

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

الميدان: الحقوق

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون عام

محاضرات في القرارات والعقود الإدارية

الطور: الليسانس

السنة: الثالثة

السداسي: الخامس

من إعداد الأستاذة: رحمانى راضية

الرتبة: أستاذة محاضرة أ

السنة الجامعية: 2022/2021

الفهرس

الفهرس.....	ص1.
مقدمة.....	ص3.
الفصل الأول: القرار الإداري.....	ص5.
المبحث الأول: مفهوم القرار الإداري.....	ص5.
المطلب الأول: تعريف القرار الإداري.....	ص5.
المطلب الثاني: أنواع القرار الإداري.....	ص10.
المطلب الثالث: تمييز القرار الإداري عن غيره من الأعمال.....	ص17.
المبحث الثاني: شروط صحة القرار الإداري.....	ص21.
المطلب الأول: العناصر المتعلقة بالصحة الخارجية للقرار الإداري.....	ص21.
المطلب الثاني: العناصر المتعلقة بالصحة الداخلية للقرار الإداري.....	ص29.
المبحث الثالث: سريان القرار الإداري.....	ص32.
المطلب الأول: نفاذ القرار الإداري.....	ص32.
المطلب الثاني: تنفيذ القرار الإداري.....	ص38.
المطلب الثالث: نهاية القرار الإداري.....	ص40.
الفصل الثاني: العقود الإدارية.....	ص48.
المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري.....	ص48.
المطلب الأول: تعريف العقد الإداري.....	ص49.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية.....	ص55.
المبحث الثاني: إبرام العقود الإدارية.....	ص62.
المطلب الأول: المبادئ التي تقوم عليها عقود الصفقات العمومية.....	ص62.
المطلب الثاني: طرق إبرام العقود الإدارية.....	ص70.
المبحث الثالث: تنفيذ العقد الإداري.....	ص77.
المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها.....	ص77.
المطلب الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد.....	ص83.
المبحث الرابع: نهاية العقد الإداري.....	ص88.
المطلب الأول: النهاية العادية للعقد الإداري.....	ص88.
المطلب الثاني: النهاية الغير عادية للعقد الإداري.....	ص89.
الخاتمة.....	ص91.
قائمة المصادر.....	ص93.
قائمة المراجع.....	ص94.

مقدمة:

تقوم الدولة ممثلة في جهازها الإداري وتحديد السلطة التنفيذية بممارسة مهام المرفق العام عن طريق تلبية حاجيات المواطنين في إطار تحقيق المصلحة العامة، ولهذا الغرض فهي تقوم بعدة تصرفات منها ما يحدث أثرا قانونيا ومنها ما يبقى مجرد عمل مادي لا أكثر. تتصرف التصرفات القانونية التي تعتمد الإدارة إلى تحقيق آثار قانونية من خلالها إلى كل من القرارات الإدارية والعقود الإدارية، فبالنسبة للقرارات الإدارية تمثل تلك التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد يكون مصدره إدارة في حين أن العقود الإدارية هي تصرفات قانونية تقوم على علاقة تعاقدية بين طرفين يكون أحدهما إدارة.

تجد القرارات الإدارية أساسها القانوني في نص المادة 168 من الدستور الجزائري لسنة 2020 ، وباعتبارها تصرفات قانونية فقد أوجب المؤسس الدستوري ضرورة نظر القضاء في الطعون الصادرة ضد قرارات السلطات الإدارية حيث جاءت هته المادة على النحو التالي:

"ينظر القضاء في الطعون في قرارات السلطات الإدارية"

أما بالنسبة للعقود الإدارية فتجد أساسها القانوني من نص المادة 179 من الدستور حينما جعلت مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال المحاكم الإدارية للإستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية، وباعتبار العقود الإدارية تنتمي لدائرة المواد الإدارية على أساس أن أحد أطرافها جهة إدارية فإن القضاء الإداري يختص بالنظر في هذا النوع من التصرفات القانونية.

تحاول هذه الدراسة التركيز على مختلف الجوانب التي تقوم عليها التصرفات القانونية ولهذا السبب فإن محاور هذه المطبوعة تقوم على دراسة دعامتين، حيث أنه سيتم تناول القرار الإداري في فصل أول، وكذا العقد الإداري في فصل ثاني.

يندرج مقياس القرارات والعقود الإدارية في إطار الوحدات الأساسية التي يتعين التركيز عليها في السنة الثالثة ليسانس، حيث تكمن أهميته في توسيع المعارف القانونية المتعلقة بالقانون الإداري ودراستها بشكل متخصص وكذا التركيز على دراسة التصرفات التي تقوم بها الدولة بمختلف مؤسساتها على الصعيد الوطني دون الدولي والتي يتم تناولها في مختلف المقاييس الأخرى.

أما بالنسبة للأهداف والكفاءات المرجوة من هذا المقياس فيمكن إجمالها في ضرورة الوصول إلى إلمام الطالب بمفهوم القرار الإداري والعقود الإدارية وكذا الإحاطة بمختلف الإشكالات التي تطرح في مجال القرارات والعقود الإدارية تمهيدا للسداسي السادس أين سيدرس المنازعات الإدارية.

بالنسبة لمحتوى المادة التعليمية فهي مقسمة على أربعة عشر محاضرة موزعة على ستة محاور وفقا للمقرر الوزاري والذي يحددها كما يلي:

- مفهوم القرار الإداري: (التعريف - الأنواع - تمييزه عن غيره)
 - إعداد القرار الإداري: (العناصر الموضوعية)
 - النظام القانوني للقرار الإداري: (نفاذ القرار - تنفيذ القرار - نهاية القرار الإداري)
 - مفهوم العقد الإداري: (التعريف - الأنواع - معيار تحديد العقد الإداري)
 - النظام القانوني للعقد الإداري: (كيفية إبرام العقد - تنفيذ العقد - نهاية العقد الإداري)
- الكلمات المفتاحية: العقد الإداري ، القرار الإداري، الدولة، الصفقة العمومية، عقد التفويض.

المحاضرة الأولى

الفصل الأول: القرار الإداري

يعد القرار الإداري الوسيلة الأنجع التي تستعملها السلطة الإدارية من أجل تحقيق المصلحة العامة ولهذا فإن دراسة القرار الإداري تحتل أهمية كبيرة نتيجة الأثر الذي يترتب عنها في مواجهة الأفراد من حيث التغيير في مراكزهم القانونية والمساس بحقوقهم وحياتهم الأساسية ولهذا فهي تخضع للرقابة القضائية من أجل التأكد من سلامتها من عيوب عدم المشروعية.

إن دراسة القرار الإداري تستدعي في بادئ الأمر تحديد مفهومه من أجل رفع اللبس عن ما يشابهه عن باقي التصرفات القانونية (مبحث أول) ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يمتد إلى معرفة النظام القانوني الذي يحكمه عن طريق تبيان شروط صحة القرار الإداري (مبحث ثاني) و حتى يحدث القرار الإداري أثره القانوني فلا بد من معالجة مسألة سريان القرار الإداري (مبحث ثالث).

المبحث الأول : مفهوم القرار الإداري .

تقتضي دراسة مفهوم القرار الإداري ضرورة التطرق إلى تعريف القرار الإداري في مطلب أول، و تبيان أنواعه في مطلب ثاني و كذا تمييز القرار الإداري عن غيره من الأعمال في مطلب ثالث .

المطلب الأول: تعريف القرار الإداري

إن تحديد تعريف دقيق للقرار الإداري يستدعي الوقوف على ما جاء به الفقه الإداري و الاجتهاد القضائي في فرع أول وصولاً إلى محاولة معرفة موقف القانون من ذلك في فرع ثالث .

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري في الفقه و الاجتهاد القضائي

" قامت عدة محاولات من بعض الفقهاء في القانون الإداري من أجل تعريف القرار الإداري، بحيث عرفه الفقيه ليون دوجي على أنه عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو ما ستكون في لحظة مستقبلية معينة"(1).

لكن هذا التعريف وجهت له عدة انتقادات نتيجة إغفاله للعديد من عناصر القرار الإداري و اهتمامه فقط بالآثار التي سوف ينتجها هذا القرار فلم يذكر هذا التعريف الجهة المصدرة للقرار الإداري مثلاً، كما لم يذكر أن القرار الإداري هو عمل إنفرادي تمييزاً له عن العقد الإداري .

" لقد اعترف الفقه الغربي بصعوبة إعطاء تعريف للقرار الإداري، إلا أن ذلك لم يمنع الفقه من تقديم مجموعة من التعريفات، يشار فيها إلى تعريف العميد هوريو للقرار الإداري على أنه : إعلان الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"(2).

"ويعرفه الدكتور فؤاد مهنا القرار الإداري بأنه: عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة و يحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قام"(3).

¹عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 21.

² عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 13 و ص14.

³ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 70.

أما الدكتور محمد الصغير بعلي فيعرفه على أنه " العمل القانوني الانفرادي الصادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقا للمصلحة العامة"(4).

تبعاً لهذا يستخلص من التعاريف السابقة بأن القرار الإداري يتشكل من العناصر الرئيسية التالية :

1/ القرار الإداري عمل قانوني :

" يعني أن القرار الإداري يقوم على تعبير الإدارة عن إرادتها بقصد ترتيب أثر قانوني وهذا الأثر قد يكون حالة قانونية جديدة أو تعديل مركز قانوني قديم أو إلغائه، وبهذا يختلف العمل القانوني الصادر من جانب الإدارة عن العمل المادي في أن محل العمل المادي يكون دائماً واقعة مادية أو إجراء مثبت لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة "(5).

2/ القرار الإداري صادر عن سلطة إدارية مختصة:

"إن مصدر القرارات الإدارية هو بصورة عامة مرافق عامة ، سواء كانت أجهزة وهياكل السلطة الإدارية أو المؤسسات العامة أي الأجهزة و التنظيمات القائمة في إطار السلطة التنفيذية ، وعليه فإن الأمر يقتضي أن تستبعد مبدئياً من دائرة القرارات الإدارية تصرفات كل من السلطات الأخرى غير السلطة التنفيذية، أي تصرفات السلطة التشريعية والسلطة القضائية، وكذا أعمال وتصرفات الهيئات و التنظيمات الخاصة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"(6).

⁴ عبد اللطيف رزايقية، القرار الإداري محل الخصومة الإدارية كشرط لقبول دعوى الإلغاء، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، العدد 2، المجلد 6، ديسمبر 2019، ص 185.

⁵ نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2007، ص 238 .

⁶ محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 12.

3/ القرار الإداري عمل انفرادي:

" ليست كل التصرفات القانونية الصادرة عن الإدارة قرارات إدارية، حيث يشترط لإسباغ هذا الوصف على التصرف أن يكون صادرا من جانب واحد هو جهة الإدارة الصادر عنها التصرف، وهذا ما يميز القرارات الإدارية عن العقود الإدارية و التي و إن كانت تتفق معها في كونها تصرف قانوني إلا أنها لا تعبر عن إرادة الإدارة وحدها و لكنها تتعقد بتلاقي تلك الإرادة مع إرادة المتعاقد مع الإدارة" (7).

بالنسبة لتعريف القضائي للقرار الإداري " فإن للقضاء الإداري المصري العديد من الأحكام التي تعرف القرار الإداري نذكر منها حكم محكمة القضاء الإداري في 06 جانفي 1954 الذي تعرف فيه القرار بأنه :

إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين، متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة " (8).

غير أن هذا التعريف لم يسلم من النقد بدليل أن ما ورد بعبارة إفصاح الإدارة سوف يقتصر على القرارات الصريحة دون القرارات الضمنية التي لها نفس القيمة، كما أن هذا التعريف قد استثنى من الآثار القانونية التي يحددها القرار الإداري صفة التعديل والإلغاء وقصرها في إحداث الآثار القانونية(9).

⁷ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 36 وص 37.

⁸ قرينعي جميلة، دعوى الإلغاء والقرارات الإدارية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد العاشر، جوان 2018، ص 707.

⁹ عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 16.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

بالنسبة للنصوص القانونية فإن الدارس لها لا يمكنه إيجاد تعريف صريح ومباشر للقرار الإداري، لكن يظهر بأن المشرع الجزائري قد اكتفى بالنص على اختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بالنظر في القرارات الإدارية.

إن معيار التمييز بين القرارات التي يختص بها مجلس الدولة و المحاكم الإدارية هي الجهة مصدرة القرار، بمعنى أن كل من المواد 9 من القانون العضوي 01-98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة (10)، وكذا المواد 801 و 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية(11)، قد أشارت إلى أحد أهم العناصر التي يعرف بها القرار الإداري و المتمثل في صدور القرار الإداري من طرف سلطة إدارية .

بالنسبة للسلطات الإدارية صدره القرار الإداري الذي يختص به مجلس الدولة، فقد حددتها المادة 09 من القانون العضوي 01-98 على النحو التالي:

" يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

أما المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد ركزت على اعتماد اختصاص مجلس الدولة بالنظر في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية وأوكلت للقانون تحديد باقي السلطات التي يندرج ضمنها اختصاص مجلس الدولة، بحيث جاءت هذه المادة على النحو التالي:

¹⁰ القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله، ج ر 37، الصادرة في 01 جوان 1998.

عدل هذا القانون وتم بموجب القانون رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر 43، الصادرة في 03 غشت 2011.

¹¹ قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21.

" يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة. "

خلافا للمواد السالفة الذكر فإن إختصاص المحاكم الإدارية يتحدد بالنظر إلى السلطات الإدارية الإقليمية المصدرة للقرار الإداري، بحسب ما جاءت به المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي نصت على ما يلي:

" تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1-دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص

المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية .
- البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية .
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية"

المحاضرة الثانية

المطلب الثاني : أنواع القرارات الإدارية.

تنقسم القرارات الإدارية لعدة أنواع، ويمكن حصر أهم التقسيمات في تقسيمات من حيث التكوين والتأثير على المراكز القانونية (فرع أول) وتقسيمات من حيث المصدر والمدى (فرع ثاني) وتقسيمات من حيث الخضوع لرقابة القضاء (فرع ثالث).

الفرع الأول: تقسيمات القرار الإداري من حيث التكوين والتأثير على المركز القانونية .

سوف يتم التعرض في هذا الفرع إلى تقسيم القرار الإداري من حيث التكوين - أولاً - وكذا تقسيم القرار الإداري من حيث التأثير على المراكز القانونية - ثانياً - .

أولاً / تقسيمات القرار الإداري من حيث التكوين:

يقصد بتقسيمات القرار الإداري من حيث التكوين مدى ارتكاز القرار الإداري حين قيامه على عمل قانوني آخر أو قيامه بحد ذاته، وفي هذا الغرض نميز بين نوعين من القرارات، قرارات بسيطة وقرارات مركبة .

بالنسبة للقرارات البسيطة هي تلك القرارات التي تقوم بحد ذاتها مستقلة عن أي تصرف أو عمل قانوني آخر، مثال ذلك القرار المتضمن تعيين شخص في منصب إداري .

أما القرارات المركبة فالمقصود بها تلك القرارات التي تستند في وجودها على عمل قانوني آخر مثال ذلك القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية وفي هذا المجال يمكن ذكر القرارات السابقة على إبرام العقود الإدارية مثال ذلك عقد الصفقة العمومية الذي يسبق إبرامه صدور العديد من القرارات كالقرار المتضمن المنح المؤقت للصفقة و القرار المتضمن المنح النهائي للصفقة طبقاً لما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام (12).

¹² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج ر 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

ثانيا / تقسيمات القرار الإداري من حيث التأثير على المراكز القانونية.

يمكن تقسيم القرارات الإدارية من حيث التأثير على المراكز القانونية إلى نوعين، قرارات منشئة وقرارات كاشفة .

يعرف الدكتور عمار عوايدي القرارات المنشئة على أنها " تلك القرارات الإدارية التي يترتب عليها تغيير في الهيكل والبناء القانوني النافذ في الدولة وذلك عن طريق خلق مركز قانوني جديد لم يكن موجود أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني موجود وقائم مثل قرار التعيين في الوظيفة العامة وقرار منح رخصة أو قرار غلق محل تجاري لمخالفته لقواعد النظام العام"(13).

أما بالنسبة للقرارات الإدارية الكاشفة ، فيعرفها الدكتور عمار بوضياف على أنها تلك " القرارات الإدارية التي لا تحدث تغييرا في المراكز القانونية العامة أو الخاصة، بل ينحصر دورها في تقرير أو تأكيد مركز قانوني قائم من قبل وأبرز مثال على ذلك القرارات المفسرة لقرارات سابقة، فالقرار الجديد لم يحدث وضعاً جديداً، بل اكتفى بتأكيد وتقرير وضع قائم وقديم وكذلك نكون أمام قرار كاشف إذا أصدرت الإدارة قراراً بتسوية الوضعية المالية للموظف فهي تؤكد حقاً قديماً ووضعاً قائماً "(14).

الفرع الثاني : تقسيمات القرار الإداري من حيث المصدر و المدى.

سوف يتم التعرض في هذا الفرع إلى تقسيمات القرار الإداري من حيث المصدر – أولاً – ثم تناول تقسيمات القرار الإداري من حيث المدى –ثانياً-.

¹³ عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 105.

¹⁴ عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهيّة، مرجع سابق، ص 64.

أولاً/ تقسيمات القرار الإداري من حيث المصدر:

يقصد بذلك تلك القرارات التي تصدر من جهات إدارية مختلفة، وفي هذا المجال نميز بين عدة قرارات تصدر من أعلى جهة إدارية في الدولة إلى غاية أدنى جهة إدارية في الدولة.

