

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد لمين دباغين سطيف-2-

كلية الحقوق و العلوم السياسية



محاضرات في مادة:

قانون العقود الإدارية المعمق

أقيت على طلبة السنة أولى ماستر

تخصص قانون عام معمق

إعداد الدكتورة:

برارمة صبرينة

السنة الجامعية: 2018-2019

مقدمة

ننطلق في هذه المقدمة من المعارف القاعدية التي يفترض أن يكون قد اكتسبها طالب الماستر في تخصص القانون العام المعمق خلال مرحلة الليسانس، بحكم دراسته العامة لها في مادة القانون الإداري، وبالتحديد عند التطرق إلى وسائل الإدارة العمومية في ممارسة نشاطها.

وكان من بين المعارف التي تم اعتبارها كمسلمات اتخاذ النشاط الإداري لمظهرين أساسيين:

- **المظهر الأول:** يتعلق بممارسة سلطة الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام في المجتمع.

- **المظهر الثاني:** يتعلق بإنشاء وإدارة المرافق العمومية من أجل تلبية الحاجات الأساسية للأفراد.

ومن أجل تحقيق هذه المساعي تباشر السلطة الإدارية أعمالا إدارية مختلفة ومتنوعة، يمكن تقسيمها إلى قسمين هما: الأعمال المادية (Les Actes matériels) والأعمال القانونية (Les Actes juridiques) .

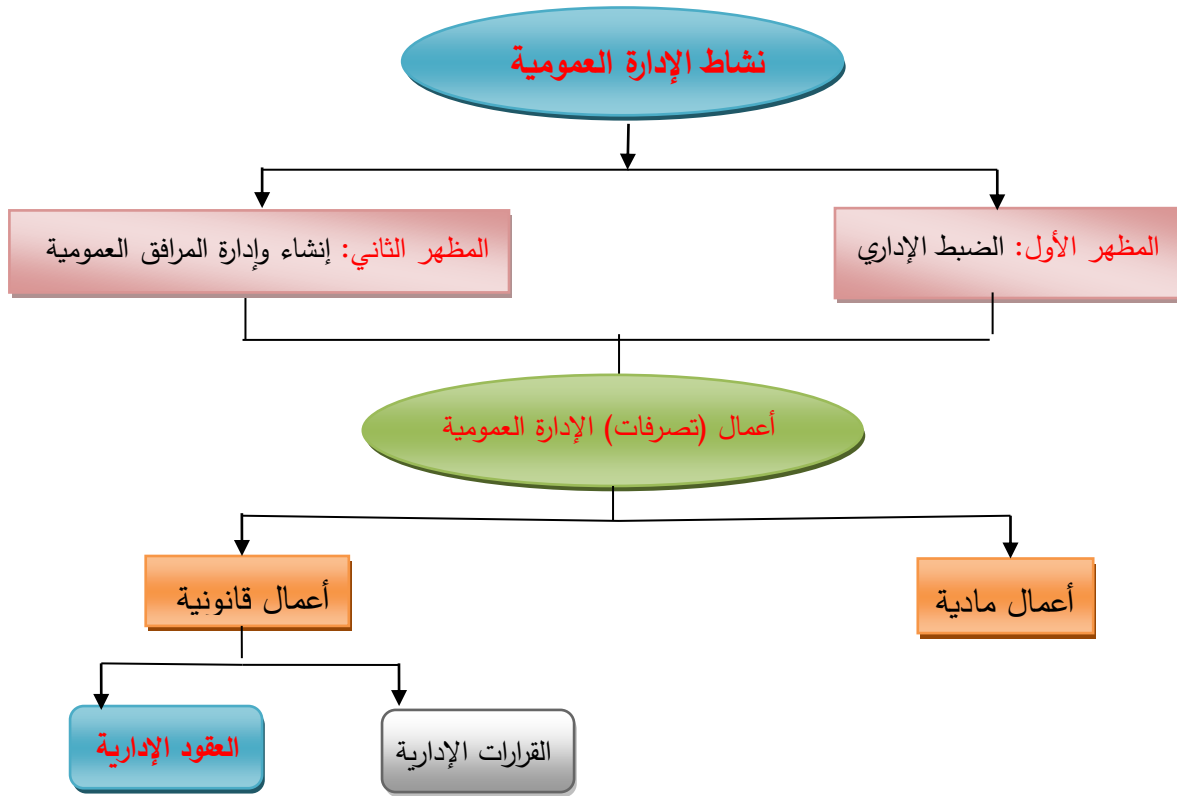
ويمكن تقسيم الأعمال القانونية بدورها إلى طائفتين أساسيتين:

- **الطائفة الأولى:** تدعى القرارات الإدارية ، وهي تشكل تصرفات قانونية انفرادية (Les Actes unilatéraux).

- **الطائفة الثانية:** تدعى العقود الإدارية، وتتشأ كمبدأ عن تلاقي إرادة الإدارة العمومية مع إرادة طرف آخر (Les Actes bilatéraux).

يمكن توضيح ما سبق قوله من خلال الرسم البياني أدناه:

الشكل رقم 1: رسم بياني يوضح موقع العقود الإدارية من أعمال الإدارة العمومية



المصدر: الأستاذة مؤلفة المطبوعة

بصفتها نوع من الأعمال القانونية، تشكل العقود الإدارية موضوع محاضرات السنة الأولى ماستر، تخصص قانون عام معمق، تحت عنوان "قانون العقود الإدارية المعمق". وذلك نظرا لأهمية التكوين في هذه المادة، والتي تكمن في الوقوف على مدى التحكم في مفهوم العقد الإداري كنظرية قضائية تمتاز بنوع من الضبابية والتقلب، ومحاولة إسقاط هذا المفهوم على واقع النظامين القانوني والقضائي الجزائريين بشكل معمق. ويتحقق كل ذلك من خلال محاولة الإجابة على الإشكالية التالية:

ما هو موقع وواقع تنظيم العقود الإدارية، باعتبارها نظرية قضائية فرنسية ذات خصوصية، ضمن النظام القانوني الجزائري؟

سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية خلال هذا السداسي الأول ضمن مجموعة محاضرات، معتمدين على المنهج التاريخي، المنهج الوصفي والتحليلي، وكذا المقارنة.

تحدد مختلف مواضيع المحاضرات والمناهج المعتمدة تبعا لأهداف التكوين في هذه

المادة، بحيث يصبح الطالب في نهاية السداسي:

- قادرا على التمييز بين العقد الإداري وعقود الإدارة الأخرى؛
- قادرا على التعرف على مختلف أنواع العقود الإدارية وخصائصها؛
- قادرا على إبرام عقد إداري من خلال الإلمام بطرق وإجراءات الإبرام وكذا القدرة على تحديد امتيازات وحقوق كلا طرفي العقد؛
- متمكنا من الأسباب المؤدية إلى نهاية العقد الإداري.

لذلك سنقوم بإدماج مجموع محاضرات مادة "قانون العقود الإدارية المعمق" في محورين

أساسيين على النحو التالي:

● **المحور الأول:** نشأة ومفهوم العقد الإداري في النظام الجزائري والأنظمة المقارنة، يضم

خمس محاضرات على النحو التالي:

- **المحاضرة الأولى:** نشأة نظرية العقد الإداري
- **المحاضرة الثانية:** مفهوم العقد الإداري في الأنظمة المقارنة
- **المحاضرة الثالثة:** معايير تمييز العقد الإداري
- **المحاضرة الرابعة:** مفهوم العقد الإداري في النظام الجزائري
- **المحاضرة الخامسة:** أنواع العقود الإدارية
- **المحور الثاني:** تكوين العقد الإداري ونهايته، يضم خمس محاضرات على النحو التالي:
 - **المحاضرة السادسة:** أسلوب الدعوة إلى المنافسة
 - **المحاضرة السابعة:** أسلوب التراضي
 - **المحاضرة الثامنة:** إجراءات إبرام العقود الإدارية وفق أسلوب الدعوة إلى المنافسة
 - **المحاضرة التاسعة:** تنفيذ العقد الإداري
 - **المحاضرة العاشرة:** نهاية العقد الإداري

المحور الأول : نشأة ومفهوم العقد الإداري في النظام الجزائري والأنظمة المقارنة

كان التطور التاريخي للعقود الإدارية طويلا، ولم تأخذ هذه العقود شكلها الحالي إلا في بداية القرن العشرين (20)، أين أصبحت تشكل نظرية قضائية ذات مفهوم وخصائص متميزة، استمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي.

ويتضح من خلال التمعن في مصطلح "العقد الإداري" أنه يتكون من كلمتين تم الربط فيما بينهما هما "العقد" و"الإداري". لذا سنحاول الوقوف على حقيقة المغزى من هذا الربط بين الكلمتين، وذلك من خلال الإجابة على السؤال التالي:

السؤال: متى يصطبغ العقد بالصبغة الإدارية؟ هل يقصد بالعقد الإداري كل عقد يكون أحد أطرافه على الأقل إدارة عمومية و فقط؟ بعبارة أخرى ما هي المعايير المعتمدة لتمييز العقد الإداري؟

للإجابة على هذه الأسئلة يجب الانطلاق من المسلمة القائمة على فكرة أن عقود الإدارة لا تخضع كلها إلى نظام قانوني واحد، إذ تنقسم إلى قسمين:

أولاً- عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص؛

ثانياً- عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام، والتي يطلق عليها اصطلاح "العقود الإدارية". بمعنى يجب التمييز بين مصطلحي "عقود الإدارة" و"العقود الإدارية"؛ حيث تضم الأولى (عقود الإدارة) كل العقود التي تبرمها الإدارة بما فيها العقود الإدارية إضافة إلى العقود التي تبرمها الإدارة والتي تخضع للقانون الخاص .

يتضح التأكيد على هذه المسلمة، مثلا، من خلال حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1956،¹ والذي جاء فيه:

¹ - الفضية رقم 850 ، قضية السيد محمد زيدان ضد وزارة المعارف والتموين والمالية. نقلا عن محمد سليمان الظماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط.5، دار الفكر العربي، جامعة عين شمس، 1991، ص.25، 26 .

«ومن حيث أن الذي ينبغي المبادرة إلى التنبه إليه هو أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حتماً، فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أوبينها وبين بعض الأشخاص من جهة أخرى في ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضي القانون الخاص، ولا تعنى بأمرها مبادئ القانون الإداري، وليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف أو العقد إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وتختص حتماً بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء.»²

يتضح من خلال الحكم أعلاه أن العقود الإدارية تختلف اختلافاً جوهرياً عن عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة العمومية. هذا يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي :

السؤال: ما هي أوجه الاختلاف بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة العمومية؟ وعلى اعتبار أن القانون الإداري غير مقنن كيف يمكن التمييز بين نوعي العقد، أو بعبارة أخرى ما هي معايير التمييز بين نوعي العقد؟

سنحاول الإجابة على مختلف الأسئلة المطروحة وتفصيل الأفكار السابقة من خلال مجموعة محاضرات، نتناول في المحاضرة الأولى نشأة نظرية العقد الإداري؛ في حين يتمحور موضع المحاضرات الأخرى حول مفهوم العقد الإداري نفضلها على النحو التالي: نتطرق إلى تعريف العقد الإداري في الأنظمة المقارنة في المحاضرة الثانية، ثم نتناول معايير التمييز بين نوعي العقد في المحاضرة الثالثة، ويتعلق موضوع المحاضرة الرابعة بموقف النظام القانوني الجزائري من كل ذلك؛ ونتناول بالدراسة في المحاضرة الخامسة أنواع العقود الإدارية.

المحاضرة الأولى: نشأة نظرية العقد الإداري

²- محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص.25، 26.

تعتبر العقود الإدارية عنصرا من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة؛ وتجلت هذه الأهمية خاصة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية سنة 1929، مما استلزم تدخل الدولة من خلال اعتماد أسلوب العقود الإدارية.

توضيحا لهذه الفكرة سيتم التعرض من خلال هذه المحاضرة إلى عنصرين مهمين. يتعلق العنصر الأول بالتطور التاريخي لفكرة العقد الإداري بصفة عامة ومدى تأثير مختلف الأبعاد السياسية والاقتصادية ... في هذا التطور، في مطلب أول. ثم سيتم التطرق إلى نشأة فكرة العقد الإداري في فرنسا باعتبار هذه الأخيرة مهد نظرية العقد الإداري، في مطلب ثاني.

المطلب الأول: الأسباب العامة لتطور فكرة العقد الإداري

شهد العالم العديد من الثورات منذ أواخر القرن التاسع عشر (19) وبداية القرن العشرين (20)؛ وطالبت هذه الثورات بتغيير جوانب مهمة من الناحية الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية التي كانت سائدة آنذاك. مما أحدث تطورا كبيرا في مجال نشاط الدولة ودورها لتنتقل من دولة حارسة (تتبنى المذهب الفردي الحر) إلى دولة متدخلة.

تم ترجمة المرحلتين المذكورتين أعلاه من خلال المذهب الفردي والمذهب التدخلي، اللذين يشكلان أبرز مذهبين سياسيين عبرا عن مظاهر هذا التغير في دور الدولة، وكان لكل واحد منهما تأثيره على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي، كما كان له تأثير في وضع أسلوب خاص يحدد دور الدولة ووظيفتها؛ واستلزم ذلك وضع الوسائل المناسبة لإدارة الدولة ونشاطها وفقا للإيديولوجية السياسية المنتهجة أو السائدة في الدولة. وكان العقد الإداري واحدا من تلك الوسائل التي استخدمتها الدولة في إدارة نشاط السلطة العمومية.

السؤال: ما هو موقف كل مذهب من المذهبين من فكرة العقد الإداري؟

سيتم توضيح الإجابة على هذا السؤال من خلال عنصرين اثنين على التوالي:

أولا- فكرة العقد الإداري في ظل المذهب الفردي:

يقوم المذهب الفردي على قاعدة أساسية مفادها تحديد مجالات السلطة العمومية في أضيق الحدود، أي ما يسمى **بالدولة الحارسة**.³

تذكير: يقتصر نشاط الدولة الحارسة على الحفاظ على متطلبات الأمن، العدالة والقيام ببعض الأعمال وإقامة المنشآت مما لا يقوى الأفراد على القيام بها.

لذا كان العقد المدني المصدر الأساسي للالتزام، ولم تكن الدولة -كمبدأ- بحاجة إلى إبرام عقود تخرج بها عن مبادئ العقد المدني بسبب ضيق مجال تشاطاتها. لكن هذا لم يمنع الدولة من أداء بعض الخدمات العامة الأساسية (المرافق العمومية) على صعيد المنافسة مع النشاط الفردي. بمعنى مارست الدولة نشاطات مماثلة للنشاطات التي يقوم بها الأفراد. **وكأمثلة عن هذه النشاطات:** التعليم، الصحة.

اعتمدت الدولة في إدارتها لهذه المرافق على أسلوب الإدارة المباشرة للمرافق العمومية وأسلوب المؤسسة العمومية. إضافة إلى ذلك ظهر في فرنسا خلال القرنين 17 و18 أسلوب **التزام المرافق العمومية** في صورة ما يعرف **بعقود الامتياز** بصفتها عقد إداري لإدارة هذه المرافق.

ما يمكن ملاحظته أن المذهب الفردي الحر ابتدع أسلوب **عقود الامتياز** بهدف إدارة المرافق العمومية الفنية، الصناعية والتجارية؛ لكن لم يتعد مجال السلطة العمومية في تلك العقود المراقبة والإشراف على تنفيذ تلك العقود في إطار تحقيق المصلحة العمومية، حيث بقيت مبادئ القانون المدني تحكم عقودها، حسب قول مازن ليلو راضي.⁴

ثانياً - فكرة العقد الإداري في ظل تطور وظيفة الدولة: مرحلة بداية ظهور نظرية العقود الإدارية

³- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط.1، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011، ص.16.

⁴- المرجع نفسه، ص.17، 18.

ظهرت مع نهاية القرن التاسع عشر (19) الحاجة إلى تدخل الدولة، وتوسع معها مجال نشاط السلطة العمومية. وأصبحت العقود الإدارية تمثل في هذه المرحلة إحدى أهم الوسائل من أجل تحسين وتطوير أي قطاع للدولة. أي أصبحت العقود الإدارية تمثل عنصرا من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة؛ وتجلت هذه الأهمية خاصة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929، مما استلزم تدخل الدولة من خلال العقود الإدارية وبشكل أخص من خلال الصفقات العمومية أو الطلبات العمومية.⁵

المطلب الثاني: نشأة نظرية العقود الإدارية في فرنسا

تعتبر نظرية العقد الإداري إحدى نظريات القانون الإداري؛ حتى أن "رابحي احسن" اعتبر نظرية العقد الإداري من المعايير المنشأة للقانون الإداري واعتبر العقد الإداري مصدرا ماديا للقانون الإداري.⁶ لذا كانت نشأة نظرية العقد الإداري نشأة قضائية شأنها في ذلك شأن معظم قواعد ونظريات القانون الإداري. ويعد القضاء الإداري الفرنسي المصدر الأصيل لهذه النظرية، حيث خلق مجلس الدولة الفرنسي من القواعد ما يميز به العقود الإدارية عن عقود الإدارة الأخرى التي ظلت تحكمها قواعد القانون الخاص.

من خلال تتبع ما تمت كتابته حول نظرية العقد الإداري في فرنسا، نجد أن معظم الفقهاء قسموا مراحل نشأة هذه النظرية إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل صدور حكم تيرييه (Terrier) سنة 1903 : تسمى أيضا مرحلة العقود الإدارية بتحديد المشرع أو بتحديد القانون

⁵- نصر الشريف عبد الحميد، (العقود الإدارية في التشريع الجزائري)، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، الجزائر، 2004/2001 .

⁶- رابحي احسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، 2013، ص.9 .

صاغ القضاء الإداري الفرنسي خلال هذه المرحلة وبشكل تدريجي وبطيء بعض الأحكام التي كان لها الدور الأساسي في خلق نظام الازدواجية القانونية، بما يعني الفصل بين القانون العام والقانون الخاص. وكان من أشهر تلك الأحكام القضائية قرار بلانكو الصادر بتاريخ 08 فيفري 1873.

استند القضاء الإداري خلال تلك الفترة في توزيع الاختصاص بين المحاكم العادية والقضاء الإداري إلى معيار السلطة العمومية (بالمفهوم الكلاسيكي) أو ما يسمى بمعيار "التمييز بين أعمال السلطة العمومية **Les Actes d'autorité** وأعمال الإدارة العادية **Les Actes de gestion**".⁷

أدى اعتماد هذا المعيار إلى التضييق من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي . وكان من نتائج هذا التضييق إخراج المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة من دائرة اختصاص القضاء الإداري الفرنسي باعتبارها لا تشكل أوامر ولا نواهي.

لكن وبشكل استثنائي منح المشرع الفرنسي خلال هذه الحقبة إلى القضاء الإداري اختصاص الفصل في منازعات يتعلق موضوعها أو محلها ببعض العقود التي تبرمها الإدارة العمومية، حيث اعتبرها عقوداً إدارية، سعياً منه إلى إخضاعها إلى القانون العام.

أمثلة عن هذه العقود: عقود الأشغال العمومية؛ حيث تم منح مجالس الأقاليم اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العمومية بموجب نص المادة الرابعة (04) من القانون الصادر في 28 Pluvios للسنة الثامنة؛ **عقود بيع أملاك الدولة،** بموجب قانون 17 يوليو 1790 ؛ **عقود القرض العام،** بموجب قانون 26 سبتمبر 1793.⁸

⁷- **تذكير:** تمثلت أعمال السلطة العمومية في تلك الأعمال التي تمارسها الإدارة العمومية بوصفها سلطة أمرة تصدر الأوامر والنواهي فقط.

⁸- **محمد عبد الواحد الجميلي،** ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997 ، ص.45 ؛ **محمد سليمان الطماوي،** مرجع سابق ، ص.38 .

وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود تسمية "العقود الإدارية بتحديد القانون"، لأن اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة بتلك العقود كان يستند إلى إرادة المشرع وليس إلى الخصائص الذاتية للعقد.

المرحلة الثانية: منذ صدور حكم تيريه عام 1903: تسمى مرحلة العقود الإدارية بطبيعتها

سعى مجلس الدولة الفرنسي خلال هذه المرحلة إلى توسيع اختصاصه للنظر في منازعات يتعلق موضوعها بعقود أخرى دون وجود نص قانوني خاص يمنحه ذلك الاختصاص، معنمدا في ذلك على القياس على عقود الأشغال العمومية.

أمثلة على عقود منحها القضاء الإداري الفرنسي وصف العقود الإدارية استنادا إلى تضمينها عنصر الأشغال العمومية: عقود توزيع المياه و الغاز في المدن؛ العقود الخاصة بالإضاءة؛ العقود الخاصة بنظافة الطرق؛ عقود طلب المعاونة.⁹

ويعود سبب هذا التوسع في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي إلى ظهور نظرية المرفق العمومي¹⁰ وهجر هذا القضاء لمعيار السلطة العمومية بالمفهوم الكلاسيكي؛ والذي كان بالتحديد منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر (19). مما ترك أثره على تمديد اختصاص القضاء الإداري الفرنسي للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وأبشك أذق المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة العمومية.¹¹

طبق مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العمومي -بما يوسع نطاق اختصاصه إلى النظر في منازعات ناشئة عن عقود أخرى غير المحددة قانونا اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي

⁹- محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص.38 .

¹⁰- يعتبر قرار بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 08 فبراير 1873 حجر الزاوية في بناء معيار المرفق العمومي كأساس للقانون الإداري. لكن كان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بمعيار المرفق العمومي ابتداء من سنة 1855 في قضية روتشيلو (Rotchlo)، وطبقت محكمة التنازع الفرنسية هذا المعيار في قضية بلانكو.

¹¹ - محمد عبد الواحد الجميلي ، مرجع سابق ، ص.46 .

عقودا إدارية- في حكمه الصادر بتاريخ 06 فبراير 1903 في قضية تيرييه (Terrier) والذي شيدت عليه فكرة "العقود الإدارية بطبيعتها"¹² وانطلقت منه نظرية العقود الإدارية.

وقائع القضية:

في سبيل التخلص من الأفاعي، أعلن المجلس العام لإحدى المحافظات الفرنسية (المجلس البلدي) عن مكافأة مالية تمنح لكل شخص يشارك في الحملة التي نظمتها المدينة من أجل التخلص من الأفاعي. ولتحقيق هذه الغاية قام المجلس البلدي برصد مبلغ مالي معين لإنفاقه على المكافآت المعلنة. عندما تقدم السيد "تيرييه" للمطالبة بالمكافأة المقررة له، تفاجأ برفض المجلس تسليمه المكافأة بحجة أن الاعتماد المخصص قد نفذ.

لجأ السيد "تيرييه" إلى القضاء الإداري رافعا دعوى ضد المحافظة، على أساس أن المدعى عليها قد خالفت شروط العقد الذي تم بينها وبين أهالي الإقليم.

انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير اختصاصه بنظر النزاع على أساس أن الوعد بالمكافأة قد تضمن إيجابا من المجلس العام للمحافظة، وأن قيام السيد "تيرييه" باصطياد الأفاعي تضمن قبولا، ومن ثم فإن هناك عقد قد تم بينهما، وتعلق هذا العقد بمرفق عمومي حسب وجهة نظر مجلس الدولة. لذا كان الاختصاص الذي أثاره هذا العقد من اختصاص القضاء الإداري.¹³

أصبحت عقود الإدارة منذ حكم "تيرييه" تكتسب صفتها الإدارية لخصائصها الذاتية استنادا إلى معايير وضعها القضاء وليس بناء على إرادة المشرع، حيث أكدت أحكام مجلس الدولة الفرنسي لاحقا هذا التوجه.

وهذا ما يتضح من خلال التقرير الشهير للمفوض "روميو" الذي قدمه بخصوص حكم "تيرييه" والذي جاء فيه :

تقرير روميو: « في اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلزم الأشخاص العامة بإشباعها (المرفق العمومية:بتصرف)، سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية، فلا يمكن اعتبار إدارة هذه

¹² - عبد الواحد الجميلي، المرجع نفسه، ص. 47 .

¹³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007 ، ص. 21 ؛

CE, 6 février 1903, Terrier, requête n° 07496, lire en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634922>

المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات.¹⁴

وأخذت نظرية العقود الإدارية بعد حكم "تيرييه" تشق طريقها في أحكام القضاء الفرنسي حتى تأكدت بشكل واضح ونهائي في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1912 في قضية شركة الغرانيت.¹⁵

¹⁴- مازن ليلو راضي، مرجع سابق ، ص.26 ؛

Conclusions Romieu sur l'arrêt Terrier, *Revue générale du droit*, lire en ligne :

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/02/19/conclusions-romieu-sur-larret-terrier>

¹⁵- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010 ، ص. 19 ؛

CE, , arrêt du 31 juillet 1912, affaire Société des granits porphyroïdes des Vosges, requête n° 30701, Lebon. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CE/1912/CEW:FR:CEORD:1912:30701.19120731>

المحاضرة الثانية: مفهوم العقد الإداري في الأنظمة المقارنة

لم يبادر المشرع الفرنسي ولا المشرع المصري، في بداية ظهور نظرية العقد الإداري، إلى إعطاء تعريف للعقد الإداري أو تحديد مفهومه، بل اكتفيا بذكر بعض العقود على سبيل المثال وإضفاء الطابع الإداري عليها، كما سبق توضيحه في المحاضرة السابقة. مما دفع بالقضاء الإداري والفقهاء إلى القيام بهذا الدور والبحث عن مفهوم العقد الإداري. لذا سيتم التطرق خلال هذه المحاضرة إلى عنصرين مهمين، يتضمن القسم الأول التعريف القضائي للعقد الإداري ؛ ويتناول القسم الثاني التعريف الفقهي للعقد الإداري.

المطلب الأول: التعريف القضائي للعقد الإداري

كان مجلس الدولة الفرنسي السباق في محاولة ضبط مفهوم العقد الإداري، حيث جاء في أحد قراراته أن العقد الإداري هو:

« ذلك (الاتفاق) الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد **تسيير** مرفق عام أو **تنظيمه** وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول للمتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. »¹⁶

ملاحظة: جاء في مؤلف "محمد الشافعي أبوراس" أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقر على تعريف العقد الإداري بأنه: «كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض **تسيير** مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الاتفاق شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد معها- **وهو أحد أشخاص القانون الخاص** - بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. »¹⁷

¹⁶- محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص. 59 ؛ لوي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي، العدد الثامن و الخمسون، 2012 . متوفر على الموقع:

<https://humanmag.uodiyala.edu.iq/uploads/pdf/aadad/2012/a53/14.pdf>

¹⁷- محمد الشافعي أبوراس، ص. 17 .

من خلال إجراء مقارنة بين التعريف أعلاه والتعريف الذي سبقه يمكن إبداء الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: خلو التعريف الأخير من عبارة "أو تنظيمه" (المرفق العمومي)؛ ونرجح أن يكون ذلك نتيجة إسقاط مطبعي.

الملاحظة الثانية: تم حصر المتعاقد مع الشخص المعنوي العام (الإدارة)، حسب التعريف الأخير في "...- وهو أحد أشخاص القانون الخاص -..."؛ في حين جاء ذكر "المتعاقد مع الإدارة" في التعريف الأول عاما دون تخصيص. يمكن استقراء من خلال هذا الاختلاف إحدى الفرضيتين:

- **الفرضية الأولى:** كان التخصيص إضافة ذاتية من طرف د. محمد الشافعي أبوراس، بغرض التوضيح دون أن يرد ذلك التخصيص في مضمون الحكم الأصلي. بغض النظر عما إذا كانت هذه الإضافة موفقة أم لا.
- **الفرضية الثانية:** استند كل واحد من الأستاذين إلى نصي حكيمين مختلفين . مما يفسر تذبذب القضاء الإداري الفرنسي في تحديد مفهوم العقد الإداري . وسنكتشف من خلال العناصر اللاحقة أي الفرضيتين أقرب إلى الصواب.

في المقابل، نجد أن القضاء الإداري المصري استقر في كثير من أحكامه على المفهوم ذاته للعقد الإداري. إذ عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية مثلا في قرار لها صادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 أن "العقد الإداري" هو:

التعريف: «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام...»¹⁸

¹⁸ - محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص.59 .

المطلب الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإداري

استقر غالبية الفقه على تعريف العقد الإداري بأنه :

«عمل إداري قانوني اتفاقي يبرم بين طرفين يكون أحدهما شخصا من أشخاص القانون العام، بهدف تسيير أو تنظيم مرفق عام، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأساليب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي، أو يمنحه الحق في الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير لفترة مؤقتة.»¹⁹

بشوب هذا التعريف نقص مقارنة بالتعريف الذي ذهب إليه محمد سليمان الطماوي، والذي اعتبر فيه أن العقد الإداري:

«هو ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، **أو أن يخول للمتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.**»²⁰

نستنتج أن تعريف الفقيه محمد سليمان الطماوي جاء متوافقا مع تعريف القضاء الإداري الفرنسي للعقد الإداري والذي **نعتبره مختلفا** عن تعريف القضاء الإداري المصري . وسيتم توضيح ذلك لاحقا؛ رغم أن الفقيه يشير أن القضاء الإداري المصري أخذ بمفهوم العقد الإداري ذاته الذي توصل إليه القضاء الإداري الفرنسي.

