

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
كلية الحقوق والعلوم والسياسية
قسم الحقوق

مطبوعة خاصة بمقياس القرارات والعقود الإدارية
موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس (قانون عام)
بعنوان:

محاضرات في مقياس القرارات والعقود الإدارية
الجزأ الأول: القرارات الإدارية

من إعداد أستاذ المقياس :
الدكتور: حططاش عمر

السنة الجامعية 2023-2024

مقدمة

المبدأ الذي تقوم عليه مختلف الأعمال والأنشطة الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام وتحقيق التنمية الوطنية ولأجل ذلك تملك الإدارة جملة من الوسائل القانونية للقيام بنشاطها على راسها القرارات والعقود الإدارية التي يصطلح عليها بالأعمال الإدارية القانونية ، إلى جانب مختلف الأعمال المادية التي يصطلح عليها بالنشاط الإداري الذي يتخذ بدوره عدة صور .

إن القصد من هذا النشاط هو محاولة إشباع الحاجيات الفردية أولاً، وذلك بتنظيم العلاقات القائمة بين الأفراد باستعمال قواعد القانون الخاص الذي تتضمن روافده كل من القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون البحري والقانون الدولي الخاص... الخ، بينما محاولة تحقيق الصالح العام في المجتمع، فتتولاها الإدارة العامة التي أنشئت كتنظيم اجتماعي حديث يتولى شؤون الإدارة والتسيير العام

إن مهمة تحقيق النفع العام والمصلحة العامة مهمة صعبة التطبيق ومكلفة ، وتتفرع أنشطة الإدارة إلى فرعين حسب تفرع نشاط الإدارة الذي يقسم إلى نشاط خارجي وداخلي ، نشاط الدجولة الخارجي يحكمه القانون العام الخارجي والذي يصطلح عليه بالقانون الدولي العام، وتنحصر مهمته في تنظيم العلاقات فيما بين الدول، سواء كانت في وقت السلم، أو في وقت الحرب، هذا الفرع لا يتصل اتصالاً مباشراً بموضوع دراستنا الحالية بل أن دراستنا في هذا المقياس تتعلق بالقسم الثاني والمتمثل في القانون العام الداخلي الذي يختص بتنظيم الأشخاص الإدارية وعلاقاتها فيما بينها، أو فيما بينها وبين الأفراد ومن فروع هذا القانون نجد القانون الإداري الذي يتميز بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تنطبق وتحكم الإدارة في تنظيمها ونشاطها، ولاسيما بالنسبة لعلاقاتها بالمحكومين 1 ، وعليه يحكم عليه في العموم على أنه قانون الإدارة العامة 2 .

وما دام القانون الإداري هو المعبر الصادق عن رغبة الإدارة في احتياجاتها وأمالها المستقبلية في تحقيقها للمصلحة العامة، فتحقيق هذه المقاصد لا يكون كذلك إلا عن طريق قواعد القانون الإداري بوصفها قواعد استثنائية تمنح الإدارة سلطة عامة وامتيازات غير مألوفة في قواعد القانون العادي ، ومن هذه الامتيازات التي تتمتع بها الإدارات ويحرم منها الفرد العادي، تخصيص الإدارة العامة بمهمة واختصاص القيام بأعمال إدارية قانونية والتي تتخذ صورتين هما القرارات الإدارية التي تعبر بها الإدارة عن مظاهر استخدامها للسلطة العامة مثل قرارات التعيين في الوظيفة العامة أو قرارات رخص البناء والتعمير وقرارات حضر التجوال في مكان معين أو زمان معين حفاظاً على النظام العام وهي التي نخصص لها في دراستنا (الفصل الأول)، بينما النوع الثاني من الأعمال الإدارية التي تختص بها الإدارة هي .

إن قصور مهمة الإدارة العامة فيما يتعلق باختصاص إصدار القرارات الإدارية، ومحاولة إشباع حاجيات الإدارة، كان الدافع بالمشروع إلى إعادة النظر من حين لآخر في قائمة الحاجيات الملحة، والدائمة والتي ما فتئت تؤثر بازديادها بمرور الزمن بالسلب على مهام الإدارة، الأمر الذي دفع بالمشروع الإداري أن يوسع من اختصاصات الدولة بالإضافة إلى مهمة إصدار القرارات الإدارية بأن مكنها بالقيام بأعمال مشابهة لأعمال الأفراد تتمثل في إبرام عقود سماها العقود الإدارية (الباب الثاني) 3 .

1 راجع - خالد خليل الظاهر القانون الإداري، مرجع سابق، ص 14 وما بعدها.

2 p 14، A. De Laubodaire, Traité de droit administratif, Tome 18, 6ème édition, Paris, 1980

3 ثروت بدوي، القانون الإداري، القاهرة، 1982.

يتميز القرار الإداري بكونه عمل انفرادي بمكانة خاصة ضمن العلوم القانونية بصفة عامة والقانون

الإداري بصفة خاصة، فالقرار الإداري هو الوسيلة الضرورية التي وضعها المشرع في متناول الإدارة العامة قصد القيام بأعبائها، ووظائفها العامة قصد تحقيق المصلحة العامة، ويعتبر القرار الإداري مظهرا من مظاهر ممارسة الإدارة العامة لسلطاتها العامة، فلا يمكن لأي جهاز يتحمل أعباء الإدارة العامة بما يشتمل على وظائف وأعمال مختلفة من حفظ للنظام العام وتنظيم للعلاقات المختلفة بين الأفراد فيما بينهم، من جهة، وبينهم وبين الجهاز الإداري أو الإدارة العامة من جهة أخرى، دون الاستناد إلى وسيلة القرار الإداري كأداة للتسيير والإدارة، فما هي هذه الوسيلة (القرار الإداري)

أن دراسة العمل القانوني المتمثل في القرار الإداري تقتضي منا التعرض لدراسة مفهوم القرار الإداري (المبحث الأول) وأركان القرار الإداري (المبحث الثاني) ثم آثار القرار الإداري (المبحث الثالث) ثم نهاية القرارات

المبحث الأول: مفهوم القرار الإداري.

حتى نتفق على معنى أو معطى مفهوم القرار الإداري، من الضروري الوقوف على الآراء المعروفة له قصد القيام تحديدي تعريفه والبحث في كينونة القرار الإداري ومدى تمييزه عن الأعمال الأخرى (المطلب الأول)، إن عملية التعريف والتمييز تنتج الخصائص التي يتصف بها القرار الإداري وكذا أنواعه المختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف القرار الإداري وتمييزه عن غيره من الأعمال التي قد تلتبس معه

(العمل التشريعي والقضائي)

إن عملية تعريف القرار الإداري ليست بالأمر الهين والسهل مما أدى إلى وجود عدة محاولات لتعريفه فقها وقضاء وحتى من جانب المشرع، وهي المحاولات التي سنحاول إبرازها تباعا (الفرع الأول)، كما أن عملية التعريف بالقرار الإداري أبرزت هي الأخرى إشكالا يتعلق بمدى تمييزه عن الأعمال الأخرى المشابهة له كالعمل التشريعي والقضائي وهو ما سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري

تعددت الآراء التي حاولت إعطاء تعريف للقرار الإداري بين التعريف اللغوي والاصطلاحي

أولا: التعرف اللغوي للقرار الإداري .

إن المدلول اللغوي لكلمة قرار تأتي من فعل أقر، يقر، ويعني استقر، مصداقا لقوله تعالى ""أمن جعل الأرض قرارا وجعل خلالها أنهارا وجعل لها رواسي وجعل بين البحرين حاجزا أءله مع الله، بل أكثرهم لا يعلمون"" 4 كما يعني لغة ما قر به الرأي من الحكم 5.

4-سورة النمل الآية 61 .

5 -نديم وأسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة العربية، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، 1974، ص.291.

ثانيا: تعريف القرار الإداري اصطلاحا:

في غياب تعريف واضح ودقيق للقرار الإداري في التشريع ، كانت هناك محاولات فقهية وقضائية لتعريفه ، إلا أنها بقيت دون الاتفاق بين الفقه والقضاء .

01: التعريف الفقهي للقرار الإداري

تباينت محاولات الفقه في إيجاد تعريف للقرار الإداري بين الفقه الإداري الفرنسي (أ) ، والفقه العربي (ب)

أ: محاولات الفقه الإداري الفرنسي لتعريف القرار الإداري

اعترف الفقه الفرنسي بصعوبة إعطاء تعريف للقرار الإداري، وهذه الصعوبة كانت حافزا في تعدد المحاولات الفقهية الفرنسية الرامية إلى تعريفه ومنها:

تعريف هوريو للقرار الإداري: عرفه بأنه إعلان للإدارة بقصد إجراء أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر.

وعرفه الفقيه ليون دوجي بما يلي : «كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية وقت صدوره، أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة» 6 ، يمكن أن نستخلص من مختلف تعريفات الفقه الإداري الفرنسي للقرار الإداري تعريه بأنه:

«كل عمل إداري يصدر عن جهة الإدارة بإرادتها المنفردة، ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية، بما يفرضه من التزامات وما يمنحه من حقوق».

ب: تعريف الفقه الإداري العربي

الفقه العربي بدوره كانت له محاولات لتعريف القرار الإداري ، ومن أبرز تعريفات الفقه العربي نذكر ما يلي:

-تعريف الفقه محاولة سليمان الطماوي: الذي عرف القرار الإداري بأنه:

«إفصاح عن إرادة ملزمة بقصد إحداث أثر قانوني وذلك إما بإصدار قاعدة تنشئ أو تعدل حالة قانونية، أو موضوعية حيث يكون العمل لائحة، إما بإنشاء حالة فردية أو تعديلها أو إلغائها لمصلحة فرد، أو أفراد معينين، أو ضدهم في حالة القرار الفردي» 7.

5 للاطلاع على بعض التعاريف راجع:

- عمار بوضياف القرار الإداري، ط 1، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 14.

- Haurios, Précis de droit administratif, 2ème édition, 1929, p 400 .

- Jean Rivero, Droit administratif, 12ème édition, Dalloz, 1987, p 108 .

6 عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري المؤسسة الجزائرية للطباعة الجزائر، 1988، ص.26.

7 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة ص 173 وما بعدها.

وعرفه الفقيه فؤاد مهنا بما يلي: «القرار الإداري هو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث أثرا قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد، أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم» 8 .

ب: التعريف القضائي للقرار الإداري

تناول القضاء الإداري إشكالية تعريف القرار الإداري على مستوى القضائيين الإداريين سواء القضاء الفرنسي أو العربي ، وأسفرت تلك المحاولات على التعريفات التالية:

أ: تعريف القضاء الفرنسي

عرف القرار الإداري من قبل القضاء الإداري الفرنسي بأنه: «تصرف قانوني نهائي صادر عن الإدارة عندما تمارس المهام الإدارية الموكلة إليها، بغرض إنشاء، أو تعديل، أو إلغاء حق أو التزام قانوني معين» 9 .

وبعد المحاولات العديدة لتعريف القرار الإداري من قبل القضاء الإداري الفرنسي استقر في الأخير على التعريف التالي: «القرار الإداري هو عمل قانوني نافذ، منفرد يصدر عن سلطة إدارية ويكون متمتعاً بالقوة التنفيذية» 10 .

ب: تعريف القضاء الإداري العربي

نتعرض بإيجاز لمحاولات القضائيين الإداريين المصري والجزائري لأجل تعريف القرار الإداري كل زاويته

ب-1: تعريف القرار الإداري من قبل القضاء الإداري المصري:

عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرار لها صدر في 17 يناير 1989 القرار الإداري بما يلي: «إن القرار الإداري على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادته الملزمة، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً في ابتغاء مصلحة عامة» 11 .

ورغم اعتماد هذا التعريف منذ الخمسينيات من القرن الحالي ، إلا أنه تعرض لانتقادات عديدة منها:

- يشترط اتفاق القرار مع القوانين واللوائح.
- تنقصه الدقة في التعبير، لأنه يشمل القرارات الصريحة دون الضمنية.
- تناول فقط إحداث مركز قانوني كعبارة متقدمة، بالإضافة إلى الصفة التنفيذية.
- أغفل عنصر السبب.

8 راجع محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي 1967، ص 109.

- خالد خليل الظاهر القانون الإداري، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان 1997، ص 111.

9 Frier, Pierre-Laurent, et Petit Jacques, Précis de droit administratif, 6ème édition

Montchrestien, Paris, 2010, p 281

10 Rivero (J), Droit administratif, Dalloz, paris, France, 1980, pp95 et s

11 مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا الجزء الثالث، ص 2109 وما بعدها.

استشعرت المحكمة الإدارية هذه الانتقادات وسأيرت في ذلك القضاء الإداري الفرنسي، مما جعلها تعرف القرار الإداري في قرارات أخرى لها بأنه : «إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة» 12 .

وعليه تكون المحكمة قد غيرت عبارة إحداث مركز قانوني معين بعبارة إحداث أثر قانوني معين.

ب2: تعريف القضاء الإداري الجزائري

عرف القضاء الإداري الجزائري القرار الإداري بأنه ""عمل انفرادي تنظيمي يمكن أن يلغي أو يعدل من قبل السلطة التي كانت قد أصدرته""¹³

ما يلاحظ على تعريف القضاء الإداري الجزائري أنه ضيق ولا يشمل كل العناصر المكونة للقرار.

الفرع الثاني : تمييز القرار الإداري عن الأعمال الأخرى

يتميز القرار الإداري بمجموعة من المميزات التي تجعله يختلف عن باقي أعمال الإدارة في شكلها التشريعي أو في شكلها القضائي.

01:- تمييز القرار الإداري عن العمل التشريعي.

ثار الجدل بين الفقه والقضاء الإداريين حول التمييز بين العمل الإداري الذي يشكل القرار الإداري والعمل التشريعي، ولذلك ومن أجل تحديد الفروق بينهما اتبع معيارين هما: المعيار الشكلي(أ) والمعيار الموضوعي (ب)

أ : المعيار الشكلي

يعتمد هذا المعيار على الجهة المصدرة للعمل دون النظر إلى موضوعه، فإذا صدر العمل من هيئة تشريعية فهو عمل تشريعي، ويعد إداريا إذا صدر من إحدى الهيئات الإدارية 14 ، إلا أنه يلاحظ أن الهيئات التشريعية لا يقتصر عملها على التشريع فقط، بل يتعداه إلى مهام ووظائف أخرى تسمى الأعمال البرلمانية كإدارة هيئة البرلمان (بغرفتيه) بموظفيها وعلاقة البرلمان بغيره من البرلمانات وكذا ما يسمى بالديبلوماسية البرلمانية وكذا اللوائح التي تصدرها أي من غرفتي البرلمان مثل المصادقة على نظامهما الداخلي وكذا عمل اللجان البرلمانية ولجان التحقيق ..الخ والتي لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية، مثل الأعمال الصادرة من البرلمان الغرفتين

كما أن الإدارة التنفيذية - الوزارات وكذا رئاسة الحكومة لدى تقديمها لمشروع القانون، فعملها هذا لا يعد عملا إداريا في شكل قرارات إدارية، وبالتالي لا يخضع للرقابة القضائية.

12- نقلا عن عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 40.

13- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار بتاريخ 22 ماي 1970، السيدة سمون، نشرة القضاة، العدد 1، 1971، ص 122 .

14- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة د. محمد عرب، صاصيلا ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990، ص 340.

- راجع أيضا: خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 121، وسليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 59.

ب- : المعيار الموضوعي

يعتمد المعيار الموضوعي على طبيعة العمل، إن كان يتضمن على قاعدة عامة ومجردة، وأنشأ قانونا عاما اعتبر عملا قانونيا تشريعيًا، أما إذا أنشأ مركزا(آثار) أو غيره، أو ألغى مركزا أو آثارا قانونية فردية أو خاصة فيعد قرارا إداريا.

ب-1:- المراكز القانونية: للقرار الإداري مركزين قانونيين هما:

1- المراكز القانونية العامة 15 : يقصد باصطلاح المراكز القانونية العامة ، الحقوق والالتزامات التي ينفرد بها شخص أو مجموعة من الأشخاص، مثل مركز الموظف في القانون العام الذي يخضع لتغيرات يفرضها الصالح العام.

2- المراكز القانونية الخاصة 16 : يقصد بها الحالة العينية لشخص ما، مثل حالة البائع والمشتري في القانون الخاص، وهذه الحالات لا يمكن المساس بها إلا برضا من يمارسها.

ب 02:- الأعمال القانونية:

تتميز الأعمال القانونية بميزة التغير والتبدل بحسب حاجة المجتمع لها، سواء تم هذا التغير نتيجة لإرادة المشرع أم بإرادة شاغليها، وتنقسم الأعمال القانونية إلى أعمال شخصية مثل التصرفات العقدية، وأعمال مشرعة(تنظيمية) أي تحتوي أعمالا تتضمن قواعد تنظيمية عامة كالإنشاء والتعديل والإلغاء للمراكز القانونية العامة 17 .

نتيجة لما تقدم نكون أمام قرار إداري إذا كان العمل متصفا بميزة الصدور الانفرادي عن جهة إدارية مركزية كرئاسة الجمهورية، رئاسة الحكومة، الوزارات، أو جهة إدارية محلية كالولايات أو البلديات أو مرفق عام إداري، ويخرج عن دائرة القرار الإداري أعمال الجمعيات والنقابات وأعمال الشركات المدنية والتجارية.

إلا أن الرقابة القضائية الإدارية في منظور المشرع الجزائري أخلطت بين القرارات الإدارية والأعمال الأخرى الصادرة من جهات غير إدارية في بعض الاستثناءات التي اعتد فيها المشرع بالمعيار الموضوعي في تحديدي طبيعة العمل.

ويخرج عن دائرة القرار الإداري الأعمال المتعلقة بسير التمثيليات الدبلوماسية، وكذلك القرارات التي تصدرها الدولة في علاقاتها مع بقية الدول الأخرى، والقرارات الحكومية الصادرة لتنظيم الممثلات الدبلوماسية في الخارج، وكذا الأعمال المرتبطة بالمعاهدات والاتفاقات الدولية، وهو ما يصطلح عليه بأعمال السيادة.

15- راجع محمد فؤاد، مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، 1977، ص، 648،

-محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.527.

16- راجع حسين فريجة شرح المنازعات الإدارية دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 36 مصطفى كامل الوصفي، التطور الحديث للشرعية ، مجلة العلوم الإدارية، العدد 3، 1976، ص.15.

17- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 123.

كما تعتبر أعمال بعض الهيئات خارجة عن دائرة القرارات الإدارية رغم صدورها من إدارات عامة مثل قرارات المجلس الدستوري سابقا التي لا تقبل الرقابة القضائية الإدارية لأنها أعمال تخرج عن نطاق القرارات الإدارية 18 غير أن هذا المثال لم يعد مطروحا بعد تحول المجلس الدستوري في الجزائر إلى محكمة دستورية بموجب تعديل 2020/12/30 .

02:- أهمية التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي

يعتمد في عملية التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي على معيارين (2-أ)، وينجم عن هذا التمييز مجموعة من الآثار القانونية (2-ب).

2-أ: معايير تمييز القرار الإداري عن العمل القضائي:

لقد اعتمدنا في التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي على معيارين هما، المعيار العضوي والمعيار الموضوعي:

المعيار العضوي: تعتبر الأعمال الصادرة عن الإدارة قرارات إدارية بصرف النظر عن مضمونها، كما تعتبر الأعمال الصادرة من الهيئة القضائية أعمالاً قضائية دون النظر لمضمونها 19 .

النقد الموجه لهذا المعيار: انتقد هذا المعيار لبساطته كونه اعتبر بأن الهيئات القضائية يقتصر عملها على الجانب القضائي، رغم ازدواجية عملها ذلك أنه رغم كون عملها يطغى عليه الطابع القضائي إلا أن ذلك لا يمنع من ممارستها لبعض الأعمال التي تنسم بالطابع الإداري، كما أن عنصر الإجراءات عملية مشتركة بين العمل الإداري والعمل القضائي 20

المعيار الموضوعي: اعتمد هذا المعيار على أساس النظر إلى موضوع العمل دون الاكتراث بالجهة المصدرة له، واستناداً لبعض الفقه ومنهم CHAUS (21)، ورمزي طه الشاعر ووجدي راغب فهمي 22 يكون العمل قضائياً إذا اشتمل على ثلاثة عناصر تكون مشكلة فيما يلي:

1- دعوى مخالفة القانون يقدمها صاحب الشأن ضد قرار إداري أمام القضاء.

2- تقرير يعده القاضي حول مجريات الدعوى.

3- حكم يصدره القاضي في الدعوى المرفوعة أمامه يضمنها وجود خرق للقاعدة القانونية أو عدم وجوده.

النقد الموجه لهذا المعيار: انتقد هذا الرأي لاعتماده على العنصر الخارجي ودمجه مع عناصر العمل القضائي، واستبعاده للعنصر الشكلي، إلا أن العمل القضائي يستوجب اعتماد المعيارين معاً دون استبعاد أي منهما حتى يتميز عن العمل الإداري.

18- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

19 - راجع سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ص 151 150.

20- CHAPUS R., Droit administratif général, Monchrestien, 8ème édition, Paris, 1994, p 21

21- وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص، 32.

22- رمزي طه الشاعر المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، دار النهضة العربية القاهرة، 1983، ص 36.

إن ما يلاحظ على القضاء الإداري الفرنسي، أنه يفرق بين أعمال السلطة القضائية في حد ذاتها ولا يأخذ بعين الاعتبار أن كل ما يصدر من الجهاز القضائي هو عمل قضائي كقاعدة عامة، بل يفرق بين الأعمال القضائية ذاتها، فيذهب إلى اعتبار أن الإجراءات المتعلقة بنظام العمل القضائي يمكن تقسيمها إلى أعمال إدارية مثل تعيين رجال القضاء، وترقيتهم، أو تأديبهم أو إدارة وتنظيم شؤون الجهاز القضائي فيما يتعلق بإدارته العامة، فهو ينظم عن طريق القرارات الإدارية، بينما تكون الأعمال الأخرى المتعلقة بالفصل في النزاعات هي أعمال قضائية.

نظراً لهذا الانتقاد، فقد أخذ المشرع الجزائري احتياطات بالأخذ بالمعيار العضوي لوحده بحسب ما جاء في ق إ م إ في مادته 800 بالنص على: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية» بل أدمجها مع المعيار الموضوعي الذي أوضح من خلالها التفرقة بين العمل الإداري والعمل القضائي، والتدخل

في الاختصاصات لا يقتصر على عمل السلطة القضائية فقط بل هو مستمد من السلطة الإدارية الأم والتي تعتبر أصل في الازدواج في الاختصاصات، والتي وأن حاولت عبر الأزمنة التنازل عن مثل هذا المزج في الاختصاصات، إلا أن الواقع العملي للإدارة العامة في سلطاتها، يبقى نسبي في التفرد بنوع واحد من الاختصاص - مهما كانت المحاولات في ذلك، لأن أصل هذه الاختصاصات الإدارية مستمدة من الأشخاص الطبيعية التي تتمتع بنشاطات عديدة ومتنوعة، الأمر الذي يجعل الإدارة العامة تلعب أدواراً قضائية في حل النزاعات ولو بطرق تصالحية.

2-ب : آثار التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي :

ينجم عن عملية التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي مجموعة الآثار القانونية هي:

1- طرق الطعن في القرارات الإدارية: تخضع بعض القرارات الإدارية لمجموعة من الإجراءات مثل التظلم الولائي والرئاسي، الشيء الذي لا يحدث في الأعمال القضائية.

2- طبيعة الجهة التي تتولى رقابة العمل: تخضع الأعمال الإدارية بما فيها القرارات الإدارية لرقابة السلطة القضائية الإدارية، التي يلجأ إليها المتضرر من الإدارة إحقاقاً للحق، وجهل الإدارة غير معتمد به حالة الاعتداء على حقوق الأفراد، بينما العمل القضائي فتكون العملية فيه خاضعة لرقابة سلمية بين المحاكم الإدارية الابتدائية والاستئنافية ومجلس الدولة.

3- من حيث الإجراءات: إن الإجراءات التي يشترطها القانون في قيام القرار الإداري كعمل انفرادي، يختلف عنه في القرار أو الحكم القضائي الذي يشترط فيه بعض البطء حتى يتسنى للمتخاصمين الدفاع عن أنفسهم 23 ، بينما القرار الإداري يتطلب المرونة والسرعة في الإصدار قصد المحافظة على المصلحة العامة.

4- مدى وجود نزاع: يظهر الفرق بين العمل الإداري الانفرادي (القرار) والعمل القضائي بان الصنف الأول يتجسد في عمل انفرادي صادر عن جهة إدارية عامة بقصد إحداث أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني، بينما العمل القضائي هو تدخل هيئة قضائية للفصل في نزاع قائم بين اثنين أو أكثر بعد رفع دعوى أمامها للمطالبة بالفصل في الخصام 24 .

23- حق التقاضي والدفاع مضمون بموجب الدستور ومن بعده القانون.

24- إن مهمة التمييز بين العمل القضائي في شكل أحكام أو قرارات والعمل الإداري في شكل قرارات إدارية ظهر صعباً في مواجهة الاجتهاد الفقهي الذي حاول قدر الإمكان التصدي لتلك الصعوبات بأن وضع مجموعة من الطروحات الفكرية مثل:

.../ تابع للهامش 24

أ- فكرة السلطة التقديرية: محتوى هذه الفكرة، أن القرار الإداري لا يصدر من الإدارة العامة إلا استناداً إلى سلطة تقديرية، وأن الحكم القضائي لا يصدر إلا بناء على سلطة مقيدة.

الملاحظ لمحتوى هذه الفكرة يسجل بأن هذا الطرح في جانبه يعتبر غير دقيق، ولا يعبر عن صحة الظروف التي تتخذ فيها العمليتين من قبل الجهازين سواء الإداري والقضائي، وللإطلاع على معلومات أكثر راجع:

محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر 1962، ص 22.

Bonard, Le pouvoir discrétionnaire, de l'administration, et le Recours pour excès-de-pouvoir, 1923, p 363

أحمد زاغي، سلطة الإدارة التقليدية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال، الموسم الجامعي 83/1984، ص 115، محمد عاطف البناء، الرقابة لأعمال الإدارة، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1970، ص 58.

ب- فكرة طبيعة العمل أو موضوعه: النتيجة من هذه الفكرة أنها تعالج موضوع العمل مباشرة، فإذا كان الموضوع يتناول عملية فصل في خصومة، كان العمل قضائياً، وما يلاحظ على هذا التوجه أنه اعتمد على فكرة الخصومة في عملية التمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري المتمثل في القرار الإداري.

انتقد هذا التوجه لأن الاعتماد على فكرة الخصومة - أي طبيعة العمل - التي استندت للعمل القضائي، قد تتولاها الإدارة العامة في فض النزاعات عن طريق القرارات الإدارية، وقد أضاف بعض الفقه عنصر آخر وهو الغرض من العمل.

راجع/ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 187.

ج- فكرة تحديد طبيعة العمل أساس حجية الشيء المقضي فيه: ذهب بعض من الفقه في التفرقة بين العمل القضائي والقرار الإداري بالاعتماد على فكرة حجية الشيء المقضي فيه كميّار فاصل بين العاملين، فاعتمد هذا الرأي على نظرة مفادها أن الحكم القضائي لما يصبح نهائي يكسب عند ذلك صفة الحقيقة القانونية المطلقة، بأن يتمكن من وضع حل نهائي للنزاع بين الأفراد، مما يمكنهم من تحقيق الاستقرار السلمي فيما بينهم، في حين أن القرار الإداري الذي يشترط فيه المرونة حتى يواكب مقتضيات التطور في نظام الإدارة وتعاملها مع المجتمع، يكون قابلاً للسحب أو الإلغاء أو التعديل أو التعويض، مما يجعل منه مغايراً في الحجية عما هو في موضوع القضاء.

راجع في هذا: محمد فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط 2، 1976، ص 86.

المطلب الثاني: خصائص القرار الإداري وأنواعه

نستخلص من التعاريف السابقة للقرار الإداري مجموعة من الخصائص المتنوعة التي يتميز بها القرار الإداري عن غيره من الأعمال الإدارية الأخرى، والتي سنتناولها بالدراسة في (الفرع الأول)، المقاصد

التي من خلالها يمكن أن تؤدي إلى توضيح فكرة التنوع التي يتميز بها القرار الإداري في خروجه إلى أرض الواقع بأنه يتسم بعدة الأنواع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص القرار الإداري

المتضمن في مختلف التعاريف السالفة الذكر، وكذا عملية التمييز بين القرار الإداري والعلمين القضائي والتشريعي، يستنتج مجموعة من الخصائص هي أن القرار الإداري هو تصرف قانوني يصدر بإرادة منفردة للإدارة العامة (أولاً) وحتى يولد القرار الإداري آثاره القانونية لابد أن يكون في وضعية التنفيذ (ثانياً).

أولاً: القرار الإداري عمل قانوني يصدر بإرادة منفردة

لا تعتبر الأعمال الصادرة من الإدارة العامة كلها أعمالاً إدارية، بل يجب على من يريد أن يعزل أعمال الإدارة كي تكون في شكل قرارات إدارية عن العمال الإدارية الأخرى، أن يثبت من وجود الخصوصيات التي تشترط في القرار الإداري حتى يكون سليماً، بأن يتضمن في بنائه على خصائص منها أن يكون في شكل تصرف قانوني (أ)، وأن يكون من إدارة عامة (ب)، وأن يكون مصدره إرادة إدارة منفردة (ج).

أ- : القرار عمل أو تصرف قانوني

أوجد القضاء الإداري المصري شروطاً يميز بها الحكم القضائي عن القرار الإداري منها :

- 1- أن تقوم الخصومة بين طرفين.
- 2- أن تقوم هذه الخصومة في مسألة قانونية.
- 3- أن يحوز القرار الصادر في ذلك حجية الشيء المقضي فيه وأن لا ينشئ هذا القرار مركزاً قانونياً جديداً (25).

(25): راجع في ذلك: خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 127.

- عمار عوايدي، نظرية القرارات الإدارية علم الإدارة والقانون الإداري، دار، هومه، الجزائر، 2003، ص 23 وما بعدها،
- حسين فريجة، شرح المنازعة الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 38.
- محمد رفعت عبد الوهاب النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 236
- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي القاهرة، ص 173 وما بعدها

-hapus R, Droit administratif, op.cit., p240

-Delaubadaire (A), Nenezia (J.C), Guadmet (Y), Traité de droit administratif, L.G.D.J
Paris France, 1999, pp 549 et s

-Rivero (J), Droit administratif, op.cit, pp 95 et s

- محمود سامي جمال الدين القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 47.
 - عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها
 - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2005، ص 8 وما بعدها.
- يعتبر العمل قانونياً لما تقوم الإدارة بنشاطها في ظل القواعد التي تسمح لها بإحداث آثار معينة طبقاً لما سطر من بنود قانونية، والتصرف القانوني يظهر من إفصاح الإدارة عن إرادتها كالتالي:

أ- إحداث مركز قانوني جديد

يشكل عمل الإدارة في شكل التصرف القانون المنتج لمركز قانوني حديث لما تقوم الإدارة العامة بإصدار قرار يعين بموجبه مثلاً شخصاً في وظيفة عامة تخوله منصباً إدارياً يكسبه مجموعة من الحقوق تقابلها مجموعة من الالتزامات تجاه الإدارة العامة 26 .

ب. تعديل مركز قانوني قائم

تقوم الإدارة العامة بموجب قرار إداري مثلاً بترقية موظف عام 27 .

ج- إنهاء مركز قانوني قائم:

يظهر هذا التصرف من الإدارة العامة لما تقوم مثلاً بإنهاء علاقة قانونية قائمة بين شخص طبيعي (موظف عام) والإدارة العامة، كانت تنظم في شكل أداء لوظيفة مقابل حقوق.

ويظهر إفصاح الإدارة عن تصرفها القانوني لما تقوم بعمل يظهر في شكل قرار إيجابي يكون صريحاً، أو في شكل عمل سلبي لما ترفض الإدارة أو تمتنع عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفق القانون النافذ 28 .

ثانياً: صدور القرار الإداري من إدارة عامة.

حتى يكون العمل أخذاً بشكل قرار إداري يجب أن يصدر من إدارة سواء كانت إدارة مركزية 29 ، أو إدارة محلية لا مركزية 30، أو مرافق عمومية وطنية 31 ، أو محلية 32 .

26 - راجع نواف كنعان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007، ص. 237

- محمد الصغير بعلي القرارات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص. 9.

27 - رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2011، ص 209.

28 - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 249.

29 - عبد العزيز شيجا وسالي جمالي الدين أصول القانون الإداري، مصر، 2002، ص 150.

30 - قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، صادر بتاريخ 29 فبراير 2012.

31 - مرسوم رئاسي رقم 94-132 مؤرخ في 29 مايو 1994، يحدد الأجهزة والهيكل الداخلية لرئاسة الجمهورية، ج ر عدد 39، الصادر بتاريخ 18 يونيو 1994.

32 - راجع المادتين 102 103 من القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق، ص 14.

ثالثاً: صدور القرار الإداري إرادة منفردة.

مادام العمل يشترط فيه حتى يكون قراراً إدارياً أن يكون في شكل عمل قانوني وصادراً من إدارة عامة مختصة وإرادة متفردة منها، عكس العمل العقدي الذي يفرض وجود إرادتين متقابلتين، ويظهر العمل في شكل قرار إداري، حتى عندما تتصرف الإدارة بتدخل من إرادة الفرد لما يتقدم بطلب وظيفة، أو تحويل لمنطقة أخرى مثلاً، يتولد عنه قرار إداري انفرادي نتيجة تدخل الإدارة بإرادتها المفردة، حتى ولو برغبة من إرادة ثانية 33 .

ثانياً: القرار الإداري النهائي يولد آثاراً قانونية.

يجب أن يكون القرار الإداري المولد لآثاره نهائياً (أ)، ويجب أن يولد آثاراً قانونية جديدة (ب).

أ: أن يكون القرار الإداري نهائياً (تنفيذياً)

حتى يعتبر القرار الإداري كاملاً يجب أن يحوز درجة العمل النهائي، لأن الأعمال الإدارية غير النهائية لا تعتبر قرارات إدارية، فالقرار الإداري هو ذلك العمل الذي يصدر من الإدارة العامة ويحقق آثاره القانونية مباشرة، ولا يخضع لسلطة إدارية أخرى تعقب عليه، أو تصادق عليه.

ب: أن يكون للقرار الإداري آثاره القانونية 34

لما يبلغ القرار الإداري درجة النهائية، يكون عندها قادراً على ترتيب أو توليد آثار قانونية محددة، تحدث عند قيام عملية الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء لوضع قانوني معين، وحتى يكون القرار الإداري محلاً للطعن اشترط الفقه والقضاء الفرنسيين ضرورة توافره على شرطين هما:

- وجوب ترتيب آثار قانونية من القرار الإداري

- وجوب إحداث ضرر من القرار الإداري

ويخرج من نطاق القرارات الإدارية كل عمل إداري انعدم فيه آثاره القانونية، مثل الأعمال التحضيرية السابقة على إصدار القرار الإداري، وكل الأعمال اللاحقة لصدور القرار سواء كانت تفسيرية أو تنفيذية، أو أي عمل إجرائي، داخلي يتعلق ببناء القرار ولا يكون آثاراً قانونية مثل التصريحات بالنية والرد بالانتظار والمراسلات لأغراض مختلفة.

33- راجع قانون رقم 90-29 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد، 52، صادر بتاريخ 02 ديسمبر 1990

34 راجع: WALINE Jean, Droit administratif, 23ème édition, Dalloz, Paris, 2010, pp 387-388.

محمد الشبوكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1996، ص ص. 199-200

الفرع الثاني: أنواع القرارات الإدارية:

تتنوع القرارات الإدارية إلى عدة طوائف حسب الزاوية التي تعالج منها 35 فقد تأخذ نوعاً من أنواع القرارات الإدارية إما باحتساب طريقة تكوينها ونفاذها (أ) أو قد يتم تصنيف نوعها بحسب مدى خضوعها للرقابة القضائية أو مداها (ب).

أ: تصنيف القرار الإدارية من حيث التكوين والنفاذ.

تتنوع القرارات الإدارية من حيث أصنافها بحسب وضعية التكوين ، وقد تأخذ أشكالاً بالاستناد إلى النفاذ

أ-1: أنواع القرارات من حيث التكوين.

تنقسم القرارات من حيث التكوين إلى قرارات بسيطة وقرارات مركبة:

أ-1-1: القرارات البسيطة:

هي تلك القرارات التي تصدر بصفة مستقلة ولا تكون مرتبطة بأي عمل قانوني آخر، أو قرار إداري، مثل تعيين موظف، أو إصدار قرار تأديبي... الخ.

أ-01-2: **القرارات المركبة:** هي القرارات التي تنشأ على مراحل، مثل قرار نزع الملكية 36 .

ب: **أنواع القرارات الإدارية من حيث النفاذ أو عدمه.**

تنقسم القرارات الإدارية من حيث النفاذ أو عدمه إلى قرارات نافذة وأخرى غير نافذة.

ب-01: **القرارات النافذة:** تعتبر أغلب القرارات الإدارية نافذة في حق الأفراد وملزمة لهم، وعليهم احترامها وتنفيذها حتى لا يجبروا على ذلك.

ب-02: **القرارات غير النافذة:** هي القرارات التي توجه إليهم، ولا تلزمهم، بل تتولى وتقتصر على تنظيم الإدارة، وتوزيع العمل والمسؤوليات بين الموظفين، وتصدر في شكل منشورات أو تعليمات والتي تصدر من الرؤساء إلى المرؤوسين لتوضيح القوانين والأنظمة وتفسيرها 37 ، ولا يجوز الطعن فيها قضائياً.

ثانياً: أنواع القرارات الإدارية من حيث المدى والآثار

نتناول في هذا الفرع القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة (أ)، والقرارات الفردية والقرارات التنظيمية (ب) والقرارات الخاضعة للرقابة القضائية (ج).

35- انظر : - Jean RIVERO, Droit administratif, Dalloz, 1976, p 88 .

Charlos DEBBECH, Institutions et droit administratif, Presses universitaires de France, Paris, 1978, p 193 .

- محمود حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، من 74 وما بعدها

36 سليمان الطماوي، القرار الإداري، مرجع سابق، ص.390.

37 عبد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص. 490.

أ: القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة

أ-1: **القرارات المنشئة:** هي القرارات الإدارية التي تنتج آثاراً ومراكز قانونية جديدة، مثل قرار التعيين، أو قرار الفصل من الوظائف العامة.

أ-02: **القرارات الكاشفة:** هي قرارات يتمثل دورها في تقرير حالة قانونية قائمة مسبقاً، ولا تحدث تغييراً في المراكز القانونية، مثل قرار رفض التظلم من موظف إداري نظراً لمشروعية القرار محل التظلم، ومن نتائج هذا التقسيم نلاحظ أن القرارات المنشئة لا تنتج آثاراً، مستقبلية أما القرارات الكاشفة، فتبدأ في إنتاج آثارها من تاريخ الكشف عن المركز القانوني ويجوز سحب القرارات الكاشفة، أما المنشئة فتتقيد بمعيار الطعن.