في الجزائر يمكن التمييز بين القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة المركزية والقرارات الصادرة عن السلطات اللامركزية .

بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة المركزية نجد كل من رئيس الجمهورية في أعلى السلم الإداري يتبعه الوزير الأول لينتهي عند بقية الوزراء في الحكومة .

1 . المراسيم الرئاسية:

يصدر رئيس الجمهورية نوعين من المراسيم الرئاسية بحسب ما جاء في الدستور الجزائري لسنة 2020، بالنسبة للمادة 141 منه فإن رئيس الجمهورية يضطلع بالسلطة التنظيمية في المسائل الغير مخصصة للقانون ومثال ذلك إصدار رئيس الجمهورية لمرسوم رئاسي يتضمن مجموعة من الأحكام تهدف إلى معالجة موضوع معين خارج عن نطاق تنظيم القانون أو السلطة التشريعية، وهناك نوع آخر من المراسيم الرئاسية التي تمتاز بطابع الفردية والتي جاءت بذكرها كل من المادتين 91 و 92 من الدستور اللتان تنصان على سلطة رئيس الجمهورية في التعيين في الوظائف المدنية و العسكرية .

2 . المراسيم التنفيذية:

يصدر الوزير الأول نوعين من المراسيم التنفيذية بحسب ما جاء في الدستور فهي إما مراسيم تنفيذية فردية تخص أفراد معينين أم مراسيم تنفيذية تنظيمية.

جاءت المادة 112 من الدستور لتوضح المقصود بالمراسيم التنفيذية الفردية حينما خولت للوزير الأول سلطة التعيين في الوظائف المدنية للدولة التي لا تندرج ضمن سلطة التعيين لرئيس الجمهورية أو تلك التي يفوضها له هذا الأخير.

أتاح الدستور الجزائري للوزير الأول سلطة إصدار مراسيم تنفيذية تنظيمية حينما نصت المادة 2/141 على أنه يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو لرئيس الحكومة حسب الحال.

3 . القرارات الوزارية:

"يتمتع أعضاء الحكومة، خاصة الوزراء بسلطة إصدار قرارات إدارية تخص القطاع التابع لكل وزير، سواء كانت قرارات تنظيمية أو فردية، كما يمكن إصدار قرارات إدارية وزارية مشتركة صادرة عن وزيرين أو أكثر" (15).

4 . القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات اللامركزية:

طبقا للمادة 17 من الدستور، فإن السلطات الإدارية اللامركزية تتمثل في البلدية والولاية، يمثل الوالي الدولة على مستوى الولاية ويعتبر أعلى رئيس إداري على مستوى الولاية، يمارس الوالي صلاحياته طبقا لقانون الولاية الذي يخول له إصدار قرارات إدارية ولائية لممارسة نشاطه على مستوى الولاية.

أما رئيس المجلس الشعبي البلدي فيمكنه إصدار قرارات إدارية ضمن الصلاحيات المخولة له بموجب قانون البلدية.

¹⁵ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 23.

5 . القرارات الإدارية الصادرة عن المؤسسات العمومية الإدارية:

لقد خولت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في الدعاوى التي تكون أحد أطرافها المؤسسات العمومية الإدارية، أما المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد خصت المحكمة الإدارية بالنظر في القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية الإدارية المحلية، بمعنى أدق فإن المؤسسات العمومية الإدارية ذات الطابع المحلي، يمكنها إصدار قرارات إدارية من أجل تنظيم عملها و تحسينا لخدمتها في إطار تحقيق المصلحة العامة.

ثانيا / تقسيمات القرار الإداري من حيث المدى:

يقصد بذلك عدد الأشخاص المخاطبين بالقرار الإداري، بمعنى هل هذا القرار موجه لفرد واحد أم لمجموعة من الأشخاص، أي أنه يمكن تقسيم القرارات الإدارية إلى قرارات إدارية فردية أو قرارات إدارية تنظيمية.

1 . القرار الإداري الفردي:

" يكون القرار الإداري فرديا متى انحصر أثره في التأثير على مركز فرد أو مجموعة من الأفراد محددين بذواتهم، كما هو الشأن بالنسبة لقرارات التعيين أو الترقية في الوظائف العامة أو قرارات منح تراخيص المحال العامة، وهذه القرارات تصدر عن الإدارة استنادا للقانون أو لائحة تنظيمية بغرض معالجة حالات فردية لشخص أو أشخاص محددين بذواتهم، وذلك من خلال إنشاء مركز قانوني جديد أو التأثير في مركز قانوني قائم بإلغائه أو تعديله⁽¹⁶⁾.

¹⁶ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 184.

2 . القرار الإداري التنظيمي:

" القرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية فهي تلك الطائفة من القرارات الإدارية التي تتضمن قواعد عامة موضوعية ومجردة، تنطبق على عدد من الحالات غير محددة بذواتها، أو على عدد من الأفراد غير معينين بذواتهم، وتمتاز هذه الطائفة من القرارات الإدارية بخاصية العمومية والتجريد، والثبات النسبي فهي وفقا لخاصية الثبات النسبي لا تستهلك موضوعها بمجرد تطبيقها على حالة معينة أو على فرد معين بذاته، بل هي تظل قابلة للتطبيق كلها استجبت و توفرت شروط وظروف التطبيق"(17).

الفرع الثالث: تقسيمات القرار الإداري من حيث الخضوع لرقابة القضاء .

الأصل في أن مبدأ المشروعية يقتضي خضوع جميع الأعمال القانونية التي تمارسها الأجهزة الإدارية إلى رقابة القاضي الإداري من أجل فحص مدى صحة و مشروعية القرار الإداري و عدم مخالفته للنصوص القانونية المقررة في الدولة وهو ما أقرته نص المادة 168 من الدستور التي جاءت على النحو التالي: "ينظر القضاء في الطعون في قرارات السلطات الإدارية" .

" غير أن المشرع و لاعتبارات موضوعية قد يخص بعض الأعمال الإدارية ويخرجها من رقابة القضاء . بل يلزم القاضي التصريح برفض الدعوى وعدم التصدي لرقابة نوع معين من الأعمال اصطلاح على تسميتها بأعمال السيادة"(18).

رجوعا للقانون الجزائري لا يوجد نص صريح يحدد الأعمال التي تدرج ضمن القرارات السيادية التي لا يتعين على القضاء رقابتها.

¹⁷ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 107 و ص 108.

¹⁸ عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، مرجع سابق، ص 66.

"لقد وجد خروج أعمال السيادة من نطاق الرقابة القضائية سنده التشريعي في نص المادة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 من أنه لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الأعمال المتعلقة بأعمال السيادة، ولم يشأ المشرع وضع تعريف لأعمال السيادة... وقد ضرب قانون مجلس الدولة رقم 9 لسنة 1949 أمثلة لما يعد من أعمال السيادة كالقرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان والتدابير الخاصة بأمن الدولة الخارجي والداخلي، بالإضافة إلى العلاقات السياسية، والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية" (19).

المحاضرة الثالثة

المطلب الثالث: تمييز القرار الإداري عن غيره من الأعمال

يقتضي تحديد مفهوم القرار الإداري تمييزه عن الأعمال القانونية المتعددة وسوف يتم التعرض لذلك وفقا للمعيارين الشكلي (فرع أول) و المعيار الموضوعي (فرع ثاني).

الفرع الأول: المعيار الشكلي

يرتكز المعيار الشكلي على الجهة المصدرة للقرار وهنا لا بد من التمييز بين الجهات المصدرة للقرار الإداري .

في هذا الشأن يثير مبدأ الفصل بين السلطات أهمية كبيرة فأعمال الدولة تتركز على ثلاثة سلطات رئيسية تتمثل في كل من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية ولكل سلطة المهام الموكلة إليها بواسطة الدستور، فلا يجوز لأي سلطة الاعتداء على مجال سلطة أخرى .

¹⁹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 231 وص 232.

"لقد كان الفضل في صياغة مبدأ الفصل بين السلطات إلى " مونتسكيو" في كتابه روح القوانين سنة 1748 الذي ركز على مبدئين رئيسيين، المبدأ الأول هو مبدأ التخصص (الفصل الوظيفي) أي فصل الوظائف الكبرى في الدولة (التشريعية التنفيذية، القضائية) التي تمارس من قبل ثلاث سلطات أو أجهزة متميزة، أما المبدأ الثاني هو مبدأ الاستقلالية (الفصل العضوي) أي فصل الأجهزة بحيث تكون كل من هذه السلطات مستقلة كلية عن الآخرين و الأعضاء الذين يؤلفونها لا يعزلون أو يعينون من قبل سلطة أخرى (20).

" تتولى السلطة التنفيذية دستوريا قيادة أجهزة الدولة ممثلة في الحكومة والجهاز الإداري من أجل تنفيذ القوانين وتنفيذ السياسة العامة للدولة الهادفة إلى تحقيق المشاريع والبرامج الاقتصادية في حين أن السلطة التشريعية مكونة من البرلمان بغرفتين، فهي التي تتولى إنتاج القوانين ومناقشتها والتصويت عليها... أما السلطة القضائية فهي السلطة التي تتولى مهام القضاء على مستوى مختلف درجاته من أجل حل النزاعات القائمة بين الأفراد والهيئات...."(21).

بالرغم من بساطة وسهولة تطبيق المعيار الشكلي إلا أنه عرف عدة انتقادات بدليل أن كل من السلطتين التشريعية والقضائية لا تقتصر أعمالها على التشريع وفض النزاعات بل يمكن لكل منهما القيام بأعمال قانونية كسلطة تعيين الموظفين العاملين داخل البرلمان أو المحاكم عن طريق إصدار قرارات إدارية في هذا الشأن .

20 أ.د سيدي محمد ولد أب، أ صديقي محسن لمين، تأثير السلطة التشريعية على عمل السلطة التنفيذية في التعديل الدستوري الجزائري رقم 01/16 ، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، العدد 06، سبتمبر 2018، ص 97.

21 بورايو محمد، السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة و الثنائية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، جوان 2019 ، ص 18 .

إن التمييز بين أعمال الدولة لا يقتصر فقط على التمييز بين الوظائف الأساسية لسلطات الدولة، بل يتعداه إلى تحديد الطبيعة القانونية للجهات المصدرة للقرارات الإدارية وفي هذا الشأن نميز بين عدة مؤسسات عمومية في القانون الجزائي، بحيث تنقسم المؤسسات العمومية بحسب طبيعتها القانونية إلى ثلاثة أنواع يمكن إجمالها في كل من المؤسسة العمومية الإدارية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية.

وفي هذا المجال تعد قرارات إدارية تلك القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية الإدارية بدليل أن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعلت من اختصاصها النظر في المنازعات المنجرة عن المؤسسات العمومية الإدارية.

بمفهوم المخالفة لا تعد قرارات إدارية تلك القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية بدليل أن منازعاتها لا تندرج ضمن اختصاص القضاء الإداري.

انتقد هذا المعيار مرة أخرى " إذ اعتبر القضاء الإداري الجزائي بعض القرارات الصادرة عن أشخاص القانون مثل المؤسسات والشركات العمومية ذات الطابع الاقتصادي بمثابة قرارات إدارية، و يتجلى هذا الموقف خاصة في قضية الشركة الوطنية سامباك ضد الديوان الوطني ما بين المهنيين للحبوب.. فبتاريخ 8 مارس 1980 أصدرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا قرارا نسوق أهم وقائعه... حيث أن المدير العام للشركة الوطنية " سامباك " لم يكتف بتفسير النصوص السارية المفعول، بل أضاف قواعد جديدة... مما يجعل المنشور يتخذ

طابعا تنظيميا، ويكون نتيجة لذلك قابل لأن يهاجم بواسطة دعوى أمام الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى (22) .

الفرع الثاني: المعيار المادي

يرتكز هذا المعيار على موضوع العمل القانوني على عكس المعيار الشكلي، فنكون أمام قرار إداري إذا كان محله هو إحداث آثار قانونية بإنشاء مراكز قانونية أو تعديلها أو إلغائها وتكون الغاية منه هو إحقاق المصلحة العامة.

"فهكذا يكون العمل قرارا إداريا بطبيعته إذ ما تضمن خصائص وعناصر وطبيعة القرار الإداري، ويكون العمل عملا قضائيا، إذ ما احتوى على عناصر وخصائص وطبيعة العمل القضائي ... "(23).

في هذا الشأن نشير بأن المشرع الجزائري قد اعتمد على المعيار المادي بموجب المادة 56 من القانون رقم 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية²⁴ حينما تتصرف هذه المؤسسات بصفة الشخص المعنوي العام وتقوم باستعمال امتيازات السلطة العامة ففي هذه الحالة، فإن قراراتها المتخذة تعد قرارات إدارية وكمثال على ذلك عقود تفويض لمرافق العام التي تفوض فيها الدولة لشخص معنوي خاص تسيير مرافق عمومي، فيقوم بالتصرف لحساب الدولة فهو بذلك يقوم بإبرام عقود إدارية ويصدر قرارات إدارية على أساس هذه العقود .

²² عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 34 و ص 35 .

²³ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 38.

²⁴ القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر 02، الصادرة في 13 يناير 1988.

المحاضرة الرابعة

المبحث الثاني: شروط صحة القرار الإداري

الأصل أن تخضع جميع تصرفات الإدارة لمبدأ المشروعية، والذي عرفه الفقه على أنه :

" خضوع كافة وحدات الجهاز الإداري عند مباشرة سلطاته أو مختلف أوجه النشاطات المكلف بها لحكم القانون بمفهومه العام و معنى ذلك أنه ينبغي على جميع وحدات الجهاز الإداري وهي بصدد مباشرة أوجه نشاطاتها أن تلتزم بالخضوع لما تقتضيه تلك القواعد من أحكام، وإلا اتسعت تصرفاتها بعدم المشروعية وأصبحت بالتالي محلا للجزاء المقرر قانونا "(25).

" تبعا لذلك لا يجوز للإدارة أن تتجاوز النطاق المحدد بموجب القانون أوتخرقه، وإلا اعتبرت أعمالها غير مشروعة وفي هذا الجانب أقر المشرع للأفراد حق اللجوء إلى القضاء الإداري لمنازعة القرارات الإدارية الغير مشروعة عن طريق رفع دعوى للإلغاء.. "(26).

يقوم القاضي الإداري بفحص مدى مشروعية القرارات الإدارية من الناحية الخارجية - مطلب أول - و من الناحية الداخلية - مطلب ثاني -.

المطلب الأول: العناصر المتعلقة بالصحة الخارجية للقرار الإداري.

تتمثل العناصر المتعلقة بالصحة الخارجية للقرار الإداري في كل من ركني الاختصاص (الفرع الأول) و الشكل و الإجراءات (الفرع الثاني).

²⁵ لجلط فواز، دور الدعوى الإدارية في حماية مبدأ المشروعية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص دولة ومؤسسات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق السنة الجامعية 2007/2008، ص 95 وص 96.

²⁶ سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2011، ص 142 وص 144.

الفرع الأول : الاختصاص

إن تحديد مفهوم الاختصاص يستدعي تبيان تعريفه - أولاً - صوره - ثانياً.

أولاً / تعريف الاختصاص :

الاختصاص هو تلك الصلاحية التي يخولها القانون لشخص أو جهة معينة للقيام بتصرف معين، وعليه فإن الاختصاص يشابه الأهلية في القانون الخاص وبالمقابل فإن عدم الاختصاص هو عدم أهلية الهيئة الإدارية لاستصدار تصرفات معينة لأنها لا تدخل في صلاحياتها.

لقد نصت مختلف النصوص القانونية على قواعد الاختصاص المتعلقة بمختلف الأجهزة الإدارية في الدولة و لعل أبرزها ما جاء به الدستور الجزائري من خلال تحديده لصلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة صلاحيات السلطة التشريعية والقضائية وكذا صلاحيات أعضاء السلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الجمهورية وكذا الوزير الأول والذي سبق وتبيانها بالتفصيل في المبحث الأول.

يعرف الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب الاختصاص على النحو الآتي:

".. يصدر القرار الإداري من عضو السلطة الإدارية المختصة قانوناً بإصدار هذا القرار، وإلا صار القرار معيباً بعيب عدم الاختصاص وقابلاً للإلغاء بواسطة مجلس الدولة، و عيب عدم الاختصاص هو العيب الوحيد المتعلق بالنظام العام من بين سائر عيوب القرار الإداري، مما يستتبع أن القاضي الإداري له حق التعرض له من تلقاء نفسه في حالة الطعن على القرار ولو لم يقيم الفرد المدعي بإثارته في عريضة دعواه .."(27).

²⁷ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012 ، ص 535.

ثانيا / صور الاختصاص:

يتخذ عيب عدم الاختصاص أربعة صور تتمثل في كل من اغتصاب السلطة، عدم الاختصاص الموضوعي، عدم الاختصاص الزماني، عدم الاختصاص المكاني .

1 . اغتصاب السلطة:

عرف الأستاذ رشيد خلوفي عيب عدم الاختصاص على النحو الآتي:

" اغتصاب السلطة أخطر عيب من بين صور عدم الاختصاص، وتتحقق حالة اغتصاب السلطة أو الوظيفة في حالة إصدار قرار من شخص لا ينتمي للسلم الإداري أو من سلطة إدارية تخالف المبادئ القانونية العامة للاختصاص"(28).