أما فيما يخص الفقه الجزائري فوقع اختيارنا على تعريف د. محمد الصغير بعلي للعقد الإداري والذي جاء فيه أن العقد الإداري هو:

¹⁹- مجيدي فتحي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، السنة أولى ماستر تخصص دولة ومؤسسات ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور – الجلفة، 2014/2013 ، ص.383 ؛ **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامة في العقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، الآثار، الانقضاء في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحدث تعديلات للمناقصات و المزايدات)، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص.16 ، 17 .

²⁰- محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص.50 .

«العقد أوالاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد **تسيير** مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.»²¹

جاء هذا التعريف متوافقا مع تعريف غالبية الفقه حتى بما تضمنه التعريف من قصور، حيث حصر معيار تمييز العقد الإداري فقط في تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

²¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص.10 .

المحاضرة الثالثة: معايير تمييز العقد الإداري

يكتسب العقد الإداري خصوصية تميزه عن عقود الإدارة الأخرى. ويترتب عن هذه الخصوصية عدم خضوع عقود الإدارة لنظام قانوني واحد، سواء من حيث القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أو من حيث القضاء المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

القاعدة العامة: تطبق على العقود الإدارية أحكام وقواعد القانون العام، ويختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بها القضاء الإداري. بخلاف عقود الإدارة الأخرى، إذ تطبق عليها قواعد القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالنظر في المنازعات المتعلقة بها.

نتيجة هذا الاختلاف في النظام القانوني المطبق على عقود الإدارة ستطرح في مواجهتنا إشكالية كيفية تمييز العقد الإداري عن بقية عقود الإدارة الأخرى، وذلك من خلال الإجابة على السؤال التالي:

السؤال: ما هو المعيار الذي يمكن الاستناد إليه في تحديد مدى إدارية عقد تبرمه الإدارة العمومية من عدمه؟

بالنظر إلى كون العقد الإداري يستمد قواعده من نصوص تشريعية تنظم جانبا أو أكثر من جوانبه، كما يستمد قواعده من أحكام القضاء الإداري، سنلجأ إلى تحديد مدى إدارية عقد الإدارة العمومية من خلال معيارين، محترمين الترتيب التالي: أولاً نلجأ إلى المعيار القانوني، فإن لم نجد نلجأ إلى إعمال المعيار القضائي.

المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون (المعيار القانوني)

يلجأ المشرع في بعض الأحيان إلى إضفاء الطابع الإداري على بعض العقود التي تبرمها الإدارة العمومية ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات. ويطلق على هذا النوع من العقود تسمية "العقود الإدارية بتحديد القانون".²²

أساسي:

يعتمد المشرع في إضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة على إحدى الطريقتين:

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

ظهر تدخل المشرع في تحديد العقود الإدارية لأول مرة من طرف المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية. إذ طبقا لما سبق تناوله في المحاضرة المتعلقة بنشأة نظرية العقد الإداري في فرنسا نستنتج أن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة أو الناشئة عن عقود الإدارة لم يكن في أول الأمر عاما، بل تناول عقودا بعينها من عقود الإدارة أدرجها المشرع الفرنسي ضمن اختصاص القضاء الإداري الفرنسي (مجالس الأقاليم ومجلس الدولة). ولما كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق قواعد القانون العام (القانون الإداري)، اعتبرت تلك العقود عقودا إدارية بتحديد القانون.²³

حسب "د. محمد سليمان الطماوي"، كان هذا المسلك مفيدا حينما كان تحديد مجال تطبيق القانون الإداري يقوم على معيار السلطة العمومية (بالمفهوم التقليدي)، تلك الفكرة التي كانت تستبعد عقود الإدارة من نطاق تطبيق القانون الإداري. لكن بعد أن تم هجر معيار السلطة

²²- مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 384 .

²³- محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص. 54 .

العامة، أصبحت طائفة العقود الإدارية بتحديد القانون محل نظر، إذ لاحظ فقهاء القانون العام أن العقود الإدارية بتحديد القانون - كما هي واردة في القانون الإداري الفرنسي - تنتمي إلى إحدى الطائفتين:

أولاً- تعتبر بعض "العقود الإدارية بتحديد القانون" عقوداً إدارية لطبيعتها الذاتية، مثل عقد الأشغال العمومية، الذي كان أول عقود الإدارة التي تم إصباغها بالصفة الإدارية بنص القانون، لكنه كان يعتبر في الوقت نفسه عقداً إدارياً بطبيعته. وكان الأساس الذي استند إليه القضاء الإداري الفرنسي لسحب اختصاصه إلى كثير من العقود الإدارية بطبيعتها لتضمنها عنصراً من عناصر الأشغال العمومية.²⁴

بعبارة أخرى، كان نص المشرع كاشفاً للطابع الإداري لهذا النوع من العقود وليس منشئاً له.

ثانياً- نص المشرع الفرنسي أحياناً على منح القضاء الإداري اختصاص الفصل في منازعات متعلقة بعقود تعتبر عقوداً إدارية غير إدارية بطبيعتها في جميع الأحوال. نذكر من ذلك عقود القانون الخاص مثل عقود بيع أملاك الدولة العقارية، حيث تم انتقاد مسألة إدراج المنازعات المتعلقة بمثل تلك العقود ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري، خصوصاً وأنه تنور هنا فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون أين يكون لزاماً ودون اجتهاد اعتبار العقد إدارياً لمجرد منح المشرع اختصاص الفصل في المنازعات المتعلقة به للقضاء الإداري.

لكن اعتمد مجلس الدولة الفرنسي اتجاهها معاكساً، إذ اعتنق تفسيراً مقتضاه ألا ينعقد اختصاصه في هذه الحالة إلا إذا كان العقد إدارياً بطبيعته، مثل عقود التوريد.²⁵

المطلب الثاني: المعايير القضائية في تحديد العقود الإدارية

دفع عدم تحديد المشرع لمفهوم العقد الإداري واكتفائه بذكر البعض من هذه العقود،

²⁴- المرجع نفسه، ص. 55.

²⁵- المرجع نفسه، ص. 55، 56.

دفع بالقضاء الإداري إلى محاولة تحديد مفهوم العقد الإداري من خلال البحث عن المعيار الأنجع لتمييزه عن عقود الإدارة الأخرى، ومن ثمة تحديد مدى اختصاصه بنظر المنازعات التي يمكن أن تثار بشأن هذه العقود.

وكان مجلس الدولة الفرنسي السابق في محاولته ضبط مفهوم العقد الإداري، إذ جاء في أحد أحكامه أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص...²⁶

يتضح من خلال هذا التعريف أن القضاء الإداري الفرنسي لم يتقيد بالتعداد التشريعي للعقود الإدارية بل وسع من دائرة اختصاصه لتشمل عقودا أخرى غير تلك المنصوص عليها في القانون.

وتأكد تبني قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية للموقف نفسه في إحدى القضايا²⁷ المعروضة عليها، والتي ذهبت فيها إلى أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم هذا العقد بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص.²⁸

وكانت المحكمة الإدارية العليا المصرية قد أكدت المعنى ذاته في حكمها الصادر بتاريخ 1968/03/24 ، أين قررت:

«إن العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد ... ليست سواء: فمنها ما يعد بطبيعته عقودا إدارية ... ومناطق العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام... وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية.»²⁹

²⁶- مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 385 .

²⁷- قضية رقم 110 لسنة 12 تنازع، جلسة 1991/1/5 .

²⁸- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 22 .

²⁹- محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص. 26 .

نستنتج من خلال التعاريف السابقة أن إضفاء الطابع الإداري على عقد الإدارة يتوقف على تحقق ثلاثة (3) عناصر أو أركان أو مقومات أساسية تشكل في الوقت نفسه معايير لتمييز العقود الإدارية عن غيرها من عقود الإدارة، يمكن إجمالها في معيارين رئيسيين هما: المعيار العضوي والمعيار الموضوعي.

الفرع الأول: العقد الإداري وفقا للمعيار العضوي

يعتبر العقد إداريا وفقا للمعيار العضوي إذا كان أحد طرفيه (على الأقل) جهة إدارية عمومية مختصة بإبرام العقود الإدارية. لكن تؤدي بنا هذه الفكرة إلى طرح السؤال التالي:

السؤال: هل يؤدي وجود شخص معنوي عمومي كطرف في العقد بالضرورة إلى إسباب هذا العقد صفة إدارية؟

تؤدي بنا الإجابة على هذا السؤال إلى مناقشة الفرضية التي تم طرحها من خلال السؤال باعتبارها القاعدة العامة والأصل في إضفاء الصبغة الإدارية على هذه العقود، من جهة؛ والتعرض من جهة ثانية إلى مدى إمكانية وجود استثناءات على القاعدة العامة.

أولاً- القاعدة العامة:

تمثل القاعدة العامة المبدأ الذي استقرت عليه أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر. حيث يعتبر هذا الشرط مفترضا لاعتبار العقد إداريا. ويرجع سبب ذلك إلى كون قواعد القانون العام (الإداري) وجدت لتنظم وتحكم تصرفات الأشخاص المعنوية العامة دون سواها، كما أن العقد الإداري يشكل وسيلة لتسيير النشاط الإداري.³⁰

³⁰- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 22؛ رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، د.م.ج.، الجزائر، ص. 20.

تذكير: إلى جانب الدولة التي تعد أهم الأشخاص المعنوية العمومية، يمكن أن يكون الشخص المعنوي العمومي شخصا من أشخاص القانون العام الإقليمية (المحلية) أو المصلحية (المرفقية) كالهيئات العمومية والمؤسسات العمومية.

ملاحظة: كان سابقا يتم التفرقة في فرنسا بين الأشخاص المعنوية العمومية المركزية والأشخاص المعنوية العمومية المحلية؛ حيث كانت تعد عقود الأولى دون الثانية عقودا إدارية، حتى ولو توافرت في عقود الثانية مقومات العقد الإداري.

لكن وضع القضاء الإداري الفرنسي نهاية لهذه التفرقة في عام 1903 بصدور حكم "تيرييه".³¹

أساسي: مبادئ (شروط) تحقق القاعدة العامة:

- لا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه حال إبرامه شخصا معنويا عموميا، بل يجب أن يظل هذا الشخص (القانوني) محتفظا بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد وإلا دخل أوجد العقد ضمن طائفة عقود القانون الخاص واختص القضاء العادي بالفصل فيما ينشأ بصدده من منازعات.
- لا يعتبر العقد إداريا إلا إذا أبرمته الإدارة العمومية بوصفها سلطة عمومية. وتؤكد هذا المبدأ ضمن أحكام قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية والتي ذهبت إلى أنه يتعين أن يكون أحد أطراف العقد شخصا عموميا ويتعاقد بوصفه سلطة عمومية حتى يمكن اعتبار هذا العقد إداريا.³²
- كما ينبغي لإطلاق وصف العقد الإداري أن تبرم هذا العقد السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية لا سلطة حكم.³³

ثانيا - الاستثناء:

ننتقل في تفصيل هذا العنصر من خلال طرح السؤال التالي:

³¹ - محمد عبد الواحد الجميلي، مرجع سابق، ص. 63.

³² - المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 1 لسنة 12، جلسة 1991/1/5، نقلا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص.

22.

³³ - محمد عبد الواحد الجميلي، مرجع سابق، ص. 62.

سؤال: هل يعد شرط وجود شخص معنوي عمومي كطرف في العقد لإضفاء الطابع الإداري على هذا العقد قاعدة مطلقة ؟

ثار بخصوص هذا الطرح جدل فقهي وقضائي واسع النطاق فيما يخص العقود التي يكون كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص، ويكون أحد هذين الشخصين شخص معنوي اقتصادي، سواء كان صناعيا أم تجاريا.

حسب القضاء الإداري الفرنسي يجب التفرقة بين حالتين:

– **الحالة الأولى:** لا تعد عقودا إدارية العقود التي تبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينها،

بما فيها تلك التي تبرمها المرافق العمومية الاقتصادية مع المنتفعين بخدماتها (أي كلا الطرفين من أشخاص القانون الخاص أحدهما مرفق عمومي اقتصادي والثاني المنتفع بخدمات المرفق العمومي)، حتى ولو تضمنت هذه العقود شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص. بل عدها القضاء الإداري الفرنسي من عقود القانون الخاص.

وأكدت محكمة التنازع الفرنسية هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 17 فيفري 1962.³⁴

– **الحالة الثانية:** وهي التي تشكل استثناء على القاعدة العامة (المعيار العضوي)، وتتعلق

بعقود تأخذ صفة الإدارية رغم أن كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص. و يأخذ هذا الاستثناء إحدى الصورتين:

أ– **الاستثناء الظاهري " فكرة الوكالة " :**

سمي بالاستثناء الظاهري لأنه يظهر كأنه استثناء، لكنه في حقيقته ليس استثناء بل

هو تكريس للقاعدة العامة.

يتمثل هذا الاستثناء الظاهري في العقود الإدارية التي يكون كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص، ويبرم أحد هذين الطرفين هذا العقد بالوكالة عن شخص معنوي عمومي.

³⁴- مجيدي فتحي ، مرجع سابق، ص. 386 .

فقد استند مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 30 جانفي 1931 إلى **نظرية الوكالة** لكي يعتبره عقدا إداريا ذلك العقد المبرم بين **اتحاد إعادة البناء** وأحد المقاولين لبناء كنيسة بإحدى القرى العضو بهذا الاتحاد.

ولا يعد هذا الاستثناء استثناء حقيقيا عن القاعدة العامة، بل هو مجرد تطبيق للقواعد العامة للوكالة المنصوص عليها في المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي، حيث ينصرف أثر العقد إلى الجهة الإدارية باعتبارها هي الطرف الأصيل.³⁵

وتأكد هذا الفرض في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية، وبالتحديد في حكمها الصادر بتاريخ 21 جوان 1980 والتي قررت بموجبه أن:

«ومن حيث أن الكازينو محل المنازعة مقام في منطقة الشاطئ المعتبرة من المنافع العامة والمقصود حق استغلالها على الشركة الطاعنة ومن ثم يكون التصريح المطعون ضده بالانتفاع بالكازينو والمذكور قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة، مما يتوافر معه في هذا التصريح مقومات العقد الإداري باعتباره صادرا عن جهة نائبة عن الدولة.»³⁶

ب- الاستثناء الحقيقي:

يعتبر العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا إذا تصرف أحد طرفيه باسم ولحساب شخص معنوي عمومي دون أن يكون وكيلا.

ويعتبر في هذه الحالة العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا، بالنظر إلى **موضوعه** وليس أطرافه، إذا تعلق بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة.³⁷

وقد قصر القضاء الفرنسي هذا الاستثناء على "**عقود الأشغال العمومية**" التي يبرمها أشخاص القانون الخاص لحساب شخص معنوي عمومي.³⁸ بل الأكثر من ذلك حصرها

في حالتين على النحو التالي:

³⁵- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 27؛ مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 73، 74.

³⁶- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص. 28.

³⁷- مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 387.

1-العقود التي تبرمها إحدى شركات الاقتصاد المختلط لاستغلال و إنشاء الطرق:

وضعت هذا الاستثناء محكمة التنازع الفرنسية في قرار شهير لها هو قرار بيروت

الصادر في يوليو 1963 .

وقائع القضية و حيثيات القرار:

يتعلق الأمر بنزاع ثار حول تكييف عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط (شركة تخضع للقانون الخاص) تلتزم بموجبه بأشغال عمومية مع مؤسسة بيروت الخاصة لمعاونتها في بناء طرق للسيارات المعهود بها إليها بموجب عقد الامتياز (بتصرف).

قضت محكمة التنازع الفرنسية باعتبار العقد إداريا، حيث جاء في حيثيات القرار أن:

« إنشاء الطرق العمومية له صفة الأشغال العمومية التي تؤول للدولة، وهي تنفذ أصلا بطريق الإدارة المباشرة، ويترتب على ذلك أن العقود التي تنفذ بواسطتها تخضع للقانون العام. وحيث إنه يجب أن نطبق القاعدة ذاتها على العقود التي تبرم بالشروط المنصوص عليها في قانون 1955/4/18 الخاص بنظام طرق السيارات دون حاجة إلى التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة وتلك التي يبرمها، بصفة استثنائية، صاحب الامتياز، الذي يتعاقد لحساب الدولة، وسواء أكان هذا الملتزم شخصا معنويا عاما أو شركة اقتصاد مختلط.

وعلى الرغم من صفتها الخاصة، وأيا ما كانت الطريقة المتبعة لإنشاء الطرق السريعة، فإن العقود المبرمة من المقاول فيما بين الدولة والملتزم تعتبر من قبيل عقود الأشغال العمومية، ويترتب على ذلك اعتبار أن المنازعات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود تدخل ضمن المسائل المنصوص عليها في المادة 4 من قانون مجلس الدولة (28 لايفوز السنة الثامنة).

ومن ثم فإن موضوع الالتزام من جانب منشأة "بيروت" ضد شركة الطرق السريعة يخضع لاختصاص القضاء الإداري». ³⁹

يتبين لنا من خلال القرار القضائي أعلاه أن محكمة التنازع الفرنسية لم تستند في

إضافتها الطابع الإداري على العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص على

³⁸- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 74 .

³⁹- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع نفسه ، ص. 75 ؛

فكرة "الوكالة" كأساس، بل استندت في تأسيسها لاختصاص القضاء الإداري بالنظر في هذه المنازعة إلى فكرة أن بناء الطرق السريعة يدخل بطبيعته في نشاطات الدولة التي تباشرها بنفسها بطريقة الاستغلال المباشر، وأن العقود التي تبرم لتنفيذها تعتبر عقوداً إدارية؛ واستندت محكمة التنازع إلى أن شركة الاقتصاد المختلط تكون استناداً على عقد الامتياز قد تصرفت باسم الدولة ولحسابها.

أكدت محكمة التنازع الفرنسية الاتجاه نفسه في حكمها الصادر بتاريخ 1984/11/12 بخصوص قضية تتعلق بشركة اقتصاد مختلط لنفق سانت ماري ضد شركة تونكس.⁴⁰

2-العقود المبرمة بين ملتزمي الأشغال العمومية وأشخاص خاصة لحساب الشخص العمومي مانح الالتزام:

سَلَّم مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير الصادر بتاريخ 30 ماي 1975 بالصيغة الإدارية للعقد المبرم بين شركة اقتصاد مختلط ملتزمة بأشغال عمومية في مجال الإعداد والتجهيز والصيانة ومقاول من أجل إنشاء طرق عمومية مخصصة لأن تصبح من ملحقات الطريق المحلي. فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الشركة لم تتصرف لحسابها الخاص ولم تتصرف باعتبارها ملتزمة، بل قامت بالأشغال لحساب الجماعات العمومية التي ستؤول إليها الأشغال.

وقد أكدت محكمة التنازع الفرنسية الاتجاه نفسه في حكمها الصادر بتاريخ 7 يوليو 1975.⁴¹ كان هناك تطبيق للاستثناء أعلاه، لكن بشكل أوسع، في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية.

⁴⁰ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع نفسه، ص. 76 ، 77 .

⁴¹ - المرجع نفسه، ص. 77 ، 78 .

مثال: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1964/3/7، أين اعتبرت عقدين أبرمتهما شركة أجنبية، هي شركة شل، مع أحد المقاولين لصيانة خطوط أنابيب البترول التابعة لها، اعتبرتتهما عقدين إداريين على أساس أن تعاقد الهيئة الخاصة كان تعاقدًا لحساب الإدارة ولمصلحتها.⁴²

خلاصة:

نلاحظ أن قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية قد توسع في إصباح وصف العقد الإداري ليشمل كل العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص - حتى الأجنبية منها- متى كان التعاقد لحساب وباسم شخص معنوي عمومي. في حين قصر القضاء الفرنسي هذا الاستثناء على عقود الأشغال العمومية المبرمة بواسطة شركات الاقتصاد المختلط.

الفرع الثاني: العقد الإداري وفقا للمعيار الموضوعي

يعرف العقد الإداري بموضوعه إذا كان يخضع لقواعد القانون العام في تنظيم إبرامه وتنفيذه. ويظهر ذلك من خلال اتصال العقد الإداري بمرفق عمومي (باعتباره موضوعا للعقد الإداري يخضع لقواعد القانون العام) (الفرع الأول)؛ أو من خلال تضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص (باعتباره أيضا موضوعا للعقد الإداري يخضع لقواعد القانون العام) (الفرع الثاني) .

أولاً- اتصال موضوع (محل) العقد بمرفق عمومي:

تبعاً لهذا المعيار، يجب أن يرتبط موضوع العقد الذي تبرمه الإدارة العمومية بمرفق عمومي حتى يمكن اعتباره عقداً إدارياً.

ملاحظة: للمرفق العمومي مفهومان:

⁴²- المرجع نفسه، ص. 78 .

- **مفهوم عضوي (شكلي):** يتمثل في الهياكل الإدارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية، والتي تقوم بأداء أوتقديم الخدمات وإشباع الحاجات العامة التي ترى الدولة ضرورة القيام بها بنفسها وتحت إشرافها ومسؤوليتها.

مثال: مرفق الجامعة، مرفق الشرطة، مرفق المستشفى...

تبعاً لهذا المفهوم، فإن الشخص الذي ارتبط بعقد مع مرفق عمومي بهذا المعنى يكون قد تعاقد مع هيئة إدارية؛ و بهذا نكون قد اعتمدنا على المعيار العضوي (المعيار المذكور أعلاه) لتمييز العقد الإداري.

- **مفهوم موضوعي (مادي):** يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال.⁴³

مثال: مرفق التعليم العالي، مرفق الأمن، مرفق الصحة...

أي ينصرف هذا المدلول إلى نشاط من نوع معين له هدف معين ووسائل محددة يزاوله شخص قانوني عمومي ويحقق من خلاله النفع العام،⁴⁴ سواء كان ذلك النشاط مما تباشره الدولة مباشرة أو يقوم به ملتزم تحت إدارتها وإشرافها.

اعتمد مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العمومي (بمعناه الموضوعي) وحده كمعيار لتمييز العقد الإداري في حكمه الصادر بتاريخ 1956/04/20 في قضية الزوجان بيرتان (Bertin)، أين قضى بأن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يتمثل محله (موضوعه) في إناطة مهمات تسيير أحد المرافق العمومية إلى الأفراد. واعتبر هذا المحل كافياً لوحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.⁴⁵

وقائع القضية: تم إبرام عقد شفوي بين الإدارة والزوجين "برتان" بتاريخ 1944/11/24، تعهدا فيه بتقديم الوجبات الغذائية مقابل 30 فرنكا عن كل شخص في اليوم للرعايا السوفييت الموجودين بأحد المراكز على الأراضي الفرنسية، بهدف إعادة ترحيلهم إلى وطنهم. أي تمثل العقد بحسب موضوعه في

⁴³- جوادي ألياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري و تمييزه عن العقود الأخرى ، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد التاسع (9) ، سبتمبر 2015، ص.18 . متوفر على الموقع

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/8406>

⁴⁴- محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص. 14 .

⁴⁵- المرجع نفسه، ص. 14 .

إشراك المتعاقدين في إدارة مرفق عمومي عن طريق تكليفهم بضمان إعادة اللاجئين الأجانب الموجودين على الأراضي الفرنسية إلى بلادهم.⁴⁶

أكد مجلس الدولة الفرنسي أن العقد المذكور أعلاه يهدف إلى منح ذوي الشأن صلاحية القيام بإحدى مهام المرفق العمومي (الخدمة العمومية) المكلف بضمان إعادة ترحيل اللاجئين الحاملين لجنسية أجنبية الموجودين على الإقليم الفرنسي إلى مدينة مو (Meaux) انتظاراً لعودتهم إلى روسيا.

فقد وضع مجلس الدولة الفرنسي بموجب هذا الحكم معياراً محدداً وواضحاً للعقد الإداري، حيث يكون العقد إدارياً، دون الحاجة إلى شروط استثنائية، (إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخص معنوي عام) في حالتين هما:

- حالة اشتراك المتعاقد في تنفيذ المرفق العمومي ذاته؛
- أن يكون موضوعه ذاته تنفيذ مرفق عمومي.

لكن استثنى القضاء الإداري الفرنسي من قاعدة "ارتباط العقد بمرفق عمومي" العقود التي تبرمها المرافق الصناعية والتجارية مع المنتفعين بها (باعتبار كلا الطرفين من أشخاص القانون الخاص)، حيث تعتبر عقوداً مدنية حتى لو تضمنت شروطاً استثنائية. أما العقود التي تبرمها تلك المرافق مع الموردين فتعتبر عقوداً إدارية بشرط تضمينها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.⁴⁷

خلاصة: يرى المنتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي أنه كان هناك تذبذب وعدم استقرار على معيار واحد، فبعد أن تم التسليم بإدارية العقد لمجرد ارتباط محله بمرفق عمومي، أوجبت أحكام قضائية أخرى ضرورة اقتران العقد بالشروط الاستثنائية لوصفه بالإداري.

⁴⁶ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 80 ؛

CE, 20 avril 1956, Epoux BertIn et Ministre de l'agriculture c/ consorts Grimouard et autres, lire en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres>

⁴⁷ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع نفسه، ص. 92 .

- صور اتصال موضوع العقد الإداري بالمرفق العمومي:

تأخذ علاقة العقد الإداري بالمرفق العمومي صور عديدة لا يمكن حصرها لكن يمكن إجمالها في نموذجين على النحو التالي:

المجموعة الأولى: العقود التي تمثل طريقة لتنفيذ المرفق العمومي

يشكل العقد في هذه الحالة الوسيلة التي يتم عن طريقها تنفيذ المرفق العمومي. ويتحقق ذلك عندما يكون تنفيذ المرفق العمومي هو الغرض من إبرام العقد. ويظهر هذا النوع من العقود في العقود التي يعهد بموجبها للمتعاقد بمهمة تسيير، إدارة وتنظيم المرفق العمومي.

مثال: عقد الأشغال العمومية، عقد التزام مرفق عمومي (عقد الامتياز). حيث اعتبر القضاء الإداري الفرنسي في بعض أحكامه (مثل حكم "الزوجان برتان") أن مجرد توفر هذا الاشتراك من جانب المتعاقد مع الإدارة العمومية في تسيير المرفق العمومي كفيل بإضفاء الصبغة الإدارية على العقد دون الحاجة إلى تضمينه شرطا غير مألوف.⁴⁸

المجموعة الثانية: العقود التي تعهد إلى المتعاقد بمهام تجعله يشارك مباشرة في تنفيذ المرفق العمومي

لا يصل دور المتعاقد في هذا النوع من العقود إلى حد القيام (مع الإدارة العمومية) بمهمة تسيير جميع جوانب المرفق العمومي؛ بل هي عقود تخدم المرفق العمومي بطريقة غير مباشرة.

مثال: عقود التوريد، عقود النقل، عقد إيجار الخدمات.⁴⁹

جرى القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار هذا النوع من العقود عقودا إدارية إذا تضمنت شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

⁴⁸- المرجع نفسه، ص. 107 .

⁴⁹- مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 387 ؛ رياض عيسى، مرجع سابق، ص. 23 .

مثال توضيحي: توضيحا لما تم سرده أعلاه نأتي على ذكر المثال التالي :

قضى حكم صادر عن محكمة التنازع الفرنسية باعتباره عقدا إداريا العقد الذي عهدت بموجبه الإدارة إلى أحد الأفراد بنقل الجنود والعناصر عن طريق سفينة مملوكة له وتحت إدارته، لأن نشاطه يتعلق مباشرة بهذا المرفق العمومي.

في حين في حكم لمجلس الدولة الفرنسي في قضية تتعلق بعقد تعهد المتعاقد بمقتضاه بوضع سفينة تحت تصرف الإدارة لتشغيلها بنفسها في عمليات النقل البحري، تم اعتبار العقد عقدا مدنيا لأنه لا يجعل المتعاقد يسهم مباشرة في أداء الخدمة.⁵⁰

ثانيا- تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص:

استند القضاء للكشف عن نية المتعاقدين في اللجوء إلى أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لأحكامه وقواعده - حتى ولو لم يعبرا صراحة في العقد عن رغبتهما في اتباع أسلوب القانون العام- بتضمينهم العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وقد تكون الشروط الاستثنائية مقررة:

• في العقد المبرم بين المتعاقدين نفسه؛

• أو بالقرانين واللوائح، مثل دفاتر الشروط.⁵¹

وقد تأكد مبدأ عدم ضرورة إضفاء الطابع الإداري على عقد الإدارة إلا إذا تضمن شروطا استثنائية بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1912 في قضية شركة الجرانيت.⁵²

سؤال: لكن ماذا يقصد بـ "الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص" ؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من التطرق إلى تعريف "الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص" (أ) ، وتحديد مجالات هذه الشروط (ب).

