جامعة زيان عاشور – الجلفة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قســـم الحقـــوق

إشكالية تعريف العقد الإداري في الجزائر

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص دولة و مؤسسات

إعداد الطالبة

بن الطاهر زينب

إشراف الأستاذة

خلدون عائشة

لجنة المناقشة

1- د/ محديد حميد – رئيسا

2- د/ خلدون عائشة – مشرفة

3- د/ ساعد العقون – مناقشا

السنـــة الجامعيـــة : 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

سورة المائدة رقم الآية 01

إهـــداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في

عمرهما

و إلى أخي و إخوتي

و أخص بالذكر الصغير سعد الدين

أهدي هذا العمل

شكر

أحق ما أبتدى به خطاب وصدر به كتاب حمد الله الذي جعله فاتحة تنزيل وخاتمة دعوة أهل الجنة فقال تعالى: «وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين» فالحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذتي خلدون عائشة على تفضلها الإشراف على هذا العمل وعلى كل ما قدمته لي من نصح وتوجيه

كما أسجل أوفر الشكر والاحترام إلى أستاذي لعقون ساعد الذي لم يبخل علي بالنصح والإرشاد

كما أتقدم بخالص شكري إلى الأخ نقارة لمين لمساعدته لي لإتمام هذا العمل

و لا يسعني في هذا المقام إلا أن أقدم أوفر الشكر والاحترام للجنة المناقشة التي تفضلت لمناقشة هذا العمل

و إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

مقدمة

مقدمة:

يتجسد نشاط الإدارة في القيام بأعمال إدارية متعددة والتي تعرف بأنها كل عمل قانوني أو مادي يصدر من عضو أو أكثر من أعضاء السلطة الإدارية, أو من عامل أو أكثر من عمال هذه السلطة في مباشرتهم للوظيفة الإدارية, حيث يمكن تقسيم هذه الأعمال الإدارية القانونية إلى نوعين؛ أعمال إدارية انفرادية يطلق عليها اسم القرارات الإدارية وهي الأعمال الصادرة من جانب واحد أي بإرادة الإدارة وحدها سواء كانت هذه الإدارة فردية أو جماعية, و أعمال إدارية اتفاقية أو كما يسميها بعض الفقهاء الأعمال الإدارية التعاقدية, أي الأعمال الصادرة بناء على اتفاق بين الإدارة من جهة و أطراف أخرى من جهة اخرى وهي ما تسمى بالعقود الإدارية.

إن نظرية العقد الإداري نظرية قضائية المنشأ أرسى قواعدها ومبادئها القضاء الفرنسي بعد أن اقتنع بعدم صلاحية نصوص القانون المدني كأصل عام لتحكم العقد الإداري, وهذا بحكم اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها, فالعقد المدني يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف الرابطة العقدية أما العقد الإداري فيسعى إلى تحقيق المصلحة العامة, و إذا كان العقد المدني حقق السبق من حيث الوجود وحقق الفصل من حيث أن بعض قواعده انتقلت للعقد الإداري, إلا أن تمييز العقد الإداري من حيث الهدف ومن حيث الأطراف يفرض تخصيصه بأحكام مستقلة عن تلك المقررة على الصعيد المدني.

ونظرا لقيام العقد الإداري على فكرة تغليب الصالح العام على الصالح الفردي ففي حالة التعارض بينهما, فإن الإدارة تتمتع وهي بصدد إبرامه وتنفذيه بسلطات واسعة, يختل معها مبدأ الحفاظ على التوازن بين مصلحة طرفي العقد المعمول بها في مجال العقود المدنية.

ولقد ترتب على ذلك ان صار العقد الذي تبرمه الإدارة بين طرفين إرادة أحدهما إرادة أحدهما أقوى من إرادة الطرف الآخر, مخالفة القاعدة العامة المستقرة في دائرة علاقات القانون الخاص والتي تقرر المساواة المطلقة بين إرادات المتعاقدين.

وبهذا يقوم فارق هام وجوهري بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام.

غير أن الإدارة لا تسير على مبدأ واحد مفاده أن تكون في عقودها دائما صاحبة الإرادة الاقوى, و إنما تلجأ أحيانا إلى قواعد القانون الخاص في تعاقداتها متخلية عن امتيازات السلطة العامة التي يمنحها المشرع لها للقيام بتحقيق الصالح العام.

وبهذا أصبحت العقود التي تبرمها الإدارة تتمحور بين نوعين من العقود, نوع تتمسك فيه بامتيازاتها مما جعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها ومتضمنا شروطا لا نظير لها في مجال علاقات القانون الخاص, ونوع آخر تعقد فيه الإدارة عقودا متخلية عن سلطاتها و امتيازاتها فتكون في موقع مساو لموقع المتعاقد معها و إرادتها مساوية لإرادته, ومن ثم يخضع العقد في كل منازعاته لقواعد القانون الخاص.

فالعقد بصفة عامة هو اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين, وبهذا يتفق العقد الإداري والعقد المدني في كون كل منهما يقوم على أساس توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني معين, يتمثل هذا الأثر في إنشاء التزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين, كما يتفق العقد المدني والعقد الإداري من حيث الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد وهي الرضا – المحل والسبب, وعادة ما يكون الاختلاف بينهما في النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما.

أما العقد الإداري هو الاتفاق الذي يكون أحد طرفيه شخص معنوي من أشخاص القانون العام, مثل الدولة أو أحد الهيئات اللامركزية, والطرف الآخر شخص من أشخاص القانون العام أو أحد أشخاص القانون الخاص كشخص عادي أو شركة مثلا, بهدف تنظيم أو تسيير مرفق عام قصد تحقيق النفع العام, و يجب أن تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمينه شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وتعتبر العقود الإدارية عنصر من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة, فهي احدى أهم وسائلها من أجل تحسين وتطوير أي قطاع لها, وقد ورثت الجزائر عن فرنسا قانون الطلبات العمومية الذي تزامن العمل به مع الحملة الاستعمارية ضد الجزائر, ونظرا لمساوئ الرشوة والممارسات غير القانونية استلزم الأمر إصدار قانون الصفقات العمومية في شكل نصين, الأول يتعلق بقانون الصفقات العمومية

العسكرية والثاني يتعلق بقانون الصفقات العمومية للطرق والجسور الذي تحول إلى قانون الصفقات العمومية للأشغال العامة.

وبعد الاستقلال ونظرا لوجود عدة قوانين اتجهت إرادة الدولة في توحيدها في قانون واحد سنة 1964 وهو قانون الصفقات العمومية.

إن الصفقات العمومية عقود من عقود القانون العام ذات الطابع الإداري, مقننة تجعل من الفقه مجبرا على البحث في نظامها القديم الذي يتحدد بالنظام القانوني لإنشاء الصفقات العمومية, والنظام القانوني في إنهاء الصفقات العمومية.

بالرغم من كون الصفقات العمومية نموذجا وحيدا لتعريف العقد الإداري في الجزائر إلا أن المشرع كرس أسلوبا آخر صراحة كطريقة استثنائية للتسيير, وهو أسلوب الامتياز هذا ما ظهر في قانون البلدية سنة 1967 وقانون الولاية سنة 1969 واستعماله في بعض الحالات, فظهر في البداية كسياسة انتهجتها الإدارة تحقيقا لرضا الشعب من خلال اشباع الحاجات العامة للجمهور, ولم يكن له مظهر قانوني وبعد صدور التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها اعتبرته الطريقة الأكثر ملائمة لتسيير المرافق العمومية المحلية.

***أهمية الموضوع:**

إن هذا الموضوع ونظرا لأهميته من الناحية العملية والنظرية يبحث في مفهوم العقود الإدارية في القانون المقارن وفي الجزائر خاصة, ضمن هذا المنطلق فتحنا مجالا لدراسة مفهوم العقود الإدارية من جهة وتطبيقاتها في التشريع الجزائري من جهة أخرى.

***بالنسبة لأسباب اختيار الموضوع:**

1- إبراز و إظهار مفهوم العقود الإدارية من خلال بيان العقود الإدارية بنص القانون في القانون المقارن خاصة في فرنسا ومصر, وكذا توضيح معاييره القضائية والتي تميزه عن بقية العقود وموقف المشرع الجزائري منها.

2- محاولة الوصول إلى معرفة هل الصفقة العمومية عقد إداري تتوفر فيه الشروط اللازمة في العقد وهذا مايؤكد وجوده في الجزائر.

***أما أسباب اختيار الموضوع الذاتية (الشخصية) ترجع إلى:**

1- الرغبة في توضيح العقد الإداري خاصة في التشريع الجزائري من خلال دراسة قانون الصفقات العمومية بمختلف مراحل تطوره.

***أما السبب الموضوعي (العلمي):** فهو تزويد مكتبة الحقوق بموضوع متعلق بالعقود الإدارية في الجزائر ليكون بمثابة مرجع يستفيد منه طلبة القانون.

*** الصعوبات التي واجهت هذا البحث:**

1- صعوبة البحث في قانون الصفقات العمومية نظرا لكثرة التعديلات التي طرأت عليه.

أما إشكالية دراستنا تتمحور في:

متى نكون أمام عقد إداري في الجزائر؟ هل بصدد تعريف أم إشكالية أكاديمية؟

وتتدرج حول هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية والتي يمكن إجمالها على النحو التالي:

1- ما هو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في تعريف العقد الإداري؟

2- أي التصنيفين ينطبق على الصفقات العمومية؟ هل بنص القانون أم بتوافر المعايير القضائية للعقد الإداري؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية باعتبار أن البحث العلمي يتبع المنهج الوصفي والمنهج التحليلي لإبراز كل ما سبق ذكره وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ودراستها مبررين بذلك مكامن القوة والضعف فيها محاولة منا في المساهمة في تطوير المنظومة التشريعية الخاصة بالعقود الإدارية, فإننا نقسم هذه الدراسة إلى فصلين حيث نتناول في الفصل الأول : مفهوم العقود الإدارية من خلال مبحثين نخصصهما على التوالي للعقود الإدارية بنص القانون في كل من فرنسا ومصر أولا ثم إلى المعايير القضائية لتعريف العقد الإداري.

أما الفصل الثاني من الدراسة فنخصصه لتطبيق نظرية العقود الإدارية في التشريع الجزائري ونوزعه أيضا على مبحثين اثنين نخصص الأول للعقود الإدارية انطلاقا من قانون الصفقات العمومية أما المبحث الثاني فنخصصه للعقود الإدارية انطلاقا من عقد الامتياز.

وسوف نختم الموضوع بخاتمة تضم أهم نتائج هذه الدراسة واقتراحات تابعة منها.

الفصل الأول

إشكالية تعريف العقد الإداري

في القانون المقارن الإدارية

الفصل الأول: مفهوم العقود الإدارية

تعد نظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الإداري, بالقياس إلى المواضيع الأخرى كالقرار الإداري والضبط والإداري, حيث كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في نشوئها ففكرة العقد الإداري لم تنشأ في القانون الإداري الفرنسي إلا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي.

وكان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاءا وفقها في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري, فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة كالقرار الإداري هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري, في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي.[1]

وقد أدى الأخذ بمعيار السلطة العامة إلى تضييق نطاق القانون الإداري, مما دفع المشرع الفرنسي إلى توسيعه من خلال إصدار قوانين تدرج بعض العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري.

وفي مصر تعد نظرية العقد الإداري حديثة أيضا نظرا لحداثة القضاء الإداري فيها, حيث أنشأ مجلس الدولة الفرنسي سنة 1946 ولم تكن العقود الإدارية من ضمن اختصاصه بادئ الأمر ولما صدر القانون رقم09 لسنة1949 الخاص بمجلس الدولة, أدخل في المادة الخامسة منه عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد ضمن اختصاصه, واستمر هذا الحال لحين صدور القانون رقم 165 لسنة 1955 الذي أخضع جميع العقود التي ينطبق عليها وصف العقد الإداري, والقانون الحالي لمجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 أكد المعنى نفسه.[2]

---

[1]– لؤي عبد الكريم، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري و أهميتها في أداء السلطة العامة، مجلة ديالي، العدد الثالث والخمسون،2001، ص3.

[2]– محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ،دار الفكر العربي للنشر الطبعة الثانية 1991 ص56.

المبحث الأول: العقود الإدارية بنص القانون

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة, بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الادارة بإرادته وفق ما يسمى في نظرية العقد الاداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون, حيث أنه في بعض الأحيان يلجأ المشرع وعندما يجد أن تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروفة من القانون الخاص إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود, ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات, وهذا ما يطلق عليه تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون.

وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية, عندما وصف العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعيا منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات, بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة فجعل النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة.

لكن هل لفكرة العقود الإدارية بنص القانون مجال في مصر؟

كل هذا سوف نتعرض له من خلال هذا المبحث لدراسة العقود الإدارية بنص القانون بداية بموقف المشرع الفرنسي لمثل هذه العقود ثم التطرق إلى المشرع المصري وذلك على النحو الآتي.

المطلب الأول: العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا

إن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناجمة عن عقود الإدارة في فرنسا لم يكن في أول الأمر عاما, بل تناول عقودا بعينها من عقود الإدارة أدرجها المشرع في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي, سواء في اختصاص المجالس الإقليمية التي أصبحت تسمى في الوقت الحاضر بالمحاكم الإداريةالإقليمية أو في اختصاص مجلس الدولة, ولما كان مجلس الدولة يطبق قواعد القانون العام فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقود إدارية بتحديد القانون contrat administratif par détermination de la loi فالمشرع هنا قد يتدخل لاعتبارات معينة بالنص على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة, وذلك رغبة منه في إخضاع هذه

العقود لنظام قضائي خاص ومتميز عن ذلك الذي يحكم العقود الأخرى ويطبق عليها قواعد قانونية متميزة ومغايرة نظرا للطبيعة المتميزة التي يفرضها المشرع على هذا النوع من العقود.