ب : القرارات الفردية والقرارات التنظيمية

هي القرارات التي يعبر عنها بأنواع القرارات من حيث مداها وعموميتها.

ب-01: القرارات الفردية: هي قرارات تخص شخص معين أو أشخاص معينين بذواتهم، وتستنفذ مضمونها بمجرد تطبيقها، كقرار التعيين أو الفصل.

ب02: القرارات التنظيمية (اللائحية)

هي القرارات التي تحتوي قواعد عامة مجردة، ولا تخاطب شخصا بعينه، (بذاته)، بل تخاطب مجموعة من الأفراد، وهذه القرارات تشترك مع القوانين من الناحية الموضوعية، وتختلف عنها من الناحية الشكلية.

ج- : أنواع القرارات من حيث خضوعها لرقابة القضاء الإداري:

تنقسم القرارات من حيث الرقابة القضائية إلى نوعين هما:

ج-1: قرارات خاضعة لرقابة القضاء الإداري: يقتضي مبدأ المشروعية خضوع القرارات الإدارية لرقابة القضاء إذ يحكم برد الدعوى في حالة ثبوت شرعية القرار، أو الحكم بإلغاء القرار أو بالتعويض عن أضراره.

ج-2: القرارات غير الخاضعة لرقابة القضاء الإداري: قد يخص المشرع ولا اعتبارات موضوعية بعض القرارات بعدم الخضوع للرقابة القضائية الإدارية مثل:

- أعمال السيادة أو أعمال الحكومة: تنحصر أعمال السيادة في أربع (04) مجموعات هي:

-الأعمال المنظمة لعلاقات السلطة التنفيذية بالتشريعية - الأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية

- الأعمال المتعلقة بشؤون الحرب -والتدابير الخاصة بأمن الدولة الداخلي 38 .

فهذه الأعمال تتمتع بحصانة ضد رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية 39 ، ورغم عدم النص على أعمال السيادة في المنظومة القانونية الجزائرية، إلا أن القضاء الإداري تبناه في تطبيقاته ومنها ، ما قضى

38 قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972..

39 عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 67.

به في قضية تبديل الأوراق المالية سنة 1982 من خلال الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى التي أشارت في حكمها إلى ما يلي: «إن إصدار وتداول وسحب العملة تعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة، حيث أن المستوحى بالتالي من باعث سياسي، غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن، وصرح المجلس بعدم اختصاصه نوعيا في القضية المعروضة عليه» 40 .

المبحث الثاني: أركان القرار الإداري

تبرز طبيعة القرار الإداري بإظهار مكونات التعريف الواضح له الذي يعكس الخصائص المميزة له، أما محاولة البحث في مدى مشروعيته من عدمها، فيرتبط ذلك بتوافر أركان صحته وتختلف جزئيا أو كليا ، مما يجعل القرار غير صحيح، وهذه العلة تجعله باطلا ولا تجعله معدوما 41 وهذه الأركان يمكن حصرها في قالبين أحدهما شكلي (المطلب الأول) وثانيهما موضوعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأركان الشكلية للقرار الإداري

يحتوي المعيار الشكلي في القرار الإداري على جزء من أركان القرار الإداري، والتي تتمثل في ركن الاختصاص (الفرع الأول)، وركني الشكل والإجراءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ركن الاختصاص

تولدت فكرة الاختصاص من تطبيق نظرية الفصل بين السلطات التي حاولت توزيع الاختصاصات على نطاق السلطة الواحدة، وتوزيع الاختصاصات على مختلف إدارات الدولة، أما أن يكون معتمداً على أساس إداري مركزي أو على أساس إداري لا مركزي 42، ويتطلب في توزيع الاختصاصات الإدارية ضرورة الابتعاد عن أسلوب المركزية المطلقة، الذي يبني على مبدأ التركيز الإداري بل إتباع أسلوب المركزية النسبية الذي يقوم على عدم التركيز، مما يسمح بتوزيع سلطة البت بين الموظفين المركزيين وممثلي الإدارة اللامركزية وعمالها 43.

ولما كانت فكرة الاختصاص يعبر بها عن وظيفة يقصد بها الجمع بين عنصرين، أحدهما شخصي والآخر موضوعي يكون محور التقائهما هو تحقيق الارتباط بين تصرف معين وشخص معين، بمعنى تحديد الشخص الإداري الذي تناط له فكرة الاختصاص بإصدار القرار الإداري ضمن شروط محددة لإصداره 44.

40 المجلة القضائية، عدد، 2، 1995 ص.143.

41 خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان 1977، ص 129.

42 د. سليمان محمد الطماوي مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، 1973، ص 30..

43 محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1973، ص2.

44 د. عصام عبد الوهاب البرزقي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دون دار النشر، القاهرة، 1971، ص221.

وانطلاقاً من أهمية الاختصاص في قواعد القانون الإداري فقد قبلت بكلمة الأهلية في القانون العادي، إلا أنه هناك فرق في المعنى بين الكلمتين، فالاختصاص يعني به القدرة والصلاحيات المحددة قصد حماية المصلحة العامة، بينما الأهلية يقصد بها أهلية الوجوب أي القابلية والصلاحيات لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وأهلية الأداء هي المكنة والقدرة على القيام بالتصرفات القانونية على وجه بعينه شرعاً وهي مرتبطة وجوداً وعدمها بسن التمييز فتكون للميز أهلية أداء ناقصة، ثم للبالغ سن الرشد أهلية أداء كاملة 45.

والاختصاص في القرار الإداري هو الصلاحية القانونية الفرد أو مجموعة في التنظيم الإداري لإحداث أثر قانوني معين باسم شخص إداري معين 46،

مما تقدم يمكن تقديم تعريف الاختصاص كما يلي: «هو القدرة القانونية التي تعطي الموظف العام أو الإدارة العامة حق القيام بعمل قانوني معين» 47.

كما يعرف بأنه: «صلاحية الموظف الإداري للقيام بما عهد إليه في الحدود الموضوعية والمكانية والزمانية التي حددها القانون» 48.

والاختصاص الذي يمنح للإدارة ومن خلاله الموظف الإداري لا بد أن يكون مرتبطاً بجهة المنشأ التي تتولد عنها قواعد الاختصاص (أولاً)، ومن خلال ما تقدم من محاولات تعريف الاختصاص نستخلص العناصر المكونة له (ثانياً).

أولاً: مصادر قواعد الاختصاص

ترتبط قواعد الاختصاص بمبدأ الشرعية، ومصادر هذه القواعد تتسم بالتعددية منها الدستورية (أ) والقانونية (ب)، والتنظيمية (ج).

أ-الدستور كمصدر لقواعد الاختصاص:

يعتبر الدستور المصدر الأول في تنظيم اختصاصات الهيئات الإدارية المركزية رئاسة الجمهورية، ورئاسة الحكومة - الوزارة الأولى)، وعلى رأس الأولى رئيس الجمهورية، أما الثانية ، فرئيس الوزراء أو رئيس الحكومة.

1-01: اختصاص رئيس الجمهورية

منح رئيس الجمهورية إلى جانب الاختصاصات الدستورية والتشريعية والقضائية، مجموعة من الاختصاصات ذات الطابع الإداري، يمارسها في شكل مراسيم يتولى بموجبها تنظيم الوظائف التالية:

45 د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة 1966، ص 45 وما بعدها.

46 خضير عكوبي يوسف، موقف القضاء من الرقابة على القرار الإداري، ط 1، مطبعة الحوادث، بغداد، 1976، ص.93.

47 د. مصطفى بوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولي، ط 2، 1966، ص.177.

48-André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, op.cit, p 379

1- وظيفة أو سلطة التعيين:

تعود صلاحية تعيين المسؤولين السامين في الدولة إلى سلطة رئيس الجمهورية فيقوم بتعيين الوزير الأول 49 ، والوزراء 50 ، وثلاث أعضاء مجلس الأمة 51 والأمين العام للحكومة، ومسؤولي أجهزة الأمن والسفراء والمبعوثين فوق العادة للخارج رئيس مجلس الدولة، محافظ بنك الجزائر، القضاة والولاة 52 وأربعة (4) أعضاء من المحكمة الدستورية من بينهم رئيس المحكمة (المادة 186) رئيس مجلس المحاسبة (المادة 199 من الدستور) ويتعين الإشارة إلى أن وظيفة التعيين لا تقبل التفويض 53 لتعلقها خاصة بـ المؤسسات الدستورية رئاسة الحكومة المحكمة الدستورية، مجلس الأمة ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع ومجلس المحاسبة، والهيئات الاستشارية 54 ، والمحكمة العليا،

وحفاظا على أمن الدولة يتخذ رئيس الجمهورية قرارات حالة الحصار وحالة الطوارئ والحالة الاستثنائية وحالة الحرب 55 .

2- العمل التنظيمي:

تعرف السلطة التنظيمية أو العمل التنظيمي بأنه عمل يناف باختصاص الهيئات الإدارية المركزية، يصدر في شكل قواعد تشبه القواعد القانونية التشريعية، من حيث العمومية والتجريد طبقا لنص المادة 141/1 من الدستور «يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون» إلا أن العملية التنظيمية والتشريعية متداخلتين ولا يمكن الفصل بينهما فصلا حقيقيا وذلك للأسباب التالية:

49- المادة 77 من دستور 1996، أصبحت المادة 91 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد، 14 لسنة 2016، لم يمسه التغيير في المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ج ر عدد، 82، الصادر في 30 ديسمبر 2020، وبقيت تحت رقم 91.

50 - المادة 79 من دستور 1996، احتوتها المادتان 92 93 من دستور 2016 احتوتهما المادة 92 من دستور 2020.

51-المادة 79 من دستور 1996، احتوتها المادتان 92 93 من دستور 2016، احتوتها المادة 121 من دستور 2020.

52- المادة 78 من دستور 1996، احتواها دستور 2016 في المادة 96، احتوتها المادة 92 من دستور 2020.

53-المادة 93 من دستور 2000، تسمح لرئيس الجمهورية أن يفوض بعض صلاحياته الرئيس الوزراء (الحكومة)، إلا أنه لا يجوز تفويض سلطة التعيين للوزير الأول أو رئيس الحكومة، أو أعضاء الحكومة، ورؤساء المؤسسات الدستورية، وأعضائها التي لم ينص الدستور على طريقة أخرى لتعيينهم، ولا يجوز تفويض سلطة في اللجوء إلى الاستفتاء، وحل المجلس الشعبي الوطني، وتقرير إجراء الانتخابات قبل أوانها وتطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد 91 و 92 ومن 97 إلى 100 102 142، 148، 149، 150 من الدستور.

54 -المادة 199 من دستور 2020.

55- المواد من 97 إلى 102 من دستور 2020.

2-1- الاشتراك في السلطة التشريعية:

الأصل أن التشريع من اختصاص البرلمان، إلا أن الواقع غير ذلك، فالتشريع أصله الهيئة التنفيذية، إذ رئيس الجمهورية يتقاسم عملية التشريع مع البرلمان طبقا لنص المادة 142 من الدستور فيما بين الدورتين، أو في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني من الدستور، وفي الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 98 من الدستور، وفي حالة عدم المصادقة على مشروع قانون المالية في أجل أقصاه 75 يوما، يتدخل عندها رئيس الجمهورية ويصدر مشروع الحكومة 56 بموجب أمر طبقا لنص المادة 146 من الدستور.

2-2- التفرقة بين التنظيم والتشريع:

لا تظهر فروقا قوية بين العاملين لأنهما يظهران في شكل قواعد عامة وملزمة 57، ويجمع بينهما المعيار العضوي والذي ينظر إليه من جانبين هما:

أ- تكوين المعيار: بحيث يتكون المعيار العضوي في هذه الحالة من جهتين واحدة إدارية والأخرى نيابة،

ويظهر ذلك من الوقوف على العملية التشريعية التي تبدأ من تقديم مشروع القانون الذي تبادر به الإدارة المركزية التنظيمية في جميع الحالات، والاستثناء إن وجد، عندما يقدم مشروع القانون من قبل مجموعة من نواب المجلس الشعبي الوطني وهذا نادر الوقوع.

ب. من حيث الإصدار: يصدر التشريع من السلطة التشريعية (البرلمان) بعد المصادقة عليه من قبل رئيس الجمهورية ويصدر التنظيم عن السلطة التنظيمية.

2-3- مجال العمل التنظيمي والتشريعي:

بين الدستور صلاحيات كل هيئة وسلطة من سلطات الدولة، سعياً منه لعدم تداخل العاملين، فوضح مجال التشريع استناداً لنص المادتين 141 و142 منه في ثلاثين مجال منها، تشريع قانون الجنسية والقانون القضائي، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الصحة، وقانون المالية، وقانون الإجراءات الجزائية... الخ 58 ، بينما مجال التنظيم فيبقى غير محدد.

56- ما يمكن ملاحظته أن المشرع في المادة 146 من دستور 2020، قد أورد تعبيرين مختلفتين بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة السالفة الذكر، فكان في الأولى قد أورد التعبير التالي: "يصادق البرلمان على قانون المالية

والأصح أنه يعبر عليه بمشروع قانون المالية، لأنه لزال في طور البناء القانوني، فالبرلمان يصادق على المشاريع حتى تصبح قوانين وليس على القوانين، أما التعبير الذي جاء به نص الفقرة الثانية "يصادق" في حالة عدم المصادقة عليه يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر "يصادق"؛ فأى قارئ لهذه الفقرة يلاحظ أن المشرع وقع في إختلاف لطرح نفس الفكرة في فقرتين لنفس المادة.

57- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 267.

58- عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 94.

2-4- شكل الإصدار: يختلف شكل الإصدار لكلا العاملين بما يلي:

1- **إصدار التشريع:** يتم إصدار التشريع في أشكال عديدة هي: في شكل قانون عضوي، في شكل قانون عادي أو في شكل أمر رئاسي في الأحوال التي يجيزها الدستور

2- **أشكال التنظيم:** يصدر التنظيم حسب الأشكال التالية: في شكل مرسوم رئاسي، مرسوم تنفيذي أو قرار وزاري مشترك... الخ.

ب- اختصاصات الوزير الأول:

منح الدستور الوزير الأول عدة اختصاصات وهي:

1- **مهمة الاقتراح:** يقترح الوزير الأول أعضاء الحكومة الذين يعينهم رئيس الجمهورية.

2- **تسيير الإدارة العامة:** يقدم الوزير الأول برنامج الحكومة (مخطط عمل الحكومة) أمام المجلس الشعبي الوطني، ويتعهد بتنفيذه مع وزرائه من خلال تنظيم جهاز الإدارة وإصدار القرارات والتعليمات بما يضمن حسن سير أداء العمل الإداري (59) ، ضمن ما يندرج من تطبيق للقواعد القانونية في المجال

التنظيمي الذي يخوله الدستور للوزير الأول وهو تنفيذ القوانين (60) ، المواد، 80 84 130 إلى 137 من الدستور.

ب.- القانون كمصدر للاختصاص:

يخضع تحديد اختصاص الإدارة بما فيها المركزية والمحلية أو المرفقية إلى تنظيم القواعد القانونية، فعن طريق القانون تحدد الاختصاصات، مثلاً يختص الوالي حسب قانون الولاية رقم 07-12 المؤرخ في 21/02/2012، المادة 112 الذي جاء نصه كما يلي: «يسهر الوالي أثناء ممارسة مهامه وفي حدود اختصاصاته على حماية حقوق المواطنين وحرياتهم حسب الأشكال والشروط المنصوص عليها في القانون»، وتحدد اختصاصات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلاً للبلدية عن طريق القانون بالكيفية التالية، وأحسن مثال على ذلك نص المادة 77 من قانون البلدية رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 التي نظمت بعض اختصاصاته بما يلي: «يمثل رئيس مجلس الشعبي البلدي البلدية في جميع المراسيم التشريفية والتظاهرات الرسمية، وينبغي عليه المشاركة فيها بحسب التزاماته المحددة في القانون».

ج: التنظيم كمصدر للاختصاص:

يأخذ صدور قواعد التنظيم أشكالاً عديدة تظهر بها، إما في شكل مرسوم رئاسي أو في شكل مرسوم تنفيذي أو في شكل قرار وزاري مشترك أو غير ذلك، وعليه فقواعد التنظيم تعتبر مصدراً رئيسياً لتنظيم اختصاصات الهياكل الإدارية المركزية أو اللامركزية أو المرفقية، ومنها اختصاصات موظفيها، ويمكن تقسيم قواعد التنظيم إلى ثلاثة (03) مجالات هي:

59- المادة 1/125 من الدستور

60 - المادة 2/125 من الدستور

المجال الأول: يتناول القواعد التنظيمية الصادرة عن رئيس الجمهورية في المجالات الغير مخصصة للقانون ، والتي تصدر في شكل مراسيم رئاسية مثل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المعدل والمتمم بالقانون 23-13).

المجال الثاني: المراسيم التنفيذية: يتمتع الوزير الأول بمجموعة من الصلاحيات تخوله توزيع الاختصاصات على التشكيلة الوزارية التابعة له في إطار ما تضمنه الدستور وما تحيله إليه القوانين من اختصاصات ليمارسها بموجب التنظيم أي لأجل تنفيذ القوانين عن طريق التنظيم، ومن ذلك نذكر :

1- المرسوم التنفيذي رقم 03-57 المؤرخ في 05/02/2003 المحدد صلاحيات وزير البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال.

2- المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09/10/2006، المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته، وتنظيمه وسيره.

المجال الثالث: قرارات وزارية مشتركة ، تكون القرارات مشتركة لما تصدر مثلا من أكثر من وزير قصد تنظيم مجال من المجالات الإدارية مثل:

القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 06 يونيو 2011، يعدل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2009/11/05 الذي يحدد تعداد مناصب الشغل وتصنيفها، ومدة العقد الخاص بالأعوان العاملين في نشاطات الحفظ أو الصيانة أو الخدمات بعنوان وزارة الخارجية، والممضي من قبل ثلاثة وزراء هم:

- عن وزير الشؤون الخارجية الأمين العام.

- عن وزير المالية الأمين العام.

- عن الأمين العام للحكومة وتفويض منه المدير العام للوظيفة العمومية.

ثانيا: عناصر ركن الاختصاص

عرّف الاختصاص بأنه القدرة القانونية التي تمنح للإدارة أو الموظف العام فيها حق القيام بممارسة عمل قانوني معين، يعد في حدود الاختصاص الشخصي (أ) والموضوعي (ب) والمكاني (ج) والزمني (د) حسب ما بينه قانون تلك الإدارة.

أ:- العنصر الشخصي في الركن الاختصاص

حتى يكمل بناء القرار الإداري لابد من جهة إدارية عامة أو موظف عام فيها أن يتولى إصداره في الحدود المرسومة قانونا 61 ، ولا يجوز له إسناد مهمته إلى غيره، إلا أن كثرة النشاط الإداري لبعض الهيئات الإدارية العامة أو بعض الموظفين فيها ألزمت المشرع بأن يقوم بتوزيع الاختصاصات أو نقلها من بعض المكلفين بها إلى الغير حفاظا على سير الإدارة العامة ومقتضيات الصالح العام بإدخال استثناءات تتمثل في التفويض والحلول والإنابة.

61 سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1970، ص 651.

1- التفويض:

يعرف التفويض للاختصاص بأن يعهد الموظف الرئيس بنقل بعض اختصاصاته إلى عضو إداري مرؤوس ليمارسها دون الرجوع إليه مع بقاء مسؤوليته قائمة عن تلك الاختصاصات المفوضة 62 ، وعادة ما يقتصر التفويض على واجبات محددة لا تتضمن اتخاذ القرارات الهامة التي يحتفظ بها المفوض لنفسه بسلطة البت فيها لأهميتها 63 .

ولعملية التفويض أهمية في تذليل الصعاب على العضو والإدارة بصورة عامة، يظهر ذلك من المزايا التالية:

- التفويض يسرع في إصدار القرارات الإدارية.

- يرفع من الروح المعنوية للمرؤوسين لشعورهم بأن لهم مكانة في التسيير والإدارة لما يفوضون بعمل.

- يعتبر التفويض طريقة ناجحة لتدريب الموظفين وتنمية ملكة الابتكار فيهم كما يعتبر وسيلة لاكتشاف المواهب 64 .

أ- شروط التفويض: استند قيام التفويض الإداري إلى شرطين هما : أن يرتبط بوجوب الاعتماد على نص قانوني، وأن فيتعلق بصدور قرار التفويض.

أ-1: اعتماد التفويض على نص قانوني:

تتميز قاعدة تفويض الاختصاص في القرار الإداري -لكونها سلطة قانونية- بأنها تستند بالأساس إلى النص القانوني الذي يأذن بالتفويض 65 ، فمثلا المادة 120 من قانون الولاية رقم 07-12- تنص على إمكانية تفويض الوالي توقيعه لكل موظف حسب الشروط والأشكال المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها.

والمادة 87 من قانون البلدية رقم 10-11 التي تخول وفي إطار نص المادة 86 من نفس القانون رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته تفويض إمضائه للمندوبين البلديين والمندوبين الخاصين وإلى كل موظف بلدي قصد:

استقبال التصريحات، بالولادة، والزواج، والوفيات.

تدوين كل العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه.

التصديق بالمطابقة على كل نسخة ووثيقة بتقديم النسخة الأصلية منها.

يرسل القرار المتضمن التفويض إلى الوالي أو إلى النائب المختص إقليميا.

62 - بكر القباني الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص104.

63 - André DELAUBADERE, Traité de droit administratif, 1970, p535.

64- د. إبراهيم عبد العزيز الإدارة العامة، 1983، ص 267.

65- د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 147.

أ-2:- صدور قرار بالتفويض:

حتى تكتمل عملية التفويض فلا بد أن تخضع لصدور قرار إداري سليم ونافذ، يعبر عن إرادة الإدارة تنفيذا لنص قانوني أو تنظيمي يرخص بالتفويض لجزء من اختصاصات رئيس إداري إلى موظف مرسوم مع عدم جواز المفوض له أن يفوض الاختصاص الذي فوض إليه 66 .

ونتيجة لاعتبار أن الاختصاص يعتمد على العنصر الشخصي فعدم وجود نص قانوني يخوله الاختصاص يعتبر اغتصابا للسلطة وتكون أعماله من الناحية القانونية لا أثر لها، أو معدومة، ويستثنى من ذلك وصف الموظف الفعلي. نظرية الموظف الفعلي أو الواقعي الذي يعرف بأنه الموظف الذي يعين تعيينا معابا أو لم يصدر بتعيينه قراراً إطلافاً، ومع ذلك تعتبر قراراته منتجة لآثارها إذا ما توافرت شروطا معينة 67 ، وتقوم نظرية الموظف الفعلي على أساسين هما:

1- ظاهر الحال: تعتبر إجراءات الموظف الفعلي صحيحة، ولو تبين بعد ذلك أن قرار تعيينه كان باطلا في حالات الظروف العادية حماية لمصلحة الأفراد 68 .

2- مبدأ الضرورة: تعتبر القرارات الصادرة من الموظف الفعلي صحيحة في حالة الضرورة حماية لمبدأ سير المرفق العام بانتظام 69 .

ب- أنواع التفويض (صوره):

يحسب طبيعته ينقسم التفويض حسب تمييز الفقه الإداري إلى نوعين هما:

ب-1- تفويض الاختصاص:

يعني بهذا النوع من التفويض هو نقل جزء من السلطات المتعلقة باختصاص ما إلى المفوض إليه، ويترتب عن ذلك حرمان صاحب الاختصاص الأصيل من ممارسة الاختصاص المفوض طوال مدة التفويض، وفي حالة تفويض الاختصاص (السلطة) إنما يوجه إلى الشخص بصفته لا بشخصه مثل

تفويض بعض الاختصاصات الحكومية للوالي 70 ، مما يؤدي إلى اعتبار أن التفويض لا يتأثر بتغير شاغل الوظيفة، أي أنه لا ينقضي بتغير شاغل الوظيفة، والقرار الصادر بالاستناد إلى تفويض الاختصاص ينسب إلى المفوض إليه حسب منصبه في السلم الإداري 71 ، وطبقاً لنص المادة 93 من

66 د. عبد الفتاح حسين التفويض في القانون الإداري، 1972، ص 200، د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، الإدارة العامة، مرجع سابق، ص 268.

67 د. سليمان الطماوي القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 284.

68 محمد الصغير بعلي القرار الإداري، مرجع سابق، ص 62.

69 حكم محكمة العدل العليا الأردنية في القضية رقم 102/73، مجلة نقابة المحامين، 1973، ص 362.

70 - GEORGES VELVEL, Droit administratif, 6ème Edition, Paris, 1976, p 190.

71 - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 200.

من الدستور لا يجوز تفويض سلطات رئيس الجمهورية في تعيين الوزير الأول وأعضاء الحكومة، ورؤساء المؤسسات الدستورية وأعضائها، وكذا سلطة اللجوء للاستفتاء، وحل المجلس الشعبي الوطني، وتقرير إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها وتطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد 91، 92 إلى 100 و 102 و 148 و 149 و 150 من دستور 2020.

ب-2: تفويض التوقيع:

يكون بأن يخول موظف ما صلاحية توقيع المعاملات التي تدخل في اختصاص موظف آخر أعلى منه مرتبة في السلم الإداري، ويلاحظ في تفويض التوقيع ما يلي:

أ- تفويض التوقيع ينقضي بتغير المفوض أو المفوض إليه لأنه مرتبط بأمر شخصي متعلق بشخص المفوض إليه

72

ب- رغم أنه أمر شخصي إلا أنه لا يحرم المفوض حق التوقيع إلى جانب توقيع المفوض إليه.

ج- يستمد العمل الصادر من المفوض إليه قوته من صاحب الاختصاص الأصيل ويرتبط بدرجة نفي السلم الإداري، والمفوض إليه هنا يتصرف باسم المفوض 73 .

د- أحكام التفويض:

من المفروض أن صاحب الاختصاص في الوظيفة هو الذي يمارسه بنفسه، ولا يفوضه إلى غيره إلا إذا كان التفويض بإجازة من القانون، لأن الموظف يمارس اختصاصا وظيفيا وليس حقا شخصيا 74 ، وعليه فإن القاعدة هي عدم التفويض والاستثناء هو التفويض الذي يشترط فيه أحكاما هي:

1- أن يمارس التفويض استنادا إلى نص قانوني، إذ تنص المادة 170 من قانون البلدية «يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي تفويض إمضائه لصالح نواب الرئيس في حدود المهام الموكلة لهم...".

2- أن ينصب التفويض على جزء من الاختصاص.

3- لا يجوز تفويض التفويض.

4- أن تكون حدود التفويض واضحة.

2- سلطة الحل:

لما يتعرض صاحب الاختصاص الأصيل لعارض أو مرض يجعل منه يغيب عن العمل بالاستقالة، أو الامتناع، أو العجز الدائم، أو الموت، فيحل محله شخص آخر يعينه صاحب الاختصاص وتكون سلطاته

72 سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 908.

73 سليمان محمد الطماوي، الموجز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 54.

74 خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 158.

بدرجة سلطات الأصيل 75 وعملية الحل لا ترد إلا بنص دستوري أو تشريعي 76

أ- الحل المنظم بالدستور

نظم الدستور عملية الحل على مستوى الإدارة المركزية مثلا بنص المادة 94 منه بالنص صراحة على الحالة المرضية التي قد تصيب رئيس الجمهورية وتقف عائقا بينه وبين قدرته على ممارسة مهامه نتيجة الإعاقة الدائمة أو المرض الخطير أو المزمّن، يوجب اجتماع المحكمة الدستورية، وينتثب من ذلك بالوسائل الملائمة التقارير الطبية تقترح بأغلبية 3/4 أعضائها على البرلمان التصريح بثبوت المانع وعندها يصدر مداولة يؤكد فيها المانع، بعد اجتماع البرلمان بغرفتيه ليؤكد المانع ويعلنه بأغلبية 2/3 أعضائه، وعندها يكلف رئيس مجلس الأمة برئاسة الدولة لمدة أقصاها 45 يوما، وإذا استمر المانع بعد انقضاء 45 يوما يعلن الشغور بالاستقالة حسب الإجراء المشار إليه في الفقرتين السابقتين، وفي حالة الاستقالة أو الوفاة يتولى رئيس مجلس الأمة رئاسة الدولة لمدة 90 يوما 77 .

ب- الحل المنظم بالقانون:

تخضع عملية الحل إلى تنظيم من قبل المشرع الذي يحدد لها قواعد قانونية يتيح حلول الرئيس محل المروّوس أو حلول السلطة الوصية محل الإدارة اللامركزية.

1- حلول الرئيس محل المروّوس:

تتحقق هذه الحالة لما يكون المرؤوس في حالة رفض للقيام بالعمل المنوط به أو تقاعس منه فيحل الرئيس محله للقيام بها في إطار السلطات المخولة له ضمانا لاستمرار تقديم الخدمات العامة وسير المرفق العام بانتظام واطراد، ولما كانت بعض التخصصات المفردة بالمرؤوس على وجه التحديد لأنها سلطات خاصة به فعملية الحل بهذا الخصوص مشروطة التحقيق بما يلي:

- أن يكون المرؤوس قد صدر بحقه أمر القيام بالعمل.

- أن يصدر امتناع من المرؤوس بالقيام بالعمل.

2- حلول الإدارة المركزية محل الإدارة اللامركزية:

نصت المادة 49 من قانون الولاية 12/07/2012 بأنه في حالة حل المجلس الشعبي الولائي بموجب مرسوم رئاسي، فإن الوزير المكلف بالداخلية يعين استنادا لاقتراح الوالي خلال 10 أيام التي تلي حل المجلس مندوبية ولائية لممارسة الصلاحيات المخول إياها بموجب القوانين والتنظيمات المعمول بها إلى حين تنصيب المجلس الجديد، ويمكن لوزير الداخلية أن يحل محل المجلس الشعبي الولائي في حالة عدم تمكن الدورة الاستثنائية للمجلس المصادقة على مشروع الميزانية بعد تبليغه من الوالي حتى يتخذ التدابير الملائمة لضبطها 78 ، كما يمكن للوالي أن يحل محل رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما لا يقوم اتخاذ إجراءات حفظ النظام العام والنظافة

75 منور كربوعي، مفهوم التفويض الإداري، مجلة دراسات قانونية، عدد 1، 2002، ص 80.

76 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 740 وما يليها

77 المادة 94 من الدستور 2020.

78 المادة 165/3 من قانون الولاية رقم 12-27، مرجع سابق.

والسكينة العمومية، وكذا التكفل بالعمليات الانتخابية والخدمة الوطنية والحالة المدنية 79 .

في حالة الامتناع تنص المادة 101 انه عندما يمتنع رئيس المجلس الشعبي البلدي عن اتخاذ القرارات الموكلة له بمقتضى القوانين والتنظيمات يمكن للوالي بعد إعداره أن يقوم تلقائيا بهذا العمل مباشرة بعد انقضاء الآجال المحددة بموجب الإعذار 80 .

في حالة حدوث اختلال بالمجلس يعيق التصويت على الميزانية:

تناولته المادة 102 من قانون البلدية بالتنصيص عليه بما يلي: «في حالة حدوث اختلال بالمجلس الشعبي البلدي يحول دون التصويت على الميزانية فإن الوالي يضمن المصادقة عليها وتنفيذها وفق الشروط المحددة في المادة 186 من هذا القانون» 81

3- الاستخلاف:

تنص على هذا الاختصاص المواد، 71، 72، 74، 75 من قانون البلدية رقم 07-12 بأنه يستخلف رئيس المجلس الشعبي البلدي المتوفى أو المستقيل أو المتخلي عن المنصب أو محل مانع قانوني خلال 10 أيام على الأكثر حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 65، إذ يستخلف رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي حصل له مانع مؤقت في أداء وظائفه بنائب رئيس، وفي حالة استقالة الرئيس تعيين مستخلف له يقوم المجلس بتعيين أحد نواب الرئيس، وإن تعذر ذلك أحد أعضاء المجلس الشعبي البلدي.

ثانيا: عنصر الاختصاص الموضوعي

المعنى من الاختصاص الموضوعي هو قيام المشرع بتحديد المجالات العملية التي توكل لكل شخص سواء كان معنويا أو طبيعيا ليمارس أعمالا وظيفية لدى الشخص الإداري العام، هذا التحديد لابد أن يحترم في إصدار القرار الإداري، وإلا اعتبر القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص الموضوعي.

تسند للمشرع الإداري عملية تنظيم عنصر الاختصاص الموضوعي الذي يتولى توزيعه على الأشخاص الإدارية سواء كانت مركزية أو محلية أو مرفقية بحسب الهدف المرسوم مسبقا لتحقيقه من ذلك التنظيم الإداري.

ولتفادي التداخل بين الاختصاصات، ومن ثم التنازع في الاختصاص سواء كان سلبيا أو إيجابيا، لابد على الشارع الإداري أن يقوم برسم حدود كل اختصاص مناط بالشخص الإداري وعلاقاته الخارجية فيما بينه وبين الأشخاص الإدارية الأخرى، هذا من جهة، ومن أخرى يجب تبيان الرسم الحدودي لاختصاصات كل الأفراد، أو المصالح الوظيفية المكونة لنشاط الشخص الإداري، حتى يسهر كل فرد على حسن أداء وظيفته في إصدار القرارات الإدارية المنوطة بمجال حدوده ولا يجوز له تجاوزها إلا إذا سمح له قانونا 82 .

79 المادة 100 من قانون البلدية رقم 10-11 مرجع سابق.

80 المادة 101 من قانون البلدية رقم 10-11-2، مرجع سابق.

81 المادة 102 من قانون البلدية رقم 10-11-2، مرجع نفسه.

82 راجع: -عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص ص 125 126.

خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ص 138 139..

ثالثا: عنصر الاختصاص الزمني

يقوم المشرع بتحديد مهام كل شخص إداري أو هيئة عامة بمدة زمنية ليمارس فيها مهامه المشروعية، وعليه فكل شخص إداري له نطاق زمني يبتدأ من تاريخ التعيين إلى تاريخ النهاية المرتبط بالموت أو الاستقالة أو التقاعد، أو انتهاء فترة العمل المحدد للهيئة، كما قد يرتبط بالنقل من منصب إلى آخر يكتسب به صفة جديدة تؤهله للقيام بنشاط آخر 83 ، وخلال هذه الفترة الزمنية يمكن له ممارسة اختصاصاته، أما ما عدا ذلك فتكون اختصاصاته باطلة لعدم احترامه المدة الزمنية المحددة قانونا ببداية ممارسة الاختصاص وتاريخ نهايته، فمثلا تبطل بقوة القانون كل مداولات المجلس الشعبي الولائي والمتخذة خارج الاجتماعات القانونية للمجلس 84 ، ويحدد رئيس المجلس الشعبي الولائي في تاريخ أعمالا لمجلس بالتشاور مع الهيئة التنفيذية 85

رابعا: عنصر الاختصاص المكاني

تختلف ممارسة رجال الإدارة لمهامهم، منهم من يمارسها على مستوى إقليم الدولة كله كرئيس الجمهورية، والوزير الأول، والوزراء ونوابهم بالنسبة للإدارة المركزية التي يسمح لها القانون بإصدار أعمالها في شكل مراسيم رئاسية أو مراسيم تنفيذية أو قرارات وزارية أو مشتركة تطبق على مستوى إقليم الدولة.

بينما الاختصاص المكاني للإدارة اللامركزية فيتم ضمن الحدود الإقليمية للولاية بالنسبة للوالي المجلس الشعبي الولائي للولاية اللذان لا يحق لهما إصدار قرارات إدارية أو مداولات تتناول تنظيم وإدارة شؤون إقليم ولاية أخرى، فوالي العاصمة لا يمكن له إصدار قرار إداري يخرج عن إطار إقليم ولاية الجزائر العاصمة ليتعداه إلى إقليم ولاية البلدة، لأن تمثيل الوالي للولاية يكون على مستوى الولاية الواحدة فقط 86 . لا السهر على تنفيذ

القوانين والتنظيمات على مستوى إقليم الدولة 87 ، وتحدد المادة 22 من قانون الولاية مكان اجتماعات م.ش.و المحدد بالمقرات المداولات وأشغال اللجان المخصصة للمجلس الشعبي الولائي، إلا في الحالات الاستثنائية المؤكدة بحالة القوة القاهرة التي تحول دون الدخول إلى المجلس الشعبي الولائي، يمكن عقد مداولات وأشغال المجلس الشعبي الولائي في مكان آخر من إقليم الولاية بعد التشاور مع الوالي 88 ، وتبطل المداولات المتخذة خارج مقر المجلس الشعبي الولائي مع مراعاة أحكام المادة 23 المشار إليها سلفا 89 .

أما الاختصاص المكاني للبلدية فيحدده قانون البلدية كما يلي:

1- دورات المجلس الشعبي البلدي:

يعقد المجلس الشعبي البلدي دوراته بمقر البلدية كمكان محدد لممارسة مهامه إلا إذا كانت قوة القاهرة معلنة تحول

83 د. خالد سمارة الزغبى، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، ط1، عمان، 1993، ص85، وعمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 109.

84 المادة 53/6 من قانون الولاية.

85 المادة 20 من قانون البلدية.

86 المادة 110 من قانون البلدية.

87 المادتان 115 116 من قانون الولاية.

88 المادتان، 22، 23 من قانون الولاية.

89 المادة 53 من قانون الولاية.

دون الدخول إلى مقر البلدية، يمكنه في هذه الحالة الاجتماع في مكان آخر خارج إقليم البلدية يعينه الوالي بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي البلدي 90

2- مهام رئيس البلدية:

ولرئيس المجلس الشعبي البلدي مهمة القيام بعمله ضمن الحدود الإقليمية لبلديته فمثلا؛ ينظم ضبط الطرقات المتواجدة على إقليم البلدية كما يلزم باحترام التشريع والتنظيم المتعلقين بالعقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي المعماري المتواجد على كامل إقليم البلدية 91 .

الاختصاص المكاني للمؤسسات الإدارية الجهوية: يقصد بهذا النوع من وسائل الإدارة، هو قيام المشرع بإنشاء مؤسسات إدارية ذات طابع جهوي، يشمل اختصاصها المكاني لمجموعة من الولايات مثل: الإدارة الجهوية للجمارك.

الفرع الثاني: الشكل والإجراءات المطلوبة في القرارات الإدارية

يرى بعض الفقه أن ركن الشكل وركن الإجراءات واحد لعدم وجود قواعد تفصل بين الأشكال والإجراءات في القرارات الإدارية، إلا أن بعض التشريعات الإدارية تلزم الإدارة ضرورة اتباع أشكال معينة، وكذا إجراءات محددة في بناء القرارات الإدارية وإذا خالفت تلك القواعد عدت، باطلة، الأمر الذي يستدعي التعرض للشكليات المطلوبة في القرارات الإدارية الفرع الأول وإلى الإجراءات المتبعة في بناء القرارات الإدارية (الفرع الثاني).

أولا: الأشكال المطلوبة في القرارات الإدارية

يكون القرار الإداري مجسدا للقاعدة القانونية الفارضة لشكل من الأشكال كمظهر من المظاهر الخارجية له، فتقوم الإدارة بإصداره في الشكل المحدد لها دون تجاوز الشرعية المطلوبة في ذلك، وعليه يمكن التطرق لتعريف الشكل الذي يفرض على القرار الإداري (أولا) وأنواع الأشكال التي يمكن أن يصدر بها القرار (ثانيا).