⁵⁰- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 94 .

⁵¹- المرجع نفسه، ص. 110 ، 111 .

⁵²- للتعرف على وقائع القضية أنظر المرجع نفسه، ص. 113.

أ- تعريف " الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص " :

حاول مجلس الدولة الفرنسي وضع تعريف "لشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص" في حكمه الصادر بتاريخ 1950/10/20 في قضية " Stien"، والذي جاء فيه:

تعريف: «تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقا أوتحملة التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أوالتجاري.»⁵³

ومن أجل محاولة توضيح ما تضمنه التعريف أعلاه سنحاول الرجوع إلى بعض التعاريف الفقهية الغربية والعربية، من ذلك:

تعريف فيدل:

«الشروط التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقا أوتحميلهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن للمتعاقدین الاتفاق عليها بحرية في ظل القوانين المدنية والتجارية.»⁵⁴

جاء التعريف أعلاه متطابقا مع تعريف مجلس الدولة الفرنسي " للشروط الاستثنائية".

تعريف فالين:

«تلك الشروط التي لانجدها عادة في عقود القانون الخاص، إما لكونها باطلة لمخالفتها للنظام العام، أو لإدخالها في العقود بواسطة السلطة الإدارية بناء على مقتضيات الصالح العام والتي تعتبر غريبة بالنسبة للمتعاقدین من أشخاص القانون الخاص.»⁵⁵

تعريف شابوس:

«شروط بطبيعتها تكون مستبعدة عن علاقات القانون الخاص، وتنشئ عدم مساواة بمنح الشخص العام مركزا أعلى في علاقته بالمتعاقدين.»⁵⁶

⁵³- محمد جمال مطلق ذنبيات، مرجع سابق، ص. 19 .

⁵⁴- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 115 .

⁵⁵- المرجع نفسه، ص. 115 .

⁵⁶- المرجع نفسه.

أما بالنسبة لتعريف ثروت بدوي كان أكثر وضوحاً، حيث قال أن الشروط الاستثنائية لا تنحصر في الشروط المستحيلة أو الباطلة بالنسبة لعقود القانون الخاص، بل تشمل أيضاً الشروط غير المألوفة في ذلك العقد.

يتبين من خلال التعريف أعلاه أن "ثروت بدوي" ميز بين نوعين من الشروط :

النوع الأول: وهي تنطوي على عنصر السلطة العمومية التي لا يمكن أن نجدها في عقود القانون الخاص.⁵⁷ أرى أنها ما يعبر عنها بمصطلح "الشروط الاستثنائية".

النوع الثاني: وهي الشروط التي لا تحدد الطبيعة الإدارية للعقد إلا بطريق غير مباشر، إذ تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أحد أساليب القانون العام، بشرط عدم وجود ما يخالف ذلك.⁵⁸ أرى أنها ما يعبر عنها بمصطلح "غير المألوفة...".

النتيجة: نستنتج أن الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص (المعبر عنها اختصاراً

"الشروط الاستثنائية") يمكن تقسيمها إلى نوعين تبعاً لتركيبية المصطلح "استثنائية" و"غير مألوفة".

- **النوع الأول:** ينطوي على عناصر وامتيازات السلطة العمومية والتي لا يمكن وجودها في عقود القانون الخاص. وهو ما اصطلح على تسميته بـ "الاستثنائية" تعبيراً عن العلاقات غير المتكافئة أين يكون أحد الطرفين صاحب امتيازات ويتصرف على أنه سلطة عمومية.

- **النوع الثاني:** وهو ما يعبر عنه بمصطلح "غير مألوفة" وهو الشروط التي تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أحد أساليب القانون العام، بشرط ألا يوجد ما يدل على خلاف ذلك. فهي شروط ليست مستحيلة تضمينها في عقود القانون الخاص ولكن غير مألوفة فيه.

ب- مجالات "الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص":

تتضح مجالات "الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص" من خلال

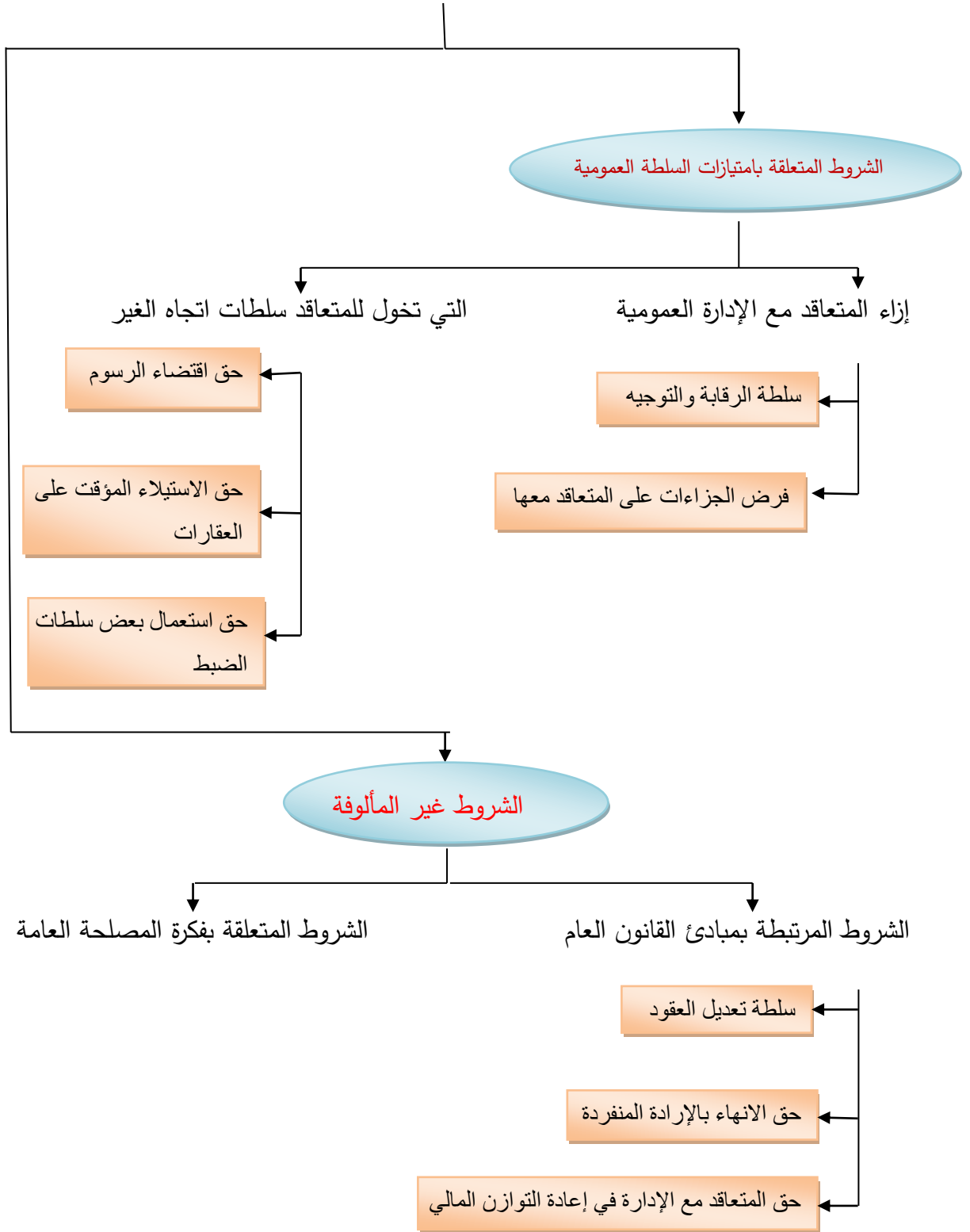
الرسم البياني أدناه.

⁵⁷- المرجع نفسه، ص. 116 .

⁵⁸- المرجع نفسه.

الشكل 2: رسم بياني يوضح مجالات الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص

الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص



المصدر: الأستاذة مؤلفة المطبوعة

يتبين لنا من خلال هذا الرسم البياني أنه يمكن إدراج الشروط الاستثنائية وغير المؤلففة في القانون الخاص ضمن طائفتين، هما:

- الطائفة الأولى: الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العمومية

تتمثل في الشروط المنطبقة بطابع السلطة العمومية، أي تثير امتيازات من امتيازاتها سواء في مواجهة المتعاقد مع الإدارة العمومية أو بمنح المتعاقد مع الإدارة العمومية بعض هذه الامتيازات في مواجهة الغير. وتكون هذه الشروط غريبة على عقود القانون الخاص وأستحيلة التحقق فيه.⁵⁹ ويمكن تفصيلها على النحو التالي:

1- الشروط التي تقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها:

تخص هذه الشروط الإدارة باعتبارها سلطة عمومية، بحيث تجعلها في مركز أعلى من مركز المتعاقد معها. في المقابل لا يمكن للأفراد تضمين عقودهم مثل هذه الشروط. وهي تعد أهم الشروط الاستثنائية لكثرتها وأهميتها. من أمثلة هذه الطائفة من الشروط الاستثنائية، ما يلي:

أمثلة:- امتياز الإدارة العمومية في التنفيذ المباشر في مواجهة المتعاقد معها (عن طريق القرارات الإدارية باعتبارها وسيلة تستطيع الإدارة العمومية من خلالها فرض سلطتها خلال جميع مراحل العقد).

- حق الإدارة العمومية في إصدار الأوامر، التوجيهات والتعليمات في مواجهة المتعاقد معها ضمانا لتنفيذ التزاماته على أحسن وجه وفي الآجال المحددة.

- حق الإدارة العمومية في اللجوء إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون تعويض ودون الحاجة إلى إذن قضائي.

- الشروط التي تخول للإدارة العمومية سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية. مثل وضع العمل تحت الحراسة، الحلول محل المقاول، سحب العمل كليا أو جزئيا.⁶⁰

⁵⁹- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع نفسه، ص. 119، 120 .

⁶⁰- نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 8؛ محمد جمال مطلق ننيبات، مرجع سابق، ص. 19؛ مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 387، 388 .

2- الشروط التي تخول للمتعاقد مع الإدارة العمومية سلطات في مواجهة الغير:

يتمتع بهذه الشروط غالبا ملتزموا المرافق العمومية، أين تجد هذه الشروط أساسها في مبدأ دوام سير المرفق العمومي بانتظام، حيث يكون لهذا الملتزم مثلا الحق في فرض رسوم على المنتفعين بخدمات المرفق العمومي؛ الحق في الانتفاع ببعض الارتفاقات اللازمة؛ سلطته في استعمال نزع الملكية مؤقتا من أجل المنفعة العمومية.⁶¹

الطائفة الثانية: الشروط المعتبرة تطبيقا لقواعد القانون العام (غير المألوفة)

يقصد بها الشروط التي يحتويها العقد ولا يكون لها وجود في قواعد القانون الخاص، بمعنى أن لا نجد أساسا لها فيه. ويمكن إرجاع هذه الشروط إلى: قواعد القانون الإداري التي تنظم العقود الإدارية أو فكرة المصلحة العامة.

1- الشروط التي يمكن إرجاعها إلى قواعد القانون الإداري:

تتمثل في تلك الشروط التي لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء نظريات القانون الإداري. بعبارة أخرى تكون هذه الشروط مستوحاة من القانون العام وتحمل طابع هذا القانون بناء على مضمونها أو أهدافها. وإن كانت هذه الشروط غير مستحيلة التحقيق في عقود القانون الخاص.⁶²

مثال: ما يعد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، كتلك التي تعطي حقوقا للمتعاقد مع الإدارة العمومية لإعادة التوازن المالي للعقد.

2- الشروط التي يمكن إرجاعها إلى فكرة المصلحة العامة:

لا يمكن فهم هذه الشروط إلا من خلال النظر إلى المصلحة العامة. إذ تبدو في حالة تضمين الإدارة العمومية للعقد شروطا لاعتبارات لا تتعلق بموضوعاته بل تكون خارجة

⁶¹ - مجيدي فتحي، المرجع نفسه، ص. 388؛ نصر الشريف عبد الحميد، المرجع نفسه، ص. 9.

⁶² - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 125، 126.

عن عملية التعاقد في حد ذاتها، وتعتبر الهدف الذي أبرمت من أجله تلك العقود. وينبغي في هذه الحالة تحديد المصلحة العامة بما يكفي، وإلا شكلت هذه الشروط تعسفا في استعمال السلطة.⁶³

إضافة: - يعد النص على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد معين أيضا من الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

- اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد الإحالة في العقد إلى دفتر من دفاتر الشروط الإدارية لا يشكل في حد ذاته شرطا استثنائيا إلى إذا اشتمل ذلك الدفتر فعلا على شرط استثنائي.⁶⁴

الفرع الثالث: المعيار المرجح

يأتي هذا الفرع إجابة على السؤال التالي:

السؤال: ما مدى كفاية معيار من المعايير القضائية السابقة الذكر بمفرده لتمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى؟

اتفق الفقه والقضاء، سواء في فرنسا أو مصر، على ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عموميا (سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة) لكي يعتبر العقد إداريا؛ لكن حدث الاختلاف بينهما وتباينت المواقف فقها وقضائيا فيما يخص المعيارين الآخرين:

- معيار اتصال موضوع العقد بالمرفق العمومي؛
- معيار تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

أولا- الموقف الفقهي:

انقسم الفقهاء بشأن مدى ضرورة اجتماع الشروط أو المعايير لاعتبار العقد إداريا إلى اتجاهين.

⁶³ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 9.

⁶⁴ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص. 20.

- الاتجاه الأول:

ذهب أنصار معيار "السلطة العمومية" إلى كفاية احتواء العقد على "شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص" لوصفه بالصفة الإدارية ولو لم يتصل بمرفق عمومي. ومن بين الفقهاء القائلين بهذه الفكرة: "هوريو" و "فيدل".

كما أيد جانب من الفقهاء العرب هذا الاتجاه، مثل: "ثروت بدوي" و"ماجد راغب الحلو".⁶⁵

- الاتجاه الثاني:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه لا يعد كافيا بمفرده اتصال العقد بمرفق عمومي لاعتبار هذا العقد إداريا، بل يجب إضافة شرط آخر هو أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد: "دي لوبادير" و"محمد سليمان الطماوي".⁶⁶

ثانيا - موقف القضاء:

نفرق هنا بين موقف القضاء الفرنسي وموقف القضاء المصري.

1- الوضع في فرنسا:

تأثر سابقا القضاء الإداري الفرنسي بالمواقف الفقهية، حيث انعكس التآرجح الفقهي على أحكام مجلس الدولة، فكانت تارة تنحاز إلى معيار المرفق العمومي، في حين كانت الغلبة تارة أخرى لمعيار "الشروط الاستثنائية".

فقد تبنى القضاء الإداري الفرنسي ابتداء معيار "الشروط الاستثنائية وغير المألوفة"، حيث ظهر ذلك جليا من خلال حكم "تيرييه" الصادر بتاريخ 06 فبراير 1903. ثم عدل عن ذلك إلى معيار "تنفيذ المرفق العمومي" في حكم (Thérond) الصادر بتاريخ 4 مارس 1910. ثم تراجع عن هذا المعيار الأخير لصالح معيار "الشروط الاستثنائية وغير

⁶⁵ - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 131 ، 132 .

⁶⁶ - المرجع نفسه، ص. 132 ، 133 .

المألوفة" بموجب الحكم الصادر في قضية الغرانيت بتاريخ 31 جويلية 1912. ليستقر القضاء الإداري الفرنسي في نهاية المطاف على تبني معيار تبادلي في حكمه الصادر في قضية الزوجان برتان بتاريخ 20/04/1956.⁶⁷

يقوم المعيار التبادلي على عدم ضرورة اجتماع الشرطين معا لاعتبار العقد إداريا، بل يكفي توافر أحدهما لوصف العقد بـ "الإداري". حيث اكتفى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية الزوجان برتان بوجود الاتصال بين العقد والمرفق العمومي لاعتبار العقد "إداريا" دون اشتراط تضمن العقد لشروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، بشرط أن تكون درجة الاتصال بالمرفق العمومي وثيقة وجوهرية بحيث يكون دور المتعاقد تنفيذ المرفق العمومي في جوهره، مثل عقد التزام المرافق العمومية.

في حين تظهر أهمية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص في العقود التي لا تتصل اتصالا قويا (جوهريا) بالمرفق العمومي، حيث يعتمد في تحديد طبيعة العقد ومدى إداريته من عدمها في هذه الحالة على مدى توافر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص. ولا يشترط أن ينص العقد في حد ذاته على الشروط الاستثنائية بل يكفي أن يتم النص على هذه الشروط في قانون أولائحة ما، على أن يحيل العقد إلى هذه النصوص. كما لا يعد ضروريا تضمن العقد مجموعة من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص بل يكفي توفر شرط واحد فقط لاعتبار العقد "إداريا".⁶⁸

يتبين لنا اعتماد مجلس الدولة الفرنسي للمعيار التبادلي من خلال تعريفه للعقد الإداري

بأنه:

التعريف: « ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.»⁶⁹

67 - محمد جمال مطلق ذنبيات، مرجع سابق، ص. 10، 11؛ هاني محمود حمزة، ص. 23.

68 - هاني محمود حمزة، المرجع نفسه، ص. 23، 24.

69 - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص. 59؛ لؤي كريم عبد، مرجع سابق،

نجد أن مجلس الدولة الفرنسي استعمل في تعريفه للعقد الإداري وتمييزه عن عقود الإدارة الأخرى أداة التخيير "أو" التي تفيد التخيير بين اعتماد معيار الشروط الاستثنائية أو معيار اتصال موضوع العقد بمرفق عمومي لاعتبار العقد إداريا، وذلك حسب الحالات.

يشكل "المعيار التبادلي" الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي في أحكام حديثة له، مثل الحكم الصادر بتاريخ 1981/11/13 بخصوص احتواء العقد على شرط يسمح للإدارة بفسخه من تلقاء نفسها في حالة عدم تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته، حيث تم تقرير كفاية هذا الشرط الاستثنائي غير المؤلف في القانون الخاص لوحده لطبع العقد بالطابع الإداري. وكذا حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 27 جويلية 1989، والذي يعد حسبه العقد إداريا إذا كان يحتوي على شروط استثنائية... دون الحاجة إلى البحث عما إذا كان المتعاقد يسهم في تنفيذ مرفق عمومي.⁷⁰

استنتاج: نستنتج من خلال استقراءنا لأحكام القضاء الإداري الفرنسي أن المعيار التبادلي تم استعماله على النحو التالي:

- تمنح الأولوية إلى معيار الشروط الاستثنائية، حيث يعد متى ما توفر كافيا بمفرده لاعتبار العقد إداريا حتى إذا لم يتوفر معيار المرفق العمومي؛

- إذا لم يتوفر معيار الشروط الاستثنائية يتم البحث عن مدى اتصال موضوع العقد بمرفق عمومي، وفي هذه الحالة لا يعتبر العقد إداريا إلا إذا كان موضوعه مرتبطا ارتباطا جوهريا (قويا) بالمرفق العمومي.

2- الوضع في مصر:

يجمع غالبية فقهاء القانون العام في مصر على أنه لا يكفي أن يتعلق العقد بمرفق عمومي لاعتباره إداريا، بل يشترط إلى جانب ذلك توافر الشروط الاستثنائية غير المؤلف في روابط القانون الخاص التي تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه.

جاء هذا الموقف ترجمة لأحكام القضاء الإداري المصري الذي استقر على ضرورة توافر المعايير أو الشروط الثلاثة معا لتحديد مفهوم العقد الإداري؛ بمعنى أن تكون الإدارة العمومية طرفا في العقد؛ إدارة أو تنفيذ مرفق عمومي أو المعاونة في تنفيذه وأن يتضمن العقد

⁷⁰ - مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق، ص. 134 .

شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.⁷¹ ويكون بذلك اجتهاد القضاء الإداري المصري مخالفا لموقف القضاء الإداري الفرنسي، على نقيض ما قال به محمد سليمان الطماوي.

وتأكدنا من ذلك من خلال استقراءنا لأحكام القضاء الإداري المصري، حيث استعملت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 أداة العطف "و" للجمع بين المعايير الثلاثة المعتمدة لتمييز العقد الإداري .

مقطع من نص الحكم:

«...»، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس صفة التعاقد، بل موضوع العقد نفسه، متى اتصل بالمرفق العمومي على أي صورة من الصور، مشتركا في ذلك، وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غيرالمألوفة في القانون المدني.»⁷²

مع التذكير أنه سبق التأكيد في محاضرات سابقة بأن القضاء الإداري المصري استقر على التعريف ذاته. ويتأكد ذلك مثلا في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1993/02/06 .

مقطع من نص الحكم:

« ومن حيث أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، و بمناسبة تسييره و أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام و ذلك بتضمينها شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.»⁷³

71- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص. 24 .

72- مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 113 .

73- محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص. 59 .

المحاضرة الرابعة: مفهوم العقد الإداري في النظام الجزائري

سيتم تقسيم هذه المحاضرة إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى موقف المشرع الجزائري؛ في حين سيتعلق مضمون المطلب الثاني بموقف القضاء الجزائري.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من مفهوم العقد الإداري

لم يشر المشرع الجزائري إلى "العقود الإدارية" لا في قانون الإجراءات المدنية⁷⁴ ولا في القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة⁷⁵ ولا في القانون المتعلق بالمحاكم الإدارية.⁷⁶ هناك من فسر سبب عدم النص على العقود الإدارية بمناسبة تحديد اختصاصات القاضي الإداري إلى المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري وهو المعيار العضوي بغض النظر عن طبيعة النزاع.

لكن لا يعد هذا التبرير سليماً، حسب مجيدي فتحي، حيث يصلح هذا التبرير في مجال القرارات الإدارية باعتبار أن الإدارة العمومية هي وحدها التي تملك إصدارها بإرادتها المنفردة. في حين يكون للإدارة العمومية الخيار بين اللجوء إلى قواعد القانون الخاص أو قواعد القانون العام فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها.⁷⁷

لكن تم التقطن إلى هذه الثغرة أثناء صياغة قانون الإجراءات المدنية والإدارية،⁷⁸ أين أدرجت ضمن نصوصه "العقود الإدارية" عن طريق إحالة الاختصاص فيما تنثيره من منازعات إلى المحاكم الإدارية، وبالتحديد في نص المادة 804 منه التي جاء فيها ما يلي:

74- الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 47، الصادرة بتاريخ 9 يونيو 1966، معدل ومتمم.

75- القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 37، الصادرة بتاريخ 1 يونيو 1998.

76- القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 37، الصادرة بتاريخ 1 يونيو 1998.

77- مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 384، 385.

78- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

نص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

«خلافًا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبًا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

- في مادة الأشغال العمومية ، ...

- في مادة العقود الإدارية، ... »

نلاحظ أن المادة أعلاه تضمنت النص فقط على مصطلح "العقود الإدارية" دون أن تعطي تعريفًا لهذا النوع من العقود.

في المقابل كان المشرع الجزائري قد قدم سابقًا تعريفًا للصفقة العمومية فقط، التي تمثل نوعًا من أنواع العقود الإدارية (بتحفظ)، لأنها كانت النوع الوحيد من العقود الإدارية التي تدخل ضمن طائفة العقود المسماة، من جهة؛ كما شكلت من جهة أخرى أسلوبًا لإبرام العقود الإدارية حتى بالنسبة للعقود الأخرى غير المدرجة ضمن قانون الصفقات العمومية، مثل عقود الامتياز قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام،⁷⁹ وذلك ما نستنتجه من نص المادة 156 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية.⁸⁰

نص المادة 156 من القانون رقم 11-10:

« يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقًا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. »

وقد أشار بهذا الصدد "أحمد محيو" بأن قانون الصفقات العمومية الجزائرية الصادر بمقتضى الأمر رقم 67-90، يمكن له أن يقدم لنا التعريف المناسب للعقد الإداري من خلال نص المادة الأولى (01) التي تعرف الصفقة العمومية ، بقوله:

« يعطي قانون صفقات الدولة، المؤرخ في 17 جوان 1967 تعريفًا كاملاً للعقود الإدارية. »⁸¹

⁷⁹ - المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العمومي ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 48 الصادرة بتاريخ 5 غشت 2018 .

⁸⁰ - القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 37 الصادرة بتاريخ 3 يوليو 2011 .

⁸¹ - نصر الشريف عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 10 .

وهو تعريف مشابه للتعريف الوارد في المادة الثانية (2) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي نصت على :

نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

«الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.»

ليصل "أحمد محيو" إلى أن المعيار العضوي احتل نطاقا واسعا في التعريف، حيث ظهر كأبرز عنصر في تحديد الصفة العمومية، وذلك ما قاده إلى الاستخلاص بأنه يمثل المعيار الرئيسي أيضا في تحديد العقود الإدارية.⁸² وكانت المادة 6 من المرسوم الرئاسي ذاته قد حددت مجموع الأشخاص المعنوية العمومية التي يطلق عليها مصطلح مصلحة متعاقدة.

ملاحظة:

نلاحظ أن الاعتماد على المعيار العضوي بشكل مطلق قد يؤدي إلى نتائج خاطئة وغير منطقية، فلا تعد كل العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العمومية عقودا إدارية؛ مما يستدعي التمييز بشأنها بين أعمال السلطة وأعمال التسيير (أعمال الإدارة العادية).

وتعد أخطر إصابة ووجهت للمعيار العضوي ما جاء في التعليمات الصادرة عن وزارة السكن تحت رقم 29 المؤرخة في 03 يناير 1993 الموجهة للمدراء العاملين لدى دواوين الترقية والتسيير العقاري والمتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية على هذه الدواوين، رغم أنها تشكل أشخاصا خاصة ولا تتمتع بامتيازات السلطة العمومية.⁸³

⁸²- رابحي احسن، مرجع سابق ، ص. 69 ، 70 .

⁸³- المرجع نفسه، ص. 73 .

نتيجة:

نتيجة الانتقادات السابقة، يرى قسم راجح من الفقه بأنه إذا كان المعيار العضوي يشكل " نقطة المبدأ" بالنسبة لتكييف العقود الإدارية في الجزائر، فإنه لا يكفي بمفرده لتأطير هذه النصوص بشكل نهائي؛ ولهذا يتعين تكملته بواسطة أدوات أخرى مثل معيار السلطة العمومية، معيار البنود الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، كما يتعين تعزيز الفصل بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الأخرى بواسطة قائمة العقود الإدارية المحددة بموجب القانون.⁸⁴

لذا نجد أن المشرع الجزائري لم يقصي بقية المعايير، حيث أشار مثلا من خلال نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور أعلاه إلى إمكانية تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية واعتبارها صفقات تلك المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الخاضعة لأحكام القانون التجاري (أي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري)، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عمليات ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية؛ بما يفسر اعتماد المشرع على المعيار الموضوعي. كما نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الموضوعي في نص المادتين 55 و 56 من القانون رقم 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات الاقتصادية.⁸⁵

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري الجزائري من مفهوم العقد الإداري

احتل المعيار العضوي مجالا واسعا فيما يخص المنازعات الإدارية، بما فيها المنازعات المتعلقة أو المرتبطة بالعقود الإدارية؛ وكانت المادة السابعة (7) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري - تقابلها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية -⁸⁶

⁸⁴- المرجع نفسه، ص. 75.

⁸⁵- القانون رقم 88-01، المؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

⁸⁶- تنص المادة 800 من القانون رقم 08-09 على: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.»

الإطار المرجعي في ذلك. حيث تم التأكيد على ذلك في عدة أحكام قضائية منها قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 13 يناير 1990.⁸⁷ وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2002/02/21 والذي جاء فيه:

«حيث أن هذين العقدين محرران من طرف موثق، حيث أن الوثيقتين المطلوب إلغاؤهما لا (لم) تصدرتا عن سلطة إدارية ولا تشكلان قرارا أو عقدا إداريين وبالتالي فإن القضاء الإداري غير مختص للفصل في الطعن.»⁸⁸

وكانت المحكمة العليا الجزائرية قبل ذلك قد سايرت هذا التوجه من خلال قرار لها صادر بتاريخ 1971/01/23، والذي جاء فيه:

«حيث أن المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية قد استبدلت المعيار المادي القديم، المرتكز على طبيعة النشاط الإداري المعترف، بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين وأنه يجب وبكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفا في الدعوى لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصا وهذا مهما كانت طبيعة القضية.»⁸⁹

لكن لم يحظ هذا الاتجاه بإقبال فقهي واسع. حيث رأى مثلا الأستاذ "قبطان محمد" أن انتهاج هذا التوجه يؤدي بالقضاة الإداريين إلى مواجهة مشاكل كبيرة. وبالتحديد يكون تطبيق المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية سابقا والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حاليا عديم الفائدة في حالتين، هما:

- حالة إبرام عقود عادية من طرف أشخاص قانونية عمومية؛

⁸⁷- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 13 يناير 1990 في قضية السيد (م.ب.) ضد وزير المالية ووالي ولاية المسيلة، نقلا عن رابحي احسن، مرجع سابق، ص. 70.

