جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

تحديد العقود الادارية في الجزائر من خلال عقود الصفقات العمومية وعقود الامتياز

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص الدولة و المؤسسات

إعداد الطالب :
- شكري اسامة محمد هشام
- طيوة سعاد

إشراف الأستاذ:
-د. ساعد العقون

لجنة المناقشة

-د/أ. داود منصور	رئيسا
-د/أ. ساعد العقون	مقررا
-د/أ. ضيفي نعاس	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020

Remove Watermark Wondershare PDFelement

كلمة شكر

نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا على انجاز هذا البحث سواء

من بعيد أو من قرب، كما يسعنا أن نتقدم بأسمى التقدير

إلى الأستاذ المشرف* ساعد العقون * الذي لم يبخل علينا بنصائحه

القيمة أوارشاداته وموافقته على الإشراف علينا والذي مهد لنا الطريق لإتمام

هذا العمل.

دون أن ننسى طلبة السنة الثانية ماستر دفعة 2020- 2021 وكل اساتذة

وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة زيان عاشور .

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الإهداء

إلى من حملني بأمر ربي حملا جميلا، وعلمني مكارم الأخلاق والمبادئ الفضيلة

إلى من كان ولازال رضاها غنما يقيني هجير الأيام وعينيني دوما على المضي إلى الأمام

إلى أمي الحبيبة – حفظها الله وأطال في عمرها –

إلى الذي لو أعطيته الدنيا بأسرها عجزت عن مكافأته على عطائه

إلى أبي العزيز – حفظه الله وأطال في عمره –

إلى من نشأت و ترعرعت بينهم

إلى إخوتي الأعزاء

إلى من لقاؤهم تسمة وصوتهم نغمة وحبهم نعمة شاركوني براءة الصبى وربيع

العمر إلى كل أصدقاء الدرب

إلى كل من في ذاكرتي ولم تسعه ورقتي، إلى كل من تمنى لي النجاح من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي.

اسامة محمد هشام

Remove Watermark Wondershare PDFelement

إهداء

الحمد لله وكفى، و الصلاة والسلام على المصطفى صلى الله عليه وسلم

أهدي ثمرة جهدي إلى اللذان أوقدا شمعة حياتهما ليشعا دربي بنور المعرفة و العلم

أبي و أمي

إلى كل من إخوتي

و إلى كل العائلة الكريمة

إلى كل من أكن لهم التقدير و الإحترام صديقاتي.

إلى من دعمني في هذا العمل

سعاد

Remove Watermark Wondershare PDFelement

تختلف العقود من حيث نوعيتها، ولكن حينما يكون الأمر على العقود الإدارية يكون مختلفا نوعا ما ، لأن الإدارة العمومية تكون طرفا فيها ولها الحق في إصدار القوانين من جهة وتحديد حيثيات العقد بينها وبين المتعاقد معها من أجل بنائه على أسس صحيحة وأيضا من جهة أخرى تلتزم الإدارة العمومية بما جاء في العقد وبطبيعة الحال يكون العقد مناسب للإدارة العامة و الصالح العام من أجل الإنتفاع به و إستغلال المرفق العام لحسن استغلال .

ونذكر في شأن العقود الإدارية نجد الصفقات العمومية التي حظيت بإهتمام كبير من طرف المشرع و مهتمي هذا القطاع الحساس خاصة لما مر به من مراحل بتعاقب الحكومات هذا كله لكي يكون خدمة الصالح العام، ووضع قوانين من حين لآخر من أجل مسايرة التحديات التي تمر بها الدولة الجزائرية.

وتبرز الإدارة العمومية بمختلف تكتلها وأنواعها العديد من الصفقات العمومية بشكل سنوي، إذا تتمثل القيام بأشغال، وإنجاز الدراسات وغيرها الموجودة في قانون الصفقات العمومية، وكذا الأجهزة المالية المكلفة للدولة ترصد لها ميزانيات ضخمة، لا سيما فيما يخص التجهيز، لا لشيء إلا من أجل حاجات الجمهور المتزايدة بشكل سنوي.

ومن الأنواع الأخرى التي عليدا ذكرها من العقود الإدارية هو عقد الإمتياز الإداري الذي بدوره ينتمي إلى هذا السلك ومن التعرف عليه أي عقد بموجبه تدار المرافق العامة من خلال الأفراد القانون العام أو الخاص من أجل تسييرها و بمعنى آخر جاء من أجل وضع ليونة أكثر بعد إزدياد حاجات الأفراد المتنوعة ومن أجل إشباع رغبات الأفراد العامة .

ولتحديد هوية الصفقة العمومية لا بد من تحديد مفهومها والنظر إلى أهم التطورات التي عرفتها الصفقة منذ نشأتها، فمفهوم الصفقات العمومية في تطوره وشهد مراحل كبرى رافقتها إيديولوجيات معينة لا ينكر أحد الإرتباط القائم بين الصفقات العمومية والمجال الاقتصادي و المحددة أساسا بالإنفاق العام.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

تلجأ السلطة الإدارية عند ممارسة نشاطها ووظائفها المختلفة، لإصدار أعمال قانونية قد تكون بحد ذاتها أعمالا إنفرادية فيها تستخدم مظاهر السلطة العامة، كالأعمال المادية والقرارات الإدارية، فتقوم بهذه التصرفات بالإرادة المنفرد منها عن طريق إصدار قرارات إدارية، أو في صور أعمال تعاقدية وهذه الأخيرة أصبحت تحتل اليوم مكانة هامة في سلم النشاط الإداري بوجه عام إلى ماتوفره من فرص وامتيازات لا تظير لها، لكونها الوسيلة الطبيعية في سبيل إنجاز أهداف الإدارة وتنفيذ مشاريعها.

المنهج المعتمد في الدراسة:

وضعنا المنهج المعتمد في الدرسة المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل تعاريف النصوص القانونية، وكذا الأحكام والقرارات القضائية، والآراء الفقهية ومناقشتها واستنباط منها الأحكام المناسبة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أهمية الموضوع:

ترجع أهمية الموضوع إلى ملء علامات الإستفهام فيما يتعلق بالإطار المفاهيمي بالعقود الإدارية في مجال قانون الصفقات العمومية وعقود الإمتياز من جهة أخر .

ويعود سبب إختيارنا لها الموضوع إلى درجة أهميته وكذا ميولنا لدراسات القانونية و الإدارية في مجال الصفقات العمومية، كذا محاولة تحقيق مرجع فيما يخص هذا الموضوع الا وهو الصفقات العمومية، التعرف على النظام القانوني الذي يحكم الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أسباب إختيار الموضوع :

إعطاء مفهوم واضح للعقود الإدارية من خلال وضع مجموعة من النصوص التي تعطينا تعريفها .

محاولة إعطاء مفهوم الصفقة العمومية وما لها من إرتباط بصفة عقد إداري وهل تتوافر فيها قول ذلك

بالإضافة إلى قلة المراجع فيما يخص هذا الموضوع المتعلق بالآجال في الصفقات العمومية هذا إلى أنه شهد في كل موسم تطورات تحدث في مجال الصفقات العمومية.

أهداف الدراسة:

التعرف على موضوع الصفقات العمومية والتعمق فيه

إكتشاف العلاقة التي ترتكز بين العقود الإدارية بالإضافة إلى عقود الصفقات العمومية و عقود الإمتياز.

الصعوبات التي واجهتنا في البحث

عامل الوقت إذ أنه مع إرتباطاتنا بإلتزامات أخرى كان علينا تخصيص وقت كافي من أجل التعمق و إعطاء هذا الموضوع حقه.

صعوبة الحصول على المواد القانونية المتعلقة بالعقود الإداري وكذا الصفقات العمومية و عقود الإمتياز ،

جاء بشيء من الصعوبة وهذا بسبب تحديث المواد القانونية بشكل دوري فتلغى مادة و تستحدث مادة من سنة إلى سنة.

ضيق الوقت وقلة الخبرة في البحث، وذلك لأنه أول بحث نقوم في الغوص في تجربته.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الإشكالية :

هل يمكن تعريف العقود الإدارية في الجزائر من خلال الصفقات العمومية وعقود الإمتياز ؟

الأسئلة الفرعية:

ما مضمون تعريف العقود الإدارية ؟

ما هو الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية وكذا عقود الإمتياز التي تمنحها الدولة ؟

وفي هذا الصدد قسمنا دراستنا على شكل فصلين التاليين:

الفصل الأول: تحدثنا في هذا الفصل إلى مفهوم العقود الإدارية ونظامها القانوني فانطلقنا بوضع مفهوم للعقود الإدارية مرورا بأثار العقد الإداري

الفصل الثاني: وضعنا فيه مفهوم الصفقات العمومية من جهة مفهومها وبعض الأبعاد التي تتعلق بهذا المصطلح وأيضا أضفنا مصطلح عقود الإمتياز ببعض الأبعاد التي تتعلق به.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

تقوم الإدارة بمجموعة من الأعمال تتميز من خلالها عن غيرها، أي أنها تكون على الشكل الذي يجعل منحى إداري أو مادي ذو صبغة قانونية.

تأتي للأعمال الإدارية الحديثة نسبيا بالنسبة للمواضيع التي تكون في نفس هذا الشأن، في مجال الإدارة ألا وهو إبرام العقود، ومن العناصر الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري وهو أن تكون الإدارة عنصرا أساسيا فيها .

في هذا الفصل وصفنا نقطتين أساسيتين هما:

المبحث الأول التعريف بمفهوم العقد الإداري ونظامها القانوني

المبحث الثاني آثار العقد الإداري بالنسبة للمتعامل المتعاقد

Wondershare PDFelement

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري ونظامها القانوني

ان كان من المسلم به والمتفق عليه فقها وقضاءا أن فكرة العقد تقوم على فكرة التقاء أو اتفاق ارادتين أو اكثر على أحداث أثر قانوني معين، بقصد انشاء التزامات متقابلة بينهما ، ومن ثم فإن التشريعات لم تتطرق إلى تعريف العقد الاداري التمست هذه المهمة على الفقه و القضاء الإداريين الذين وضعوا نصب أعينهم كطرق إلى تعريف العقد الإداري.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري

تعريف العقود الإدارية يمكن تعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام وتضمين شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وعليه فان العقد الإداري[1] يعرف وفق الفرعين التاليين الذكر :

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري وفقا للمعايير الفقهية

تعرف العقود الإدارية تبعا لما هو معروف والمتفق إلى المعايير الآتية:

عليه في تحديد العقود الإدارية

أولا: المعيار الشكلي

وهو يعني شكل القرار بأن يكون مكتوبا، حيث أن أي صفقة تتم في شكل عقود مكتوبة وفقا لما تقتضيه إجراءات الصفقة العمومية، وقد ركز المشرع الجزائري على عنصر الكتابة في كل العقود الإدارية باختلاف أنواعها فهي تعد من أهم العناصر التي ترتكز عليها التشريعات التي تناولت تنظيم العقود الإدارية.[2]

---

[1] زوات جمال، دروس في القانون الإداري، ط1، (الجزائر : القبلة، للدراسة الوطنية للنشر، 2008)، ص 33

[2] سعيدة فيصل، النظام القانوني للصفقات العمومية والبيئة حمايتها، (مجلة الاجتهاد القضائي)، العدد الخامس، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، (بسكرة، بدت)، ص 110.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

ويعتبر شرط الكتابة في العقود الإدارية شرط وجوبي لقيام عقد صفقة، غير أن التشريعات المقارنة في مجال العقود الإدارية لا تشترط الكتابة بالصورة التي اشترطها المشرع الجزائري.[1] واعتبرت الكتابة ضرورة حتمية، خاصة عند نشوب نزاع حول تنفيذ العقود الإدارية، وما يؤكد ذلك يوجود وثائق إدارية متعلقة بالعقود الإدارية كالدفاتر الشروط العامة والخاصة، إذن عنصر الكتابة في العقود الإدارية نفسه في العقد المدني كما أقر به المشرع الجزائري.

ثانيا: المعيار العضوي

هو أول المعايير التقليدية التي عرفها القانون الإداري خاصة العمل القضائي التعاقدي، فعلى أساس هذا المعيار يتم التركيز على الجهة الإدارية المتعاقدة، ويكفي لإثبات أن العقد إداريا أن يكون أحدى طرفيه شخص من أشخاص القانون العام وهذا بغض النظر إلى طبيعة ومحتوى العقد.

وبالرجوع إلى المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها بينت أهم الأطراف الإدارية في المنازعة الإدارية المتمثلة كل من الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، حيث أن هذه الأطراف تكون حال النزاع الإداري القائم بين أطراف الصفقة العمومية، وبيرز خاصة في المادة (804) التي أكدت على أهم الدعاوى التي ترفع أمام المحكمة الإدارية بما في ذلك ذكرت مادة العقود الإدارية في الفقرة الثالثة. ويعد هذا المعيار على عكس المعيار المادي الذي يركز على طبيعة النشاط، أما المعيار العضوي فمجرد وجود أشخاص معنوية عامة في الدعوي فيعتبر القاضي الإداري هو من يفصل في الدعوي ومختصا. مع صرف النظر عن القواعد القانونية المطبقة.[2]

---

[1] السبعة فصل، مرجع سابق، ص110.

[2] عمار مانسي، معايير تمييز العقود الإدارية، www: etudiant. z. net، 29-2-2012، ص1.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

كما ذكر في المادة (02) من قانون الصفقات العمومية (12 – 23) مؤكدة في ذلك على الأطراف الإدارية التالية:

الإدارات العمومية

الهيئات الوطنية المستقلة

الولايات

البلديات

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي....[1]

1) الهيئات الوطنية المستقلة: لم يشر قانون الصفقات العموم الأول لسنة 1967 لهذه الهيئات واقتصرت المادة الأولى منه على ذكر الدولة والولاية و العمالات والبلديات و المؤسسات، والمكاتب العمومية أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية (02–250) في المادة (02) ذكرت الهيئات الوطنية المستقلة كما هو مشار إليها في القانون.

ويقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه، والمجلس الدستوري، المحكمة العليا، مجلس الدولة ومجلس المحاسبة...، إذ أنه هذه الهيئات تقوم بالعديد من العلاقات التعاقدية تتمثل في الصفقات العمومية، وهذا ما يميز الهيئات الوطنية عن الهيئات المحلية فالأولى تشمل كامل إقليم الدولة أما الثانية فتشمل جزء من إقليم الدولة.[2]

---

[1] أنظر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08/09 المادتين 800 و 804، وأنظر قانون الصفقات العمومية 12/23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المادة 02.

[2] عمار بوضياف، محاضرات في العقود الإدارية (معايير تحديد الصفقات العمومية تشريعا وفقها وقضاء)، ص12.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

2) الولاية: تعتبر الولاية مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وهي وحدة إدارية منفصلة عن الدولة انفصالا عضوية وقانونية، ونظرا لأهميتها ذكرت الولاية كتنظيم إداري في كل الدساتير الجزائرية، دستور 1963، 1976... والقانون رقم (07-12) المتعلق بالولاية، كما تعتبر جهاز مداولة المتمثلة في المجلس الشعبي الولائي وما يشمل من هيئات وجهاز تنفيذي متمثل في الوالي، وما تحته من أجهزة وهياكل، ويعتبر الوالي هو الممثل القانوني أمام القضاء في منازعات الصفقات العمومية، على حسب ما جاء في المواد (135و 136و137) من قانون الولاية تبين أن الولاية تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريد...[1]

3) البلدية: تعد البلدية الجماعة القاعدية الإقليمية في الإدارة المحلية وهذا ما أشارت إليه المادة (15) من قانون البلدية (10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 إن البلدية تتكون من هيئتين تنفيذية يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثل للبلدية، فالبلدية تشكل كيانا مستقلا وذاتيا من خلال ما جاء في المادتين 49-50 المدني [2]

4) المؤسسات العمومية: جاء في المرسوم الرئاسي (23-12) المعدل والمتمم بموجب مفصلا بشأن أنواع المؤسسات العمومية المعنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية، حيث ذكرت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهذا خلافا للمرسوم الرئاسي (91-434) الذي قصر إبرام الصفقات العمومية على نوع واحد من المؤسسات العمومية المتمثلة في المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري أما المرسوم الحالي (23-12) أخذ بمفهوم واسع للمؤسسة العمومية ما جاء في المادة (02) تؤكد على أنواع المؤسسات العمومية هي: المؤسسات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني...، ومن ثم فمنازعات الصفقات العمومية التي تبرمها هذه المؤسسات ذات

---

[1] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، ط2، (الجزائر: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005)، ص 12.