وهذا ما سنتطرق إليه خلال هذا المطلب كالآتي:

أن بعض العقود الإدارية بتحديد القانون هي باستمرار ووفقا لطبيعتها الذاتية عقود إدارية ومن أوضح الأمثلة على ذلك.

أولا: عقد الاشغال العامة:هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن محدد في العقد.[1]

من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص خصائص هذا العقد وهي:

- يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار الغرض منه القيام بأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة

-أن تكون الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام, ليس من الضروري أن يكون العقار مملوكا لهذا الشخص ولو كان محل التعاقد عقارا خاصا

- أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق النفع العام[2]

ويعد عقد الأشغال العامة من أوائل العقود الإدارية بتحديد القانون وهو في ذات الوقت عقد إداري بطبيعته وقد كان الأساس الذي استند إليه القضاء الإداري الفرنسي في الفترة مابين سنة 1949 و 1955 لسحب اختصاصه إلى كثير من العقود الإدارية بطبيعتها إذا ما تضمنت عنصرا من عناصر الأشغال العامة وحينئذ يكون النص على ادراج العقد في

---

[1]– نسرين شريقي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري ، التنظيم الإداري ، النشاط الإداري، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء الجزائر، 2014،ص168.

[2]– جميلة جبار، دروس في القانون الإداري، منشورات كليك، الطبعة الأولى2014،ص123.

نطاق اختصاص القضاء الإداري من قبيل تحصيل الحاصل ويمكن اعتبار العقد عقدا إداريا بطبيعته لا بتحديد القانون .[1]

وقد نص المشرع الفرنسي بمقتضى من المادة 04 من قانون 28 بليفور السنة الثامنة والتي عقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد لمجالس الأقاليم بنصها على هذه المجالس بالمنازعات التي تنشأ بين مقاول الاشغال العامة و الإدارة والمتعلقة بتنفيذ شروط العقد المبرم بينهما وبناء على ذلك أصبحت كل المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة من اختصاص مجلس الأقاليم غير أن تحديد ما يعد من قبيل الاشغال العامة من عدمه كان يخضع لتقدير القضاء.[2]

ثانيا: عقد التوريد:يكون العقد الذي نص على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة به غير إداري بطبيعته في جميع الأحوال, وهنا تثور فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون, لو تحتم اعتبار العقد في جميع الحالات عقدا إداريا لمجرد أن المشرع قد جعل الفصل في المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإداري, ولكن مجلس الدولة الفرنسي لا يميل إلى التزام الخطة السابقة في جميع الحالات بل اعتنق تفسيرا مثلما هو الحال في عقود التوريد[3] والذي يعرف بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاهالفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين".[4]

فهو العقد الذي يسمح للإدارة بالحصول على سلع ضرورية لها وخاصة الاموال غير المنقولة من كافة الأنواع, مثل العقود التي تجريها كلية الحقوق للحصول على طاولات وكراسي.[5]

---

[1]– سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، الطبعة الثانية، ص54.

[2]– دويب حسين صابر ، مرجع سابق ، ص11.

[3]– سليمان الطماوي ، مرجع سابق ص55.

[4]– دويب حسين صابر، مرجع سابق11.

[5] – أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة 2009، ص362.

ووفقا للمرسوم الصادر في 11جوان1806 والذي نص في مادته الثالثة عشر على اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة وبذلك تكون عقود التوريد التي تبرمها لدولة هي فقط التي تعد عقودا إدارية أما عقود التوريد التي تبرمها الهيئات المحلية فإنها تدخل في اختصاص القضاء العادي أو بعبارة أخرى تظل موجودة في اختصاص القضاء العادي.[1]

ثالثا:عقود القرض العام التي تبرمها الدولة:يعرف عقد القرض العام بأنه "عقد يقرض بمقتضاه أحد الأفراد (البنوك) مبلغا من المال للدولة أو الشخص آخر من أشخاص القانون العام وتعد هذه العقود من العقود الإدارية نظرا لجعل الاختصاص بنظر لجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها من اختصاص القضاء الإداري (مجلس الدولة الفرنسي) بمقتضى القانون رقم 17 جويلية 1790.

وكذلك القانون الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1793 أما القروض التي تبرمها المحليات فهي تختلف من حالة إلى أخرى فمنها ما يعد عقودا إدارية ومنها ما يعد عقودا خاصة وفقا لتكييف القضاء لها.[2]

ويأخذ عقد القرض العام عدة أشكال وصور منها:

1-القروض الاختيارية والقروض الاجبارية واستنادا إلى مدى حرية الاكتتاب فيها.
2-القروض المؤقتة(القابلة للاستهلاك والقروض المؤبدة حتى توقيت سدادها).
3-القروض الداخلية والقروض الخارجية حسب النطاق المكاني لإصدارها وطبيعة جنسية المقرض.[3]

رابعا: العقود التي تتضمن شغلا للدومين العام:عقود التزام الدومين العام هي عبارة عن عقود بواسطتها تمنح الإدارة لشخص آخر جزاء من الدومين العام الخاضع لها, ليستغله المتعاقد مع الإدارة ويقوم بإقامة مشروع على الدومين العام[4]

---

[1]- دويب حسين صابر،مرجع سابق، ص12.

[2]- دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص12.

[3]- نسرين شريقي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص168.

[4]- دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص12.

وهذه العقود كانت مثار خلاف قبل صدور القانون, فالبعض من الفقهاء كان يعتبرها عقودا إدارية بطبيعتها الذاتية باعتبار أن الدومين العام له نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الخاص, وبالتالي تعد العقود المتعلقة به عقودا إدارية.

وقد اعتبر القضاء كذلك هذه العقود من قبيل العقود الإدارية, ولكن بشرط أن تتضمن أحد الأمرين إما أن تحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص, و إما أن يشرك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ أو إدارة المرفق العام ذاته وإلا كانت تعد عقود إيجار مدنية, إلا أن القانون الذي صدر بتاريخ 1938/06/17 والذي نص في المادة رقم 84 منه على أن "تخضع لاختصاص مجالس الأقاليم دون إحالة لمجلس الدولة النزاعات المتعلقة بشغل جزء من الدومين العام أيا كان شكلها أو تسميتها والتي تبرمها الدولة, الأقاليم والمؤسسات العامة أو ملتزمي هذه المؤسسات.[1]

المطلب الثاني: العقود الإدارية بنص القانون في مصر

إذا كان المشرع الفرنسي عرف ما يسمى بالعقود الإدارية بنص القانون فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هل لفكرة العقود الإدارية بنص القانون مجال في مصر, وللإجابة على هذا التساؤل يجب أولا أن نتعرض لموقف المشرع المصري في مراحله المختلفة وذلك على التفصيل الآتي:

المرحلة الأولى: قبل صدور قانون مجلس الدولة رقم 09 لسنة 1949

هذه المرحلة تشكل مرحلتين فرعيتين المرحلة السابقة على إنشاء مجلس الدولة بمقتضى القانون رقم 112لسنة 1946, وفي هذه الفترة لم يكن القانون الإداري معروفا بالمعنى الفني للكلمة و إن كانت المحاكم المختلطة والأهلية قد عرفت وجو قانون إداري يحكم المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها إلا أنها لم تصل إلى نفس المستوى الذي وصلت إليه المحاكم الفرنسية في مجال العقود الإدارية.

وكانت المحاكم المختلطة والأهلية على حد سواء هي المحاكم المختصة بنظر كافة المنازعات, سواء أكانت تلك التي تكون الدولة أو إحدى وحداتها طرفا فيها أم لم تكن

---

[1]– دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص13.

كذلك حيت كان سائد آنذاك نظام وحدة الجهة القضائية لذا فإن تطبيق قواعد متميزة لعقد من العقود في ذلك الوقت إنما كان يرجع إلى نصوص العقد وشروطه لا إلا أحكام وقواعد القانون الإداري.[1]

ونجد أن القانون رقم 112 لسنة 1946 لم يتضمن أي إشارة إلى عقود الإدارة إلى أن ورد النص في قوانين لاحقة.[2]

وبذلك يكون المشرع المصري قد اعترف بوجود محاكم إدارية مختلفة عن المحاكم المدنية بيد أنه لم يرد في ظل هذا القانون أي شيء يتعلق بالعقود الإدارية وظل الاختصاص كاملا للمحاكم الأهلية والمختلطة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.[3]

المرحلة الثانية: بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم 09 لسنة 1949

أصدر المشرع هذا القانون ليحل محل القانون رقم 112 لسنة 1946 ونص المشرع المصري وللمرة الأولى في المادة الخامسة منه على أن:" تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد ويترتب على رفع الدعوى في هذه الدعوى أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها أمام المحاكم العادية كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري".[4]

فوفقا لهذا النص نجد أن المشرع قد نص صراحة على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام وعقود الأشغال العمومية وعقود التوريد الإدارية, وقد ذهب البعض إلى القول بأن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة لاتعد عقودا إدارية بنص القانون و إنما هي عقود إدارية نظرا لطبيعتها الذاتية وخصائصها ولصلتها القوية والوثيقة بمبادئ و أحكام القانون الإداري لذلك فهي دائما تعد عقودا إدارية.[5]

---

[1]– دويب حسين صابر، مرجع سابق،ص14.

[2]– محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص56.

[3]– دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص15.

[4]–المادة 05 منقانون مجلس الدولة رقم 09 الصادر سنة 1949 المشار لها عند محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 56.

[5]– دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص16.

وأما العقد الثالث وهو عقد التوريد فهو العقد الذي قد يكون إداريا أو غير إداري وفقا لإرادةالإدارةولهذا فقد حرص نص المادة الخامسة على أن ينعته صراحة بصفة (الإدارية) مما كان يستبعد من اختصاص المجلس المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غير الإدارية.[1]

غير أن صياغة هذا النص ترد عليه بعض الملاحظات:

1- إن اختصاص محكمة القضاء الإداري لم يكن شامل لجميع أنواع العقود الإدارية بل كان مقصورا على ثلاثة فقط وهي عقود الامتياز عقود الأشغال العامة و أخيرا عقود التوريد الإدارية فقط ما جعل الاختصاص بالنسبة لباقي العقود للمحاكم المدنية.

2- كما أن هذا الاختصاص لم يكن شاملا لجميع المنازعات المتعلقة بهذه العقود الثلاثة بل كان اختصاصا جزئيا ومشروطا بشرط وهو أن تكون هذه المنازعة ناشئة بين الحكومة وبين الطرف الآخر في العقد وبالتالي فإن المنازعات التي تنشأ بين الملتزم والمتعهد وبين باقي الأفراد ينعقد الاختصاص بنظرهم للمحاكم العادية.

3- لم يكن اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات وفقا للتحديد السابق اختصاصا مطلقا لها و إنما كان اختصاصا مشاعا بين القضائيين الإداري والعادي وهذا ما يتضح في نص المادة الخامسة.

ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها أمام المحاكم العادية كما يترتب على رفعها أمام الحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري وبذلك يكون أمام طرفي المنازعة أحد حلين إما أن يقوموا برفع الدعوى أمام جهة القضاء العادي وفي هذه الحالة لا يجوز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري أو يقوم برفعها أمام محكمة القضاء الإداري وهنا يمتنع عليها رفعها أمام المحكمة العادية وذلك مع الوضع في الاعتبار احترام القواعد التي وضعها المشرع لمنع الجهتين من ذات الموضوع وقد كان هذا الامر من أبرز الانتقادات التي وجهت لهذا القانون.[2]

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص57.

[2]- دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص17.

المرحلة الثالثة: منذ صدور القانون رقم 165 لسنة 1955

صدر قانون رقم 165 لسنة 1955 ونصت المادة العاشرة منه على أن: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".[1]

وقد جاء القانون رقم 55 لسنة 1959 بنفس الصياغة ثم جاءت المادة العاشرة فقرة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 أورد نفس هذه الصياغة وبذلك يكون المشرع قد حرص كل الحرص على النص على اختصاص مجلس الدولة دون غيره بالفصل في العقود الادارية.[2]

فهذه النصوص جاءت قاطعة إذ جاء فيها ذكر العقود الإدارية الثلاثة على سبيل التمثيل ودليل ذلك نهاية المادة التي تقول"...أو بأي عقد إداري آخر".[3]

ويلاحظ على هذا القانون الملاحظات الآتية:

1- اصبح الاختصاص لمجلس الدولة كهيئة قضاء إداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية جميعها, وليس بعض هذه العقود فقط كما كان الوضع في ظل القانون رقم 09 لسنة 1949 وبذلك أصبح مجلس الدولة هو قاض القانون العام خاصة بالنسبة للعقود الإدارية.

2- وفقا لأحكام القانون رقم 165 لسنة 1955 والقوانين التالية له أصبح اختصاص مجلس الدولة بمنازعات العقود الإدارية سواء ما ورد النص عليها على سبيل المثال أم باقي العقود الإدارية وليس فقط كما كان الوضع في ظل القوانين السابقة.

والملاحظ بصدد موقف المشرع المصري أنه حين تعرض لمنازعات العقود الإدارية تبنى نمطا مختلفا عن المشرع الفرنسي, فإذا كان المشرع الفرنسي قد أفرد مجموعة من القوانين المستقلة التي تنظم مسألة اختصاص القضاء الإداري بنظر العقود الإدارية إلا أن

---

[1]- المادة 10من القانون رقم 165، الصادر سنة 1955 المشار له عند دويب حسين صابر ص17.

[2]- دويب حسين صابر، مرجع سابق، ص17.

[3]- سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص57.

المشرع المصري لم يفعل ذلك وتصدى لهذه المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وهو بصدد تنظيمه لمجلس الدولة ذاته.[1]

ومن ثم فإننا ننتهي إلى استبعاد فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون من نطاق القانون المصري لأن اختصاص القضاء الإداري يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام. أما تطبيق قواعد القانون الخاص فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الإداري. وهذا هو ما توصلت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في

09 ديسمبر 1956 حيث تقول بعد أن استعرضت مختلف المراحل التي مر بها اختصاص مقصورا على عدد معين من عقود الإدارة بل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود ".... فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقودا إدارية بطبيعتها و وفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة الشارع ....."[2].

