المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

نهاية العقود الإدارية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون إداري

من إعداد الطلبة :

- بن زلاط زكرياء
- زلاطي عبد العزيز

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الأستاذ	الرتبة العلمية	الصفة
عمراني كمال	أستاذ محاضر (أ)	رئيسا
سمغوني زكرياء	أستاذ محاضر (أ)	مشرفا ومقررا
دربال محمد	أستاذ مساعد (أ)	مناقشا

السنة الجامعية : 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير

نتقدم بجزيل الشكر و التقدير و العرفان لمن أوصلنا لهذه المرحلة من معلمين و

أساتذة في كل الأطوار الذين قدموا لنا أقصى ما يستطيعون من دعم علمي و

معنوي ، و نتقدم بأسمى عبارات الشكر و الإمتنان لأستاذنا المشرف سمغوني

زكرياء الذي تولى الإشراف على هذه المذكرة و دعمنا بملاحظاته القيمة و

توجيهاته السديدة ، فجزاه الله عنا خير جزاء و شكر موصول لعمال مكتبة الجامعة و

كل من ساهم في هذا العمل من قريب أو بعيد .

إهداء

إلى العائلتين الكريمتين وبالأخص الوالدين أدامهما الله ذخرا وظلا لنا

إلى أصدقاء الدفعة

إلى كل ما ساندنا من قريب و من بعيد

مقدمة

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

إن العقد الإداري يعتبر جزءا أساسيا من أجزاء التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدول في هذا العصر، بدلا من القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الالتزام وفرض الأمر دون إرادة الأفراد ، والذي لا يكفي لتلبية كافة الأهداف المنشودة للإدارة ، ولا يتكيف بسهولة مع مشاكل الأفراد . لذلك فإن الإدارة تلجأ إلى الأسلوب التعاقدي لأنه سهل وبسيط، إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع في تحقيق الأهداف عن طريق الاتفاق الودي معهم فينشأ بينها وبينهم عقد يحدد حقوق والتزامات كل من الإدارة والشخص المتعاقد.

وبهذا أخرج بإشكالية الدراسة موضوعنا: ما هو النظام القانوني للعقد الإداري ؟ وهل يمكن حصر أنواعه؟ وكيف نظم المشرع الجزائري العقد الإداري عبر تشريعاته منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ؟ و فيما تتمثل نهاياته؟ وللإجابة على هذا التساؤل الذي يحمل في طياته العديد من التساؤلات من خلال أدوات منهجية تعتمد على الوصف والمقارنة وذلك من خلال خطة عمل ارتأيت تقسيمها لفصلين : الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعقود الإدارية، و الفصل الثاني : نهاية العقود الإدارية.

الفصل الأول الإطار المفاهيمي للعقود الإدارية

تمهيد الفصل:

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

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إبرام العقود ولا يحد من اختصاصاتها التعاقدية إلا النصوص القانونية، الخاضعة لها والمقيدة لسلطاتها. والعقود الإدارية شأنها شأن العقود الأخرى تقوم على ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب، لذلك فإن دراستي لمفهوم العقد الإداري في هذا الفصل التمهيدي سوف ترتكز بالأساس على تعريف العقود الإدارية وتطور النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري ثم تمييزها عن عقود الإدارة الخاصة من خلال معايير محددة، وأثار العقود الإدارية وعرض أهم أنواع العقود والأركان الإدارية في المبحث الثاني خاصة و أن الصفقات العمومية نوع من أهم أنواع العقود الإدارية.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري

يعرف العقد الإداري على انه العقد الذي يبرمه شخص قانوني عام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره وتنظيمه وتظهر فيه نية إتباع أساليب القانون العام وأحكامه، والمتمعن في هذا التعريف يخلص إلى أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة مقومات وضوابط تشكل في الوقت ذاته وفي مجموعها معايير لتمييزه عن غيره من العقود الخاصة بالإدارة العامة والتي تخضع فيها الإدارة للنظام القانوني الخاص وتؤول سلطة الفصل في منازعاتها للقاضي العادي.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري

في المرحلة الأولى توضيح العقد الإداري في التشريع الجزائري بإستخلاص تطور النظام القانوني للعقود الإدارية و تعريف العقد الإداري بالمعيار العضوي و الشكلي و توضيح التمييز بين العقود الإدارية و العقود المدنية.

الفرع الأول: تطور النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري

1. المرحلة الأولى ما قبل 1967:

لقد كانت العقود الإدارية والصفقات العمومية أساسا خاضعة إلى لنظام القانوني السائدة إبان العهد الاستعماري[1] .

لقد مر النظام القانوني للعقود الإدارية خاصة الصفقات العمومية بعدة مراحل تبعا للتطورات والتغيرات السياسية والاقتصادية التي عرفتها البلاد مند الاستقلال إلى الآن .وذلك بموجب القانون الصادر في ديسمبر 1962 المتضمن تمديد سريان القانون الكولونيالي على الحرائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع السيادة الوطنية.

[1] يتمثل النظام القانوني للصفقات العمومية و العقود الإدارية في عهد الإستعمار الفرنسي في النصوص الأساسية التالية:
المرسوم بقانون المؤرخ 30-10-1935 المتعلق بتمويل صفقات الدولة و الجماعات العمومية.
المرسوم رقم رقم 53-405 المتعلق بصفقات الدولة و المؤسسات الوطنية.
المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 8-01-1957 و المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.

ومع ذلك فإن المعطيات المستجدة ومقتضيات المصلحة العامة كانت قد أفرزت إصدار مجموعة من النصوص التنظيمية تسري على العقود الإدارية التي كانت تبرمها الإدارات العامة القائمة آنذاك[1].

2. المرحلة الثانية:

الأمر قم 67 -90 المؤرخ في 17 -06 1967 المتعلق بتنظيم 90 17 الصفقات العمومية لقد كان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الاشتراكي السائد آنذاك، يتمثل أساسا في حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية ، الاعتماد على الصفقات العمومية كآلية وأداة لتنفيذ ، في إطار سياسة التخطيط الاقتصادي (المخططات الثلاثية والرباعية والخماسية في سنة 1982 .

3. المرحلة الثالثة:

المرسوم رقم 82 -145 المؤرخ في 10 04 1982 السبعينات من القرن الماضي(زيادة تنظيم العلاقات بين الإدارات العمومية بصفقات المتعامل العمومي تماشيا مع الاختيار الاشتراكي صدر هذا المرسوم بهدف شمولية تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن طبيعتها مركزية أو لأمر مركزية إدارية أو اقتصادية (شركات وطنية) أو اجتماعية أو ثقافية فهو جاء ليطبق على كافة وجميع أجهزة الدولة وهيئاتها ووحداتها في سياق توحيد النظام القانوني لصفقات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة انسجاما مع الاختيار الاشتراكي الذي يقوم أساسا على وحدة القانون وفي هذا السياق حددت المادة 5 منه المتعامل العمومي بصورة واسعة، حينها نصت على أنه جميع الإدارات العمومية (الدولة . الولايات، البلديات) جميع المؤسسات الإدارية والاقتصادية (الاشتراكية) والهيئات العمومية، شركات الاقتصاد المختلط[2] .

[1] بن علة حميد، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2011، ص 51.

[2] مرجع نفسه، ص 50 51.

4. **المرحلة الرابعة :**

المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434 المؤرخ في 9-11-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بعد صدور دستور 1989 والتخلي عن النظام الاشتراكي كان لابد من سن ورضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة، من خلال الخاص، كما هو سائد في النظام الليبرالي الرأسمالي الأخذ بالازدواجية والثنائية القانونية من حيث التمييز بين القانون العام والقانون ولهذا فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434 ليقتصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الاقتصادي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

خاضعا للقانون الخاص (القانون التجاري عقود تجارية)، ذلك أن المادة الذي منه نصت على ما يأتي " :لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المسماة أدناه "المصلحة المتعاقدة.[1]

5. **المرحلة الخامسة :**

المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المؤرخ في 27 -07 - 2002 العدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 - 301 المؤرخ في 2003- 09- 11، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية نظرا للسياسات الاقتصادية (الخوصصة، الشراكة الأجنبية، الشفافية في تسيير الأموال العمومية، ضمان مبدأ المساواة، ... إلخ)، تم إعادة صياغة النص المتعلق بالصفقات العمومية، باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية على النحو الذي يوافق بين المصلحة العامة والخاصة، كا سيتجلى من خلال الفصول والمباحث التالية.[2]

[1] د. محمد صغير بعلي، العقد الإداري ، دار العلوم، عنابة ، ط 2005، ص 09.

[2] مرجع سابق، بن علة حميد مفهوم ومحتوى العقد الاداري في الفضاء الجزائري بحث لنيل شهادة الماجيستر كلية حقوق جامعة الجزائر2011، ص 52.

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري بالمعيار العضوي والموضوعي والشكلي

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

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

وفق لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تعرف العقد بانه ذالك العقد الذي يبرمه شخص المعنوي عامل يقصد تسيير مرفق العام او تنظيمه او تظهير فيه نية الادارة في الاخذ بأحكام القانون العام.[1]

1. تعريف العقد الإداري بالمعيار العضوي

على أساس هذا المعيار يعتبر العقد إداريا إذا كان طرفيه جهة إدارية عامة مختصة بإبرام العقود الإدارية ، و هذا المعيار هو الوارد في المادة 7[2] من الإجراءات المدنية و رغم أن هذا الشرع أهمل كل مصطلح " العقود الإدارية " إلا إن أساسها موجود في نفس الإجرائي هي عبارة " آيا كانت طبيعتها " و رغم انه ربط الولاية العامة للغرفة الإدارية بشروط اسماها قواعد الاختصاص في مجال إلغاء القرارات الإدارية فقط ، و كان نشاط الإدارة تدارك ذلك لإغفال و خصص الفقرة الأخيرة للمنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية و الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية

[1] بالهوان رقية، العقود الإدارية تطبيقاتها ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية المركز الجامعي مصطفى سطمبولي 2001-2002، ص 12.

[2] المادة 07، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة" رقم 08-09.

ذات الصبغة الإدارية و الرامية إلى طلب تعويض و عليه فالعقد الإداري يعرف مبدئيا بالمعيار العضوي و هو التوجه الذي سايرته المحكمة العليا اذ جاء في قراراتها حيث إن المادة 7 لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين و انه يجب لا يكفي ان يكون شخص معنوي اداري طرفا في الدعوى لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختص و هذا مهما كانت طبيعة القضية.[1]

وعليه يشترط في المعيار في العقد الإداري مراعاة للمعيار العضوي وأن يكون أحد طرفيه إما الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العامة.

أ. **الدولة** : و نأخذ بالمفهوم الضيق و ليس المفهوم الواسع الذي نعرفه في القانون الدستوري و المقصود إذن بها هي الدولة كسلطة مركزية و يدخل في مفهوم هذه الأخيرة مصالح رئاسة الجمهورية ، مصالح رئاسة الحكومة ، الوزارت و مصالحها مثل المديرية العامة للأمن الوطني المديرية العامة للجمارك ... و كذلك المديريات الولائية لكل وزارة في الولايات ... و توجه الدعوة في هذه الحالة ضد الوزارة لأنها تمثل الشخصية المعنوية للدولة و ليس المديرية التي هي مصلحة من مصالح الوزارة تماما مثل المصالح المركزية و الفرق الوحيد بينهما يكمن في إن هذه الأخيرة موجودة على مستوى العاصمة فقط[2].

ب. **الولاية:** وهي درجة ثانية من درجات الإدارة المحلية ومجموعة إقليمية متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتشكل مقاطعة إدارية للدولة وتحدث بموجب قانون ولها إقليم واسم ومقر وقد حددت المواد 110[3] وما بعدها من قانون 07/12 المتعلق بالولاية بعض الأحكام المطبقة على العقود الإدارية التي تبرمها .وإن المقصود بالولاية إذن شخص معنوي عامل بجميع هيئاتها ومصالحها الداخلية سواء تعلق الأمر بهيئة الدولة وهي المجلس الشعبي المنتخب و لجانه الدائمة و المؤقتة او جهاز التنفيذ إي الوالي و مصالحه الإدارية و يندرج ضمن هذه الأخيرة الدائرة، فهي ليست شخصية معنوية و إنما هي جهاز إداري مساعد

[1] محمد فؤاد عبد الباسط العقد الاداري دار الجامعة الجديدة لنشر الطبعة 2006 ص 465.

[2] الدكتور مسعود سيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص 375.

[3] المادة 110 من القانون 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية.

للوالي و يديرها رئيس الدائرة و يتصرف باسم الوالي و قد صدر مرسوم يحدد مهامه[1] .و كذلك يندرج ضمن المصالح الداخلية للولاية ، المرافق العامة على مستوى الولائي المسيرة عن طريق الاستقلال الحكومي المباشر لعدم تهتمها بالشخصية المعنوية بينما تعتبر مستقلة عن الولاية و لا تندرج ضمن مفهومها و إذا أخذت شكل استقلال مستقل لتمتعها بالشخصية المعنوية ، و كذلك الأمر بالبيئة للمرافق العامة للولاية السيرة عن طريق المؤسسات العمومية و ليس فهي تتمتع بشخصية مستقلة عن الولاية و من ثمة فالمنازعات المتعلقة بها تندرج ضمن منازعات المؤسسات العمومية و ليس ضمن منازعات الولاية و عليه يتعين بحيث طبيعيته هذه المؤسسة لتحديد جهة الاختصاص لان القانون يتحدث عن مؤسسات عمومية ولائية مشتركة دون تحديد طبيعتها و هذا يعني انه يمكن إن تكون من طبيعة إدارية أو طبيعة صناعية و تجارية . و عليه في ظل التشريع الجزائري فان دعاوي العقود الإدارية أذا تعلق الأمر بالولاية و الهيئات التي تدخل في مفهومها كما سبق شرحه ترفع الدعوى ضد الوالي و تصدر القرارات في مواجهة و هو ما سايوه العمل القضائي حيث قضية الغرفة الإدارية لمجلس قضاء في قرارها.[2]

ج. **البلدية:** و هي الدرجة الأولى بين درجات الإدارة المحلية و قد عرفها البلدية لسنة 1990 بأنها "مجموعة إقليمية أساسية و تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستغلال المالي و تحدث بموجب قانون " و عموما المقصود بالبلدية هي بجميع الهيئات و توجه الدعوة أعمال رئيس البلدية أو مجلسها الشعبي البلدي المنتخب أو عن مصالحها الإدارية و لجانها و عن الأقسام الحضرية مالية للبلديات التي تظم أكثر من 15000 نسمة و التي يمكن تقسيمها إلى قطاعات حضرية لا تتمتع بالشخصية المعنوية و من ثمة فالمنازعات المتعلقة بها هي في حقيقتها متعلقة بالبلدية . أما بالنسبة لمجالس التنسيق الحضري فهو نظام معروف بين بلديات ولاية الجزائر العاصمة ونصت عليه المادة 177[3] من قانون 10/11 و أحالت على التنظيم

[1] المرسوم 86/30 المؤرخ في 18/02/1986 المحدد لمهام رئيس الدائرة المعدل و المتمم لسنة 1994.