01:- تعريف شكل القرار الإداري

يعنى بالشكل المظهر الخارجي الذي تعبر بموجبه الإدارة عن إرادتها وفقا للقانون، وتهدف الشكليات في القرار الإداري إلى ضمان سير المرفق العام وصيانة حقوق الأفراد.

من حيث الشرعية لابد من احترام الشكليات التي حددها القانون كالكتابة، والتسبيب، أو أخذ الاستشارة السابقة وعلى الإدارة مراعاة هذه الشكليات حتى لا يتعرض القرار للبطلان 92 .

02: أنواع الأشكال التي قد يصدر بها القرار

إذا تطلب القانون إصدار القرار الإداري في شكل معين، فالإدارة تكون ملزمة باتباع الشكليات المعلن عليها حتى لا يكون القرار الإداري مخالفا لقواعد الشكل وقابلا للإلغاء، والأشكال التي قد يصدر بها البعض منها له تأثير مباشر على المشروعية، والآخر ثانوي 93 .

90 المادة 19 من قانون البلدية.

91 المادة 14 من قانون نفسه.

92 سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإدارية، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، 1996، ص.553.

93 مصطفى أحمد الديداموني، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ص.230.

أ- أنواع الأشكال المؤثرة (الجوهرية)

تعتبر الشكليات المؤثرة في القرار الإداري بأنها تلك الشكليات التي يؤثر غيابها في بناء شكلية، وتنتمثل فيما يلي:

1- الكتابة: تحدد التشريعات المختلفة اللغة الرسمية للدولة، وعليه تصدر القرارات الإدارية تبعا لذلك باللغة الرسمية للدولة مثلا العربية، إلا أنه يمكن إصدار قرارات بلغة أجنبية عند الضرورة، ولا يؤثر عليه كعيب من عيوب إلغاء القرارات الإدارية، كما يمكن إصدار القرار في شكل شفوي، إذا لم ينص التشريع بخلاف ذلك، أي اشتراط الكتابة باللغة العربية استنادا إلى نص المادة الثالثة 94 من الدستور.

2- التسبيب: الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا أن المتعارف عليه فالإدارة تفصح عن الأسباب القانونية التي جعلت منها تفصح عن إرادتها في تجاه واقعة قانونية، بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، وعدم ذكر الأسباب أو السبب في القرار الإداري يجعله معيبا من الناحية الشكلية 95 .

3- ذكر مكان وتاريخ القرار: فإذا نص القانون على مكان معين، يتعين على الإدارة أن تصدر قرارها فيه ويعتد شكلا من أشكال القرار الإداري 96 ، أما بالنسبة للتاريخ فله أهمية في تحديد نطاق الاختصاص الزمني لمصدر القرار أو لمن يخاطب به وحساب مدة التقادم.

4- السند القانوني: يقصد بالسند القانوني للقرار توضيح القواعد والمبادئ القانونية التي استند عليها في بناء القرار حتى لا يكون باطلا.

5- التوقيع: حتى يتم إضفاء نوع من المصادقية على الأعمال الإدارية كوسائل إثبات وتنفيذ يجب أن تكون مكتوبة وموقعة من الجهة المختصة، فالتوقيع على القرار الإداري يعد شكلية ضرورية يرتب على غيابه

البطلان وتتجلى أهمية التوقيع على القرار في تحديد الشخص مصدر القرار أنه صاحب الاختصاص والصلاحيّة، والتأكد من الاختصاص الشخصي والموضوعي للتوقيع.

ب- الشكليات غير المؤثرة في القرار:

يقصد بهذه الشكليات التي لا يتسنى للأفراد أن يستدلوا بها قصد الوصول إلى إلغاء القرار الإداري ، فبعض الأشكال القانونية قد شرعت لتحقيق مصلحة الإدارة بصورة مباشرة، وفي حالة تخلفها فلا تؤثر على صحة القرار الإداري 97 ، وتعفى الإدارة أيضا في حالة عدم إتمام شكل معين مثلا في الظروف الاستثنائية التي تحول الإدارة دور تحقيق الشكل المطلوب في القرار ، فتتحرر منه ولا يكون من الشكليات الجوهرية في القرار.

ثانيا: الإجراءات في القرار الإداري

يقصد بالإجراءات هي العمليات التي يمر بها القرار الإداري من لحظة البدء بالتفكير في إصداره، والطرق التي يجب اتباعها في صياغته ضمن الإطار أو القالب المطلوب إخراج فيه عند الإصدار 98 .

.Mirou Jaques, Droit publique..., op.cit, p 770 94

95 مداولات المجلس الشعبي البلدي يشترط فيها أن تكون في مقر البلدية.

96 عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 130.

97 قتال منير، القرار الإداري محل الإلغاء رسالة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، 2013، ص.76.

98 مصطفى احمد الديداموني، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، مرجع سابق، ص 11.

إن العمل الإجرائي الذي يمكن أن تتبعه الإدارة في إصدار القرار الإداري قد يتأثر بالقواعد الإجرائية الجوهرية السابقة على الإصدار (أ)، كما قد تكون متأثرة بقواعد إجرائية أثناء الإنشاء والتنفيذ (ب) وكذا في القرارات غير المكتوبة (ج).

أ: الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار

يشترط القانون في بعض القرارات الإدارية أن تتبع الإدارة إجراءات معينة لضمان اتخاذ القرار، كاشتراط أخذ رأي جهة معينة قد تكون فردا، أو هيئة، أو مجلسا، أو لجنة، وقد يكون الإجراء في شكل رأي استشاري، وقد يكون ملزما للإدارة، كما هو الحال بالنسبة لقرار العقوبة التأديبية الذي يراعي الضمانات الإجرائية للتأديب التي تظهر في الإعلان والتحقيق، وحق الدفاع 99

ب: الإجراءات اللاحقة على اتخاذ القرار

تشتمل الإجراءات اللاحقة على القرار الإداري حتى يصبح نافذا في:

التبليغ: وهو الوسيلة التي من خلالها تنقل الإدارة إلى علم الفرد أو الأفراد بذواتهم من الجمهور بأنهم مخاطبين بقرار إداري.

الإشهار: هو نوع من الإعلام تقوم به الإدارة لتبلغ به عن مرسوم صادرا منها، أو عن إجراء لابد من إتباعه في عمل من أعمالها الإدارية 100 .

ج : الشكلية في القرارات غير المكتوبة

تتسم القرارات الإدارية في صدورها بعدم خضوعها بصورة معينة واحدة، فقد يصدر مكتوبا كما قد يصدر في صورة غير مكتوبة أي شفاهة أو بالإشارة أو بالسكوت 101 .

المطلب الثاني: الأركان الموضوعية للقرار الإداري

يشتمل القرار الإداري في جانبه الموضوعي على أركان مغايرة للأركان الشكلية لأنها تتناول لب العمل الإداري المتمثل في ركن السبب (الفرع الأول)، ويليهِ ركن المحل (الفرع الثاني)، وفي الأخير ركن الغاية الذي من أجله تم إصدار القرار الإداري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ركن السبب في القرار الإداري

العلة في وجود القرار الإداري هو السبب، لأنه لولا السبب لما وجد القرار الإداري، وعليه فإن فكرة السبب لها دورا هاما في الوجود من عدمه للقرار الإداري، الأمر الذي يتطلب البحث والدراسة لفكرة السبب من حيث

99 -راجع أمر رقم 03-06 مؤرخ في 15/07/2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج ر عدد 45 لسنة 2006.

- محمد تاجر، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2006، ص 201
100- المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 30/09/2015.
101- المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التعريف والعلاقة التي تربطه بالإدارة (أولا). وبالتعريف لركن السبب تظهر الشروط الواجب توافرها في هذه الفكرة حتى يتم اعتمادها من قبل الشخص المختص بإصدار القرار الذي يجب أن يكون ضمن المستلزمات القانونية المطلوبة في التصرف (ثانيا).

أولا: تعريف السبب وعلاقته بالإدارة

تفرض علينا دراسة هذا العنوان تقسيمه إلى جزئين تعريف السبب (أ) ثم تصنيفه وعلاقته بالإدارة (ب).

أ: تعريف ركن السبب.

يمكن طرح تعريفين للسبب هما: يعني بالسبب أنه الدافع والمحرك للإدارة في إرادتها قصد إحداث تغيير قانوني واقعي باتخاذ القرار المناسب بما يحقق النفع العام 102 ، كما يعرف السبب كذلك بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي تحرك إرادة رجل الإدارة قصد اتخاذ القرار الإداري المناسب 103 .

من التعريفين نستخلص أن السبب له دور في الدفع بالإدارة بالتدخل من خلال موظفيها المختصين أو موظفيها المختص عن طريق السلطة الملزمة لإقرار القرار المناسب لهذا الدافع إن كان حالة واقعية مادية أو حالة قانونية، وهو ما سندرسه في الجزئية الثانية.

ب: تصنيف السبب وعلاقته بالإدارة

يصنف السبب الذي يكون دافعا إلى إنشاء قرار إداري بإحدى الحالتين المذكورتين سابقا (ب-1)، وأن يكون السبب له علاقة بالإدارة الراجعة في بناء قرار إداري على ذلك السبب (ب-2).

ب-1- تصنيف السبب:

الأصل في طبيعة الإدارة العامة أنها ساكنة ولا تتحرك إلا بدافع قد يكون حالة واقعية، أو حالة قانونية.

1- الحالة الواقعية: يظهر السبب في شكل واقعة مادية في القرار الإداري لما تستند الإدارة في تنظيم النشاط إلى حالات أو وقائع مادية مثل: انتشار وباء، فيضان نشوب اضطرابات أمنية فهي بمثابة وقائع مادية تكون الدافع لإصدار القرارات الإدارية.

2- الحالة القانونية: هي اتخاذ القرار الإداري بالاستناد إلى قاعدة قانونية التي تنظم النشاط، كتقديم طلب من أحد الموظفين راجبا في الاستقالة فهو سببا قانونية مبررا لاتخاذ قرار إداري من الإدارة المختصة.

ب-2- علاقة السبب بسلطة الإدارة:

يختلف السبب القانوني الذي تعتمد عليه الإدارة في بناء القرار الإداري حسب وضعية الإدارة أثناء قيامها بالعمل إن كانت مقيدة أم تقديرية.

102- راجع وجدي شفيق القرارات الإدارية، ط 1، شركة ناس للطباعة، القاهرة 2013 ص 74، محمد، تاجر، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 201.

103- راجع سليمان محمد الطماوي، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 182، نواف كنعان، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 279، وخالد سمارة الزغبى، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 39.

1- حالة السلطة المقيدة: تتقيد سلطة الإدارة لما يتدخل المشرع ويقوم بتحرير أسباب معينة، ويشترط ضرورة توافرها قبل اتخاذ القرار الإداري، كأن يشترط على الإدارة ضرورة تلبية طلب شخص لترخيص بعدما توفرت فيه الشروط (الأسباب)، فهذه الأسباب تقيد الإدارة وتفرض عليها ضرورة الالتزام بتقديم الترخيص، والنصوص المقيدة للإدارة تصدر في شكل ألفاظ مثل الوجوب، التقيد، الإلزام ... الخ، كحالة وجوب إحالة موظف على التقاعد لبلوغه السن القانونية 104 .

2- حالة السلطة التقديرية: تتحقق السلطة التقديرية للإدارة لما لا يتدخل المشرع في تحديد لأسباب معينة لاتخاذ القرار، أو يتدخل ويحددها لكن مع ترك الحرية للإدارة في تحديد أسباب اتخاذ القرارات الإدارية، كواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث إخلال فيه، فسلطة الإدارة تكون تقديرية، ورقابة القاضي الإداري تكون صعبة إذا ما قورنت بحالة الإدارة المقيدة 105 .

ثانيا: شروط قيام السبب في القرار الإداري

ليتحقق ركن السبب في القرار الإداري يجب توافر شرطان هما ضرورة تواجد السبب حتى وقت صدور القرار، أي أن بقاءه على أرض الواقع مشروط الوجود للتدليل على أن القرار الإداري قد بني على أمر يستدعي التفاعل معه (أ)، كما أن القرار الإداري حتى يكون صحيحا يجب أن يكون مشروعا (ب).

أ: أن يكون السبب قائما وموجودا حتى وقت اتخاذ القرار

إن تفاعل الإدارة في مواجهة الأوضاع الواقعية أو القانونية يجعل منها تصدر قرارات إدارية تعالج الأوضاع التي قد وجدت بالفعل، وهي مستمرة الوجود حتى وقت صدور القرار الإداري، فمثلا عدول الموظف عن طلب الاستقالة قبل صدور القرار الإداري بقبوله يكون القرار معيبا لعدم وجود السبب 106 .

ب: أن يكون السبب مشروعا:

يشترط في السبب الذي اعتمدت عليه الإدارة في اتخاذ قرارها أن يكون مشروعاً، وإذا حادت عن ذلك كان قرارها غير مشروع.

وهناك اختلاف بين سبب القرار الإداري الذي هو ركن من أركان القرار الإداري عنه في تسبب القرار الذي يعني ذكر أسباب القرار الإداري، فمثلاً يوقف بقرار من الوالي كل منتخب تعرض لمتابعة قضائية بسبب جنائية أو جنحة... 107 وتبطل بقوة القانون مداولات المجلس الشعبي البلدي المتخذة خرقاً للدستور، وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات 108 .

إن إهمال الإدارة لذكر الأسباب التي بنت عليها القرار، فإن قرارها يكون مشوباً بعييب الشكل، لأن رقابة القضاء

104 راجع فريدة، ابركان وقاية القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص ص 36-41.

105 عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 157.

106 محكمة العدل العليا الأردنية رقم 8/12 مجلة نقابة المحامين، لسنة 1996، ص 430.

107 المادة 41 من قانون البلدية، مرجع سابق.

108 المادة 59 من قانون البلدية، مرجع نفسه.

الإداري للسبب لا ينحصر في مدى وجوده الحقيقي، وتكييفه القانوني، أو مشروعيته بل يتعداه إلى رقابة وجوده من حيث التناسب أو الملائمة بينه وبين الأثر الذي رتبته القرار 109 .

أن التناسب أو الملائمة عندما تكون شرطاً من شروط المشروعية، فتخلف سبب القرار لعدم الوجود، أو كان غير مشروع يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، ويخضع ركن السبب لرقابة القاضي الإداري من خلال الحالات التالية:

1- من حيث الوقائع المادية، أي حالة الوجود المادي للسبب.

2- التكييف القانوني، أي التحقق من تلك الوقائع ستؤدي إلى النتائج التي تتوقعها الإدارة من إصدار القرار.

3- الملائمة: أي أن تتوقع الإدارة قيام تناسب بين السبب والأثر الذي رتبته القرار الإداري، وهو قيد القضاء على سلطة الإدارة التقديرية في اتخاذ القرار المناسب.

الفرع الثاني: ركن المحل في القرار الإداري

يعتبر المحل ركناً من الأركان المكونة للقرار الإداري باعتباره الأثر القانوني المتولد عن نشوء القرار الإداري موضوع العمل الإداري الذي يتطلب منا البحث في تعريفه (أ) احتراماً لمبدأ تدرج مصادر المشروعية فالإدارة ملزمة باحترام القواعد القانونية في إنشاء القرارات الإدارية من حيث الموضوع المحل والأثر حتى لا يكون القرار واقعاً تحت طائلة القاعدة الناصة على مخالفة القانون من محتوى نوع المحل والشروط الواجبة التوافر فيه (ب).

أ/ تعريف محل القرار الإداري

يعني بمحل القرار الإداري أنه الأثر القانوني أو موضوع القرار الذي يحدثه مباشرة بأن يقوم بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديله، أو إلغائه 110 ، من استقراء هذا التعريف نستنتج الخصائص التالية لمحل القرار الإداري التي تجعل منه أثراً قانونياً (أ-1)، ولا يتصور وجود للقرار الإداري إلا إذا كان مرتباً لنتائج (أ-2).

أ-01: القرار الإداري ينتج أثراً قانونياً:

يتمثل هذا الأثر في التغيير الذي يحدثه الشخص الإداري في حدود ما هو ممكن وجائز قانوناً، مع مراعاة تدرج مصادر المشروعية ويطلب من الإدارة أن تلتزم في قراراتها باحترام سائر القواعد القانونية التي تحكم وتنظم موضوع القرار، حتى لا يكون القرار معيباً بعبء مخالفة القانون 111 . وبالتالي يكون عرضة لرقابة القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء 112 .

أ-02: النتائج من إنشاء القرار الإداري

لا يتصور وجود للقرارات الإدارية إلا إذا كان مرتباً لنتائج تتمثل في الإنشاء، التعديل والإلغاء.

109- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 260.

110- راجع - عوابدي عمار القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 70. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 160.

111 وجدي شفيق القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 47.

112 راجع عمر بوجادي، اختصاص القضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص 130.

01- إنشاء مركز قانوني جديد: أن الغرض الدولي من إصدار القرار هو محاولة التغيير في المراكز القانونية، بما تشمله من مجموعة الحقوق والالتزامات 113 ، فيقوم القرار الإداري بإنشاء حق أو التزام، مثل التعيين في وظيفة بقرار إداري.

2- تعديل مركز قانوني قائم: أن عملية التعديل على المركز القانوني الذي يكون عليه أي فرد ما في وظيفة عامة، يكون أما بالسلب وهو الإنزال مثلاً من سلم الدرجة الوظيفية كنوع من الالتزام يقابله إنقاص من القيمة الأجرية للموظف، وقد يكون بالإيجاب، بمعنى أن يرقى الموظف في السلم التدريجي، وبالتالي تتغير وظيفته، ويتغير مركزه الوظيفي بأن يحمل التزامات إضافية، وبالنتيجة يمر بتعديل درجة المنصب بالرفع منها مما يستوجب تغيير النظام القانوني للمنصب الجديد عن طريق التعديل في المركز القانوني فيرتب أثراً قانونية جديدة تحمّل صاحبها التزامات أكبر، مقابل أجر أعلى 114 .

3- إلغاء مركز قانوني قائم: يكون موضوع القرار في مثل هذه الحالة هو إزالة الرابط القانوني بين شخص عادي مثلاً وشخص إداري، بأن يقوم هذا الأخير بفصل الشخص الطبيعي الذي كان يوظفه عن طريق قرار إداري محله الفصل، فأصبح المركز القانوني الذي كان قائماً بين الشخصين منعدم وعليه فآثاره الحقوقية والالتزامية تصبح ملغاة. وبالنتيجة لما تقدم يمكن القول أن محل القرار الإداري هو الذي يميز التصرف القانوني ويحدد جوهره ومحل التصرف يكون منحصراً في الأثر القانوني الذي عن طريقه يتم تحديد ورسم الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، الشيء الذي يميزه عن العمل المادي، الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية.

ثانياً: أنواع وشروط المحل

يصنف القرار الإداري من حيث نوعه بحسب نوع موضوعه الذي تريد الإدارة إحداثه في المركز القانوني (أ)، وليكون المحل بمثابة الأثر القانوني لابد أن يتوافر على شرطين يبنى عليهما أساسه (ب).

أ: أنواع أثر القرار الإداري.

يتنوع القرار الإداري بحسب تنوع صدور القرار في شكل تنظيمي أو فردي.

1- محل القرار التنظيمي: تتولد عن القرار الإداري التنظيمي مراكزه قانونية عامة ومجردة، فترقية الموظفين في الدرجة إذا ارتبط بمدة زمنية مثلا خمسة (05) سنوات ينطبق على كل موظف تحقق له ذات المدة المذكورة، ويكون محل القرار هو الأثر الذي يحدثه بترقية كل موظف يتوافر فيه هذا الشرط.

2- محل القرار الفردي: ينشأ عن القرار الفردي مركزا قانونيا فرديا أو ذاتيا، مثلا خطأ موظف يرتب قرارا فرديا بعقوبة تأديبية، تطبق على ذاته دون الغير.

ب: شروط المحل

اشتراط الفقه والقضاء الإداريين في صحة القرار الإداري أن يكون محله ممكنا وجائزا (مشروعا).

1- أن يكون محل القرار الإداري ممكنا: أي أن يكون محل القرار غير مستحيل، فإذا صدر قرار بترقية موظف قد أحيل على التقاعد فالمحل هنا لا يمكن تنفيذه، لأن الموظف قد غادر الوظيفة.

113 محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 80.

114 راجع المرسوم رقم 82-302، المؤرخ في 11/09/1982 المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج ر عدد 10، سنة 1982.

2- أن يكون محل القرار جائزا (مشروعا): ويعني بذلك أن المحل يكون جائزا إحدائه بموجب قواعد قانونية نافذة، فإذا كان القرار الإداري في آثاره القانونية غير جائز قانونا، فيكون القرار الإداري معيبا بعيب المحل، مثل قرار حرمان الموظف من العطلة الاعتيادية.

الفرع الثالث: ركن الغاية في القرار الإداري

تعتبر الغاية بمثابة الركن المكمل لأركان القرار الإداري، والتي لولاها لما ظهرت أهمية القرار الإداري الذي يتخذ إلا لتحقيق شيء يسمى الغاية فما هو تعريف الغاية (أولا) ، وما هي الشروط التي لابد أن تبنى عليها حتى تكون صحيحة (ثانيا).

أولا: تعريف ركن الغاية في القرار الإداري

تعرف الغاية «بأنها النتيجة النهائية من القرار الإداري الذي يجب أن يسعى الشخص الإداري العام إلى تحقيقها» 115 ، وتعرف أيضا أنها «المصلحة العامة، أو نتيجة معينة مقصودة بالقرار الإداري تكون ضمن المصلحة العامة» 116 .

من التعريفين السالفي الذكر ينتج أن الغاية هي النتيجة النهائية للقرار (أ) ولا تكون كذلك إلا إذا كانت متصفة بصفة المصلحة العامة (ب).

أ: الغاية نتيجة نهائية

ليكون القرار الإداري نهائيا لابد أن يحقق ما يلي:

1- الغاية هي الغرض المستهدف: يلعب القرار الإداري دورا مهما بتجسيده الإرادة السلطوية للإدارة لكونه المعبر عن رغباتها في إحداث آثار قانونية معينة تكون قد تم تصورها في ذهن رجل الإدارة وشكل منها صورة على ضوء السبب الموجود والغاية المستهدفة 117 .

2- الغاية الركن التالي في القرار الإداري:

تمثل الغاية الركن الأخير الذي يختم به العمل في بناء القرار بعد ركن المحل إلا أن هذا التصور ليس مؤكدا حسب رأي أزغاري أحمد الذي أشار إليه يعقوب يوسف الحمادي: على أنه يجب أن نميز بين الهدف كركن من أركان القرار الإداري، والهدف المحقق فعلا من القرار، فالأول يضع النتيجة المتوخاة، بينما يظهر الثاني النتيجة المحققة، ولا يهم في القرار الإداري إلا الغاية كركن معروف لدى الإدارة قبل أن تنفذ القرار، بل وقبل أن تصدره، ومن الأمثلة على ما تقدم يمكن سرد ما يلي:

115 - راجع: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، أسس النظام السياسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 665،

ومحمد الصغير بعلي، القرار الإداري مرجع سابق، ص، 85، وعمار بوضياف القرار الإداري، مرجع سابق، ص 165.

116- عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرعاية القضائية، دار النهضة العربية، 1971، ص 481.

117- يعقوب يوسف الحمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2012، ص 113.

- يربط وجود الإدارة على أرض الواقع بإنجاز غاية، ومثل هذه الغاية يتحقق من خلال منح الإدارة سلطة التأديب للموظف (أي العقاب) في حالة ارتكابه لمخالفات تمس بالسير الحسن للمرفق العام وفعاليته، أو في حالة قيام الإدارة بمنع موكبا من السير في الشارع العام، فإن غايتها تكون متمثلة في الحفاظ على النظام العام الذي يهدده سير الموكب 118 .

ب: الغاية هي المصلحة العامة

لا يتصور في إرادة رجل الإدارة في إنشاء للقرار عدم تصور غاية تتمثل في المصلحة العامة، أو في غاية بذاتها داخل المصلحة العامة، أي تخصيص الغاية، وعليه نستنتج ما يلي:

1- الغاية هي المصلحة العامة: تتحقق هذه المصالح العامة في مثل قيام الإدارة بإصدار قرار إداري يتناول في غايته القيام بتلقيح سكان إقليم إداري معين ضد مرض بدأ في الانتشار في ذلك الإقليم.

2- تخصيص الغاية: مثل هذه الغاية تظهر في حالة قيام الإدارة بإصدار قرار إداري بعينة مخصصة لفئة من المواطنين مثل ذوي الاحتياجات الخاصة الذين لهم الحق في الأولوية من أخذ بعض المساعدات في الدخول الاجتماعي لكل سنة دون غيرهم من المواطنين الآخرين 119 .

بالنتيجة مما تقدم يمكن القول أن الغاية من إصدار القرار الإداري تكون جلية وواضحة لرجل الإدارة من بداية التفكير في عملية الإصدار تجاه الهدف أو الغاية، لأنه من غير المنطقي أن نقول بأن الإدارة المصدرة للقرار لا تكون على تصور مسبق بغايته.

ثانيا: شروط صحة ركن الغاية

يشترط في صحة قيام ركن الغاية في القرار الإداري أن يكون نابعا من رغبة ذاتية للإدارة (أ)، ورغبة الإدارة لا يمكن أن تتولد آثارها إلا إذا كانت ضمن قواعد لا بد من توافرها لضمان صحة قيام الركن (ب).

أ: الرغبة في إقامة ركن الغاية

تمر الإدارة ومن خلالها الموظف المختص بإصدار القرارات الإدارية بمرحلة الرغبة في البحث عن الغاية من الإصدار 120 ، والتمتعن في اصطلاح مرحلة الرغبة الوظيفية يستخلص ما يلي:

1- اعتبار الرغبة عنصر نفسي: العنصر النفسي يقصد به ما يدور حول قوى إرادية ذاتية لشخص الموظف دون الإدارة العامة، فهذه الأخيرة لا تحوز على قوى نفسية بمثل ما يحوزه الإنسان، الشيء الذي يجعلنا نقصد أن الغاية من إصدار القرار الإداري لا تكون إلا تحقيقاً لرغبة يتوخاها المصدر للقرار الإداري كموظف ينوب بإرادته الطبيعية عن إرادة الشخص المعنوي المفترضة.

2- تحديد الرغبة بالاختصاص: بالعودة لركن الاختصاص نلاحظ أن الرغبة في إحقاها غاية معينة، لا بد أن تكون مرتبطة بالاختصاص القانوني للموظف وإدارته ومنه تكون الغاية كفكرة في مخيلة الموظف الإداري، لا عملاً نفسياً اختيارياً، بل هي فكرة تملئها الواجبات المفروضة ضمن إطار الاختصاص، وبالتالي غاية القرارات الإدارية

118 يعقوب يوسف الحمادي، مرجع سابق، ص 113 114.

119 عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع سابق، ص 114.

120 عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع نفسه، ص 114.

تكون بمثابة النتيجة من إصدار القرار الإداري التي تحولت من تصور نفسي إلى تجسيد عملي على أرض الواقع

ب: قواعد صحة ركن الغاية:

بما أن الغاية هي ركناً أو عنصراً نفسياً في القرار الإداري، تعود للموظف في إرادته النفسية، فإنّ تجسيدها على أرض الواقع كنتيجة معينة يجب أن يكون في إطار احترام قاعدة تخصيص صحة الغاية، يعني الهدف في ظل احترام الإجراء المقرر لها.

1- احترام قاعدة تخصيص الغاية (الهدف): تكون غايات الإدارة في قراراتها دائماً تحقيق مصالح عامة، لكن قد يحدد المشرع للإدارة هدفاً خاصاً يجب أن تسعى قراراتها لتحقيقه، وفي حالة مخالفة القرارات لأهدافها، تكون معيبة بإساءة استعمال السلطة، مما يعرضها للإلغاء قضائياً.

إن عملية تخصيص الأهداف -الغايات- التي يعينها القانون تعمل على تقييد أي قرار بحسب الغاية المحددة له قانوناً، فإذا كانت الغاية من القرار تحقيق غاية خاصة وخرج القرار عن ذلك وحقق مصلحة عامة فإنّ القرار يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة 121 .

2- احترام الإجراءات: من الواجب على الإدارة أن تحترم الإجراءات التي رسمها القانون المسطر لتحقيق غاية من الغايات، وفي حالة انحرافها باستعمال إجراءات غير المعينة لتحقيق هدف معين لها، تكون الإدارة عندها قد خالفت قاعدة الإجراءات وعندئذ يتولد عنها عيب الانحراف في إجراءات الهدف، ويحدث مثل هذا العيب لما تنهرب الإدارة من الإجراءات المطلوبة، أو الشكليات المعقدة، ومثال ذلك حالة التجاء الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات عوض الالتجاء إلى إجراءات نزاع الملكية للمنفعة العامة، اتقاء لطول إجراءات النزاع 122 .

المبحث لثالث: آثار القرار الإداري

إذا توفرت في القرار الإداري أركانه القانونية الشكلية والموضوعية يصبح القرار الإداري صحيحا ومرتبيا لإثارة القانونية من لحظة صدوره إلى وقت نهايته سواء كان ذلك تجاه الإدارة المصدرة للقرار، أو تجاه الأفراد المخاطبين به فيتولد عن صدور القرار الإداري آثارا قانونية تجاه الجهة المصدرة للقرار، أو الجهة المخاطبة به وهذه الآثار تشتمل على النفاذ (المطلب الأول)، أو التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نفاذ القرار الإداري

يقصد بالنفاذ هو تلك العملية القانونية التي تضم الإصدار النشر، التبليغ والتي عن طريقها يكسب القرار الإداري قوة النفاذ تجاه الإدارة من تاريخ إصداره (الفرع الأول)، أما تجاه الأفراد فيختلف ذلك من قرار لآخر (الفرع الثاني)، كما قد يكون للقرار الإداري أثر بالسريان الرجعي (الفرع الثالث).

121 راجع آزاد محمد الصديق أثر تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2016، ص 52 53 وعبد الغني بسيوني عبد الله النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص 499.

122- آزاد محمد الصديق، مرجع سابق، ص 54.

الفرع الأول: نفاذ القرار الإداري تجاه الإدارة مصدرة القرار

إن إصدار القرار الإداري من قبل الإدارة هو قصد تنفيذه، ولما كانت جهة الإدارة هي من أصدرت القرار إلى حيز الوجود الغرض منه محاولة تحقيق مقاصد معينة للتأثير به على مركز قانوني، إما بالإلغاء أو التعديل أو الإلغاء 123 . وعليه فهل تلتزم الإدارة بمحض إرادتها بتطبيق مضمون القرار لأنها هي صاحبة الإرادة في

الإصدار أم يمكن لها أن تتصل من التزاماتها تجاه قراراتها؟ سواء كانت هذه القرارات تنظيمية (أولا) أو كانت قرارات فردية (ثانيا).

أولا: مدى نفاذ القرار الإداري التنظيمي تجاه الإدارة

نظرا للاختلاف السائد حول هذا الموضوع يتطلب من الدارس له أن يعرج على الآراء الفقهية ويستعرضها بالدرجة الأولى، وفي الدرجة الثانية ضرورة إدراج الموقف القضائي من ذلك.

1- موقف الفقه من مدى نفاذ القرار التنظيمي تجاه الإدارة:

اختلف الفقه الإداري فيما بينه حول نفاذ القرار الإداري التنظيمي (سريانه) تجاه الجهة الإدارية المنشئة له، فجانبا يرى بضرورة التزامها تجاه ما صدر منها من أعمال ومن بينها القرارات التنظيمية.

وقبول برأي ثاني مخالف يعتبر التزام الإدارة يكون معلقا على عملية نشر القرارات التنظيمية، والتزامها يبدأ من يوم نشرها للقرار.

أ- الرأي الأول: يتزعمه الفقيه RIVERRO صاحب الاتجاه الذي يرى بضرورة التزام الإدارة بقراراتها التنظيمية من وقت صدورها، ولا يحق لها الاختباء وراء عملية النشر، لأن النشر عملية مقررة لصالح الأفراد، ولا يجوز للإدارة الاحتجاج بها 124 .

ب- **الرأي الثاني:** يرى أصحابه أن الإدارة غير ملزمة تجاه قراراتها التنظيمية إلا بعد نشرها، مثلها مثل القوانين التي لا تطبق إلا بعد نشرها 125 .

ثانيا: موقف القضاء من مدى نفاذ القرار التنظيمي تجاه الإدارة

يتأثر موقف القضاء الإداري بمثل ما يتأثر به الفقه الإداري حول مدى نفاذ القرار الإداري تجاه الإدارة سواء تعلق بالقضاء الفرنسي، أو القضاء المصري.

أرأي القضاء الفرنسي: يرى القضاء الإداري الفرنسي بعدم جواز الاحتجاج بالقرار التنظيمي الذي لم ينشر في مواجهة الإدارة، ويظهر هذا التوجه من بعض أحكامه، بمثل ما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر في حكم له بتاريخ 1954/11/26، الذي تتلخص وقائعه في أن الأنسة Balthazard كانت قد فصلت بقرار صادر من المدير الإقليمي للبريد بتاريخ 1950/04/20 تنفيذا للتعليمات الوزارية الصادرة من وزير البريد والبرق

123 راجع عمار بوضياف القرار الإداري، مرجع سابق، ص.172.

124 REVERRO Jean, Droit administratif, 3ème édition, 1965, p 100

125 راجع د. عبد العزيز الجوهري القانون والقرار الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 215، وعمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 173.

والتلفون بتاريخ 1950/04/19 والمتعلقة بالصلاحية الوظيفية وحق الموظفين في العمل أثناء فترة التمرين ولكن هذه التعليمات لم تكن قد نشرت في المجموعة الرسمية الخاصة بموظفي البريد والبرق والتليفون، فقضى المجلس برفض الدعوى مستندا إلى أن هذه التعليمات الوزارية لا تعتبر قابلة للتطبيق إلا في 20/04/1950، أي في اليوم نفسه الذي صدر فيه القرار المطعون فيه، ولا تستفيد المدعية من هذا القرار التنظيمي 126 .

ب **رأي القضاء الإداري المصري:** لا يفرق القضاء الإداري المصري بين القرار التنظيمي والقرار الفردي من حيث مدى نفاذه تجاه الإدارة، إذ يجيز في غالب الأحيان للأفراد حق التمسك بالقرار تجاه الإدارة قبل نشره 127

الفرع الثاني: نفاذ القرارات الإدارية تجاه الأفراد

يحدد سريان القرارات الإدارية تجاه الأفراد من تاريخ العلم بها عن طريق التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي (أولا)، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي (ثانيا).

أولا: أثر التبليغ على نفاذ القرار الإداري تجاه الأفراد

التبليغ أو الإعلان هو الطريقة التي تنتقل بها الإدارة القرار الإداري إلى علم فرد، أو جماعة معينة من الناس، والقرار الإداري لا يسري حيال المخاطب به إلا من تاريخ تبليغه أو إعلامه، أو إعلامهم بمضمون القرار شخصيا 128 ، والمادة 35 من المرسوم رقم 88-131 تنص: «لا يحتج بأي قرار ذي طابع فردي على المواطن

المعني بهذا القرار، إلا إذا سبق تبليغه إليه قانونا، هذا إن لم يكن هناك نص قانوني أو تنظيمي مخالف».

والمادة 829 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتناول التبليغ بما يلي «يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية ومجلس الدولة بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي...».

ويتم التبليغ عن طريق الشفاهة، أو بالتبليغ المباشر عن طريق عون إداري، أو بالتبليغ عن طريق البريد.

ثانيا: أثر النشر على نفاذ القرار تجاه الأفراد

يعتبر النشر الطريقة الأكثر شيوعا من بين الوسائل الأخرى المعروفة للعلم بالقرارات الإدارية، ومتى علم الشخص بالقرار المخاطب به بدأ سريان أجل الطعن الإداري أو القضائي.

والنشر يعرف بأنه «وسيلة رسمية فرضها المشرع على الإدارة مصدرة القرار الإعلام الناس به، وأسموه بالعلم الرسمي بالقرار» 129 .

وتناولت المادة 30 من قانون البلدية رقم 10-11- عملية النشر بما يلي: «تعلق المداوولات باستثناء تلك المتعلقة بالنظام أو الحالات التأديبية تحت إشراف رئيس المجلس الشعبي البلدي في الأماكن المخصصة لمصقات وإعلام الجمهور، وتنتشر بكل وسيلة إعلام أخرى خلال الثمانية (08) أيام المالية لدخوله حيز التنفيذ طبقا لأحكام هذا القانون»، وتناول المرسوم رقم 131-888 المؤرخ في 04/07/1988، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن

126 قرار أشار إليه، عبد العزيز السيد الجوهري، مرجع سابق، ص 212.

127 عبد العزيز السيد الجوهري، مرجع سابق، ص.214.

128 المادة 4 من ق.م.ج. و المادة 829 ق.إ.م، 2008.

129 محمد عبد المجيد البيدي نفاذ القرارات الإدارية وسريائها في حق الأفراد، رسالة دكتوراه القاهرة، 2002، ص 58.

في المادة منه عملية النشر بما يلي: «يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها وينبغي في هذا الإطار أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام»، ونصت المادة 9 من نفس المرسوم على: «يتعين على الإدارة أن تنتشر بانتظام التعليمات والمناشير والمذكرات والآراء التي تهم علاقاتها بالمواطنين».

وخصصت مادة في كل مرسوم رئاسي، تنفيذي، كإقرار إداري يشير إلى عملية النشر بصيغة «ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية» 130 .

أما بالنسبة للمادة 3 من المرسوم رقم 81-131 المتضمن نموذج نشرة القرارات الإدارية في الولاية فتتص «على ضرورة نشر القرارات الإدارية التنظيمية أما القرارات الإدارية الفردية، فاشتطت فيها التبليغ فرديا».

الفرع الثالث: سريان القرار الإداري بأثر رجعي كاستثناء

يعرف أن سريان القرار الإداري يبدأ من تاريخ إصداره وعليه فعملية السريان يشترط فيها أن تتم بكيفية لا تؤدي إلى الضرر بالحقوق المكتسبة من قبل، وهو عدم الرجعية في القرارات الإدارية كقاعدة عامة مستمدة من المبدأ العام لعدم رجعية القوانين المنصوص عليها في المادة الرابعة (04) من القانون المدني الجزائري بما يلي: تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية إلا أن لقاعدة عدم الرجعية في تطبيق القرارات الإدارية استثناءات يمكن ردها إلى الاعتبارات التالية إقرار الرجعية لنص قانوني (أولا)، إقرار الرجعية تنفيذا لحكم (ثانيا)، وفي حالة السحب (ثالثا) وأخيرا رجعية القرار المفسر أو المؤكد (رابعا).

أولا: إقرار الرجعية إلى نص قانوني

تستند بعض القرارات في رجوعيتها إلى نصوص قانونية قد يخول من خلالها المشرع بعض الإدارات صلاحية إصدار قرارات إدارية تطبق بأثر رجعي لحل إشكالات تخص المصالح العامة للأفراد والتي تهدف الإدارة إلى

تحقيقها مثل ما كان منصوص عليه في المادة 10 من قانون الوظيفة العمومي بشأن إعادة الموظفين الذين فقدوا وظائفهم أثناء الحرب، وضرورة تسوية أوضاعهم المالية بأثر رجعي أو مثل دفع وتسوية وضعية المجندين في سنة 1991م بتقديم تسوية وضعتهم في 2017 أو قبلها.