---

[1]– دويب حسين صابر، مرجع سابق ص18.

[2]– سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص57.

المبحث الثاني: المعايير القضائية لتعريف العقد الإداري

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية فالعقود الإدارية يكون أحد طرفيها من أشخاص القانون العام ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري ,بينما العقود الخاصة يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الخاص ومنازعاتها تخضع للقضاء العادي وليس القضاء الإداري.

ومن المسلم به أن الفقهاء اختلفوا في تمييز العقود الإدارية عن بقية العقود الأخرى ، فظهرت معايير مختلفة في هذا الشأن ,الرأي الغالب فيها يذهب إلى أن العقد الذي يبرمه شخص إداري بقصد إدارة مرفق عام أو تسيير هو تنظيمه و تظهر فيه أساليب القانون العام هو عقد إداري ومن هذا نستنتج أن العقد الإداري يتضمن ثلاث معايير هي:

1- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق معين.

3- إتباع أساليب القانون العام.

إلا أنه ظهر اختلاف كبير بين الفقهاء حول كفاية أو عدم كفاية أحد هذه الضوابط ليكون معيارا مميزا للعقد الإداري حيث ذهب البعض إلى انه متى كانت الإدارة طرفا في العقد كنا أمام

عقد إداري بغض النظر عن موضوع ومحل العقد وهؤلاء هم أنصار المعيار العضوي والبعض الآخر نادى بوجوب اتصال العقد الإداري بمرفق عمومي واتباع أساليب وشروط استثنائية وهؤلاء هم أنصار المعيار الموضوعي وقد اختلفوا فيما بينهم حول كفاية أحد العنصرين فظهرت نظريات:

الأولى ترى أن معيار تميز العقد الإداري هو هدف المرفق العام والثانية ترى إضافة شرط آخر إلى معيار المرفق العام وهو أن العقد بأسلوب القانون العام بأن يتضمن

شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق أحكام القانون الخاص أما الثالثة فترى كفاية الشروط الاستثنائية.[1]

المطلب الأول: الإدارة طرفا في العقد

يعتبر من البديهيات أن تكون الإدارة طرفا في العقد , ذلك أنه لا يجوز أن يوصف عقد بأنه إداري إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل جهة إدارية.

وقد استقر القضاء في مصر و فرنسا على أن وجود شخص عام كطرف في العقد شرط ضروري لكي يتصف العقد بصفة العقد الإداري.

واشخاص القانون العام في نظر القضاء هي الدولة التي تمثلها الوزارات والادارات والمصالح المركزية التابعة لها والأشخاص العامة الاقليمية: محافظات،مدن،قرى....، والأشخاص العامة الأخرى، هيئات عامة ومؤسسات عامة ونقابات المهن الغرف التجارية.[2]

على أن القضاء الإداري سواء المصري أو الفرنسي اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى ذلك أن الافكار الاشتراكية والاقتصاد الموجه الذي ساد العالم عقب الحربين العالميتين, أدى إلى ظهور منظمات جديدة تشرف على كثير من نواحي النشاط الخاص أو المهني وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة ومن ثم ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكميه الشهير ينفي قضيتيMonpeurt et bouguen إلى أن تلك المنظمات تعتبر من أشخاص القانون العام وكذا ما أخذت به محكمة القضاء الإداري المصري في ما يتعلق بالنقابات المهنية كنقابة المحامين ويترتب على الاعتراف بالصفة العامة للأشخاص المعنوية السابقة أن تكون العقود التي تبرمها ادارية إذا ما استوفت باقي الشروط.[3]

---

[1]– عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعد الإداري، الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة ،2009، ص36.

[2]–حسين عثمان محمد عثمان،أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية،2010،ص563.

[3]–محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص62.

هذا المعيار يوسع من نطاق العقود الادارية وبالتالي القانون الاداري لأنه يترتب عليها عتبار كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا,علما بأن الإدارة قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في ابرام عقوده او بالتالي ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقدا إداريا.[1]

المطلب الثاني: اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام

حتى يتصف العقد الإداري بالصيغة الإدارية لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في هو إن مايجب ان يتعلق هذا الأخير بنشاط مرفق عام سواء من حيث إنشاء ذلك المرفق أو من حيث تنظيمه وتسييره.

الفرع الأول: ظهور معيار المرفق العام

إن ظهور معيار المرفق العام يعود إلى حكم بلانكو arrêtBlanko الشهير الصادر عن

محكمة التنازع الفرنسية في 08 فيفري1973 فقد أشار هذا القرار في حيثياته إلى أنعدم تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على الوقائع يعود إلى كون الأمر متعلق بمرفق عام وأن قواعد المسؤولية الإدارية التي تحكمه هي قواعد خاصة ومتغيرة بحسب حاجات المرفق العام.[2]

و النتيجة المتوصل إليها في هذا القرار أن نشاط مرفق عمومي إذا ما تسبب في أضرار يرجع النزاع المترتب عنها لقاضي الإداري ويطبق عليه هذا الأخير قواعد القانون الإداري.[3]

هذا ما أدى في الأخير إلى ظهور علاقة بين وجود المرفق العامة تطبيق قواعد القانون الإداري.

1- عليوات ياقوتة، مرجع سابق،ص37.

[2]-ناصر لباد،الوجيز في القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، سطيف ،2006،ص29.

* تتلخص وقائع هذا الحكم في أن الفتاة بلانكوجر حتنتيجة اصطدامها بعربة تابعة لمصنع ملكية لإدارة التبغ الفرنسية فرفع السيد بلانكو والد الضحية ضد محافظ محافظة لاجير وند ممثلا لدولة دعوى تعويض على أساس تطبيق المواد 1382-1383-1384 منق المدني الفرنسي فطرحتل إشكالية اختصاص القاضي الإداري وقد حكمت محكمة التنازع الفرنسية لاختصاص القاضي الإداري.

[3]-ناصرلباد، مرجع سابق، ص29.

ولقد تدعم معيار المرفق العام كأساس لاستقلال القانون الإداري بصدور حكم Terrierبتاريخ 6 فيفري 1903 وتتلخص وقائع النزاع في أن المجلس البلدي لإحدى المدن أصدر قرار محتواه أن كل من يقتل عددا معينا من الثعابين يمنح مكافأة مالية عن كل ثعبان مقتول ونتيجة لإقبال الناس الشديد على ذلك نفذ الاعتماد المالي بسرعة ولم يحصل أحد صائدي الثعابين على المبلغ الذي يعتقد أنه يستحقه فأثار نزاعه أمام مجلس الدولة الذي قرر اختصاصه بنظر النزاع.[1]

وهنا يكون كما ذكرت أنه صرح باختصاص القضاء الإداري بالنزاع مؤسسا ذلك على كون الأمر يتصل بمرفق عام ولو أن ذلك جاء بصياغة عامة.

وبذلك يكون المرفق العام قد امتد إلى المرافق العامة الاقليمية ويعين الأخذ بنظرية المرافق العام كأساس لتطبيق أحكام القانون الإداري ما يلي:

- إن كلما يتعلق بتنظيم المرافق العامة ، قومية منها والمحلية يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري سواء تم ذلك بأسلوب الأمر والنهي أو بأسلوب العقد.

- إن تحديد نطاق كل من القانون الإداري والخاص إن ما يقوم على التفرقة بين المرافق العامة منجهة ونشاط الإدارة الخاص الذي لا يتصلب المرافق العامة من جهة أخرى.

كما أن الإدارة العامة وهي بصدد تسييرها للمرافق العامة تستطيع أن تختار بين وسائل القانون العام فتخضع أعمالها لقواعد القانون الإداري وبين وسائل القانون الخاص فتضع نفسها مختارة في نطاق القانون الخاص.[2]

وقد وصل فريق من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه ليوندو جيجيز و بونارو فيما بعد أن دريلو بادير وهم يكونون ما يسمى بمدرسة المرفق العام أو مدرسة بوردو وهي المدرسة التي كانت تعارض مدرسة السلطة العامة أومدرسة تولوز إلى اعتبار المرفق العمومي ليس فقط معيار اختصاص القاضي الإداري ولكن الأساس الوحيد للقانون الإداري وأن القانون الإداري لا يفهم بحسبهم إلا باعتباره قانون المرافق العمومية.[3]

---

[1]-حسين عثمان محمد بن عثمان،مرجع سابق،ص264.

2-حسين عثمان بن عثمان، مرجع سابق،ص 265.

[3]-ناصر لباد،مرجع سابق،ص30.

وبالنتيجة فإن المقصود بهذا المعيار النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرته أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت اشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام.[1]

وتبقى مسألة اتصال العقد بالمرفق العام مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي وعليه إذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام فإن القضاء الإداري يعتبر العقد عقدا مدنيا وليس بعقد إداري.[2]

الفرع الثاني: أزمة المرفق العام

في مرحلة لاحقة أدت التطورات العامة خاصة بفرنسا إلى فكتلك العلاقة المتلازمة مما أحدث أزمة سميت بأزمة المرفق العام وكان من أشد الأسباب حسب الفقهاء ما يلي:

– اتساع تدخلا لإدارة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي,أي القيام بجملة نشاطات ذات طبيعة اقتصادية ولكن إبقاء هذه النشاطات خاضعة أساسا للقانون الخاص و لرقابة القاضي العادي رغم انها أصبحت في حكم المرافق العمومية التي تتولاها السلطة العمومية أو تشرف عليها.

– ازدياد مساهمة الأفراد في الأعمال ذات النفع العام في صورة مرافق عمومية يتولى إدارتها الأفراد والشركات تحت رقابة الإدارة واشرافها كامتياز المرفق وشركات الاقتصاد المختلط كما ازدادت المرافق العمومية المهنية في هذا الميدان أيضا.

ومن جهة أخرى فقد امتدت وسائل القانون العمومي خارج نطاق المرافق العمومية لتطبق على النشاطات الخاصة ذات النفع العام.[3]

ومن ثم لمتعد فكرة المرفق العام صالحة لوحدها لأن تكون أساسا ومعيارا للنظام الإداري قانونا وقضاء.

1–نسرين شريقي، مريم عمارة، سعيد بوعلي،مرجع سابق،ص27.

2– جميلة جبار، مرجع سابق، ص119.

3– ناصر لباد، مرجع سابق، ص31.

وأمام صعوبة وضع معيار دقيق وواضح للقانون الإداري يذهب الفقه الفرنسي خاصة إلى الأخذ بمعيار آخر أكثر وضوح ودقة ولا يستند إلى فكرة جوهرية مركزية واحدة وإنما يجب إعطاء كل معيار (السلطة العامة،المرفق العام ،المصلحة العامة) دورا في تحديد النظام الإداري بصورة تؤدي إلى تكامل بين الوسائل والأهداف أي تكامل المعايير وهو المسلك الذي جنح إليه مجلس الدولة الجزائري في العديد من قراراته.[1]

هذا المعيار كان ولا بد أن يقوم على الوسيلة التي تستخدمها السلطة الإدارية ويتمثل ذلك في معيار السلطة العامة بثوبه الجديد والامتيازات المخولة له.

فالمقصود بالمرفق العام هنا هو التعريف العضوي و الوظيفي في آن واحدا أنه نشاط تقوم به الإدارة والهيئات العامة وتستهدف اشباع حاجات ذات مصلحة عامة.[2]

والملاحظ من هذا التعريف أن النشاط المسير من قبل الخواص لا يعتبر مرفقا عاما (لان عدام المفهوم العضوي للمرفق العام) وتستثني من ذلك حالة التزام المرافق العمومية غير أن الاجتهاد القضائي يوسع في ما بعد المعيار ليشمل حتى بعض الهيئات الخاصة.

إضافة إلى أن المحكمة الإدارية العليا تعرض بالتفصيل السبب فيتطور فكرة المرافق العمومية وتعدد النظم التي تخضع لها في حكمها الصادر في 2 يونيو 1957 حيثتقول " إن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشر فعلى إدارته ويعمل وبانتظام واستمرار يستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبه الابقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة...".[3]

رغم هذا التوسع فإن معيار المرفق العام ليس مطلقا بل ترد عليه عدة استثناءات: الاستثناء الأول نستخلص همن التمييز بين التسيير العمومي والتسيير الخاص، إذ يستمر

---

[1]– محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر، الحجار، عنابة، 2004، ص29.

[2]– مسعود شيهوب،المبادئ العامة للمنازعات الادارية،الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة،2005،ص122.

[3]–محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص74.

هذا التمييز حتى داخل المرفق العام نفسه والاستثناء الثاني هو المرفق العام ذو الطبيعة التجارية و الصناعية الذي تخضع منازعاته للقضاء والقانون العادي ،لقد أصبح هذا الاستثناء قاعدة عامة في مجالا لاختصاص بمنازعات المرافق العامة التجارية والصناعية وصار الاستثناء هو خضوع هذه المرافق للقانون الإداري فيما يتعلق بالنظام القانوني للمرفق العامة وقد توسع هذا الاجتهاد جزئيا إلى المرافق العامة الاجتماعية والمهنية.

هذه الاستثناءات تشكل في حقيقتها ما أصبح يعرف بأزمة المرفق العام وهي الأزمة التي تتعمق بسبب غموض المفهوم نفسه وعدم وضوح تعريف هو خاصة منذ أن أصبح التعريف العضوي (الهيئات) والتعريف الوظيفي (النشاط) غير مثلا.[1]

1-مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص124.