[2] بلحنيفي فاطمة الزهراء، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر الحقوق طرق إبرام العقود الإدارية في الصفقات العمومية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم ص62

[3] المادة 177 من القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011. المتضمن القانون البلدي.

في تحديد عددها و تظهر من قانون ان تشكيلة هذه المجالس تمثيلية، تتكون من مجموعة رؤساء المجالس الشعبية البلدية المكونة لهذا التجمع و تنتخب هذه المجالس رئيسا و من بين أعضائها، وتختص لمجموعة من الخدمات و التجهيزات المشتركة و المتعلقة بالتنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و تخضع مداولاتها لنفس شروط المصادقة على مداولات المجالس البلدية و تنفيذها و إلغائها.

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

2. تعريف العقد الإداري بالمعيار الموضوعي

وفقا لهذا المعيار يعرف العقد الإداري بموضوعه إذا كان يخضع لقواعد القانون العام في تنظيم إبرامه وتنفيذه.

و تعتبر الإدارة المتعاقدة من قواعد القانون العام إذا لجأت إلى بنود غير مألوفة في مجال القانون الخاص و هو يعتبر من المظاهر الأكيد للسلطة العامة التي تجعل الإدارة في مكان اعلا من الإفراد و تعالج مصرفاتها معالجته خاصة هذه البنود هي عبارة عن و نصوص لا تجدها عادة في العقود بين الأفراد و لقد عرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 1950 البند الغير المألوف بالبند الذي يقول موضوعه االاطراف المعينة حقوقا أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها على تلك التي يمكن أن تقبل بحرية ضمن إطار القوانين المدنية و التجارية و كأمثلة عن البند الغير المعروف ، النص الذي يخول الإدارة المتعاقدة سلطة إلغاء العقد دون إشعار مسبق و دون تعويض . إن هذه البنود مقررة فقط لفائدة الأشخاص العامة، وتشكل إحدى مظاهر

[1] الدكتور مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 361.

امتيازات السلطة العامة تبررها اعتبارات المصلحة العامة التي تقضي بنمو الإدارة عن الأفراد بالقدر اللازم لتحققها[1].

3. تعريف العقد الاداري بالمعيار الشكلي

يذهب القضاء الاداري فرنسا ومصر الا ان العقد لايعتبر اداريا رغم ابرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام الا اذا تضمن شرطا او شروط غير مالوفة في القانون الخاص.

ويقصد بالشرط الاستثنائي الغير مالوف ادراج بند او قاعدة في العقد يعطي الطرفين او أحدهما حقوقا او يحملها التزامات لايمكن ان يسلم بها بحرية واراديا المتعاقد في ضل القانون الخاص المدني او التجاري ومثال على ذلك:

ان يخول العقد للادارة المتعاقدة حقوقا وسلطات تجاه المتعاقد معها مثل سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة.[2]

التمييز بين العقود الادارية والعقود المدنية:

ان كانت العقود الادارية قد خضعت للقضاء الاداري في فرنسا ومصر فلا يعني ذالك ان كل عقد تبرمه الادارة هو عقد اداري فهناك من العقود ما تخضع للقضاء العادي حيث ان دواعي التعامل تقتضي في بعض الاحيان ان تكون الادارة طرفا في العقد كأي فرد من الافراد العاديين وبتالي فان المنازعات الناشئة عنه تفصل بها المحاكم العادية.

ان وجود نوعين من العقود تبرمها الادارة كالعقود المدنية والعقود الادارية تبرز هنا مشكلة كيفية تمييز العقد الاداري عن العقد المدني وبتالي تحديد القضاء المختص لا سيما في البلدان التي يختص اقضاء الاداري فيه بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الادارية.

ازاء هده الاشكالية حاول المشرع الفرنسي والمصري تحديد العقود الادارية بنصوص قانونية كما رأينا سابقا وقد أطلق الفقهاء على هذا الامر تسمية العقود الادارية بتحديد القانون.

---

[1] رياض عيسى نظرية العقد الاداري في القانون المقارن و الجزائري د.م.ج الجزائر 1985 ص 182

[2] محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 19.

ويعتقد الاستاذ الطماوي في هذا الصدد (ان اسباغ المشرع الصفة الادارية على عقد يتضمن عناصر العقد الاداري من حيث طبيعتها فان هذا النص ياتي مؤكدا له كعقد الاشغال العامة وعقد التزام المرفق العام)[1].

ولكن المشكلة تثار عندما ينص المشرع على ادارية عقد ماتكون طبيعته مدنية من حيث هدفه وطريقة ابرامه وموقف المشرع هنا منتقد وذالك على اساس ان المشرع عندما يكيف تصرفا من تصرفات الادارة عليه ان ياخذ بالنظر الاعتبار طبيعة العقد من حيث هدفه وطريقة ابرامه ومضمونه[2].

الفرع الرابع: شروط العقد الإداري

تتمثل شروط العقد الإداري فيما يلي:

1 **ان يكون أحد طرفي العقد جهة ادارية:**

ان شرط وجوه جهة ادارية طرفا في العقد حتى يكون هذا العقد **عقدا** اداريا تساب هذا الشرط من قاعدة ان قواعد القانون الاداري انما وجدت وخلقت لتحكم وتنظم نشاطات واعمال السلطات والهيئات الإدارية.[3]

2 **اتصال العقد بالمرفق العام :**

مهما كان الجدل والخلاف الفقهي حول تحديد اساس قواعد القانون الاداري وهل هو فكرة السلطة العامة او فكرة المرفق العام او هو فكرة النفع العام فان القضاء الاداري في القانون المقارن بصر حاليا في ان يقيم ويؤسس قواعد القانون الاداري على فكرة المرفق العام مثل مرفق التعليم ومرفق المواصلات[4].

3 **اعتماد وسائل القانون العام في ابرام العقد وتنفيده:**

بحيث يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مالوفة في عقود القانون الخاص :

[1] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة 1975م، ص 229.

[2] بوعمران عادل النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية طبعة 2010 ص 85

[3] المرجع السابق، بوعمران عادل النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية طبعة 2010 ص 86.

[4] محمد صغير بعلي العقود الادارية دار العلوم عنابة الطبعة 2005ص 17.

ان شروط اتباع وسائل القانون العام في العقد ليصير عقداداريا يعتبر بحق الشرط الاساسي لاضفاء الصفة الادارية على عقد ما ويعد الضابط والمعيار القاطع في تحديد العقود الادارية بطبيعتها وذالك لما يتضمنه القانون العام في القواعد المنضمة والمطبقة على العقود الادارية من اساليب وشروط اسثنائية وغير مالوفة في عقد القانون الخاص[1] .

ويمكن القول ان شروط العقد الاداري تكمن في الرخاء بين الادارة المتعاقدة معهم دون استعمال سلطة الجبر قبل انعقاد هذا العقد.

- يجب ان يدون العقد في وثيقة رسمية والتي تعتبر كدليل اثبات في حالات النزاع ويمثل الادارة الوزير او الوالي او رئيس البلدية بحيث لا يعتبر العقد رسميا إلا بعد امضاء عليه.
- يجب ان يتم العقد لتحقيق المنفعة العامة.
- الخواص المتعاقد معهم هم اشخاص طبيعيون او معنويون يساهمون في تنفيذ العقد بصفة فردية او جماعية فيجب على الادارة دفع الثمن.
- يجب تحديد مدة العقد واجال تنفيذه وتحقيق شروطه بالغرفة الادارة الاقليمية لدى المجالس القضائية هي المختصة في الفصل في نزاعات العقود الإدارية.

و ليكون العقد الإداري صحيح توافر بعض الشروط و التي تتمثل فيما يلي:

- **الأهلية** : تعرف الاهلية على انها صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمال تلك الحقوق ولذا فهي نوعين: أهلية الوجوب و أهلية الاداء فأهلية الوجوب هي صفة تقوم لشخص تجعله صالحا يتعلق به حق معين له أو عليه ،أما أهلية أداء فهي صفة تقوم لشخص تجعله صالحا للمباشرة بنفسه عملا قانونيا أو قضائيا خاص بالحقوق و الوجبات التي تصلح لهذا الشخص لتعلقها به بالنسبة أهلية متعاقد مع إدارة تطبق عليها القواعد العامة اذ نصت المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد

[1] محمد خلف جبوري العقود الادارية الطبعة الاولى دار الثقافة لنشر والتوزيع 2010 ص9.

متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل أهلية لمباشر الحقوق المدنية والسن الرشد هو 19 سنة كاملة"[1]

ونصت المادة 78 من نفس القانون "كل شخص أهل لتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"[2]

ولما كانت الادارة لشخص معنوي فأنه لا يثبت لها من الحقوق وال يكون عليها واجبا بما يتناسب مع ضيفتها هذه والاصل أن الادارة تملك كالأشخاص الطبعين أهلية وجوب كاملة.

ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك ومن الحالة التي يفقد فيها قانون أهلية الادارة حصر نشاطها في أنواع محددة من الحقوق لتحقيق الاغراض التي أنشأت من اجلها بموجب قانون إنشائها وقد نصت المادة 50 من القانون المدني بقولها ،يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الانسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون يكون لها خصوص .

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

وأهلية الاداء أي قدرة الادارة على ممارسة حقوقها و واجباتها بموجب القانون تختلف عن تلك القدرة التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين فرئيس الدائرة المختص بالتقاعد يكون هو المعبر

[1] المادة 40 من القانون المدني، الباب الثاني، الأشخاص الطبيعية و الإعتبارية، الفصل الأول، الأشخاص الطبيعية.

[2] المادة 78 من القانون المدني، الباب الأول، مصادر الإلتزام ، القسم الثاني، شروط العقد.

إرادة الاداء دون سواه، وقد يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي حيث تنص المادة من القانون 90/80[1] المتعلق بالبلدية "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي:

- إبرام عقود اقتناء الاملاك وعقود بيعها والصفقات أو الإجراءات
- إبرام المناقصات أو المزايدات الخاصة بأشغال البلدية
- رفع الدعاوى لدى القضاء باسم البلدية ولفائدتها.

- **سلامة الرضا:** يقصد سلامة الادارة خولها من عيوب الرضا المعروف ،وقد عالج المشرع الجزائري في القانون موضوع سلامة الرضا في المواد 81/91 و من بين عيوب الرضا نذكر مايلي:

أ. **الغلط** : يعرف أنه وهم يقوم بذهن الشخص مصورا له الامور على غير حقيقتها،وهو الذي يقوم بنفس من صدرت منه إلرادة ،وسبب بنفس من وجهت نحوه كالغلط.

في التعبير أو نقل أو تفسير المعني أو الطرف الاخر .

و قد نصت المادة 82 من القانون المدني[2] على ان الغلط يعتبر على الاخص اذا وقع في صفة الشخص يراها المتعاقدين جوهرية ،أو يجب اعتبارها كذلك نظام الشروط العقد وحسن النية أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ،وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد وتكون جوهرية إذا بلغت حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط.

[1] أنظر القانون 80-90 من القانون المتعلق بالبلدية.

[2] المادة 82 من القانون المدني، القسم الثاني، شروط العقد.

ب. **التدليس** : التدليس في العقود إلدارية هو استعمال المتعاقد مع الادارة طرقا احتياطية لتضليها ،ودفعها إلى التعاقد إلى كان يدعى قيامه بأعمال سابقة تدل على خبرته ،أو أن يتظاهر بأنه وسيلة إلظهار عفته وأمانته أما التدليس من جانب الادارة فهو مستبعد .

وحسب العقود الثانية من مادة 86 من القانون المدني[1] فأن التدليس هو السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة أذا ثبت أن التدليس عليه ما كان لبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

ج. **الاكراه** : هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا بدون رضاه ،ويكون الاجبار بمثابة ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص ويبعث في نفسه رهيبة تحمله على التعاقد أو أمثاليته تهديد الادارة لشخص أنه لم يشتري الارض المجاورة لارضه و التي عليها حقوق وارتفاق فإنها ستبيعها بالمزاد العلمي أو إجبار شخص طلب الفسخ لتجنب دفع التعويض مادي.

ولقد نصت المادة 80 من القانون المدني على أنه يجوز ابطال العقد الاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطة رهبة بنية بعثها، المتعاقد الاخر في نفسه دون وجه حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بنية أذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسميا محدقا يهدده هو فأحد أقاربه في النفس أو الشرف أو المال[2].

واعي في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه، وسنه وحالته الاجتماعية والصحة وجميع الظروف الاخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الاكراه، غير أن المادة 89 تشترط أن يصدر من أحد المتعاقد بين فأنه صدر من غيرهما فليس للمتعاقد المكره أن يطلب

[1] المادة 86 من القانون المدني، القسم الثاني، شروط العقد.

[2] د. مسعود سيهوب، مرجع سابق، ص 420.

إبطال العقد إلى إذا أتيت أن المتعاقد الأخرى يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا إكراه.

د. **الاستغلال** :اذا كانت الاتزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة لموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر ،وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا ان المتعاقد الاخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش او هوى ،جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ينقص الالتزامات هذا المتعاقد على انه يجب رفع الدعوى خلال السنة من تاريخ العقد الا كانت غير مقبولة ، ويجوز في عقود المعاوضة ان يتوفى الطرف الاخر دعوى الابطال اذا عرض مايراه القاضي كافيا لدفع الغبن .

الفرع الخامس:تقييم المعايير وموقف المشرع الجزائري

إن الفقه والقضاء الإداريين لم يتوصلوا إلى معيار دقيق لتميز العقد الإداري عن بقية العقود الأخرى، فالمعايير التي طرحت تنحصر في المعيار المادي أو الشكلي حيث يتحدد الاختصاص القضائي بصفة الأطراف في الدعوى وكلما كانت الإدارة طرفا في النزاع كان العقد إداريا. لقد انهار المعيار أمام العديد من الأحكام القضائية التي أعلنت عدم تعميم الصفة الإدارية على جميع عقود[1] الإدارة وإمكانية لجوء هذه الإدارة إلى قواعد القانون الخاص لإبرام عقودها وتنفيذها" وبناء على ذلك سأقسم هذا الفرع إلى قسمين أعرض في الأول تقييم المعايير وأتناول في القسم الثاني موقف المشرع الجزائري.

أولا: تقييم المعايير

[1] عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة مرجع سابق، ص 58.