ثانيا: إقرار رجعية القرارات الإدارية تنفيذاً لحكم قضائي

فالحكم القضائي الإداري بإلغاء القرار الإداري ما معناه إعدام أثره القانونية في الماضي والمستقبل، والإدارة لدى تنفيذها للحكم القضائي، لا بد عليها أن تصدر قرارات إدارية ذات آثار رجعية بإعادة الموظف إلى وظيفته، وكذا دفع راتبه بأثر رجعي وتسوية كل امتيازاته بأثر رجعي كذلك.

ثالثا: حالة القرار المسحوب

يعتبر سحب القرار الإداري من قبل الإدارة إلغاء له ولآثاره من تاريخ دخوله حيز التنفيذ سواء تعلق ذلك بالماضي أو المستقبل.

130 المرسوم التنفيذي رقم 94-177 المؤرخ في 26/06/1994، المحدد قواعد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، وتنظيمها، ج ر عدد 42، لسنة 1994.

رابعا: رجعية القرار المفسر أو المؤكد

تخضع القرارات الإدارية التي يشوب معنى محتواها أو مقاصدها، وطلب تفسيرها أو تأكيدها، إلى القرار الصادر بهذا الشأن فيكون له أثر رجعي من تاريخ تطبيق القرار الغامض، وقرار التفسير لا يأتي بجديد بل يقتصر عمله على التأكيد أو التفسير فقط 131 .

المطلب الثاني: تنفيذ القرار الإداري

يعني بتنفيذه القرار الإداري هو إظهار لأثره القانونية وتجسيدها على أرض الواقع تحقيقاً للهدف الذي من أجله تم تأطيره، والتنفيذ هو إجراء لاحق لعملية النفاذ التي تتم بالإشهار، إن الأهمية من دراسة عملية التنفيذ، تظهر من المحتوى الموضوعي للقرار الإداري إن كان مانحا للحقوق أو فارضا لالتزامات تجاه الأفراد، فإن كان القرار مرتبا لحقوق فردية، فالتنفيذ يكون اختيارياً (الفرع الأول)، أما إذا كان مرتبا لالتزامات في ذمم الأفراد، فالتنفيذ يكون بطرقتين، أما بواسطة الإدارة (الفرع الثاني)، أو بواسطة القضاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التنفيذ الاختياري

ينتج القرار الإداري أثره الكامل من وقت دخوله حيز التنفيذ بصفة قانونية تجاه الأفراد المخاطبين به فيقومون بتنفيذه اختياريا (أولا)، أو يكون تجاه الإدارة التي هي الأخرى تلتزم اختياريا بتنفيذه في ذمتها إحقاقا لحقوق الأفراد عليها (ثانيا).

أولا: التنفيذ الاختياري من قبل الأفراد:

يفترض في الأفراد المخاطبين بالقرارات الإدارية القيام بتنفيذها واحترام محتواها دون إخلال بما هو مقرر لهم من حق المنازعة في مشروعية القرار الإداري. ففي حالة القرار المولد للحق فعلى الشخص المخاطب به أن يلتزم بتنفيذه، أو الامتناع عن ذلك بحسب الشروط القانونية المنظمة له، مع إمكانية حق اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في مشروعيته بالإلغاء 132 .

ثانيا: التنفيذ الاختياري للإدارة

باعتبار الإدارة صاحبة الامتياز بالتقرير الإرادي المنفرد في إصدار قراراتها المقررة لها قانوناً بإحداث أثر قانوني إما بالإنشاء، أو التعديل، أو الإلغاء لمراكز القانونية، فإن عبء التنفيذ يقع على عاتقها مختارة دون خضوع لضغط خارجي اللهم إذا ما قامت برسم لحدود والتزامات ذاتية، فتقوم مثلاً بصرف مبلغ الأجرة الشهرية التي وعدت بها الموظف لدى توظيفه في إدارتها 133 طواعية بحلول نهاية كل شهر شغله الموظف لديها.

الفرع الثاني: التنفيذ بواسطة الإدارة

يقصد بمبدأ قوة الشيء المقرر الذي تتسم به القرارات الإدارية على أنها ذات طابع تنفيذي، الأمر الذي جعل منها قابلة للتطبيق بمجرد صدورها في حق المخاطبين بها، وعلى المتضرر منها، أو المدعي بعدم شرعيتها إلا

131 - عبد الله الإدريسي، محاضرات في القانون الإداري، 1993، ص. 249 الميلود بوطريكي، النظرة العامة للقرارات الإدارية، دار الوفاق المغربية، ط 1، 2018، ص 113.

132 - شفيق وجدي، القرارات الإدارية، ط 1، شركة ناس للطباعة، مصر، 2014، ص. 103.

133 - شفيق وجدي، مرجع سابق، ص 104.

الذهاب إلى القضاء المختص ومنازعته 134 . نظراً لتمتع الإدارة باختيارات تخولها حق تنفيذ قراراتها، ففي حالة اقتناع الفرد أو الأفراد المخاطبين بالقرار الإداري عن تنفيذه طواعية، مما يؤدي بالإدارة إلى استعمال طرق ووسائل خاصة بها قصد الوصول إلى التنفيذ بشكل مباشر بالالتجاء إلى فرض عقوبات (جزاءات) إدارية (أولاً)، أو بواسطة التنفيذ الجبري (وسيلة الإكراه) 135 (ثانياً).

أولاً: لجوء الإدارة إلى العقوبات الإدارية

حتى يعزز المشرع من مكانة الامتياز الذي تختص به الإدارة لدى إصدارها لقراراتها الإدارية، فمنحها مكانة بفرض الاحترام وطواعية الالتزام بما تمليه من التزامات من خلال قراراتها المخاطبة للأفراد.

تتنوع العقوبات التي قد تتخذها الإدارة كونها قد تكون موجهة لأشخاص طبيعية أو معنوية تكون في حالة رفض لتنفيذ قرارات إدارية، وقد تكون هذه العقوبات متخذة لأشكال وأنواع مختلفة، ففي حالة اعتراض أحد الموظفين على تنفيذ قرار إداري صادر ضده من إدارته فإن عقوبة احتمال عدم تنفيذه للقرار تكون محددة مثلاً بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية التي تخص مادته 447 على ما يلي:

«كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه...» 136 .

إن عدم الامتثال لتنفيذ المهام سواء كانت مادية أو قانونية - قرارات إدارية - من قبل الموظف أو من قبل العامل تطبق عليه عقوبة تأديبية بحسب جسامة الخطأ والظروف التي ارتكبت فيها، وكذا ترتب مسؤولية الموظف المعني والنتائج المترتبة عن سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة والمستفيدين من المرفق العام 137 ، وتندرج درجات العقوبات التأديبية بحسب ما تم ذكره سابقاً بدرجات الخطأ الذي يتراوح ما بين التنبيه إلى التوقيف عن العمل إلى التسريح وهو الدرجة الرابعة 138 .

أما إذا كان القرار الإداري موجهاً للأفراد الخارجين عن المرفق العام، والذين قد يكونون إما مستغلين أو منتفعين بخدمات المرفق العام، فلا بد عليهم أن يحترموها، فقرار منع السير نهائياً مثلاً على الشاحنات في مدينة أو في مكان معين، سيؤدي في حالة عدم الالتزام باللائحة المرورية، تعرض صاحبها إلى سحب رخصة السياقة، وعقوبة مالية.

من المميزات التي يتصف بها القانون الإداري عن القانون العادي أن الأول يوفر للإدارة امتياز إتباع أسلوب التنفيذ الجبري وغير المألوف في القانون العادي.

CHAPUS .R., Droit administratif général, T1, 8ème Edition Montchrestien, 1994, p 134

.996

135 محمد كرامي، القانون الإداري، دار النجاح المغرب، وسط 2015، ص.351.

136 المادة 47 من الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 لسنة 2006.

137 المادة 63 من الأمر رقم 03-06، مرجع سابق.

138- المادة 63 من قانون البلدية، مرجع سابق.

يعد أسلوب استعمال القوة كامتياز ثان بعد العقوبات الإدارية الذي قد تستعمله الإدارة ضد المخاطب بالقرار والممتنع عن تنفيذ أوامر تكون فرضية غير عادية في أي دولة قانونية.

وعليه فالتجاء الإدارة إلى استعمال التنفيذ بالقوة الجبرية تكون عملاً استثنائياً، حتى تمنح الإدارة لنفسها صلاحية ممارسة تطبيق العدالة بنفسها، وللقيام بهذا الاستثناء لابد من توافر الشروط التالية:

1- أن تستند الإدارة إلى نص قانوني في تنفيذ القرار: تستند الإدارة في تنفيذ قرارها الإداري إلى نص قانوني تبني عليه الضرورة باللجوء إلى استعمال القوة لتنفيذ القرار الإداري، مثل ما يحتويه قانون البلدية في مادته 89 على سبيل المثال بالنص بما يلي:

يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها كل الاحتياطات الضرورية، وكل التدابير الوقائية لضمان سلامة وحماية الأشخاص والممتلكات في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحدث فيها أية كارثة أو حادث. وفي حالة الخطر الجسيم والوشيك، يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فوراً.

كما يأمر ضمن نفس الأشكال يهدم الجدران والعمارات والبنىات الآيلة للسقوط مع احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما لاسيما المتعلق باحترام التراث الوطني 139 .

2- أن يكون هناك رفضاً قاطعاً من طرف المخاطب بالقرار: ليسمح للإدارة باستعمال التنفيذ الجبري يشترط أن يصطدم قرارها برفض أو مقاومة ايجابية أو سلبية، وإلا اعتبر استعمال القوة هو عملية نكديه وألا تصلح وسائل أخرى في محاولة صد المقاومة التي أبادها المنفذ عليه.

3- أن لا تكون هناك وسائل أخرى غير الوسائل الجبرية: لا يسمح للإدارة باستعمال الوسائل الجبرية إلا إذا نفذت كل الوسائل الأخرى لمحاولة فرض التنفيذ، عندها يجوز للإدارة استعمال القوة للتنفيذ.

4- أن تكون هناك حالة استعجالية: إن حدوث حالات استعجال استثنائية، تسرع من عمليات تدخل الإدارة لتسريع تنفيذ نشاطها الإداري ومنها القرارات الإدارية، مثلاً بالالتجاء الفوري إلى نقل وإجلاء سكان بناية تكون معرضة لخطر داهم.

5- ضرورة احترام التدرج الإجرائي في تنفيذ القرارات الإدارية: يشترط على الإدارة أن لا تلجأ إلى إجراء التنفيذ الجبري إلا بعد المرور، واستنفاد كل الحلول الإجرائية والتي تكون دون التنفيذ الجبري، إلا في حالات القرارات الاستثنائية الاستعجالية كحالة الإضرابات والمظاهرات أو الكوارث أو غيرها من حالات الاستعجال التي تتطلب فيها إن اقتضت الضرورة استعمال القوة في تطبيق القرارات الإدارية مباشرة دون احترام التدرج في تنفيذ القرارات الإدارية.

أما ما عدى ذلك فلا يمكن للإدارة إتباع التنفيذ الجبري إلا بعد استنفاد الطرق العادية المسطرة في عملية تحصيل المال العام، الذي يكون في شكل ديون للدولة في أن تتبع الخطوات القانونية التي يحددها المشرع وهي الإنذار القانوني ثم الإكراه البدني ثم الحجز ثم البيع، وهو ما جاء في حيثيات حكم للقضاء الإداري المغربي بما يلي:

139- المادة 89 من قانون البلدية، مرجع سابق.

وحيث أنه بالنسبة لاستخلاص ديون الدولة فإن المشرع قد وضع ضابطاً للمتابعات وحدد درجات لهذه المتابعات تتمثل في الإنذار بدون ضار، والمحددة مقتضياته في المادة 24 من ظهير 21 غشت 1935 ثم الإنذار القانوني والإكراه البدني، أو الحجز ثم البيع ولا يمكن بأي حال من الأحوال اللجوء لإجراءات الحجز والبيع إلا بعد استنفاد طريق التنبيه بدون صائر ومرحلة الإنذار القانوني 140 .

الفرع الثالث: التنفيذ عن طريق القضاء

للإدارة كشخص معنوي عام الحق في التقاضي، وعليه تلجأ الإدارة في حالة عدم تنفيذ قراراتها إلى القضاء التحريك دعوى إما جزائية (أولاً) أو مدنية بغرض تنفيذ قراراتها (ثانياً).

أولاً: الدعوى الجنائية

تتعاقب إصدارات النصوص القانونية المعاقبة لمخالفات التنفيذ وعدم الالتزام بما تحتويه القرارات الإدارية، فعدم احترام القرار الإداري وعدم الاستجابة بالتنفيذ لأثاره يرتب خطأ يعاقب عليه القانون الجنائي، وما دام المبدأ القانوني ينص على أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، نستعرض بعض المخالفات التي يعاقب عليها القانون كالتالي:

1- مخالفة المراسيم والقرارات: تناولت هذا الجانب المادة 459 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 بالنص: "يعاقب بغرامة من 3000 إلى 6000 دج ويجوز أن يعاقب أيضاً بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانوناً من طريق السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقباً عليها بنصوص خاصة 141 .

2- المخالفات المتعلقة بالأمن العمومي: تنص المادة 460 من القانون رقم 06-23 يعاقب بغرامة من 3000 إلى 6000 دج ويجوز أن يعاقب بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من يخالف منع إطلاق النار الاصطناعية في بعض الأماكن 142 .

3- المخالفات المتعلقة بالطرق العمومية والصحة العمومية: تنص المادة 462 من القانون رقم 18-11 الصادر في 2018/07/02 يعاقب بغرامة من 3000 إلى 6000 دج ويجوز أن يعاقب أيضاً بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر على الأفعال التالية:

1. كل من كان ملزماً بإنارة طريق عام وأهمل إثارتته.

2. كل من أهمل إنارة المواد التي يصفها أو الحفر التي يحدثها في الشوارع أو في الساحات مخالفاً بذلك القوانين واللوائح التنظيمية.

140- حكم أشار إليه محمد كرامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 333.

141 أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات، برتي للنشر، ط2013، 2014، الجزائر

142 أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات، المرجع نفسه.

3. كل من أهمل تنفيذ اللوائح التنظيمية والقرارات المتعلقة بالطرق (العمومية أو طاعة الإنذار الصادر من السلطة الإدارية بإخلال أو هدم المباني الآيلة للسقوط أو رفض ذلك ... 143

ثانياً: الدعوى المدنية

اختلفت توجهات الأنظمة القضائية المدنية العادية - في صلاحية التجاء الإدارة إلى القضاء العادي لاستصدار حكم قضائي يتم من خلاله إلزام الأفراد على ضرورة احترام مبدأ تنفيذ القرارات الإدارية.

01- في فرنسا استقر قضائها على عدم اختصاص القضاء المدني في إمكانية إصدار أحكام القضاء المدني بخصوص ضرورة احترام عملية الالتزام تجاه القرارات الإدارية 144 .

2- في مصر والعراق والأردن فالإدارة يسمح لها الذهاب إلى القضاء المدني لاستصدار أحكام قضائية بإلزام الأفراد باحترام قرار إداري معين، والقانون لا يمانع في ذلك 145 .

المبحث الرابع : انتهاء القرار الإداري

يمكن تشبيه القرار الإداري بأنه كائن في الوجود القانوني مثله مثل الكائنات يولد ويعيش إن كان قابلاً للحياة، ويمرض ويموت وهي نهاية القرار الإداري الذي يكون إرادي ذاتي للإدارة صاحبة للاختصاص في إصدار القرار الإداري (المطلب الأول) وقد تكون نهاية من الغير خارجة عن إرادة الإدارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انتهاء القرار الإداري بإرادة الإدارة

تتمتع الإدارة بسلطات تخولها القدرة على الإنشاء والتعديل والإلغاء، وغير ذلك من أنواع الاختصاصات والتي من خلالها تمارس نشاطها الإداري، وعليه فللإدارة الحق في التدخل ضمن تنظيمها الداخلي قصد القيام بإجراء تراه يلاءم وضعية قانونية ما كان ينظمها قرار إداري، فإذا أرادت وضع نهاية له بإرادتها 146 الاختيارية كان عليها إتباع إما طريق الإلغاء الفرع الأول)، أو طريق السحب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إلغاء القرار الإداري من قبل الإدارة

يتولد عن قيام الإدارة بإلغاء قرارها الإداري نهاية الآثار المستقبلية للقرار مع بقاء أثاره التي سبق وأن رتبها في الماضي كالحقوق والواجبات، فلا يمكن أن تخضع للإلغاء تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية الذي يكفل حقوق الأفراد المكتسبة، ويصون تصرفات الإدارة ويحافظ على دوام مصداقيتها 147 ، قد يكون منصرفاً إما تجاه القرارات التنظيمية (أولاً)، أو يكون تجاه القرارات الفردية (ثانياً).

143 أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات المرجع نفسه.

144 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 619.

145 خالد خليل الطاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 215.

146 سليمان محمد الطماوي القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 593.

147 عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 509.

أولاً: إلغاء القرارات التنظيمية

الأصل في سلطة الإدارة أنها واسعة تشمل عدة مجالات منها إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية التي تكون قد تطرقت فيها بالإنشاء والتعديل أو الإلغاء، طالما تعلق الأمر بقواعد عامة ومجردة 148 ، والإلغاء قد يكون شاملاً لكل القرار ويمكن أن يكون جزئياً يلغي جزء من القرار أما الأجزاء الأخرى فتبقى منتجة لآثارها القانونية. وسلطة الإدارة في الإلغاء ليست مطلقة بل تختلف بحسب نوع القرارات أن كان تنظيمي يمنح للإدارة مجال متسع لممارسة عملية الإلغاء في هذا المجال على القرار التنظيمي، لان القرارات التنظيمية تتناول قواعد عامة مجردة وليس لأحد الحق في الاعتراض، والإلغاء قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً، ويشترط في قرار الإلغاء أن يصدر ضمن الشروط الشكلية من الاختصاص والشكل والإجراءات والشروط الموضوعية المكونة من السبب المحل والغاية والمؤلفة لأركان القرار الإداري، ومن الأمثلة على إلغاء القرار التنظيمي، حالة تدخل الإدارة المصدرة أو الوصية عليها، القيام بإلغاء قرار كان ينظم مهنة من المهن الحرة في أثاره المستقبلية عندها لا يجوز للفئة المعنية بهذه المهنة أن تطعن في القرار تجاه الإدارة التي قامت بإلغائه، لأنها في موقف تنظيمي لائحي 149 .

ثانياً: إلغاء القرار الفردي

القاعدة العامة في القرار الفردي أنه غير قابل للإلغاء من قبل الإدارة لما يكون سليماً وغير معاب، وإذا أرادت أن تلغي قراراً سليماً رتب عليها مسؤولية التعويض عن الأضرار التي تتولد عن المراكز القانونية للقرار.

أما القرارات الفردية السليمة التي يمكن للإدارة إلغاؤها رغم صدورها سليمة فهي تلك القرارات التي تكون في وضعية غير مرتبة لآثار قانونية وعلى الإدارة أن تلزم باحترام مدة الطعن في القرارات الإدارية غير المشروعة والمقدرة بأربعة (04) أشهر في دعوى الإلغاء الإدارية إذا كان القرار الإداري قد رتب حقوقاً مكتسبة وإلا أصبح القرار سليماً بصحته بمرور مدة الطعن أما في حالة عدم ترتبيه لحقوق مكتسبة جاز للإدارة حق الإلغاء 150 .

الفرع الثاني: سحب القرار الإداري من قبل الإدارة

يعني بالسحب هو القضاء على القرار الإداري بمحو أثاره القانونية من تاريخ صدوره ويزال من الوجود ماضياً وحاضراً، ومستقبلاً، وهو النوع الأول من السحب، أما النوع الثاني فهو وضع حد للقرار مستقبلاً والإبقاء على أثاره المكتسبة في الماضي ولا آثار له لاحقاً، وهنا يمكن التفريق بين معنيين كلمة السحب السحب الرجعي (Retrait) والثانية النسخ (Abrogation) 151 ، وعملية السحب التي قد تطال القرارات الإدارية لا نقوم بالتفريق

بينها من حيث مشروعيتها (أولاً)، أو عدم مشروعيتها (ثانياً) وحتى تكون عملية السحب التي تقوم بها الإدارة صحيحة لابد أن تركز على مجموعة من الشروط، سندرسها لاحقاً (ثالثاً)

أولاً: سحب القرارات الإدارية المشروعة

المتعارف عليه في القرارات الإدارية المشروعة أنها غير قابلة للسحب، لأنها صدرت صحيحة من كل الجوانب

148 راجع: سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص 269.

149 عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 234.

150- خالد خليل الطاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 218 219.

151 ميلود تركي النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 128.

سواء كانت فردية أو تنظيمية، مع توافرها على كل الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة في قيام أركان القرار الإداري، وعليه نكون أمام حالة الاستحالة بسحب القرار المشروع، إلا أن بعض الظروف الاستثنائية في حياة الإدارة تجعل منها تلجأ إلى سحب بعض قراراتها رغم مشروعيتها. المبدأ العام أن القرارات الإدارية المشروعة لا تسحب نظراً لعدم تخصيص المشرع لنظرية تتناول خصوصية تقنين فكرة القرار الإداري بكل أنواعها، كما فعل في بعض أنواع القرارات بمثل قرارات نزع الملكية المنظمة في كل أطوارها 152 . إن عدم التخصيص لنظرية معينة لتنظيم القرارات لا يؤثر حسب رأبي في مدى مشروعيتها، وعليه فعملية السحب للقرارات هي من اختصاص الإدارة المصدرة لها، وذلك نزولاً عند رغبتها في مدى استعمالها لسلطاتها التقديرية تجاه عملية السحب إن كانت قانونية أو غير قانونية، ومن حيث إنتاجها لآثار معينة من عدمها.

فمثلاً في حالة إصدار القرار الإداري بتوظيف شخص في وظيفة ما، وقبل التحاقه بالوظيفة، يجوز للإدارة سحب قرارها المشروع طالما ثبت أن السحب لا يمس بالمراكز القانونية للأفراد ولا يؤثر على الحقوق المكتسبة 153 .

مما تقدم يمكن القول أن الإدارة مقيدة تجاه القرارات المشروعة بعدم سحبها، إلا إذا كانت غير ماسة بالحقوق المكتسبة للأفراد.

ثانياً: سحب القرارات غير المشروعة

خلافًا للقيود التي تكبل إرادة الإدارة في عزمها على سحب قراراتها المشروعة، فإنّ وضعية إرادة الإدارة تجاه عملية سحب القرارات غير المشروعة تكون مختلفة، بأن تكون الإدارة متمتعة، وذلك في حدود وضوابط مشروعة بحق سحب قراراتها غير المشروعة، التي تكون قد أصدرتها معيبة في ركن أو أكثر من أركانها بغرض القيام بتصحيحها 154 .

إن عملية السحب التي تمارسها الإدارة في حق قراراتها غير المشروعة الغرض منها لا يكون إلا لإصلاح العيوب التي ظهرت في القرار، وعليه يمكن القول أن الإدارة بقيامها لعملية السحب تكون قد تحولت إلى سلطة إدارية حامية لمبدأ المشروعية الذي يصون حقوق الأفراد، ويحمي الآثار السلبية الناتجة عن عدم مشروعية القرار بآثر رجعي، دون انتظار تدخل القضاء الإداري ليقوم بإلغاء القرار غير المشروع.

ثالثاً: شروط صحة قيام عملية السحب: يشترط لصحة قيام عملية السحب توافر مجموعة من الشروط هي:

أ- أن يكون القرار الإداري المراد سحبه مشوباً بعيب عدم المشروعية المتمثل في عيب عدم الاختصاص، عيب انعدام السبب، عيب مخالفة الشكل والإجراءات، عيب مخالفة القانون عيب الانحراف بالسلطة.

ب- أن يتم سحب القرارات السليمة بناء على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ويستثنى من ذلك القرارات المتعلقة بفصل أو عقوبة موظف 155 وهي حالات خاصة حسب الظروف والحالات.

152 راجع عمار بوضياف القرار الإداري، مرجع سابق، ص 231.

153 قانون رقم 91-11 مؤرخ في 1991/04/27، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21 صادر في 1991/05/08، معدل ومتمم بموجب قانون المالية لسنة 2005، ج ر عدد 85، صادر في 2004/12/30.

154 محمد فؤاد مهنا القانون الإداري، دار المعارف، القاهرة، 1981، ص 1002.

155 خالد خليل الطاهر، مرجع سابق، ص 219.

ج- أن يتم سحب القرار داخل الآجال القانونية للطعون القضائية بالإلغاء (04) أشهر في الجزائر، أو أثناء النظر في دعوى الإلغاء المحركة ضده، وهنا لا بد من الإشارة بضرورة التفريق بين القرار الإداري المعيب وهو غير المطلق والذي يطبق عليه التقادم المفضي إلى الصحة في الأركان بعد مرور الفترة الزمنية المخصصة لذلك، أما القرار المنعدم فلا يحسن بأي فترة مر بها، وعليه يبقى دائما عرضة للسحب في أي وقت وحين.

د- أن يتم السحب من قبل الإدارة المختصة: الإدارة نفسها مصدره القرار هي التي لها الحق في سحب القرار الإداري وخلال المدة الزمنية المحددة.

المطلب الثاني: نهاية القرار الإداري بإرادة خارجة عن الإدارة

ينتهي القرار الإداري بعدة حالات هي: انعدام المحل، أو صدور حكم قضائي (الفرع الأول)، أو في حالتي إلغاء القانون الذي تم في غرضه إصدار القرار، أو في حالة انتهاء المدة الزمنية المخصصة للقرار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالتي انعدام المحل أو صدور حكم قضائي 156

يمكن للقرار الإداري أن يبلغ نهايته في حالتين هما حالة تعرض محل القرار إلى الزوال من الوجود (أولا)، أما الحالة الثانية التي ينتهي بها القرار هي حالة تدخل القضاء الإداري وإصداره لحكم بإلغاء القرار (ثانيا).

أولا: حالة انعدام المحل

تتحقق نهاية القرار الإداري بزوال الشخص المخاطب بالقرار كوفاة الشخص المعني بالقرار، أو في حالة نهاية، أو زوال موضوع القرار كانهيار المبنى المستفاد منه في القرار، أو مثل حالة إصدار قرار إداري لمواجهة ما قد ينجم عن عاصفة ثلجية محتملة الوقوع، لكن العاصفة لم تسجل أي خسائر، وعليه يصبح القرار الإداري الصادر بشأن تلك الآثار منتهي الصلاحية.

ثانيا: صدور حكم قضائي بإلغاء القرار الإداري

يشترط لتدخل القضاء الإداري تجاه أعمال الإدارة ومنها القرارات الإدارية بالرقابة عليها أن يقوم الشخص المتضرر من قرار الإدارة بالتوجه إلى الجهة القضائية المختصة ويرفع دعوى إلغاء أمام مجلس الدولة ينازع فيها قرارا صادرا من إدارة مركزية، أو هيئة عمومية، وطنية، أو منظمة مهنية وطنية، وقد تحرك الدعوى بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية إذا تعلق بقرار صادر من الولاية، أو إحدى مصالحها الإدارية، أو من البلدية، أو إحدى مصالحها، أو من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وفي حالة توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الدعوى، وثبت أن القرار غير مشروع لحمله لعيوب أو عيب ماسا بالشرعية، فيقوم القاضي بإلغائه، وبذلك ينتهي القرار الإداري.

الفرع الثاني: حالتي إلغاء القانون، وانتهاء المدة الزمنية المخصصة للقرار

ينتهي القرار الإداري أيضا بتوافر حالة إلغاء القانون المنظم (أولا)، أو بحالة نهاية المدة الزمنية المخصصة للقرار (ثانيا).

156- للتفصيل أكثر راجع: محمد كرامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص334، وعمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 130، ومنير قتال، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 87.

أولا: انتهاء القرار الإداري بإلغاء القانون

تصادف نهاية القرار الإداري في بعض الحالات بإلغاء القانون المنظم لتلك العلاقة القانونية التي ترخص لأجنبي بالإقامة بناء على علاقة عمل بينه وبين جهة معينة، كأن يقدم أحد الأشخاص الأجانب طلب توظيف لإحدى المؤسسات العامة 157 مثل المستشفيات في الجنوب الجزائري التي توظف الأطباء الكوبيين، وبخاصة ذوي الاختصاص في طب العيون، وبالموافقة على طلب التوظيف، وبالموازاة يطلب من الإدارة صاحبة الاختصاص الترخيص له بالحصول على إقامة فإصدار الإدارة المختصة لرخصة الإقامة، يكون مؤسسا على حالة قانونية وهي علاقة التوظيف في المستشفى فإن علقت هذه العلاقة وتم حلها بشكل رسمي، كان هذا سببا لحل العلاقة القانونية المتعلقة بالاستفادة من رخصة الإقامة، وعليه يصبح قرار الإقامة بدوره منتهيا، لأن العلاقة القانونية التي كانت تسمح للأجنبي بحق الإقامة على أرض الجزائر أصبحت لاغية.

وبما أن القانون يعتبر مصدرا من مصادر القرار الإداري، وإذا ما تم إلغاء القانون، فالقرار الإداري الذي تم اتخاذه في إطاره يصبح غير مؤسس بحكم التبعية القانونية، فتنتهي القرارات الإدارية المتخذة في ظله، مع الإبقاء على آثارها المكتسبة، والتي تم الحصول عليها من قبل الأفراد سابقا.

ثانيا: حالة انتهاء القرار بانتهاء مدته 158

الإدارة حرة في اتخاذ قراراتها، وعليه قد تصدر قرارات مؤقتة تنتهي بانتهاء المدة الزمنية المحددة لآثارها، وبانتهاء المدة المخصصة مثلا للاستيراد المؤقت، فإن رخصة استيراد سيارة من الخارج تحدد فيها المدة الزمنية الصالحة لاستعمال هذه السيارة فوق التراب الوطني، كالرخصة المؤقتة للاستعمال قبل الجمركة تنتهي بانتهاء المدة المحددة من طرف الإدارة المختصة، ويجب على المستفيد من قرار الاستيراد أن يسوي الوضعية القانونية للسيارة، أو يقوم بإرجاعها إلى بلد استيرادها، ومثل إصدار الإدارة لرخصة السياقة فهي محددة المدة، فمتى انتهت المدة المخصصة أصبحت الرخصة منتهية الصلاحية.

الفصل الثاني: العقود الإدارية

يتميز العقد الإداري بدور هام في إدارة وتسيير شؤون الإدارة العامة، فمن خلاله يمكن للمرفق الإداري أن يمارس نشاطه الاستغلالي والإنشائي وكذا صيانة مكونات المرفق العام الإداري المسخر لخدمة الصالح العام ضمن صورة منظمة ودائمة التحقيق

إن لجوء الإدارة إلى العقود الإدارية ما هو إلا طريقة لتسيير الأموال الكبيرة التي تضخها لها الخزينة العامة للدولة، قصد إشباع حاجيات العامة للمواطنين، ونظرا لتجاوز الحاجيات على قدرة الإدارة العامة في سدها، خول المشرع للإدارة حق التعاقد مع أطراف آخرين لتحقيق ما عجزت عن انجازه بامكانياتها الخاصة

ويبني العقد حسب ما هو متعارف عليه على توافق إرادتين أو أكثر، قصد إحداث أثر قانوني، بالإضافة إلى اعتبار العقد الإداري مثله مثل العقد المدني يخضع لنفس الأسس والأركان في القيام والتركيب وهي: ضرورة توافر الرضا والمحل والسبب، مما يجعل العقد الإداري متميز بمفهوم مغاير عن مفهوم العقد المدني، مما يستوجب التطرق إلى مفهومه (المبحث الأول) وكيفية إبرامه وكذا تنفيذه ونهايته (المبحث الثاني).

157 عمار بوضياف القرار الإداري، مرجع سابق، ص 238.

158 محمد كرامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 335.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري.

يعتبر العقد الإداري بمثابة الوسيلة الثانية التي تعتمد عليها الإدارة عليها العامة في تسيير شؤونها بعد القرار الإداري والعمل المادي، والعقود الإدارية لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد، وعليه يمكن التمييز بين عقود الإدارة Les Contrats؛ والتي قد تكون في شكل مغاير لاعتمادها في إبرامها على نظام قانوني خاص مغاير للعقود الإدارية les Contrats Administratif والتي تكون الإدارة طرفاً فيه، وتخضعه لتنظيم القانون administrations الإداري، ورقابة القضاء الإداري وهو موضوع دراستنا 159 التي سنتصب على تبين ماهية العقد الإداري (المطلب الأول)، ومحاولة تحديد أنواعه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعاريف المختلفة للعقد الإداري

للقوف على مدلول العقد الإداري من الضروري التطرق للمحاولات الرامية الى تعريفه ، بداية من التشريع، ثم القضاء ثم الفقه (الفرع الأول) الشيء الذي يبرر مكوناته الأساسية المتمثلة في العناصر التي يشترط حضورها في بناء العقد الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري

خضع تعريف الإداري في تكوينه إلى أنواع عديدة من المحاولات، تتنوع بحسب اختلاف المنابع الفكرية سواء كانت تشريعية (أولاً)، أو قضائية (ثانياً)، أو فقهية (ثالثاً).

أولاً: التعريف القانوني للعقد الإداري

لما كانت فكرة العقد الإداري مستمدة من القانون العادي ومدى تنظيمه للعقد المدني، كان من الواجب التعرض لتعريف العقد في ظل القانون العادي (أ)، كتمهيد لتعريفه في ظل القانون الإداري (ب).

أ: تعريف العقد في ظل القانون العادي

عرف المشرع الجزائري العقد في القانون المدني بما يلي: «العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ...» 160 .

ب: تعريف العقد في ظل القانون الإداري - الصفقات العمومية:

عرف المشرع الإداري الجزائري العقد الإداري في قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم 15-247 بما يلي: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات»

في حين عرفه بمناسبة تعريف الصفقات العمومية بموجب المادة 02 من قانون الصفقات العمومية الجديد الصادر بالقانون 23-12 كما يلي: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي المسمى المصلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى

159 خالد خليل الطاهر، القانون الإداري دار مسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان، الأردن، 1997، ص.226.

160 المادة 54 القانون المدني، منشورات بيرتي، 2007.

المتعامل المتعاقد لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما" 161 .

ثانيا: التعريف القضائي للعقد الإداري

للقوف على بعض الاجتهادات القضائية التي حاولت إعطاء تعريف للعقد الإداري نستعرض بعض التعاريف لاجتهادات القضاء الإداري منها الفرنسي (أ) والمصري (ب) والجزائري (ج).

أ: تعريف القضاء الإداري الفرنسي للعقد الإداري:

عرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري كما يلي: العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه الإدارة أخذاً بأحكام القانون العام بتضمين العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وأن تخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام 162 .

ب: تعريف العقد الإداري في ظل القضاء الإداري المصري

في تعريف المحكمة الإدارية في مصر للعقد الإداري في حكم لها بتاريخ 2/12/1952 بما يلي: ركزت على أن «إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية "" مبرزتا جوانب الاختلاف .

ج- تعريف العقد الإداري في قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة في التشريع الجزائري:

وللعلم فإن التعريف بالعقد الإداري في الجزائر قد مر بعدة مراحل كانت قد عرفتھا الجزائر سياسيا واقتصاديا وعليه تعاقبت المحاولات التشريعية في تعريف العقد الإداري بحسب الوضعية التي تكون عليها الدولة، وعليه نعرض بعض التعريفات بحسب تسلسلھا القانوني والزمني كما يلي:

1- تعريف العقد في ظل الأمر رقم 67-990 المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد، 52 صادر في 27/06/1967، والذي جاء في نص المادة الأولى منه كالتالي:

2- تعريف العقد في ظل المرسوم التنفيذي رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982، المتضمن الصفقات التي يبرمھا المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15 صادر في 13/04/1982، نصت عليه المادة 4 منه كالتالي: «صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات».

3- تعريف العقد في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991، المتضمن تنظيم الصفقات

161 المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم -24715، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

- والمادة 02 من القانون 23-12 الصادر في 05/08/2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ج ر عدد 51 لسنة 2023 .

162 -تعريف أشار إليه عوابدي عمار القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط3، 2005، ص.192

«إن الصفقات العمومية هي عقد مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية، قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون».

العمومية، ج ر عدد، 57 صادر في 1991/11/11، نصت عليه المادة الرابعة كالتالي: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود والمبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة».

4- تعريف العقد في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236-10-08 المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر عدد 58 صادر بتاريخ 2010/10/07، نصت عليه المادة 3 كالتالي: «الصفقات العمومية عقد مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات»..

د : تعريف العقد الإداري من قبل القضاء الإداري- مجلس الدولة

رغم وجود تعريفات للعقد الإداري في قوانين الصفقات العمومية، لم يحد ذلك من تدخلات القضاء الإداري وعلى رأسه مجلس الدولة في اجتهاداته في حل النزاعات المعروضة عليه، بأن يلجأ إلى اقتراح تعريف للعقد الإداري للصفقة العمومية في قرار له غير منشور بأنه "عقد يتكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء، أو جماعة وأنها تستهدف مصلحة عامة لتسيير العمل في مرفق عام» 163

وتعريف في قرار آخر عرفه بمناسبة تعريفه للصفقة العمومية كما يلي «الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة، أو انجاز مشروع أو أداء خدمات» 164 .

وفي تعريف آخر لمجلس الدولة جاء فيه «العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص»..

ثالثاً: التعريف الفقهي للعقد الإداري

تعددت التعاريف الفقهية التي حاولت تعريف العقد الإداري بحسب تعدد الفقهاء الإداريين وتوزيعهم على الأمصار بحسب تدرج وجودهم التاريخي، بداية بفرنسا (أ)، ومصر (ب) والجزائر (ج).

أ- : تعريف الفقه الفرنسي للعقد الإداري:

رغم إجماع الفقهاء على أن نظرية العقد الإداري هي من صنع وإنشاء القضاء الإداري الفرنسي وعلى رأسه مجلس الدولة لكن هذا لم يمنع الجانب الفقهي من دخوله ميدان الحراك القانوني حول اقتراح تعريف للعقد الإداري، ولكثرتها ننتقي تعريفين لفقيهين معروفين هما:

163 : تعريف أشار إليه عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم للنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2001، ص38.

164 قرار مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوه؛ بيسكرة ضد (و. أ) تحت رقم، 6215 فهرس 873 تعريف أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 37.

أ-1: تعريف الفقيه اندري دلوبادي - André DE LAUBADAIRE : الذي عرّف العقد الإداري « بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام، وليس كل توافق يعتبر عقداً 165 .

أ-2: تعريف الفقيه ليون دوجي LEON Duguit: عرف العقد الإداري بما يلي: « شأنه شأن كل العقود له ذات الخصائص والآثار القانونية» 166 .

ب: تعريف الفقه المصري للعقد الإداري:

نقتصر على تقديم تعريفين فقط هما:

ب-1:- تعريف سليمان محمد الطماوي للعقد الإداري: «العقد الإداري الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأنه يتضمن شروطاً استثنائية، وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام 167 » .