المطلب الثالث: إتباع أساليب القانون العام

إن كون الدولة طرفا في العقد لا يكفي وحده بأن يكتسب العقد الصفة الإدارية كذلك اتصال العقد بمرفق عام لا يصلح للقولب أن العقد إداري لما شهده القانون الإداري من تطور فيرى المختصون في القانون الإداري أنه لابد من وجود عنصر مميز للعقد ,وهو المتمثل فيأخذ الإدارة في العقد بأساليب القانون العام ما يعني أن يضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

فإن لجأت الإدارة إلى استخدام سلطتها وامتيازاتها وضمنت العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود القانون العام ,وإن لم تلجأ إلى ذلك فالمنازعة تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري.[1]

وتحرص أحكام مجلس الدولة المصري باستمرار على ابراز هذه الحقيقة الجوهرية في موضوع العقود الإدارية ومن ذلك قول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 16 سبتمبر 1956 ".... كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريا فإنها من ذلك كافية لمنح تلك الصفقة إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العامل ما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فتتبع في شأنهما يتبعها لأفراد في تصرفاتهم الخاصة ومن ثم فإن المعيار المميز ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام مشتركا في ذلك مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد....".[2]

الفرع الأول: مفهوم الشروط الاستثنائية

---

[1]– عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص42.

[2]–سليمان الطماوي ، مرجع سابق– ص85.

يقصد بها الشروط المحركة لصلاحيات وامتيازات السلطة العامة والتي تشكل شرطا أو بندا استثنائيا وغير مألوف فهي لا تحتاج إلى موافقة الطرف المتعاقد معها ولا تدخل القاضي أو جهة أخرى لأن الدافع وراء استخدام الإدارة لهذه الشروط هو المنفعة العامة[1].

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...الخ وقد حدد الأستاذ Georges Vedel الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود المبرمة من قبل الإدارة كما يلي:

العقوبات المتوقعة من قبل الإدارة على المتعاقد معها والشروط المنصوص عليها في القانون والمتعلقة بفسخ العقد من جانب واحد وسلطة الإدارة في إعطاء الأوامر...إلخ.[2]

وهذا ما بررته بعض الأحكام الإدارية وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 31 مارس 1962 " من المسلم به أن العقد الإداري يتميز باحتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العمومية ومن ثم فإن البند الذي يخول الإدارة الحق في توقيع العقوبات على المخالف جائز قانونا والقول أن هي طلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها...

مردود بأن استعمال الإدارة حقها المخول لها في هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف.[3]

كذلك حكمها الصادر في 02 جانفي 1965 وأخذه بأسلوب القانون العام في ما تضمنته من شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

حكمها الصادر في 30 ديسمبر 1987 " ... وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك يتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص...".

حكمها الصادر في 11 ماي 1968 واتبعت في هو سائل القانون العام إذا ضمنته شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص".[1]

---

[1]– نسرين شريقي ،مريم عمارة، سعيد بوعلى ،مرجع سابق، ص164.

[2]– عليوات ياقوتة، مرجع سابق– ص43.

[3]– حسين عثمان محمد عثمان – مرجع سابق– ص568.

وإذا كان اجماع الفقه في القانون الإداري متفقا على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص لصيرورة العقد عقدا إداريا إلا أن صعوبة تحديد بيان هذه الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في عقود القانون الخاص قد قامت،وقد بذل القانون الإداري جهودا ومساعي لبيانها.[2]

وليس ضروريا أن يتضمن العقد مجموعة من الشروط غير المألوفة بليكفي وجود شرط واحد فقط من هذه الشروط في العقد الذي تبرمها لإدارة مع أحد الأفراد لكي يتصف هذا العقد بالوصف الإداري كأن ينص العقد مثلا على حق جهة الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر وتوقيع الجزاء عليه دون الرجوع إلى القضاء كما أنه لا يشترط أن ينص العقد نفسه على الشروط غير المألوفة بل يكفي أن تكون هذه الشروط منصوصا عليها في قانون أو في لائحة شريطة أن يحيل العقد إلى هذه النصوص.[3]

ويمكن رد هذه الشروط غير المألوفة إلى أفكار رئيسية كما يمكن الاستدلال عليها بقرائن معينة ونجمل ذلك كله في ما يلي:

أولا: الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن للمتعاقد معها أن يتمتع بها

وهذه الامتيازات في مجال شروط العقد هي أبرز ما يميز العقود الإدارية إذ بمقتضاها تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة التزامات تجعل موقف المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئ ، فمنذ الخطوات الأولى في ابرام العقود الإدارية يتجلى هذا الإخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين.[4]

ومن أمثلة الامتيازات التي تضمنتها الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في عقود القانون الخاص و المقترنة بالعقد الإداري الامتيازات والسلطات التالية:

---

[1]–محمد سليمان الطماوي– مرجع سابق– ص87.

2– عوابدي عمار، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 ، ص 195.

3– حسين محمد عثمان،مرجع سابق،ص569.

[4]– محمد سليمان الطماوي– مرجع سابق– ص92.

1- حق السلطة الإدارية المتعلقة في تعديل التزامات المتعاقدين معها نقصا أو زيادة.

2- امتياز سلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد.

3- امتياز سلطة تغيير طريقة تنفيذ العقد و وقف التنفيذ مؤقتا.

4- امتياز سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة دونما حاجة و انتظار لرضا الطرف الآخر المتعاقد معها.

5- امتياز سلطة الادارة في توقيع عقوبات مختلفة على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته حتى ولو لم يحدث لها ضرر ما ويغير الالتجاء إلى القضاء.[1]

بالمقابل قد يتضمن العقد الإداري بعض الشروط التي تسمح للمتعاقد بمباشرة بعض امتيازات السلطة العامة نيابة عن الإدارة في مواجه الغير من أمثلة هذه الشروط ما تضمنته عقود الاشغال من شروط تخول المتعاقد سلطة الاستلاء المؤقت على العقارات.[2]

ثانيا: الشروط الاستثنائية وغير المألوفة التي تخول للمتعاقدين مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير

بمعنى أنها تخول المتعاقد معا لإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الإدارة عادة ,وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد الإداري وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها في العقود التي تتم في نطاق القانون الخاص بين الأفراد.

كأن تجعل له حق التنفيذ المباشر أو حق نزع الملكية العامة أو حق استخدام الدومين العام أو استخدام وشغل بعض العقارات الخاصة لمدة محددة دون الحاجة لإرضاء ملاكها هذه وأمثالها امتيازات تتمتع بها الإدارة العامة فقط وذلك لتحقيق الصالح العام ، ومن ثم فإن ظهور مثل هذه الشروط في العقد تعلن أن العقد عقدا إداريا.[3]

---

[1]- عمار عوابدي، مرجع سابق، ص195.

[2] - جميلة جبار، مرجع سابق، ص120.

[3]- محمد الشافعي بوراس، العقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون طبع، ص36.

ثالثا: الإحالة إلى دفاتر شروط معينة

إن الإدارة عند إبرام العقود كثيرا ما تعد شروطا موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مقدما قبل التعاقد وتعتبر جزءا من العقد الإداري بعد إبرامه لكن إذا لميت ضمن العقد شرطا غير مألوف ولكنه أحال إلى دفاتر الشروط تلك هل تعد هذه الإحالة بمثابة شرطا ستثنائي يضفي الصفة الإدارية على العقد ؟ هنا تتوقف الإجابة على طبيعة الشروط الواردة في الدفتر المشار إليه فإذا كانت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة فلا شك في أن العقد يصبح إداريا.[1]

رابعا: جعل الاختصاص في النظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص القضاء الإداري

وهذا الشرط لا يعتبر عنصرا يكسب العقد الصفة الإدارية بل هو معيار وضابط تحدد على ضوئه العقود الإدارية بطبيعتها.[2]

فإذا سلمنا أنه لا يجوز الاتفاق على تعديل أو تغيير قواعد الاختصاص القضائي,لأن ذلك إنما يتعلق بالنظام العام غير أن قيمة هذا الشرط تكون واضحة في حالة ما إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة أي أن شروط العقد يمكن أن يتم تكييفه على أساسها أنه عقد إداري أو عقد خاص هنا يأتي شرط تحديد الاختصاص لي وضح الطبيعة الإدارية للعقد ، أما إذا كانت شروط لعقد من الوضوح لتحديد أي من الطبيعتين فلا يكون لشرط الاختصاص أي قيمة.[3]

---

[1]– محمد سليمان الطماوي،مرجع سابق،ص93.

[2]– عوابدي عمار،مرجع سابق،ص198.

[3]–دويب،حسين صابر،مرجع سابق،ص49.

خامسا: اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام:

إذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة أو القرائن السابقة فإن القضاء الإداري الفرنسي يعتبره إداريا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى اشتراك المتعاقدين مباشر في تسيير المرفق العام.

وعلى هذا الأساس استقر القضاء الإداري على أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري باستمرار لأنه يؤدي إلى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق العام بنفسه.[1]

[1]– محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص96.

الفرع الثاني: مدى كفاية معيار الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري

يعد معيار الشروط الاستثنائية من المعايير المهمة سواء في فرنسا أو في مصر ففي مصر يقف القضاء الإداري إلى ضرورة توافر الشروط الثلاثة للقول بوجود عقد إداري كما تقف الشروط الاستثنائية – فيمصر– وعلى درجة متساوية مع معيار المرفق العام جنبا إلى جنب لتمييز العقد الإداري هذا فضلا عن المعيار العضوي.

أما في فرنسا نلاحظ أن الشروط الاستثنائية قد مرتب تطور كبير حيث كان يعتمد عليها وحدها لتمييز العقد الإداري وقد تأكد هذا المعنى منذ صدور حكم مجلس الدولة في قضية شركة الجرانيت سنة 1912.

وأخيرا نود أن نشير إلى ظهور معيار جديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا وهو معيار النظام الاستثنائي وليس الشروط الاستثنائية وهذا النظام يعني وجود بعض البنود والالتزامات غير المألوفة في عقود القانون الخاص هذا ما أكده حكم مجلس الدولة الفرنسي في 19 جانفي 1973 والذي انتهى إلى اعتبار عقود ادارية تلك Rivere du sont قضية المبرمة بين مؤسسة الكهرباء الفرنسية والمنتجين للكهرباء على أساس أن هذه العقود تخضع بنص القانون لنظام غير مألوف للقانون العادي.[1]

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

---

[1]–دويب حسين صابر، مرجع سابق،ص50.

الفصل الثاني

نظرية تطبيق العقدالإداري

في القانون الجزائري

الفصل الثاني: تطبيق نظرية العقود الإدارية في القانون الجزائري

تطرقت في الفصل الأول لمفهوم العقد الاداري من خلال معاييره الفقهية والقضائية في مجال القانون الاداري بغرض التمهيد للعقد الاداري في التشريعات الجزائرية كون أن النشاط التعاقدي للإدارة الجزائرية تطور بصفة جذرية فلم يعد يعبر عن أداة وحيدة هي الصفقات العمومية بل أنه تكثف بشكل سريع انطلاقا من تغيير دور الدولة إلى جميع الأصعدة والأهم أن الأداة التعاقدية أصبحت عندنا أداة للتخلي التدريجي للمرافق العمومية انطلاقا من عقود الامتياز.

ولشرح الموضوع بطريقة موسعة اتبعت الخطة التالية والتي تتكون من مبحثين الأول يتناول مفهوم العقود الادارية انطلاقا من قانون الصفقات العمومية أما المبحث الثاني فعالجت فيه مفهوم العقود الادارية انطلاقا من عقد الامتياز.

المبحث الأول: تطبيق نظرية العقود الادارية انطلاقا من قانون الصفقات العمومية

بالرغم من تعدد وتنوع العقود الادارية الا اننا سنركز من خلال هذه الدراسة على عقد الصفقات العمومية في الجزائر بداية بتطورها التاريخي منذ الاستقلال الى غاية اعتراف المشرع بها واستقلالها بتشريع خاص و أحكام فنية عبر مراسيم رئاسية وتنفيذية حتى صدور المرسوم الرئاسي الاخير رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام, ومن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى تعريف الصفقات العمومية من خلال التشريع, الفقه وكذا القضاء وفي الأخير نستخلص ما إذا كانت الصفقة عقد إداري تتوفر فيه الشروط الثلاث الآنفة الذكر أم لا إضافة إلى توفر الشروط الخاصة بها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تطور النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر

بعدة مراحل تبعاLes Marchés public لقد مر النظام القانوني للصفقات العمومية للتطورات والتغيرات السياسية التي عرفتها البلاد منذ الاستقلال إلى الآن, وكذا نظرا لاعتبار الصفقات العمومية بمثابة المجال الهام والاستراتيجي لتسير واستهلاك الأموال العمومية وتنفيذ المشاريع التي لها علاقة وثيقة بتحقيق الخدمات العمومية للجمهور.

أولا: المرحلة الأولى: ما قبل 1967 لقد كانت العقود الادارية والصفقات العمومية أساسا خاضعة إلى النظام القانوني السائد إبان العهد الاستعماري, وذلك بموجب القانون الصادر في ديسمبر 1962 المتضمن تمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع السيادة الوطنية.[1]

ثانيا: المرحلة الثانية: الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

لقد كان الهدف من اصدار هذا النص في ظل النظام الاشتراكي آنذاك الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا, والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وكذلك المحافظة على توازن مصالح الطرفين.[2]

والملاحظ أن هذا الأمر خضع لعدة تعديلات سنة 1971-1972-1976.

ثالثا:المرحلة الثالثة: المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي.

تماشيا مع الاختيار الاشتراكي صدر هذا المرسوم بهدف شمولية تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية, بغض النظر عن طبيعتها مركزية أولامركزية إدارية او اقتصادية (شركات وطنية) أو اجتماعية أو ثقافية, فهو جاء ليطبق على كافة وجميع أجهزة الدولة

---

[1]-محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية،دار العلوم للنشر والتوزيع،الحجار،عنابة،2005، ص07.

[2]-عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص24.