[2] انظر قانون الصفقات العمومية 12 / 23 ، والقانون المدني المواد 49،50،189،15.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الطابع الصناعي والتجاري تخرج من اختصاص الغرف الإدارية أي من مجال القضاء الإداري.[1]

وقد عرف المشرع الجزائري العقود الإدارية حسب التعريف التشريعي و القضائي وقد عرف والفقهي كالتالي:

1- التعريف التشريعي: عرف المشرع الجزائري العقود الإدارية حسب ما جاء في قوانين الصفقات العمومية المختلفة:

- قانون رقم (67-90): يعرف العقد في مفهوم هذا القانون بأنها الصفقة التي تكون عقود مكتوبة التي تبرمها إما الدولة أو الجماعات أو البلديات أو المؤسسات العمومية و المكاتب العمومية، قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.
- قانون رقم (82-145): يعرف العقد في هذا القانون بأنها صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم هذا التشريع الساري على العقود، والمواد والخدمات.[2]
- قانون رقم (02-250): الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.
- قانون رقم: (10-236): عرفها المشرع الجزائري في المادة (04) حسب ما جاء في قانون السابق الذكر (02-250). المعدل والمتمم بموجب القانون (12-23) المتضمن الصفقات العمومية.[3]

2- التعريف القضائي: رغم قيام المشرع الجزائري بإعطاء العديد من التعاريف للعقد الإداري في مختلف القوانين، إلا أن القضاء عند قيامها وفصله في العديد من قضايا

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 16-17.

[2] عمار بوضياف، محاضرات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 05.

[3] انظر قانون الصفقات العمومية، المادة 04.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

منازعات العقود الإدارية أعطى تعريف أخر والمتمثل في: ما ذهب إليه مجلس الدولة في تعريفه لصفقة العمومية في قرار له المؤرخ في 17 ديسمبر 2002، في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بولاية بسكرة ضد (ق.أ) إلى القول إن الصفقة عبارة عن عقد يربط الدولة بالخواص أو مقاولة أو انجاز مشروع ما أو أداء خدمات عامة....[1]

ومن خلال هذا التعريف نجد أن مجلس الدولة حصر تعريف الصفقة في مجال العقود التي تربط الدولة بالخواص، في حين العقد الإداري أو الصفقة العمومية تكون عقد يربط بين الدولة مع طرف أخر الممثل في الدولة ، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.[2]

ثالثا: المعيار الموضوعي

يقصد بهذا المعيار أو العنصر المادي محل أو موضوع العقد الإداري، أي الخدمة التي يقدمها المتعاقد للإدارة المتعاقدة، و يشمل هذا المعيار طبقا عقد الأشغال أو التوريد، أو الخدمات والدراسات.[3]

كما يجب أن يخضع هذا المعيار إلى قواعد القانون الإداري حيث يكون موضوع العقد متصل بالمرافق العامة. فطبقا لهذا المعيار نجده يعتمد على الجانب المادي للعقد دون النظر إلى الشخص الذي أبرمه أو الجهة القضائية المختصة بذلك.[4]

رابعا: معيار الاختصاص

وفقا لهذا المعيار يعتبر العقد الإداري الذي تقوم بإبرامه السلطة الإدارية إذا ما أنيط القانون الاختصاص في الفصل والنظر في منازعات ودعاوى هذه العقود الجهة القضاء الإداري. فكلما

---

[1] طاهر بن لخضر، "العقود الإدارية" www.djelfa.info، 23.2.2012، ص 2

[2] طاهر بن لخضر، مرجع سابق، ص02

[3] لسيغة فيصل، مرجع سابق، ص110

[4] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 18.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

جعل الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري يعتبر هذا العقد إدارية بغض النظر إلى الجهة التي قامت بإبرامه (الجهة المتعاقدة).

القاضي الإداري عندما ينظر إلى منازعات العقود الإدارية بصفته مختصا في ذلك فيعد عقدة إدارية بغض النظر عن طبيعة العقد المبرم، وقد أخذت بهذا المعيار بعض التشريعات الاستثنائية بفرنسا، وتأثر به المشرع الجزائري في الكثير من النصوص القانونية.[1]

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري وفقا للأسس الكلاسيكية

إلى جانب المعايير السابقة الذكر تعرف العقود الإدارية وفقا لما جاء في المعايير التالية الذكر وهما معيار البند غير المألوف، ومعيار المرفق العام. سيتم شرحهما كما يلي:

أولا: معيار المرفق العام

مما سبق التطرق إليه في تعريف العقود الإدارية من طرف الفقه والقضاء الإداري نجد أن هذا الأخير قد تبنى معيارا أخر تمثل في المرفق العام[2] وهو كالتالي:

1- المفهوم الشكلي: وهو يتمثل في الأجهزة والهيئات والتنظيمات الإدارية مثل الجامعة، المستشفى... الخ.

2- المفهوم الموضوعي: وهو ما يشمل الخدمات العامة التي يقدمها المرفق تلبية للحاجات العامة للجمهور، مثل التعليم الصحة، الأمن... الخ.[3]

حيث أن المرفق العام لا يرتكز على امتيازات السلطة العامة المتعاقدة بل عندما يؤدي العقد بمساهمة شريك للإدارة تلقد مرفق عام يكون له طابع إداري، مما يعني خضوعه الأحكام القانون العام، ويكون له طابع إداري بالإضافة إلى اختصاص القاضي الإداري. وهكذا إذا أنجز

---

[1] عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني (النشاط الإداري)، ط2، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية، 2002)، ص 202.
[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سبق، ص 18.
[3] محمد الصغير بعلي، مرجع سبق، ص 18- 19.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

العقد مهمة مرفق عام لمصلحة عامة كان العقد إدارية و يستفاد من هذا الكلام أن القضاء اعتبر إشراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام بشترط أن يسير وفقا لقواعد القانون العام.[1]

ثانيا: معيار البند الغير المألوف

ذهب كل من القضاء الإداري الفرنسي و المصري إلى حد القول بأن العقد لا يعتبر إداريا بمجرد اتصاله بالمرافق العامة كما سبق ذكره، أو بأحد أطرافه (شخص معنوي عام)، إلا إذا تضمنت شروط غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، ويعتبر هذا الشرط على تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة فلها أن تقوم بإصدار قرارات في جانب العقود الإدارية كما تشاء إما أن تلغي العقد تغير من شروطه دون اللجوء إلى مجلس الدولة.

حيث أن الامتيازات الممنوحة للإدارة غير مألوفة في القانون المدني، وبالتالي معيار البند الغير المألوف حسب التعريف السابق الذكر للشروط الاستثنائية هو صورة واضحة تتجسد في امتيازات السلطة العامة للإدارة خلال الأعمال الانفرادية التي تقوم بها لاسيما القرار الإداري الذي تصدره.[2]

وخلاصة القول مما سبق أن المعيار الراجح في هذا الشأن هو المعيار الموضوعي لاسيما إذا اكتملت إلى جانبه بعض الشروط والعناصر الأخرى كعنصر الأطراف الإدارية بالإضافة إلى المرفق العام ودوره في تحديد عمل الإدارة...، ويعتبر هذا المعيار من المعايير القاطعة في تحديد وتمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود لأنه يستند ويقوم على أساس موضوع العقد وطبيعته القانونية دون النظر إلى الشخص الذي أبرمه ودون اعتبار لنوعية الجهة القضائية.[3]

---

[1] علي هاني الطيراوي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، ط1، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998)، ص 286

[2] علي هاني الطيراوي، مرجع سابق، ص 287

[3] رواب جمال، مرجع سابق، ص 36.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المطلب الثاني: شروط العقد الإداري

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية ، فالعقود الإدارية يكون أحد طرفيها من أشخاص القانون العام و يختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري ، بينما العقود الخاصة يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الخاص، أوكلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص و أن المنازعات التي تنشأ عنها تخضع للقضاء العادي و ليس القضاء الإداري.

العقود الإدارية بتحديد القانون هي العقود التي نص المشرع صراحة على اعتبارها عقودا إدارية، أو خول صلاحية الفصل فيها القضاء الإداري. ومن أمثلة هذه العقود في فرنسا عقد الأشغال العامة وعقد بيع عقارات الدولة وعقد شغل المال العام.[1]

الفرع الأول: شرط قيام العقد بوجود الإدارة طرفا فيها

تعتبر العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة التي أخذت بتقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، لذلك يكون من البديهي أن يشترط عند إضفاء الصفة الإدارية على العقود أن تكون الإدارة طرفا فيها و ذلك على أساس أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون الخاص.[2]

هذا المعيار يوسع من نطاق العقود الإدارية وبالتالي القانون الإداري لأنه يترتب عليه اعتبار كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا، علما بأن الإدارة قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في إبرام عقودها و بالتالي ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقدا إداريا.

---

[1] أنظر:

- LAUBADERE (A. de), traité de droit administratif,6e ed. Paris L.G.D.J 1973, P667
- VEDEL (G.) droit administratif, 4 e ed., Paris, 1968, P212.
- VELLEY (S.), Droit administratif, 4e ed. Paris dalloze 2003, P 84
- RICCI (C.J), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette Supérieur, 2006, P213.

[2] بدوي (ثروت)، "المعيار المميز لعقد الإداري"، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع3 و4، س 27، ص 120.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الفرع الثاني: إتصال العقد بنشاط المرفق العام

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

وقد ارتبطت فكرة المرفق العام بالعقد العام الإداري منذ بداية ظهور الأحكام الكبرى المكونة لنظرية العقد الإداري انطلاقا من حكم بلانكو الصادر عن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية عام 1873 والذي وضع الحجر الأساس لقواعد المسؤولية الإدارية وجعل في نفس الوقت الاختصاص للمحاكم الإدارية في كل نزاع يتعلق بمرفق عام.

وبرز على إثر ذلك جدال حاد بين الفقهاء حول مدلول المرفق العام وأهميته بالنسبة للقانون الإداري، فنادى فريق منهم بزوال مفهوم هذا المرفق أو أن أهميته أصبحت ثانوية في القانون الإداري بينما أعتبر الفريق الآخر ما حصل هو تطور في مفهوم المرفق العام.[1]

وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التميز للعقد الإداري وارتبطت به فترة طويلة حتى كاد الفقه و القضاء يجمعان على ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد، ولهذا ورثت فكرة المرفق العام في العديد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي وأعتبرها مجلس الدولة في بعض أحكامه معيارا كافيا لتميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، و سار القضاء المصري على ذات المسلك عندما قال في حكم له صادر في 16 ديسمبر 1956 بأنه: « تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة ... »[2]

وأكدت ذات المسلك المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في 2 مارس 1963 عندما قررت «بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات

---

[1] عيسى (ياقين)، مظاهر سلطة الإدارة في تعديل طرق الأشغال العامة، ط1، 1976 النجف، العراق، ص 61 وما بعدها.

[2] حسن (عثمان عبد الحميد)، "حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، ع 05، 1961، ص 11.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة [1].

أما الفقه الإداري فقد استقرت مهمته على أنه إذا كان شرط المرفق العام شرطا لازما وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة فإنه يكفي في هذا الصدد أن يؤخذ المرفق العام بأوسع معانيه أو لا محل للتنقيب بنوع معين من المرافق العامة الاعتبار من الاعتبارات . [2]

وهكذا فإن فكرة العقد الإداري -طبقا لهذا الرأي- لا تقتصر على المرافق الإدارية وإنما يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى الاقتصادية والتجارية، وعلى الرغم من اتفاق هؤلاء على ضرورة اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام وبعبارة أخرى هل يجب أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق العام على درجة معينة من المتانة؟ | ظهرت في هذا الخصوص ثلاث نظريات يذهب كل منها إلى تعيين الدرجة التي تكون عليها هذه الصلة حتى يمكن إضفاء الصفة الإدارية على ذلك العقد [3].

وهذه النظريات هي :نظرية الهدف المباشر و نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام، و نظرية المرافق العامة بطبيعتها. و بناء على ذلك قسمت هذه الفقرة إلى عدة نقاط تناول نظرية الهدف المباشر (أولا)، ثم ناقشت نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام (ثانيا)، وعرضت في الأخير نظرية المرافق العامة بطبيعتها (ثالثا).و ذلك على النحو الآتي:

نظرية الهدف المباشر:

ونادي بهذه الفكرة الأستاذ/ مارك رجلاد Marc Reglade إذ يرى أن العقود التي يكون من شأن موضوعها أن يحقق حالا ومباشرة غرض المرفق العام تعتبر عقودا إدارية، أما العقود

---

[1] وصفي (مصطفى كمال)، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مجلة العلوم الإدارية، س 13 ع1، 1971،ص 149.

[2] الطماوي (سليمان)، المرجع السابق، ص 143.

[3] عيسى (رمضان) ، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 68.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

التي لا يحقق موضوعها غرض المرفق العام بطريقة حالة ومباشرة فإنها تعتبر من عقود القانون الخاص ولو كانت نية الإدارة قد اتجهت إلى تحقيق غرض المرفق العام بطريقة غير مباشرة.[1]

نظرية الاشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام :

وهذه النظرية التي استندت إلى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسية السابقة على سنة 1956 تتضمن فكرتين تكفي كل منهما وحدها- في رأي بعض الفقهاء – لطبع العقد بالطابع الإداري. الأولى هي فكرة دوام المشاركة في المرفق العام و مؤداها أن العقود التي لا تتضمن إلا مشاركة مؤقتة أو عارضة في المرفق العام تعتبر من عقود القانون الخاص، إلا إذا وجدت شروط استثنائية وبالعكس فإن المشاركة الدائمة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد محل المنازعة، حتى ولو لم يتضمن العقد شروط استثنائية، ولهذه الفكرة مدى عام يشمل كل العقود.

والفكرة الثانية هي فكرة طبيعية الوظيفة، وهذه الفكرة تتضمنها الفكرة الأولى، | فإذا كانت الوظيفة في المرافق العامة الصناعية والتجارية بسبب طبيعتها في تلك التي لا يمكن أن يعهد بها إلا إلى معاونين للإدارة مرتبطين معها بإحدى روابط القانون العام، فإن العقد في هذه الحالة يكون إداريا.[2]

نظرية المرافق العامة الإدارية بطبيعتها:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقود التي تبرمها مرافق إدارية بطبيعتها تعتبر عقودا إدارية، أما العقود التي تبرمها المرافق الأخرى غير الإدارية والتي تمارس أعمالا مشابهة للأعمال التي يمارسها الأفراد أو الهيئات الخاصة فتعتبر عقودا مدنية غير أن هذا القول لا يؤيده الواقع حيث

[1] REGLADE(M.) de l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaires et administratives R.D.P 1924 P191

[2] C.E. 16 Mai 1952 cerbez. R.D.P. P177
C.E 8 December 1948 Pasteau RDP 1949 P75 note Waline S. 1949

Remove Watermark Wondershare PDFelement

توجد أحكام قضائية عديدة تشير بوضوح إلى أن المرافق العامة الاقتصادية هي عقود إدارية إذا تضمنت شروطا استثنائية.[1]

الفرع الثالث: اتباع أسلوب القانون العام:

يجب الاعتبار العقد إداريا أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام حتى وإن لم يتصل العقد بمرفق عام، أي أنه إذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإن ذلك يكشف عن أن نية الإدارة قد اتجهت إلى إتباع وسائل القانون العام، وبالتالي فإن العقد يصبح إداريا بغض النظر عن صلته بالمرفق العام.[2]

وبالتالي احتواء العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في العقود المبرمة من قبل الأفراد في نطاق القانون الخاص يعد العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى.

واشتراط الإدارة لنفسها التمتع ببعض الامتيازات العامة التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين ينبئ عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام.[3]

وتتمثل الامتيازات العامة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو فرض الضرائب، أو تنظيم حركة المرور أو غلق طريق أو التنفيذ المباشر أو توقيع عقوبات على المتعاقد معها... إلخ.

هذا وقد حدد الأستاذ "Georges Vedel" الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود المبرمة من قبل الإدارة، كما يلي: العقوبات الموقعة من قبل الإدارة على المتعاقد معها، والشروط المنصوص عليها في القانون والمتعلقة بفسخ العقد من جانب واحد وسلطة الإدارة في إعطاء أوامر...إلخ.[4]

---

[1] أنظر: عيسى (بوعلام)، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، المرجع السابق، 1985، ص 6-7.

[2] الشماوي (سليمان)، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

[3] العلو (ماجد راغب)، القانون الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 565.