إن النقد العنيف الذي وجه لهذا المعيار يأتي من القضاء الإداري نفسه عندما استند على فكرة الوكالة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم باسم ولحساب الإدارة[1] يثير استعمال المعيارين الآخرين مناقشات رصينة، ولهذا يتساءل البعض حول صحتها، ففيما يتعلق بالمعيار الأول وهو معيار المرفق العام يبدو أنه واسع جدا، فالإدارة– عادة – تضع دائما نصب أعينها المرفق العام، فإذا فهمت هذه المهمة بطريقة واسعة جدا، فإننا سنصل لحد اعتبار كل العقود التي تجريها الأشخاص المعنوية العامة، إلا أن نتيجة كهذه هي غير صحيحة[2].

وقد أكد أنصار هذه النظرية بأنها عاجزة على ملاحقة تطورات وظائف الدولة نتيجة الأخذ ببعض مبادئ الاشتراكية والاقتصاد الموجه، مما أدى إلى زيادة حجم مجالات تدخل الدولة وتعدد نوعية الأنشطة التي تدخلت فيها.

وإذا كان هذا المعيار لازما لتحديد القانون الإداري فهو غير كافي وحده لتقديم المعيار الصحيح، لأن الإدارة ليست ملزمة دائما باستعمال وسيلة القانون العام لإدارة المرافق العامة، فقد ترى الإدارة أنه من الأوفق أن تدير هذه المرافق العامة وفقا لأحكام القانون الخاص، فتتجرد من صفتها كسلطة عامة وتنزل إلى مستوى الأفراد وتتصرف كفرد عادي، فينطبق بشأنها هنا قواعد القانون الخاص، رغم اتصال نشاطاتها بالمرافق العامة. وهل سيتجه القاضي لتفسير تنفيذ المرفق العام، بصورة أكثر تقييدا ويطلب إلى الفريق الثاني في العقد أن يشارك مباشرة في تنفيذ هذه

[1] عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة مرجع سابق، ص 46.

[2] محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الجزائر،، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2006، ص 351-352.

المهمة، إن الاجتهاد حينئذ، وكما لاحظ ذلك الأستاذ فالين سيجر أكثر فأكثر إلى بحث صعب ومصطنع سيصل لتفريع المعيار الأصلي إلى رزمة من المعايير[1].

فالمعيار الأصلي يميل ليصبح مفقودا وتعريف العقد الإداري يصبح غير قابل للإدراك بدلا من أن يوضح كما أن المرفق العام ليس له من العناصر الثابتة التي تجعل منه نظاما قانونيا أو أساسا قانونيا محددا لفكرة العقد الإداري، خاصة إذا ما دققنا عناصر هذا المرفق العام التي ناقشها أنصاره سنجد أنها عناصر وهمية لأنها اعتمدت أسسا لا يمكن برهنتها أو تأكيد صحتها ولكونها استندت على مفاهيم نسبية ليس لها مضمونا علميا أو عمليا وهو الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول باستبعاد المرفق العام من أن يلعب أي دور في القانون الإداري، وهو رأي مبالغ فيه، ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي لا زال يلجأ إليه حتى وقتنا الحاضر كمعيار للاختصاص وكأساس للقانون الإداري، إلا أنه لم يعد شرطا كافيا لتطبيق القانون الإداري وتقدير اختصاص القضاء لإداري.

وبناء على ذلك انتقل بعض الفقه الإداري إلى اختيار الشروط الاستثنائية لإثبات إدارية العقد الذي تبرمه الإدارة، وقد ناصر بعض أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر هذا المعيار، غير أن النقد الشديد الذي يوجه إليه هو أن القضاء نفسه لم يتمكن من وضع نظرية متماسكة ومحددة لفكرة الشروط الاستثنائية، وأن أغلب أحكامه اكتفت بالإشارة فقط إلى احتواء العقد مثل هذه الشروط دون أن تحدد مدلولها أو تبين مقوماتها وعناصرها[2].

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري– العقد الإداري، دار الفكر جامعة الإسكندرية 1989، ص 271.

[2] د. عصام عوادي، القانون الإداري ديوان المطبوعات الجامعية، ص 544.

وهناك من يرى انحطاط معيار البند غير المألوف ويستنتج بعد دراسة لاجتهاد البرهان على أن هذا البند لا يجلب إلى العقد إلا عنصرا إضافيا من القانون العام، وأنه لا يمكن أن يكون العلامة الخاصة لوصف العقد بأنه إداري، وذلك لأن نظام كل عقود الإدارة، ومن بينها عقود القانون الخاص تحتوي دائما موادا مخالفة للقانون الأمر الذي جعل هذا المعيار عاجزا أمام تحديد الصفة الإدارية للعقد رغم محاولات الفقه في معاونة القضاء بهذا الخصوص، غير أنها محاولات باءت بالفشل و واجهت نقدا عنيفا لتناقضها ولغموض عناصرها، ولصحة هذا المعيار لجأ أنصار هذا المعيار- ليس إلى تحديد المفهوم القانوني الدقيق لهذه الشروط – وإنما إلى عرض صور عنها وبيان أنواعها، مع ذلك لم يتمكن هؤلاء من حصر جميع هذه الشروط بل بقيت على سبيل المثال فقط ولا يمكن أن تشكل معيارا دقيقا للعقد الإداري المشترك. نستنتج مما سبق أن الفقه والقضاء واجها صعوبات كثيرة في تحديد عناصر العقد الإداري وفي تمييزه عن بقية العقود الأخرى، حيث حاول الفقه جعل بعض هذه العناصر المعيار الأساسي في تمييز العقد الإداري مستبعدا في نفس الوقت بقية العناصر، وإن كان الإجماع على أن معيار تمييز العقد الإداري يقوم على العناصر الثلاث المشار -أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وأشارت أحكام القضاء إلى ضرورة توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لتحديد ماهية العقد الإداري: وفي باين ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها:"... وليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف – أي العقد – إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة.[1]

فالشخص الإداري العام قد يبرم عقدا مدنيا كما يبرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناط احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في

[1] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 353.

العقود المدنية متوازية ومتساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة، ويجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام – وإن كانت شرطا لازما – فإنها ليست مع ذلك بكافية، فلم يعد المرفق وحده هو المعيار القاطع في التمييز الدقيق بين العقود الإدارية بمعناها القانوني الصحيح التي تبرمها جهة الإدارة وبين تلك العقود المدنية التي تبرمها أيضا جهة الإدارة وتخضع لأحكام القانون الخاص ،العبرة إذن بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقودها من إليها سابقا وهي:

- أن تكون الإدارة طرفا فيه.
- أن يتصل بمرفق عام.

أسلوب القانون العام ليتخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى شروط العقود الخاصة بين الأفراد[1].

وتقول المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أيضا: " إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.[2] فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة المشرع الجزائري لم يأخذ بالمعايير المادية أو الموضوعية في تحديد الاختصاص، ولكنه أخذ بمعيار شاعت تسميته في الفقه بالمعيار العضوي، لأنه يقوم على تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي تحدد اختصاصات الغرف الإدارية، حيث حددت المادة السابعة 07 من قانون الإجراءات المدنية هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر وهم :الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وذلك بنصها على أنه" تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة

[1] محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 870 لسنة 5 بتاريخ 1956/12/09، س11 بند 50 ص 77.
[2] بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 88.

الإدارية طرفا فيها... كما أخذ القانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمالعيار العضوي وذلك بنصه في المادة 800 على أنه " المحاكم الإدارية هي الجهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، و تختص في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية او البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري".

ثانيا:موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير

المشرع الجزائري لم يأخذ بالمعايير المادية أو الموضوعية في تحديد الاختصاص، ولكنه أخذ بمعيار شاعت تسميته في الفقه بالمعيار العضوي، لأنه يقوم على تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي تحدد اختصاصات الغرف الإدارية، حيث حددت المادة السابعة 07 من قانون الإجراءات المدنية هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر وهم :الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وذلك بنصها على أنه" تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها... [1]

كما أخذ القانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمالعيار العضوي وذلك بنصه في المادة 800 على أنه " المحاكم الإدارية هي الجهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، و تختص في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية او البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة , الإدارية طرفا فيها"[2]

[1] المادة 7 من القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية، النص الكامل للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجزائر، منشورات بيرتي، 2008، ص 189.

المطلب الثاني: أثار العقد الاداري

إنه لا مجال للمقارنة للآثار التي يرتبها العقد الإداري و بين آثار العقود الخاصة لأن النتائج تترتب عن العقود الخاصة و المبادئ كالعقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الأول:سلطات الإدارة المتعاقدة

بسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، فإن ما تملكه الإدارة من جهة و ما يقابلها من حقوق و إلتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى.

أولا: سلطة الرقابة والتوجيه :

للإدارة سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها و تحظى الإدارة هذه السلطة سواء تم تقريرها لها صراحة في دفتر الشروط أو دون ذلك، ويختلف مدى هذه السلطة باختلاف نوع العقد المبرم فكلما قويت صلة العقد بالمرفق كلما زادت تلك السلطات كما هو الحال في عقود الاشغال العامة وكلما ضعفت العلاقة مع المرفق كلما ضعفت معها تلك السلطات كعقد التوريد البسيط مثلا [1].

وتباشر الإدارة سلطة مراقبة تنفيذ العقد عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها كزيارة ورشات العمل والتحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص والاختبار أو عن طريق الأعمال القانونية وذلك بإصدار أوامر تنفيذية للمتعاقد معها تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ والتعديل فيها وتأخذ هذه الأوامر شكل القرار الإداري وقد أجيز للمتعاقد معها الاعتراض عليها غير أن ذلك الاعتراض لا يوقف تنفيذها نظرا للقوة التنفيذية التي تحوزها[2] غير أن ذلك لا يعني أن سلطات الإدارة في هذا الصدد مطلقة وغير محدودة فالواقع لا أنها ملزمة عند استعمالها لتلك

[1]- الدكتور محمد، سعيد حسين أمين العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة 1999، ص 833.

[2]- الدكتور رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1985، ص 13.

السلطة بالتقيد بجملة من الضوابط كضابط والواقع الاختصاص والشكل والإجراء وبالتزام حدود العقد المبرم وإطاره.

ثانيا: سلطة تعديل العقد بصفة منفردة

إذا كان المتفق عليه في العقود الخاصة أن تعديل العقد لا يتم إلا بناء على اتفاق إرادي بين الأطراف عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمبدأ القوة الملزمة العقد فإن للإدارة وعلى خلاف ذلك سلطة التعديل الانفرادي للعقد دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها وهي سلطة ثابتة لها حتى لو لم يرد بشأنها نص في دفتر شروط العقد أوفي النصوص القانونية ، بل انه لا يجوز النص على خلافها أو التنازل عنها من قبل الإدارة ومرد ذلك أن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة المرفق العام وضرورة مسايرته للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام ،و تظهر سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإدارتها المنفردة في الصور التالية[1]:

- سلطة تعديل المعقود عليه محل العقد بالتحكم فيه زيادة أو نقصانا وهو ما يصطلح عليه بالتعديل الكمي فعند تبليط ساحة عمومية أو شارع عمومي تستطيع الإدارة التحكم في المساحة المقررة للتبليط زيادة أو نقصانا حسب مقتضيات المصلحة العامة[2].

– سلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل التنفيذ والتحكم فيها زيادة أو نقصان

– سلطة التعديل في البرنامج الزمني بتعديل أجال تنفيذ العقد والتحكم فيها زيادة أو نقصان.

وجدير بالتنبيه إلى تمتع الإدارة لهذه السلطة لا يمنحها الحرية التامة والمطلقة في استعمالها إذ يقع لزاما عليها عند مباشرتها مراعاة الشروط والضوابط التالية:

[1] – الدكتور، عبد الرؤوف جابر: النظرية العامة في إجراء المناقصات و العقود، دار النهضة العربية، مصر 2003، ص 128.

[2] بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 109.

- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي وألا تؤدي إلى تغيير العقد تغييرا جذريا بشكل يطال مضمونه جوهريا ويغير من طبيعته ويجعل المتعاقد أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.[1]
- ألا يمس التعديل بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد معها بحيث يقتصر على الشروط التنظيمية المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العام، غير انه قد يحصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والتعاقدية وعليه فمتى انجر عن تعديل تلك الشروط تعديل الشروط المالية فإن الإدارة تكون ملزمة عندها بإعادة التوازن المالي للعقد.
- لأن التعديل سيكون بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة فإنه يجب أن يكون مستوفيا لجميع عناصر المشروعية.

ثالثا:سلطة توقيع الجزاءات:

انه متى اخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخر فيه أو بالتنفيذ السيئ له فإن اللإدارة أن توقع عليه جزاءات تختلف عن نظيرتها المقررة في عقود القانون الخاص وتنطوي في واقعها على معنى العقوبة[2].

وللإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه ولا نحتاج في ذلك إلى استصدار حكم قضائي أو للإجازة الصريحة من النصوص القانونية ، و تجد هذه السلطة المخولة للإدارة تبريرها في أن إخلال المتعاقد في العقود الإدارية لا يقتصر على إخلاله بالتزام تعاقدي فحسب بل يمثل أيضا مساسا بحسن المرفق العام المتصل بالعقد ،فغاية الإدارة من توقيعها الجزاء

[1] محمد صغير بعلي، المرجع السابق ، ص 29.

[2]- الدكتور، عبد الرؤوف جابر: مصدر سابق، ص 128.

ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي ينشأها العقد وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي لحقه[1] .

1. خصائص الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد :

تتسم الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر بخاصيتين أساسيتين:

-حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة الالتجاء للقضاء مقدما، وان كان دلك تحت رقابة القضاء اللاحقة .

- حق الإدارة في توقيع الجزاء هو حق مكفول لها دون الحاجة لوجود نص يقره، فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، وإذا نص العقد على بعضها فذلك لا يعني تقييد حريتها فيما عدا ما نص عليه بل لها أن توقع على المتعاقد تحت رقابة القضاء جميع أنواع الجزاءات[2].

2. صور الجزاءات :

يوجد صورتين من الجزاءات هما:

أ. الجزاءات المالية:

وهي المبالغ المالية المحددة قيمتها في العقد المبرم أو في دفتر الشروط المصاحب له مسبقا والتي تأخذها الإدارة من المتعاقد كجزاء لإخلاله بالتزاماته العقدية وتظهر من خلال فرض الإدارة لغرامات مالية كغرامة التأخير أو بمصادرتها للتأمين المسلم من المتعاقد مسبقا ،و نظرا لخطورة هذه الجزاءات فإنه يشترط لتطبيقها:

[1] – الدكتور رياض عيسى، مرجع سابق، ص18.

[2] الدكتور محمد سعيد حسن أمين، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 838.

1. ارتكاب المتعاقد خطأ غاية في الجسامة.
2. اعذار الإدارة للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك أو متى استدل من عبارات العقد على إعفاء الإدارة من ذلك.
3. أن تصدر الإدارة قرار إداري يتضمن الجزاء الموقع[1].

