانون مجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة قضائية في المسائل الإدارية، ولا في قانون المحاكم الإدارية . فالنص على بعض العقود الإدارية في قانون الصفقات العمومية غير كاف لتحديد اختصاص القاضي الإداري بمنازعات العقود الإدارية.

وهناك من فسر سبب عدم النص على العقود الإدارية بمناسبة تحديد اختصاصات القاضي الإداري يعود إلى المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري وهو المعيار العضوي، الذي مفاده اختصاص القضاء الإداري في كل المنازعات التي تكون الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها بغض النظر إلى طبيعة النزاع.

غير أن هذا التبرير غير سليم في مجال العقود الإدارية، بل يصلح فقط في مجال القرارات الإدارية، باعتبار أن الإدارة وحدها هي التي تملك إصدارها وإبرادتها المنفردة. أما بشأن العقود فقد تختار الإدارة اللجوء إلى قواعد القانون الخاص إذا رأت في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة ما دام لها حرية اختيار وسيلة التعاقد باستثناء حالات معينة أين يلزمها المشرع صراحة بإتباع أسلوب معين على سبيل الحصر.

وما يدعم قولنا في هذا المجال، هو تفتن الحكومة لهذه الثغرة، وذلك بإدراجها للعقود الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن طريق إحالة الاختصاص فيما تثيره من منازعات للمحاكم الإدارية.

ومهما يكن موقف المشرع من مسألة العقود الإدارية، فإن غالبية الفقه أنتقد بشدة فكرة التحديد التشريعي للعقود الإدارية وذلك لعدة أسباب، منها ما يرجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلاءم مع التكيف الذي يضيفه عليها المشرع، بل وحتى في حالة انسجام هذا التكيف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفا فقط . وبناء على ذلك، فإن غالبية الفقه يرى أنه من الأفضل ترك مسألة تحديد العقود الإدارية للقاضي الذي لاشك أنه أقدر على كشف الطبيعة القانونية له.

ب / المعايير القضائية في تحديد العقود الإدارية²⁴

إن عدم تحديد المشرع لمفهوم العقد الإداري كتصرف قانوني تلجأ إليه الإدارة لتسيير مرافقها العمومية وإشباع حاجات الأفراد - إذ أكتف بذكر البعض منها على سبيل المثال وأضفى عليها الطابع الإداري - دفع بالقضاء الإداري إلى البحث عن المعيار الأنجع لتحديد مفهوم العقد الإداري، ومن ثمة تحديد اختصاصه بالمنازعات التي يمكن أن تثار بشأنه . وأكثر من ذلك، فإن القضاء لم يتقيد بالتعداد التشريعي للعقود، بل أخذ يوسع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى غير تلك المنصوص عليها في القانون.

لقد كان مجلس الدولة الفرنسي السباق في محاولة ضبط مفهوم العقد الإداري، إذ جاء في أحد أحكامه أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد

²⁴ - الشريف وكواك، مرجع سابق، ص 16 وما يتبعها.

تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه الإدارة نيتها في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذات المبدأ بقولها "إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بالمرفق العام ومتضمنا شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص بنظره القضاء الإداري."

يتضح من خلال هذين التعريفين أن إضفاء الطابع الإداري على العقد يتوقف على تحقق ثلاثة شروط أساسية تتمثل فيما يلي:

-أن يكون أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام:

لكي يكون العقد إداريا يجب أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام، ولعل السبب في ذلك يكمن في كون قواعد القانون العام إنما وجدت لتنظم وتحكم تصرفات الأشخاص العامة دون سواها . وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حصرت الأشخاص المعنوية في كل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

غير أن المادة 9 من المرسوم القانون رقم 23-12 حددت الأشخاص التي تطبق عليها أحكام قانون الصفقات العمومية في كل من الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات الخاضعة للقانون العام، المؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على

المشروع، والمؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية فيما يخص انجاز عملية ممولة مباشرة...الخ.

والملاحظ أن المشرع الجزائري²⁵ استبعد بموجب المادة 11 من القانون 12-23 العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين أو أكثر خاضعة للقانون العام.....الخ فكلها لا تخضع لأحكام القانون المنظم للصفقات العمومية.

إذا كانت الأشخاص العامة الإدارية لا تثير أي إشكال في إضفاء الطابع الإداري على عقودها متى تعلق الأمر بنشاط مرفق عام وضمنت عقودها شروطا استثنائية، فإن عقود الأشخاص المعنوية الاقتصادية - صناعية وتجارية - أثارت جدلا فقهيًا وقضائيا واسع النطاق. فبالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي كان يعتبر أن العقود التي تبرمها المرافق الاقتصادية - صناعية كانت أم تجارية - مع المنتفعين بخدماتها لا تعتبر عقودا إدارية، حتى لو تضمنت شروطا استثنائية غير مألوفة، بل تعد دائما من عقود القانون الخاص.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فقد كان للمجلس الأعلى فرصة ليؤكد على ذات المبدأ مسائرا بذلك نظيره الفرنسي، إلا أنه عدل عن ذلك لاحقا وفق ما بيناه اعلاه.

غير أن اشتراط وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد لإضفاء عليه الطابع الإداري ليست قاعدة مطلقة، إذ يمكن أن يكون العقد بين أشخاص طبيعية إلا أنه يأخذ حكم العقد الإداري وذلك في الحالات الآتية:

²⁵ - القانون رقم 12-23، الصادر في 2023/08/5، يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية.

-يعتبر العقد المبرم بين شخصين من القانون الخاص عقدا إداريا ليس بالنظر إلى أطراف العقد بل بالنظر إلى موضوعه، وذلك إذا تعلق بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة كالأشغال العمومية مثلا.

-يعتبر العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا إذا تصرف أحدهم باسم ولحساب شخص معنوي عام بناءا على تفويض صريح من جانب هذا الأخير.

-اتصال العقد بمرفق عام:

إن وجود أحد الأشخاص العامة طرف في العقد غير كافي لوحده لإضفاء الطابع الإداري على العقد، بل يجب أن يرتبط مضمون هذا العقد بمرفق عام . ولعل مقتضيات تسيير وتنظيم المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يحتويه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج عن القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص.

وعلى هذا الأساس، فإن العقود الإدارية لا تكتسب صفتها هذه إلا إذا اتصل بنشاط مرفق من المرافق العامة، حيث أصبحت هذه النظرية - التي ظهرت على يد محكمة التنازع الفرنسية في قضية أنيس بلانكو عام 1900 بمثابة معيار مميز للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

إن علاقة العقد الإداري بالمرافق العامة تأخذ عدة صور نذكر منها:

-اتصال العقد الإداري بالمرفق العام في صورة تنظيم واستغلال للمرفق، وكمثال على ذلك نذكر عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة.

-اتصال العقد الإداري بالمرفق العامة في شكل تقديم المعاونة سواء عن طريق تقديم خدمات أو توريد سلع ... الخ.

رغم كون فكرة المرفق العام فكرة جوهرية في مجال القانون الإداري وضابطا لتحديد اختصاص القاضي الإداري، إلا أن الأزمة التي حلت بها جعلت من فكرة المرفق العام غير كافية لتحديد طبيعة العقد وبالتالي اختصاص القضاء الإداري. كل هذا دفع بالفقه والقضاء إلى اقتراح فكرة مكملة للمرفق العام ألا وهي الشروط الاستثنائية الغير المألوفة في عقود القانون الخاص، أو ما يعبر عنها بامتيازات السلطة العامة.

- أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص

إن شرط إتباع الإدارة وسائل القانون العام لصيرورته عقدا إداريا يعتبر حقا الشرط الأساسي لإضفاء الصفة الإدارية على عقد ما، ويعد المعيار القاطع في تحديد العقود الإدارية بطبيعتها . فهذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة تكشف عن قصد الإدارة في الالتجاء إلى أسلوب القانون العام في تصرفاتها، وهي تختلف عن الشروط المعتادة التي يألفها الناس في عقود القانون الخاص.

عرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية بقوله أنها "تلك الشروط التي تخول للأفراد حقوقا أو تضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يرتضيها أولئك الذين يتعاملون في حدود القوانين المدنية أو التجارية."