⁸⁸- مجلس الدولة الجزائري، القرار رقم 5680، الصادر بتاريخ 2002/02/21، نقلا عن محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص. 1.

⁸⁹- المحكمة العليا الجزائرية، قرار صادر بتاريخ 1970/01/23، قضية (ب) ضد تعاونية تأمين عمال التربية و الثقافة، نقلا عن نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 4.

- حالة إبرام عقود إدارية من طرف أشخاص القانون الخاص، خاصة بتطبيق أسلوب "الوكالة".⁹⁰

وزادت **المواقف المتباينة للقضاء الإداري الجزائري** من حدة هذه الأزمة، التي تظهر من خلال الأمثلة التالية:

- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/07/25 بخصوص قضية الفريق "درويش" ضد بلدية المدينة، بخصوص عقد يتعلق بمحل تجاري أبرم بينهما طبقا للقواعد العامة وليس طبقا لقانون الصفقات العمومية، لكن رغم ذلك اعتبر القاضي الإداري بأن النزاع المطروح أمامه يدخل ضمن اختصاصه تطبيقا للمعيار العضوي بغض النظر عن محل أو موضوع العقد.

- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/05/05 فيما يخص قضية مدير ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد الشركة الجزائرية للأشغال والبناء، حيث اعتبر العقد المبرم بينهما عقدا إداريا رغم انتفاء المعيارين العضوي والسلطوي.⁹¹

وتوصل القضاء الإداري الجزائري في مناسبات أخرى إلى الكشف عن العقود الإدارية عن طريق الاستعانة بالتحديد التشريعي بغض النظر عن شكل وموضوع العقد. لكن الغريب في الأمر أن القضاء الإداري الجزائري اتخذ موقفا مخالفا لموقف المشرع الجزائري بخصوص المؤسسات التي لا تحوز على الصبغة الإدارية، حيث رفض النظر في المنازعات المتعلقة بصفقات المؤسسات العمومية الصناعية التجارية، سواء كانت متعلقة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا من الدولة أم لا. وهو ما يؤكد قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2002/11/05 والذي جاء فيه:

⁹⁰ - راجعي احسن، مرجع سابق، ص. 71 .

⁹¹ - المرجع نفسه، ص. 73 .

«إن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري.»⁹²

فقد تمسك القضاء في هذه القضية بالمعيار العضوي استنادا إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأمر الذي يؤدي إلى تشتت منازعات الصفقات العمومية بين جهات قضائية مختلفة.

⁹²- مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 0038/89، الصادر بتاريخ 2002/11/05، قضية (ز.ش.) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، نقلا عن بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.91.

المحاضرة الخامسة: أنواع العقود الإدارية

تتنوع تقسيمات العقود الإدارية حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فيمكن تقسيمها على النحو التالي:

- **من حيث حداتها:** يمكن تقسيم العقود الإدارية إلى عقود كلاسيكية أو تقليدية (مثل: عقود الأشغال العمومية...) من جهة، وعقود حديثة (مثل العقود الالكترونية أو العقود الإدارية التكنولوجية، العقود الإدارية الدولية، عقود البوت، عقود تسليم المفتاح...). ظهر هذا النوع الأخير من العقود الإدارية (العقود الحديثة) على ضوء المتغيرات الحديثة أين تسعى الدول إلى جذب الاستثمارات الأجنبية والخاصة، لذا نجد أن عقود الإدارة الحديثة تميل إلى الأخذ بمتطلبات التعاقد مع الإدارة بعين الاعتبار والسماح له بقدر أكبر من الحرية.

- **من حيث تنفيذها:** هناك عقود فورية التنفيذ وأخرى مستمرة التنفيذ؛

- **من حيث موضوعها:** تقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة أو العقود الإدارية بطبيعتها.

يعد هذا التقسيم الأخير أشهر أنواع التقسيم وهو الذي يعتمد عليه عادة الفقه في تمييز العقود الإدارية، حتى أن التقسيمان الأوليان يضمنان في طياتهما عقودا مسماة وأخرى غير مسماة.

يقصد بالعقود الإدارية المسماة أو ما يسمى بالعقود المحددة قانونا تلك العقود التي تخضع لنظام قانوني خاص بها محدد ومعروف مقدما، بمعنى جعل لها القانون إسما ووصفها بالإدارية ونظم أحكامها على هذا الأساس. أي هي عقود إدارية بقوة القانون.

في حين أن العقود الإدارية غير المسماة هي العقود المقررة قضائيا، بمعنى هي العقود التي تبرمها الإدارة على خلاف المألوف كلما تطلبت ذلك مقتضيات سير المرفق العمومي واستتبط القضاء إداريتها بعد البحث في معايير تمييز العقود الإدارية، وهي كثيرة. ومن أمثلة

العقود غير المسماة (القضائية) عقود القرض العام.⁹³

بغض النظر عن التقسيمات السابقة سنعمد خلال هذه المحاضرة إلى سرد أهم أنواع العقود الإدارية، محاولين حصرها ضمن طوائف على النحو التالي:

المطلب الأول : عقود الصفقات العمومية

يقصد بعقود الصفقات العمومية تلك العقود المسماة بالنص عليها في تنظيم الصفقات العمومية والتي يعتمد في إبرامها على أسلوب الصفقة العمومية؛ بغض النظر عن الجدول الدائر حول الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية من عدمه. ما يهمنا حسب وجهة نظري أنها تضم أهم نوع من أنواع العقود الإدارية بطبيعتها هي عقود الأشغال العمومية.

ملاحظة: استعملت مصطلح عقود الصفقات العمومية، رغم أن مصطلح "صفقة" يتضمن في طياته معنى "عقد"، لأنني أخذت "الصفقة العمومية" بصفقتها أسلوب لإبرام أنواع معينة من العقود تعتبر عقوداً إدارية بطبيعتها من أهمها عقد الأشغال العمومية، وليس كنوع من العقود.

يأخذ هذا النوع من العقود المسماة عدة أشكال طبقاً لنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: ⁹⁴

نص المادة 1،2/29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

- « تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية وأكثر:
- إنجاز الأشغال،
 - اقتناء اللوازم،
 - إنجاز الدراسات،

⁹³- حول مفهوم عقد القرض العام أنظر، محمد الشافعي أبوراس، مرجع سابق، ص. 66-67؛ نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص.20.

⁹⁴- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

- تقديم الخدمات.

عندما تشمل الصفقة العمومية عدة عمليات من تلك المذكورة أعلاه، تبرم المصلحة المتعاقدة صفقة إجمالية طبقا لأحكام المادة 35 أدناه «

1- صفقة الأشغال العمومية (صفقة إنجاز أشغال):

تعتبر صفقة الأشغال العمومية من أكثر العقود أهمية في الجزائر من حيث الاعتمادات المالية التي ترصد لها. عرفها المشرع الجزائري في المادة 3/29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على أن:

نص المادة 3/29، 4 و 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

« تهدف صفقة الأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أوهندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء والهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية. تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها. وإذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة تتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال.»

تبعا لمجلس الدولة الفرنسي يعتبر عقد الأشغال العمومية عقدا إداريا دائما. ولكي يعتبر عقد الإدارة العمومية عقد أشغال عمومية يجب أن تتوافر حسب العناصر التالية:

- أن ينصب موضوع العقد على عقار: حتى ولو كان عقارا بالتخصيص.⁹⁵ في حين لم يعتبرها القضاء الإداري الفرنسي عقد أشغال عمومية تلك الاتفاقيات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات.⁹⁶

⁹⁵ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 4 يونيو 1937 في قضية "Cie Fr. des cables télégraphiques" و حكمه الصادر بتاريخ 21 يناير 1927 في قضية "Cie Générale des eaux"، نقلا عن محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، 126.

⁹⁶ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 17 يونيو 1938 في قضية "Lignes téléphoniques, cables sous-marins"، نقلا عن محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه.

• أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عمومي: توصل قضاء مجلس الدولة الحديث إلى عدم ضرورة أن يكون العقار محل الشغل ملكا لشخص معنوي عمومي بل يكفي أن يتم هذا الشغل لحساب شخص معنوي عمومي ولو كان محله عقارا خاصا. و يتحقق هذا الطرح بإحدى الصورتين:

- يتم العمل لحساب شخص معنوي عمومي إذا كان لهذا الأخير إشراف مباشر على الأعمال موضوع العمل؛

- إذا كان مصير العقار المآل إلى الشخص المعنوي العمومي في نهاية مدة معينة.⁹⁷

• أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق النفع العام: فصل القضاء الإداري الفرنسي بين فكرة الأشغال العمومية وفكرة الدومين العام، مثل ما جاء في حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1942 في قضية " Préfet des Bouches-Rhones".⁹⁸

كما فصل مجلس الدولة الفرنسي بين فكرة الأشغال العمومية والمرفق العمومي، فاعترف بصفة الأشغال العمومية لأعمال تمت على عقارات (مخصصة للعبادة) غير مخصصة أولا تعتبر مرافق عمومية (طبقا لقانون 9 ديسمبر 1905) في حكمه الصادر بتاريخ 10 يناير 1921 في قضية " Commune de Monségur".⁹⁹

وأصبح يكفي أن تستهدف الإدارة العمومية من وراء الأشغال مصلحة عامة لاعتبارها عمومية وبالتالي اعتبار العقد المتعلق بها إداريا.

⁹⁷ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 22 يونيو 1928 في قضية " Sigalas"، نقلا عن محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص. 127.

⁹⁸ - محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص. 128.

⁹⁹ - المرجع نفسه.

ملاحظة: لا يعتبر مجلس الدولة الفرنسي المصلحة المالية للإدارة العمومية من المصالح العامة التي تصبغ على الأشغال صفة العمومية، إلا إذا كان الباعث الرئيسي من العقد المتعلق بهذه الأشغال تحقيق نفع عام وحقق بالتبعية مصلحة مالية للإدارة.¹⁰⁰

2- صفقة التوريد (صفقة اقتناء لوازم):

عرفها المشرع الجزائري في الفقرات 6، 7، 8 و9 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي نصت على:

نص المادة 6/29 ، 7 ، 8 و9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

«تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة لعناتد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد. وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات. وإذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم. إذا كان موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم. يمكن أن تشمل الصفقة العمومية للوازم مواد تجهيز منشأة إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو محددة بضمان. وتوضح كيفية تطبيق أحكام هذه الفقرة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.»

نستنتج من نص المادة أعلاه أن محل صفقات اللوازم يكون منقولاً بخلاف صفقات الأشغال العمومية.

¹⁰⁰ - المرجع نفسه، ص. 129 .

3- صفقات تقديم خدمات:

عرف المشرع هذا النوع من الصفقات بالمفهوم السلبي في الفقرة الأخيرة من المادة 29 التي نصت على:

نص المادة 13/29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

«تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات تهدف إلى إنجاز تقديم خدمات. وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.»

جاءت الصياغة القانونية غامضة، بحيث لم يتم تحديد مفهوم الخدمات. لكن الشيء المؤكد أنها صفقات لا يكون محلها أشغال ذات طابع عقاري بل تهدف إلى تحقيق خدمات منقولة مادية كما قد تكون فنية.

مثال: إجراء تحقيق، إنجاز قرص مضغوط...¹⁰¹

4- صفقات إنجاز دراسات:

عرفتها المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في الفقرات 11، 10 و 12 على التوالي بأنها:

نص المادة 10/29، 11، 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 :

«تهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية. تشمل الصفقة العمومية للدراسات، عند إبرام صفقة أشغال، لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة المشروع.»

أما الفقرة 12 من هذه المادة فتضمنت تعدادا لمجموع المهام التي تهدف إلى تحقيقها صفقة الإشراف على الإنجاز.

لكن يجب الإشارة إلى أنه لم يتم الفصل بين عقود الدراسات وعقود الخدمات إلا ابتداء من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 لكنه لم يعرف عقد الدراسات.¹⁰²

¹⁰¹ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 17.

يسمح هذا النوع من الصفقات للمصلحة المتعاقدة التصرف واتخاذ القرار بناء على اختيارات واضحة ودقيقة ، ما يحقق فعالية الأشغال والأعمال المنجزة من خلال السماح للمتخصصين في الميادين التقنية من المساهمة في ذلك.

المطلب الثاني: تفويضات المرفق العمومي (اتفاقيات تفويض المرفق العمومي)

استعمل رسميا مصطلح تفويض المرفق العمومي لأول مرة في التسعينيات من طرف المشرع الفرنسي وبالتحديد من خلال القانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية (Loi Joxe). لكنه عبر عنه بمصطلحات مختلفة فاستعمل تارة "اتفاقية تفويض المرفق العمومي" ومرة "اتفاقية التسيير المفوض" و تارة أخرى "عقد المرفق العمومي". ليستقر أخيرا على استخدام مصطلح تفويض المرفق العمومي عام 1993 في قانون "ميشال سابان" (Loi Sapin) المتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية. لكن سبق وأن استخدم المفهوم هذا في حد ذاته قبل هذا التاريخ من خلال عقود الامتياز والإيجار... ليتدخل المشرع الفرنسي بموجب هذا القانون ليجمع ضمن هذا المصطلح (تفويضات المرفق العمومي) عددا من العقود التي تمنح بموجبها الدولة حق تسيير مرفق عمومي لشخص آخر قد يكون شخصا خاصا دون أن تتخلى عن ملكية هذا المرفق.¹⁰³

تم التشريع الشامل لتفويضات المرفق العمومي لأول مرة في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247؛ وتبعه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بالتخصيص والتفصيل فيما يتعلق بتفويضات المرفق العمومي المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التابعة لها.

¹⁰² - المرسوم الرئاسي رقم 02-250، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 52، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002.

¹⁰³ - د. بن سعيد أمين و د. عبد الرحيم نادية، إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العمومية، مجلة معهد العلوم الاقتصادية (مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة)، المجلد 21، العدد 01، ص. 66، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/52170>; Claudie Boiteau, Les conventions de délégation de service public, transparence et service public local, MONITEUR, Paris, 2007, p.4

وقد أقر كلا التنظيمان أشكالاً من عقود تفويض المرفق العمومي، تعتبر عقوداً مسماة. في المقابل هناك عقود أخرى تأخذ مفهوم عقود تفويض المرفق العمومي لم يتم إدراجها ضمن هذه النصوص القانونية، مما يصيب عليها صفة العقود غير المسماة، من ذلك عقود البوت...

ملاحظة: عملية تطبيق تفويضات المرفق العمومي في الجزائر، بموجب قوانين قطاعية، سبقت إرساء التنظيم القانوني الشامل لها، خاصة بعد تبني الجزائر لنظام اقتصاد السوق مطلع التسعينيات من القرن الماضي وتزايد وتيرة انسحاب الدولة من تسيير المؤسسات الاقتصادية التابعة لها لفائدة القطاع الخاص.

مثال: القانون رقم 83-17 الذي يتضمن قانون المياه والذي نص على أسلوب الامتياز - بصفته أهم صورة من صور تفويضات المرفق العمومي - في نص المادة 21 منه.¹⁰⁴ كما تم استخدام عقود الامتياز مثلاً في مجال النقل الجوي بموجب القانون رقم 98-06 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.¹⁰⁵

لكن أعطى المشرع الجزائري مفهوماً ضبابياً لتفويضات المرفق العمومي، بالرجوع للتعريف الوارد في نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199؛ على خلاف التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي في القانون العام للجماعات الإقليمية لسنة 2001 (Loi MURCEF).¹⁰⁶

نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام. »

¹⁰⁴- القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، يتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 30 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1983.

¹⁰⁵- القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 48، الصادرة بتاريخ 28 يونيو 1998.

¹⁰⁶- عرف المشرع الفرنسي تفويضات المرفق العمومي على النحو التالي:

«Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

وكانت من بين أشكال عقود تفويض المرفق العمومي التي أقرها المرسوم أعلاه - بموجب نص المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والمادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247- نذكرما يلي: **عقود الامتياز، عقود إيجار المرفق العمومي، عقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير.** حيث تتوفر في عقد الامتياز وعقد إيجار المرفق العمومي معايير التفويض بشكل مطلق في حين لا يوجد إجماع بشأن اعتبار العقدان الآخران من عقود التفويض.¹⁰⁷

1- عقود امتياز المرفق العمومي (التزام المرفق العمومي)

سنركز دراستنا على **عقد الامتياز** باعتباره أقدم طريقة لتفويض المرفق العمومي بصفة عامة وفي الجزائر بصفة خاصة؛ حيث تميز هذا العقد بالقطاعية في بداية ظهوره .
مثال عن القوانين القطاعية: القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، القانون رقم 90-03 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

نص المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 :

«الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام . يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة ويمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام. ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.
لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين (30) سنة.
ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد أربع (4) سنوات، كحد أقصى.»

¹⁰⁷ - فوناس سوهيلة ، عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، Revue Academique de la recherche juridique, vol 5 , n° 2, p.244 ، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/56160>

كما عرفه مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 9 مارس 2004 بخصوص قضية شركة نقل المسافرين "سريع الجنوب" ورئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران، والذي جاء فيه:

القرار القضائي:

«... وحيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تسمح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكن مؤقت وقابل للرجوع فيه...»

ملاحظة: اتجه المشرع الجزائري بموجب قانون المياه إلى تخصيص القسم الثاني من الفصل الأول لتقنية التفويض بعنوان "تفويض الخدمة العمومية للمياه"، في حين خصص القسم الأول من الفصل نفسه للامتياز. فسرت فوناس سوهيلة ذلك الفصل بين النموذجين أن المشرع استبعد عقد الامتياز من طائفة عقود التفويض، على عكس ما استقر عليه التشريع والقضاء الفرنسيين اللذان اعتبرا الامتياز الصورة الأساسية للتفويض.¹⁰⁸

الموقف الشخصي: أخالف الرأي الذي اتجهت إليه "فوناس سوهيلة"، على اعتبار أن الفصل بين نموذجي العقدين لا يعني استبعاده للامتياز من طائفة عقود التفويض، بل أرى أنه خص القسم الأول من الفصل الأول إلى طائفة عقود الامتياز التي لا تتعلق بمرافق عمومية، في حين تبقى عقود امتياز المرفق العمومي ضمن طائفة عقود التفويض .

مما يوصلنا إلى نتيجة أن ليس كل عقد امتياز هو بالضرورة عقد تفويض مرفق عمومي . ويتأكد ذلك فيما يتعلق بعقود الامتياز المرتبطة بالأمالك الوطنية. فرغم التداخل الموجود بين مفهوم امتياز المرفق العمومي والامتياز التابع للأمالك الوطنية إلا أن هذا الأخير لا يدخل ضمن عقود تفويض المرفق العمومي. وهذا ما أكدته المادة 64 مكرر من القانون رقم 90-30¹⁰⁹ إذ يفهم من نص هذه المادة أن امتياز الأمالك الوطنية لا يشكل دائما عقد امتياز

¹⁰⁸ - فوناس سوهيلة، المرجع نفسه، ص. 249.

¹⁰⁹ - القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأمالك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 52 الصادرة بتاريخ 2 ديسمبر 1990.

المرافق العمومية.

وقد فصل في ذلك القضاء والتشريع الفرنسيين، حيث استبعد عقد امتياز الأملاك الوطنية من طائفة عقود تفويض المرفق العمومي.

وعليه فإن معيار التمييز بين العقدين يستند إلى معرفة طبيعة النشاط الذي يستهدف تحقيقه، فإذا كان هذا الأخير نشاط مرفقي فأنا نكون بصدد تفويض مرفق عمومي، أما إذا كان النشاط ذو طبيعة خاصة ومنظما على أملاك عامة دون أي ارتباط بنشاط مرفقي فنكون أمام امتياز الأملاك الوطنية.¹¹⁰

2- عقد إيجار المرفق العمومي:

تناوله المشرع الجزائري بالتنظيم في نص المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-

:199

نص المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

«الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار، بخمس عشرة (15) سنة كحد أقصى.

ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، أساس تقرير معلن لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد ثلاث (3) سنوات، كحد أقصى.»

¹¹⁰ - فوناس سوهيلة، مرجع سابق، ص. 251، 250.

نستنتج من خلال نص المادة أعلاه أن عقد إيجار المرفق العمومي هو شكل من أشكال تسيير المرفق العمومي، يستأجر بموجبه المفوض له أصول مرفق عمومي، ويعمل على استغلاله وصيانته لحسابه وعلى مسؤوليته مقابل إتاوة سنوية يدفعها للسلطة المفوضة، ويتحصل في المقابل على أرباح من موارد استغلال المرفق العمومي.

فنتيجة هذا العقد يتم الحصول على أرباح دون الحاجة إلى القيام باستثمارات كبيرة في بناء المنشآت اللازمة لاستغلال المرفق العمومي؛ بل تكون إقامة وتمويل المرفق العمومي في حد ذاته على حساب السلطة المفوضة .

كما يتقاسم المفوض والمفوض له المخاطر التجارية. وتكون مدته أقل من مدة عقد الامتياز.

3- عقد الوكالة المحفزة (عقد الخدمة/ عقد مشاطرة الاستغلال):

تناوله المشرع الجزائري بالتنظيم بموجب المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-

199.

نص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته.

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء، حصة من الأرباح.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.

تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الوكالة المحفزة بعشر (10) سنوات، كحد أقصى. ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد سنتين (2) كحد أقصى. «

4- عقد التسيير:

تناوله المشرع الجزائري بالتنظيم في نص المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-

199.

نص المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له.

يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية. ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية. ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح.

وفي حالة العجز، تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المهنية.

لا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل التسيير، خمس (5) سنوات. ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد سنتين (2) كحد أقصى. «

يتضح من خلال تحليل نص المادتين 55 و56 أعلاه أن عقد التسيير يتشابه في

أحكامه مع عقد الوكالة المحفزة. لكنه يخالفه من جهة أخرى في عدة نقاط سيتم توضيحها من خلال الجدول أدناه.

لكن ما هو مؤكد أن الإدارة العمومية (السلطة المفوضة) تلجأ إلى هذه الأنواع من العقود الإدارية (تفويضات المرفق العمومي) للحد من الأداء السلبي للمرافق العمومية وبهدف مواجهة العجز الذي تشهده الإدارات العمومية في تغطية تكاليف تسيير واستغلال هذه المرافق العمومية.

الشكل 3: مقارنة بين أشكال تفويض المرفق العمومي

موضوع العقد	إيجار المرفق العمومي	الوكالة المحفزة	التسيير
موضوع العقد	- إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العمومي واستغلاله. - أو استغلال المرفق العمومي فقط.	- تسيير وصيانة المرفق العمومي. - أو تسيير وصيانة المرفق العمومي.	- تسيير المرفق العمومي. - أو تسيير وصيانة المرفق العمومي.
المسؤولية	- يستغل <u>المفوض</u> له المرفق العمومي <u>باسمه</u> وعلى مسؤوليته.	- يتصرف <u>المفوض</u> <u>لحسابه</u> مع <u>تحمل كل المخاطر</u>	- يستغل <u>المفوض</u> له المرفق العمومي <u>لحساب</u> السلطة المفوضة. - تحتفظ السلطة المفوضة بإدارة المرفق العمومي. - في حال عجز المفوض له <u>تعوض</u> السلطة المفوضة <u>المسير</u> بأجر جزافي.
الرقابة	- يخضع المفوض له لرقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة.	- يخضع المفوض له لرقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة.	- تحتفظ السلطة المفوضة برقابتها الكلية.
التمويل	- يمول المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات والاستغلال.	- تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العمومي.	- تمول السلطة المفوضة بنفسها المرفق العمومي.
المقابل المالي	- يتقاضى المفوض له أتاوى من طرف مستعملي المرفق العمومي <u>لحسابه</u> .	- يدفع <u>المفوض</u> له إتاوة سنوية إلى السلطة الموضحة - يتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العمومي.	- تدفع السلطة المفوضة للمفوض له أجرا يتكون من شقين: 1- شق ثابت: منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال. 2- شق متغير: يتكون من

منحة الإنتاجية فقط. - تحتفظ السلطة المفوضة بالأرباح. - يتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العمومي مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة. - يحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة. التعريفات لحساب السلطة المفوضة.	من: *منحة الإنتاجية؛ * حصة من الأرباح. - تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العمومي. - يحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة.	خمس عشرة (15) سنة	ثلاثون (30) سنة	مدة العقد
خمس (05) سنوات	عشر (10) سنوات			

المصدر: الأستاذة مؤلفة المطبوعة

إضافة: إلى جانب العقود الإدارية المذكورة أعلاه، توجد عقود إدارية أخرى خصها المشرع الجزائري بالتنظيم، من ذلك العقود الإدارية المرتبطة بالأموال الوطنية.

مثال عن عقود إدارية مرتبطة بالأموال الوطنية:

- **عقد البيع:** بموجب نص المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427.¹¹¹
- **عقد التبادل:** بموجب نص المادة 92، 93 من القانون رقم 90-30 ونص المادة 119 من المرسوم التنفيذي نفسه.
- **عقد الاستئجار والشراء:** بموجب نص المادة 2/98 من المرسوم التنفيذي نفسه.
- **عقد التخصيص:** طبقا لنص المادة 80 والمادة 1/86 من المرسوم التنفيذي أعلاه.
- **عقد امتياز استعمال الأملاك العمومية:** طبقا لنص المادة 75 من المرسوم التنفيذي نفسه.
- **إضافة إلى عقود امتياز المرفق العمومي المرتبطة بالأموال الوطنية مثل ما تضمنته المادتان 59 و 6/60 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .**

¹¹¹- المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة للدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية رقم 69، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 2012 .

المحور الثاني: تكوين العقود الإدارية ونهايتها

تتبع الإدارة العمومية أساليب وطرق عديدة لإبرام عقودها الإدارية؛ وتختلف هذه الطرق والأساليب باختلاف نوع العقد الإداري، كما يكون لهذا الاختلاف تأثيره على الآثار المترتبة على العقد الإداري المعني.

لكن يمكن إجمال هذه الطرق والأساليب في أسلوبين هما: أسلوب الدعوة إلى المنافسة وأسلوب الاتفاق المباشر أو ما اصطلح عليه المشرع الجزائري بأسلوب التراضي والذي يقوم على الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد مع الإدارة العمومية.

لكن في خضم هذا التنوع لطرق إبرام العقود الإدارية، وقبل التطرق إليها بالشرح والتفصيل، يتبادر إلى أذهاننا السؤال التالي:

السؤال: ما مدى تمتع الإدارة العمومية بالسلطة التقديرية في اختيار أسلوب التعاقد أو إبرام العقد الإداري؟

في محاولة لتوضيح مختلف الأفكار المطروحة أعلاه، سيتم تفصيلها من خلال خمسة محاضرات. لكن قبل ذلك يجب الإجابة على السؤال الأخير.

للإجابة على السؤال المطروح أعلاه يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة نص المشرع على أسلوب التعاقد :

نكون في هذه الحالة بصدد العقود الإدارية المسماة. وتكون الإدارة العمومية المتعاقدة ملزمة باتباع أسلوب التعاقد المنصوص عليه قانونا. بعبارة أخرى تكون سلطة الإدارة المتعاقدة في اختيار أسلوب التعاقد مقيدة بنص القانون.

ومن خلال استقرائنا لمختلف النصوص القانونية المتضمنة تحديدا لأسلوب التعاقد نستخلص أن المشرع يعمد إلى تحديد أسلوب التعاقد وفق إحدى الصورتين:

- **الصورة الأولى :** بالنص على أسلوب واحد للتعاقد، كأن يلزم المشرع الإدارة العمومية على اتباع أسلوب التراضي فقط للتعاقد أو يلزمها باتباع أسلوب الدعوة إلى المنافسة. ونورد بهذا الصدد مجموعة من الأمثلة .