3. الجزاءات الضاغطة:

وهي التي يستهدف من وراء تقريرها الضغط على المتعاقد المقصر أو المهمل لحثه على أداء التزاماته كاملة ولعل من أبرزها التنفيذ على حساب المتعاقد والذي يأخذ صورتين : حلول الإدارة محل المتعاقد وتنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق موظفيها ويكون ذلك في حالات الاستعجال التي لا تحتمل البحث على متعاقد جديد فلو كان العقد توريدا مثلا قامت هي بنقسها بالتوريدات المطلوبة للمرفق الذي يتبعها مع تغطية المورد المتعهد للفارق في السعر وتحمله للنفقات الإضافية ولكل خسارة تلحق بالإدارة المستفيدة[2] ،أو كوضع المرفق تحت الحراسة وتولي الإدارة إدارته في عقود الامتياز .

التنفيذ عن طريق متعاقد آخر أي بإحلال شخص آخر لتنفيذ العقد بدلا عن المتعاقد المقصر مع العلم أن الأخير يبقى في علاقة عقدية مع الإدارة.

وغني عن البيان أن التنفيذ في الصورتين السالفتين يشكل تهديدا حقيقيا للمتقاعد المقصر ولميزانه المالي ذلك انه وفي كلتا الحالتين يكون على حسابه وعلى مسؤوليته لذلك فان القضاء وخوفا من تعسف الإدارة اشترط لتطبيق هذا النوع من الجزاءات[3] :

-ارتكاب المتعاقد خطأ غاية في الجسامة وتقدير ذلك متروك للقاضي .

[1] د. مسعود ميهوب، مرجع سابق، ص 350.
[2]- الدكتور عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 124.
[3]- رياض عيسى، مرجع سابق ص 19-20.

4. اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.
5. أن تصدر الإدارة قرارا إداريا يتضمن الجزاء المقرر.

الفرع الثاني: حقوق المتعاقد مع الادارة

إذا كان قد تقرر للإدارة جملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها تحت تبرير اتصال عقودها بالمرفق العام فإن القضاء الإداري وخوفا منه من تعسف الإدارة ومن افتقادها لأحد أهم وسائل تسيير وتشغيل المرافق العامة بنفور الأفراد وعزوفهم عن التعامل معها فقد أقر وفي مقابل تلك الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة جملة من الحقوق للمتعاقد مع الإدارة وهي الحقوق التي لا مثيل لها في العقود الخاصة والتي تنحصر في مجملها في الحق في الحصول على المقابل المالي وفي الحق في التعويض[1].

أولا :الحق في الحصول على المقابل المالي

وهو أحد أبرز الحقوق المضمونة للمتعاقد مع الإدارة ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف العقود المبرمة فقد يكون على شكل رسوم يتقاضاها المتعاقد من المرتفقين ومن المستفيدين من خدمات المرفق محل الامتياز كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة،أو يكون على شكل راتب أو مزايا مالية تمنح للموظف المتعاقد مع الإدارة ،أو يكون على شكل قيم وأسعار تحديدها في متن الصفقة المبرمة وهي القيم التي تتحدد بصفة إجمالية أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو بناء على النفقات المراقبة أو بصفة مختلطة ،والمعلوم أن ذلك السعر قد يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة وذلك طبقا لما قد تقتضيه الصفقة المبرمة[2] ، فمتى كان ثابتا كان محظورا للمراجعة شرط أن تحدد

[1] د. عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة القاهرة، د س ، ص 184.

[2] د. مصطفى مقصود سليم، معيار العقد الإداري و آثاره على إختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1998، ص 342.

الصفقة صيغة أو على الإدارة تغييره رفعا أو تخفيضا فيما يكون من الجائز لها ذلك متى المراجعة وكيفيات تطبيقها[1] .

وإذا كان المستقر عليه في المحاسبة العمومية أن الدفع والتسديد يتم بعد الأداء والانجاز الفعلي لمضمون الصفقة فان المشرع الجزائري – ونظرا لضخامة تكاليف بعض الصفقات وتيسرا منه على المتعاقد مع الإدارة بغية التنفيذ الحسن لموضوع الصفقة ولضمان استمراره في ذلك – قد أجاز وعلى غرار التشريعات المقارنة الخروج عن تلك القاعدة والعمل باليات أكثر مرونة حيث رخص للإدارة منح المتعاقد معها أقساط مالية في مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة وفقا لنظام خاص يعرف بنظام الدفع على أقساط أو الدفع على الحساب وهو النظام الجاري العمل به في عقود الأشغال والخدمات[2].

بل وقد أجيز للمصلحة المتعاقدة وفي بعض الأوضاع دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل تنفيذ موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة وفي حدود نسب محدد مستلزما لذلك شرط تقديم المتعاقد ضمانات كافية بإعادتها وبكفالة بنك جزائري أو بنك أجنبي معتمد من قبل بنك جزائري أو بكفالة صندوق ضمان الصفقات العمومية وتأخذ هذه التسبيقات صورتين :

أ. **التسبيقات الجزافية** : وتتمثل في المبالغ والقيم التي يتم دفعها دون أدن شكلية وبنسبة محددة لا يتجاوز سقفها % 15 من السعر الأولى للصفقة.

ب. **التسبيقات على التموين** : وهي التسبيقات المخصصة لصفقات الأشغال والتوريد والتي تسلم للمتعاقد مع الإدارة متى أثبت حيازته لعقود وطلبات مؤكدة للمواد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة[3]، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تطلب من المتعامل المتعاقد

[1] المادة 52 من قانون الصفقات العمومية.

[2] المادة 72 من قانون الصفقات العمومية.

[3] د. رياض عيسى، المرجع السابق، ص 49.

معها التزاما صريحا بإيداع المواد والمنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيقات.

ثانيا: الحق في التعويض

يقع لزاما على الإدارة تعويض المتعاقد معها في حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها لسلطات المخولة لها استعمالا يخالف القانون، كما تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ ما لها ويكون أساس إلزامها بالتعويض في تلك الأخيرة إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب وإما لاعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تنعقد على أساس الخطأ أو دونه[1].

ثالثا: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ

إذا كان على المتعاقد الإدارة الالتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصفقة المبرمة ودفتر الشروط المصاحب لها فإن الإدارة هي الأخرى وفي مقابل ذلك تكون مجبرة على تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد المبرم، وملزمة فوق ذلك باستعمال سلطات الاستثنائية المقررة لها على نحو مشروع ذلك تكون مجبرة على تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد المبرم وملزمة فوق ذلك باستعمال السلطات الاستثنائية المقررة لها على نحو مشروع واي استعمال منها لسلطاتها على نحو غير مشروع يشكل خطا عقدي يرتب مسؤولية الادارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض .

وتأسيسا على ما سبق فإن الخطأ العقدي المرتب للمسؤولية الإدارة عن المتعاقد معها يأخذ صورتان[2]:

[1] د. مصطفى مقصود سليم، ص 343.

[2] الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات و العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، منسأة المعارف، الإسكندرية 2007 ،ص93.

أ. إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد الالتزامات العقدية المقررة كعدم تسليمها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع أو عدم تقديمها للمواد الضرورية للتنفيذ او حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد أو عدم منحها المقابل المالي المتعاقد في الآجال المقررة.

ب. مجانبة الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها كاستعمالها المشروع لسلطات الرقابة والتوجيه أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشروعية أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دون مبرر أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامة دون مبرر لها أو فسخها للعقد لمجرد التحلل من الالتزامات.

رابعا: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ

ويكون أساس التزام الإدارة بالتعويض هنا إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب وإما في إطار ضمان التوازن المالي للعقد .

أ–التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب:

تكون جهة الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها في حال قيامه بإنجازات إضافية متى ثبت أنها ضرورية لإنجاز محل العقد على أحسن وجه أو أنها ذات فائدة تعود على الإدارة وأن الإدارة كانت راضية عن قيامه بها وهو في إطار التنفيذ لالتزامه التعاقدي، " والتعويض في هذه الأحوال يكون استنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة[1].

ب–التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري:

إن إيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح فمتى قامت المصلحة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنصب على العقد أو خارجه وأنجر

[1] د. عبد العزيز منعم خليفة، المرجع السابق، ص 138.

عنها زيادة في أعباء المتعاقد وإخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد لأنه لو جرى الأمر على خلاف ذلك وكان للإدارة أمر اتخاذ ما تراه مناسبا من الإجراءات دون أن تكون ملزمة مقابل ذلك بالتعويض لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحد من الناس لن يقبل المجازفة بالدخول في عقود مع الإدارة تخضع لمحض سلطتها ويتعرض فيها إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها [1].

ولا تنحصر الحماية المقررة للمتعاقد في هذا الصدد في الحماية من المخاطر الإدارية او الاقتصادية فحسب بل وفي الحماية من المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة والتي قد تعترض المتعاقد في مرحلة التنفيذ وتؤدي الى ارهاقه وفكرة التوازن المالي للعقد تجد لها اساسا في النظريات التي ارساها القضاء الاداري وهي النظريات التي يمكن للمتعاقد بموجبها وفي الاحوال التي تتوفر فيها شروط تطبيقها استحقاق التعويض وهذه النظريات هي :

1-**نظرية فعل الأمير**: وهي النظريات المعمول بها بالقضاء الفرنسي وتقوم على فكرة تعويض المتعاقد مع الادارة عن الاضرار التي لحقت بها وقد اقر المشرع الجزائري هذه النظرية وتبنى العمل بها حيث جاء في المادة 102 من قانون الصفقات العمومية {تسوى النزاعات التي تطرا عند تنفيذ الصفقة في اطار الاحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بهذه الاحكام ان تبحث عن حل ودي لنزاعات التي تطرا عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح لها هذا بما يأتي: ايجاد توازن التكاليف المترتبة على كل طرفين من اهم شروط هذه النظرية[2]:

[1] رياض عيسى، مرجع سابق، ص 47.

[2] مرجع نفسع، ص 49.

- ان يكون عمل الادارة المتعاقدة ذلك لان الاعمال غير مشروعة تخرج من نطاق العمل بهذه النظرية ويكون التعويض عليها طبقا لقواعد المسؤولية الادارية العقدية والتقصيرية ولا يكون الاجراء الصادر من الادارة متوقعا عند ابرام العقد.
- ان يلحق بالمتعاقد جراء الاجراءات المتخذة اضرار حقيقية وفعلية لا بمجرد اضرار احتمالية.

2-**نظرية الظروف الطارئة**:بحيث مدلولها يبين انها برزت في النظام القانوني البرجوازي على اثر الازمات التي حلت بالاقتصاد الراس مالي بعد الحرب العالمية الاولى وتعوذ جذورها التاريخية الى فوات غرض العقد التي إستند عليها القضاء الانجليزي والتمس منها الحلول لإعادة النظر في الالتزامات المتقابلة .

ومن بين شروط هذه النظرية ان يكون هناك ظرف طارئ لم يكن متوقعا وقت التعاقد ويجعل من التنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد وتعني بالظرف الطارئ ذلك الحادث الاستثنائي العام ، ان ينجر عن الظرف الطارئ اخلال بالتوازن المالي للعقد وارهاق شديد للمتعاقد يصعب معه استمرار الاخير في تنفيذ التزاماته على اتم وجه واستمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته نزولا عند موجبات حسن سير المرفق بانتظام واطراد[1] .

3- **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة**:بحيث مدلولها ان هذه النظرية متى اعترض المتعاقد مع الادارة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة اثناء التنفيذ وتجعل من تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا فان له الحق في المطالبة بالتعويض الكامل عما لحق به جراء تلك الصعوبات من اضرار.

[1] الدكتور عبد الرؤوف جابر، مصدر سابق، ص 131.

من اهم شروطها ان تكون الصعوبات مادية واستثنائية ومثال ذلك ما قد يعترض المتعاقد مع الادارة في عقود الاشغال العامة كالأرض الصخرية واستمرار المتعاقد مع الادارة في تنفيذ التزاماته دون توقف ما لم تؤدي تلك الصعوبات الى استحالة التنفيذ.

المبحث الثاني : اركان وانواع العقد الاداري

يمكن تقسيم العقود الى عقود ترتب التزامات على الجانبين وفوائد للجانبين وقد ترتب العقود الزاما على طرف وفائدة لطرف وقد تكون عقود فورية وقد تكون متراخية وقد تكون هناك عقود محددة قانونا وهي المسماة وقد تكون غير مسماة وفقا لمتطلبات ومقتضيات سير المرافق العامة.

مطلب الاول : اركان العقد الاداري

يتوافر أن يكون في العقد الاداري عدة أركان وهي:

- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.
- أن يرتبط العقد بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو إستغلال.
- أن تتجه نية المتعاقدين عند ابرام العقد غلى الأخذ بالاساليب القانون العام وأن يحتوي العقد على شروط غير مالوفة في عقود القانون الخاص.

وسنحاول بحث هذه الأركان على لنحو الآتي.

الفرع الأول :أن تكون الإدارة طرفا في العقد

يتعين أن يكون أحد طرفي العقد شخص من اشخاص القانون العام وقد جاءت تسمية العقد الإداري من شرط إعتبار الادارة طرفا في العقد ، ذلك أن النشاط الخاص بالأفراد تحكمه قواعد القانون الخاص ، وبمفهوم المخالفة فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه جهة إدارية لا يمكن إعتباره عقدا إداريا فلا يعد عقدا إداريا مثلا العقد المبرم بين الأفراد و بين مؤسسة ذات نفع

عام ،كذلك يعد عقدا مدنيا العقد المبرم بين ملتزمي المرافق العامة و يعتبر عقدا إداريا إذا ما ثبت أن أحد المتعاقدين كان يتعاقد بإسم و لحساب جهة إدارية وهو مخول بهذا التعاقد ، وكذلك يعد العقد إداري [1].

إذا ما تم إبرامه بين شخصين عامين ومما إستقر عليه الفقه والقضاء أن الدولة والمحافظات والإدارات المركزية أو الهيئات اللامركزية سواء أكانت إقليمية أو مرفقية كلها أشخاص قانونية عام.

وتأسيسا على ما سبق بيانه أن لا تعود العقود المبرمة فيما بين طرفين من الأفراد العاديين من قبيل العقود الإدارية ، حتى بفرض كون أحدهما مكلف بأداء خدمة ذلك أن العقد الاداري وإن كان يتفق مع العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، وأنه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بايجاب وقبول وينشئ إلتزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام ، بيد أنه يتميز عن العقد المدني في هذا الركن بأن الإدارة تعمل على إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق و إمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها ، و العلة في منح هذه الإمتيازات هو أن الإدارة تقوم على خدمة مرفق عام ، ثم إن الادارة تستخدم اساليب المرفق العام ، وينبغي القول إن الادارة عندما تبرم العقد خارج صفة السلطة العامة و لم تستخدم السلطات و الإمتيازات الممنوحة لها فإنها تتساوى مع الأفراد و تنزل إلى مستوى متعاقد بين شخصين عاديين ومن ثم لا يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي لا تكون الإدارة طرفا فيها بإعتبارها صاحبة سلطة وسيادة [2].