نفس المبدأ أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "وأنه من المسلم به في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان

شرطا لازما لكي يصبح العقد إداريا، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضيفي على العقد تلك الصفة..."

كذلك من أمثلة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص:

- حق الإدارة في إعطاء الأوامر والتوجيهات والتعليمات للمتعاقد معها لضمان تنفيذ التزاماته على أحسن وجه وفي الآجال المحددة.

- حق الإدارة في اللجوء إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لإذن من القضاء.

- حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

- وإضافة إلى هذه الشروط التي تخص الإدارة باعتبارها سلطة عامة، قد يتضمن العقد على بنود لصالح المتعاقد مع الإدارة، وذلك من خلال منحه جملة من الامتيازات في مواجهة الغير، كسلطته في استعمال أسلوب نزع الملكية من أجل المصلحة العامة، أو استخدام وسائل الإكراه ضد الأفراد إذا اقتضته ضرورة تنفيذ العقد.

يتضح من خلال كل ما سبق، أن العقد يأخذ الصبغة الإدارية - عدا حالة النص عليه صراحة في القانون - بوجود شخص معنوي عام كطرف في العقد، وضرورة تعلقه بمرفق عام، مع ظهور نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام.

3- أنواع العقود الإدارية) مع أخذ عقد الصفقة العمومية نموذجا باعتبارها أهم العقود الإدارية)

أقر المشرع الجزائري للعقود الإدارية نظاما قانونيا خاصا بكل عقد مما جعل بعض الفقهاء يطلقون عليها اسم العقود المسماة.

أ: عقد التزام المرافق العامة:

حدد المرسوم التنفيذي 199 / 18 المتعلق بتقويض المرفق العام عدة عقود إدارية فنجد عقد الامتياز، الوكالة المحفزة، التسيير، عقد الإيجار.

من أهم هذه العقود عقد الامتياز فهو عقد إداري يتعهد أحد الأطراف أو الشركات القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، أداء خدمة عامة للجمهور وهذا مقابل تسيير المرفق لمدة محددة لا تتجاوز 30 سنة بمقابل مالي.

ب: عقد الأشغال العامة

هو عقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات قصد بناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام قصد تحقيق منفعة عامة.

ج: عقد التوريد

هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه توريد منقولات للشخص المعنوي التي تكون لازمة للمرفق العام مقابل ثمن معين.

د: عقد النقل

هو اتفاق بين جهة الإدارة وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها.

هـ : عقد تقديم المقاول

هو اتفاق بين جهة الإدارة وفرد أو شركة يلتزم بمقتضاه فرد أو شركة بالمساهمة نقد أو عينا في نفقات توسيع أو إعداد ميناء أو إنشاء محطة سكة حديد.

و : عقد الصفقة العمومية

يعتبر عقد الصفقة الأساس²⁶ الذي من خلاله يتم إبرام الصفقة العمومية، كما يعتبره جميع مسيري الصفقات العمومية الوثيقة القاعدة، إذ يتم الرجوع إلى هذه الوثيقة في كل خطوات تنفيذ الصفقة بما تمليه من أحكام تعاقدية ويستلزم تطبيق محتويات العقد حرفيا.

وقد عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المادة 2 من القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية بأنها "الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي المسمى المتعامل المتعاقد عليها لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات."

أما الفقه فقد عرفها على أنها عقد إداري يلتزم فيها الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص الذي يسمى بالمتعامل المتعاقد بتقديم لوازم أو خدمات أو إنجاز أشغال لصالح المصلحة المتعاقدة التي تكون إحدى هيئاته الدولة.

²⁶ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2007، ص 9.

أما القضاء الإداري عرف الصفقات العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات، ومن شروط الصفقة:

- يجب أن يكون أحد طرفي الصفقة العمومية إدارة وأن يبرم العقد بصفة رضائية مع المتعامل المتعاقد.

- يجب أن يكون عقد الصفقة مكتوباً.

- أن يساهم المتعامل المتعاقد شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً بصفة فردية أو جماعية في إنجاز الأشغال وتوريد اللوازم وأداء الخدمات.

- الأولوية للمتعاملين المحليين، وفي حالة عدم وجودهم أو في حالة نقص الخبرة يلجأ إلى التعاقد مع المتعاملين الأجانب المقيمين في الجزائر ثم الأجانب.

- الأولوية لموارد الإنتاج المحلي والمستعمل في تنفيذ الصفقة.

التعريف القانوني للصفقة العمومية

تعرف الصفقات العمومية حسب المادة الثانية من المرسوم الرئاسي²⁷ رقم 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات (المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 .

²⁷ - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وحسب القانون الجديد فقد عرفها في مادته الثانية مثلما تمت الإشارة إليه أنفاً أنها "عقود مكتوبة تبرم بمقابل، من قبل المشتري العمومي المسمى" المصلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما (القانون رقم 12 - 23).

ويتضح من المادتين أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود إدارية مكتوبة في قالب شكلي محدد قانوناً، تبرم وفقاً لإجراءات محددة لتلبية حاجات عامة لمختلف المصالح الإدارية العمومية، وأضاف القانون الجديد عبارة المشتري العمومي، فضلاً على تعريفه للمتعامل الاقتصادي ضمن المادة 03 منه كما أعطى تعريفات لكل من: الطلب العمومي، المؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون العام والمؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية، كما أبقى قانون رقم 23 / 12 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية والمرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 على تصنيف الصفقات العمومية إلى أشغال ولوازم وخدمات ودراسات، فضلاً عن ابقاءه لأشكال الصفقة (صفقة بسيطة، صفقة أقساط، صفقة برامج، صفقة طلبات.)

-نطاق تطبيق الصفقة العمومية

يُمكن حصر الأشخاص العموميين الذي يسعهم مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية حسب المادة 06 من المرسوم رقم 247 - 15 والمادة 09 من القانون رقم 12 - 23 فيما يلي:

-الدولة؛

-الجماعات الإقليمية؛

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية كما تم استثناء النطاق على العقود التالية وهو ما جاء في المادة 7 من المرسوم رقم 247 -15 المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، المبرمة مع المؤسسات العمومية، عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة؛ المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع؛

-المتعلقة باقتناء أو تأجير أراضٍ أو عقارات؛

-المبرمة مع بنك الجزائر؛

-المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوباً؛

-المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم؛

-المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل.

وأضاف القانون رقم 12 - 23 العقود المتعلقة بالمعاملات المالية المنفذة في السوق المالية الدولية والخدمات ذات الصلة. (القانون رقم 23 - 12)

كما أوجب القانون على المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية عند إنجازها لعملية غير ممولة مباشرة من ميزانية الدولة، أن تستمد القواعد العامة المتعلقة بهذا القانون سيما في مجال المنافسة والرقابة (المادة 12)، نفس الأمر بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك حسب المادة 13 رغم أنها غير خاضعة، إلا أنه يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات على أساس احترام المبادئ الثلاث المذكورة في المادة 05 .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أبقى على ذات المبادئ المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي السابق.

إضافة إلى كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية وغير خاضعة لأحكام القانون 23-12 تستعمل أموالا عمومية ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة طبعا على أساس احترام المبادئ الثلاث المذكورة في المادة 14.

أ- الإجراءات في الحالات العادية

إن إعداد الصفقة العمومية يتطلب تحضيراً دقيقاً ومدرّساً ويتحدد ذلك أساساً بتحديد الحاجيات ثم وضع آليات إشباع هذه الحاجيات، وبعد ذلك تأتي خطوات إبرام الصفقة من تحرير لدفتر الشروط وصولاً إلى فتح العروض والمصادقة على الصفقة.

ويتم إبرام الصفقة العمومية ضماناً لعدة أهداف وهي:

- ضمان وإتاحة المنافسة على مستوى واسع من أجل الحصول على الصفقة ؛

- مساواة المترشحين ؛

-التسيير الحسن للمال العام ؛

-أولوية المصلحة العامة على المصالح الخاصة ؛

-الحفاظ على توازن مصالح الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها.)