الأمثلة: من الأمثلة على تبني المشرع الجزائري لمبدأ **الدعوة إلى المنافسة** بين المتعهدين في بعض النصوص الخاصة: نص المادة 03 من القانون رقم 03-2000 المتعلق بالاستثمار في مجال الاتصالات؛¹¹² نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 124/01 الذي يتضمن تحديد الإجراء المطبق على **المزايدة بإعلان المنافسة** من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية.¹¹³

ملاحظة: قد يصل تدخل المشرع في بعض الأحيان في تقييد مدى سلطة الإدارة العمومية في اختيار المتعاقد معها إلى درجة تحديد المتعاقد معها بصفة حصرية دون أي إمكانية لمنحه لأشخاص غيره. كما هو الحال بالنسبة لتدخل المشرع الجزائري في تحديد المفوض له في عقود امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب.¹¹⁴

- **الصورة الثانية:** تتمثل في نص المشرع على انتهاج كلا أسلوبي التعاقد مع تحديد حالات اللجوء إلى كل أسلوب من الأسلوبين، سواء كان ذلك بموجب قوانين شاملة (عامة) أو في قوانين خاصة (قطاعية).

أمثلة على قوانين خاصة (قطاعية) :

نص المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 11-06¹¹⁵ على منح الامتياز عن طريق **المزاد العلني**

¹¹²- القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 5 غشت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 48، الصادرة بتاريخ 6 غشت 2000.

¹¹³- المرسوم التنفيذي رقم 124-01، المؤرخ في 9 مايو 2001، يتضمن تحديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 27، الصادرة بتاريخ 13 مايو 2001 .

¹¹⁴- نص المادة 05 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات المعدلة بالمادة 02 من القانون رقم 01-13 المؤرخ في 20 فيفري 2013، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2013؛ رقراقي محمد زكرياء، مرجع سابق، ص. 64 .

¹¹⁵ - الأمر رقم 11-06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)،

(منافسة) والتراضي، تبعا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية، عملا بأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأحكام الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.¹¹⁶

أمثلة على قوانين عامة:

نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمادة 8 من المرسوم التنفيذي 18-199. حيث اعتبر المشرع الجزائري في كلا التنظيمين أسلوب الدعوة إلى المنافسة القاعدة العامة وأسلوب التراضي الاستثناء.

الحالة الثانية: حالة العقود الإدارية غير المنظمة من طرف المشرع:

نكون في هذه الحالة بصدد العقود الإدارية غير المسماة، حيث لم يتدخل المشرع لتحديد كيفية منح الإدارة العمومية لعقودها الإدارية. تكون للإدارة في هذه الحالة حرية اختيار الطريقة التي تختار بها المتعاقد معها.¹¹⁷ لكن يعتبر مبدأ الاعتبار الشخصي،¹¹⁸ الذي لا يتحقق إلا بأسلوب التراضي أو الاتفاق المباشر، المبدأ المعمول به في إطار مثل هذا النوع من العقود، وذلك بالنظر لأهمية هذه العقود الإدارية ومحلها وما ينطوي عليه من مصلحة عمومية وكذا ما ينطوي عليه من مخاطر وما ترتبه من مسؤولية لا يمكن أن يتحملها إلا من كان كفاء لها.¹¹⁹ لكن تبقى حرية اختيار الإدارة العمومية لأسلوب التعاقد مقيدة باحترام المعايير الموضوعية عند اختيار المتعاقد معها من كفاءة وقدرة مالية...

¹¹⁶ - المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأحكام الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 27، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2007.

¹¹⁷ - زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء 1، 2018، ص. 501، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/52434>

¹¹⁸ - يقصد بالاعتبار الشخصي منح العقد للشخص على أساس اعتبارات فنية وشخصية تتوفر لديه دون غيره.

¹¹⁹ - رقراقي محمد زكرياء، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة د. الطاهر مولاي- سعيدة، العدد 8، ديسمبر 2017، ص. 63، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/32261>

بعد الإجابة على السؤال المتعلق بمدى تمتع الإدارة العمومية بحرية اختيار أسلوب التعاقد، نخرج إلى شرح وتفصيل أسلوب التعاقد وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في كل من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 باعتبارهما يتضمنان قواعد عامة تنظم على التوالي الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. سيتم التطرق في المحاضرة السادسة إلى أسلوب الدعوة إلى المنافسة باعتباره يشكل القاعدة العامة في التعاقد؛ ونتناول بالشرح في المحاضرة السابعة أسلوب التراضي الذي اعتبره المشرع الجزائري استثناءا.

ملاحظة: توجد نصوص خاصة قطاعية تضمنت النص على أساليب وطرق التعاقد، لكن لا يمكن تناولها بالدراسة نظرا لكثرتها.

المحاضرة السادسة: أسلوب الدعوة إلى المنافسة

يهدف إجراء الدعوة إلى المنافسة إلى وضع عدة مترشحين في منافسة ومنح العقد للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض. وتتميز هذه الطريقة باعتمادها على الإشهار. يشكل أسلوب الدعوة إلى المنافسة القاعدة العامة لإبرام العقود الإدارية طبقاً لنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وكذا المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. إلى جانب هذه النصوص العامة، نص المشرع الجزائري على اعتماد "الدعوة إلى المنافسة" كأسلوب لإبرام بعض العقود الإدارية بموجب قوانين خاصة.

أمثلة من قوانين خاصة:

- نصت المادة 03 من الأمر 04-08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية على: « يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص ... »
- نصت المادة 03 من دفتر الشروط الذي يحدد الشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 09-152 على: « يتم منح الامتياز عن طريق المزاد العلني، إما عن طريق المزايدات الشفوية وإما بالتعهدات المختومة...»¹²⁰

يأخذ أسلوب الدعوة إلى المنافسة أشكالاً عديدة منها:

- طلب العروض/ المناقصة؛
- الطلب على المنافسة/ المزايدة.

¹²⁰ - المرسوم التنفيذي رقم 09-152، المؤرخ في 2 مايو 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 27، الصادرة بتاريخ 6 مايو 2009.

لكن مهما كان شكل أسلوب الدعوة إلى المنافسة فإن هذا الأخير يقوم بمختلف أشكاله على جملة من المبادئ. سنحاول تفصيل كل الأفكار المطروحة أعلاه من خلال مطلبين.

المطلب الأول: المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني لأسلوب الدعوة إلى المنافسة

نقصد بالمبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني لأسلوب الدعوة إلى المنافسة مبادئ إجراءات إبرام العقود الإدارية وليس مبادئ تنفيذ العقود الإدارية. أدرج المشرع الجزائري مبادئ إبرام العقود الإدارية وفق أسلوب الدعوة إلى المنافسة -وبالتحديد فيما يخص الصفقات العمومية- في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15.

نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 :

«لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.»

ثم قام المشرع الجزائري بتعميم وسحب هذه المبادئ على تفويضات المرفق العمومي بموجب المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15. وأكدت على الفكرة ذاتها المادة الثالثة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15: «تخضع اتفاقيات تفويض المرفق

العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم...»

ملاحظة: قد يلجأ المشرع الجزائري إلى إصدار نصوص قطاعية خاصة تتضمن النص على مبادئ

خاصة بإبرام أنواع معينة من العقود الإدارية متعلقة بهذه القطاعات. مثل نص المادة 32 من القانون رقم

03-2003 المتعلق بالاستثمار في مجال الاتصالات ، الذي جاء فيه:
 «...يكون الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفافا ويضمن
 المساواة في معاملة مقدمي العروض.»

نستخلص من خلال استقراء نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه أن هناك ثلاثة مبادئ أساسية يقوم عليها إبرام أنواع العقود الإدارية هذه تؤدي كلها إلى تحقيق مبدأ المنافسة، تتمثل المبادئ هذه في: حرية الوصول إلى الطلبات، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات.

إضافة: يتبين لنا من خلال تحليل الأحكام التطبيقية لعقود الصفقات العمومية عبر مراحلها المختلفة أن المشرع الجزائري تبنى وبصيغة ضمنية مبادئ أخرى هي: **علانية التعاقد** بصفته تكريس عملي لمبدأ حرية الترشح؛ **سرية العطاءات** بصفتها ضمانا لمبدأي المساواة والشفافية.

أولا- مبدأ حرية الوصول للطلبات (حرية المنافسة / حرية الترشح):

يقضي مبدأ حرية الوصول للطلبات إفساح المجال إلى جميع أشخاص القانون العام والقانون الخاص الذين يهمهم أمر العملية التعاقدية، والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط والوارد ذكرها في الإعلان.¹²¹ تحقيقا للمبدأ هذا يحظر على الإدارة العمومية الراغبة في التعاقد كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من دخول بعض الأشخاص في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة،¹²² وذلك تطبيقا لأحكام المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.¹²³

¹²¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري: النشاط الإداري، ج.2، د.م.ج.، الجزائر، 2007، ص. 204 .
¹²² - تافرونت عبد الكريم ، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 5، جانفي 2016 ، ص.112 ، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/10200>

¹²³ - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، رقم 43 ، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003 ، معدل و متمم .

يستمد مبدأ حرية المنافسة أساسه التشريعي من الدستور، أين يتبين أن مبدأ الحرية هذا جاء تماشياً مع مبدأ الحرية الاقتصادية المنصوص عليه في المادة 43 من تعديل دستور 2016 .¹²⁴ ويساعد على تحقيق مبدأ حرية المنافسة مبدأ علانية الإجراءات. إذن يفهم من مبدأ حرية المنافسة هذا انعدام أية سلطة تقديرية للإدارة في رفض عرض المترشح إذا استوفى هذا الأخير كافة الشروط المطلوبة لدخول المنافسة. نستنتج من ذلك أن أعمال مبدأ حرية الترشح يتوقف على استيفاء المترشح للشروط. مما يفهم بطريقة عكسية أنه يمكن للإدارة العمومية المعنية تطبيق إجراء الاستبعاد إذا لم يراع المتنافس الضوابط والشروط الضرورية لدخوله المنافسة. بمعنى أن "مبدأ حرية الترشح" نسبي، بحيث يكون للإدارة العمومية المعنية ممارسة سلطة حرمان بعض المتعهدين من دخول المنافسة. ويأخذ هذا الحرمان إحدى الصور التالية:

1- الحرمان الجزائي: أو ما يسمى بـ "المنع بحكم القانون". يكون الحرمان هذا جزءاً لبعض الأشخاص عن أخطاء وقعت منهم في تنفيذ عقود سابقة ربطتهم بالإدارة، أو نتيجة جرائم ارتكبوها.¹²⁵ وقد نص المشرع الجزائري على مثل هذا النوع من الحرمان في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2- الحرمان الوقائي: يكون ذلك منعا من تفضيل المصلحة الخاصة لبعض المسؤولين على المصلحة العمومية.

مثال: كأن يجعل المشرع التعاقد وطنياً فقط ويحرم الأجانب من المنافسة، مثل ما ورد في نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

¹²⁴ - نوال بوهالي، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، ص.338، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/30182>

¹²⁵ - تافرونت عبد الكريم، مرجع سابق، ص.114.

كما يمكن أن يعمد المشرع إلى حرمان فئات معينة من التعاقد، مثل قصر تعاقد الإدارة العمومية في عقود تفويض المرفق العمومي على الأشخاص المعنوية دون الطبيعية.

3- القيود التي تضعها الإدارة المتعاقدة: ورد النص على هذا النوع من القيود مثلا في المواد من 83 إلى 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ثانيا- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:

يعتبر هذا المبدأ قضائي المصدر. ويقصد بمبدأ المساواة هذا أن يعامل جميع المشتركين في العملية التعاقدية (الذين عبر المشرع الجزائري عنهم بمصطلح المرشحين) معاملة متساوية قانونا وفعلا،¹²⁶ سواء بالنسبة للشروط المطلوبة أو المواعيد أو الإجراءات المقررة.

و **كمثال** على تطبيق مبدأ المساواة بين المتنافسين عدم جواز قبول عرض دون تأمين في حين يلزم باقي المشاركين بإرفاق عروضهم بتأمين .

ثالثا- مبدأ شفافية الإجراءات:

يقتضي مبدأ شفافية الإجراءات أن تكون الإجراءات من بداية العملية -وهي الإعلان عن نية التعاقد- إلى غاية تلقي العروض وفتحها وترتيب المرشحين (المتعهدين) في شفافية تامة؛ بحيث تكون محاضر فتح العروض وتقييمها مسببة، ويحق لكل شخص الاطلاع عليها، كما تمنح مهلة للمرشحين المقصيين لتقديم الطعون بكل حرية وفي إطار الشفافية. يتبين من خلال ما سبق قوله أنه لا يتحقق مبدأ شفافية الإجراءات إلا من خلال أعمال مبدأ العلانية. بمعنى أنهما مبدآن مترابطان ومتكاملان، إذ يعتبر مبدأ العلانية من بين الضمانات التي تحقق شفافية الإجراءات، رغم أنه لم يرد النص صراحة على مبدأ العلانية في نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

¹²⁶ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص. 205 .

ويقصد بمبدأ العلانية عدم إبرام العقد الإداري بشكل سري، بل لابد من تكريس العلانية في جميع مراحل إبرام العقد الإداري. وتكمن الغاية من ذلك في الابتعاد عن الأجواء التي تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك أثناء إبرام العقد الإداري.¹²⁷

و تسمح شفافية الإجراءات بممارسة الرقابة، سواء الإدارية أو المالية بفعالية وعلى مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام العقد الإداري.

و يعد هذا المبدأ آلية من آليات تكريس الحكم الراشد، إذ كلما زادت نسبة الشفافية قلت نسبة الفساد.

المطلب الثاني: أشكال الدعوة إلى المنافسة

تأخذ الدعوة إلى المنافسة عدة أشكال، منها المناقصة، طلب العروض، المزيدة، الطلب على المنافسة.

سنقوم من خلال هذه المحاضرة بتركيز دراستنا على طلب العروض والطلب على المنافسة باعتبارهما الأسلوبين المنصوص عليهما في التنظيم محل الدراسة، المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

لكن ما يلاحظ أن المشرع الجزائري كان قد استعمل قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مصطلح "المناقصة" مثل ماورد مثلا في المرسوم الرئاسي رقم 10-236.¹²⁸

لذلك سيكون من الأجدر التطرق بإيجاز إلى أشكال الدعوة إلى المنافسة قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247، قبل أن يتم التفصيل في شكلي طلب العروض والطلب على المنافسة.

¹²⁷ - المرجع نفسه، ص. 115 .

¹²⁸ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010 .

الفرع الأول: أشكال الدعوة إلى المنافسة قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15- 247

نص المشرع الجزائري على أسلوب المناقصة بصفته أسلوبا للدعوة إلى المنافسة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، حيث اعتبره القاعدة العامة في إبرام عقود الصفقات العمومية وعرفه في نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي ذاته كما يلي:

نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236: «المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.»

يقصد هنا بعبارة "أفضل عرض" أفضل عرض مالي وتقني. لكن كان للفقهاء مفهوم مخالف، حيث نجد أنه يركز في تعريفه للمناقصة على اختيار الإدارة للمتعاقد الذي يقدم **أقل عطاء (أقل ثمن)**. إذ عرف مثلا عمار عوابدي المناقصة بأنها:

تعريف عمار عوابدي: «المناقصة هي الطريقة أو الإجراء الذي تلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أقل عطاء ممكن...»¹²⁹

بمعنى يتم اعتماد أسلوب المناقصة في العقود الإدارية التي تستدعي طبيعتها إخراج أموال من الخزينة العمومية. وقد ارتكزت التطبيقات العملية لطريقة المناقصة على المسائل المالية دون إعطاء أهمية لمسائل الجودة.

والغريب في الأمر أنه تم إدراج "المزايدة" ضمن أشكال المناقصة، في حين أن له مدلولاً متناقضاً أو معاكساً لمفهوم المناقصة. حيث تمثل **المزايدة** ذلك الإجراء المقرر قانوناً والذي تلتزم بمقتضاه الإدارة باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى عطاء (أعلى ثمن).¹³⁰ أي

¹²⁹ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص. 203؛ سيد أحمد لكصاسي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية، المحاسبية والإدارية، العدد 7، جوان 2017، ص. 799، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/21989>

¹³⁰ - عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص. 204.

يتم اعتماد أسلوب المزايدة لإبرام العقود الإدارية التي يترتب عنها إدخال أموال إلى الخزينة، ويكون ذلك عادة إذا ما أرادت الإدارة العمومية بيع أو تأجير ملك من أملاكها. ويتأكد هذا التناقض في المفهومين من خلال القوانين الخاصة التي نصت على أسلوب المزايدة.

أمثلة لقوانين خاصة نصت على أسلوب المزايدة:

- المادة 32 من القانون رقم 03-2000 المتعلق بالاستثمار في مجال الاتصالات.
- التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.¹³¹
- المواد 150-156 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427.¹³²

الفرع الثاني: مفهوم طلب العروض/ الطلب على المنافسة

لم يكن أول استعمال لمصطلح طلب العروض من طرف المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بل سبق له وأن استعمل المصطلح ذاته في قوانين خاصة فيما يخص أنواع أخرى من العقود الإدارية غير تلك العقود المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.

مثال: نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 الذي يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع

الكهرباء والغاز، تطبيقاً لأحكام المادة 73 من القانون رقم 02-01، على أن:

«يكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الغاز والكهرباء.»¹³³

¹³¹ - أكلي نعيمة، إبرام عقد الامتياز الإداري بين الاعتبار الشخصي والدعوى للمنافسة، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، ديسمبر 2017، ص.216، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/69288>

¹³² - المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكفاءات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 69، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 2012.

¹³³ - المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 9 أبريل 2008، يحدد كفاءات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 20، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 2008.

يتبين لنا من خلال نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أنه تم تغيير مصطلح المناقصة الذي كان منصوصا عليه في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إلى مصطلح طلب العروض، وذلك في محاولة من المشرع الجزائري لحسم الخلط الذي كان موجودا بين النص العربي والنص الفرنسي في القوانين السابقة المنظمة للصفقات العمومية، حيث كان يستعمل في النص العربي مصطلح المناقصة؛ في حين استعمل في النص الفرنسي مصطلح (L'Appel d'offre) الذي من المفروض أن يقابله في اللغة العربية مصطلح طلب العروض.¹³⁴ فيتم اللجوء إلى طلب العروض عندما تستلزم الخدمات المقررة من مقدمي العروض مؤهلات تقنية إضافة إلى الإمكانيات المالية الكافية. كما تم تقليص أشكال إجراء طلب العروض من خمسة أشكال إلى أربعة أشكال، حيث تم استبعاد أسلوب المزايدة نظرا لتناقض مدلوله مع عقود الصفقات العمومية.

يشكل أسلوب طلب العروض القاعدة العامة المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية، طبقا لنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. كما يشكل أسلوب الطلب على المنافسة القاعدة العامة المعتمدة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، طبقا لنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تميزا له عن أسلوب المزايدة المعتمد في إبرام امتيازات المرافق العمومية المنصوص عليها في بعض القوانين القطاعية الخاصة. لكن قد تكون المزايدة صورة من صور الطلب على المنافسة.

نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

- الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة.

- التراضي، الذي يمثل الاستثناء.»

134 - فاطيمة عاشور، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانا قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعدالة، جامعة المدية، المجلد 4، العدد 01، جانفي 2018، ص.96، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/43429>

عرف المشرع الجزائري **طلب العروض** في نص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 كما يلي:

نص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 :

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

يتوافق التعريف أعلاه تقريبا مع تعريف **الطلب على المنافسة** الوارد في نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 :

«الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، |...| يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 13 أدناه. »

الفرع الثالث: أشكال طلب العروض/الطلب على المنافسة

تكون الدعوة إلى المنافسة في مجال الصفقات العمومية والتي تأخذ شكل طلب العروض - **وطنية و/ أو دولية**، طبقا لنص المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15. في حين يكون الطلب على المنافسة فيما يخص تفويضات المرفق العمومي المتعلقة بالجماعات المحلية **وطنيا فقط**، طبقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. ويأخذ طلب العروض في مجال الصفقات العمومية أحد الأشكال الأربعة المنصوص عليها في المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، وهي:

- طلب العروض المفتوح؛

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة.

حاول المشرع الجزائري من خلال هذا التنوع في أشكال طلب العروض منح نوعا من المرونة والفعالية للمصلحة المتعاقدة بما يسمح لها بالتحرك من أجل تحقيق الهدف المرجو. في حين لم يخص المشرع الجزائري إجراء الطلب على المنافسة في مجال تفويضات المرفق العمومي بأشكال محددة.

1- طلب العروض المفتوح:

نصت المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أسلوب طلب العروض المفتوح.

نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

« طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا. »

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن الإجراء هذا يمكن كل مترشح مؤهل -بمعنى تتوفر فيه الشروط- من تقديم تعهد، وتلتزم الإدارة باختيار المتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

يسمح أسلوب طلب العروض المفتوح بضمان منافسة واسعة، حتى أنه يفسح المجال للشركات الحديثة بالتنافس. ويعد بذلك إجراءا مثاليا لتحقيق الشفافية والنزاهة.¹³⁵

إضافة: قد يتدخل المشرع أحيانا في تحديد بعض الشروط المؤهلة للتنافس في مجالات أقطاعات معينة.

¹³⁵ - فاطيمة عاشور ، المرجع نفسه، ص. 99 .

مثال: المرسوم التنفيذي رقم 14-139 الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين.¹³⁶

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

يقابل إجراء طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا ما كان يصطلح عليه سابقا بالمناقصة المحدودة. نصت على إجراء طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 :

« طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة... »

نفهم من نص المادة أعلاه أن إجراء طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا موجه إلى أشخاص محددين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، كأن يقتصر حق المشاركة على أشخاص في كشوفات فنية أو حرفية. دون أن يكون هناك انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة. يستعمل هذا الشكل من أشكال طلب العروض من أجل تنفيذ المشاريع التي تتطلب قدرات تقنية ومالية ومهنية معينة وأخاصة والتي لا يمكن أن تتوفر لدى جميع المتعاملين الاقتصاديين.¹³⁷

¹³⁶- مرسوم تنفيذي رقم 14-139 مؤرخ في 20 أبريل 2014، يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 26، الصادرة بتاريخ 7 مايو 2014 .
¹³⁷- فاطيمة عاشور، مرجع سابق، ص.99 .

مثال: كأن يتم اعتماد أسلوب طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا في إحدى صفقات الأشغال العمومية على النحو التالي:

- على المقاولات صاحبة شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين درجة I و II التعهد في الحصص ذات عدد السكنات أقل أو يساوي 40 مسكن فقط.

- يمكن للمقاولات صاحبة شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين درجة III فما فوق التعهد في جميع الحصص.

3- طلب العروض المحدود:

يقابل إجراء طلب العروض المحدود ما كان يصطلح عليه سابقا بـ"الاستشارة الانتقائية". نصت على هذا الإجراء المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

« طلب العروض المحدود هو إجراء استشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد. يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم. وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة. ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية، إما على مرحلتين طبقا لأحكام المادة 46 أدناه وإما على مرحلة واحدة.... »

تبعاً لنص المادة 45 أعلاه، يسمح إجراء طلب العروض المحدود بإيداع تعهدات من قبل المترشحين الذين يستجيبون لبعض الشروط المحددة مسبقاً والمدعويين إلى تقديم تعهداتهم بعد انتقاء أولي من طرف المصلحة المتعاقدة.

ويتلاءم الإجراء هذا مع الدراسات أو العمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة، مثل إنجاز سدود، أنفاق، طرق سريعة، أرضية مطارات...

4-المسابقة:

تم النص على المسابقة باعتبارها شكلا من أشكال طلب العروض في المادتين 47 و48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

يتضح من خلال قراءتنا لنص المادة 47 من المرسوم الرئاسي ذاته أن المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار -بعد رأي لجنة التحكيم- مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، تمنح فيها الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي يقدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة خصوصا إذا تعلق الأمر بمجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة ومعالجة البيانات. ويجب أن يشمل دفتر شروط المسابقة على برنامج المشروع ونظام المسابقة.

المحاضرة السابعة: أسلوب التراضي

يقصد بأسلوب التراضي ذلك الأسلوب المباشر والحر لإبرام العقود الإدارية **(يطلق عليه أيضا أسلوب الاتفاق المباشر أو أسلوب الممارسة الحرة)**.

جعل المشرع الجزائري من أسلوب التراضي الطريق الاستثنائي لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 18-199، طبقا لنص المادة 8 من المرسوم ذاته.

نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 :

« تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

- الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة.

- التراضي، الذي يمثل الاستثناء.»

كما نص المشرع الجزائري على "التراضي" كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في المادتين 39 و 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-199.

نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 :

« تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أووفق إجراء التراضي.»

نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

« التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أوشكل التراضي بعد الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم.»

نكتشف من خلال قراءة نص المادتين 39 و41 أعلاه معا أن المشرع الجزائري لم يعتبر كلا شكلي التراضي إجراء استثنائيا، بل خص التراضي البسيط بالصفة الاستثنائية، طبقا للفقرة الثانية من المادة 41 أعلاه. في حين لم يأتي المشرع الجزائري على ذكر عبارة "استثنائي" في نص المادة 39 أعلاه.

هذا يستدعي منا التطرق إلى كل شكل من أشكال التراضي بالدراسة. لكن يجب قبل هذا التعرف على مفهوم التراضي كأسلوب لإبرام العقود الإدارية ولو بشكل موجز.

المطلب الأول: تعريف "التراضي" كأسلوب لإبرام العقود الإدارية

يتبين من خلال تعريف المشرع الجزائري لأسلوب التراضي في الفقرة الأولى من المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه أن هذا الأسلوب يقوم على تحرير المصلحة المتعاقدة من القواعد الإجرائية لاختيار المتعاقد معها المعروفة في طلب العروض، الأمر الذي يفتح السبيل أمام هذه الإدارة العمومية للتفاوض والاتفاق مباشرة مع من تراه قادرا ومؤهلا للقيام بالعملية التي ترغب في إنجازها.

ويمكن لنا سحب هذا المفهوم على أسلوب التراضي في مجال اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، نظرا لعدم تضمن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تعريفا لأسلوب التراضي. حتى بالنسبة للتعريف الذي أورده المشرع فيما يخص شكلي التراضي (التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط) في نص المادتين 17 و18 من المرسوم التنفيذي نفسه كان متشابهة وشابه الغموض وعدم التفصيل.

نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

«التراضي بعد الاستشارة، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين، على الأقل.»

نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

«التراضي البسيط، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.»

لكن اتفق المشرع الجزائري على إخضاع أسلوب التراضي إلى قواعد صارمة وحدد حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب في التعاقد في كلا التنظيمين، سواء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أو المرسوم التنفيذي رقم 18-199، رغم اختلاف الحالات هذه حسب شكل التراضي.

المطلب الثاني: أشكال التراضي

توجد في القانون المقارن عدة أنواع للممارسة الحرة أوالاتفاق المباشر كوسيلة من وسائل اختيار المتعاقد مع الإدارة. **مثلا** توجد في فرنسا الممارسة عن طريق المباشرة أوالاتفاق بفاتورة أو بمذكرة، الممارسة عن طريق المنافسة.¹³⁸

يتخذ أسلوب التراضي في القانون الجزائري إحدى الصورتين، إما التراضي البسيط أوالتراضي بعد الاستشارة، طبقا لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ونص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

ملاحظة:

يخص تقسيم أسلوب التراضي إلى تراضي بسيط وتراضي بعد الاستشارة كل من الصفقات العمومية وكذا تفويضات المرفق العمومي المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ولا يسري بالضرورة هذا التقسيم على العقود الإدارية الأخرى بما فيها تلك العقود الإدارية التي خصها المشرع بإجراء التراضي كأسلوب لإبرامها.

¹³⁸ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص. 210 .

الفرع الأول: التراضي البسيط

أولاً- مفهوم وحالات اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط:

يمثل إجراء "التراضي البسيط" الاستثناء في طرق إبرام كل من الصفقات العمومية (طبقاً لنص المادة 2/41 من المرسوم الرئاسي رقم 145-247) واتفاقيات تفويض المرفق العمومي (طبقاً لنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199).

تقوم الإدارة المتعاقدة وفق هذا الأسلوب باختيار المتعامل الاقتصادي الذي تتعاقد معه دون وجود أي نوع من أنواع التنافس بين المتعاملين،¹³⁹ بحيث تقوم بإبرام العقد معه بمجرد تطابق إرادتيهما على محل العقد. بعبارة أخرى، يطغى هنا منطق التفاوض بين الطرفين للوصول إلى التراضي.

لكن نظراً لخطورة هذا الإجراء من الناحية العملية وما ينجر أويترتب عنه من نتائج سلبية قد تؤثر على المال العام، حدد المشرع الجزائري حالات اللجوء إليه على سبيل الحصر، رغبة منه في تقييد حرية الإدارة المتعاقدة في اللجوء إلى هذا الإجراء.