وهيئاتها ووحداتها في سياق توحيد النظام القانوني لصفقات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة انسجاما مع الاختيار الاشتراكي الذي يقوم أساسا على وحدة القانون.[1]

وفي هذا السياق نصت المادة 05 منه على أنه يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي:

- جميع الإدارات العمومية.
- جميع المؤسسات الاشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون جل رأسمالها عموميا.[2]

رابعا:المرحلة الرابعة: المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

تميزت هذه المرحلة بتضييق نطاق تطبيق القانون الإداري وذلك باستبعاد تطبيق قانون الصفقات العمومية على المؤسسات الاقتصادية, ويتضح ذلك في نص المادتين 02 و03 منه.

تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المشار اليه سابقا على أنه"لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المسماة أدناه المصلحة المتعاقدة".[3]

وتضيف المادة 03 من نفس المرسوم" الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفقا للشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".[4]

---

[1]- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص8.

2- المادة 05 من المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10أفريل1982المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد15/1982، ص741.

[3]- المادة 02 منالمرسومالتنفيذيرقم434/91 المؤرخفي 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 57سنة 1991.

4- المادة 03 من المرسومالتنفيذيرقم434/91 المؤرخفي 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 57سنة 1991.

علما أن المرسوم التنفيذي قد عدل وتمم بتاريخ 07 مارس 1998 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/98 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

خامسا: المرحلة الخامسة: المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/27 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: نظرا للسياسات الاقتصادية (الخوصصة، الشراكة الأجنبية، الشفافية في تسيير الأموال العمومية، ضمان مبدأ المساواة.... إلخ)، تم إعادة صياغته النص المتعلق بالصفقات العمومية باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية على النحو الذي يوافق بين المصلحة العامة والخاصة.[1]

سادسا: المرحلة السادسة: المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فقد ذكر في المادة 04 منه "أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".[2]

وهذا التعريف مشابه تماما لتعريف المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

سابعا: المرحلة السابعة: المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام يعرف الصفقات العمومية في المادة 02 منه الصفقات العمومية عهود 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.[3]

ويقصد بالمصلحة المتعاقدة السالفة الذكر في المراسيم الرئاسية الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

1- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص09.

2- المادة 04 منالمرسومالرئاسيرقم 236/10المؤرخفي07أكتوبر2010المتضمن تنظيم الصفقاتالعمومية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2010/58.

[3]المادة 02من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض-المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

وكذا ما يلاحظ من خلال المراسيم الرئاسية السابقة أن نوع الصفقات العمومية يتضمن تنظيم جانب دفع الأموال العمومية مقابل إنجاز الأشغال أو اقتناء السلع والخدمات لحساب أشخاص عمومية أما الصفقات التي يمكن أن تتضمن إيرادات أو مداخيل لهذه الأشخاص فهي تخرج من إطار هذه المراسيم.[1]

المطلب الثاني: تعريف الصفقات العمومية

نتعرض من خلال هذا المطلب إلى مختلف التعريفات التشريعية للصفقات العمومية عبر كافة المراسيم في الفرع الأول ثم تعريفها فقها وقضاءا في فرعين آخرين وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف التشريعي للصفقات العمومية

كما ذكرت أن الصفقات ظهرت منذ الفترة الاستعمارية فكان يطبق القانون الفرنسي كون الدولة لا زالت فتيه إلا ما يخالف السيادة الوطنية.

إلى أن ظهر الأمر رقم 90/67 فنص في المادة الأولى منه " أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة... أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".[2]

ثم عرفت في المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 145/82 في المادة الرابعة منه"صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".[3]

تعريف المرسوم التنفيذي 434/91 لم يبتعد عن سابقيه كثيرا في التعريف حيث نصت المادة الثانية منه على تعريف الصفقات العمومية كما يلي" الصفقات العمومية عقود

---

[1]– ناصر لباد، مرجع سابق، ص269.

[2]–المادة01 من الأمر 90/67المؤرخ في 1967/06/17 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

المادة 04 من المرسوم رقم 145/82المؤرخ في 1982/04/10المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، عدد 1982/15.

3– مادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91،المؤرخ في 1991/11/09،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية،عدد1991/57.

مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز أشغال واقتناء الموارد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".[1]

كما قدمت المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 250/02 تعريفا للصفقات العمومية "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا

المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".[2]

وفي المرسوم الرئاسي 236/10 في المادة الرابعة منه تعريفا مشابها تماما لتعريف المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".[3]

وفي المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام يعرف الصفقات العمومية في المادة الثانية منه "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".[4]

ولعل إصرار المشرع في إعطاء تعريف للصفقات العمومية يعود بالأساس للأسباب التالية:

1- أن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة و إجراءات معقدة.

2- أن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.

---

4 – المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم250/02، المؤرخ في 2002/07/27، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد2002/52.

المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية،عدد 2010/58 –[3].

المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية–2

الجزائرية العدد2015/50.

3- أن الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير مألوفة في عقود أخرى.[1]

ومن أهم الصفقات العمومية نجد عقد الأشغال العمومية وعقد اقتناء المواد وعقد اقتناء الخدمات وعقد انجاز الدراسات.[2]

الفرع الثاني: التعريف القضائي للصفقات العموميةّ

بالرغم من وجود النص القانوني إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من الاجتهاد والبحث وتفسير العبارات الغامضة ذات المدلول الواسع من أجل الوصول إلى حل النزاع المطروح أمامه.

نجد أن مجلس الدولة الجزائري وفي قراره المؤرخ في 2002/12/17 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية " ليوة" ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 بالقول: "وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...".

غير أن هذا التعريف يعاب عليه أنه يحصر مفهوم الصفقة العمومية في أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص في حين ان الصفقة العمومية عقد إداري يمكن أن يجمع طرف آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.[3]

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للصفقات العمومية

و كما حاول القضاء تعريف الصفقات العمومية كذلك كان للفقه دور بارز في تعريف هذه الأخيرة,فعرف الصفقة على أنها عقد إداري يلتزم فيه الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص الذي يسمى بالمتعامل بتقديم لوازم أو خدمات أو إنجاز أشغال لصالح المصلحة المتعاقدة التي تكون إحدى هيئات الدولة (الوزارة- الولاية- البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية الإدارية).[4]

من خلال هذه التعاريف والتعريف الذي تبناه المشرع الجزائري, فالصفقات العمومية هي عبارة عن عقود مكتوبة تبرمها الإدارة مع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية

---

[1]-شقطمي سهام، مرجع سابق، ص12.

[2]- ناصر لباد، مرجع سابق، ص269.

[3]-نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص168.

[4]محمد صغير بعلي – العقود الإدارية – ص25.-

التي تمليها عليهم وفقا لما يعرف بدفتر الشروط وهذا بهدف إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.[1]

المطلب الثالث: المعيار العضوي معيار بسيط

إن المشرع الجزائري لم يأخذ لا بالمعيار المادي أو الموضوعي في تحديد وتعريف العقد الاداري لكنه أخذ بمعيار شاعت تسميته في الفقه بالمعيار العضوي, كون هذا الأخير يقوم على تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي تحدد اختصاصات الغرف الادارية حيث حددت المادة السابعة (07 مكرر) من قانون الاجراءات المدنية هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر وهم

الدولة ،الولاية ،المؤسسات العمومية ذات الصيغة الادارية وذلك بنصها "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الادارية طرفا فيها...".[2]

ويستخلص من هذه العبارة أنه لا تهم نوعية القضية بقدر ما يهم حضور الأشخاص العامة ذات الطابع الاداري ليفصل القاضي الاداري فيها استنادا للمعيار العضوي, كما نستنتج كذلك من نص المادة السالفة أن المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية طرفا فيها تعود لاختصاص الغرف الادارية .

كما أخذ قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد بالمعيار العضوي وذلك بنصه في المادة 800 على أن "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية تختص في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".[3]

3- جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني السادس المتعلق بدور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحى فارس، المدية، 20 ماي 2013، ص04.

[2]- المادة 7 من الامر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية.

[3]-المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية رقم09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

وبناءا على ذلك فإن المشرع الجزائري كما ذكرت في المادة 07 من قانون الاجراءات المدنية و المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد أخذ بالمعيار العضوي الذي يعتمد على أطراف النزاع أي الجهة التي يصدر منها التصرف محل النزاع.

وبذلك نستنتج وجوب النظر إلى العمل من حيث السلطة التي أصدرته والاجراءات التي اتبعت في اصداره, دون الأخذ بعين الاعتبار موضوع العمل فكل تصرف صادر من الادارة اتبعت فيه أساليب القانون العام يعتبر تصرفا اداريا مهما كانت طبيعته وتختص بالفصل في منازعاته جهة القضاء الاداري وتطبق في شأنه قواعد القانون الاداري.[1]

وقد أكدت الغرفة الادارية للمحكمة العليا استعمال المعيار العضوي الذي كرسته المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية الادارية في العديد من قراراتها كمعيار لتعريف العقد الاداري؛ ومثال ذلك – م – أ – غ – إ 29 ماي 1982 قضية(رئيس المجلس الشعبي البلدي) ضد (بن.أ.ب) وقد أكد مجلس الدولة الجزائري بعد انشائه في سنة 1998 في العديد من قراراته استعمال المعيار العضوي لتحديد الطبيعة الادارية للعقد وبالتالي الاستمرار في استعمال أساسا المعيار العضوي لتعريف العقد الاداري.[2]

وكذا ما سايرته المحكمة العليا إذ جاء في قرار لها"...حيث أن المادة 07 من قانون الاجراءات المدنية والادارية قد استبدلت المعيار المادي القديم المرتكز على طبيعة النشاط الاداري المعتبر بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين وأنه يجب ويكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفا في الدعوة لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد

الادارية مختصا وهذا مهما كانت طبيعة القضية".[3]

ولكن الشيء الملفت للانتباه أنه وخاصة بعد سنة 1996 لا سيما المادة 152 ف 02 منه والتي تنص "يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الادارية" يبدو

---

[1]–عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص50.

[2]– ناصر لباد،مرجع سابق، ص264.

نصر الشريف عبد الحميد،العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني

[3]–للقضاء،2004، ص4.

أنه أصبح هناك تعارض بين محتوى المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي بموجبها وبصفة عامة تحدد الطبيعة القانونية للعقد وذلك بتواجد الدولة أو الولاية او البلدية أو المؤسسات العمومية الادارية ومحتوى نصوص أخرى نذكر منها المادة 679 الفقرة 01 والتي تنص "يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون".[1]

وكذلك نص المادة 02 الفقرة الأولى من القانون رقم 11/91" يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب الأملاك أو حقوق عقارية ولا يتم إلا إذا أدى إلى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.[2]

ويقصد بالوسائل الاخرى الوسائل الودية أي العقد الخاص بحيث نصت في هذا الاطار المادة 2 فقرة 01و02 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم11/91 على ما يلي" يخضع تطبيق الاجراء الخاص بنزع الملكية لتكوين المستفيد ملفا قبل ذلك يشمل ما يأتي:

تقرير يسوغ اللجوء إلى اجراء ونزع الملكية ويبرز النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الاقتناء بالتراضي, ويقصد بهذا الأخير في الحالات المنصوص عليها في القوانين السابقة عقد القانون الخاص الملاحظ في كل هذه الأمثلة أن الإدارة موجودة في العقود ولكن هذه العقود كيفت من طرف المشرع بأنها عقود القانون الخاص وعليه نستنتج أن وجود الشخص العمومي ليس معيارا كافيا لإضفاء صفة ادارية على العقد.[3]

ومن هذا المنطلق أصبح الأخذ بالمعيار العضوي (أي وجود الشخص العمومي) في تعريف العقد الاداري ليس كافيا لإضفاء الصفة الادارية في العقد وبالتالي يجب الاخذ بهذا

1- ناصر لباد، مرجع سابق، ص 265 .

2- المادة 02 الفقرة 01 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21ص693، المشار لها عند ناصر لباد، مرجع سابق، ص265.

3- ناصرلباد،مرجع سابق،ص265.

المعيار بالإضافة إلى المعايير المكرسة في النظرية العامة لأن الهدف هو تحقيق المنفعة العامة.[1]

ونخلص إلى أن المعيار العضوي يتحقق به تعريف العقد الاداري جزئيا فقط ويجب أن نبحث عن معيار ثاني يأخذ بعين الاعتبار موضوع العقد.

إن بعض الفقهاء عرفوا العقد الاداري انطلاقا من معيار الاختصاص وقالوا بأن المشرع متى أحال للقضاء الاداري في نزاع ما يتعلق بعقد فهو عقد اداري.

إلا أن هذا الطرح غير سديد في ظل التشريع الجزائري ذلك أن فكرة[2]الاختصاص هي نتيجة لطبيعة العمل وليست معيارا له بمعنى أن معيار الاختصاص في خدمة المعيار العضوي والذي هو بدوره في خدمة السلطة العامة فقط.

---

[1]- شيرين شريقي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص166.

[2]- نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص08.

المطلب الرابع: المعايير القضائية للعقد الإداري ومدى مطابقتها على الصفقات العمومية

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى المعايير القضائية الثلاثة وما إذا كانت مطابقة للصفقات العمومية ثم إلى الشروط الخاصة بالصفقات العمومية في فرعين متتاليين:

الفرع الأول: المعايير القضائية الثلاثة ومطابقتها للصفقات العمومية

انطلاقا مما ذكرنا في الفصل الأول أنه حتى نكون أمام عقد إداري لابد من أن تتوفر شروط ثلاث اتفق الفقه والقضاء على ضرورة وجودها وهي أن تكون الإدارة طرفا في العقد وأن يكون العقدمتعلق بمرفق عام ويتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن منطلق أن تعريف الصفقات العمومية من شأنه أن يبرر لنا المعايير التي تتمتع بها الصفقات العمومية, ومن ثم البحث عن مدى تطابقها مع شروط العقد الإداري, من أجل ذلك كان الرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15[1] الذي يعطي التعريف للصفقات العمومية على انهاالصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

و السؤال الذي يطرح ما مدى توفر تلك المعايير في الصفقات العمومية وتطابقها معها انطلاقا من هذا التعريف وما تضمنه تنظيم الصفقات العمومية؟

وهذا ما يتم توضيحه فيما يلي:

1- المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

1-معيار أن تكون الإدارة طرفا في العقد:

المتفق عليه أنه حتى نكون أمام عقد إداري لابد أن يكون أحد أطرافه شخصا من اشخاص القانون العام, و أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لا يمكن اعتباره عقد إداري.