وعليه لابد من احترام القانون في تحديده للهيئات أو الأشخاص الذين يصدر منهم القرار الإداري، فلا يجوز لسلطة تشريعية أو قضائية أن تعتدي على اختصاص السلطة التنفيذية، كما لا يجوز للمرؤوس أن يعتدي على اختصاص رئيسه و بالمقابل لا يجوز للرئيس الاعتداء على صلاحيات المرؤوس في إطار احترام التسلسل الإداري في توزيع المهام .

إن قاعدة احترام الاختصاص لا يمكن أن تأخذ على إطلاقها، إذ يمكن أن تخضع لعدة استثناءات يقتضيها حسن سير المرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة، وفي هذا المجال فقد جاء الفقه الإداري بثلاثة أنواع يمكن معها خرق قاعدة الاختصاص الشخصي و تتمثل هذه الحالات في كل من الإنابة، الحل، التفويض.

أ / الإنابة:

²⁸ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 137.

"يقصد بالإنابة حالة الشغور الذي يحدث في الوظيفة نتيجة غياب سلطة عامة، فتقوم ذات السلطة في حالة الغياب أو سلطة أعلى منها بتعيين نائب يقوم بالعمل ضمن الكيفية التي يجيزها النص القانوني" (29).

مثال ذلك: انتهاء مهام مدير جامعة معينة ولم يتم استلام المهام الإدارية من قبل شخص آخر هنا يمكن للسلطة الوصية من أجل مباشرة أعمال الجامعة تكليف شخص معين من أجل أن يقوم مقامه .

ب/ الحلول:

" يقصد بالحلول أن يحل موظف محل آخر في مباشرة اختصاصاته نتيجة لغيابه أو لوجود مانع يحول دون ممارسة الوظيفة، يفترض الحلول غياب الأصل تماماً لقيام مانع أو عذر يحول بينه وبين وجوده بحيث يتعذر عليه مباشرة كافة ما له من اختصاص، إذ يحقق الحلول سير المرفق بانتظام وإطراد" (30).

وعليه فإن وجه التمييز ما بين الحلول و الإنابة في كون الإنابة مؤقتة في حين أن الحلول يكون نتيجة مانع قانوني ولا يكون بصفة مؤقتة.

ج / التفويض :

" يقصد بالتفويض أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته التي يستمدّها من القانون إلى معاونيه المباشرين بناء على نص قانوني أو هو الإجراء

29 بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010 ، 2011، ص 38.

30 قتال منير، عنصر الاختصاص في القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، 2017، ص 136 .

الذي تعهد بمقتضاه سلطة إدارية لسلطة إدارية أخرى بجزء من اختصاصاته بناء على نص قانوني يأذن له بذلك⁽³¹⁾.

من التعريف أعلاه يتضح بأن التفويض لا يكون إلا بناء على نص قانوني، أي لابد من وجود قانون يمكن السلطة من تفويض صلاحياتها .

إضافة إلى ذلك فإن التفويض لا يمكن أن يكون كلياً، إذ أن الهدف من تشريع التفويض كان لضرورة سير المرفق العام، فمن المعلوم بأن مسؤول المرفق العام لديه صلاحيات كبيرة يعجز عليه أن يقوم بها كلها في وقت قصير، وابتغاء للمصلحة العامة يمكن لهذا الأخير أن يفوض بعضاً من صلاحياته إلى موظف من أجل مساعدته في القيام بمهام المرفق .

2 . عدم الاختصاص الموضوعي:

" يقوم القانون بتحديد المواضيع التي تختص بها كل جهة من الجهات الإدارية، وبالتالي فإنه في حالة قيام جهة إدارية معينة بإصدار قرار إداري لا يدخل في نطاق المواضيع التي تختص بها إذ يندرج ضمن اختصاص جهة إدارية أخرى ، فإن قرارها هذا يكون باطلاً لأنه مشوب بعيب عدم الاختصاص الموضوعي "⁽³²⁾.

فالقانون يحدد لكل سلطة إدارية الموضوعات التي تمارس في إطارها المهام الموكلة لها والتي لا يجوز لها الخروج عنها و أبرز مثال على ذلك تحديد الدستور الجزائري للمجالات التي تختص بها السلطة التشريعية في إصدار القانون واعتبار كل ما يخرج عن ذلك من اختصاص السلطة التنفيذية .

³¹ علي عثمان، رقابة القاضي الإداري في الجزائر على ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة ماجستير، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012/2013، ص 43.

³² عبد الرحمن مويدي، عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري و أثره عند الحكم في دعوى الإلغاء، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 04، 2021، ص 261.

3 . عدم الاختصاص الزمني:

"هو يعني صدور القرار الإداري في وقت لا يكون الاختصاص بإصداره قد انعقد أو تحقق لمن أصدره، وتطبيقا لذلك يكون القرار الإداري معيبا بعدم الاختصاص الزمني أو من حيث الزمان إذا صدر من موظف في وقت سابق على تاريخ منحه سلطة إصدار هذا القرار" (33).

فلكل سلطة إدارية حيز زمني تمارس فيه اختصاصاتها فلا يجوز لوالي أنهيت مهامه أن يصدر قرارات إدارية لعدم اختصاصه الزمني، كذلك الحال بالنسبة للمجالس الإدارية التي يتعين عليها احترام المدة المحددة قانونا لممارسة مهامها.

4 . عدم الاختصاص المكاني:

يقصد بالاختصاص المكاني هو قيام السلطة الإدارية بممارسة مهامها في النطاق الجغرافي المحدد لها وفي حالة تعديها على ذلك يكون قرارها مشوبا بعيب عدم الاختصاص ومثال ذلك أنه من المفروض لكل ولاية حدودها الجغرافية التي يتعين لكل والي أن يلتزم بها، فلا يجوز لوالي ولاية الجزائر أن يصدر قرار إداريا يتعدى حدود هذه الولاية وإلا شاب قراره عيب عدم الاختصاص المكاني .

الفرع الثاني: الشكل و الإجراءات .

يمثل ركن الشكل و الإجراءات ثاني عنصر من العناصر الخارجية لصحة القرار الإداري فهو يشكل الإطار الخارجي الذي يبين إرادة الإدارة من استصدارها للقرار الإداري .

³³ محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 536.

أولا / الشكل:

"إذا كان المبدأ العام ، هو أن القرار الإداري لا يخضع في إصداره لشكليات معينة، إذ تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الإفصاح عن إرادتها وفقا للشكل الذي تراه ملائما. واستقر القضاء الإداري أن الإدارة غير ملزمة بإتباع شكل معين للإفصاح عن إرادتها الملزمة، إلا إذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين بالنسبة لقرار معين" (34).

يعرف الدكتور عمار بوضياف ركن الشكل على أنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا أو تبعا للشكل و التدابير التي حددها القانون والأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يقيد النص بشكل أو إجراء" (35).

يميز الفقهاء ما بين نوعين من الأشكال، إذ توجد أشكال جوهرية تؤثر في القرار الإداري وأشكال غير جوهرية لا تعتبر سببا كافيا لإلغاء القرار الإداري.

وهنا يثير الدكتور رشيد خلوفي أهمية التمييز ما بين الأشكال الجوهرية والأشكال الغير جوهرية من حيث الأثر المترتب عنها وفي هذا الصدد يشير إلى أن الأشكال الغير جوهرية لا يمكن أن يقضي فيها القاضي بإلغاء القرار الإداري بل يمكن تصحيح هذا الشكل أثناء الخصومة، على عكس الأشكال الجوهرية التي تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري نظرا لتعلقها بحقوق المواطن التي يحميها القانون (36).

"تعتبر الشكليات جوهرية ... مثل شكلية التسبيب في القرارات الإدارية المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة وفي القرارات المتضمنة عقوبات

³⁴ سكاكني باية، مرجع سابق، ص 148.

³⁵ د. عمار بوضياف، مرجع سابق، القرار الإداري ، ص 138.

³⁶ رشيد خلوفي مرجع سابق، ص 145.

تأديبية أو بوليسية ... وشكلية النشر و التبليغ في القرارات الإدارية التي تخاطب الأفراد و يحتج بها عليهم ، بينما تعتبر الشكليات غير جوهرية إذا لم ينص على إتباعها المشرع وكانت مقررّة لحماية الإيقاع الروتيني والعمل الإداري الداخلي للمنظمة الإدارية، و يمكن تداركها بالإصلاح والتعديل والتصحيح من طرف السلطات الإدارية⁽³⁷⁾.

ثانيا / الإجراءات

الإجراءات و كما تدل عليه تسميته فهو مجموعة المراحل التي يتعين على مصدر القرار إتباعها قبل إصدار قراره و إلا عدّ قراره معيبا بعيب الشكل والإجراءات .

" يقدم الفقه من خلال التطبيقات القضائية أمثلة عنها تتمثل في:

1- الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار : منها عدم استشارة لجنة مسبقا نص عليها القانون، عدم الأخذ بالرأي الموافق، تشكيل غير قانوني للجنة التي قدمت الرأي الإلزامي.

2- عدم احترام حقوق الدفاع: و منها عدم استدعاء الموظف المخطئ، للمثول أمام مجلس التأديب، عدم تمكين الموظف المخطئ من الإطلاع على ملفه أو تقديم دفاعه أو الاستعانة بمدافع⁽³⁸⁾.

من التطبيقات القضائية في هذا المجال نجد ما قضت به " الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى ...بإبطال قرار والي ولاية البليدة الصادر في 1982/10/06،

³⁷ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 75 و ص 76.

³⁸ عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011 / 2012 ، ص 152.

المتضمن التصريح باكتساب بعض الأراضي ذات طابع المنفعة العمومية، لصدوره دون أخذ رأي المجلس الشعبي الولائي" (39).

المحاضرة الخامسة

المطلب الثاني: العناصر المتعلقة بالصحة الداخلية للقرار الإداري

تتمثل العناصر المتعلقة بالصحة الداخلية للقرار الإداري في كل من ركن السبب (فرع أول)، المحل (فرع ثاني)، والغاية (فرع ثالث) .

الفرع الأول : السبب

"يقصد بالسبب الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار هذا القرار، أي أن السبب هو الوقائع والظروف المادية والقانونية التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها. ولقد ذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار ركن السبب من شروط صحة القرار الإداري ويجب أن يتحقق السبب بشروطه وأوصافه التي فرضها القانون لكي يكون القرار مشروعاً. ونتيجة لذلك اعتبر هذا الاتجاه أن الحالة القانونية أو الواقعية هي التي تبرر إصدار القرار وتعد سبب وجوده (40).

ومن أمثلة الوقائع المادية حالة "الحي السكني المادية التي تجعله مهددا بالسقوط على سكانه أو على من يحيط به من أشخاص وأماكن، فتحرك هذه الواقعة المادية رجل السلطة الإدارية المختص وتدفعه إلى اتخاذ قرار إداري يقضي بإخلاء هذا الحي من سكانه وهدمه" (41).

أما بالنسبة للوقائع القانونية ، حالة عزل موظف من منصبه القانوني بسبب اتخاذ إجراءات تأديبية في حقه .

³⁹ سكاكني باية، مرجع سابق ، ص 150.

⁴⁰ عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 155.

⁴¹ عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 67.

يعتبر انعدام السبب في القرارات الإدارية من حالات عدم شرعية القرارات الإدارية، ولعيب انعدام السبب صورتان ، فإما أن يكون انعدام السبب من الجانب المادي، أي عدم وجود وقائع مادية أدت إلى صدور القرار الإداري.

أما الصورة الثانية لانعدام السبب فتتمثل فيما يسمى بعيب مخالفة القانون، و الذي بدوره ينقسم إلى نوعين، فإما أن تكون المخالفة للقانون بصفة مباشرة أي مخالفة القاعدة القانونية وإما أن تكون مخالفة القانون بصفة غير مباشرة ونذكر في هذا المجال الغلط الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تطبيق القاعدة القانونية، فإما أن يطبق القانون بصفة خاطئة بأن يسند قراره على قواعد قانونية غير تلك التي يجب أن تنطبق على القرار أو أن يفسر القاعدة القانونية بشكل يحيد عن المعنى الأصلي للقاعدة القانونية .

من التطبيقات القضائية حول عيب السبب قرار " الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بإبطال قرار المدير العام للأمن الوطني المتضمن فصل ضابط شرطة استنادا إلى غياباته المتكررة وجمعه بين وظيفتين وتخويله منحة، بعد أن تحققت من عدم صحة تلك الوقائع لكون الضابط المعني لم يوظف لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بل كان يشارك في أشغال اللجنة الوزارية للصفقات بصفته ممثلا للأمن الوطني، وتلقى منحة مقابل ذلك، فأبطل القرار محل الطعن" (42).

الفرع الثاني: المحل

يمكن استنتاج تعريف المحل من تعريف القرار الإداري الذي يهدف إلى إحداث آثار قانونية سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه.

يعرفه الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب على أنه: " محل القرار الإداري هو موضوعه أو مادته أو محتواه، أو هو أيضا ذلك الأثر القانوني الذي يحدثه ويرتبه

⁴² سكاكني باية، مرجع سابق، ص 160 و ص 161.

هذا القرار، فمثلا القرار التأديبي ضد موظف إذا كان سببه هو مخالفة الموظف لواجبات الوظيفة، فإن محله يكون تلك العقوبة التأديبية التي يتضمنها القرار التأديبي نفسه أو بعبارة أخرى محل هذا القرار هو الجزء الصادر والذي يحمله القرار " (43).

من المستقر عليه فقها وقضاء أن سلامة القرار الإداري في محله تعني توفره على شرطين رئيسيين، يتمثل الأول في عدم مخالفة المحل للقانون أي خضوعه لمبدأ المشروعية فلا يمكن إنشاء مركز قانوني مخالفين بذلك القاعدة القانونية ومثال ذلك توظيف موظف إداري دون أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الوظيفة العمومية، أو عزل موظف عمومي بشكل تعسفي دون الاستناد إلى القانون.

أما عن الشرط الثاني، فلا بد أن يكون المحل ممكنا بمعنى لا يمكن لشخص متوفى أن يستفيد من حق قانوني قرر للأحياء مثال ذلك استفادة شخص من سكن وهو قد توفي قبل صدور القرار الإداري، أو ترقية شخص في منصب وهو متوفى.

الفرع الثالث: الغاية

تهدف الإدارة أثناء أداء مهام المرفق العام إلى تحقيق المصلحة العامة وعليه فلا بد أن تتجه جميع تصرفاتها القانونية لتحقيق هذا الهدف، فلا يمكن تصور إصدار الإدارة لقرارات إدارية تحقق مصلحة شخصية وإلا شاب قراراتها عيب الانحراف في استعمال السلطة .

يعرف الدكتور عمور سلامي عيب الانحراف في السلطة على أنه: "استخدام الإدارة المختصة لسلطانها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف

⁴³ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 540.

غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو ابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده لها القانون تحقيقه طبقا لقاعدة تخصيص الأهداف، فعيب الانحراف في استعمال السلطة غالبا ما يلزم السلطة التقديرية ... الذي يترك فيه المشرع للإدارة المختصة جانبا من الحرية في التدخل أو عدمه" (44).

المحاضرة السادسة

المبحث الثالث : سريان القرار الإداري

بمجرد استكمال القرار الإداري لجميع أركانه يصبح قابلا للتنفيذ (مطلب أول) ويتم تنفيذه بشكل طوعي أو بصفة إجبارية طبقا لما يقتضيه القانون (مطلب ثاني) وكما للقرار الإداري بداية، فهو ينتهي بنهاية تحقق الغرض منه أو وفقا لما قرره القانون (مطلب ثالث).

المطلب الأول: نفاذ القرار الإداري

"إن القاعدة العامة في مجال القرارات الإدارية هو نفاذها وترتيبها لآثارها القانونية منذ صدورها ... وباعتبار أن القرار الإداري يتمتع بقرينة المشروعية وامتياز الأولوية، فذلك يسمح بتنفيذه الفوري، وحسب مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 19341 الصادر بتاريخ 2005/11/15 (قضية أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية رقم 06 مجدوى ضد ف.إ و من معه) قد أقر أن القرارات الإدارية تعد نافذة بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حد لنفاذها، وتتمثل الحكمة من ذلك في عدم السماح بشل حركة الإدارة ووقف نشاطها الهادف إلى تحقيق المصلحة العامة" (45).

⁴⁴ عمور سلامي، مرجع سابق، ص 155 و ص 156.

⁴⁵ مول الضاية خليل، القضاء الإداري الاستعجالي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013، ص 48.

يترتب عن قاعدة نفاذ القرار الإداري فوراً قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية (فرع أول) غير أن هذه القاعدة لا تأخذ على إطلاقها إذ يمكن أن ترد عليها استثناءات قررت في سبيل تحقيق المصلحة العامة (فرع ثاني) .

الفرع الأول: قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية .

"يصدر القرار الإداري متمتعاً بقرينة الصحة والسلامة المفترضتين وهذا ما يعني مشروعية القرار قانوناً، ودون أن يتوقف الأمر في ذلك على إقرار من القضاء، والقرينة تجد أساسها في كون الإدارة تهدف دوماً من وراء أعمالها إلى الصالح العام، فلا يفترض بداءة مخالفة القانون في أعمالها، وإنما الصحة والسلامة هما المفترضتين إلى أن يثبت العكس من طرف من يدعي غير ذلك، إن هذا الامتياز الذي منح للإدارة يجعل هذه الأخيرة تتحمل نتائج التنفيذ فيما لو تبين أن القرار غير مشروع" (46).