ب-2: تعريف حمدي حسين عكاشة: يعرف العقد الإداري: «بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير أو تنظيم مرفق عام، وتظهر فيه الإدارة نيتها بالأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد الإداري شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص» 168 .

ج: تعريف الفقه الجزائري للعقد الإداري

حاول الفقه الجزائري الخوض في تعريف العقد الإداري، وكانت محاولاته محتشمة، وعليه نقتصر على تقديم تعريفين فقط:

165- للإطلاع أكثر راجع - André DE LAUBADAIRE, Traité élémentaire du droit administratif, T1, 5ème édition

L.G.J, Paris, 1970, p 120

166 تروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1991، ص 12.

- مفتاح خليفة حمد محمد الشلماني العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008، ص 15.

167 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1973، ص.348.

168 حمدي حسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، 1990، ص.348.

ج-1: تعريف أحمد محيو للعقد الإداري: «إن العقد الإداري يساوي الصفة العمومية يخضع لقواعد القانون العام، والنزاع بشأنه يعود للقاضي الإداري» 169

ج-2: تعريف محمد الصغير بعلي: يعرف العقد الإداري بأنه «صنف من الارتباطات والعلاقات القانونية المترتبة على توافق إرادة الإدارة العامة مع إرادة طرف آخر حول موضوع يتعلق بمرفق عام، مع لجوء الإدارة إلى استعمال امتيازات السلطة العامة من خلال استعمال وسائل القانون العام» 170 .

يستنتج من دراسة هذه التعاريف أن للعقد الإداري عناصر تميزه عن العقد المدني سنحاول تبيانها كالتالي:

الفرع الثاني: عناصر العقد الإداري

تعتبر عناصر العقد الإداري بمثابة المعايير المميزة له عن العقد المدني، والذي من خلالها يمكن تحديد الجهة القضائية التي يعود إليها الاختصاص بالرقابة القضائية ألا وهو القضاء الإداري، وتتمثل عناصر العقد الإداري في ضرورة مشاركة شخص إداري عام في العقد إلى جانب شخص آخر يكون في الغالب شخص عارض (أولا) وأن ينصب موضوع العقد على نشاط مرفق عام (ثانيا)، ومع ضرورة إخضاع العقد الإداري للقانون العام (ثالثا).

أولا: ضرورة مشاركة شخص إداري عام في العقد : فالعقد يشترط في صحة انعقاده ضرورة وجود شخص إداري عام كطرف فيه حسب المادة 02 من القانون 12-23 (أ)، ولا يسمح للمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري أن تكون طرفا فيه (ب).

أ-: الأشخاص الإدارية في التشريع الجزائري : تتمثل الأشخاص الإدارية حسب التشريع الجزائري فيما يلي: الدولة، الهيئات الإدارية المركزية الوزارات الولايات البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، كما يمكن أن تقوض الأشخاص الإدارية صلاحياتها التعاقدية لمؤسسات عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري لما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية للدولة، أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة ، ويشترط في الشخص الإداري العام الذي يبرم العقد الإداري أن يحافظ على صفته العمومية طيلة مدة العقد، فإذا فقدتها أثناء تنفيذ العقد، وتحول إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يؤثر ذلك على العقد ويتحول العقد هو الآخر إلى فصيلة العقود الخاصة، ويخضع لقواعد القانون العادي ولرقابة القاضي العادي 172 .

ب-استثناء الشركات والمؤسسات العمومية الاقتصادية والتجارية:

لقد تم استثناء الشركات والمؤسسات العمومية الاقتصادية بحيث استبعدت أعمالها التعاقدية من صفة العقد الإداري المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية بالنص الوارد في المادة التاسعة (09) من المرسوم 15-247 ام الوارد في المادتين 09 و13 من القانون 12-23 بما يلي: «لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لإحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب ... الخ».

169 أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، 1990، ص 348.

170 تعريف أشارت إليه المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 18/4/1966، قضية بن زكري، المجلة الجزائرية 1966، ص

171- أشار إليه الدكتور محمد الصغير بعلي العقود الإدارية، دار العلوم والنشر والتوزيع، 2005، ص 10.

172 عبد العزيز عبد المنعم خليفة مرجع سابق، ص 17

ويستنتج من نص المادة المذكورة أن المشرع الجزائري استثنى المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي من المعيار العضوي كركن من أركان انعقاد العقد الإداري، بعدما كان في ظل قوانين الصفقات العمومية الملغاة، يعتبرها من المؤسسين للمعيار العضوي، إلا أن المادة السادسة الفقرة الخامسة من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 قد أدخلت المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تقوم بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية 173 ضمن الأشخاص الإدارية، ونفس القاعدة اخذ بها المشرع في المادة 12 من قانون الصفقات العمومية الجديد 12-23.

- وللإشارة فإن صحة العقد تتوقف على الموافقة التي يبديها أصحاب التوقيع بحسب نص المادة 10 من قانون ص.ع رقم 12-23 التي جاء نصها كالتالي: «لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة مسئول الهيئة العمومية، الوزير الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام، أو مدير المؤسسة العمومية، ويمكن لأي سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين الموضوعين تحت سلطتها» أي المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التنظيمية والتشريعية المعمول بها.

وما يلاحظ على نص المادتين أعلاه أنها أدخلت المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري ضمن الأشخاص الذين يشملهم المعيار العضوي في إبرام العقود الإدارية المتصلة بالنفقات إلى جانب الدولة والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لكن الإدخال أو الضم للمؤسسات ذات الطابع التجاري إقامه المشرع على الجانب الموضوعي المتمثل في حالة تكليف المؤسسات العمومية التجارية بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة، أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، وقام المشرع بإبقاء المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ضمن صنف الأشخاص الإدارية، وعليه يعتبر الضم الذي خصت به المؤسسات التجارية في هذا التكليف أنه ورد على الجانب الموضوعي المتمثل في تفويضات المرفق العام لنشاطاته، مما يكسب مثل هذه الأشخاص المعنوية صفة المصلحة المتعاقدة، وبالتالي تصبح خاضعة لأحكام القانون العام الإداري مثلها مثل الأشخاص الإدارية، لكن فيما عدا ذلك الزم المشرع هذه المؤسسات بإعداد إجراءاتها الخاصة الداخلية المستمدة من القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية لا سيما في مجال المنافسة والرقابة والعمل على اعتمادها من قبل هيئاتها .

ثانياً: أن ينصب موضوع العقد على نشاط مرفق عام: بالنظر لنشاط المرفق العام يمكن الحكم عليه أن مجاله واسع، وطبيعته متغيرة بحسب حاجة المرفق (أ)، الأمر الذي جعل من المشرع غير مستقر في تنظيمه لموضوع العقد الإداري، فيدخل عليه تارة استثناءات، (ب)، يمكن من خلالها تبيان مكانتها التشريعية (ج).

أ: موضوع العقد الإداري

لا يكتسب العقد الصفة الإدارية من مجرد وجود الإدارة العامة ممثلة في أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه، بل يجب أن يكون موضوعه محققاً لمصلحة عامة مرتبطة بالمرفق العام في أمواله العامة لأن العقود الإدارية المتعلقة بأموال الدولة الخاصة بالدومين الخاص لا تعتبر عقوداً إدارية.

173 عرفت الجماعات الإقليمية بحسب نصوص الدساتير الجزائرية ومنها دستور 1989 في مادته الخامسة عشر (15) والذي أبقى عليه دستور 1996 على مادته السادسة عشر (16) بنصها «الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية»، وكذا في دستور 2020 الذي حافظ على نفس الصياغة

والعقد الإداري يعتمد على فكرة تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، ومن العقود المتصلة بالمرفق العام نجد عقد الأشغال العامة، واللوازم والخدمات والدراسات ومن خلال المرفق العام يمكن التعرف على نوع العقد إن كان إداريا أو غير إداري، فالعقود الإدارية هي تلك العقود التي تعمل - تسهر - على ضمان سير المرفق العام وأداء خدماته بصورة منتظمة ودائمة 174 .

إلا أنه يلاحظ على هذا البند أنه منتقد، لاعتبار أن الاتصال الذي يربط المرفق العام بالعقد، مهما كانت نوعيته هو السائد في كل أنواع العقود المرتبطة بالإدارة العامة سواء عقود خاصة تبرمها الإدارة، أو عقود إدارية عامة. وعليه فهذا النوع - المعيار - لا يؤدي المطلوب منه كما يجب من جانب واحد فقط ليرتبط بالعقود الإدارية، بل هذه الصلة دائمة الحضور في جميع العقود المبرمة من الإدارة العامة

عرف قانون البلدية 10-11 من قانون البلدية في مادته الأولى البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب قانون، أما الولاية فقد عرفها القانون رقم 12-07-2 المؤرخ في 2012/02/21، المتعلق بالولاية، السالف ذكره، في مادته الأولى: «الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة، وتشكل بهذه الصفة فضاء التنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة وتساهم مع الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ...».

في العقود المتعلقة بالإشراف المتداول على المشاريع والعقود المتعلقة باقتناء أو تأجير الأراضي أو العقارات والعقود المبرمة مع بنك الجزائر ... الخ، إلا أن المشرع الجزائري أدخل بعض الاستثناءات، على نشاط الأشخاص الإدارية، ومنها عناصر العقد الإداري والتي شملتها المواد السادسة (06) والسابعة (07) والثامنة (08) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 (175) والمواد 05 و 09 و 10 من القانون 12-23

ب : الاستثناء على الموضوع

نص قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم 15-247 في المادة السادسة (06) فقرة أولى منه -والتي تقابلها المادة 09 من القانون 12-23 - على ما :

«لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقة العمومية محل نفقات ...» 176 (2).

والنفقات يقصد بها كل ما يتعلق بالأموال السائلة مقابل انجاز حاجات المصلحة المتعاقدة في مجالات محددة هي صفقات الأشغال العامة وصفقات اللوازم وصفقات الخدمات وصفقات الدراسات.

إلا أن نص المادة الثانية (02) من القانون نفسه التي تقابلها المادة 02 من القانون 12-23، فقد أشارت إلى أن: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين...».

والمقابل في هذه المادة لم يحدد، وعليه يمكن أن يفسر بطرق عديدة تشمل المعاوضة، أو المفاضلة أو المبادلة، أو غير ذلك من الأشياء التي يمكن استعمالها كوسائل للمقاصة أو للمخالصة أن كانت نقودا، أو غير ذلك، إلا أن نص المادة السادسة فقد حدد موضوع العقد الإداري الذي يكون في شكل صفقة عمومية لا بد أن يكون محل

174 علي الدين زيدان الوسيط في العقود الإدارية العدل للإصدارات القانونية، دون دار النشر، دون، بلد 2015، ص 10 و 11 .

175 المواد 6، 7، 8 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، المتعلق بالصفقات العمومية، ج ر عدد 50 صادر في 2015/09/30.

176 المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

نفقات من قبل الأشخاص الإدارية مع متعاملين اقتصاديين، أو مؤسسات تجارية لكن ما يظهر من الفقرة الأخيرة من نص المادة السادسة عندما يشير إلى عملية التكاليف للمؤسسات العمومية التجارية بإنجاز عملية ممولة... فكلمة تكليف؛ بإنجاز عملية ممولة، قد تكون لها دلالات يقصد بها، أن المؤسسة العمومية التجارية قد صدر بحقها قرار، أو توجيه إداري صادر من الشخص الإداري صاحب المصلحة في انجاز العملية، وبالتالي فعملية التكاليف تكون ناتجة عن علاقة سلطوية بين شخص إداري أعلى، ومؤسسة عمومية تجارية أدنى. مما تقدم يمكن الحكم على عملية التكاليف بأنها ليست عقداً إدارياً بل هو عمل داخلي بين الإدارة والمؤسسة العمومية التجارية، ولا يشمل التكاليف مقومات العقد الإداري أو الصفقة العمومية. والاستثناء الذي جاءت به المادة السابعة (07) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 والذي كررته المادة 11 من القانون 12-23 ، قد عدد مجموعة من العقود التي لا تخضع لأحكام قانون الصفقات وهي:

- العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينهما.
- العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة أعلاه عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة) والتي أصبحت منصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 09 من القانون (12-23)
- العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع. العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراضي أو عقارات. العقود المبرمة مع بنك الجزائر، هي:
- العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية، أو بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون مطلوباً
- العقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم.
- العقود المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل. العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.
- وهي نفس الاستثناءات تقريبا التي حافظ عليها المشرع بموجب المادة 11 من قانون الصفقات العمومية الجديد 12-23 مضاف لها عقود الممثلات الدبلوماسية والقنصلية في الخارج عند الاقتضاء والمؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام المتواجدة في الخارج ، وعقود بنك الجزائر، وكذا التي تبرم في إطار المعاملات المالية المنفذة في السوق المالية الدولية والخدمات ذات الصلة ، وتلك المبرمة مع هيئة مركزية للشراء الخاضعة لأحكام هذا القانون وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة .

ج : تقييم هذا الاستثناء

يحتوي الاستثناء الذي أوردته المواد أعلاه في نصها على عدة أسس 1- اعتماد الأساس العضوي في الاستثناء: اعتماد هذا الأساس على حالات هي:

- ج-1- حالة عقود الأشخاص الإدارية العامة: احتوت الفقرة الأولى من المادة السابعة على اعتبار كون أطراف العقد الإداري - الصفقة العمومية - لما يكونون من الأشخاص الإدارية - فيكون عملهم التعاقدية مستثنى من تطبيق شروط إبرام الصفقات العمومية أو الرقابة والتنفيذ، وبالحكم العام إبعاد محتوى النص القانوني للصفقات العمومية بالتطبيق على العلاقات التعاقدية بين الأشخاص الإدارية العامة، ويكون عقدهم داخلياً، ولا يخرج للعلن، وقد يكون في بعض الحالات متعلق بنشاط سري للدولة.

ج2- حالة العقود المبرمة بين الأشخاص الإدارية العامة وبنك الجزائر: يستبعد تطبيق قانون الصفقات العمومية وبالتالي يطبق قانون آخر، هو القانون العادي وهنا تكون الإدارة خاضعة أما لقانون البنك في جانبه العام، أو الخاص، وأن العقد المبرم في مثل هذا التعامل يكون في شكل توافقي سري، أو غير ذلك.

ج3- حالة العقود المبرمة مع محامين اعتبر المشرع في قانون ج - الصفقات العمومية أن هذا العقد مستثنى من تطبيق نصوصه على التعاملات التي يكون الطرف المتعاقد مع الإدارة هو محامي، وأساس قيام هذا الاستثناء، قد يكون لاعتبارات السرعة، والحاجة الملحة لاعتماد المحامين، وكذا الميزة التعاملية بين الإدارة والمحامين الدافع الذي يؤدي إلى المتعاقد معهم دون الرجوع إلى بنود قانون الصفقات العمومية، وهذا قد يكون في صالح الإدارة، وقد يكون في غير صالحها.

2- اعتماد الأساس الموضوعي في الاستثناء: استبعد تطبيق قانون الصفقات العمومية عن بعض العقود التي تبرمها الأشخاص الإدارية، واعتبرها مستثناة من ذلك بالاعتماد على المعيار الموضوعي في عدة حالات هي:

أ- حالة العقود التي تبرها الأشخاص الإدارية مع المؤسسات العمومية التجارية: استثنت الفقرة الثالثة من المادة السابعة (07) من مرسوم 15-247 و المادة 11 من القانون 23-12 العقود المبرمة بين الأشخاص الإدارية وهذه المؤسسات لما تكون هذه الأخيرة مزاولة لنشاط لا يكون خاضعا للمنافسة إن موضوع العقد الذي على أساسه تم إبعاد مثل هذا النشاط على أن يكون خاضعا لبنود العقد الإداري الذي كان منصوصاً عليه في المادة السادسة (06) فقرة خمسة (05)، يلاحظ على تعبيره في الأول وعلى محتواه في الثاني.

1- أن تعبير... عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة: القارئ لهذه الجملة من حيث التعبير، يسجل بأن المعنى يفقد بالنسبة لإبرام العقود لأنه مرحلة المزاولة تأتي بعد التعاقد، وبعد التكليف.

2- محتوى هذا النص غامض ولا يؤدي من ورائه إلى نتيجة لأن الموضوع مفعول فيه بأن المؤسسة العمومية التجارية قد تشرف على نشاط يولى لها دون الذهاب إلى المنافسة لأخذه، وهو يدل على أن المشرع في هذه الفقرة كان غير دقيق في توضيح الفكرة التي أراد إدراجها ضمن المادة.

ج2- حالة العقود التي يكون موضوعها الإشراف المنتدب على المشاريع : تشترط المادة في نصها على أن يكون موضوع العقد المستثنى بالإشراف المنتدب، أي أن نوع الإشراف لا يكون مباشراً، أي أن العملية لا بد أن يكون فيها انتداب لطرف ما ليشرّف على المشاريع، أو أن يكون مخصصاً للمشاريع في ناحية الإشراف عليها وأن لا يتم استبعاد كلمة المنتدب، التي يعنى بها الإشراف المباشر على المشاريع ج حالة العقود المستثناة المتعلقة بالتأجير : تم استثناء العقود التي يكون موضوعها عملية تأجيرية لأراضي أو عقارات تكون فيها الأشخاص الإدارية طرفاً فيها من تطبيق قانون الصفقات العمومية، وبهذا الصدد لم يبين المشرع نوع الأراضي والعقارات التي لا يطبق عليها قانون الصفقات، ولم يبين طبيعة العقد إن كان منصباً على أراضي وعقارات مملوكة للدولة، أم مملوكة للأشخاص العاديين.

ج3- حالة العقود المستثناة الخاضعة لإجراءات دولية: استبعدت مثل هذه العقود من تطبيق قانون الصفقات العمومية، في حالة إبرامها مع منظمات وهيئات دولية، وتكون منظمة بقانون إجرائي يخص هذه المنظمات أو الهيئات الدولية، وعليه يصبح سمو القاعدة الأجنبية هو السائد في العقد وبالنتيجة يتم استبعاد القانون الوطني، وفي الحالة الثانية لما يتم إبرام العقد استناد إلى اتفاقيات دولية عندها القانون الذي سيطبق هو القانون المتفق عليه في الاتفاقية الدولية، ويتم استبعاد القانون الوطني.

ج4- حالة العقود المستثناة المنصرفة لحساب المصالح المتعاقدة: نصت الفقرة الأخيرة من المادة السابعة على أن العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة تكون ضمن دائرة الاستثناء إذا توفرت فيها أربعة شروط هي:

1- أن يكون أحد طرفي العقد كهيئة مركزية.

2- أن يكون موضوع العقد ينصب على عملية شراء.

3- أن تكون عملية الشراء خاضعة لإحكام هذا الباب.

4- أن تتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

ثالثا: إخضاع العقد الإداري للقانون العام الشروط الاستثنائية.

لا يكفي عنصر ضرورة مشاركة الإدارة العامة، ووجوب اتصال العقد بالمرفق العام حول موضوع نشاطه في بناء العقد الإداري، بل لابد من وجود عنصر ثالث ألا وهو ضرورة إتباع أساليب القانون العام الإداري في بناء العقد الإداري مما يرتب تضمين - تزويد العقد الإداري بشروط استثنائية لا تبني عليها العقود المدنية ولا تحتويها (أ)، ولتوضيح الفكرة أكثر يتطلب إبراز عناصرها (ب).

أ: الشرط الاستثنائي في العقد

تظهر الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية من الإخلال بالمبدأ المعروف في العقود، بضرورة الحفاظ على مبدأ التوازن والمساواة بين الحقوق والالتزامات، فالشرط الاستثنائي الذي يمليه القانون الإداري في تنظيمه لعملية الانعقاد، تشترطه الإدارة العامة على المتعاقدين معها من خلال إخضاع العقد لبنود قانونية، تمنحها سلطة الامتياز في تعديل شروط العقد من طرف واحد - من جهة الإدارة، وتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

ومما تقدم يمكن إدراج تعريف الشروط الاستثنائية التي جاءت بها المحكمة الإدارية العليا في مصر وهي: «الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص» 177 .

ب : عنصرا شرط الاستثناء

ومن تحليل التعريف السابق نستنتج العنصرين الأساسيين الذين بينها القضاء الإداري فيما يلي:

1 - تميز الإدارة العامة بشروط الامتياز بالسلطة العامة في التعاقد: تظهر هذه الشروط غير المألوفة في العقود المدنية التي استند إليها المشرع الإداري كنموذج في إنشاء العقود الإدارية، إلا أن الشيء الذي يلاحظ على هذه الامتيازات في العقود الإدارية أنها تعتبر كأداة هادمة لمبادئ المساواة والحرية في إبداء الإرادة من قبل أطراف العقد المدني الذي استند عليه في إنشاء العقود الإدارية.

2- تمكين الإدارة المتعاقدة بسلطات في مواجهة الغير: خلافا للشرط الأول لما تكون الإدارة متمتعة بصلاحيات السلطة في العقد الإداري نلاحظ أن الإدارة يمكن لها أن تمنح هذا الاختصاص للطرف المتعاقد معها، لاستعماله في مواجهة الغير، الغير المتعاقد معها.

ويظهر هذا التصرف في عقد الامتياز الذي من خلاله تمكن الإدارة المتعاقد معها سلطة عامة، تمكنه من تحصيل رسوم معينة من المنتفعين والتي تمثل له المقابل المادي مقابل ما يؤديه من خدمات لهم، عوضاً عن الإدارة العامة، مثل تحصيل رسوم إدخال السيارات للسوق قصد بيعها، أو حالة تحصيل الرسوم من استعمال التجار المتنقلين لاماكن البيع في الأسواق، والذي يلاحظ عليه في غالب الحالات تجاوزه للقانون.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

تتعدد أنواع عقود الإدارة بتعدد المواضيع التي تيرمها الإدارة قصد انجاز نشاطاتها المتنوعة منها ما يكون منظماً بقانون، خاص وتسمى مثل هذه العقود بالعقود المسماة، وتقابلها عقوداً غير مسماة، يتم تحديد خصائصها ذاتياً، أي دون الاستناد إلى نظام قانوني محدد من قبل المشرع، ويكون تحديدها مرتبطاً بتوافر أركان العقد الإداري وإمكانية تطبيقهم عليها، مثل العقود التي تبرم مع الطلبة أثناء دراستهم على أن تنفق عليهم إدارة معينة مقابل العمل لديها بعد التخرج لمدة زمنية معينة، وللعقود في شكل صفقات عمومية عدة أنواع منها الصفقات بحسب طبيعة العمل (الفرع الأول) و صفقات بحسب طريقة التنفيذ (الفرع الثاني)، و صفقات بحسب الأسعار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أنواع العقود الإدارية (الصفقات العمومية) بحسب طبيعة العمل

تشمل العقود الإدارية بحسب طبيعة العمل على عقود الأشغال العامة (أولاً) عقود اقتناء اللوازم (ثانياً) ، عقود إنجاز الدراسات (ثالثاً) عقود الخدمات (رابع).

أولاً: عقد الأشغال العامة

وهي تلك الآثار التي تحدث في التصرفات التي تنتج من التقاء إرادتي الإدارة العامة وأحد الأشخاص الطبيعية، أو المؤسسات أو الشركات (المقاولات) 178 تسمى الصفقة العمومية للأشغال بحسب تصنيف المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية (أ)، ولا تبني مثل هذه العقود إلا بتوافر عناصر محددة لها (ب).

أ: معنى صفقة الأشغال

يهدف إبرام عقد الأشغال إلى تحقيق انجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها والضرورية لاستغلالها.

إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال 179 .

178 محمد سعيد أمين، فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص 47.

179 المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

ب: عناصر عقد الأشغال

من تعريف المشرع الجزائري لعقد الأشغال العامة يمكن استخلاص العناصر التالية:

1- عقد مكتوب:

اعتبر المشرع الجزائري الكتابة في العقود الإدارية من الشروط الأساسية لقيام العقد واعتباره مولداً لأثاره القانونية لما يكون في شكل صفقة عمومية، وهو ما جاءت به المادة الثانية (02) من قانون الصفقات العمومية. إلا أن الكتابة قد لا تكون شرطاً أساسياً لإقرار وجود العقد الإداري، فمثلاً إذا ما وجدت وثائق متبادلة أو حتى تسجيل عرض من قبل المشتري في عقد المزايدة وتم قبوله المعقد يصبح قائماً وملزماً للطرفين، لأنه نوع من التبادل للإرادتين اللتين نصت عليهما المادة 59 من القانون المدني بما يلي: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية» 180 .

2- أن يكون موضوع العقد متعلق بعقار:

يفترض في موضوع محل عقد الأشغال أن يكون عقاراً مثل إنجاز منشأة، أو أشغال بناء، أو انجاز عمل هندسي مدني من طرف مقاول بشرط أن يكون الارتباط وثيقاً بين الأشغال العامة والمرفق العام مع ضرورة احترام الحاجات التي تحددها المصلحة صاحبة المشروع. وتشمل الصفقة العمومية للأشغال: بناء، تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات الضرورية لاستغلالها.

وإذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات، وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال ... 181 .

وقد وسع من مفهوم الأشغال العامة في نظر القضاء الفرنسي، وزاد على أعمال البناء أو الترميم، إدخال كافة الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات العامة كتنظافة المنشآت العامة، أو الكنس والرش في الطرقات العامة، بل اعتبر العقد إدارياً إذا تعلق بنقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل 182 .

3- يجب أن يتم العمل موضوع العقد لصالح المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع:

يشترط أن تنجز عقود الأشغال العامة لحساب المصالح المتعاقدة، والمتمثلة في الدولة، والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات المحلية 183 . والعقار موضوع العقد الإداري قد يكون مملوكاً للشخص المعنوي العام وقد يكون غير ذلك، فمثلاً إذا قام أحد الأشخاص العامة باستئجار عقار لتشغيله في صالح العام، فالعقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام مع أحد الأفراد لصيانته، يكون من العقود الإدارية، لأن العمل ينصرف لصالح المرفق العام الذي قام بالتعاقد، ومول الأشغال وأشرف باستمرار على تنفيذ العقد حتى نهايته.

180 المادة 59 من القانون المدني الجزائري ، الصادر بالأمر 58-75 في 1975/09/26 ، عدد 1975/78

181 المادة 6 من المرسوم الرئاسي، مرجع سابق.

182 المادة 29/4، 5، 6 من المرسوم الرئاسي، مرجع سابق.

183 محمد أنس جعفر، العقود الإدارية دار النهضة العربية، 2000، ص.63.

4- أن يكون هدف العقد تحقيق مصلحة عامة:

عملية النفع العام تختلف في تحديدها بين الكتاب من حيث مصدرها، ومحتواها ونطاقها، فهي غير مرتبطة بالمرافق العامة الإدارية مثل المستشفيات الحكومية، المدارس العامة التي تنفع الناس بدون مقابل، بل تتعداها إلى أشخاص عاديين، وكذا مؤسسات خاصة متخصصة في تقديم النفع العام، كالمؤسسات الخيرية، والمدارس التعليمية الحرة، والتي تقدم خدمات دون مقابل.

ثانياً: عقدا اقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات

أ- عقد اقتناء اللوازم

تناولته بالتعريف الفقرة السادسة (06) من نص المادة 29 من المرسوم 15-247 والمادة 26 من قانون الصفقات العمومية 12-23 على ما يلي:

تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى:

- اقتناء عتاد أو مواد ومعناه الحصول على شيء من الأشياء بمقابل قد يكون مادي في شكل أموال يمتلكها الشخص الإداري العام يقوم بمقايضتها للشخص الممون لتلك المادة، كما قد يكون بمقابل مالي - دراهم أو ما يعادلها.

- إيجار عتاد أو مواد: عقد الإيجار قد ينصرف إلى اعتبار الشخص الإداري العام هو المؤجر للعتاد أو المواد، كما قد يكون العكس لما يكون الشخص الإداري العام هو الذي استأجر المواد أو العتاد للقيام بإنجاز أعماله الإدارية.

- عقد البيع بالإيجار الرضائي: ينطبق مثل موضوع هذا العقد في حالات التي تكون فيها الأشخاص المعنوية العامة قد أبرمت عقوداً لبيع العقارات التابعة لها باحتساب الأجر المدفوع مثلاً في الشهر أو مدة زمنية معينة على أساس اعتباره جزءاً من الثمن العام المقدر للشيء المبيع، مثلاً عقار سكن، ويكون العقد المبرم بهذا الخصوص عقداً رضائياً.

- حالة عقد البيع بالإيجار بدون خيار الشراء: تظهر على طبيعة هذه العقود أنها غير رضائية، بالتالي لا تكون بمثابة عقود بل هي لتنفيذ قرارات إدارية مصطبغة أو متسمة بالصيغة التنفيذية الجبرية لاحتواء أسسها على قواعد استثنائية غير مألوفة في القانون العادي.

بالنتيجة مما تقدم يظهر أن عقود البيع بالإيجار لا تعتبر من مكونات عقد اقتناء اللوازم، لأن عملية البيع هي عملية يتم من خلالها تسليم شيء مقابل استلام أموال في شكل دراهم، وهو شيء مغاير لعملية اقتناء اللوازم الذي تم الإشارة إليه في أول فقرة من المادة 29 من قانون الصفقات العمومية، أو هو نفس الشيء بالنسبة لعملية الإيجار التي لا يمكن اعتبارها من ضمن مكونات عقد اقتناء اللوازم.

- حالة إرفاق الإيجار بتقديم خدمة: فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات أي تنتقل من عقد اقتناء اللوازم إلى عقد تقديم الخدمات.

- حالة أشغال وضع اللوازم وتنصيبها هنا اعتمد المشرع على السعر في تحديد نوع الصفقة وربط سعر الأشغال المتصلة بالوضع والتنصيب للوازم بضرورة احتواء (ضمن) الصفقة العمومية، أي وجود ترابط عضوي وموضوعي، بالإضافة إلى تحقق الشرط الثاني هو عدم تجاوز السعر لهذه الأشغال بقيمة اللوازم، وعندها تكون الصفقة العمومية هي صفقة لوازم.

- حالة كون موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم. يمكن أن تشمل الصفقة العمومية للوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة، والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمن 184 .

ب- عقد صفقة إنجاز الدراسات:

يعرف المشرع الجزائري في المادة 29 من المرسوم 15-247 التي تقابلها المادة 27 من قانون الصفقات العمومية الجديد 23-12 عقد إنجاز الدراسات بأنه عقد يهدف إلى إنجاز خدمات فكرية، لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيو تقنية والإشراف على إنجاز الأشغال، ومساعدة صاحب المشروع ويشمل عقد الدراسات التشخيص أو الرسم المبدئي لدراسات المشاريع لما تكون في حالة التمهيد ... الخ، ودراسات المشروع، مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة صفقة الأشغال. ويعرف أيضاً بأنه اتفاق بين الإدارة العامة وشخص طبيعي أو معنوي يمتاز بخبرة، يتم على ضوئه إنجاز بنود العقد بالقيام بدراسات تقنية لصالح الإدارة.

ثالثاً: عقد تقديم الخدمات وعقد الامتياز

نتناول بالدراسة في هذا العنوان عقد تقديم الخدمات (أولاً)، وعقد الامتياز (ثانياً).

أ- عقد تقديم الخدمات

هو عقد تقديم إنجاز خدمات من قبل شخص طبيعي لصالح الإدارة العامة كالترام منه بتنفيذ ما اتفق عليه في بنود العقد المتمثلة في تقديم الخدمات التي يحتاجها المرفق الإداري العام، كأن تلجأ إدارة مستشفى عمومي إلى التعاقد مع شخص متخصص في خدمات التنظيف وتبرم معه عقداً قصد تنظيف مرفق المستشفى 184 (المادة 6/29)، 7، 8 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تقابلها المادة 28 من القانون 23-12 .

وتهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو وهي وتقديم خدمات الدراسات 185 .

ب- عقد الامتياز

يعرف عقد الامتياز - التزام المرافق العامة بأن يتولى الملتزم، فرد أو شركة بموجبه وعلى مسؤوليته إدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز 186 ويستثنى من هذه العقود ما جاءت به المادة السابعة (07) من قانون الصفقات العمومية 187 .

الفرع الثاني: أنواع العقود (الصفقات العمومية) بحسب وسيلة التنفيذ

تتنوع الصفقات العمومية بحسب تنوع طرق تنفيذها منها ما هو محدد في شكل نموذج معين الفرع الأول) أو في

184-المادة 6/8، 7، 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تقابلها المادة 28 من القانون 23-12، مرجع سابق

185 المادة 29 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي، مرجع سابق.

186 راجع: عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية 1981، ص 1، وعبد العزيز عبدالمنعم، مرجع سابق، ص 68.

187 المادة (7) من المرسوم الرئاسي، مرجع سابق

شكل صفقات قابلة للتجديد (ثانياً) ، أو في شكل صفقات حصص (ثالثاً) أو في شكل صفقات بأقساط اشتراكية (رابعاً) .

أولاً: عقود - صفقات - نموذج - إطار -

يلجأ إلى إبرام مثل هذا النوع من الصفقات من قبل المصلحة صاحبة المشروع في حالة تعرضها لإشكالات تجعل منها غير مؤهلة في تحديد الطلبات التي يحتاجها المشروع بدقة، بحسب الحد المبين في القانون (-أ-) ومدة زمنية معينة (-ب-).

أ- تبيان الحد المطلوب في الصفقة

تكون المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وقبل اللجوء إلى طلب العروض أو إجراء التراضي ، مطالبة بالنص على الحدين الأدنى والأعلى للأعمال. وهو ما تبينه المادة 34/5 بما يلي: «ويجب أن تبين صفقة الطلبات كمية أو قيمة الحدود الدنيا والقصى للأشغال و/أو اللوازم و / أو الخدمات و/ أو الدراسات التي هي موضوع الصفقة...» (188).

ب- مدة صفقة الطلبات

وتكون مدة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، ولا لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود التالية: « العقود المبرمة بين الإدارات العمومية فيما بينها العقود المبرمة من المؤسسات التجارية المشار إليها في المادة 6 من ق ص ع، عقود الإشراف على المشاريع العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراضي أو عقارات المبرمة مع البنك، العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية، أو اتفاقات دولية المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم المبرمة مع المحامين للمساعدة والتمثيل العقود المبرمة مع هيئة مركزية لشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

يمكن أن تتجاوز صفقة الطلبات خمس (05) سنوات 189 ، ومن الأمثلة على ذلك الصفقات العمومية

المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء، والهاتف، والانترنت 190

ثانياً: الصفقات القابلة للتجديد

يسمى هذا النوع من الصفقات بالاستناد إلى موضوعها الذي يكون قابلاً للتجديد لأنه مطلوب باستمرار مثل صفقة الطلبات على إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات، أو إنجاز الدراسات ذات النمط العادي والطابع المتكرر وتكون لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر بشرط أن لا تتجاوز خمس (05) سنوات.

188 المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

189 المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

190 المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

ويكون التجديد لصفقة الطلبات بموجب مقرر من المصلحة المتعاقدة وتبلغ للمتعاقل المتعاقل، ويخضع للالتزام القبل للنفقات، لأخذه في الحساب 191 .

ويجوز لطرفي الصفقة طلب مراجعة شروط الصفقة، في حالة ظهور شيء ما من شأنه التأثير في مصالح أحدهما، بشرط أن تكون المراجعة مسموح بها حسب بنود الصفقة من حيث الإجراءات والحاجات وشكل وموضوع الصفقة وطريقة إبرامها 192 .

ثالثا: صفقات في شكل حصص

تتناول بالدراسة في هذا العنوان حالة التخصص (-أ-)، والجهة المختصة بها (-ب-).

أ- حالة تخصيص الحاجات

يخضع تحديد نوع الصفقة إلى حاجات المصالح المتعاقدة، والتي يجب إعدادها من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أسانيد أو مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها، أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج، أو متعاقل اقتصادي محدد 193 .

ويسمح فيها للمصلحة المتعاقدة إبرام صفقة عمومية واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجة معينة خاصة بالتنسيق أو الاستثمار 194 .

وللاطلاع أكثر راجع قانون الصفقات العمومي المغربي المرسوم رقم 388-06-2 بتاريخ 5 فبراير 2007، ج ر عدد 5518 في مادته الخامسة (05)، والتي سنذكر منها بعض النماذج فقط للأعمال التي يمكن أن تكون موضوع صفقات إطار مثل:

1- الأشغال العامة:

أشغال الجرف، أشغال صيانة المسالك القروية وشبكات الري، أشغال صيانة الطرقات، أشغال إعادة التشجير... الخ.

2- التوريدات توريد الشرائط المغناطيسية توريد الوقود وزيوت التشحيم، والإطارات الداخلية والبطاريات توريد المكثفات الفحم، حطب التدفئة زيت الوقود، الغاز) توريد البرامج المعلوماتية، توريد مواد البناء، توريد المعدات المتعلقة ب محاربة الحريق ... الخ. ..

3-الخدمات التحليلات والاختبارات الفيزيائية، البكتيريولوجية، والسمية التي تقوم بها مختبرات التحليلات المؤهلة، لمراقبة التقنية للأثاث، تجارب الهندسة المدنية، الخبرة المتعلقة بالمنشآت المائية... الخ.

ويمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 27 أعلاه في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة، وتخصيص الحصة الوحيدة لمتعاقل متعاقل كما هو محدد في المادة 27 من هذا المرسوم 195

191 المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

192 راجع مليكة الصروخ الصفقات العمومية في المغرب، دون دار نشر، ط 1، المغرب، 2009، ص55.

193 المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

194 المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع نفسه.

195 المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

وإذا تطلبت طبيعة وأهمية المشروع، وتخصيص المتعاملين الاقتصاديين عدم الاكتفاء بحصة واحدة في شكل صفقة جاز اللجوء إلى التخصيص الواجب القيام به قصد مراعاة المزايا الاقتصادية والمالية و/أو التقنية التي توفرها العملية.

ب- الاختصاص بعملية التخصيص

يكون التخصيص من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تعليل اختيارها عند كل رقابة تقوم بها أي سلطة مختصة.

كما يجب النص على التخصيص في دفتر الشروط، وكذا في الحالة الخاصة بميزانية التجهيز فإن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التقرير بعده الأمر بالصرف المعني يجب أن تهيكّل في حصص، وتوضح عند الحاجة كيفيات تطبيق أحكام المادة الخاصة بالحصة الواحدة أو التخصيص إلى قرار وزير المالية 196 .

وفي حالة تخصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان تحديد حدود اختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب إتباعها، والمبلغ الإجمالي لجميع الحصص المفصلة، بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصة، أو إجراء لكل حصة وفي حالة ظهور حاجات جديدة، يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق خاصا بها طبقا لأحكام المواد رقم 135 إلى 139 من مرسوم الصفقات العمومية، أو القيام بإطلاق إجراء جديد.

ويشترط في ذلك عدم القيام بتجزئة الحاجات لما يكون الهدف منها تفادي الإجراءات الواجب إتباعها، وحدود اختصاص لجان الصفقات العمومية.

ويرجع توضيح كيفيات تطبيق هذه الأحكام عند الحاجة إلى تدخل الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار منه 197

رابعاً: صفقات بأقساط اشتراكية Marchés à tranches

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقات عمومية تسمى صفقات بأقساط عمومية اشتراكية إلى جانب القسط الثابت عندما يكون ذلك مبرراً بشروط اقتصادية أو مالية.