1-الإطار المالي للصفقة

لقد حدد المشرع حد أدنى من أجل إبرام الصفقات العمومية وهذا لإدخال نوع من المرونة على عملية إبرام الصفقات بمقابل حماية الأموال العامة وإذا نظرنا إلى تطور تنظيم الصفقات العمومية نجد المبلغ المحدد المعد الأدنى ما فتئ أن تزداد أهميته وهذا راجع لزيادة الأسعار بالسوق وطبقا لنص(المادة 13 المرسوم الرئاسي رقم - 15 247، كل صفقة عمومية يساوي مبلغها التقديري 12.000.000 (دج) أو يقل عنه فيما يخص الأشغال واللوازم و 6.000.000 (دج) أو يقل عنه بالنسبة للدراسات والخدمات، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها.

كما لا تكون محل استشارة وجوباً الطلبات التي تقل مجموع مبالغها عن مليون دينار جزائري 1.000.000 فيما يخص الأشغال أو اللوازم وعن خمسمائة ألف دينار 500.000 دج فيما يخص الدراسات أو الخدمات وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدى.

في حين أرجع القانون الجديد تحديد المستويات المالية للصفقات العمومية إلى التنظيم وفقا لضبط المصلحة المتعاقدة لحاجاتها بدقة، فقد نصت المادة 16 منه على أنه تخضع حاجات المصالح المتعاقدة، مهما تكن مبالغها لأحكام هذه المادة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون.

2-تحديد الحاجات العامة

يتم تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، بحيث يحدد مبلغ حاجات المصلحة المتعاقدة وهذا بالاستناد إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، ومن هنا يأتي إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية ومفصلة، كما أن المرسوم رقم - 15 247 منع تجزئة الحاجات بهدف تقادي الإجراءات الواجب اتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات المنصوص عليها، في حين تضمنت المادة 16 في هذا الصدد مقارنة بما ورد في المرسوم الرئاسي في مادته 27 ما يلي:

-حذف تحديد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني ؛

-حذف إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية

-حذف الاعتبارات لضبط المبلغ الاجمالي للحاجات ؛ ثم تحديد إجراء الدعوة إلى المنافسة عند منع تجزئة الحاجات وحدود اختصاص هيئات الرقابة القبلية المنصوص عليها في هذا القانون.

3 - إجراءات الإبرام

تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية وهذا بالبحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة في إطار مهمتها، ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصاتها طبقا لأحكام القانون المؤطر، كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة.

1.3. طلب العروض

تم الابقاء على تسمية طلبات العروض بين القانون الجديد والسابق حيث تنص المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 247 - 15 والمادة 39 من القانون رقم 12 - 23 على أنه يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ويمكن أن يتم حسب الأشكال الآتية :

- طلب العروض المفتوح.

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

- طلب العروض المحدود.

-المسابقة.

2.3. التفاوض (التراضي)

تم تغيير تسمية إجراء التراضي بالتفاوض وهو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة؛ ويمكن أن يكتسي التفاوض شكل التفاوض المباشر (سابقا البسيط) أو شكل التفاوض بعد الاستشارة، وتنظم الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة وهذا وفقا للمادة 40 من القانون رقم 12 - 23 .

وتلجأ المصلحة المتعاقدة لإجراء التفاوض البسيط في حالات تم الاتفاق عليها من خلال النظامين التشريعيين دون تغيير وفقا لما نصت عليه المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247 - 15 والمادة 41 من القانون 12 - 23 .

نفس الأمر بالنسبة لإجراء التفاوض بعد الاستشارة فلم يغير القانون الجديد الحالات التي تبرم على أساسها الصفقات، وفقا لهذا الاجراء وحسب كل من المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247 - 15 والمادة 42 من القانون رقم 12 - 23 .

3.3. تأهيل المترشحين والمتعهدين

تم التوافق خلال النظامين القانونيين حسب المواد 56 و 57 و 58 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمواد 43 و 44 و 45 من القانون رقم 12 - 23 وذلك وفقا للآتي:

-التأكد من القدرات: لا يمكن تخصيص الصفقة الا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، مهما كانت طريقة الابرام، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة التأكد من قدرات المترشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية، -يجب أن يكون تقييم المترشحين مستندا إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها ؛

-يمكن أن يكتسي التأهيل طابع شهادة تأهيل أو اعتماد الزامي إذا ورد في نصوص تنظيمية؛

-الاستعلام عن القدرات :تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء، عن قدرات المتعهدين مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية ولاسيما المصالح المتعاقدة الاخرى، الادارات والهيئات المكلف بالمرفق العمومي، ولدى البنوك والممثلات في الخارج؛

-يمكن للمتعهد أو المرشح أن يعتد بقدرات مؤسسات اخرى حسب الشروط المذكورة ؛

تمسك بطاقة وطنية للمتعاملين الاقتصاديين وبطاقة قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة.

ب-الإجراءات في الحالات الخاصة

هناك إجراءات خاصة تدخل في إطار إبرام الصفقات العمومية نوجزها في النقاط الآتية:

*إجراء الاستشارة

ضمن القانون الجديد، أفرد المشرع للاستشارة فصلا خاصا يتكون من 3 مواد المادة 18 و 19 و 20 ، وأخضع الطلبات التي يكون فيها المبلغ التقديري بكل الرسوم، مساويا أو أقل من حدود إبرام الصفقات لإجراء الاستشارة، وترك ذكر تفاصيل الاجراءات الى النصوص التنظيمية.

*إجراءات في حالة الاستعجال الملح

تطرقت اليه المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 247 - 15 والمادة 21 من القانون رقم 23 - 12 وفيما يلي أهم النقاط:

-طبيعة الاجراء؛

-يرخص بمقرر معلل في الشروع بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية؛

-تبرم صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال 6 أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على مقرر الترخيص في انطلاق الخدمة؛

-الخدمات المعنية تكون على المستوى المحلي " داخل الوطن."

*** الإجراءات الخاصة بالصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار**

(المادة 23 من المرسوم السابق والمادة 22 من القانون الجديد)تطرقت إلى:

-طبيعة الاجراء حسب السرعة في اتخاذ القرار ؛

-تبرم صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال 3 أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات؛

-الخدمات المعنية تكون على المستوى الخارجي " استيراد المنتجات والخدمات "عكس المادة 12 .

***الإجراءات المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت**

تطرقت المادة 25 من المرسوم السابق والمادة 23 من القانون الجديد) إلى: أنه تبرم الصفقات العمومية المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت طبقا للمادة (33 صفقة طلبات)؛

-صفقة الطلبات خاصة بالأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم خدمات أو انجاز دراسات ذات النمط العادي والطابع المتكرر؛

-تكون الصفقات محل تسوية فور تبليغ الاعتمادات المالية.

ثانيا: النظام القانوني للعقد الإداري

1-كيفية إبرام العقد الإداري:

نشير بداية إلى أهم المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقد الإداري والتي هي تعتبر بمثابة قيود ترد على حرية التعاقد والتي تتمثل في:

- مبدأ حماية المال العام.

- مبدأ اختيار المتعاقد الأكثر كفاءة.

- مبدأ المنافسة والشفافية.

- مبدأ المساواة بين المتنافسين.

- حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

تحديد المشرع لأساليب التعاقد مع الإدارة:

تنص المادة 37 من قانون 12-23 على القاعدة العامة في لجوء الإدارة للأسلوب المتمثل في طلب العروض والاستثناء هو إجراء التفاوض، ونص المشرع على أساليب مختلفة لإبرام العقود وهي: طلب العروض المفتوح، المسابقة، طلب العروض المحدود.... الخ. هذا وتلتزم الإدارة باتباع هذه الشكليات والأساليب المتعلقة بإبرام العقد الإداري:

أ- **الكتابة:** يشترط في العقود الإدارية أن تكون مكتوبة ولقد نص المشرع في المادة 2 من القانون 12-23 على أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة، فالكتابة تعد دليل إثبات لا يمكن إنكارها ولا الطعن فيها إلا بالتزوير.