[4] VEDEL (G.), Droit administratif, op cit, P297. أنظر:

Remove Watermark Wondershare PDFelement

وهو الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول باستبعاد المرفق العام من أن يلعب أي دور في القانون الإداري، وهو رأي مبالغ فيه، ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي لا زال يلجأ إليه حتى وقتنا الحاضر كمعيار للاختصاص وكأساس للقانون الإداري، إلا أنه لم يعد شرطا كافيا لتطبيق القانون الإداري وتقدير اختصاص القضاء الإداري.[1]

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

الأمر الذي جعل هذا المعيار عاجزا أمام تحديد الصفة الإدارية للعقد رغم محاولات الفقه في معاونة القضاء بهذا الخصوص، غير أنها محاولات باءت بالفشل وواجهت نقدا عنيفا لتناقضها ولغموض عناصرها، ولصحة هذا المعيار لجأ أنصار هذا المعيار ليس إلى تحديد المفهوم القانوني الدقيق لهذه الشروط وإنما إلى عرض صور عنها وبيان أنواعها، مع ذلك لم يتمكن هؤلاء من حصر جميع هذه الشروط بل بقيت على سبيل المثال فقط ولا يمكن أن تشكل معيارا دقيقا للعقد الإداري.[3]

وإذا كانت هذه الدول قد أقرت بوجود العقود الإدارية من حيث المبدأ فإنه لا يوجد اتفاق تام فيما بينها على مضمون هذه العقود وعناصرها ففكرة المرفق العام التي قامت على أساسها هذه العقود في فرنسا اعتبرها الفقه الألماني فكرة نسبية بحتة وواسعة للغاية إضافة إلى كونها غامضة، أما الشروط الاستثنائية التي اعتبرها بعض الأحكام القضائية الفرنسية عنصرا أساسيا

---

[1] DELAUBADÈRE (A), op-cit, P 53

[2] عيسى (رياض)، مظاهر سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 79.

[3] عيسى (رياض)، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، المرجع السابق، ص 7-8

Remove Watermark Wondershare PDFelement

لتحديد العقد الإداري، لذلك نجد أن ما يعتبر عقدا إداريا في فرنسا قد لا يعتبر إداريا في ألمانيا.[1]

نستنتج مما سبق أن الفقه والقضاء واجها صعوبات كثيرة في تحديد عناصر العقد الإداري وفي تمييزه عن بقية العقود الأخرى، حيث حاول الفقه جعل بعض هذه العناصر كالمعيار الأساسي في تمييز العقد الإداري مستبعدا في نفس الوقت بقية العناصر، وإن كان الإجماع على أن معيار تمييز العقد الإداري يقوم على العناصر الثلاث المشار إليها سابقا وهي:

- أن تكون الإدارة طرفا فيه.
- أن يتصل بمرفق عام.
- أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وأشارت أحكام القضاء إلى ضرورة توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لتحديد ماهية العقد الإداري، وفي بيان ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها: «..... وليس يكفي أيدا مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف – أي العقد – إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة.

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

[1] عيسى (رواحنة)، العلاقات التعاقدية، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي، رسالة دكتوراه (كلية القانون والسياسة)، بغداد، 1979، ص 300.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المبحث الثاني : آثار العقد الإداري بالنسبة للمتعاقد

إن العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة أي أنه يرتب حقوقا و إلتزامات في مواجهة طرفيه ومن ثم يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة عدة إلتزامات يتعين عليه مراعاتها، وفي مقابل ذلك فإنه يتمتع بالعديد من الحقوق.[1]

إن على الإدارة عند تنفيذ العقد ، الحفاظ على حقوق المتعاقد معها مقابل السلطات التي تتمتع بها ، حيث تتجلى أهمية الحفاظ على هذه الحقوق بضرورة المحافظة على سير المرافق العامة، الأن عدم المحافظة عليها سيؤدي حتما إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة مما ينعكس ضررا على سير المرافق العامة ، ويؤدي أيضا إلى خرق مبادئ العدالة ومساواة الأفراد أمام الأعباء العامة[2].

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد إن حقوق المتعامل

فبمجرد قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته المتعلقة بموضوع العقد، صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون. وإذا واجهت المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ العقد أصبح من حقه المطالبة بما يسمى بالحق في التوازن المالي، وإذا أصاب المتعامل المتعاقد ضررا جراء عمل قامت به الإدارة جاز له المطالبة بالتعويض.[3]

الفرع الأول : الحق في المقابل المالي

وهو من أهم حقوق المتعاقد، لأنه من الأهداف الأولى التي دعت المتعاقد إلى إبرام العقد، للحصول على الربح، إلا أنه قد تكون العقود الإدارية على عكس هذا الغرض حيث يلتزم

---

[1] أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 205.
[2] بصري منصور شلبي، مرجع سابق ، ص 427.
[3] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 135.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المتعاقد مع الإدارة بتقديم مقابل نقدي كما هو الشأن في عقود تقديم المعاونة أو شراء أو استئجار من الإدارة، إلا أن معظم العقود الأخرى يستهدف المتعاقد من خلال إبرامها الحصول على مقابل نقدي من الإدارة. ويتخذ الحق في المقابل المالي عدة صور، فقد يكون مرتبا شهريا في حالة عقود التوظيف، وقد يكون ثمنا للبضائع الموردة أو لخدمة مطلوبة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها.[1]

ويفرق الفقه بين نوعين من المقابل المالي وذلك حسب نوع الخدمة المقدمة من طرف المتعاقد، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها.[2]

الأصل أن يحدد الثمن في العقد الإداري باتفاق بين طرفيه- الإدارة والمتعاقد معها ومن ثم فإنه يدخل في عداد الشروط التعاقدية، كما يمكن أن ينص على الثمن بمقتضى وسائل مستقلة تلحق بالعقد. والأصل أن يحدد الثمن برقم معين ، ولا يمنع ذلك من أن يحدد بطريقة أخرى كالإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساس للمحاسبة وتختلف طريقة تحديد السعر وفقا لطبيعة العقد، ففي عقد الأشغال العامة قد يحدد المتعاقدان سعرا إجمالية للعملية كلها وقد يحددان سعرا لكل نوع من الأعمال التي يقوم عليها المشروع. أما في عقود التوريد قد يحدد السعر للكمية المطلوب توريدها وقد يحدد وفقا النوع السلع المطلوبة بحيث يحدد سعر كل وحدة على حدة.[3]

ولقد فصلت المواد من 63 إلى 91 من المرسوم الرئاسي (236 / 10) المعدل والمتمم كيفيات الدفع بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام، ويرتفع

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق ، ص 213.

[2] مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن ، مرجع سابق ، ص 132.

[3] أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 212.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

مبلغ الصفقة ولذلك خصص المشرع 28 مادة لكيفيات الدفع وذلك لخطورتها، فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة وحق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى[1].

ووضحت المادة 73 و74 من نفس المرسوم الرئاسي أن التسوية المالية للصفقة العمومية تتم حسب الآليات والكيفيات الثلاثة التالية:

أولا: التسبيق:

وهو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة. وهذا لتمكين المتعاقد من مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء. ويتخذ التسبيق حسب المادة 76 و 77 أحد الشكلين التاليين:

أ- التسبيق الجزافي: وهو مبلغ من المال تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها قبل البدء في تنفيذ موضوع الصفقة، يجب أن لا يتعدى مبلغ التسبيق الجزافي نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة، إلا في حالة استثنائية و واردة بالمادة 78.

ب- التسبيق على التموين: وهو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعاقد إذا أثبت للإدارة بموجب وثائق وسندات طلب شراء مواد البدء لها علاقة مع موضوع عقد الأشغال[2].

وفي هذه الحالة أكدت المادة 80 الفقرة الثانية على تقديم المتعاقد إلتزام صريح بإيداع المواد والمنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق، وهذا الشرط منطقي لأنه لا يسمح للمتعاقد من الاستفادة من التسبيق على التموين ثم تحويله لخدمة مشروع لجهة إدارية أخرى.[3]

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 136.

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 84.

[3] أنظر المرسوم الرئاسي (236/ 10) المعدل والمتمم.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

وبينت المادة 80 من المرسوم على إمكانية الجمع بين التسبيق الجزافي و التسبيق على التموين بحيث لا يمكن كحد أقصى أن يتجاوز 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة وفق المادة 82.

ثانيا– الدفع على الحساب :

وحسب النص الصريح للمادة 84 من المرسوم الرئاسي (236 / 10) المعدل والمتمم ، فإن الدفع على الحساب هو التسديد الذي تقوم به الإدارة للمتعاقد معها والذي أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة. كما يجوز لحائزي صفقة أشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب .ويكون الدفع على الحساب شهريا، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ويتوقف منح هذا الدفع بتقديم إحدى الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف وجاهية (مبدئية) خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الإجتماعية، مؤشرا عليه من صندوق الضمان الإجتماعي المختص.

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب : وهي الدفع الموقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

ولقد بينت أحكام المرسوم الرئاسي كيفية التسوية الموقتة للرصيد والتي تهدف إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد والذي قام بتسليم المشروع أو أداء الخدمة، مع إقتطاع الضمان والغرامات المالية عند الاقتضاء و الدفوعات بعنوان التسبيقات. [1]

[1] أنظر المادة 86 من المرسوم الرئاسي (10/236) المعدل والمتمم ص 34.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أما التسوية النهائية للرصيد تكون بزد اقتطاعات الضمان ، وشطب الكفالات التي كونها المتعاقد.[1]

أما السعر القابل للمراجعة فيجب للصفقة أن تتضمن بندا يسمح لأطرافها مراجعة الأحكام المالية إما تغيير السعر أو تحيينه وفق الظروف الجديدة وهذا ما بينه المشرع في المرسوم.[2]

الرسم

إن الإدارة قد تتولى تحديد هذه الرسوم بعد إستشارة المتعاقد ، مع أن هذه الاستشارة ليست ملزمة للإدارة، كما يمكن لهذه الأخيرة أن تقوم بتحديد الرسم بصورة قاطعة وبدون استشارة الملتزم. ويجدر الإشارة غالى انه هنالك قيود ترد على تحديد الرسم تتمثل في مايلي:

1- إحترام مبدأ المساواة بين المنتفعين، وهذا يعني أن يكون الرسم الواجب الدفع متساويا بين المنتفعين تطبيقا لمبدأ المساواة في الإنتفاع من المرافق العامة، أما الاستثناء يتمثل في إمكانية تغيير الرسم وفقا لبعد المكان الذي تؤدي فيه الخدمة كالتمييز في المعاملة بين سكان المدن وضواحيها بإقتضاء رسوم إضافية أو لنوع الخدمة المطلوبة وما إذا كانت عادية أو ممتازة أو مستعجلة[3].

2- تحديد السعر الذي يجب أن تقدم به خدمة المرفق العام إلى جمهور المنتفعين ، من اختصاص المشرع مما يفرض على أطراف العقد الالتزام به والتقيد به .

فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفته[4].

---

[1] أنظر المادة 87 من نفس المرسوم، ص 34

[2] أنظر المادة 87 من نفس المرسوم، ص 34

[3] بصري منصور تلبلبي، مرجع سابق ، ص 503- 512

[4] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق ، ص 190.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الفرع الثاني: الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها

بمجرد المصادقة على العقد الإداري من السلطة المختصة ، وبعد التبليغ بواسطة أمر الشروع في تنفيذ خدمة موضوع العقد، تلتزم الإدارة المتعاقدة بإحترام بنود العقد وكل ما يتضمنه من شروط والتي وافقت عليها الادراة الملتزمة.

فالإدارة إذا خالفت إلتزاماتها التعاقدية، فمن واجب المتعامل المتعاقد أن لا يتعامل معها بالمثل ويمتنع عن تنفيذ التزاماته ، بل عليه أن يتابع تنفيذها ويطالب بالتعويض الذي تسببت به الإدارة جراء عدم تنفيذ إلتزاماتها ، وله الحق أن يطالب بفسخ العقد أمام القضاء المختص [1]. طبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا ما تسببت بإحداث ضرر للمتعامل المتعاقد كان من حقه المطالبة بالتعويض، وفي كل الأحوال يجب على المتعامل المتعاقد أن يثبت خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد[2] .

يشترط لإثارة مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية بطريق الخطأ وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة سببية بالخطأ الذي ترتكبه الإدارة ، ويفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصيا ومباشرا وأكيدا بالنسبة للمتعاقدين معها ، ويساهم في إلحاق الغبن أو الخسارة المادية بالمتضرر . لذلك لابد من توفر الخطأ والضرر مع الرابطة السببية بينهما:

- الخطأ

عرفت محكمة التمييز الفرنسي الخطأ التعاقدي بأنه إهمال ينتج عنه عدم قدرة المدين على تأدية مهمته التعاقدية، وهذا الإهمال بسبب أضرار تقاس بحسب حضورتها على تنفيذ العقد. إن المسؤولية التعاقدية في العقود الإدارية تتحقق عندما يكون هنالك نقص في الالتزامات المتوجبة على الإدارة ، فلا تستطيع الإدارة أن تشترط في العقد بعدم تحمل المسؤولية في حال الخطأ.

---

[1] بصري منصور المصري ، ص 516.

[2] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 140.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

والخطأ الإداري التعاقدي الجسيم لا يرتب فقط بحث المسؤولية التعاقدية بل يضعها مباشرة موضوع التنفيذ ، ويتوفر الخطأ وتترتب المسؤولية الإدارية .

- الضرر:

الضرر بصفة عامة يقع نتيجة الإخلال بمصلحة للمضرور ، يستوي في ذلك أن تكون تلك المصلحة مادية أو أدبية، ولكي يؤدي ثبوت تحقق الضرر إلى نشوء التزام بتعويضة في ذمة المسؤول عنه فإنه ينبغي أن يكون مباشرا ومحققا وأن يصيب حقا مشروعا لصاحب الشأن ، مع خصوصيته وقابليته للتقدير بالنقود.

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر :

في مجال المسؤولية التقصيرية ، نجد المسؤولية تنعقد إذا ثبت خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ، وارتكاب المسؤول خطأ هو الأساس الأول لانعقاد المسؤولية ، ولهذا يطلق عليها المسؤولية التقصيرية ، إشارة إلى التقصير الذي لا يخرج عن أن يكون مرادفا أو ترجمة لـ " الخطأ " ويطلق عليها البعض المسؤولية الخطيئة أي المسؤولية المبنية على أساس الخطأ[1].

- كما يحق للمتعامل المتعاقد أن يحصل على تعويضات أخرى مترتبة ، خارج إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية كما هو الأمر في حالة الأعمال الإضافية التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة ، دون أن تكون واردة أصلا في الصفقة ، إذا كانت ضرورية للتنفيذ الحسن للصفقة . كما يمكن أيضا الحصول على التعويض استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب[2].
- التعويض عن الأعمال الإضافية (غير التعاقدية)

[1] محمد الشافعي أبو راس ، مرجع سابق ، ص 106.
[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 87.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الأصل المقرر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون سواها، ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالا أخرى فإذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته[1]. ولكن قد تكون الأعمال الإضافية التي نفذها المتعاقد مع الإدارة مفيدة مما يؤدي إلى إثراء وإفقار المتعاقد ، وبالتالي فإن هذه الأعمال تحقق كسبا للإدارة وتكون نافعة وتؤدي إلى الهدف الذي تسعى إليه الإدارة وهو تحقيق المصلحة العامة فهي إذا ذات فائدة ولازمة للمرفق العام، في هذه الحالة يمكن للمتعاقد مع الإدارة مطالبة الإدارة بتعويضه عما تكلفه في هذه الأعمال والخدمات على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب. ولبحث التعويض المترتب للمتعاقد عن الأعمال الإضافية النافعة التي أنجزها خارج نطاق العقد وبدون أمر من الإدارة، لابد من بحث مبدأ الإثراء بلا سبب لأنه يمثل الأساس القانوني للتعويض في هذه الحالة وذلك في العنصرين التاليين:

أولا : مبدأ الإثراء بلا سبب

تعني قاعدة الإثراء بلا سبب أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير الذي افتقر قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفتقر من خسارة فيجب على المثرى أن يرد أقل القيمتين ، وهما مقدار ما أثرى به ومقدار ما افتقر به الغير.

فالأعمال الإضافية التي ينفذها المتعاقد مع الإدارة والتي لم تدرج ضمن بنود العقد وأيضا الأعمال التي ينفذها مع عدم استمرار العقد أو حتى وجوده وتؤدي إلى تحقيق منافع للإدارة ، فإن ذلك يعني أن الإدارة حققت إثراء بدون سبب وبالتالي يعود للمتعاقد معها مطالبتها على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب. وبما أن الفقه والاجتهاد الإداريين مستقران على أحقية توجب التعويض للشخص الذي يقدم للإدارة خدمات معينة تفقره وتثريها ، بقطع النظر عن صحة العقد القائم بينهما أو عن استمراره أو حتى عن وجوده ، وذلك تأسيسا على اعتبار أن هذه

[1] سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة ، ط5، دار الفكر العربي ، مصر ، سنة 1991 ، ص 595.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الوضعية نتيجة لعلاقات شبه تعاقدية ترتب بالتالي مسؤولية الإدارة شبه التعاقدية عن إثرائها دون سبب على حساب معاقدها الفعلي.[1]

إن الفقه والقضاء في فرنسا يثير شروطا مادية وقانونية لإقرار التعويض استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب وهذا ما سنتناوله من خلال العنصرين التاليين :

أ/: الشروط المادية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب:

1-وجوب تحقق الإثراء:

كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفادة من العمل أو الشيء.[2]

قد يكون الإثراء مرتبط بالذمة المالية، والتي يمكن تقديره بالمال ويكون على سبيل المثال بالربح أو المكسب النافع للإدارة والذي تحصل عليه عن طريق الدراسات أو الحسابات أو الرسوم التي يزودها بها أحد الفنيين أو الخبراء من خلال تحسينات النسق الجمالي التي أجريت المبنى عام، وغالبا تثور نزاعات متعلقة بالإثراء المعنوي بين مصممي الأعمال (أصحاب الأعمال، المهندسون المعماريون، ...الخ) وبين جهة الإدارة.