فالأصل أن القرار الإداري يسري بمجرد صدوره في مواجهة الإدارة ومن تاريخ التبليغ أو النشر في مواجهة الأفراد ليرتب آثاره في المستقبل حفاظاً على فكرة الحقوق المكتسبة قبل صدور القرار وفكرة استقرار المعاملات، فلا يمكن صدور قرار إداري يمس بمركز قانوني سابق على صدور القرار، لاسيما وأن كل قرار إداري يفترض فيه قرينة الشرعية وهذا ما تقتضيه فكرة العدالة.

كذلك تجد قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية في "قيامها على احترام قاعدة الاختصاص الزمني، حيث أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية تقوم على احترام قرارات المختص بإصدارها في وقت سابق على تعيينه، وبالتالي متى ما ضمن القرار أثر رجعي فإنه يتضمن مخالفة لقواعد الاختصاص من حيث الزمان والسبب يعود في ذلك لأن مصدر القرار الرجعي يتعدى حدود اختصاصه الزمني

⁴⁶ غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه، دفا تر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، ص 194.

واختصاص من سلفه، ولعل البعض يضيف سببا آخر مفاده عدم وجود سبب سابق على القرار الإداري يستدعي صدوره "(47).

أولا / نفاذ القرار الإداري في مواجهة الإدارة .

إنطلاقا من قرينة الشرعية التي تمتاز بها أعمال الإدارة، فإنه بمجرد صدور القرار الإداري والتوقيع عليه يصبح ساريا في مواجهة الإدارة ولا يمكن الاحتجاج بتاريخ النشر والتبليغ بالنسبة للمواطنين لأن النشر والتبليغ قد أقر لصالح الأفراد حتى لا تهضم حقوقهم لاسيما تلك المتعلقة بأجال الطعن أمام القضاء الإداري.

"اعترف القضاء الفرنسي بسريان القرار الإداري الفردي في مواجهة الإدارة رغم عدم تبليغه أو نشره وكان ذلك بمناسبة فصله بقضية الأنسة mattei و التي تتلخص وقائعها في أن محافظ السين أصدر قرار بتاريخ 1948/07/13 بتعيين الأنسة Mattei في إحدى الوظائف التلفونية بقصر العدالة بباريس ولم يعلن هذا القرار للمعنية بأمر ولم يتم بنشره ، ثم قام نفس المحافظ بإصدار قرار آخر بتاريخ 1949/01/05 يقضي بإلغاء قرار التعيين الأول وتعيين السيد (ف) بقرار صادر في 1949/01/31 في ذات الوظيفة التي أسندت إلى الأنسة Mattei ، فطالبت هذه الأخيرة بإلغاء القرارين الإداريين الأول والثاني، فاستجاب لها مجلس الدولة الفرنسي وأقر مبدأ جواز تمسك المدعية بقرار التعيين رغم عدم إعلانه(48).

كما قد جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية: " القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية في مجالها الإداري التنظيمي هي بحسب الأصل تتم وتنتج آثارها القانونية من يوم توقيع من يملك سلطة إصدارها وتوجيه

⁴⁷ عبد الحميد أحمد الواحدي، نفاذ القرار الإداري في ضوء أحكام القضاء الإماراتي، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، السنة الجامعية 2018 ، ص 55 و ص 56.

⁴⁸ خديجة حرمل، نفاذ القرار الإداري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الأول، جانفي 2017، ص 302 و ص 303.

الأمر للحكام بالعمل بها وتنفيذها، وعندئذ يكون واجباً على الحكام والمرؤوسين مراعاتها وعدم مخالفتها ولو لم تنشر، إذ أن النشر ليس لازماً لصحة القرارات الإدارية أو لنفاذها، ولا يقصد منه غير إبلاغ الغير مضمونها حتى تكون حجة عليه، ويفتح به ميعاد طلب إلغائها، ولأن الإصدار بحسب الأصل يتم بمجرد التوقيع على القانون أو اللائحة أو القرار التنظيمي من مصدره، فهو عملية قانونية قائمة بذاتها بخلاف عملية النشر التي هي عمل مادي⁽⁴⁹⁾.

ثانياً / نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد:

الأصل أنه لا يمكن للأفراد العلم بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة ما لم تقم هذه الأخيرة بإعلامهم وعليه لا يمكن الطعن في صحة القرارات الإدارية الغير معلومة، وعلى أساس ذلك فقد كرست مختلف التشريعات تاريخ التبليغ أو النشر للقرارات الإدارية حتى تكون حجة على الأفراد من أجل تقديم طعونهم أمام الجهات القضائية المختصة.

تختلف الوسائل التي تقوم الإدارة من خلالها بإعلام المخاطبين بالقرار الإداري بحسب نوعية القرار الإداري نفسه، فتقوم بتبليغ الشخص المخاطب بالقرار في حالة ما إذا صدر قرار فردي يخصه شخصياً، وتقوم بنشر القرار إذا ما تعدد المخاطبين بالقرار وكان القرار يحمل جملة من القواعد التنظيمية في موضوع معين.

"يعتبر النشر وسيلة العلم بالقرارات التنظيمية و يقصد بالنشر إعلان أو إبلاغ الناس كافة ومنهم صاحب الشأن بمحتويات القرار الذي تصدره الإدارة حتى يكونوا على بينة منه، والأصل أن يترك للإدارة اختيار وسيلة النشر التي ترى أنها تتلائم وعلم الكافة، ولكن إذا حدد القانون وسيلة معينة للنشر، وجب أن يتم النشر

⁴⁹ عصام محمد القضاة، نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد، دراسة مقارنة وتطبيقية في القانون الأردني، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة مؤتة، 2011، ص 25.

وفقا لهذه الوسيلة، فإذا اتبعت الإدارة وسيلة غير تلك التي نص عليها القانون، كان النشر باطلاً (50).

أما التبليغ فيقصد به " إخطار المعني أو المعنيين بالقرار رسميا بنسخة من القرار بالكيفية التي حددها القانون أو بالكيفية المعتمدة داخل الدولة، وعرفته المحكمة العليا في مصر بأنه : " الطريقة التي تنقل بها جهة الإدارة القرار الإداري إلى فرد بعينه أو أفراد بذواتهم من الجمهور " (51).

يبقى التساؤل مطروحا، إذا ما استطاع المخاطب بالقرار الإداري العلم بصدوره دون نشره أو تبليغه، فهل يمكنه مخاصمة القرار الإداري انطلاقا من علمه به.

لقد ظهرت فكرة أو نظرية العلم اليقيني على يد مجلس الدولة الفرنسي بحيث يشترط لتطبيقها علم المخاطب بالقرار بأية وسيلة كانت من غير النشر أو التبليغ وأن يكون هذا العلم يقينيا وليس افتراضيا، "ففي بادئ الأمر وسع مجلس الدولة الفرنسي من نطاق الأخذ بنظرية العلم اليقيني حيث كان يقبل اعتراف صاحب الشأن به، فإذا استوثق من توافر شروط النظرية قام بتطبيقها فيما يتعلق بسريان ميعاد الطعن من تاريخ ثبوت العلم اليقيني" (52).

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، لقد حسم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطريقة التي يعلم بها الأفراد بقرارات الإدارة والتي تعد الأساس الذي يحتج به في حساب ميعاد الطعن أمام الجهات القضائية الإدارية وفي هذا الشأن يكون

⁵⁰ نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبد الحليم السلامات، " نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013، ص 1027.

⁵¹ عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 185.

⁵² عصام محمد القضاة، مرجع سابق، ص 56 و ص 57.

العلم بالقرار الإداري بالتبليغ الشخصي أو نشر القرار الإداري التنظيمي بحيث جاءت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على النحو التالي :

" يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي " .

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية.

حفاظا على سير المرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة، فقد تصدر عدة قرارات إدارية بأثر رجعي كاستثناء عن القاعدة العامة القائمة على التنفيذ الفوري والمباشر ويمكن إجمال هذه الاستثناءات فيما يلي:

1 . إباحة الرجعية بنص قانوني:

قد تصدر السلطة التشريعية قانونا يبيح تطبيق بعض القرارات الإدارية بأثر رجعي بصفة صريحة. "مثل سحب بعض القرارات وإعادة الموظفين والعاملين العاملين الذي تركوا مراكزهم الوظيفية بسبب الظروف الاستثنائية (الحرب مثلا) مع تصحيح وضعهم المالي وأقدميتهم بأثر رجعي كما جاءت به المادة 10 من المرسوم رقم 66-146 الصادر في 02 جوان 1966 و المتعلق بالوظائف العمومية وإعادة ترتيب أفراد جيش التحرير الوطني"(53).

2 . رجعية اللوائح الأصلح للمتهم :

"اعترف الجميع وأقر بتطبيق قاعدة الرجعية في قانون العقوبات متى كانت أصلح للمتهم، وعلة ذلك هي منع الظلم والتناقض وحتى لا يطبق على المتهم عقوبة اعترف المشرع بها بأن تكون أخف وفقا للمصلحة العامة، ولما كانت

⁵³ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 156.

القرارات الإدارية قوانين بالمفهوم العام أو الموضوعي، لذا فقد تم تطبيق فكرة هذا الاستثناء على القرارات الإدارية" (54).

3 . رجعية القرارات الإدارية لتنفيذ حكم قضائي:

"إذا تم الطعن في قرار إداري بإلغائه أصبح هذا القرار هو والعدم سواء ليس بالنسبة للمستقبل فحسب بل بالنسبة للماضي أيضا حيث يعتبر هذا القرار وكأنه لم يكن أو يصدر أصلا وهنا يتعين إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور هذا القرار الملغى، وذلك من خلال قيام الإدارة بإصدار قرار جديد يسري بأثر رجعي لتسوية الآثار المترتبة على هذا القرار" (55).

4 . الرجعية لظروف متعلقة بطبيعة القرار ذاته:

مفاد هذه الحالة "أن هناك قرارات تتضمن بالضرورة أثر رجعي، وتتمثل هذه الحالة بالعديد من القرارات، و منها رجعية القرارات المؤكدة والمفسرة، بالإضافة إلى قرارات تكون ذات أثر رجعي بسبب طبيعة الاختصاص، أو قرارات ذات أثر رجعي بسبب مقتضيات سير المرفق العام، بالإضافة إلى وجود قرارات ذات أثر رجعي نتيجة سحب القرار الإداري" (56).

المحاضرة السابعة

المطلب الثاني: تنفيذ القرار الإداري

إذا كان نفاذ القرار الإداري يتحقق بمجرد إعلام الأفراد به فإن التجسيد الواقعي والعملي له يتحقق بتنفيذه، فالنفاذ يمثل الحيز الزمني لإعمال الآثار القانونية للقرار الإداري، أما التنفيذ فيمثل تطبيق هذه الآثار القانونية على أرض

⁵⁴ عبد الحميد أحمد الواحدي، مرجع سابق، ص 74.

⁵⁵ خديجة حرمل، مرجع سابق، ص 308.

⁵⁶ عصام محمد القضاة، مرجع سابق، ص 82.

الواقع، وفي هذا المجال نميز بين نوعين من التنفيذات، فإما أن يكون التنفيذ مباشرا (فرع أول)، أو يكون التنفيذ غير مباشر (فرع ثاني).

الفرع الأول: التنفيذ المباشر

"التنفيذ المباشر أحد وسائل الإدارة لتنفيذ قراراتها دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي وذلك خلافا للأفراد الذين لا يملكون التنفيذ مباشرة لاقتضاء حقوقهم، بل عليهم الإلتجاء للقضاء، والتنفيذ المباشر أحد المكنات الخطيرة التي تملكها الإدارة، وقد يكون في ظاهره مساسا بحقوق الأفراد وحياتهم، ولكن في حقيقة الأمر أقره الفقه والقضاء من أجل تمكين الإدارة من القيام بعملها والوفاء بالتزاماتها، وتسييرها للمرافق التابعة لها بصفة منتظمة ودائمة" (57).

"نظرا لأن التنفيذ المباشر هو طريق استثنائي بحث، فإن من شأن إطلاق يد الإدارة في استخدامه ما يهدد حقوق الأفراد، الأمر الذي ينحصر معه حق الإدارة في استخدام أسلوب التنفيذ المباشر في حالتي وجود نص تشريعي يمنحها هذا الحق بالإضافة إلى حالة الضرورة، وفي غير هاتين الحالتين تخضع الإدارة في تنفيذ قراراتها للأصل العام الذي يخضع له سائر الأفراد والذي يقرر اللجوء إلى القضاء لتنفيذ تلك القرارات في حالة رفض تنفيذها طوعية" (58).

الفرع الثاني: التنفيذ الغير مباشر

في حالة ما لم يتم تنفيذ القرارات الإدارية بصفة طوعية، فإنه يمكن للإدارة اللجوء إلى القضاء من أجل جبر الأفراد على القرارات الإدارية المخاطبين بها، وفي هذا المجال يمكن للإدارة اللجوء إلى القضاء وهنا يمكن التمييز بين نوعين من الدعاوى، إذ يمكن للإدارة متابعة المخاطبين بالقرارات الإدارية بواسطة دعوى

⁵⁷ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 265.

⁵⁸ أنس جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 144.

جزائية لإجبار الأفراد على تنفيذ قراراتها، من خلال فرض عقوبات عددها المشرع كالحبس و الغرامة زيادة على دعوى التعويض.

المحاضرة الثامنة

المطلب الثالث : نهاية القرار الإداري

ينتهي القرار الإداري بانقضاء آثاره القانونية أو انتهاء آجال سريان هذا القرار ويسمى هذا النوع من الطرق بالنهاية الطبيعية، لكن يمكن أن تنتهي القرارات الإدارية بطريق آخر، فإما أن تكون نهاية القرار الإداري بيد الإدارة (فرع أول)، أو تكون النهاية عن طريق القضاء (فرع ثاني) .

الفرع الأول: نهاية القرار الإداري على يد الإدارة

ينتهي القرار الإداري على يد الإدارة إما بطريق السحب الإداري (أولا) أو عن طريق الإلغاء.

أولا / السحب الإداري

إن تحديد مفهوم السحب الإداري تقتضي في مقام أول التعرض إلى تعريفها، ثم تناول الشروط التي تقوم عليها.

1/ تعريف السحب الإداري:

"يقصد بسحب القرار الإداري إنهاء ما ولده من أثر بالنسبة للماضي ومنع سريان أثره بالنسبة للمستقبل بقرار تصدره الإدارة وسحب الإدارة لقراراتها يعد من قبيل رقابتها الذاتية على مشروعية وملائمة تلك القرارات والمجال الخصيب لسحب القرارات الإدارية يتمثل في القرارات غير المشروعة، ولكن ذلك لا يمنع من سحب

القرارات الإدارية السليمة متى لم ترتب على ذلك مساس بحقوق غير مكتسبة أو تعلق بقرار إنهاء خدمة "(59).

إن سحب القرارات الإدارية يعد من أكثر المواضيع الشائكة في القانون الإداري، استناداً لفكرة الحقوق المكتسبة واستقرار الأوضاع القانونية ولهذا فقد أجاز الفقه الإداري سحب القرارات الإدارية إذا ما كانت تهدف لتحقيق المصلحة العامة وتطبيق مبدأ المشروعية .

"لقد أيد مجلس الدولة الفرنسي المصلحة العامة كأساس لسحب القرارات الإدارية، إذ يرى أن الأصل في القرارات الإدارية أن إصدارها لا يكون إلا لتحقيق المصلحة العامة، فمثلاً فإن المصلحة الجمالية التي تقتضيها حماية المناظر الطبيعية، اعتبرت مبرراً لسحب الترخيص المعطى لإحدى الشركات، وكذلك لزوم سحب القرار المعارض للمصلحة العامة، كما يرى العميد دوجي أن الأساس القانوني لحق الإدارة في سحب قراراتها المعيبة تستند على مبدأ المشروعية، هذا المبدأ هو الإطار والمجال الذي تمارس فيه الإدارة نشاطها، ملزمة باحترام حدودها، فإن خالفت كان لزاماً عليها العودة إلى حظيرة المشروعية "(60) .

2/ شروط السحب الإداري:

لما كان السحب الإداري أثراً على تغيير الأوضاع القانونية و احتراماً لمبدأ الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات، فإن ممارسته تقتضي احترام الشروط التي يتعين من خلالها سحب القرارات الإدارية و التي يمكن إجمالها فيما يلي :

⁵⁹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 297.

⁶⁰ صلاح إبراهيم الرواشدة، الشكل والإجراءات في قرارات السحب في النظام القانوني الأردني، دراسة مقارنة بالنظام القانوني المصري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق، 2020، ص 17 و ص 19.

أ / احترام مبدأ المشروعية في سحب القرارات الإدارية.

المفروض من الإدارة أن تسحب قراراتها الغير مشروعة، أي أن تكون أحد أركان القرار الإداري معيبة بأحد عيوب عدم المشروعية ومثال ذلك صدور قرار إداري من سلطة غير مختصة وهو ما يسمى بعيب الاختصاص، أو صدور القرار الإداري مخالفا لإجراء شكلي أو جوهري وهو ما يسمى بعيب الشكل والإجراءات أو انعدام السبب المادي أو القانوني لصدور القرار الإداري، أو انعدام محل القرار الإداري أو الانحراف في استعمال السلطة .

"ففي قرار ذهبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1984/06/9 ملف رقم 36480 قضية: ول ضد وزير الداخلية و من معه ووالي عنابة إلى التأكيد على هذا المبدأ حيث أن الغرفة الإدارية ركزت على صلاحيات الوالي في اتخاذ إجراءات السحب للحفاظ على المشروعية وأن القرار الإداري المؤرخ في 1982/11/04 أنشأ حقوقا مكتسبة بمنح ول محلا ومن ثم لا يمكن سحبه إلا بالاعتماد على أسباب عدم الشرعية"⁶¹.