هل هذا الشرط متوفر في الصفقات العمومية ؟

إنه انطلاقا من تعريف الصفقات العمومية بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 يتبين أن ابرام الصفقات العمومية يكون لفائدة (المصلحة المتعاقدة) ويقصد بالمصلحة المتعاقدة في تنظيم الصفقات العمومية الإدارة المعرفة بالمادة 06 والتي تنص على ما يلي:

لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

الدولة – الجماعات الإقليمية – المؤسسات العمومية ذات الطابق الإداري

المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

2-معيار أن يكون العقد متعلق بمرفق عمومي:

إن معيار أن تكون الإدارة طرفا في العقد لا يكفي لاعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا, لأن الإدارة قد تبرم عقودا خاصة وتتخلى فيها عن امتيازات السلطة العمومية وعليه لا يمكن اعتبار العقد إداريا بتحقق معيار وجود الإدارة طرفا في العقد فحسب.

إن تأسيس الطبيعة الإدارية للصفقات العمومية على أساس اعتبارها متصلة بمرفق عمومي سليم قانونا وهو ما يؤكده تنظيم الصفقات العمومية باعتبار أن هذا التنظيم تم وضعه لترشيد المال العام والمحافظة عليه عن طريق إبرام عقود الصفقات العمومية التي موضوعها أساسا نفقات الإدارة العمومية والتي أموالها أموال عمومية تصرف في خدمة النفع العام والمصلحة العامة[1].

[1]– كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص26.

وهذا مؤكد في المادة[1] السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وهذا يتجلى أيضا في موضوع العمليات التي تنظمها الصفقات العمومية والمتمثل في إنجاز أشغال, اقتناء اللوازم أنجاز الدراسات وتقديم الخدمات كل ذلك لصالح الهيئات الإدارية العامة التي تهدف إلى تحقيق النفع العام والمصلحة العامة.

والصفقات العمومية هدفها الاستعمال الحسن للمال العام ونجاعة الطلبات العمومية إذا فهو معيار جوهري و أساسي وهو متوفر ضمن الصفقات العمومية لإدخالها في مجال العقود الإدارية.[2]

3 – احتواء الصفقة العمومية لشروط استثنائية غير مألوفة:

باعتبار أن وجه تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يكمن في أن العقد الإداري يخول جهة الإدارة ممارسة مجموعة سلطات وامتيازات لاوجود لها على صعيد القانون الخاص.

فإن السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الطرف المتعاقد والتي تضفي على تعاقدها طبيعة العقد الإداري باعتبارها شروط منعدمة ضمن عقود القانون الخاص هي قائمة في الصفقات العمومية بالنظر إلى الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في إطار تنظيم الصفقات العمومية وذلك وفقا لما يلي:

أ- سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التوجيه:

بالرجوع إلى المادتين 156 و 157 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد "أنه تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

1-المادة رقم 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

2- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص26.

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية".[1]

وتضيف المادة 157 "تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها".

ب – سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط العقد:

ويظهر تمتع المصلحة المتعاقدة بهذه السلطة في إمكانيتهافي إبرام الملاحق طبقا لما نصتعليه المادة 136 في فقرتها الاولى "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع

الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".[2]

ج – سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المختلفة:

المبدأ المستقر عليه فقها و قضاءا أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء لمختلف أنواع الجزاءات (جزاءات مالية , جزاءات ضاغطة) ذلك لضمان حسن التنفيذ المتصل بسير المرافق العامة وضمان استمرارها وانتظامها تحقيقا للمصلحة العامة.[3]

إن المصلحة المتعاقدة في اطار تنظيم الصفقات العمومية تتمتع بتلك السلطة وفقا لما نصت عليه المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

1– المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام،الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

2– المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

– كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 28.[3]

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...[1]

د – سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد بالإرادة المنفردة:

إن سلطة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة إما أن يكون كجزء توقعه المصلحة المتعاقدة على الطرف المتعاقد لإخلاله بالتزاماته إخلالا خطيرا و إما أن يكون الفسخ كإنهاء للعلاقة التعاقدية بناء لما يقتضيه الصالح العام وهنا ليس للطرف الآخر إلا طلب التعويض.[2]

وبالرجوع إلى المادة 149 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 نجدها تمنح هذه السلطة للمصلحة المتعاقدة.

"إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".[3]

و مما تقدم يتبين بأن الصفقات العمومية تندرج ضمن العقود الإدارية بطبيعتها وذلك لتوافر المعايير الواجبة في العقد الإداري أمام غياب النص الصريح الذي يدرجها ضمن القانون العام.

1– المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

– كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص2.29

3– المادة149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 2015/50.

الفرع الثاني:الشروط الخاصة بالصفقات العمومية

إن الإشكالية التي تطرح في هذا المقام تكمن في بيان ما تتميز به الصفقات العمومية عن العقود الإدارية, إذا كانت الصفقات العمومية تتضمن معايير العقد الإداري فإن كل صفقة عمومية تعتبر عقدا إداريا والعكس غير صحيح, أي أن ليس كل عقد إداري صفقة عمومية, إذا فبما تتميز الصفقة العمومية عن العقد الإداري؟

من أجل ذلك تدخل المشرع و أضفى شروطا معينة على الصفقات العمومية, لتمييزها عن العقد الإداري ومن ثم تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية عليها وتمتعها بالخصائص الإجرائية التي تنفرد بها منازعات الصفقات العمومية عن العقود الإدارية, والشروط الخاصة بالصفقات العمومية فيما يلي:[1]

أولا: شرط الكتابة: لا يشترط أن تكون العقود الإدارية مكتوبة هذا بصفة عامة لأن العقد الإداري يمكن أن يكون شفويا لكن شرط الكتابة إلزامي بالنسبة للصفقات العمومية.

ولعل سر اشتراط الكتابة و التأكيد عليها يعود لسببين اثنين:

1-كون الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية لذا وجب أن تكون مكتوبة من هذه الزاوية.

2- إن الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة ومن هذا وجب أن تكون مكتوبة, إلا في الحالات التي تم استثناؤها ضمن المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 "الصفقات العمومية عقود مكتوبة..."

ثانيا: الشرط المالي:إن الشرط المالي يعتبر عنصرا جوهريا في الصفقات العمومية و قد نصت عليه المادة 13 من المرسوم 247/15 " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار(12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم و ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات

[1]- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 29.

لا تقتضي وجوبا ابرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".[1]

و يبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية تخضع لقانون الصفقات هو ترشيد النفقات العامة فكلما كان المبلغ كبيراتحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول و أحكام إجرائيةتكشف للجمهور و تعلن من حيث الأصل كما تخضع لأطر رقابة محدودة، أما إذا كان المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطا فلا داعي من إرهاق جهة الا دارة و اجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية.

و نخلص من هنا أنه إذا كانت قيمة الصفقة أقل أو تساوي قيمة المبلغ المحدد قانونا فإن المصلحة المتعاقدة المتمثلة في الادارة غير ملزمة بأن تتبع اجراءات المناقصة المحددة ضمن تنظيم الصفقات العمومية ولها أن تتبع وسيلة التراضي في التعاقد وهنا تكون أمام عقد إداري إذا توافرت شروطه الثلاث الأخرى ولا نكون أمام صفقة عمومية لانعدام الشرط المالي مما يعد هذا الشرط جوهريا في تحديد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية[2].

ثالثا: شرط المحل:كما ذكرت إن عقود الصفقات العمومية محددة في أربعة أنواع, حددتها المادة 29 من المرسوم 247/15فإذا أبرمت الإدارة إحدى هذه العقود وتوفر الحد المالي المذكور خضعت لقانون الصفقات العمومية من حيث طرق الإبرام و إجراءاته و من حيث الرقابة و كيفيات التنفيذ و من حيث تسوية المنازعات وغيرها والعكس صحيح فإذا أبرمت الادارة عقدا موضوعه ليس أحد تلك العقود الأربعة فإنه يخرج عن نطاق تنظيم الصفقات العمومية و يأخذ تسمية أخرى في نطاق العقود الإدارية إذا توفرت شروطها.[3]

مما تقدم تبين أن الصفقات العمومية هي نوع من أنواع العقود الإدارية لتوفر شروط العقد الإداري فيها بالإضافة إلى الشروط الخاصة بها و من ثم فإننا نكون أمام صفقة عمومية إذا توفرت في العقد تلك الشروط مجتمعة.

1- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد2015/50.

2- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص30.

3- نفس المرجعالسابق، ص31.

المبحث الثاني: تطبيق نظرية العقد الإداري انطلاقا من عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز الإداري من أبرز العقود الإدارية التي تتولى الأشخاص العامة ابرامها, بالرغم من كون عقد الامتياز الإداري عقد غير مسمى وغير منظم بنص خاص لا سيما في قانون الصفقات العمومية إلا أنه يلعب دورا فعالا ومزدوجا من خلال تخفيف عبء التسيير على الدولة من جهة وتحقيق وتلبية الحاجات العامة للجمهور من جهة أخرى.

ظهر عقد الامتياز الإداري كوسيلة ليبرالية بعد النهج الجديد الذي سارت عليه الدولة الجزائرية خلال مرحلة 1989, وكان كنتيجة حتمية لظهور ما يعرف بالمرافق العامة الكبرى الصناعية والتجارية، هذا الأسلوب أو العقد كان قائما بعد الاستقلال مباشرة إلا أن اعتماده مؤخرا تم على وجه مغاير لما كان عليه بعد أن كان أسلوبا استثنائيا للتسيير أضحى وسيلة فعلية في تسيير المرافق.[1]وسنفصل في هذا المبحث مفهوم عقد الامتياز لبناء فكرة عامة انطلاقا من تعريفها وطبيعته القانونية وصولا إلى نهايته.

المطلب الأول: تعريف عقد الامتياز

تبنت الجزائر نظام الامتياز بعد الاستقلال إلا أنه عرف تذبذبا لتأثره بمختلف الأنظمة التي مرت بها الدولة, ليعود ويكرس بنهج جديد كوسيلة ليبرالية لتسيير المرافق العامة, ونظرا لأهمية هذا العقد فإنه يصعب على المشرع تنظيمه مما يحتم ضرورة الوقوف لضبط تعريف له من خلال الفقه, التشريع والقضاء وهذا ما سنتطرق إليه.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الامتياز

عقد الامتياز أو ما يسمى التزام المرفق العمومي هو عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو معنويا يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل هذه الخدمة يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين من خدمات المرفق.[2]

---

[1]–آكلينعيمة –النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون .

فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص13.

[2]–ص211. ناصر لباد، مرجع سابق،

ويعرف كذلك عقد التزام المرافق العامة أنه من أهم طرق إدارة و تسيير المرافق العامة و عقد من العقود الإدارية يتمثل في إتفاق الإدارة المتعاقدة مع شخص خاص عادة يسمى الملتزم بإدارة و تسيير و تشغيل أحد المرافق العامة لمدة معينة (مرفق النقل العمومي مثلا) مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين و المستعملين للمرفق العام مع تحمل مخاطر ذلك ربحا أو خسارة.[1]

وعقد الامتياز في بعض الدول من أشهر العقود المسماة مثل ما هو الحال بمصر فهو عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه و على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز.[2]

هذا التعريف حصر محل عقد الامتياز الإداري في المرافق العامة الاقتصادية فقط و بالتالي استبعاد المرافق العامة لأن تكون محلا لعقد الامتياز الإداري كما أنه يمكن أن يمنح فقط للأشخاص الخاصة من أفراد و شركات دون العامة.

و كذلك ما ذهب إليه الدكتور عبد الغني بسيوني في تعريفه للعقد "عقد إداري يتم بمقتضاه إسناد إدارة أحد المرافق العامة الاقتصادية إلى شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان فردا أو شركة لمدة محددة لتحقيق الغرض الذي أنشئ المرفق من أجله على مسؤوليته و بواسطة أمواله و عماله مقابل تحصيل رسوم على المنتفعين بخدمات المرفق و يسمى هذا العقد الالتزام أو امتياز.[3]

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد الامتياز

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده عازفا على إعطاء تعريف للمصطلحات القانونية تاركا المجال للفقه والقضاء ليتولى هذه المهمة, إلا أنه بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجدها عرفت عقد الامتياز من بينها القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتضمن قانون المياه لا سيما في المادة 20 منه.

---

[1]- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، ص25.

[2]- ص106. سليمان الطماوي، مرجع سابق،

[3]- نسيغة فيصل، عقد الامتياز في المرافق العامة المحلية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بسكرة، العدد 31/30، ص3.

ومع بداية التسعينيات صدرت قوانين أخرى ذات طابع تشريعي وتنظيمي تنظم الامتياز نذكر منها على سبيل المثال قانوني البلدية والولاية لسنة 1990 لا سيما في المواد 133فقرة 2 و 138 بالنسبة للبلدية و130 بالنسبة للولاية.

المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 08 سبتمبر 1996 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة...[1]

الأمر رقم 13/96 المؤرخ في 15 يونيو 1996 المتضمن قانون المياه نجد المادة 04 تنص على "يقصد بالامتيازبمفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية".[2]

و قد عرف عقد الامتيازعلى الصعيد التنظيمي في تعليمة صادرة عن وزير الداخلية و الجماعات المحلية تحت رقم 842/943 تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها جاء فيه "أن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العمومية و هو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عامو استغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب حق الامتياز و هو الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدمات و ذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع لهذا المرفق.

وقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 247/15 إلى تفويض المرفق العام وقد نص في المادة 210 منه على ما يلي "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة, شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير كما هي محددة أدناهكما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

الامتياز: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

---

[1]- ناصر لباد، مرجع سابق، ص214.

[2]- المادة رقم04، الأمر رقم 13/96 المؤرخ في 15يونيو1996 المتضمن قانون المياه، المشار له عند آكلي نعيمة، مرجع سابق،ص23.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام".[1]

وبهذا يكون المرسوم الرئاسي رقم 247/15, قد بين في الباب الثاني الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام, إضافة إلى أنواع تفويضات المرفق العام التي من بينها الامتياز

الفرع الثالث: التعريف القضائي لعقد الامتياز

تعرض مجلس الدولة في القرار الصادر في 03 مارس2004 في القضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 بالنص على ما يلي: "إن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز المستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي و بهدف محدد و متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه... فهو يقترب كثيرا من العقود الإدارية المقننة أو ما يسمى بالصفقات العمومية.[2]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط:

أ- شروط تعاقدية:تخضع إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين,و هي شروط لا تهم المنتفعين مباشرة كتلك المتعلقة بالأعباء المالية بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز من جهة و بين الملتزم من جهة أخرى و مدة الامتياز...[3]

ب- شروط تنظيمية: وهي الشروط التي تملك الجهة الإدارية حق تعديلها في كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضع الاستغلال و هي التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.[4]

و بالتالي فعقد الامتياز له نوعين مختلفين من الشروط شروط تعاقدية هي التي تعطي لامتياز تسيير مرفق عام وصف العقد انطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و شروطا

1-المادة 210، من المرسوم الرئاسي 247/16، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 2015/50.

[2]-نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص4.

[3]- حميد بن علية، مفهوم و محتوى العقد الإداري، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2001، ص39.

[4]- سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص107.

تنظيمية خارجة عن محتوى العقد بحيث أنها لا تخضع لنظام قانوني تعاقدي لأنها عبارة عن قرارات منفردة.

و بالرجوع إلى التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية مزيان شريف[1] و المؤرخة في 1994/09/07 الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر و رؤساء المجالس البلدية و رؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/394 و المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها و بغض النظر عن قوة القانونية لهذه التعليمة فقد جاء في صفحتها الرابعة بيان أن عقد الامتياز خاضع لدفتر الشروط التنظيمية[2]والذي يعتبر المنبع الأساسي لشروط امتياز المرفق العام و هو عبارة عن نص مفصل ينظم شروط تسيير المرفق العام تقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الامتياز المؤهلة للغرض و يحدد الترتيبات المتعلقة بالإنشاءات المطلوب انجازها و التدابير الواجب اتخاذها.[3]

المطلب الثالث:آثار الالتزام

تمتد آثار التزام أو امتياز المرافق العامة إلى كل من: الإدارة مانحة الامتياز و الملتزم و المنتفعين لممن خدمات المرفق المستعملين له.

الفرع الأول: الإدارة مانحة الامتياز

تتمتع الادارة مانحة الامتياز بمجموعة من الحقوق و السلطات التي تستعملها لضمان حسن تنفيذ الامتياز و هي:

1-سلطة الاشراف و المتابعة: للإدارة أن تراقب الملتزم من حيث مدى التزامه ببنود الاتفاق في دفتر الشروط.[4]

2- سلطة التعديل:إذا ما تغيرت الظروف بعد التعاقد و أصبح نظام المرفق الذي تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة و لا يحقق المنفعة العامة التي أنشئ من أجلها,

---

1- التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية مزيان شريف الموجهة إلى السادة الولاة مشار إليها عند حميد بن علية، مرجع سابق، ص 40.

2- حميد بن علية، مرجع سابق، ص41.

3- آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص72.

4-محمدالصغيربعلي،القانونالإداري، مرجعسابقص 250.

كان للسلطة العامة مانحة الامتياز أن تعدل هذا النظام و تقرر النظام الذي تراه مناسبا المصلحة العامة.[1]

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة للإدارة لأول مرة في قرار له صادر في 1902/01/10 المتعلق بقضية شركة غاز دوفيلليروان,حيث استفادت هذه الشركة بموجب عقد امتياز تأمين الإضاءة بالغاز لبلدية دفيل بعد حين انتشر التنوير الكهربائي فطلبت البلدية من الشركة تأمين الإضاءة بالكهرباء, اثر رفضها تعاقده مع شركة أخرى, قرر مجلس الدولة أن العقد يتناول التنوير وليس بالضرورة بالغاز و اعتبر أن البلدية يحق لها أن تختار متعاقد آخر وبعد ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي صراحة سلطة الإدارة في تعديل العقد بشكل انفرادي إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك في قراره الصادر في 1910/03/21

في قضية الشركة العامة الفرنسية للترامواي.[2]

3- سلطة توقيع الجزاءات:

تتمتع الإدارة بممارسة مظاهر السلطة العامة ومن هذه المظاهر أنها تملك توقيع الجزاء بشكل مباشر على الملتزم متى أخل بالشروط المتفق عليها, ومن بينها:

أ-**الجزاءات المالية:** يمكن للإدارة أن توقع جزاءات مالية حينما يخل المتعاقد معها (الملتزم) بتلك الالتزامات وهذه الجزاءات هي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية وهي نوعان, منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد, ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارةوتظهر من خلال فرض الإدارة

---

[1]- هاني علي طهراوي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار النشر والتوزيع،2009، ص287.

[2]-بوزيدي نصيرة، بوزيت محمد، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العمومي، مذكرة ماستر، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015 ص56.

لغرامات مالية كغرامة التأخير أو تعويضات تعد جبرا للأضرار التي تصيب الإدارة نتيجة مخالفة المتعاقد معها لالتزاماته.[1]

ب- الفسخ الجزائي: زيادة على الفسخ التعاقدي أي الاتفاقي أي برضا الطرفين يمكن للإدارة صاحبة الامتياز أن تلجأ إلى الفسخ الجزائي[2] ويستهدف هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية ويفترض في هذه الحالة أن يقدم الملتزم على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة مانحة الامتياز ممارسة هذه السلطة.[3]

بالرغم من تمتع الإدارة مانحة الامتياز بامتيازات واسعة اتجاه المتعاقد معها إلا أنها تخضع مثله لالتزامات في تنفيذ العقد بكامله كالتزام تنفيذ العقد بحسن نية واحترام شروط العقد وكذا السهر على تنفيذ حقوق صاحب الامتياز الموجودة في العقد.

الفرع الثاني: الملتزم

إن الالتزام الرئيسي هو تأمين سير المرفق و يجب أن يقوم بهذا الاستغلال بنفسه و بالتالي لا يجوز التنازل عن الحقوق و الالتزامات المترتبة عن الامتياز إلى الغير إلا بإذن من السلطة العمومية مانحة الامتياز.

كما يقع على عاتق صاحب الامتياز احترام القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة و هي السهر على استمرارية المرفق العمومي و المساواة في المعاملة بين المرتفقين و قابلية المرفق للتكيف.[4]

إلى جانب هذه الامتيازات يتمتع صاحب الامتياز بعدة حقوق نذكر منها على وجه الخصوص:

أ- حق صاحب الامتياز مقابل إدارته و تسييره للمرفق العام في الحصول على مقابل يتقاضاه من جمهور المنتفعين لقاء ما يقدمه لهم من خدمات و على هذا الأساس يكون تقرير رسوم الانتفاع من حق السلطة العامة وحدها و هي صاحبة الحق في تخفيض أو

---

[1]- بوزيدي نصيرة، بوزيت محمد، مرجع سابق، ص59.

[2]- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص250.

[3]- بوزيدي نصيرة، بوزيت محمد، مرجع سابق، ص61.

[4]- ناصرلباد، مرجعسابق،ص 216.

رفع الرسومو يجب أن يشار إليه إلى جانب بيانات أخرى في صلب العقد سواء من حيث مبلغه أو شروط تسديده أو مراجعته.[1]**ب- حق الملتزم في الحصول على المزايا المتفق عليها:**كثيرا ما تتعهد السلطة مانحة الامتياز بامتيازات ومزايا لصاحب الامتياز ومن أمثلة تلك المزايا, الإعانات المالية, تسهيل الحصول على القروض, تقديم تسبيقات قابلة للاسترجاع, التعهد باحتكار تقديم الخدمة, استعمال الاملاك الوطنية...

والإدارة ملزمة بتمكين الملتزم من الحصول على مثل هذه المزايا المتفق عليها في العقد وذلك حتى لا تكون سببا في تعطيل سير المرفق العام وتعطيل تنفيذ الملتزم لتعهداته.[2]

ج- الحفاظ على التوازن المالي للالتزام (المعادلة المالية):قد تطرأ أحداث أثناء تنفيذ الامتياز كأن ترتفع أسعار مواد البنزين بصورة كبيرة مما يجعل الملتزم في صعوبات مالية تهدد التوازن المالي للعقد و عليه استقر الفقه و القضاء الإداريين على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توافق و معادلة بين عاملين هما:

-ضمان سير المرفق العام بانتظاممن طرف الملتزم من جهة.

- و ضرورة تدخل الإدارة لمنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد من خلال تحمل الأعباء المالية نظير ما تتمتع به من حقوق و سلطات استنادا إلى نظريتي فعل الأمير و الظروف

الطارئة.[3]

فطبقا للنظرية الأولى يعاد التوازن المالي للعقد إذا نشأ الخلل نتيجة قيام السلطة مانحة الامتياز بتعديل تنظيم المرفق موضوع الامتياز, أو باتخاذ إجراء عام يمس أحد عناصر العقد و يؤذي الملتزم بصورة خاصة و يستحق هذا الأخير تعويضا كاملا يشمل ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة و طبقا لنظرية الظروف الطارئة يعوض الملتزم جزئيا

---

[1]- هاني علي الطهراوي، مرجع سابق، ص 253.

[2]- بوزيدي نصيرة، بزيت محمد، مرجع سابق، ص65.

[3]-محمدالصغيربعلي،القانونالإداري، مرجعسابق،ص 254.

إذا قلبت اقتصاديات العقد نتيجة ظروف و حوادث غير متوقعة عند إبرام العقد خارجة عن إرادة الأطراف[1].

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية من خلال المادة 107 من القانون المدني.

و ما يلاحظ أن حق الملتزم في التوازن المالي للعقد لا يعطيه الحق في التوقف عن أداء التزاماتهإلى حين تحقق هذا التوازن.

و بمقابل الحقوق التي يتمتع بها الملتزم فإن عليه التزامات يجب عليه القيام بها بموجب عقد الامتياز, فيجب عليه أن يوفي بالتزاماته وفقا للشروط المحددة في العقد وما تقتضيه المبادئ العامة التي تحكم سير المرفق العام والقوانين والأنظمة المعمول بها.

الفرع الثالث: المنتفع

إن هدف عقد الامتياز الإداري هو ضمان سير و استغلال مرفق عام يقدم خدمة عمومية للمستفيدين وبالتالي اشباع حاجاتهم والسلطة العمومية صاحبة الاختصاص في تسيير المرفق العام أصلا واعتبارا لما تتمتع به من سلطات يتعين عليها السهر على تحقيق المنافع التي من أجلها أنشئ المشروع واستنادا لذلك يتمتع المرتفقونبحق اساسي في مطالبتها باستعمال حقوقها لإجبار صاحب الامتياز على تنفيذ التزاماته و ضمان المبادئ الأساسية من استمرار ومساواة بين المرتفقينو تكييف مع التحولات.[2]

كما يحق لأفراد الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق مادامت شروط الانتفاع متوفرة فيهم, وذلك بصرف النظر عن وجود عقد بينهم وبين صاحب الامتياز, فقد يرتبط الملتزم بالمنتفعين بعقود خاصة, كما هو الشأن في حالة توريد الكهرباء أو الماء وفي هذه الحالة يتعهد الملتزم بأن يؤدي لعملائه الخدمات المقابلة للرسوم التي يتقاضاها منهم.[3]

المطلب الرابع: نهاية الامتياز

.ينتهي امتياز المرافق العامة إما بصورة اعتيادية أو بصورة غير اعتيادية

---

[1]– بوزيدي نصيرة، بوزيت محمد، د.مرجع سابق،ص 67.

[2]– آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 143.

[3]– بوزيدي نصيرة، بوزيت محمد، مرجع سابق، ص69.

أ- الطريقةالاعتيادية (الانتهاء الطبيعي):عقد امتياز المرفق العام هو عقد محدد المدة و بالتالي فهو ينتهي نهاية طبيعية بانقضاء تلك المدة, فهو عقد غير أبدي و لا يعتبر تنازلا من الإدارة عن المرفق العام بصفة كلية و دائمة.

و بنهاية المدة المتفق عليها بين الملتزم و الإدارة مانحة الامتياز تتوقف و تنتهي جميع الالتزامات و الحقوق.[1]

ب- الطريقة غيرالاعتيادية (غير طبيعية): كما ينتهي عقد امتياز المرفق العام بطريقة

غير اعتيادية و مبسترة في عدة حالات منها:

*** الإنهاء الإداري (الفسخ الاتفاقي):**تطبيقا للقواعد العامة يمكن لطرفي الامتياز (الإدارة و الملتزم) الاتفاق بينهما لاعتبارات يرتضيانها على وضع نهاية للالتزامقبل انقضاء مدته.[2]

***الفسخ القضائي:**يمكن لأحد الطرفين خاصة الملتزم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإنهاء عقد الامتياز قبل أوانه لأسباب متعددة منها:

. - إذا أخطأت الإدارة خطأ جسيما في تنفيذ التزاماتها

- إذا عدلت الإدارة في شرط عقد الامتياز بما يخل بتوازنه المالي إخلالا يفوق إمكانيات الملتزم أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد أول مرة.[3]

***الفسخ القانوني (بقوة القانون):**و قد ينتهي عقد الامتياز بقوة القانون و ذلك متى تحققت شروط معينة:

- القوة القاهرة إذا أدت إلى تدمير المرفق المدار بطريقة الامتياز فإذا كان الهلاك بسبب خارجي عن إرادة الطرفين انقضى العقد دون أن يتحمل أي منهما تعويضا.