الفرع الثاني: أن يتصل المرفق العقد بنشاط مرفق عام

[1] الدكتور طماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارة، ط3 ، دار الفكر العربي ، ص 51.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 411.

ما إستقر عليه الفقه و القضاء الإداري أنه لم يعد يكفي بالمعيار العضوي و المتمثل بضرورة وجود كان الشأن في خصوص المعيار الذي يقوم عليه القانون الإداري ، معيار السلطة العامة أم معيار المرفق العام ، و مما لا جدال فيه هو أن تتضمن العقود الإدارية أحكاما إستثنائية،وأن ترتبط بشكل كبير بالمرفق العام ، ومن ثم يتعين أن يكون موضوع العقد نفسه متصل بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه ، فإذا كانت العقود الإدارية تختلف على العقود الخاصة في أنها تتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة و في تمتع الإدارة بشأنها في الكثير من السلطات فإن ما يبرر إنفرادها بالأحكام الخاصة هي أنها تعقد بهدف تحقيق المصلحة العامة و ينبغي أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهو الغاية التي ينبغي أن تسود شروط العقد و علاقة المتعاقدين عند تطبيقه و تفسيره ، إن من العقود ما يتصل بإنشاء المرافق العام كعقد الأشغال العامة و منها ما يتعلق بتنظيمه و تسييره و إدارته مثل عقد الإمتياز و منها ما يرتبط بضمان إنتظامه و ادارته كعقد التوريد ، فإن الصلة بين هذه العقود و بين المرفق العام قائمة و متى 20/104الإدارة طرفا في العقد بل يتعين أن يكون العقد من طبيعة إدارية وفق المعيار الموضوعي لذا فمهما إنقطعت هذه الصلة بات العقد المبرم يخضع للقانون الخاص ويتعين القول في هذا المقام أن إتصال العقد بالمرفق العام هو الشرط الاساسي لإعتبار العقد عقد إداريا ، وينبغي أن يلاحظ أن العقود المتعلقة بأموال الدولة الخاصة لا تعد عقودا إدارية متى تضمنت نصا يحيل إلى دفتر الشروط العامة رغم أن هذه الإحالة تعتبر في بعض الأحيان شرطا إستثنائيا الأمر الذي يأكد إتصال العقد بالمرفق العام هو الشرط الجوهري لخضوع العقد الاداري للقانون العام و قد أشرنا إلى التطور الذي لحق بالعقد الإداري و كيف أن القضاء الفرنسي بات يعتبر إرتباط العقد بالمرفق العام هو الشرط لاضفاء صفة العقد الاداري .[1]

الفرع الثالث: العقد بالمرفق العام هو الشرط لإضفاء صفة العقد الإداري

[1] عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، د،م،ج ، 1985 ، ص 07.

اعتماد الإدارة على أساليب القانون العام غير المألوفة بالقانون الخاص لا يكف لاعتبار العقد إداريا أنن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما و إن يتصل الموضوع بالمرفق أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، و لذلك بات من المسلم به أن على الإدارة أن تتبع في تنفيذ العقد اساليب القانون العام ، و أن يشتمل العقد على شروط إستنائية غير مألوفة في القانون الخاص و هي الشروط التي إن وضعت في عقود القانون الخاص[1] .

و يصنف الفقه و القضاء الشروط الإستثنائية إلا طائفتين رئيسيتين :

1) **الطائفة الأولى** :و تعرف الشرط الإستثنائي بأنه ذلك الشرط الذي لا يستطيع الأفراد النص عليه في عقودهم الخاصة لأن النص عليه يعتبر غير مشروع أو باطل لمخالفته للنظام العام فهذه الشروط مقتصرة على السلطة العامة [2].

2) **الطائفة الثانية** : يرى هذا الجمع من الفقهاء بأن الشروط الإستثنائية هنا نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقا أو تحميلهم إلتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الإتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ضل القوانين المدنية و التجارية أي أنها شروط غير مألوفة في القانون الخاص .

المطلب الثاني : أنواع العقد الإداري

في القانون الإداري من الصعوبة التسليم بنفس تصنيفات العقود المطروحة في القانون المدني ذلك لاختلاف النظام القانوني الذي يحكم كلا منهما ، فالعقود الإدارية هي دائما ملزمة لجانبين

[1] د. سليمان الطماوي، مرجع ساسبق، ص 53.

[2] عبد الحميد شواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء ، التشريع،منسأة المعارف ، 2003 ، ص 247.

و دائما هي رضائية ، لكنها قد تكون فورية التنفيذ و قد تكون مستمرة التنفيذ ، و قد إرتأيت تقسيمها تبعا للمعيار القانوني و المعيار القضائي...

الفرع الأول: العقود الإدارية المحددة قانونا

و لو أن القانون لا يتطرق إلى تفاصيلها إلا أنه يذكرها بأسمائها و هي عقود الأشغال العامة ، عقود إقتناء اللوازم عقود تقديم الخدمات ، عقود إنجاز الدراسات ، عقود الامتياز.

أولا عقود الاشغال العامة : عقد الأشغال العامة هو إتفاق بين إدارة و أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ، و بقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد ، و هي الأكثر أهمية في الجزائر من حيث الاعتمادات المالية التي ترصد لها و ذلك لدف التجهيز ، مثل بناء سد او جامعة او طريق توصيل قنوات المياه الصالحة لشرب توصيل الاعمدة الكهربائية.[1]

لقد نصت المادة 117 من قانون البلدية على أن يتم إبرام العقود الخاصة بالأشغال طبقا للتشريع و التنظيم الخاصين بالصفقات العمومية، و هو نفس المعنى الذي قصدته المادة 113من قانون الولاية فيما يتعلق بالعقود الإدارية التي تبرمها[2].

ثانيا: عقود إقتناء اللوازم

وقد نصت على هذا النوع المادة 11 من المرسوم الرئاسي 250/02 و يمكن أن يكون موضوعها إقتناء مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة، و التي تكون مدة عملها مضمونة أو محددة بضمان. و تسمى أيضا بعقود التوريد، و هي إتفاق بين شخص من أشخاص

[1] محمد صغير بعلي العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 22.
[2] مرجع نفسه ، ص 21.

القانون العام مع فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي تكون لازمة له في مقابل ثمن معين و على فترة أو فترات زمنية محددة . وتتم عادة بطريقة المناقصات ضمانا لمصلحة الخزينة العامة للدولة، و الزمن يشكل عنصرا جوهريا في مثل هذه العقود من حيث ظروف التنفيذ و من حيث إنتهاء العقد ومن أمثلتها العقود التي تجربها كلية الحقوق للحصول على الطاولات و الكراسي...

ثالثا عقود تقديم الخدمات:

لا يكون محلها أشغال ذات طابع عقاري ، ودفع إلى تحقيق خدمات منقولة مادية مثل إجراء تحقيق أو إنجاز قرص مضغوط و قد تكون فنية مثل إجراء استشارة فنية تبرم على الخصوص مع مهندس معماري أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد التخصصات[1] .

رابعا عقود إنجاز الدراسات:

لقد اثبتت التجربة أن المشاريع الكبرى لانجاز السدود و شق الطرق و الأنفاق قد أنجزت على دراسات سطحية ، ما أدى إلى أصبحت مكلفة ، و جعل عملية الاستثمار بطيئة و ذلك بسبب إدراج عقود الدراسات ضمن عقود الخدمات من حيث المال و الزمن ، ما جعل المرسوم الدراسي 250.02 يفصل بين عقود الدراسات و عقود الخدمات، فهي لا تخضع لنفس إجراءات الإبرام ، لكنه لم يعرف عقد الدراسات و لا عقد الاستشارة الفنية، وقد صدر منشور رقم 3 عن رئيس الحكومة بتاريخ 20/02/1997 الذي يشترط التأثير على الدراسة خلال كل

[1] بوعمران عادل النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية طبعة 2010 ص 93

مراحلها من طرف المصالح التقنية للدولة في مواجهة مكاتب الدراسات التي أعد كما اصدرت في مجال عقود الأشغال العامة تعليمة عن وزير التجهيز وبيئة الاقليم رقم 691، بتاريخ 14/10/1998 تشترط تأشيرة مطابقة الدراسات من طرف المؤسسة الوطنية الرقابة التقنية لأشغال التجهيز[1]

وتبرم هذه العقود مع مكاتب خيرات اقتصادية، و جيوتقنية صناعية، لإشباع حاجة الإدارة من خدمة فكري.

خامسا : عقود الامتياز :

وهي العقود التي تهدف إلى إدارة مرفق و استغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب الامتياز على مسؤوليته ، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته و ذلك لمدة من الزمن تحدد في العقد حيث يعود المشروع في بداية المدة إلى الإدارة .يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة واحدة أو أكثر لتحقيق هدف معين خاص بالتسيير أو الإستثمار و تشمل الصفقات العمومية حسب نص المادة 12[2] فبإمكان، أن تعهد تسيير مرافقها إلى المتعاملين الخواص إذا عجزت عن تسيرها عن طريق الاستغلال المباشر، و يصادق الوالي على هذه العقود بموجب قرار بعد التحقق من سلامة الإجراءات و مطابقتها لدفتر الشروط النموذجي. و تتسم عقود الامتياز بشروط تعاقدية مثل الأعباء المالية و مدة الامتياز، و شروط تنظيمية على تنظيم الاستغلال و تحديد الرسوم فيمكن أن يتعلق الامتياز بالمرافق التالية : مرفق المياه الصالحة للشرب و التنظيف و الماء القدرة ، القمامات المنزلية و غيرها من الفضلات ، الأسواق المغطاة و الأسواق

[1] عيسى رياض، مصدر سابق ، ص 10.

[2] أنظر: المادة 12 من قانون الصفقات العمومية.

و الأوزان و المكاييل ، التوقف مقابل دفع الرسوم النقل العمومي ، المقابر و المصالح الجنائزية الطرق البلدية.

أما بالنسبة للمرافق العامة للولاية فإن الامتياز يمكن أن ينصب على المرافق التالية: الطرق وشبكة المختلفة، مساعدة الأشخاص المسنين والمعوقين ورعايتهم، النقل العمومي داخل الولاية، حفظ الصحة ومراقبة النوعية، وهذا طبقا لأحكام المادة 119 من قانون الولاية. ويخضع اختيار المتعامل للسلطة التقديرية للإدارة على أن تبني اختيارها على معايير موضوعية ، و بالنسبة لمدته فهو لا يكون مؤيدا بل لمدة معينة تحدد في العقا، و عادة تمتد بين 30 و 50 سنة هذا و يختلف الاستقلال عن الطريق الامتياز عن الاستقلال عن طريق التأجير ، في كون الملتزم بعقد الامتياز لا يلتزم بتسيير المرفق فحسب ، بل يلتزم مسبقا بإنجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله مصاريفه ، في حين أن المستأجر يتحمل مصاريف إقامته و إجاره و على هذا الأساس فقد يحدث أن تكون المنشآت قائمة أثناء إبرام العقد و تكون محل تأجير و تجدر الإشارة أن مدة استئجار الاستغلال لا يمكن أن تتجاوز 12 سنة .

هذه هي أهم العقود الإدارية المسماة و هناك عقود أخرى يثور التساؤل بشكل، ما إذا كانت عقود إدارية أم لا ، و منها على سبيل المثال :

1. عقود التخصيص :

القد نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 454/91 المورخ في 23/11/1991[1] ، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسيرها و كيفياته على أنه : "منح عقارات من إدارة إلى إدارة أخرى بقرار من الوزير المكلف بالمالية ، أو الوالي إلى المصالح و الجماعات

[1] المرسوم التنفيذي 91 454 المؤرخ في 1991/11/23

الإدارية ، و يكون التخصيص مؤقتا أونهائيا . و ما يوحي بأنه عقد إداري، فقد نصت المادة 06[1] يبين العقد الذي يتضمن التخصيص بعوض طبقا للتشريع المعمول به التعويض الذي تحدده إدارة الأملاك الوطنية و تتحمله المصلحة أو الجماعة التي خصص العقار لها يرى الأستاذ أحمد محيو أن هذا التصرف هو عقد دو الطابع إداري إلا أن المادة 04 [2] أعطت لأسلوب التخصيص وصف القرار الإداري و نصت : "بين قرار التخصيص .. " ، و قد عاودت المادة 09 نفس المصطلح تنشر في الجريدة الرسمية قرارات التخصيص ، تستنتج أن العقد المذكور مفرغ من محتواه كمولد الآثار تعاقدية.

2. عقد البيع :

يرى الفقيه الفرنسي الشهير أندري ديلوبادير(أن عقد البيع الذي تقوم به الإدارة الحكمه قواعد القانون الخاص أصلا لكن الأستاذ دي لو بادير لم يعرف العقد الإداري إنما اكتفى بتعريف عقد البيع.

نص المرسوم المذكور أعلاء على أن البيع يكون للعقارات التي ألغي تخصيصها بسبب لم تعد صالحة للمصالح و المؤسسات العمومية حسب المادة 10[3] التي تنص ، أن البيع يكون عن

[1] المادة 06 من قانون الأملاك العقارية من التخصيص.

[2] المادة 04 من قانون الأملاك العقارية من التخصيص.

[3] المادة 10 من المرسوم السابق، قسم البيع، الفقرة الأولى من الأحكام العامة.

طريق البيع العلني ، و هو مفتوح للمنافسة على أساس دفتر الشروط الذي يعطي وصف الطبيعة الإدارية للبيع، كما قد يكون بالتراضي انطلاقا من نص المادة 11[1].

لقد وضع قضاؤنا الإداري، مثالا رائعا في مجال عقود البيع ، و وظف فيه أهم معيار في تكييف عقود الإدارة و هو معيار المرفق العام ، و رغم أنه اعتبر أن عقد البيع هو عقد مدني ، إلا أنه بمفهوم المخالفة يمكن أن يكون عقدا إداريا ، و هذا ما جاء في قرار الغرفة الإدارية.

3. عقود الاستئجار و الشراء :

وهي أساليب تعاقدية وصفها المرسوم بالعقد حسب نص المادة 14[2]. يتم وفقا للأشكال والكيفيات، و تمثل في عقود الاستئجار و عقود التراضي، و الاتفاقيات المختلفة الأنواع التي تستهدف استئجار الدولة أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري عقارات أيا كان نوعها داخل التراب الوطني أو شراء المصالح الدولة عقارات و حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية عن طريق التراضي أو نزع الملكية.