إلى جانب ذلك يشترط أيضاً أن يكون القسط الثابت، وكل قسط اشتراكي مشروعاً وظيفياً.

يخضع تنفيذ كل قسط اشتراكي إلى قرار من المصلحة المتعاقدة، يبلغ إلى المتعامل المتعاقد حسب الشروط المحددة في دفتر الشروط 198 . ويمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إبرام صفقاتها بطريقة الأقساط الاشتراكية عندما يكون موضوع الصفقة المراد تنفيذها قابلاً للتقسيم إلى قسطين أو أكثر، على أن يشكل كل قسط من العمل مجموعة متناسقة وظيفياً 199 .

196 المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

197 المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

198 المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

الفرع الثالث: أنواع العقود الصفقات بحسب الأثمان

يعنى بالثمن هو المقابل المالي الذي يدفع كأجر للمتعاقل المتعاقد من قبل المصلحة المتعاقدة مقابل ما يقوم بتقديمات من أشغال أو توريدات، أو خدمات، أو غير ذلك من الأعمال التي يتفق عليها في العقد وحسب دفتر الشروط 199 ، يخضع تحديد نوع العقد إلى الطبيعة التي يكون عليها الثمن الفرع الأول)، أو الصيغة التي يكون عليها الثمن (الفرع الثاني).

أولاً: نوع العقد بحسب طبيعة تحديد الثمن

يخضع العقد الإداري - الصفقة العمومية في تسميته إلى طبيعة الثمن الذي يدفع كأجر للمتعاقل 200 مليكة الصروح للاطلاع أكثر استعرض محتوى نص المادة السابعة (07) من المرسوم المغربي الخاص بالصفقات العمومية لسنة 2007 التي تناولت كيفية تقسيم الصفقة إلى أقساط اشتراطية وأشكال شروط أثمانها وذلك كالتالي:

أ- تقسيمات أقساط الصفقة: تقسيم الصفقة بأقساط اشتراطية إلى:

1- قسط ثابت يتم تنفيذه بمجرد تبليغ المصادقة على الصفقة، ويكون معطيا بالإعتمادات المتوفرة.

2- قسط أو عدة أقساط اشتراطية: يكون تنفيذها متوقعا على أمرين:

- توفر الاعتمادات اللازمة.

- صدور أمر أو أكثر بالخدمة من صاحب المشروع، وتبليغه إلى المقاول أو المورد أو الخدماتي من أجل القيام بتنفيذ القسط أو الأقساط الاشتراطية في - الآجال المحددة في الصفقة وفي حالة عدم إصدار الأمر بالخدمة المتعلق بالقسط أو الأقساط الاشتراطية في الآجال المحددة في الصفقة، يصبح من حق المقاول طلب الاستفادة من التعويض عن الانتظار في الصفقة، أو العدول عن انجاز القسط أو الأقساط المتبقية من الصفقة.

ب- أشكال شروط ثمن الصفقة بأقساط اشتراطية: يمكن لأطراف الصفقة بأقساط اشتراطية تضمن الصفقة أثناء التفاوض احد شكلي الثمن على أقساطها وذلك كالتالي: الشكل الأول من الثمن المقابل) : يتم تحديده على أسس مماثلة لكل نوع من أنواع أقساط الصفقة، سواء كان ثابتا أو اشتراطيا، ويتم تطبيقه على قسط من أقساط الصفقة، قد يكون ثمن قسط مكلف عن ثمن القسط الآخر، ولكن الثمن الإجمالي لأقساط الصفقة، لذلك فإن عدول صاحب المشروع عن انجاز قسط أو أقساط من الصفقة الاشتراطية يكلفه تعويض المقاول عن الأضرار التي قد يتعرض لها من جراء الإحجام عن تنفيذ القسط، أو الأقساط المتبقية من الصفقة.

الشكل الثاني من الثمن المخالف: عن طريقه يتم تحديد الثمن لكل من القسط الثابت أو القسط أو الأقساط الاشتراطية كل على حدة، إلا أن القسط الثابت غالبا ما يكون مرتفعا بالمقارنة مع ثمن القسط، أو الأقساط الاشتراطية، لأن القسط الثابت يكون هو أساس موضوع الحقيقة.

وفي حالة تراجع صاحب المشروع لأي سبب ما، عن انجاز قسط أو أقساط متبقية من المشروع، يكون عندها غير مطالب بالتعويض للمقاول، بشرط إخباره بأمر العدول، خلال الأجل المحدد في الصفقة.

199- راجع في هذا: قانون الصفقات العمومية الجزائري ن رقم 23-12 ، المرجع السابق

200- مليكة الصروح ،الصفقات العمومية في المغرب، مرجع سابق، ص 56 -57.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 385.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

و يمكن تقسيم العقود بطبيعة السعر إلى الكيفيات التالية 201 .

العقد الذي يكون ثمنه إجمالي وجزافي:

يتم تحديد نوع العقد الصفقة - على أنه عقدا بثمان إجمالي وجزافي لما يخضع تحديد ثمن الأعمال الذي يتناوله بصورة تقديرية (جزافية) لكل وحدة من وحداته أن كان العمل مقسما إلى مجموعة من الوحدات 202 .

وينطبق مثل هذا الدفع على العقد الصفقة المحتوى لوحداث مرصودة بكميات جزافية فمثلا: إذا قامت المصلحة المتعاقدة بعرض الكمية، أو الكميات الجزافية للتفاوض مع متعامل (مقاول أو مقاولين)، فتتلقى المصلحة أثمانا جزافية بشأنها، وفي حالة الاتفاق على العقد، يعمل صاحب الصفقة -العقد- على تنفيذ العمل مقابل الثمن الجزافي المحدد، وذلك كيفما كانت العملية المنفذة فعلا 203 .

العقد بسعر الوحدة

إذا كان موضوع العقد الصفقة - يستند في تكوينه إلى مجموعة من الوحدات تختلف في تقديرها البياني المفصل لكل وحدة، فعليه يتم تحديد ثمن كل وحدة على حدة استنادا إلى مضمونها ويتم الدفع على سعر الوحدة 204 .

عقد - صفقة - نفقات المراقبة

يقصد به الأعمال التي تظهر بعد إبرام عقد الأشغال مثلا، والتي لم تكن متوقعة أثناء الإبرام، واعتبرها المشرع الجزائري في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية بأنها حقيقة تأخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة يجب أن تكون مبينة من حيث طبيعة مختلف عناصرها التي تكون مساعدة على تحديد السعر الواجب دفعه من قبل المصلحة المتعاقدة، وكذا القيام بتبيان كيفية حساب مختلف العناصر وكيفية تقييمها، فهاتان العمليتان ضروريتان في تحديد السعر.

العقد بسعر مختلط (مركب) 205 :

هذا النوع من العقود يكون شاملا لأنواع أثمان العقود التي تمت الإشارة إليها سابقا، وعليه يكون سعر هذا العقد مركبا على أن جزء منه يكون مثلا بسعر إجمالي جزافي، وجزء بسعر الوحدة، أو بسعر نفقات المراقبة.

الفرع الرابع: العقود حسب صيغة ثمنها

تخضع أنواع العقود بحسب طبيعة أثمانها سواء كانت بالسعر الإجمالي والجزافي أو بناء على قائمة سعر الوحدة، أو بناء على نفقات المراقبة، أو بسعر مختلط، إلى صيغ متنوعة من الصفقات أو العقود إلى صفقات ذات ثمن ثابت (أولا)، أو قابلا للمراجعة (ثانيا)، أو يكون سعرا مؤقتا (ثالثا)، أو أن يكون السعر محينا (رابعا).

201 المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 2-15-247، مرجع سابق.

201 راجع المواد: 96، 104، 111 112 113 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع سابق.

203 نقلا عن مليكة الصروخ الصفقات العمومية في المغرب، مرجع سابق ص 60.

204 المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

205 المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

أولاً: الصفقة - العقد - ذات الثمن الثابت.

حسب ما جاء في مستهل نص المادة 97 من قانون الصفقات العمومية يمكن أن يكون السعر ثابتاً 206 ، وبالتالي يكون العقد في ثمنه غير قابل للتغير لا بالزيادة ولا بالنقصان مهما كانت تأثيرات التقلبات الاقتصادية على عملية التنفيذ على ثمن الصفقة الذي يكون منصبا مثلاً على صفقة توريدات قصيرة المدى فالسعر لا يتأثر، وعليه يكون مستقراً حسب ما اتفق عليه، ويبقى ثابتاً.

ثانياً: الصفقة ذات الثمن القابل للمراجعة

هذا النوع من الصفقات تكون أسعارها قابلة للتغير متأثرة بالتقلبات الاقتصادية، ونص المادة 97 من قانون الصفقات العمومية ينص على أنه: «يمكن أن يكون السعر ثابتاً أو قابلاً للمراجعة، وعندما يكون السعر قابلاً للمراجعة، يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعة، وكذلك كيفية تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشروط المحددة في المواد من 101 إلى 105 أدناه...» 207

والعمل بالصيغة في الصفقة ذات الثمن القابل للمراجعة يستثنى العمل به طبقاً لنص المادة 101 من قانون الصفقات العمومية كالتالي:

1- حالات الاستثناء في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض.

- في الفترة التي يغطيها بند تحسين الأسعار.

- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة (03) أشهر.

2- حالة الصفقات من نوع الأسعار الثابتة: هذه الأصناف من الصفقات غير قابلة للمراجعة في أسعارها لأن سعرها ثابت 208 .

أما حالات المراجعة فعملية تطبيقها تخضع لمجموعة من الشروط هي:

1- لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بعنوان الخدمات المنفذة فعلاً دون سواها حسب شروط الصفقة - الارتباط بالخدمة المنفذة لا غير.

2- مكانة الخدمة من حيث الأهمية يشترط في صيغ مراجعة الأسعار ضرورة مراعاة الأهمية المتعلقة بكل خدمة من حيث طبيعتها من خلال معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد.

ولما كان هذا النوع من الصفقات العقود يسمى بحسب السعر الذي تكون عليه الصفقة، والذي يسمح بتغييره خلال عملية تنفيذ العقد حتى يواكب التقلبات الاقتصادية من حيث المعاملات والأرقام الاستدلالية التي سنبينها كالتالي:

2-1- المعاملات المعتمدة في مراجعة الأسعار: تتمثل المعاملات التي يجب تطبيقها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي:

206 المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

207 المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

208 المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

أ- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة لما تكون الصفقة رضائية البسيطة.

ب- المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.

ج- ويشترط في صحة قيام مراجعة السعر توافر الصيغ التالية:

1- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي، ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشرة في المائة (15%).

2- حدد استقرار التغيير في الأجور قدره خمسة بالمائة (5%) 209 .

3- الأرقام الاستدلالية الأجور المواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية.

- الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ المراجعة: هي الأرقام التي تنشر في الجريدة الرسمية وفي النشرة الرسمية للمتعاقد العمومي، أو في كل نشرة مؤهلة قانونا.

وتصبح هذه الأرقام قابلة للتطبيق من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن إذا تعلق عقد الصفقة بقطاع البناء والأشغال العمومية والري.

أما بالنسبة للأرقام الاستدلالية الأخرى، فيطبق في عملية مراجعة الأرقام التي تعدها الهيئات المخولة، ويبدأ سريان تطبيقها من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير الذي تتبع له الهيئة المعنية. أما حالة الخدمات التي تقدمها المؤسسات الأجنبية التي تكون أسعارها بالعملة الصعبة من حيث صيغ مراجعة الأسعار، فيعتمد على الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل، المتعاقد، أو أرقام استدلالية أخرى. وفي مثل هذه الحالة لم يبين القصد من عملية اعتماد أرقام استدلالية أجنبية متعلقة بخدمات تقدم على أرض الوطن، سواء كانت مرتبطة بجنسية المتعامل، أو جامعة لأرقام استدلالية لدولة أخرى، دون الإشارة إلى الأرقام الاستدلالية الجزائرية 210 .

تطبق صيغ مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة (03) أشهر، ماعدا حالة الاتفاق بين الأطراف على تطبيق فترة أطول، على أن القانون قد أشار إلى الأرقام الاستدلالية القاعدية (10) المطلوب أخذها بعين الاعتبار وهي:

أ- أرقام متعلقة بالأشهر، وأرقام متعلقة بالحصص:

- 1- أرقام الشهر الذي أعطي فيه أمر الخدمة بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.
- 2- أرقام الشهر الذي انتهت فيه صلاحية العرض ويكون أمر الخدمة بالشروع في الأشغال قبل انتهاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.
- 3- حالة تسديد حصة من تسبيق على التموين من دفع على حساب، أو تسوية على رصيد حساب، وتخصم بعد تطبيق مراجعة الأسعار.

209 المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

210 المادة 103 من المرسوم الرئاسي، 15-247 ، مرجع نفسه .

4- حالة تسديد حصة من تسبيق جزافي من دفع على حساب أو تسوية على رصيد حساب تخصص قبل تطبيق مراجعة الأسعار من مبلغ الدفع 211 .

ب- نوع الصفقات: العقود - المبرمة بسعر مؤقت: في الحالات الاستثنائية قد يلجأ إلى إبرام صفقات عمومية حسب الاستعجال بثمن (بسر) مؤقت وبصفة مؤقتة في الحالات التالية:

- حالة الصفقات العمومية المتعلقة بالإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفة الغرض المطلوب. حالة الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط في حالة الاستعجال الملح.

- حالة خدمات تكميلية في إطار صفقات الأشغال 212 .

ج- نوع الصفقات: العقود - ذات السعر المحين: تكون الصفقات العمومية محينة في أسعارها إذا كانت متجاوزة في مبالغها أو مساوية لما هو محدد في نص المادة الثالثة عشر (13) من قانون الصفقات العمومية والتي لا يقل أجلها عن ثلاثة (03) أشهر، أما إذا كانت أقل من ذلك فلا يجوز تحيين سعرها، وللتحيين شروط متعلقة بالمبلغ أو بالمدة الزمنية:

1- شروط متعلقة بالسعر: لما يكون مبلغه محددًا بحسب نص المادة 100 213 . إلا أن نص المادة لا يشير إلى المبالغ القابل للتحيين، بل نص المادة 13 هو الذي يشير إلى ذلك. واكتفت بتحديد الشروط لذلك بما يلي:

- يحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت التي ينبغي أن تستعمل كمرجع.

- حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة يمكن السماح بتحيين الأسعار، إذا لم ينسب التأخير للمتعاقل المتعاقد.

- حالة الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

2- شروط متعلقة بالمدة: هذه الشروط تتعلق بالمدة التي لا بد من توافرها لقبول تحيين الأسعار وهي:

- حالة الفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة.

- أن يكون هذا الأجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (03) أشهر 214 .

- حالة تجاوز مدة صلاحية العروض، يعطي للمتعاقل المعني الحق في تحيين الأسعار.

- حالة الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية 215 .

ثالثا: الصفقة ذات السعر المؤقت

استثناء يمكن أن يحدد سعر الصفقة بصفة مؤقتة وذلك في الحالات التالية:

1- خدمات تكميلية في إطار صفقات الأشغال 216 .

211 المادة 104 من المرسوم الرئاسي ، 15-247 ، مرجع سابق.

212 المادة 97 من المرسوم الرئاسي، مرجع نفسه.

213 المادة 99 من المرسوم الرئاسي، مرجع نفسه.

214 المادة 98 من المرسوم الرئاسي، مرجع نفسه.

215 المادة 100 من المرسوم الرئاسي، المرجع نفسه.

216 المادة 97/3، 4، 5، 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

2- الصفقات العمومية للإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفه الغرض المطلوب.

3- الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط في حالة الاستعجال الملح.

رابعاً: الصفقة ذات السعر المحين

إن قبول تحيين الأسعار لا يكون مطلقاً على كل الصفقات بأن تكون قابلة في تحيين أسعارها، بل هناك تطبيق، وهناك استثناء.

1- الصفقات ذات الأسعار المستثناة من التحيين: أسعار الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن اثني عشر مليون ديناراً (12.000.000 دج) المخصصة للأشغال أو اللوازم، أو ستة ملايين ديناراً (6000.000 دج) المخصصة للدراسات أو الخدمات، ويقل أجلها عن ثلاثة (03) أشهر، وكذلك أسعار الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط 217 ، تكون غير قابلة للتحيين 218 .

2- الصفقات ذات الأسعار المحينة يمكن قبول تحيين أسعار بعض الصفقات بتحقيق بندين هما:

أ- البند الزمني: يتحقق هذا البند بتحديد المدة الزمنية الفاصلة بين التاريخ المحدد لإيداع العروض، وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، بأن يكون الأجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (03) أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك 219 .

ب- بند التحيين: في حالة ورود بند في صفقة على تحيين الأسعار، لا يكون كذلك إلا بتوافر الشروط التالية:

يحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت، التي ينبغي أن تستعمل كمرجع باستثناء الحالات المبررة، كما ينبغي حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة.

- لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار الأعلى للفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية.

الأرقام الاستدلالية القاعدية (10) التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض.

غير أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك التعامل المتعاقد، وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة 220 .

217 المادة 8/97 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

218 المادة 2/98 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

219 المادة 1/98 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

220 المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

المبحث الثاني : أسلوب طلب العروض كأسلوب أساسي في إبرام الصفقات العمومية .

تخضع عملية إبرام العقود الإدارية (الصفقات العمومية) إلى مجموعة من الإجراءات والقيود التي ينظمها القانون الإداري قصد تحقيق المصلحة العامة، وعليه تظهر حرية الإدارة العامة مقيدة بالمقارنة مع حرية الأفراد في تعاقدهم في ظل قواعد القانون المدني 221 .

تظهر هذه القيود في أن الإدارة العامة كبلت بمجموعة من القواعد التشريعية في إبرامها لعقودها الإدارية، اشترطت عليها ضرورة احترام المبادئ الأساسية لبناء العقود الإدارية الصفقات العمومية (المطلب الأول)، مع ضرورة تحديد واحترام تطبيق إجراءات إبرام العقود الإدارية الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المبادئ الأساسية التي تنظم العقود الإدارية (الصفقات العمومية)

تتطلب المحافظة على المال العام والمصلحة العامة الموكلة للإدارة العامة أن تتبع هذه الأخيرة ما يرسم لها من سبل تشريعية قصد انجاز المهام المنوطة بها في شكل مشاريع وبرامج مختلفة قصد إنفاق المال العام المحقق للمصالح العامة، والذي يتجاوز قدرات الإدارة العامة في تجسيدها على أرض الواقع، الأمر الذي يؤدي بالإدارة إلى الاستعانة بالغير المتمثل في المقاول أو المتعامل الاقتصادي أو غيره من الأشخاص العادية أو المعنوية، لأن توكل لهم مهمة إنجاز تلك الأعمال عوضا عن الإدارة العامة وذلك عن طريق إبرام صفقة عمومية هذه الصفقة العمومية لا بد أن يتبع فيها بالأساس الأول المبادئ العامة التي تنظم العملية العقدية، حيث تناولتها المادة الخامسة (05) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي نقل فحواها إلى المادة 05 من القانون 12-23

بالتنصيص على ما يلي: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية أو الاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم».

من تفحص محتوى نص المادة المذكورة، نستنتج أن المشرع الجزائري سعى مثله مثل التشريعات المقارنة إلى المحافظة على المال العام من حيث النجاعة والاستعمال الحسن للنفقات العمومية، بأن اعتمد في الطلبات العمومية ضرورة انتهاج مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (المطلب الأول)، واعتماد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين من قبل المصلحة المتعاقدة (المطلب الثاني) وخلص نص المادة بالإشارة إلى أن الإدارة العامة في طلباتها العمومية يشترط عليها إتباع الشفافية في الإجراءات (المطلب الثالث).

الفرع الأول: وجوب إتباع مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

يعني مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو فتح المجال القانوني لإمكانيات متعددة يملكها أصحاب القدرات والكفاءات المطلوبة في الطلبات العمومية، هذه الكفاءات لا تلبي طلبات الإدارة العامة إلا من خلال فتح المجال أمام المتنافسين عن طريق وسائل إعلان الطلبات العمومية والإشهار بها (أولا) قصد تبيان محتوى الإعلان وبياناته (ثانيا).

أولاً: ضرورة اعتماد مبدأ الإعلان (الإشهار)

يعتبر الإعلان بمثابة الوسيلة المتبعة من قبل الإدارة في الكشف عن رغباتها (أ)، هذه الرغبات التي تكون ضمن شروط معينة لإتمام طلب العروض (ب) .

أ: الإعلان عن الرغبات

إن اعتماد مبدأ الإعلان بالطلبات العمومية دليل على أن الإدارة العامة لا تنزه نفسها عن المسؤولية إلا بإتباع وسيلة الوضوح والعلن أمام الرأي العام والخاص بشأن التصرف في المال العام وبه تصنع تصرفاتها العقدية وفي خطوة تلجأ إلى الإعلان الذي أجبرت على أدائه من قبل القانون 222

يعتبر اعتماد مبدأ الإعلان من قبل الإدارة بمثابة الوسيلة الفعالة في فتح الطريق أمام أكبر عدد 222 راجع تطور قانون الصفقات العمومية الجزائي الدائم التغير.

ممكن من المشاركين الذين لا يستطيعون الوصول إلى مثل هذه الطلبات العمومية لو لم يكن الإعلان بها عن طريق الجرائد في شكل إشهار صحفي إلزامي، مثل ما هو شائع في طلب العروض المفتوح، وطلبالعروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا طلب العروض المحدود لمسابقة التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء 223 .

ب : شروط إعلان طلب العروض

يشترط في إعلان طلب العروض شكليات هي:

- 1- ضرورة تحرير طلب العروض باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل.
- 2- ينشر إعلان طلب العروض إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع)، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.
- 3- يمكن ويجوز إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية التابعة لها وصائيا.
- 4- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- 5- إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية – لكافة بلديات الولاية.
- 6- إلصاق طلب العروض بالمقرات المعنية بغرف التجارة والصناعة والصناعة التقليدية، والحرف والفلاحة للولاية.
- 7- إلصاق طلب العروض بمقر المديرية التقنية المعنية في الولاية 224 .
- 8- إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي تنشر فيها إعلان طلب العروض.

223 المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

224 المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

ثانيا: إعلان بيانات طلب العروض

الغرض من الإعلان هو تناول البيانات (أ) والتي يمكن توضيح معالمها(ب).

أ: إعلان البيانات أوجب المشرع الجزائري أن يكون إعلان طلب العروض محتويا على مجموع البيانات الإلزامية حتى تفيد المخاطب بالإعلان على الضروريات من العقد المراد إبرامه سواء تعلق الأمر بالمصلحة الراغبة في التعاقد، أو بالمتعامل المتعاقد الذي له النية في ذلك، وهذه البيانات أوردها المادة 62 كما يلي: 225

- 1- تسمية المصلحة المتعاقدة أي التي لها الرغبة في التعاقد، وكذا عنوانها وتعريفها الجبائي.
- 2- كيفية طلب العروض.
- 3- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى.
- 4- موضوع العملية.
- 5- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى ذلك.
- 6- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة ؛لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقديم العروض ومراجعة طلب العروض.
- 7- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.
- 8- أن تتضمن البيانات نوع الصفقة العمومية في حال طلب العروض الذي يكون راجعا للبلديات أو الولايات أو المؤسسات العمومية التابعة لها، بأن تكون صفقات أشغال أو لوازم، أو دراسات، أو خدمات.
- 9- تحديد أجل لتحضير العروض، وقد يمدد الأجل بحسب الظروف والحالة بالاستناد إلى تاريخ أول نشر الإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة، أو في بوابة الصفقات العمومية، ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض، وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين. في حالة موافقة تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض وصادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية فإن مدة تحضير العروض تمتد إلى غاية يوم العمل مما تقدم يمكن القول أن عملية الإعلان وتوضيح البيانات هي بمثابة خطة أو خارطة تتضمن شروطا إذا علم بها المخاطب، ستؤدي إلى ترتيب أمور الإدارة العامة، وتحسن من خدماتها وتبعدها إلى حد بعيد عن السقوط في الزيف، لأن العلنية هي منفعة معنوية قبل أن تكون مادية للإدارة العامة والمواطنين. 227 .

225 المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

226 المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

227 المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه .

ب: تقييم عملية الإعلان

كما يمكن أن تخلق نوع من المنافسة المشروعة بين عدد غير معين، وغير محدود من الراغبين في التعاقد مما ينتج عنه إرساء العقد على أنسب العروض من حيث الجانب التقني والمالي 228 .

المتعهد يستطيع المشاركة في حصة واحدة أو الحصتين معا لا يمكنه الحصول إلا على حصة واحدة.

2- محتوى ملف المناقصة:

1.2. ملف طلب العروض المقدم من طرف المتعهد يجب أن يحتوي المستندات ملف الترشيح، العرض التقني والعرض المالي.

1.1.2 ملف الترشيح:

1- تصريح بالترشيح معد وفق النموذج القانوني، ممضي ومرفق بالوثائق التالية:

أ- الوثائق الجبائية وشبه الجبائية صالحة شهادة الإعفاء من الضرائب من كل المعارضات مسلمة على مستوى مكان العمل شهادة تسوية الوضعية (CNAS,CASNOS, CACOBATH)

ب- شهادة إيداع الحسابات الاجتماعية للشركة .

ج- رقم التعريف الجبائي للمتعهدين.

د- تصريح بالنزاهة

و- القانون الأساسي للمؤسسة المتعحدة.

هـ- اتفاقية شراكة في حالة تجمع متضامن

2- شهادة التأهيل والتصنيف المهني في حالة صلاحية

3- شهادة إنشاء مؤسسة مصغرة في إطار ANSEJ Ou CNAC

4- الحصيلة المالية للمتعهد للسنوات الثلاثة الأخيرة

5- مراجع بنكية مبررة بشهادات القدرة على تسديد الدين اقل من 3 أشهر) و RIB

6- قائمة الوسائل البشرية المخصصة للمشروع مبررة بالسيرة الذاتية و/ أو شهادات عمل بالنسبة للإطارات شهادة التصريح لدى مصالح الضمان الاجتماعي).

7- قائمة الوسائل المادية المخصصة للمشروع مدعمة بالوثائق التبريرية (بطاقات رمادية أو فاتورة وصل السير صالح) + نسخ من شهادات التأمين بالنسبة للعتاد المتحرك، فاتورة شراء بالنسبة للعتاد غير المتحرك.

8- المراجع المهنية مبررة بشهادات حسن التنفيذ مسلمة من طرف صاحب مشروع عمومي أو متعامل عمومي اقتصادي.

2.1.2 العرض التقني:

- 1- تصريح بالاككتاب معد وفق النموذج القانوني (مملوءة، مؤرخ وممضي).
- 2- المذكرة التقنية المبررة بمنهجية العمل إسنادا إلى مدة الأشغال.
- 3- المخطط التقديري للأشغال
- 4- دفتر الأعباء حامل في آخره عبارة مكتوبة باليد مقروء ومقبول

2.3 العرض المالي:

- 1- رسالة التعهد معدة وفق النموذج القانوني (مملوءة وممضية)
- 2- جدول الأسعار بالوحدة (مملوء وممضي)
- 3- تفصيل التقييمي والكمي (مملوء وممضي)
- 3- تقديم العروض:

يجب أن توضع العروض في مديرية الأشغال لولاية تمنراست يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه وتتضمن عبارة ملف الترشيح أو عرض تقني عرض مالي وتوضع الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغلق ويحمل عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

الفرع الثاني: اعتماد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

يعود اعتماد مبدأ المساواة إلى الدستور والقانون الذي يكون من خلالها المواطنون سواسية وفي درجة متساوية 'أولاً) إلا أن النشاطات الإدارية ومنها الصفقات العمومية يتطلب التدخل من المشرع لإضفاء بعض الاستثناءات على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين قصد ترقية الإنتاج الوطني والإدارة الوطنية للإنتاج (ثانياً)

أولاً: الأصل في اعتماد مبدأ المساواة في معاملة المترشحين

- السند متضمن العقد متضمن التفويض على الإمضاء ممضي من طرف جميع أعضاء المجموعة يعود مصدر اعتماد هذا المبدأ إلى الدستور (أولاً)، وإلى القانون (ثانياً).

أ: الدستور كمصدر لاعتماد مبدأ المساواة

يشترط على المصلحة صاحبة طلب العروض أن تعتمد مبدأ المساواة بين العارضين في إبرام الصفقات العمومية، ولا تميز بينهم إلا في الإطار الشرعي للمنافسة، واعتماد مبدأ المساواة هو التزام بالالتزام المشروط دستورياً، فالمادة الثانية والثلاثون (32) من القانون رقم 01-16 نصت في ذلك ما يلي: «كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي» 229 ، والذي عدل رقمها إلى رقم 37 في ظل التعديل الدستوري الذي جاء به المرسوم الرئاسي رقم 200-442 لسنة 2020، ولم يتم تغيير محتواها.

ب: القانون مصدر اعتماد المبدأ

بالإضافة إلى اعتماد مبدأ المساواة أنه التزام دستوري فهو التزام لفكرة اعتبار كل الأشخاص متساوون في طرق معاملتهم، ولا تفريق في المعاملة بين شخص وآخر إلا بدرجة التفوق التي يتطلبها التعامل 230 .

بالاستناد إلى ما سبق يكون المساهمون في طلبات العروض متساوون في المعاملة من قبل المصلحة صاحبة العرض العمومي.

ولا يفرق بينهم إلا المعايير الإدارية التي تطرحها الإدارة لانتقاء المرشحين وخضوعهم للتقييم وفقاً لمعايير القدرات المهنية والتقنية والمالية، يتم اختيار المرشح الذي أهله المعايير المطلوبة إدارياً بأن يكون المنجز للصفة العمومية.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على اعتماد مبدأ المساواة في معاملة المترشحين

إن اعتماد مبدأ المساواة في معاملة المترشحين ضماناً لنجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام والحفاظ على حسن استعماله.

229 قانون رقم 01-16 مؤرخ في 06/03/2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 63 لسنة 2016.

230 راضية رحمانى، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية عدد 9، 2015، ص111.

إلا أن المرشحين الذين قد يتنافسون على طلبات العروض العمومية، قد يختلفون باختلاف الطلبات العمومية، ويظهر الاختلاف جلياً بالخصوص لما تكون الدعوات للمنافسة الدولية.

عندها يظهر المرشحون الجزائريون ضعافاً بالمقارنة مع نظرائهم من الأجانب من حيث الخبرة والتكنولوجيا والمال وهذا ينعكس على مبدأ المساواة بين المرشحين بأن تفقد المنافسة الأطر الشرعية لبناء وتطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري للتدخل ومحاولة حماية المتنافس الجزائري وإحقاقه بمبدأ المساواة سواء كان بينه وبين أجنبي (أولاً) أو بينه وبين مواطنيه، قصد ترقية الإنتاج الوطني (ثانياً)، أو استعمال المشرع لبعض العقوبات بالحرمان على بعض المتعاقدين (ثالثاً).

أ: هامش تفضيل المرشح الوطني عن المرشح الأجنبي

تطبيقاً لنص المادة 83 من المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية رقم 15-247 التي جاءت ضمن القسم السابع المعنون بترقية الإنتاج الوطني والإدارة الوطنية للإنتاج يجعل من الإدارة العامة الطالبة للعروض مطالبة بمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29.

تخضع الاستفادة من هذا الهامش في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، ومؤسسات أجنبية، على تقرير الحصة التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها.

يجب يوضح - يحدد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض وتطبيق هذه الأفضلية 231. السؤال التذيي يطرح نفسه بعد قراءة محتوى المادة هل هذا التفضيل الاستثنائي له مساس بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين؟ الجواب على السؤال يكون في شطرين

الأول: يصدر من الجهة المصدرة للقانون ومواطنيها الذين لا بد عليهم من إيجاد حل للتكتلات والقوى العالمية التي إذا ما دعيت عند الحاجة إليها قصد إبرام عقود إدارية، تقوم هذه الشركات في استعمال كل قواها التكنولوجية والمالية وغير ذلك قصد الاستحواذ على العقد، وبعد ذلك تتصرف كما تشاء في المشروع، بأن لا تحرم بنوده إلا في الجانب الذي يفيدها وتقوم بتصرفات تكون في أصل العملية هي ماسة بمبدأ المساواة العالمي بين الأفراد في حقوقهم.

الثاني: أما الشطر الثاني من الجواب فينصب على الحماية التي تمارسها الدولة على مواطنيها بأن قامت بتخصيص حصة محتشمة وهي 25% للمنتجات الجزائرية في منشئها، أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز فيها الجزائريون أغلبية رأسمالها بشرط إقامتهم في الجزائر بالنسبة للصفقات المذكورة في المادة 29، كما قد يكون المستفيد من هامش الأفضلية مجعاً يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، ومؤسسات أجنبية تكون حصصها مبررة بالنسبة للأعمال المراد إنجازها وكذا مبالغها.

ويجب أن يحدد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية 232 يعني مبدأ تفضيل مواطن الدولة عن الأجانب، أهمية تظهر في مراعاة تحقيق أهداف المواطنين، أو في بعض الحالات عندما تقرض العقود الخاصة خصوصياتها مثل العقود المتعلقة بالدفاع

231 المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

232 المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع نفسه.

الوطني، أو العقود التي يرقى منها تحقيق أكبر كم من فرص الأعمال 233 .

وفي هذا نورد تعليمة وزارية صادرة من الوزير الأول عبد المالك سلال موجهة إلى الوزراء والولاة يجب اللجوء إلى المنتجات والخدمات ذات المنشأ الجزائري لأنه قد أمسى خياراً استراتيجياً وحاسماً بالنسبة لتنمية الاقتصاد الوطني والتزام تطبيق التعليمة على الصفقات العمومية التي تبرمجها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري... 234 .

ب: ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج

تناولت هذا المبدأ المادة 85 من المرسوم الرئاسي الخاص بالصفقات العمومية، إذ جاء فيها عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافسة الوطنية، مع مراعاة حالات الاستثناء، المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم، يجب عليها مراعاتها حسب الحالات التالية: أن تأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض:

أ- إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

ب- تفضيل -لاسيما- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وأجال الإنجاز.

- تعطى الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني.

- تدرج في دفتر الشروط أحكاماً تسمح بضمان تكوين ونقل المعرفة لذوي الصلة بموضوع الصفقة.

- تدرج في دفتر الشروط في حالة المؤسسات الأجنبية التي تتعهد لوحدها إلا إذا استحال ذلك وكان مبرراً كما ينبغي، بوجوب مناولة ثلاثين في المائة (30%) على الأقل من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون.

ومهما يكن الأجراء المختار، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتوج المستورد إلا إذا كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر، أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة، ولا تسمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها 235 .

وحظيت المؤسسات المصغرة في حالة قدرتها على تلبية حاجيات المصالح المتعاقدة بالفوز بالمناقصة عن طريق تخصيص هذه الخدمات لها حصرياً، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة قانوناً ويمكن أن تكون الحاجات

233 راجع سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دون دار نشر، 1976، ص 60 خالد خليل الطاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 42.

234 حمزة خصري، مرجع سابق، ص 128.

235 المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

المذكورة أعلاه في حدود عشرين بالمائة (20%) على الأكثر من الطلب العام حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط مخصص بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 من هذا المرسوم 236 .

ج : حرمان بعض الأشخاص المقاولين من التعاقد:

تنص بعض التشريعات صراحة على حرمان أو إقصاء بعض الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من إبرام عقود مع الإدارة العامة، مثل ناقص الأهلية، والشركات غير المنظمة، والموظفون العموميون والمحكومون بعقوبات قضائية والمقصون من المشاركة في الصفقات العمومية.

وقد يكون بسبب التنفيذ المعيب للالتزام، سابق وهو ما يعرف بالحرمان أو الاستبعاد الجزائي 237 .

والمشروع الجزائري قد عدد حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بنص المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون الذين يكونون في الوضعيات التالية:

- 1- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض.
- 2- الذين هم في حالة إفلاس، أو تصفية أو التوقف عن النشاط، أو التسوية القضائية، أو الصلح.
- 3- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه، بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- 4- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه جبائية.
- 5- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
- 6- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- 7- الذين كانوا محل مقررات الفسخ.
- 8- المسجلون في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية بحسب نص المادة 89.
- 9- المسجلون في بطاقة الغش، ومرتكبي مخالفات التشريع والتنظيم في الجبائية والجمارك والتجارة.
- 10- المخلين بالتزاماتهم المحددة في المادة 84، 238 .
- 11- كل من يقوم بتقديم مكافأة لامتنياز بمناسبة إبرام صفقة عمومية، تسجل مؤسسته في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية 239 .

الفرع الثالث: اعتماد مبدأ الشفافية في الإجراءات

قصد تقريب عمل الإدارة من المواطنين استعمل مصطلح الشفافية في ثمانينات القرن العشرين في القانون

236، المرسوم 15-247، مرجع سابق.

237 إبراهيم طه العياض العقود الإدارية مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1981، ص 102

238 المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

239 المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

الإداري ، ويعنى به توضيح القواعد القانونية والتنظيمية في المعاملات الإدارية التي غالبا ما يضيف عليها السر

والكتمان وحتى غموض القواعد في مدلولاتها العامة والخاصة 240

وانتقاء تضبيع المال العام، ورغم وجود قواعد قانونية في قانون الصفقات العمومية الدالة على مبدأ تطبيق الشفافية في الإجراءات، إلا أن المشرع ورغبة منه في تدعيم هذا المنحى فكان قد بادر بتعزيز المبدأ بإصداره للأمر رقم 10/05 المؤرخ في 26/08/2010، الذي يتم القانون رقم 06/01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته 241 ، الذي جاء في مادته التاسعة (09) ما يلي: يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص عبر:

علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

مع تحديد معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية ، وجاء في نص المادة 15 من القانون رقم 06/01 على ضرورة اعتماد الشفافية في تسيير الشؤون العمومية، ومنها إبرام الصفقات العمومية 242

وعليه فالشفافية كمبدأ لحماية المال العام يظهر في ضرورة إتباع العلانية في إبرام الصفقات العمومية (الفرع الأول)، إلا أن هذا الإجراء لا يؤدي المعنى منه إلا إذا دعم بإتباع معايير موضوعية ودقيقة في اتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، وفتح مجال الرقابة بممارسة كل طرف الطعن في حالة عدم احترام قواعد الإبرام (الفرع الثاني).

المطلب الثاني: إجراءات و مراحل عروض طلب العروض لإبرام الصفقات العمومية

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

240 راجع بحري إسماعيل الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص.31

زوليكه زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد مذكرة ماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 199.

241 أمر رقم 10/05 المؤرخ في 26/08/2010، الذي يتم القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 50، الصادر في 2010.

بعد استيفاء الإجراءات السابقة يكون للإدارة العمومية الحق في إتمام عملية التعاقد، وتتم عملية إبرام العقد الإداري عبر مراحل متعددة نجلها في المراحل التالية:

الفرع الأول : مرحلة إعداد دفتر الشروط

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

يتم جمع هذه الشروط في وثائق مكتوبة يصطلح عليها دفاتر الشروط 248 . وتسمى أيضا دفاتر الأعباء، إذا يمثل دفتر الشروط وثيقة رسمية تحتوي شروطا تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، تلزم بها المتنافسين عامة والمتنافس المختار خاصة.