---

[1]-بوزيدي نصيرة،بوزيت محمد،مرجع سابق،ص84.

[2]- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري،مرجع سابق،ص256.

[3]- بوزيدي نصيرة،بوزيت محمد،مرجع سابق،ص86.

-تحقق شروط منصوص عليها في عقد الامتياز مقررة للفسخ فقد يتضمن العقد نصا بمقتضاه ينقضي العقد في حالة وفاة الملتزم, فمتى تحققت تلك الشروط انفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها.[1]

وكنتيجة نجد أن عقد امتياز المرفق العمومي من أشهر العقود الإدارية و أهمها ويعتبر الصورة الأكثر شيوعا في تفويض المرفق العام في الجزائر بالرغم من كونه غير مستقل بتشريع خاص كالصفقات العمومية إلا أنه يتمتع بمكانة هامة في تسيير المرافق العمومية.

---

[1]- بوزيدينصيرة، بوزيتمحمد، مرجعسابق، ص87.

الخاتمة

إن العقود وبصفة عامة هي توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني معين, وتتفق هذه العقود في جوهرها و أركانها على وجود, الرضا, السبب, والمحل, والعقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسيير هو تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام, وذلك بتضمينه شرطا أو شروطا استثنائية في العقد وغير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وبالرغم من وجود معايير فقهية لتحديد العقود الإدارية, وتمييزها عن غيرها من العقود الأخرى إلا أن المعمول به في مجال العقود الإدارية, هو المعيار القانوني والمعيار القضائي, أي أنه في هذا الصدد يوجد نوعان من العقود الإدارية, هما عقود إدارية بتحديد القانون و عقود إدارية بطبيعتها, علما أنه لاوجود لفكرة العقود الإدارية بنص القانون صدى في التشريع المصري, وقد أحسن المشرع صنعا في ذلك, فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقودا إدارية بطبيعتها, و وفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة المشرع.

وأنهحتىنكونأمامعقدإداريصحيحلابدأنتكونالإدارةأولاطرفافيالعقدوأنيتصلالعقدبمرفقعموميوأنيتضمنبنودااستثنائية,
وغيرمألوفةفيالقانونالخاصوالذياعتبركأهممعيارفاصلفيتحديدطبيعةالعقدالإداري.

إنتعريفالعقدالإداريفيالجزائريعتمدأساساعلىالمعيارالعضويالذيلميعدكافيافيتكييفعقودالإدارةفأضحىيتكاملوالمعيارالموضوعيلإضفاءالطبيعةالإداريةلعقودالإدارة.

إنالصفقاتالعموميةوفيمفهومهاالاصطلاحيعقدإداريباعتبارهعملقانونيصادرعنتوافقإرادتينعلىإحداثأثارقانونيةوباعتبارهاصورةمنصورالعقدفهيتحتلأهميةكبرىفيمجالالمعاملاتالاقتصاديةلذلكأولاهاالمشرعالجزائريأهميةخاصةمنخلالاستقلالهابتشريعخاصوأحكامفنيةتتماشىمعطبيعةأهدافهامحلهافيذلكإنجازأشغالأواقتناءالموادوالخدماتوالدراسات.

و أمامغيابالنصالصريحالذييدرجالصفقاتالعموميةضمنالقانونالعام,
إلاأنهاتدرجضمنالعقودالإداريةبطبيعتها,
وذلكبتوافرالمعاييروالشروطوالواجبتوافرهافيالعقدالإداري.

هذاإضافةإلىاعتبارعقدالامتيازالإداريمنأبرزالعقودالإدارية,
التيتتولىالأشخاصالعامةابرامهابالرغممنكونهعقدغيرمسمىوغيرمنظمبنصخاصلاسيمافيقانون الصفقاتالعمومية,
إلاأنهيلعبدورافعالاومزدوجامنخلالتخفيفعبءالتسييرعلىالدولةمنجهةوتحقيقوتلبيةالحاجاتالعامة للجمهوربالنوعيةوالسرعةالمطلوبتينمنجهةأخرىوهومابينهقانونالبلديةوالولايةحيثحددالمجالا تالتيتلجأفيهاالإدارةالمحليةلهذاالنوعمنالعقود.

وفيالأخيريمكنالقولأنهمنخلالهذهالدراسةالبحثيةحاولتفيهاالإلمامبتعريفالعقدالإداريفيالقانونالمقا رنأولا, ثممحاولةتنظيمهفيالقانونالجزائريانطلاقامنقانونالصفقاتالعموميةوكذاعقدالامتياز.

الاقتراحـــــــــــــات:

1 –

نرتأىمنالمشرعمحاولةالتنسيقمابينقواعدقانونالإجراءاتالمدنيةوالإداريةوقوانينالصفقاتالعمومية المتتابعة, وهذامنأجلتصحيحاللبسالموجودفيمحتوىالمعيارالعضوي, فيقانونالإجراءاتالمدنيةوالإداريةوالذيلايحملأيتطابقمعمحتوىق.ص.ع, الخاصبجلنشاطاتوعقودالدولة.

2– ضرورةدقةالمشرعفيالتصريحوالتأكيدعلىالطبيعةالإداريةلعقدالصفقاتالعموميةوعقد الامتيازالذيمنالضروريالتفصيلفيأحكامهوإجراءاتهأكثر.

قائمة المصادر

و

المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: المراجع

- **المراجع العامـــــة:**

1- أحمد محيو – محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة د. محمد عرب صصيارا – ديوان المطبوعات الجامعية – الطبعة الخامسة 2009.

2- جميلةجباري – دروسفيالقانونالإداري – مدعمةبأحداثالنصوصالقانونيةوالقراراتالقضائية – مشوراتكليكالطبعة 2014.

3- هانيعلياالطهراوي – القانونالإداري – ماهيةالقانونالإداري – التنظيمالإداري – النشاطالإداري – دارالنشروالتوزيع – 2009

4- حسينعثمانمحمدعثمان – أصولالقانونالإداري – منشوراتالحلبيالحقوقية 2010.

5- محمدالصغيربعلي – القانونالإداري – التنظيمالإداري – النشاطالإداري – دارالعلوملنشروالتوزيع – الحجار – عنابة 2004.

6- مسعدشيهوب – المبادئالعامةللمنازعاتالإدارية – الأنظمةالقضائيةالمقارنةوالمنازعاتالإدارية – الجزءالأول – ديوانالمطبوعاتالجامعيةالساحةالمركزية – بنعكنون – الجزائر– الطبعةالثالثة 2005.

7- ناصرلباد – الوجيزفيالقانونالإداري – التنظيمالإداري – النشاطالإداري – الطبعةالأولىسطيف 2006.

8- نسرينشريقي – مريمعمارة– سعيدبوعلي – القانونالإداريداربلقيسللنشر– الدارالبيضاء– الجزائر 2014.

9- نوافكنعان – القانونالإداري- الكتابالأول- ماهيةالقانونالإداري- النشاطالإداري- دارالثقافة- للنشروالتوزيع 2008.

10- عوابديعمار- القانونالإداري- النشاطالإداري- الجزءالثاني- ديوانالمطبوعاتالجامعية- الجزائر 1990.

- **المراجعالمتخصصة:**

1- دوبيحسينصابر- الوجيزفيالعقودالإداريةالتقليديةوالحديثة- دارالنهضةالعربية- القاهرة-2010.

2- محمدالصغيربعلي- العقودالإدارية-دارالعلومللنشروالتوزيع- الحجارعنابة- 2005.

3- كلوفيعزالدين-
نظامالمنازعةفيمجالالصفقاتالعمومية علىضوءقانونالإجراءاتالمدنيةوالإدارية.

4- محمدالشافعيأبوراس- العقودالإدارية- بدونطبعة- بدونسنةنشر.

5- محمدسليمانالطماوي- الأسسالعامةللعقودالإدارية- دارالفكرالعربيللنشر- القاهرة- الطبعةالثالثة- 1991.

ثانيا: الرسائلوالأطروحات:

1- آكلينعيمة- النظامالقانونيلعقدالامتيازفيالجزائر- مذكرةماجيستر- كليةالحقوق- جامعةمولودمعمري- تيزيوزو 2013.

2- بوزيدينصيرة- بوزيتمحمد- النظامالقانونيلعقدامتيازالمرفقالعمومي- مذكرةالماسترفيالقانون- جامعة 08 ماي 1945.قالمة 2015.

3- حميدبنعلية- مفهومومحتوىالعقدالإداريفيالقضاءالإداريالجزائريمذكرةماجيستر- كليةالحقوق- جامعةبنعكنون 2001.

4- نصرالشريفعبدالحميد- العقودالإداريةفيالتشريعالجزائري- مذكرةتخرجلنيلإجازةالمعهدالوطنيللقضاء- 2004/2001.

5- نواريإيمان- النظامالقانونياعقدالامتيازالإداريفيالتشريعالجزائري- مذكرةماسترفيالحقوق- جامعةمحمدخيضر- بسكرة- 2015/2014.

6- عليواتياقوتة- تطبيقاتالنظريةالعامةللعقدالإداري- الصفقاتالعمومية- رسالةمقدمةلنيلدرجةدكتوراهالدولةفيالقانونالعام- جامعةمنتوري- قسنطينة 2009/2008.

7- شقطميسهام - النظامالقانونيللملحقفيالصفقةالعموميةفيالجزائر- رسالةماجستير- جامعةباجيمختارعنابة-2011

المقالات:

1- لؤيعبدالكريم- الأسسالقانونيةاللازمةلمشروعيةالعقدالإداريوأهميتهافيأداءالسلطةالعامةلواجباتها- مجلةديالي- العددالثالثوالخمسون 2011.

2- نسيغةفيصل- عقدالامتيازفيالمرافقالعموميةالمحلية- مجلةالعلومالإنسانية- جامعةمحمدخيضر- بسكرة- العدد 31/30.

- **المقالات**
- **الملتقيات(المداخلات):**

1- مفهومالصفقاتالعموميةبينالطبيعةالتعاقديةوالقيودالتشريعية,
مداخلةألقيةفيالملتقىالوطنيالسادسالمتعلقبدورقانونالصفقاتالعموميةفيحمايةالمالالعام, جامعةد. يحىفارس, المدية, 20 ماي 2013.

ثالثا: النصوص القانونية

1-دستور 1996 – الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996

2- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية عدد 1966/47.

3- الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 1967/52.

4- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي الصادر في الجريدة الرسمية عدد 1982/15.

5- المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية عدد1991/57.

6- المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 27جويلية 2002. المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301/03 المتعلق بالصفقات العمومية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 52 الصادرة في 28 جويلية 2002.

7- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 اكتوبر2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2010/58.

8- المرسوم الرئاسي رقم247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام الصادر في الجريدة الرسمية رقم 2015/50.

الفهرس

العنـــــــــوان	الصفحة
إهداء.	
شكر وتقدير.	
مقدمة.....	1
الفصـــل الأول: إشكالية تعريف العقد الإداري في القانون الفرنسي.....	6
المبحث الأول: العقود الإدارية بنص القانون	7
المطلب الأول: العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا.....	8
أولا: عقد الاشغال العامة.....	9
ثانيا: عقد التوريد	10
ثالثا: عقود القرض العام التي تبرمها الدولة.....	11
رابعا: العقود التي تتضمن شغلا للدومين العام.....	
المطلب الثاني: العقود الإدارية بنص القانون في مصر.....	12
المرحلة الأولى: قبل صدور قانون مجلس الدولة رقم 09 لسنة 1949الفرع الثاني.....	13
المرحلة الثانية: بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم 09 لسنة 1949.....	14
المرحلة الثالثة: منذ صدور القانون رقم 165 لسنة 1955.....	15
المبحث الثاني: المعايير القضائية لتعريف العقد الإداري.....	18
المطلب الأول: الإدارة طرفا في العقد.....	19
المطلب الثاني: اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام.....	20
الفرع الأول: ظهور معيار المرفق العام.....	
الفرع الثاني: أزمة المرفق العام.....	22
المطلب الثالث: إتباع أساليب القانون العام.....	25
الفرع الأول: مفهوم الشروط الاستثنائية.....	
الفرع الثاني: مدى كفاية معيار الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري.....	30
الفصـــل الثاني: تطبيق نظرية العقود الإدارية في القانون الجزائري.....	31
المبحث الأول: تطبيق نظرية العقود الادارية انطلاقا من قانون الصفقات العمومية....	33
المطلب الأول: تطور النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر.....	34

المطلب الثاني: تعريف الصفقات العمومية.....	
الفرع الأول: التعريف التشريعي للصفقات العمومية.....	
الفرع الثاني: التعريف القضائي للصفقات العموميةّ.....	38
الفرع الثالث: التعريف الفقهي للصفقات العمومية.....	
المطلب الثالث: المعيار العضوي معيار بسيط.....	39
المطلب الرابع: المعايير القضائية للعقد الإداري ومدى مطابقتها على الصفقات	40
العمومية	41
الفرع الأول: المعايير القضائية الثلاثة ومطابقتها للصفقات العمومية.....	45
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالصفقات العمومية.....	
المبحث الثاني: تطبيق نظرية العقد الإداري انطلاقا من عقد الامتياز.....	50
المطلب الأول: تعريف عقد الامتياز.....	52
الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الامتياز.....	53
الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد الامتياز.....	54
الفرع الثالث: التعريف القضائي لعقد الامتياز.....	
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز.....	55
المطلب الثالث: آثار الالتزام.....	56
الفرع الأول: الإدارة مانحة الامتياز.....	57
الفرع الثاني: الملتزم.....	
الفرع الثالث: المنتفع.....	59
المطلب الرابع: نهاية الامتياز.....	61
الخاتمة.....	66
الفهرس.	