4. عقود التأجير:

هو أسلوب لم يوضح المرسوم طابعه التعاقدي على الرغم من أنه نفس على التأجير عن طريق المزاد العلني في حالة العقارات غير المحلات ذات الاستعمال السكني لأنه لم ينص على أي شرط تعاقدي بخلاف حالة المزاد و شروط التأجير الأخرى التنظيمية ، و هي المدة حسب المادة 19 ، كذا نصمت المادة 21[3] على الفسخ بفسخ التأجير عقب إشعار قبلي يرسل إلى المستأجرين قبل 06 أشهر ما شد انتباهي هو التعليمة الصادرة عن وزارة السكن رقم 29 المؤرخة

[1] المادة 11 من المرسوم السابق، قسم البيع الفقرة الأولى من الأحكام العامة.

[2] المادة 14 من المرسوم السابق، قسم الإستئجار و الشراء و الشفعة.

[3] المادة 21 من المرسوم السابق، قسم التأجير الفقرة الأولى من الأحكام العامة.

في 03/01/1993 المواجهة للمدراء العامين ، لدواوين الترقية و التسيير العقاري ، و المتعلقة بتعليق قانون الصفقات العمومية على نشاطات هذه الدواوين ، التي تعد حسب المرسوم 147.91المؤرخ في12/09/1991 في مادته 16 مؤسسات ذات طابع صناعي و تجاري ، و بعض النظر عن القيمة القانونية لهذه التعليمة.

5. عقود التبادل :

نصت المادة 34[1] من المرسوم على أنه يمكن أن يأخذ عقد التبادل شكل عقد إداري أو عقد توثيقي كما تعد أيضا اتفاقية مؤرخة في 13/05/1997 المتعلقة بالتغطية الصحية المساحين المؤسسات العقابية ، بين وزير العدل ووزير الصحة واسست المواد 15و 16 و17 منها لجنة وزارية مشتركة مكلفة بتطبيق هذه الاتفاقية .

الفرع الثاني: العقود الإدارية المقررة قضاء

وهذه العقود هي التي استنبطها القضاء الإداري بعد البحث في معايير تمييز العقود الإدارية و هي كثيرة غير محصورة، و لمعرفة طبيعة العقد يجب دراسة كل حالة على حدا و لذلك سأكتفي بعرض ثلاثة أنواع اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في تحديد لطبيعتها الإدارية [2].

. أولا : عقود القرض العام :

[1] المادة 34 من المرسوم السابق، الفقرة الثانية، قسم التبادل.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، كلية الحقوق، ط 2006، ص 543

و هو اتفاق يقرض بمقتضاه أحد الأفراد أو البنوك مبلغا من المال للدولة أو لإحدى إدارة مقابل تعهدها بدفع فائدة سنوية ، و لمدة معينة في العقد و تلجأ الدولة لمثل هذه العقود لمعالجة أزمة اقتصادية ف تطرح في السوق سندات القرض والأصل في هذه العقود اختيارية ، إلا قد تكون إجبارية تفرضها الإدارة على الأفراد على شكل ضرائب ، إلا أن القانون يرتب عليها آثار عقد الفرض من حيث وجوب استردادها في اية المدة و لما كانت عقود القرض العام تؤدي إلى تحمل الدولة أعباء مالية لأجال طويلة ، فقد جرت العادة في الدول البرلمانية على وجوب موافقة البرلمان، و لم يتضمن التشريع الجزائري نصوص تبين كيفية إبرام هذه العقود و شروطها[1].

ثانيا :عقد تقديم المساعدة

و هو اتفاق بين جهة الإدارة و فرد أو شركة بلتزم بقتضاه الفرد أو الشركة بالمساهمة نقدا أو عينيا في نفقات توسيع أو إعداد ميناء أو إنشاء محطة ، ومن المساهمة العينية تقديم قطعة أرض ، و قد يكون التعهد منجزا ، و قد يكون مشروطا ، و لكن مهما اختلفت صور هذا العقد و تباينت أوصافه فهو يقوم على المساهمة الاختيارية في مشروع ذو نفع عام ، و من هنا نظهر خاصيتاه الأساسيين ، فالأول تقوم على اعتباره عقد و هو بذلك ليس عملا من أعمال الاستيلاء و لا نزع الملكية إذ كلاها لم يتم حيرا ، فهو يتكون من إجاب و قبول ملزم للمتعامل ، و غير ملزم للإدارة إذا ارتأت في تقديرها ملائمة عدم تنفيذه ، و الثانية أنه عقد إداري و يترتب على ذلك أنه لا يسقط بوفاة المتعهد قبل قبول الإدارة بل يجب على الورثة سحبه و هذا على الخلاف الهبة التي يسقط عرضها بوفاة الواهب قبل قبولها من جانب الموهوب له دون حاجة إلى سحبها من جانب الورثة ، و علة التشدد في العقد الأول هو اعتبارات المسلحة العامة[2].

ثالثا : عقد النقل

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، كلية الحقوق، ط 2006، ص 544.

[2] بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 94.

وهو اتفاق يتعهد بموجبه فرد أو شركة للنقل البري أو البحري أو الجوي، ينقل أشياء للإدارة أو يوضع وسيلة النقل تحت تصرفها، لنقل الأشخاص فيها، ومع أن هذا العقد يشبه عقد التوريد في أن كلاهما ينصب على مال منقول، إلا أنه يختلف عنه في أن عقد النقل يتصرف عادة إلى نقل الأشياء أو الأشخاص، وليس توريد الأشياء بشرائها[1].

[1] محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 22.

الفصل الثاني

نهاية العقود الإدارية

باعتبار العقود عامة والادارية خاصة تصرفات قانونية، تنتج عن اتخاذ ارادتين على الاقل، فإن العقد يبين الالتزامات التي تقع على كاهل كل طرف، كما يوضح الحقوق التي تترتب على كاهل كل طرف.

وكأي تصرف قانوني لابد وان تكون للعقد نهاية ينقضي بها العقد وتنتهي بها حياته في الساحة القانونية.

ولا تنتهي العقود الادارية بنهاية موحدة، وانما تتنوع نهايات العقود الادارية الى نوعين، فالعقد الاداري قد ينتهي او ينقضي نهاية طبيعية شأنه فيَ ذلك شأن العقود عامة، وقد ينتهى نهاية غير طبيعية وسنتناول في هذا الفصل هاتين الطرقتين لانتهاء العقود الادارية في مبحثين، نخصص المبحث الاول لانقضاء العقود الادارية بطرق العادية ، ونبين في المبحث الثاني حالات الانقضاء المبستر وكل ذلك بشيء من تفصيل[1] .

[1] د محمد الشافعي ابو راس العقود الادارية (بدون سنة نشر)، منشور في الإنترنيت http://www.droit-dz.com : ص 123

المبحث الاول النهاية الطبيعية للعقود الادارية

ينقضي العقد الاداري مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص بتنفيذ موضوعه تنفيذا كاملا أو بانتهاء المدة المحددة له.

المطلب الاول: انقضاء العقد الاداري او انتهاء(انقضاء عادي)

انقضاء العقد او انتهاؤه انقضاء عاديا، وذلك بعد تمام تنفيذ موضوعه فإذا ما قام المتعاقد بتنفيذ العمل المنوط به في عقد الاشغال العامة وإذا ما قام المعهد بتسليم البضاعة التي تعهد بتوريدها في عقد التوريد في عقد التوريد ففي هذه الحالات وعندما تقوم الادارة بتنفيذ التزاماتها العقدية يكون العقد قد انقضى انقضاء عاديا وذلك لاستنفاذ موضوع الذي عهد من اجله [1].

ومن زاوية اخرى ينقضي العقد لتنفيذ ما يترتب عليه من التزامات تنفيذا كاملا، فعقد عقد الاشغال العامة او توريد مثلا، والذي نفذ فيه المتعاقد التزاماته، بإتمام الاعمال المطلوبة في الحالة الاولى، وتسليم البضائع في الحالة الثانية، ينقضي متى ادت الادارة الثمن كاملا للمتعاقد [2].

ولتوضيح ذلك فالوضع الغالب في العقود الادارية هي انها عقود فورية اذ ينقضي عقد الاشغال العامة بتنفيذ تلك الاشغال واستلام المتعاقد الثمن كذلك ينتهي في عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الادارة.

ومع ذلك فقد تتجدد مثل هذه العقود تجديدا صريحا او ضمنيا فتكون هذا امام عقد جديد بانتهاء مدة التجديد[3].

---

[1] الاستاد الدكتور محمود خلف الجبوري القانون الاداري دار الثقافة لنشر والتوزيع الطبعة الاولى ا 1432 هـ 2010 ص 152.

[2] دكتور سليمان الطماوى الاسس العامة للعقود مرجع السابق ص 734.

[3] دكتور مازن ليلو راضى العقد الاداري القانون الاداري الطبعة الثالثة ص297.

المطلب الثاني: انقضاء العقد بانتهاء المدة

يلعب عنصر الزمن في العقود الادارية دورا هاما لنهايتها وذلك من خلال ارتباطهما الوثيق ببعضهما البعض وفي هذا المطلب سنكشف انقضاء العقد بانتهاء مدته ذلك ان من العقود الادارية، ما يرتبط بقاؤه بمدى زمني محددة ومثال ذلك عقود الالتزام وعقود الاشغال العامة المتعلقة بصيانة بعض المنشأة لمدى زمنية محددة وعقود التوريد لمدى محدودة أيضا وعقود الايجار...الخ

ففي كل هذه الحالات ينتهي العقد بحلول المدى المتفق عليها فيه[1].

ويخضع العقد في تجديده او عدم تجديده لإرادة الطرفين التي قد يعبر عنها صراحة أو ضمنا، على نه إذا كان التعبير الصريح مشترطا، فلا يعتد بالتعبير الضمني.

وفى غيبة الاتفاق على تجديد، لا يكون للمتعاقد أدنى حق فيه، اذ ان للإدارة الحق في انهاء العقد حتى قبل حلول اجله مادام ذلك يقتضيه الصالح العام.

فمن باب اولى يكون لها الحق في انهاء العقد عند نهاية اجله وتمسك بعدم اطالة مدته او تجديده دون ان يكون للمتعاقد معها أي حق في الامتداد او في التجديد حيث يعتبر عنصر الزمن عنصر جوهري في انقضاء العقد الاداري فمتى كان العقد محدد بمدة كان انتهاء المدة يتبعها انتهاء العقد مثال انتهاء اجل الالتزام هذا هو الاصل العام ومع ذلك يشير الشراح الى فرضيتين يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة في مطالبة الادارة بالمقابل بحيث:

1. **الفرضية الاولى**: تكون في حالة الموافقة على التجديد الصريح او الضمني وقد اعمل القضاء الاداري هذا المبدأ حتى كانت ظروف الحال تكشف عن رضاء ضمني من جانب الادارة والمتعاقد على الاستمرار في التنفيذ رغم انقضاء المدة المنصوص عليها في العقد.

[1] دكتور سليمان الطماوى المرجع السابق ص734

2. **الفرضية الثانية** :تتجلى اذا استمر ملتزم المرفق العام في اداء الخدمة للإدارة، فحينئذ يحكم القضاء بتعويض الملتزم بصرف النظر عن فكرة التجديد الضمني للعقد وذلك اعمالا لفكرة قيام حالة شبه عقدية و ينبه الفقهاء الى وجوب التميز بين انحلال العقد و انهائه بإنهاء مدته فيكون انتهاء مدة العقد بانقضاء المدة التي يتعاقد عليها الطرفان فيضع ذلك حد لأثاره بالنسبة للمستقبل فلا تنشأ منه بعد انتهاء مدته التزامات جديدة لكن ذلك لا يمس كيان العقد ولا ما سبق ان انتجه من التزامات فالإيجار المعقود لمدة سنة واحدة لا يزول ولا ينحل بانقضاء السنة، وانما ينتهي فقط فيقع انشاؤه التزامات جديدة على عاتق كل من المؤجر والمستأجر دونما اخلال بما سبق ان انشاه من التزامات في ذمة كل منها خلال السنة سواء تم الوفاء بها اولا. [1]

وكما سلف الذكر ولتوضيح ذلك أكثر فإنه يوجد طائفة خاصة من العقود تعد من العقود الادارية الزمنية عندما تحدد بمدة زمنية كما سبق التوضيح، فمتى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة تتبعها انتهاء العقد، مثلما هو الحال في عقود الالتزام.

كما ان هذا الامر يطبق بصورة خاصة في بعض عقود الاشغال العامة المتعلقة بصيانة، فهي تنقضي بانقضاء المدة المحددة لها في العقد، حتى لو لم يتم انتهاء جميع الاعمال التي يفترض ان يقوم بها المتعاقد مع الادارة، بمعنى ان ارادة الاطراف هنا تعطى الأولوية للوقت لا لحجم الاعمال ومقدارها.

وعليه فإذا ما حددت الاطراف مدة زمنية معينة لتنفيذ ذلك العقد، وحل ذلك الأجل فأن نهاية الأجل تعد بمثابة نهاية لذلك العقد وانقضاء له، كأن يتفق الاطراف على صيانة مرفق عام

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد حمد محمد حمد العقود الادارية و احكام ابرامها دار المطبوعات الجامعية مصر 2008 ص 316 وما بعدها

يبرم لمدة سنة واحدة فإنه يبدأ حساب تلك المدة من اليوم المباشر بالأعمال وينتهى بعد تمام سنة من ذلك اليوم[1].

وفى الاخير نستطيع القول بان العقد ينتهي بالمدة المحددة بين الطرفين بانتهاء هذه المدة، مما يضع حدا لأثار العقد بالنسبة للمستقبل اي لا تنشأ التزامات جديدة بعد انتهائه ولكن هنا ينبغي التميز بين حالتين:

الحالة الاولى: كون العقد فوري فينقضي تنفيذه الى غير رجعة

الحالة الثانية: تتمثل في العقد المستمر فيحق للمتعاقد مطالبة الادارة بالتعويض رغم انتهاء مدة العقد وانتهائه معها[2].

المبحث الثاني: النهاية الغير طبيعية (المبسترة) للعقود الادارية

رأينا ان العقد الاداري ينتهي نهاية طبيعية إذا ما تم تنفيذه كاملا، بأن أدى كل طرف ما يرتبه العقد وقلنا ان انقضاء العقد في هاتين الحالتين، انما هو انقضاء ذاتي تلقائي يقعدون التدخل من أي شخص او هيئة خارج العقد. على ان الامر لا يسير دائما على هذا النحو، اذ كثيرا ما ينقضي العقد او ينتهي قبل تنفيذ اغراضه او تحقيق اهدافه، وقد ينتهي قبل اتمام مدته ان كان للعقد مدة محددة.