ب-دفتـر الشـروط :هو وثيقة ذات طابع تنظيمي تحدد فيه عناصر العقد وتفرغ فيه كل حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وموضوع العقد ومدته. (المادة 17 من قانون 23-12). وتجدر بنا الإشارة إلى أطراف العقد الإداري والتي هي:

أ-الإدارة:

استنادا إلى المادة 09 من القانون الجديد المتعلق بالصفقات²⁸ الذي يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية يقصد بالمصلحة المتعاقدة: الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف عملية مؤهلة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات المحلية.

"يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها ان تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون العام....الخ.

ب-المتعاقـد مع الإدارة:

حددته المادة 03: من قانون الصفقات الجديد 23-12 أنه " يمكن يكون المتعامل الاقتصادي شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ملتزمين بالصفقة إما بصفة فردية وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات " .

ج- السلطة المختصة بإبرام العقد

²⁸ - القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية السابق الإشارة إليه.

المقصود بإبرام العقد هو التوقيع عليه من طرفيه، فإذا كان المتعامل الاقتصادي شخصا طبيعيا فإنه يوقع العقد بنفسه، أما إذا كان المتعاقد مع الإدارة شركة مثلا فالعقد يوقعه الممثل القانوني لها.

ومن جانب الإدارة فإن الموقع يختلف حسب الشخص العمومي فالوزير يوقع العقد باسم الدولة، والوالي باسم الولاية (قانون الولاية 07/12)، ورئيس المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية (قانون البلدية 10/11)، والمدير باسم المؤسسة العمومية ويمكن لهذه السلطات ان تفوض سلطتها للتوقيع.

2- تنفيذ العقد الإداري (الآثار الناشئة عن العقد الإداري)²⁹

إذا أبرم العقد الإداري فإنه يترتب عليه جملة من الآثار على طرفيه المتعاقدين، تتمثل في الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى.

وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فإن ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق الصالح العام . ومن قبيل هذه الامتيازات سلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد وسلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة.

أ-سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

مع أن العقود الإدارية تتفق مع عقود القانون الخاص في أنها تنشئ بين الأطراف حقوقاً والتزامات متبادلة، غير إنها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين

²⁹ - نوال إيرين، مرجع سابق، ص 29 وما يتبعها.

المتعاقدين، فتنتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد.

وفي ذلك تنص المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها " فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية من ذلك سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وانهاؤه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد إنهاء مبسّراً دون تدخل القضاء". وعلى ذلك نبين فيما يأتي حقوق وسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في المجالات الآتية:

أ: سلطة الرقابة والتوجيه.

ب: سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد.

ج: سلطة تعديل شروط العقد.

د: سلطة إنهاء العقد

أ: سلطة الرقابة والتوجيه

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد وإصدار 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 و تراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسئوليتها للمتعاقد معها، إنما تعاون المتعاقد في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، ويكون لزاماً عليها الرقابة والتوجيه أثناء عمل المتعاقد في تنفيذ العقد.

ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص أما في العقود الإدارية فأن الإدارة 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 السلطة عن طريق إرسال مهندسيها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً للمدى الزمني المحدد ووفقاً للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال . شريطة أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل.

ومن قبيل رقابة الإدارة وإشرافها 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 آخر يجب أن لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد..

ب: سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة.

وتعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة .

ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقاً للمصلحة العامة.

وقد درجت الإدارة على النص في عقودها في الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات، وعد القضاء الإداري في فرنسا ومصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطاً استثنائية باعتبارها امتياز من امتيازات السلطة العامة.

وفي ذلك قررت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها في قضية -Société Vandroy Jaspar بتاريخ 1960/11/14 أن النص على الجزاءات في العقد يعد في حد ذاته شروطاً استثنائية. كذلك فإن العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي نصت على أن

سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد وتوجد ولو لم ينص عليها فيه أما إذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها.

-وقد أيد هذا الاتجاه غالبية الفقهاء إلا أن المحكمة الإدارية العليا أكدت في قرارها في 8-4-1967 أنه إذا توقع المتعاقدان خطأ معيناً وحدد له في العقد جزاء معيناً فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه العقد. إذ ورد في الحكم " إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضع له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد" .

ولا نعتقد صواب هذا الاتجاه إذ غالباً ما تكون المخالفة من الجسامة بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حصولها عند إبرام العقد وأن الجزاء الذي نص عليه العقد لا يتناسب مع مقدار تلك المخالفة.

هذا وتتبع فكرة الجزاءات الإدارية من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية وما هي إلا تطبيق لامتياز التنفيذ المباشر، فالإدارة ملزمة باستخدام هذه السلطة حفاظاً على حسن سير المرافق العامة ومن غير الممكن أن تتنازل عن هذه السلطة لا جزئياً بتقييد حقها في اتباع أنواع معينة من صور الجزاءات ولا كلياً وتتمتع بسلطة تقديرية في فرض هذه الجزاءات لا يقيدتها في ذلك إلا المصلحة العامة.

-أنواع الجزاءات الإدارية:

استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي الجزاءات المالية و الجزاءات غير المالية (الضاغطة) والجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.

* الجزاءات المالية

وهي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة.

والجزاءات المالية نوعين: فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، وقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه، فهي في العقود الإدارية لا تقتصر على تعويض الضرر بل تشمل الغرامات التأخيرية التي تعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة لعمله على أتم وجه، ويشكل إرغاماً للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية. ويمكننا الإشارة إلى أهم أنواع هذه الجزاءات في:

التعويضات

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله.

بل أن من الفقهاء من لا يعد التعويض من الجزاءات الإدارية لأنه تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص كما يرونه..

ولا نرى صواب هذا الاتجاه إذ أن التعويض في مجال العقود الإدارية ، يتميز في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة وهي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيل قيمته وهذه الامتيازات تبرز الطبيعة الخاصة لهذا الجزاء بصفته جزاء إدارياً ، ويضاف إلى ذلك أن التعويض في العقود الإدارية لا يعد دائماً تعويضاً عن ضرر ، إذ غالباً ما يمثل إجراء ضاغطاً على المتعاقدين توخياً لتنفيذ التزاماتهم على الوجه الأكمل..

ويسمح التشريع الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة . وللمتعاقدين أن يطعن بالتعويض أمام القضاء ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفائه منه، متى تبين له صحة الأساس الذي يبنى عليه كما يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه..

أما المحكمة الإدارية العليا فإنها تسمح للإدارة بحق تحصيل التعويض بشرط أن ينص في العقد على ذلك. وبهذا الشأن تقول " لا وجه للإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء للتحصيل منه على حكم بالتعويض، ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقدين معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أي مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها . فإذا كان العقد قد نص أيضاً على أن يكون ذلك دون الإخلال بالمصلحة في المطالبة قضائياً بالخسارة التي لا يتيسر لها استردادها فلا يعني هذا بالضرورة إلزام المصلحة بالاتجاه إلى القضاء ما دام أنه بحوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن

الأضرار، بل النص يعني تحويل الإدارة حق الاتجاه إلى القضاء إذ لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً".

الغرامات التأخيرية

الغرامات التأخيرية هي مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد بصفته جزاء يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ. والغرامة التأخيرية جزاء من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة، وهو امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد لأن الضرر يكون مفترضاً لتعلقه بتسيير مرفق عام.

وفي الغالب تنص العقود التي تبرمها الإدارة على اشتراط الغرامة التأخيرية، وتملك الإدارة توقيعها دون الحاجة إلى إنذار أو اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتطبيقها ويلزم النص في العقد على الغرامة تقييد الإدارة بمبلغها فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس أن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع إثبات أن الإدارة لم يصبها ضرر جراء التأخير في التنفيذ.

أما إذا نص على مقدار من الغرامة وتضمنت الشروط العامة أو الخاصة مقدارا آخر فالعبرة بما ورد في العقد لأن إرادة الطرفين قد اتفقت على اعتبار أحكامه أساساً للالتزاماتها، أما إذا اغفلا النص على الغرامات وتضمنتها الشروط فتعتمد الغرامات التأخيرية المنصوص عليها في الشروط لكونها جزء مكملاً للعقد.