ففيما يخص الصفقات العمومية تم النص على هذه الحالات في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وما يؤكد حصريّة هذه الحالات هو استعمال المشرع لعبارة "فقط"؛ وهي ست (6) حالات يمكن إجمالها في ثلاث (3) مجموعات على النحو التالي:

- **حالات الاحتكار:** تتفرع إلى نوعين:

• **حالات الاحتكار الواقعي:** ورد النص عليها في الفقرة الأولى من المادة 49 من المرسوم

الرئاسي رقم 15-247.¹⁴⁰

¹³⁹- فاطيمة عاشور، مرجع سابق، ص. 102 .
¹⁴⁰- نصت الفقرة الأولى من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على : « تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:
 .../... »

• **حالات الاحتكار القانوني:** تم النص عليها في الفقرة السادسة (6) من المادة 49 أعلاه.

- **حالات الاستعجال:** نصت عليها الفقرات 2، 3 و4 من المادة 49 ذاتها.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/ أو الأداة الوطنية للإنتاج، طبقا لنص الفقرة 5 من المادة 49 نفسها.

ملاحظة: تم النص على الحالات الوارد ذكرها في المادة 49 أعلاه على سبيل الحصر، بمعنى لا يجوز القياس أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة.

تشكل الحالة الاحتكارية والحالات الاستعجالية وحدهما دون الحالة الثالثة مبررات للجوء إلى اعتماد أسلوب التراضي البسيط في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، طبقا لنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. ثم فصلت المادة 21 من المرسوم التنفيذي ذاته الحالات التي تعتبر حالات استعجالية.

ثانيا- شروط إجراء التراضي البسيط:

أضاف المشرع الجزائري لأول مرة مادة قانونية تبين الشروط الواجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بها في إطار إجراءات التراضي البسيط، هي المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

.../...

1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أولحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية . وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.»

توضيحا للخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية صدر قرار وزاري مشترك بين وزير الثقافة ووزير المالية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 30 يونيو 2014، يحدد قائمة الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات بالتراضي البسيط، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 57، الصادرة بتاريخ 28 سبتمبر 2014

الشروط:

- 1- يجب أن تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لاسيما من حيث وجوب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداها بدقة، واستناد إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، ما عدا في الحالات الاستثنائية المقررة في هذا المرسوم.
- 2- يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي، التقنية والمهنية والمالية كما هي محددة في المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.
- 3- يجب أن تختار المصلحة المتعاقدة متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية، تكون محلا للرقابة الإدارية الداخلية من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وفقا لما هو محدد في المادة 71 من المرسوم الرئاسي نفسه.
- 4- يجب أن تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 52/6 من المرسوم الرئاسي ذاته، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبدأ شفافية الإجراءات، وفي هذا الإطار يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر. كما تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

إذا كان المشرع الجزائري قد قيد المصلحة المتعاقدة بشروط في إطار إجراء التراضي البسيط فإنه أغفل في المقابل النص على إجراءات إبرام الصفقة العمومية وفق أسلوب التراضي البسيط، وكان كل ما أكده هو عدم تقيد المصلحة المتعاقدة بإجراءات وشكليات معينة.

لكن نطقن المشرع الجزائري لهذه الثغرة أثناء سنه للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، حيث أشار إلى إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي وفق إجراء التراضي البسيط في المادتين 39 و40 من المرسوم ذاته. وما نستخلصه من محتوى هذين النصين أن المشرع اعتمد الإجراءات المعمول بها في الميدان العملي، بما فيها تلك المتبعة في مجال الصفقات العمومية، والتي لا تخرج عن مراحل ثلاث هي:

- مرحلة الدعوة إلى التعاقد دون الالتزام بأسلوب معين في ذلك؛
- مرحلة المفاوضات المباشرة مع المترشحين المقبولين، حيث حددت المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أهم العناصر المعنية بالتفاوض مثل مدة التفويض والتعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملوا المرفق العمومي؛
- مرحلة التعاقد. 141

الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة

أعطى المشرع الجزائري تعريفا موحدا لكلا صورتى التراضي، سواء التراضي البسيط أم التراضي بعد الاستشارة، في مجال الصفقات العمومية، طبقا لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أما فيما يتعلق بتفويضات المرفق العمومي، نلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل تقديم تعريف لأسلوب التراضي بعد الإستشارة، رغم نص المشرع على هذا الأسلوب للتعاقد في مادتين هما المادة 17 والمادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

اشتراط المشرع الجزائري، بموجب نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي أعلاه، الكتابة كشكلية في اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة، دون أية شكلية أخرى ودون أن يحدد شكلية معينة للكتابة ودون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعقدة؛ وذلك ما يمكن استنتاجه من خلال استعمال المشرع لعبارة "بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

أولا- حالات اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة:

تلجأ المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الصفقات العمومية، إلى إجراء التراضي بعد

141 - سهام بن دعاس، دور وفعالية الصفقات العمومية في حماية المال العام، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص. 10، متوفر على الموقع:

<http://www.univ-medea.dz/Fac%5CD%5CManifestations%5CProtection%20argent%20et%20contre%20la%20corruption2009-2010/24.pdf>

الاستشارة في الحالات المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي حصرها المشرع في خمس حالات على النحو التالي:

الحالات المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية. ويتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض، طبقا لنص المادة 2/40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في الحالات التالية:

- عندما لا يتم استلام أي عرض؛
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط؛
- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

يتبين أن حالة تقديم عرض واحد لا تشكل سببا لإعلان عدم جدوى طلب العروض.

2- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات (ضمن قائمة) بموضوعها أضعف مستوى المنافسة وأبوابها السري للخدمات.

3- في حالة صفقات الأشغال العمومية التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

4- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

5- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أوفي إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أوهابت عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أوالبلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

تحدد كفيات تطبيق أحكام هذه المادة - بالنسبة للحالات الأربعة الأولى- عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.¹⁴²

¹⁴² - توجد العديد من القرارات الوزارية، نذكر منها على سبيل المثال: قرار وزاري مشترك (بين وزير المالية ورئيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، مؤرخ في 9 يوليو 2014، يحدد قائمة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم اللجوء إلى مناقصة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 63، الصادرة بتاريخ 22 أكتوبر 2014.

ملاحظة: تكون الإدارة في حالة إجبار وليس خيار فيما يخص جميع الحالات التي حددها المشرع والمذكورة سابقا.

بالمقارنة، حصر المشرع الجزائري حالات اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة فيما يخص اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، في حالتين، طبقا لنص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. تتشابه هاتين الحالتين مع الحالتين الأولى والثانية المذكورة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. تتمثل هاتان الحالتان في:

الحالات المنصوص عليها في المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

1- عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، ويتم في هذه الحالة اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.
نصت المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة والتمثلة فيما يلي:

- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى:

* عدم استلام أي عرض،

* استلام عرض واحد،

* عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

* عدم استلام أي عرض.

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وذلك بخلاف طلب العروض بالنسبة للصفقات العمومية، أين لا يعتبر استلام عرض واحد سببا في إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى والثانية. في حين إذا تم استلام عرض واحد للمرة الثانية في حالة الطلب على المنافسة بالنسبة لتفويضات المرفق العمومي، وتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، يتم قبوله لمتابعة الإجراءات.

2- عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية. ويتم في

هذه الحالة اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العمومي المعني.

ثانيا - إجراءات التراضي بعد الاستشارة:

تقوم المصلحة المتعاقدة باستشارة المؤسسات بموجب رسالة استشارة، سواء تعلق الأمر بالحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أو الحالات المتبقية، مع تسجيل بعض الاختلافات:

- في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

يتم استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض بموجب رسالة استشارة، وبدفتر الشروط نفسه باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. لذا لا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية. ويمكن للمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة تقليص مدة تحضير العروض.

لكن يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستشير مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، عن طريق نشر إعلان عن استشارة، وبدفتر الشروط نفسه كأصل عام. أما إذا رأت المصلحة المتعاقدة ضرورة تعديل بعض بنود دفتر الشروط فيتعين عليها تقديمه وجوبا أمام لجنة الصفقات المختصة.

- في الحالات الأخرى:

يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة، قبل الشروع في الإجراء.

يمكن في جميع الحالات أن تطلب لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بواسطة المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الذين تمت استشارتهم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم؛ كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم.

علاوة على ذلك، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة. وتجري المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات. بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتضح أنه يتم اتباع إجراءات مشابهة للإجراءات المذكورة أعلاه فيما يتعلق بإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة، طبقاً لنص المادتين 37 و38 من المرسوم التنفيذي نفسه.

أساسي: يخضع تقرير مدى توافر حالة من حالات التراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة. لكن يقع على هذه الأخيرة تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها عليها جهات الرقابة المختصة.

المحاضرة الثامنة: إجراءات إبرام العقود الإدارية وفق إجراء الدعوة إلى المنافسة

تخضع جهة الإدارة إلى عدة قيود قبل إبرامها لعقودها الإدارية. وتتعدد هذه القيود، فمنها ما يتعلق بضرورة توافر الاعتماد المالي، ضرورة الحصول على تصريح أو إذن بالتعاقد وصدور قرار من المجالس الإدارية المختصة قبل التعاقد.

بعد استيفاء الإجراءات السابقة يكون للإدارة العمومية الحق في إتمام عملية التعاقد. وتمر عملية إبرام العقد الإداري عبر مراحل متعددة نجملها في المراحل التالية:

المطلب الأول: مرحلة إعداد دفتر الشروط

من مميزات العقود الإدارية انفراد الإدارة بتحديد شروط العقد مسبقا (الشروط التنظيمية) دون أن يكون للطرف المتعاقد معها حق مناقشتها، بل يكمن دوره في تحديد موقفه من هذه الشروط بقبولها جملة أو رفضها جملة.

يتم جمع هذه الشروط في وثائق مكتوبة يصطلح عليها "دفاتر الشروط"،¹⁴³ وتسمى أيضا **دفاتر الأعباء**. إذا يمثل دفتر الشروط وثيقة رسمية تحتوي شروطا تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، تلزم بها المتنافسين عامة والمتنافس المختار خاصة.

يتم إعداد دفتر الشروط قبل أي دعوة للمنافسة بل حتى في حالة التراضي البسيط، بهدف تعريف المترشحين بطبيعة ومحتوى الخدمات المطلوبة.¹⁴⁴

يتضمن إعداد دفتر الشروط ثلاث (03) عمليات على الأقل، تتمثل في :

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

¹⁴³ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص. 214؛ مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 393.

¹⁴⁴ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 25.

- وضع الشروط المتعلقة بمعايير الانتقاء.

تظهر أهمية الإعداد المسبق لدفاتر الشروط في مستويات متعددة منها:

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

لكن لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا مباشرا لدفاتر الشروط. في حين تتضمن أغلب النصوص القانونية المتضمنة دفاتر الشروط، سواء في مجال الصفقات العمومية أو في مجال تفويضات المرافق العمومية، تتضمن تحديدا لأهم العناصر الضرورية للوقوف على تعريف دفتر الشروط، من ذلك ما صدر في نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن بيانا لأنواع دفاتر الشروط.

الفرع الأول: أنواع دفاتر الشروط

تنقسم دفاتر الشروط إلى ثلاثة أنواع، طبقا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-

247:

1- دفاتر البنود الإدارية العامة:

يعتبر المرجع القانوني الأساسي لدفاتر البنود الإدارية العامة القرار الوزاري الصادر عن وزير تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بتاريخ 21/11/1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية التي تبرمها وزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.¹⁴⁵

¹⁴⁵ - قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 06، الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1965 .

يطبق هذا النوع من دفاتر الشروط على كل أنواع الصفقات العمومية، ويتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي.¹⁴⁶

ملاحظة: إذا كان غالبية الفقهاء يعتبر دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بالصفقات التي تبرمها وزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل النموذج الوحيد لدفاتر الشروط الإدارية العامة. فانا لا أعتبرها كذلك بل أدرجها ضمن دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة لأنها تتعلق بقطاع واحد من الصفقات هي صفقات الأشغال العمومية، وليس بكل الصفقات العمومية.

2- دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة:

تعتبر دفاتر قطاعية، تتعلق بنوع واحد من الصفقات. أي يقصد بها مجموع الوثائق التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على النوع الواحد من الصفقات: أشغال، دراسات، خدمات... يتم الموافقة عليها بقرار من الوزير المعني.

سؤال: ماذا يقصد بالترتيبات التقنية؟

يقصد بالترتيبات التقنية كل ما تعلق بطبيعة السلع المستعملة، الأساليب التكنولوجية المنتهجة، الإجراءات التأمينية والأمنية الواجب اتخاذها والخاصة بقطاع معين بحد ذاته.

3- دفاتر التعليمات الخاصة:

تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة. يتم ذلك من طرف صاحب المشروع - بالتنسيق مع مكتب الدراسات - الذي يحدد الشروط التقنية والتنافسية واختيار طريقة الإبرام.

الفرع الثاني: الرقابة على دفتر الشروط

فرض المشرع الجزائري أوجه محددة للرقابة على دفاتر الشروط وزعها على جهات إدارية مختلفة، كالرقابة التي يمارسها المراقب المالي، والرقابة التي تمارسها لجنة الصفقات

¹⁴⁶ - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 15.

المختصة. بحيث تخضع مشاريع دفاتر الشروط لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل الشروع في إجراء طلب العروض أو التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء، ويكون ذلك بناء على تقرير إداري للمشروع تتولى إعداده المصلحة المتعاقدة. وتؤدي هذه الدراسة إلى إصدار لجنة الصفقات المختصة مقرر يطلق عليه **التأشيرة**. تتأكد لجنة الصفقات المختصة أثناء مراقبة دفتر الشروط من أن هذا الدفتر ليس موجها نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، كما تتأكد أيضا من مدى مطابقة بنود دفتر الشروط للأحكام التشريعية والقانونية الجاري العمل بهما.

ملاحظة: تعفى المصلحة المتعاقدة من التأشيرة المسبقة للجنة الصفقات المختصة بالنسبة للعمليات ذات الطابع المتكرر و/أو من الطبيعة نفسها.

لكن قد يحدث تعارض بين موقف المراقب المالي ولجنة الصفقات المختصة.

سؤال: ما هو موقف المشرع الجزائري في حالة حدوث تعارض بين موقف المراقب المالي ولجنة الصفقات المختصة ؟

طبقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 374/09، تعتبر التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة السابقة لمشاريع الصفقة العمومية إلزامية على المراقب المالي.¹⁴⁷

إضافة: توجد إلى جانب الرقابة الإدارية صور رقابة أخرى مثل الرقابة ذات الطابع الجزائري التي نص عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.¹⁴⁸

¹⁴⁷- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المؤرخ في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 82، الصادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 374/09 المؤرخ في 16/11/2009.

¹⁴⁸- أنظر الأمر رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006، المعدل بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 غشت 2010،

خلاصة: تعتبر دفاتر الشروط جزءا لا يتجزأ من العقد، ويترتب على ذلك ما يلي:

- التزام الإدارة بتنفيذ ما ورد في الدفاتر؛
- التزام المتعاقد مع الإدارة بما ورد في الدفاتر بمجرد التوقيع على العقد.

المطلب الثاني: مرحلة الإعلان

يقصد بالإعلان (الإعلان المسبق) توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد والذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة وإعلام الإدارة لأكبر عدد ممكن منهم برغبتها في التعاقد، سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية، تبعا لنوع العقد الإداري.

بهذا الشكل يسمح الإعلان المسبق بتقديم عدة طلبات ترشيح؛ ومن شأن ذلك أن يخلق مناخا تنافسيا يفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض و اختيار أفضل عرض.

ويشكل بذلك إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد (مبدأ الإعلان) شرطا ضروريا لضمان فرص متساوية للراغبين في التعاقد، تتيح لهم تقدير تكلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها... بعبارة أخرى يعتبر مبدأ الإعلان وسيلة ضرورية لتكريس الشفافية وضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة.¹⁴⁹ وغاية ذلك أن لا تبرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة والشك.

وتفترض هذه الحرية إلزامية الاعتماد على وسائل إشهار تتم عادة ضمن الصحف اليومية، الاقتصادية والقانونية، والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور.¹⁵⁰

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 49، الصادرة بتاريخ 2010/08/29 ، و معدل بالأمر رقم 15/11 المؤرخ في 02 غشت 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 44، الصادرة بتاريخ 2011/08/10.
¹⁴⁹ - فاضل إلهام، أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 ، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 25 ، ديسمبر 2018 ، ص. 11 ، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/72035>

¹⁵⁰ - صالح زمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، 2017/6، ص. 167، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26435>

ملاحظة: من الجدير بالملاحظة أن نشير إلى أن الإعلان المسبق، إن كان يكفل مبدأ حرية المنافسة، فإنه لا يعتبر إيجاباً تتقدم به الإدارة للمتعاقد معها بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد.

ويمكن أن نستلهم نصوصاً تطبيقية لكل ما سبق قوله أعلاه من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمرسوم التنفيذي رقم 199/18؛ حيث كرس المشرع الجزائري إجراء الإعلان المسبق في المواد 61-65 من المرسوم الرئاسي أعلاه والمادة 25 من المرسوم التنفيذي أعلاه.

أولاً- كيفية الإعلان:

كان الإعلان أول مرحلة نص عليها المشرع الجزائري فيما يخص إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العمومي، وبالتحديد في نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. حيث يتم الإعلان باللجوء إلى الإشهار الصحفي وذلك بالنشر على الأقل في جريدين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، دون أن يلزم المشرع الإدارة الراغبة في التعاقد بالنشر الوطني، بخلاف ما نصت عليه 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على:

«يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة. ويجب إظهاره، على الأقل، في جريدين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية.»

بل الأكثر من ذلك، نص المشرع الجزائري على إمكانية الإعفاء من إلزامية النشر في هذه الجرائد فيما يخص بعض المرافق العمومية، وذلك طبقاً لنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. مما يفتح المجال أمام المفسدين للتلاعب والفساد.

نص المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على:

« بغض النظر عن أحكام المادة 25 أعلاه، يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية، نظراً إلى حجمها

ونطاق نشاطاتها، من إجبارية الإشهار في الجرائد، شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى. ومهما يكن من أمر، فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن تعلق لجوءها لهذا الإجراء.»

و ما يزيد الطين بلة هو عدم نص المشرع على إنشاء هيئة خاصة بإعلان رغبة الإدارة في التعاقد، حتى ولو كانت الكترونية.

في حين يتم الإعلان المسبق في مجال الصفقات العمومية وجوبا بالإشهار، وذلك في كل أشكال طلب العروض، من خلال اللجوء إلى النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وبالإشهار الصحفي على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، طبقا لنص المادة 1/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.151

إضافة: تلحق إجراء الإعلان المسبق أوتعد من أشكاله، قيام السلطة المتعاقدة بتوجيه دعوة للممتهنين لنوع النشاط الخاص بموضوع الصفقة في طلب العروض المحدود والاستشارة الانتقائية بموجب رسالة موصى عليها بعلم الوصول ترسل قبل الموعد المحدد لفتح الأظرفة، على أن تمنح مدة كافية للراغبين في التعاقد من أجل إعداد عروضهم.

كما يمكن أن تكون طلبات العروض محل إشهار محلي إذا تعلق موضوعها بعروض الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أولوازم أودراسات أوخدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مئة مليون دينار(100000000 دج) أو يقل عنها، وخمسون مليون دينار (50000000 دج) أو يقل، طبقا لنص المادة 3/65 من المرسوم الرئاسي نفسه.¹⁵²

يمكن للإدارة، إذا ما احترمت طريقة الإعلان المنصوص عليها قانونا، أن تلجأ -**كإضافة** وليس كبديل- إلى طرق إعلان أخرى ترى أنها أنسب في نقل رغبتها في التعاقد، من ذلك

¹⁵¹ - تتكفل المؤسسة الوطنية للنشر و الإشهار (ANEP) بعملية الإشهار؛ بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 98 .
¹⁵² - فاضل إلهام، مرجع سابق، ص. 12؛ تافرون عبد الكريم، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، العدد 5، جانفي 2016، ص. 117 .

الإعلان عن طريق الوسائط الالكترونية. وهو ما استدركه المشرع الجزائري في المواد من 203 إلى 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي نظمت أحكام الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.

إضافة: تماشيا مع التطورات التكنولوجية وتكريسا لمبدأ العلانية، تم التعزيز بالبوابة الالكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، طبقا لنص المادتين 3/66 (2) و204.

إضافة إلى كل ما سبق قوله، وبخلاف ما هو متعارف عليه في الصفقات العمومية، يكمن الاختلاف أيضا بين الإعلان في مجال الصفقات العمومية والإعلان في مجال تفويضات المرفق العمومي في أن هذا الأخير يتم على مرحلتين، طبقا لنص المادتين 31 و32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

- **المرحلة الأولى:** مرحلة الإعلان المسبق عن العملية عن طريق الإشهار.
- **المرحلة الثانية:** مرحلة الإعلان عن طريق التبليغ الشخصي والدعوة إلى التعاقد.

ثانيا - مضمون الإعلان:

تتنوع البيانات التي يتضمنها الإعلان بين بيانات متفق عليها يجب توافرها في أي إعلان، مهما كانت طبيعة العقد الإداري. في حين يختص الإعلان عن بعض العقود الإدارية بذاتها ببيانات خاصة، بحيث تتلاءم هذه البيانات وطبيعة ونوع العقد الإداري.

أساسي: من بين البيانات المتفق على أن يتضمنها الإعلان: الإعلام بكيفية التعاقد وشروطه، نوعية المواصفات المطلوبة، مكان وزمان الإجراء، الوثائق المطلوب تقديمها.

حدد تنظيم الصفقات العمومية بيانات إلزامية يجب أن يتضمنها إعلان الصفقة العمومية، بموجب المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. كما نصت المادة 27

من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على مجموع البيانات الإلزامية فيما يتعلق بالإعلان عن الطلب على المنافسة في مجال تفويضات المرفق العمومي.

لكن قد تتضمن إعلانات عن عقود إدارية أخرى بيانات أخرى أوبينات إضافية، بحيث تختلف هذه البيانات بحسب طبيعة العقد الإداري المراد إبرامه. كأن يتم تحديد المقابل المالي الذي تدفعه الإدارة للمفوض له مع تحديد نسبة الأرباح وتسعيرة الخدمة المدفوعة من طرف المنتفعين من خدمات المرفق العمومي وكذا مدة العقد بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة. (رغم أنني أرحب أن ترد هذه البيانات في دفتر الشروط وليس في الإعلان).

مثال: كرس المشرع الجزائري إجراء الإعلان المسبق في عقود إدارية تم تنظيمها بموجب قوانين خاصة، مثال عن ذلك عقود التفويض في مجال المياه، حيث نصت المادة 105 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه على أن:

«يتم تفويض الخدمات العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لاسيما¹⁵³ محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له وشروط تنفيذها ومسؤوليات الملتمزم بها ومدة التفويض وكيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين ومعايير تقييم نوعية الخدمة.»

لكن يجب في كل الحالات وبالنسبة لكل أنواع العقود الإدارية أن تتجنب الإدارة أن تكون المدة التي يستغرقها صدور الإعلان أو إتمام النشر سببا في سقوط العارضين عن المشاركة. كما يجب إشهار تمديد مدة صلاحية تقديم العروض إذا ما رأت الإدارة المتعاقدة أن المدة المعلن عنها غير كافية لإقامة منافسة.¹⁵⁴ لكن قد يكون تمديد هذه المدة نتيجة طلب معل من المترشح في حد ذاته، كما هو في تفويضات المرفق العمومي طبقا لنص المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

سؤال: ما الذي سياترب في حالة إغفال الإعلان عن العقد الإداري أو عدم إيراد أحد بياناته الإلزامية؟

¹⁵³ - "لاسيما" عبارة تؤكد أن المشرع ذكر هذه البيانات على سبيل المثال وليس الحصر.

¹⁵⁴ - بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص.7.

يترتب عن إغفال الإعلان عن العقد الإداري أو عدم إيراد أحد بياناته الإلزامية بطلان العقد، على اعتبار أن ذلك الإغفال يؤدي إلى خرق مبادئ المنافسة والعلنية والمساواة التي تعد من ركائز التعاقد عن طريق الدعوة إلى المنافسة.

المطلب الثالث: مرحلة تقديم العروض والعطاءات

يقصد بمرحلة تقديم العروض تلك المرحلة التي تستقبل فيها الإدارة الراغبة في التعاقد العروض والتعهدات. ويتم تقديم العروض وفق إجراءات وشروط معينة تختلف حسب طبيعة العقد الإداري المزمع عقده.

مثال: يتم بيع الأملاك الوطنية الخاصة المنقولة وفق إجراء المزاد العلني. وقد يأخذ هذا المزاد إحدى الصورتين إما المزايدة الشفوية أو عن طريق العروض المختومة، وذلك طبقاً لنص المادة 152 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427.155

فإذا كنا بصدد عروض كتابية لابد من احترام الشروط التالية:

- تقديم العروض في خطابات موضوعة في أظرفة مغلقة. وترسل عن طريق البريد المضمون إلى الجهة الإدارية المختصة، بما يكفل سرية مضمون العروض.
- يلتزم المتعهدون بعروضهم بمجرد تقديمها، فلا يمكن لهم سحبها أو تعديل ما جاء فيها إلا إذا قرر القانون عكس ذلك.

ويتم إيداع العروض في أجل محدد. وتحدد آجال تقديم العروض تبعاً لعناصر معينة كتعقيد موضوع العقد والمدة التقديرية اللازمة لتقديم العروض.¹⁵⁶ ويجب أن يفسح الأجل المحدد المجال واسعاً لأكبر عدد ممكن من المتنافسين. لذا سمح المشرع للإدارة المعنية

¹⁵⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 12-427، مصدر سابق.

¹⁵⁶ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 99 .

تمديد هذه الآجال عند الاقتضاء، سواء بمبادرة منها أو بطلب من المترشحين إذا سمح لهم القانون بذلك، طبقا لنص المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مثلا.

مع العلم أن تاريخ إيداع العروض أوتقديمها يكون في مكان واحد وفي مجال زمني موحد يتوافق مع تاريخ وساعة فتح الأظرفة بالنسبة للصفقات العمومية، طبقا لنص المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك حرصا من المشرع على غلق باب الفساد.

في حين لا نستشف هذا الحرص من المشرع في نص المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، حيث أشارت إلى وجوب تضمن الإعلان الأجل الأقصى لتقديم العروض دون أن تستلزم من المترشحين إيداع عروضهم بهذا التاريخ والتوقيت.

لكن اشترط المشرع أن ترفق عروض المترشحين بمجموعة من الوثائق تم تحديدها في نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العمومي، وفي المادة 67 بالنسبة للصفقات العمومية.

فطبقا لنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يجب أن تتضمن العروض ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي، كما يجب أن يتضمن العرض المقدم في المسابقة ظرفا إضافيا يتعلق بالخدمات التي أنجزها المترشح.

أما فيما يتعلق بتفويضات المرفق العمومي الخاصة بالجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الخاضعة لوصايتها يتم تقديم العروض على مرحلتين، وذلك طبقا لنص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. بحيث يتم تقديم ملف الترشيح في مرحلة أولى ودفتر العروض في مرحلة ثانية، طبقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي ذاته.

المطلب الرابع: مرحلة اختيار المتعاقد

يتم خلال هذه المرحلة فحص وفرز العطاءات والعروض ثم ترتيبها من طرف لجان مختصة مستحدثة في إطار الرقابة الداخلية،¹⁵⁷ اعتمادا على معايير الاختيار.

توضيح: اصطلح على تسمية هذه اللجنة المختصة بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب أحكام المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مجال الصفقات العمومية، طبقا لنص المادة 71 من المرسوم ذاته.

كما اصطلح عليها بلجنة اختيار وانتقاء العروض، فيما يخص تفويضات المرفق العمومي، طبقا لنص المواد 75، 76 و 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

الفرع الأول: مرحلة فحص وتقييم العروض

أولا- فتح وفحص الأظرفة:

تختلف مراحل فتح الأظرفة تبعا لنوع العقد الإداري وأسلوب الدعوة إلى المنافسة المتبع. ففيما يخص الصفقات العمومية الأصل أن تفتح كل الملفات مع بعضها البعض، والتي يتم تقييمها على مرحلتين طبقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

لكن في حالة إجراء طلب العروض المحدود تفتح ملفات الترشيح بصفة منفصلة، ثم يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض التقنية النهائية والعروض المالية، كل ذلك على مرحلتين.

أما فيما يخص إجراء المسابقة، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث (03) مراحل. مع العلم أنه لا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية. كما لا يتم فتح أظرفة العروض المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات

¹⁵⁷ - بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص. 101 .

من قبل لجنة تحكيم كما هو منصوص عليه في المادتين 47 و48 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15.