هنا لا تكون النهاية طبيعية، لقد وقعت قبل اتمتم العقد لأهدافه، او قبل وصول العقد لنهاية مدته ويطلق بعض الفقه على مثل هذه النهاية تسمية النهاية المبسترة، اشارة الى وقوعها قبل بلوغ العقد اهدافه او اجله.

[1] د ماهر صالح علاوي الجبوري مبادئ القانون الاداري العاتك لصناعة الكتاب القاهرة 1996 ص244

[2] د عبد الحميد نصر الشريف العقود الادارية فى التشريع الجزائري مذكرة لنيل اجازة االمعهد الوطنى للقضاء الجزائر 2001 ص36ومابعدها 2004

وبديهي ان لا تكون هذه النهاية طبيعية، او ان تكون تلقائية، اذ يلزم في غالب تدخل عامل او شخص او هيئة لأحداث هذه النهاية.

ويمكن القول بان أكثر حالات الانقضاء المبستر للعقود الادارية تتمثل في الفسخ باتفاق الطرفين او عن طريق الادارة بإرادتها المنفردة والفسخ من قبل القاضي وبقوة القانون.

المطلب الاول: الفسخ باتفاق الطرفين ومن جانب الإدارة

يكون اتاق الطرفين لفسخ العقد طريقة قانونية صحيحة إذا تحققت فيها بعض الجوانب الاتي ذكرها فيما قد يكون الفسخ من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة كل ذلك سنتطرق اليه في هذا المطلب.

الفرع الاول :الفسخ باتفاق الطرفين

إن المشرع الجزائري أجاز للإدارة بعد الاتفاق مع المتعامل المتعاقد أن تلجأ للفسخ الاتفاقي، ومن المؤكد أنها ملزمة في هذه الحالة بتبرير موقفها هذا في قطع العلاقة العقدية خاصة وأن الفسخ سيأخذ الطابع الإتفاقي وأن المتعامل لم يقصر في أي جانب من التزاماته التعاقدية، قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على انهاء العقد قبل مدته او اتمام تنفيذه، ويكون الانهاء في هذه الحالة اتفاقيا يستند الى رضا الطرفين وتطبيق على الفسخ هذا احكام الاقالة في عقود القانون الخاص.

و قد يكون انهاء العقد بهذه الطريقة مصحوبا بتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة الانهاء العقد قبل اوانه ، اذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك، و يقصد بالفسخ الارادي بانه اتفاق الطرفين المتعاقدين على نقض العقد و التحلل منه بإرادتهما المشتركة، أي اتفاقهما على ان يقيل كل منهما الاخر من العقد بعد ابرامه ، فقد يحدث بعد ابرام عقد الاشغال العامة ان يتفق المتعاقد مع جهة الادارة على انهاء ذلك العقد قبل مدته او قبل اتمام تنفيذه، و يكون الانهاء في

هذه الحالة اتفاقيا و مستندا الى رضا الطرفين المتعاقدين ، لان الرضا المتبادل لهؤلاء هو الذي بعث بالعقد الى الوجود فلا مشكلة ان يزيله منه ، فالزام العقد انما تقرره ارادة اطرافه وهي تقرر انقضاءه أيضا، و الواقع ان التقايل في حق المتعاقدين فسخ، في حين انه في حق الغير عقد جديد يبرم بقصد ازالة عقد اخر سبق ابرامه بين اطرافه، ومن ثم فانه يلزم لانعقاده ما يلزم لانعقاد سائر العقود الاخرى المدنية والادارية من اركان الاهلية والرضا والسبب، وما يترتب على ما سبق انه يلزم لإنهاء العقد السابق، وابرام العقد الجديد هنا موافقة الجهة الادارية التي تملك حق ابرامه وفقا بقواعد الاختصاص[1].

كما يجب ان تكون ارادة الطرفين صريحة وواضحة، ولكن لا يشترط ان يفرغ ذلك الاتفاق في صورة معينة فأطراف العقد احرار في الطريقة التي يتفقون من بموجبها على انهاء العقد، حيث سلم مجلس الدولة الفرنسي بإنهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الادارة والمتعاقد معها[2]

وبما ان العقد الاداري ينعقد باتفاق الطرفين، فهو قد ينتهي ايضا باتفاقهما وذلك اذا قررا ذلك قبل التنفيذ العيني للعقد او قبل انتهاء المدة وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي و الذي تطبق بشأنه احكام القانون المدني و ذلك في المادة 120 منه يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد عدم تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة الى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفى من الاعذار الذي يحدده حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين.

وقد يتفق الطرفان على تعويض أحدهما عما فاته من كسب، وقد لا يشيران الى ذلك فلا يستحق اي منهما التعويض.

[1] آكلي نعمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة الماجستير، تخصص قانون العقود، جامعة مولود معمري ، تيز وزو 2013

[2] د سليمان الطماوى المصدر السابق ص 699

كما تطرق تنظيم الصفقات العمومية الى الفسخ الاتفاقي وذلك من نص المادة 151 من المرسوم الرئاسي 247/15 وسمته بالفسخ التعاقدي حيث نصت {يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض}[1].

كما اشترطت هذه المادة على الطرفان المتفقان على الفسخ توقيع وثيقة الفسخ والتي يجب ان تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والاشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة العامة.

وخلاصة القول ان الفسخ الاتفاقي هو انهاء العقد قبل تمام تنفيذه او تمام مدته باتفاق يتم بين طرفيه الادارة والمتعاقد معها.

وإذا كانت القاعدة ان العقد لا يقوم الا باتفاق بين طرفيه، فانه يكون منطقيا ان ينتهي العقد كذلك باتفاق طرفيه، فالذي يملك حق البناء مثلا له حق الهدم، ولا تنفرد العقود الادارية في هذا المجال بشروط خاصة، وانما يحكم حالات الفسخ الاتفاق ويرتب آثار ونتائجه، القواعد العامة التي تخضعها العقود جميعا.

وقد يتضمن اتفاق الفسخ على إلزام أحد الطرفين بتعويض، عما اصاب الطرف الاخر من اضرار، من جراء انهاء العقد قبل بلوغ نهايته الطبيعية وهو امر قانوني وجائز.[2]

الفرع الثاني: فسخ الادارة للعقد بإرادتها المنفردة

يقع الفسخ الاداري بفعل الادارة و بإرادتها المنفردة، متى قدرت ان ذلك لتحقيق الصالح العام، سواء ارتكب المتعاقد معها خطأ ام لم يرتكب، و سواء تضمن العقد شروطا تمنح الادارة حق انهاء العقد بإرادتها المنفردة فى حالات يحددها العقد، ام لم يتضمن العقد مثل هذه الشروط

[1] و تفويضات المرفق العام ص34 المرسوم الرئاسي 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية

[2] محمد شافعى ابو راس العقود الادارية المرجع السابق ص 128

ولا يعنى بذلك ان تتمتع الادارة بحق انهاء العقد بإرادتها المنفردة، سواء أخطأ المتعاقد معها أم لم يخطئ، وسواء كان حق الادارة في الانهاء منصوصا عليه في العقد ام لم يكن مثل هذه الشروط ان تكون سلطة الادارة في هذا المجال مطلقة، وإنما هي سلطة لها حدود وضوابط، وجدير بذكر ان المشرع الجزائري أطلق على هذا الفسخ تسمية الفسخ من جانب واحد وغالبا ما تستهدف الادارة من وراء انهاء العقد تحقيق المصلحة العامة.

الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة

يعتبر الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة من أخطر الاساليب التي قد تلجأ اليها الادارة وذلك من ناحية التأثير على المتعاقد كما انه أكثر تطبيقا وايضاحا لسلطة الادارة في انهاء العقد الاداري، وأكثر ابرازا لامتيازاتها المختلفة

وبالنسبة لعقود الصفقات العمومية ومن خلال المرسوم الرئاسي **247/15** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن المشرع الجزائري لم ينص على هذا النوع من الفسخ على خلاف النوع الاخر الذي نص عليه من خلال المادة 149منه وبالتالي لا ندري إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل هذا النوع من انواع الفسخ او انه تعمد ذلك.

وان كنا نقدر ان المشرع اراد بذلك إلى رغبته بخلق جو من الاستقرار والاستمرار للعقود لما في ذلك من تحقيق المصلحة العامة

ونظرا لما تتمتع به الادارة من امتيازات السلطة العامة، يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تقوم بإنهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة في حالتين هما[1]:

الحالة الاولى: مراعاة لمبدأ التكيف والملائمة الذي يحكم المرفق العام، حيث يمكن للإدارة العامة ان تنهي العقد الذي ابرمته بإرادتها المنفردة دون اي تقصير من التعامل المتعاقد إذا ما قدرت ان

[1] مازن ليلو راضي الغقود الادارية المرجع السابق ص151

ذلك تقتديه المصلحة المتعاقدة – الفسخ التقديري–وهنا يجب التميز بين فسخ العقد كنتيجة لإخلال صاحب الصفقة بالتزاماته التعاقدية، والتي تندرج في باب سلطة فرض الجزاءان وفسخ العقد لعدم تماشيه مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام فقد وقع الإقرار للإدارة بسلطة فسخ العقد إذا لم يعد يمثل المشروع مثلا مصلحة عامة او أصبح مكلف كثيرا بصورة لم تعد المجموعة الوطنية قادرة على تحمله، وتعتبر سلطة الفسخ لمصلحة المرفق العام النموذج الأمثل للامتيازات الاستثنائية للإدارة، علاوة على انها علامة مميزة للعقود الإدارية.

فقد اقرت محكمة التنازع الفرنسي ان الفسخ الناتج عن إخلال المتعاقد بالتزاماته لا يعتبر بندا استثنائيا وذلك على خلاف فسخ العقد لمصلحة المرفق العام[1].

المطلب الثاني: الفسخ بقوة القانون ومن قبل القاضي

يفسخ العقد بقوة القانون ومن قبل القاضي في الحالات المفصلة ادناه

الفرع الاول: الفسخ بقوة القانون

اولا: بهلاك محل العقد فاذا هلك محل العقد، انقضى العقد بقوة القانون، وقد يكون المحل بسبب خارج عن الطرفين كتدمر محل القوى التي ابرمة العقد لاستغلالها نتيجة الحرب، وهنا ينقضي العقد دون ان يتحمل اي من الطرفين تعويضا بسبب هذا الانقضاء.

وقد يكون مرجع الهلاك الى عمل الادارة، وحينئذ نكون على الحد الفاصل بين انهاء العقد بقوة القانون وانهائه بالطريق الاداري، وهنا يصحب انهاء العقد تعويض المتعاقد عن هذه النهاية المبتسرة للعقد، وذلك إذا كان مرجع الهلاك اجراء خاص اصدرته الادارة.

ثانيا: كذلك ينتهي العقد بقوة القانون، إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد فمتى تحققت تلك الشروط انفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها.

[1] محمد صغير علي، العقود الإدارة ، مرجع سابق ، ص ص 102 ،103.

ثالثا: وقد ينفسخ العقد بقوة القانون إذا تحققت اسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح، وهنا يتم الفسخ من تاريخ تحقق اسبابه[1].

وعليه قد ينفسخ العقد بقوة القانون، إذا ما تحققت وقائع معينة ونتج أثاره منذ تاريخ حدوث الواقعة التي أدت إلى الفسخ، ويقع هذا النوع من الفسخ أما في حالة هلاك محل العقد وفي هذه الحالة يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من يوم حدوث الواقعة التي ترتب عليها فسخ العقد، وقد يكون هلاك العقد سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وفي هذه الحالة ينقضي العقد، وليس لأحد الطرفين المطالبة بالتعويض، كوفاة المقاول.

وفي حالة الفسخ المنصوص عليه في العقد، فقد يتف الطرفان عند إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون إذا ما تحققت وقائع معينة إفلاس المقاول أو خضوعه للتصفية القضائية.[2]

الفرع الثاني: الفسخ القضائي

ذهبت الاكثرية من الفقه الى ان حق الفسخ المطبق في مجال العقود الادارية يعد من النظام العام فيجوز للإدارة ان تلجأ ليه ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، ويتعين لأعماله صدور حكم قضائي بعد اعذار المتعاقد، وبتالي لا يمكن لطرفي العقد استبعاد سلطة الادارة في الفسخ بمقتضى شرط عام ومطلق في العقد لان مثل هذا الشرط يعد فى حكم شرط الاعفاء من المسؤولية كما انه يخالف مبدأ استمرارية المرفق العام.

ويكون الفسخ القضائي فى الحالات الاتية:

[1] د برهان زريق نظرية البطلان فى العقد الاداري المكتبة القانونية دمشق ص 208

[2] محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد الإرادة المنفردةط1 ، دار العلمية الدولية للنشر والتوزع ودار الثقافة لنشر والتوزع، عمان، الأردن 2002،

اولا: الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة

تؤدي القوة القاهرة الى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ثبت ان تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقع

والقوة القاهرة هي حادث خارجي لا يد للمتعاقدين فإحداثها، غير متوقع ومستحيل الدفع يؤدي الى استحالة تنفيذ العقد مدنيا كان ام اداريا، بصورة مؤقتة او دائما، كليتا او جزئيا.[1]

ويشترط في الحادث الذي يدخل في عداد القوة القاهرة ما يأتي:

أ. أن يكون الحادث غير متوقع عند العقد، و معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا ذاتي، و يأخذ فيه بتوقع اشد الناس يقظة و تبصرا بالأمور، و هنا تشترك القوة القاهرة مع الظروف الطارئة.

ب. أن يكون الحادث مستحيل الدفع، وهذا هو الفارق بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة لان تلك الاخير يمكن الدفع بعد حدوثها.

ج. أن يؤدي الحادث الى استحالة تنفيذ العقد، استحالة مطلقة وبصورة دائمة، سواءا كانت تلك الاستحالة ماديا او قانونية، كلية ام جزئيا.

أما الاستحالة الوقتية فليست من شأنها ان تقضي على الالتزام بل تؤدي الى توقف العقد لمدة معينة، على ان يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد عند زوال المانع الذي ادى الى وقف التنفيذ وفلى حال استمرار ذلك الظرف و عدم زواله فان العقد سينفسخ بقوة القانون ذلك يعنى ان عند تحقق سبب الاستحالة، يجب ان لا يصار الى سرعة تطبيق الاثر النهائي للاستحالة، و اعتبار العقد منفسخا من تلقاء نفسه.