لكن السؤال المهم هو هل يمكن فرض الغرامات التأخيرية ولو لم ينص عليها لا في العقد ولا في الشروط الملحقة به ؟

ذهب جانب من الفقه أن الإدارة تملك الحق في فرض الغرامات التأخيرية ولو لم يرد عليها نص في العقد. إلا أن الراجح أنه لا بد من النص على الغرامات في العقد أو الشروط الملحقه به التي يحيل العقد عليها. وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله " أن هذه اللائحة لا تعتبر مكمله للعقد، ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكمل له، وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استناداً إلى اللائحة المذكورة..".

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين أن الإدارة تتمتع بسلطات تقديرية واسعة في فرضها للغرامات التأخيرية، ومع ذلك لا يجوز فرض الغرامة إذا كان التأخير لسبب عائد للإدارة، أو بسبب قوة قاهرة أو ظرف طارئ، كذلك يعفى المتعاقد من الغرامة إذا ثبت إن التأخير قد حصل بفعل طلبه مهلة للتنفيذ ووافقت الإدارة على ذلك، أو أن التأخير حصل بفعل الغير.

مصادرة التأمينات:

التأمينات هي مبالغ مالية تودع جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره..

ومصادرة التأمينات عبارة عن شرط جزائي من شروط العقود الإدارية يتم الاتفاق عليه مع المتعاقد جزاء لإخلاله بالتزاماته التعاقدية إلا أنه يختلف عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص ، في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة

لصدور حكم من القضاء بذلك ودون أن تسلتزم تحقق ضرر ما، وبهذا المعنى يكتسب هذا الشرط طبيعته الإدارية.

والتأمين على نوعين، تأمين ابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء وتأمين نهائي يدفع بعد قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد . وليس هناك ما يمنعه من الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات واستحقاق التعويض بما لا يتجاوز التعويض الكلي لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة ، على أساس أن التأمين النهائي، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكنه لا يمثل الحد الأقصى، شرط أن لا ينص العقد الإداري ضمن شروطه على منع ذلك وأن يجاوز الضرر الحاصل للإدارة التأمين المودع لديها

*الجزاءات غير المالية أو الضاغطة

لا يهدف هذا النوع من الجزاءات إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ. وتتخذ وسائل الضغط ثلاث صور:

أ-وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز

يتم هذا الإجراء بعقد التزام المرافق العامة ،ويتم بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة ، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوباً إلى الملتزم. فقد تفرض الإدارة هذا الإجراء بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها لو كما كان التوقف راجعاً لقوة قاهرة ضماناً لاستمرار سير المرفق، وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم

المخاطر المالية، التي تترتب على إدارة المرفق، أما في حالة فرض الحراسة جزاء لتقصير الملتزم فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته.

ومن المعروف أن هذه السلطة تملكها الإدارة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء بشرط أن تعذر الملتزم، ولأخير الحق في الطعن بقرار الإدارة، طالباً للتحقق من أن الحراسة قد فرضت لدواعي المصلحة العامة في استمرار عمل المرفق وليس لدواع أخرى.

فالإدارة معرضة للإلغاء قرارها إذا كان مشوباً بعدم المشروعية أو لم يكن له ما يبرره من ناحية توافر الخطأ مع التعويض إذا كان له مقتضى.

ب - سحب العمل من المقابل في عقد الأشغال العامة³⁰

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وحسابه. وغالباً ما يتطلب قيام الإدارة بهذا الإجراء وجود تقصير أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد . وتنص دفا تر الشروط العامة غالباً على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في حالة تحققها. ومن اسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال:

1- إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك برغم تنبيهه كتابة.

³⁰ - عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد العاشر، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 101 و 102.

2- إذا أوقف العمل إيقافاً تاماً دون سبب معقول.

3- إذا تأخر في تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ولم تر الجهة المتعاقدة إعطاءه مهلة لذلك أو عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له.

4- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك التنفيذ.

5- إذا أعسر المتعاقد أو اشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه.

6- إذا أهمل إهمالاً جسيماً في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بإحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد ولم يباشر في إصلاح آثار ذلك.

هذا وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية العليا في مصر، على وجوب إعدار المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته ما لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يعفي الإدارة من هذا الإجراء أو في حالة الاستعجال والضرورة.

إلا أن رقابة القضاء على قرار سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ينصرف إلى مشروعية هذا القرار ومدى ملاءمته والتعويض عنه إذا كان له مقتضى ، لكنه لا يتعدى إلى إلغاء القرار.

ويلاحظ أن الإدارة عندما تستخدم إجراء السحب فإنها تملك احتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وغير ذلك وأن تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسئولة لدى المقاول عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها.

كما تملك حجز هذه الأدوات بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها قبل المقاول، ولها أن تبيعها لاستيفاء هذه الحقوق وما يكون قد ترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل. هذا ومن المهم التفرقة بين سحب العمل من المقاول وبين قيام الإدارة بالاتفاق معه على أن تتجزأ قسماً من المقاولة بنفسها أو بالاستعانة بمقاول آخر فالمقاول يتحمل النفقات الإدارية في الحالة الأولى ولا يتحملها في الحالة الثانية.

ج - الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد³¹

يرتبط هذا الجزاء في الغالب بعقود التوريد فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد، تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسئوليته.

وقد جرى العمل على أن تمنح الإدارة للمتعاقد مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار.

ومن المسلم به أنه يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الجزاء، ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة بهذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفرضه.

3- الجزاءات التي تسمح للإدارة بإنهاء عقودها:

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، واصطلاح

³¹ - عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص 102 و 103.

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 خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية. ومن المخالفات الجسيمة التي تبرر الفسخ حالة ثبوت إخلال المتعاقد بتعهد مراعاة أحكام قانون مقاطعة العدو الصهيوني والقرارات الصادرة بمقتضاه..

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحق الإداري بالفسخ لعدم التنفيذ هو تطبيق لما قرره المادة 1184 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.

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي لمخالفته المستقر في أحكام القضاء الإداري الذي يعد حق الإدارة في الفسخ قائماً بذاته مستقلاً عن العقد والشروط كما أن الإدارة تستطيع أن تفرض هذا الجزاء دون أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ اعتماداً على سلطتها في التنفيذ المباشر، على خلاف المستقر في القانون الخاص وما تقضي به المادة المذكورة.

ومن المبادئ العامة المستقرة قضاء أن يكون قرار الفسخ مسبقاً بأعذار المتعاقد، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة منه أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الإعذار لا فائدة منه.

وتملك 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 وملاءمته لخطأ المتعاقد تنصرف إلى التعويض في حالة مخالفة القرار للمشروعية دون التعدي إلى إلغاء القرار.

ج: سلطة تعديل شروط العقد:

من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومضمونها أنه لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من التزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر.

إلا أن الطبيعة الخاصة للعقود الإداري وعدم مساواة المتعاقدين لكون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة. مما تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها.

وقد نشأ جدل فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة بهذه السلطة بين مؤيدين ومعارضين.

فقد ذهب البعض إلى إنكار هذه السلطة والقول أن سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية، فكرة ابتدعها الفقه ولم تؤيد بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأضاف أن هذه الفكرة وجدت في قضاء مجلس الدولة، إنما تجد أساسها في تفسير العقد وفقاً لنية المتعاقدين التي تتضح في نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته أو اللائحة المرفقة به.

بينما ذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي إلى وجود سلطة تعديل الإدارة لعقودها الإدارية كقاعدة عامة من مقتضاها إن الإدارة تملك أثناء تنفيذها العقد سلطة تغيير شروطه وتعديل مدى التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان، وتشمل هذه القاعدة العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد. وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بفكرة تعديل العقود الإدارية أول مرة في 1910/02/21، في القضية الخاصة بشركة (ترام مرسيليا) المتعلقة بعقد التزام مرفق عام، ثم امتدت هذه السلطة لتشمل العقود الإدارية كافة.