2-وجوب تحقق الافتقار:

الافتقار هو الوجه المقابل للإثراء، فلا يكفي تحقق الإثراء للإدارة، بل يشترط أيضا وجود افتقار في ذمة المتعاقد، والافتقار هو الخسارة اللاحقة بالمدعي، فإذا لم يتحقق الافتقار كوجه مقابل للإثراء فلا يكون هناك مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب.

ب/: الشروط القانونية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب:

---

[1] بحري منصور داليلي، مرجع سابق ، ص 550.

[2] أنظر المادة 141 من الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10 / 05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أ- سبب الإثراء و الافتقار:

- سبب الإثراء:

في حالة وجود عقد صحيح بين المفتقر و المثري، فإنه لا مجال لإعمال نظرية الإثراء بلا سبب متى وضع العقد موضع التنفيذ، لأن دعوى الإثراء بلا سبب لا تجد مكانا لها في العلاقات التعاقدية، ويمكن الاستناد إليها للالتفاف حول القواعد التي أرساها القانون ووضعها الأطراف لتقسيم في المجال التعاقدي. أما في حالة وجود التزام قانوني أو لائحي على عاتق المفتقر، فإنه لا يجوز له ملاحقة من أثرى نتيجة افتقاره بدعوى الإثراء بلا سبب لأن النص القانوني أو اللائحي يعتبر سببا مشروعا للإثراء[1]

التطبيقات العملية للإثراء بلا سبب.

أ/: عدم إبرام العقد بصورة قانونية:

1- عدم التوقيع على العقد أو عدم تصديقه من المراجع المختصة:

عند عدم توقيع العقد أو تصديقه من السلطة المختصة ،قد يقوم المتعاقد مع الإدارة على الرغم من ذلك بتنفيذ أعمال نافعة للإدارة وفقا للعقد غير الموقع وغير المصادق وفي هذه الحالة لا يمكن إثارة المسؤولية التعاقدية كون العقد غير منجز قانونا ، ويمكن للمتعاقد ملاحقة الإدارة بالنفقات التي خسرها استنادا لمبدأ الإثراء بلا سبب[2].

2-تعرض العقد للإلغاء أو الإبطال:

البطلان هي حالة تكون ملتصقة بالعقد منذ نشوئه، وبالتالي يؤدي بطلان العقد إلى إنهاء الرابطة التعاقدية ، وتجريد هذه الرابطة من كل أثر قانوني ، كما إن حل العقد من جراء أحوال جرت

[1] المصري منصور مندلي، مرجع سابق ، ص561.

[2] المصري منصور مندلي، مرجع سابق ، من ص 561 إلى 567.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

بعد إنشائه يمكن أن يكون لها مفعول رجعي فتسمى حينئذ إلغاء، أما إذا اقتصر مفعول الحل على المستقبل فيسمى بالفسخ ، وهذه الحالة بذاتها تأخذ أشكالا متعددة:

الفسخ الاتفاقي: إن المشرع الجزائري أجاز للإدارة بعد الاتفاق مع المتعامل المتعاقد أن تلجأ للفسخ الإتفاقي ، ومن المؤكد أنها ملزمة في هذه الحالة بتبرير موقفها هذا في قطع العلاقة العقدية خاصة وأن الفسخ سيأخذ الطابع الإتفاقي وأن المتعامل لم يقصر في أي جانب من إلتزاماته التعاقدية[1].

الفسخ القضائي: من منطلق أن حق التقاضي مكفول للجميع فإنه يجوز لأي من طرفي الرابطة العقدية اللجوء للقضاء الإداري المختص (المحكمة الإدارية) ، طالبا فسخ العقد. ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى (إدارة أو متعامل متعاقد) لسبب جدي يوجب الفسخ.[2]

الفسخ الإداري : إن المشرع الجزائري اعترف صراحة لجهة الإدارة بممارسة سلطة الفسخ الإداري أو الانفرادي ، غير أنه علق ممارسة هذه السلطة على إجراء جوهري تمثل في الإعذار قبل اللجوء للفسخ ، ليكون حجة للإدارة ويكفل حماية للمتعامل المتعاقد.[3]

- إن مصير الأعمال المنفذة عند بطلان العقد أو بعد الفسخ والتي بالضرورة تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية ومفاعيلها القانونية بين طرفي العقد ، إلا أن ذلك لا يعني حرمان المتعاقد من حقه بالتعويض عن الأضرار الأكيدة التي تكون قد لحقت به بالاستناد إلى المطالبات أو التقديمات التي يكون قد قدمها للإدارة على هامش التزاماته وحتى مع عدم وجود العقد[4].

ب/: تنفيذ الأعمال خارج الإطار القانوني:

---

[1] أنظر المادة 133 من المرسوم الرئاسي (10/236) المعدل والمتمم مرجع سابق ، ص 43.

[2] عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 200

[3] أنظر المادة 112 من نفس المرسوم، ص 43.

[4] ناصري منصور تلمسي ، مرجع سابق ، ص 582.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

وهي الأعمال التي ينفذها المتعاقد مع الإدارة خارج نطاق العقد، ويكون ذلك عندما يقوم الملتزم أو المورد بأعمال إضافية عما هو مقرر في العقد، أو بتقديم خدمات ولوازم للإدارة لم تكن ملحوظة أصلا في مندرجاته وشروطه، وتحقق كسبا غير مشروع لها على حسابه. وقد تكون الأعمال التي ينفذها الملتزم خارج نطاق الإطار التعاقدي أعمالا غير مطابقة أو أعمالا إضافية عما هو مقرر في العقد ، إن المشرع أوجب توقيع اتفاقية أو وثيقة الفسخ ممن قبل الممثل القانوني للإدارة المعنية والمتعامل المتعاقد تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة ، وهذا حفاظا على حقوق المتعاقد مع الإدارة سيما وأنه لم يثبت الخطأ من جانبه[1] .

الفرع الثالث: الحق في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

إن المتعاقد يرتبط مع الإدارة بالالتزامات التعاقدية مقابل الحقوق التي يسعى إلى الحصول عليها، ما دامت التزامات المتعاقد قابلة للزيادة والنقصان فإن ذلك يقتضي أن ينعكس على حقوق المتعاقد المقابلة لهذه الالتزامات، وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته ومن الضروري الحفاظ على حقوق المتعاقد تطبيقا المبدأ حسن سير العدالة وحفاظا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، من أجل تحقيق المصلحة العامة.[2]

إن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية لا تنطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة ، وإنما مجال تطبيقها هي حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة ، وهناك نظريات عالجت هذا الموضوع ، وسوف نقوم بدراستها على النحو التالي :[3]

أولا: شروط تطبيق النظرية

---

[1] شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، دار الفجر العلمية، مصر، سنة 2006، ص 9-10.

[2] نصري منصور شلبي، مرجع سابق، ص 602.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد ،مرجع سابق ، ص 236.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

يشترط في الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد عليه النظرية مايلي: أن تكون الصعوبة مادية وكذلك عدم توقع الصعوبة المادية وقت التعاقد وأن ينتج عن هذه الصعوبة ضرر للمتعاقد[1]

1-الشرط الأول لتطبيق النظرية يتمثل في ضرورة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد صعوبات مادية، أي صعوبات ذات طابع مادي غير عادي.

في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية ومن ثم فإن أكثر التطبيقات التي تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال العامة، إلا أن هناك صعوبات مادية غير متوقعة ترجع إلى فعل الإنسان، ثم فإن الفقه يقسم الصعوبات المادية غير المتوقعة وفقا لما تضمنته أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى نوعين على النحو التالي:[2]

ب/الصعوبات المادية التي يكون مصدرها أحد الأفراد: الذين لا علاقة لهم بطرفي العقد، ونذكر على سبيل المثال الصعوبات الآتية:

- تزميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد.
- اضطرار المتعاقد لشراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع العمل، ولم تشر إليها المواصفات التي تم على أساسها إبرام العقد الإداري وذلك لتأثيرها الضار على الأبنية التي يتولى إقامتها.
- توقف المتعاقد مع الإدارة فجأة أثناء تزميمه لأحد الممرات المائية للسماح لبعض البواخر بالمرور على الرغم من خلو كراسة شروط العقد من ذلك مما يؤدي إلى تعطيل العمال والآلات التي استأجرها المتعاقد مع الإدارة للتزميم.[3]

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 152.
[2] نصري منصور شلبي، مرجع سابق، ص622.
[3] أحمد سلامة بدر، مرجع سبق، ص 261-262.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الشرط الثاني: الصعوبات المادية هي غير متوقعة من قبل أطراف العقد.

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يشترط أن تكون الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، أما إذا كانت تلك الصعوبات متوقعة أو يمكن توقعها فلا مجال للتطبيق تلك النظرية[1].

الشرط الثالث : الصعوبات المادية غير المتوقعة تلحق ضررا بالمتعاقد (قلب إقتصاديات العقد). فالصعوبات المادية غير المتوقعة التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود يجب أن تسبب للمتعاقد خسائر مالية، للحكم بالتعويض استنادا لنظرية الأعباء المالية غير المتوقعة[2]. إن نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية استثنائية غير متوقعة بل يجب أن ينتج عن تلك الصعوبة ضرراء فإن كان بإمكان المتعاقد التغلب على الصعوبة المادية التي واجهته دون تكاليف إضافية فلا مجال لتطبيق النظرية[3].

ثانيا: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

متى توفرت شروط هذه النظرية على النحو السالف ذكره فإن أثر ذلك يتمثل في النتيجتين :

أ/- إستمرار الملتزم في متابعة التنفيذ برغم الصعوبات غير المتوقعة التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، فإذا توقف فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات مع احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ولكن اعتراض الصعوبات المادية للتنفيذ قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد .[4]

---

[1] نصري منصور شلبي، مرجع سابق، ص628-629.

[2] نصري منصور شلبي، مرجع سابق، ص 633

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 153

[4] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ، ص 727.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

وبذلك يتوجب على المتعاقد مع الإدارة عند ظهور صعوبات مادية غير متوقعة أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية ويعلم الإدارة بظهور الصعوبات كي يحفظ كامل حقوقه، لأنه وفي حال امتناع المتعاقد عن متابعة تنفيذ التزاماته التعاقدية سيؤدي ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة واضطراب المرفق العام محل العقد ويعرضه تبعا لذلك للجزاءات الإدارية.[1]

2/- استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن كافة الأضرار والنفقات الزائدة التي لحقت به، على أن يقدر فيها السعر الذي اتفق عليه المتعاقدان في العقد إلا إذا طرأت ظروف أثناء التنفيذ من شأنها أن تؤدي إلى تغيير في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار وقت التعاقد.[2]

إن حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يوجب عليه إقراره بالعقد عن مسؤوليته الكاملة على كافة الصعوبات التي تواجه أثناء تنفيذه له، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة مهما ترتب على تلك الصعوبة من إرهاق مادي له.[3]

نظرية الظروف الطارئة:

هنالك عدة تعريفات فقهية لهذه النظرية (دون اختلاف) حيث جاءت كالآتي :

(انه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبأ وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوزت الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد، إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في

---

[1] المصري منصور البلبسي ، مرجع سابق، ص 642.
[2] احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 266.
[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سبق، ص 154.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا)[1]. ومثال عن هذه الظروف، الأزمات الاقتصادية والحروب وعموما كل ظرف من شأنه إلحاق خسائر فادحة تحمل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، أي لا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شاملا ومغطيا لكافة الخسائر الناتجة بل يكون جزئيا يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن.[2]

أولا: شروط تطبيق النظرية

اختلفت أنواعها تجمعها شروط مشتركة نجملها في الآتي[3]:

الشرط الأول: عدم إمكانية توقع الحدث ولا يمكن دفعه

أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها، بما يشفع للمتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالية[4]. هذا الشرط يعتبره الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي جوهر هذه النظرية ، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، فالشرط الجوهري في نظرية الظروف الطارئة ألا يكون في الوسع توقع الحادث الطارئ ، ومن هنا تسمى نظرية الظروف الطارئة أيضا بنظرية الظروف غير المتوقعة[5].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ، ص 666.

[2] عمراني صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984، ص 120.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 260.

[4] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 471.

[5] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 260.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الشرط الثاني : وقوع الحدث الطارئ خلال تنفيذ العقد ينبغي أن يقع هذا الظرف في مدى زمني محدد وهو مدة تنفيذ العقد وقبل تمامه حيث لا تطبق النظرية إذا كان العقد لم ينعقد بعد أو انقضى بتمام تنفيذه[1].

الشرط الثالث: أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين فالمتعامل المتعاقد الذي يتسبب في هذا الظرف لا يمكنه الاستفادة من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة وكذلك الحال إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فإن كانت هي المتسببة فيه جاز مسائلتها بعنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية.

2/- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار : يجب على الإدارة أن تتصرف في حدود سلطتها المعترف بها وأن لا تكون قد أخطأت بإتخاذ هذا العمل[2]. فالإدارة تسأل في نطاق هذه النظرية بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية هنا تكون عقدية بلا خطأ أما إذا كان تصرفها على خطأ فتسأل على أساس هذا الخطأ.

فالإعفاء من التنفيذ لا يتحقق إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بسبب القوة القاهرة وأثناء الوقت الذي تمت فيه هذه الحالة. فإذا تبين أن أثر القوة القاهرة مؤقت، فإن أثر القوة القاهرة يكون موقوتا بالفترة التي توجد فيها وتمنع التنفيذ، فإذا زال الحدث المتصف بالقوة القاهرة رجع إلتزام المتعاقد بالتنفيذ وبالتالي فإن القوة القاهرة ذات الأثر المؤقت، لا يترتب عليها سوى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث القاهر[3]. وهو الأمر عينه الذي اتبعه كل من المشرع المصري والجزائري في المواد 215 من ق.م المصري و (المادتين 127 و 178 من ق.م. الجزائري)[4] والذي أوضحت على أن الأثر المترتب على وقوع المتعاقد تحت تأثير القوة القاهرة يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد ومن ثم يتم إعفاءه من هذا الإلتزام ولا تملك الجهة المتعاقد معها إجباره على

---

[1] أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 228.

[2] مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 173-174.

[3] مصري منصور شلبي، مرجع سابق، 684-685.

[4] أنظر القانون المدني الجزائري في المواد المشار إليها أعلاه ، ص 30.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الوفاء بالتزاماته كما يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء ليحكم بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة[1].

لقد ذكر المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية حالة القوة القاهرة حيث أعفى المتعاقد المتعامل مع الإدارة من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير وتعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 90 منه.

1- الحكم بالتعويض:

وفقا للقواعد العامة في القانون المدني فان وجود القوة القاهرة يؤدي إلى سقوط موجب التنفيذ وانقضاء الالتزامات المتبادلة في العقد لاستحالة التنفيذ[2]. إلا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود العادية التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنها تتعلق بتسيير المرافق العامة ويقتضي أن يتعاون فيها المتعاقد مع الإدارة لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من إبرامها وهو تحقيق المصلحة العامة. لذلك فان الإدارة تسعى للحفاظ على التوازن المالي إذ ليس من العدل والإنصاف أن يترك المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض وعليه فإن إهدار حقوق المتعاقد سيؤدي إلى نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة مما ينعكس سلبا على تسيير المرافق العامة.[3]

المطلب الثاني : إلتزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامة

من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته

---

[1] احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 222

[2] راجع المواد 127، 02 / 138، 178 من القانون المدني الجزائري، ص 30-32-37

[3] مصري منصور دنيشي، مرجع سابق، ص687.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

حيال المرفق ، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي[1] .