سؤال: ما هو موقف المشرع الجزائري فيما يخص تفويضات المرفق العمومي؟

فيما يتعلق بتفويضات المرفق العمومي الخاصة بالجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الخاضعة لوصايتها، يتم تقديم العروض على مرحلتين، وذلك طبقا لنص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199؛ بحيث يتم تقديم ملف الترشيح في مرحلة أولى ودفتر العروض في مرحلة ثانية، طبقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي ذاته.

من جانب آخر، وطبقا لنص المادة 80 من المرسوم الرئاسي أعلاه منع المشرع المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى التفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض لاختيار المتعامل المتعاقد. وبذلك يكون النص أعلاه قد جاء مخالفا لما تضمنه نص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 من أحكام تتعلق بالمفاوضات.

نص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

«تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشحين المقبولين والمؤهلين، كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية. وتحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يضم قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا...»

ثانيا - اختيار المتعاقد:

بعد تلقي الترشيحات (سواء في طلب العروض أو الطلب على المنافسة أو المناقصة أو المزايدة المختومة) تقوم اللجنة المختصة بفتح الأظرفة بإعداد قائمة المترشحين المؤهلين وتقييم العروض واختيار العرض الأمثل، إما على مرحلة واحدة أو عدة مراحل تبعا لنوع العقد الإداري.

مثال: إذا كنا بصدد تفويض مرفق عمومي تابع لجماعة محلية أو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تابعة لها تمر عملية اختيار الطرف المتعاقد (المفوض له) عبر مرحلتين على النحو التالي:

- تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة أولى بإعداد قائمة تتضمن المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم ودعوتهم لسحب دفتر الشروط، الذي يتضمن عرضا دقيقا حول المرفق العمومي وكذا شروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة والخصائص الكمية والنوعية.
- في مرحلة ثانية، يجب على كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط أن يقدم عرضا دقيقا، لتقوم هذه اللجنة على أساسه وبعد تلقيها العروض بفحصها.

الفرع الثاني: تأهيل المترشحين

يعامل كل المترشحين على قدم المساواة ودون أي تمييز. لكن يجب على الإدارة الراغبة في التعاقد أن تتأكد من قدرات الطرف الآخر التقنية والمالية والتجارية حتى يكون اختيارها سديدا. وقد سمى المشرع شرط المقدرة هذا بـ "تأهيل المترشحين".

مثال: يمكن أن يكتسي التأهيل في الصفقات العمومية طابع الاعتماد الالزامي في الحالات التي يحددها التنظيم، على أن تمسك بطاقة وطنية وبطاقات قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة تحين بانتظام.¹⁵⁸

¹⁵⁸- قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد محتوى بطاقات المتعاملين الاقتصاديين وشروط تحيينها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 24، الصادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.

أولاً- معايير اختيار المتعاقد:

يتم تقييم المتعاملين المترشحين بناء على معايير مذكورة في دفتر الشروط. ويجب اختيار معايير اختيار المتعاقد على أساس موضوعي. ويكون ذلك بناء على تحديد السلطات العمومية للاحتياجات من حيث النتائج المرغوبة أو المرجوة الأداء المنتظر... مما يقلص مجال الاختيارات المبنية على معيار السعر فقط.¹⁵⁹

وبذلك تختلف هذه المعايير تبعا لنوع العقد الإداري. فقد نجد من بين المعايير المعتمدة: **الجودة، السعر، القيمة التقنية، الطبيعة الوظيفية والجمالية، الأداء من حيث احترام البيئة، المردودية، التجديد، الدعم التقني، آجال التنفيذ...**¹⁶⁰ من ذلك مثلا ماورد في نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ملاحظة: لا يتم التعامل مع هذه المعايير بمستوى الأهمية نفسه، حيث هناك معايير أكثر أهمية من الأخرى. ويتضح ذلك مثلا من خلال نص المادة 2/72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

إضافة: نتيجة مخاوف الأمرين بالصرف من المتابعات القضائية في العديد من الصفقات ترغمهم على اختيار العروض الأفضل من حيث السعر فقط، لكن لا تكون هذه العروض هي الأفضل اقتصاديا بالضرورة.

ثانياً- الإقصاء من الترشيح:

قد يتطلب المشرع في المترشحين شروطا أخرى إضافة إلى شرط التأهيل. وعليه يتم إقصاء، سواء بشكل مؤقت أو نهائي، كل متعامل يكون قد ارتكب فعلا أو عملا محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

¹⁵⁹ - معتصم دحو و معتصم بن عبد الرحمن، الصفقات العمومية بين احترام التشريعات القانونية والفعالية الاقتصادية، الاستثناءات هي القاعدة وهي مصدر الفساد، مجاميع المعرفة، العدد1، ص. 119 ، متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/25500>

¹⁶⁰ - المرجع نفسه، ص.120 .

وتنسحب أحكام المادة 75 أعلاه على تفويضات المرفق العمومي، طبقا لنص المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وفي هذا الصدد، أصدر وزير المالية قرارا مؤرخا في 28 مارس 2011 يحدد فيه كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية،¹⁶¹ وكذا القرار المؤرخ في 2011 الذي يحدد كفاءات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.¹⁶²

إذن ستقوم اللجان المختصة في إطار فحص العروض باستبعاد العروض غير المطابقة لموضوع العقد ولمحتوى دفتر الشروط، لتقوم بعد ذلك بتحليل العروض الباقية على النحو التالي:

- **بالنسبة للصفقات العمومية:** يتم فحص العروض الباقية في جلسة واحدة توافق يوم واحد يوافق يوم فتح الأظرفة، على مرحلتين، طبقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247:

- الترتيب التقني للعروض مع استبعاد العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين مؤقتا. لتقوم بعدها اللجنة طبقا لدفتر الشروط بانتقاء العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية أو أحسن عرضا اقتصاديا إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنيا، طبقا لنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.¹⁶³

- **بالنسبة لتفويضات المرفق العمومي:** يتم فحص العروض في أيام وجلسات منفصلة، طبقا لنص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

¹⁶¹- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 24، الصادرة بتاريخ 20 أبريل 2011 .

¹⁶²- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كفاءات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 24، الصادرة بتاريخ 20 أبريل 2011 .

¹⁶³- بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 102 .

نص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من هذا المرسوم، في جلسة علنية وفي مرحلة أولى، بفتح الأطراف وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين. ثم تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة، بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأطراف. على إثر هذه المرحلة، تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل، طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة. تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييمها، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط، وتقوم، بعدئذ، بإعداد قائمة العروض، مرتبة ترتيبا تفضيلا حسب "النقاط" المتحصل عليها. »

ينتهي عمل اللجان المختصة بتقييم العروض بتحرير محضر أثناء الجلسة موقع من طرف الأعضاء الحاضرين. قد يتضمن هذا المحضر اقتراح الطرف المتعاقد أو المترشح الذي يتم انتقاؤه استنادا إلى تقديمه أفضل عرض، طبقا لنص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مثلا. كما قد يتضمن هذا المحضر بعض التحفظات التي تبديها هذه اللجنة، كأن تقوم بتحرير محضر بعدم الجدوى.

المطلب الخامس: مرحلة الإقرار

تشمل هذه المرحلة مرحلتين هما مرحلة المنح المؤقت ومرحلة التصديق والاعتماد.

أولا- مرحلة المنح المؤقت:

خص المشرع الجزائري هذه المرحلة بالتنظيم في نص المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والتي أحالت إلى نص المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

حيث يتم خلال هذه المرحلة إعلان الفائز مؤقتاً من خلال المنح المؤقت مع ذكر معايير الانتقاء. حيث أوجب المشرع من خلال نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مثلاً على المصلحة المتعاقدة نشر نتائج التقييم المالي والتقني التي قامت بها الإدارة. وتكون الإدارة هي المخولة باتخاذ قرار المنح المؤقت وليست اللجان المختصة بفتح الأظرفة و تقييم العروض.

وقد نصت المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي أعلاه وكذا المادة 1/41 من المرسوم التنفيذي أعلاه على وجوب الإعلان عن المنح المؤقت في الجرائد نفسها التي نشر فيها إعلان طلب العروض أو الطلب على المنافسة، مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط لتمكين المتنافسين الآخرين من تقديم طعونهم.

يمكن للمتعهدين المشاركين في التنافس ممارسة حقهم في الطعن اتجاه قرار المنح المؤقت وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فيما يتعلق بالصفقات العمومية والمادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فيما يخص تفويضات المرفق العمومي الخاصة بالجماعات المحلية.

ثانياً - مرحلة التصديق والاعتماد:

لا يعتبر قرار المنح المؤقت الخطوة الأخيرة في التعاقد، إذ تنتهي العملية التعاقدية بتحرير العقد والتوقيع عليه من طرفي العقد.

لكن يتطلب إبرام العقد الإداري إجراء آخر وهو التوقيع والمصادقة عليه من طرف السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع. وبذلك تعتبر مرحلة الاعتماد والمصادقة آخر مرحلة من مراحل إبرام العقد الإداري وأهمها من الناحية القانونية، لأن قرار منح العقد الإداري لا ينتج آثاره القانونية إلا بعد اعتماده والمصادقة عليه من طرف السلطة المختصة، أين تقرر واجبات وحقوق كل طرف في العقد.¹⁶⁴

¹⁶⁴ - دعاس سهام، مرجع سابق، ص.7.

ملاحظة: يتم التصديق على العقد الإداري بموجب قرار إداري تنشأ من تاريخ صدوره التزامات على عاتق الإدارة، ومن تاريخ التبليغ بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة. لكن يعتبر العقد موجود منذ تاريخ إبرامه وليس من تاريخ التصديق عليه.¹⁶⁵

وتختلف السلطة المختصة في اعتماد العقد الإداري والمصادقة عليه باختلاف نوع العقد الإداري. وهنا قد يتدخل المشرع مباشرة ويحدد السلطة المختصة بذلك، مثلما ورد النص عليه في 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي أشارت إلى أن الصفقات العمومية لا تكون صحيحة ونهائية ولا تدخل حيز التنفيذ إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة والمتمثلة في: الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.¹⁶⁶

مثال: نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة :

«يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة، بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي: بالداخلية والمالية والطرق السريعة.»

لكن يثور التساؤل في حالة ما إذا لم يتدخل المشرع في تحديد السلطة المختصة بالمصادقة على العقد الإداري.

في هذه الحالة يتم إعمال القاعدة العامة القائمة على فكرة منح صلاحية المصادقة إلى الشخص المسؤول عن العملية التعاقدية أو إلى السلطة الوصية بالنسبة للجماعات المحلية.

¹⁶⁵ - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

¹⁶⁶ - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص. 103.

المحاضرة التاسعة: آثار العقود الإدارية (تنفيذ العقود الإدارية)

بعد إبرام العقد الإداري، يدخل حيز التنفيذ ويرتب آثاره -المتتمثلة في مجموع الحقوق والالتزامات - في مواجهة طرفي العقد الإداري.

مثال: فيما يخص الصفقات العمومية، بعد الإرساء النهائي، تتولى المصلحة المتعاقدة إعداد ملف يحتوي على جميع الوثائق التي اشترطها المشرع، طبقاً لنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. ثم تقوم بتقديمه إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة، من أجل مباشرة الرقابة الإدارية الخارجية عليها، والتي تتوج برفض منح التأشيرة أو منحها أو منحها بتحفظات أو تأجيل استكمال المعلومات. فإذا تم منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة والتزم بها المراقب المالي، وأمضيت من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة والمتعامل الحائز على الصفقة، دخلت الصفقة حيز التنفيذ.¹⁶⁷

وتختلف الآثار المترتبة عن العقد الإداري عن تلك الآثار المترتبة عن العقود الخاصة. حيث يتقرر للإدارة المتعاقدة كطرف في العقد الإداري جملة من الامتيازات والسلطات غير المألوفة في العقود الخاصة والتي تجعلها في مركز أسمى. وفي المقابل وخوفاً من المساس بمراكز المتعاقد مع الإدارة فإنه تقرر لهذا الأخير جملة من الحقوق غير المألوفة أيضاً في روابط القانون الخاص وهي الحقوق التي تشكل قيوداً والتزامات تقع على عاتق الإدارة. وقد أدرج المشرع الجزائري حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له ضمن البيانات الإلزامية في اتفاقية تفويض المرفق العمومي، طبقاً للمطمة 8 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

¹⁶⁷ - خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 65.

المطلب الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة

باعتبار أن العقود الإدارية تتضمن نوعين من القواعد: **قواعد تعاقدية وقواعد تنظيمية**. لذا ستستمد الإدارة في مواجهة المتعاقد معها سلطاتها من: **نصوص العقد أو القواعد العامة (القواعد التنظيمية)**، التي تسري على كل عقد إداري ولو لم يرد بها نص.

وتتمثل هذه الحقوق والسلطات التي اعترف بها كل من التشريع والقضاء الإداري للإدارة فيما يلي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد

تعد سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد حقا ثابتا للإدارة، ومن أبرز الامتيازات المخولة لها، سواء تم النص عليه صراحة في صلب العقد أو في دفتر الشروط أوحى في حالة إغفال ذكره. على اعتبار أن هذا الامتياز لا يجد أساسه في البنود التعاقدية وإنما يجده في مقتضيات سير المرافق العمومية بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة.¹⁶⁸ لذا تعتبر سلطة الإشراف والرقابة من **النظام العام**، فلا يمكن تجاوز مقتضياتها أو التنازل عنها من قبل الإدارة المتعاقدة أو الاتفاق على ما يخالفها. وهو ما أكده كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري معتبرا أن هذه السلطة تدخل في دائرة النصوص ذات الطبيعة التنظيمية.¹⁶⁹

ملاحظة: لا تطرح إشكالية عدم النص على سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد فيما يخص تفويضات المرفق العمومي، لأنها تعد من البيانات الإلزامية في بيانات اتفاقية التفويض، طبقا لنص المطة 21 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

¹⁶⁸ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 108.

¹⁶⁹ - خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 66 .

أولاً- مدى وحدود سلطة الإشراف والرقابة:

يختلف مدى هذه السلطة باختلاف نوع العقد الإداري المبرم؛ فكلما قويت صلة العقد بالمرفق كلما زادت تلك السلطة، والعكس صحيح.¹⁷⁰

مثال:

- تبرز سلطة الرقابة والإشراف في عقد التوريد من خلال حق الإدارة في رفض استلام المواد أوالمعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في الصيغة العمومية.
- تظهر هذه السلطة في عقد الامتياز في صورة الرقابة التي تمارسها الإدارة المتعاقدة على نشاط المرفق محل عقد الامتياز في سبيل التأكد من احترام الملتزم لبنود العقد لاسيما فيما يتعلق بالرسوم.¹⁷¹

لكن يجزنا ذلك إلى طرح السؤال التالي:

سؤال: هل تكون سلطة الإدارة في الرقابة مطلقة؟

- لا تكون سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة مطلقة، إذ تكون الإدارة ملزمة عند إعمالها لهذه السلطة بالتقيد بجملة من الضوابط:
- ضابط الاختصاص، الشكل والإجراء.
- عدم استخدام الإدارة لهذه السلطة بهدف تحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العمومي محل العقد.
- عدم تجاوز الإدارة في ممارستها لهذه السلطة حدود العقد المبرم وإطاره، كتعديل موضوع العقد.¹⁷²

¹⁷⁰ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص.108.

¹⁷¹ - المرجع نفسه، ص. 109 ؛ خلاف فاتح، مرجع سابق، ص.67 .

¹⁷² - مجبدي فتحي، مرجع سابق، ص.404 .

ثانياً - صور الرقابة والإشراف:

تباشر الإدارة سلطة الإشراف والرقابة عن طريق نوعين من الأعمال:

- **الأعمال المادية:** كالانتقال إلى مكان تنفيذ العقد أو إرسال الإدارة لمهندسين من أجل زيارة مواقع العمل، التحقق من سلامة المواد المستعملة للاطمئنان إلى جودتها عن طريق الفحص والاختبار.¹⁷³
- **الأعمال القانونية:** تتمثل في الأوامر التنفيذية التي يتم إصدارها للمتعاقد مع الإدارة تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ والتعديل فيها. وتأخذ هذه الأوامر شكل القرار الإداري، كتوجيه التعليمات والأوامر المصلحية أو الإنذارات التي تصدرها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.¹⁷⁴

ملاحظة: قد أجاز للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على هذه القرارات الإدارية، غير أن ذلك الاعتراض لا يوقف تنفيذها نظراً للقوة التنفيذية التي تحوزها.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد بصفة منفردة

تعد سلطة التعديل أحد أهم السمات التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص. إذ تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها، إذا اقتضى ذلك سير المرفق العمومي بانتظام وتحقيقاً للمصلحة العامة، حتى ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك ولم يرد نص بشأنها في القوانين واللوائح، بل لا يجوز الاتفاق على خلافها أو التنازل عنها من جانب الإدارة. وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العمومي وضرورة مسابته للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام.¹⁷⁵ وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية:

¹⁷³ - خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 67؛ بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 108 .

¹⁷⁴ - بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص. 108 .

¹⁷⁵ - المرجع نفسه، ص. 109 .

«جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة - وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم- حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد.»¹⁷⁶

أولاً- صور التعديل:

- تبرز سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة في الصور التالية:
- سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل محل العقد زيادة أو نقصاناً، كتغيير كمية المواد والأعمال أو الأشياء محل العقد. وهو ما اصطلح عليه "التعديل الكمي".

مثال: عند تبليط ساحة عمومية أو شارع تستطيع الإدارة التحكم في المساحة المقررة للتبليط زيادة أو إنقاصاً حسب مقتضيات المصلحة العامة.

- سلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل التنفيذ والتحكم فيها زيادة أو إنقاصاً.
- سلطة الإدارة في تعديل آجال تنفيذ العقد والتحكم فيها زيادة أو نقصاناً.¹⁷⁷

ملاحظة وتعقيب: طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 لا يمكن تعديل مدة اتفاقية التفويض كقاعدة، إلا حالات التمديد المذكورة في القسم الثاني.

مثال: لا يمكن أن تتعدى مدة تمديد عقد الوكالة المحفزة سنتين (02) كأقصى حد، طبقاً لنص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وجاء في أحكام القضاء الإداري أنه لا يحق للمتعاقد مع الإدارة الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للعقد واستوجبته مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العمومي.¹⁷⁸

¹⁷⁶- خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 67 .

¹⁷⁷- بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 109 .

¹⁷⁸- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 16 ديسمبر 1989، قضية ع.ط. ضد والي قالمة؛

Arrêt du conseil d'Etat (français) , Compagnie générale Française des tramways, du 11 mars 1911,

نقلا عن خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 68 .

ثانياً - حدود سلطة التعديل:

لا تكون سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد مطلقة، بل تكون مقيدة بمجموعة من الضوابط وألشروط الجوهرية التي يتوجب عليها مراعاتها عند مباشرتها لتلك السلطة.

مثال: - تم النص على ضوابط وشروط تعديل الصفقات العمومية في نص المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- تم النص على ضوابط وشروط تعديل اتفاقيات تفويضات المرفق العمومي في نص المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

- بما أن التعديل سيكون بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة فإنه يجب أن يكون هذا القرار مستوفياً لجميع عناصر المشروعية.¹⁷⁹
- أما فيما يتعلق بالصفقات العمومية فلا يتم التعديل إلا من خلال ملاحق للصفقة العمومية الأصلية. بمعنى يتم التعديل كتابة في ملحق يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، طبقاً لنص المادتين 135 و136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. كما أشارت المادتان 58 و59 إلى الملاحق كإجراء لتعديل اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، حيث نستشف الصيغة التعاقدية للملاحق من خلال استعمال المشرع لعبارة "إبرام ملاحق" في نص المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

نص المادة 1/58 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

«يمكن السلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه.»

¹⁷⁹ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص.110.

- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي وأن لا تؤدي إلى تغيير العقد تغييراً جذرياً بشكل يطل مضمونه جوهرياً ويغير من طبيعته ويجعل المتعاقد أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.
- أن لا يمس التعديل بالشروط المالية المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد معها، بحيث يقتصر التعديل على **الشروط التنظيمية** المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العمومي مثلاً.

سؤال: ما مدى إمكانية استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها في تعديل العقد في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وإذا حصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية؟

إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وإذا حصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية، يمكن للإدارة المتعاقدة استعمال سلطتها في التعديل. لكن إذا انجر عن تعديل تلك الشروط تعديل الشروط المالية تكون الإدارة ملزمة بإعادة التوازن المالي للعقد والتعويض.¹⁸⁰

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

يمكن للإدارة العمومية، باعتبارها سلطة عامة تملك كل الصلاحيات التي تمكنها من ضمان حسن سير المرافق العمومية، يمكنها أن توقع جزاءات على المتعاقد معها متى أخل هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية أوقصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه، سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخير فيه أو بالتنفيذ السيئ له.¹⁸¹

وقد استقر غالبية فقهاء القانون الإداري على عدم اقتضاء حصول الإدارة على سند قضائي من أجل ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات. وبذلك يكون للإدارة كامل السلطة في اختيار

¹⁸⁰ - بو عمران عادل، المرجع نفسه، ص. 110 .

¹⁸¹ - المرجع نفسه، ص. 111 .

الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه دون أن تحتاج في ذلك إلى استصدار حكم قضائي أولاً لإجازة الصريحة بموجب النصوص القانونية.¹⁸²

ملاحظة: لا تتصف هذه الجزاءات بطابع العقوبة الجزائية بل يكون هدفها الأساسي كفالة سير المرافق العمومية بانتظام واطراد عن طريق ضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن إبرام العقد الإداري. حيث تجد هذه السلطة المخولة للإدارة تبريرها في أن إخلال المتعاقد في العقود الإدارية لا تقتصر على إخلاله بالتزام تعاقدية فحسب بل يمثل أيضاً مساساً بحسن السير المنتظم والمطرّد للمرفق العمومي المتصل بالعقد.

تأخذ هذه الجزاءات صور مختلفة، قد تكون مالية أو جزاءات ضاغطة أو جزاءات فاسخة.

أولاً- الجزاءات المالية:

هي عبارة عن مبالغ مالية يجوز للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية. وتأخذ هذه الجزاءات صوراً عديدة، منها:

أ- التعويضات: يمكن للإدارة المطالبة بالتعويضات اللازمة لجبر الأضرار التي ألحقها بها المتعاقد معها. وتقدرها الإدارة وتحصلها دون اللجوء إلى القضاء. في المقابل يكون للمتعاقد معها منازعتها في ذلك أمام القضاء. وقد أدرجها المشرع الجزائري ضمن البيانات الإلزامية لاتفاقية تفويض المرفق العمومي طبقاً لنص المطة 14 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ب- الغرامات المالية: تأخذ هذه الغرامات المالية عادة صورة غرامة التأخير.

وقد نصت عليها مثلاً المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. حيث أشارت هذه المادة إلى حالتين، إذا ما توافرت إحداها يحق للمصلحة المتعاقدة فرض عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد معها وهما :

¹⁸² - خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 69 .

- حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد للالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليها.
- حالة التنفيذ غير المطابق لموضوع الصفقة العمومية.

وتعد الغرامات المالية مجموع المبالغ المالية المحددة مسبقا في العقد والتي توقعها الإدارة على المتعاقد معها الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته المالية. وقد أدرج المشرع العقوبات المالية ضمن البيانات الإلزامية التي يجب ذكرها في اتفاقية تفويض المرفق العمومي، طبقا لنص المادة 48 المطبة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

في حين تعد العقوبات المالية من البيانات التكميلية في عقد الصفقة العمومية، طبقا لنص المادة 2/95 المطبة 6 من المرسوم الرئاسي أعلاه. هذا يستدعي منا طرح السؤال التالي:

السؤال: في حالة عدم النص على العقوبات المالية في بنود العقد الإداري هل يحق للإدارة المتعاقدة فرضها؟

إذا لم تحدد هذه الغرامة مسبقا في العقد، نرجع إلى إلى الأنظمة التي تحكم العقود الإدارية والتي تضمنت تحديدا لهذه الغرامة.¹⁸³

ج- مصادرة مبالغ الضمان (الكفالة أوالتأمين): تعتبر مصادرة الكفالة (التأمين) التي

يقدمها المتعاقد مع الإدارة مسبقا شرطا جزائيا يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد مع الإدارة المقصر في حالة فسخ العقد بسبب تقصيره.

ويعد حق الإدارة في المصادرة حقا مفترضا لا يشترط النص عليه في العقد. وتلجأ إليه الإدارة مباشرة دون الحاجة إلى إذن قضائي.

قيام الإدارة بالمصادرة لا يمنعها من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي لحقت بها جراء هذا التأخير.¹⁸⁴

تتنوع هذه الضمانات، ومنها:

¹⁸³ - مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص.405 .

¹⁸⁴ - مجيدي فتحي، المرجع نفسه، ص.405 .

- **كفالة التعهد:** نصت على كفالة التعهد المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث ألزمت المتعاملين الذين يشاركون في الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من المرسوم الرئاسي نفسه، تقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض.

تعد كفالة التعهد قرينة على جدية وحسن نية المتعامل الاقتصادي في المنافسة. ويجب أن يشار إلى هذه الكفالة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة المعنية.

وقد حدد المشرع الجهة التي تصدر هذه الكفالة، تبعا للمتعامل الاقتصادي:

- إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الوطنيين: تصدر الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أوصندوق ضمان الصفقات العمومية.
- إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب: تصدر الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

يتم رد كفالة المتعهد الذي لم يقبل عرضه والذي لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء آجال الطعن.

ويتم رد كفالة التعهد للمتعامل الحائز على الصفقة بعد وضع كفالة حسن التنفيذ.

يمكن للمصلحة المتعاقدة مصادرة كفالة التعهد دون اللجوء إلى القضاء في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. و يقر بعض الفقهاء في هذا الصدد أن توقيع مثل هذا الجزاء غير مشروط بتحقق الضرر ولا يقتضي إثباته من طرف المصلحة المتعاقدة. لكن يتعين على هذه الأخيرة عدم التعسف في استعمال سلطتها. وتحرر كفالة التعهد حسب نموذج يحدد بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.¹⁸⁵

- **كفالة حسن التنفيذ:** يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ تبعا لطبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.¹⁸⁶

¹⁸⁵ - خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 71 .

¹⁸⁶ - أنظر المادة 1/2/133 والمادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مصدر سابق.

لكن يمكن أن يعفى المتعامل من تقديمها فيما يخص بعض الصفقات العمومية المشار إليها في الفقرات 2-4 من المادة 130 والفقرة 4 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

مثال: - قرار وزاري مشترك (بين وزير السكن والعمران ووزير المالية) مؤرخ في 01 فبراير 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 26 الصادرة بتاريخ 8 ماي 2011.

- قرار وزاري مشترك (وزير الثقافة ووزير المالية) مؤرخ في 3 يناير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 24 الصادرة بتاريخ 5 ماي 2013.

وتحرر كفالة حسن التنفيذ حسب نموذج يحدد بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.¹⁸⁷

- **كفالة الضمان:** تتعلق كفالة الضمان بالصفقات التي تنص على أجل ضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان، طبقا لنص المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

يسترجع المتعامل المتعاقد هذه الكفالة كليا خلال أجل شهر يحتسب ابتداءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، طبقا لنص المادة 134 من المرسوم الرئاسي نفسه.¹⁸⁸

إضافة: يتم تحرير الكفالات السابق ذكرها حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، وتتخذ صورة مبالغ مالية يضعها المتعاقد تحت يد المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك مختص.

نظرا لخطورة الجزاءات هذه يشترط لتطبيقها:

- ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم.

¹⁸⁷ - خلاف فاتح، مرجع سابق، ص. 72.

¹⁸⁸ - المرجع نفسه، ص. 72.

- إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.
- أن تصدر الإدارة قرارا إداريا يتضمن الجزاء الموقع.

ثانيا- الجزاءات الضاغطة (التدابير القسرية):

يحق للإدارة أن تلجأ إلى استعمال "وسائل الضغط والإكراه" في حالة ما إذا قصر أو أهمل المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وذلك لحثه على أداء لالتزاماته كاملة، وبالتالي تكفل ضمان تنفيذ العقد على وجه يؤمن حسن سير المرافق العمومية. ويكون ذلك في كل الأحوال على حساب وعلى مسؤولية المتعاقد مع الإدارة، على اعتبار أن الزيادات الحاصلة في النفقات الناجمة عن هذه التدابير يتم اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المتعاقد. لكن تبقى العلاقة التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد المقصر قائمة و منتجة لآثارها. تأخذ الجزاءات الضاغطة عدة صور، منها:

- حلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق عمالها وموظفيها. ويكون ذلك في حالات الاستعجال التي لا تحتل البحث عن متعاقد جديد.

مثال: وضع المرفق تحت الحراسة وتولي الإدارة إدارته في عقود الامتياز.

- تعهد الإدارة تنفيذ العقد إلى متعامل آخر، **مثال:** تكليف جهة أخرى بإدارة المرفق في عقود الامتياز.
- تلجأ الإدارة إلى الشراء على حساب المتعاقد، **مثال:** تلجأ الإدارة في عقود التوريد إلى مورد آخر مع تغطية المورد المتعاقد للفارق في السعر.¹⁸⁹

لم ينص المشرع الجزائري صراحة في تنظيم الصفقات العمومية على حق المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات ضاغطة، ماعدا إشارته في نص المادة 2/142 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ تدابير قسرية ضد

¹⁸⁹ - مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 405.

المتعامل المتعاقد الذي لا يمثل إلى إعدار المصلحة المتعاقدة بسبب منحه تنفيذ جزء من الصفقة لمناول غير مصرح به.¹⁹⁰

في حين أقرت بنود دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال صراحة بسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع "تدابير قسرية" إذا لم يتقيد المتعامل الاقتصادي المتعاقد بعد إعداره بشروط الصفقة وأبأوامر المصلحة التي يتلقاها مهندس الدائرة أوالمهندس المعماري.

نص المادة 5/35 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل:

« وعلى كل حال يرفع الأمر... إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو... »

- القيود:

نظرا لخطورة الجزاءات الضاغطة لا تكون سلطة الإدارة المتعاقدة في استعمالها مطلقة بل تكون مقيدة بشروط، أهمها:

- إخلال المتعاقد بالشروط التعاقدية إخلالا جسيما. ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في الحالات التالية:

- حالة التأخير غير المعقول في تنفيذ موضوع العقد تنفيذا كاملا، بسبب امتناعه عن التنفيذ أو تراخيه في ذلك.
- حالة التنفيذ غير المطابق لموضوع العقد.
- حالة التنازل عن تنفيذ موضوع العقد لمناول آخر دون التقيد بالشروط المقررة لذلك.¹⁹¹

¹⁹⁰ - خلاف فاتح ، مرجع سابق ، ص. 73.

¹⁹¹ - خلاف فاتح، المرجع نفسه، ص. 74.

مثال: أجاز المشرع لجوء المتعامل المتعاقد إلى المناولة من أجل منح تنفيذ جزء من الصفقة إلى مناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- عدم امتثال المتعاقد مع الإدارة لأوامر وتوجيهات هذه الأخيرة.
- إغذار الإدارة للمتعاقد معها قبل توقيع الجزاء ، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.
- إن تصدر الإدارة قرارا إداريا يتضمن الجزاء المقرر.

ثالثا- حق الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة:

اعترف كل من التشريع والقضاء بسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها أو اللجوء إلى القضاء للحصول على قرار قضائي يتيح لها ذلك.

يعد الفسخ من أشد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، إذ يؤدي إلى وضع نهاية للعلاقة التعاقدية بين الطرفين.¹⁹²

لذا يؤكد الفقهاء على ضرورة تجنب توقيعه ما عدا في بعض الحالات التي تتخذ وصف "المخالفات الجسيمة للالتزامات التعاقدية" بما يعرقل حسن سير المرفق العمومي.

و نظرا لخطورة هذا الإجراء فقد نظمته المشرع الجزائري في القسم 10 من الباب الأول من المرسوم التنفيذي رقم 15-247. كما أدرجه المشرع ضمن البيانات الإلزامية في اتفاقية تفويض المرفق العمومي طبقا للمطمة 27 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199؛ وأشار إلى شروط الفسخ كجزء ضمن المادة 62 من المرسوم التنفيذي نفسه.

تنبيه: في مقابل السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، فإنها تخضع إلى جملة من الالتزامات، يمكن حصرها فيما يلي:

¹⁹² - مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 406 .

- الالتزام بتنفيذ العقد تنفيذا سليما.
- الالتزام بعدم القيام بأي عمل يتعارض مع التزاماتها التعاقدية أوتعرقل مهمة المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة

خوفا من تعسف الإدارة و ما يترتب عن ذلك من افتقادها لأحد أهم وسائل تسيير المرافق العمومية بنفور وعزوف الأفراد عن التعامل معها ، فقد أقر القضاء الإداري للمتعاقد مع الإدارة جملة من الحقوق التي لا مثيل لها في العقود الخاصة، في مقابل تلك الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة. ويمكن حصر هذه الحقوق فيما يلي:

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

يعتبر المقابل المالي من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة. ويتمثل فيما يتحصل عليه من عائد مالي مقابل تنفيذ العقد. ويتخذ المقابل المالي هذا عدة صور تختلف باختلاف العقود الإدارية، فقد تأخذ شكل:

- رسوم يتقاضاها المتعاقد من المرتفقين ومن المستفيدين من خدمات المرفق محل الامتياز كما هو الحال في عقود الامتياز.
- مرتب شهري أو مزايا مالية تمنح للموظف كما هو في عقود التوظيف.
- قيم وأسعار يتم تحديدها في متن العقد الإداري، وهو الطبع الغالب على عقود الإدارة خصوصا فيما يخص الصفقات العمومية.¹⁹³

فمثلا، تحدد الأسعار في الصفقة العمومية بصفة إجمالية أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو بناء على النفقات المراقبة أو بصفة مختلطة؛ علما أن ذلك السعر قد يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة.

¹⁹³ - مجيدي فتحي، المرجع نفسه، ص. 407؛ بو عمران عادل، مرجع سابق، ص. 114.

أما فيما يتعلق بطريقة دفع الأسعار، فيمثل الدفع بعد الإنجاز الفعلي لمضمون الصفقة العمومية الطريقة المستقر عليها في المحاسبة العمومية. لكن نظرا لضخامة تكاليف بعض الصفقات العمومية وتيسيرا منه على المتعاقد مع الإدارة بغية التنفيذ الحسن لموضوع الصفقة ولضمان استمراره في ذلك أقر المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات المقارنة، الخروج عن تلك القاعدة وجوازية العمل بآليات أكثر مرونة من خلال:

- الإقرار بمنح للمتعاقد مع الإدارة أقساط تمنح مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة وفقا لنظام الدفع على أقساط أو الدفع على الحساب.
- أجاز للمصلحة المتعاقدة ، في بعض الأوضاع، دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة وفي حدود نسب محدد، أو ما يسمى بالتسبيقات.

إذن تتمل طرائق الدفع المتعلقة بالصفقات العمومية في : التسبيق، الدفع على الحساب، التسوية على رصيد الحساب، طبقا لنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247-194.

الفرع الثاني: حق المتعاقد في التعويض

يقع على الإدارة مسؤولية تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة استعمالها لسلطتها، سواء ترتبت هذه المسؤولية على أساس الخطأ أو دونه.

أولاً- مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ:

تترتب هذه المسؤولية عن أي خطأ عقدي، ناتج عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو استعمالها لسلطاتها على نحو غير مشروع، يؤدي إلى إحداث أضرار بالمتعاقد معها تتولد معها حقه في التعويض.

194 - مجيدي فتحي، المرجع نفسه، ص.407-408 .

يأخذ الخطأ العقدي المرتب لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ صورتين:

- إخلال الإدارة بأحد التزاماتها العقدية المقررة .

- أمثلة:**
- عدم تسليم الإدارة للمتعاقد معها الموقع خالي من الموانع وفي الوقت المناسب.
 - عدم تقديم الإدارة للمواد الضرورية للتنفيذ.
 - عدول الإدارة عن المشروع دون مبرر.
 - حرمان المتعاقد مع الإدارة من التسهيلات المالية المقررة في العقد.
 - تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي للعقد.

- مجانية الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها.¹⁹⁵

- أمثلة:**
- استعمال الإدارة اللامشروع لسلطتها في الرقابة و التوجي
 - تجاوز التعديلات التي قامت بها الإدارة لنطاق المشروعية.
 - توقيع الإدارة لجزاءات بالغة الجسامة.

ثانياً - مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ:

يتمثل أساس التزام الإدارة بالتعويض هنا استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب أوفي إطار ضمان التوازن المالي للعقد.

أ- التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب:

تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها في حال قيامه بإنجازات إضافية وثبت 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 التعاقدية.

¹⁹⁵ - بوعمران عادل ، مرجع سابق، ص. 117 .

يكون التعويض في هذه الحالة استنادا إلى قاعدة "الإثراء بلا سبب" المقررة في الشريعة

العامة. 196

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

إذا قامت الإدارة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنصب على العقد وانجر عنها زيادة في أعباء المتعاقد معها وإخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها وإعادة التوازن المالي للعقد.

لا تنحصر الحماية المقررة للمتعاقد مع الإدارة هنا في الحماية من المخاطر الإدارية أو الاقتصادية فقط بل تمتد إلى الحماية من المخاطر و الصعوبات المادية غير المتوقعة و التي قد تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ و تؤدي إلى إرهاقه.

تجد فكرة التوازن المالي للعقد أساسها في النظريات التي أرساها القضاء الإداري والمتمثلة في النظريات التالية:

1- نظرية فعل الأمير (نظرية المخاطر الإدارية): يقصد بفعل الأمير تدخل السلطة العامة

(متمثلة في الإدارة المتعاقدة) عن طريق اتخاذ إجراءات مشروعة، غير أنها تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو تجعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة بالنسبة لهذا الأخير. 197

وتعد هذه النظرية أحد النظريات المعمول بها في القضاء الفرنسي، وتقوم على فكرة تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي لحقت به جراء ما تتخذه الإدارة المتعاقدة من إجراءات تنصب على العقد أو على ظروف تنفيذه وتؤدي إلى إرهاقه أو الزيادة في

أعبائه المالية. 198

196 - بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص. 117، 118 .

197 - مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص. 409 .

198 - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص. 119.

أمثلة:

- الزيادة في أجور العمال.
- إغلاق طريق.
- حظر استيراد أحد المواد اللازمة لتنفيذ العقد.
- فرض ضرائب أو رسوم جمركية.

يمكن تقسيم الأعمال التي تصدر عن السلطة العامة والتي تؤدي إلى أعمال نظرية فعل الأمير إلى نوعين:

- الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة و التي تتناول شروط العقد بالتعديل.
- الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي لا تنصب مباشرة على العقد، لكنها تؤدي بطريق غير مباشر إلى الاختلال بتوازنه المالي، كحالة رفع الرسم على بعض المواد الضرورية لتنفيذ العقد. ¹⁹⁹

• شروط نظرية فعل الأمير:

- أن يكون عمل الأمير (الإدارة المتعاقدة) مشروعاً.
- أن يصدر الإجراء عن السلطة الإدارية المتعاقدة.

ملاحظة: كانت الإجراءات الصادرة عن السلطات الأخرى تشتملها نظرية فعل الأمير في بدايات ظهورها، لكن عدل القضاء عن ذلك وقام بإدراجها ضمن نظرية الظروف الطارئة.

- أن لا يكون الإجراء الصادر عن الإدارة متوقفاً عند إبرام العقد.
- أن يلحق بالمتعاقدين مع الإدارة جراء الإجراءات المتخذة أضرار حقيقية وفعالية لا مجرد أضرار احتمالية. و يتمثل هذا الضرر في زيادة الأعباء المالية مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد. ²⁰⁰

199 - المرجع نفسه، ص.409.

200 - المرجع نفسه، ص.410.

- آثار نظرية فعل الأمير: تترتب متى تحققت الشروط. وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:
 - يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة من خلال القضاء بالتعويض الكامل عما فاتته من كسب ولحقه من ضرر، لإعادة التوازن المالي للعقد.
 - يجوز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عليه في حالة التأخير، متى أثبت أن التأخير كان سببه فعل الأمير.
 - يمكن للمتعاقد مع الإدارة التحرر من التزامات التنفيذ والتمسك بفسخ العقد متى أصبح تنفيذ العقد مستحيلا. 201

2- نظرية الظروف الطارئة (نظرية المخاطر الاقتصادية): تعتبر هذه النظرية نظرية قضائية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، وتستند إلى فكرة العدالة وحسن سير المرفق العمومي بانتظام واطراد. فقد برزت هذه النظرية بوضوح من خلال الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية "غاز بوردو".

وقائع القضية:

تتلخص وقائع القضية في حصول الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو سنة 1904 على امتياز توريد الغاز والكهرباء لمدينة بوردو لمدة 30 سنة. وقد حدد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ 0.18 سنتيما للمتر المكعب على أن سعر طن الفحم 23 فرنكا، وكان هذا متوسط سعر الفحم وقت العقد. وقد توقع الطرفان المتعاقدان تغير سعر الغاز والكهرباء تبعا لتغير أسعار الفحم. وكان أقصى تقدير توقعه الطرفان هو ارتفاع ثمن طن الفحم من 23 فرنك إلى 28 فرنك، حيث كان أقصى سعر وصل إليه الفحم قبل ذلك هو 28.4 فرنك، وكان ذلك أثناء الحرب بين فرنسا وبروسيا.

لما نشبت الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا، حيث وصل سعر الطن إلى 117 فرنك مع ارتفاع تكلفة الأيدي العاملة. الأمر الذي وجدت معه الشركة الملتزمة أن الأسعار التي تتقاضاها من المنتفعين أبعد من أن تغطي النفقات الإدارية وحدها وأنها مهددة بخسارة جسيمة إذا ما تقيدت بتلك

201 - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص.120.

الأسعار.

تقدمت الشركة إلى بلدية بوردو بطلب إعادة النظر في وثيقة الالتزام والسماح برفع الأسعار بما يتماشى مع السعر الجديد للفحم. إلا أن البلدية رفضت ، على أساس أن تنفيذ الالتزام ما يزال ممكنا وليس مستحيلا، وأنالعقد شريعة المتعاقدين.

رفعت الشركة الأمر إلى مجلس المحافظة و الذي رفض بدوره طلبها. انتهى المطاف بالشركة الملتزمة و السلطات الإدارية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر بضرورة تحمل الإدارة المتعاقدة جزءا من الخسارة التي تلحق بالمتعاقدين جراء الظروف الطارئة.²⁰²

تقوم هذه النظرية على فكرة حدوث اختلال جسيم في التوازن المالي للعقد نتيجة ظروف استثنائية طارئة عامة لم يكف في الإمكان توقعها أثناء إبرام العقد ولم يكن لأحد المتعاقدين يد فيها وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا للمتعاقدين مع الإدارة وتلحق به خسائر تتجاوز الحدود المألوفة في هذا المجال. هنا يجوز للمتعاقدين هذا أن يطلب من الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته بمنح تعويضا جزئيا كمساعدة منها للتغلب على هذه الظروف .²⁰³

• شروط نظرية الظروف الطارئة:

- أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد.
- أن يكون من غير الممكن توقع الظرف الطارئ وقت التعاقد.
- أن يكون الظرف الطارئ أجنبي عن إرادة المتعاقدين مع الإدارة.
- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى اختلال التوازن المالي اختلالا جسيما وإرهاق شديد للمتعاقدين يصعب معه استمرار هذا الأخير في تنفيذ التزاماته على أتم وجه.

²⁰² - بو عمران عادل، المرجع نفسه، ص.121، 122.

²⁰³ - المرجع نفسه، ص.122.

• آثار نظرية الظروف الطارئة:

- حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من الإدارة، تحت رقابة القضاء. وتكون الجزئية هذه تجسيدا لتضامن الإدارة مع المتعاقد في خسارته.
- لا تملك الإدارة أن تضع بندا أو نصا عاما يعفيها من هذا الالتزام.²⁰⁴

3-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: تقوم هذه النظرية في حال اعتراض المتعاقد

مع الإدارة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ، وجعلت من تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا.

يكون للمتعاقد في هذه الحالة الحق في المطالبة بالتعويض الكامل عما لحقه من أضرار جراء تلك الصعوبات.

• شروط نظرية الصعوبات المادية:

- أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية.
- مثال:** اعتراض المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة أرضا صخرية.
- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته دون توقف، ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ.

• آثار نظرية الصعوبات المادية:

استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عما تحمله من أعباء مادية جراء تلك الصعوبات.²⁰⁵

²⁰⁴ - المرجع نفسه، ص.123.

²⁰⁵ - المرجع نفسه، ص.124.

المحاضرة العاشرة: نهاية العقد الإداري

تتجلى نهاية العقود الإدارية في صورتين رئيسيتين، سيتم توضيحهما من خلال مطلبين. نتناول في المطلب الأول النهاية العادية للعقد الإداري أو ما تعرف بالنهاية الطبيعية؛ في حين يكون موضوع المطلب الثاني النهاية غير العادية للعقد الإداري. وتختلف حالات كل صورة من الصورتين تبعا لنوع العقد الإداري.

المطلب الأول: النهاية العادية (الطبيعية) للعقد الإداري

ينتهي العقد الإداري نهاية عادية في إحدى الحالتين، إما بعد تمام تنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة لتنفيذه باتفاق الطرفين.

أولاً- انقضاء العقد الإداري بعد تمام تنفيذ موضوعه:

الأصل العام أن ينتهي العقد الإداري بتمام تنفيذه، بمعنى ترتيب جميع آثاره ، من حيث وفاء كلا طرفي العقد بالالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقه. تخص هذه الحالة خصوصا العقود الإدارية فورية التنفيذ، مثل عقد البيع.

مثال: - تتحقق النهاية الطبيعية لعقد التوريد بتسليم البضائع المتفق عليها من طرف المورد ودفع الإدارة للمورد.

- ينقضي عقد الأشغال العمومية بانحلال الرابطة التعاقدية عن طريق إنجاز المقاول لجميع الأشغال وفقا للمواصفات الواردة في العقد والمراقبة من طرف المصالح التقنية للإدارة من جهة، والتسوية المالية النهائية من طرف الإدارة المتعاقدة من جهة أخرى. لكن يجب أن نشير هنا إلى أن التنفيذ قد يكون على مرحلتين هما التسليم المؤقت والتسليم النهائي. إذ يبقى المتعامل المتعاقد، في مرحلة التسليم المؤقت، ملتزما ببعض الواجبات لفترة محددة وذلك للتأكد من حسن تنفيذ العقد طبقا للمواصفات المتعاقد عليها.

في حين يتحرر المتعاقد من جميع الالتزامات مبدئياً، في مرحلة التسليم النهائي، ويسترجع الضمانات والكفالات المتعلقة بحسن التنفيذ.²⁰⁶

ثانياً- انقضاء العقد الإداري بانتهاء مدته:

يتعلق الأمر بالعقود مستمرة التنفيذ كما هو الحال بالنسبة لعقود تفويض المرفق العمومي. فباعتبار عقود تفويض المرفق العمومي تنتمي إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل فيها الزمن عنصراً جوهرياً، فإن النهاية الطبيعية لهذه العقود تحل بانقضاء الزمن المحدد لانقضائه بقوة القانون. ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد.

سؤال: هل يحق للمتعاقد الحصول على تعويض مقابل استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة المحددة في العقد؟

يحق للمتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض عن استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد انقضاء المدة المحددة في العقد في حالتين:

الحالة الأولى: يكون في حالة الموافقة الصريحة أو الضمنية من الإدارة. وفيما يتعلق بالموافقة الضمنية كان مجلس الدولة الفرنسي قد سلم بأنه إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضا الإدارة الضمني في استمرار المتعاقد بالتنفيذ رغم انقضاء المدة لا يسقط حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي لذلك.

الحالة الثانية: يبقى تنفيذ العقد مستمراً إذا ما استمر ملتزم المرفق العمومي بأداء الخدمة المنوطة بذلك المرفق، بشرط حسن النية من جانبه، وثبوت فائدة ذلك الاستمرار .

ويكون تعويض المتعاقد على أساس العقد .²⁰⁷

لكن قد يتبادر إلى الأذهان السؤال التالي:

²⁰⁶ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص. 101؛ محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص. 251.

²⁰⁷ - محمد خلف الجبوري، المرجع نفسه، ص. 251، 252 .

سؤال: ما هو الحل المعتمد في حالة إغفال ذكر المدة في العقد؟

نستعين في هذه الحالة بالمدة القصوى المحددة قانوناً لتمثيل تاريخ نهايته.

المطلب الثاني: النهاية غير العادية للعقد الإداري

تتحقق النهاية غير العادية للعقد الإداري بوضع نهاية له قبل إتمام تنفيذه و قبل انتهاء مدته، بحيث لا يرتب العقد آثاره تجاه الطرفين.

وتتقضي العقود الإدارية بموجب هذه الطريقة بأحد الأساليب الآتية تبعاً لنوع العقد الإداري:

أولاً- استرداد المرفق العمومي:

يخص أسلوب الانتهاء هذا عقود تفويض المرفق العمومي، ويكون ذلك في حال ما اتضح للإدارة صاحبة التفويض أن طريقة التفويض لم تعد تتفق مع المصلحة العامة، رغم أن مدة العقد لم تنته بعد، أو اتضح لها أن المرفق العمومي محل العقد فقد صلاحيته أي لم تعد هناك حاجة لوجوده.

يتم الاسترداد بقرار إداري. ويمكن أن يتحقق استرداد المرفق العمومي من خلال الصور الآتية:

أ- الاسترداد التشريعي:

يتحقق من خلال صدور نص قانوني خاص يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين.

ب- الاسترداد التعاقدية:

يتحقق عندما يتم النص عليه مسبقاً في العقد، حتى ولو لم يتم تنظيم كيفية ممارسته بموجب نص قانوني.

ج- الاسترداد غير التعاقدية (الإداري الانفرادي):

هو إجراء منفرد صادر عن السلطة المفوضة أثناء تنفيذ عقد تفويض المرفق العمومي لغرض إنجائه من دون وجود بند في العقد يقرره . ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها هذا أن تدفع مقابل كتعويض عما خسره وعما فاتته من كسب.

ثانيا - الفسخ:

يشكل الفسخ الطرق الأساسي لإنهاء العقد الإداري. و تنقضي العقود الإدارية بموجب هذه الطريقة بأحد الأشكال التالية:

أ- الفسخ الاتفاقي:

ينتهي العقد الإداري في هذه الحالة باتفاق طرفي العقد قبل أن تتحقق نتيجته أو قبل انتهاء مدته. لكن يجب أن تكون الإرادة في إنهاء العقد الإداري بهذه الطريقة واضحة. ويكون للأطراف في هذه الحالة الحرية في الاتفاق على فسخ العقد سواء كان الاتفاق على الفسخ مقابل تعويض أو دونه،²⁰⁸ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

مثال: نص المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له، حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام.
تحدد كيفيات حساب التعويض لصالح المفوض له في اتفاقية تفويض المرفق العام.»

ب- الفسخ بقوة القانون:

ينفسخ العقد الإداري بقوة القانون عند تحقق وقائع معينة. وينتج هذا الانفساخ آثاره من تاريخ تحقق الواقعة التي أدت إلى الفسخ فعلا. ويكون ذلك في الأحوال التالية:

²⁰⁸ - محمد خلف الجبوري، المرجع نفسه، ص.253.

1- حالة القوة القاهرة:

القوة القاهرة هي ذلك الحدث الخارجي غير المتوقع ولا يمكن رده ويحول دون تنفيذ العقد. مثل الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا التغلب عليها وتجعل تنفيذ العقد مستحيلا. فباستحالة تنفيذ العقد ينتهي العقد و يتحرر الأطراف من التزاماتهم التعاقدية. بشرط أن تكون الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية ولا يمكن زوالها وأدت إلى استحالة التنفيذ بصورة نهائية.

2- هلاك محل العقد. وإذا كان هلاك محل العقد بفعل أحد المتعاقدين يوجب عليه التعويض .

3- حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة، إفلاسه أو وضع أمواله تحت الحراسة القضائية: 209

لا تتصرف آثار العقد إلى الخلف العام ومنهم الورثة في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة في حالة العقود الإدارية القائمة في إبرامها على الاعتبار الشخصي، إلا إذا ورد نص بخلاف ذلك.

مثال: نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 :

« يكون الامتياز شخصيا وغير قابل للتنازل ...

غير أنه في حالة وفاة صاحب الامتياز، يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال الامتياز حتى انقضاء الأجل شريطة ...»

4- صدور قانون أو تعليمات تقضي بإنهاء بعض العقود والامتيازات.**ج- الفسخ القضائي:**

يمكن لأي طرف في العقد الإداري رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة لاستصدار حكم يقضي بفسخ العقد الإداري، وذلك في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته

209- المرجع نفسه، ص.254.

التعاقدية الموجبة للفسخ،²¹⁰ بناء على استحالة تحقق غرضه أو على الاضطراب الشديد والدائم الحاصل في التوازن المالي للعقد. ويتم تأسيس طلب الفسخ في هذه الحالة على نظرية الظروف الطارئة أو على نظرية فعل الأمير.

ترتد آثار الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى. ويترتب على ذلك عدم وجود حاجة إلى إنذار الطرف غير المنفذ للالتزاماته، وذلك للأسباب التالية:

- مجرد رفع الدعوى يعتبر إنذار لمن رفعت الدعوى ضده.
- قد لا تكون هناك فائدة من الإنذار وذلك إذا كان تنفيذ الالتزام لا يفيد إلا في ميعاد معين وقد فات ذلك الميعاد، أو كان الالتزام عبارة عن امتناع عن القيام بعمل معين وقد قام به المدعى عليه.

د - الفسخ الإداري:

نظرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، يمكن للإدارة المتعاقدة أن تقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالتين:

- **الحالة الأولى: الفسخ التقديري.** مراعاة لمبدأ الملاءمة والتكيف الذي يحكم المرافق العمومية، يمكن للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون وجود تقصير من المتعاقد معها، إذا ما قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العمومية.²¹¹

مثال: نص المادة 1/64 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

« يمكن ان تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء، من جانب واحد، قصد ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقا لبنود اتفاقية التفويض.»

²¹⁰ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص.126.

²¹¹ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص.103.

- **الحالة الثانية:** تكون في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية. مثال ذلك ما ورد النص عليه في الفقرة الثالثة من نص المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-212.199

نص المادة 3/62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

«... وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته، يمكن السلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد، إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، دون تعويض المفوض له.»

خاتمة

توصلنا في ختام إلقائنا لهذا المقياس إلى مجموعة من النتائج ترتبط في مجملها بالطالب و انطباعاته حول مفهوم العقود الإدارية ومدى توفيق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية يتجاوز به الصعوبات والغموض الذي اكتنف هذا النوع من العقود.

تم من خلال هذا المقياس تصحيح بعض المفاهيم الخاطئة عند الطلبة ، و كذا دعم وتصيل المكتسبات القبلية الصحيحة. وفي هذا الإطار استخلصنا أن العقود الإدارية ليست صفقات عمومية فقط ، بل تشكل الصفقات العمومية نوعا من أنواع العقود الإدارية ، رغم الاختلاف الفقهي حول ذلك. لكن ما هو مؤكد أن الصفقات العمومية هي أسلوب لإبرام أنواع معينة من العقود الإدارية تحظى بأهمية كبيرة و لها ارتباط كبير بالمال العمومي وما يمكن أن يترتب عن ذلك من فساد، مما جعل المشرع يحيطها بتنظيم خاص.

بخلاف عقود إدارية أخرى ، قد اصطلح القضاء الإداري الفرنسي على تسميتها بالعقود غير المسماة تمييزا لها عن العقود التي خصها المشرع بالتنظيم و التي تسمى العقود المسماة. وهنا يجب التمييز بين النوعين ؛ حيث لا تطرح العقود المسماة إشكالا فيما يتعلق بتحديد طبيعتها أو فيما يخص تنظيمها من حيث طرق وإجراءات الإبرام وكذا النهاية.

في حين كانت العقود غير المسماة أكبر ما أرق القضاء الإداري الفرنسي ، الذي اضطر إلى خلق معايير اعتمد عليها في تمييز هذا النوع من العقود الإدارية. لم تكن هذه المعايير محل اهتمام القاضي الجزائري، الذي اعتمد كقاعدة عامة على المعيار العضوي، الذي ترتبت عنه بعض التناقضات.

في المقابل تمنح العقود غير المسماة مجالا واسعا للإدارة المتعاقدة في أعمال سلطتها التقديرية، من حيث اختيار طريقة الإبرام أو الإجراءات المتبعة في التعاقد ومعايير اختيار

المتعاقد معها. بخلاف العقود المسماة، أين تكون الإدارة مقيدة بالأساليب والإجراءات التي نص عليها المشرع.

ورغم قيام المشرع بتنظيم أنواع معينة من العقود الإدارية (العقود الإدارية المسماة)، والتي يمكن إجمالها في طائفتين من العقود المسماة، اتفاقيات تفويض المرفق العمومي وعقود الصفقات العمومية ، فإن ذلك لا يمنع من وجود الفساد نتيجة للثغرات القانونية التي غفل عنها المشرع ويستفيد منها الموظف العمومي الفاسد.