ولاقى هذه السلطة القبول لدى الفقه والقضاء الإداريين وأصبحت الإدارة تفرض بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها تغيير أحد شروط العقد كمدته أو أوضاع تنفيذه أو كمية الأعمال المراد تنفيذها. هذا ويجوز للمتعاقد أن يطلب من الجهة الإدارية المتعاقدة تمديد مدة العقد إذا كانت هناك أسباب جوهريّة تبرر ذلك. ويقدم طلب التوريد من جانب المتعاقد إلى الجهة المتعاقدة مرفقاً ببيان للمبررات والأسباب بوضوح والمدة الإضافية المطلوبة، ولا يجوز في هذه الحالة للمتعاقد أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية نتيجة لهذا التمديد.

شروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل:

أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست سلطة مطلقة دون قيود ولهذا فإن القانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيوداً لا بد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل وهذه المبادئ والأحكام يمكن إجمالها بما يلي:

-اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته:

إن طبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، ويجب ألا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة الامتيازات المالية لأن هذا الأمر سيؤدي حتماً إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري "أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة، بل يرد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتعلقة بتسيير المرفق وحاجاته ومقتضياته".

إلا في أحوال معينة استثنتها الشروط العامة الملحقة بالعقود الإدارية في بعض الدول وأجازت تعديل أجور السلع وأسعارها في عقود التزيم المرفق العامة مع الأخذ بالحسبان التوازن المالي للعقد.

كما يشترط أن تكون تلك التعديلات في حدود معقولة على أساس مداها بحيث لا تؤدي إلى فسخ العقد الأصلي أو تبدل موضوعه أو تضع العقوبات في طريق تنفيذ العقد.

-وجود ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد:

ثار النقاش حول وجوب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر إقدام الإدارة على تعديل عقودها لكي تستخدم سلطتها على هذا الأساس. وقد ذهب الدكتور ثروت بدوي إلى تأكيد أن سلطة الإدارة في التعديل لا تقوم إلا إذا استجدت بعد إبرام

العقد ظروف تبرر هذا التعديل، فإذا أخطأت الإدارة في تقرير مقتضيات سير المرافق العامة، فهي لا تملك بعد ذلك تعديل العقد بما يتفق ومقتضيات سيرها.

ويرد الدكتور سليمان الطماوي على هذا الرأي بالقول "أن هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير، والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين، وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، وسواء أكانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة".

ويبدو أن رأي الدكتور "سليمان الطماوي" أكثر صواباً لأن عدم قدرة الإدارة على التوقع أو توقعها غير السليم لا يسلب حقها بضرورة مواجهة الظروف المستجدة التي قد يتعرض لها المرفق.

أما إذا ثبت أن الظروف التي تدعي الإدارة أنها قد استجبت كانت موجودة عند إبرام العقد أو أن الإدارة لا تستهدف من التغيير مقتضيات المصلحة العامة وضرورة تسيير المرافق العامة وإنما تسعى لتحقيق مصالح خاصة، فإن للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء لاقتضاء التعويض المناسب.

-الالتزام بموضوع العقد:

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد، فلا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد ويمتنع عن التنفيذ.

وقد جرى القضاء الإداري في فرنسا على عدم جواز تعديل نصوص العقد الأساسية على أساس أن الشروط غير قابلة للتعديل، إذ أن ذلك يستلزم أخذ موافقة الطرف الثاني وإقالة العقد القديم وإنشاء عقد جديد متى توافرت عناصره.

-احترام قواعد المشروعية:

يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية، إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي أن يكون قرارها موافقاً للأنظمة النافذة.

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فللإدارة حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام أو كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

د: سلطة إنهاء العقد:

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد.

وقد ورد في حكم محكمة القضاء الإداري المصري " أن 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 دائماً 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 إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر " .

وغالباً ما تضمن الإدارة عقودها شرط تمتعها بهذا الامتياز تجاه المتعاقد معها، وتضمنه في أحيان أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة، مفاد ذلك لا يعني أن الإدارة لا تملك إنهاء عقودها إذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فمن المستقر فقها وقضاء أن هذه السلطة موجودة خارج شروط العقد ونصوص القوانين والأنظمة.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ إلا أن أغلبهم ذهب إلى أن هذه السلطة ما هي إلا صورة من صور التعديل الانفرادي، على أساس أن الإنهاء هو تعديل للشرط الخاص بالمدة. إلا أن حق الفسخ الانفرادي هو امتداد طبيعي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، وفي ذلك ذهب Rivero إلى أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي فلكل منها نطاقها المستقل إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد في حين يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي للالتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها.

وأوضح جانب آخر من الفقهاء أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة، كما ذهب في الرأي أحد الفقهاء إلى أنه من غير المعقول أن يصبح

العقد حائلاً دون تحقيق أهداف الإدارة وتأمين المنفعة العامة، وقد أيد هذا الاتجاه جمع كبير من الفقهاء العرب.

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

ب - حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

مثلاً تملك الإدارة حقوق في مواجهة المتعاقد معها، فإن الأخير يتمتع بحقوق متماثلة وتتمثل هذه الحقوق في حقه في الحصول على المقابل النقدي وحقه في اقتضاء بعض التعويضات، وأخيراً حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

1 - المقابل النقدي:

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً لالتزاماته التعاقدية.

وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع

التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها. والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على ألا يدفع إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة.

2- حق اقتضاء التعويضات:

للمتعاقدين وفقاً للقواعد العامة أن يتقاضى بعض التعويضات في حالة تسبب الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية.

كذلك يتقاضى المتعاقد التعويض عن الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة بالعقد إذا كانت هذه الأعمال ضرورية لتنفيذ العقد وتكون مطالبته في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب. كما يستحق المتعاقد التعويض إذا واجه أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر من الكلفة التي قدرها.

3- ضمان التوازن المالي للعقد:

إن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لابد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقدين يتمثل بمنحه من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، وأصطلح على هذه الفكرة بفكرة التوازن المالي للعقد.

وقد انقسم الفقه في تحديد معنى التوازن المالي للعقد إلى جانبين ذهب الجانب الأول منه إلى القول أن التوازن المقصود هنا هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه.

بينما ذهب الجانب الآخر إلى أن التوازن المالي للعقد لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد به مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تقضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، فيكون من الضروري أن تتناسب حقوق المتعاقد معه التزاماته، زيادة أو نقصاً على الأقل إذا كان حصول هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة.

وهذا الاتجاه هو الراجح فقها وقضاء، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري في 1957/6/30 أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، أن من حق المتعاقد المضار من حالة الظروف الطارئة أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر التي تحملها

فتعوضه عنها تعويضاً جزئياً، ثم يستمر هذا الحكم ليقرر مبدأ استقلال نظرية التوازن المالي للعقد عن النظريات الأخرى فيقول " : ومن هذا تختلف هذه النظرية " نظرية الظروف الطارئة " عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه، أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة فإن العقد

يظل قائماً وموجوداً كما هو، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر.

وعلى هذا فإن فكرة التوازن المالي تتعلق بالاختلال المالي للعقود بفعل الإدارة وهي فكرة ملازمة للتعديل في العقود الإدارية ولا يمكن الاعتماد عليها أساساً فيما يتعلق بالنظريات الأخرى التي تحدد الالتزامات التعاقدية كنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونجد أن من المناسب أن نتناولها تباعاً:

1- نظرية عمل الأمير *Théorie du fait du prince*

يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد اتبع القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه.

فقد ورد في فتوى صادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أن عمل الأمير هو " إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم

يكن متوقعاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء".

شروط تطبيق النظرية:

يشترط لتطبيق نظرية الأمير توافر ما يأتي:

- 1- أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري: لا تقوم نظرية الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أياً كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص.
- 2- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ومع ذلك فإذا صدر هذا الفعل من جهة أخرى لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، ويستوي أن يكون هذا الفعل قد صدر بشكل تشريع أو قرار إداري.
- 3- أن ينتج عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد، ويتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيماً أو يسيراً وبهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقها.
- 4- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتصرف الإدارة في حدود سلطتها المعترف بها وأن لا تكون الإدارة قد أخطأت باتخاذ هذا العمل.

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

5- أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر، الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إليها.

ومن المستقر في هذا المجال أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائماً، ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل.

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير:

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة، تعويضاً كاملاً.