خروجا عن القاعدة العامة أجاز القضاء الفرنسي القيام بعملية سحب القرارات الإدارية لكن بصفة حصرية ويتعلق الأمر بسحب القرارات الإدارية السلمية التي لا تولد حقا ولا تنشأ مزايا أو مراكز أو أوضاعا قانونية بالنسبة للغير، فيجوز للإدارة سحبها في أي وقت ومرد ذلك أنه لا يجوز حرمان شخص من مركز قانوني تحصل عليه لأنه يعد أساسا بفكرة الحقوق المكتسبة كذلك شرع سحب القرارات الإدارية التي تكون صادرة بإنهاء خدمة العاملين، فيجوز للإدارة سحب قرارها المتعلق بفصل موظف عمومي بشرط أن لا يكون قد تم تعيين موظف آخر لنفس المنصب وإلا عدّ ذلك أساسا بفكرة الحقوق المكتسبة⁽⁶²⁾.

عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 244 و ص 245.⁶¹

⁶² أنس جعفر، مرجع سابق، ص 171، ص 172.

ب / مدة السحب :

"ميعاد سحب القرار الإداري غير المشروع هو ذاته ميعاد الطعن بإلغائه... حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أن القرار الإداري يتحصن بمضي الميعاد المقرر للطعن فيه قضائيا من تاريخ صدوره... غير أنه هناك حالات يمكن فيها سحب القرار الإداري دون التقيد بشرط الميعاد ويتعلق الأمر بالقرار المنعقد الذي يصدر في حالة اغتصاب السلطة أو صدوره نتيجة غش أو تدليس، أو في حالة سحب التسويات الخاطئة بالمرتببات"⁶³.

في الجزائر فإن مدة السحب تكون بحسب المادة 829 خلال أربعة أشهر تحسب من تاريخ التبليغ أو النشر .

ج / صدور قرار السحب من الجهة المختصة:

إن الخطورة التي ينطوي عليها سحب القرار الإداري من تأثيره في الأوضاع القانونية تستدعي القيام به من السلطة المختصة سواء كانت مصدرة القرار أو سلطة أعلى منها وذلك في إطار احترام قواعد الاختصاص لأداء العمل الإداري⁽⁶⁴⁾.

ثانيا / الإلغاء .

"الإلغاء الإداري للقرارات الإدارية هو إنهاء وإعدام الآثار القانونية للقرارات الإدارية بالنسبة للمستقبل فقط، اعتبارا من تاريخ الإلغاء، مع ترك وإبقاء آثارها السابقة قائمة بالنسبة للماضي فقط، وسلطة الإلغاء الإداري للقرارات الإدارية تنصب على القرارات الإدارية غير المشروعة والإدارة العامة مقيدة في استعمال سلطة الإلغاء الإداري بالمدة القانونية لإعمال هذه السلطة، أما بالنسبة لمسألة

عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص 308. ⁶³

⁶⁴ عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 243.

الإلغاء الإداري للقرارات الإدارية المشروعة فإنه يجب التمييز في هذا الشأن بين القرارات الإدارية الفردية والقرارات الإدارية التنظيمية" (65) .

"بالنسبة للقرار التنظيمي، تملك الإدارة سلطة إلغاءه في أي وقت شاء، ذلك أن هذه القرارات ما هي إلا قواعد عامة مجردة تخاطب مراكز قانونية عامة ولا يمكن أن تبقى هذه المراكز مؤبدة بل لابد من تعديلها .. تماشياً مع مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل أو التغيير ... تحقيقاً للمصلحة العامة، أما القرارات الفردية فطالما صدرت مشروعة فالأصل أنه لا يجوز إلغاؤها، لأن مثل هذا النوع من القرارات عادة يرتب حقوقاً مكتسبة للأفراد.. إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات" (66).

"غير أنه إذا لم يكن القرار الفردي المشروع قد رتب حقاً مكتسباً جاز للإدارة تعديله أو إلغاؤه بالنسبة للمستقبل ويتعلق الأمر هنا بالقرارات المؤقتة التي لا تنشئ حقوقاً مكتسبة وإنما تنشئ أوضاعاً وقتية ... كالقرار الخاص بانتداب موظف، فيجوز إلغاء قرار الانتداب ولا يجوز للموظف الاحتجاج بفكرة الحق المكتسب وكذا القرارات السلبية بالرفض، كقرار رفض رخصة بناء فيجوز للإدارة إلغاء قرار الرفض" (67).

الفرع الثاني : الإلغاء القضائي .

"إذا لم تقم الإدارة بسحب قرارها غير المشروع أو إلغاؤه، فإنه بوسع صاحب الشأن اللجوء إلى القضاء طلباً لإلغاء هذا القرار أو تقرير انعدامه إذا كان القرار معدوماً من الناحية القانونية" (68).

⁶⁵ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 169.

⁶⁶ حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 89.

⁶⁷ عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 250.

⁶⁸ د. عبد الرحمن بن جيلالي، مفهوم دعوى الإلغاء و تمييزها عن الدعاوى الإدارية الأخرى ، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، العدد السابع، مارس 2020، ص 284 .

إن الإلغاء القضائي يثير مسألة تحديد تعريفه (أولاً) و كذا الشروط التي يقوم عليها (ثانياً) .

أولاً/ تعريف دعوى الإلغاء .

" عرف الدكتور سليمان محمد الطماوي قضاء الإلغاء بأنه " القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي أن يفحص القرار الإداري فإذا ما تبين له مجانبية القرار للقانون حكم بإلغاءه ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو استبدال غيره به" (69).

" عرف الدكتور ماجد راغب الحلو دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفاً للقانون، وفي أنها تعد من أهم وسائل حماية المشروعية إذ تؤدي إلى ترتيب البطلان كجزاء يصيب القرار المخالف للقانون، ويعرفها أيضاً الدكتور محمود محمد حافظ بأنها دعوى يرفعها صاحب المصلحة إلى القضاء الإداري ويطلب فيها إلغاء قرار إداري غير مشروع" (70).

في حين عرفها الفقيه الفرنسي Delaubadaire بقوله " طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري وهو ذات التعريف تقريباً الذي ذهب إليه الفقيه C.Debasch بقوله : " الطعن الذي يطلب بمقتضاه المدعى من القضاء إبطال قرار إداري لعدم المشروعية " (71).

في الجزائر، جاء ذكر دعوى الإلغاء بنص صريح بموجب المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حينما أحالت على اختصاص المحاكم الإدارية النظر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة على الجماعات المحلية .

69 عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 334.

70 عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، مرجع سابق ، ص 47.

71 سلام عبد الحميد محمد زنكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كلية القانون والسياسة، 2008 ، ص 162.

كذلك فعلت المادة 901 حينما نصت بصريح العبارة على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالسلطات الإدارية.

ثانيا / شروط دعوى الإلغاء

حتى تكون أمام دعوى الإلغاء لابد من توفر شروط من أجل صحة الطعن المرفوع أمام القاضي و التي نوردتها على النحو التالي:

(1) قيام دعوى الإلغاء على مخاصمة القرار الإداري:

لا يمكن تصور دعوى إلغاء دون قيامها على قرار إداري وقد سبق تحديد مفهوم القرار الإداري الذي تنصب عليه دعوى الإلغاء ، وفي هذا الشأن ألزم المشرع الجزائري على المدعي إرفاق هذا القرار مع الدعوى الرامية إلى إلغائه، حيث نصت المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تغيير أو تقدير مشروعية القرار الإداري تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع ومبرر أو إذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة ويستخلص النتائج القانونية المترتبة عن هذا الإمتناع" .

(2) شرط المصلحة:

"يمكن تعريف المصلحة بأنها الحاجة إلى حماية القانون أو هي الفائدة التي تعود على رافع الدعوى وقد إعتبر بعض الفقهاء أن اشتراط المصلحة ينطوي على وجهين أحدهما سلبي ويتمثل في منع من ليس في حاجة إلى حماية القانون من

الإلتجاء إلى القضاء والثاني إيجابي هو اعتباره شرطاً لقبول دعوى كل من له فائدة من الحكم فيها"⁽⁷²⁾.

جاء النص على شرط المصلحة بموجب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت على النحو التالي:

"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

3/ الميعاد:

يمثل الميعاد الفترة الزمنية التي منحها القانون للمتقاضين من أجل إستيفاء حقوقهم عن طريق اللجوء إلى الطعن أمام القضاء إبتداءاً من تاريخ سريان القرار الإداري المطعون فيه وقد حدد المشرع الجزائري ميعاد الطعن في القرارات الإدارية بموجب المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأربعة أشهر على النحو التالي:

"يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

⁷² - شريط ولید، بوزیفي شریفه، الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية

09/08، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد الخامس، ص 49

المحاضرة التاسعة

الفصل الثاني: العقود الإدارية

إذا كانت الإدارة تستعمل القرارات الإدارية من أجل تلبية حاجاتها، إلا أن هذا الطريق لا يكون مجدياً في جميع الحالات، إذ تحتاج في بعض الأحيان إلى إبرام عقود مع أطراف أخرى لأجل القيام بمهام المرفق العام وفي هذا الإطار نكون أمام تصرفات قانونية إبتفاقية تسمى العقود الإدارية.

إن دراسة العقد الإداري تحتل أهمية كبيرة نظراً لتمييزه بطابع خاص يفرقه عن باقي العقود الموجودة في القانون الخاص، أين تظهر فيه الإدارة بمظهر السلطة العامة بحيث تتمتع بصلاحيات في مواجهة الطرف المتعاقد لا نجدها في عقود القانون الخاص ولهذا كان لا بد من التعرض لتحديد مفهوم العقد الإداري من أجل تمييزه عن باقي العقود التي يمكن أن تبرمها الإدارة وتخضع فيها لقواعد القانون الخاص (مبحث أول) وكذا تحديد النظام القانوني الذي تخضع له العقود الإدارية عن طريق تبيان كيفيات إبرام العقود الإدارية (مبحث ثاني) وكذا تنفيذ العقد الإداري (مبحث ثالث) ونهايته (مبحث رابع).

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري

تقوم الإدارة في إطار مباشرة مهامها بإبرام عدة عقود وفي هذا المجال نميز ما بين نوعين من العقود، عقود تخضع للقانون الخاص وتسمى بعقود الإدارة وعقود تخضع للقانون العام وتسمى بالعقود الإدارية والتي هي محل دراستنا.

إن تحديد مفهوم العقد الإداري يقتضي في مقام أول التعرض إلى تعريفه في مطلب أول، ثم تبيان أنواع العقود الإدارية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري

لقد عرف تحديد العقد الإداري عدة تطورات، حيث أنه يعود الفضل لمجلس الدولة الفرنسي إرساء المعايير القضائية المحددة لتعريف العقد الإداري - فرع أول- الأمر الذي يستدعي مطابقة هذه المعايير مع ما هو موجود في التشريع الجزائري من أجل معرفة موقف المشرع الجزائري منه - فرع ثاني -

الفرع الأول: المعايير القضائية لتحديد تعريف العقد الإداري

إن المعايير المستقر عليها لإعتبار العقد إداريا تقتضي ضرورة أن يكون أحد أطراف العقد شخصا إداريا -أولا- وأن يتصل موضوع العقد بإدارة مرفق عام -ثانيا- وأن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص -ثالثا-

أولا/ معيار الإدارة كطرف في العقد:

"القاعدة العامة هو أن العقود الإدارية توجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العلاقة القانونية وعليه فإن العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقد إداريا حتى وإن كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام، ومصطلح الإدارة يدل عادة على السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين فضلا عن إدارة مؤسسات الدولة وموافقتها العامة"⁽⁷³⁾.

"ويستوي الحال في أن تتعاقد الإدارية أصالة أو تلجأ إلى أسلوب الوكالة الذي تعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص ... وهذا ما طبق فعلا في القضاء الفرنسي في قضية "شركة Sagema" ذات الاقتصاد المختلط ضد إحدى المنشآت الاقتصادية، تتمثل وقائع هذه القضية في كون أن شركة Sagema، أبرمت عقد مع إحدى المنشآت الاقتصادية، مفاده إلزام الشركة بتمهيد قريتي

⁷³ د. جوادي إلياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الإجتهد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 9، 2015، ص 17 و ص 18.

"ماسي" و "أنتوني"، حيث اعتبرت محكمة التنازع الفرنسية في قرارها بخصوص النزاع الذي حدث بينهما في مرحلة تنفيذ العقد، أن هذا الأخير يكتسي طبيعة إدارية لأن الشركة قد تصرفت بإسم القريتين ولحسابهما، لذلك يعتبر العقد إداريا ويخضع للقضاء الإداري⁽⁷⁴⁾.

"وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر ... وقررت: أنه ولئن كان من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد طرفيه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة إلا أنه من المقرر أنه متى إستبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري .."⁽⁷⁵⁾.

ثانيا/ معيار المرفق العام:

"يعتبر قرار بلانكو الصادر بتاريخ 1873/02/08 عن محكمة التنازع نقطة تحول في النظام القضائي الإداري الفرنسي لما كان له من أثر في إرساء وإظهار فكرة المرفق العام كأساس للقانون الإداري .. وقد أقام الحكم قضاؤه على مقولة أن المسؤولية تقع على الإدارة، بتعويض الأفراد عما يصيبهم من أضرار بفعل عمال المرفق العام إنما هي مسؤولية لا يمكن أن تنظمها قواعد ومبادئ القانون المدني الموضوعة أصلا لتنظيم العلاقات بين الأفراد ..."⁽⁷⁶⁾.

⁷⁴ زيان محمد أمين، ذبيح زهيرة، موفق المشرع الجزائري من معايير تحديد العقد الإداري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، ص94.

⁷⁵ مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص41.

⁷⁶ معتوق أم الخير، خصوصية معيار المرفق العام في قواعد القانون الإداري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 02، 2018، ص 274.

"فإذا توثقت درجة الصلة بين العقد وبين المرفق العام إلى أقوى درجة فإن ذلك كافٍ حتى يصبح العقد إدارياً ... ومن الأمثلة في القضاء الإداري الفرنسي، نذكر قضية بارثان" التي بمناسبة إتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى ذلك : فقد اعتبر المجلس عقداً إدارياً ذلك العقد الشفوي الذي أبرمه مدير مركز إيواء وترحيل المواطنين السوفييتيين عام 1944 مع السيد برثان وزوجته بغرض تقديم الغداء الكامل لرعايا السوفييتيين حتى ترحيلهم مقابل مبلغ شامل عن كل فرد، فحينما ثار النزاع في شأن حقوق التعاقد مع الإدارة اعترف مجلس الدولة باختصاصه وبوصف العقد الإداري بالرغم من شفويته ... على اعتبار أن التعاقد ودوره جوهرى في المرفق العام هو تنفيذ المرفق نفسه ..."(77).

وقد جاء أيضاً في قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في: 1968/02/24: مناط العقد الإداري أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق إحتياجاته مراعاة للمصلحة العامة"(78).

ثالثاً/ معيار الشروط الاستثنائية

"يذهب القضاء الإداري إلى أن العقد لا يعتبر إدارياً، رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام وإتصاله بمرفق عام إلا إذا تضمن شرطاً أو شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويقصد بالشرط الإستثنائي الغير مألوف، إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطى الطرفين أو أحدهما حقوقاً ويحملهما إلتزامات لا يمكن أن يسلم بها في ظل القانون الخاص" (79)

"لقد وجدت فكرة اتصال الشروط الاستثنائية بالسلطة العامة صدى لها في عدد من أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع التي حاولت وضع تعريف محدد لها،

77 - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 558.

78 - د جوادى إلياس، مرجع سابق، ص 19.

79 - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 19

ففي حكم مجلس الدولة الفرنسي في 21 نيسان في قضية "société Minière et "metallurgique de penaraya" وحكمه في 6 تشرين الثاني 1953 في قضية Ramon عرف الشروط الإستثنائية بأنها الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقاً غير مألوفة في القانون الخاص" (80) .

"ومن أمثلة الشروط الإستثنائية حق إعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد، وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وحق الفسخ دون إلتجاء إلى القضاء أو خطأ من جانب الطرف الآخر، وحق الإدارة في تحصيل حقوق الدائنية عن طريق التنفيذ المباشر أو الجبري" (81).

"لقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا القول كآلاتي: "إن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص هو احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يقيد الإدارة في تعديل العقد الإداري سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب على المصلحة الخاصة" (82).

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

80 - مازن ليلي راضي، مرجع سابق، ص 59.

81 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 37.

82 - سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2017، ص 30.

من الثابت عليه فإن المشرع الجزائري ومنذ تاريخ طويل اعتمد المعيار العضوي سواء بموجب المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية القديم أو المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وعلى هذا الأساس فقد جاءت المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بتحديد المعيار العضوي لإبرام الصفقات العمومية على النحو التالي:

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

- الدولة

- الجماعات الإقليمية

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما ما تكلف بإنجاز عملية عمولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية".

لم يقتصر المشرع الجزائري على اعتماد المعيار العضوي بل إعتد أيضاً على المعيار المادي الذي جاءت به المادة 56 من القانون رقم 88-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية والاقتصادية التي تنص على ما يلي:

"عندما تكون المؤسسة العمومية الإقتصادية مؤهلة قانوناً لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وبإسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات ... تخضع المنازعات المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة"

من التطبيقات القضائية في هذا المجال نجد القرار رقم 058475 المؤرخ في 2011/03/10 بين ش ش و (أشغال البناء العمومية COGEDIB) ضد و.و. لتحسين السكن وتطويره (AADL) .