ومنه فإن بسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فانه ينفرد ببعض الالتزامات الذي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة العامة ، وهذه الالتزامات تختلف من عقد إداري إلى آخر، إلا أن التزامات المتعاقد مع الادارةيمكن إجمالها في الآتي: [2]

الفرع الأول : الالتزام الشخصي بتنفيذ العمل محل التعاقد

إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام، ويكون الخطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، وخصوصا فسخ العقد اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم[3]. ويقصد بالتنازل عن العقد أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله لتنفيذ جميع التزامات العقد ، أي تنفيذ العقد كليا، كما يعني التعاقد من الباطن أن يتفق المتعاقد مع الإدارة مع الغير الأجل تنفيذ جزء فقط من العقد، وبالطبع هذا غير جائز دون موافقة جهة الإدارة مسبقا على ذلك[4] . ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع العقد أن يلزم المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد . إذ لا

---

[1] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ، ص 75

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق ، ص 205

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 386

[4] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق ، ص 205

Remove Watermark Wondershare PDFelement

يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال العامة، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير. فيتحلل من بعض التزاماته. فهو المسؤول بعد توقيع العقد عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي وهذا ما نصت عليه المواد 107 و 108 و109 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم. إن المشرع قد أجاز اللجوء للتعامل الثانوي مراعاة منه على أن المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل العمل ، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص . فهذا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع . على أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة. ويظل هو المسؤول عنه تجاه الإدارة المتعاقدة[1].

إن المتعاقد الأصلي هو وحده مسؤولا عن تنفيذ بنود العقد الإداري . كذلك فإن التعاقد من الباطن دون إذن من جهة الإدارة يعتبر خطأ عقديا، ومع ذلك يجوز له أن يتعاقد من الباطن مع جهات متخصصة ذات كفاية وخبرة على تنفيذ بعض الأعمال موضوع العقد ، وذلك بشرط موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة كتابيا على ذلك، ويبقى المتعاقد مسؤولا بالتضامن مع المتعاقد الثانوي عن تنفيذ الالتزامات موضوع العقد. [2]

الفرع الثاني : الالتزام بالمدة المحددة في العقد

يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزاماته التعاقدية خلال المدة المحددة في العقد ودفاتر الشروط، نظرا لأهمية مدة التنفيذ وارتباطها الوثيق بسير المرافق العامة . فالمشرع يحرص في على إفراد نصوص بتحديد مدة التنفيذ وتحديد الجزاءات التي توقع على المتعاقد عند عدم إحترامه لهذه المدة أثناء تنفيذه للعقد ، فالتزام المتعاقد في المواعيد المحددة يعتبر التزاما أساسيا،

[1] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 147-148.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 206.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

باعتبار أن تحديد مدة التنفيذ تفترض أن حاجة المرفق تستلزم أداءه في هذا الوقت دون تباطؤ مما ينعكس على ضمان سير المرفق بانتظام .

إن مدة التنفيذ يتم الاتفاق عليها برضا أطراف العقد، فالإدارة لا تستطيع من حيث المبدأ فرض مدد غير متفق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية . وفي حالة عدم تحديد مدة التنفيذ في العقد ودفاتر الشروط فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر أنه يجب أن يكون هنالك مدة متعارف عليها حسب الظروف وقدرات المتعاقد والعقود المشابهة.[1]

الفرع الثالث: إلتزام الشخص في تنفيذ بنود العقد

إستنادا للقواعد العامة التي ترعى تنفيذ العقود ، يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لمقتضيات العقد ووفقا لقواعد حسن النية والإنصاف والعرف.

إن العقد الإداري موضوعه مرتبط بإحتياجات المرافق العامة وتنظيمها وحسن سيرها فهذا يؤدي بالضرورة إلى متابعة تنفيذ العقد وعدم التوقف نظرا للأخطار التي تنتج عن ذلك والتي تلحق ضررا بالمصلحة العامة.[2]

فالالتزام بتنفيذ ما جاء به العقد يعني أداء الخدمة حسب الشروط و الأوصاف المتفق عليها، فليس للمتعاقد أي حق في تعديل العقد بل يبقى مجرد منفذ لتلك الشروط تنفيذا دقيقا، وأن أي عمل يضيفه من تلقاء نفسه يعد عملا يثير منازعة – ليس إلا– في طلب التعويض، لذلك فمن المنطق أن ينفذ المتعاقد مع الإدارة العمل حسب مواصفاته المتفق عليها . تفاديا لأي منازعات أو أي ضرر للمرفق العام، أو لأي وضع للإدارة أمام الأمر الواقع الذي يدفعها لتغيير نهجها أو إجراء تعديلات مكلفة تماشيا مع عمل لا يشبه العمل المطلوب انجازه.

---

[1] بصري منصور المنسي ، مرجع سابق ، ص 49.

[2] بصري منصور المنسي ، مرجع سابق ، ص 51-53.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

فلا يسمح للمتعاقد مع الإدارة إمكانية الرفض أو الممانعة في التنفيذ أي من جانب واحد كما في العقود المدنية. وليس بوسع المتعاقد – إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها – سوى الرجوع إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوقه اتجاه الإدارة دون اللجوء إلى وقف التنفيذ[1]. فالمتعاقد لا يستطيع في مثل هذه الحالة أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، لأن هذا الحق إمتياز للإدارة وحدها وهذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي (10– 236 المعدل المتمم ، على أنه :« إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد».

فإذا توقف المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ خلافا لهذا الأصل، أمكن للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة، فضلا عن الرجوع عليه بالتعويضات اللازمة إن كان الاستحقاقها وجه[2]. وذلك حسب نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي (10–236) المعدل والمتمم على أنه: « يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به».

كما قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، أو حتى قبل المباشرة في التنفيذ ظروف يكون من شأنها استحالة تنفيذ العقد الإداري أو تأخير تنفيذ هذا العقد، وتكون هذه الظروف خارجة عن إرادة المتعاقد. لذلك فإن المتعاقد لا يتحمل أية مسؤولية عن عدم تنفيذ العقد أو عن التأخير في التنفيذ هذا العقد إذا توفرت شروط استحالة التنفيذ. ويتوجب على الإدارة بالمقابل في هذه الحالة تعويض المتعاقد تبعا للضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 90 الفقرة 4 على أنه: « وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود

[1] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 40 .
[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 388–389.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة».

لذلك سنتطرق إلى مسألة تنفيذ العقد عند إفلاس المتعاقد وعند وفاته في النقاط الآتية:

أولا: استمرارية العقد الإداري عند وفاة المتعاقد.

إن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة مصير متابعة تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة فإنها ترجع عادة إلى شروط العقد، وإلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص فإن الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد أو استمرارية الورثة في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفي إذا لم تر الإدارة فسخ العقد[1]. وللجهة الإدارية المتعاقدة في حالة وفاة المتعاقد عدة خيارات:

1- أنه يجوز للإدارة المتعاقدة فسخ العقد مع رد التأمين[2]

2- كما يمكن لها أن تسمح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد في حالة موافقتهم على ذلك مع إخطار الجهة الإدارية كتابيا بذلك، شرط أن يعينوا عليهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة. أما إذا لم يوافق الورثة على استمرارية تنفيذ العقد فتكلف جهة الإدارة تقرير مفصل عن التنفيذ وواقع ما على المتعاقد وما له، وتفرج بذلك جهة الإدارة عن الضمان المالي النهائي[3]

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 448.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 357.

[3] موقع الانترنيت:

http://www.ckm.com/vb/showthread.php?t=3163777&

تاريخ زيارة الموقع: 2021/04/08، على الساعة: 14:04.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

3- وإذا اختارت الإدارة في أي من الحالات السابقة، إنهاء العقد فيتم ذلك بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء.[1]

ثانيا: استمرارية العقد الإداري عند إفلاس المتعامل المتعاقد.

إقرار الإفلاس لا يكون إلا بموجب حكم قضائي يقرر التوقف عن الدفع فيرتب عليه شهر إفلاس المدين التاجر. ففي العقود الإدارية تطرح مسألة إعلان إفلاس المتعامل المتعاقد مصير تنفيذ العقد في ظل عل يده عن إدارة أمواله، وفي هذه الحالة نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أرجعها إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ويعمل بتلك الشروط فإذا لم يجد فيها حلا فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقضي ذلك.[2]

- الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

لكن من خلال نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي (10-236) المعدل المتمم المشار إليها أعلاه نجد قد أعطى المشرع الجزائري للإدارة المتعاقدة السلطة الكاملة في فسخ العقد عندما يكون المتعامل المتعاقد في حالة إفلاس أو محل إجراء عملية الإفلاس، وذلك عن طريق الإقصاء النهائي التلقائي، والذي لا يحتاج إلى مقرر يثبته فهو متوفر بمجرد ثبوت الحالة أو

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 388.
[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 450.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الوضعية وذلك من خلال عبارته الصريحة:« يقصي بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية...».

الفرع الرابع: الالتزام بدفع مبلغ الضمان

يلزم المتعاقد كما بينا وقبل مطالبته في التسبيقات ، أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا بحسب ماتم شرحه وبيانه [1].

إن مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد . و التأمين على نوعين ابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء ، ويكون بصورة نقدية يتم إيداعها خزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال يدون رقمه وتاريخه بالعطاء، أو شيكات مقبولة الدفع من المصرف المحسوبة عليه وهذا بموجب أن تكون هذه الشيكات مصرفية والبنك المحسوب عليه محلي، أما إذا كان الشيك محسوب على بنك أجنبي وجب التأشير عليه بأنه مقبول الدفع من أحد المصارف المحلية المعتمدة وتتمثل الصورة الأخيرة للتأمين الابتدائي في خطاب الضمان والذي يتعين صدوره من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بقيد أو شرط يعرقل السحب حيث يدون فيه أن البنك متعهد بأن يدفع للجهة الإدارية ما يوازي مبلغ التأمين الابتدائي متى طلب منه ذلك[2] . ولقد تناول المشرع الجزائري الضمانات المالية الملزمة من طرف المتعاقد وبين كيفية تكييفها [3]. أما عن مبلغ الكفالة فحددته المادة 100 من المرسوم الرئاسي السابق بين 5%و10% من مبلغ الصفقة.

---

[1] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 148.

[2] أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 95.

[3] أنظر المواد 95، 96و 97 من المرسوم (236 / 10)، المعدل والمتمم ، مرجع سابق ، ص36.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

من بين العقود الإدارية التي تحدثنا عنها، الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة من أجل تحسين وتسهيل سيرورة الحياة لدى المواطن، هذا بالإضافة إلى أنها دخلت في مجموعة من التغيرات تبعا للحكومات المتعاقبة والقوانين التي سنت من أجل السير إلى الأحسن.

وأولاها المشرع الجزائري أهمية خاصة عندما سنها ووضعها في إطار خاص وتعلى بطرق معينة و مضبوطة بالقانون وبصرامة وجدية تامة، قصد المحافظة على المال العام من جهة ومن جهة أخرى تحقيق المصلحة العامة بأقل التكاليف الممكنة.

بعد أن تكلمنا عن العقود الإدارية وكذا الصفقات العمومية وضعنا جزء نتكلم فيه عن ما يخص عقود الإمتياز لما لها من تقارب كبير وبينها وبين الصفقات العمومية .

المبحث الأول: وضعنا هذا بعض التفاصيل فيما يخص الصفقات العمومية

المبحث الثاني: أضفنا في هذا المبحث مفهوم لعقود الإمتياز في الجزائر

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية

أدت المعايير المتخذة في إعطاء إطار معتمد إلى إتخاذ عدة طرق من خلالها تعرف الصفقات العمومية بشكل واضح ومفهوم حيث تقتضي دراسة القانوني لصفقات العمومية تحديد مفهوم هذه الأخيرة بضبط بسبب يكون أن المال العام يتحرك من جهة إلى أخرى والسبب الثاني أنها قد فصلت عن العقود الأخرى وأصبحت بقانون خاص بضبط العمليات فيها.

مصطلح الصفقة العمومية، من أجل ضبطها وتحكم فيها وتوضيح أحكامها المميزة عن باقي العقود الأخرى.

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية وتصنيفاتها :

يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين التاليين

الفرع الأول: أولا: التعريف التشريعي

عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 [1] على أنها: " **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**".

من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع اعتمد عدة معايير في تعريفه والمتمثلة في :

1- المعيار الشكلي:

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، الجزء 50 الجزائر والعاصمة.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

بالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، ويعود السر في اشتراط الكتابة و التأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر إلى أن:

- الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، لذا وجب وبالنظر من هذه الزاوية أن تكون في شكل عقود مكتوبة.
- تتحمل الأعباء المالية للصفقات العمومية الخزينة العامة، لذا وجب أن تكون في شكل عقود مكتوبة خاصة بالنظر إلى المبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مرفقي أو مركزي أو محلي أو هيئة عمومية وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة.

2- المعيار الموضوعي:

نلاحظ بالرجوع إلى قوانين الصفقات العمومية الصادرة في مراحل اقتصادية و سياسية مختلفة أن المشرع الجزائري لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى تكون أمام عقد موضوعه هو صفقة عمومية، فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية، وأحيانا أخرى يضيق من هذا النطاق، ولما كانت الصفقات العمومية عقود إدارية محددة تشريعيا من حيث موضوعها، وجب حينئذ الرجوع للتشريع لمعرفة موضوع الصفقة العمومية. حيث نجد أن المرسوم الرئاسي 151247 قد حدد موضوع الصفقة في المادة 29 منه: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات". كما أضافت المادة 32 من نفس المرسوم الرئاسي اعقود البرامج حيث جاء فيه أنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ، حسب الحالة، إلى إبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية، طبقا للتنظيم المعمول به".

3- المعيار المالي

Remove Watermark Wondershare PDFelement

إن العقود التي تبرمها الإدارات والهيئات العمومية ليست كلها صفقات عمومية، وباعتبار أن لهذه الأخيرة لها صلة وطيدة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط الحد مالي أدنى من القيمة المالية لاعتبارها صفقة عمومية، وهذا ما وضحه المشرع من خلال المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] الذي حدد الحد المالي الأدنى لإبرام صفقة عمومية بنصه أن:" كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

ثانيا: التعريف القضائي

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات العمومية، إلا أن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفقات العمومية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 م قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد ق.أ"، تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: "...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."[2]

من خلال التعريف السابق للصفقة العمومية، يبدو أن مجلس الدولة حصر مفهومها في رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص، أي أن العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في المؤسسة الإدارية، كما حصر التعريف أعلاه الصفقة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الإشارة إليه.
[2] غازي ثابت أبو عرابي، الوجيز في شرح قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2007، ص 36.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

عمومية وهيئة عمومية أخرى، كما أنه لم يعطي التعريف القضائي أية أهمية الجانب الشكلي رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب فمن هنا يمكن أن نستخلص أنه مفهوم ناقص[1]

من جانب آخر ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بتاريخ 1952/12/02 للقضاء بأن: "العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية فإنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة، وأنها تستهدف مصلحة عامة لتسيير المرفق العام، وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعي فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد..."[2]

كما أشارت ذات المحكمة إلى عناصر العقد الإداري كونه العقد الذي :

1- يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام، كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة الإدارية.

2- أن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام، ومن الطبيعي أن يستهدف المرفق العام في نشاطاته تحقيق المصلحة المتعاقدة.

3- أن تظهر فيه نية الإدارة للأخذ بقواعد القانون العام بما يعني أنها ضمنت العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ثالثا : التعريف الفقهي

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة على إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول، وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني

[1] أشيخ نوفان نصر يوسف، مشروعية العقد الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، 2013-2014، ص13.

[2] وهيبة محمد الطيب إبراهيم، العقود الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص174.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

مترتب على العقد، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء و هو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله، لقد عرف الفقه الإداري العقد الإداري أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام و مباشر تسييره، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب قانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

الفرع الثاني: أشكال و أنواع الصفقات العمومية

لقد استقر المشرع الجزائري على اعتبار هدف و موضوع الصفقة العمومية هو إشباع الحاجات العامة بخصوص الأشغال و التوريدات و الخدمات، كما أضاف المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ميدان الدراسات في المادة 04 منه، أما في التشريع الحالي أي المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] فقد نص في المادة 2 منه على أنواع الصفقات العمومية والتي يمكن استخلاصها فيما يلي:

أولا: صفقات انجاز الأشغال

عرفت محكمة القضاء الإداري المصري صفقات انجاز الأشغال في حكمها الصادر في 23-12-1956 على أنها: "عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاها يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"، كما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي عقد إداري باستمرار[2]. ومن ثم يتبين أن صفقات الأشغال يجب أن تنصب على ما يلي:

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المرجع السابق.