وفي ذلك استقر القضاء الإداري على أن يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير من قبيل ما تحمله من نفقات إضافية ورسوم جديدة ، وكذلك ما فاتته من كسب يتمثل بالمبالغ التي كان سيحصل عليها لو لم يختل التوازن المالي للعقد. ويتم تقدير مبلغ التعويض باتفاق الطرفين، فإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن القضاء يتولى هذا التقدير.

وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصري الأسس التي يتم من خلالها تحديد مقدار التعويض في حكمها بتاريخ 1957/6/30 الذي ورد فيه " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد .أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة

الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وإن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه، ولتعبير " عدم التوقع "في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة، ما دام أنها ليست جزءاً من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير ، والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين، الأول ما لحق المتعاقد من خسارة ، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقتها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه، والثاني ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبا رَ بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال من عمله ورأسماله "

2- نظرية الظروف الطارئة Théorie du L'imprévision

نظرية الظروف الطارئة من خلق مجلس الدولة الفرنسي، الذي أقرها في حكمه بتاريخ 1916/3/30 بشأن قضية إنارة مدينة" بوردو" وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو، أثناء تنفيذها للعقد، وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيراً من أن تغطي النفقات بعد الارتفاع في أسعار الفحم المستخرج منه

الغاز ارتفاعاً كبيراً عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثاله مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقاً.

وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقد معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استناداً إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في عقود القانون الخاص.

وقد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي أقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد ، وفي ذلك ورد الحكم .. " من حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام، وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة،

وأن الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلاً طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه". وخلص المجلس من ذلك إلى قوله " بالالتزام الشركة بضمان المرفق محل الالتزام، ومن ناحية أخرى بأن عليها أن تتحمل فقط خلال هذه الفترة جزءاً من النتائج الباهضة لموقف القوة القاهرة الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد بتركه على عاتقها.

ومن هذا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً مثلما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ، فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكناً ولكنه مرهق، وعلى ذلك لا تعفى المتعاقد من تنفيذ العقد، إلا أنها تمنح المتعاقد الحق في الطلب من الإدارة أن تسهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به، ضماناً لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع.

شروط تطبيق النظرية:

يشترط لتحقيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية:

1- وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ و يشترط ألا يمكن دفعها أو تداركها من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو سياسياً مثل إعلان الحرب، أو طبيعياً كحدوث زلازل أو فيضان.

ويشترط في هذا الظرف أن لا يكون متوقعاً، وفي ذلك بينت محكمة القضاء الإداري، أن هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو على الرغم من تنبيهه أو ما اتخذته من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على الإسهام في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه هذا ويعد الظرف الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار ولكنه لم يكن يتوقع ارتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه فإن الشرط يعد متوفراً وتطبق النظرية في هذه الحالة.

2- أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد ومستقلاً عن إرادته، فلا يستطيع المتعاقد أن يستفيد من هذه النظرية، إذا كان متسبباً بإحداث الظرف الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقاً.

كذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي التي تسببت في إحداث هذا الظرف بخطئها أو بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر وفق قواعد المسؤولية أما على أساس الخطأ أو استناداً إلى فكرة المسؤولية دون خطأ وفقاً لنظرية عمل الأمير التي أوضحناها سابقاً.

3- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إلحاق خسائر غير مألوفة ومن شأن هذه الخسائر أن تؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد، وارهاق المتعاقد.

وعلى ذلك فإن حدوث خسائر بسيطة للمتعاقد لا تسمح بالاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ تجاوز الخسارة العادية المألوفة.

هذا ومن الواجب أن ينظر إلى العقد بمجمله لتحديد مدى الإرهاق الذي لحق بالمتعاقد فلا ينظر إلى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن أن يكون مجزياً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى، التي أدت إلى الخسارة.

4- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد: لكي يتمكن القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يجب أن يكون الالتزام قائماً ولم يتم تنفيذه، وهذا الشرط يستلزم أن يكون العقد من شأنه أن يمتد مدة من الزمن تسمح بتحقيق الظروف الطارئة، ويحصل ذلك في الغالب في عقود امتياز المرافق العامة وعقود التوريد والأشغال العامة.

-الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها لا تعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته فالمتعاقد يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

كما تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير في أنه يترتب على تحقق عمل الأمير تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض لا يغطي إلا الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ والتي تجاوزت الحدود المعقولة. وقد بينت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ بقولها "أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع - أيّاً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل - وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة" والإدارة في سبيل تعويض المتعاقد، قد تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهابه وتحمل بعض عبء هذا الإرهاب بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد ، وإذا لم يتم هذا الاتفاق فإنه للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد استناداً إلى التفسير المعقول للعقد.

هذا ويتميز حق التعاقد في اقتضاء التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة بأنه حق مؤقت ينقضي بانقضاء الظرف الطارئ، فلا يتصور أن يستمر طويلاً ، ويملك أي من المتعاقدين أن يفسخ العقد وذلك بالاستناد إلى نظرية القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ويكون الفسخ أما بحكم قضائي أو قرار إداري ومن الممكن أن يكون حكم المحكمة بالفسخ مصحوباً بالتعويض إذا كان له مقتضى.

ومن الملاحظ هنا أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض استناداً لنظرية الظروف الطارئة ويعد باطلاً اشتراط الإدارة ذلك لمخالفته للنظام العام.

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة Théorie des Sujétions Imprévues.

Imprévues.

يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان وخاصة في عقود الأشغال صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل في حساب طرفي العقد عند التعاقد، وتجعل تنفيذ الالتزام أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة.

وفي هذه الحالة درج القضاء الإداري في فرنسا على ضرورة تعويض المتعاقد إذا أدت الصعوبات التي واجهته إلى قلب اقتصاديات العقد، على أساس أن النية المشتركة لأطراف العقد اتجهت إلى أن الأسعار المتفق عليها في العقد إنما وضعت في ظل الظروف العادية وأن أي زيادة في الأسعار بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة تتطلب تقدير خاص يتناسب معها.

وغالباً ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية كما لو صادفت المتعاقد لحفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعة توقعها رغم ما اتخذته من حيلة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ.

وقد طبق القضاء الإداري المصري هذه النظرية فقضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/1/20 ومن حيث أن المدعى يؤسس طلب التعويض - في هذه الحالة - على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، مقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال

العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيارة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا، لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها..".

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

يشترط لتطبيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية:

1- أن تكون الصعوبات مادية: وترجع هذه الصعوبات في الغالب إلى ظواهر طبيعية ترجع إلى طبيعة طبقات التربة محل العقد كأن يكتشف المتعاقد أن الأرض المراد تنفيذ العقد فيها ذات طبيعة صخرية مما يقتضي زيادة مرهقة في النفقات و التكاليف ، أو يفاجأ المتعاقد بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيفها. كما قد ترجع الصعوبات إلى فعل الغير ، وليس إلى ظواهر طبيعية ، كوجود قناة مملوكة لشخص ولم يشر إليها أو مواصفاته.

2- أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية : اشترط القضاء لتطبيق هذه النظرية مثلاً إذا كانت الطبقة الصلبة من التربة لمساحة محدودة وإنما يجب أن تكون بامتداد غير عادي ولمساحة واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد

..ويترك للقاضي مسألة ما إذا كانت الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي من عدمه ويختلف ذلك حسب الحالات المعروضة كل على حده.

3- أن تكون الصعوبات المادية طارئة أو غير متوقعة يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية طارئة وغير متوقعة وقت التعاقد كأن يفاجأ المتعاقد بحالة لم يكن قد توقعها لا بناء على دفتر الشروط ولا في دراساته الأولية للمشروع أو على الرغم مما نبه إليه أو ما اتخذته من حيطة لا تقوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه.

4- أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق اضطرابا في التوازن المالي للعقد. وعلى ذلك فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فانه لا يسمح بالاستفادة في هذه النظرية فمن الواجب أن يصل الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقرب اقتصاديات العقد ويتبين ، هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد زيادة على القيمة الاجمالية للعقد.

5- أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد: يشترط لتطبيق هذه النظرية ألا يكون للمتعاقد دخل في أحداث الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة وأن يثبت انه لم يكن في وسعه توقى آثارها وانه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته. ويشترط من جانب آخر ألا يكون للإدارة دخل في وجود تلك الصعوبات وأن كان يمكن الاستفادة من نظريه عمل الأمير في هذا المجال.

6- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد، لكي يستفيد المتعاقد من هذه النظرية يجب أن يستمر في تنفيذ العقد رغم الصعوبات المادية التي يواجهها ، فإذا توقف فانه يتعرض

للجزاء المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ويفقده الحق في المطالبة بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية.

وفي هذا تتفق نظريه الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرتي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي لا تؤدي إلى تحليل التعاقد من التزاماته.

الآثار المترتبة على تطبيق النظرية:

يترتب على توافر شروط هذه النظرية حصول التعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار المتفق عليها. وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظريه الظروف الطارئة، فهذه الأخيرة تطبيق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينتج عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدد تساهم فيه جهة الإدارة.

كما أنها تختلف عن نظريه عمل الأمير من حيث سببها ، فهذه الأخيرة تطبيق بسبب اجراء عام أو خاص صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة ، ولكنها تتفق معها في النتيجة، ففي كلا الحالتين التعويض كاملاً وليس جزئياً، على أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي بحال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلاً فنكون أمام حالة القوه القاهرة.

3-نهاية العقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود في ظل القانون الخاص، أما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، أو بانقضاء مدتها وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية أو مبتسرة قبل أجلها الطبيعي.

وسنتناول في هذا الفصل هاتين الطريقتين لانتهاء العقود الإدارية في بحثين ، نخصص الأول للبحث في انقضاء العقود الإدارية بالطريق العادي، ونبين في المبحث الثاني حالات الانقضاء المبتسر.

أ- الانقضاء العادي للعقد الإداري

ينقضي العقد الإداري مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص بتنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة له:

- انقضاء العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذاً كاملاً:

ينقضي عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن، كذلك ينتهي عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة.

- انقضاء العقد الإداري بانتهاء المدة المحددة له:

متى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد، مثلما هو الحال في عقود الالتزام، وهذه هي القاعدة بالنسبة للعقود فورية التنفيذ.

ب- الانقضاء المبتسر للعقد الإداري

بالإضافة إلى الانقضاء العادي للعقد الإداري، من الجائز أن ينقضي العقد نهاية مبتسرة قبل أوانه في حالات معينة.

-الفسخ باتفاق الطرفين:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقاً يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على الفسخ هذا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص.

وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوباً بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.

- الفسخ بقوة القانون:

ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقاً للقواعد العامة ومنها:

1- هلاك محل العقد، ينقضي العقد بقوة في حالة هلاك محله، إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين وبين ما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة ففي الحالة الأولى ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب الإنهاء.

أما في حالة الثانية فإن الإدارة تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء المبسر الذي تسببت فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل التعاقد تنفيذاً لإجراء عام كهدم دور آيلة للسقوط كان المتعاقد ملتزماً بصيانتها، إذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير.

2- إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتباراً من هذا التاريخ

3-إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم افساخ العقد من تاريخ تحققها.

- الفسخ القضائي:

قد يتقرر فسخ العقد الإداري بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معينة.

الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة:

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقعه.

ويتبين من نص هاتين المادتين أنه إذا ما تحققت القوة القاهرة فإن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، وإذا التجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي فأن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه..

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معززا رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة إلى أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها استناداً منها إلى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخاً إدارياً.

الفسخ القضائي كجزء للإخلال بالالتزامات العقدية:

إن حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا كي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف.

باستثناء حالة طلب إسقاط الالتزام في فرنسا، إذ أن القضاء الفرنسي مستقر على أنه لا يجوز أن يتم الفسخ إلا بحكم قضائي. أما بالنسبة للمتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسيماً، وإذا حكم القضاء بذلك فإن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى.

ج - الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد:

تملك الإدارة كما بينا سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض. وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائماً.

د - الفسخ عن طريق الإدارة:

تملك الإدارة في بعض الحالات التي ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشوط العامة أو لائحة العقود الإدارية أن تفسخ عقودها الإدارية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

كذلك إذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحد هؤلاء المتعاقدين فتملك الإدارة الخيار بين إنهاء العقد مع رد التأمين وبين تكليف باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه ويتم إنهاء العقد في هاتين الحالتين بخطاب مسجل دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أخرى.

ومن جانب آخر للإدارة أن تنهي عقودها الإدارية دون الحاجة لنص في قانون أو اللائحة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون وقوع خطأ من جانب التعاقد، مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء. وسبق وأن أوضحنا الضوابط الواجب مراعاتها عند إنهاء الإدارة لعقودها مراعاة للمصلحة العامة.



قائمة المراجع والمصادر

النصوص القانونية:

- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/5/1998 المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.
- القانون رقم 11/10 المؤرخ في 22/06/2011 يتعلق بالبلدية.
- القانون رقم 23-12، الصادر في 5/08/2023، يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية.
- المرسوم الرئاسي 20/442 المؤرخ في 30/12/2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري.
- المرسوم الرئاسي رقم 15/247، المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المؤلفات:

- بوسام بوبكر، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلة القانون والمجتمع والسلطة، المجلد 13، عدد 1، سنة 2024.
- عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية، مطبعة الايمان، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1998.



- عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية ، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دار الهدى، الجزائر، 2014.

- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد العاشر، جامعة الحاج لخضر باتنة.

- عبد النور سهام، قضاء الاستعجال في المادة الادارية من خلال قانون الاجراءات المدنية والادارية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة، 2019-2020.

- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسر للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2007.

- لعشب محفوظ، المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

- نوال مازيغي، محاضرات حول القرارات والعقود الإدارية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، السنة الجامعية 2023 - 2024.

- نوال إيرين، محاضرات في مقياس القرارات والعقود الإدارية، موجهة للطلبة السنة الثالثة ليسانس، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، السنة الجامعية 2021/2022.

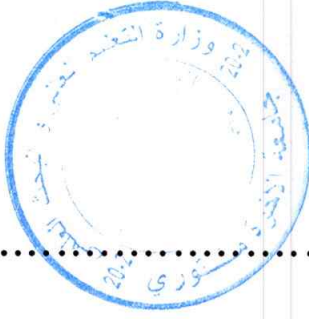
- محمد الصغير بعلي، الوجيز في الاجراءات القضائية الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2010.

- محمد، الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2007.

- محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1، سنة 1991.

- طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، طاهري حسين، طبعة 2، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

- وكواك الشريف، القرارات والعقود الادارية، محاضرات ملقاة على السنة الثالثة ليسانس، جامعة حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية 2021، 2022.



الفهرس

3.....	مقدمة
4.....	المحور الأول: القرار الإداري
4.....	أولاً: مفهوم وماهية القرار
4.....	1-تعريف القرار الإداري وخصائصه
6.....	2-خصائص القرار الإداري
8.....	3-أنواع القرار الإداري
14.....	4-تمييز القرار الإداري عن غيره من أعمال الإدارة
18.....	ثانياً: إعداد القرار الإداري
23.....	ثالثاً: النظام القانون للقرار
23.....	1-نفاذ القرار
26.....	2-تنفيذ القرار
29.....	3-نهاية القرارات الإدارية
36.....	المحور الثاني: العقود الإدارية
36.....	أولاً: مفهوم العقود الإدارية
36.....	1-تعريف العقود الإدارية

38.....	2-معايير تحديد العقود.....
46.....	3-أنواع العقود الإدارية.....
47.....	-عقد الصفقة العمومية.....
51.....	إجراءات إبرام الصفقة العمومية.....
52.....	أ-الإجراءات في الحالات العادية.....
56.....	ب-الإجراءات في الحالات الخاصة.....
57.....	ثانيا: النظام القانوني للعقد الإداري.....
57.....	1-كيفية إبرام العقد.....
60.....	2-تنفيذ العقد الإداري.....
91.....	3-نهاية العقود الإدارية.....
105.....	قائمة المراجع.....