حيث جاء في هذا القرار إقرار إختصاص القاضي الإداري في المنازعة المنصبة على صفقة عمومية مبرمة بين شركة خاصة وبين الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (عدل) المشرفة على إنجاز مشروع استثماري ممول من طرف الدولة.

ومن بين أهم الحثيات التي ركز عليها قضاء مجلس الدولة في فصله في هذا النزاع بقوله:

"حيث أنه وبالرجوع إلى القانون سواء قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول وقت صور القرار المستأنف أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي فإنه بنى الإختصاص للقضاء الإداري على المعيار العضوي المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية... كما أضافت المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية دعاوى الإلغاء والقضايا المخولة للقضاء الإداري بموجب نصوص خاصة حيث أنه ومن ضمن النصوص الخاصة المادة 56 من القانون رقم 88-01 ... وبالتالي فالمرجع هنا لم يعتمد على المعيار العضوي وإنما إعتد على المعيار الموضوعي فما دامت المؤسسات رغم أنها ليست لها الطابع الإداري لكنها تقوم بأعمال بإسم الدولة ... وبالتالي فإن النزاعات التي تنشأ في هذا المجال تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة لأن هذه المؤسسات تقوم بهذه الأعمال وكأنها موكلة عن الدولة مادام أن النص جاء فيه "وباسم الدولة".

المحاضرة العاشرة

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

تنقسم العقود الإدارية لعدة أنواع لا يمكن حصرها كلها، لكن يمكن الإكتفاء بذكر أهم عقديين إداريين في القانون الجزائري والذي قام بتنظيمها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، وعليه سوف يتم تناول كل من عقد الصفقة العمومية في فرع أول وكذا عقد التقويض في فرع ثاني.

الفرع الأول: عقد الصفقة العمومية

الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرم ما بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الإقتصادي بهدف تلبية حاجيات المرفق العام وقد جاء تعريف عقد الصفقة العمومية بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على النحو الآتي:

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

يتضح من المادة أعلاه أنها قامت بتحديد أطراف العلاقة التعاقدية وكذا موضوع الصفقة العمومية، وإكتفت بذكر أن هذا العقد هو عقد مكتوب دون تحديد هل هذا العقد إداري أم لا خلافا للمشرع الفرنسي الذي أقر بإدارية عقد الصفقة العمومية وعليه سيتم تناول تعريف عقد الصفقة العمومية -أولا- ثم الانتقال لتبيان أنواع عقد الصفقة العمومية -ثانياً.

أولاً/ تعريف عقد الصفقة العمومية

إنطلاقاً من نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي التي حددت أطراف العلاقة التعاقدية في كل من المصلحة المتعاقد والمتعامل الاقتصادي، فإنه لا بد من الرجوع لتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام من أجل معرفة المدلول من المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي.

حددت المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المصلحة المتعاقدة والمتمثلة في كل من الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري بشرط التمويل الكلي أو الجزئي من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية.

من الملاحظ على المادة المذكورة أعلاه أنها استعملت المعيار العضوي وكذا الموضوعي الذي حدده القضاء في تعريفه للعقد الإداري ما يعني أن الصفقة العمومية هي عقد إداري، غير أن التساؤل الذي يبقى يطرح نفسه إذا كان كل صفقة عمومية هي عقد إداري فهل يعد كل عقد إداري هو صفقة عمومية.

في هذا المقام لابد من العودة إلى المعيار المالي الذي حدده المرسوم الرئاسي رقم 15-247 للتفرقة بين الصفقة العمومية والعقد الإداري، لهذا الغرض وضحت المادة 13 من هذا المرسوم على أنه نكون أما صفقة عمومية للأشغال أو اللوازم إذا ما فاق مبلغها إثني عشر مليون دينار جزائري ونكون أمام صفقة للدراسات أو الخدمات إذا ما فاق مبلغها ستة ملايين دينار جزائري و بمفهوم المخالفة نكون أمام عقد إداري إذا ما كان المبلغ مساوياً أو أقل من المبالغ المحددة سالفاً.

أما بالنسبة للطرف الثاني من العملية التعاقدية المتمثل في التعامل المتعاقد فهو كل شخص لا يملك صفة المصلحة المتعاقدة وقد جاء تبين تعريفه بموجب المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كما يلي:

"يمكن التعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات".

ثانيا/ أنواع عقد الصفقة العمومية:

تتمثل أنواع عقد الصفقة العمومية في كل من عقد الأشغال، عقد اللوازم، عقد الخدمات و عقد الدراسات.

1- عقد الأشغال:

"يقصد بعقد الأشغال العامة إتفاق الإدارة مع متعاقد آخر قصد القيام ببناء مساكن، طرق ... أو ترميم جسر قديم أو منشآت أثرية ... أو صيانة منشآت عقارية تابعة لها ..."(83).

عرفت المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-27 عقد الأشغال العامة كم يلي:

"تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها"

83 - محمد صغير بعلی، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 22.

2- عقد اللوازم:

"تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى إقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد" (84).

3- عقد الخدمات:

"هو إتفاق بين الإدارة وشخص آخر طبيعي أو معنوي، قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره كأن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات وحماية المحيط، أو أن تتفق البلدية مع مؤسسة متخصصة في الإعلام لإقامة شبكة نظام الإعلام الآلي بمقر البلدية" (85).

4- عقد الدراسات:

"تهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية. تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام صفقة أشغال، لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيو تقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع.

تحتوي الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز، في إطار إنجاز منشآت أو مشروع حضري أو مناظر طبيعية، تنفيذ المهام الآتية على الخصوص:

- دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي

- دراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصلة

- دراسات المشروع

84 - المادة 29، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق

85 - محمد الصغير علي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 23.

- دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول، تأشيرتها
- مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال، وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة، واستلام الأشغال⁸⁶

المحاضرة الحادية عشر

الفرع الثاني: عقد التفويض

- إن تحديد مفهوم عقد التفويض يقتضي تعريفه - أولاً - وكذا تبيان أنواعه - ثانياً -

أولاً/ تعريف عقد التفويض:

"حاول فقه القانون العام تقديم العديد من التعاريف لتفويض المرفق العام منها تعريف Jean François AUBY الذي عرفه بأنه ذلك العقد الذي يهدف إلى تحقيق الأهداف التالية:

- أن يعهد إلى شخص آخر يطلق عليه تسمية صاحب التفويض، تنفيذ مهمة المرفق العام والقيام باستغلال ضروري للمرفق.
- أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام وإقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة.
- أن يتقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة والتي تعكس الإستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها.⁸⁷

أما المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 16-247 فقد عرفت على النحو التالي:

⁸⁶ - المادة 29، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁸⁷ عبد الصديق شيخ، أشكال تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص194.

"يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.

ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من إستغلال المرفق العام، وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب إتفاقية، وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد المفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

ثانيا/ أنواع عقد التفويض

يتخذ عقد التفويض عدة أشكال قانونية، فيمكن أن يأتي في شكل إمتياز، أو في صورة عقد إيجار، أو في صورة عقد الوكالة المحفزة، أو التسيير.

1/ عقد الإمتياز:

"عرفه الدكتور نصار لباد على أنه: عقد أو إتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص يسمى صاحب الإمتياز، بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الإمتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الإمتياز مقابل مالي يحدد في العقد ويدفعه المنتفعين بخدمات المرفق"(88).

88 - سليمان سهام، تفويض المرفق العام ك تقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية،

2/ عقد الإيجار:

عرفته المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على النحو التالي:
"تعهد سلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له، حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته.
تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام".

3/ عقد الوكالة المحفزة:

عرفته المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على النحو التالي:
"تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له بإستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الإقتضاء.
تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

4/ عقد التسيير:

" نكون أمام عقد تسيير حينما تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته.
ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجراً جزافياً، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية⁽⁸⁹⁾.

المحاضرة الثانية عشر

المبحث الثاني: إبرام العقود الإدارية

عدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المبادئ التي تقوم عليها عقود الصفقات العمومية - مطلب أول - كما حدد طرق إبرام الصفقات العمومية - مطلب ثاني -

المطلب الأول: المبادئ التي تقوم عليها عقود الصفقات العمومية

حددت المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وقد تمثلت في كل من مبدأ الشفافية - فرع أول - مبدأ المساواة ما بين المترشحين - فرع ثاني - ومبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية - فرع ثالث.

وقد جاء نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على النحو التالي:

"لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم".

⁸⁹ - المادة 210، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

الفرع الأول: مبدأ الشفافية

"مقتضى هذا الطابع هو وجوب إلتزام المصالح المتعاقدة الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بإعلان رغبتها في التعاقد بهدف الحصول على أكبر عدد من العروض من المترشحين الراغبين في التعاقد لتمكن من اختيار أفضلها، ويقصد بهذا المبدأ أيضا إيصال المصالح المتعاقدة العلم إلى كل الراغبين بالتعاقد خاصة الذين تتوافر فيهم الشروط المالية والتقنية المحددة سلفا من طرفها وإبلاغهم عن كيفية سحب دفاتر الشروط، ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة"⁽⁹⁰⁾.

وعليه فإن الطابع الذي يميز مبدأ الشفافية هو علانية المعلومات على جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية من إعلانها إلى علانية لجنة فتح الأظرفة وتقديم العروض إلى غاية المنح المؤقت للصفقة.

أولا/ الإعلان عن الصفقة العمومية

من أجل تطبيق مبدأ الشفافية لا بد من الإعلان عن الصفقة على أوسع نطاق من أجل فتح باب المنافسة ما بين المترشحين وفي هذا المجال فقد ألزمت المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 اللجوء إلى الإشهار الصحفي في حالة إبرام الصفقة العمومية وفقا لإجراء طلب العروض.

كما بينت المادة 65 من نفس المرسوم طريقة نشر إعلان الصفقة على النحو التالي:

⁹⁰ - خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014/2015، ص119.

"يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأول، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني".

أما المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فقد حددت محتويات هذا الإعلان على النحو التالي:

"يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي
- كيفية طلب العروض
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي
- موضوع العملية
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض
- مدة صلاحية العروض
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض
- ثمن الوثائق، عند الإقتضاء"

ثانيا/ علانية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

إن العلانية لا تقتصر على إشهار المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية بل تتعدى ذلك إلى الجلسة التي يتم فيها فتح الأظرفة والتي تكون بشكل علني حيث

يمكن للمترشحين الحضور إلى هذه الجلسة وقد أكدت على ذلك نص المادة 70 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاءت على النحو التالي:

"يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف المترشح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة، في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 66 من هذا المرسوم، وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المترشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمترشحين أو المتعهدين المعنيين"

ثالثا/ إعلان المنح المؤقت للصفقة

بعد فتح الأظرفة وتقييم العروض تقوم اللجنة المكلفة باختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بإعلان الفائز مؤقتا بالصفقة حتى يتسنى لباقي المترشحين تقديم طعن في هذا الإعلان أمام الجهة المختصة.

إن إعلان المنح المؤقت للصفقة يكون بنفس الكيفيات التي يتم بها إعلان الصفقة و قد أكدت الفقرة الثانية من المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ذلك ، حيث جاءت على النحو التالي :

" يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية".

أما المادة 82 من نفس المرسوم فقد حددت محتويات إعلان المنح المؤقت للصفقة في فقرتها الثانية على النحو التالي:

"... يجب على المصلحة المتعاقدة، السماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، وأن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية و المالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتا

ورقم تعريفه الجبائي، عند الاقتضاء ، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة" .

الفرع الثاني: مبدأ المساواة ما بين المترشحين

"يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونون على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم"(91).

"لتجسيد مبدأ المساواة بين المتنافسين يجب إيجاد نفس الفرص لكل من يتقدم إلى طلب العروض دون تمييز وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها، فقط ما استثنى بنص القانون المنظم لطلب العروض"(92).

إن تطبيق مبدأ المساواة يقوم أساسا على الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء -أولا- غير أن هذه القاعدة يمكن أن تخضع لاستثناءات ينص عليها القانون - ثانيا -.

أولا / الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء :

تقوم المصلحة المتعاقدة بوضع المعايير التي على أساسها تختار المتعامل المتعاقد والتي يتم إدراجها في دفتر شروط معد مسبقا، وفي هذا الإطار فقد حددت المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعايير التي يتعين على المصلحة المتعاقدة إتباعها حيث جاءت هذه المادة على النحو الآتي:

⁹¹ بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013/2014، ص 21.

⁹² نورة تريعة، حدود مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2021 ، ص 318.

" يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد و وزن كل منهما، مرتبطة بموضوع الصفقة و غير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

1/ إما إلى عدة معايير من بينهما :

- النوعية
 - آجال التنفيذ أو التسليم
 - السعر و الكلفة الإجمالية للاقتناء و الاستعمال
 - الطابع الجمالي و الوظيفي
 - النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل و المعوقين و النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة.
 - القيمة التقنية ،
 - الخدمة بعد البيع و المساعدة التقنية،
 - شروط التمويل، عند الاقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية،
- ويمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة .

2/ إما إلى معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك."

وحول محتوى دفتر الشروط المدرجة فيه المعايير الأنفة الذكر، فقد عرفته المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه يوضح الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية وهو يشتمل على ثلاثة أنواع من الدفاتر:

أ- دفاآر البنود الإدارية العامة

ب- دفاآر التعليمات التقنية المشتركة

آ- دفاآر التعليمات الخاصة

آانيا / الاستثناء من مبدأ المساواة ما بين المترشحين.

لا يمكن اللجوء لهذا الاستثناء إلا إذا نص عليه القانون وفي هذه الحالة فإن عدم المساواة ما بين المترشحين تكون لها اعتبارات تتعلق بتطوير القطاع الاقتصادي الوطني وهو الشيء الذي أكدت عليه المواد من 83 إلى 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي تدخل كلها في إطار ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج.

لقد منحت المادة 83 من المرسوم السالف الذكر هامش أفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، أما المادة 84 أوجبت أن تتضمن دفاآر الشروط المتعلقة بالصفقات العمومية الدولية إلزام المتعهدين الأجانب بالالتزام بالاستثمار في شراكة ، في حين أن المادة 87 قد منحت المؤسسات المصغرة أولوية الحصول على صفقات عمومية تشجيعا لها حينما تسمح طبيعة الصفقة بذلك .

الفرع الثالث: مبدأ حرية الوصول لطلبات العمومية

" تقوم أساس المنافسة الحرة في نظر الأستاذ Andrée de laubadere على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرفق العام. وترتبا على ذلك، فإن الإدارة لا يمكنها أن تمنع أحد الأفراد من التقدم لطلب العروض المعلن عنها، طالما أن المتقدم إستوفى الشروط المحددة في القانون ، وأي تفضيل وتمييز لأحد المتقدمين على

حساب الآخرين يؤدي إلى بطلان وعدم مشروعية الإجراءات، إلا إذا كان التفضيل على أساس قانوني محدد مسبقاً⁽⁹³⁾.

وعليه فإن حرية الوصول للطلبات العمومية تقوم على أساس فسخ المجال لجميع الأشخاص من أجل الإطلاع على شروط الصفقة والمشاركة فيها، وعلى هذا الأساس نصت المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي:

"تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه .

أما المادة 64 فنصت على ما يلي:

"يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة".

غير أن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يخضع لاستثناءات إذا ما تعلق الأمر بتطبيق نص قانوني .

لقد حددت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بالإقصاء المؤقت أو النهائي، حيث عدت هذه المادة حالات الإقصاء على النحو التالي:

✓ الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.

✓ حالة الإفلاس، التصفية، التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، الصلح.

✓ الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

⁹³ بوسعدية رؤوف، محمد أمين بوالجديري، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الخامس، 2019 ، ص 49.

- ✓ الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- ✓ الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
- ✓ الذين قاموا بتصريح كاذب.
- ✓ المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.
- ✓ المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية .
- ✓ المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش و مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجبائية، الجمارك، التجارة.
- ✓ الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.
- ✓ الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم .

المحاضرة الثالثة عشر

المطلب الثاني: طرق إبرام العقود الإدارية.

يتم إبرام الصفقات العمومية كأصل عام وفقا لإجراء طلب العروض الذي يقوم على مبدأ المنافسة ما بين المترشحين وبصفة استثنائية يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إجراء التراضي إذا ما توافرت الشروط القانونية لذلك وعلى هذا الأساس فقد نصت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي:

"تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي ."

الفرع الأول: طلب العروض .

إن دراسة إجراء طلب العروض يستدعي في مقام أول التعرض لتعريفه -
أولاً- ثم تبين أنواعه - ثانياً - .

أولاً/ تعريف طلب العروض.

عرف المرسوم الرئاسي رقم 15-247 طلب العروض بموجب المادة 40
منه على النحو التالي :

" طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة
متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن
عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى المعايير اختيار موضوعية، تعد
قبل إطلاق الإجراء .

ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض أو
عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة
ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات".

" يشكل إجراء طلب العروض قاعدة رئيسية في إبرام الصفقة العمومية،
فالعرض هو تعبير المتعهد عن إرادته الجازمة في الاشتراك في المنافسة، بعد أن
يدرس مركزه القانوني والاقتصادي فيقرر أن يتقدم للإدارة بهذا العرض وفقاً للشروط
التعاقدية المطروحة و تبعاً لما تملّيه عليه رؤيته الذاتية التي يمكن أن تنجم عن
علاقته مع الإدارة"(94).