[2] نقلا عن: محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 122-123.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

- أن تبرم الصفقة لحساب شخص معنوي عام تطبيقا لذلك لا يشترط أن يكون العقار مملوكا لشخص معنوي، فقد يكون مملوكا لأحد الأفراد حيث أن المهم أن يكون لانجاز الأشغال العامة لحسابه.[1]
- أن يكون موضوع الأشغال هو عقار بالبناء أو الترميم أو الغرس ويشمل كذلك الطرق والجسور والتشجير و عليه، إذا كان العقد منصبا على منقول فلا تكون الصفقة صفقة أشغال إنما صفقة توريد، يتعين أن يكون الهدف من إبرام الصفقة تحقيق المنفعة العامة[2].
- أما التشريع الجزائري فيعتبر صفقات انجاز الأشغال عقود تبرم بين المتعاملين والإدارة قصد إنجاز منشأة أو لشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، تعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي بنتيجتها و وظيفة اقتصادية أو تقنية[3]، مقابل ثمن متفق عليه لا يقل عن اثني عشر مليون دينار جزائري.[4]

ثانيا– ثانيا :صفقات اقتناء اللوازم أو التوريدات

هي أعمال اقتناء اللوازم التي تحتاجها الإدارات العمومية و الجهات المخولة قانونا لإبرام الصفقات العمومية لدى الموردين – الباعة – سواء كانت مؤسسات عامة أو خاصة، وذلك في سبيل ضمان سير المرافق العامة. وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 02-12-1956 على أنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"، ويعتبرها مجلس الدولة الفرنسي عقود إدارية باستمرار.[5]

---

[1] يحيى الجمل القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص535.
[2] المرجع نفسه.
[3] المادة 29 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع سابق.
[4] المادة 13 مرسوم رئاسي مرجع سابق.
[5] عمار عوابدي مرجع سابق 130-131

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أما المشرع الجزائري فقد عرف الصفقة العمومية للوازم على أنها اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد[1]، مقابل ثمن متفق عليه لا يقل عن اثني عشر مليون ملايين دينار جزائري.[2]

ثالثا :صفقات الخدمات والدراسات

هي عقود تبرمها المصلحة المتعاقدة مع متعامل متعاقد معها بهدف تقديم الخدمات الإجراء دراسات وأبحاث حول الأرض وتصميمها قبل بداية الأشغال قصد تقديم الدراسات حول موضوع معين تحدده الإدارة.[3]

وحسب المشرع الجزائري يجب أن يساوي أو يفوق مبلغ الصفقة فيها عن ستة ملايين دينار جزائري حسب المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 13 منه.[4]

والملاحظ أنه مع تطور منظومة الصفقات العمومية انفصل مجال الدراسات عن مجال الخدمات الذي كان ينطوي تحت عنوانه سابقا، أما الآن فقد أصبح يحوز مجالا خاصا به، حيث عرف المرسوم الرئاسي 10-236 صفقة الخدمات على أساس الهدف منها، وهو تحقيق خدمات عادية أو فكرية، وتتميز عن صفقتي التموين والأشغال بأنها الصفقة التي يتم الاتفاق بشأنها دون أن ينتج عن ذلك زيادة في الذمة المالية للمصلحة المستفيدة منها، فالأمر لا يتعلق هنا ببناء أو إقامة منشأة أو صناعة جسم مادي إنما يتعلق بأداء خدمة لا غير.[5]

---

[1] المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المرجع السابق
[2] المادة 13 من المرجع نفسه
[3] نفس المرجع السابق، ص 11
[4] المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المرجع السابق
[5] رشيد خلوفي، النظام القانوني للعقود الإدارية، ط 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، 2011، ص 50

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أما المرسوم الساري المفعول فقد سار على نفس نهج المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغي حيث عرف صفقات الدراسات على أنها إنجاز خدمات فكرية[1]، أما صفقات الخدمات فهي تلك الصفقات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات. وهي:

صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات[2]. كما تصنف المادة 03 من مرسوم 2015 الحالي على أن الصفقات العمومية تبرم قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات.

وبذلك فإن صفقات الدراسات تعرف على أنها الصفقات العمومية التي تبرمها | الجهات المخولة قانونا مع الفنانين أو التقنيين أو المهندسين في سبيل إعداد تصاميم أو دراسات فنية أو إحصائية أو تقديرية لمشروع ما[3] .

رابعا :صفقات البرنامج

يمكن إضافة عقد البرنامج كنوع من أنواع الصفقات العمومية، الذي هو اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم مع المتعاملين العموميين الوطنيين، أو المتعاملين الخواص الوطنيين المؤهلين والمصنفين قانونا، كما يمكن أن يبرم مع المؤسسات الأجنبية النشطة في الجزائر طبقا للتشريع المعمول به، كما يمكن أن يبرم هذا العقد مع المتعاملين الأجانب الذي تتوفر لديهم ضمانات تقنية و مالية[4] .

أما القانون الجزائري فقد عرف صفقات البرنامج على أنه عقد يكتسي شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويمكن أن يتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر و يتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام المرسوم 15-247، لا يمكن أن تتجاوز مدة هذا النوع من العقود خمسة سنوات.[5]

---

[1] المادة 10/29 من المرسوم 15-247، المرجع السابق.
[2] المادة 13/29 من المرسوم نفسه 15-247، المرجع السابق.
[3] مرجع سابق، ص 40.
[4] المادة 33 من المرسوم نفسه 15-247، المرجع السابق.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المطلب الثاني: مبادئ ومجال الإطار القانوني للصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري بموجب قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مجموعة من الإجراءات التي يجب على الإدارة أن تحترمها وتلتزم بها عند القيام بأي عقد يتضمن بموضوعه صفقة عمومية كما يلي:

الفرع الأول: مظاهر تكريس قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ركز المشرع على مجموعة من المبادئ الواجب احترامها و مراعاتها في التعاقد، حيث تقوم إجراءات إبرام الصفقات العمومية على ثلاث مبادئ، أكد على ضرورة التقيد بها في مجال إبرام الصفقات العمومية وذلك ضمانا للشفافية والنزاهة في إبرامها.

أولا: مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية

لقد نص القانون الجزائري على مبادئ أساسية لابد من مراعاتها عند إبرام الصفقات العمومية من جانب الإدارة و المتعاقدين معها وتتمثل أهم هذه المبادئ فيما يلي:

1- مبدأ حرية المنافسة

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ العامة التي حرص القانون على تكريسها، فلا يوجد أي مانع الاشتراك أي متنافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في منافسة المقاولين [1].

يعني مبدأ حرية المنافسة وإعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط طلب العروض ليتقدم بعرضه للطالب العمومي، غير أن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة [2].

---

[1] [illegible]

[2] [illegible]

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ حرية المنافسة فلا يجوز لها إقصاء متعهد(عارض) أو منعه من المشاركة إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عنها في إعلان المناقصة فيه ما يفيد أن المشاركة في الصفقات العمومية يعد أمرا إختياريا للمتعاقد الذي يكون حرا في المشاركة أو عدمها.

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إبعاد المتعاقد الأقل كفاءة في نظرها ولها الحق في ذلك، لكن لا يجوز لها إبعاد الراغبين في التعاقد من المشاركة في المناقصة متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة كأن يقدموا أحسن العروض من الناحية الفنية و المالية، وأن تقف الإدارة في ذلك موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عد فعلها من قبيل التواطؤ و الإتفاق المدبر كما يضمن مبدأ حرية المنافسة للمتعهدين إضفاء الشفافية في تعاملات الإدارة تدعيما لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بالنشاط موضوع طلب العروض فلا يكون التعاقد حكرا على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم.

2-مبدأ المساواة بين المتنافسين

المساواة بين جميع مقدمي العروض، بحيث تكون المفاضلة بينهم أساسها الكفاءة الفنية والمقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء المشروع موضوع الصفقة.

يقوم هذا المبدأ على أساس المساواة بين جميع المتقدمين بعطاءاتهم الذي يكون على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم[1].

يفيد مبدأ المساواة أنه يجب التعامل مع جميع المرشحين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة و المواعيد و الإجراءات المقررة دون تفرقة بين المتنافسين من جانب الجهة الإدارية.

3-مبدأ الشفافية في الإجراءات

[1] أنظر أيمن مجد الخطاوي، المرجع السابق، ص 111.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ حرية المنافسة فلا يجوز لها إقصاء متعهد(عارض) أو منعه من المشاركة إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عنها في إعلان المناقصة فيه ما يفيد أن المشاركة في الصفقات العمومية يعد أمرا إختياريا للمتعاقد الذي يكون حرا في المشاركة أو عدمها.

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إبعاد المتعاقد الأقل كفاءة في نظرها ولها الحق في ذلك، لكن لا يجوز لها إبعاد الراغبين في التعاقد من المشاركة في المناقصة متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة كأن يقدموا أحسن العروض من الناحية الفنية و المالية، وأن تقف الإدارة في ذلك موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عد فعلها من قبيل التواطؤ و الإتفاق المدبر كما يضمن مبدأ حرية المنافسة للمتعهدين إضفاء الشفافية في تعاملات الإدارة تدعيما لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بالنشاط موضوع طلب العروض فلا يكون التعاقد حكرا على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم.

2-مبدأ المساواة بين المتنافسين

المساواة بين جميع مقدمي العروض، بحيث تكون المفاضلة بينهم أساسها الكفاءة الفنية والمقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء المشروع موضوع الصفقة.

يقوم هذا المبدأ على أساس المساواة بين جميع المتقدمين بعطاءاتهم الذي يكون على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم[1].

يفيد مبدأ المساواة أنه يجب التعامل مع جميع المرشحين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة و المواعيد و الإجراءات المقررة دون تفرقة بين المتنافسين من جانب الجهة الإدارية.

3-مبدأ الشفافية في الإجراءات

[1] أنظر أيمن مجد الخطاوي، المرجع السابق، ص 111.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

لقد ظهر مصطلح الشفافية لأول مرة في الثمانينات في العلوم الإدارية، ثم تبنته مختلف القوانين من أجل تقريب الإدارة من المواطن، لكن هذا المصطلح لم يبق لصيقا بالإدارة فقط وإنما انتقل إلى المجال السياسي وهذا في آخر الثمانينات، ليلحق بعد ذلك بالمجال الاقتصادي في بداية التسعينات[1]. لذلك يمكن القول، بأن انعدام مبدأ الشفافية في التعامل يعد مؤشرا على وجود ممارسات غير مشروعة و خرق للأحكام والتشريعات المعمول بها في مجال التنافس للفوز بالصفقة العمومية.

تعرف أيضا الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يمكن مقدم العروض أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار المتعاقد مع المشتري العمومي قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة[2].

تكمن أهمية الشفافية في كونها آلية لحماية المنافسة في الصفقات العمومية وبالتالي حماية المال العام من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخا يصعب أن تستتر وراءه ممارسات مخلة بالمنافسة، كما تسهل كشف التلاعب والتواطؤ، وتسمح لكل ذي مصلحة من عارضين وغيرهم فرصة التحقق من أن عملية اختيار المتعاقد مع الجهة المعنية قد تمت في جو من النزاهة والاستقامة ووفق القواعد والمعايير المحددة في القانون.

فللشفافية عناصر محددة تجعل إطارها أكثر بروزا، فقد نص المشرع على أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، لقد أكد المشرع على ضرورة تكريس جملة من العناصر والقواعد وهي على وجه الخصوص :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

---

[1] المرجع نفسه، ص250.

[2] عبد الله بوقفة، الشفافية في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، العدد 1، السنة الثانية، 2015، ص21.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

وأخيرا ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد المنافسة عند القيام ببعض الممارسات أثناء إعداد الصفقات العمومية وكذا الادعاء أمام مجلس المنافسة طبقا لمادة تضمنه الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والقانون 08-12 المعدل له.[1]

لقد ازدادت حدة هذه الأحكام ضمن مرسوم 15-247 الذي رفع من هامش الأفضلية الوطنية وتعطيل مبدأ المساواة، تعطيل مبدأ حرية الوصول للصفقات "الصفقات المحجوزة" وهذه النقاط ما نتعرض عليها فيما يلي:

1- الأفضلية الوطنية وتعطيل مبدأ المساواة

بداية فإن المشرع الجزائري بالنص على الأفضلية كمبدأ عام لم يخرج عن ما ذهبت إليه العديد من البلدان في هذا الشأن، بل حتى الاتفاقات الدولية التي تنظم هذا المجال تنص على منح هامش أفضلية للمؤسسات الوطنية.[2]

من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية، هذا ما تؤكده المادة 38 فقرة 2 "وتختار الشركة الوطنية والمؤسسة المسيرة ذاتيا إذا كانتا من بين أصحاب العروض الذين عرضوا السعر الأدنى" وذلك بمناسبة عرض إجراءات المزايدة، كما تظهر هيمنة القطاع العام ضمن أحكام الصفقات الممنوحة وفقا لإجراء التراضي المواد 60، 61.

2- الأفضلية ضمن مرسوم 1982 و المرسوم التنفيذي 1991

في خطوة نحو زيادة التمييز الممارس ضد المؤسسات الأجنبية، رتب المرسوم 145 - 82 المتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منح صفقات المتعامل العمومي طبقا لترتيب

---

[1] أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ص21.

[2] راجع في هذا الموضوع: [illegible]

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المادة 24. يأتي هذا حتى بمناسبة الأزمة الخانقة خاصة منذ 1986 التي دفعت الجزائر ومتعامليها العموميين اللجوء إلى الاقتراض الخارجي لتنفيذ إستراتيجيتها التنموية وبالتالي خضوعها لتعليمات المؤسسات المالية المقرضة ذات الطابع الملزم خاصة منها البنك الدولي، كان أحد المبادئ هو منح هامش أفضلية يتراوح بين 05% حتى 20% من ثمن التوريدات أو الأشغال، إلا أن المشرع لم يأخذ ذلك بعين الاعتبار ضمن تعديل المرسوم 82 -145، بل وفي سياق هذه الأزمة منح رئيس الجمهورية حينها هامش أفضلية بلغ حدود 50% لصالح المؤسسات الوطنية في مواجهة المؤسسات الأجنبية.

ب- مرحلة صدور المرسوم الرئاسي 02-250 إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 10-236

شهدت هذه المرحلة تراجعا في مسألة الأفضلية الوطنية وذلك بتحديد نسبة مئوية تمنح للمتعاملين الوطنيين الذين تم قبول عروضهم التقنية، والتي تطبق على العرض المالي.

ب1- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 02-250

تداركت السلطات الجزائرية النقص الفادح الذي وقعت فيه التنظيمات السابقة في هذه المسألة وربما تحت ضغط الجهات المانحة والمقرضة، ذلك بإدراج المادة 19 التي تمنح هامش أفضلية قدر بـ15% والذي يعتبر حدا معقولا بالمقارنة ببعض التشريعات الأخرى، يطبق على كافة الصفقات، سعيا منه للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتوج الوطني، وبالتالي خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة.[1]

ب 2- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236

رفع التنظيم الجديد للصفقات العمومية هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25 % لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية 9، التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع

[1] المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 2002/07/28.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

مع مؤسسات جزائرية وبقدر نسبة خصص هذه الأخيرة في التجمع، يأتي هذا التوجه نتيجة قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث كانت سياسة الحكومة واضحة في تكريس أداة المنتوج المحلي وتطبيقا للتعليمات الرئاسية المتعلقة بمكافحة الفساد من جهة، من جهة ثانية ضغط رؤساء المؤسسات الوطنية الخاصة من أجل الحصول على حصة من البرنامج الخماسي للفترة بين 2010 و2014 ، وتمنح هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة مناقصات وطنية متى كان الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الاستجابة لحاجياتها وهو ما تنص عليه المادة 54 من المرسوم، ليس هذا فقط إنما في إطار اختيار مكاتبالدراسات دعت الحكومة للتقليص من اللجوء إلى مكاتب الدراسات الأجنبية واقتصارها على المشاريع الكبرى للمنشئات الأساسية التي لا تزال المعارف الوطنية بشأنها غير كافية. هذا ما عبرت عنه العديد من الجهات المختصة بنية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في هذا المجال فيما يتساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح مؤسسات على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمريستدعي مزيد من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة.[1]

لا يقتصر الأمر على فرض الأفضلية الوطنية بل سعيا منه لحماية وبناء القطاع الوطني لجأت السلطات الجزائرية إلى تخصيص نسبة من الصفقات المطروحة الخاص لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ب-3 – الأفضلية ضمن المرسوم 15-247

وهذا وفقا للمادة 83 من هذا المرسوم يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرين (25 %) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و / أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يجوز

[1] الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 236-237.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29.

1

الفرع الثاني: إختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية

يتدخل القاضي الإداري من أجل وضع إطار شفاف في مجال الصفقات العمومية لضمان المنافسة الحرة والشفافية والمساواة بين المتنافسين.