[1] د على خاطر شطناوي،الوجيز فى القانون الاداري ط1 دار وائل لنشر الاردن 2003، ص 822

د. أن لا يكون للمتعاقد يد في احداثه، وعندئذ يتحول الالتزام من التنفيذ العيني الى الالتزام عن طريق التعويض.[1]

وإذا ما تحققت القوة القاهرة فان العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه ولا تستطيع الادارة ان ترغم المتعقد على تنفيذه، وإذا التجأ المتعاقد الى القضاء للحصول على حكم بان استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبي فأن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه.[2]

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معززا رأيه ببعض احكام مجلس الدولة الى انه يتعين على المتعاقد ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الادارة انهاء العقد بقرار منها استنادا منها الى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخ اداريا.[3]

ثانيا: الفسخ القضائي كجزء للأخلال بالالتزامات العقدية

للمتعاقد المضرور من اخلال الطرف الثاني سواء كان المتعاقد او الادارة في تنفيذ التزاماته اللجوء الى القضاء لطلب فسخ العقد، وذلك إذا بلغت المخالفة حدا كبيرا من الجسامة ،لا تجدي معها الجزاءات الاخرى ونجد موقف المتعامل المتعاقد هنا يختلف عن موقف الادارة، فالمتعامل المتعاقد عند اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بالفسخ فالقاضي لا يصدر هذا الحكم الا بعد التحقق من ارتكاب الادارة لخطأ جسيم كما يحكم بتعويض لصالحه مقابل ما فاته من كسب وما لحقه من خسائر لأن الجزاء الصيل في مجال مسؤولية الادارة هو التعويض.

ومن الاخطاء التي ترتكبها الادارة عدولها عن المشروع دون سبب معقول و التأخير الكبير في تنفذ الصفقة... الخ.

---

[1] مازن ليلو راضي القانون الاداري المرجع السابق ص 399

[2] د. سليمان محمد الطماوي العقود الادارية المصدر السابق ص869

[3] العقود الادارية ط1 دار النهضة العربي الشر و التوزيع القاهرة 1973 ص353 د.احمد عثمان عياد

وعلى المتعاقد اللجوء اولا الى الادارة قبل القضاء حيث نصت المادة 153 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة التسوية الودية قبل اللجوء الى القضاء وبالنسبة للإدارة تلجأ للقضاء لفسخ الصفقة لخطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته متنازلة عن حقها في الفسخ اداريا حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إن اساءت استعمال ها الحق.

ثالثا: الفسخ في مقابل حق الادارة في تعديل العقد:

تملك الادارة كما بينا سلطة تغير شروط العقد وإضافة شروط جديدة يتراءى لها انه أكثر اتفاقا مع المصالح العامة، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بتعويض.

وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة التي اوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد مع التعويض لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الادارة دائما.

اذ إن حق تعديل العقد من جانب الادارة وحدها مشروط بأن لا تتجاوز تلك التعديلات الحدود الطبيعية المعقولة والمتفق عليها في العقد مسبقا بدرجة كبيرة، وان لا تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، ومن دون ان تؤدي الى تغير جوهري بحيث يصبح المتعاقد معها وكأنه امام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرضت عليه تلك الأعمال عند التعاقد لأول مرة.

وإذا أصدر القاضي حكما بفسخ العقد، فأن اثاره تمتد الى تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ صدور الحكم، كما يجوز ان يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض مادي يشمل جميع ما اصابه من اضرار وما فاته من كسب بشرط ان لا يمتنع المتعاقد مع الادارة عن تنفيذ العقد، وإلا فأنه يعد مخلا بالتزاماته ويكون مسؤولا مسؤولية تعاقدية تجاه الادارة.

واساس الفسخ القضائي كموازن لسلطات الادارة هو ان التعويض الذي تلتزم به جهة الادارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الذي نشأ.

حيث انها خرجت عن الهدف المنشود ولم تحققه رغم استخدام سلطتها، جاز للمتعاقد ان يلجأ الى القضاء كي يحكم له بفسخ العقد. [1]

لما سبق نستطيع القول بأن للعقود الادارية نهايات قد تكون طبيعية وغير طبيعية، فأما النهاية الطبيعية فتكون بانقضاء العقد بصفة العادية حيث يتم تنفيذ موضوع العقد

وينقضي العقد ايضا بانتهاء المدة المحددة له وهنا تتعلق نهايته بالمدة الزمنية التي سبق التفاوض من اجلها، أما نهاية العقد الغير طبيعية او المبسترة فتكون كما سبق الشرح بفسخ باتفاق الطرفين اي الادارة والمتعاقد كما سبق لنا الشرح او بفسخ العقد من جهة الادارة بإرادتها المنفردة.

وتندرج هذه النهاية علاوة على ذلك ايضا تحت طائلة القانون والفسخ الجزائي او القضائي، وقد حاولنا الاشارة لهذه النقطة في بحثنا هذا بتفصيل قدر المستطاع.

[1] مازن ليلو راضي القانون الاداري المرجع السابق ص 401

خاتمة

يتضح لنا ومن خلال الدراسة التي تناولنا فيها نهاية العقود الادارية والتي من خلالها تم الولوج لتعريف العقد الاداري وكيف انه يتم تعريف هذا الأخير، انطلاقا من الاجتهاد البضائي وهذا ما دل الى خلق صعوبات في ايجاد تعريف له خصوصا وإن كان يعتمد في كثير من الاحيان على ما جاء في تعريفات القانون المدني، و التي تتعارض فيه و طبيعة الإدارة لما تملكه هذه الاخيرة من امتيازات السلطة العامة بما يسمح لها تغليب إرادتها على إرادة المتعاقد معها، على عكس ما هو في القانون المدني على اعتبار ان الرضا في العقد هو اتفاق إرادة الطرفين المتعاقدان وهذا ما خلف بالنسبة للعقود الإدارية غموض في تحديد معيار لتعريف واضح لهاته الأخيرة.

ولقد ظهر اشكال تعريف العقد الإداري كذلك في الجزائر، لأن تعريف العقد الإداري كان انطلاقا من المعيار العضوي مع تجاهل للطرف الأخر الموجود في العقد، وبتالي إن تحديد تعريف للعقد الإداري خلف اشكالا ظهر في تفاوت المعاير المحددة لهذا الأخير وكيف انه يتم الاعتماد على هذا المعيار في تعريف العقد الإداري حيث يعتمد على وسائل القانون العام ، وفى حين اخر يعتبر العقد إداريا إذا اتصل بتسيير مرفق عام و تنظيمه ليعود يعرف على انه عقد اداري متى كانت الإدارة طرفا فيه.

هذا ما خلف إشكالا بظهور مرافق صناعية وتجارية أو بالأحرى اقتصادية قلبت الأمور رأسا على عقب، حين ظهرت صعوبة في تكييف مثل هذه العقود الصادرة من طرف هذه المرافق الاقتصادية.

وبالعودة للوضع في الجزائر نخلص للقول أن تعريف العقد الإداري كان انطلاقا من المعيار العضوي، وإن اختلفت طبيعة المراحل التي تم فيها تعريف العقد الإداري في الجزائر انطلاقا من الصفقات العمومية، حيث نستنتج أن إصرار المشرع الجزائري في تعريفه للعقد الإداري انطلاقا من الصفقات العمومية يرجع إلى الإجراءات التي تعتبر غاية في التعقيد حتى يسمح ذلك بتمييزها عن باقي التعريفات الأخرى للعقود.

إن ما نخلص إليه هو أن تعريف العقد الإداري انطلاقا من المعيار العضوي الذي يعتبر العقد الإداري هو كل عقد تكون فيه الدولة أحد أطرافه على أن يكون الطرف الأخر أحد الخواص لكن ما يجب معرفته جيدا هو أنه ليس بالضرورة أن يكون الأمر كذلك لأن العقد الإداري قد يتم بين هيئة عامة وهيئة أخرى مثلها.

أما في ما يخص موضوع بحثنا وهو نهاية العقود الادارية، فقد توصلنا الى مجموعة من النتائج مفادها ان للعقد الاداري نهايتين، نهاية طبيعية و نهاية غير طبيعية (مبتسرة).

اولا:

النهاية الطبيعية فتكون بتمام تنفيذ موضوع العقد، فعندما تقوم الجهة المتعاقدة بتنفيذ العمل المنوط بها وتقوم الإدارة بتنفيذ التزاماتها هنا نكون امام نهاية عادية وطبيعية للعقد الإداري.

هذا من جهة ومن جهة اخرى فللعقد نهاية طبيعية اخرى على خلاف النهاية المبينة اعلاه وهي انقضاء العقد الإداري بانتهاء المدة، وذلك ان للعقد مدة زمنية محددة بين الطرفين بانتهائها ينتهي العقد ومثال ذلك عقد الاشغال العامة المتعلقة بصيانة بعض المنشآة لمدى زمنية محددة.

ثانيا:

النهاية الغير العادية او المبتسرة للعقد الإداري، وتكون باتفاق الطرفين لفسخ العقد وذلك بما ان العقد انعقد باتفاق الطرفين فهو قد ينتهي ايضا باتفاقهما كما جاء في المرسوم التنفيذ. التنفيذي رقم 15-247 في مادته 151 التي تجيز الفسخ التعاقدي.

وقد يكون علاوة على ذلك الفسخ من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة وذلك مراعاتا للمصلحة العامة فقد تلجأ الإدارة لمثل هذا الفسخ في حالات معينة قد سبق لنا تبينها والتي تحول دون المصلحة العامة.

اضافتا الى ذلك فإن للقضاء دور في فسخ العقد إذا التجئ اليه وذلك في حالات معينة يكون فيها أحد الطرفين امام عجز خارج عن ارادته او سبب اجنبي لا يمكنه من خلاله تنفيذ التزاماته التعاقدية هنا يستعان بالقضاء لأنهاء العقد.

وينتهي العقد بقوة القانون لهلك محل العقد ينقضي العقد بقوة القانون كذلك إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد او في القوانين واللوائح.

و اخيرا و في مستهل بحثنا تبينا لنا ان الإدارة العامة في روابطها العقدية لا تسير على مبدأ واحد، فأحيانا تتعمد الإدارة تضمين العقد بعضا من امتيازاتها العامة، وتظهر فيه بمظهر متفوق عن مركز المتعاقد معها، رغبة منها في إعلاء المصلحة العامة التي تنشد تحقيقها على المصالح الخاصة للأفراد، وفي هذا الغرض يطبق على العقد قواعد القانون الإداري، لكن الغالب أن تتنازل الجهة الإدارية عن هذه الامتيازات والسلطات، وتتعامل بمركز مساو لمركز الأفراد وتختار تطبيق قواعد القانون الخاص بسبب تعاقد الجهة الإدارية مع أفراد في الوقت الراهن، أضحى من الصعب وضع حد فاصل بين ما يعتبر من العقود الإدارية، وبين ما يعتبر من العقود المدنية، فظهرت عدة محاولات، بدأت بدور المشرع وفق أسلوب التحديد التشريعي، وانتهت بدور مجلس الدولة الفرنسي في تكريس معايير اجتهادية خاصة تضاربت عبر الزمن، والتي اخذ منها المشرع الجزائري إلا القليل، مكتفيا بالمعيار العضوي بالرغم من قصوره، خاصة بعد نفاذ التعديلات الجديدة في مجال إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247. لذا وجب على الادارة العامة ايجاد حلول لهذا الاشكال السالف الذكر.

قائمة المصادر و المراجع:

الكتب:

1. محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة ط1 ، 2005.
2. أبوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، ط1، 2010.
3. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط، 2006.
4. عمار عويدي، القانون الإداري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية.
5. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، د.م.ج ، الجزائر 1985.
6. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط5، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر 1990.
7. عزيز شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة القاهرة.
8. مصطفى مقصود سليم معيار العقد الإداري و آثاره على إختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
9. محمد الشافعي أبوراس، العقود الإدارية، د.س، www.droit-dz.com
10. محمود خلف جبوري، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، 2010.
11. مازن ليلو راضي، العقد الإداري و القانون الإداري.
12. مفتاح خليفة عبد الحميد حمد محمد، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2008.
13. ماهر صالح العلاوي جبوري، مبادئ القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة 1996.
14. علي خاطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، الأردن 2003.

15. أحمد عثمان عياد، العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة 1973.
16. سليمان طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب القاهرة 2011.

المذكرات:

1. بن هلة حميد، مفهوم محتوى العقد الإداري في القضاء الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية حقوق، جامعة الجزائر 2011.
2. بلحنيفي فاطمة الزهراء، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق، طرق إبرام العقد الإداري في الصفقات العمومية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2010.
3. آكلي نعيمة، نظام القانوني للعقد الإداري، رسالة ماجيستير، تخصص قانون عام، جامعة مولود معمر تيزي وزو، الجزائر 2013.
4. عبد الحميد بن نصر الشريف، العقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر 2001.

النصوص التشريعية:

أ. المراسيم الرئاسية:
1. المرسوم 30-86 المؤرخ في 1986 المحدد لمهام رئيس الدائرة المعدل و المتمم لسنة 1994.
2. المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

ب. القوانين:
1. القانون المدني الجزائري.
2. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

3. قانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق ل 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية.
4. قانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.

شكر وتقدير
إهداء
مقدمة 1
الفصل الأول الإطار المفاهيمي للعقود الإدارية 3
المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري 5
المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري 5
الفرع الأول: تطور النظام القانوني للعقود الإدارية في التشريع الجزائري 5
الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري بالمعيار العضوي والموضوعي والشكلي 8
الفرع الرابع: شروط العقد الإداري 13
الفرع الخامس:تقييم المعايير وموقف المشرع الجزائري 18
المطلب الثاني: أثار العقد الاداري 24
الفرع الأول:سلطات الإدارة المتعاقدة 24
الفرع الثاني: حقوق المتعاقد مع الادارة 29
المبحث الثاني : اركان وانواع العقد الاداري 35
مطلب الاول : اركان العقد الاداري 35
الفرع الأول :أن تكون الإدارة طرفا في العقد 35
الفرع الثاني: أن يتصل المرفق العقد بنشاط مرفق عام 36
الفرع الثالث: العقد بالمرفق العام هو الشرط لإضفاء صفة العقد الإداري 37
المطلب الثاني : أنواع العقد الإداري 38
الفرع الأول: العقود الإدارية المحددة قانونا 39
الفرع الثاني: العقود الإدارية المقررة قضاء 45
الفصل الثاني 48

نهاية العقود الإدارية 48
المبحث الاول النهاية الطبيعية للعقود الادارية..... 50
المطلب الاول: انقضاء العقد الاداري او انتهاء(انقضاء عادي) 50
المطلب الثاني: انقضاء العقد بانتهاء المدة 51
المبحث الثاني: النهاية الغير طبيعية (المبسترة) للعقود الادارية..... 53
المطلب الاول: الفسخ باتفاق الطرفين ومن جانب الإدارة 54
الفرع الاول :الفسخ باتفاق الطرفين 54
الفرع الثاني: فسخ الادارة للعقد بإرادتها المنفردة..... 56
الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة 57
المطلب الثاني: الفسخ بقوة القانون ومن قبل القاضي..... 58
الفرع الاول: الفسخ بقوة القانون 58
الفرع الثاني: الفسخ القضائي 59
خاتمة..... 64
قائمة المصادر و المراجع:..... 68