"ويعرف إجراء طلب العروض في الأنظمة القانونية العالمية على أنه إجراء
يسمح بإسناد الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض ويعتبر طلب العروض

⁹⁴ زهير بن ذيب، تكريس مبدأ المساواة و المنافسة في الصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 و القانون
12-08 المعدل و المتمم للأمر 03-03 ، مجلة الآداب و العلوم الاجتماعية، العدد 02، المجلد 18، 2021، ص 56.

طريقة لإجراء الصفقات العمومية تتبعها الإدارة قصد الوصول إلى الطرف المتعاقد معها للقيام بعمل أو الحصول على توريدات ويعتبر أسلوب طلب العروض قريب من أسلوب المزايدة و المناقصة لأنه يستدعي أيضا المنافسة، لكن يختلف طلب العروض عن المناقصة والمزايدة كون أن الصفة العمومية في طلب العروض لا تكون مباشرة من نصيب العروض التي تقدم أدنى سعر، وإنما بهذه الطريقة تحاول الإدارة العمومية اختيار المتعاقد الذي يقدم ويحقق أحسن الشروط المالية و الفنية⁽⁹⁵⁾.

ثانيا / أنواع طلب العروض.

عددت المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أشكال طلب العروض في أربعة أنواع يمكن ذكرها على النحو التالي:

1/ طلب العروض المفتوح

عرفته المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه " إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا⁽⁹⁶⁾.

" يتضح من خلال هذا التعريف أن الإدارة تضع شروطا محددة في الإعلان من خلالها يمكن تقديم العروض من طرف المرشحين المؤهلين فقط، أي الذين توفر فيهم الشروط المطلوبة و الموضحة في الإعلان، يمثل هذا النوع من الإجراء تكريسا حقيقيا و واضحا و شفافا لمبدأ المنافسة من خلال منح الفرصة لكل

⁹⁵ عيشة خلدون، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 10، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2018 ، ص 165.

⁹⁶ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

المرشحين المتنافسين من أجل الفوز بالصفقة، .. حيث يسمح لأكبر عدد ممكن من المتعاونين بالمشاركة ويمثل الأسلوب و الأمثل لتجسيد مبدأ المنافسة الحرة⁽⁹⁷⁾.

2/ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

عرفته المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه:

" إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة" .

"على العموم فإن هذا النوع من أشكال طلب العروض وإن كان يضمن حصر المشاركة فيمن تتوفر فيهم درجات محددة من الكفاءة و التخصص أو التأهيل دون غيرهم، و بالتالي تقلل من عبء المقارنات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في حالة طلب العروض المفتوح، إلا أنه يتطلب من جهة أخرى معرفة دقيقة بالسوق و بمواصفات الخدمة المطلوبة، ذلك أن وضع شروط يعني التخصيص و التخصيص يتطلب معرفة دقيقة بالحاجة، من حيث طبيعتها وخصائصها ومدى توفر المنافسة بشأنها⁽⁹⁸⁾.

3/ طلب العروض المحدود

عرفته المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 على أنه :

" إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد .

⁹⁷ عيساوي محمد و توفيق بوسبعين، مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، العدد 02، المجلد 06 ، 2020 ، ص 1433.

⁹⁸ جبابلة عمار، إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15- 247، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018 ، ص 179 .

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة منهم".

"على عكس طلب العروض المفتوح، .. لا يسمح تقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة، ويتم اختيارهم مسبقا في شكل الانتقاء القبلي، ويتم الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة" (99).

4/ المسابقة :

عرفتها المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنها:

" إجراء يصنع رجال الفن في منافسة لاختيار ... مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة."

الفرع الثاني : التراضي .

إن دراسة مفهوم إجراء التراضي تقتضي تحديد تعريفه - أولا - و تبيان أنواعه - ثانيا - .

أولا / تعريف التراضي:

"جعل المشرع من طريق التراضي أسلوبا استثنائيا قرر لأسباب موضوعية تدفع المصلحة المتعاقدة في حالات وفي ظروف محدودة الحق في اختيار المتعامل

99 فاطمة عاشور، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، العدد 01، 2018، ص 100.

المتعاقد متحررة من تلك الشكليات والقواعد الإجرائية التي تقوم عليها طريقة طلب العروض" (100).

عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إجراء التراضي على أنه:

" إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، و يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة "

"من الوهلة الأولى يظهر بأن أسلوب التراضي يتعارض مع مفهوم المنافسة ومبدأ الشفافية... إلا أن المشرع وتداركا منه لما يمكن أن يحدث من تجاوز أعطى الحرية للإدارة في اختيار المتعامل، فقد حد من حرية الإدارة وقيدها من جانبيين، الجانب الأول هو حصر الحالات التي يتم اللجوء فيها للتراضي أما الجانب الثاني هو تحديد أشكال التراضي واتخاذها كقاعدة استثنائية" (101).

ثانيا / أنواع التراضي.

ينقسم التراضي إلى نوعين تراضي بسيط وتراضي بعد الاستشارة.

1/ التراضي البسيط:

حددت المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حالات التراضي البسيط و التي يمكن إجمالها فيما يلي :

✓ عدم إمكانية تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية .

¹⁰⁰ لشهب صفاء، لشهب سلمى، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247،

مجلة الإبداع، العدد 01، المجلد 10، 2020، ص 72.

¹⁰¹ فاطيمة عاشور، مرجع سابق، ص 101.

✓ حالة الاستعجال الملح المحلل بوجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي بشرط عدم توقع ظرف المسبب للاستعجال ولا تكون نتيجة مناورات مماثلة من طرفها .

✓ حالة التمويل المستعجل المخصص لضمان توفير حاجات السكان الأصلية بشرط عدم توقع المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات منها .

✓ عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا.

✓ عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا تجاوز مبلغ عشرة ملايين دج أو لاجتماع الحكومة إذا كان أقل.

✓ عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حق حصري للقيام بمصلحة الخدمة العمومية .

2/ التراضي بعد الاستشارة :

حددت المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى هذا الإجراء:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية .
- في حالة صفقات للدراسات و اللوازم و الخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء لطلب العروض (موضوع الصفقة، ضعف مستوى المنافسة، الطابع السري للخدمات).
- حالة صفقات الأشغال التابعة للمؤسسات العمومية السياسية في الدولة .
- حالة صفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب العروض .
- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجيات التعاون الحكومي.

المحاضرة الثالثة عشر

المبحث الثالث: تنفيذ العقد الإداري

إن إبرام العقد الإداري يولد لكلا طرفي العلاقة التعاقدية حقوقا وواجبات من أجل تنفيذ العقد، فتملك المصلحة المتعاقدة عدة سلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد معها (مطلب أول) كما للمتعامل المتعاقد حقوقا يكتسبها نتيجة تنفيذه للعقد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها

إستنادا لفكرة المصلحة العامة التي يقوم عليها المرفق العام تملك الإدارة سلطة الرقابة على العقد الإداري- فرع أول- وكذا الحق في تعديله- فرع ثاني- إضافة لسلطة توقيع العقوبات من أجل ضمان تنفيذ العقد الإداري- فرع ثالث- كما يمكن أن يصل حدّ هذه السلطات لأخطر سلطة تمارسها المصلحة المتعاقدة والمتمثلة في فسخ العقد الإداري- فرع رابع-.

الفرع الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة

"يحمل مفهوم الرقابة على العقد الإداري معنيين، معنى ضيق يتمثل في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد وطبقا لشروطه، ومعنى آخر يتجاوز المعنى الضيق ويسمح للإدارة بأن تتدخل بدرجة تفوق حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد عن طريق التدخل في كيفية تنفيذ العقد" (102).

"إن أساس سلطة الرقابة يتجسد في فكرة المرفق العام، حيث أن مبدأ سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد هو الذي يعطي الحق لجهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد....وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها: إن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص هو إحتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، دون أن يحتج الطرف

¹⁰² سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 2017/10، ص 533.

الأخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يقيد الإدارة في تعديل العقد الإداري سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب على المصلحة الخاصة" (103).

يتم ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري عن طريق سلطتي الإشراف والتوجيه. يمكن تعريف سلطة الإشراف على أنها: "تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ الالتزامات العقدية على النحو المتفق عليه، وتتعدد صور الإشراف حسب نوع الصفقة العمومية ففي صفقة الأشغال يقصد بالإشراف مراقبة تنفيذ التصميمات للمشاريع الهندسية وفق الأسس الفنية إستنادا إلى رسومات ووثائق المشروع ويشتمل على نوعين فإما أن يكون الإشراف دوري عن طريق مرور المهندس على موقع المشروع أثناء التنفيذ بغرض إبداء الملاحظات والتنفيذ أو القيام بالإطلاع على السجلات والوثائق الخاصة بالورشة ومتابعة تقدمها ونوعية السلع المستعملة أو أن يكون الإشراف كاملا ويقصد به وجود المهندس بصفة دائمة في موقع المشروع (104).

أما بالنسبة لسلطة الإدارة في توجيه المتعاقد معها فيمكن إعتبارها: "على أنها توجيه المتعاقد معها لسلوك طريق معين للتنفيذ بما تراه المصلحة المتعاقدة أكثر ملائمة للصالح العام حتى وإن لم يكن هذا الطريق منصوحا عليه في العقد، لأن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في إمكانية التعديل الانفرادي للعقد الإداري تكفل لها ذلك، وبتدخل الإدارة في طرق وأوضاع التنفيذ بممارسة سلطة التوجيه إنما تتجاوز حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد (105).

بالنسبة للنظام القانوني الجزائري، تجد سلطة الرقابة على العقود الإدارية أساسها القانوني بموجب المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على مايلي:

¹⁰³ سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص 30.

¹⁰⁴ خالدي عمر، سلطة الرقابة كآلية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 01، 2021، ص 1139 و ص 1140.

¹⁰⁵ بن حفاف سلام، العقود ساعد، مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 02، 2021، ص 427.

" تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

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

الفرع الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد

إذا كان الأصل في العقود التي يحكمها القانون الخاص تقوم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون كما أوردته المادة 106 من القانون المدني، فإن العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام تعطي إمتيازاً بإمكانية التعديل الانفرادي للإدارة وأساس ذلك فكرة المصلحة العامة التي يقوم عليها المرفق العام.

" أقر القضاء الإداري الفرنسي للإدارة بسلطة تعديل عقود الامتياز من جانب واحد بداية من قرار مجلس الدولة المؤرخ في 10/01/1902 المتعلق بقضية " **Société** **Nouvel du Gaz D'eville – Les- Rouen** التي أقر فيه بحق الإدارة في إلزام الشركة بتغيير وسيلة الانارة من الغاز إلى الكهرباء بعد ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي صراحة سلطة الإدارة في تعديل هذا العقد لأجل تحقيق المصلحة العامة في قراره الصادر في 11/03/1910 في قضية **Compagnie General Française Des Tramways** (106).

"يرى الدكتور فؤاد مهنا أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء وأنه حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة لكل العقود الإدارية حتى ولو لم ينص عليه في العقد، ويحق للمتعاقد المضروب من التعديل تعويضه إذا

¹⁰⁶ محفوظ عبد القادر، التعديل الانفرادي لبعض العقود الإدارية: دراسة مقارنة، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 01، المجلد 01، جامعة وهران 2، بدون سنة، ص 112 و ص 113.

أثبت أن الظروف التي إستجبت وأدت إلى تعديل شروط العقد كانت موجودة وقت التعاقد أو أن الإدارة أصدرت قرارات تعسفية " (107).

وحتى تتمكن الإدارة من تعديل عقودها، ينبغي أن تتوفر مجموعة من الشروط التي يمكن إجمالها فيما يلي: (108).

- إقتصار تعديل العقد على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته
- وجود ظروف قد إستحدثت بعد إبرام العقد
- الإلتزام بموضوع العقد
- إحترام قواعد المشروعية.

يجد حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أساسه القانوني في نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي أتاحت إمكانية إستعمال تقنية الملحق لتعديل المصلحة المتعاقدة لعقد الصفقة العمومية، حيث عرفته على النحو الآتي:

" يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ".

وحتى يتم اللجوء إلى الملحق فإنه يتعين توفر الشروط الآتية: (109)

- يجب أن يكون الملحق مكتوبا لأنه وثيقة تابعة للصفقة،
- عدم تأثير الملحق على التوازن المالي للصفقة،
- أن يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة،
- يتم إبرام الملحق في آجال تنفيذ الصفقة إلا في حالة ظروف غير متوقعة إستدعت التمديد أو إبرام ملحق عديم الأثر المالي، أو عدم إمكانية إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية.

¹⁰⁷ سيف سعد مهدي الدليمي، مرجع سابق، ص: 82.

¹⁰⁸ -مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص: 117-118-119.

¹⁰⁹ - جدي مراد، شريط وليد، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الأشغال العامة، مجلة أفاق للعلوم، العدد 12، جوان 2018، ص 52.

الفرع الثالث: سلطة توقيع العقوبات

تخذ العقوبات المطبقة على المتعامل المتعاقد إحدى الصورتين فيما أن تتمثل في عقوبات مالية -أولا- أو عقوبات ضاغطة -ثانيا-.

أولا/ العقوبات المالية:

" هي مبالغ مالية محددة سلفا تلزم الإدارة بها المتعاقد الذي أخل بالتزاماته وتختلف الجزاءات المالية في العقود الإدارية عن تلك الجزاءات المقررة في القانون الخاص في أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها بغير حاجة إثبات ما لحقها من ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد " (110).

إن سلطة توقيع العقوبات المالية تجد مصدرها القانوني في نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاءت على النحو الآتي:

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به."

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الاعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط....".

ثانيا/ الجزاءات الضاغطة:

" تعتبر الجزاءات الضاغطة من الوسائل القهرية التي تلجأ إليها الجهة المتعاقدة لضمان سير المرفق العام، فهي من الوسائل الأشد قسوة عن الجزاءات المالية، إذ لا تلجأ إليها الإدارة إلا إذا أخل المتعاقد بتنفيذ العقد إخلالا خطيرا" (111).

تقوم الإدارة بممارسة سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة عن طريق سحب العمل من المتعامل المتعاقد إذا ما أخل بالتزاماته حيث أن هذه السلطة تجد مصدرها في نص المادة

¹¹⁰ - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 165.

¹¹¹ هاشمي فوزية، سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الاغواط، العدد 03، المجلد 02، ص 381.

3/35 من دفتر الشروط الإدارية والعامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل والتي نصت على ما يلي⁽¹¹²⁾:

"...إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس، بإستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر".

الفرع الرابع: الفسخ

يعرف الفسخ على أنه: " ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك إستبعاد المتعاقد نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد " ⁽¹¹³⁾.

" تعتبر سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية من أهم مظاهر السلطة العامة المقررة لها في جال تنفيذ الصفقات العمومية، تمارسها بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء لذلك يعد الفسخ من أخطر الامتيازات المقررة للمصلحة المتعاقدة على عقود الصفقات العمومية إجمالاً، لأنه يهدف إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد الأمر الذي يؤثر سلباً على تنفيذ مضمون العقد، خاصة وأنه يتضمن إشباع حاجة عامة للمواطنين " ⁽¹¹⁴⁾.

ولما كان الفسخ من جانب الإدارة من أكثر السلطات خطورة فقد أحاطه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بعناية خاصة حيث نظمته بموجب المواد من 149 إلى غاية المواد 152.

مايميز المواد المنظمة لعملية الفسخ إقتصارها على نوعين، فسخ من جانب واحد وفسخ إتفاقي.

¹¹² صوفية عياد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 09، 2018، ص 589.

¹¹³ محمد الصادق قايسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائري للصفقة العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، ديسمبر 2018، ص 436.

¹¹⁴ سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05، 2020، ص 309.

1/ بالنسبة للفسخ من جانب واحد:

ينقسم بدوره إلى قسمين:

- فسخ ناجم عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، نصت على أحكامه نص المادة

149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ومن شروطه:

* عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية.

* ضرورة توجيه إذار للمتعاقد ليفي بإلتزاماته في أجل محدد.

* في حالة عدم تدارك المتعاقد تقصيره في الأجل المحدد للإذار يتم فسخ الصفقة

من جانب الإدارة سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية.

-فسخ ناجم عن إعتبارات المصلحة العامة ونصت على أحكامه نص المدة 150 من

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ومن شروطه:

* أن يكون سبب الفسخ هو اعتبارات المصلحة العامة.

* أن لا يكون هناك خطأ من المتعامل المتعاقد.

2/ بالنسبة للفسخ بالاتفاقي:

نصت على أحكامه المادة 159 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي جاءت

على النحو التالي:

"" زيادة على الفسخ من جانب واحد يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة

العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط

المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض ."

المطلب الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد

حتى يقوم المتعامل المتعاقد بإلتزاماته المحددة في العقد لابد على الإدارة أن تمنحه

مقابلا ماليا على ذلك (الفرع الأول) ولابد أن تحافظ له على حقه في الوزن المالي إذا ما

حدث هناك مستجدات خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي:

" إن الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد، وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع العقد الإداري....والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة قد تدفع جانبا من هذا المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ خاصة إذا كان هذا التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات ومتسعا من الوقت وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء إلتزاماته " (115).

" وفي الواقع فإن المقابل المالي هو الدافع الحقيقي من جانب المتعامل المتعاقد لإبرام العقد الإداري، ذلك أنه يسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح، وهو أمر طبيعي ومشروع ومن المستقر عليها فقها وقضاء أنه لايجوز للإدارة المتعاقدة المساس بالمقابل المادي للمتعاقد أو حقوقه المالية عموما، ويتخذ المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها، صورا متعددة بحسب نوع وطبيعة العقد " (116).

يجد المقابل المالي أساسه القانوني في نص المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصت على ما يلي:

" تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/ أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب ".

لقد حددت المادة 109 المقصود بكل من التسبيق، الدفع على الحساب والتسوية على الرصيد الحساب كما يلي: (117)

- **التسبيق:** هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة.

¹¹⁵ - ماجد راغب الخلو، مرجع سابق، ص 194.

¹¹⁶ بيو خلاف، الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة

محمد الصديق بن يحي جيجل، العدد 06، جوان 2018، ص 465.

¹¹⁷ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- **الدفع على الحساب:** هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة.

- **التسوية على رصيد الحساب:** هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

الفرع الثاني: الحق في التوازن المالي

" إذا ما طرأت أحداث ووقائع أثناء تنفيذ الصفقة بصورة تكون معها مواصلة إنجاز الصفقة وإتمامها مرهقة كثيرا بالنسبة للمتعاقل المتعاقد، كأن ترتفع أسعار مواد البناء بصورة كبيرة وغير متوقعة مما يجعل المقاول في عقد الأشغال العامة في صعوبات مالية تهدد التوازن المالي للصفقة، فإن الأمر يستلزم تدخل الإدارة المتعاقدة لتدعم ماليا المتعاقد معها"⁽¹¹⁸⁾.

يجد الحق في التوازن المالي أساسه القانوني في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على ما يلي:

".... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...."

يستند الحق في التوازن المالي على أساس نظريتين، نظرية فعل الأمير - أولاً- ونظرية الظروف الطارئة - ثانياً-.

أولاً/ نظرية فعل الأمير:

" يذهب معظم فقهاء القانون الإداري إلى القول بأن نظرية عمل الأمير تحمل في طياتها معنيين أحدهما واسع والآخر ضيق، ويقصد بالمعنى الأول أي المعنى الواسع كل تدخل من جانب السلطات العامة يكون من شأنه التأثير بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد، أما

¹¹⁸ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 88.

المعنى الثاني وهو المعنى الضيق فغالبا ما يكون متعلقا بمصدر العمل فيجب أن يكون العمل صادرا من الإدارة المتعاقدة وأن تكون نتيجته التأثير في تنفيذ العقد " (119).

" من التطبيقات القضائية في هذا المجال قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1939/04/28 في قضية بين الدولة وشركة السكك الحديدية، بموجب الدعوى المقدمة من الشركة ضد التعديل الذي حدث نتيجة صدور قانون بتاريخ 16 جويلية 1935 الذي خفض نفقات الدولة بنسبة 10%، فقامت الدولة بإسترداد مرفق السكك الحديدية في مقابل مبالغ سنوية تدفعها للشركة، ف قضى المجلس حسب تقرير المفوض " Josse " بتعويض الشركة تعويضا كاملا لتوفر شروط نظرية فعل الأمير " (120).

تستدعي نظرية فعل الأمير توافر الشروط التالية:

- صدور العمل عن الجهة الإدارية المتعاقدة:

" إستقر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 04 مارس 1949 في قضية مدينة Toulon على تأكيد ذلك بقوله أن نظرية عمل الأمير لا تشمل إلا ما ينتج عن الإجراءات التي يتخذها الشخص العام، ويعد هذا الحكم عدولا عن مجلس الدول عن إتجاهه السابق الذي كان يقضي فيه بتعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار إستنادا إلى نظرية عمل الأمير عن أعمال صادرة عن جهة إدارية أخرى أجنبية " (121).

- أن يكون إتخاذ الإجراء مشروعا:

" أي أن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة تترتب على أساس المسؤولية العقدية بلا خطأ بإختلال التوازن المالي للعقد، وليس على أساس المسؤولية بخطأ بفعل ممارسة الإدارة لسلطتها على نحو غير مشروع كعدم إستهداف المصلحة العامة " (122).

¹¹⁹ مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد اداري، مجلة المشكاة في الاقتصاد، التنمية والقانون، العدد 10، المجلد 05، 2019، ص 248.

¹²⁰ مولود محمودي، التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، المجلد 06، 2020، ص 1448.

¹²¹ - مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، مرجع سابق، ص 252.

¹²² - مولود محمودي، قويدر منقور، مرجع سابق، ص 1450.

- قلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب: (123).

"يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب على التصرف المشروع للإدارة أو المصلحة المتعاقدة، زيادة أو إرتفاع تكاليف الصفقة بصورة كبيرة يجعل تنفيذها أمراً مرهقاً، رغم أنه لم يعد مستحيلاً."

يترتب عن تطبيق نظرية فعل الأمير حصول المتعامل المتعاقد على تعويض نتيجة الاختلالات المالية التي مسته وبالتالي مواصلة تنفيذ العقد.

ثانياً/ نظرية الظروف الطارئة

" يقصد بنظرية الظروف الطارئة أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، فإن الإدارة تلتزم بتعويضه جزئياً وبصفة مؤقتة، وإما بتعديل شروط العقد للتطيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالإستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق ولا تقوم هذه النظرية على أساس العدالة في معاملة المتعاقد مع الإدارة بقدر قيامها على أساس ضمان إستمرار سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراب " (124).

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ما يلي:

- يجب أن لا يكون للحدث الطارئ علاقة بأحد طرفي العلاقة التعاقدية، فلا يكون المتعامل المتعاقد قد تسبب في هذا الحادث ولا تكون المصلحة المتعاقدة سبباً في حدوث الظرف وإلا تم إعمال نظرية فعل الأمير.

- يجب أن يكون الحادث غير متوقع وقت إبرام العقد وإلا لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

- أن يكون الضرر مرهقاً وليس مستحيلاً وإلا يتم تطبيق نظرية القوة القاهرة.

إن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة يجده مصدره في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي جاءت على النحو التالي:

¹²³ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 91.

¹²⁴ - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 204.

".... غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

المحاضرة الرابعة عشر

المبحث الرابع: نهاية العقد الإداري

ينتهي العقد الإداري إما نهاية عادية (مطلب أول) أو نهاية غير عادية (مطلب ثاني)

المطلب الأول: النهاية العادية للعقد الإداري

ينتهي العقد الإداري بتنفيذه من قبل المتعامل المتعاقد (الفرع الأول) أو بإنهاء الأجل المحدد له (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:إنهاء العقد بتنفيذه

" الأصل العام أن ينتهي العقد الإداري وينقضي بتمام تنفيذه أي ترتيب جميع آثاره، من حيث وفاء كل من الطرفين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بالالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقه، فعقد الأشغال العامة ينقضي وينتهي بإنحلال الرابطة التعاقدية نظرا لإنجاز المقاول جميع الاشغال وفقا للمواصفات الواردة بالصفقة المراقبة من طرف المصالح التقنية للإدارة من جهة، والتسوية المالية النهائية من طرف الإدارة من جهة أخرى " (125).

وضحت المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إنهاء العقد بالتنفيذ عن طريق الاستلام، بحيث نصت على ما يلي:

" عند إنتهاء الخدمات موضوع الصفقة، يجب على المتعامل المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بتاريخ إنهاؤها.

ويتم عندئذ القيام بالعمليات القبلية للإستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط والصفقة وتدون نتائج هذه العملية في محضر .

¹²⁵ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص103.

وبناء على هذا المحضر، تقرر المصلحة المتعاقدة إما إستلام الصفقة وإما عدم إستلامها".

الفرع الثاني: إنتهاء العقد بإنتهاء الأجل المحدد له:

" يتمثل الأجل التعاقدى في الفترة التي من خلالها يجب أن تنفذ الصفقة ونكون بصدد التحدث عن أجل التسليم عندما يكون المنتج مصنع مسبقا، كما هو الحال بالنسبة للتوريدات ...، أما فيما يخص صفقات الخدمات نكون نتحدث عن أجل الرد"(126).

لقد أشارت المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى أجل تنفيذ العقد على النحو التالي:

" يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:
....أجل تنفيذ الصفقة...."

المطلب الثاني: النهاية الغير عادية للعقد الإداري

ينتهي العقد الإداري نهاية غير طبيعية بتوقف تنفيذه رغم عدم نهاية المدة المحددة له وذلك بفسخ العقد ويتنوع الفسخ إلى عدة أنواع وهي:

- فسخ إتفاقي:

حيث يتفق أطراف العلاقة التعاقدية على إنهاء العقد قبل إتمام تنفيذه أو نهاية مدته.

- فسخ من جانب واحد:

وقد سبق ذكر ذلك فيما يخص سلطات المصلحة المتعاقدة، أين تقوم الإدارة بفسخ العقد إما نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية بعد إعداره، وفسخ يكون نتيجة إقتضاء المصلحة العامة.

¹²⁶ مزان حورية، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 65.

- الفسخ القضائي:

" يملك القاضي الإداري الحكم بفسخ الصفقات العمومية بناء على خطأ الإدارة على أساس طلب المتعامل المتعاقد، وهو أخطر الجزاءات التي تتعرض لها المصلحة المتعاقدة، حيث لا يحكم القاضي للإداري بهذا الجزاء إلا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة " (127).

- الفسخ التلقائي (128):

" وهو الفسخ الذي يتم بقوة القانون إما لوجود نص بالعقد يقضي بفسخه إذا تحققت ظروف معينة، وإما بسبب هلاك موضوع العقد بقوة قاهرة " .

¹²⁷ بن أحمد حورية، سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع،

2016، ص 466.

¹²⁸ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص: 212.

الخاتمة:

يكتسي مقياس القرارات والعقود الإدارية أهمية بالغة في تعزيز معارف الطالب الجامعي في المادة الإدارية بحيث يبين له الجانب الموضوعي للنشاط الإداري المرتب للآثار القانونية.

من خلال هذه المطبوعة تم التركيز على مختلف الجوانب القانونية التي يتعين على الطالب إدراكها حول التصرفات القانونية ولهذا الغرض تم تقسيم محاور هذه المطبوعة على كل من القرار الإداري بإعتباره تصرف إنفرادي صادر عن السلطة الإدارية وكذا العقد الإداري .

بالنسبة للمحور الأول فقد تم تحديد مفهوم العقد الإداري من خلال إبراز تعريفه، أنواعه وتمييزه عن باقي الأعمال القانونية وكذا تحديد الشروط التي يقوم عليها القرار الإداري. كما تناول هذا المحور التعرض للنظام القانوني الذي يحكم القرارات الإدارية عن طريق تبيان مسألة سريان القرار الإداري والتي تستدعي توضيح الم المقصود بنفاذ القرار الإداري وتنفيذه وكذا نهايته.

أما بالنسبة للمحور الثاني فقد خصص لدراسة مفهوم العقد الإداري من خلال التعرض لتعريف العقد الإداري وتحديد أنواعه وكذا تناول النظام القانوني الذي تقوم عليه العقود الإدارية التي حدد لها المشرع الطريق الذي من خلاله يمكن إبرامها، تنفيذها و كذا نهايتها. لقد حاولنا من خلال هذه المطبوعة الوقوف على الأساسيات التي يحتاجها الطالب كمادة علمية من أجل تحضيره للسداسي المقبل الذي يدرس فيه مقياس المنازعات الإدارية، فالتصرفات القانونية كما هو معلوم تخضع للرقابة القضائية.

من بين أهم النتائج التي تم التوصل إليها في هذه المطبوعة والتي نعتبرها جوهرية ما

يلي:

- عدم تعريف المشرع الجزائري للقرار الإداري بشكل صريح وإكتفائه بإبراز المعيار العضوي كأساس لتكوين القرار الإداري، أي نكون أمام قرار إداري متى صدر من سلطة إدارية كما هو محدد في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو معيار إختصاص القاض الإداري.

- على عكس القرار الإداري فإن العقد الإداري قد عرف تطورا من حيث تعريفه ومعالجته من قبل المشرع الجزائري الذي أخذ بالمعيارين المادي والعضوي وهو ما إنتهجه القضاء الإداري الجزائري.

- تنوع النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية، فهي لا تخضع لنظام قانوني واحد يحكمها لكنها تشترك من حيث خضوعها لإختصاص القاضي الإداري.

إن الدارس لمقياس القرارات والعقود الإدارية سوف يلاحظ طغيان الجانب القانوني في دراسة العقود الإدارية بالنظر للقرار الإداري أين غلب عليه الجانب النظري ولعل ذلك يعود إلى أن القرارات الإدارية سوف تكون محور دراسة في السداسي المقبل عن طريق دعوى الإلغاء أين سوف يتوسع الطلبة في فهم مختلف جوانب القرار الإداري عن طريق التطبيقات القضائية.

قائمة المصادر

أولا/الدساتير:

-الدستور الجزائري لسنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020

ثانيا/القوانين:

-القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وعمله، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 01 جوان 1998.

-القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة في 13 يناير 1988.

- قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد رقم 21.

ثالثا/ المراسيم:

-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

قائمة المراجع

أولا/الكتب:

- أنس جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2004 .
- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.
- سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، 2017.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2009 .
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.

-محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

-نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

ثانيا/رسائل الدكتوراه:

-بورايو محمد، السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة و الثنائية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، جوان 2019.

-خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014/2015.

-عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011 / 2012.

ثالثا/مذكرات الماجستير:

-بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013/2014.

-بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010 / 2011.

-سلام عبد الحميد محمد زنكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كلية القانون والسياسة، 2008.

-صلاح إبراهيم الرواشدة، الشكل والإجراءات في قرارات السحب في النظام القانوني الأردني، دراسة مقارنة بالنظام القانوني المصري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2020.

-عبد الحميد أحمد الواحدي، نفاذ القرار الإداري في ضوء أحكام القضاء الإماراتي، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، السنة الجامعية 2018.

-عصام محمد القضاة، نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد، دراسة مقارنة وتطبيقية في القانون الأردني، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة مؤتة، 2011.

-علي عثمان، رقابة القاضي الإداري في الجزائر على ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة ماجستير، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012/2013.

-مزان حورية، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2012-2013.

-مول الضاية خليل، القضاء الإداري الاستعجالي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013.

رابعاً/المقالات:

-بن أحمد حورية، سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، 2016.

-بن حفاف سلام، العقون ساعد، مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 02، 2021.

- بوسعدية رؤوف، محمد أمين بوالجديري، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الخامس، 2019 .
- بيو خلاف، الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، العدد 06، جوان 2018.
- جدي مراد، شريط وليد، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الاشغال العامة، مجلة أفاق للعلوم، العدد 12، جوان 2018.
- جوادي إلياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الإجتهد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 9، 2015.
- خديجة حرمل، نفاذ القرار الإداري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الأول، جانفي 2017.
- جبالة عمار، إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018 .
- خالدي عمر، سلطة الرقابة كآلية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 01، 2021.
- زيان محمد أمين، ذبيح زهيرة، موفق المشرع الجزائري من معايير تحديد العقد الإداري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12.
- زهير بن ذيب، تكريس مبدأ المساواة و المنافسة في الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 و القانون 08-12 المعدل و المتمم للأمر 03-03 ، مجلة الآداب و العلوم الاجتماعية، العدد 02، المجلد 18، 2021.
- سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 10/2017.
- سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05، 2020.

- سيدي محمد ولد أب، صديقي محسن لمين، تأثير السلطة التشريعية على عمل السلطة التنفيذية في التعديل الدستوري الجزائري رقم 01/16، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، العدد 06، سبتمبر 2018.
- شريط وليد، بوزيفي شريفة، الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد الخامس.
- صوفية عياد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 09، 2018.
- عبد الرحمن بن جيلالي، مفهوم دعوى الإلغاء و تمييزها عن الدعاوى الإدارية الأخرى ، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، العدد السابع، مارس 2020.
- عبد الصديق شيخ، أشكال تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020.
- عبد الرحمن مويدي، عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري و أثره عند الحكم في دعوى الإلغاء، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 04، 2021.
- عبد اللطيف رزايقية، القرار الإداري محل الخصومة الإدارية كشرط لقبول دعوى الإلغاء، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، العدد 2، المجلد 6، ديسمبر 2019.
- عيساوي محمد وتوفيق بوسبعين، مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 02، المجلد 06، 2020.
- عيشة خلدون، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 10، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2018 .

- غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه، دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013.

- فاطيمة عاشور، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، العدد 01، 2018.

- قتال منير، عنصر الاختصاص في القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، 2017.

- قرينعي جميلة، دعوى الإلغاء والقرارات الإدارية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد العاشر، جوان 2018.

- لشهب صفاء، لشهب سلمى، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الإبداع، العدد 01، المجلد 10، 2020.

- محفوظ عبد القادر، التعديل الانفرادي لبعض العقود الإدارية: دراسة مقارنة، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 01، المجلد 01، جامعة وهران 2، بدون سنة.

- محمد الصادق قايسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، ديسمبر 2018.

- مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد اداري، مجلة المشكاة في الاقتصاد، التنمية والقانون، العدد 10، المجلد 05، 2019.

- معتوق أم الخير، خصوصية معيار المرفق العام في قواعد القانون الإداري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 02، 2018.

- مولود محمودي، التوازن المثالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، المجلد 06، 2020.

- نؤارة تريعة، حدود مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2021.

- نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبد الحليم السلامات، " نفاذ القرار الإداري الإلكتروني،
مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013 .
- هاشمي فوزية، سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها،
المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الاغواط، العدد 03،
المجلد 02.