أولا: إختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية

يسهر القاضي الإداري الجزائري على تطبيق أحكام القانون الإداري بما فيها قواعد قانون تنظيم الصفقات العمومية وفي هذا الإطار لقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى مبدأ حماية المنافسة الحرة و محاربة إحتكار المقاولين الصفقات العمومية وذلك في العديد من المواد على سبيل المثال نص المادة 72 التي جاء فيها ما يلي: "... تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط...."[2]

وتضيف المادة 74 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن: "إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه "إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وأحكام المادة 99 من هذا المرسوم...".

[1] المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق.
[2] المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

كما تنص المادة 2 / 80 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن: "غير أنه يمكن المصلحة المتعاقدة، للسماح بمقارنة العروض، أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم. ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة.

وتضيف المادة 94 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن: "لا يمكن صاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازا عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تدخل بمبدأ حرية المنافسة. وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبالغة في دفتر الشروط تبقي على المساواة بين المترشحين.

ثانيا: الجهة المختصة بنظر النزاع و الإجراءات الواجب احترامها

لمعرفة الجهة القضائية المختصة في نظر الدعوى يتعين الرجوع إلى أحكام عدة مواد لاختيار النص الواجب التطبيق، لاسيما الإجراءات المدنية والقانون العضوي 01-98 .

فقانون الإجراءات المدنية نص على اختصاص القضاء الإداري عامة في المادة 7 الفقرة 1 (التي تقابلها المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)، تنص على أنه يكون الإختصاص للغرف الجهوية الخمسة كلما كان موضوع الدعوى هو إلغاء قرار صادر عن الوالي، بينما تنص الفقرة 2 الإختصاص للغرف الإدارية المحلية فيما يتعلق بدعوى الإلغاء بينما المادة 9 من القانون العضوي 98-01 فتجعل من مجلس الدولة درجة التقاضي الأولى والأخيرة فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء الصادرة عن الدولة أي عن السلطات الإدارية المركزية التي تعمل باسم ولحساب الدولة وهي رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة، والوزراء، وبعض المصالح الخارجية التابعة لهم مباشرة، فما دام قرار المنح المؤقت لا يصدر عن السلطة المركزية للدولة، فلا يمكن أحكام المادة 9 من القانون العضوي 98-01 ولا أحكام المادة 1/ 7

Remove Watermark Wondershare PDFelement

من ق...م . والتي تقابلها المادة 801 من التعديل المتعلق به، لأن هذا القرار لا يصدر عن الولاة، وعليه فإن الجهة المختصة هي الغرفة الإدارية المحلية للمجلس القضائي التابعة له المؤسسة ويجب أن يرفع الطعن خلال 4 أشهر المقررة بنص المادة 169 مكرر 1 من ق...م. والمادة 829 من التعديل المتعلق به، والتي تسري من تاريخ نشر القرار في الجرائد، أو تعليقه، أو تبليغه. وهو شرط من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام.

أما عن الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة فقد أجازت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على ما يلي "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه

أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة

Wondershare PDFelement

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المبحث الثاني: عقود الإمتياز

من بين العقود الإدارية نجد ما يسمى العقود الإمتياز وبالتالي يجب علينا التطرق عليه كطرف منها يعتبر عقد الامتياز من العقود الإدارية بحيث تكون الإدارة طرفا في العقد وتستعمل أساليب القانون العام والخاص.

المطلب الأول: تعريف عقد الامتياز

تعددت تعاريف عقد الامتياز ما بين تعاريف فقهية ونصوص قانونية وسنتناول تعريفه في فرعين:

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الإمتياز

عرف الأستاذ الدكتور علي خطار شطناوي عقد الامتياز بأنه " هو عبارة عن طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة مختلطة يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد طبيعي أو شركة) بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء وتسيير مرفق عام على نفقته الخاصة وعلى مسؤوليته لقاء تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين ولكن تحت إشراف ورقابة الإدارة المتعاقدة مانحة الامتياز).[1]

ويعرفه الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنه: " عقد إداري يتولى الملتزم فردا أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من

[1] علي خطار شطناوي، موسوعة القانون الإداري، دار وائل للنشر، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، 2003، ص 271.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز .[1]

ويعرفه الأستاذ "أحمد محيو": " الامتياز هو اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدي فإن دراسته ترتبط أيضا بالنظرية العامة للمرفق العام لأن هدفه هو تسيير مرفق عام، إن دراسته تدخل إذا ضمن نطاق العقود ودراسة المرافق العامة وباعتباره أسلوبا للتسيير يمكن الامتياز بتولي شخص يسمى صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق.[2]

تعريف الأستاذ "de loubadere" ومن معه:

"La concession de service public est une convention par laquelle une collectivité publique (le concédant) charge une entreprise privée (le concessionnaire) de faire fonctionner le service public a ces frais et risque, en se rémunérant par des redevances perçues sur les usages ".[3]

الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد الامتياز

عرف عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية ونذكر أهمها: – في قانون المياه لسنة 1983 عرفت المادة 21 منه " يقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام

[1] تركي رابح عمر الحمادي: العوامل المؤثرة في قرار الخصخصة، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 308.
[2] أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة بوسنة فريدة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص 440.
[3] André de Laubadère – Frank Moderne - Pierre Delvolvé : Traité des contrats administratives, Tome 1-L.G.D.J. 1983 P285.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية.

عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال الملكية العامة للمياه[1].

أما قانون المياه لسنة 2005 المادة 101 منه تطرقت لمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه دون تعريف عقد الامتياز، ولكن بالرجوع للمادة 76 من نفس القانون والمتضمنة النظام القانوني لامتياز واستعمال الموارد المائية نجدها عرفت عقد الامتياز كمايلي: " يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص..."[2]

القانون رقم 14 / 08 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/ 90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية:

المادة 64 مكرر منه عرفت عقد الامتياز في الفقرة الأولى كما يلي:" يشكل منح الامتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء أو استغلال منشأة عمومية لعرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز

---

[1] المرسوم رقم 17 / 83 المؤرخ في 16 أوت سنة 1983 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المرسوم التشريعي المؤرخ في 25 جوان سنة 1983 المتعلق بالمياه، ج ر ج ج د ش عدد 34 سنة 1983.

[2] القانون رقم 12 / 05 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005 المتعلق بالمياه، ج ر ج ج د ش عدد 60 المؤرخة في 04 سبتمبر 2005، ص 12.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

كما تضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة 64 مكرر " في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية يحصل صاحب الامتياز من اجل تغطية الاستثمار والتسيير وكسب أجرته على أتاوى يدفعها مستعملو المنشأة وفق تعريفات، أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر الشروط منح الامتياز "[1]

أما المرسوم رقم 07-121 بموجب دفتر الشروط بالتراضي فقد عرف عقد الامتياز "حق الامتياز هو عقد الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من قطعة أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص قصد استخدامه في مشروع استثماري."[2]

أما المرسوم التنفيذي 09-152 الذي جاء لتعديل المرسوم 07-121 بموجب دفتر الشروط أن "منح الامتياز هو الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد انجاز مشروع استثماري"[3]

وقد عرفه المرسوم التنفيذي رقم 41 / 94 المتضمن تعريف الحمامات المعدنية واستعمالها واستغلالها من خلال المادة 23 "يعتبر عقد امتياز مياه الحمامات المعدنية عقدا إداريا يمنح

---

[1] الجريدة رقم 14 / 08 المؤرخ في 20 جوان سنة 2008 المتعلق بالمحاظرات 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 أوت 2008، ص 10، ص 10.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أفريل 2007 المحدد لشروط وكيفيات منح حق الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 25 أفريل 2007 ص 12 الملحق الأول.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي سنة 2009 "يتمم المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أفريل سنة 2007 والمتعلق بشروط وكيفيات منح حق الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة" ج ر ج ج د ش عدد 27.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

بمقتضاه الوزير المكلف بالحمامات المعدنية بصفته السلطة مانحة الامتياز لشخص معنوي أو طبيعي عمومي أو خاص، صاحب الامتياز حق استغلال هذه المياه المعدنية لمدة مقابل أجر.[1]

وقد عرفته الفقرة 01 من المادة 05 من المرسوم التنفيذي 94- 322 بأنه "الامتياز هو العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون الخاص مقيم أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية لتستعمل تلك الأرض أساسا في إقامة مشروع استثمار في منطقة خاصة."[2]

المطلب الثاني: خصائص وأركان عقد الإمتياز

من خلال ما سبق ذكره فيما يتعلق بتعريف العقود الإدارية يتضح لدينا أنها تتميز بخصائص كغيرها من العقود بالإضافة إلى مجموعة من الأركان.

الفرع الأول: خصائص عقد الإمتياز

من خلال التعاريف السابقة الذكر نجد أن عقد الامتياز يتميز عن غيره من العقود بجملة من الخصائص نذكر منها :

أولا: عقد إداري :

[1] المرسوم التنفيذي رقم 41 / 94 المؤرخ في 29 جمادى الثانية 1994 المحدد لشروط استغلال المياه المعدنية والموارد المائية للتجميع والمعالجة والتوزيع، الجريدة الرسمية رقم 07 لسنة 08.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 322 / 94 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 1994 المتضمن تحديد شروط منح الامتياز على الأملاك العمومية للدولة وكيفياته، الجريدة الرسمية رقم 67 لسنة 94، ص 25-26.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

يعتبر العقد الامتياز عقد إداريا وذلك لأنه يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية كما أنه يعتبر أهم العقود وخاصة في الدول التي تخضع مرافقها في إدارتها لهذا الأسلوب بالإضافة إلى امتياز المرافق العامة ينشئ عنه التزامات بالنسبة للملتزم و كذلك الإدارة العامة مانحة الامتياز ، كما أن هذه الأخيرة تمكنه من أن يتحصل على مقابل مالي من المستفيدين من هذا المرفق.[1]

كما أثبتت هذه الخاصية المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 18/ 199 المتعلق بتفويض المرفق العام بقولها "اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما و أحكام هذا المرسوم"[2]

ثانيا : عقد زمني طويل المدة :

يختلف عقد الامتياز من حيث المدة الزمنية الممنوحة له وذلك عن غيره من التراخيص أو العقود الأخرى التي تسمح للاستغلال بعض المرافق بصفة مؤقتة أو لفترة محددة .

وهذا ما أشارت إليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-53 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به و التي تنص " يمنح الامتياز لمدة ثلاثين 30 سنة ، ويسري مفعوله ابتداء من نشر قرار المنح في

[1] مروان محلبان الوطبان ، طرق تحويل الرفق العام ، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص 80.
[2] المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18/ 199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، يكون قابلة للتجديد بنفس الإشكال [1].

كما نستنتج من المادة 04 من القانون رقم 10-03 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة بأن الامتياز يمنح لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية . [2]

بالاضافة لهذا نجب أن المشرع الجزائري عند اصداره للمرسوم التنفيذي رقم 109 /18 السابق الذكر لم يختلف في تحديد هذه المدة عن غيره وحددها ب 30 سنة قابلة للتجديد مرة واحدة وهذا ما جاء في نص المادة 3 / 53 من نفس المرسوم . [3]

ثالثا : مساهمة أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام :

إن تسيير المرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص سواء كانوا (أفراد أو شركة) يكون لإشباع حاجة جماعية ، و بالتالي يكون محل الامتياز دوما مبني على إشباع هذه الحاجة وذلك على درجة عالية من الأهمية ، في حياة الأفراد ، فلهذا يجب أن يدار هذا المرفق بانتظام وذلك من اجل تلبية الحاجات العامة للجمهور بصورة دائمة ومنتظمة . [4]

---

[1] المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-13 المؤرخ في 08 جانفي 2008 المتضمن تعديل القانون الأساسي العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية ، ج ر ج ج د ش ، ع 02 الصادرة في 09 جانفي 2008.

[2] المادة 4 من القانون رقم 10/03 ، المؤرخ في 15 غشت سنة 2010 ، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة .

[3] المادة 3 / 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 المتعلق بالتنازل عن أملاك الدولة .

[4] عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003 ، ص 272.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

لقد أثبت المشرع الجزائري تميز عقد الامتياز بهذه الخاصية وسمح للسلطة المفوضة بذلك وهذا من خلال ما جاءت به المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199 /18 في عبارة "إن تفويض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص المفوض له وذلك بموجب اتفاقية تفويض".[1]

رابعا : الحصول على مقابل مالي :

إن قيام صاحب الامتياز بتسيير المرفق العام على حسابه ، وتحمله للمخاطر الناتجة عنه ، فإنه في المقابل يتقاضى أجرا من مستعملي هذا المرفق وحصول صاحب الامتياز على هذا المبلغ يشكل احد المعايير التي يتميز بها عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة ، مثل عقد الأشغال العامة التي يتقاضى فيه المتعاقد الأعباء التي خسرها من الثمن الذي تدفعه الدولة .

كما أن هذه الخاصية تستند أساسها القانون من نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 199/18 وذلك بعبارة ويتقاضى عن ذلك إتاوة من مستعملي المرفق العام .[2]

خامسا :طريقة من طرق إدارة المرافق العامة :

يعتبر الامتياز طريقة من طرق إدارة المرافق العامة التي تلجأ إليها الدولة ، إذا ساد في اعتقادها انه الطريقة المثالية لتسيير هذا المرفق و الإدارة تختار هذه الطريقة إذا تقرر أنها هي الأنسب لإشباع الحاجة الجماعية كما تختار الإدارة هذه الطريقة على غرار الطرق الأخرى إذا

[1] المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 18 199 المتعلق بتفويض المرفق العام.
[2] ع رشيد بن حسين "العقود الإدارية والمنازعات الإدارية" ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 71.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

تثبت عندها أن الطرق الأخرى لم تحقق النتائج المرجوة فتقرر الإدارة العدول عن الطرق السابقة و الأخذ بطريقة الامتياز .[1]

وتعتبر هذه الخاصية من خصائص عقد الامتياز وذلك استنادا إلى نص المادة 01/ 53 و التي تنص صراحة على انه "الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله و إما تعهد له فقط استغلال المرفق العام"[2]

الفرع الثاني: أركان عقد الإمتياز

أركان عقد الامتياز من اجل نشأة عقد الامتياز بطريقة صحيحة ومشروعة يجب أن يتوفر على جملة من الأركان التي تقوم عليها كغيره من العقود و بالرغم من اختلافه عنها إلا أنه يبقى شأنه شأن سائر العقود.

أولا- الرضا

نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري بأنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" .

نستنتج من خلال هذه المادة أن الرضى هو الذي من خلاله يملك المتعاقد سلطة القبول مع الإدارة وذلك من خلال الشروط التي تحددها.[3]

هناك عيوب لركن الرضى بحيث انه لو توفرت هذه العيوب لا يمكن أن ينعقد العقد وهي تتمثل في : الغلط – التدليس – الإكراه .

---

[1] علي عطار شيخاوي، مرجع سابق، ص 272.
[2] المادة 1/ 53 من المرسوم التنفيذي رقم 98/ 199 المتعلق بتفويض المرفق العام.
[3] المادة 59 من الأمر رقم 58/ 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

أولا – الغلط :

عرفه الفقيه السنهوري على انه " اعتقاد يخالف الحقيقة تتولد في ذهن الشخص فيحمل على التعاقد وما كان متعاقد ولو علم الحقيقة[1] .

أما في عقد الامتياز فالغلط له ثلاث صور :

- الغلط في طبيعة العقد : وهو الغلط الذي يكون في موضوع العقد في حد ذاته لأن الغلط المادي و الحسابي يمكن تصحيحه ولا يعيب العقد .
- الغلط في الشخص : وذلك من خلال أن مبدأ الاعتبار الشخصي يلعب دورا هاما في العقود الإدارية ولا سيما عقد الامتياز .
- الغلط في الموضوع : وهو الوقوع في الغلط حول ماهية العقد .[2]

ثانيا التدليس :

كما عرفه الدكتور محمد صبري السعدي "هو إيهام الشخص بغير الحقيقة وذلك باللجوء إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد فالتالي التدليس يقترب في مدلوله من الغلط حيث أن هذا الأخير و هما تلقائيا يقع فيه الشخص بنفسه أما الأول (التدليس) فيتمثل في تدخل شخص أخر وإيهام المتعاقد بغير الحقيقة وعلى هذا يسمى كذلك التغليط.[3]

كما نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على انه "يجوز إبطال عقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا اثبت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد ولو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[4]

---

[1] أنظر عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الكتاب للطباعة والنشر، القاهرة، 2006، ص331.
[2] بن الطيبات، وفاء، الخطأ في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع العقود والمسؤولية، جامعة قسنطينة، 2010 / 2011، ص ص 57،55.
[3] مرغني حيزوم، بدير، الوجيز في القانون الجزائي العام، الجزء الأول، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 181.
[4] المادة 86 من الأمر 75 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

نستنتج من هذه المادة أن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا ثبت أنه السبب الرئيسي من وراء إبرام العقد .

