جامعة زيان عاشور –بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

اختصاص قضاء الإلغاء في العقود الإدارية

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص: إدارة ومالية

إعداد الطالبتين:

- شمارة عيدة
- محبوب رحمة

إشراف الأستاذ:

- د. لدغش سليمة

1-.....رئيسا.

2-.....مقررا.

3-.....مناقشا.

السنة الجامعية: 2016/2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((الْحَمْدُ لِلَّهِ (1) رَبِّ الْعَالَمِينَ (2) الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (3) مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ (4) إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ (5) اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ (6) صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ (7).))

صدق الله العظيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((يس (1) وَالْقُرْآنِ الْحَكِيمِ (2) إِنَّكَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ (3) عَلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ (4) تَنْزِيلَ الْعَزِيزِ الرَّحِيمِ (5) لِتُنْذِرَ قَوْمًا مَا أُنْذِرَ آبَاؤُهُمْ فَهُمْ غَافِلُونَ (6) لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ (7) إِنَّا جَعَلْنَا فِي أَعْنَاقِهِمْ أَغْلَالًا فَهِيَ إِلَى الْأَذْقَانِ فَهُمْ مُقْمَحُونَ (8) وَجَعَلْنَا مِنْ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ سَدًّا وَمِنْ خَلْفِهِمْ سَدًّا فَأَغْشَيْنَاهُمْ فَهُمْ لَا يُبْصِرُونَ (9) وَسَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أَأَنْذَرْتَهُمْ أَمْ لَمْ تُنْذِرْهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ (10) إِنَّمَا تُنْذِرُ مَنِ اتَّبَعَ الذِّكْرَ وَخَشِيَ الرَّحْمَنَ بِالْغَيْبِ فَبَشِّرْهُ بِمَغْفِرَةٍ وَأَجْرٍ كَرِيمٍ (11) إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَى وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَارَهُمْ وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ (12).))

صدق الله العظيم

كلمة شكر وعرفان

قال الله تعالى: "لئن شكرتم لأزيدنكم".

الشكر الجزيل والحمد لله العلي القدير على نعمة العلم التي أنعمنا بها، ووفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل بكل صبر.

كما نوجه بجزيل شكرنا وعظيم امتنانا إلى كل من أمدنا بالعون، نخص بالذكر الأستاذة المشرفة الدكتورة "لدغش سليمة" والأستاذة الدكتورة "لدغش رحيمة" التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي كانت لنا السند القويم في إنجاز هذه المذكرة.

كما أشكر الأساتذة المناقشين والمقررين ورئيسهم على قبولهم مناقشة مذكرتي

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل إطارات وعمال جامعة زيان عاشور بالجلفة عامة وخصوصا أساتذة كلية الحقوق بجامعة الجلفة وأخص بالذكر: د. فيرم فاطمة الزهراء و د. يحي أبو بكر الصديق و د. صادق عبد القادر على مد يد المساعدة والنصائح والتوجيهات.

وكل موظفين مكتبة الحقوق وأخص بالذكر بدري احمد الذي ساعدني في تقديم يد العون والتسهيلات اللامحدودة خلال فترة إنجاز المذكرة.

أما الشكر الذي من نوع خاص فنحن نتوجه بالشكر أيضا الى كل من لم يقف بجانبنا ووقف في طريقنا وعرقلة مسيرة بحثنا وزرع الشوك في طريق بحثنا فلولا وجودهم لما أحسسنا بمتعة البحث ولا بحلاوة المنافسة الإيجابية ولولاهم لما وصلنا إلى ما وصلنا إليه فلهم منا فائق الاحترام والامتنان.

"فاللهم تقبل العمل مع قلته والجهد مع ضالته والسعي مع شوائبه، عز جاهك وجل ثنائك، لا إله إلا انت سبحانك انت رب العرش العظيم"

إهداء

ربي اوزعني ان اشكر نعمتك عليا وعلى والديا وان اعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين.

إلى من قالت لا أكون ليكون أولادي، إلى من سمعت ندائي ليلة ميلادي وحضنتني بصدرها الدافئ، وألهمتني روح العطاء وسمة التواضع، وسهرت على تربيتي قرة عيني "**أمي الحبيبة**" أطال الله عمرها.

إلى من لا حد لحبه، وطيبته وحنانه، إلى سندي في الحياة، وقدوتي في الصبر والكفاح، من أحسن تربيتي ولم يبخل عليا بأي شيء إلى صميم فؤادي وحبي "**ابي العزيز**" رحمه الله.

إلى من نفشهم على قلبي من ذهب إخوتي وأخواتي: الياقوت، ولهة، الحادة، السعدية، النخلة، فتيحة، إلى توءما روحي: أسيل وسلسبيل، وإلى الكتكوت محمد عبد السلام، وإلى أخي محمد رحمه الله، إلى تاج البيت أخي الوحيد شمارة السعيد الذي ساعدني كثيرا خلال مشواري الدراسي حفظه الله وشفاه.

إلى كل ن عبد القادر، فتحي، يوسف، محمد الأمين، محمد السلامي، محمد علي.

إلى أصدقائي وصديقاتي: حكيمة، خديجة، فاطمة، أحلام، نعيمة، سارة، بهجة وزوجها، زوليخة، وعائشة، طارق، طارق، فيصل، عبد الحفيظ، بن خليف، عزيز، محمد الأمين، الطيب.

وإلى الشخص الذي ساعدني كثيرا حفظه الله: جعلاب فريد.

إلى من أعتز برفقتهم ويعز عليا فراقهم: عبد اللاوي حليمة، دراح حنان.

وإلى جميع أقاربي: (شمارة، جديلات) إلى من جمعتني بها أنبل رسالة في الوجود "العلم" زميلتي رحمة محبوب.

إلى كل من سعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي وأسقطهم القلم سلوا، الذين لم أنساهم ونساهم القلم الذي حاصرته أوراقي، وإلى كل محبي الخير أهدي عملي.

إلى كل طلبة الإدارة والمالية دفعة 2011 الى 2016.

عيدة شمارة

مقدمة

مقدمة:

انتشرت المبادئ الاشتراكية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وعمت ارجاء العالم ولم تخلو دولة من دول العالم الا باتت تعتنق المبادئ والافكار أو على الاقل شغلت عقول وأذهان بعض من رواد الفكر فيها وبعض التطبيقات العملية فيما يتعلق بكيفية تسيير وتنظيم المرافق العامة المختلفة، ولقد ترتب على ذلك ان صارت الدولة تتدخل في العديد من أوجه وانشطة المجالات الخاصة التي لم تكن تتطرق لها من قبل بل اصبحت تقوم بأنشطة وعلاقات كتلك التي يقوم بها الافراد في مجال القانون الخاص .ولذا فقد باتت الادارة في حل من أمرها في ان تسلك طريق انشاء المرافق العامة المختلفة التي تتعلق بالعديد من اوجه الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وأن تحافظ على تسيير هذه المرافق بشكل منتظم الامر الذي يتطلب منها في حالات كثيرة انشاء روابط وعلاقات اما بين جهاتها الادارية العامة والمنتشرة في ارجاء الدولة أو بين اي من تلك الجهات وبين الافراد أو الاشخاص المعنوية الخاصة من شركات وهيئات ومؤسسات خاصة وذلك إما لإنشاء أي من المرافق العامة أو ترميمها أو صيانتها أو اصلاح ما بها من تلف او لإدارتها والانتفاع بها من قبل الافراد مقابل أرباح تحصل عليها أو نقل اليها ما يلزمها من أدوات وأشياء تكون تحت يد المرفق وطوع استعمالها أو بإمدادها بالسلع والخدمات والاشياء والاصناف وغيرها التي نحتاجها المرافق في قيامها بأعبائها العامة وغيرها من صور التعاقدات الأخرى التي يكون متاحا للإرادة الى إبرامها تحقيقا لصالح المرفق وللصالح العام. وهذه ما يطلق عليها بالتعاقدات أو العقود الإدارية.[1]

والعقد الإداري ما هو إلا عقديين شخصين من أشخاص القانون العام أو شخصيين احدهما عام والاخر خاص بقصد تسيير مرفق عام ،ولكن ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعد عقد اداريا بل لابد أن يكون للعقد صلة بالمرافق العام وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 1957/02/24 ص 557 " أن العقد المبرم بين شخص معنوي وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية بل أن المعيار المميز لهذه العقود عما سواها من عقود

[1]. بلال امين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 465.

القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره او ادارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه." [1]

وتقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 12/24 1968 ص 359 أنه "ومناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد اطرافه أو يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسيره بغية خدمة اغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على المصلحة الأفراد الخاصة ..."

كما تذهب في حكمها الصادر في 1962/03/31 ص 527 إلى القول "...كما يشترط في العقد كي يعتبر من العقود الإدارية أن تظهر فيه نية الشخص المعنوي العام الذي يعقده وما يقتضيه من الأخذ بأسلوب القانون العام واحكامه وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص."

وإذا كان العقد الإداري يختلف عن العقد المدني في أن الأول يتطلب لإبرامه مجموعة خاصة من الإجراءات والشكليات الضرورية وفي أنه لابد من أن يتصل بنشاط مرفق عام تديره الدولة أو احد من الأشخاص المعنوية العامة بالطريق المباشر أو غير المباشر إلا أنه لا يفترق عنه في أن كلاهما يترتب عليه العديد من الالتزامات القانونية التعاقدية المتبادلة بين كلا المتعاقدين بحيث إذا حدث وإن أخل بهذه الالتزامات بان اخطأ في تنفيد بنود التعاقد أو لم يقم بتنفيذها على النحو المتفق عليه أو تراخى أو اهمل في التنفيذ أو أخل بالبنود المالية التي تم التعاقد بناء عليها أو حدث الاخلال تحت أي وصف من الأوصاف الأخرى فان ذلك يترتب عليه بلا شك قيام المسؤولية التعاقدية تجاه الطرف الأخر، وبالتالي فمن حق الطرف الذي أضير من جراء إخلال الطرف الأخر الالتزامات التعاقدية أن يطالب قضائيا بانعقاد المسؤولية التعاقدية تجاهه ومطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر أو انتقاص في ذمته المالية أو أضرار معنوية و ادبية جراء عدم تنفيذ تلك الالتزامات، فإذا اخلت الإدارة بالالتزامات التعاقدية التي تضمنها العقد الاداري المبرم بينها وبين احد المتعاقدين معها سواء كان شخص من اشخاص القانون العام أو شخص من اشخاص القانون الخاص كالمقاول أو المورد أو البائع أو المشتري أو الملتزم وغيرهم

[1]. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 466.

فإن لهذا الاخير أن يطالبها بالتعويض نتيجة انعقاد مسؤوليتها التعاقدية عن الاضرار المادية والأدبية التي حاقت به جراء عدم تنفيذها الالتزامات أو الاهمال أو التقصير فيها أو التراضي أو التراخي والتأخير عنها أو نتيجة عدم اتباع الإدارة مبدأ المساواة في اختيار المتعاقدة معها صاحب العطاء والممارس...إلخ[1]

وقد يكون اساس مسؤولية الإدارة في هذه الحالة هو الخطأ والتقصير من جانبها المتمثل في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية او نتيجة الاستخدام غير المشروع من جانب الإدارة لسلطاتها بالتعسف في تعديل بنود العقد الإداري أو توقيع الجزاءات التعاقدية أو الضاغطة أو الغرامات المالية وقد يكون اساس هذه المسؤولية هو المخاطر وتحمل التبعة التي تترتب على ابرام العقد وكنتيجة للظروف والمستجدات التي تطرأ على العقد اما لتطبيق نظرية الامير او لتغير الظروف والاحداث الاقتصادية أو الظروف القاهرة و الاستثنائية التي يفاجأ بها العقد الإداري خلال تنفيذه.

وبناء على ذلك فقد تناولنا لدراسة اختصاص قضاء الالغاء في العقود الادارية كأحد السلطات التي منحها المشرع للإدارة لمباشرة نشاطها الاداري على أكمل وجه.

اهمية الموضوع:

لكل دراسة اهداف واهمية بالغة تصبو الى تحقيقها وعلى هذا الاساس فان الاهداف المتوخاة من دراسة هذا الموضوع اختصاص قضاء الالغاء في العقود الادارية في مدى مساهمة العقود الادارية في توثيق الصلة بين الادارة والمعاقد معها.

اسباب اختيار الموضوع:

-الانجذاب نحو الموضوع دون الاخذ يرتبط اساسا بأسباب ذاتية واخرى موضوعية علمية ويتعلق اختيارنا لهذا الموضوع لجملة من الاسباب:

-الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع بالتحديد.

-الاهمية البالغة التي يكتسبها موضوع الدراسة.

[1]. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، 467.

-وجود العديد من الاشكالات في منازعات الخاصة بالعقود الادارية.

الاسباب الموضوعية:

-اهمية دراسة الاختصاص قضاء الالغاء في العقود الادارية.

-نقص الدراسات السابقة لهذا الموضوع حيت اكتسب الموضوع اهمية بالغة في البحث.

-اهمية العقود الادارية في حياة الافراد.

صعوبات الدراسة:

صعوبات الدراسة فيما يخص بحثنا تتمثل فيما يلي:

-قلة المراجع والكتب.

-صعوبة كبيرة في جمعها.

-ضيق الوقت في اعداد المذكرة.

وقد تناولنا في موضوع دراستنا هذه اختصاص قضاء الالغاء في العقود الادارية والدور الذي تلعبه العقود الادارية في تعاملات الافراد اليومية والنزاعات التي تتمحور نحو هذه العقود الادارية ودور الجهة المختصة في حل هذه النزاع، والى من يعود اختصاص القضاء الالغاء في الفصل المتعلق بمنازعات عقود الالغاء.

الدراسات السابقة:

تعد الدراسات السابقة بمثابة قاعدة علمية تساهم في توضيح الرؤيا لدى الباحث فالاستفادة من الدراسات المتعلقة بالموضوع تبدأ من اختيار الموضوع مرورا بإعداد الفصول وصولا الى نتائج فهي تساعد على رسم فكرة واضحة عن موضوع البحث، كما تعد الدراسات السابقة أحد المصادر المهمة التي يرجع اليها الباحث من أجل تزويد رصيده المعرفي وإثراء بحثه، وتكمن أهميتها في كون الباحث من خلال اطلاعه الواسع يستطيع تجنب التكرار في الدراسة، وكذلك تجنب العراقيل

التي وقع فيها الباحثين من قبل، وفيما يخص موضوع دراستنا لاختصاص قضاء الإلغاء في العقود الإدارية[1]، فإننا وقفنا على:

- قلة الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع.

المنهج المتبع:

يستخدم المنهج الوصفي التحليلي لما له من أهمية علمية، كالتحليل والوصف كما أنه يقوم على وصف ظاهرة من الظواهر للوصول الى أسباب وعوامل التي تتحكم فيها، واستخلاص النتائج وتعميمها ويتم ذلك وفق خطة بحثية معينة وذلك من خلال جمع البيانات وتنظيمها وتحليلها، كما أننا استعملنا المنهج الوصفي التحليلي في التعاريف والاثار والشروط والمنهج المقارن في بعض التشريعات.[2]

وعليه ومما سبق جاءت اشكالية دراستنا كالتالي:

ماهي الجهة المختصة فيما يتعلق بخصوص دعوى الالغاء ودعوى التعويض في العقود الادارية؟

والتي تتفرع عليه سؤالين فرعيين هما:

1-ما هي اهم العقود الادارية ومدى فعاليتها في الواقع؟

2-هل الغاء القرار يؤدي الى الغاء العقد؟

وللإجابة على الاشكالية المطروحة تناولنا المذكرة كما يلي:

الفصل الاول: مفهوم العقود الادارية، وفيه مبحثين هما:

---

[1]. بلقاسم سلاطنة وحسان الجيلالي، منهجية العلوم الاجتماعية، الطبعة الأولى، دار المهدي للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2004، ص 167.

[2]. محمد الصاولي ومحمد ام مبارك، البحث العلمي أسس وطريقة الكتابة، الطبعة الأولى، مؤسسة الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992، ص 30.

المبحث الاول: مفهوم العقود الادارية.

المبحث الثاني: آثار ونهاية وانهاء العقود الادارية.

الفصل الثاني: العقود الادارية بين دعوى قضاء الكامل ودعوى الالغاء، وفيه مبحثين هما:

المبحث الاول: الاختصاص القضائي.

المبحث الثاني: العقود الادارية ودعوى الالغاء.

الفصل الأول:

ماهية العقود الادارية

الفصل الأول: ماهية العقود الادارية

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية.

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية.

الفرع الأول: مقومات العقد الإداري.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية.

الفرع الأول: عقد الامتياز.

الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة.

الفرع الثالث: عقد التوريد.

المطلب الثالث: طرق وأساليب إبرام العقود الإدارية.

الفرع الأول: قواعد التحكم في إبرام العقود الإدارية.

الفرع الثاني: مراحل المناقصة.

المبحث الثاني: أثار ونهاية العقود الإدارية وإنهائها.

المطلب الأول: آثار العقد الإداري

الفرع الأول: سلطات الإدارة.

الفرع الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة.

المطلب الثاني: نهاية العقد الإداري.

الفرع الأول: الانقضاء العادي للعقد الإداري.

المطلب الثالث: إنهاء العقد الإداري.

الفرع الأول: الإنهاء.

خلاصة الفصل.

العقود الإدارية تتفق مع العقود المدنية في كونها تنشأ من توافق إرادتين، إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها، ويظهر فيها مجال معين لتطبيق مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين".

ولكن الإدارة تتمتع في العقود الإدارية بامتيازات وحقوق في تعديل شروط العقد، وفي توقيع الجزاءات، وفي إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، خروجا على مبدا أن العقد شريعة المتعاقدين، تحقيقا للصالح العام وما تمليه مقتضيات حسن سير المرافق العامة بانتظام.

وتخضع الإدارة من ناحية أخرى لقيود في اختيار المتعاقد معها وفي إبرام العقد الإداري، وهي قيود لا تخضع لها الأفراد في عقودهم الخاصة.

وسنتناول في هذا الفصل مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أثار ونهاية وإنهاء العقود الإدارية.

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية.

إن العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في أخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص وللتعرف على العقد الإداري وتحديده ينبغي التعرض الى تعريف العقد الإداري.

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية.

تلجأ الإدارة في سبيل ممارسة نشاطاتها واستخدام وسائلها البشرية والمالية إلى إبرام عقود إدارية وفقا لأساليب القانون الإداري، يمكن استخلاص مدلول العقد الإداري من التعريف المتفق عليه فقها والمستقر في الإحكام القضائية.

العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعا في هذا الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطوائه على نوع أو أخر من الشروط غير المألوفة الإتباع في عقود القانون الخاص[1].

ينص القانون صراحة على إضفاء الضفة الإدارية على العقد، وعندئذ لا يسوغ للإدارة مخالفة هذا النص أو الخروج عليه، لأن المشرع يصبح هو المختص وحده في إسباغ الوصف الإداري على العقد... ومن أمثلة العقود الإدارية المحددة بنص القانون في التشريعات المقارنة: عقد امتياز المرفق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد القرض العام الذي تبرمه السلطة المركزية[2].

[1]. نواف كعنان، القانون الإداري، الكتاب الثاني ب ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 313.

[2]. نواف كعنان، نفس المرجع، ص 314.

وهو أيضا العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومتى كان ذلك فإن العقد يعتبر عقدا إداريا إذا كان أحد أطرافه شخص معنوي عام، أن يتصل بتسيير مرفق عام ...، وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعتبر عن أخذ الإدارة بأسلوب القانون العام[1].

ويمكن القول بأن العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص[2].

الفرع الأول: مقومات العقد الإداري.

من خلال التعريفات السابقة للعقد الإداري فإنه يقوم على ثلاثة مقومات وضوابط تشكل في الوقف ذاته وفي مجموعها معايير لتميزه عن غيره من العقود الخاصة بالإدارة العامة والذي تخضع فيه الإدارة للنظام القانوني الخاص وتؤول سلطة الفصل في منازعاتها للقاضي العادي، وتلك الضوابط والمعايير هي:

أولا: أن يكون أحد أطراف العقد شخص قانوني عام.

من البداهة أن يشترط هذا الشرط لإضفاء الصفة الإدارية على العقود ذلك لآن القواعد الإدارية ما خلفت إلا لتحكم نشاطات أشخاص القانون العام دون نشاط الأفراد والذي تحكمه قواعد القانون الخاص، وعليه فإن أيّ عقد مبرم بين أشخاص القانون الخاص يخرج من نطاق العقود الإدارية، وتجدر الإجارة إلى أن قانون القضاء الإداري قد خفق من شدة اشتراط هذا الشرط وإعماله حيث اقروا انطلاقا من نظرية الوكالة بإمكانية حيازة العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص على الصفة الإدارية كاستثناء من الأصل المقرر وذلك متى استبان أن العقد المبرم يصب

[1]. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية الكتاب الثاني العقد الإداري ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 43.

[2]. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 469.

في مصلحة الإدارة ولحسابها ومتى استوفى ذلك الأخير باقي العناصر والتي تقوم عليها معايير تمييز العقد الإداري.

ثانيا: اتّصال العقود بالمرافق العامة.

رغم ظهوره في مرحلة لاحقة لمعيار الشروط الاستثنائية فإن الفقه والقضاء يعتبر معيار المرفق العام أحد أبرز وأهم المعايير المعتمدة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة حيث أنه لا يصاغ العقد المبرم من قبل الغدارة بالصيغة الإدارية إلا متى كان على اتصال بالمرفق العام ومساهم مساهمة مباشر فيه سواء عند إنشاء كما في عقود الأشغال العامة أو لضمان سيره بانتظام واطراد كعقود التوريد والتموين والنقل والخدمة أو بإرادته وتنظيمه وتسييره كعقود امتياز المرافق العامة.

ويمكن القول إن هناك تصورين لعلاقة العقد بالمرفق العام هما:

- مساهمة المتعاقدة في تسيير المرفق بنفسه.
- أن يعد العقد نفسه وسيلة لإنجاز المرفق أي أن يتضمن محل العقد نفسه تسيير المرفق[1].

ثالثا: أن يختار الشخص القانوني العام وسائل القانون العام.

لا يكفي لاعتبار العقد المبرم عقدا إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا قانونيا عاما وأن يتصل محله أو موضوعه بمرفق عام وإنما يلزم أن يحتوي العقد على شروط غير مألوفة[2]، ويعتبر الشخص القانوني قد التجأ لإتباع وسائل القانون العام من خلال أحد الأمور التالية:

1-يتضمن العقد لشروط غير مألوفة في روابط القانون الخاص وهي التي عرفت على أنها جملة الشروط المرتبطة بالسلطة العامة والتي ما إن تضمنها عقد مدني إلاّ وأعتبر باطلا

[1]. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية وقضائية) ب ط، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 76-77.

[2]. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، ب. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 104.

لمخالفته للنظام العام[1]، ولا يشترط أن تتوافر فيهم كل الشروط بل توافر شرط واحد يكفي حتى يكون العقد مشتملا على شروط غير مألوفة[2].

2-من خلال النص صراحة على تلك الشروط وتقريرها بمقتضى القوانين والتنظيمات مع إحالة العقد إلى هذه النصوص.

3-من خلال منح المتعاقد مع الإدارة حقوقا لا مثيل لها في روابط القانون الخاص انطلاقا من إشراكه المباشر في إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام شرط أن يخضع ذلك المرفق لقواعد العام تحقيقا للصالح العام، وبرغم صعوبة ضبط تعريفا محددا للشروط الاستثنائية وعدم إمكانية حصرها لاختلافها من عقد لأخر فان من أبرز الشروط التي اعتبرها القضاء شروط غير مألوفة[3].

أ-الشروط التي تضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها وأهمها امتياز التنفيذ المباشر وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها وتعديل العقد... الخ.

ب-الشروط المرتبطة بمبادئ القانون العام ومثالها حق الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة وفسخ العقد دون إخلال المتعاقد ودون الالتجاء للقضاء.

ج-الشروط التي تتضمن امتيازات للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير كسلطة الاستيلاء المؤقت أو استحقاق الرسوم.

-بيان موقف المشرع والقضاء الجزائريين من المعايير السابقة:

أ-جاء في المادة الأولى من الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى "الصفقة العمومية هي عقد مكتوب تجريها الدولة والولايات والبلديات والمؤسسات والدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات".

---

[1]. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها، ب. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 165.

[2] . Vclel de voluele : droit administratif, édition, Paris, 1988, p 337.

[3]. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة (دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا) ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 118.

ب-جاء في المادة 59 من القانون 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية: " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لأحكام الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية".

ج-جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 439/91 المؤرخ في 1991/11/13 والمتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى " لا تنطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري".

د-جاء في المادة 02 من المرسوم 250/02 المؤرخ في 2002/07/12 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى[1]: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في صلب النص بالمصلحة المتعاقدة".

هـ-جاء في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم قانون الصفقات العمومية الملغى[2]: لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف:

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة.
- الولايات.
- البلديات.

[1]. الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 2002/07/28، التي تضمنت قانون الصفقات العمومية المؤرخ في 2008/10/26، المادة 02 من المرسوم الرئاسي المعدل والمتمم 250/02.

[2]. الجريدة الرسمية عدد 62 الصادرة في 2008/11/09، التي تضمنت قانون الصفقات العمومية المؤرخ في 2002/07/12، المادة 02 من المرسوم 250/02.

- المؤسسان العمومية ذات الطابع الإداري.
- مراكز البحث والتنمية.

و-جاء في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم قانون الصفقات العمومية[1]:

لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة.
- الولايات.
- البلديات.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

من خلال القراءة السريعة للنصوص السابقة نخلص إلى أن المشرع الجزائري وعلى مدار أهم المحطات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية وغيرها قد تبنى العمل المعيار العضوي كحل لإضفاء الصفة الإدارية على العقود المبرمة ولتحديد الاختصاص القضائي للبت في منازعاتها، غير أن هذا لا يعني إقصاءه لباقي المعايير والمقومات الأخرى حيث أشار المشرع وخروجا منه عن الأصل المقرر ومن خلال نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 إلى إمكانية تطبيق أحكام التشريع المعمول به على أشخاص القانون الخاص مشترطا لذلك تكليف تلك الهيئات بإنجاز عمليات ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة وهو ما يعني عدم تركيز المشرع في هذا الصدد على المعيار العضوي واكتفاءه بالمعيار الشكلي المتمثل في الشرط الاستثنائي الذي يستنبط من خلال عبارة (عند تكلف) الواردة في النص ذلك لان في التكليف إقرار ضمني يمنح امتيازات

[1]. الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة في 2010/10/07 التي تضمنت قانون الصفقات العمومية، المؤرخ في 2010/10/07، المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10.

السلطة العامة، وبالمعيار الموضوعي المستنبط من عبارة (بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة)[1].

والغريب في الأمر أن القضاء الإداري الجزائري قد اخذ منحا مخالفا لموقف المشرع تجاه المؤسسات التي لا تجوز على الصيغة الإدارية حيث رفض النظر في المنازعات القائمة بخصوص صفقات[2] المؤسسات العمومية الصناعية التجارية حتى إن كانت مبرمة طبقا لشروط ومقتضيات ما قضى به المشرع، حيث جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 003889 الصادر بتاريخ 2002/11/05 في قضية ز. ش ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق "إن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"[3]، وهو ما يعني تمسك القضاء بالمعيار العضوي المقرر في إجراءات التقاضي الإداري.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية.

نظرا لتنوع العقود وكثرتها ولصعوبة حصرها، فقد تم حصرها لو إدراجها ضمن تصنيفات مختلفة ولعل من أبرز تلك التصنيفات صنف العقود المحددة بقانون والعقود القضائية، إما المحددة بقانون فهي مجموعة العقود التي تم إبرامها والنص عيها بصراحة بموجب نصوص قانونية أما فيما يخص القضائية فهي التي تشمل على العقود غير الواردة في نصوص القانون.

[1]. الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة في 2010/10/07 التي تضمنت قانون الصفقات العمومية، المؤرخ في 2010/10/07، المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10.

[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 81.

[3]. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ب ط، دار العلوم، عنابة، 2005، ص 18.

الفرع الأول: عقد الامتياز.

وسنعرض فيما يلي أهم أنواع العقود الإدارية:

أولا: عقد الامتياز.

هو العقد الذي يتولى بمقتضاه شخص من أشخاص القانون الخاص (فردا كان أو شركة) ويسمى الملتزم على نفقته ومسؤوليته إدارة وتسيير مرفق عام واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز[1].

وعادة ما يراعي في تحديد مدة الامتياز أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح.

أ/ تقييم عقد الامتياز: لعقد امتياز المرافق العامة مزاياه وعيوبه على نحو نبينه فيما يلي:

- **المزايا:**

1-تحرر المرفق من التعقيدات الإدارية والروتين المعيب، والمرونة في إدارته بإتباع أساليب القانون الخاص التي تتفق وطبيعة المرافق الاقتصادية.

2-إعفاء الإدارة من أعباء تشغيل المرفق ومخاطره المالية.

3-عودة المرفق بمنشآته مجانا إلى الإدارة مانحة الالتزام بعد انتهاء مدته.

4-إدارة المرفق بطريقة موضوعية بعيدة عن الاعتبارات السياسية التي تدخلها أحيانا في إدارة المرفق.

- **العيوب:**

1-ارتفاع رسوم الانتفاع بخدمات المرفق نتيجة إضافة أرباح الملتزم التي كان يمكن تجنبها وخصمها من التكاليف لو استطاعت الإدارة تشغيل المرفق بنفس الكفاءة[2].

---

[1]. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري ب ط، دار النهضة، القاهرة، 1981، ص 83.

[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 85.

2-ضعف رقابة الحكومة على الملتزم قد يؤدي إلى سوء الخدمة المقدمة للمنتفعين، أو إلى التدخل الأجنبي في شؤون الدولة عن طريق الملتزم خاصة الامتيازات ذات الأهمية الاقتصادية كاستغلال النفط.

3-زيادة تدخل السلطة مانحة الالتزام في شؤون الملتزم تحقيقا للمصلحة العامة يجعلها تضطر إلى منحه مساعدات مالية مما بفقد الالتزام الكثير من فائدته بالنسبة للحكومة وجاذبيته بالنسبة للملتزم[1].

ثانيا: العلاقة بين الإدارة والملتزم.

أ/ بالنسبة للجهة صالحة الالتزام:

1-حرية اختيار المتعاقد:

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية كاملة في اختيار شخص الملتزم الذي تقدر انه أقدر ماليا وفنيا وإداريا واقتصاديا على الوفاء بالتزاماته، فلا تتقيد بإتباع أسلوب معين في التعاقد، على أن سلطة الإدارة في هذا المجال تتقيد بعدم الانحراف في استعمال السلطة[2].

2-حق الرقابة والإشراف والتوجيه:

للإدارة مانحة الالتزام حق الرقابة على إنشاء المرفق من النواحي الفنية والإدارية والمالية ولو لم ينص على ذلك في عقد الالتزام ولها أن تعهد بهذه الرقابة أي أية هيئة عامة أو خاصة، ويلتزم الملتزم بتقديم ما يطلب منه من بيانات، وللإدارة أن تجبره على تنفيذ شروط الالتزام، وان توقع الجزاءات المناسبة ولهم الجزاءات التي للإدارة توقيعها على الملتزم ما يلي:

- الغرامات المالية.
- التنفيذ بواسطة الإدارة.
- الفسخ.

[1]. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ب ط، دار الفكرة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 240.

[2]. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 745.

3-حق التعديل:

لما كان مبدأ قابلية نظام المرفق العام للتعديل من المبادئ الأساسية المستقرة في مجال المرافق العامة، فان "لمانح الالتزام دائما"، متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن كان له محل.

4-حق الاسترداد:

للإدارة مانحة الالتزام إذا قدرت أن المصلحة تقتضي إنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته ان تسترد المرفق وتحل محل الملتزم في كافة متعلقاته، وذلك عن طريق شرائه وتعويض الملتزم عما يصيبه من ضرر نتيجة لذلك، أي أن عقد الالتزام يمكن إنهاؤه من جانب واحد استثناء من القواعد العامة في العقود، ولو لم يخل المتعاقد بأي التزام من التزاماته[1].

ب/ حقوق الملتزم:

للملتزم إذا أقام بإدارة المرفق موضوع الالتزام بنفسه بصورة منتظمة مستمرة عدة حقوق هي:

1-رسوم الانتفاع:

يحصل الملتزم من المنتفعين بالمرفق على رسوم مقابل الخدمة التي تؤدي لهم.

2-التعويضات المحتملة:

قد يترتب على تعديل الإدارة لنظام المرفق أو قوائم الأسعار على وجه الخصوص أن يختل التوازن المالي للعقد في غير صالح الملتزم، وفي هذه الحالة يجب على الإدارة تعويض الملتزم عما اصلبه من ضرر نتيجة تدخل الإدارة بالتعديل.

[1]. نواف كعنان، مرجع سابق، ص 420.

3-المزايا المساعدة:

تمنح الإدارة للملتزم عادة بعض الرسائل المادية والقانونية الهامة لمساعدته على تشغيل مرفق، من ذلك أن تتعهد بان تقدم له بعض التسهيلات الائتماني، وقد تمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة والضبط الإداري، وإنصاف أشغاله بصفة الأشغال العامة[1].

ثالثا: حقوق المنتفعين.

يتمتع المنتفعون بحق الانتفاع بخدمات المرفق، وفق مطالبة الإدارة بالتدخل لحماية مصالحهم.

1-حق الانتفاع بخدمات المرفق:

للأفراد حق الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق ما دامت شروط الانتفاع متوافرة، وذلك بصرف النظر عن وجود عقد بينهم وبين صاحب الالتزام، فقد يرتبط الملتزم بالمنتفعين بعقود خاصة كتوريد الكهرباء والماء.

2-حقا مطالبة الإدارة بالتدخل:

لما كان ما تتمتع به الإدارة من حقوق إزاء الملتزم يهدف إلى تحقيق مصلحة المنتفعين بالمرفق، لذلك فان لهم أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته ومراعاة شروط عقد الالتزام، فان رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمنيا جاز للمنتفعين الطعن بالإلغاء في قرار مخالفة القانون.

3-نهاية العقد ومنازعاته:

ينتهي عقد الالتزام بنهاية مدته، أو بالقوة القاهرة التي تحول دون تنفيذه، أو بإنهاء الإدارة له باسترداده عن طريق الشراء، أو بفسخه بواسطة القاضي بناء على طلب احد طرفيه إذا أصبح

[1]. J. M. Audy, R. Ducos-Ader, droit administratif, précis Dalloz, 1973, P 473.

المشروع خاسرا دون أمل في إصلاحه، أو كعقوبة للملتزم يحكم بها القاضي كذلك وهي عقوبة العزل أو إسقاط الحق[1].

الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة.

عقد الأشغال العامة من فروع عقودها مقاولات الأعمال وفي يقتصر دور صاحب الامتياز على إقامة منشآت عامة كالموانئ.

أولا: عقد الأشغال العامة (او عقد المقاولة).

هو عقد إداري يتم بين شخص معنوي عام وأحد الأفراد أو الشركات (مقاول) يتعهد بمقتضاه المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمنفعة عامة في مقابل ثمن يحدد في العقد[2].

ثانيا: خصائصه.

1-أنه عقد يرد على عقار:

بمعنى إن موضوع عقد الأشغال العامة أو عمله ينصب على عقار وليس على منقول مهام كان نوع المنقول أو قيمته... وسواء أخذت الأعمال التي تتعلق بالعقار شكل إنشاء لذلك العقار أو تعديله أو ترميمه أو صيانته كتنظيف العمارات والشوارع والأماكن العامة أو هدمه أحيانا.

2-أنه عقد يتم تنفيذه لمصلحة شخص معنوي عام او لحسابه:

ويستوي أن يكون العقار محل التعاقد مملوكا لشخص عام أم يكون مملوكا لفرد من الأفراد العاديين، إذ يكتفي في هذه الحالة أن يتم انجاز الأعمال أو إجراء الشغل العام عليه لحساب ذلك الشخص العام.

---

[1]. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 248.

[2]. نواف كعنان، مرجع سابق، ص 324.

3-أنه عقد يستهدف تحقيق مصلحة نفعية عامة:

وهذا يعني أن يكون الغرض من إبرام عقد الأشغال العامة تحقيق نفع عام ... ولذلك يخرج عن مفهوم عقد الأشغال العامة العقود التي يكون محلها عقار مملوك للدولة أو لأحد الأفراد العاديين والتي تتم باسم ولحساب الشخص العام ولكن تستهدف تحقيق مصلحة ذاتية خاصة أو فردية، وتندرج في إطار العقود الخاصة بالإدارة[1].

الفرع الثالث: عقد التوريد.

الوضع الغالب في عقود التوريد أن تكون الجهة الإدارية هي المستورة فتطلب من فرد أو شركة توريد مواد أو أشياء لازمة لها، إلا انه قد يحدث أحيانا أن تكون الإدارة هي الطرف المورد.

أولا: عقد التوريد.

وهو عقد إداري يتم بين الإدارة وفرد أو شركة (متعهد) يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بأن يورد للإدارة منقولات أو مواد معينة تلزمها، مقابل ثمن معين يحدد في العقد... وقد يتم توريد المواد واللوازم المتفق عليها في عقد التوريد دفعة واحدة، كما قد يتم توريدها على فترة زمنية طويلة[2].

عقد التوريد:

وهي اتفاق بين أشخاص القانون العام مع شخص من أشخاص القانون الخاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين[3].

[1]. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 392.

[2]. نواف كعنان، مرجع سابق، ص 325-326.

[3]. Paul Duez et Guy Debeyre, Trarfe de droit administratif, Libaririedalloz, paris, 1952, P 890.

ويتميز عقد التوريد عن العقود الإدارية الأخرى بميزتين أساسيتين هما:

1- أنه عقد يرد على منقول:

فعقد التوريد يرد من حيث موضوعه أو محله وعلى عكس عقد الأشغال العامة السابق عليه على المنقول، أي أن محله دائما توريد أشياء منقولة أيا كان نوعها أو حجمها، كمواد الوقود والملابس والمواد الغذائية والأدوات المدرسية والكهربائية والطبية وغيرها.

2- أنه عقد رضائي:

بمعنى انه يتم إبرامه بالاتفاق بين الإدارة والمتعهد المورد على توريد المواد والأشياء المحددة في العقد... وهو بذلك يختلف عن الاستيلاء المؤقت على المنقول، إذ أن المورد في عقد التوريد يقوم بتسليم المنقولات المتعاقد عليها للإدارة المتعاقد معه برضائه، بينما في الاستيلاء المؤقت على المنقول تستحوذ الإدارة على المنقول بمقتضى قرار إداري ويقوم المورد بتسليم المنقول للإدارة تنفيذا لهذا القرار جبرا عن صاحبه مقابل تعويض عادل[1].

ثانيا: عقد القرض العام.

هو عقد يقرض بمقتضاه أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغا من المال لأحد الأشخاص القانون العام مقابل تعهد الأخير برد القرض وفوائده السنوية في الآجال المحددة[2].

والقاعدة التي تنص عليها الدساتير عادة هي انه لا يجوز عقد قرض عمومي ولا تعهد يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة العامة في سنة او سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان، وذلك لان القرض العام من شانه تحميل الدولة أعباء مالية لسنوات تالية، وبشروط قد تكون مرهقة، وهو ما يقتضي في الغالب فرض ضرائب لأدائه، وفي ذلك تقتضي المادة 121 من الدستور بأنه "لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب".

---

[1]. نواف كعنان، نفس المرجع، ص 326.

[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 84.

1- الطبيعة القانونية لعقد القرض العام:

من العقود التي تنص القانون الفرنسي على اختصاص القضاء الإداري بالفص في منازعاتها، عقود القرض العام التي تبرمها، السلطة المركزية، ولذا اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى إضافة الصفة الإدارية على عقود القرض التي تبرمها الدولة باعتبارها عقودا إدارية بتحديد القانون، ام عقود القرض التي تعقدها الهيئات المحلية فقد اعتبرها القضاء عقود إدارية أو من عقود القانون الخاص بحسب توافر أو عدم توافر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية فيها طبقا للمعايير التي وضعها القضاء للعقد الإداري، على أن القضاء قد اتجه بعد ذلك إلى عدم إضفاء وصف العقد الإداري على عقود القرض العام، سواء قروض الدولة أو قروض الهيئات المحلية، إلا في الحالات التي تثبت فيها لهذه العقود الطبيعية الإدارية بحسب الخصائص المميزة للعقد الإداري، وقد قدمنا أن مجرد النص على اختصاص القضاء الإداري الخاصة ببعض العقود لا يؤدي حتما إلى اعتبار هذه العقود في جميع الحالات عقودا إدارية، إذ العبرة في كل الحالات هي بمدى توافر الخصائص المميزة للعقد الإداري، وهذا هو الوضع في مصر[1].

المطلب الثالث: طرق وأساليب إبرام العقود الإدارية.

إذا كان المتفق عليه في روابط القانون الخاص هي أن الأفراد أحرار في احتيار شركائهم في العقد فان الإدارة لا تتمتع بهذا القدر من الحرية ذلك لان الصفقات العامة محكومة بنصوص قانونية تنص صراحة على أساليب محددة لإجراء العقد لاختيار المتعاقد.

الفرع الأول: قواعد التحكم في إبرام العقود الإدارية.

قبل أن نتناول بالدراسة الطرق المختلفة لاختيار المتعاقد مع الإدارة الممددة في القانون، وإجراء العطاءات وشروطها، لا بد أن نعرض بإيجاز لأهم قواعد التحكم في إبرام العقود الإدارية.

[1]. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص 96-97.

أولا: قواعد المنافسة.

وتشمل هذه القواعد المساواة بين المنافسين، وأولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية مراعاة الأسعار العادلة وتوفير الجودة.

أ/المساواة بين المتنافسين:

إذا كان للفرد الحرية الكاملة في اختيار من يتعاقد معه، لأنه يتعامل في أمواله وشؤونه الخاصة، فإن الإدارة على العكس، لا يترك لها القانون حرية مطلقة في اختيار المتعاقد معها، وإنما يقيد هذه الحرية بقيود، منها المساواة بين المتنافسين، بغية الحصول على أحسن العروض[1].

وتحقيقا لهذه المساواة فقد نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، (ويعلن) عنها في الصحف اليومية، ويصبح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار.

غير أن قاعدة المساواة تقتضي عدم التمييز بين المتنافسين أو استبعاد بعض منهم دون سبب مشروع، إلا أنه هذه القاعدة لا تمنع من وضع الشروط يلزم توافرها لضمان الصلاحية والكفاءة والمصلحة العامة وهي:

- طبيعة الطرق المختلفة لاختيار المتعاقد.
- شروط الترخيص بمزاولة نوع العمل المعروض.
- حظر التعامل مع الحكومة.

[1]. نواف كعنان، مرجع سابق، ص 425.

1- صور المناقصة العامة وأشكالها:

تتم المناقصة حسب الأشكال التالية:

- **المناقصة المفتوحة:** وهي إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا، وتلتزم الإدارة في هذا النوع باختيار من تقدم أفضل الشروط المالية[1].
- **المناقصة المحدودة:** وهي إجراء لا يسمح بتقديم التعهد إلا للمترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا كان يقصر حق الاشتراك في منافسات المناقصات على أشخاص مسجلين في سجلات أو كشوفات جهة فنية أو حرفية خاصة بوزارة من وزارات الدولة وذلك لتميزها وكفايتها من الناحيتين المالية والفنية.

2- الاستشارة الانتقائية:

وهو إجراء يكون المرشحين المرخص لهم بتقديم عرض فيه المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي، حيث تقوم وتنفذ المصلحة المتعاقدة بانتقاء المترشحين لوضعهم في تنافس على عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة ويجري اللجوء إلى الاستشارة الانتقائية على أساسين:[2]

- مواصفات تقنية مفصلة أو نجاعة بتعيين بلوغها.
- برنامج وظيفي، استثناء، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.

وفي كل الأحوال فإن المشرع يلزم المصلحة المتعاقدة بضرورة توجيه الاستشارة الانتقائية إلى ثلاثة مرشحين على الأقل ثم انتقاهم الأولي وفي حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقاءهم الأولي أدني من ثلاثة فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى الانتقاء الأولي من جديد.

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 87.

[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 88.

ب/ أولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية:

من الأسس التي يجب أن يستند إليها أي نظام سليم لتأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها أن يراعي مبدأ اختيار مصدر التوريد أو العمل المناسب، ولا شك أن هذا المبدأ يقتضي إعطاء أفضلية المواطنين وللمنتجات المحلية عندما تتساوى العروض –وربما عندما تتقارب–في الجودة والسعر[1].

ج/ مراعاة الأسعار العادلة وتوفير الجودة:

مما لا شك فيه أن أهم المبادئ الأساسية التي تحكم إجراءات التوريد للحكومة وتنفيذ مشروعاتها ضرورة الحرص على الحصول على المواد والمهمات والأعمال اللازمة بأقل تكلفة ممكنة، مع توفي الجودة المناسبة، وهذا ما يضمن الاستغلال الاقتصادي للموارد المالية دون تبذير، ويكفل في نفس الوقت أداء خدمات الجهاز الإداري على أفضل مستوى ممكن[2].

ولذا نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات:

- تحقيق الجودة المناسبة (التحديد والتدقيق للمواصفات والتقيد بها).
- مراعاة الأسعار العادلة.

ثانيا: طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة.

تلجأ الإدارة في اختيار المتعاقد معها إلى إحدى طرق ثلاث هي:[3]

- طريقة المناقصة أو المزايدة.
- طريقة الممارسة.
- طريقة الاتفاق المباشر.

---

[1]. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 49.

[2]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 142.

[3]. نواف كعنان، مرجع سابق، 431.

أ/ المناقصة العامة:

وهي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض وقد تكون المناقصة وطنية أو دولية[1].

1- المزايدة:

وهي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأعلى ثمنا وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو بمعنى أدق هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي كبيع الأملاك للدولة الخاصة، أو إيجار الأملاك العامة.

2- المسابقة:

وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشمل على جوانب فنية أو اقتصادية وجمالية وفنية خاصة والظاهر أن المشرع ومن خلال توظيفه لكبار رجال الفن كان يقصد حصر المنافسة في هذه الصورة على الأشخاص الطبيعية واستبعاد الأشخاص الاعتبارية ولعله كان من الأفضل أن يفتح المجال لجميع الأشخاص طبيعية كانت أو معنوية[2].

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 86، 88.

[2]. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ب. ط، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 112.

الفرع الثاني: مراحل المناقصة.

يمر التعاقد عن طريق المناقصة بعدة مراحل، تبدأ بطرح المناقصة وتقديم العروض، وتليها مرحلة فحص العروض والبت فيها لترسيه المناقصة، وتنتهي بإبرام العقد مع من تمت ترسيه المناقصة عليه.

ونتناول في هذا الفرع المراحل المتتالية للتعاقد عن طريق المناقصة.

أولا: إجراء إبرام المناقصة.

أ/ الإعلان على المناقصة:

يقع لزاما على المصلحة المتعاقدة الإعلان عن مناقصاتها تكريسا للشفافية وللمنافسة الحرة المتساوية، وحتى يكون إعلان المصلحة المتعاقدة سليما فقد حدد لها المشرع الشروط التي يجب أن تحترمها وهي:[1]

- تحرير الإعلان في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين.
- تحرير الإعلان باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.[2]
- كما حدد المشرع البيانات اللازمة التي يجب أن يحتويها ويتضمنها الإعلان وهي:

*تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.

* كيفية المناقصة (مفتوحة أو محدودة، وطنية، دولية) أو مزايدة أو مسابقة.

* موضوع العملية.

* قائمة موجزة بالوثائق المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى احكتم دفتر الشروط.

[1]. انظر المادة 46 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

[2]. انظر المادة 49 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

* مدة تحضير العروض ومكان إيداعها.

* مدة صلاحية العروض.

* إلزامية الكفالة عند الاقتضاء.

* التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب فوقه عبارة "لا يفتح" ومراجعة المناقصة.

* ثمن الوثائق عند الاقتضاء[1].

1- مرحلة التقدم بالعطاء:

وهي المرحلة التي تسبق فيها المصلحة المتعاقدة والعروض والتعهدات وتتحدد أجالها تبعا لعناصر معينة كتعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات ويمكن للمصلحة المتعاقدة تمديد الآجال ويشترط المشرع أن تشمل التعهدات المقدمة للمصلحة المتعاقدة[2] على:

- **عرض مالي يتضمن:**

- جدول الأسعار.
- التفصيل التقديري والكمي.
- رسالة التعهد والتي يتم بتحديد نموذجها بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

- **عرض تقني يتضمن:**

- التصريح بالاكتتاب يحدد نموذجه من الوزير المكلف بالمالية.
- العرض التقني الحقيقي المحرر وفق دفتر شروط المناقصة.
- كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واقتناء اللوازم.
- الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين والأجانب الذين عملوا بالجزائر.

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 90.

[2]. انظر المادة 51 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

- مستخرج من صحيفة السوابق العدلية.
- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في الميدان المعين كشهادة التأهيل والترتيب لصفقات الأشغال.

2- مرحلة فحص العروض والعطاءات:

وفي هذه المرحلة تفحص وتفرز العروض والعطاءات ثم ترتب من قبل لجان مختصة مستحدثة في إطار الرقابة الداخلية، ونعني بهذه اللجان لجن فتح الأظراف ولجنة تقويم العروض[1].

- لجنة فتح الأظرف:

وهي أحد الآليات المستحدثة في إطار الرقابة الداخلية وتتحدد شكليتها بمقرر من مسئول المصلحة المتعاقدة، وتجتمع طلبا من رئيس المصلحة المتعاقدة في يوم المحدد لإيداع العروض المباشر وإشغالها في جلسة علنية يحضرها المعتمدون والتي يتم إعلامهم مسبقا.

وتتمثل مهام هذه اللجنة في:[2]

- تثبيت صحة تسجيل العروض حسب ترتيب تاريخ وصولها مع توضيح مضمونها ومبالغ المقترحات.
- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- تحرير محضر شامل ونهائي خاص بكل ذلك.
- دعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية الناقصة باستثناء التصريح بالاكتتاب.

- لجنة تقويم وتحليل العروض:

وهي اللجنة التي تنصب من قبل رئيس المصلحة المتعاقد والمكونة من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم، وتقوم هذه اللجنة وفي إطار عملية فحص العروض، استبعاد العروض

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 91.

[2]. انظر المادة 121 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى الشروط وإقصاء المتعاملون الذين هم في أحد حالات الإقصاء[1] لتقوم بعد ذلك بتحليل العروض على مرحلتين:

أولا: الترتيب التقني للعروض.

مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

-دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقاؤهم

- **مرحلة إرساء المناقصة:** بعد تقديم العروض والعطاءات وبعد فحصها ودراستها من اللجان المختصة بحال الأمر إلى الجهة المختصة لإرساء المناقصة على من يتقدم بأفضل العروض[2].
- **مرحلة التصديق والاعتماد:** حتى يكون قرار إرساء المناقصة منتجا لأثاره القانونية فلا بد من اعتماده والمصادقة عليه كما جاء في المادة 07 من قانون لصفقات العمومية مؤكدة أن الصفقات لا تدخل حيز التنفيذ إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة:

* الوزير فيما يخص صفقات الدولة.

* مسئول الهيئة الوطنية.

* الوالي فيما يخص صفقات الولاية.

* رئيس مجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.

* المدير الإداري العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

[1]. انظر المادة 125 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

[2]. انظر المادة 125 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

* مدير مركز البحث والتنمية.

* المدير ومدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري.

* الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.[1]

ثانيا: أسلوب التراضي.

إذا كانت الإدارة تفقد حريتها في إبرام العقد وفي اختيار المتعاقد عند العمل بأسلوب المناقصة العامة نظرا للقيود الشكلية والإجرائية التي تلزم بمراعاتها عند العمل به فإنها ستعيد تلك الحرية بأسلوب استثنائي وهو أسلوب التراضي البسيط[2].

- **التراضي البسيط:**

هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد، دون الدعوة الشكلية للمنافسة.

ويمكن أن يأخذ شكلين هما:

***التراضي البسيط:** لا يجوز إلا في الحالات التالية:[3]

- ✓ في حالة التي يمكن تنفيذ الخدمات إلا على متعامل متعاقد واحد ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية.
- ✓ في حالة الخطر الداهم.
- ✓ في حالة تموين مستعجل لضمان الاقتصاد.
- ✓ عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي اولوية وأهمية وطنية بعد موافقة مجلس الوزراء.

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 95.

[2]. نفس المرجع، ص 96.

[3]. انظر المادة 43 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

* **التراضي بعد الاستشارة:** فلا يجوز الا في الحالات التالية:

- ✓ عندما يتضح أن الدعوى للمنافسة غير مجدية.
- ✓ في حالة صفقات الدراسات واللوازم التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.
- ✓ في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.
- ✓ في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون.[1]

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 97، 98.

المبحث الثاني: أثار ونهاية العقود الإدارية وإنهائها.

يترتب على إبرام العقد الإداري بين الإدارة والمتعاقد معها حقوقا والتزامات على طرفين العقد تختلف في نوعها وفي مداها عن الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد المدني، فالعقد الإداري يرتب حقوقا والتزامات في ذمة الإدارة يقابلها حقوق والتزامات في ذمة المتعاقد معها.

المطلب الأول: آثار العقد الإداري

يترتب على العقود الإدارية آثار قانونية متنوعة، ترجع من ناحية إلى كونه إداريا.

الفرع الأول: سلطات الإدارة.

للعقود الإدارية اثأر قانونية يترتب من خلالها بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، او بانقضاء مدتها.

أولا: سلطة الرقابة والتوجيه.

للإدارة سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها وتحظى الإدارة بهذه السلطة سواء تم تقريرها لها صراحة في دفتر الشروط، ودون ذلك، ويختلف مدى هذه السلطة باختلاف نوع العقد المبرم فكلما ارتبط العقد المرفق كلما زادت تلك السلطات كعقد الأشغال العامة وكلما ضعفت العلاقة مع المرفق كلما ضعفت معها تلك السلطات كعقد التوريد البسيط مثلا[1].

وتباشر الإدارة السلطة مراقبة تنفيذ العقد عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها كزيادة موقع العمل والتحقق من سلامة المواد المستعملة بواسطة الفحص والاختبار أو عن طريق الأعمال القانونية وذلك من خلال إصدار أوامر التنفيذية للمتعاقد معها وتلزمه بتحديد أضاع التنفيذ

[1]. محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري، دراسة في أسس التنظيم الإداري، أساليب العمل الإداري، ب ط، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1997، ص 833.

والتعديل فيها وتأخذ هذه الأوامر شكل القرار الإداري وقد أجيز للمتعاقد معها الاعتراض عليها غير أن ذلك الاعتراض لا يوقف تنفيذها نظرا للقوة التنفيذ التي تحوزها[1].

ثانيا: سلطة تعديل العقد بصفة منفردة.

إذا كان المتفق عليه في العقود الخاصة أن تعديل العقد لا يتم إلا على اتفاق إرادي بين الأطراف عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمبدأ القوة الملزمة للعقد فإنه للإدارة وعلى خلاف ذلك سلطة التعديل الانفرادي للعقد في عقودها دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها، وتظهر سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإدارتها المنفردة في الصورة التالية[2].

- سلطة تعديل المعقود عليه (محل العقد) فالإدارة المتعاقدة سلطة التحكم فيه زيادة، أو نقصانا أو ما يصطلح عليه بالتعديل الكمي.
- سلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل التنفيذ والتحكم.

ومع ذلك فان سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد ليست مطلقة بل مقيدة لمجموعة من الشروط وهي:

- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي[3].
- ألا يمس التعديل بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد معها.
- لأن التعديل يكون بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المنفردة فأنه يجب أن يستوفي جميع عناصر المشروعية.

ثالثا: سلطة توقيع الجزاءات:

متى أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخر فيه أو بالتنفيذ السيئ له، فان للإدارة أن توقع عليه جزاءات،

[1]. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 13.

[2]. عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 128.

[3]. رياض عيسى، نفس المرجع، ص 17.

وللإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه ولا تحاج في ذلك إلى استصدار حكم قضائي أو للإجازة الصريحة من النصوص القانونية، فغاية الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بين الموفق العام، واستبعاد الاختلال الذي لحقه[1].

الفرع الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة.

الأصل ألا تختلف حقوق المتعاقد مع الإدارة كثيرا عن الحقوق التي تقررها عقود الأفراد وذلك لأن المتعاقد بعكس الإدارة يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة، ولذا فانه لا يتمتع –كفاءة– إلا بالحقوق التي يستمدها من العقد.

إذا كان قد تقرر للإدارة حملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها تحت تبرير اتصال عقودها بالمرفق العام فان القضاء الإداري وخوفا منه من تعسف الإدارة ومن افتقادها لأحد أهم وسائل تسيير وتشغيل المرافق العامة، ومجمل الحقوق تتمثل في المقابل المالي وفي الحق[2].

أولا: الحق في الحصول على المقابل المالي.

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقده تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقا لالتزاماته التعاقدية، وهو من أهم الحقوق المضمونة للمتعاقد مع الإدارة، ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف العقود المبرمة فقد يكون على شكل رسوم يتقاضاها المتعاقد من المرتفقين ومن المستفيدين من خدمات المرفق وحل الامتياز كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة، أو يكون على شكل راتب أو مزايا مالية تمنح للموظف المتعاقد مع الإدارة، أو يكون على شكل راتب أو مزايا مالية تمنح للموظف المتعاقد مع الإدارة، أو يكون على شكل قيم وأسعار يتم تحديدها في متن الصفقة المبرمة وهي القيم التي تتحدد بصفة إجمالية، أو بناء على قائمة سعر الوحدة، أو بناء على النفقات المراقبة وبصفة مختلطة، والمعلوم أن ذلك

[1]. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1979/ ص 50.

[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 106.

السعر قد يكون ثابتا[1] أو قابلا للمراجعة وذلك طبقا لما قد تقتضيه الصفقة المبرمة فمتى كان ثابتا كان محظورا على الإدارة تغييره رفعا أو تخفيضا فيما يكون من الجائز لها ذلك متى كان قابلا للمراجعة شرط أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ المراجعة وكيفيات تطبيقها وإذا كان المستقر عليه في المحاسبة العمومية أن دفع والتسديد يتم بعد الأداء والإنجاز الفعلي لمضمون الصفقة فإن المشرع الجزائري– ونظرا لضخامة تكاليف بعض الصفقات وتيسرا منه على المتعاقد مع الإدارة بقية التنفيذ الحسن لموضوع الصفقة ولضمان استمرار في ذلك– وقد أقروا على غرار التشريعات المقارنة وبموجب النصوص القانونية ذات الصلة بمادة الصفقات العمومية الخروج عن تلك القاعدة بإمكانية العمل بآليات أكثر مرونة من خلال الإقرار بمنح التعاقد مع الإدارة أقساط تمنح مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة وفقا لنضام الدفع على أقساط أو الدفع الحساب[2] وهو النظام الجاري العمل به في عقود الأشغال والخدمات بل وقد أجيز للمصلحة المتعاقدة وفي بعض الأوضاع دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل التنفيذ الخدمات موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة وفي حدود نسب محدد ملتزما لذلك شرط تقديم المتعاقد كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع لقانون جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية ويجب أن تصدر كفالة المتعهد الأجنبي من بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

وتأخذ هذه السابقات صورتين:

أ/ التسبيقات الجزافية:

وتتمثل في المبالغ والقيم التي يتم دفعها دون أدني شكلية وبنسبة محددة لا يتجاوز سقفها 15% من السعر الأولي للصفقة[3].

[1]. انظر المادة 64 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

[2]. انظر المادة 74 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

[3]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 107.

ب/ التسبيقات على التموين:

وهي تسبيقات مخصصة لصفقات الأشغال والتزويد باللوازم والتي تسلم المتعاقد مع الإدارة متى اثبت حيازته لعقود وطلبات مؤكدة للموارد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة[1]، غير انه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع المواد والمنتجات المعينة في الورشة أو في مكان التسليم خلال اجل يلاءم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيقات[2].

ثانيا: الحق في التعويض.

يقع لزاما على الإدارة تعويض المتعاقد معها في حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها استعمالا بجانب المشروعية، كما تكون الإدارة مسئولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ مالها ساهم في إحداث هذا الضرر، ويكون أساس إلزامها بالتعويض في تلك الأخيرة إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب وإما لاعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تنعقد على أساس الخطأ أو دونه[3].

أ/ مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ:

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

---

[1]. انظر المواد 74، 83 من قانون الصفقات العمومية، 236/10.

[2]. رياض عيسى، مرجع سابق، ص 49.

[3]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 108.

وتأسيسا على ما سبق فان الخطأ العقدي المرتب للمسؤولية الإدارية عن تعويض المتعاقد معها يأخذ صورتان[1].

- إخلال الإدارة بأحد الالتزامات العقدية المقررة كعدم تسليم الإدارة المتعاقد معها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع أو عدم تقديمها للمواد الضرورية للتنفيذ أو عدو لها عن المشروع دون مبرر أو حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد أو إخلالها بضمان عدم المنافسة أو تأخرها في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي للعقد.
- مجانبة الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها الرقابة والتوجيه، أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشروعية، أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دون مبرر أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامة دون مبرر لها، أو فسخها للعقد بمجرد التحلل من الالتزامات.

ب/ مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ:

ويكون أساس الالتزام الإدارة بالتعويض هنا أما استناد لنظرية الإثراء بلا سبب وإما في إطار التوازن المالي للعقد.

ج/ التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب:

تكون جملة الإدارة مسئولة عن تعويض المتعاقد معها في حال قيامه بإنجازات إضافية متى ثبت أنها ضرورية لإنجاز محل العقد على أحسن وجه، أو أنها ذات فائدة تعود على الإدارة كانت راضية عن قيامه بها وهو في إطار التنفيذ لالتزامه التعاقدي[2]، والتعويض في هذه الأحوال يكون استنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة الإسلامية[3].

---

[1]. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 93 وما يليها.

[2]. نفس المرجع، ص 138- 140.

[3]. انظر المواد 141، 142 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 75 المؤرخ في 1975/09/30، ص 990.

د/ التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري:

إن إيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح أدائه ومتى قامت المصلحة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنصب على العقد أو خارجه وأنجز عنها زيادة في أعباء المتعاقد وإخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد، لأنه لو جرى الأمر على خلاف ذلك للإدارة أمر اتخاذ ما تراه مناسبا من الإجراءات دون أن تكون ملزمة مقابل ذلك بالتعويض لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن احد من الناس لن يقبل المجازفة بالدخول في عقود مع الإدارة تخضع لهم تحكمهم بسلطتها ويتعرض فيها إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها.

ولا تنحصر الحماية المقررة للمتعاقد في هذا الصدد في الحماية من المخاطر الإدارية أو الاقتصادية فقط بل وفي الحماية من المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة والتي قد تعترض المتعاقد في مرحلة التنفيذ وتؤدي إلى إرهاقه.

وفكرة التوازن المالي للعقد تجد لها أساسا في النظريات التي أرساها القضاء الإداري وهي النظريات التي يمكن للمتعاقد بموجبها وفي الأحوال التي تتوفر فيها شروط تطبيقها استحقاق التعويض وهذه النظريات هي[1]:

1/ نظرية فعل الأمير:

- **مدلولها:**

وهي أحد النظريات المعمول بها في القضاء الفرنسي وتقوم على فكرة تعويض المتعاقد مع الإدارة ع الأضرار التي لحقت به جراء ما تتخذه الإدارة المتعاقدة من إجراءات مشروعة تنصب على العقد أو على ظروف تنفيذه وتؤدي إلى إرهاقه والزيادة في أعبائه المالية ومثالها حظر استيراد أحد المواد اللازمة أو فرض ضرائب أو رسوم جمركية.[2]

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 110.

[2]. نفس المرجع، ص 111.

وقد اقر المشرع الجزائري هذه النظرية وتبنى العمل بها حيث جاء نص المادة 115 من قانون الصفقات العمومية "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة[1].
- وفي حال اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسئول الهيئة الوطنية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب كبيعة النفقات المطلوبة الالتزام بها في الصفقة ويصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية...".
- وحسنا فعل المشرع عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية ومراجعتها بما يعيد الاعتبار المالي للمتعاقد ويدفعه لمواصلة التنفيذ[2].
- **شروط تطبيق النظرية:**

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير توافر ما يأتي:

- **أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري:**

لا تقوم نظرية الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أيا كان نوعه ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص، أوردت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ في حكمها في 1956/09/09 بقولها "ومن حيث انه لا محل لبحث ما أثاره المدعي بشان تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير، إذ أن ذلك يفترض استنادا لتعويض إلى عقد إداري[3] تأسيسا على المخاطر الإدارية، وقد بان مما تقدم أن سند الدعوى –من حيث الوجه الذي يرتب ولاية هذه

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 110، 112.

[2]. عمارة بوضياف، مرجع سابق، ص 168.

[3]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص297.

المحكمة بالفعل فيها– يخرج من مجالات العقد الإداري، ولا يدخل إلا في نطاق تعويض مقدم من احد الأفراد عن قرارات إدارية نهائية، ومن حيث انه لما تقدم ينتفي ركن الخطأ الموجب للمسؤولية"[1].

أن يكون عمل الأمير مشروعا ذلك لان الإعمال غير المشروعة تخرج من نطاق العمل بهذه النظرية ويكون التعويض عليها طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية العقدية والتقصرية[2].

أن يصدر الإجراء عن السلطة الإدارية المتعاقدة ومعنى ذلك أن الإجراءات الصادرة عن السلطات الأخرى لم تعد معنية بهذه النظرية بعد أن كانت تشتملها في بدايات ظهورها ذلك لان القضاء قد قام بإدراجها ضمن نظرية الظروف الطارئة عوضا عن نظرية فعل الأمير[3].

- ألا يكون الإجراء الصادر من الإدارة متوقعا عند إبرام العقد.
- أن يلحق بالمتعاقد جراء الإجراءات المتخذة أضرار حقيقية وفعلية لا مجرد أضرار احتمالية.

-الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير:

متى توافرت الشروط السابقة فانه يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة من خلال القضاء بالتعويض الكامل عما فاته من كسب ولحقه من ضرر له لإعادة التوازن المالي للعقد، كما يجوز له المطالبة بعدم توقيع غرامات مالية عليه في حالة التأخير متى اثبت أن التأخير كان سببه فعل الأمير، كما يمكن للمتعاقد التحرر من التزامات التنفيذ والتمسك بفسخ العقد متى بات تنفيذ العقد مستحيلا[4].

وقد بينت محكمة القضاء الإداري الأسس التي يتم من خلالها تحديد مقدار التعويض في حكمها بتاريخ 1957/06/30 الذي ورد فيه "إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن

[1]. عدد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه –القضاء– التشريع، ب ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 53.
[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 111.
[3]. إبراهيم محمد علي، أثار العقود الإدارية، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 238.
[4]. بوعمران عادل، نفس المرجع، ص 112.

المالي للعقد انه إذا لم يكون مقدارا متفقا عليه في العقد، فان جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتبارا بأنه ينشا عن تكاليف غير متوقعة، وان كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه" ولتعبير "عد التوقع" في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو إن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة، ما دامت ليست جزءا من الاتفاق، بمعنى انه لا يقابلها في شروط العقد[1] أي تقدير، والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري وهذا يشمل عنصرين:

العنصر الأول:

ما لحق المتعاقد من خسائر، ويتضمن هذا العنصر المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة انجاز الأعمال، فان ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما انه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

العنصر الثاني:

ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبارا بان من حقه أن يعوض عن ربحه الخلال عن عمله ورأس ماله[2].

2/ نظرية الظروف الطارئة:

- مدلولها:

برزت هذه النظرية في النظام القانوني البرجوازي على اثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وتعود جذورها التاريخية إلى نظرية فوات غرض العقد التي

[1]. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 54،.

[2]. نفس المرجع، ص ، 55.

استند عليها القضاء الإنجليزي والتمس منها الحلول لإعادة النظر في الالتزامات المتقابلة عند تغير الظروف بهدف تقليل الأضرار التي أصابت المتعاقدين الرأسماليين جراء ارتفاع أسعار المواد الأولية أثناء فترة الحرب[1]، وقد برزت هذه النظرية بأكثر جلاء ووضوح من خلال الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادرة في 30 مارس 1916 في قضية غاز بوردو، أثناء تنفيذها للعقد، وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها ابعد كثيرا أن تعطي النفقات بع الارتفاع في أسعار الفخم المستخرج منه الغاز ارتفاعا كبيرا، عقب نشوء الحرب العالمية الأولى، بحيث ارتفاع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثاله، فقد كان ثمن طن الفخم عند إبرام العقد في عام 1904 "23 فرنكا" وارتفع في عام 1916[2] إلى أكثر من "73 فرنكا" مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقا.

وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقدة معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك وتمسكت بشروط العقد استنادا إلى قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" المتعبة في عقود القانون الخاص، وقد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي اقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد[3].

ويتلخص محتوى هذه النظرية في انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، ولا يد لأحد المتعاقدين فيها، وترتب عن حدوثها إن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقد مرهقا للمدين فانه يجوز للمتعاقد المضار مطالبة الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته بمنحه تعويضا جزئيا[4].

[1]. رياض عيسى، مرجع سابق، ص 25.

[2]. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 55.

[3]. نفس المرجع، ص 55، 56.

[4]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 113.

- **شروطها:**

يشترط لتطبيق هذه النظرية ما يلي:

- أن يكون هناك ظرف طارئ لم يكن متوقعا وقت التعاقد ويجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد ونعني بالظرف الطارئ ذلك الحادث الاستثنائي[1] غير أن المتوقع والذي من غير الممكن أورده والذي يجعل من تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا ومن ذلك الأزمات الاقتصادية التي تؤدي إلى رفع الأسعار أو هبوط العملة أو ندرة المواد والأزمات الاجتماعية والسياسية والحروب والانتفاضات، أو عمل السلطات الأخرى غي السلطة المتعاقدة والتي من شانها فرض قيودا وشروط تعرقل عملية تنفيذ العقد.
- ألا يكون لأحد المتعاقدين يد في حدوث الظرف الطارئ لأنه لو ثبت أن المتعاقد هو السبب في حدوثه فان التعويض يكون استنادا إلى أساس أخر يتمثل في نظرية فعل الأمير.
- أن ينجر عن الظرف الطارئ إخلال بالتوازن المالي للعقد وإرهاق شديد للمتعاقد يصعب معه استمرار الأخير في تنفيذ التزاماته على اتمم وجه.
- استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته نزولا عند موجبات حسن تسيير المرفق بانتظام واطراد[2].

- **الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة:**

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته، فالمتعاقد يبقى ملزما باستمرار في تنفيذ العقد، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا[3].

تنحصر نظرية الظروف الطارئة في أثارها على حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من الإدارة تحت رقابة القضاء وهو جزئي لكونه لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءا

[1]. سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة، ب ط، دار أبو المجد للطباعة، مصر، 2005، ص 103.

[2]. بوعمران عادل، نفس المرجع، ص 114.

[3]. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 58.

من الأضرار التي أصابت المتعاقد وفكرة الجزئية هي تجسيد في الواقع لتضامن الإدارة مع المتعاقد في الخسارة[1].

وجديرا بالذكر أن مجال تطبيق هذه النظرية قد ضاق وتناقص أمام القضاء بفعل تكفل المشرع في التشريعات ذات الصلة بتقنين القواعد المتعلقة بالنظرية، وبفعل تكفل المصالح المتعاقدة من خلال العقود المبرمة ودفاتر الشروط المصاحبة لها ببيان الحلول اللازمة في حال حدوث ظرف طارئ بتضمين عقودها مع الأفراد بعض الشروط الخاصة بتغير ومراجعة لأسعار والرسوم، إلا أن تلك التدخلات ما زالت نادرة، ويرى الفقه أن تلك التدخلات تمثل في حقيقتها ردود أفعال ليس الغاية منها تقييد النظرية وإنما السعي للتحصين ضد الإفراط في تطبيقها[2].

والإدارة في سبيل لتعويض المتعاقد، قد تتفق مع المتعاقد عل تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاقه وتتحمل بعض عبء هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن للمتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد، وذا لم يتم هذا الاتفاق فانه للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد استنادا إلى التفسير المعقول للعقد.

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

ومن الملاحظ هنا انه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، ويعد باطلا اشتراط الإدارة ذلك لمخالفة النظام العام[3].

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 114-115.

[2]. سعيد السيد علي، مرجع سابق، ص 29.

[3]. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 59.

3/ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تقتضي هذه النظرية بأنه متى صادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة أثناء التنفيذ وجعلت من تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا فان للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض الكامل عما لحق به من جزاء تلك الصعوبات من أضرار.

- **شروطها:**

- أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية ومثال ذلك ما قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة في عقود الأشغال العامة كالأرض الصخرية أو مجاري المياه.
- استمرار تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته دون توقف ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ.

- **أثارها:**

- يتقرر بموجب تطبيق هذه النظرية استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عما تحمله من أعباء مادية جزاء تلك الصعوبات[1].

المطلب الثاني: نهاية العقد الإداري.

تنتهي العقد الإداري بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود في ظل القانون الخاص، إما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، أو لانقضاء مدتها، وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية غير طبيعية أو ـــــ قبل اجلها الطبيعي.

الفرع الأول: الانقضاء العادي للعقد الإداري.

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

[1]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 115.

أولا: التنفيذ الكامل للعقد.

انقضاء العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذا كاملا، فينقض عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن، كذلك ينتهي عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد في استلام المتعاقد الثمن من الإدارة.

أ/ بالتنفيذ الكامل للعقد:

ينتهي العقد الإداري بأداء كل من طرفي العقد لما عليه من التزامات، أو بانقضاء المدة المنصوص عليها فيه[1].

مثلا: إتمام البناء محل عقد الأشغال العامة، تسليم البضائع ونقلها محل عقد التوريد، وعقد النقل... الخ.

ب/ بانقضاء المدة إذا كان العقد محددا بمدة معينة:

ويخضع العقد في تجديده أو عدم تجديده لإرادة الطرفين التي يعبر عنها صراحة أو ضمنيا، وما لم يكن التعبير الصريح مشترطا، وفي غيبه الاتفاق على التجديد، لا يكون للمتعاقد ادني حق فيه، إذ أن للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري حتى قبل حلول اجله –ما دام ذلك يقتضيه الصالح العام– فمن باب أولى يكون لها الحق في إنهاء العقد عند نهاية اجله والتمسك بعدم إطالة مدته أو تجديده دون أن يكون للمتعاقد معها أي حق في الامتداد أو في التجديد[2].

ج/ بطلان العقد:

وذلك إذا تبين انه لم يبرم إبراما صحيحا منذ البداية لوجود عيب فير الرضا أو المحل أو السبب، وفي هذه الحالة يعتبر العقد كأنه لم يكن.

---

[1]. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 231.

[2]. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 706.

د/ فسخ العقد: وهو إنهاء العقد قبل تمام تنفيذه أو نفاذ مدته، بعد أن ابرم صحيحا ويتنوع إلى عدة أنواع حسب مصدره وهي:

1. **الفسخ الإتفاقي:** ويتمثل في اتفاق طرفي العقد على إنهائه قبل تمام تنفيذه أو انقضاء مدته، نظرا لزوال مصلحتهم في استمرار تنفيذه.
2. **الفسخ القضائي:** وهو الفسخ الذي يحكم به القضاء بناء على طلب احد طرفي العقد، لسبب تقتنع به المحكمة.
3. **الفسخ الإداري:** وهو الذي تقرره الإدارة، إما كجزاء على تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته في مواجهة الإدارة، أو لاستخدام الإدارة لحقها في الاسترداد باعتباره تعديلا لشرط مدة العقد دون خطا من جانب المتعاقد أو لسبب وفاة المتعاقد أو إفلاسه[1].
4. **الفسخ التلقائي:** وهو افسخ الذي يتم بقوة القانون:

- إما لوجود نص بالعقد يقضي بفسخه إذا تحققت ظروف معينة.
- وإما بسبب هلاك موضوع العقد بقوة قاهرة.

ثانيا: تبعية الهلاك.

قد يهلك محل العقد بعد إبرامه لسبب أجنبي لا دخل لأي من طرفيه فيه، فيثور التساؤل حول من تحمل تبعة الهلاك، والقاعدة العامة انه في العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة الهلاك بقوة القاهرة على عاتق المدين وفد نصت المادة 159 من التقنيين المدني انه "إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة من تلقاء نفسه".

[1]. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 149.

غير أن هذه قاعدة تحمل المدين لتبعة الهلاك ليست قاعدة مطلقة وإنما ترد عليها عدة استثناءات يتحملها الدائن، ويمكن إيجازها فيما يلي:

- إذا اتفق الطرفان على تحمل الدائن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له نظرا لعدم وفاء المشتري بالثمن.
- إذا اعذر البائع المشتري لتسليم المبيع فامتنع عن تسليمه بعد حلول اجل التسليم[1].

المطلب الثالث: إنهاء العقد الإداري.

كما تملك الإدارة سلطة التعديل بعض نصوص عقودها الإدارية من جانبها وحدها، إذا ما استدعت مقتضيات المرفق العام بذلك فإنها تملك سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون أن يحتج عليها بالقاعدة المدنية التي تقضي بان العقد قانون المتعاقدين، بحيث لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[2].

الفرع الأول: الإنهاء.

تجد الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها وحدها قبل انتهاء مدته دون خطأ من المتعاقد.

أولا: الإنهاء الإداري.

للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة وفقا لما يعرف بآلية الفسخ الإداري ويكون تحكها بإعمال تلك السلطة نتيجة خطا بدر عن المتعاقد بتقصير منه أو إخلال منه بالالتزامات العقدية المقررة على عاتقه، أو متى استدع الصالح العام ذلك الفسخ كان أصبح العقد غير ذي جدوى للمرفق العام أو لم يعد هناك ما يرجى منه، وسلطة الإدارة في هذا الصدد مقيدة بقيد الصالح العام وتلتجئ للعمل بها تحت عيون القضاء الإداري ورقابته[3].

[1]. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 231، 232.

[2]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 116.

[3]. بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 116.

1/ النظام القانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي:

يمكن إجمال القواعد التي تحكم سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري دون خطا من المتعاقد فيما يلي:

أ- **حق ثابت دون نص:** لما كانت سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وغيرها من السلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد معها، هي من خصائص العقد الإداري نظرا لما تستهدفه من مصلحة عامة وحسن سير المرافق العامة، لذا كانت هذه السلطة ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة ولم ينص عليها في العقد أو في القانون، والإدارة عند ممارستها لسلطة الإنهاء إنما تستعمل حقا تستمده لا من نصوص العقد أو القانون، بل من طبيعة المرفق العام واتصال العقدية.

ب-**تعويض المتعاقد:** حقا إن الإدارة في ممارستها لسلطة الإنهاء لا ترتكب خطا وإنما تستعمل حقا المقتضيات المصلحة العامة، ولكن الصحيح أيضا أن الإدارة تستعمل هذا الحق دون خطا من جانب المتعاقد، ولذا فان مقتضيات العدالة والتوفيق بين حق الإدارة[1] في إنهاء العقد والمصالح المالية للمتعاقد، تعويضه عما قد يلحقه من أضرار نتيجة إنهاء العقد، تعويضا كاملا (عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب).

والجدير بالذكر أن ما يطلق عليه (بالإنهاء التعاقدي) أو الاسترداد التعاقدي بالنسبة لالتزام المرافق العامة، هو إنهاء انفرادي من جانب الإدارة وحدها، إذ نفضل أن تسميته (الإنهاء الانفرادي المنصوص عليه في العقد) وهو يختلف عما يسمى أحيانا (الإنهاء الودي) أو (الفسخ الاتفاقي) للعقد أي إنهاء العقد باتفاق المتعاقدين، حيث يتفق الطرفان، لسبب أو لأخر أثناء تنفيذ العقد على إنهائه، فهو ليس إنهاء انفراديا بإرادة الإدارة وحدها، وإنما هو اتفاق جديد بين الطريفين على إنهاء العقد وليس فيه خروج على القاعدة المدنية التي تقتضي بان (العقد شريعة المتعاقدين) لا يجوز نقصه أو إلغاؤه إلا باتفاقها، وهذا الاتفاق هو الذي يحكم المسائل المترتبة على إنهاء العقد الذي لا يلزم بالطبع أن يكون مقابل تعويض[2].

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 238-239.

[2]. بوعمران عادل، نفس المرجع، ص 116، 117.

ت-**حقوق الغير قابل للمتعاقد:** يثور التساؤل حول حقوق الغير قبل التعاقد، خاصة قبل الملتزم في امتياز المرافق العامة بعد استرداد المرفق، غير أن هذا المبدأ قد يؤدي إلي ضياع حقوقهم بسبب تعذر رجوعهم على الملتزم، خاصة إذا كان أجنبيا وكانت أمواله وجودة في الخارج[1].

ث-**احترام قواعد العامة للمشروعية:** يتعين أن يصدر قرار الإدارة بإنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد متفقا مع القواعد العامة لمشروعية أعمال الإدارة عموما، وبصفة خاصة فان القرار في هذا الصدد يجب أن يصدر من السلطة المختصة، وان يستهدف صالح المرفق العام، ويتجلى ذلك خاصة في استرداد المرفق المدار بطريقة الالتزام[2].

ثانيا: الإنهاء التشريعي للعقد الإداري:

ما تقدم يتعلق بأحكام الإنهاء الانفرادي للعقد طبقا للقواعد العامة لهذا الإنهاء (الإنهاء غير التعاقدي) على أن الإنهاء قد يتم بموجب القانون ويحدث ذلك بصفة خاصة بالنسبة لاسترداد المرفق المدار بطريقة الالتزام، وخاصة أن منح الالتزام نفسه قد يكون بقانون أو بقرار حكومي بعد موافقة الشعب[3].

أ/ الإنهاء القضائي:

حيث يمكن لأي من طرفي العقد الإداري رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية للاستصدار حكم يقضي بفسخ العقد في حالة الإخلال بالالتزامات العقدية الموجبة للفسخ[4].

---

[1]. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، النشاط الإداري ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 198.

[2]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 243.

[3]. نفس المرجع، ص 244.

[4]. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 104.

خلاصة الفصل

للعقد الإداري سمات وعناصر وشروط تجعل له مفهوما متوافق مع طبيعته وأهدافه، كأداة تستخدمها الإدارة في أداء دورها، وهذا ما يؤدي بدوره إلى تميزه عن العقود المدنية حتى ولو عقدتها الإدارة.

والعقد الإداري يلعب دورا مهما في تسيير النشاط الإداري حيث يمكن الإدارة من إنشاء واستغلال وصيانة المرافق العامة حتى تستطيع أن تؤدي خدماتها للمنتفعين بها، بصورة منتظمة ودائمة تحقيقا للمصلحة العامة، وحيث أن العقد الإداري يقوم على فكرة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في حالة تعارضها، فان الإدارة تتمتع وهي بصدد تنفيذه بسلطات واسعة تخل بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما فرص المشرع على الإدارة طرقا معينة لإبرامه.

كما فرض على الإدارة التزام مهم، وهو تعويض المتعاقد معها في حالة إنهاء عقده بالإرادة المنفردة، وإعادة التوازن المالي للعقد في حالة اختلاله ومن هنا نتعرض إلى التحديد القانوني للعقود الإدارية من حيث طبيعة الاختصاص القانوني لها.

الفصل الثاني:

العقود الإدارية بين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء

الفصل الثاني: العقود الإدارية بين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء

المبحث الأول: الاختصاص القضائي.

المطلب الأول: توزيع الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية.

الفرع الأول: ولاية القضاء الكامل.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية.

الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل.

الفرع الثاني: مدى ولاية القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري.

المبحث الثاني: العقد الإداري ودعوى الإلغاء.

المطلب الأول: قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية.

الفرع الأول: دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: القرارات التي تكون محل إلغاء في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: القرارات التي تصدرها الإدارة يغير صفتها التعاقدية.

الفرع الثالث: طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز.

خلاصة الفصل:

إن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعة وما يتفرع عنها وعلى مقتضى ذلك يفصل القضاء الإداري في الوجه المستعجل من المنازعة المستندة إلى العقد الإداري ،لا على اعتبار انه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، بل اعتبار انه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفيظيه لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها وحمايته للحق إلى ان يفصل في موضوعه، ولا يهتم في هذا الصدد أن يصف صاحب الشأن طلبه بأنه وقف تنفيذ إذ العبرة من وصف الطلب بحقيقته وجوهرة وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى وعلى حسب التكييف القانوني الصحيح، وبناء عليه يتعين نظر هذا الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها فوات الوقت والنتائج التي يتعذر تداركها والضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه وكذلك استظهار جديتها أو عدم جديتها دوم مساس بالناحية الموضوعية للنزاع.

وسنتناول في هذا الفصل مبحثين هما:

المبحث الاول: الاختصاص القضائي.

المبحث الثاني: العقود الإدارية ودعوى الإلغاء.

المبحث الأول: الاختصاص القضائي.

القاعدة العامة في مجال دعوى العقود الإدارية تدخل أساسا في اختصاص القضاء الكامل، وقد تقررت هذه القاعدة نتيجة لما استخلصه الفقه من العبارات التي صيغت بها النصوص بالإضافة إلى تناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود مع دعوى القضاء الكامل.

ومن خلال هذا المبحث نتناول المطلبين التاليين:

المطلب الأول: توزيع الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية.

أصبح للقضاء الإداري اختصاص شامل لكافة العقود الإدارية، والى جانب ولاية الإلغاء للقرارات الإدارية المنفصلة، فان لمجلس الدولة ولاية القضاء الكامل التي تشمل أصل تلك المنازعات.

الفرع الأول: ولاية القضاء الكامل.

لقاضي العقد في منازعات العقود الإدارية ولاية القضاء الكامل، لأن هذه المنازعات، إذ تتعلق بحقوق ومراكز ذاتية فإن سلطة القاضي إزاءها تكون واسعة لا تقتصر على إلغاء قرار إداري غير مشروع وإنما تتسع لتشمل الحكم للمدعي بحقوقه الذاتية التي تنكرها الإدارة.

أولا: الرقابة القضائية على العقد الإداري.

من النتائج المرتبة على الاعتراف للعقد الإداري بالطبيعة الإدارية اختصاص القضاء الإداري وحده ودون غيره بالمنازعات الناشئة عن هذا العقد من تفسير وبطلان وتنفيذ وجميع الإشكالات المتعلقة به، حيث أن الارتباط بين فكرة العقد الإداري وقواعد الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة ارتباط دقيق[1].

[1]. ثورية كعيوني، معيار العقد الإداري، ب. ط، بدون دار نشر، ب. س، ص 406.

فعلى أساس تحديد طبيعة العقد تحدد جهة الاختصاص القضائي، فإذا العقد يحدد جهة الاختصاص القضائي، فإذا كان العقد إداريا اختص به القضاء الإداري، وإذا كان مدنيا اختص به القضاء العادي على سبيل المثال، وتظهر هذه الصورة واضحة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كما هو الحال في فرنسا ومصر[1].

حيث أن وجود نظامين قضائيين مختلفين وقانونيين مميزين هو أساس الحاجة إلى تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة، وتكون فيها بمنزلة الأفراد العاديين، كذلك فان هذا التحديد يكون لازما وضروريا حتى في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد وبازدواج القانون، حيث يتم تطبيق كل من القانونين في نفس المحاكم، ولكن مبدأ استقلال القانون العام عن القانون الخاص كما في ليبيا، حيث تظل معايير العقد الإداري ضرورية لمعرفة متى يستطيع القاضي تطبيق قواعد ومبادئ القانون الداري بدلا من قواعد وأحكام القانون الخاص.

فما يهم هنا هو تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وليس تحديد القاضي المختص بنظر المنازعات المترتبة عليه. وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص القضاء الإداري في مصر بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص مطلق وشامل، يتناول كل نزاع يترتب على العقد بدءا من تكوينه إلى أخر مرحلة في تصفية كافة العلاقات والحقوق الناشئة عنه[2].

ويترتب على ذلك أن المقصود بمنازعات العقود الإدارية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري أية منازعات تتعلق بالعقود الإدارية بطريق مباشر أو غير مباشر، وفي أية مرحلة من مراحل إبرامها، لان عملية إبرام العقود الإدارية عملية مركبة، وكذلك أية منازعات تتعلق بتنفيذها أو إنهائها كالقرارات الخاصة بتوقيع الجزاءات، أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه أو سواء اتخذت المنازعة صورة القرارات الإدارية أو أي صورة أخرى تتعلق بالعقد.

وعلى هذا الأساس جعل اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية مشتركا بين القضاء الإداري والقضاء العادي، والقاعدة في ليبيا هي أن المحاكم المدنية هي صاحبة الولاية

[1]. منصور محمد احمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، 2000، ص 187.

[2]. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 63.

العامة بنظر جميع المنازعات سواء تلك التي تحدث بين الأفراد بعضهم البعض وتلك التي تنشأ[1] بين الأفراد والإدارة إذ أن جميع الدعاوى تدخل في اختصاص المحاكم العادية إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك[2].

وهذا ما قررته المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1970/06/30 بقولها (إن القضاء المدني هو صاحب الولاية العامة في الفصل بين المتخاصمين أفرادا أو جماعات، أو هيئات حاكمين و محكومين إلا إذا وجد نص صريح في القانون يستثني هذه الولاية).

وقد تبنى المشرع الليبي قاعدة الاختصاص المشترك بين المحاكم المدنية ودوائر القضاء الإداري في بعض المنازعات الإدارية، حيث تعرضت المحكمة العليا إلى نطاق اختصاص المحاكم العادية ودوائر القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1971/11/07 الذي جاء فيه (إن القانون رقم 88 لسنة 1971 في شان القضاء الإداري قد حدد اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف على سبيل الحصر، حيث نص في المواد 03، 04 من القانون المذكور على المسائل التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، وعلى اعتبار أن المحاكم العادية في محاكم القانون العام التي تختص بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص).

وقد توصل بعض أساتذة القانون عن طريق المفهوم العكسي إلى أن خلو المادة الرابعة من عبارة (دون غيرها) يدل أن المشرع لم يقصر النظر في المنازعات الناشئة عن العقود المبينة فيها على دوائر القضاء الإداري، وإنما جعله مشتركا بينها وبين المحاكم المدنية[3].

[1]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، ب. ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 341.

[2]. عبد المنعم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1973، ص 183.

[3]. محمد عبد الله الصراري، الرقابة على أعمال الإدارة، الطبعة 2، جامعة الفاتح، طرابلس، 1996، ص 128.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية.

لقاضي العقد في منازعات العقود الإدارية ولاية القضاء الكامل، لأن هذه المنازعات، إذ تتعلق بحقوق ومراكز ذاتية فإن سلطة القاضي إزاءها تكون واسعة لا تقتصر على إلغاء قرار إداري غير مشروع إنما نتسع لتشمل الحكم.

الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل.

قواعد الاختصاص في مجال العقود الإدارية لم تعد مشكلة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية خلاف بل حسمها من قبل المشرع صراحة بتقرير انفراده بنظر المنازعات المتعلقة.

أولا: دعوى القضاء الكامل.

من خلال هذا أصبح من الأهمية أن تحدد نوع ولاية القضاء الإداري تجاه منازعات العقود الإدارية وما إذا كانت تنتمي إلى قضاء الإلغاء والقضاء الكامل[1].

والقاعدة العامة في هذا المجال هو أن دعوى العقود الإدارية تدخل أساسا في اختصاص القضاء الكامل، وقد تقررت هذه القاعدة نتيجة لما استخلصه الفقه من العبارات التي صيغت بها النصوص المنظمة لمجلس الدولة في مصر وفرنسا، بالإضافة إلى تناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود مع دعوى القضاء الكامل، وقد أيد القضاء الاتجاه السابق بأحكامه واضحة المدلول واختصاصه في هذا الشأن اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشان تلك العقود من إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العنصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة لهذه المنازعات، دون حاجة إلى أن تقتصر في شانها على الإلغاء، ويكون لها تفريقا على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وان تجاوز هذا الحد إلى رقابة الواقع، بل إن اختصاص المحكمة لا

[1]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 347.

يقتصر على بحث مستحقات الطاعن صاحب المطالبة وإنما يمتد ليشمل مستحقات جهة الإدارة المطعون ضدها طالما لم يسقط الحق بمضي المدة، وذلك للوصول إلى وجه الحق في الدعوى.

وعلى ذلك فانه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل، دون ولاية الإلغاء، سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه.[1]

وسوف نتناول دراسة ذلك من خلال اختصاص القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية التي تأخذ صور متعددة، يتم قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية.

ثانيا: أصل المنازعات.

من المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنمي أصلا إلى القضاء الكامل كما نوهنا سلفا، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد الإداري، باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها[2]. ومن ثم فان القاضي الإداري يختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وتنفيذه وإنهاؤه.

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 328.

[2]. منصور محمد احمد، مرجع سابق، ص 196.

وقد أكدت المحكمة العليا في مصر ذاك في حكم لها صدر بتاريخ 1999/01/29 الذي جاء فيه (إن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل) إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري ولجميع ما يتفرع عنه[1]، وتتخذ دعوى القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية الدالة في نطاق اختصاص القضاء الإداري عدة صور منها:

1/ دعوى بطلان العقد الإداري:

قد تهدف الدعوى إلى بطلان العقد بسبب عيب في تكوينه، ففي هذه الحالة ليس للمتعاقد الذي يلغي التوصل إلى إلغاء العقد الإداري إلا سيل القضاء الكامل[2].

حيث تقوم القاعدة المسلم بها على أن دعوى الإلغاء لا توجه للعقود الإدارية. وقد استقر القضاء الإداري على أن العقد الإداري يقوم كما هو الشأن في مجال القانون الخاص على أركان ثلاثة هي (الرضا، المحل، والسبب)، لذا فان دعوى إبطال العقد الإداري لعيب في تكوينه أو في صحته وسلامته الذاتية، فإذا ما شاب احد هذه الأركان أي عيب من العيوب يؤدي بالتالي إلى بطلان العقد الإداري، وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا في مصر أحكام القانون المدني في شان وجود الرضا في العقد الإداري، حيث قررت أن العقد الإداري شانه في ذلك شان سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث اثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله، وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذراتهم[3] ومن العيوب التي تشوب الرضا الغلط والتدليس والإكراه والغبن.

2/ دعوى الحصول على مبالغ مالية:

قد تستهدف الدعوى الحصول على مبالغ مالية في صورة ثمن أو اجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب أخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال[4] وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المعنى بقولها (إن قضاء

---

[1]. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 3/83، 1999/11/29.

[2]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 348.

[3]. حكم 1020-9 (1967/04/08) 878/94/12، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص 106.

[4]. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 200.

هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصده الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات من قبل المتعاقد معها، إنما تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة، حتى لو انصب لنزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله، ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للعقد أو إنهاؤه أو إلغاؤه. إنما يدخل في منطقة العقد وينشا عنه، وبالتالي فان المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية، وتكون محلا للطعن عليها على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل، دون ولاية الإلغاء، ومن ثم لا ينفذ الطعن عليها بل إجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء)[1].

ومن خلال استقراء أحكام المحكمة العليا الليبية الصادرة بهذا الخصوص تبين لنا إنها لم تستقر، فهي تارة تعتبر قرارات إنهاء العقود الإدارية قرارات إدارية نهائية يجوز الطعن فيها بالإلغاء[2]، ومنها حكمها الصادر في 1971/01/03 الذي جاء فيه (إن الدفع بان قرار سحب عملية من مقاول لا يعتبر قرارا إداريا، وهو دفع غير مقبول، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن قرار السحب يندرج تحت مفهوم قرار إداري، غير أن المحكمة لا تملك في شانه سلطة إلغاء القرار، وكل ما لها من رقابة عليه هي مدى ملائمة القرار للأسباب التي بني عليها تمهيدا للحكم بالتعويض بقدر ما وقع من أضرار)[3].

وفي حكم أخر لها تؤكد على عدم قبول الطعن بالإلغاء في مثل هذه القرارات على الرغم من اعتبارات قرارات إدارية، وتحكم بالتعويض عما يقع من ضرر إذا ثبت عدم وملائمتها، فكان ذلك في حكمها الصادر في 1970/12/20 الذي جاء فيه (لجهة الإدارة أن تسحب عملية المقاولة للصالح العام، وللمحكمة سلطة الرقابة لتقدير مدى ملائمة قرار السحب لما تنسبه للطرف الأخر من مخالفات)[4].

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 36/2348 ، بتاريخ 1995/03/07، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

[2]. صبيح بشير مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، ب. ط، منشورات جامعة فاريونس، بنغازي، 1974، ص 232.

[3]. طعن إداري رقم 15/13، م. ع بتاريخ 1971، س6ع4.

[4]. طعن إداري رقم 6/17، م. ع بتاريخ 1971، س7ع1.

وما يشد في هذين الحكمين للمحكمة العليا الليبية أنها تقول لا تملك هذه المحكمة حق إلغاء هذه القرارات رغم اعترافها بأنها قرارات إدارية، وتقع ضمن الاختصاص الذي منحه لها المشرع في القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري في المادة الثانية فقرة (05) التي تقول (تختص دائرة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية).

وتارة أخرى لا تعتبر هذه القرارات إدارية، بل تعتبرها إجراءات تعاقد، ومن ثم تدخل في نطاق دعوى القضاء الكامل وهو ما استقرت عليه أحكامها الحديثة، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ 1983/12/04 الذي جاء فيه (انه مما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن قرار سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة هو إجراء عقدي يخضع للقضاء الإداري بوصفه قضاء كاملا، وله أن يراقب مشروعيته ومدى ملائمته للأخطاء المنسوبة للمقاول، ويقضي بالتعويض عنه، ان كان لذلك محل، ولكنه لا يملك أن يقضي بإلغائه أو بما في حكم إلغائه كإبطاله، وبطلانه، لما في ذلك من مصادرة لحق الإدارة صاحبة العمل في تقدير دواعي المصلحة العامة في الاستمرار في تنفيذ المشروع مع المتعاقد معها)[1].

3/ دعوى فسخ العقد.

للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بفسخ العقد المبرم معه في حالات معينة، كما هو في حالة القوة القاهرة أو في حالة صدور خطا جسيم من الإدارة، وبهذا تندرج دعواه في هذا الصدد في نطاق القضاء الكامل[2]، ولا يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد سواء في تكوينه أو تنفيذه أو إنهائه، بل يتسع ليشمل كل ما يتفرع عن ذلك من مسائل وقتية أو مستعجلة، طالما كانت تتصل بالعقد الإداري، حيث يجوز للمحكمة المختصة ندب خبير في شان أي نزاع متعلق بالعقد الإداري، أوقف تنفيذ قرار بفسخ احد العقود، أو طلب إثبات حالة[3]. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر عام 1995 في حكمها الذي جاء فيه (من حيث انه لما كان المستقر عليه وفقها وقضاء أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء

[1]. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 28/4 ، م. ع بتاريخ 1984/12/04، ع1س21.

[2]. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 202.

[3]. منصور محمد احمد، مرجع سابق، ص 213.

الكامل، فانه يكون للمحكمة أن تنظر ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات، وذلك باعتبارها من عناصر المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما يسقط الحق بمضي المدة، كما يكون للمحكمة الاختصاص الشامل بجميع ما يتفرع من المنازعة الأصلية من أمور مستعجلة[1].

4/ دعوى تهدف إلى إبطال بعض التصرفات الصادرة من جهة الإدارة على خلاف التزاماتها الإدارية:

إذا صدر عن جهة الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فان المتعاقد الأخر يستطيع الحصول على حكم بإبطال تلط التصرفات عن طريق القضاء الكامل، لأنه بوصفه متعاقدا لا يستطيع اللجوء إلى قضاء الإلغاء، وتحتفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك من حيث كونها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى ول اقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة[2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى بقولها (أن قضاء هذه المحكمة مستقر، على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات آو إجراءات قبل المتعاقد معها إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة حتى ول انصب النزاع على طلب التعاقد إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله، ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من جزاءات التعاقدية، أو بفسخ عقد أو إنهائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد وينشا عنه.

وبالتالي فان المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية، وتكون محلا للطعن عليها على أساس استصدار ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ومن ثم لا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء[3].

---

[1]. حكم المحكمة العليا الليبية في مصر طعن رقم 32/1326 ، جلسة 1995/01/24.

[2]. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 200.

[3]. الحكم 36/2348 (1995/03/07) 40، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص 133.

ثالثا: الطلبات المستعجلة.

1/ إن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها شان الطلبات المستعجلة، فما دامت جهة القضاء الإداري مختصة بنظر الأصل فهي مختصة بنظر الفرع أي الطلب المستعجل، ما دام القانون لم يسلبها ولاية الفصل في الأمور المستعجلة التي تثيرها تلك المنازعات ويعمد بها إلى جهة أخرى[1].

2/ واختصاص القضاء الإداري في منازعات العقد اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقية التعاقد الإداري، وعلى مقتضى ذلك يفصل القضاء الإداري في الطلب المستعجل لا على اعتبار انه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من الطلبات الإلغاء بل على اعتبار انه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها وحماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه، ولا يهم في هذا الصدد أن يصف صاحب الشأن طلبه بأنهوقف تنفيذ إذ العبرة في وصف الطلب بحقيقته وجوهره وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى وعلى حسب التصوير القانوني الصحيح المستفاد من وقائعها[2].

3/ وبناء عليه يتعين نظر هذا الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة بان يستظهر القاضي الأمور التي يخشى عليها فوات الوقت والنتائج التي يتعذر تداركها والضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه وكذلك استظهار جديتها او عدم جديتها، دون مساس بالناحية الموضوعية للنزاع[3].

فالقضاء الكامل يملك عند مباشرته ولاية الفصل في الأمور المستعجلة سلطة التقدير لعناصر النزاع ولا يحده في ذلك سوى قيام حالت الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق. والاستعجال هو الضرورة الملجئة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت. وإما عدم

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 329.

[2]. نفس المرجع، ص 330.

[3]. المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 897 لسنة 2009، بجلسة 1963/07/20.

المساس بأصل الحق فليس المقصود به عدم لحاق ضرر بأحد الطرفين بل إن الضرر قد يكون محتملا بل قد لا يقبل علاجا أو إصلاحا، لان ولاية الفصل في الأمور المستعجلة هي ولاية قضائية في أساسها، والقضاء الكامل في مباشرتها كان يفصل في أصل الحق إلا انه يحميه مؤقتا متى تحسس من تقديره لعناصر النزاع أن أحد الطرفين هو الأولى بالحماية فينشئ بينهما مركزا وقتيا يسمح بتحمل المواعيد والإجراءات التي يقتضينها الفصل في الموضوع فهو ليس ممنوعا من حيث الحقوق المتنازع عليها ومدى أثارها، بل له في هذا سلطات تقدير مطلق وإنما هو مقيد بالا يقرر إلا حلولا وقتية ليحفظ تلك الحقوق حتى يفصل فيها موضوعا متى لو ترتب على تلك الحلول لحاق ضرر بأحد الطرفين[1].

4/ ويلاحظ وجود خلط كثير في قضائها الإداري حول سلطة قاضي الإلغاء وقاضي العقد خاصة في مجال وقف تنفيذ القرارات والإجراءات المتصلة والمستندة للعقد الإداري، فبالرغم أن اختصاص القضاء الإدارية بالفصل في الأمور المستعجلة المتفرعة عن منازعات العقود الإدارية يستمد أصله من ولاية القضاء الكامل لقاضي العقد الإداري ولا يستمده من اختصاص قاضي الإلغاء بالشق المستعجل من دعوى إلغاء القرارات الإدارية. رغم ذلك فان قضائنا الإداري يميل إلى تطبيق ضوابط وقف تنفيذ القرارات الإدارية في نطاق اتخاذ إجراءات مستعجلة في مجال العقد الإداري، حيث يحكم في الطلب المستعجل على مقتضى النظر في مدى توافر ركن الجدية الى جانب ركن الاستعجال[2].

وعلى أساس مل تقدم نجد قاضي العقد يحكم في الوجه المستعجل من النزاع العقدي باتخاذ الإجراء المطلوب إذا ما ستظهر جدية الأسباب من حيث الظاهر، فضلا عن توافر الاستعجال لجود أمور يخشى عليها من فوات الوقت أو نتائج يتعذر تداركها[3]، وعلى العكس يرفض الطلب المستعجل إذا ما استظهر عدم جدية الأسباب، وكذلك إذا ما انتهى إلى أن الطلب المستعجل يفقد

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 330، 331.

[2]. نفس المرجع، ص 331.

[3]. على سبيل المثال الإدارية العليا في الطعن رقم 3525 لسنة 38، في 1997/07/22 وفي الطعن 5668 لسنة 42، في 1999/06/22، حيث أقرت الحكم بسحب أعمال أو فسخ العقد لتوافر ركني الجدية والاستعجال.

شرط الاستعجال مشيرا إلى أنه يتعين رفض الطلب دون حاجة لاستظهار شرط الجدية الذي يتعين تحضيره وبحثه عند الفصل في الموضوع[1].

وجديرا بالذكر إن بعض الأحكام التي تفصل الطلبات المستعجلة في مجال العقود الإدارية وفق ذات ضوابط الفصل في وقف تنفيذ القرار الإداري من جدية واستعجال، هي أحكام تعرف وتقر التمييز بين نوعي ولاية القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، والقضاء الكامل الذي يدخل فيه منازعات العقود الإدارية التي يفصل القاضي الإداري في وجه المستعجل منها الأصلي اعتبار انه متلطلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير[2].

ونحن نرى أن تطبيق القضاء المستعجل لقواعد تنفيذ القرارات الإدارية في نطاق تنفيذ العقود الإدارية قد يكون له ما يبرره، إذ يتصل الأمر بالمصلحة العامة ومصلحة المرفق العام قد تقتضي عدم وقف تنفيذ القرارات الإدارية، إلا إذا توافر ركن الجدية إلى جانب الاستعجال.

ويلاحظ أخيرا أن الطلبات الفرعية إذا تعلقت بطرق الإثبات، أي بالإجراءات اللازمة لتهيئة الدليل كندب منيرا والمعاينة الاستجلاء حقيقة وطبيعة بعض الوقائع التي يخشى من تبديلها أو زوالها بمرور الوقت، فان شرط جدية الأسباب يصبح اقل لزوما بالنظر للغاية المبتغاة من طلبات إثبات الحالة[3].

الفرع الثاني: مدى ولاية القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري.

بجوار دعاوي الإلغاء التي يمكن مباشرتها تطبيقا لنظريات القرارات الإدارية المنفصلة بشأن العقود الإدارية، فان منازعات العقود الإدارية تنتمي كأصل عام إلى ولاية القضاء الكامل حيث يملك مجلس الدولة بالنسبة لمنازعات العقود اختصاصا مطلقا وشاملا.

---

[1]. حكمها في الطعن رقم 358 لسنة 40، بجلسة 1998/06/30.

[2]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 332.

[3].نفس المرجع، ص 332، 333.

فيختص القضاء الإداري بكل ما يتعلق بالعقد الإداري من منازعات سواء تلك التي تتعلق بانعقاده أو بصحته أو بتنفيذه أو بانقضائه، وبمعنى آخر إن اختصاص القضاء الإداري يمتد ليشمل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد في جميع مراحله فضلا عن المنازعات المتفرعة عنه[1].

ومن قبيل المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري والتي تدخل في ولاية القضاء الكامل دعوى بطلان العقد ودعوى فسخه، ودعوى المطالبة بحقوق مالية تنفيذا للعقد، ودعوى إبطال القرارات والتصرفات الصادرة استنادا إلى العقد ودعوى التعويض، وفي هذا الشأن قررت محكمة القضاء الإداري "اختصاص القضاء الإداري يمتد لكل ما يتعلق بعملية التعاقد" ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى خر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها... فإذا توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو بصحته أو بتنفيذه أو بانقضائه، فنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، فالاختصاص أصبح مطلقا وشاملا لجميع المنازعات المتعلقة بالعقود[2].

كما يمتد اختصاص القضاء الإداري إلى المنازعات المتفرعة عن موضوع النزاع الأصلي على أساس قاضي الفرع ومن قبيل الطلبات الفرعية في هذا الخصوص الطلبات المستعجلة المتعلقة بالمتعاقد كطلب وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ العقد، أو طلب إثبات حالة، أو تعيين حارس، وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى انه "إذا كانت المنازعة تدخل في منطقة العقد الإداري فإنها تكون محلا للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري دون ولاية قضاء الإلغاء فتفصل المحكمة فيما يطرح عليها من منازعات أصلية أو منازعات متفرعة عنها... واختصاص محكمة القضاء الإداري بالاختصاص بالفصل في المنازعات المذكورة اختصاص شامل ومطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توفرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري" وفي النهاية يكون للمتعاقد عن طريق دعوى القضاء الكامل المطالبة بإبطال التصرفات التي تصدر عن الإدارة بالمخالفة لالتزاماتها التعاقدية، وتكون دعوى إبطال القرارات الإدارية الصادرة من

1. إبراهيم عبد العزيز شيخا، القضاء الإداري ولاية القضاء الإداري دعوى الإلغاء، ب.ط، توزيع منشاة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص 193.

2. حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 1180، السنة الحادية عشر، ص 23.

الإدارة بناء على العقد داخله في نطاق ولاية القضاء الكامل، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها "انه يستوي في ذلك المنازعات التي تتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري"[1].

وفي النهاية يكون للمتعاقد عن طريق دعوى القضاء الكامل المطالبة بإبطال التصرفات التي تصدر عن الإدارة بالمخالفة لالتزاماتها التعاقدية، وتكون دعوى إبطال القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة بناء على العقد داخله في نطاق ولاية القضاء الكامل، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها "انه يستوي في ذلك المنازعات التي تتخذ صورة قرار إداري وما لا تتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري"[2].

أما إذا كان القرار قد أصدرته الدارة بعد تنفيذ العقد وانتهائه فان الطعن فيه لا يدخل ولاية القضاء الكامل التي تخص منازعات العقود الإدارية وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن "القرار الذي تصدره الإدارة بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين المحليين إذا استعمل الغش في تنفيذ التزاماته العقدية من القرارات الإدارية النهائية التي تصدر بعد انتهاء العقد الإداري، وتنطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيه بالإلغاء في المواعيد المقررة قانونا للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية، وتنظر الطعن في محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية"[3].

[1]. إبراهيم عبد العزيز شيخا، مرجع سابق، ص 194.

[2]. حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم 1109.

[3]. حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 724، جلسة 1982/01/16 أورده المستشار الدكتور محمد أبو العينين، في مؤلفاته اختصاص مجلس الدولة، ص 307.

المبحث الثاني: العقد الإداري ودعوى الإلغاء.

لا يتمتع قضاء الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية سوى بدور محدود باعتبارها تنتمي أساسا إلى ولاية القضاء الكامل. وهذا ما يبرر عدم قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد العقود الإدارية، حيث أن العقد ليس قرارا صادرا عن جهة الإدارة، بل تصرف ثنائي يجمع بين إرادتين مختلفتين، إرادة جهة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، بينما القرار الإداري هو تعبير عن إرادة جهة الإدارة بمفردها، ويوجه بطريقة آمرة إلى الأفراد، إذ يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري نهائي.

المطلب الأول: قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية.

يندرج تحت ولاية القضاء الكامل القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا للعقد مثل القرار الصادر بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معه أو القرار الصادر بفسخ العقد لذلك يتقيد الطعن بالمواعيد والإجراءات المتعلقة بدعوى الإلغاء[1].

الفرع الأول: دعوى الإلغاء.

إن محكمة القضاء المتصلة بالعقود الإدارية، منصوصا بما يتعلق بدعوى الإلغاء ودعوى التعويض.

أولا: إجراءات رفع الدعوى.

حيث يترتب [2]ذلك انه لا يجوز رفع دعوى إساءة السلطة ضد العقد الإداري باعتباره عملا ثنائيا، كما انه لا يمكن الاستناد في نطاق قضاء الإلغاء إلى مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كأحد الأسباب التي تجيز إلغاء القرار الإداري، حيث تعد دعوى الإلغاء جزاءا لمبدأ المشروعية، في حين أن الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية[3].

---

[1]. حكم المحكمة الإدارية العليا، 2348-36 (1995/03/07)40.

[2]. صبيح بشير مسكوني، مرجع سابق، ص 272.

[3]. ثورية لعيوني، مرجع سابق، ص 429.

مع أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في نطاق القضاء الكامل، إلا أن العقد الإداري يرتبط بإجراءات تتمهد الإدارة من خلالها لإبرام العقد، منها ما يتم بقرار إداري صادر عن السلطة المختصة، يكون له مقومات وخصائص وعناصر القرار الإداري، فمثل هذه القرارات وان كانت تسهم في تكوين العقد وتهف إلى إتمامه إلا أنها تنفرد من حيث طبيعتها وتنفصل عن. ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء، ويطلق عليها القرارات الإدارية المنفصلة[1].

كذلك نجد في مجال عقود الامتياز قد تصدر قرارات إدارية تؤثر في المستفيدين من خدمات المرفق العام بمعنى الأمر الذي يقتضي السماح لهؤلاء المستفيدين بالطعن في هذه القرارات.

وعلى هذا الأساس نجد قضاء الإلغاء تطبيقا له في مجال العقود الإدارية بالنسبة لنوعين من القرارات هما[2]:

ثانيا: إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد.

حدث التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي من خلال الأحكام التي صدرها في كثير من المواد المختلفة والطعون التي رفعت إليه والتي استبعدت صفة الطعن الاحتياطي عن الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة، وتم تقليص شرط عدم وجود طعن مواز أو مقابل كشرط لقبول الطعن بالإلغاء، ولكن ليس معنى ذلك أن الطعن لتجاوز السلطة أصبح طعنا عاما يتم اللجوء إليه في نطاق محدود، فلو حدث ذلك أثر على اختصاصات الجهات القضائية الأخرى، ولأخل بقواعد توزيع الاختصاصات نظرا للمزايا الكبيرة والنتائج الهامة التي تحققها مثل الطعن خاصة إذا ما انتهت إلى إلغاء القرار المطعون فيه[3].

فالاحترام الواجب لقواعد الاختصاص القضائي يمنع اللجوء إلى هذا الطعن إذا كان سوف يؤدي إلى الإخلال بمثل هذه القواعد، سواء بين الجهات القضائية المختلفة أو حتى داخل جهة القضاء الإداري بذاته.

---

[1]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص 360.

[2]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 335.

[3]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، نفس المرجع، ص 361.

وكانت نقطة الانطلاق في هذا التطور هي فكرة القرارات قابلة للانفصال في العمليات المركبة، فأصبح مجلس الدولة لا ينظر إلى هذه العمليات ككل مترابط غير قابلة للانقسام كما كان في الماضي، ولكن أصبح ينظر إلى العناصر والأجزاء المكونة لهذه العمليات كوحدات يمكن في بعض الأحوال عزلها وفصلها والنظر فيها على حده، وعلى استقلال عن باقي المكونات الأخرى للعملية الرئيسية ككل، وعن القرار النهائي الرئيسي فيها[1].

وهكذا فان إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، حقا أن إلغاء قرار إداري يستتبع في الأصل، بطلان جميع ما ترتب عليه من إجراءات لانهيار الأساس الذي بنيت عليه، ينبني على الباطل إلا باطل، إلا أن حكم إلغاء القرار المنفصل لا ينتج آثاره بنفسه. وعلى ذلك فان بطلان العقد –المبني على إلغاء قرار المنفصل–لا يتقرر بنفسه، إنما يقتضي أن يرتب الأطراف على الحكم أثره بفسخ العقد وتصحيح الوضع، أو أن يتقرر البطلان بواسطة القاضي المختص (قاضي العقد)[2].

وقد رد القضاء الإداري على القول بعدم جدوى الطعن بالإلغاء في مثل هذه الحالة لا ينتهي إلى إلغاء العقد بذاته، بان وجه المصلحة في الطعن الظاهر، إذا لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة (قاضي العقد مدنيا أو إداريا)، كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن في العقد لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به متى كانت لهم مصلحة شخصية في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم[3]، وبان لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في انه بناء على حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة الإدارة، يضاف إلى ما تقدم أن القول بانعدام المصلحة في طلب إلغاء قرار بإرساء المناقصة، ينتهي إلى نتيجة شاذة ومتى أن يستغلق باب الطعن في القرارات الإدارية التي تصدر في المرحلة الأولى من مراحل عملية المناقصة[4].

---

[1]. راجع في ذلك جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 85–88.

[2]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 336.

[3]. حكم لمحكمة القضايا الإدارية في 1947/11/25 (رقم 17، ص 104).

[4]. حكم المحكمة الإدارية في 1956/11/18 في القضية رقم 763.

على أن القضاء المتقدم، الذي يقرر بقاء العقد رغم إلغاء القرار المنفصل الذي ساهم في تكوينه، هو قضاء منفذ من جانب الفقه. ذلك أن الباطل لا يبنى عليه إلا باطل، وهذا بالإضافة إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، خاصة ما يتعلق بشرط انعدام طريق الطعن المقابل أو الدعوى الموازنة كشرط لقبول دعوى الإلغاء وتحول هذا الشرط، فعندما بدا مجلس الدولة الفرنسي التخلي عن هذا الشرط لقبول دعوى الإلغاء، طبق تدريجيا فألغى القرار الذي كان أساسا للعقد دون أن يتصدى للعقد ذاته، ولذا يعتبر القضاء السابق لمجلس الدولة الفرنسي قضاء انتقاليا لا محل أن يقيده مجلس الدولة في مصر[1].

وقد اقترح البعض في هذا الصدد أحد الحلين: إما أن يسمح لغير أطراف العقد بالمطالبة بإبطاله أمام العقد ذاته، استنادا إلى حكم إلغاء القرار المنفصل، وإما أن يسمح لقاضي الإلغاء بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار بما في ذلك العقد ذاته، على أن يختصم طرفي العقد حتى يدافع كل صاحب حق عن حقه[2].

ويتميز الطعن في القرار الإداري المنفصل عن طريق دعوى الإلغاء في حالة العقود الإدارية بنتيجة أساسية بالغة الخطورة، تنحصر في أثر الإلغاء على بطلان العقد الإداري. فالمسلم به أن إلغاء القرارات المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج، لان ما يبنى على باطل فهو باطل، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يحرص باستمرار ومنذ أمد بعيد على أن إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليما ونافذا، حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في إتمام عملية التعاقد.[3]

ويتضح هذا المبدأ لمجلس الدولة الفرنسي من حكمة الصادر في 1905/08/04 في قضية M ARTIN، وقد صور المفوض روميو تلك الحالة في مذكراته بهذا الخصوص، حيث يقول مخاطبا مستشاري المجلس: (إننا لا نذكر أن نتيجة الإلغاء في هذه الحالة نظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم احد المتعاقدين إلى

[1]. سليمان الطماوي وعمر حلمي، مرجع سابق، ص 277.

[2]. عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال، ب. ط، مجلة مصر المعاصرة، س67، العدد 363، لسنة 1986، ص 35.

3. محمد أمين، مرجع سابق، ص 211.

قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد[1]، ولكن هذه النتيجة يجب إلا تدهشكم أو تبعث التردد بنفوسكم، فانتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما بترتب على هذا القرار من نتائج سلبية أو إيجابية، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فان هذا العمل يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمهم، أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائما اثر هام يتركز في انه أعلن حكم القانون، ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون، لكي يراقب قرارات الإدارة، وانه قد نور الرأي العام بحيث يمنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ومستلزمات الديمقراطية)[2].

وينتهج القضاء الإداري المصري نفس الاتجاه من حيث قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة والمقدمة من الغير، ويتضح ذلك من الأحكام التالية:

-حكمه الصادر بتاريخ 1956/01/08 والذي جاء فيه (... والمحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد الى الإجراءات المكونة له، فان القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة والمزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الاضرار المترتبة عليها إذا كان لهذا التعويض محل. أما العقد ذاته فان المنازعة بشأنه تدخل في اختصاص هذه المحكمة بسبب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الإداري)[3].

-كما أصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها في 1982/01/16 بصدد قرار شطب المتعهد من قوائم الموردين، حكمها جاء فيه (إن القرار الذي تصدره الإدارة بشطب متعهد من عداد الموردين، إذا مارس الغش في تنفيذ التزاماته التعاقدية يعتبر من القرارات النهائية التي تصدر بعد انتهاء العقد الإداري وتنطبق عليها كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن

[1]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 365.

[2]. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 211.

[3]. حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم 7/34، بتاريخ 1956/01/08.

بالإلغاء في المواعيد المقررة قانونا للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية، وتنظر الطعن فيه محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الخاصة بإلغاء القرارات الداري النهائية)[1].

وفكرة القرارات الإدارية المنفصلة لا تقصر على العملية التعاقدية وحدها، بل تدخل في كل عملية مركبة سواء انتهت بالتعاقد وبغيره، كإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة أو التعيين في الوظائف العامة.

ويعمل مجلس الدولة الفرنسي باستمرار على جواز فصل القرارات التي ستهم في تكوين تلك العمليات والطعن فيها استقلالا عن طريق دعوى الإلغاء، ويرى الفقهاء في مصر أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يرجع إلى أسباب تاريخية مقصورة على فرنسا، وان قضاء مجلس الدولة هو بمثابة فترة انتقالية ولا محل للتقيد بها في مصر، ويتساءل بعض الفقهاء المصريين عن مدى أهمية إلغاء القرارات المنفصلة إذا كان لا يرتب آثارا قانونية في مواجهة العقد الإداري ويقولون انه يجب أن يترتب على إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة إلغاء العقد متى لا يبقى العقد قائما على تصرف باطل، ولذا إن إبرام العقد لا يجعل الإدارة بمنجاة من تنفيذ القانون ووجوب أن تصدر قراراتها مطابقة له، هذا فضلا انه يتنافى مع المنطق، وإلا لما كان هناك داع لقبول دعوى الإلغاء فيما يتعلق بالقرارات الدارية المنفصلة ما دام الإلغاء لا يترتب عليه آثار[2].

[1]. حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الدعوى رقم 24/724، بتاريخ 1982/01/16.

[2]. حسين درويش عبد العال، مرجع سابق، ص 204.

المطلب الثاني: القرارات التي تكون محل إلغاء في العقود الإدارية.

يعتبر القضاء الإداري في فرنسا ومصر القرارات الصادرة من الإدارة بإبرام العقد أو رفض إبرامه قرارات قابلة للانفصال عن العقد، فيمكن للطعن فيها بالإلغاء استقلالا.

الفرع الأول: قرارات التعاقد ورفض التعاقد.

يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا كسلطة عامة، بقصد إحداث أثر قانوني معين أما العقد ذاته فلا يقبل دعوى الإلغاء ضده، والإدارة وان كانت ملزمة بإرساء المناقصة أو المزايدة على صاحب أفضل العطاءات، إلا أنها ليست ملزمة بإبرام العقد، فإذا ما استعملت سلطتها التقديرية ورفضت التعاقد فان قرارها يكون قابل للطعن عليه بالإلغاء ويلغيه القاضي إذ ما خالف ضوابط السلطة التقديري، كأن تسيء الإدارة استعمال سلطتها أو تعلن للرفض أسبابا غير صحيحة، أو يصدر عن غير مختص[1].

ويقبل القضاء الإداري في فرنسا ومصر الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة في قرار إبرام العقد، ولكنه لا يقبل هذا الطعن بالإلغاء في العقد ذاته، وهو ما كان محل نقد من جانب بعض الفقه، على اعتبار أن قرار إبرام العقد وثيق الصلة بالعملية التعاقدية يندمج فيها، خاصة إذا كان قرار ضمنيا بحيث يصعب على فصله عنها، إذ هو يمثل عنصر القبول الذي به ينعقد العقد وإننا بذلك نكون أمام عمل قانوني واحد وهو قرار الإدارة والعقد ذاته، ولذا قيل بان القضاء يفرق بين القرار الذي تقوم به الإدارة بإبرام العقد وبين العقد نفسه على الرغم من انه لا يوجد سوى عمل قانوني واحد، وقيل بان المدعي بدلا من أن يقرر موضوع الطعن هو العقد، يوجه طعنه إلى القرار بمقتضاه. تقوم الإدارة بإبرام العقد حتى ولو لم يكن هذا القرار صحيحا، فان ذلك لا يعدو أن يكون مجرد مهارة في تحرير عريضة الطعن[2]، وان ذلك يجعل عملية الطعن بالإلغاء أشبه ما تكون بالحيل التي تستند إلى التراكيب اللفظية بصرف النظر عن المضامين القانونية للعمل[3].

---

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 340.

[2]. عبد الحميد حشيش، مرجع سابق، ص 106.

[3]. عمر حلمي، مرجع سابق، ص 259.

وان تعاقدت الإدارة مباشرة دون قرار سابق وصريح بالتعاقد فان الأمور تجري على اعتبار وجود قرار ضمني سابق بان الإدارة ستقوم بإبرام العقد هذا القرار ضمني سبق العقد يقبل الانفصال عنه، هذا القرار الصريح أو الضمني بالتعاقد هو أوثق القرارات بالعقد، ولكنه في التحليل القانوني، قرار إداري يقبل الانفصال عنه، وتقوم المصلحة في الطعن فيه بالإلغاء خاصة بالنسبة للغير[1].

الفرع الثاني: القرارات التي تصدرها الإدارة يغير صفتها التعاقدية.

ذكرنا أن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائية إنما تدخل في منطقة العقد وتتدرج المنازعات المتولدة عنها في ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء فهذه القرارات التي تصدر من الإدارة بصفتها التعاقدية، أي تنفيذا للعقد واستنادا إلى أحكامه، تندمج في العملية التعاقدية، ولا يمكن فصلها والطعن فيها على استقلال بدعوى إلغاء القرارات الإدارية، وإنما هي منازعة عقدية، فالقضاء يطبق في مرحلة التنفيذ المنهج التركيبي القائم على وحدة العملية العقدية وتدخل برمتها في المجال الطبيعي لاختصاص قاضي العقد.

وإذا كان ما تقدم هو الأصل، إلا أن الإدارة المتعاقدة قد تصدر أثناء تنفيذ العقد وبصفة أخرى غير قرارات تصدرها الإدارة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، كسلطة ضبط مثلا لحسن سير المرافق العامة، فهذه القرارات تعتبر قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء، وسواء من المتعاقد أو من الغير، ويصدق ذلك حتى إذا ضمنت الإدارة العقد شروطا تجير لها اتخاذ إجراءات وتدابير إدارية ثابتة لها بمقتضى القانون كسلطة ضبط[2]، ويصبح الأمر واضحا أن الإدارة تعمل خارج سلطتها التعاقدية إذا كان من حقها أن تصدر القرارات في مواجهة غيره ممن يباشرون النشاط سواء[3] ارتبطوا معها بعلاقة تعاقدية أو لم يرتبطوا فهي قرارات نجد مصدرها مباشرة في القوانين واللوائح المنظمة للاختصاص ولا تتوقف مشروعيتها على وجود عقد مع الإدارة.

---

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 341.

[2]. نفس المرجع، ص 342.

[3]. عمر حلمي، مرجع سابق، ص 289.

وقد سبق أن ذكرنا أن الغير لهم أن يطعنوا بدعوى الإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة استنادا إلى الشروط الواردة في عقد امتياز المرافق العامة والمتصلة بتنظيم المرفق العام وكيفية أداء خدماته، وتجد ذلك تبريره في نظرة الفقه والقضاء إلى هذه الشروط باعتبارها شروط لائحية، على ما تقدم[1].

الفرع الثالث: طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز.

أن مخالفة الإدارة للقوانين واللوائح التي تستمد منها سلطاتها مباشرة في إصدار القرارات المعيبة لا يبرر قبول دعوى الإلغاء من المتعاقد مع الإدارة فقط، وإنما يجيز ذلك للغير أيضا. وقد تقرر هذا الحق للغير بخصوص عقود الامتياز قبل أن يتقرر للمتعاقد مع الإدارة، وذلك في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1906/12/21 وأجاز فيه للمنتفعين في عقود الالتزام بالطعن في القرارات التي تصدرها الإدارة استنادا إلى الشروط اللائحية ويتعلق بكيفية أداء الخدمة (قضية التزام بوردو)، وقد قبل المجلس الطعن شكلا، إلا انه رفض ه موضوعا، وقد شمل هذا الحق حق الغير منتفعين بخدمات المرفق في الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة وتتعلق بكيفية أداء الخدمة[2].

ويتعين تحديدا مركز المنتفعين بخدمات المرافق التي تدار عن طريق الامتياز فيما يتعلق بنوع الدعوى التي لهم حق رفعها، ذلك أن المنتفع لا يخرج الحال بالنسبة إليه عن فرضيتين:

الفرض الأول: أن يكون الفرد قد استوفى شروط الانتفاع بالخدمة، ويريد اقتضاءها، كما يريد الحصول على اشتراك في المياه أو النور أو الحافلات، وإذا ما تولت أداء تلك الخدمات شركة امتياز حينئذ يحق للمنتفع أن يلجا للقضاء لإلغاء أي قرار يصدر من هذه الشركات يكون له ضرر مباشر عليه[3].

[1]. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 342.

[2]. عمر حلمي، مرجع سابق، ص 291.

[3]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 374.

الفرض الثاني: أن يكون بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع وأوضاعه، والمسلم به في الوقت الحاضر إن هذا العقد هو عقود القانون الخاص بالنظر إلى طبيعة المرافق التي تدار عن طريق الامتياز، فطريقة الامتياز –كما هو معروف–تدار بها المرافق لأكبر قدر ممكن من قواعد القانون الخاص التي تتفق وطبيعة هذه المرافق التي تمكنها من أداء خدماتها بشكل أكمل وطريقة انجح[1].

وفي تطور حديث لقضاء مجلس الدولة في فرنسا فقد قبل الطعن المقدم مباشرة من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها مرفق عام يسيره متعاقد مع الإدارة بعقد امتياز، ولكن يلاحظ أن الطعن قد قبل على أساس بالشروط اللائحية في العقد وليس بالشروط العقدية والتي لا تقبل الطعن بالإلغاء.

والتبرير الغالب لدى القضاء في فرنسا ومصر ويؤيد اتجاه مجلس الدولة الفرنسي الذي يستند إلى الطبيعة اللائحية لجانب من الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز، الأمر الذي يترتب عليه أن خروج كل من الإدارة أو الملتزم على هذه الشروط لا يتضمن إخلالا بإحدى الالتزامات التي يتضمنها العقد بل مخالفة للقاعدة التنظيمية التي وردت بالعقد، الأمر الذي يعرض القرار لعدم المشروعية لمخالفة قاعدة تنظيمية[2].

ويرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن هذا التبرير هو التبرير الوحيد الذي يمكن على أساسه الوصول إلى تمكين أشخاص غرباء عن العقد الإداري من الاستناد إلى شروطه للوصول للحكم بإلغاء قرار إداري، فالقرار الإداري في نطاق قضاء الإلغاء لا يمكن الحكم بإلغائه إلا لأسباب محدودة على سبيل الحصر وهي[3]:

عيب الشكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف.

[1]. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص 331.

[2]. منصور محمد احمد، مرجع سابق، ص 229.

[3]. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص375

والقرار الذي يخالف مجرد شرط عابر من الشروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح، ومن ثم فان المشكلة التي نحن بصددها لا تثور عمليا إلا في نطاق عقود الامتياز التي ترتبط بين أطراف ثلاثة هي:

- الإدارة مانحة الالتزام.
- الملتزم أو المتعاقد مع الإدارة.
- المستفيدين.

أما في سائر العقود الإدارية فان العلاقة تكون في الغالب مقصورة على الإدارة والمتعاقد معها، وتفحص القرارات الصادرة من الدارة والتي تكون ذات علاقة بالعقد في نطاق القضاء الكامل[1].

[1]. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 376.

خلاصة الفصل:

إن القرارات التي تصدر من جهة الادارة بإبرام عقد من العقود يمثل افصاح الادارة بقصد إحداث أثر قانوني. وبتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الادارة لشروط معينة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة عن الاضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل.

أما العقد ذاته فان المنازعة بشأنه تدخل أو لا تدخل في اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الاداري، ومن ثم فان القرار المطعون فيه الصادر من الجهة المختصة، إنما هو قرار إداري صادر من جانب واحد هو جهة الادارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح، فتختص هذه المحكمة بنظره، ويتعين بالتالي رفض الدفع بعدم الاختصاص.

الخاتمة

الخاتمة:

تحتل العقود الادارية اليوم اهمية بالغة في تسيير المرافق العامة في الدولة، سواء في العلاقة الناشئة عن عقود الادارة مع الافراد أو الاشخاص المعنوي الخاصة أو في العلاقة التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها، بعد أن تأكد أن ابرام الادارة لعقودها في ظل قواعد القانون الخاص لا يكفي لتحقيق اهدافها التي تحققها العقود الادارية، عندما تظهر الادارة بوصفها سلطة عامة، فتتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها تحقيقا للمصلحة العامة. وعندما تخضع لنظام قضائي خاص هو نظام القضاء الاداري الذي يتميز بكونه قضاء انشائيا متخصصا يعمل على خلق القواعد القانونية المناسبة بصورتها الحالية، كما لا يجوز ان يؤدي التعديل الى تغيير طبيعة العقد، ولا يجوز للإدارة ان تجري من التعديلات مما يجعل المتعاقد امام عقد جديد، ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد ان يطلب فسخ العقد ويتمتع عن التنفيذ، وقد جرى القضاء الاداري في فرنسا على عدم جواز تعديل نصوص العقد الاساسية على اساس ان الشروط غير قابلة للتعديل، اذ ان ذلك يستلزم اخذ موافقة الطرف الثاني واقالة العقد القديم وانشاء عقد جديد متى توافرت عناصره، كما يجب على الادارة في الاحوال التي يجوز لها تعديل العقد ان تحترم مبدأ المشروعية، اذ لا بد ان يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي ان يكون قرارها موافقا للأنظمة النافذة.

وقد استقرت احكام القضاء الاداري على ان الادارة لا يحق لها اجراء اي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فالإدارة حق التعديل شروط العقد واضافة شروط جديدة بما يتراءى لها انه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، او كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

تتمتع الدارة بامتياز مهم في عقودها الادارية هو قدرتها على انهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة قبل اتمام هذا العقد نهائيا دون ان يصدر خطا من جانب المتعاقد، كما ان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية يطابع خاص هو تغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة ويترتب عن ذلك ان للإدارة دائما سلطة انهاء العقد اذا قدرت ان هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الاخر الا الحق في التعويض ان كان له وجه، وهذا على خلاف الاصل في العقود المدنية التي لا يجوز ان يستقل احد الطرفين بفسخها أو انهائها دون ارادة الطرف الاخر.

الا ان حق الادارة في فسخ عقودها الادارية بإرادتها المنفردة هو مبدا مقرر بواسطة القضاء الا انه يصنف الى ذلك ان السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي، فلكل منهما نطاقها المستقل اذ ان التعديل معناه ان يفرض على المتعاقد تقديم اشياء او اداء اموال لم ينص عليها في العقد في حين يشمل الانهاء كل خذف جزئي أو كلي للالتزامات المتعاقد دون ان يطلب منه تقديم بديل عنها.

كما يمارس القضاء الاداري رقابته على قرار الادارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيته وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة، فاذا تبين القضاء ان قرار الانهاء لم يهتم على اسباب مشروعة للبحث في ملائمة القرار والغائه وهو ما استقر علية قضاء المحكمة العليا على ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك الغاء قرار الانهاء اذا تبين له انه لم يؤسس على سبب مشروع، بالإضافة الى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لما حققه من ضرر نتيجة انهاء العقد قبل اوانه دون تقصير منه، كما ان القرارات التي تصدر من جهة الادارة بإبرام عقد من العقود يمثل افصاح الادارة بقصد احداث اثر قانوني، وبتحليل العملية القانونية السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الادارة لشروط معينة، هي بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء سبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة عن الاضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل.

وقد خلصنا من هذه الدراسة الى عدة نتائج منها:

1-ان العقود الادارية في الوقت الحاضر ليست صورة واحدة بل تتفرع حسب موضوع لكل منهت.

2-اكدت الدراسة ان العقود الادارية على اختلاف انواعها ليست عقودا ابدية، فهي تنتهي بتنفيذ الالتزامات التعاقدية التي نص عليها العقد، وقد تقوم الادارة بإنهائها بإدارتها المنفردة دون الحاجة الى حكم قضائي وكذلك لها ان تفسخ العقد كجزاء توقعه على المتعاقد معها نتيجة اخلاله بالتزاماته التعاقدية اخلالا جسميا، اما المتعاقد مع الادارة فهو لا يستطيع التوقف عن التنفيذ التزاماته بموجب العقد الا بصدور حكم قضائي بالفسخ.

3-كذلك لقد اتضح من خلال هذه الدراسة ان استعمال الادارة لامتيازاتها في مجال العقود الادارية لم تكن مطلقة ولكن هناك عدة ضوابط تحكم هذه الامتيازات سواء كانت ضوابط تشريعية عقدية وقضائية.

وفي الأخير نقترح ان يبتعد عن تعريف العقد الاداري وتحديده، وان يترك ذلك للقضاء باعتباره الاقدر على كشف الطبيعة القانونية لهذا العقد، والأخذ بنظام قضائي مزدوج بحيث يستقل القضاء الاداري عن القضاء المدني فتنشا محاكم مستقلة عن المحاكم.

قائمة المحتويات

العنوان	الصفحة
مقدمة	02
الفصل الأول: ماهية العقود الإدارية.	11
المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية.	12
المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية.	12
الفرع الأول: مقومات العقد الإداري.	13
أولا: أن يكون أحد أطراف العقد شخص قانوني عام.	13
ثانيا: اتّصال العقود بالمرافق العامة.	14
ثالثا: أن يختار الشخص القانوني العام وسائل القانون العام.	14
المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية.	18
الفرع الأول: عقد الامتياز.	19
أولا: عقد الامتياز.	19
أ/ تقييم عقد الامتياز.	19
ثانيا: العلاقة بين الإدارة والملتزم.	20
أ/ بالنسبة للجهة صالحة الالتزام.	20
1-حرية اختيار المتعاقد.	20
2-حق الرقابة والإشراف والتوجيه.	20
3-حق التعديل.	21
4-حق الاسترداد.	21
ب/ حقوق الملتزم.	21
1-رسوم الانتفاع.	21
2-التعويضات المحتملة.	21
3-المزايا المساعدة.	22
ثالثا: حقوق المنتفعين.	22

1-حق الانتفاع بخدمات المرفق.	22
2-حقا مطالبة الإدارة بالتدخل.	22
3-نهاية العقد ومنازعاته.	22
الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة.	23
أولا: عقد الأشغال العامة (او عقد المقاولة).	23
ثانيا: خصائصه.	23
1-أنه عقد يرد على عقار.	23
2-أنه عقد يتم تنفيذه لمصلحة شخص معنوي عام او لحسابه.	23
3-انه عقد يستهدف تحقيق مصلحة نفعية عامة.	24
الفرع الثالث: عقد التوريد.	24
أولا: عقد التوريد.	24
1-أنه عقد يرد على منقول.	25
2-أنه عقد رضائي.	25
ثانيا: عقد القرض العام.	25
1-الطبيعة القانونية لعقد القرض العام.	26
المطلب الثالث: طرق وأساليب إبرام العقود الإدارية.	26
الفرع الأول: قواعد التحكم في إبرام العقود الإدارية.	26
أولا: قواعد المنافسة.	27
أ/المساواة بين المتنافسين.	27
1-صور المناقصة العامة وأشكالها.	28
2-الاستشارة الانتقائية.	28
ب/ أولوية الأشخاص والمنتجات الوطنية.	29
ج/ مراعاة الأسعار العادلة وتوفير الجودة.	29

ثانيا: طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة.	29
أ/ المناقصة العامة.	30
1-المزايدة.	30
2-المسابقة.	30
الفرع الثاني: مراحل المناقصة.	31
أولا: إجراء إبرام المناقصة.	31
أ/ الإعلان على المناقصة.	31
1-مرحلة التقدم بالعطاء.	32
2-مرحلة فحص العروض والعطاءات.	33
أولا: الترتيب التقني للعروض.	34
ثانيا: أسلوب التراضي.	35
المبحث الثاني: أثار ونهاية العقود الإدارية وإنهائها.	37
المطلب الأول: آثار العقد الإداري.	37
الفرع الأول: سلطات الإدارة.	37
أولا: سلطة الرقابة والتوجيه.	37
ثانيا: سلطة تعديل العقد بصفة منفردة.	38
ثالثا: سلطة توقيع الجزاءات.	38
الفرع الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة.	39
أولا: الحق في الحصول على المقابل المالي.	39
أ/ التسبيقات الجزافية.	40
ب/ التسبيقات على التموين.	41
ثانيا: الحق في التعويض.	41
أ/ مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ.	41
ب/ مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ.	42

ج/ التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.	42
د/ التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري.	43
1/ نظرية فعل الأمير.	43
2/ نظرية الظروف الطارئة.	46
3/ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.	50
المطلب الثاني: نهاية العقد الإداري.	50
الفرع الأول: الانقضاء العادي للعقد الإداري.	50
أولا: التنفيذ الكامل للعقد.	51
أ/ بالتنفيذ الكامل للعقد.	51
ب/ بانقضاء المدة إذا كان العقد محددا بمدة معينة.	51
ج/ بطلان العقد.	51
د/ فسخ العقد.	52
1. الفسخ الإتفاقي.	52
2. الفسخ القضائي.	52
3. الفسخ الإداري.	52
4. الفسخ التلقائي.	52
ثانيا: تبعية الهلاك.	52
المطلب الثالث: إنهاء العقد الإداري.	53
الفرع الأول: الإنهاء.	53
أولا: الإنهاء الإداري.	53
1/ النظام القانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي.	54
أ- حق ثابت دون نص.	54
ب-تعويض المتعاقد.	54

ت-حقوق الغير قابل للمتعاقد.	55
ث-احترام قواعد العامة للمشروعية.	55
ثانيا: الإنهاء التشريعي للعقد الإداري.	55
أ/ الإنهاء القضائي.	55
خلاصة الفصل.	56
الفصل الثاني: العقود الإدارية بين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء.	59
المبحث الأول: الاختصاص القضائي.	60
المطلب الأول: توزيع الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية.	60
الفرع الأول: ولاية القضاء الكامل.	60
أولا: الرقابة القضائية على العقد الإداري.	60
المطلب الثاني: اختصاص القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية.	63
الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل.	63
أولا: دعوى القضاء الكامل.	63
ثانيا: أصل المنازعات.	64
1/ دعوى بطلان العقد الإداري.	65
2/ دعوى الحصول على مبالغ مالية.	65
3/ دعوى فسخ العقد.	67
4/ دعوى تهدف إلى إبطال بعض التصرفات الصادرة من جهة الإدارة على خلاف التزاماتها الإدارية.	68
ثالثا: الطلبات المستعجلة.	69
الفرع الثاني: مدى ولاية القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري.	71
المبحث الثاني: العقد الإداري ودعوى الإلغاء.	74
المطلب الأول: قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية.	74
الفرع الأول: دعوى الإلغاء.	74
أولا: إجراءات رفع الدعوى.	74

ثانيا: إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة لا يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد.	75
المطلب الثاني: القرارات التي تكون محل إلغاء في العقود الإدارية.	80
الفرع الأول: قرارات التعاقد ورفض التعاقد.	80
الفرع الثاني: القرارات التي تصدرها الإدارة يغير صفتها التعاقدية.	81
الفرع الثالث: طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز.	82
خلاصة الفصل.	85
خاتمة.	87