يتم إعداد دفتر الشروط قبل أي دعوة للمنافسة بل حتى في حالة التراضي البسيط، بهدف تعريف المترشحين بطبيعة ومحتوى الخدمات المطلوبة 249 .

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

- وضع المواصفات المطلوبة

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

- وضع الشروط المتعلقة بمعايير الانتقاء.

تظهر أهمية الإعداد المسبق لدفاتر الشروط في مستويات متعددة منها:

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

- كما يرتبط الإعداد المسبق لدفاتر الشروط بمكافحة الفساد.

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

أولاً: أنواع دفاتر الشروط

تنقسم دفاتر الشروط إلى ثلاثة أنواع، طبقا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 والمادة 17 من القانون 12-23 :

1- دفاتر البنود الإدارية العامة

248 عمار عوابدي المرجع سابق، ص 214، مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص 393.

249 نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 25.

يعتبر المرجع القانوني الأساسي لدفاتر البنود الإدارية العامة القرار الوزاري الصادر عن وزير البناء والأشغال العمومية والنقل بتاريخ 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية التي تبرمها وزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل 250 .

يطبق هذا النوع من دفاتر الشروط على كل أنواع الصفقات العمومية، ويتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي 251 .

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

2- دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة:

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

غير أن ثمة تساؤل يطرح حول المقصود بالترتيبات التقنية؟

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

3- دفاتر التعليمات الخاصة:

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

ثانيا: الرقابة على دفتر الشروط

فرض المشرع الجزائري أوجه محددة للرقابة على دفاتر الشروط وزعها على جهات إدارية مختلفة كالرقابة التي يمارسها المراقب المالي، والرقابة التي تمارسها لجنة الصفقات المختصة بحيث تخضع مشاريع دفاتر الشروط لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل الشروع في إجراء طلب العروض أو التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء، ويكون ذلك بناء على تقرير إداري للمشروع تتولى إعداده المصلحة المتعاقدة. وتؤدي هذه الدراسة إلى إصدار لجنة الصفقات المختصة مقرر يطلق عليه التأشير.

تتأكد لجنة الصفقات المختصة أثناء مراقبة دفتر الشروط من أن هذا الدفتر ليس موجه نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، كما تتأكد أيضا من مدى مطابقة بنود دفتر الشروط للأحكام التشريعية والقانونية الجاري العمل بهما.

250- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1961 يتضمن المضايقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة 19 جانفي 1965 بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 106، الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1965.

251 نصر الشريف عبد الحميد مرجع سابق، ص15.

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

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

- هنا يطرح تساؤل حول موقف المشرع الجزائري في حالة حدوث تعارض بين موقف المراقب المالي ولجنة الصفقات المختصة؟

طبقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92/414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09/374، تعتبر التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة السابقة لمشاريع الصفقة العمومية إلزامية على المراقب المالي 252 .

توجد إلى جانب الرقابة الإدارية صور رقابة أخرى مثل الرقابة ذات الطابع الجزائي التي نص عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 253 .

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

- التزام الإدارة بتنفيذ ما ورد في الدفاتر؛

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

الفرع الثاني: مرحلة الإعلان

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

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

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

253 انظر الأمر رقم 06/01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 14 الصادرة بتاريخ 08/03/2006 مجلد رقم 10/05 المؤرخ في 20 غشت 2010.

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 49 الصادرة بتاريخ 29/08/2010، معدل بالأمر رقم 11/15 المؤرخ في 12 غشت 2011

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 44 الصادرة بتاريخ 10/08/2011

ويشكل بذلك إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد مبدأ الإعلان) شرطا ضروريا لضمان فرص متساوية للراغبين في التعاقد تتيح لهم تقدير تكلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها ... بعبارة أخرى يعتبر مبدأ الإعلان وسيلة ضرورية لتكريس الشفافية وضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة 254 . وغاية ذلك أن لا تبرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة والشك. وتفترض هذه الحرية إلزامية الاعتماد على وسائل إشهار تتم عادة ضمن الصحف اليومية الاقتصادية والقانونية، والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور 255 .

من الجدير بالملاحظة أن نشير إلى أن الإعلان المسبق. إن كان يكفل مبدأ حرية المنافسة.

فإنه لا يعتبر ايجابيا تتقدم به الإدارة للمتعاقد معها بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد.

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

أولا: كيفية الإعلان

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

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

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

المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 على:

بغض النظر عن أحكام المادة 25 أعلاه، يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية، نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها، من إجبارية الإشهار في الجرائد شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى. ومهما يكن من أمر. فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن تعمل لجوئها لهذا الإجراء.

254 -فاضل اليام أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 15/247. حوليات جامعة قائمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 25 ديسمبر 2018. ص. 11. متوفر على الموقع.

<https://www.sipcerist.d/en/article/72035>

255 صالح رمال بن علي، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري مجلة القانون المجتمع والسلطة 6/2017، ص 167 متوفر على:

<https://www.op.cons.deemantic, N435>

وما يزيد الأمر تعقيدا هو عدم نص المشرع على إنشاء هيئة خاصة بإعلان رغبة الإدارة في التعاقد، حتى ولو كانت الكترونية، إلى غاية ان استحدث المشرع وجوبية النشر الالكتروني للصفقات العمومية بموجب المواد 105 و 106 من القانون الجديد للصفقات العمومية الواردتين تحت الفصل الثاني المعنون بالرقمنة في مجال الصفقات العمومية، اين أصبح النشر عبر هذه الوسيلة اجباري.

في حين يتم الإعلان المسبق في مجال الصفقات العمومية وجوبا بالإشهار، وذلك في كل أشكال طلب العروض، من خلال اللجوء إلى النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وبالإشهار الصحفي على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، طبقا لنص المادة 65/1 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 (256) وأضاف المادة 46 من القانون 12-23 إلزامية النشر بالوسائل السابقة البيان يضاف لها النشر عن طريق الصحافة الالكترونية وعن طريق البوابة الالكترونية للصفقات العمومية .

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

كما يمكن أن تكون طلبات العروض محل إشهار محلي إذا تعلق موضوعها بعروض الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مئة مليون دينار (100000000 دج) أو يقل عنها ، وخمسون مليون دينار (50000000 دج) أو يقل، طبقا لنص المادة 65/3 من المرسوم الرئاسي نفسه 257 .

يمكن للإدارة، إذا ما احترمت طريقة الإعلان المنصوص عليها قانونا، أن تلجأ - كإضافة وليس كبديل - إلى طرق إعلان أخرى ترى أنها أنسب في نقل رغبتها في التعاقد، من ذلك الإعلان عن طريق الوسائط الالكترونية. وهو ما استدركه المشرع الجزائري في المواد من 203 إلى 206 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 والتي نظمت أحكام الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية ثم كرسه مرة أخرى بموجب المادة 46 من القانون 12-23 التي كرسست إلزامية النشر بالوسائل السابقة البيان يضاف لها النشر عن طريق الصحافة الالكترونية وعن طريق البوابة الالكترونية للصفقات العمومية ، تماشيا مع التطورات التكنولوجية وتكريسا لمبدأ

العلانية، تم التعزيز بالبوابة الالكترونية للصفقات العمومية تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، طبقا لنص المادتين 366 و 2004.

إضافة إلى كل ما سبق قوله، وبخلاف ما هو متعارف عليه في الصفقات العمومية يكمن الاختلاف أيضا بين الإعلان في مجال الصفقات العمومية والإعلان في مجال تفويضات المرفق العمومي في أن هذا الأخير يتم على مرحلتين، طبقا لنص المادتين 31 و 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

المرحلة الأولى: مرحلة الإعلان المسبق عن العملية عن طريق الإشهار

المرحلة الثانية: مرحلة الإعلان عن طريق التبليغ الشخصي والدعوة إلى التعاقد.

256 تتكفل المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار (ANEP) بعملية الإشهار، بوهران عادل، مرجع سابق، ص 98.
257 فاضل الهام، مرجع سابق، ص 12 تافرين عبد الكريم، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، العدد 5، جانفي 2016، ص 117.

ثانيا: مضمون الإعلان

تتنوع البيانات التي يتضمنها الإعلان بين بيانات متفق عليها يجب توافرها في أي إعلان، مهما كانت طبيعة العقد الإداري. في حين يختص الإعلان عن بعض العقود الإدارية بذاتها ببيانات خاصة، بحيث تتلاءم هذه البيانات وطبيعة ونوع العقد الإداري، ومن بين البيانات المتفق على أن يتضمنها الإعلان: الإعلام بكيفية التعاقد وشروطه، نوعية المواصفات المطلوبة، مكان وزمان الإجراء، الوثائق المطلوب تقديمها.

حدد تنظيم الصفقات العمومية بيانات إلزامية يجب أن يتضمنها إعلان الصفقة العمومية، بموجب المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. كما نصت المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-1999 على مجموع البيانات الإلزامية فيما يتعلق بالإعلان عن الطلب على المنافسة في مجال تفويضات المرفق العمومي.

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

كرس المشرع الجزائري إجراء الإعلان المسبق في عقود إدارية تم تنظيمها بموجب قوانين خاصة مثال عن ذلك عقود التفويض في مجال المياه، حيث نصت المادة 105 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه على أن: "يتم تفويض الخدمات العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لاسيما 258 محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له وشروط تنفيذها ومسؤوليات الملتمزم بها ومدة التفويض وكيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين ومعايير تقييم نوعية الخدمة لكن يجب في كل الحالات وبالنسبة لكل أنواع العقود الإدارية أن تتجنب الإدارة أن تكون المدة التي يستغرقها صدور الإعلان أو إتمام النشر سببا في سقوط العارضين عن المشاركة. كما يجب إشهار تمديد مدة صلاحية تقديم العروض إذا ما رأت الإدارة المتعاقدة أن المدة المعلن عنها غير كافية لإقامة منافسة 259. لكن قد يكون تمديد هذه المدة نتيجة طلب معال من المترشح في حد ذاته، كما هو في تفويضات المرفق العمومي طبقا لنص المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

غير أنه ثمة تساؤل يطرح: ما الذي سيترتب في حالة إغفال الإعلان عن العقد الإداري أو عدم إيراد أحد بياناته الإلزامية؟

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

الفرع الثالث: مرحلة تقديم العروض والمعطيات

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

258؛ عبارة تؤكد أن المشرع ذكر هذه البيانات على سبيل المثال وليس الحصر.

259 بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص7.

يتم بيع الأملاك الوطنية الخاصة المنقولة وفق إجراء المزاد العلني. وقد يأخذ هذا المزاد إحدى الصورتين إما المزايدة الشفوية أو عن طريق العروض المختومة، وذلك طبقاً لنص المادة 152 من المرسوم التنفيذي رقم 12-247 (260)، .

فإذا كنا بصدد عروض كتابية لابد من احترام الشروط التالية:

تقديم العروض في خطابات موضوعة في أظرفة مغلقة. وترسل عن طريق البريد المضمون إلى الجهة الإدارية المختصة، بما يكفل سرية مضمون العروض.

يلتزم المتعهدون بعروضهم بمجرد تقديمها، فلا يمكن لهم سحبها أو تعديل ما جاء فيها إلا إذا قرر القانون عكس ذلك.

ويتم إيداع العروض في أجل محدد وتحدد أجال تقديم العروض تبعا لعناصر معينة كتعقيد موضوع العقد والمدة التقديرية اللازمة لتقديم العروض 261 . ويجب أن يفسح الأجل المحدد المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين. لذا سمح المشرع للإدارة المعنية تمديد هذه الآجال عند الاقتضاء، سواء بمبادرة منها أو بطلب من المترشحين إذا سمح لهم القانون بذلك، طبقاً لنص المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مثلاً.

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

في حين لا نستشف هذا الحرص من المشرع في نص المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، حيث أشارت إلى وجوب تضمن الإعلان الأجل الأقصى لتقديم العروض دون أن تستلزم المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العمومي، وفي المادة 67 بالنسبة للصفقات العمومية المترشحين إيداع عروضهم بهذا التاريخ والتوقيت.

لكن اشترط المشرع أن ترفق عروض المترشحين بمجموعة من الوثائق تم تحديدها في نص فطبقاً لنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يجب أن تتضمن العروض ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي، كما يجب أن يتضمن العرض المقدم في المسابقة ظرفاً إضافياً يتعلق بالخدمات التي أنجزها المترشح.

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

الفرع الرابع: مرحلة اختيار المتعاقد

يتم خلال هذه المرحلة فحص وفرز العطاءات والعروض ثم ترتيبها من طرف لجان مختصة مستحدثة في إطار الرقابة الداخلية 262 ، اعتماداً على معايير الاختيار.

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

كما اصطلح عليها بلجنة اختيار وانتقاء العروض فيما يخص تفويضات المرفق العمومي، طبقا لنص المواد 75.76 و 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

أولاً: مرحلة فحص وتقييم العروض

أ/ فتح وفحص الأطراف

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

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

أما فيما يخص إجراء المسابقة، يتم فتح الأطراف المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث (03) مراحل. مع العلم أنه لا يتم فتح أطراف الخدمات في جلسة علنية. كما لا يتم فتح أطراف العروض المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم كما هو منصوص عليه في المادتين 47 و 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ما هو موقف المشرع الجزائري فيما يخص تفويضات المرفق العمومي؟

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

من جانب آخر، وطبقا لنص المادة (8) من المرسوم الرئاسي أعلاه منع المشرع المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى التفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض لاختيار المتعامل المتعاقد. وبذلك يكون

262 بوعمران عادل، نفسه ص 101.

النص أعلاه قد جاء مخالفا لما تضمنه نص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 من أحكام تتعلق بالمفاوضات.

نص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشحين المقبولين والمؤهلين، كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية، وتحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يضم قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا...»

ب- اختيار المتعاقد:

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

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

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة أولى بإعداد قائمة تتضمن المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم ودعوتهم لسحب دفتر الشروط الذي يتضمن عرضا دقيقا حول المرفق العمومي وكذا شروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة والخصائص الكمية والنوعية.

في مرحلة ثانية، يجب على كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط أن يقدم عرضا دقيقا لتقوم هذه اللجنة على أساسه وبعد تلقيها العروض بفحصها.

ثانيا: تأهيل المترشحين

يعامل كل المترشحين على قدم المساواة ودون أي تمييز، لكن يجب على الإدارة الراغبة في التعاقد أن تتأكد من قدرات الطرف الآخر التقنية والمالية والتجارية حتى يكون اختيارها سديدا، وقد سمى المشرع شرط المقدرة هذا بـ تأهيل المترشحين، يمكن أن يكتسي التأهيل في الصفقات العمومية طابع الاعتماد الإلزامي في الحالات التي يحددها التنظيم، على أن تمسك بطاقة وطنية وبطاقات قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة تحين بانتظام 263 .

أ- معايير اختيار المتعاقد

يتم تقييم المتعاملين المترشحين بناء على معايير مذكورة في دفتر الشروط. ويجب اختيار معايير اختيار المتعاقد على أساس موضوعي. ويكون ذلك بناء على تحديد السلطات العمومية للاحتياجات من حيث النتائج المرغوبة أو.

المرجوة الأداء المنتظر مما يقلص مجال الاختيارات المبنية على معيار السعر فقط 264

وبذلك تختلف هذه المعايير تبعا لنوع العقد الإداري. فقد نجد من بين المعايير المعتمدة في المرسوم 15-247 (265) ومن ذلك مثلا ماورد في نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لا يتم التعامل مع هذه المعايير بمستوى الأهمية نفسه، حيث هناك معايير أكثر أهمية من الأخرى. ويتضح ذلك مثلا من خلال نص المادة 72/2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

263 قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد محتوى بطاقات المتعاملين الاقتصاديين وشروط تحبينها الجريدة لجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 24، الصادرة بتاريخ 201 أبريل 2011.

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

ب- الإقصاء من الترشيح:

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

وتنسحب أحكام المادة 75 أعلاه على تفويضات المرفق العمومي، طبقا لنص المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، وفي هذا الصدد، أصدر وزير المالية قرارا مؤرخا في 28 مارس 2011 يحدد فيه كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية 266، وكذا القرار المؤرخ في 2011 الذي يحدد كيفية التسجيل وانسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية 267.

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

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

الترتيب التقني للعروض مع استبعاد العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين مؤقتا لتقوم بعدها اللجنة طبقا لدفتر الشروط بانتقاء العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية أو أحسن عرض اقتصاديا إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنيا، طبقا لنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (268)

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

264 معتصم نجو ومعتصم بن عبد الرحمن، الصفقات العمومية بين احترام التشريعات القانونية والفعالية الاقتصادية، الاستثناءات هي القاعدة وهي مصدر الفساد، مجاميع المعرفة، العدد 1، ص 119 265 المرجع نفسه، ص 120.

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

267 القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 24 الصادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.

268 بوعمران عادل مرجع سابق، ص 102.

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من هذا المرسوم، في جلسة علنية وفي مرحلة أولى، يفتح الأطراف وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين. ثم تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة، بدراسة ملفات الترشيح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأطراف.

على إثر هذه المرحلة، تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل. طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة. تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين، وتقييمها حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط وتقوم بعدئذ بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيبا تفضيلا حسب النقاط المتحصل عليها.

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

الفرع الخامس: مرحلة الإقرار

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

أ- مرحلة المنح المؤقت:

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

حيث يتم خلال هذه المرحلة إعلان الفائز مؤقتا من خلال المنح المؤقت مع ذكر معايير الانتقاء.

حيث أوجب المشرع من خلال نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مثلا على المصلحة المتعاقدة نشر نتائج التقييم المالي والتقني التي قامت بها الإدارة. وتكون الإدارة هي المخولة باتخاذ قرار المنح المؤقت وليست اللجان المختصة بفتح الأطراف وتقييم العروض.

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

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

ب- مرحلة التصديق والاعتماد:

لا يعتبر قرار المنح المؤقت الخطوة الأخيرة في التعاقد، إذ تنتهي العملية التعاقدية بتحرير العقد والتوقيع عليه من طرفي العقد. لكن يتطلب إبرام العقد الإداري إجراء آخر وهو التوقيع والمصادقة عليه من طرف السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع. وبذلك تعتبر مرحلة الاعتماد والمصادقة آخر مرحلة من مراحل إبرام العقد الإداري وأهمها من الناحية القانونية، لأن قرار منح العقد الإداري لا ينتج آثاره القانونية إلا بعد اعتماده والمصادقة عليه من طرف السلطة المختصة، أين تقرر واجبات وحقوق كل طرف في العقد 269 .

يتم التصديق على العقد الإداري بموجب قرار إداري تنشأ من تاريخ صدوره التزامات على عاتق الإدارة. ومن تاريخ التبليغ بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة. لكن يعتبر العقد موجود منذ تاريخ إبرامه وليس من تاريخ التصديق عليه 270 .

وتختلف السلطة المختصة في اعتماد العقد الإداري والمصادقة عليه باختلاف نوع العقد الإداري.

وهنا قد يتدخل المشرع مباشرة ويحدد السلطة المختصة بذلك، مثلما ورد النص عليه في 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي أشارت إلى أن الصفقات العمومية لا تكون صحيحة ونهائية ولا تدخل حيز التنفيذ إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة والمتمثلة في: الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية 271 .

؛ يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة، بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي: بالداخلية والمالية والطرق السريعة لكن يثور التساؤل في حالة ما إذا لم يتدخل المشرع في تحديد السلطة المختصة بالمصادقة على العقد الإداري.

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

المبحث الثالث: أسلوب التراضي (إجراء التفاوض حسب التسمية الواردة في القانون 23-12) كأسلوب

استثنائي لإبرام العقود الإدارية

يقصد بأسلوب التراضي ذلك الأسلوب المباشر والحر لإبرام العقود الإدارية (يطلق عليه أيضا أسلوب الاتفاق المباشر أو أسلوب الممارسة الحرة وقد أطلق عليه المشرع بموجب قانون الصفقات العمومية الجديد 23-12 أسلوب التفاوض).

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

وبخصوص المرسوم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام فقد نص على أنه "تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

- الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة.

- التراضي الذي يمثل الاستثناء

269 دعاس سهام، مرجع سابق، ص7.

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

271 بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 103.

كما نص المشرع الجزائري على التراضي كأسلوب الإبرام الصفقات العمومية في المادتين 39 و 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل 242 ، وأكد النص عليه بموجب المواد 37 و 40 وما بعدها من القانون 23-12 المتضمن قانون الصفقات العمومية وجعله الأسلوب الثاني لإبرام الصفقات العمومية، بعدما كان في ظل المرسوم 15-247 يسمى بالتراضي .

حيث نصت هذه المواد على أنه ""تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي (والذي أصبح في ظل القانون الجديد 23-12 يطلق عليه أسلوب التفاوض)

والتراضي (التفاوض) حسب أحكام المرسوم 15-247 هو ""إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة، إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم».

وحسب المادة 40 من القانون 23-12 المتضمن قانون الصفقات العمومية عرف التراضي حسب تسميته الجديدة وهي التفاوض بأنه ""إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية على المنافسة ، ويمكن ان يكتسي إجراء التفاوض شكل التفاوض المباشر او التفاوض بعد الاستشارة ، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

يسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار وشروط تنفيذ الصفقة العمومية

إجراء التفاوض المباشر هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتماده إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون""

نستشف من خلال قراءة نص المادتين 39 و 41 أعلاه من المرسوم 15-247 والمادة 40 من القانون 23-12 ان المشرع تقريبا اخذ بنفس الاحكام والمفاهيم المتعلقة بالتراضي سواء في ظل المرسوم 15-247 او في ظل القانون 23-12 مع تغييره لتسميته لتصبح التفاوض بدل التراضي ، كما أن المشرع الجزائري لم يعتبر كلا شكلي التراضي (التفاوض) إجراء استثنائيا، بل خص التراضي البسيط (الذي أصبح يسمى التفاوض المباشر) بالصفة الاستثنائية، طبقا للفقرة الثانية من المادة 41 أعلاه والفقرة الثالثة من المادة 40 أعلاه ، هذا يستدعي منا التطرق إلى كل شكل من أشكال التراضي (التفاوض) بالدراسة، لكن يجب قبل هذا التعرف على مفهوم التراضي (التفاوض) كأسلوب لإبرام العقود الإدارية ولو بشكل موجز.

المطلب الأول: تعريف التراضي (التفاوض) كأسلوب لإبرام العقود الإدارية

يتبين من خلال تعريف المشرع الجزائري لأسلوب التراضي في الفقرة الأولى من المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247- أعلاه والفقرة الأولى من المادة 40 من القانون 23-12 أن هذا الأسلوب يقوم على تحرير المصلحة المتعاقدة من القواعد الإجرائية لاختيار المتعاقد معها المعروفة في طلب العروض، الأمر الذي يفتح السبيل أمام هذه الإدارة العمومية للتفاوض والاتفاق مباشرة مع من تراه قادرا ومؤهلا للقيام بالعملية التي ترغب في إنجازها.

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

نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199

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

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

لكن اتفق المشرع الجزائري على إخضاع أسلوب التراضي (التفاوض) إلى قواعد صارمة وحدد حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب في التعاقد في كلا التنظيمين، سواء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل بالقانون 12-23 أو المرسوم التنفيذي رقم 18-199 رغم اختلاف الحالات هذه حسب شكل التراضي.

المطلب الثاني: أشكال التراضي (التفاوض)

توجد في القانون المقارن عدة أنواع للممارسة الحرة أو الاتفاق المباشر كوسيلة من وسائل اختيار التعاقد مع الإدارة. مثلا توجد في فرنسا الممارسة عن طريق التفاوض المباشرة أو الاتفاق بفاثورة أو بمذكرة، الممارسة عن طريق المنافسة 243 .

يتخذ أسلوب التراضي في القانون الجزائري إحدى الصورتين إما التراضي (التفاوض) البسيط أو التراضي (التفاوض) بعد الاستشارة طبقا لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ونص المادة 40 من القانون 12-23 ونص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

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

الفرع الأول: التراضي البسيط (التفاوض المباشر)

أولا: مفهوم وحالات اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط (التفاوض المباشر)

يمثل أجزاء التراضي البسيط (التفاوض المباشر) الاستثناء في طرق إبرام كل من الصفقات العمومية (طبقا لنص المادة 41/2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادة 41 من القانون 12-23) واتفاقيات تفويض المرفق العمومي (طبقا لنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199).

تقوم الإدارة المتعاقدة وفق هذا الأسلوب باختيار المتعامل الاقتصادي الذي تتعاقد معه دون وجود أي نوع من أنواع التنافس بين المتعاملين 244 ، بحيث تقوم بإبرام العقد معه بمجرد تطابق إرادتيهما على محل العقد بعبارة

أخرى، يطغى هنا منطق التفاوض بين الطرفين للوصول إلى التراضي مما جعل المشرع في قانون الصفقات العمومية الجديد يصطلح عليه بالتفاوض.

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

ففيما يخص الصفقات العمومية تم النص على هذه الحالات في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وما يؤكد حصريّة هذه الحالات هو استعمال المشرع لعبارة فقط وهي ست (6) حالات، واستعماله لعبارة حصريا في المادة 41 من القانون 12-23 وهي 07 حالات ، أي 06 حالات في المرسوم 15-247 احتفض بها المشرع في المادة 41 من القانون 12-23 و أضاف لها حالة واحدة .

"يمكن إجمالها في ثلاث مجموعات هي حالات الاحتكار وحالات الاستعجال وحالة عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/ أو الأداة الوطنية للإنتاج ، وفيما يلي تعداد لتلك الحالات بحسب هذه النصوص :

-عندما لا يمكن تنفيذ العمليات

-عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة

-في حالة الاستعجال المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا او ملكا للمصلحة المتعاقدة او النظام العام

-في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الاساسية

-عندما يتعلق الامر بمشروع ذو اولوية وذو اهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا

-عندما يتعلق الامر بترقية الانتاج و/او الاداة الوطنية للانتاج

273 فاطيمة عاشور، مرجع سابق، ص 102.

274 القانون 12-23 ، المرجع السابق .

المشرع في المادة 41 من القانون 12-23 وأضاف لها حالة واحدة 247

274- نصت الفقرة الأولى من المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: «تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط، وتلك الحالات اضاف لها المشرع في المادة 41 من القانون الجديد وأضاف لها واحدة 245 وهي:.. عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات الا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية او لاعتبارات تقنية أولا اعتبارات ثقافية وفنية. وتوضح الخدمات المعنية بالاقتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية ...، ونصت المادة 41 من القانون 12-23 على انه (ملاحظة ك يجب الرجوع إلى نص المادة من القانون).

-بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة مع مؤسسة عمومية مذكورة في المادة 09 (المطة الاخيرة)

أسلوب التراضي البسيط (التفاوض المباشر) في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، طبقا لنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. ثم فصلت المادة 21 من المرسوم التنفيذي ذاته الحالات التي تعتبر حالات استعجالية.

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

تشكل الحالة الاحتكارية والحالات الاستعجالية وحدهما دون الحالة الثالثة مبررات للجوء إلى اعتماد

ثانيا: شروط إجراء التراضي (التفاوض) البسيط

أضاف المشرع الجزائري لأول مرة مادة قانونية تبين الشروط الواجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بها في إطار إجراءات التراضي البسيط هي المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ولم ينص على مثلها في القانون الجديد للصفقات رقم 23-12 مما يعني انه احال الى نفس شروط المرسوم 15-247 ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- يجب أن تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، لاسيما من حيث وجوب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداها بدقة، واستناد إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، ماعدا في الحالات الاستثنائية المقررة في هذا المرسوم.

2- يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي، التقنية والمهنية والمالية كما هي محددة في المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

3- يجب أن تختار المصلحة المتعاقدة متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية تكون محلا للرقابة الإدارية الداخلية من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وفقا لما هو محدد في المادة 71 من المرسوم الرئاسي نفسه.

4- يجب أن تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 52/6 من المرسوم الرئاسي ذاته، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبدأ شفافية الإجراءات وفي هذا الإطار يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع اطوار المفاوضات في محضر، كما تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

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

لكن تقطن المشرع الجزائري لهذه الثغرة أثناء سنه للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، حيث أشار إلى إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العمومي وفق إجراء التراضي البسيط في المادتين 39 و 40 من المرسوم ذاته وما نستخلصه من محتوى هذين النصين أن المشرع اعتمد الإجراءات المعمول بها في الميدان العملي، بما فيها تلك المتبعة في مجال الصفقات العمومية، والتي تخرج عن مراحل ثلاث هي:

- مرحلة الدعوة إلى التعاقد دون الالتزام بأسلوب معين في ذلك؛

- مرحلة المفاوضات المباشرة مع المترشحين المقبولين، حيث حددت المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أهم العناصر المعنية بالتفاوض مثل مدة التفويض والتعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العمومي؛

- مرحلة التعاقد 275 .

الفرع الثاني : التراضي بعد الاستشارة

أعطى المشرع الجزائري تعريفاً موحداً لكلا صورتى التراضي، سواء التراضي البسيط أم التراضي بعد الاستشارة في مجال الصفقات العمومية، طبقاً لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادة 42 من القانون 23-12 التي حدد فيها حالات اللجوء على هذا الأسلوب للتعاقد.

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

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

أولاً: حالات اللجوء إلى إجراء التراضي (التفاوض) بعد الاستشارة:

تلجأ المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الصفقات العمومية إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة (التفاوض) بعد الاستشارة) في الحالات المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15 247 والمادة 42 من القانون 23-12، والتي حصرها المشرع في خمس حالات على النحو التالي:

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

275 - سهام بن دعاس دور وفعالية الصفقات العمومية في حماية المال العام، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني السادس، كلية الحقوق. جامعة د. يجي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 10،

- عندما لا يتم استلام أي عرض.

- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض الموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط

- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات

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

3- في حالة صفقات الأشغال العمومية المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة.

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

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

- بالنسبة للحالات الأربعة الأولى:

عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية 247 ، تكون الإدارة في حالة إجبار وليس خيار فيما يخص جميع الحالات التي حددها المشرع والمذكورة سابقا.

بالمقارنة حصر المشرع الجزائري حالات اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة فيما يخص اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، في حالتين، طبقا لنص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-1999 تتشابه هاتين الحالتين مع الحالتين الأولى والثانية المذكورة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادة 42 من القانون 23-12 تتمثل هاتان الحالتان في:

1- عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، ويتم في هذه الحالة اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

نصت المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-1999 على حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة والمتمثلة فيما يلي:

إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى: - عدم استلام أي عرض - استلام عرض واحد - عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط .

- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية: عدم استلام أي عرض - عدم مطابقة أي عرض الدفتر الشروط وذلك بخلاف طلب العروض بالنسبة للصفقات العمومية، أين لا يعتبر استلام عرض واحد سببا في إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى والثانية، في حين إذا تم استلام عرض واحد للمرة الثانية.

حالة الطلب على المنافسة بالنسبة لتفويضات المرفق العمومي، وتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، يتم قبوله لمتابعة الإجراءات.

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

اختيار المفوض له ضمن قائمة تعددها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المائية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العمومي المعني.

ثانيا: إجراءات التراضي بعد الاستشارة:

تقوم المصلحة المتعاقدة باستشارة المؤسسات بموجب رسالة استشارة، سواء تعلق الأمر بالحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادة 42 من القانون 23-12 أو الحالات المتبقية مع تسجيل بعض الاختلافات:

- في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

يتم استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض بموجب رسالة استشارة، وبدفتر الشروط نفسه باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. لذا لا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية.

المبحث الرابع : آثار العقود الإدارية (تنفيذ العقود الإدارية) ونهايتها

المطلب الأول: آثار العقود الإدارية .

الفرع الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة

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

فيما يخص الصفقات العمومية بعد الإرساء النهائي، تتولى المصلحة المتعاقدة إعداد ملف يحتوي الوثائق التي اشترطها المشرع، طبقا لنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ثم تقوم بتقديمه إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة من أجل مباشرة الرقابة الإدارية الخارجية عليها والتي تتوج برفض منح التأشيرة أو منحها أو منحها بتحفظات أو تأجيل استكمال المعلومات، عمل هذه اللجان المتعلقة بالرقابة الداخلية ثم الخارجية نظمتها المواد 94 وما بعدها من القانون 23-12.

فإذا تم منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة والتزم بها المراقب المالي، وأمضيت من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة والمتعامل الحائز على الصفقة، دخلت الصفقة حيز التنفيذ 272 .

وتختلف الآثار المترتبة عن العقد الإداري عن تلك الآثار المترتبة عن العقود الخاصة.

حيث يتقرر للإدارة المتعاقدة كطرف في العقد الإداري جملة من الامتيازات والسلطات غير المألوفة في العقود الخاصة والتي تجعلها في مركز أسمى. وفي المقابل وخوفا من المساس بمراكز المتعاقد مع الإدارة فإنه تقرر لهذا الأخير جملة من الحقوق غير المألوفة أيضا في روابط القانون الخاص وهي الحقوق التي تشكل قيودا والتزامات تقع على عاتق الإدارة.

وقد أدرج المشرع الجزائري حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له ضمن البيانات الإلزامية في اتفاقية تفويض المرفق العمومي، طبقا للمطمة 8 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. 277

276 خلاف فتح، مرجع سابق، ص65.

277 المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المرجع السابق .

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

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

أولاً: سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد

تعد سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد حقاً ثابتاً للإدارة ومن أبرز الامتيازات المخولة لها، سواء تم النص عليه صراحة في صلب العقد أو في دفتر الشروط أو حتى في حالة إغفال ذكره على اعتبار أن هذا الامتياز لا يجد أساسه في البنود التعاقدية وإنما يجده في مقتضيات سير المرافق العمومية بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة 273 .

لذا تعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام، فلا يمكن تجاوز مقتضياتها أو التنازل عنها من قبل الإدارة المتعاقدة أو الاتفاق على ما يخالفها. وهو ما أكدته كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري معتبراً أن هذه السلطة تدخل في دائرة النصوص ذات الطبيعة التنظيمية 278 .

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

أ- مدى وحدود سلطة الإشراف والرقابة:

يختلف مدى هذه السلطة باختلاف نوع العقد الإداري المبرم؛ فكلما قويت صلة العقد بالمرفق كلما زادت تلك السلطة، والعكس صحيح 279 .

تبرز سلطة الرقابة والإشراف في عقد التوريد من خلال حق الإدارة في رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في الصفقة العمومية.

تظهر هذه السلطة في عقد الامتياز في صورة الرقابة التي تمارسها الإدارة المتعاقدة على نشاط المرفق محل عقد الامتياز في سبيل التأكد من احترام الملتزم لبنود العقد لاسيما فيما يتعلق بالرسوم 280 .

لكن يجدرنا ذلك إلى طرح السؤال التالي: هل تكون سلطة الإدارة في الرقابة مطلقة؟

لا تكون سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة مطلقة، إذ تكون الإدارة ملزمة عند إعمالها لهذه السلطة بالتقيد بجملة من الضوابط: ضابط الاختصاص، الشكل والإجراء.

عدم استخدام الإدارة لهذه السلطة بهدف تحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العمومي محل العقد.

عدم تجاوز الإدارة في ممارستها لهذه السلطة حدود العقد المبرم وإطاره، كتعديل موضوع العقد 281

278 خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 66.

279 بوعمران عادل، رجع سابق، ص 108.

280 المرجع نفسه، ص 109، خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 67.

281 مجدي فتحي، مرجع سابق، ص 404.

ب- صور الرقابة والإشراف:

تباشر الإدارة سلطة الإشراف والرقابة عن طريق نوعين من الأعمال:
الأعمال المادية: كالانتقال إلى مكان تنفيذ العقد أو إرسال الإدارة لمهندسين من أجل زيارة مواقع العمل التحقق من سلامة المواد المستعملة للاطمئنان إلى جودتها عن طريق الفحص والاختبار 282 .
الأعمال القانونية: تتمثل في الأوامر التنفيذية التي يتم إصدارها للمتعاقد مع الإدارة تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ التعديل فيها، وتأخذ هذه الأوامر شكل القرار الإداري، كتوجيه التعليمات والأوامر المصلحية أو الإنذارات التي تصدرها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها 283 .
ملاحظة: قد أجاز للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على هذه القرارات الإدارية، غير أن ذلك الاعتراض لا يوقف تنفيذها نظرا للقوة التنفيذية التي تحوزها.

ثانيا: : سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد بصفة منفردة

تعد سلطة التعديل أحد أهم السمات التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، إذ تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها، إذا اقتضى ذلك سير المرفق العمومي بانتظام وتحقيقا للمصلحة العامة، حتى ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك ولم يرد نص بشأنها في القوانين واللوائح، بل لا يجوز الاتفاق على خلافها أو التنازل عنها من جانب الإدارة.

وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العمومي وضرورة مساهمته للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام 284 ، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية:

جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة - وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد 285

أ- صور التعديل: تبرز سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة في الصور التالية:

- سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل محل العقد زيادة، أو نقصانا، كتغيير كمية المواد والأعمال أو الأشياء محل العقد وهو ما اصطلح عليه التعديل الكمي، عند تبليط ساحة عمومية أو شارع تستطيع الإدارة التحكم في المساحة المقررة للتبليط زيادة أو إنقاصا حسب مقتضيات المصلحة العامة.

- سلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل التنفيذ والتحكم فيها زيادة أو إنقاصا.

- سلطة الإدارة في تعديل أجل تنفيذ العقد والتحكم فيها زيادة أو نقصانا 286 .

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

لا يمكن أن تتعدى مدة تمديد عقد الوكالة المحفزة سنتين (02) كأقصى حد طبقا لنص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وجاء في أحكام القضاء الإداري أنه لا يحق للمتعاقد مع الإدارة الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للعقد واستوجبته مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العمومي 287 .

282 خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 167، بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 108.

283 بو عمران عادل ، المرجع نفسه ، ص 108 .

284 المرجع نفسه، ص 109.

285 خلاف فتح مرجع سابق، ص 67.

286 بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 109.

287 قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 16 ديسمبر 1989 - فضية عطر ضد والي قالمة

Arrêt du conseil d'Etat (français). Compagnie générale Française des tramways, du

11 mars 1914، نقلا عن خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 68.

ب- حدود سلطة التعديل:

لا تكون سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، مطلقة، بل تكون مقيدة بمجموعة من الضوابط أو الشروط الجوهرية التي يتوجب عليها مراعاتها عند مباشرتها لتلك السلطة.

- تم النص على ضوابط وشروط تعديل الصفقات العمومية في نص المادة 136/8 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 وكذا في المواد 74 و 81 من القانون 12-23

- تم النص على ضوابط وشروط تعديل اتفاقيات تفويضات المرفق العمومي في نص المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

بما أن التعديل سيكون بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة فإنه يجب أن يكون هذا القرار مستوفيا لجميع عناصر المشروعية 288 .

أما فيما يتعلق بالصفقات العمومية فلا يتم التعديل إلا من خلال ملاحق للصفقة العمومية الأصلية.

بمعنى يتم التعديل كتابة في ملحق يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، طبقا لنص المادتين 135 و 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 كما أشارت المادتان 58 و 59 إلى الملاحق كإجراء لتعديل اتفاقيات تفويض المرفق العمومي، حيث نستشف الصيغة التعاقدية للملاحق من خلال استعمال المشرع العبارة إبرام ملاحق في نص المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

نص المادة 58 من المرسوم التنفيذي 18-199 ، يمكن السلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، مع مراعاة أحكام المادة 59 أدناه .

- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي وأن لا تؤدي إلى تغيير العقد تغييرا جذريا بشكل يطل مضمونه جوهريا ويغير من طبيعته ويجعل المتعاقد أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.

- أن لا يمس التعديل بالشروط المالية المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد معها، بحيث يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العمومي مثلا.

ما مدى إمكانية استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها في تعديل العقد في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، أو إذا حصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية، إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، أو إذا حصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية يمكن للإدارة المتعاقدة استعمال سلطتها في التعديل. لكن إذا انجر عن تعديل تلك الشروط تعديل الشروط المالية تكون الإدارة ملزمة بإعادة التوازن المالي للعقد والتعويض 289 .

ثالثا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

يمكن للإدارة العمومية باعتبارها سلطة عامة تملك كل الصلاحيات التي تمكنها من ضمان حسن سير المرافق

العمومية، يمكنها أن توقع جزاءات على المتعاقد معها متى أخل هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه، سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخير فيه أو بالتنفيذ السيئ له 290 .

وقد استقر غالبية فقهاء القانون الإداري على عدم اقتضاء حصول الإدارة على سند قضائي من أجل ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات. وبذلك يكون للإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه دون أن تحتاج في ذلك إلى استصدار حكم قضائي أو للإجازة الصريحة بموجب النصوص القانونية 291 .

ملاحظة: لا تتصف هذه الجزاءات بطابع العقوبة الجزائية بل يكون هدفها الأساسي كفالة سير المرافق العمومية بانتظام واطراد عن طريق ضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن إبرام العقد الإداري، حيث تجد هذه السلطة المخولة للإدارة تبريرها في أن إخلال المتعاقد في العقود الإدارية لا تقتصر على إخلاله بالتزام تعاقدي فحسب بل يمثل أيضا مساسا بحسن السير المنتظم والمطرود للمرفق العمومي المتصل بالعقد.

تأخذ هذه الجزاءات صور مختلفة، قد تكون مالية أو جزاءات ضاغطة أو جزاءات فاسخة.

أ/ الجزاءات المالية:

هي عبارة عن مبالغ مالية يجوز للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية.

وتأخذ هذه الجزاءات صوراً عديدة، منها:

التعويضات: يمكن للإدارة المطالبة بالتعويضات اللازمة لجبر الأضرار التي ألحقها بها المتعاقد معها. وتقدرها الإدارة وتحصلها دون اللجوء إلى القضاء. في المقابل يكون للمتعاقد معها منازعتها في ذلك أمام القضاء. وقد أدرجها المشرع الجزائي ضمن البيانات الإلزامية لاتفاقية تفويض المرفق العمومي طبقاً لنص المطة 14 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

الغرامات المالية: تأخذ هذه الغرامات المالية عادة صورة غرامة التأخير، وقد نصت عليها المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. حيث أشارت هذه المادة إلى حالتين، إذا ما توافرت إحدهما يحق للمصلحة المتعاقدة فرض عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد معها وهما:

- حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد للالتزامات التعاقدية في الآجال المتفق عليها.

- حالة التنفيذ غير المطابق لموضوع الصفقة العمومية.

وتعد الغرامات المالية مجموع المبالغ المالية المحددة مسبقاً في العقد والتي توقعها الإدارة على المتعاقد معها الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته المالية. وقد أدرج المشرع العقوبات المالية ضمن البيانات الإلزامية التي يجب ذكرها في اتفاقية تفويض المرفق العمومي، طبقاً لنص المادة 48 المطة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199

في حين تعد العقوبات المالية من البيانات التكميلية في عقد الصفقة العمومية، طبقاً لنص المادة 2/ 95 المطة 6 من المرسوم الرئاسي أعلاه. هذا يستدعي منا طرح السؤال التالي: في حالة عدم النص على العقوبات المالية في بنود العقد الإداري هل يحق للإدارة المتعاقدة فرضها؟

290 المرجع نفسه، ص 111.

291 خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 69.

إذا لم تحدد هذه الغرامة مسبقاً في العقد، نرجع إلى الأنظمة التي تحكم العقود الإدارية والتي تضمنت تحديداً لهذه الغرامة 292 .

ج- مصادرة مبالغ الضمان (الكفالة أو التامين) تعتبر مصادرة الكفالة (التأمين) التي يقدمها المتعاقد مع الإدارة مسبقاً شرطاً جزائياً يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد مع الإدارة المقصر في حالة فسخ العقد بسبب تقصيره.

ويعد حق الإدارة في المصادرة حقاً مفترضاً لا يشترط النص عليه في العقد. وتلجأ إليه الإدارة مباشرة دون الحاجة إلى إذن قضائي.

قيام الإدارة بالمصادرة لا يمنعها من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي لحقت بها جراء هذا التأخير 293 .

تتنوع هذه الضمانات بحسب التعداد الذي أورده المرسوم 15-247 في حين خصص لها المشرع المادة 83 من القانون 23-12 وأحال بشأن تفصيلها إلى دفاتر الشروط ، ومنها:

كفالة التعهد: نصت على كفالة التعهد المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث ألزمت المتعاملين الذين يشاركون في الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من المرسوم الرئاسي نفسه، تقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض.

تعد كفالة التعهد قرينة على جدية وحسن نية المتعامل الاقتصادي في المنافسة، ويجب أن يشار إلى هذه الكفالة في دفتر الشروط المتعلقة بالصفقة المعنية.

وقد حدد المشرع الجهة التي تصدر هذه الكفالة، تبعا للمتعامل الاقتصادي:

- إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الوطنيين تصدر الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

- إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب تصدر الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

يتم رد كفالة التعهد الذي لم يقبل عرضه والذي لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء آجال الطعن.

ويتم رد كفالة التعهد للمتعامل الحائز على الصفقة بعد وضع كفالة حسن التنفيذ.

يمكن للمصلحة المتعاقدة مصادرة كفالة التعهد دون اللجوء إلى القضاء في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ويقر بعض الفقهاء في هذا الصدد أن توقيع مثل هذا الجزاء غير مشروط بتحقيق الضرر ولا يقتضي إثباته من طرف المصلحة المتعاقدة. لكن يتعين على هذه الأخيرة عدم التعسف

في استعمال سلطتها، وتحرر كفالة التعهد حسب نموذج يحدد بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية 294 .

كفالة حسن التنفيذ: يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ تبعا لطبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها 295 .

لكن يمكن أن يعفى المتعامل من تقديمها فيما يخص بعض الصفقات العمومية المشار إليها في الفقرات 2-4 من المادة 1300 والفقرة 4 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

مع الإشارة إلى صدور قرار وزاري مشترك (بين وزير السكن والعمران ووزير المالية) مؤرخ في 01 فبراير 2011 يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 26 الصادرة بتاريخ 8 ماي 2011.

قرار وزاري مشترك وزير الثقافة ووزير المالية مؤرخ في 3 يناير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 21 الصادرة بتاريخ 5 ماي 2013.

وتحرر كفالة حسن التنفيذ حسب نموذج يحدد بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية 296 .

- **كفالة الضمان:** تتعلق كفالة الضمان بالصفقات التي تنص على أجل ضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان، طبقا لنص المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

يسترجع المتعامل المتعاقد هذه الكفالة كليا خلال أجل شهر يحتسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، طبقا لنص المادة 134 من المرسوم الرئاسي نفسه 297 .

يتم تحرير الكفالات السابق ذكرها حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، وتتخذ صورة مبالغ مالية يضعها المتعاقد تحت يد المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك مختص.

نظرا لخطورة الجزاءات هذه يشترط لتطبيقها:

- ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم.

- إغدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

- أن تصدر الإدارة قرارا إداريا يتضمن الجزاء الموقع.

ب- الجزاءات الضاغطة (التدابير القسرية):

يحق للإدارة أن تلجأ إلى استعمال وسائل الضغط والإكراه في حالة ما إذا قصر أو أهمل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لحثه على أداء التزاماته كاملة، وبالتالي تكفل ضمان تنفيذ العقد على وجه يؤمن حسن سير المرافق العمومية ويكون ذلك في كل الأحوال على حساب وعلى مسؤولية المتعاقد مع الإدارة، على اعتبار أن الزيادات الحاصلة في النفقات الناجمة عن هذه التدابير يتم اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المتعاقد.

294 خلاف فاتح مرجع سابق، ص71.

295 أنظر المادة 133/2-1 والمادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

296 خلاف فاتح، مرجع سابق، ص72.

297 المرجع نفسه، ص72.

لكن تبقى العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد المقصر قائمة ومنتجة لآثارها.

تأخذ الجزاءات الضاغطة عدة صور منها:

- حلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق عمالها وموظفيها. ويكون ذلك في حالات الاستعجال التي لا تحتل البحث عن متعاقد جديد، ومثال ذلك :
- وضع المرفق تحت الحراسة وتولي الإدارة إدارته في عقود الامتياز.
- تعهد الإدارة بتنفيذ العقد إلى متعامل آخر،
- تكليف جهة أخرى بإدارة المرفق في عقود الامتياز.
- تلجأ الإدارة إلى الشراء على حساب المتعاقد،
- تلجأ الإدارة في عقود التوريد إلى مورد آخر مع تغطية المورد المتعاقد للفارق في السعر 298 .

لم ينص المشرع الجزائي صراحة في تنظيم الصفقات العمومية على حق المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات ضاغطة، ماعدا إشارته في نص المادة 2/142 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ تدابير قسرية ضد المتعامل المتعاقد الذي لا يمثل إلى إعدار المصلحة المتعاقدة بسبب منحه تنفيذ جزء من الصفقة لمناول غير مصرح به 299 .

في حين أقرت بنود دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال صراحة بسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع تدابير قسرية إذا لم يتقيد المتعامل الاقتصادي المتعاقد بعد إعداره بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.

نظرا لخطورة الجزاءات الضاغطة لا تكون سلطة الإدارة المتعاقدة في استعمالها مطلقة بل تكون مقيدة بشروط، أهمها:

- إخلال المتعاقد بالشروط التعاقدية إخلالا جسيما. ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في الحالات التالية:

- * حالة التأخير غير المعقول في تنفيذ موضوع العقد تنفيذا كاملا، بسبب امتناعه عن التنفيذ أو تراخيه في ذلك.
- * حالة التنفيذ غير المطابق لموضوع العقد.

* حالة التنازل عن تنفيذ موضوع العقد لمناول آخر دون التقيد بالشروط المقررة لذلك 300 .

.... أجاز المشرع لجوء المتعامل المتعاقد إلى المناولة من أجل منح تنفيذ جزء من الصفقة إلى مناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

- عدم امتثال المتعاقد مع الإدارة لأوامر وتوجيهات هذه الأخيرة.

298 مجدي فتحي، مرجع سابق، ص405.

299 خلاف فاتح، مرجع سابق، ص73.

300 خلاف فاتح، مرجع سابق، ص73.

- إعدار الإدارة للمتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

- إن تصدر الإدارة قرارا إداريا يتضمن الجزاء المقرر.

ج- حق الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة:

اعترف كل من التشريع والقضاء بسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها أو اللجوء إلى القضاء للحصول على قرار قضائي يتيح لها ذلك.

بعد الفسخ من أشد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، إذ يؤدي إلى وضع نهاية للعلاقة التعاقدية بين الطرفين 301 .

لذا يؤكد الفقهاء على ضرورة تجنب توقيعه ما عدا في بعض الحالات التي تتخذ وصف المخالفات الجسيمة للالتزامات التعاقدية بما يعرقل حسن سير المرفق العمومي.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء فقد نظمته المشرع الجزائري في القسم 10 من الباب الأول من المرسوم التنفيذي رقم 15-247، كما أدرجه المشرع ضمن البيانات الإلزامية في اتفاقية تفويض المرفق العمومي طبقا للمطمة 27 من المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18 199؛ وأشار إلى شروط الفسخ كجزاء ضمن المادة 62 من المرسوم التنفيذي نفسه.

في مقابل السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، فإنها تخضع إلى جملة من الالتزامات، يمكن حصرها فيما يلي:

- الالتزام بتنفيذ العقد تنفيذا سليما.

- الالتزام بعدم القيام بأي عمل يتعارض مع التزاماتها التعاقدية أو تعرقل مهمة المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

الفرع الثاني : حقوق المتعاقد مع الإدارة

خوفا من تعسف الإدارة وما يترتب عن ذلك من افتقارها لأحد أهم وسائل تسيير المرافق العمومية بنفور وعزوف الأفراد عن التعامل معها، فقد أقر القضاء الإداري للمتعاقد مع الإدارة جملة من الحقوق التي لا مثيل لها في العقود الخاصة في مقابل تلك الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة. ويمكن حصر هذه الحقوق فيما يلي:

أولاً : حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

يعتبر المقابل المالي من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة. ويتمثل فيما يتحصل عليه من عائد مالي مقابل تنفيذ العقد. ويتخذ المقابل المالي هذا عدة صور تختلف باختلاف العقود الإدارية، فقد تأخذ شكلين:

في عقود الامتياز.

- مرتب شهري أو مزايا مالية تمنح للموظف كما هو في عقود التوظيف

- رسوم يتقاضاها المتعاقد من المرتفقين ومن المستفيدين من خدمات المرفق محل الامتياز .

- قيم وأسعار يتم تحديدها في متن العقد الإداري، وهو الطبع الغائب على عقود الإدارة خصوصاً فيما يخص الصفقات العمومية 302 .

فمثلاً، تحدد الأسعار في الصفقة العمومية بصفة إجمالية أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو بناء على النفقات المراقبة أو بصفة مختلطة؛ علماً أن ذلك السعر قد يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة.

أما فيما يتعلق بطريقة دفع الأسعار، فيمثل الدفع بعد الإنجاز الفعلي لمضمون الصفقة العمومية الطريقة المستقر عليها في المحاسبة العمومية. لكن نظراً لضخامة تكاليف بعض الصفقات العمومية وتيسيراً منه على المتعاقد مع الإدارة بغية التنفيذ الحسن الموضوع الصفقة ولضمان استمراره في ذلك أقر المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات المقارنة، الخروج عن تلك القاعدة وجوازية العمل بأليات أكثر مرونة من خلال:

- الإقرار بمنح للمتعاقد مع الإدارة أقساط تمنح مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة وفقاً لنظام الدفع على أقساط أو الدفع على الحساب.

- أجاز للمصلحة المتعاقدة، في بعض الأوضاع دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة وفي حدود نسب محدد أو ما يسمى بالتسيقات.

إذن تتمثل طرائق الدفع المتعلقة بالصفقات العمومية في: التسيق الدفع على الحساب، التسوية على رصيد الحساب، طبقاً لنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 . 303

ثانياً: حق المتعاقد في التعويض

يقع على الإدارة مسؤولية تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة استعمالها لسلطانها، سواء ترتبت هذه المسؤولية على أساس الخطأ أو دونه.

أ: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد.....

تترتب هذه المسؤولية عن أي خطأ عقدي، ناتج عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو استعمالها لسلطانها على نحو غير مشروع، يؤدي إلى إحداث أضرار بالمتعاقد معها تتولد معها حقه في التعويض.

يأخذ الخطة العقدي المرتب لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ صورتين:

* إخلال الإدارة بأحد التزاماتها العقدية المقررة

- عدم تسليم الإدارة للمتعاقد معها الموقع خالي من الموانع وفي الوقت المناسب.

- عند تقديم الإدارة للمواد الضرورية للتنفيذ.

- عدول الإدارة عن المشروع دون مبرر.

- حرمان المتعاقد مع الإدارة من التسهيلات المالية المقررة في العقد.

302 مجدي فتحي، المرجع نفسه، ص407، بوعمران عادل، مرجع سابق، ص114.

303 مجدي فتحي، المرجع نفسه ص407-408.

- تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي للعقد.

* مجانية الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها 304 .

- استعمال الإدارة اللامشروع لسلطتها في الرقابة والتوجيه

- تجاوز التعديلات التي قامت بها الإدارة لنطاق المشروعية.

- توقيع الإدارة لجزاءات بالغة الجسامة.

أساس التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها :

يتمثل أساس التزام الإدارة بالتعويض هنا استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب أوفي إطار ضمان التوازن المالي للعقد.

أ- التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب:

تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها في حال قيامه بإنجازات إضافية وثبت أنها ضرورية لإنجاز محل العقد على أحسن وجه أو أنها ذات فائدة تعود على الإدارة، وأن الإدارة كانت راضية عن قيامه بها وهو في إطار التنفيذ لالتزامه التعاقدية.

يكون التعويض في هذه الحالة استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة 305 .

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

إذا قامت الإدارة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنصب على العقد وانجر عنها زيادة في أعباء المتعاقد معها وإخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها وإعادة التوازن المالي للعقد.

لا تنحصر الحماية المقررة للمتعاقد مع الإدارة هنا في الحماية من المخاطر الإدارية أو الاقتصادية فقط بل تمتد إلى الحماية من المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة والتي قد تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ وتؤدي إلى إرهاقه.

تجد فكرة التوازن المالي للعقد أساسها في النظريات التي أرساها القضاء الإداري والمتمثلة في النظريات التالية:

1- نظرية فعل الأمير (نظرية المخاطر الإدارية): يقصد بفعل الأمير تدخل السلطة العامة متمثلة في الإدارة المتعاقدة) عن طريق اتخاذ إجراءات مشروعة، غير أنها تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو تجعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة بالنسبة لهذا الأخير 306 .

وتعد هذه النظرية أحد النظريات المعمول بها في القضاء الفرنسي، وتقوم على فكرة تعويض المتعاقد مع الإدارة.

304 بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 117.

305 بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص 117-118.

306 مجيدي فتحي، مرجع سابق، ص 409.

عن الأضرار التي لحقت به جراء ما تتخذه الإدارة المتعاقدة من إجراءات تنصب على العقد أو على ظروف تنفيذه وتؤدي إلى إرهابه أو الزيادة في أعبائه المالية 307 .

- الزيادة في أجور العمال.

- إغلاق طريق.

- حظر استيراد أحد المواد اللازمة لتنفيذ العقد.

- فرض ضرائب أو رسوم جمركية.

يمكن تقسيم الأعمال التي تصدر عن السلطة العامة والتي تؤدي إلى أعمال نظرية فعل الأمير إلى نوعين:

الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تتناول شروط العقد بالتعديل. الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي لا تنصب مباشرة على العقد، لكنها تؤدي بطريق غير مباشر إلى الاختلال بتوازنه المالي، كحالة رفع الرسم على بعض المواد الضرورية لتنفيذ العقد 308 .

*** شروط نظرية فعل الأمير:**

- أن يكون عمل الأمير (الإدارة المتعاقدة) مشروعاً.

- أن يصدر الإجراء عن السلطة الإدارية المتعاقدة.

ملاحظة: كانت الإجراءات الصادرة عن السلطات الأخرى تشتملها نظرية فعل الأمير في بدايات ظهورها، لكن عدل القضاء عن ذلك وقام بإدراجها ضمن نظرية الظروف الطارئة.

- أن لا يكون الإجراء الصادر عن الإدارة متوقعاً عند إبرام العقد.

- أن يلحق بالمتعاقدين مع الإدارة جراء الإجراءات المتخذة أضرار حقيقية وفعالية لا مجرد أضرار احتمالية. ويتمثل هذا الضرر في زيادة الأعباء المالية مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد 309 .

*** آثار نظرية فعل الأمير: تترتب متى تحققت الشروط وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:**

- يحق للمتعاقدين مع الإدارة المطالبة من خلال القضاء بالتعويض الكامل عما فاتته من كسب ولحقه من ضرر لإعادة التوازن المالي للعقد.

- يجوز للمتعاقدين مع الإدارة المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عليه في حالة التأخير متى أثبت أن التأخير كان سببه فعل الأمير.

- يمكن للمتعاقدين مع الإدارة التحرر من التزامات التنفيذ والتمسك بفسخ العقد متى أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً 310

307 بوعمران عادل، مرجع سابق، ص119.

308 المرجع نفسه، ص409.

309 المرجع نفسه، ص410.

310 بوعمران عادل، مرجع سابق، ص120.

2- نظرية الظروف الطارئة (نظرية المخاطر الاقتصادية):

تعتبر هذه النظرية نظرية قضائية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، وتستند إلى فكرة العدالة وحسن سير المرفق العمومي بانتظام واطراد فقد برزت هذه النظرية بوضوح من خلال الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية غاز بوردو، وقائعها: تتلخص في حصول الشركة العامة لإدارة مدينة بوردو سنة 1904 على امتياز توريد الغاز والكهرباء لمدينة بوردو لمدة 30 سنة، وقد حدد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ 0.18 سنتيما للمتر المكعب على أن سعر طن الفحم 23 فرنكا، وكان هذا متوسط سعر الفحم وقت العقد.

وقد توقع الطرفان المتعاقدان تغير سعر الغاز والكهرباء تبعا لتغير أسعار الفحم. وكان أقصى تقدير توقعه الطرفان هو ارتفاع ثمن طن الفحم من 23 فرنكا إلى 28 فرنكا. حيث كان أقصى سعر وصل إليه الفحم قبل ذلك هو 28.4 فرنكا، وكان ذلك أثناء الحرب بين فرنسا وبروسيا.

لما نشبت الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا. حيث وصل سعر الطن إلى 117 فرنكا مع ارتفاع تكلفة الأيدي العاملة الأمر الذي وجدت معه الشركة الملتزمة أن الأسعار التي تتقاضاها من المنقعين أبعد من أن تغطي النفقات الإدارية وحدها وأنها مهددة بخسارة جسيمة إذا ما تقيدت بتلك الأسعار.

تقدمت الشركة إلى بلدية بوردو بطلب إعادة النظر في وثيقة الالتزام والسماح برفع الأسعار بما يتماشى مع السعر الجديد للفحم. إلا أن البلدية رفضت، على أساس أن تنفيذ الالتزام ما يزال ممكنا وليس مستحيلا، وأن العقد شريعة المتعاقدين.

رفعت الشركة الأمر إلى مجلس المحافظة والذي رفض بدوره طلبها. انتهى المطاف بالشركة الملتزمة والسلطات الإدارية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر بضرورة تحمل الإدارة المتعاقدة جزءا من الخسارة التي تلحق بالمتعاقدين جراء الظروف الطارئة 311 .

تقوم هذه النظرية على فكرة حدوث اختلال جسيم في التوازن المالي للعقد نتيجة ظروف استثنائية طارئة عامة لم يكتمل في الإمكان توقعها أثناء إبرام العقد ولم يكن لأحد المتعاقدين يد فيها وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد مع الإدارة وتلحق به خسائر تتجاوز الحدود المألوفة في هذا المجال هنا يجوز للمتعاقد هذا أن يطلب من الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته بمنح تعويضا جزئيا كمساعدة منها للتغلب على هذه الظروف 312 .

شروط نظرية الظروف الطارئة

- أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد.
- أن يكون من غير الممكن توقع الظرف الطارئ وقت التعاقد.
- أن يكون الظرف الطارئ أجنبي عن إرادة المتعاقد مع الإدارة.
- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى اختلال التوازن المالي اختلالا جسيما وإرهاق شديد للمتعاقد يصعب معه استمرار هذا الأخير في تنفيذ التزاماته على أتم وجه.

311 بو عمران عادل، المرجع نفسه، ص 121-122.

312 المرجع نفسه، ص 122.

* آثار نظرية الظروف الطارئة:

- حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من الإدارة، تحت رقابة القضاء، وتكون الجزئية هذه تجسيدا لتضامن الإدارة مع المتعاقد في خسارته.
- لا تملك الإدارة أن تضع بندا أو نصا عاما يعفيها من هذا الالتزام 313 .

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

- تقوم هذه النظرية في حال اعتراض المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ، وجعلت من تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا.
- يكون للمتعاقد في هذه الحالة الحق في المطالبة بالتعويض الكامل عما لحقه من أضرار جراء تلك الصعوبات.

شروط نظرية الصعوبات المادية:

- أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية، ومثال ذلك : اعتراض المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة أرضا صخرية.
- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته دون توقف، ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ.

* آثار نظرية الصعوبات المادية

- استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عما تحمله من أعباء مادية جراء تلك الصعوبات 314 .

313 المرجع نفسه، ص 123.

314 المرجع نفسه، ص 124.

المطلب الثاني: نهاية العقد الإداري

تتجلى نهاية العقود الإدارية في صورتين رئيسيتين، سيتم توضيحهما من خلال مطلبين تتناول في المطلب الأول النهاية العادية للعقد الإداري أما تعرف بالنهاية الطبيعية في حين يكون موضوع المطلب الثاني النهاية غير العادية للعقد الإداري. وتختلف حالات كل صورة من الصورتين تبعاً لنوع العقد الإداري.

الفرع الأول: النهاية العادية (الطبيعية) للعقد الإداري

ينتهي العقد الإداري نهاية عادية في إحدى الحالتين إما بعد تمام تنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة لتنفيذه باتفاق الطرفين.

أولاً - انقضاء العقد الإداري بعد تمام تنفيذ موضوعه

الأصل العام أن ينتهي العقد الإداري بتمام تنفيذه، بمعنى ترتيب جميع آثاره، من حيث وفاء كلا طرفي العقد بالالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقه تخص هذه الحالة خصوصاً العقود الإدارية فورية التنفيذ، مثل عقد البيع. تتحقق النهاية الطبيعية لعقد التوريد بتسليم البضائع المتفق عليها من طرف المورد ودفع الإدارة للثمن إلى المورد.

- ينقضي عقد الأشغال العمومية بانحلال الرابطة التعاقدية عن طريق إنجاز المقاول لجميع الأشغال وفقاً للمواصفات الواردة في العقد والمراقبة من طرف المصالح التقنية للإدارة من جهة، والتسوية المالية النهائية من طرف الإدارة المتعاقدة من جهة أخرى.

لكن يجب أن نشير هنا إلى أن التنفيذ قد يكون على مرحلتين هما التسليم المؤقت والتسليم النهائي.

إذ يبقى المتعامل المتعاقد في مرحلة التسليم المؤقت، ملتزماً ببعض الواجبات لفترة محددة وذلك للتأكد من حسن تنفيذ العقد طبقاً للمواصفات المتعاقد عليها.

في حين يتحرر المتعاقد من جميع الالتزامات مبدئياً، في مرحلة التسليم النهائي، ويسترجع الضمانات والكفالات المتعلقة بحسن التنفيذ 315 .

ثانياً - انقضاء العقد الإداري بانتهاء مدته:

يتعلق الأمر بالعقود مستمرة التنفيذ كما هو الحال بالنسبة لعقود تفويض المرفق العمومي. فباعتبار عقود تفويض المرفق العمومي تنتمي إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل فيها الزمن عنصراً جوهرياً، فإن النهاية الطبيعية لهذه العقود محل بانقضاء الزمن المحدد لانقضائه بقوة القانون. ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد.

سؤال: هل يحق للمتعاقد الحصول على تعويض مقابل استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة المحددة في العقد؟

يحق للمتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض عن استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد انقضاء المدة المحددة في

العقد في حالتين:

الحالة الأولى: يكون في حالة الموافقة الصريحة أو الضمنية من الإدارة. وفيما يتعلق بالموافقة الضمنية كان مجلس الدولة الفرنسي قد سلم بأنه إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضا الإدارة الضمني في استمرار التعاقد بالتنفيذ رغم انقضاء المدة لا يسقط حق التعاقد في الحصول على المقابل المالي لذلك.

الحالة الثانية: يبقى تنفيذ العقد مستمرا إذا ما استمر ملتزم المرفق العمومي بأداء الخدمة المنوطة بذلك المرفق، بشرط حسن النية من جانبه، وثبوت فائدة ذلك الاستمرار، ويكون تعويض التعاقد على أساس العقد 316 .

لكن قد يتبادر إلى الأذهان السؤال التالي: ما هو الحل المعتمد في حالة إغفال ذكر المدة في العقد؟

نستعين في هذه الحالة بالمدة القصوى المحددة قانونا لتمثيل تاريخ نهايته.

الفرع الثاني: النهاية غير العادية للعقد الإداري

تتحقق النهاية غير العادية للعقد الإداري بوضع نهاية له قبل إتمام تنفيذه وقبل انتهاء مدته، بحيث لا يرتب العقد آثاره تجاه الطرفين. وتتقضي العقود الإدارية بموجب هذه الطريقة بأحد الأساليب الآتية تبعا لنوع العقد الإداري:

أولا - استرداد المرفق العمومي

يخص أسلوب الانتهاء هذا عقود تفويض المرفق العمومي، ويكون ذلك في حال ما اتضح للإدارة صاحبة التفويض أن طريقة التفويض لم تعد تتفق مع المصلحة العامة، رغم أن مدة العقد لم تنته بعد أو اتضح لها أن المرفق العمومي محل العقد فقد صلاحيته أي لم تعد هناك حاجة لوجوده.

يتم الاسترداد بقرار إداري ويمكن أن يتحقق استرداد المرفق العمومي من خلال الصور الآتية:

أ- الاسترداد التشريعي:

يتحقق من خلال صدور نص قانوني خاص يتضمن استرداد الدولة لمرفق معين.

ب- الاسترداد التعاقدي:

يتحقق عندما يتم النص عليه مسبقا في العقد، حتى ولو لم يتم تنظيم كيفية ممارسته بموجب نص قانوني. ج- الاسترداد غير التعاقدي (الإداري الانفرادي):

هو إجراء منفرد صادر عن السلطة المفوضة أثناء تنفيذ عقد تفويض المرفق العمومي لغرض إنجائه من دون وجود بند في العقد يقرره، ويترتب على ممارسة الإدارة لحقها هذا أن تدفع مقابل كتعويض عما خسره وعما فاتته من كسب.

ثانيا- الفسخ:

يشكل الفسخ الطرق الأساسي لإنهاء العقد الإداري وتتقضي العقود الإدارية بموجب هذه الطريقة بأحد الأشكال التالية:

أ- الفسخ الاتفاقي:

ينتهي العقد الإداري في هذه الحالة باتفاق طرفي العقد قبل أن تتحقق نتيجته أو قبل انتهاء مدته.

لكن يجب أن تكون الإرادة في إنهاء العقد الإداري بهذه الطريقة واضحة. ويكون للأطراف في هذه الحالة الحرية في الاتفاق على فسخ العقد سواء كان الاتفاق على الفسخ مقابل تعويض أو دونه، 317 ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

مثال: نصر المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199

؛يمكن أن يتم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب اتفاق ودي بين السلطة المفوضة والمفوض له. حسب الكيفيات المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام. تحدد كيفيات حساب التعويض لصالح المفوض له في اتفاقية تفويض المرفق العام

ب- الفسخ بقوة القانون:

ينفسخ العقد الإداري بقوة القانون عند تحقق وقائع معينة وينتج هذا الانفساخ آثاره من – تاريخ تحقق الواقعة التي أدت إلى الفسخ فعلا. ويكون ذلك في الأحوال التالية:

1- حالة القوة القاهرة:

القوة القاهرة هي ذلك الحدث الخارجي غير المتوقع ولا يمكن رده ويحول دون تنفيذ العقد. مثل الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا التغلب عليها وتجعل تنفيذ العقد مستحيلا.

فباستحالة تنفيذ العقد ينتهي العقد ويحرر الأطراف من التزاماتهم التعاقدية. بشرط أن تكون الظروف التي تشكل القوة القاهرة نهائية ولا يمكن زوالها وأدت إلى استحالة التنفيذ بصورة نهائية.

2- هلاك محل العقد: وإذا كان هلاك محل العقد بفعل أحد المتعاقدين يوجب عليه التعويض.

3- حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة إفلاسه أو وضع أمواله تحت الحراسة القضائية 318

لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام ومنهم الورثة في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة في حالة العقود الإدارية القائمة في إبرامها على الاعتبار الشخصي، إلا إذا ورد نص بخلاف ذلك.

مثال: نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417

؛يكون الامتياز شخصيا وغير قابل للتنازل ... غير أنه في حالة وفاة صاحب الامتياز، يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال الامتياز حتى انقضاء أنه الأجل شريطة ...»

4- صدور قانون أو تعليمات تقضي بإنهاء بعض العقود والامتيازات.

ج- الفسخ القضائي:

يمكن لأي طرف في العقد الإداري رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة لاستصدار حكم يقضي بفسخ العقد الإداري، وذلك في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية الموجبة للفسخ 319 210 بناء على استحالة تحقق غرضه أو على الاضطراب الشديد والدائم الحاصل في التوازن المالي للعقد ويتم تأسيس طلب الفسخ في هذه الحالة على نظرية الظروف الطارئة أو على نظرية فعل الأمير.

ترتد آثار الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى ويترتب على ذلك عدم وجود حاجة إلى إنذار الطرف غير المنفذ لالتزاماته، وذلك للأسباب التالية:

- مجرد رفع الدعوى يعتبر إنذار لمن رفعت الدعوى ضده.

- قد لا تكون هناك فائدة من الإنذار وذلك إذا كان تنفيذ الالتزام لا يفيد إلا في ميعاد معين وقد فات ذلك الميعاد، أو كان الالتزام عبارة عن امتناع عن القيام بعمل معين وقد قام به المدعى عليه.

د- الفسخ الإداري:

نظرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، يمكن للإدارة المتعاقدة أن تقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالتين:

الحالة الأولى: الفسخ التقديرى مراعاة لمبدأ الملاءمة والتكيف الذي يحكم المرافق العمومية، يمكن للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون وجود تقصير من المتعاقد معها، إذا ما قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العمومية 320 .

مثال: ما نص عليه المرسوم 18-199 «يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء، من جانب واحد، قصد ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له طبقا لبنود اتفاقية التفويض».

الحالة الثانية: تكون في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية. مثال ذلك ما ورد النص عليه في الفقرة الثالثة من نص المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199. 321

مثال: ما نص عليه المرسوم 18-199 ؛... وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته يمكن السلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد، إلى قبيح اتفاقية تفويض المرفق العام دون تعويض المفوض له».

319 بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 120.

320 محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 103.

321 المرجع نفسه، ص 103.

توصلنا في ختام تدريسينا لهذا المقياس إلى مجموعة من النتائج بخصوص كلا محوري المحاضرات و هما القرارات و العقود الإدارية .

فبخصوص المحور المتعلق بالقرارات الإدارية تطرقنا إلى القرار الإداري كأهم وسيلة إجرائية قانونية لتعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة لأجل القيام بأنشطتها و تحقيق أهدافها و خلصنا إلى تحديد الإطار المفاهيمي للقرار الإداري و تمييزه عن غيره من الأعمال لا سيما التشريعية و القضائية و إلى أنه توجد عدة أنواع من القرارات الإدارية بحسب المعيار الذي ينطلق منه الباحث في التقسيم و إلى أن القرارات الإدارية باعتبارها تصرف قانوني يجب أن تكون مشروعة و حتى تكون كذلك يجب أن تستوفي شروطها الشكلية لا سيما ما تعلق منها بالاختصاص و الشكل و الإجراءات فضلا عن سلامة أركانه الموضوعية .

كما أن القرار الإداري بعد صدوره يتمتع بقرينة الصحة و خاصية النفاذ التي تستوجب نفاذه في مواجهة الإدارة و الأفراد على السواء وفقا لقواعد سريان القرار الإداري من حيث الزمان و أنه في حالة تعذر التنفيذ الاختياري للقرار الإداري يمكن اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري بالوسائل المختلفة المتاحة للإدارة ، ثم أن القرارات الإدارية كغيرها من التصرفات القانونية مثلما له وجود له نهاية سواء بالطرق العادية أو بالطرق الغير عادية التي تم تفصيلها في المحاضرات

بالنسبة للمحور الثاني المتمثل في العقود الإدارية تطرقنا إلى مفهوم العقود الإدارية من الجانب المفاهيمي لتكوين صورة عن هذا الشكل من أشكال التصرفات الإدارية الذي يقوم على تطابق الإرادتين خلافا للقرارات الإدارية التي تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة و حاولنا إبراز مدى توفيق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني خاص بهذا الشكل من أشكال التعبير عن إرادة الإدارة في سبيل تحقيق أهدافها وأداء المهام المنوطة بها .

تم من خلال هذا المقياس تحديد الإطار المفاهيمي لموضوع الدراسة لدى الطالب حتى تكون له مكتسبات معرفية في هذا المقياس في إطار التراكم المعرفي الذي يسهم في تكوين الطالب المتخصص في القانون ، و خلصنا إلى أن العقود الإدارية ليست صفقات عمومية فقط، بل تشكل الصفقات العمومية نوعا من أنواع العقود الإدارية، رغم الاختلاف الفقهي حول ذلك، لكن ما هو مؤكد أن الصفقات العمومية هي أسلوب لإبرام أنواع معينة من العقود الإدارية تحظى بأهمية كبيرة ولها ارتباط كبير بالمال العمومي و ان أي إخلال بتطبيق قواعد إبرامها يؤدي إلى ارتكاب جرائم فساد بدليل أن أغلب جرائم المنصوص عنها في قانون الفساد مرتبطة بسوء فهم و تطبيق قانون الصفقات العمومية ، مما جعل المشرع يحيطها بمعية تفويضات المرفق العام بتنظيم خاص بخلاف عقود إدارية أخرى، قد اصطلح القضاء الإداري الفرنسي على تسميتها بالعقود غير المسماة تمييزا لها عن العقود التي خصها المشرع بالتنظيم والتي تسمى العقود المسماة، وهنا يجب التمييز بين النوعين؛ حيث لا تطرح العقود المسماة إشكالا فيما يتعلق بتحديد طبيعتها أو فيما يخص تنظيمها من حيث طرق و إجراءات الإبرام وكذا النهاية.

في حين كانت العقود غير المسماة أكبر ما أرق القضاء الإداري الفرنسي، الذي اضطر إلى خلق معايير اعتمد عليها في تمييز هذا النوع من العقود الإدارية، لم تكن هذه المعايير محل اهتمام القاضي الجزائري، الذي اعتمد كقاعدة عامة على المعيار العضوي في تحديد طبيعة العقد الإداري كأصل مع الاستثناءات .

في المقابل تمنح العقود غير المسماة مجالا واسعا للإدارة المتعاقدة في أعمال سلطتها التقديرية من حيث اختيار طريقة التعاقد و نوع العقد و بنوده بما يخدم الصالح العام كما تطرقنا في هذه المحاضرات إلى أساليب إبرام الصفقات العمومية باعتبارها أهم العقود الإدارية معرجين على طلب العروض كإجراء أساسي و التفاوض كطريقة استثنائية لتتطرق بعدها إلى كيفية تنفيذ العقود الإدارية و طرق نهايتها لنخلص من المحاضرات بمحورها إلى تكوين التصور لدى الطالب حول نظريتي القرارات و العقود الإدارية .