بالإضافة إلى ذلك أنه لا يمكن أن يبطل العقد إذا كان التدليس صادر عن غير المتعاقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الأخر له علم بذلك و هذا ما أثبتته المادة (87) من القانون المدني الجزائري. [1]

ثالثا- الإكراه:

الإكراه يقصد الضغط الذي يقع على أحد المتعاقدين فيولد الرهبة و الخوف في نفس المتعاقد ما يجعله يقبل التعاقد، و للإكراه نوعان الأول و هو الإكراه المعنوي و مثاله أن يضرب شخص أخر أو يهدده بخطف ابنه حتى يجعله يقبل بالتعاقد أما النوع الثاني فيتمثل في الإكراه المادي، فهو الذي يعدم الإرادة و على سبيل المثال كأن يوقع شخص على سند دين ، فالعقد هنا باطلا و ذلك لانعدام الرضا. [2]

لكن لا يمكن إبطال العقد إذا كان الإكراه صادر عن غير المتعاقد،و الحالة الوحيدة التي قد يطلب فيها إبطال العقد هو الطرف الأخر لهذا الإكراه، و هذا ما نصت عليه المادة (89) من القانون المدني الجزائري[3].

ثانيا: المحل

يقصد بالمحل بصفة عامة كركن من أركان العقد الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، و المدين إما أن يلتزم بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. [4]

و للمحل مجموعة من الشروط تتمثل في :

أولا- أن يكون المحل موجود:

---

[1] المادة 78 من الأمر 87 / 88 المتضمن القانون المدني الجزائري.
[2] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص ص 190- 191.
[3] المادة 89، من الأمر 58 / 75 المتضمن القانون المدني الجزائري.
[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 375.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

و يقصد بوجود المحل وقت قيام الالتزام و أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك، أما إذا هلك بعد نشأة الالتزام، فان العقد يكون قابل للفسخ إذا تسبب أحد الأطراف المتعاقدة بعدم القيام بواجباته و تأكيد على ذلك ما جاء في نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري بقولها يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محددا[1]

ثانيا- أن يكون المحل معين أو قابل للتعيين:

و يقصد بها أن لا يكون محل الالتزام مجهولا، و يتعذر الوصول إلى تحديده[2]، و هذا ما نصت عليه المادة 94 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري كما يلي: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه، و مقداره، و إلا كان العقد باطلا.[3]

ثالثا- أن يكون المحل مشروع

نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ."[4]

أما المحل في عقد الامتياز بصفة خاصة، فيتعلق موضوع عقد الامتياز على تسيير مرفق عام و استغلاله، و إقامة المنشآت المناسبة لتسيير المرفق ، و عادة ما يكون هذا المرفق اقتصاديا أو تجاريا و لا يكون إداريا و هذا لخطورة آثاره على المنتفعين كما أن دور صاحب الامتياز من خلال استغلاله لهذا المرفق هو تحقيق الربح فلهذا لا يمكن أن يكون المرفق إداريا .[5]

---

[1] المادة 92، من الأمر 58/ 75 المتضمن القانون المدني الجزائري
[2] مرح مصطفى، المرجع السابق، ص 116.
[3] المادة 94 من الأمر 58/ 75 المتضمن القانون المدني الجزائري
[4] المادة 93 من الأمر 58/ 75 المتضمن القانون المدني الجزائري
[5] أنظر: [illegible]

Remove Watermark Wondershare PDFelement

السبب

يقصد بالسبب في عملية إبرام العقود الغاية أو الغرض الذي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه أو الغاية التي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله أن يتحمل بالالتزام. [1]

أما السبب في عقد الامتياز فيتمثل في الدافع الباعث للتعاقد ، فسبب التزام الإدارة المانحة للالتزام يكون مبني على اعتبارات المصلحة العامة، و النفع العام من خلال توفير و تقديم و إشباع الحاجات العامة أما سبب التزام صاحب الامتياز المتعاقد مع الإدارة فيتمثل في تحقيق أقصى حد من الربح. [2]

الشكلية

باعتبار عقد الامتياز نقل مرفق عام لأحد الأفراد أو الشركات وهذا يجب أن يكون بوثيقة رسمية تحتوي على كافة الأحكام المتعلقة بتسيير هذا المرفق ، وضمان أداء الخدمة ، كما أن الملتزم يجب عليه أن يتقيد بهذه الأحكام في حالة قبوله التعاقد مع الإدارة ، ومن هنا يكون الالتزام بموجب دفتر الشروط و الذي تضع فيه الإدارة كافة الأحكام بالإضافة إلى الآثار التي تعتد إلى المنتفعين. [3]

إلا أن المشرع الجزائري لم يشترط الشكلية بصريح النص لكن لا يمكن تصور عقد امتياز دون وثيقة مكتوبة تحدد حقوق و التزامات الملتزم [4].

[1] مرجع منصور ميلاد يحي ، مرجع سابق ، ص 222.
[2] قدي لبنى، النظام القانوني لعقد الامتياز، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص 45.
[3] عبد العزيز خنفوسي، محاضرات في القانون الإداري، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 94.
[4] ليلى زان مرجع لطفاوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003، ص 377.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

إن العقود في مجمل القول ترتكز وتتمحور على توافق إرادتين أو أكثر من أجل صنع أثر قانوني معين ،والعقد الإداري بموجبه يتفق شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبمعنى آخر المرفق العام من أجل إنجاز معين يكون محدد مسبقا داخل بنود العقد.

وعلى ذلك فإن للشخص المعنوي أو المرفق العام العام كما يحلوا لأصحاب القانون تسميته، له الحق في مراقبة تنفيذ العقد وكذ تنفيذ شروطه والحذف أو التعديل فيه أو إنهاءه إذا ما اقتضت الحاجة طالما أن المصلحة العامة تلزمه بذلك.

وأيضا يستقر الرأي في هذا المجال علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تبنى شروط العقود العادية وإنما قواعد قانونية وتنظيمية الخاصة بالمرفق العام وبنفس الوقت تخضع لسلطة العامة .

ومما نخلص إليه أولى أهمية كبيرة للصفقات العمومية لما لها من إرتباط وثيق بينها وبين المرفق العام وما يحدث في العقود الإدارية وما يكون لها من حيز حيث وضعها المشرع في إطار أضاف قانون خاص لها "قانون الصفقات العمومية" والذي بدوره يحدد ويؤطر كل كبيرة وصغيرة في هذا الشأن .

ويعد عقد الإمتياز الخاص بالمرفق العام من بين أشهر أنواع العقود الإدارية ويحوز على أهمية كبيرة ،والأكثر شيوعا في المرفق العام والأكثر تداولا في ظل النظام الليبرالي الذي إتخذته الدول الجزائرية حين إتخاذها نظام إقتصاد السوق .

Remove Watermark Wondershare PDFelement

مقدمة ..... أ

الفصل الأول: العقود الإدارية من خلال النظرية العامة للقانون الإداري 5

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري ونظامه القانوني 6

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري 6

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري وفقا للمعايير الفقهية 6

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري وفقا للأسس الكلاسيكية 12

المطلب الثاني: شروط العقد الإداري 14

الفرع الأول: شرط قيام العقد بوجود الإدارة طرفا فيه 14

الفرع الثاني: اتصال العقد بنشاط المرفق العام 15

الفرع الثالث: اتباع أسلوب القانون العام 18

المبحث الثاني: أثار العقد الإداري بالنسبة للمتعاقد 21

المطلب الأول: حقوق المتعاقد المتعاقد إزاء حقوق المتعامل 21

الفرع الأول: الحق في المقابل المالي 21

الفرع الثاني: الحق في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها 26

الفرع الثالث: الحق في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري 32

المطلب الثاني : إلتزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامة 38

الفرع الأول : الالتزام الشخصي بتنفيذ العمل محل العقد 39

الفرع الثاني : الالتزام بالمدة المحددة في العقد 40

الفرع الثالث: إلتزام المتعامل في نطاق بنود العقد 41

Remove Watermark Wondershare PDFelement

الفرع الرابع: الأثراء بدفع مبلغ الضمان 45
الفصل الثاني: العقد الإداري من خلال الصفقات العمومية وعقد الإمتياز 46
المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية 47
المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية وتصنيفها 47
الفرع الأول: أولا: التعريف التشريعي 47
الفرع الثاني: أشكال و أنواع الصفقات العمومية 51
المطلب الثاني: مبادئ ومجال الإطار القانوني للصفقات العمومية 55
الفرع الأول: مظاهر تكريس قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية 55
الفرع الثاني: إختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية 61
المبحث الثاني: عقود الإمتياز 64
المطلب الأول: تعريف عقد الإمتياز 64
الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الإمتياز 64
الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد الامتياز 65
المطلب الثاني: خصائص وأركان عقد الإمتياز 68
الفرع الأول: خصائص عقد الإمتياز 68
الفرع الثاني: أركان عقد الإمتياز 72
الخاتمة 77
الفهرس 79
قائمة المصادر والمراجع 80

Wondershare PDFelement

Remove Watermark Wondershare PDFelement

ملتقيات:

1- زمال صالح، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة الجزائر،

المجلات:

1- أسيغة فيصل، "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها"، (مجلة الاجتهاد القضائي)، العدد الخامس، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، (بسكرة، ت.د)

2- ثروت (بدوي)، "المعيار المميز للعقد الإداري"، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، ع3 و4، س 27،

3- خير الدين عبد العزيز)، "حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، س 05 ع4، 1961

4- وصفي (مصطفى كمال)، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري"، مجلة العلوم الإدارية، س 13 ع1، 1971

5- ستيتوف، "نظرية العقود الإدارية والقانون الاشتراكي"، مجلة القانون للعلوم والعلوم السياسية 1966 ،

6- فحمة (عبد الباقي)، "نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، مجلة العلوم القانونية و السياسية، مج2، ع 1، بغداد، 1978 ،

7- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها ، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، مجلة الإجتهاد القضائي،العدد الخامس، 2009،

مذكرات:

1- أكلي نعيمة النظام القانوني العقد الامتياز الإداري في الجزائر رسالة ماجيستير ، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو الجزائر ، 2012 / 2013 ،

Remove Watermark Wondershare PDFelement

2- مراد بلكعيبات ، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة 2011 / 2010 ،

3- صياد ميلود، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ،2015،

4- نياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتورة في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،

5- بعيط عائشة، ضمانات مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل الماجستير في إطار مدرسة الدكتورة دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2013-2014

6- صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984،

7- محراب سولاف، الرقابة على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،

8- طيلب السعيد، " الإثراء بلا سبب أحكامه وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري " ، (مذكرة نهاية التربص لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، المدرسة العليا للقضاء ، مجلس قضاء باتنة ، الدفعة الرابعة عشر ، لسنة 2005/2006 ،

9- عيسى (رياض)، العلاقات القانونية، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكيين، رسالة دكتوراه، (كلية القانون و السياسة)، بغداد، 1979،

كتب

1- عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة 3، الجسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 ،

2- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى ، الجزائر ، 2011.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

3- شكلاط زيوشي رحمة، مكانة و مدى نجاعة عقد الامتياز في التشريع الجزائري المجلة الجزائرية للمالية العامة، عدد 03 سنة 2013،

4- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة 2، دار الهدى للنشر و التوزيع ، (4) الجزائر ، 2008،

5- أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، مصر ، 2004 ،

6- خرشي النوي ، تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ،

7- علي خطار شطناوي ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ،2003 ،

8- مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة الطبعة 1، منشورات الحلبي ، الحقوقية للنشر والتوزيع لبنان ، 2009،

9- علي خطار شطناوي: الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن سنة 2003، (محمود)، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة، ط1، الأردن، مكتبة دار (2) – أنظر: الجبوري خلف الثقافة للنشر والتوزيع، 1999،

10- عبد الغني البسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة ، دار الجامعة لنشر و الطباعة، لبنان، 1993

11- عمار بوضياف – الصفقات العمومية – دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، ط1 ،2007،

12- سليمان محمد الطماوي، ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، ط5، دار الفكر العربي ، مصر ، سنة 1991 ،

Remove Watermark Wondershare PDFelement

13- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري- دراسة مقارنة – الكتاب 3 ، دار الفكر العربي، مصر، 2005.

14- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، ط.د ، (الجزائر: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005)

15- عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني (النشاط الإداري)، طرد ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية، 2002).

16- علي هاني الطيراوي، القانون الإداري الكتاب الأول، طد، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998).

17- الحلو (ماجد راغب)، القانون الإداري ، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996.

18- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

19- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للقرارات الإدارية، المكتب الجامعي الحديث،2012، مصر.

20- حمامة فتوح، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2006.

21- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن ، 1994 ،

22- عيسى (رياض)، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، 1985، دروس العلوم القانونية، الجزائر (الجزائر) : ديوان المطبوعات الجامعية

23- نصري نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، منشورات زين الحقوقية ،ط2،مصر ،

24- عيسى (رياض)، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط1، 1976 النجف، العراق

Remove Watermark Wondershare PDFelement

25- محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، الإسكندرية ، 1989،

26- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية -دراسة مقارنة ،

27- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، طبد، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002)،

28- عيسى (رياض) ، مظاهر سلطة الإدارة، طباعة جامعة بغداد، مكتبة التشريع القانونية، ط1، 1976،

29- محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 870 لسنة5 ق بتاريخ 1956/12/09،

30- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقد البوت ، القاهرة ،مكتبة دار النهضة العربية ،2003

31- حمد محمد حمد الشلماني،إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، الإسكندرية ، دار مطبوعات الجامعية،2004.

32- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المكتبة القانونية، 2017 .

33- محمد الشافعي أبو راس ، العقود الإدارية، عالم الكتب، مجلد 01 ، القاهرة، 2004.

34- شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، دار الفجر الجامعية، مصر، سنة 2006،

35- محمود عاطف البنا ، العقود الادارية، دار الفكر العربي القاهرة،مصر، 2007

36- عبد الحميد الشواربي، الأحكام العامة في التنفيذ الجبري" الفقة – القضاء – الصيغ القانونية " ، 2019/ ، دار الكتب والدراسات العربية ،

محاضرات

Remove Watermark Wondershare PDFelement

1-نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، (مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2004)، عمار بوضياف، محاضرات في العقود الإدارية (معايير تحديد الصفقات العمومية تشريعا وفها وقضاء)

2-رواب جمال، دروس في القانون الإداري، ط.د،الجزائر : القليعة، المدرسة الوطنية لضرائب،2008)،

3-محيو (أحمد)، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صداصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2006،

4- أحمد محيو : محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 03، سنة 1979،

المواقع الإلكترونية

1- http: //www.cksu.com/vb/showthreadphp?t=2163777&

تاريخ زيارة الموقع: 2021/04/08، على الساعة، 14:04.

2- طاهر بن لخضر، "العقود الإدارية، www.djelfa.info 23.2.2012،

3- عمار سلسي، "معايير تمييز العقود الإدارية"، www. etudiant . z . net، 2012-2-29،

المراجع الأجنبية:

1- André de L'aubadere – Frank Moderne – Pierre Delvolvé : Traité des contrats administratives. Tome 1-L.G.D.J. 1983 P285.

2- REGLADE(M.) de l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaires et administratives R.D.P 1924 P191

3- VELLEY(S.), op cit,

4- - C.E, 16 Mai 1952 cerbez, R.D.P. C.E8 December 1948 Pasteam RDP 1949 P75 note Waline S, 1949.

5- WALINE (M.), Le critère du contrat administratif en crise.

Remove Watermark Wondershare PDFelement

6- انظر :

LAUBADERE (A. de), traité de droit administratif,6° ed. Paris L.G.DJ 1973 .

VEDEL (G.) droit administratif, 4 e ed , Paris, 1968 .

VELLEY (S.), Droit administratif, 4e ed, Paris dalloze 2003

RICCI (C.J), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette, Supérieur, 2006 .

7- DELAUBADRE (A), op-cit,

قوانين:

1- المواد 93-94-89-92-30-141-59-86 من الأمر 75/58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2- المادة 1 / 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 ، المتعلق بتفويض المرفق العام .

3- المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08 -53 ، المورخ في 9 فيفري 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير و نظام الخدمة المتعلق به ، الجريدة الرسمية عدد 08 الصادرة في 13 فيفري 2008.

4- المادة 53 / 01 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18/ 199 المتعلق بتفويض المرفق العام .

5- المادة 4 من القانون رقم 10/03 ، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة .