

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة ابن خلدون - تيارت -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر  
الشعبة: الحقوق  
التخصص: علوم إدارية

بعنوان:

## مسؤولية الإدارة عن عقودها الإدارية

تحت إشراف:  
-الدكتور عميري أحمد

من إعداد الطالبين:  
- فغولي عماد الدين  
- بونوة خالدية ليندة

### لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر أ	د: سليمي الهادي
مشرفا مقررا	أستاذ مساعد أ	د: عميري أحمد
عضوا مناقشا	أستاذ مساعد أ	د: عزوزة سليم

السنة الجامعية: 2018-2019

# إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى من سهر لراحتي، وتكابدا  
الصّعب لأجلي إليكما أُمي وأبي حفظكما ربي ورعاكما، وأطال  
في عمركما، وأمدكما بالصحة والعافية.

كما أهديه لأخوتي، خالد وعبد القادر وزوجاتهما.

وإلى صديقتي خيرة.

وإلى زميلي في المشوار الدراسي فغولي عماد الدين.

ليندة

# إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين  
واللذين

بفضلهما خلقت وبرعايتهما ترعرعت وبنصائحهم عملت وعلى  
طاعتهما حرصت أطال الله في عمرهما... آمين.

...إلى كل إخوتي وأفراد عائلتي و جميع الأهل والأقارب.

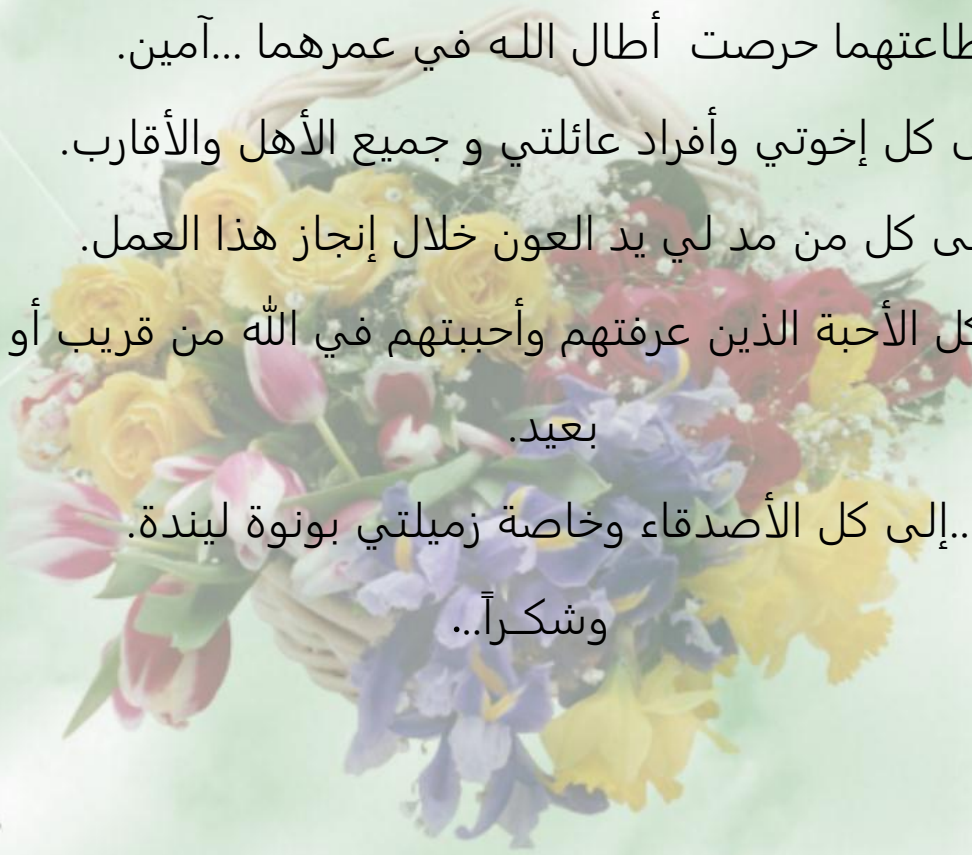
...إلى كل من مد لي يد العون خلال إنجاز هذا العمل.

...إلى كل الأحبة الذين عرفتهم وأحببتهم في الله من قريب أو  
بعيد.

...إلى كل الأصدقاء وخاصة زميلتي بونوة ليندة.

وشكراً...

# تحيات



# شكر و عرفان

إلهي

لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك... ولا تطيب  
اللحظات إلا بذكرك... ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك... ولا تطيب  
الجنة إلا برؤيتك جل جلالك.  
إلى:

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة... ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور  
العالمين سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام.

و نتقدم بجزيل الشكر أيضا إلى الأولياء الكرماء الذين لم يدخروا  
النفيس و الغالي من اجل تربيتنا و تعليمنا.

لا يسعنا هنا إلا أن نرفع أسمى عبارات الشكر والتقدير إلى أستاذنا  
المشرف "عميري أحمد" عرفانا على ما أولاه لنا من حرص واهتمام  
بهذا العمل من توجيه وإرشاد لإتمام عملنا هذا.

كما نتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة المناقشة لقبول قراءة مذكرتنا  
وإلى كل أساتذة وعمال الكلية.

قائمة المختصرات :

1 - باللغة العربية :

ص: صفحة

ط : طبعة

ص.ع : الصفقات العمومية

ن.ر.ص.م.ع : النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2- باللغة الفرنسية

L.G.D.S : les gens du son

مقدمه

تحوز الإدارة العامة في سبيل القيام بأعمالها الإدارية سواء تعلق الأمر بتسيير المرفق العام أو باستغلال أموالها وتصريف شؤونها اليومية على مجموعة من الوسائل القانونية ، إلى جانب الوسائل المادية والبشرية ، وهي مجموعة من التصرفات القانونية التي تجريها لمباشرة مهامها ، والتي يترتب عليها آثار قانونية تتعلق بأوضاع ومراكز قانونية ، وترتب كذلك حقوق والتزامات ، وتنقسم هذه التصرفات القانونية إلى طائفتين : التصرفات القانونية التي تصدر من جانب واحد والمسماة بالقرارات الإدارية و القرار الإداري هو العمل القانوني

الانفرادي الصادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني لتحقيق المصلحة العامة.

أما التصرفات الرضائية التي تصدر من جانبين أو طرفين أو أكثر تسمى بالعقود ، حيث لكل طائفة منها نظامها الخاص ، ففي العقد الإداري تلجا الإدارة إلى الاتفاق مع الأفراد أو المؤسسات المختلفة ، فيتولد بينهما عقود تحدد حقوق والتزامات كل طرف كنهما ، فالإدارة العامة تكون دائما في حاجة لإبرام العديد من العقود لتسيير نشاطها من أجل تحقيق المصلحة الوحيدة التي أسست من أجلها ألا وهي المصلحة العامة ، حيث يعد العقد الإداري إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير المرافق العامة ، فهي عقود تخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري ، حيث يمكن تعريف العقد الإداري بأنه : " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام " ، كما عرف العقد الإداري الدكتور طه إبراهيم الفياض بأنه : " عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني على المعقود عليه في مواجهة طرفيه ، فهو عقد كسائر العقود من حيث انعقاده و نفاذه وقوته الملزمة في مواجهة طرفيه " ، إلا أن الإدارة تمتاز على الطرف الآخر فيما يبرم بين الأشخاص العاديين من عقود واتفاقات ، فتستطيع أن تعدل في بعض شروط تنفيذ العقد وتستطيع أن تراقب تنفيذه أيضا ، كما يمكنها توجيه المتعاقد معها ، كما أنها تستطيع إنهاء العقد من جانبها ، أو تقوم بتنفيذه على حساب المتعاقد ، وكل ذلك بحكم كونها ذات سلطة عامة تضطلع بتنظيم المرافق العامة وتسييرها من أجل المنفعة العامة ، وعليه يمكن القول أنه حتى يكون هناك عقد إداري لابد من توافر شروط أساسية منها أن يكون أحد المتعاقدين شخص معنوي عام و أن يتعلق العقد بمرفق عام والذي مفاده أن يتعلق العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد الآخر بتنظيم وإدارة

مرفق عام والمساهمة في تسييره ، والشرط الآخر يتمثل في اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام ، هذه أهم ميزة يتميز بها العقد الإداري عن غيره من العقود ، ومن جملة هذه الوسائل يضمن العقد شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة ، كحقها في الفسخ ، أو حقها في إضافة التزامات أخرى للمتعاقد ، أو حقها المراقبة والتوجيه إن اقتضت الضرورة .

ومن بين العقود الإدارية نجد الصفقات العمومية والتي يحوز قانونها أهمية كبيرة في القانون الإداري نظرا لاحتوائه على أحكام قانونية متميزة على أحكام القانون الخاص ، إذ تتميز الصفقة العمومية بنفس مميزات العقد الإداري ، لذا فهي الأخرى تحوز أهمية بالغة بحيث تستعملها الدولة وباقي الأشخاص المعنوية العامة والخاصة في ضخ الأموال العامة وتطوير الاقتصاد ، قصد الحفاظ على توازنه ونظرا لما تتمتع به الصفقة العمومية من أهمية ونظام قانوني متميزة فإنه تثار منازعات بشأن إبرامها وتنفيذها ، حيث تبدو هذه المنازعات في الواقع العملي أثناء تطبيق النصوص القانونية ، إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد الإداري مع المصلحة المتعاقد معها أو المتعهد باعتباره الطرف الثاني في هذا العقد ، وذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام هذا الشخص المعنوي ( المصلحة المتعاقدة) لسلطاتها اتجاه المتعاقد أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينها وهنا تتضح مسؤولية الإدارة.

### أهمية الدراسة :

أهمية موضوع مسؤولية الإدارة عن عقودها الإدارية ، تتصرف إلى البحث في مسائل تعتبر على جانب كبير من الأهمية ، سواء من الناحية النظرية ومن الناحية العملية.

فمن الناحية النظرية تبرز أهمية هذا الموضوع ، من دراسة جوانب مسؤولية الإدارة التعاقدية ومعرفة أساسها ، وإدراك ما تقوم به عندما تبرم وتنفذ العقد الإداري ، وفهم النصوص القانونية التي أتت بجديد في هذا الموضوع ، بالإضافة إلى تحليلها والتعمق في مقصودها ، وإبراز مختلف الجهات المختصة بالنظر في حل المنازعات الناتجة عن إبرام العقد الإداري وتسلية الضوء على دور القضاء سواء العادي أو الجزائي ، وتبيان أهم جرائم الفساد.



كما أن لهذا الموضوع أهمية عملية ، تتمثل أساسا في إظهار طبيعة الممارسات الغير نزيهة التي ينشأ عنها تقرير عقوبات على مرتكبيها وعندما ترتكب الإدارة خطأ تعاقديا ، ولكن لا تخطأ الإدارة في كل الأحيان ، فيمكن أن تكون مسؤوليتها بدون خطأ فتلتزم بتعويض المتعامل المتعاقد عما لحقه من أضرار .

### أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى الحديث عن جوهر المسؤولية الإدارية إلى أي حد يمكن مسائلة الإدارة ، ذلك أن الإطار الأهم للموضوع هو المرحلة التي تكون فيها الإدارة مسؤولة ، وهوما يجعلنا أمام مسألة محل بحث متعلقة أساسا بفهم كل جوانب المسؤولية سواء تعلق الأمر بمرحلة الإبرام أو مرحلة تنفيذ العقد الإداري .

يتركز البحث حول توضيح الدور الفعال الذي يلعبه القضاء ، من خلال تبيان مدى فعالية التدابير التي يتخذها للوقاية من هذه الممارسات الغير نزيهة للإدارة بهدف حماية المصلحة العامة.

### أسباب اختيار الموضوع :

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع لنوعين من الأسباب ، منها الموضوعية وأخرى الشخصية. فالأسباب الموضوعية فأغلبها تتلخص فيما يطرحه الموضوع من اشكاليات قانونية ، نحاول طرحها ومناقشتها ، والإجابة عليها والتي تشكل سببا قويا وباعثا لاختيار الموضوع ، فقد حاولنا من خلال هذه الدراسة إثراء الموضوع بالأدلة القانونية التي تطرقت إلى المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية.

كما أن هناك دوافع أخرى كان لها أثرها في اختيار الموضوع ، والتي تنطلق من كثرة المراجع رغم قلة توافر المراجع المتخصصة خاصة الجزائرية منها ، وكذا الرغبة في معرفة القواعد القانونية لهذا الموضوع التي عززتها مختلف التشريعات والتي من بينها المشرع الجزائري في هذا المجال لسد الطريق أمام الموظف العمومي ومنعه من إساءة استعمال السلطة أو تغليب اعتبارات المحاباة على المتطلبات القانونية ، ومقتضيات المصلحة العامة.

وأما الأسباب الشخصية ، فيعود اختيارنا لهذا الموضوع إلى رغبتنا وميولنا للبحث في فيه ودراسته ، والتزايد المستمر لممارسات الإدارة الغير مشروعة التي اجتاحت الإدارة في العالم المعاصر وانعكاساته على كل المجالات الأخرى.

### نطاق الدراسة :

اقتصر موضوع دراستنا هذه على مسؤولية الإدارة على عقودها الإدارية في كل من مرحلة الإبرام ومرحلة التنفيذ.

### الإشكالية :

من خلال ما سبق طرح التساؤل التالي : ما مدى مسؤولية الإدارة عن عقودها الإدارية ؟ وهل هي مسؤولية قائمة على أساس الخطأ فقط ؟ أم يمكن أن تقوم هذه المسؤولية دون خطأ؟

### المنهج المتبع :

اتبعنا في دراستنا المنهج التحليلي الذي هو المنهج الغالب والأكثر استخداما في هذه الدراسة ، يقوم على أساس الانطلاق من المعطيات الأولية لمسؤولية الإدارة عن عقودها الإدارية ، ومحاولة تحليلها وتطبيقها على مجال العقود الإدارية باستعراض النصوص القانونية والتشريعية الموجودة في هذا المجال ، كما اتبعنا المنهج المقارن الذي يستخدم المقارنة كأداة معرفية ويتم إعماله أساسا عند المقارنة بين ما هو معمول به في القانون الجزائري والنظم القانونية الأخرى.

### الدراسات السابقة

لقد عالج الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة هذا الموضوع من قبل في كتابه ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية.

### الصعوبات :

من الصعوبات التي واجهتنا أثناء إنجاز هذه الدراسة مسألة ضيق الوقت ، و مسألة أخرى تتمثل في أن الكثير من المكتبات تكون غير مجهزة لاستقبال الباحثين و تفتقر إلى وجود التكنولوجيا المتقدمة اللازمة لمساعدتهم.

### التصريح بالخطأ :

سوف نحاول الإجابة عن الإشكالية المطروحة من خلال التطرق إلى مسؤولية الإدارة عند المرحلة التمهيدية لاختيار المتعامل الاقتصادي ( الفصل الأول) ، ثم بعد ذلك نتطرق إلى مسؤولية الإدارة عند مرحلة تنفيذ العقد الإداري ( الفصل الثاني).

# الفصل الأول

مسؤولية الإدارة أثناء

مرحلة إبرام العقود الإدارية

من المتفق عليه أن العقود تمثل الأصل العام الذي يُلجأ إليه بالنسبة لكافة التعاقدات ومنها العقود الإدارية ، إلا أن هذه الأخيرة تتطلب مجموعة من الإجراءات التمهيدية السابقة على إتمامها ، ويكون هذا في كثير من الأحيان وصولاً في النهاية إلى إبرامها.<sup>1</sup>

وعليه وجب تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية المتمثلة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي سنقوم بدراستها (المبحث الأول)، وما يجب الإشارة إليه في هذا السياق أنه قد تنتج نزاعات أثناء عملية إبرام هذه العقود ، فيتدخل القضاء لحل هذه المنازعات (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية

لا يمكن الحديث عن حالات إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أثناء إبرام العقود الإدارية دون معرفة طرق ومبادئ إبرام هذه العقود ، فوجب الإشارة إلى أهم مبادئ إبرام الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام (المطلب الأول) ، ثم التطرق إلى طرق إبرام هذه العقود (المطلب الثاني) .

## المطلب الأول

### مبادئ إبرام العقود الإدارية

وضع المشرع مبادئ أساسية وغاية في الأهمية تتبعها الإدارة أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فنص صراحة على هذه المبادئ في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>2</sup> ، حيث

<sup>1</sup> بلال أمين زين الدين ، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية (دراسة مقارنة)، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2011 ، ص، 467.

<sup>2</sup> المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 18 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ، عدد 50 ، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015 ، معدل ومنتتم.

نصت المادة 5 منه على ما يلي: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين ، وشفافية الإجراءات ، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم »  
وأثناء الكلام عن عقود تفويضات المرفق العام فنجد المادة 209 من نفس المرسوم الرئاسي ، تطرقت إلى مبادئ إبرام هذا النوع من العقود الإدارية بقولها :«تخضع اتفاقيات المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم» .  
ومن هذا المنطلق سنوضح فيما يأتي مبادئ إبرام الصفقات العمومية ( الفرع الأول ) ، وأهم مبادئ عقود تفويضات المرفق العام ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الصفقة العمومية

ظهر من خلال المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي سبق وذكرناها أن المشرع أقر لثلاثة مبادئ كبرى لا يجوز المساس بها<sup>1</sup>، أسست بها عملية الإبرام ، وهي المبادئ التي سيشرح إطارها العام في ثلاثة نقاط أساسية تتمثل في حرية الوصول للطلبات العمومية (أولا) ، المساواة في معاملة المترشحين (ثانيا) ، وشفافية الإجراءات ( ثالثا ) .

### أولا : مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي ضمانا لحرية المنافسة

إن مبدأ اللجوء للمنافسة يفرض تنظيما اقتصاديا يكون قائما على اقتصاد السوق ، أساسه تعدد العروض أمام الطلب، فلا يمكن تصوره في منظومة تنكر الحرية الفردية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حللمي منال ، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر ، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه ( الطور الثالث ) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ورقلة ، الجزائر ، 2017 ، ص 13.

<sup>2</sup> عبود ميلود و تيقاوي العربي ، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 : المفهوم ، المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها ، مجلة اقتصاديات المال والأعمال ، الصادرة عن معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، المركز الجامعي عبد الحفيظ بالصوف ، ميلة الجزائر ، المجلد 2 ، العدد 2 ، 2018 ، ص 231 .

فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض ، تسمح للإدارات العمومية بالتنوع في استخدام الموارد العمومية الذي يجب أن يكون ذو استخدام عقلائي رشيد ، مما يضيف على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة، وهي كذلك تتيح للمؤسسات فرص للوصول لتلك الطلبات ، وتعد المنافسة أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حريتي التجارة والصناعة .<sup>1</sup>

### 1- المقصود بحرية الوصول للطلبات العمومية :

يقصد بحرية الوصول للطلبات العمومية فسح المجال للمشاركة أو المنافسة للعارضين ، ومنح الفرصة لكل من توفرت فيه شروط المشاركة حسب الإعلان المنشور وبالشروط والكيفية الواردة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة من أجل تقديم عروضهم وترشيحاتهم أمام المصلحة المتعاقدة.<sup>2</sup>

### 2- تحديد المعايير الاقتصادية والنوعية الملائمة لإبرام الصفقات العمومية :

قبل الإعلان عن الصفقة ، على المصلحة المتعاقدة أن تحدد المعايير الاقتصادية والنوعية الأكثر ملائمة لإبرام الصفقة العمومية :

أ- وجوب تحديد مسبق ودقيق لاحتياجات الجماعات المحلية وذلك لتحقيق كفاءة الطلب العمومي ولإعطاء الغلاف المالي المناسب لهذا المشروع.

ب- الكفاءة تفترض بعد ذلك وجود منافسة نزيهة ، وعلى المشتري اذا حصر معرفته بمجال نشاطه ، ليتجنب زيادة تكاليف الاجراءات ورسوم الملفات عن طريق الطلبات غير المبررة .

ج- يجب أن يكون الإعلان عن المنافسة بين المترشحين بشكل منهجي ومنظم ، وهذا يعتبر العامل الرئيسي من أجل تحقيق هدف الفعالية والتي يجب أن تتم من أول دينار ينفق .

<sup>1</sup> جليل مونية ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر ، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر -1- ، 2015 ، ص 01 .

<sup>2</sup> عبود ميلود وتيقاوي العربي ، مرجع سابق ، ص 231.

د- الفعالية تتعكس بعد ذلك أكثر عند اختيار العطاء الأكثر فعالية من الناحية الاقتصادية، ويتعلق الأمر هنا باختيار أفضل عرض والنتائج عن أفضل نسبة جودة / سعر.<sup>1</sup>

إن حرية الوصول للطلب العمومي ليست مطلقة وحق المشاركة ليس مكفول للجميع ، بل يجوز للإدارة المتعاقدة أن تفرض ما تراه مناسباً وصالحاً للصفقة ، غاية ما في الأمر أن المشاركة مرتبطة أساساً بالشروط المعلن عنها والواردة اختصاراً في الإعلان وتفصيلاً في دفتر الشروط.

### 3- تكريس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية :

تقتضي حرية الوصول للطلبات العمومية أن تتبع الإدارة المعنية إجراءات الإشهار ، ولا تكون صفقاتها سرية لا يمكن الوصول إليها ، إذ كيف يتسنى للعارض تقديم العرض إذا لم يتم الإفصاح من جانب الإدارة عن موضوع الصفقة ، والعارض محل المنافسة ، وهو ما قد يترتب عليه تقديم أكثر من عرض أمامها على الوضع الغالب لتتولى بذلك تقييم كل عرض ، ولقد أثبتت الدراسات أن للمنافسة فوائد كثيرة سواء بالنسبة للسوق أو للعارضين ولها أيضاً فائدة بالنسبة للإدارة المتعاقدة.<sup>2</sup>

يكتسي الإشهار الصحفي طابعاً إلزامياً في الحالات التي نصت عليها المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 .<sup>3</sup> وبذلك فإن مبدأ الإعلان عن المنافسة قد ورد عليه النص بصيغة الإلزام ، ويتضح ذلك بفرض المشرع اللجوء إلى الإشهار بنشر إعلان طلب

<sup>1</sup> قاصدي فايزة ، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية ، مجلة المعيار ، الصادرة عن المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي ، تيسميسيلت ، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 1 ، 2015 ، ص 337 .

<sup>2</sup> عبود ميلود و تيقاوي العربي ، مرجع سابق ، ص 231.

<sup>3</sup> جاء في المادة 61 منه يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية :

- طلب العروض المفتوح ،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا ،
- طلب العروض المحدود ،
- المسابقة ،
- التراضي بعد الاستشارة ، عند الاقتضاء .



العروض بأشكاله المختلفة دون إجراء التراضي ، حتى يترك فرصة المنافسة أمام جميع المترشحين وكل هذا لتجسيد مبدأ المساواة بينهم .<sup>1</sup>

نصت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر ، على أنه: « يحرر الإعلان باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل ، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ( ن،ر،ص،م،ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني ، كما أدرج المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض ، عندما يكون ذلك ممكنا ، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز كل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة » .

فالنص على إمكانية النشر يسمح لمقدمي العروض من معرفة مكانتهم بالنسبة للفائز بالعرض ، وعملية الإبرام هنا لا يضمن لها كل الشفافية اللازمة مما ينتج عنه تحريف لمسار حرية الوصول للطلبات العمومية ، وبالتالي فتح المجال لممارسات غير نزيهة .<sup>2</sup>

ضف الى ذلك ، إلزامية تقديم المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 158 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بداية كل سنة مالية قائمة بكل الصفقات المبرمة خلال السنة المالية السابقة ، وكذا المستفيدين منها والبرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الانطلاق فيها خلال السنة المعنية مع إمكانية التعديل أثناء نفس السنة ومع إجبارية نشر المعلومات المذكورة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة ، وننبه في هذا الصدد أنه تعفى من هذا الإجراء الصفقات العمومية التي تكتسي طابعا خصوصيا لا يمكن نشرها.<sup>3</sup>

#### 4 -الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي :

<sup>1</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، ب.ط ، دار موقع للنشر ، الجزائر ، 2018 ص 42 .

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص43.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص، 43 .

## أ- من حيث المتنافسين:

إن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه ، إذ ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة تسمح للإدارة بإقصاء بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتا ، أو نهائيا من المشاركة في الصفقات العمومية ، معناه حرمان المتعهدين من المشاركة في المنافسة بسبب وجودهم في صفقة غير قانونية محددة لحالات منصوص عليها قانونا ، ويأخذ شكل العقوبة بحيث لا يمكن لهذا المتعاقد أن يشارك في أي صفقة عمومية أخرى على مستوى كامل التراب الوطني علما أن هذه المسألة مرتبطة بنوع الإقصاء بين مؤقت ونهائي.

فكل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي عملا على إقصاء المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية في حالة إفلاس تصفية أو تسوية قضائية مثلا ، والذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، وذلك كون المحكوم عليه بارتكاب جريمته يكون غير جدير بثقة الإدارة<sup>1</sup>.

## ب- من حيث العاملون في الإدارة:

إن الصفقات العمومية تمثل محلا للكثير من حالات تضارب المصالح ، وبمراجعة القانون الجزائري نجد انه أغفل تماما عن معالجة هذا الأمر الذي يستلزم النص على هذه الحالة ، وذلك بتعديل القانون ، وإضافة نص واضح يحظر بموجبه على أي عضو من أعضاء لجان ص.ع سواء كان متقدما بالذات ، أو بواسطة الغير بعهادات او عروض لتلك الجهات<sup>2</sup>.

كما يجب النص على ضرورة تنحيهم عن النظر في عقد يكون لأحد أقاربهم حتى الدرجة الثانية ، وهذا ما نبه إليه المشرع المصري في المادة 39 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ، إذ تنص على أنه "يحظر على العاملين بالجهات الإدارية التي تسري عليها أحكام قانون ص.ع التقدم بالذات ، أو بالواسطة بعهادات أو عروض تلك الجهات ، كما لا يجوز شراء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير أو ما

1 قاصدي فايزة ، مرجع سابق ، ص339.

2 ريم علي إحسان محمد العداوي ، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها (دراسة مقارنة) ، ب.ط ، دار الفكر والقانون ، القاهرة ، مصر ، 2011 ، ص114.

يمثلها أو شراء أعمال فنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، ويشترط ألا يشاركوا بأية صورة من الصور في إجراءات قرار الشراء والتكليف وأن يتم كل منهما في الحدود ووفقا للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية<sup>1</sup>.

### ثانيا : مبدأ المساواة بين المترشحين

تقف المصلحة المتعاقدة حيال الطلبات والعروض المقدمة موقفا محايدا، فلا يجوز له كأصل عام أن يتصف بطابع تمييزي بين المترشحين، ولا يجب عليه أيضا التفضيل بينهم إلا ضمن الأطر التي حددها القانون ، وهذا يفرض تطبيق مبدأ المساواة<sup>2</sup>.

ويعد هذا المبدأ عموما من أهم مبادئ القانون عامة ، ثابت في المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>3</sup> ، ثابت في كل النظم الدستورية والقانونية ، ومكرس أمام القضاء الوطني والدولي، وكذلك أمام الإدارة في مساواة المنتفعين من خدمات المرفق ، وأيضا على مستوى الالتحاق بالوظائف العامة ، ويكرس فيما تعلق بتحمل الأعباء العامة من خدمة وطنية ومن ضرائب ورسوم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ريم علي إحصان محمد العداوي ، مرجع سابق، ص 114.

<sup>2</sup> عبود ميلود وتيفاوي العربي ، مرجع سابق ص 232 .

<sup>3</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، اعتمد ونشر على الملأ بقرار الجمعية العامة ، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948. حيث جاء في المادة السابعة منه :«كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة ، كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا »

<sup>4</sup> عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، القسم الأول ، الطبعة 5 ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2017 ، ص 81 .

كما يتمتع هذا المبدأ بمكانة دستورية وفق لنص المادة 32 من الدستور الجزائري<sup>1</sup> ، وتكمن أهميته في كونه مرتبط بمبدأ حرية المنافسة من جهة ، ومن أكثر المبادئ عرضة للانتهاك من جهة أخرى لما يتعرض له المتعاقدون من ممارسات فادحة على المستوى العملي<sup>2</sup>.

1- تلتزم الإدارة بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا ب :

أ : شروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقات العمومية.

ب : معايير إرساء الصفقة كآليات لتقديم العروض<sup>3</sup>.

لضمان الشفافية على عملية الإبرام ، استند مبدأ المساواة على دعامة أخرى تتمثل في إلزام المتعاقدين بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية ، ويمتد ليشمل الحالة التي تستشير فيها المصلحة المتعاقدة المتعهدين ، مفادها أنه لا يمكن الغير من معرفة العرض الذي تقدم به أي طرف ، كما لا يجوز تسريب المعلومات الامتيازية بغرض تقديم عروض مقبولة سواء تم ذلك من قبل أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييمها أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج ر عدد 76 ، بتاريخ 8 ديسمبر 1996 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 ، مؤرخ في 10 أبريل 2002 ، ج ر عدد 25 ، بتاريخ 14 أبريل 2002 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-19 ، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج ر عدد 63 بتاريخ 16 نوفمبر 2008 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016 ، ج ر عدد 16 بتاريخ 7 مارس 2016 ، يتضمن التعديل الدستوري. حيث جاء في المادة 32 من هذا القانون: « كل المواطنين سواسية أمام القانون ، ولا يمكن ان يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد ، أو العرق ، أو الجنس أو الرأي ، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي » .

<sup>2</sup> ثياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، -الجزائر- ، 2013 ، ص 71 .

<sup>3</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم رقم 15-247 ، مرجع سابق ، ص ، 56 .

<sup>4</sup> مرجع نفسه ، ص 56 .

## 2 : الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة :

فمبدأ المساواة كغيره من المبادئ لا يطبق في ص.ع بصفة مطلقة ، بل ترد عليه استثناءات تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر ، يمكن الإشارة لبعض منها فيما يأتي:

### أ: تخصيص هامش الأفضلية الوطنية :

وفق المشرع الجزائري في الموازنة بين مبدأ حرية المنافسة وحماية المنتج الوطني وكل هذا لحماية هذا المنتج ، فخصص لهذا الأخير معامل إضافي في التقييم بعنوان هامش الأفضلية.

فجاء القسم الرابع من الفصل الثالث بعنوان " ترقية الإنتاج الوطني " ، و" الأداة الوطنية للإنتاج " والهدف طبعاً من هذا التحفيز هو أن تكون الفرص متكافئة بين المتعامل الوطني ومساعدته على إثبات وجوده في المجال الاقتصادي<sup>1</sup> ، ويأتي هذا التوجه انسجاماً وتماشياً مع قانون المالية التكميلي لسنة 2009<sup>2</sup> ، وهو إجراء قديم ومعتمد في عديد النظم القانونية<sup>3</sup> ، سعياً من المشرع للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتج الوطني ، وبالتالي خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة<sup>4</sup> ، حيث رفع التنظيم السابق للـص.ع المرسوم الرئاسي رقم 10-236<sup>5</sup> ، هامش الأفضلية

<sup>1</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 82 .

<sup>2</sup> أمر رقم 05-05 مؤرخ في 18 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 25 يوليو سنة 2005 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2005 ، ج.ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الثانية 1426 هـ ، الموافق 26 يوليو سنة 2005.

<sup>3</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 82.

<sup>4</sup> جليل مونية ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 156 .

<sup>5</sup> مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 17 أكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات ، ج.ر عدد (58) بتاريخ 07 أكتوبر 2010 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-98 ، مؤرخ في 01 مارس 2011 ، ج.ر عدد (14) بتاريخ 06 مارس 2011 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي 11-222 ، مؤرخ في 16 جوان 2011 ، ج.ر عدد (34) بتاريخ 19 جوان 2011 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 23-12 مؤرخ في 18 جانفي 2012 ، ج.ر عدد (4) بتاريخ 26 جانفي 2012 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 جانفي ، ج.ر عدد (2) ، بتاريخ 13 جانفي ، (ملغى).

ب 10 نقاط ليصبح بذلك 25% لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية ويقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع حسب المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السابق ذكره والتي نجد نفس مضمونها في المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247 : « يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرون في المائة (25 %) ، للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون ، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه »<sup>1</sup>.

### ثالثا : مبدأ شفافية الإجراءات

تعتبر الشفافية نقيض السرية وتدل على الإعلان ، الوضوح ، المصارحة ، الحوار وتبادل المعلومات ، حيث أنها تساهم في تخليق التصرف العمومي ومنه إبرام الص.ع ، لذلك جعل المنظم الجزائري الشفافية أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عملية الإبرام<sup>2</sup>.

#### 1- تعريف هذا المبدأ :

قدم الفقه عديد التعريفات لمصطلح الشفافية منها :

" وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة وكذلك وضوح علاقاتها مع المواطنين وعلانية الإجراءات والغايات والأهداف سواء في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية " <sup>3</sup>.

ويعد مبدأ الشفافية عموما من اهم آليات الحكم الرشيد ، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني . ولا يجوز للإدارة ان تمارس تجاهه شكلا من الممارسة السلبية فتحرمه مثلا من الحصول على المعلومة التي تخصه وتمس مصالحه وشؤونه تحت ذريعة السر المهني ، لذلك شهدت الجزائر منذ ظهور بوابات إلكترونية لوزارات

<sup>1</sup> جليل مونية ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق ، ص 156.

<sup>2</sup> غنية عباس ، الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ الشفافية ، مجلة العلوم الإنسانية ، صادرة عن كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، الجزائر ، المجلد 49 ، العدد 49 ، 2018 ، ص 23 .

<sup>3</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 84 .

ومراكز وهيئات عامة من أجل تمرير المعلومة وإضفاء مزيدا من الشفافية بخصوص تسيير الملفات<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لعلاقة الإعلان عن الص.ع بالشفافية ، فيمكن القول أنه إذا كانت هذه الأخيرة تفيد الوضوح والمصارحة ، فلا إعلان هو الوسيلة المثلى لتحقيق ذلك ، فعملية الإعلان بما تظهره من معلومات تتعلق بالص.ع التي تنوي المصلحة المتعاقدة إبرامها تساهم بشكل كبير في إضفاء الطابع الشفاف على الطلب العمومي ، فالإعلان ليس مجرد شكلية إجرائية على المصلحة المتعاقدة احترامها والتفديد بها ، بل يساهم بطابعه الإعلامي في تكريس الشفافية ، لذلك فكل تجاهل للإعلان أو المساس بقواعده من طرف المصلحة المتعاقدة يؤدي لا محال لخرق قواعد الشفافية<sup>2</sup>.

## 2- الأساس القانوني لمبدأ الشفافية :

نظرا لأهمية العقود الإدارية اعتنت جهات مختلفة ومنظمات دولية واتفاقيات إقليمية ودولية بشأن الشفافية في إجراءات التعاقد ، فكان من بين الجهات منظمة التجارة العالمية التي تسعى للوصول إلى اتفاقية تلزم بها جميع الأعضاء المنظمين إليها ويشار إليها باتفاقية منظمة التجارة العالمية متعددة الأطراف للشفافية وقامت منظمة التعاون الاقتصادي الباسيفيكي الآسيوي بوضع مجموعة وثائق غير ملزمة لأعضائها تتعلق بمبادرة المشتريات الحكومية التي من أهمها الوثيقة الخاصة بالشفافية ، والأمم المتحدة بدورها لم تهمل إعطاء أهمية كبيرة لمبدأ الشفافية في العقود الإدارية ، أي المشروعات الحكومية ، وذلك بواسطة لجنة قانون التجارة الدولي، والتي أصدرت في عام 1994 قانونا نموذجا خاصا بعقود الإدارة في مجال المشروعات والسلع والخدمات والمقاولات ، وقامت بوضع دليل تشريعي يتبنى هذا القانون، وهدف هذه اللجنة من إصدار هذا القانون هو حث بعض الدول على إعادة النظر في قوانينها المتعلقة بالصفقات والعقود الإدارية واستكمال النقص الذي يعترها انطلاقا من القانون النموذجي اليونسترال واستدراك الغموض وتدعيم الشفافية والعلانية فيها وتبسيط

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، مرجع سابق ، ص 84.

<sup>2</sup> غنية عباس ، مرجع سابق ، ص 23.

الإجراءات والمساواة فيصبح هذا القانون بمثابة المرشد والمعين لهذه الدول من أجل وضع قانون مثالي<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق جاءت المادة 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>2</sup>، أشارت هذه المادة إلى مبدأ الشفافية، حيث جاء فيها: « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية..... ».

### الفرع الثاني : مبادئ إبرام عقود تفويضات المرفق العام

إن تفويض المرفق العام يشكل إحدى الوسائل التي تلجأ إليها السلطة المفوضة بقصد تنظيم مرافقها العامة، وبالتالي فهي لا تتصرف كمتعاقد مع المفوض له، وإن كانت طرفاً في عقد التفويض، إذ ما تتصرف كسلطة تنظيمية، وما ينبغي بل ويجب الإشارة إليه أن المرسوم التنفيذي الجديد رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام<sup>3</sup>، جاء بمبادئ إبرام هذا النوع من العقود في المادة الثالثة منه، وإن تقرير منح تفويض المرفق العام هو ترجمة لإرادة الشخص العام المسؤول عن المرفق العام، والذي يتمتع بحرية واسعة، لكن على غرار أي حرية ليست دون حدود، فهي لا تقوم إلا في إطار تنظيمي أوجده التشريع.

أما خيارات الشخص العام فهي تتمحور من جهة في قابلية المرفق العام للتفويض (أولاً)، ومن جهة أخرى حسن اختيار وانتقاء أفضل العروض لتسيير المرفق العام من قبل المفوض له (ثانياً).

<sup>1</sup> غنية عباس، مرجع سابق، ص 23.

<sup>2</sup> قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، بتاريخ 8 مارس 2006، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر عدد (48) الصادرة بتاريخ 5 غشت 2018.

حيث جاء في المادة 3 منه « دون الإخلال بأحكام المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية »



## أولا : قابلية المرفق العام للتفويض

يمكن أن تكون المرافق العامة بحسب طبيعتها مرافق عامة إدارية كمرافق التعليم ، الصحة والبحوث ، ومرافق عامة اقتصادية ، ويتوقف تفويض المرفق العام على طبيعة هذا المرفق ونعني بالقابلية للتفويض تلك المرافق التي تشكل ميدانا لتقنية التفويض في سير المرفق العام ، وذلك ان النصوص القانونية قد تمنع مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ انواع معينة من الخدمات المرفقية ، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 207 من المرسوم 15-247 التي تنص على: « يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك مالم يوجد حكم تشريعي مخالف..... » ، لذا يمكن ان نميز نوعين من المرافق العامة على الصعيدين المحلي والوطني ، مرافق عامة قابلة للتفويض ، وأخرى غير قابلة للتفويض<sup>1</sup>.

## 1- المرافق العامة القابلة للتفويض :

جميع أنواع المرافق قابلة للتفويض من حيث المبدأ ، وذلك أن أي قيد مانع على مبدأ جواز تطبيق تقنية التفويض يعلن عنه المشرع بموجب نص قانوني أو قد يكون موضوع اجتهاد قضائي ، وهو ما عبرت عنه المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكورة أعلاه ب " مالم يوجد حكم تشريعي مخالف " .

ورغم أن كلا من التشريع والاجتهاد اجاز تطبيق تقنية التفويض على كافة المرافق بغض النظر عن طبيعتها . إلا أن هذا التطبيق يبقى نسبيا ، وتبقى المرافق العامة ذات الطابع الاستثماري الاقتصادي الميدان الأمثل لتقنية التفويض ، دون أن تستبعد المرافق الإدارية على الإطلاق<sup>2</sup>.

أ- ملائمة المرافق العامة الاقتصادية للتفويض : تجد فكرة ملائمة المرافق العامة الاقتصادية للتفويض أساسها في فكرة الاستثمار خاصة إذا تعلق الأمر بطرق التسيير

1 زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، قراءة في احكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، دورية اكااديمية تصدر عن جامعة الجزائر ، الجزء 1 ، العدد 32 ، 2018 ، ص 495.

2 صالح زمال بن علي ، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مجلة القانون ، المجتمع والسلطة ، الصادرة عن مخبر القانون ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 1 ، 2012 ، ص 159، 160.

عن طريق الامتياز أو الإيجار مثلا<sup>1</sup> ، وما يرتبط بها من نتائج مالية والأرباح والمخاطر التي يتحملها المستثمر ، مما يجعل المرافق العامة الاقتصادية مشابهة للمشاريع الخاصة من حيث مصادر التمويل والتقنيات والطرق المالية والمحاسبة المتبعة من قبيل المرافق الاقتصادية التي كانت موضوع تفويض في التشريع الجزائري نذكر ما يلي<sup>2</sup> :

- القانون رقم 03-2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية<sup>3</sup> ، والذي يجيز فيه إمكانية استقلال شبكات عمومية أو منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية ، وتوفير خدمات الاتصالات والذي يمكن أن يأخذ شكل رخصة أو ترخيص أو تصريح بسيط<sup>4</sup> ، والذي يتم بحسب دفتر الشروط يلتزم بها المتعامل الذي يسري عليه المزاد بعد الدعوة للمنافسة<sup>5</sup> .

- القانون 05-12 المتعلق بالمياه<sup>6</sup> ، الذي يعد من أهم المرافق ، والذي يرسى فيه المشرع احكام النظام القانوني لاستغلال الموارد المائية بموجب احكام الباب الخامس ، وذلك عن طريق عقدين إداريين الأول يتمثل في عقد الامتياز والثاني بموجب عقد الرخصة وذلك ضمن احكام المواد 74 و 76<sup>7</sup> على التوالي.

<sup>1</sup> زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، قراءة في احكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق ، ص 497.

<sup>2</sup> صالح زمال بن علي ، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 160 .  
<sup>3</sup> قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 05 أوت 2000 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية ، ج.ر عدد (48) ، الصادرة بتاريخ 06 غشت 2000 .

<sup>4</sup> المادة 218 وما يليها من احكام قانون 03-2000 .

<sup>5</sup> زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 497.

<sup>6</sup> القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 ، يتعلق بالمياه ج.ر عدد (60) ، الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005 ، معدل ومتمم .

<sup>7</sup> جاء في المادة 74 « تسلم رخصة استعمال الموارد المالية التي تعتبر عقدا من عقود القانون العام ، لكل شخص طبيعي ، او معنوي ، خضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة..... »  
اما المادة 76 فجاء فيها « يسلم إمتياز الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه ، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام ، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص »

- القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات<sup>1</sup> ، الذي يجيز منح امتياز توزيع الغاز والكهرباء تطبيقاً لأحكام المادة 73 منه.

أما بالنسبة للمرافق العمومية المحلية فإن لكل من قانوني البلدية والولاية ومنذ سنة 1967 قد نصا على الامتياز ، لكن كطريقة استثنائية لتسيير المرافق العمومية المحلية ، كان آخرها صدور كلا من :

- قانون البلدية 10-11<sup>2</sup> ضمن المادة 149 التي فتحت نطاق تقنين التفويض في العديد من المجالات ذات الطابع الاقتصادي للمياه الصالحة للشرب ، تسيير مراكز الردم التقنية ، صيانة الطرقات وإشارات المرور ، الإنارة العمومية .

- قانون الولاية 07-12<sup>3</sup> ضمن أحكام المادة 149 التي تنص على أنه في حال تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية : فإنه يمكن للمجلس الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق عقد امتياز.

نشير إلى تقنية التفويض على الصعيد المحلي ، حيث كرست ذلك بموجب تعليمات الهيئات المركزية وذلك عبر التعليم رقم 842/94.3 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها والتي حددت النظام القانوني لتفويض المرافق العمومية المحلية وفقاً لطريقتي الامتياز والإيجار ، اللذين نص عليهما المشرع ضمن أحكام المرسوم 15-247 ، كما وجهت وزارة الداخلية والجماعات المحلية بتاريخ 15 جانفي 2016 ، برقية إلى الولاية والولاية المنتدبين ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وجميع مسؤولي المرافق العمومية<sup>4</sup> ، على المستوى المحلي ، دعتهم فيها إلى إعداد تصور عن تفويضات المرفق

<sup>1</sup> قانون 01-02 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق 5 فبراير سنة 2002 ، ج.ر عدد 8 بتاريخ 6 فبراير 2002 ، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

<sup>2</sup> القانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 جوان 2011 ، يتعلق بالبلدية ، ج.ر عدد (37) ، الصادرة في 03 جويلية 2011 ، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> القانون رقم 07-12 ، مؤرخ في 21 فيفري 2012 ، يتعلق بالولاية ، ج.ر عدد 12 ، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012 ، معدل ومتمم.

<sup>4</sup> وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، ب.ط ، منشورات دار الحلبي ، بيروت ، - لبنان - ، 2009 ، ص 232 .

العام ، الذي صدر مرسومه مؤخرًا في الجريدة الرسمية ، وإرسال تقرير بشأنها إلى المديرية العامة للمالية والوسائل بوزارة الداخلية<sup>1</sup>.

### ب- التقارب بين التفويض والمرافق العامة الإدارية :

مبدئيًا لا تتعارض فكرة تفويض المرافق العامة مع المرافق الإدارية ، وإن كان تطبيقه على المرافق العامة الاقتصادية أوسع وذلك لاعتبارات نذكر منها :

- أن معيار الإنتاجية لم يعد حكرًا على المرافق ذات الطابع الاقتصادي ، بل امتد ليشمل العديد من المرافق الإدارية.

- تقنية التفويض في الإدارة والاقتصاد تقوم على فكرة الاستثمار والنتائج المالية المرتبطة بها ، وبالتالي لم يعد من الضروري ان تنشأ علاقة بينهم وبين المستثمر ، كما هو الحال في طرق الإدارة عن طريق الوكالة أو التسيير ، ومن أبرزها أعمال جمع النفايات ومعالجتها التي يعتبرها الاجتهاد الفرنسي من المرافق العامة الإدارية<sup>2</sup>.

في هذه المسألة وعلى صعيد التشريع الوطني نجد المشرع قد تبنى تقنية التفويض فيما يخص المرافق الإدارية ، بموجب المرسوم 91-419<sup>3</sup> ، الذي ينظم أحكام القانون 89-09 المتعلق بتنظيم المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية<sup>4</sup> ، حيث تنص المادة 02 منه على انه يعهد التنازل لاستغلال المنشآت الرياضية عن طريق اتفاقية لصالح هياكل مذكورة في المادة السابقة ، ويوقع على الاتفاقية بصفة قانونية الشخص المعنوي المخصص له أو مالك المنشآت الرياضية من جهة ورئيس أو رؤساء الهياكل الرياضية المتنازل عنها والاتفاقية المبرمة تكون تحت مسمى الإيجار<sup>5</sup> l'affermage.

<sup>1</sup> زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 498 .

<sup>2</sup> وليد حيدر ، مرجع سابق ، ص 234 .

<sup>3</sup> مرسوم تنفيذي رقم 91-419 مؤرخ في 02 نوفمبر 1991 ، يتعلق بالتنازل عن المنشآت الرياضية ، ج.ر عدد (54) ، الصادرة بتاريخ 3 نوفمبر 1991 .

<sup>4</sup> Mohamed koured ، la notion de délégation et son originalité dans la législation sportive algérienne ، mémoire de magister ، faculté de droit ، université d'Alger p 135.

<sup>5</sup> وليد حيدر جابر ، مرجع سابق ص 237.

### 1- المرافق غير القابلة للتفويض :

وتجد هذه المسألة أساسها في الاستثناء الوارد في نص المادة 207 من المرسوم 15-247 ، وقبله الاجتهاد الفرنسي الذي وضع استثناء فيما يخص المرافق العامة الإدارية في رأي مجلس الدولة الفرنسي الذي تضمن تحفظات على مبدأ قابلية المرافق العامة للتفويض نظرا لطبيعة هذه المرافق ، وفي حال عدم وجود قائمة تحدد المرافق العامة غير القابلة للتفويض لا سبيل لمعرفة هذا النمط من المرافق إلا بالبحث عن المهام والوظائف التي يؤديها المرفق العام ، كما أن المنع يرد كاستثناء بموجب نص قانوني وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام ذاته<sup>1</sup>.

#### أ- المنع بموجب نص تشريعي :

يرد المنع ضمن نصوص دستورية أو ما يعرف بالمرافق العامة الدستورية ، كما قد يكون المنع بموجب نص قانوني أقل درجة.

- الأساس الدستوري : يمكن تعريف المرفق العام الدستوري على أنه المرفق العام الوطني ذو الطبيعة الإدارية ، لا يقوم على فكرة الاستثمار وما يرتبط بها من نتائج مالية ، لكونه يمثل المهام الأساسية للدولة التي قد ترتبط أساسا بسيادة الدولة<sup>2</sup>.

- الأساس التشريعي : وجب التأكد على أن المنع يكون بموجب نص قانوني لا تنظيمي ، ذلك أنه إذا كان بإمكان السلطة المفوضة تنظيم تقنية التفويض عن طريق دفتر الشروط بوضع قيود على حرية التعاقد مثلا ، إلا أن ذلك لا يجيز لها منع مرفق عام أن يكون موضوع لتقنية التفويض<sup>3</sup>.

#### ثانيا : مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويضات المرفق العام

التسيير المفوض للمرفق العام يهدف إلى إقامة شراكة فعالة بالمفهوم القانوني والاقتصادي للمصطلح ، ولأن التفويض يفوض لأحد المتعاملين مهمة تسيير مرفق عام ،

<sup>1</sup> زمال صالح بن علي ، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 162-163.

<sup>2</sup> M. Waline, Traité de droit administratif – tome 13 Edition, Paris, 1963, p967.

<sup>3</sup> زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 500.

فإن نظام انتقاء المفوض له يكتسي رهانا أساسيا ، كما سيكون من المهم التركيز على إشكالية مرحلة منح التفويض والتي تحدد الاقتصاد العام لعقد التفويض والتسيير المستقبلي له .

إن أي نص تطبيقي لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 يجب أن يوفق بين أمرين متميزين : منح الشخص العام نوعا من الحرية في تسيير المرافق العامة ، واحترام المقتضيات المتعلقة بمجال المنافسة ، يمكن أن نتساءل إذا عن مكانة المنافسة في نظام إبرام عقود التدبير المفوض للمرافق العامة خاصة في ظل أحكام المادة 209 من نفس المرسوم الرئاسي .

### 1- حرية الوصول للطلبات العمومية :

لقد جسد المشرع الجزائري مبدأ مهما في مجال إبرام الصفقات العمومية وهو تحقيق حرية المتعاملين الاقتصاديين في الوصول للطلبات المراد إبرامها ، ثم عمم هذا المبدأ على تفويض المرفق العام ، ذلك ان التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة يخضع لمبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

مقتضى المبدأ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص على السواء والمختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره ، أن يتقدموا قصد التعاقد دون تمييز بينهم ، وحظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة مما يحرمهم من منافع المنافسة عملا بأحكام المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>2</sup> ، وفقا للشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط ، ولا يتحقق مبدأ حرية وصول المتعهدين إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كفاءات إبرام عقد التفويض أو من حيث إجراءات إبرامه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سردو محمود ، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر ، مجلة الدراسات القانونية ، الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة ، جامعة المدية ، الجزائر ، المجلد 3 ، العدد 2 ، 2015 ، ص 16.

<sup>2</sup> الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة ، ج.ر عدد (43) ، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 20032 معدل ومتمم.

<sup>3</sup> زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مرجع سابق ، ص 501.

1- المساواة في معاملة المترشحين :

يقتضي مبدأ المساواة أن يعامل المرشحون للتعاقد من أجل سير المرفق العام بنفس المعاملة ، حيث تلتزم الهيئة المتعاقدة بقبول جميع المترشحين الذين تتوافر فيهم الشروط التي يفرضها القانون<sup>1</sup> ، وتلتزم السلطة المفوضة بوضع معايير تتعلق أساساً ب :

أ : شروط تقديم التعهدات المقدمة من قبل المتعهدين

ب : معايير تقييم وآليات إرساء العقد

Les critères d'attribution et les instruments de jugement des offres<sup>2</sup>.

من قبيل ذلك ما أشارت إليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي 08-144<sup>3</sup> ، أن الامتياز يمنح على أساس المقاييس العامة الآتية :

- المقدرة التقنية والمالية للمترشح للامتياز.
- احترام كامل أحكام دفتر الشروط الملحق بالمرسوم.
- احترام التنظيم المعمول به في ميدان أمن الأشخاص والممتلكات وخدمة الزبائن وحماية البيئة.
- تقديم الضمانات المالية الكافية لتحقيق الخدمة العمومية كضمان وحسن التنفيذ لصالح الدولة.

<sup>1</sup> سردو محمود ، مرجع سابق ص 16 .

<sup>2</sup> زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 503 .

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 08-144 المؤرخ في 09 أبريل 2008 يحدد كليات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ، ج.ر عدد (20) الصادرة في 13 أبريل 2008.

### 3- شفافية الإجراءات :

تقتضي الشفافية ان تكون الإجراءات من بداية العملية وهي الإعلان عن النية في التعاقد إلى تلقي العروض وفتحها وترتيب المترشحين في شفافية تامة ، حيث تكون محاضر فتح العروض وتقييمها مسببة ، ويحق لكل شخص الاطلاع عليها ، كما تمنح مهلة للمترشحين المقصون لتقديم الطعون بكل حرية وفي إطار الشفافية<sup>1</sup>.

هذا ما يمكن قوله فيما يتعلق بالمبادئ الأساسية لإبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، إنها مبادئ أساسية يستحيل الاستغناء عنها ، وعندما تطرقنا الى أهم المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية ، وجب علينا بالضرورة توضيح طرق إبرام هذه العقود الإدارية والتي سنتطرق إليها بالشرح الآن.

### المطلب الثاني

#### طرق إبرام العقود الإدارية

بعد التعرض لأهم مبادئ إبرام العقود الإدارية والتطرق لأهم ما جاء فيها ، سنتناول بنوع من التفصيل طرق إبرام الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام ، فهذه الطرق ماهي إلا تحقيقا للمبادئ الأساسية التي سبق وذكرناها وترجمة لها ، فبدون طرق إبرام لا تتحقق المبادئ والعكس صحيح، وسنخصص في هذا المطلب جزءا يتعلق بطرق إبرام الصفقات العمومية (الفرع الأول)،في حين يتعلق الجزء الثاني بطرق إبرام عقود تفويضات المرفق العام ( الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : طرق إبرام الصفقات العمومية

إن الملاحظ على التشريعات المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية من الأمر رقم 67-90 إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 10-236 نجد أن المناقصة كأصل عام والتراضي كاستثناء هما طريقا إبرام الصفقات العمومية ، لكن بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247

<sup>1</sup> سردو محمود ، مرجع سابق ، ص 17.



المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي أخذ مأخذاً جديداً بإعطاء تسمية جديدة للمناقصة وهي طلب العروض.

حدد المشرع طرق إبرام الصفقات العمومية ، فجعل إجراء طلب العروض الطريق الأصلي (أولاً) ، بينما جعل إجراء التراضي استثناءً (ثانياً) .

### أولاً : إجراء طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام

يعد أسلوب طلب العروض القاعدة العامة المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية ، فقد اختاره المشرع وسيلة أساسية لإبرام الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

#### 1- تعريف طلب العروض :

عرف المشرع طلب العروض في المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كالاتي : « 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 معايير اختيار موضوعية ، تعد قبل إطلاق الإجراء<sup>2</sup> »

#### 2- حالات عدم جدوى إجراء طلب العروض :

أما عن حالات عدم جدوى إجراء طلب العروض هي كالاتي :

أ : عندما لا يتم استلام أي عرض.

ب : عندما لا يتم الإعلان بغد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

ج : عندما لا يمكن تمويل الحاجات.

<sup>1</sup> فاطمة عاشور ، طرق إبرام الصفقات العمومية ضماناً قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية ، مجلة الدراسات القانونية ، الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة ، جامعة المدية ، الجزائر ، المجلد 4 ، العدد 1 ، 2018 ، ص 96.

<sup>2</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق ، ص 70.

- في تعريف طلب العروض نجد عناصر المنافسة في :

- الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين.
- تخصيص الصفقة دون مفاوضات.
- اعتماد معيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.
- اعتماد معايير اختيار موضوعية ، تعد قبل إطلاق الإجراء.<sup>1</sup>

### 3- أشكال طلب العروض :

لطلب العروض أشكال متعددة بينها المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سواء كانت وطنية أو دولية يمكن إجمالها فيما يلي : ( طلب العروض المفتوح ، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا ، طلب العروض المحدود ، المسابقة).

#### Appel d'offres ouvert

#### أ : طلب العروض المفتوح

إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا ، أي أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يأتي بجديد في النقطة المتعلقة بهذا الشكل والمعبر عنها في المادة 43<sup>2</sup>.  
ب : طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

#### Appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales

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

<sup>1</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق ، ص 70.  
<sup>2</sup> عباس زواوي ، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم 15-247 ، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، بتاريخ 24 فيفري 2016 ، ص 07.

ويقصد بالشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وأهمية المشروع<sup>1</sup>.

ونشير هنا إلى المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاء فيها : "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو 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.....".

### ج- طلب العروض المحدود :

حسب المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يعرف طلب العروض المحدود كإجراء الاستشارة الانتقائية ، يكون المرشحون اللذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد<sup>2</sup>.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد ، بعد انتقاء أولي ، بخمسة (05) منهم.

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة<sup>3</sup>.

### Le concours

### د- المسابقة

أتاح تنظيم ص.ع للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء للمسابقة كشكل من أشكال طلب العروض في حالة ما إذا أرادت إنجاز أعمال تتميز بجوانبها التقنية والاقتصادية والجمالية أو الفنية الخاصة ، وبهذا تكون المسابقة شكلا من اشكال الإبرام تستجيب مع

<sup>1</sup> لعور بدرة ، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة المسيلة ، الجزائر، بتاريخ 24 فيفري 2016 ، ص 19.

<sup>2</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق ، ص 71.

<sup>3</sup> . مرجع نفسه ، ص 72.

الاعتبارات الفنية أو الجمالية للمشروع محل الصفقة ، وتوفر للمصلحة المتعاقدة فرصة الحصول على أفضل العروض من طرف رجال الفن المؤهلين<sup>1</sup>.

### ثانيا : التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية

يعد أسلوب التراضي أسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية ، فلم يتركه المشرع على سبيل العموم وإنما قيد حرية الإدارة في اللجوء إليه ، يرجع ذلك إلى خطورة هذا الإجراء في إبرام ص.ع ، وجاء هذا التقييد لحرية الإدارة لما لهذا الأسلوب من أثر كبير على حرية المنافسة والتضييق من مبدأ الإعلان عن التنافس في ص.ع<sup>2</sup>.

#### 1- مدى ارتباط التراضي بمبدأ المنافسة :

تتحرر الإدارة وفقا لآلية التراضي من القواعد والإجراءات المقررة في أسلوب طلب العروض الذي يعتمد على الدعوة للمنافسة ، فتتجاوز مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في منحه الصفقة وفقا لما تمليه عليها مقتضيات حماية المال العام.

ويظهر هذا الأسلوب في إبرام الصفقات العمومية متأصلا في مختلف التشريعات في الجزائر ، فقد عرفته المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: « إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة » ، وقد جعل المشرع التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود ، فالإدارة من خلال هذا الأسلوب لها حرية اختيار المتعاقد الأنسب<sup>3</sup>.

من الوهلة الأولى يظهر لنا أن أسلوب التراضي يتعارض مع مفهوم المنافسة ومبدأ الشفافية والنزاهة ، إلا أن المشرع وتداركا منه لما يمكن أن يحدث من تجاوز عندما أعطى الحرية للإدارة في اختيار المتعامل ، فقد حد من حرية الإدارة وقيدها من جانبيين :

<sup>1</sup> حليمي منال ، مرجع سابق ، ص 36.

<sup>2</sup> فاطمة عاشور ، مرجع سابق ، ص 100.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص 101.

أ : الجانب الأول وهو حصر الحالات التي تلجا فيها الإدارة إلى أسلوب التراضي و جعلها محددة قانونا فلا يجوز للإدارة الخروج عن هذه الحالات .

ب : الجانب الثاني هو تحديد أشكال التراضي واتخاذها كقاعدة استثنائية وليست عامة ، فمجرد وضع التراضي في خانة الاستثناء يعد ذلك نوع من انواع التضييق على الإدارة ، ولتحقيق الشفافية يجب على المصلحة المتعاقدة احترام الالتزامات الملقاة على عاتقها<sup>1</sup>.

## 2- أشكال التراضي :

يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة ، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

### أ - حالات اللجوء إلى التراضي البسيط :

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي الآتية:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية ، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.
- في حالة الاستعجال الملح المعطل بوجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة والأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام ص.ع بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال ، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

<sup>1</sup> فاطمة عاشور ، مرجع سابق ، ص 101.

- في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية ، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها<sup>1</sup> .
  - عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية ، مع ضرورة الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء ، وهنا تم إضافة تقييد آخر يتمثل في المعيار المالي حيث لا بد ان يفوق عشرة ملايين دينار
- 10.000.00 .. د.ج وإذا كان المبلغ أقل من ذلك فلا بد من الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة<sup>2</sup>.

#### ب- حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة :

الحالة الأولى عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية :

- عندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها ، وفي حالة عدم جدوى هذا الطلب للمرة الثانية فإنه يمكنها المرور من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة ، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 51 من المرسوم 15-247 .

وتبعا للفقرة الثانية من نص المادة 40 من هذا المرسوم فإنه يعلن عن عدم جدوى طلب العروض في ثلاث (03) حالات:

- عندما لا يتم استلام أي عرض.
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.
- عندما لا يمكن تمويل الحاجات.

<sup>1</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق ، ص 80.

<sup>2</sup> عباس زواوي ، مرجع سابق ، ص 09.

بينما كانت حالات عدم الجدوى في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ( الملغى )  
محددة بنص المادة 44 في :

- عندما يتم استلام عرض واحد فقط.
- عندما لا يتم استلام أي عرض.
- عندما يتم التأهيل التقني لعرض واحد فقط.
- عندما لا يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض<sup>1</sup>.

من الجدير بالذكر أنه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لا يمكن للإدارة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى، بل يجب عليها أن تعيد الإجراء ، باستثناء حالة إتباعها بداية لأسلوب المسابقة ، حيث نصت المادة 48 في فقرتها السابعة على أن يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من نفس المرسوم ، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة<sup>2</sup>.

**الحالة الثانية :** حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض .

وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات<sup>3</sup> ، ولقد وردت هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 51 فجاء فيها :« في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب

<sup>1</sup> بوزيد بن محمود ، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، الصادرة عن معهد الحقوق والعلوم السياسية ، تامنغست ، الجزائر ، المجلد 7 ، العدد 6 ، 2018 ، ص 196.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص ، 197.

<sup>3</sup> جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق ، ص 81.

العروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات .

وهنا إذا لجأت الإدارة المعنية لأسلوب التراضي بعد الاستشارة بعنوان توافر هذه الحالة وقع عليها عبئ تبرير الابتعاد عن أسلوب طلب العروض وإبراز خصوصية صفقة الدراسات واللوازم والخدمات ، ونشير هنا أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال نظرا لاكتفاء النص بصفقة الدراسات واقتناء اللوازم والخدمات فلا تنطبق على غيرها<sup>1</sup> .

يبدو من خلال قراءة أولية لما جاء في الفقرة أعلاه أن هذه الحالة تعطي للإدارة قدرا من الحرية وسلطة تقديرية في اختيار المتعاقد معها مباشرة ودون اللجوء لإجراءات الإشهار ، غير أنه قيدها بالطابع الخصوصي للصفقة من ذلك مثلا طابعها السري ، مع إطلاق الوصف والعبارة.

إن الفقرة أعلاه حملت غموضا حين ورد فيها عبارة « ضعف مستوى المنافسة » ، وهو ما يعني لدى كل قارئ أن الإدارة المتعاقدة لجأت لطلب العروض ، ثم قيمت العروض عن طريق جهازها الداخلي المتمثل في لجنة الفتح والتقييم ، ثم وصلت لنتيجة ضعف المنافسة.

من هنا نتساءل : ما الفرق بينها وبين حالة عدم الجدوى ؟ ، لأن هذه الأخيرة قد ينجر عنها استخلاص نتيجة الضعف بعد التقييم من جانب اللجنة ، وهذه الحالة التي وصلت إليها المصلحة المتعاقدة ، أما عبارة الطابع السري فهي إلى حد كبير يمكن استيعابها وتبريرها نظرا لخصوصية بعض القطاعات والخدمات<sup>2</sup> .

الحالة الثالثة : حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة .

<sup>1</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 233.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 234.



ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد أو ضبط ، وإذا كانت الحالة السابقة لم تنص على صفقات الأشغال ، فإن هذه الحالة مرتبطة بصفقات الأشغال فقط وتظل غامضة إلى غاية قيام سلطة الهيئة العمومية السيادية في الدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني ، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات ، حسب الحالة ، بإصدار مقرر يتضمن قائمة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة ، ذلك ما نصت عليه المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247<sup>1</sup>.

الحالة الرابعة: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة.

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 51 ، ولم تكن موجودة ضمن حالات التراضي بعد الاستشارة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، وهي حالة موضوعية تبرر اللجوء للتعاقد بطريق التراضي طالما مرت المصلحة المتعاقدة بصدد صفقة اقتناء لوازم أو أشغال أو خدمات مثلا بمرحلة طلب العروض ، تطبيقا للقاعدة العامة ، وتم اختيار العارض طبقا للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي 15-247 ، وتم توقيع الصفقة من قبل السلطة المؤهلة ، وبدأت مرحلة التنفيذ ، غير أنه نتيجة أسباب موضوعية حدث الفسخ ، وتعذر إجراء عملية إشهار جديدة بحكم أن المشروع المراد إنجازه لا يتحمل آجال طلب عروض جديد بالكيفيات المشار إليها في المرسوم الرئاسي 15-247، من إشهار ، وتلقي العروض والمنافسة ، وتقييم العروض ، وإعلان النتيجة ، والطعن في النتيجة وباقي الإجراءات<sup>2</sup>.

لذا ونظرا لهذه الدواعي الموضوعية رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد بطريق التراضي بعد الاستشارة ، ولها أن تبرر ذلك عند ممارسة أي رقابة عليها من قبل الجهات

<sup>1</sup> بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 197-198.

<sup>2</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 235.

المخولة قانونا ، فثبتت حالة الفسخ أولا ، وتثبتت وضعية أو حالة عدم تحمل المشروع لآجال جديدة ثانيا<sup>1</sup>.

الحالة الخامسة : حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هيئات.

تعد هذه الحالة من الحالات التي يمكن أن تلجأ فيها المصالح الوطنية المتعاقدة الخاضعة لقانون ص.ع إلى إبرام صفقاتها بأسلوب التراضي بعد الاستشارة ، إذ يملى العمل بهذه الحالة ضرورة احترام المصالح المذكورة للالتزامات الدولة ذات الطابع الخارجي ، وبالتالي لهذه المصالح أن تحصر الإشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة إنجاز عمليات في إطار التعاون الحكومي ، وفي البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى<sup>2</sup>.

نستخلص مما سبق ذكره غموض حالات اللجوء إلى الاستشارة ، وإمكانية الاتفاق على مبدأ المنافسة ، سواء في إطار المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 أو في إطار المرسوم الرئاسي 15-247.

### الفرع الثاني : طرق إبرام تفويضات المرفق العام

لقد سبق وأشرنا إلى أن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام تمنحها شفافية ، كما هو الحال بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام ، فهي تبرم وفقا لصيغتين أساسيتين أحدهما الطلب على المنافسة ، الذي تمثل القاعدة العامة (أولا) ، والتراضي الذي يمثل الاستثناء (ثانيا).

#### أولا : الطلب على المنافسة

الملاحظ أن المشرع لم ينظم طرق إبرام تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مثلما نظم طرق إبرام ص.ع ، حيث اكتفى بذكر أنواع التفويضات وهي أربعة :

عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 235.

<sup>2</sup> بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 198.

( الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير ) ، بل نظم ذلك بموجب مراسيم تنفيذية التي من بينها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

### 1- المقصود بالطلب على المنافسة :

يقصد بالطلب على المنافسة إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين ، للمتعهد الذي قدم أحسن عرض<sup>1</sup>.

كما نجد تعريف الطلب على المنافسة في الفقرة الأولى من المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، حيث جاء فيها: « الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض ، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة ، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة ».

فبعد أن كانت العروض تتكون من عرضين تقني ومالي أضيف له ملف الترشيح الذي يتمتعون بتصريح بالترشح وتصريح بالنزاهة ، القانون الأساسي للشركات ، الوثائق المتعلقة بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإبرام المؤسسة ، كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المتعهدين أو المقاولين<sup>2</sup> ، أما بالنسبة للمترشح الذي يقدم أفضل عرض ، هو الشخص الذي يقدم أفضل وأحسن الضمانات المهنية منها والتقنية بالإضافة إلى الضمانات المالية ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199<sup>3</sup>.

### 2- مراحل الطلب على المنافسة

أ- المرحلة الأولى : هذه المرحلة أشارت إليها المادة 12 في فقرتها 1 من المرسوم التنفيذي 18-199 حيث جاء فيها : « المرحلة الأولى: تتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على

<sup>1</sup> الكاهنة زواوي ، إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مجلة الشريعة والاقتصاد ، الصادرة عن كلية الشريعة والاقتصاد ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، العدد 12 ، 2017 ، ص36.

<sup>2</sup> خلدون عيشة ، قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، الصادرة عن جامعة الجلفة ، الجزائر ، العدد 6 ، 2016 ، ص 52.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، السالف الذكر.

أساس ملفات الترشيح ، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشيح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط ، وعنوانه " دفتر ملف الترشيح " ، وفي لوح الإعلان عن العروض «<sup>1</sup> .

ب-المرحلة الثانية :

أما المرحلة الثانية مفادها دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط.

في نفس السياق نجد المادة 13 من نفس المرسوم أشارت إلى أن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام يتضمن البنود التنظيمية والبنود التعاقدية ، وهذه البنود يجب أن توضح كيفية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وكذا تنفيذها<sup>2</sup>.

### 3-أجزاء دفتر الشروط

يشمل دفتر الشروط جزئين :

- الجزء الأول تحت عنوان دفتر ملف الترشيح

يحتوي هذا الجزء على بنود إدارية عامة ووثائق تتضمن مجموعة من البنود أيضا تتعلق بموضوع العقد ، طريقة منحها والوثائق المكونة والمطلوبة ، وكذلك الأسس التي يتم الاعتماد عليها ، فمثلا كيفية التنفيذ بالنسبة للعرض المالي والتقني ، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط التقنية ، التي تضعها الإدارة من أجل حسن سير تنفيذ العقد<sup>3</sup> ،

<sup>1</sup> نوال بوهالي ، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة ، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 2 ، 2011 ، ص 339.

<sup>2</sup> المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، السالف الذكر.

<sup>3</sup> براهيم فضيلة ، تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني الصادرة عن كلية الحقوق ، بجاية ، الجزائر ، المجلد 16 ، العدد 2 ، 2017 ، ص 144.

وأيضاً مختلف الوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا تقديمها ، كما يحدد معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم والتي تتعلق على الخصوص بما يأتي:<sup>1</sup>

- القدرات المهنية : تتمثل هذه القدرات في الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام.
  - القدرات التقنية : محتوية على وسائل بشرية ومادية ومراجع مهنية.
  - القدرات المالية : وهي الوسائل المالية التي تبرر بالحاصلات المالية والمحاسبة والمراجع المصرفية ، والمقابل المالي له علاقة بنتيجة الاستغلال وله علاقة مباشرة بالتسيير واستغلال المرفق ، كما يقول الأستاذ Claudie boteau
  - ضرورة تعلق المقابل المالي في المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير في أغلب الأحيان هي إتاوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة<sup>2</sup>.
- أما الجزء الثاني فعنوانه **دفتر العروض** ويتضمن :

- البنود الإدارية والتقنية : تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له ، وكذلك البنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني ، وكل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض<sup>3</sup>.
  - البنود المالية : تحدد البنود المالية الترتيبات التي لها علاقة بالمقابل المالي لفائدة كلا من : المفوض له او لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء ، مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض.
- هناك ملاحظة ينبغي أن نشير إليها وهي أنه يجب أن تحدد هذه البنود حالات التفويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم ، 18-199، السالف الذكر.

<sup>2</sup> ياسين حجاب ومبروك محرز ، الإطار القانوني لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري ، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، العدد 02 ، 2016 ، ص 139.

<sup>3</sup> المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

<sup>4</sup> المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ثانيا : التراضي

أبقى المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على كون هذا الأسلوب طريقة استثنائية لا يلجأ إليه إلا في حالات محددة قانوناً<sup>1</sup>.

1- حالات اللجوء إلى التراضي :

تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي في حال عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية ، ويكون هذا في حالات حسب نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي لسنة 18-199.

أ : إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى :

- عدم استلام أي عرض.

- استلام عرض واحد.

- عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

ب : وعند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية ، حيث يتبين هنا أنه عرض مطابق لدفتر الشروط ، وبالتالي يقبل لمتابعة الإجراءات.

2- أشكال التراضي :

يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.

أ- التراضي البسيط :

عرفت هذا النوع المادة 18 من المرسوم التنفيذي 18-199 بأنه : « إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة اختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام ، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية» .

يتم اللجوء إلى التراضي البسيط في الحالات التالية :

<sup>1</sup> خلدون عيشة ،مرجع سابق ، ص 50.

- في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية.
- وإما في الحالات الاستعجالية التي يلجأ إليها في حالات :
  - عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول ، موضوع إجراء فسخ.
  - استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.
  - رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال ، ويتعين على السلطة المفوضة في جميع الحالات اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني<sup>1</sup>.

ب- التراضي بعد الاستشارة :

عرفته المادة 17 من المرسوم التنفيذي 18-199 : « هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل » .

وتلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات :

- عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة المذكورة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين يشاركوا في الطلب على المنافسة.
- عند تفويض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة ، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية ، وفي هذه الحالة ، يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة ، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، السالف الذكر.

<sup>2</sup> المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199

## المبحث الثاني

## دور القضاء في الرقابة على منازعات إبرام العقود الإدارية

بعد تطرقنا في المبحث الأول إلى عملية تنظيم إبرام العقود الإدارية من حيث المبادئ والطرق التي تتبعها الإدارة لتحقيق منافسة شريفة ونزيهة ، سنتناول في هذا المبحث دور القضاء في الرقابة على إبرام العقود الإدارية ، وبصفة خاصة إلى دوره الفعال في حل المنازعات الناجمة عنها ، وذلك بالنظر الى كل من دور القاضي الإدراج (المطلب الأول) ، والقاضي الجزائي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## رقابة القاضي الإداري على إجراءات إبرام العقود الإدارية

تعد المنازعة الناشئة عن العقد الإداري منازعة إدارية وفقا للمعيار الشكلي المكرس كمعيار أساسي لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة ، إذ تنص المادة 800 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية:<sup>1</sup> « المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية طرفا فيها » .

كما حددت المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، الأشخاص العامة المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية ، وبالنتيجة يمكن التأكيد على الطابع الإداري لمنازعات الصفقات العمومية وبالتالي انعقاد الاختصاص للقاضي الإداري للنظر والبث فيه.

وفي سياق هذا الكلام سنتناول سلطة القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري (الفرع الأول) ، ورقابة القاضي الإداري الاستعجالي (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر. عدد 21 ، الصادرة في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم.



## الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية

### أولاً : مفهوم القرار الإداري المنفصل

يرجع الفضل في ابتكار فكرة القرار المنفصل إلى القضاء الإداري الفرنسي ثم سايره القضاء الإداري المصري ، ويستتبع ذلك بسط رقابة القضاء الفرنسي على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة دون انتظار اكتمال أو انتهاء العملية ذاتها والظعن فيها كلياً لأن هذا الانتظار قد يترتب عليه آثار سلبية منها بطئ العدالة ، وتأخر الفصل في بعض القرارات مما يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر لا داعي ولا سند له من القانون ، ورغم التطبيقات التي أجراها القضاء الفرنسي لفكرة القرار المنفصل عن العقد الإداري لم يتوصل إلى تحديد مفهوم واضح للقرارات الإدارية المنفصلة، إلا أنه يمكن استخلاصها من واقع تلك التطبيقات والتي تجمع القول عنها بصفة عامة بأنها : القرارات المرتبطة بالعمليات القانونية والسياسية المركبة ، ويجوز فصلها عنها لإمكان الظعن عليها استقلالاً قبل انتهاء العملية دون التأثير على باقي المكونات<sup>1</sup>، أما من الجانب الفقهي فقد حاول مجموعة من الفقهاء إعطاء تعريف واضح للقرار المنفصل عن العقد الإداري من بينهم الأستاذ محمد سليمان الطماوي حيث عرفها على أنها : قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تخول دون إبرامه<sup>2</sup> ، كما عرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها : القرارات الإدارية التي لا تصدر قائمة بذاتها ومستقلة عن عمل قانوني آخر ، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى ، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبط به<sup>3</sup>.

إجمالاً لا يمكن حصر مفهوم القرارات المنفصلة عن العقد الإداري على أنها قرارات إدارية تتخذ بمناسبة إبرام صفقة عمومية سواء تمهيدا لإبرام الصفقة أو لإبرامها أو

1 طالب بن دياب إكرام ، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعمق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2017 ، ص 09.

2 سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة 5 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1991 ، ص 208.

3 عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري ، ب.ط ، دار هومة ، الجزائر ، 1999 ، ص 93.

إلغائها ، وتكون هذه القرارات صادرة عن المصلحة المتعاقدة نفسها ، وتكون قرارات قائمة بذاتها وقابلة لإحداث آثار قانونية منفصلة عنها ، فتقبل الطعن فيها استقلالا أمام قاضي تجاوز السلطة<sup>1</sup>.

لقد حدد الفقه على ضوء أحكام مجلس الدولة الفرنسي المعايير المعتمدة لتحديد القرارات المنفصلة على العقد الإداري حيث نجد معيارين أحدهما المعيار الشخصي والآخر معيار مادي.

### 1 المعيار الذاتي :

يقوم المعيار الذاتي أو الشخصي على أساس الاعتبار الشخصي أو الصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والتي تكون غير مشروعة<sup>2</sup>، حيث يشمل المعيار الذاتي على عدة عناصر منها عنصر صفة الغير بالنسبة للعقد عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية أمام القاضي الإداري إلا بواسطة الطعن بإلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة<sup>3</sup>.

لقد طبق القضاء الفرنسي المعيار الشخصي الذاتي لتحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في عدة أحكام ، أهمها الحكم الصادر في قضية مارتن الصادر بتاريخ 05 أوت 1905 ، فقد اعتبر أن مداوات المجلس العام غير مشروعة بسبب مخالفتها لركن الشكل والإجراءات التي تقوم عليها القرارات الإدارية ، فقبل المجلس دعوى الإلغاء بسبب عدم شرعية هذه المداوات<sup>4</sup>.

### 2 المعيار الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة :

يعتمد هذا المعيار على طبيعة ومضمون القرار ، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي سنة 1906/1903 في بعض الأحكام التي قام بإصدارها أن كل قرار إداري منفصل لا يتعلق

1 شريف السمية ، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير / فرع قانون المنازعات الإدارية ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، 2016 ، ص 93.

2 عمار عوايدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، نظرية الدعوى الإدارية - الجزء 02 ، الطبعة 3 ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ص 442.

3 شريف السومية ، مرجع سابق ، ص 17.

4 مرجع نفسه ، ص 18.

ببنود العقد واشتراطاته يعد قرارا منفصلا عن العقد، حيث يبين هذا العنصر مدى أهمية دور القرار الإداري في تكوين ووجود العقد الذي يتألف منه المعيار الموضوعي على تبيين وتقدير ما إذا كان القرار الإداري جزءا أساسيا وجوهريا في عملية تكوين العقد، أما إذا كانت مكانة ووظيفة القرار الإداري غير جوهرية في تكوين العقد يعتبر جزء مساعد ، فإن هذا القرار يشكل قرارا إداريا منفصلا ، فطبقا للمعيار الموضوعي اعتبر القضاء الإداري القرارات السابقة لعملية إبرام العقد ، مثل قرارات وضع شروط المناقصة والمزايدة وغيرها كقرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن في عدم مشروعيتها<sup>1</sup>.

### ثانيا : طبيعة رقابة القاضي الإداري على القرار المنفصل

تتطلب ممارسة الرقابة القضائية على القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري وجود نظام قانوني جد محدد لهذا الأخير ، وهو الحد الأدنى الضروري لكي يتم الاعتراف بإمكانية فصل قرار ما ، غير أن القرار يمكن أن يمثل نظاما متميزا مدمجا في التشريع بتنظيم العملية أو قرارها الرئيسي ، فعندما يكون القرار في عملية مركبة لا يستجيب لنظام قانوني خاص به فإنه يفقد هويته ، فلكي يكون منفصلا فمن الضروري أن يكون منظما بما فيه الكفاية من طرف تشريع أو تنظيم متميز ويحتفظ تبعا لذلك بهويته وذاتيته<sup>2</sup>.

تعد رقابة المشروعية التي تمارس عن طريق دعوى الإلغاء الرقابة الأصلية للقرارات الإدارية ، فقد كان من الطبيعي إخضاع منازعات القرارات المنفصلة لرقابة قاضي تجاوز السلطة أو قاضي الإلغاء<sup>3</sup>.

### 1- رقابة قاضي الإلغاء على القرار المنفصل :

أصبح القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري يخضع لرقابة قاضي الإلغاء بعدما قام القضاء الإداري بابتكار نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية ، وبذلك أصبحت القرارات الإدارية المنفصلة محلا لدعوى الإلغاء تنطبق عليها كل الأحكام المتعلقة

<sup>1</sup> شريف السومية ، مرجع سابق ، ص 18.

<sup>2</sup> طالب بن دياب إكرام ، مرجع سابق ، ص 79.

<sup>3</sup> شريف السومية ، مرجع سابق ، ص 40.

بدعوى إلغاء القرارات الإدارية ، ويتعلق الأمر بشروط دعوى إلغاء القرار المنفصل آثار إلغاء القرار المنفصل على العقد.

### أ شروط دعوى إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري :

لقبول رفع دعوى إلغاء قرار إداري منفصل عن العقد الإداري يجب توافر مجموعة من الشروط لقيام هذه الدعوى حيث تتمثل هذه الشروط في شرطين أساسيين هما :

أ.1 الشروط الشكلية والتي تنقسم بدورها إلى : شروط شكلية عامة وشروط شكلية خاصة ، وهناك شروط موضوعية لدعوى الإلغاء.

#### أ.1.1 الشروط الشكلية العامة :

- شروط عريضة رفع الدعوى : هناك مجموعة الخصوصيات المعينة التي يجب توافرها وهي :

• أن تكون العريضة مكتوبة : تعتبر الكتابة من الشروط الضرورية لصحة عريضة افتتاح دعوى الإلغاء<sup>1</sup>، وتكون مشتملة على بيانات معينة رتب على عدم احترامها عدم قبول الدعوى شكلا ، وقد أورد المشرع هذه البيانات في المادة 15 من ق.إ.م.إ. والمتمثلة في :<sup>2</sup>

الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى<sup>3</sup> ، وذكر أسماء وألقاب الأطراف وموطنهم وصفات الممثلين عند الاقتضاء ، بالإضافة إلى عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى والإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سليمان فريدة ، دعوى الإلغاء ، المدرسة العليا للقضاء ، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة ، الدفعة الواحدة والعشرون للسنة الثانية 2011-2012 ، مادة المنازعات الإدارية ، الفوج 11+14 (ب) ، ص 09.

<sup>2</sup> عادل بوعمران ، دروس في المنازعات الإدارية ، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة ، دار الهدى ، 2014 ، ص 273.

<sup>3</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 10.

<sup>4</sup> عادل بوعمران ، مرجع سابق ، ص 274.

- أن تكون العريضة موقعة من محامي : نصت المادة 800 من ق.إ.م.إ أن الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة أعلاه من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل ، أما إذا كان الخصم في دعوى الإلغاء شخصا طبيعيا ، أو معنويا ملزم بتوكيل محام حسب نص المادة 826 من القانون 09/08 ، وهذا حسب نص المادة 815 التي نصت : « ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام »<sup>1</sup>.
- أن ترفق العريضة بإيصال الرسم القضائي الذي هو الإيصال المثبت لدفع الرسم القضائي طبقا لقانون المالية الذي يحدد قيمة الرسم حسب الجهة القضائية ونوع النزاع ، حيث يعفي قانون المالية الإدارات العمومية من دفع الرسوم القضائية<sup>2</sup>.
- أن ترفق العريضة بالقرار المطعون فيه : تنص المادة 819 من ق.إ.م.إ على ما يلي:

« يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الإداري ، تحت طائلة عدم قبول القرار الإداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع مبرر ، وإذا 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 على هذا الامتناع »<sup>3</sup>.

وفقا لنص المادة المذكورة أعلاه يجب أن ترفق العريضة المرفوعة بنسخة من القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري المطعون فيه أمام الجهات القضائية الإدارية أو المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة ، ويسقط هذا الشرط في حالة تمكين الطاعن من إثبات عدم إمكانية تقديم القرار المطعون فيه ، وفي حالة أخرى هي أن يكون المنع عائدا إلى امتناع الإدارة من تمكين الطاعن من القرار المطعون فيه ، يقوم القاضي بإصدار أمر إلى الإدارة بوجوب تقديمه في أول جلسة ، ويقوم باستخلاص النتائج المترتبة على هذا الامتناع ، وهو

<sup>1</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق : ص 10.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ص 10.

<sup>3</sup> المادة 819 من ق.إ.م.و.إ السالف الذكر.

ما استقر عليه العمل لدى مجلس الدولة لما قضى في قراره رقم 02-628 الصادر في 28 جوان 2006 عن الغرفة الرابعة ، حيث جاء ما يلي<sup>1</sup>:

" وكذلك ليست كل دعوى أمام القضاء الإداري تتوجب وجود قرار إداري ، فكثيرا من الدعاوى يصعب على المدعين الحصول على القرارات الإدارية المطعون فيها مادامت تلك القرارات من إنشاء الإدارة المدعي عليها وبالتالي لا يمكن إلزام المدعي بتقديم سند لم يتمكن منه ولم تسلمه إياه الإدارة التي أصدرته ولذا استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم إلزام المدعين للطاعنين بأن يرفقوا القرار المطعون فيه بعريضة إفتتاح الدعوى إذا لم يبلغوا به".

### أ.1.2 الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى

- الأهلية : تعد الأهلية من أهم الشروط المطلوبة في دعوى الإلغاء، فالمقصود بها أهلية التقاضي لكل شخص بلغ السن القانوني 19 سنة كاملة ، أو بمعنى أدق تلك الخاصية المعترف بها للشخص الطبيعي أو المعنوي التي تسمح له بممارسة حق التقاضي للدفاع عن حقوقه ومصالحه<sup>2</sup>.

حيث إذا رفعت الدعوى من شخص قاصر أو ناقص أهلية ، أو من قبل شخص غير مفوض من قبل الشخص المعنوي ترفض الدعوة شكلا ، وفقا لأحكام المواد 64-65 من القانون 08-09 .

- الصفة : الصفة هي التي تخول المدعي أو طالب الإلغاء الحق في التقاضي أمام القضاء الإداري حيث تثبت بمجرد إثبات الحق ، حيث تعتبر السند الذي يمكن المدعي من أن يطلب من المحكمة البت في جوهر النزاع ولا يشترط ركن الصفة أن يفترن بالمدعي فقط ، بل يشترط أن تكون الدعوى موجهة ضد مدعى عليه يتمتع بصفة التقاضي ، حيث جاء في المادة 13 من القانون 08-09 ما

<sup>1</sup> سعيد بوعلي ، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري ، الطبعة 4 ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر، 2001 : ص 122/121.

<sup>2</sup> عادل بوعمران ، مرجع سابق ، ص 273.

يلي : « لا يجوز لأي شخص ، التقاضي مالم تكن له صفة.....بيثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه..... » .

- المصلحة : تعد المصلحة الفائزة القانونية التي يسعى المدعي إلى تحقيقها في الدعوى التي يقدمها أمام القضاء من خلال إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري والذي يكون غير مشروع<sup>1</sup>، حيث أن شرط المصلحة في دعوى الإلغاء غير شرط المصلحة في باقي دعاوى ، إذ ليس من الضروري أن يكون رافع الدعوى مستندا إلى حق إنما يكفي أن يكون الشخص في مركز قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة نسبة للقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثرا في مصلحة ذاتية لرافع الدعوى تأثيرا مباشرا<sup>2</sup>، حيث لا تخول المصلحة حق التقاضي إلا إذا توفرت فيها الخصائص التالية :

- أن تكون المصلحة مباشرة وكافية : مثال الدعوى التي يرفعها قاطنوا أحد الأحياء ضد شركة النقل العام عبر الحافلات التي تقرر إلغاء أحد الخطوط التي كانت تخدم هذا الحي ، هنا المصلحة قائمة لمخاصمة الإدارة بسبب رفضها ضمان سير هذا المرفق وذلك عن طريق دعوى الإلغاء.
- المصلحة قد تكون شخصية وجماعية : فيقصد بالمصلحة الشخصية المباشرة أن يكون رافع دعوى الإلغاء في حالة قانونية بالنسبة الى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله يؤثر فيه تأثيرا مباشرا ، أما المصلحة الجماعية تكون من خلال دعاوى التي تباشرها التجمعات كالنقابات والجمعيات ، ويشترط في القرار محل دعوى الإلغاء أن يمس في مضمونه المصالح المادية والمعنوية للنقابة أو الجمعية<sup>3</sup>.
- قد تكون المصلحة مادية أو معنوية : لا يشترط لرفع دعوى الإلغاء أن يستتفي رافع الدعوى تحقيق مصلحة مادية إنما قد تعود إلى تحقيق مصلحة معنوية ، ذلك أن المادة 13 من ق.إ.م.إ ورد فيها عبارة مصلحة دون تحديد وضبط لطبيعتها.

<sup>1</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 10.

<sup>2</sup> عادل بوعمران ، مرجع سابق ، ص 273

<sup>3</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 13.

- أن تكون المصلحة مشروعة : لا تقبل دعوى الإلغاء إلا إذا كانت لرافع الدعوى مصلحة مشروعة ، فلا يمكن التأسيس على مصلحة غير مشروعة للمنازعة.
- قد تكون المصلحة قائمة أو محتملة : لا يشترط في المصلحة الموجهة لدعوى الإلغاء أن تكون محققة أي أنه ينجم فعلا عن صدور قرار إداري منفصل عن العقد الإداري المساس بمركز قانوني لطرف معين يخوله أحقية رفع دعوى الإلغاء ، وإنما يكفي أن تكون المصلحة محتملة الوقوع في المستقبل وهذا ما جاء به القانون 08-09 في المادة 13<sup>1</sup>.

### • أ.3.1 الشروط الشكلية الخاصة

- الشروط المتعلقة بالقرار محل الطعن : إن أهم ما يميز القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء أن يمس بمركز قانوني ويظهر من خلال :
- الطابع التنفيذي للقرار الإداري : بحيث يعتبر القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري بمجرد صدوره قابلا للتنفيذ مباشرة ، يعبر عنه بامتياز الأسبقية والقصد من القرار الإداري هو إلغاء مركز قانوني قائم أو إحداث مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم<sup>2</sup>.
- إلحاق الأذى بذاته : تتمثل هذه الفكرة في الآثار التي يترتبها القرار الإداري على مركز المعني بالقرار إذا فالقرار الإداري محل الطعن بالإلغاء هو عمل إداري تنفيذي يلحق أذى بذاته<sup>3</sup>.
- القرارات التي يمتنع القاضي الإداري عن رقابتها

يقتضي مبدأ المشروعية خضوع كل القرارات الإدارية والمنفصلة منها لرقابة القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء ، حيث بإمكان هذا الأخير إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري بعد أن يكشف في حيثياته عن وجه الامشروعية فيه سواء من جانب خرق قواعد الاختصاص أو الشكل أو الإجراءات وغيرها ، إلا أن المشرع ولاعتبارات موضوعية قد

<sup>1</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 14/13.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 14.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص 15.



يخص بعض الأعمال الإدارية ويخرجها عن رقابة القضاء ويلزم القاضي التصريح برفض الدعوى وعدم التصدي لنوع معين من الأعمال حيث إصطلح على تسميتها بأعمال السيادة أو الحكومة، حيث تتوفر هذه الأعمال على خصائص القرار الإداري ، فقد تعتبر أعمال الحكومة كل أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بعلاقتها مع السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

#### - شرط التظلم الإداري المسبق

هو طلب أو شكوى يقدمها شخص ( المتظلم ) إلى الجهة الإدارية المختصة ينازع فيها عمل قانوني ألحق به أذى<sup>2</sup>.

تتعدد التظلمات الإدارية بتعدد الجهات الإدارية التي يجوز التظلم فيها والتي تختص بعملية الرقابة الإدارية الذاتية على أعمال الإدارة العامة.

• **التظلم الولائي :** هو ذلك التظلم الذي يتقدم به صاحب الشأن أو المصلحة إلى الجهة الإدارية التي صدر فيها التصرف أو العمل محل التظلم بغية الالتماس ومراجعة هذا القرار وإعادة النظر فيه بتصحيحه أو سحبه أو إلغائه أو تعديله بما يحقق سلامته ومشروعيته وملاءمته ، وذلك بعد تقديمه لطلب يبين فيه وجه الخطأ.

#### • التظلم الرئاسي :

يتقدم صاحب المصلحة بالطعن إلى الرئيس الإداري للشخص أو الهيئة التي أصدرت القرار موضوع التظلم ، للمطالبة بإلغاء أو تعديل أو سحب القرار المنفصل عن العقد الإداري بحيث يصبح مشروعاً و مطابقاً للوائح العامة ومتماشياً مع القوانين السارية ، ويتولى الرئيس بناء على السلطة الرئاسية سحب القرار أو إلغائه أو تعديله بما يجعله مطابقاً مع القانون ، وقد يقوم الرئيس الإداري من تلقاء نفسه بممارسة هذه السلطة دون تظلم.

<sup>1</sup> ، سليمان فريدة ، مرجع سابق، ص15.

<sup>2</sup> بوحميده عطا الله ، الوجيز في القضاء الإداري (تنظيم عمل و اختصاص) ، ب.ط ، در هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص198.

• التظلم إلى لجنة إدارية خاصة :

تتشكل هذه اللجنة عادة من موظفين إداريين وتكون هذه اللجنة مشكلة طبقا للقوانين ، بحيث تنظمها وتحدد اختصاصاتها وتشكيلها وسلطاتها ،تتكون عادة من موظفين تابعين للأسلاك الوظيفية العمومية ، حيث يتظلم لها صاحب الشأن مطالبا بتعديل أو إلغاء أو سحب القرار لما يجعله يتماشى ويتلاءم مع قواعد وأحكام القانون<sup>1</sup> ، وأما التظلم في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 باستثناء عن القاعدة العامة يوجد التظلم أمام لجان الطعن قبل اللجوء إلى القضاء ، وهذا حسب نص المادة 82 من المرسوم 15-247.

- شرط الميعاد في دعوى الإلغاء

لقد نظم ق.إ.م.إ شرط الأجل لقبول دعوى الإلغاء في المواد من 829 إلى 832 المتعلقة بشرط الآجال أمام المحاكم الإدارية ، وأحالت المادة 907 المتعلقة بشرط الآجال أمام مجلس الدولة إلى العمل بمقتضيات المواد من 829 إلى 832 أعلاه.

وقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجل رفع دعوى الإلغاء بأربعة (4) أشهر سواء أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة، حيث جاء نص المادة 829 كالآتي :

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

كما نصت المادة 907 من نفس القانون المتعلقة بشرط الأجل أمام مجلس الدولة على ما يلي :

« عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى أخيرة ، تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد من 829 إلى 832<sup>2</sup> » .

<sup>1</sup> حسين فريحة ، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة) ، ب.ط ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011 ، ص 44/45.

<sup>2</sup> القانون رقم 08-09 السالف الذكر .

• انتهاء ميعاد دعوى الإلغاء :

يترتب عليه اكتساب القرار المطعون فيه بعدم الشرعية حصانة خاصة ضد دعوى الإلغاء حتى ولو بقي القرار الإداري غير المشروع نافذاً أو ساري المفعول ، فدعوى الإلغاء تسقط بفوات ميعاد رفعها ولا يمكن قبولها من جديد لأن شرط الميعاد من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

أ.2. الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء :

يكون بطلان القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري نتيجة لعدم مشروعيته إما الاختصاص أو الشكل أو الإجراء وهي تشكل المظهر الخارجي للقرار الإداري ، فإذا تخلف أحدهما يعتبر القرار المنفصل عن العقد الإداري باطلاً لتخلف أحد أركانه ، بحيث أن البحث عن سبب بطلان القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري من الناحية الخارجية لا ينصب على القرار الذي اتخذته الإدارة أو ما تم تقريره، بل على الطريقة التي استخدمت في اتخاذه ، وبهذا فإن القاضي الإداري يتفحص مشروعية القرار من الناحية الخارجية ، إذ يقرر إبطال القرار الإداري الوسيلة القانونية التي يجب أن تتبعها لإصدار القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري حتى لا يكون قابلاً للإبطال ، ومن العيوب التي تؤدي إلى إبطال القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري عيب عدم الاختصاص ، وعيب الشكل والإجراءات<sup>2</sup>.

أ.2.1. عيب عدم الاختصاص : ويعد من الناحية التاريخية أول وجه من أوجه الإلغاء التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي بقصد إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ الشرعية ولذا سميت دعوى الإلغاء في فرنسا بدعوى تجاوز السلطة ، حيث يتحقق عدم الاختصاص بصفة إيجابية كأن تقوم الجهة الإدارية بعمل لا يتدرج ضمن اختصاصها قانوناً ، كما يمكن أن يكون سلبياً كأن تمتنع عن القيام بعمل اعتقاداً منها أنه لا يدخل في اختصاصها ، وقد

<sup>1</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 17.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 18.

صنف عيب عدم الاختصاص إلى درجتين : عيب عدم الاختصاص الجسيم ، وعيب عدم الاختصاص البسيط<sup>1</sup>.

- عيب عدم الاختصاص الجسيم : نكون أمامه في حالة صدور القرار أو التصرف من شخص أو جهة إدارية غير مؤهلة قانونا لذلك مما يقتضي اعتبار ذلك التصرف قرارا منعما حيث لا يترتب عنه أي حق ، بحيث يظهر عدم الاختصاص الجسيم في حالتين<sup>2</sup>:

• حالة صدور قرار من فرد عادي لا علاقة له بالوظيفة إطلاقا :

غالبا ما تحدث في الظروف الاستثنائية كأن يصدر شخص عادي قرارا إداريا ما ويرتب حقوقا ، وفي هذه الحالة يقرر القاضي بأن القرار باطل ولا أثر له ، بمعنى أنه منعدم ، وللتخفيف من آثار هذا النوع من التدخل في الأحوال الاستثنائية.

أوجد القضاء ما يعرف بنظرية الموظف الفعلي *la théorie du fonctionnaire du fait* وصادقا على صحة التصرفات المتخذة منه لكن بصورة ضيقة.

• حالة اعتداء سلطة عمومية على مجال سلطة عمومية أخرى :

هي أن تحاول جهة إدارية حل نزاع من اختصاص القضاء أو أن يحدث تداخل بين السلطة التشريعية والتنفيذية ، وإن وقعت في مثل هذه الحالات يكون القرار منعما لكون عدم الاختصاص ، وقد يتعرض المتجاوز لسلطته العقوبات<sup>3</sup>.

• اعتداء هيئة إدارية على اختصاص هيئة موازية لها :

إن ترابط وتشابك العلاقات الإدارية يؤدي إلى تداخل واعتداء هيئة إدارية على اختصاص هيئة أخرى موازية لها رغم محاولة النصوص توزيع اختصاصات بين مختلف الموظفين كان يصدر وزير التربية قرار يعود أساسا لوزير التكوين المهني.

<sup>1</sup> عادل بوعمران ، مرجع سابق ، ص 296.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، ب.ط ، عنابة ، الجزائر ، 2009 ، ص 181.

<sup>3</sup> بوحميذة عطا الله ، مرجع سابق ، ص 236/237.

- اعتداء هيئة مركزية على اختصاص هيئة لا مركزية
  - يعهد النظام اللامركزي الإداري بإدارة وتسيير المصالح المحلية المتميزة عن المصالح والشؤون المركزية إلى هيئات وأجهزة محلية مستقلة عن الإدارة المركزية<sup>1</sup>.
  - عدم الاختصاص البسيط : يعتبر عدم الاختصاص البسيط الشكل الأكثر شيوعا لعبب الاختصاص وبأخذ الصور الرئيسية التالية :
  - عدم الاختصاص الزمني : يقصد به صدور قرار إداري من موظف أو جهة إدارية معينة دون احترام القيود الزمنية المحددة قانونا كإصدار رئيس م.ش.ب أو الولائي قرار قبل أو بعد العهدة ، فقرار السلطة الإدارية في هذه الحالة يعتبر مشوب بعيب عدم الاختصاص الزمني.
  - عدم الاختصاص الإقليمي : ويقصد به ممارسة جهة إدارية معينة اختصاصها خارج نطاق إقليمها المحدد قانونا ، كأن يصدر رئيس البلدية قرار يمتد أثره إلى بلديات أخرى وعلى هذا الأساس يكون مشوب بعيب عدم الاختصاص الإقليمي<sup>2</sup>.
  - عدم الاختصاص الموضوعي : يظهر هذا العيب حينما تقوم هيئة أو موظف بإصدار قرار لا يدخل ضمن الموضوعات أو الصلاحيات المخولة له .
- أ.2.2. عيب عدم احترام الإجراءات والأشكال المقررة قانونا :

يحدث عيب الشكل والإجراءات عند مخالفة الإدارة للقواعد والإجراءات الشكلية التي قررها القانون<sup>3</sup>.

- عيب الشكل : عرف شكل القرار الإداري بأنه القالب الذي يفرغ فيه هذا القرار ، أي المظهر الخارجي له ، وبالمقابل فإن عيب الشكل هو عدم احترام كلي أو جزئي لتلك

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق ، ص 184/183

<sup>2</sup> سعيد بوعلي ، مرجع سابق ، ص 167.

<sup>3</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 21.

الشكليات او البيانات الواجبة قانونا ، حيث يجب التمييز بين الاشكال الجوهرية التي تؤثر في القرار والاشكال الغير جوهرية التي لا تؤثر فيه<sup>1</sup>.

- الأشكال الجوهرية التي تؤثر في القرار : وهي الشكليات المتعلقة بالتقديم الخارجي للقرار ، وهذا في الحالة التي تكون فيها القرارات مكتوبة وغير ممضية ، وتتمثل تلك الشكليات في عدم احترام قواعد الإمضاء ، التصديق ، تسبيب القرارات<sup>2</sup> .
- الأشكال الثانوية التي لا تؤثر في شكل القرار : هي التي يضعها لتسهيل العمل الإداري الداخلي ، أي لصالح الإدارة لا الأفراد<sup>3</sup>.

أ. 3.2 عيب الإجراءات : إن أهم حالة لعيب الإجراءات هو عدم استشارة الهيئات الجماعية ، فقد يجيز المشرع للإدارة اتخاذ إجراءات قبل إصدار القرار النهائي واستشارة الهيئات الجماعية ، وإن عدم احترام هذه الإجراءات يؤدي إلى إبطال القرار<sup>4</sup>.

#### ب- أثر إلغاء القرار المنفصل للعقد :

يعتبر اعدام آثار القرار الإداري النتيجة الحتمية لصدور حكم إلغاءه ، حيث أنه وبمجرد استنفاد حكم الإلغاء لطرق الطعن يصبح هذا القرار وكأنه لم يكن ، حيث أنه إذا كان القضاء الإداري قد قبل فصل بعض القرارات عن العقد الإداري ، فإنه لا يعني استنفاد أية صلة القرار بالعقد الإداري، فهو يعتبر جزء منه بحيث يكمن أثر إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري في تحديد مدى تأثيره على العقد ، فقد ارتكز قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر على التمييز بين حالتها الاحتجاج وعدم الاحتجاج بحكم الإلغاء من قبل أحد أطراف العقد.

#### ب.1 حالة الاحتجاج بحكم الإلغاء من قبل أحد أطراف العقد أمام قاضي العقد :

في حالة احتجاج أحد أطراف العقد بحكم إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري أمام قاضي العقد، يمكن أن يستعمل حكم الإلغاء كوسيلة لإبطال العقد نفسه من قبل احد

<sup>1</sup> بوحميده عطا الله مرجع سابق ، ص 238.

<sup>2</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق، ص 23.

<sup>3</sup> بوحميده عطا الله ، مرجع نفسه ، ص 240.

<sup>4</sup> سليمان فريدة ، مرجع سابق ، ص 22/21.

طرفيه ، فيبني حكم بطلان العقد على أساس حكم إبطال القرار المنفصل عن العقد الإداري الذي ساهم في تكوينه ، حيث يتمتع حكم الإلغاء بحجية مطلقة أمام قاضي العقد<sup>1</sup> ، غير أن مجلس الدولة الفرنسي كان يميل للحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية ، فقد سمح بالتصحيح الرجعي للقرار المنفصل عن العقد الإداري الملغى ، إذا كانت لا مشروعية القرار ترجع إلى إهمال قاعدة شكلية<sup>2</sup> ، أما إذا تعلق الأمر بالا مشروعية الداخلية فلا مجال للتصحيح.

### ب.2 حالة عدم الاحتجاج من أحد أطراف العقد:

وفقا للقضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي ، الذي تبناه القضاء الإداري في الكثير من الدول العربية ، لا يمكن للغير أن يحتج بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري لإبطال العقد طالما تمسك طرفا العقد بالاحتفاظ به ، حيث أن لحكم الإلغاء أثر محدود يقتصر على القرار الذي صدر بشأنه ، فيظل العقد المبني على هذا القرار قائما ومنتجا لآثاره طالما لم يطلب أحد أطراف العقد إبطاله أمام قاضي العقد ، وتقدير القضاء هذ القاعدة بفكرة الحفاظ على استقرار الأوضاع التعاقدية، حيث أيد بعض الفقه مسلك القضاء الإداري ، حيث أشار إلى أنه في حالة إبطال العقد نتيجة إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري ، فإن ذلك يؤدي إلى زعزعة استقرار التعامل من جهة ، وإهدار قواعد الاختصاص من جهة أخرى ، إذ يؤدي إلى اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد ، ذلك ان منازعة العقد الإداري مجالها القضاء الكامل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شريف سمية ، مرجع سابق ، ص 51.

<sup>2</sup> سمح مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية التصحيح الرجعي للقرار المنفصل لأول مرة في قراره الصادر بتاريخ 08 جوان 2011 ، بمناسبة فصله في قضية تتعلق بعقد بيع أملاك تابعة للبلدية ، فبعد إلغاء المداولة التي رخصت بالبيع من طرف القضاء الإداري بسبب غياب الرأي الاستشاري لمصلحة أملاك الدولة ، أصدر المجلس البلدي مداولة ثانية مبنية على الرأي الموافق لمصلحة أملاك الدولة وهو ما يسمح باستمرار العقد المبرم بين البلدية والشركة المتعاقدة معها.

LUCIENNE Erstein , régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé , Revu la semaine juridique , N°25 ,2011,p1210,1211.

<sup>3</sup> شريف سمية ، مرجع سابق ، ص 54/53/52.

## الفرع الثاني : رقابة القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد

إن الاستعجال القانوني هو أبرز خاصية تتمتع بها منازعات العقود الإدارية والصفقات العمومية، وقد أفردتها المشرع بنص مادتين من ق.إ.م.إ (947/946)<sup>1</sup> ، بحيث هذا النوع من المنازعات يؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال، وبهذا سوف نتطرق إلى كل من الأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد (أولا) ، وسلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد(ثانيا).

## أولا : الأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد

إن قاضي الاستعجال الإداري ووفقا لما ذكرته المادة 946 من ق.إ.م.إ يعتبر هو المختص في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة ، بحيث أن قاضي الاستعجال الإداري لا يتدخل من تلقاء نفسه بل لابد من تحريك سلطته بموجب دعوى يقوم برفعها أشخاص تتوفر فيهم الصفة والمصلحة<sup>2</sup>.

قد نصت الفقرة الثانية من المادة 946 من ق.إ.م.إ على انه: « يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال ، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سببرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية ».

وفقا لما ذكر في نص المادة أعلاه يتبين لنا الأشخاص الذين لهم الحق في إخطار المحكمة الإدارية وهم :

كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

<sup>1</sup> القانون رقم 08-09 السالف الذكر.

<sup>2</sup> غني أمينة ، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، - الجزائر- ، 2014/2013 ، ص 211.



أ : **المصلحة** : يقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية ، حيث هذه المنفعة تشكل دافع وراء الدعوى، فلا دعوى بدون مصلحة<sup>1</sup> .

المصلحة قد تكون قائمة أو محتملة ، بحيث تكون قائمة إذا استندت إلى حق أو مركز قانوني ، فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني وتعويض ما لحق به من ضرر ، أو تكون محتملة إذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق ، هنا تكون المصلحة محتملة وقد تتولد مستقبلا كما قد لا تتولد أبدا<sup>2</sup> .

ب - **الضرر** : بصفة عامة يقصد به المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما بجعل مركزه أسوأ من قبل لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها لها ذلك الحق ، أو تلك المصلحة لصاحبه ، حيث تقدر ما إذا ترتب عن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة ضرر ليس بالأمر السهل ، حيث يأخذ القاضي بعين الاعتبار المرحلة التي يتم إخطاره فيها ، و يمكن للمؤسسة التي تم رفض ترشحها أن تتضرر من الإخلال الذي يقع بعد إجراء الرفض ، ففي هذه الدعوى يتمتع قاضي الاستعجال برقابة مزدوجة ، بحيث تتعلق الأولى بمراقبة مدى احترام الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم الصفقات العمومية التي تضمن المنافسة بين المترشحين والمساواة بينهم ، أما الثانية مرتبطة بمدى احترام معايير قبول الترشيحات التي قام بوضعها المتعامل العمومي في دفتر الشروط.

- **الوالي** : جاء في المادة 946 الفقرة الثانية على أنه يتم إخطار قاضي الاستعجال من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية، وبالرجوع إلى المادة 110 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية<sup>3</sup> ، نجد أنها نصت على أن الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية وهو مفوض الحكومة.

<sup>1</sup> غني أمينة ، مرجع سابق، ص 218.

<sup>2</sup> بريارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الطبعة 2، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009، ص 39.

<sup>3</sup> قانون رقم 12-07 ، السالف الذكر.

وبالتالي فإن الوالي هم من له الحق في اخطار قاضي الاستعجال الإداري في حالة إخلال جماعة إقليمية ، أو مؤسسة عمومية محلية بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقة العمومية<sup>1</sup>.

### ثانيا : سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد

لقد منحت للقاضي الاستعجالي في حالة الاخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفقا للمادة 946 ثلاث سلطات تتمثل فيما يلي :

أ : أمر الإدارة الامتثال لالتزاماتها : مع تحديد أجل الامتثال .

ب : الحكم بغرامة تهديدية : إذا لم تمتثل الإدارة لالتزاماتها في الآجال المحددة ، في هاته الحالة يأمر القاضي بمبلغ معين كجزاءات عن كل يوم تأخير.

ج: تأجيل إمضاء العقد : يستطيع قاضي الاستعجال أن يأجل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ، دون أن تتجاوز مدة التأجيل (20يوما)<sup>2</sup> ، وهذا ما جاء في المادة 947 من القانون 08-09 والتي نصت على : « تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه » .

### المطلب الثاني : رقابة القاضي الجزائري على إبرام العقود الإدارية

يتدخل القضاء الجزائري في ضمان مشروعية الصفقة العمومية من خلال اختصاصه بمعاينة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية وفق السياسة المنهجية في مكافحة الفساد ، حيث خصص المشرع الجزائري المواد من 26 إلى 28 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته السالف الذكر لتنظيم الاحكام الخاصة بجرائم الصفقات العمومية<sup>3</sup>، تتقدمها الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية (فرع اول) ، كما سنتطرق إلى جريمة الرشوة

<sup>1</sup> غني أمينة ، مرجع سابق ، ص 220/219.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 224.

<sup>3</sup> حللمي منال ، مرجع سابق ، ص 129-130.

( فرع ثاني ) ، وأيضا جريمتي تعارض المصالح و أخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية ( فرع ثالث).

### الفرع الأول : الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية

#### أولا : جنحة المحاباة

تعتبر جنحة المحاباة Favoritisme dans la transactions publiques من أكثر الجنح الواقعة في مجال العقود الإدارية، كما أنها عرض من الأعراض الدالة على وجود خلل في إدارة الدولة ، وذلك أن المؤسسات التي أنشئت لتنظيم العلاقات بين الموظفين والدولة تسخر بدلا من ذلك في الإثراء الشخصي للموظفين العموميين وفي توفير الامتيازات للفسادين<sup>1</sup> ، ونجد أساس هذه الجنحة في القانون 01-06 المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته ، وهذا في المادة 26 الفقرة 01<sup>2</sup>.

#### 01: أركان جنحة المحاباة

من نص المادة 26 فقرة 01 من القانون 01-06 تتبين أركان جنحة المحاباة وهي أن يكون موضوعها العقد أو الاتفاقية أو الصفقة أو الملحق ، صفة الجاني .  
أ: أن يكون موضوع الجريمة: عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق :

<sup>1</sup>نبيلة رزاق ، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية الصادرة عن جامعة البليدة ، العدد 01 ، 2015 ، ص128/129.

<sup>2</sup> جاء في المادة 01/26 : يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات ويغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج :

1- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

يقتصر الاهتمام على الصفقة العمومية وما يتصل بها من مفاهيم ، أما الملحق بالصفقة فيخضع لنفس المادة إذا كان إبرامه يخضع للالتزامات الإشهار والمنافسة عندما يشكل صفقة جديدة وفقا للاجتهاد القضائي<sup>1</sup>

ب : صفة الجاني : حصرت المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صفة الجاني في الموظف العمومي كما هو معرف في الفقرة "ب" من المادة الثانية من هذا القانون.

ج : الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجنحة

وجنحة المحاباة كغيرها من الجنح يتطلب لوقوعها ركنا ماديا وركنا معنويا

#### - الركن المادي :

الركن المادي ينقسم إلى السلوك الإجرامي والغرض منه:

- السلوك الإجرامي :يتمثل في إبرام عقد أو صفقة أو تأشيرها أو مراجعتها دون احترام النصوص القانونية ، ويشمل السلوك الإجرامي إبرام الصفقة أو التوقيع عليها ، والتأشير يقصد به الموافقة ، والمراجعة يقصد بها تحيين الصفقة أو الملحق ، ومن صور السلوك الإجرامي :

✓ المساس بقواعد الإشهار والوضع للمنافسة: أو المتعلقة باعتماد المرشحين وذلك بإبعاد متعاملين مؤهلين لتفضيل أحدهم ، أو تجزئة الصفقة والشراء بالفواتير<sup>2</sup>.  
المساس بقواعد ايداع العروض: كالتلاعب بأجال تقديم العروض ، أو المساس بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد بعدم احترام معايير الاختيار المعلن عنها مسبق ، ومنح معلومات لمرشح حتى يكيف عرضه أو اعلامه بالمبلغ المقترح من طرف غيره.

<sup>1</sup> CE, 11 Juillet 2008, in Olivier Le Bot, le guide administratif, Edition DOLLOZ, Paris cedex ,2013/2014, p589.

<sup>2</sup> حليلة بروك ، مرجع سابق ، ص 206.

الغرض من السلوك الإجرامي : تشترط المادة 26 فقرة 1 أن يكون السلوك الإجرامي ارتكب بغرض منح امتيازات غير مبررة ، أي تمييز أحد المترشحين ، وقد اعتبرت المحكمة العليا أنه بانعدام الغرض تنعدم الجريمة<sup>1</sup>.

من الواضح أن المشرع يربط بين منح الامتيازات غير المبررة وخرق النصوص القانونية التي تضمن مبادئ الصفقات<sup>2</sup>.

#### - الركن المعنوي

اعتبرت جنحة المحاباة من الجرائم القصدية ، تتطلب توافر القصدين العام والخاص المتمثل في إعطاء امتيازات للغير مع العلم بأنها غير مبررة ، كان البحث عن القصد الجنائي في جنحة المحاباة ماثرا لتردد القضاء الذي أكد أن الركن المعنوي يتمثل في ارتكاب فعل مناف للقواعد القانونية والتنظيمية عن قصد ولا يمكن استخلاصه من مجرد خرق النصوص التي تنظم المشتريات الحكومية.

قد أراد المشرع أن ينشئ تجريرا مشددا ويعتمد والقاضي لاستخلاص العنصر المعنوي على اختصاص الجاني ومهامه ودرجة المسؤولية<sup>3</sup> ، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القصد العام كاف لإثبات الجريمة ولا يشترط علم المتعامل باستفادته من امتياز غير مبرر بل يكفي أن يعلم بعدم قانونية حصوله على الصفقة<sup>4</sup>.

فالمحاولة كافية حتى ولو لم يتحصل المترشح على الصفقة، أو عدل المسؤول عن التوقيع بعد ملاحظات جهة الرقابة ، ومن يوقع الصفقة يعد مسؤولا حتى لو لم يساهم في ارتكاب التجاوزات ويعتبر شريكا في الجريمة

<sup>1</sup> حليلة بروك ، مرجع سابق ، ص 206.

<sup>2</sup> Florian lunditch , un an de droit pénal des marchés publics , chronique contrats et marchés publics , revue mensuelle lexisnescis , juriscasseur , 2009 , p 06.

<sup>3</sup> حليلة بروك ، مرجع سابق ، ص 206.

<sup>4</sup> Florian lunditch , op , cit , p07.

## 02 إثبات جريمة المحاباة :

يعد إثبات هذه الجريمة من أصعب المسائل ، ويلزم تحديد القاعدة التي تم خرقها ، وقد وضع القضاء مؤشرات أهمها

أ : استفادة نفس الشركة أو شركات مرتبطة من الصفقات.

ب : لجوء الإدارة إلى التفاوض في ظل غياب أي تقدير متوقع لكلفة الخدمات ، والتعاقد بالتراضي مع متعاملين في سنوات سابقة دون اللجوء للمنافسة ، والملاحظ أن القاضي الجزائري يتجاوز أحيانا التأكد من عدم احترام النصوص القانونية ولا يلجأ إلى القاضي الإداري لتقدير مشروعية الأعمال الإدارية<sup>1</sup>.

## 03 - المتابعة و القمع في جنحة المحاباة :

## أ- المتابعة

يعزز القانون 06-01 هيمنة النيابة العامة على متابعة جرائم الفساد وتتص المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية أن أي سلطة أو ضابط عمومي أو موظف يصل إلى علمه أثناء ممارسته لوظيفته ارتكاب جريمة أن يبلغ عنها وكيل الجمهورية فوراً وبمده بجميع المعلومات أو المحاضر أو الأفعال المتعلقة بها بالإضافة إلى إبلاغ هيئة مكافحة الفساد، وتنتظر في جرائم الفساد محاكم الجرح<sup>2</sup>

## ب : القمع

جاء القمع في المادة 26 فقرة 1 المذكورة سابقا ، ويلاحظ أن المشرع الجزائري اتجه إلى موجة التجنيح التي تعرفها التشريعات المقارنة مما جعله عرضة للانتقاد.

<sup>1</sup> François lichére , mémontos droit des contrats publics , edition DALLOZ , 2005 , p 109.

<sup>2</sup> حليلة بروك ، مرجع سابق ، ص 207.

## 04 - تقادم الجناة :

تعد جنحة المحاباة جريمة آنية تتقادم بمرور 03 سنوات من يوم ارتكابها، إلا إذا تمت إحالة العائدات إلى الخارج فلا تتقادم الدعوى ، ولا العقوبة<sup>1</sup> ، ولم يحدد المشرع تاريخ بدء حساب التقادم<sup>2</sup>

## ثانيا : استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة 2 من قانون العقوبات ، الملغاة.

## 01 : أركان الجريمة

تقتضي هذه الجريمة توافر صفة معينة في الجاني وسلوكا معيننا وقصدا جنائيا.

أ - صفة الجاني : اشترطت المادة 26-2 أن يكون الجاني تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص ، أي أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص ، غير أنها ما لبثت أن أضافت : أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي ، وبهذه الإضافة يكون المشرع قد عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني ، فالمطلوب هو أن يكون عونا اقتصاديا خاصا ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، يعمل لحسابه أو لحساب غيره<sup>3</sup> .

بل ويثور التساؤل ، في حال كهذه ، حول جدوى تخصيص التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص بالذكر مادام أن أي شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص معرض للمساءلة ، وفي كل الأحوال يكون الجاني بائعا وليس مشتر ، ومن ثمة لا

<sup>1</sup> حليلة بروك ، مرجع سابق ، ص 208.

<sup>2</sup> خلافا للمشرع الفرنسي الذي يقر باكتساب التقادم من يوم اكتشاف السلوك الإجرامي بشكل يسمح بمتابعة الجاني وتحريك الدعوى العمومية .

Catherine Bergeal et Frédéric Ienica , le contentieux des marchés publics , 20 emme edition , edition moniteur , Paris , 2010 , p137.

<sup>3</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة 15 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2014 ، ص 168.

يطبق حكم المادة 26-2 على التاجر الذي يكون في مركز المشتري أو المستفيد من خدمة أو صفقة تعود عليه بريح غير مبرر<sup>1</sup>.

ب - الركن المادي :

الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ينبني على عنصرين أساسيين هما: السلوك الإجرامي

المتمثل في استغلال نفوذ لأعوان العموميين، والغرض منه والذي يتمثل في الزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات، أو التعديل في آجال التسليم أو التموين<sup>2</sup>.

إن الغاية الأساسية التي يصبو المشرع إلى تحقيقها من خلال تجريم هذا الفعل وغيره ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تتجلى في الحفاظ على امال العام في إطار الصفقات العمومية وحمايته، ومن هذا المنظور فإن الموظف العمومي الذي يمنح امتيازات غير مبررة للغير عن طريق استغلال نفوذه، يكون قد أخل بنزاهة الوظيفة وهي من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الوظيفة العامة، كما أنه قد خان الثقة التي من أجلها منح امتياز السلطة العامة التي انحرف عنها عندما استغل نفوذه<sup>3</sup>.

-النشاط الإجرامي : ويتمثل في استغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة والهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص168.

<sup>2</sup> عنان جمال الدين ، جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، المجلد 1 ، العدد 7 ، 2017 ، ص 180.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص 180.



ومدلول أعوان الدولة والهيئات التابعة لها ، كما ورد في المادة 26-2 ، يختلف عن مدلول الموظف العمومي ، كما هو معرف في الفقرة ب من المادة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مستبعدا بذلك المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية<sup>1</sup>.

ويشترط أن يكون عون الدولة صاحب سلطة في الهيئات المعنية أو له تأثير عليها ، ومن ثم فالأمر يتعلق إما برئيس أو مدير الهيئة أو بمسؤول مختص بإبرام الصفقات أو بتنفيذ بنودها، وهكذا ، فإذا كان العقد أو الصفقة قد أبرمت مع بلدية ، على سبيل المثال ، يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه والأمين العام للبلدية ورؤساء المصالح الفنية التابعة للبلدية كرئيس مصلحة التجهيزات ورئيس مصلحة الأشغال الخ...هم المعنيون بهذه الجريمة<sup>2</sup>.

-الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين :

يشترط المشرع أن يكون الهدف من الاستغلال هو الحصول على زيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية الخدمات أو المواد ، أو التعديل في آجال التسليم أو التمويل.

الزيادة في الأسعار : كما لو أبرم تاجر عقدا مع بلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر ، وكان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة ، في حين طبق التاجر على البلدية سعر 70.000 دج مستغلا بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية.

التعديل في نوعية المواد : كما في المثال السابق لو أبرم عقد لتزويد البلدية بأجهزة من نوع : إ-ب-م الأصلي فتم تزويدها بأجهزة من نوع آخر أقل جودة وعلى أساس نفس السعر .  
التعديل في نوعية الخدمات : كما في المثال السابق لو تم إبرام عقد لصيانة أجهزة البلدية فصليا على أن يقوم بها مهندسون مختصون فلا يقوم المتعامل المتعاقد مع البلدية إلا بصيانة واحدة في السنة يجريها تقنيون.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 170/169.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 170.

التعديل في آجال التسليم أو التموين : كما في المثال السابق لو تم الاتفاق على تسليم أجهزة الكمبيوتر للبلدية في ميعاد أقصاه شهر من تاريخ إبرام العقد ، غير أنه لا يتم تسليمها إلا بعد مرور أشهر على إبرام العقد<sup>1</sup>.

ج- الركن المعنوي : تتطلب الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وإرادة استغلال هذا النفوذ لفائدته ، وكذا القصد الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : جريمة الرشوة في العقود الإدارية

تجرم وتعاقب المادة 27 من القانون 06-01 فعل الرشوة في مجال الصفقات العمومية كما كانت تفعل المادة 128 مكرر 01 من قانون العقوبات الملغاة مع وجود اختلاف من حيث تجنيح النص الجديد للفعل بعدما كان يعتبر جنائية ، لكن مع تشديد العقوبة من السجن ما بين خمسة (5) سنوات وعشرين (20) سنة إلى الحبس ما بين عشرة (10) وعشرين (20) سنة ، والغرامة ما بين 000 و 500.000 ، وعموما إن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تعدو أن تكون إلا حالة خاصة من حالات رشوة الموظفين العموميين يشدد فيها المشرع العقوبة ويحدد إطار منح الرشوة في تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو مؤسسات عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو مؤسسات عمومية اقتصادية<sup>3</sup>.

### أولا : أركان جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

يعد مرتكبا لهذه الجريمة وفقا لصريح نص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته : « كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 170.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 171.

<sup>3</sup> كريمة علة ، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام ، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق -1- ، جامعة الجزائر ، 2012/2013 ، ص 80-81.

إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية .

يستفاد من هذا النص أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة نلخصها فيما يلي :

### 1: الركن المفترض في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

تعد هذه الجريمة من الجرائم التي لا يمكن قيامها إلا إذا توافرت صفة معينة في شخص مرتكبها والمتمثلة في أن يكون الجاني موظفا عموميا وأن يكون لهذا الأخير علاقة بإجراءات التحضير أو التفاوض لإبرام الصفقات العمومية والعقود أو الملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو تنفيذها.

وبهذا الركن المفترض في جريمة الرشوة يقوم على عنصرين:<sup>1</sup>

#### أ : أن يكون الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية موظفا عموميا

عرف قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من خلال المادة 2 فقرة "ب" منه الموظف العمومي : « كل شخص يستغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في إحدى المجالس الشعبية المحلية المنتخبة ، سواء كمان معيناً أو منتخبا ، دائما أو مؤقتا ، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

<sup>1</sup> خالد شريفة ، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية ، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تبسة ، الجزائر ، المجلد 9 ، العدد 15 ، ص 112.

كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما<sup>1</sup>. «

نلاحظ أن المشرع قد حدد انطلاقا من هذا النص الفئات التي تدخل ضمن مفهوم الموظف العمومي والتي يمكن حصرها فيما يلي:

- ذوي المناصب التنفيذية والقضائية والإدارية

وتشمل هذه الفئة كل من يشغل منصبا تنفيذيا أو قضائيا أو إداريا سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

• الشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا : ويشمل هذه الفئة كل الأشخاص العاملين بالسلطة التنفيذية على المستوى المركزي بداية برئيس الجمهورية فالوزير الأول وأعضاء الحكومة من وزراء بمختلف رتبهم ، وممثلي الدولة في الخارج كالسفراء والقناصة<sup>2</sup>.

• الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا : وتشمل هذه الفئة وفقا لصريح نص المادة 2 من القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء :

✓ قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي .

✓ قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

✓ القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل ، كما تشمل هذه الفئة أيضا المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات والمساعدون في قسم الاحداث وفي

<sup>1</sup> هذا التعريف مستمد من المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003 والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل 2004 ويختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي الذي جاء به الأمر 06-03 ، والذي نص على تعريفه في المادة 04 فقرة 01 منه وتتص على : يعتبر موظف كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ، ورسم في رتبة في السلم الإداري.

<sup>2</sup> خالد شريفة ، مرجع سابق ، ص 113.

القسم الاجتماعي بحكم مشاركتهم في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية العادية وأيضا قضاة مجلس المحاسبة<sup>1</sup>.

• الشخص الذي يشغل منصبا إداريا :

يراد بهم الموظفين العاملين في المؤسسات والإدارات العمومية بصفة دائمة أو مؤقتة ، بأجر أو بدون أجر بصرف النظر عن رتبهم أو أقدميتهم وتنقسم هذه الفئة إلى موظفين عاديين وآخرين متعاقدين أو مؤقتين.

**ب: أن يكون الجاني مختصا قانونا بإبرام العقود والصفقات العمومية**

يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون الجاني موظفا وفقا للمادة 2 فقرة "ب" على النحو السابق الإشارة إليه ، وأن يكون من قبل الفئات والأشخاص المخولين قانونا إبرام العقود والصفقات العمومية باسم ولحساب الدولة والهيئات والمؤسسات العمومية بمختلف أنواعها<sup>2</sup>، وهو ما جاءت به المادة 27 من القانون 06-01.

## 02 : الركن المادي

يتكون الركن المادي من عنصرين هما النشاط الإجرامي والمناسبة

**أ: النشاط الإجرامي :** ويتمثل في قبض أو محاولة قبض عمولة ، التي سماها المشرع بالأجرة أو المنفعة ، بحيث تكون هذه الأخيرة ذات طبيعة مادية أو معنوية ، لكن المشرع لم يكتف بذلك بل جرم كذلك محاولة الحصول على هذه الأجرة أو المنفعة ، والصورة الظاهرة هي أن هذا الفعل إذا ما وقع يشكل جريمة تامة ، وتقدم هذه الأجرة أو المنفعة إلى الجاني نفسه الذي هو الموظف العمومي بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أو إلى غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

<sup>1</sup> خالد شريفة ، مرجع سابق ، ص 113/114.

<sup>2</sup> حاحة عبد العالي ، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم ، جامعة بسكرة ، الجزائر ، 2012/2013 ، ص 160.

ب: المناسبة تقتضي هذه الجريمة أن يقبض الجاني عمولة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها .

### 03: الركن المعنوي

يقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة على نية الجاني الذي يمثل إحدى الهيئات والتي سبق ذكرها والمكلفة بالتحضير أو التفاوض لإبرام الصفقات العمومية ، فيقوم الجاني بقبض أجرة أو منفعة إضراراً بالمصلحة العامة من أجل تحقيق مصلحته الخاصة من خلال هذه الصفقة أو الملحق ، وهذا نتيجة إرادة الجاني ، وهذا ما يشكل القصد العام ، ويشترط زيادة على ذلك توافر القصد الخاص المتمثل في المتاجرة بالوظيفة العامة<sup>1</sup> .

وفي نفس السياق جاءت المادة 8 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية<sup>2</sup>، لتجعل من جريمة الرشوة من ضمن الجرائم التي لا تقتضي الدعوى العمومية فيها بالتقادم ، وكما هو الحال أيضا في الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عنها ، وهو ما يستنتج معه رغبة المشرع الجزائري في تكييف التشريع الداخلي وفق ما ينسجم مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي توصي في مادتها 29: « بضرورة تحديد فترة تقادم طويلة تبدأ فيها الإجراءات القضائية بشأن أي فعل مجرم من قبلها مع تحديد فترة التقادم أطول أو تعليق العمل بالتقادم في حال إفلات الجاني المزعوم من يد العدالة<sup>3</sup> » .

<sup>1</sup> بن عودة صليحة ، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة

الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2016/2017 ، ص 81/80/75/74.

<sup>2</sup> الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل والمتمم .

<sup>3</sup> حللمي منال ، مرجع سابق ، ص 132.

ثانيا : العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

أ : العقوبات الأصلية :

- العقوبات الأصلية للشخص الطبيعي
- تعاقب المادة 27 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على جريمة الرشوة في الصفقات العمومية بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة ، وغرامة من 1.000.000 إلى 2.000.000.
- العقوبات الأصلية للشخص المعنوي
- لقد نصت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على غرامة تساوي من مرة واحدة(1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج وهو الحد الأقصى المقرر لجريمة الرشوة و5.000.000 دج وهو ما يعادل 5 مرات الحد الأقصى<sup>1</sup>.

ب : العقوبات التكميلية

- العقوبات التكميلية للشخص الطبيعي
- بالرجوع إلى قانون العقوبات وتحديدًا إلى نص المادة 9 نجدها قد حددت لنا قائمة بمجموعة العقوبات التكميلية التي يجوز للقاضي أن يحكم بها على كل من ثبتت إدانته بجريمة الرشوة في الصفقات العمومية ،وتتمثل هذه العقوبات في : الحجز القانوني ، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية ، تحديد الإقامة ، المنع من الإقامة ، المصادرة الجزئية للأموال ، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط ، إغلاق المؤسسة ، الإقصاء من الصفقات العمومية ، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها من المنع من استصدار رخصة جديدة ، سحب جواز السفر ، نشر أو تعليق حكم قرار الإدانة<sup>2</sup> .
- العقوبات التكميلية للشخص المعنوي

<sup>1</sup> المادة 18 مكرر من قانون العقوبات 06-22 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر سنة 2006

،جريدة رسمية عدد 84 الصادرة في 4 ذو الحجة عام 1427 هـ الموافق 27 ديسمبر سنة 2006 ، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> خالد شريفة ، مرجع سابق ، ص 126.

فبإحالة المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فيما يخص العقوبة المقررة له على أحكام قانون العقوبات ، فإن المادة 18 مكرر من قانون العقوبات أقرت للشخص المعنوي العقوبات التالية :

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نجم عنها.
- المنع من مزاوله نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر ، نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- التعليق ونشر حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية<sup>1</sup>.

### ثالثا : تقادم جريمة الرشوة

#### 1- خصوصية التقادم :

تمتاز الرشوة عن باقي جرائم الفساد في مسالتي تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة .

أ - : تقادم الدعوى العمومية : تطبق على الرشوة بمختلف صورها بخصوص تقادم الدعوى العمومية ما نصت عليه المادة 54 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في فقرتيها الأولى والثانية.

تنص الفقرة الأولى على عدم تقادم الدعوى العمومية في جرائم الفساد ، بوجه عام ، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج.

وتنص الفقرة الثانية على تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية في غير ذلك من الحالات .

<sup>1</sup> المادة 18 مكرر من قانون العقوبات.



وهنا يكمن الاختلاف بين الرشوة وباقي جرائم الفساد ، ذلك أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجد ان مادته 8 مكرر ، تنص على أن لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجنح...المتعلقة بالرشوة ، وبذلك تعد جريمة الرشوة جريمة غير قابلة للتقادم<sup>1</sup>.

ب - تقادم العقوبة : تطبق على الرشوة في مختلف صورها ما نصت عليه المادة 54 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في فقرتها الأولى والثانية.

تنص الفقرة الأولى على عدم تقادم العقوبة في جرائم الفساد ، بوجه عام ، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج.

وتنص الفقرة الثانية على تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية في غير ذلك من الحالات.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية ، وتحديدا المادة 612 مكرر منه ، نجدها تنص على أن لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح...المتعلقة بالرشوة . وبذلك تعد العقوبات المنطوق بها في باب الرشوة عقوبات غير قابلة للتقادم.

**الفرع الثالث : تعارض المصالح وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية**

**أولا : جريمة تعارض المصالح**

إن تعارض المصالح هو الحالة التي يمكن للشخص أن يجد نفسه تجاه مصلحتين متباينتين ، مصلحة عامة ومصلحة خاصة ، والذي يكون عليه أمامها خيار يقوم به<sup>2</sup>.

**01- أركان الجريمة :**

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص 93.

<sup>2</sup> بوغازي سماعيل ، جريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2016 ، ص 33.

تناول المشرع الجزائري جريمة تعارض المصالح في المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي نصت على أن: « يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة ، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد<sup>1</sup> .

#### أ- الركن المفترض :

- الموظف العمومي : تتطلب هذه الجريمة أن يكون القائم بها موظفا عاما ، فيفترض لقيام جريمة تعارض المصالح صفة خاصة في مرتكبها والصفة المتطلبية هنا هي أن يكون القائم بها موظف عمومي<sup>2</sup>.
- ضرورة وجود تعامل بالصفقات العمومية : إن اشتراط وجود تعامل بصفقة عمومية يفيد في تمييز جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية عن باقي جرائم الفساد الأخرى لكن يبقى أن غياب هذا الشرط بالنسبة لجرائم الفساد العامة المنطبقة على الصفقات العمومية لا ينفي وجود تلك الجرائم لأنها جرائم مرتبطة بممارسة الوظيفة العمومية وليس بمجال إبرام الصفقات العمومية وهذا عكس ما هو الحال بالنسبة لجريمة المحاباة التي لا تقوم إلا إذا كان تعامل في صفقة عمومية أو في أعمال ملحقة بها ، إذا بالفعل فإنه بالرجوع إلى النصوص المجرمة للفساد في الصفقات العمومية بصفة خاصة<sup>3</sup>، لاسيما المادتين 26 و 27 من القانون 06-01 نجدهما تلحقان بالصفقة العمومية.

• وجود صفقة عمومية ،

• الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية<sup>4</sup>

#### ب- الركن المادي في جريمة تعارض المصالح :

- تعارض المصلحة الخاصة للموظف مع المصلحة العامة طبقا لنص المادة 8 من القانون 06-01 ، يعد تعارضا للمصالح امتناع الموظف العمومي عن إخبار وإعلام رئيسه الإداري عن وجود تعارض بين مصلحته الخاصة (المباشرة وغير

1 القانون 06-01 ، السالف الذكر.

2 بوغازي سماعيل ، مرجع سابق ، ص 69.

3 مرجع نفسه ، ص 99.

4 مرجع نفسه ، ص 105/101.

المباشرة) والمصلحة العامة، الأمر الذي يكون من شأنه التأثير على موضوعتيه ونزاهته في أداءه لعمله.

لذلك فإن تعارض المصالح يقتضي أن يكون للموظف العام أنشطة أخرى أو عمل وظيفي آخر غير العمل الوظيفي، من استثمارات ومقاولات وموجودات ومشاريع وهبات وأعمال تجارية، تنشط في نفس المجال الذي تنشط فيه المؤسسة التي يعمل بها، سواء كان يمتلكها باسمه شخصيا، أو بأسماء مستعارة أو بواسطة الغير كالزوج أو الأصول أو الفروع، فيحدث وأن تلتقي هذه الأنشطة مع المهام والواجبات العامة التي يمارسها فيحدث التعارض<sup>1</sup>.

إن لتعارض المصالح صور عدة حددها بعض الفقه في ثلاثة: فقد يكون التعارض فعليا عندما يكون الشخص في وضع يتأكد فيه حصوله على مصلحة أو منفعة مباشرة أو غير مباشرة له أو لغيره، أو تؤثر على قدرته على أداء مهام وظيفته ومسؤولياته، ويكون محتملا في الفرض الذي يجد الشخص نفسه في وضع يحتمل أو يترجح معه حدوث الشبهة، أو يبدو بمظهر الحاصل على فائدة، أو مصلحة، أو منفعة خاصة، مباشرة أو غير مباشرة، له أو لغيره، أو تؤثر على قدرته على أداء مهام وظيفته ومسؤولياته بموضوعية ونزاهة وحياد، ويكون التعارض ظاهريا ملا يكون الشخص في موضع تردد فيما إذا كانت مصلحته الخاصة قد تؤدي إلى تعارض للمصالح أم ال، سواء كان هذا التعارض فعليا أو محتملا، أو أنه كذلك في نظر طرف ثالث<sup>2</sup>.

- أن يكون من شأن تعارض مصالح الموظف التأثير على ممارسته مهامه :

لا يكفي التقاء المصالح وتطابقها لوحده لقيام جريمة تعارض المصالح، فالمشرع يشترط أن يكون من شأن هذا التقاطع التأثير على سير مهام الموظف بشكل عاد، ألن

<sup>1</sup> عنان جمال الدين ، مكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية ، « جريمة تعارض المصالح نموذجا » ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، المجلد 2 ، العدد 9 ، 2018 ، ص 1010 .

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 1011 .

التقاء المصلحتين العامة والخاصة في بعض الأحيان قد ال يؤثر في سير المهام والعمال التي يقوم بها الموظف، ومن ثم لا تقوم هذه الجريمة إذا لم يتحقق هذا التأثير<sup>1</sup>.

- عدم إخبار السلطة الرئاسية :

تقتضي جريمة تعارض المصالح أن يخل الموظف العمومي بواجب إخطار أو تبليغ سلطته الرئاسية، الذي فرضه عليه المشرع الجزائري بموجب المادتين 34 و 8 من القانون 01-06 ، بوجود تعارض للمصالح قد حدث أثناء ممارسته لمهامه.

لذلك لا تقوم الجريمة بمجرد وجود تعارض في المصالح، وإنما الذي يترتب قيامها هو عدم التصريح بذلك للسلطة الرئاسية المختصة، ما يعني أنه ال يمكن متابعة الموظف الذي يتقيد بهذا الالتزام ويقوم بإخبار سلطته الرئاسية، حتى وإن تلاققت فعلا مصلحته الخاصة مع المصلحة العامة، وكان من شأن هذا التلاقي أن يؤثر بالسلب على حياد الوظف ونزاهته باعتباره سينحاز لامحالة مصلحته الخاصة<sup>2</sup>.

ج- الركن المعنوي :

إن القانون الجنائي يولي أهمية أساسية للعلاقة الذهنية ما بين الركن المادي للجريمة ومرتكبه ، فالجريمة لا تقوم بمجرد ارتكاب ركنها المادي بل ينبغي إثبات وجود موقف معنوي نفسي تجاه التصرف المادي وهو ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة ، فالجريمة ليست بنيانا ماديا خالصا قوامه الفعل وآثاره ، ولكنها كذلك كيان فرنسي ، فاتجاه إرادة الجاني القائمة على عمله بالنشاط الجرمي يشكل جوهر الركن المعنوي ، فلا مجال للقول بعقاب شخص لم ترتبط أفعاله المادية بنشاطه النفسي وإرادته المتجهة صوب الفعل الجرمي برابطة سببية تجعل من هذا الشخص محلا للمسؤولية وموضعا للعقاب المقرر على فعله ، ولاتجاه الإرادة

<sup>1</sup> مرجع نفسه ، ص 1011.

<sup>2</sup> عنان جمال الدين ، مرجع سابق ، ص1012.

الجرمية صورتان رئيستان : القصد الجرمي ، وبه تكون الجريمة غير مقصودة وكلاهما - القصد والخطأ - يمثل الركن المعنوي في الجريمة<sup>1</sup>.

جريمة عدم التصريح بتعارض المصالح من الجرائم العمدية التي يشترط فيها توفر القصد العام بعنصره العلم والإرادة. والعلم يقتضي أن يكون الجاني عاملا بأنه موظف عمومي كما سبقت الإشارة له في الفقرة ب بمن المادة 2 من القانون 06-01 .

ويقتضي العلم أيضا أن يكون الجاني عاملا بأنه موجود في وضعية تعارض للمصالح، وأن من شأن هذا التعارض أن يؤثر على سير مهامه بشكل عادي، كما يجب أن يكون عاملا بأنه مطالب بإخبار السلطة الرئاسية عن هذا التعارض ما الإرادة فيشترط فيها أن تكون حرة مختارة، وقد اتجهت إلى ارتكاب السلوك المادي المتمثل في واجب الإبلاغ عن تعارض المصالح<sup>2</sup>

### 01 الجزاءات المقررة لهذه الجريمة :

من مميزات الجرائم المعاقب عليها بموجب قواعد قانون الفساد، أن المشرع الجزائري قد استبدل العقوبات الجنائية التي كانت مقررة لأغلب هذه الجرائم بموجب نصوص قانون العقوبات وغيره، بعقوبات جنحية مرتفعة مقارنة مع سابقتها، وإن كانت هذه الجريمة من الجرائم المستحدثة بموجب هذا القانون.

وعليه فإن العقوبة المقررة لجريمة عدم الإبلاغ عن تعارض المصالح بنص المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هي الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبالغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج.

وزيادة على العقوبات الأصلية المنصوص عليها في المادة 34 المذكورة أعلاه يمكن للقاضي أن يحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات والمتمثلة في الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية

<sup>1</sup> بوغازي سماعين ، مرجع سابق ، ص 131.

<sup>2</sup> عنان جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 1014.

والعائلية، تحديد أو المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات و / أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة<sup>1</sup>.

### ثانيا : جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تتميز هذه الجريمة بكونها جريمة من جرائم الفساد ، إضافة إلى أنها تهدف إلى منع الموظف من المساس بالمصلحة العامة ، وبالتالي حثه على التحلي بالنزاهة والأمانة مما يعطي لهذه الجريمة طابع أخلاقي ، وتعتبر هذه الجريمة مظهر من مظاهر الرشوة ، وكذا تعتبر ف بعض الأحيان جريمة من جرائم الصفقات العمومية على غرار جنحة المحاباة ، غير أنها تتميز عن جرمي الرشوة وكذا جنحة إبرام صفقة مخالفة للتنظيم والتشريع بهدف منح الغير امتيازات غير مبررة ، كما أنها تتميز جرائم مجاورة لها تشترك معها في الغرض والحكمة من التجريم ، ونقصد بذلك كلا من جريمة تعارض المصالح السابق التعرض لها ، وكذا جريمة الجمع بين الأنشطة والمصالح<sup>2</sup>.

### 01 : أركان هذه الجريمة

لقد نصت المادة 35 من القانون 06-01 على هذه الجريمة والتي تقضي " بأن كل موظف يأخذ أو يتلقى إما مباشرة أو إما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية أو يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أي كانت"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عنان جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 1014.

<sup>2</sup> عبد الله بخباز ، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، 2017 ، ص 78.

<sup>3</sup> القانون 06-01 السالف الذكر.

## أ : صفة الجاني

تشتت المادة 35 من القانون 06-01 ان تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي ، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفه كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات ، أو الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ، أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما ، وعليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة 2/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، غير أن الأمر محصور في الفئتين الاتيتين<sup>1</sup> :

- الموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود او المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها :

وتشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإرادة على هذه العقود والعمليات المذكورة ، وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشأن هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة ، وذلك في أية مرحلة كانت عليها العملية ، سواء أثناء تحضير العقد أو المناقصة أو المزايدة أو اثناء مرحلة التنفيذ ، ويتعلق الأمر أساسا بمدير الهيئة أو المؤسسة أو رئيس المصلحة أو رئيس المكتب أو أي مهندس أو تقني أو عون اداري يقوم به في هذه العمليات<sup>2</sup> .

- الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما :

ويعني به كل موظف يمنح له منصب المسؤولية الذي تتولاه سلطة إصدار إذن بالدفع ، وهو بمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها ، ويأخذ بمقتضى عمله هذا فائدة غير مشروعة ، وينحصر الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الأمر بالصرف أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة ، كما يدخل في هذه الفئة كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين ، ولا يهم مصدر

<sup>1</sup> وفاء شيعاوي ، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ، مجلة العلوم الإنسانية ، الصادرة عن جامعة بسكرة ، الجزائر ، العدد 40 ، 2015 ، ص 257.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 257.

اختصاص الموظف بالعمل الذي انتفع منه ، فقد يتحدد اختصاصه بناء على قانون أو لائحة أو قرار أو تكليف من رئيس مختص<sup>1</sup> .

مساءلة الموظف العمومي المختص :

ويشترط في الموظف العمومي أن يكون مختصا ، فبالنظر إلى المادة 35 من القانون 01-06 نجدها تشترط أن يمون الجاني موظفا عموميا ومختصا بعمل من أعمال وظيفته وله مسؤوليات تمنحه سلطة فعلية بشأن العقود والصفقات العمومية التي أخذ أو تلقى منها فوائد بصفة غير قانونية.

لذلك اشترط المشرع أن يكون للموظف شأن في أعمال الوظيفة التي استغلها للحصول على الربح ، وبالتالي فقد يكون الموظف مختصا اختصاصا مباشرا في أعمال الوظيفة العامة ، كما قد يكون مختصا اختصاصا غير مباشر كأن يكون له سلطة في الإشراف والرقابة ، لذلك يمكن القول أنه لا يشترط أن يكون الموظف مختصا وحده بكل العمل الذي تريح منه ، وإنما يكفي أن يكون مختصا بجزء منه أيا كان قدره ، فأقل نصيب من الاختصاص بالعمل ولو كان ضئيلا يكفي لتوافر الصفة الخاصة لقيام الجريمة ، وتطبيقا لذلك يرتكب الجريمة المهندس الذي يشغل وظيفة عامة تجعل له أي نصيب من الاختصاص في تنفيذ مشروعات الدولة إذا ربح من أحد هذه المشروعات مثل : رصف طريق عام أو إقامة مبنى إداري أو مستشفى أو مدرسة ، ولا أهمية لمصدر الاختصاص ، فيجوز أن يكون القانون أو اللائحة أو القرار الإداري ، أو التكليف الكتابي أو الشفهي متى مان صادرا من رئيس مختص<sup>2</sup> .

مساءلة الموظف على فعله بعد ترك الوظيفة العامة :

على الرغم من أن الأصل العام يقضي بأن الموظف العام لا يسأل عن أعماله بعد ترك وظيفته ، إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء يتمثل في أن هذه الجريمة تنطبق على الموظف حتى بعد انتهاء أعمال وظيفته ، وذلك خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء

<sup>1</sup> وفاء شيعاوي ، مرجع سابق، ص 258.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 258.



توليه تلك الأعمال ، حيث يحظر عليه خلال الفترة المذكورة أخذ أو تلقي فائدة في أي عملية كانت تخضع لإدارته وإشرافه<sup>1</sup>.

فهناك حالات تقتضي وضع الموظف العام تحت طائلة العقاب ومحاكمته عن أعمال الفساد الذي يكون قد شاب عمله الوظيفي حتى بعد ترك الخدمة خروجاً على الأصل العام ، كما أن هناك من الحالات التي تتعلق بالفساد الإداري التي لا ينكشف أمرها إلا بعد ترك الموظف للعمل ، فالعدالة هنا تقتضي بالطبع ضرورة تدخل المشرع بالجزاء المناسب<sup>2</sup>.

### ب- الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية :

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في التشريع الجزائري حسب المادة 35 من القانون 06-01 بأخذ أو تلقي أو الاحتفاظ بفائدة ما ، من عمل من الأعمال التي يديرها الجاني أو يشرف عليها أو كان فيها أمراً بالصرف أو مكلف بتصفيتها ، والأخذ معناه أن يكون الجاني على نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود عليه بنفسه أو عن طريق شخص آخر لحسابه<sup>3</sup>.

### ج- الركن المعنوي لهذه الجريمة:

تعتبر هذه الجريمة عمدية ينبغي لقيامها توافر العلم والإرادة ، بأن يعلم بصفته كموظف أو مشرف أو ممن يصدر إذناً بالدفع أو كونه من المكلفين بالتصفية ، وبأنه يستخدم طرق مخادعة وأن يعلم بأنه يتلقى فوائد من العقود والمزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات ، وبأن ليس له الحق في تلقي تلك الفوائد ، مع إرادة السلوك أياً كان وإرادة النتيجة المتمثلة بقبض الفوائد الغير مستحقة ، وبصرف النظر عن الباعث الدافع على الجريمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> وفاء شيعاوي ، مرجع سابق ، ص 259.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 259.

<sup>3</sup> عبد الله بخباز ، مرجع سابق ، ص 196.

<sup>4</sup> مرجع نفسه ، ص 206.

02 : العقوبات المقررة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

أ - العقوبات الأصلية :

- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي :

يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين (2) إلى عشرة (10) سنوات ، وبغرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

-العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي :

عم المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد ، بما فيها جرائم أخذ فوائد بصفة غير قانونية ، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات ، ويتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وهي :

غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج ن وهو الحد الأقصى المقرر جزاء لجريمة الرشوة و 5.000.000 دج ، وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

ب - العقوبات التكميلية :

يميز المشرع بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي عن العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي.

- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي :

ينص المشرع على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليه في قانون العقوبات ، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات<sup>1</sup> .

وهي ذات العقوبات التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في جنحة المحاباة.

– العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي :

حدد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وتتمثل في :

حل الشخص المعنوي ، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات ، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، المنع من مزاوله نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ن مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها ، تعليق ونشر حكم الإدانة ، الوضع تحت الحراسة القضائية.

### 03 : أحكام التقادم في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

أ- تقادم الدعوى العمومية :

نص المشرع الجزائري في المادة 8 من قانون الإجراءات الجزائية على تقادم الدعوى العمومية في الجرح بمرور ثلاث سنوات .

ب- تقادم العقوبة :

أخذ المشرع الجزائري بنظام التقادم بالنسبة للعقوبة ،وقد تضمنها احكامه قانون الاجراءات الجزائية في المواد من 612 الى 616، ويميز في ذلك حسب وصف الجريمة المحكوم فيها وليس حسب العقوبة التي صدرت، وهكذا اذا كانت الجريمة المرتكبة جنائية فان العقوبة فيها تنقضي بمضي 20 عشرين سنة كاملة تحتسب من التاريخ الذي يصبح الحكم فيه نهائيا (المادة 613 من قانون الاجراءات الجزائية)، اما اذا كانت جنحة فالعقوبة تنقضي

<sup>1</sup> وفاء شيعاوي ، مرجع سابق ، ص 266.

بمضي خمسة سنوات (5) كاملة من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً غير انه اذا كانت عقوبة الحبس المقضي بها تزيد عن الخمس سنوات (5) فان مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة طبقاً للمادة 614 من نفس القانون .

ومن هنا مادامت جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية تعتبر جنحة فمدة التقادم فيها بالنسبة للعقوبة تكون بمضي (5) سنوات من تاريخ ان يصير الحكم نهائياً<sup>1</sup> .

بعد أن انتهينا في الفصل الأول من مسؤولية الإدارة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية ، سوف نتطرق في الفصل الثاني إلى مسؤولية الإدارة أثناء مرحلة التنفيذ.

<sup>1</sup> عبد الله بخباز ، مرجع سابق ، ص 251/250.

# الفصل الثاني

مسؤولية الإدارة أثناء مرحلة

تنفيذ العقود الإدارية

تقوم مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ حال إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ، واستعمالها السلطة المخولة لها استعمالا غير مشروع (مبحث أول) .

وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارة تكون مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها وعمّا أصابه من أضرار حتى ولو لم تكن مسؤولة عنها (مبحث ثاني).

### المبحث الأول

#### مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على أساس الخطأ

العقد الإداري هو عقد يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين المتعاقدين ، جهة الإدارة والمتعاقد معها وإذا كانت الإدارة تنفرد في معظم الأحيان بوضع شروطه ، ويقتصر دور المتعاقد معها على قبول هذه الشروط أو عدم قبولها ، فإن العقد لا يتم إلا بموافقة ورضائه الخضوع لهذه الشروط مختارا.

وإذا كانت القاعدة العامة بالنسبة للعقود كافة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كلا المتعاقدين تنفيذ ما التزم به ، ولا يلتزم المتعاقد إلا ما التزم به في بنود ذلك العقد ، فإن هذه القاعدة أيضا تسري في مجال التعاقدات الإدارية حيث تلتزم الإدارة والمتعاقد معها بتنفيذه على النحو الذي جاءت به بنوده من ناحيتي الحقوق والواجبات أو الالتزامات وبما يوجبه حسن النية المفترض في كلا الجانبين ، غير أن هذه القاعدة العامة لا تسري على إطلاقها في مواجهة الإدارة ، كما لا تسري بعمومها على الطرف الآخر المتعاقد معها، ذلك أن العقد الإداري يتصل بالمرفق العام ويعقد لتمكين الإدارة من تنظيمه وتسييره بانتظام وإطراد مستهدفة بذلك تحقيق الصالح العام ولتمكينها من تطويره وتعديله وفق المتطلبات العصرية المستحدثة ، فالأصل المقرر هو استمرار هذه المرافق العامة بانتظام من ناحية وخضوع هذه المرافق لإمكانية التعديل من ناحية أخرى دون الإخلال بهذه الالتزامات<sup>1</sup> ، لكن قد تتحرف الإدارة أحيانا وتقع في الخطأ فتخل بالتزاماتها ، وتقوم مسؤوليتها لعدم تنفيذ العقد من جانبها

<sup>1</sup> بلال أمين زين الدين ، مرجع سابق ، ص 485.

أو لتقصيرها في أداء التزاماتها ( مطلب أول) ، كما تتمثل تلك المسؤولية الخطئية في الاستخدام الغير المشروع لسلطتها ( مطلب ثاني).

### المطلب الاول

#### عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها التعاقدية

العقد الإداري رغم ما يتميز به من خصائص عن العقود المدنية والتجارية يبقى عقد ملزم لطرفيه، وذلك يتضمنه من شروط تعاقدية<sup>1</sup>.

والإدارة رغم تمتعها ببعض الامتيازات والسلطات في مواجهة المتعاقد معها إلا أنها ملتزمة بتنفيذ العقد ، وملزمة على الأخص بإعطاء المتعاقد معها حقوقه المقررة بالعقد كاملة<sup>2</sup>.

التزامات الإدارة التعاقدية متنوعة وتختلف بحسب نوع العقد الإداري إلا أنه يمكن تقسيمها أو تصنيفها إلى نوعين ، الأول ذو طبيعة فنية والثاني ذو طبيعة مالية، أن إخلال الإدارة بأي منها يشكل خطأ تعاقدياً يوجب مسؤوليتها ويعطي للمتعاقد معها حق التعويض عما أصابه من ضرر .

وتأسيساً على ما تقدم سنتناول بالشرح إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية (فرع أول) ، وتقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية ( فرع ثاني).

#### الفرع الأول : إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية

يبدو من الصعب في مجال القانون الإداري تحديد الالتزامات التعاقدية ذات الطبيعة الفنية التي تقع على كاهل الإدارة بعكس الوضع بالنسبة للالتزامات ذات الطبيعة المالية ،

<sup>1</sup> رفاه كريم كريل ، المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة على أساس الخطأ . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، العدد 03 ، 2015 ، ص 484.

<sup>2</sup> بلال أمين زين الدين ، مرجع سابق ، ص 488.

وبالتالي فمن الطبيعي أن يكون المرجع في تحديد هذه الالتزامات هو العقد الإداري ذاته المبرم بين الإدارة والطرف المتعاقد معها التي يتعين عليها أن تفي بها وإلا قامت مسؤوليتها التعاقدية ، وعليه فإن أبرز التزامات الإدارة ذات الطبيعة الفنية تتمثل في التزام الإدارة بوضع التصاميم وعمل مقاسات الأعمال التي تحدد فيها المواد اللازمة للتنفيذ وخصائصها وأوصافها وإدارة الأعمال ومراقبة تنفيذها ، أو تأخر الإدارة في إعطاء الأمر للمقاول بالبدء في تنفيذ الأعمال أو تأخرها في تقديم المواد اللازمة لتنفيذ العقد ، وكذلك امتناع الإدارة دون سبب مشروع عن تنفيذ العقد الذي وقعت عليه<sup>1</sup>.

وعليه يمكن تقسيم صور الإخلال الذي قد ترتكبه الإدارة عند تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية إلى ثلاث صور :

#### أولاً : خطأ الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم

تعتبر عملية وضع تصميمات الأعمال وإعداد المقاسات من أولى التزامات الإدارة التي يجب عليها القيام بمراعاتها عند تنفيذ العقد الإداري ، كما وتلتزم بمراجعة تصميمات الأعمال ومقاييسها ومطابقتها للدراسات السابقة التي قامت الإدارة بإجرائها وطبقاً للأصول الفنية حتى ولو لم تكن هي التي قامت بإعداد هذه التصاميم والمقاسات<sup>2</sup>.

فإذا أخطأت الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم أو أنها لم تقم بمراجعتها مما أدى إلى ظهور عيوب في تنفيذ العقد فإن ذلك يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية<sup>3</sup>.

حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة مخطئة بإعداد العقد ، لأن هناك أخطاء فنية في الرسومات المقدمة منها أو في تقدير حجم الأعمال المتعاقد عليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 484.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 485/484.

<sup>3</sup> Andre de labdere ، traite des contrats administratifs – tom 11 ، L.G.D.S ، 1984,p448.

<sup>4</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1961/10/25 أشار إليه حمدي حسن الخلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، ط01 ، بدون سنة نشر ، 2002 ، ص247.



كذلك تلتزم الإدارة بإمداد المتعاقد معها بالرسومات والمعلومات والبحوث والتقارير التي تشتمل على تفصي الحقائق وكل المستندات التي تتعلق بإقامة المرفق أو ترميمه أو صيانته أو إصلاحه ، فالإدارة تلتزم بأن تقدم للمتعاقد كل المعلومات اللازمة لتنفيذ العقد ، ويسلم القضاء والفقهاء الفرنسيين أن هذا الالتزام من مستلزمات العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد ، ففضى مجلس الدولة الفرنسي بأن إعطاء الإدارة للمتعاقد معها معلومات غير صحيحة يعتبر خطأ من جهتها يؤدي حتما إلى ترتيب مسؤوليتها<sup>1</sup>، كما قضى أيضا بأن جهة الإدارة التي اختارت أرضا غير صالحة لإقامة البناء عليها وفرضت على المهندس هذا الاختيار تتحمل عن المشيدين جزء من مسؤوليتهم لأنهم لم يبدو أي تحفظ على ذلك<sup>2</sup>.

كما ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن خطأ الإدارة بوضع التصاميم وما يرافقها من عيوب أو أخطاء الإدارة يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية<sup>3</sup>.

أما في مصر فقد أوجب المشرع المصري على جهة الإدارة القيام بتشكيل لجنة فنية ذات خبرة ودراية بالأوصاف المطلوب توريدها أو بالأعمال اللازمة حتى ولو تطلب الأمر الاستعانة بأعضاء فنيين من ذوي الخبرة ، فإذا كانت جهة الإدارة ملتزمة بمقتضى العقد المبرم بينها وبين المتعاقد بأن تقوم بتنفيذ الالتزامات والواجبات المفروضة عليها بمقتضى العقد ، فإن من بين هذه الالتزامات يتم تنفيذ العقد بصورة جيدة وعلى النحو الوارد في التصميمات والدراسات والأبحاث والتقارير أو العينات التي يلزم مطابقتها مع العينة التي قام بتوريدها ووفق الأصول الفنية المتعارف عليها أو التي وردت بين طيات العقد الإداري.

فإذا وقع خطأ من قبل الإدارة عند قيامها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية كأن تكون أخطأت في وضع المواصفات والمقاييس والتصميمات أو أنها وصفتها

<sup>1</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 15/12/1978 أشار إليه حمدي علي عمر ، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة) ، المجلة القانونية الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقايق ، العدد 08 ، 1996 ، ص 193.

<sup>2</sup> حمدي علي عمر، مرجع نفسه ، ص 193.

<sup>3</sup> Andre de labdere , op, cit , p457.

بصورة عشوائية دون قيامها بدراستها على أسس علمية ، فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ<sup>1</sup>.

أما القضاء الإداري المصري فإنه لم يتردد بإقرار مسؤولية الإدارة التعاقدية نتيجة إغفالها تحديد المواصفات الفنية في الدراسات التي تقدمها أو الخطأ في عمل الرسومات الهندسية للمشروع أو الخطأ في تصور حجم المشروع الذي يتضمن تقدير الأحجام والمساحات أو المسطحات بالنسبة للأعمال المنفذة ، أو تنفيذ العقد في موقع مختلف عن الموقع المنصوص عليه في العقد مما يتسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة ، حيث أن من الالتزامات التعاقدية أن تمكن الإدارة المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل في نفس موقع العمل ومن المضي في تنفيذه ، وإلا تكون قد أخلت بالتزاماتها التعاقدية ، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن ( من المقرر أن العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن يمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه ، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً من جانبها يخول المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها...)<sup>2</sup> .

ومن الجدير بالذكر ان هذه التصاميم يجب أن تكون جاهزة قبل تسليم الموقع وأن تكون صحيحة ودقيقة.

**01 : مسؤولية الإدارة المتعاقدة لعدم تسليمها المتعاقد معها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع**

تلتزم جهة الإدارة بتمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزامه التعاقدية وذلك عن طريق تسليمه الموقع المتفق في العقد ، وقد قضى في هذا الشأن بأنه متى كان الثابت أنه قد حيل

<sup>1</sup> حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 191.

<sup>2</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 486.

بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح الزراعي له الأمر الذي<sup>1</sup> ترتب عنه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة تجاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن موقع العمل وتمكينه من البدء في التنفيذ ، فمن ثم فإنه لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط ، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم موقع العمل أي الطاعن طيلة عام بأكمله هو مما يحق معه القول بانها أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل وأنها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة طويلة تجاوز القدر المعقول مما يقوم سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما ، وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك<sup>2</sup>.

ولا يكفي لإعفاء الإدارة من التزامها بتسليم موقع العمل مجرد قيامها بهذا الأمر ، بل يجب أن يكون هذا الموقع خاليا من الموانع التي تخول دون قيام المتعاقد مع الإدارة من بدء التنفيذ سواء كانت تلك الموانع قانونية أو مادية ، حيث يؤدي إلى عرقلة قيام المتعاقد بالوفاء بالتزامه بالبدء في تنفيذ العقد<sup>3</sup>.

ويتعين على الإدارة تسليم موقع العمل في الموعد المنصوص عليه بالعقد ، فإذا خلا العقد من مثل هذا النص ، فتكون الإدارة مسؤولة عن إخلالها بالتزامها بالتسليم إذا لم يتم ذلك في المدة المناسبة والمعقولة لتنفيذ العقد ، والتي يترك للقاضي أمر تقديرها في حالة رفع النزاع إليه<sup>4</sup>.

يكون تقدير القاضي لتأخر الإدارة في الوفاء بالتزامها بتسليم موقع التعاقد في ضوء ما تقتضيه طبائع الأمور وما يقتضيه تنفيذ العقود من حسن نية ، توجب أن يتم التسليم

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، -مصر- ، 2010 ، ص 95.

<sup>2</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق . ص 487.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 96/95.

<sup>4</sup> مرجع نفسه ، ص 96.

خلال فترة معقولة بما يتيح للمقاول أن ينفذ التزاماته في ميعاد مناسب ودون أية خسائر نتيجة لارتفاع الأسعار والأجور بسبب طول الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم موقع العمل<sup>1</sup>.

وفي إطار التزام الإدارة بتسليم المتعاقد معها لموقع التنفيذ فإنه يتعين أن تسلمه الموقع المتفق عليه بالتعاقد بحيث لا يجوز لها تغيير ذلك المكان بإرادتها المنفردة ، فقد يلحق ذلك بالمتعاقد معها ضررا يتمثل في ارتفاع تكاليف التنفيذ وقد يطيل مدته على تلك المتفق عليها<sup>2</sup>.

## 02 : عدم تقديم الإدارة المواد الضرورية للتنفيذ

لا تكفي أن تقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها مكان التنفيذ المتفق عليه بالتعاقد دون موانع مادية أو قانونية تحول بينه وبين بدء تنفيذ العقد حتى تكون قد أوفت بالتزامها التعاقدية في هذا المجال ، بل يتعين على الإدارة المتعاقدة إعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية أن تقدم للمتعاقد معها كافة المواد اللازمة والضرورية لقيامه بالتنفيذ وأن تكون تلك المواد ملائمة لتنفيذ الأعمال محل التعاقد، حيث تمثل المواد الضرورية للتنفيذ آليات ذلك التنفيذ الذي لا يتم بدونها ، بحيث يعد تسليم الإدارة للمتعاقد معها موقع التنفيذ دون توفير المواد الضرورية له أمر لا فائدة منه على الإطلاق ، حيث لن يتمكن المتعاقد مع الإدارة من البدء في التنفيذ في ظل افتقاده لتلك المواد ، كما يتعين عليها تمكينه من هذا التنفيذ من الناحية القانونية بتزويده بالتراخيص اللازمة لتنفيذ العقد ، حيث يشكل امتناعها عن ذلك خطأ عقدياً<sup>3</sup>.

### ثانيا : تأخر الإدارة أو تراخيها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية الفنية

إذا اتفق المتعاقدان، الإدارة والفرد أو الشركة على مدة معينة لتنفيذ العقد فيجب على كل منهما أن يسعيان لتنفيذ العقد في خلال هذه المدة ، فالمقاول أو المتعهد يلتزم بتنفيذ العقد وإنجازه العملية في خلال الفترة الزمنية المتفق عليها وإلا تعرض لتلك الوسائل التي

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص 96.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 96.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص 98.

يمكن أن تستخدمها الإدارة تجاهه من غرامة تأخيريته وجزاءات ضاغطة أو فسخ العقد أو إنهاءه أو تنفيذه على حسابه باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام ، غير أن هناك من العقود الإدارية ما لا تشتمل على مدة معينة لتنفيذ محلها خلالها ولكن هذا لا يعني أن يتحلل المقاول من التزامه في تنفيذ العملية في أسرع وقت لكي يستطيع فيه إنجازها ، حيث كثيرا ما يلجأ القاضي الإداري في هذه الحالة إلى القياس على العقود المماثلة أو الاستعانة في الحكم محاولة للوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقدين أو إلزام المتعاقد بالتنفيذ وفقا لمهارته وقدراته الفنية والمالية وغيرها من الأمور<sup>1</sup> ، وتأسيسا على ما تقدم فإن المتعاقد مع الإدارة لا يعتبر متأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية إلا من تاريخ إخطاره بتنفيذ التزاماته ، فالقاعدة أنه لا يجوز للمتعاقد أن يطيل المدة أو يتأخر في التنفيذ لاسيما أن الإدارة تملك من السلطات التي يمكن أن تستخدمها لإجباره على التنفيذ ، وبالمقابل فإنه يجب على الإدارة ألا تتراخي في تنفيذ ما التزمت به بموجب العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها بصدد الأمور والوسائل الفنية ، فمن صور تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية عدم إصدار الأمر للمقاول بالبدء في تنفيذ الأعمال ، حيث تسأل الإدارة عن عدم إصدارها أمر للمقاول بالبدء في التنفيذ وخلال مدة معقولة وكذلك إذا تأخرت الإدارة في تسليم المقاول موقع العمل أو تأخرت في تسليم الاجهزة أو المواد اللازمة أو تأخرت في تسليم النماذج او العينات بالنسبة لعقد التوريد ، فيعتبر تأخر الإدارة في إنجاز مهامها مبررا قانونيا لتقرير مسؤوليتها التعاقدية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلال أمين زين الدين ، مرجع سابق ، ص 494.

<sup>2</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 489/488.

وذهب البعض من الفقه المصري إلى أن التزام الإدارة تهدف من وراء إبرام عقودها الإدارية ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد وبالتالي فإن احترامها لمدد التنفيذ المحددة في العقد هو أصل جوهري من أصول القانون الإداري القائم على أساس المرفق العام وضمن سيره بانتظام وإطراد<sup>1</sup>.

كما تضمنت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة المتعاقدة والتي تمكن المتعاقد من تنفيذ التزاماته ضمن المدة المحددة كالتزامها بتوفير الموافقات الإدارية على الموقع وتخصيص الأرض المطلوبة للمشروع أو العمل عند تنفيذ مقاولات الأشغال العامة والتزامها بإزالة المشاكل القانونية والمادية في موقع العمل والتزامها كذلك بتجهيز الموقع للمباشرة بالعمل فيه كلاً أو جزءاً ، بما ينسجم والمنهاج الزمني المقرر فضلاً عن التزامها بالقيام بأية إجراءات تطلبها طبيعة العمل أو العقد المطلوب تنفيذه<sup>2</sup>.

كما تلتزم الإدارة بتمكين المتعاقد معها من الحصول على الرخص الإدارية وهذا ما أكدته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية بقولها " وجود موافقات الجهات المعنية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 822 الصادر بتاريخ 1976/6/2 أشار إليه حسن محمد هندو محمد علي حسن ، الجديد في المشكلات العلمية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية مدعماً بأحكام محكمة النقض وأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2002 ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 413.

- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 11455 ، 11705 والصادر في 2007/3/5 ، أشار إليه خالد عبد الفتاح محمد ، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 2008 ، ط 01 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص 70/65.

<sup>2</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 490/489.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص 490.

فالإدارة ملزمة بتوفير هذه الرخص والموافقات للمتعاقد لكي يتمكن من إنجاز العمل ضمن المدة المتفق عليها ، فإذا تأخرت الإدارة أو قصرت في أداء واجبها في الحصول على الرخص المطلوبة تكون ارتكبت خطأ عقدياً يولد مسؤوليتها<sup>1</sup>.

### ثالثاً : امتناع الإدارة عن تنفيذ العقد

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنه إذا كان العقد المدني يتعلق بالإبرام والتوقيع صار ملزماً للطرفين ، ويجب على كل منهما تنفيذ ما التزم به من التزامات وواجبات بما يعطيها هذا العقد من حقوق دون أن يكون لأي منهما الحرية في إنهائه أو فسخه أو إلغاءه بالإرادة المنفردة ، إلا أن العقد الإداري يتيح حقاً للإدارة ، ولا يستطيع المتعاقد معها من الأفراد أو الشركات أو غيرها ، يتمثل في أن الإدارة باستطاعتها أن تلجأ إلى إلغاء المناقصة أو المزايدة قبل إبرام العقد الإداري ، بل وبعد إبرامه كذلك يمكن لها ان تلغيه وتنتهيه بإرادتها المنفردة إذا ما توافر لديها السبب المشروع والدافع لذلك وكان ابتغاء تحقيق مصلحة عامة<sup>2</sup>.

ويجب على الإدارة أن تمكن المتعاقد معها من التنفيذ وألا تضع أمامه العراقيل ، فإذا كانت الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه فإنها من باب أولى أن تكون ملزمة بتنفيذ كافة الالتزامات التعاقدية التي وقعت بالموافقة عليها ، فهي لا تستطيع أن تفلت أو تتحلل من تنفيذ جزء من التزاماتها بغية عرقلة العقد بشكل كلي<sup>3</sup>.

كما يجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة ، فمن أولى الالتزامات التي يلقيها العقد على عاتق الجهة الإدارية التزامها بتنفيذ العقد الإداري بحسن نية ، فلا يحق للإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد وأن تقوم بتنفيذه بطريقة لا يمكن معها للمتعاقد أن ينفذ التزاماته التعاقدية ، كأن تقوم الإدارة بعرقلة تنفيذ العقد ، كما أنها لا تستطيع التحلل

<sup>1</sup> سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، - العراق - ، 2003 ، ص 47.

<sup>2</sup> بلال أمين زين الدين ، مرجع سابق ، ص 496.

<sup>3</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي في 18/مارس/1959 ، أشار إليه حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 196.

من التزاماتها بمجرد رغبتها بذلك ، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن " الإدارة لا تستطيع أن تتحلل من التزاماتها المتولدة عن العقد الذي أبرمته مع احد المتعاقدين"<sup>1</sup> ، فمن المبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية مبدأ التزام الإدارة بتنفيذ العقد الذي أبرمته بحسن نية ، هذا المبدأ الذي يعد واجبا تعاقديا عاما يفرض على طرفي العقد فهو لا يعني التزام الإدارة بمراعاة الاعتبارات الفنية والتقنية في تنفيذ العقد فقط ، وإنما عليها احترام تنفيذه بحسن نية<sup>2</sup> .

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر " أنه من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ، وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه ، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولا عن إخلاله بالتزامه التعاقدية ، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام<sup>3</sup> .

فمن المتفق عليه أن العقد الإداري هو رابطة قانونية أساسها حسن النية ، وهذا المبدأ يفرض على الإدارة التزاما مفاده أن تحترم الإدارة كافة التزاماتها وتنفيذها بطريقة سليمة<sup>4</sup> ، وأن لا تلجأ لاستعمال سلطاتها العقدية في سبيل التخلص من التزاماتها من دون أن تكون هناك مصلحة حقيقية<sup>5</sup> ، وبالرغم من السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة فلا بد أن ترعي عندما تمارس مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتها التعاقدية فيجب على هذه الأخيرة

<sup>1</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 25 يوليو 1939 في قضية hayem ، طاهر النكمة جي ، حماية مصالح المتعاقدين المشروعة في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1976 ، ص26/25.

<sup>2</sup> Aflamme (traite théorique et pratique des marchés publics , Bruxelles ,1969,p594.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم (2316) والصادر في 1999/2/23 ، أشار إليه حمدي حسن الخلفاوي ، مرجع سابق،ص295.

<sup>4</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 491.

<sup>5</sup> محمد سعيدد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، ب ط ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، -مصر- ، 2007،ص151/150.



أن تساعد المتعاقد معها في إتمام العمل أن لا تتعسف في استخدام سلطاتها وتقوم باتخاذ إجراءات من شأنها إلحاق الضرر بالمتعاقد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية

يعد التزام الإدارة بأداء المقابل المالي<sup>2</sup>، من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة باعتبار هذا المقابل يمثل الدافع الرئيسي على تعاقد مع الإدارة ، فالمتعاقد مع الإدارة غالبا ما يسعى إلى الربح من وراء تعاقد ، وهذا السعي وراء الربح يعتبر أمرا طبيعيا ومشروعا ولأيمكن إنكاره على المتعاقد ، وأن نشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة ، مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد وهي الحق في اقتضاء المقابل المحدد في العقد ، أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية ، وتتوعد صور إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة المالية وعليه سوف نختار من هذه الصور أكثرها شيوعا.

### أولا : تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد

يكاد يجمع غالبية الفقه على أن الشروط المتعلقة بالمقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد إنما هي شروط ذات طبيعة تعاقدية<sup>3</sup> ، وهذا يعتبر أمر منطقي لأن المقابل المالي يعتبر الباعث على التعاقد أو الغاية التي يسعى إليها المتعاقد إلى الحصول عليها ، ومن ثم

<sup>1</sup> نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة 1، منشورات زين الحقوقية ، 2010، ص524.

<sup>2</sup> المقابل المالي يأخذ صورة مختلفة حسب طبيعة العقد ، ففي عقد الأشغال العامة وعقود التوريد والنقل يسمى ثمنا ، وفي عقد الامتياز يسمى رسما ، وفي عقود التوظيف يسمى مرتبا.

- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص 471/470.

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص 472.

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية ، ط01 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2011 ، ص 75.

-جابر جاد ناصر ، العقود الإدارية ، ط02،دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2005 ، ص 300/299.

- زكريا المصري ، أسس الإدارة العامة ( التنظيم الإداري ، النشاط الإداري ) ، (دراسة مقارنة) ، ب ط، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص 637.

- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010 ، ص 203.

فإن المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد يجب ان يكون وليد إرادتين هما إرادة المتعاقد وإرادة الإدارة ، فلا تنفرد بتحديد جهة الإدارة وحدها<sup>1</sup> .

فالأصل أنه متى اتفق الطرفان (المتعاقد والإدارة) على سعر معين فإنه لا يمكن لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر استنادا إلى قاعدة القوة الملزمة للعقد ، وترتيباً على ذلك لا يمكن للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه في العقد إلا بموافقة الطرف الآخر وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بأن: " الطاعن أسس دعواه على أن إلغاء الزيادة في كميات العمل ينشئ أن يشكل خطأ من جانب الإدارة يرتب مسؤوليتها التعاقدية<sup>2</sup>، باعتبار أن التعديل يتعين أن لا يمس المزايا المالية للمتعاقد وأن التعديل يقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام أو ما يسمى بالشروط اللائحة وليس الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد ، وتأكيذاً على ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه: " من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر ، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي في العقد الإداري ، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطابع الاستقرار ، ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد في وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في ذلك الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتائج لما يقدمه للطرف الآخر<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 472.

- نصري محمد نابلسي ، مرجع سابق ، ص 444.

- محمود حلمي ، العقد الإداري، ط02، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1977، ص106.

<sup>2</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي في 16 مايو 1941 في قضية ste heulin أشار إليه حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 204/203.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم 2519 والصادر في 31/8/1993 أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 101/100. - حكم المحكمة الإدارية بتاريخ 27/4/1968، أشار إليه حمدي علي عمر ، مرجع سابق |، ص 204.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد ما يحول قانونا من الاتفاق على تعديل المقابل المالي ، إذا تلاققت إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد مع إرادة المتعاقد على هذا التعديل، ففي هذه الحالة يكون السعر الجديد ملزما لطرفيه حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر: " بأن الثمن المتفق عليه في العقود الإدارية يقيد طرفيه كأصل عام ، إلا أن ذلك لا يمنع قانونا من الاتفاق على تعديله إذا ما تلاققت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن ، كان واجب النفاذ وامتنع الخروج عليها إلا في حدود القانون ، وانتهت الجمعية العمومية إلى أحقية شركة المقاولين العرب في تقاضي الزيادة المتفق عليها مع جامعة المنصورة"<sup>1</sup>.

لكن هذا الأصل يرد عليه استثناءين وهما :

**1 الاستثناء الأول :** يتعلق بعقود الامتياز حيث تعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسوم في عقود الامتياز من قبيل الشروط الاثنية لا التعاقدية ، وعليه تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى إرضاء المتعاقد معها<sup>2</sup>.

**2 الاستثناء الثاني :** يتصل بالعقود التي تؤدي وظيفة الأعمال الشريطية حيث أن هذه العقود لا تتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب ، وإنما تستند إلى المتعاقد مراكز نظامية<sup>3</sup>، مثل عقود التوظيف فهي أداة للاتحاق بالوظيفة ، أما مركز الموظف التعاقدية، فهو لائحي تحكمه قوانين ولوائح الخدمة المدنية بما فيها حقوقه والتزاماته ، وبالتالي يمكن أن تعدل الإدارة بالزيادة أو النقص فيها ، ولكن في بعض الأحيان قد لا يذكر المقابل المالي في العقد على نحو تام وإنما يذكر بصورة جزئية كما في حالة تعديل العقد ، ففي عقود الأشغال العامة مثلا في حالة عدم التوصل إلى اتفاق على الأسعار بين التعاقد والإدارة فإنه يمكن

<sup>1</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة في القضية رقم 1987/02/47 أشار إليه حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 501.

<sup>2</sup> نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 501.

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 472.

للمهندس أن يقوم بتقدير هذه الأسعار على النحو الذي يراه مناسباً مع الإشارة إلى أن هذا التقدير لا يعتبر باتاً ، إذ يحق للمتعاقد الاعتراض عليه والمطالبة بزيادة الأسعار ، وذلك بإشعار تحريري يوجه إلى المهندس على أن تجري تسوية مثل هذه المنازعات عن طريق القضاء المختص بالاستعانة بجدول الكميات والمواصفات<sup>1</sup> ، أما في عقود التجهيز فيجب التمييز بين المتعاقد الوطني الذي يسهل الاتفاق معه على سعر معين بموجب العقد والمتعاقد الأجنبي الذي ينبغي على الإدارة أن تتفاوض معه بحرص ودراية ، وقد عمل مجلس التخطيط الملغى في العراق على وضع توجيهات عامة<sup>2</sup> ، ودعا إلى ضرورة الالتزام بها عند التعاقد مع هذه الشركات ، وقد يتخذ المقابل المالي صورة أقساط تدفع إلى المتعاقد على الحساب إذ لن يكون هناك أي حساب نهائي إلا بعد تصفية كل الأعمال المعهودة للمتعاقد<sup>3</sup> .

### ثانياً : تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المالي للعقد

لا يقع على الإدارة المتعاقدة فقط الالتزام بأداء المقابل المالي للعقد ، بل تلتزم أيضاً بعدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام وفي تحديد أثر تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، (دراسة مقارنة) ، 1984 ، ص 527.

- محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ، ص 204.

<sup>2</sup> من هذه التوجيهات :

01: الإلتزام بملاحظة ملائمة الأسعار التي يعرضها الجانب المزمع التعاقد معه مع الأسعار المتيسرة لنفس التجهيزات من مصادر إستيراد أخرى مع دراسة إمكانية المساومة على الأسعار المقترحة في كل صفقة.

02: مراعاة بعض الأسس في تحديد ملائمة الأسعار ، من ذلك الإسترشاد بالخبرة السابقة لدى الجهة المنفذة وأسعار المشاريع أو التجهيزات المماثلة أو المقاربة مع وجوب تدوين ذلك في محضر خاص ، وفي حالة عدم وجود كلف وأسعار مماثلة أو مقاربة يمكن الإسترشاد بها فعندئذ وبحضافة المدرك لحاجته تقوم الجهة المنفذة بالإتصال بالمؤسسات والشركات الأخرى لتقديم عروض لتجهيز بضائع مماثلة وصفا وكما وكما ليكون بالإمكان مقارنة هذه الأسعار مع أسعار الجانب المزمع التعاقد معه ومع الأسعار السائدة إن وجدت .

- محمد خلف الجبوري ، مرجع سابق ، ص 205.

<sup>3</sup> محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 1997 ، ص 104.

المقابل المادي للمتعاقد معها فإن ذلك يشكل خطأ يوجب مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها ، دون حاجة منه لإثبات أن هناك ضرر قد أصابه من جرائه<sup>1</sup>.

ففي فرنسا طبق القاضي الإداري قواعد القانون المدني الفرنسي على مسؤولية الإدارة التعاقدية الناتجة عن التأخر في أدائها للمقابل المالي التي تقضي على أنه: " إذا لحق الدائن ضرر من تأخر مدينه بسوء نية وكام هذا الضرر مستقل عن هذا التأخير يجوز له طلب التعويض فضلا عن الفوائد التأخيرية عن الدين"<sup>2</sup> ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه: " بأن مجرد التأخر البسيط للإدارة في دفع المبالغ المستحقة عليها ، ينشئ على عاتقها الالتزام بالتعويض تحت بند التأخير"<sup>3</sup>.

### ثالثا : إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأداء تأمين نهائي كضمان للوفاء بالتزاماته التعاقدية ، تحتفظ به الإدارة لحين تمام التنفيذ ، ويحق لها مصادرتة في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزامه بتنفيذ العقد على النحو المنصوص عليه<sup>4</sup>.

يعرف التأمين ، بأنه ضمان لجهة الإدارة ، تتجنب به أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ الإداري ، ويضمن لها ملائمتة لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره<sup>5</sup>.

يمكن أن يكون أداء التأمين النهائي في صورة خطاب ضمان بشرط صدوره من أحد المصارف المحلية المعتدة غير مقترن بأي قيد أو شرط ، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغا يوازي التأمين المطلوب ، مع استعداده لأدائه كاملا عند أول

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن العقود والقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 102.

<sup>2</sup> الفقرة الرابعة من المادة 1153 من القانون المدني الفرنسي نقلا عن حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 316.

<sup>3</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي في 9 نوفمبر 1949 ، أشار إليه حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 207.

<sup>4</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 104.

<sup>5</sup> حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص 101.

طلب منها<sup>1</sup>، دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء ، وينبغي سريان خطاب الضمان إلى ما بعد انتهاء مدة التنفيذ إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

كما قد يتمثل التأمين النهائي في مبالغ مستحقة لدى الجهة الإدارية وأن يطلب خصم قيمة التأمين منها ، بشرط أن تكون تلك المبالغ صالحة للصرف وقت تقديم الطلب .

تلتزم الإدارة بالإفراج عن التأمين النهائي فور إتمام التنفيذ أو انتهاء مدة الضمان حسب الاتفاق ، ومن دون طلب المتعاقد ، فإذا أخلت الإدارة بتنفيذ التزامها سواء في عدم رد التأمين النهائي أو التراخي في رده للمتعاقد معها دون مبرر مشروع ولتعارض ذلك مع ما يستجوبه تنفيذ العقود الإدارية من توافر لمبدأ حسن النية، فإن ذلك أيضا يشكل خطأ من جانبها<sup>2</sup>.

ففي فرنسا قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتزام الإدارة منذ التسليم النهائي برد مبلغ الكفالة ، ومن ثم تكون مسؤولة عن الضرر الناتج عن ذلك<sup>3</sup>.

وتأسيسا على ما تقدم فإن التزام الإدارة بالرد ، مشروط بقيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، أو انتهاء مدة التأمين في حالة الاتفاق على ذلك ، فإذا لم يتم التسليم النهائي لوجود عيوب لم يقم المتعاقد بإصلاحها ففي هذه الحالة يحق للإدارة مصادرة التأمين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 104.

<sup>2</sup> حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 336.

<sup>3</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي في 3 مارس 1958 أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 337.

<sup>4</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية . مرجع سابق ، ص 76.

- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم 582 في 1999/1/26 أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 336.

## المطلب الثاني

## تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها

إن الإدارة في مجال العقود الإدارية تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بحقوق وسلطات لا نظير لها في العقود المدنية ، فهي تملك سلطات متعددة في مجال العقد الإداري تتمثل في سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد ، وتعديل التزامات المتعاقد معها دون أن يحتج هذا المتعاقد معها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون المدني ، كما لها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزامه ، بل أن بوسع الإدارة إنهاء العقد إنهاء مبسر قبل انتهاء مدته وانتهاء الأعمال محل التعاقد إذا كان في استمرار تنفيذ العقد تعارض مع المصلحة العامة أو لم يعد تنفيذ العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله ، فالإدارة تملك تلك السلطات من طبيعة المرفق العام ، ووجوب الحرص على انتظام سيره والإشراف عليه ، وبما يحقق المصلحة العامة ، ومن ثم فإن الإدارة تمارس هذه السلطات حتى ولو لم ينص العقد عليها ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء .

وتأسيسا على ما تقدم فإن ممارسة الإدارة لهذه السلطات والامتيازات تعد من السمات المميزة للعقد الإداري ، فكيف لا وهي تمثل الواجب الأول الذي يقع على عاتق السلطة العامة القائمة على تنظيم المرفق العام ، فالأصل أن ال تتطوي هذه الممارسة على طابع معين أو غير مشروع من قبل الإدارة ، بحجة تحقيق المصلحة العامة ، وعبيه تتيعين على الإدارة ممارسة سلطاتها في إطار من المشروعية ، حيث يشكل خروجها عن ذلك خطأ يترتب عليه قيام مسؤوليتها التعاقدية .

وانطلاقا مما تقدم سنتناول مدى انعقاد المسؤولية التعاقدية للإدارة عن استعمالها الغير المشروع لسلطاتها الاستثنائية التي تتمثل في إهمال الإدارة في سلطة الإشراف والرقابة (فرع أول) ، تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها في التعديل (فرع ثاني) ، ثم الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات (فرع ثالث) ، وأخيرا الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد الإداري (فرع رابع) .

## الفرع الأول : إهمال الإدارة في سلطة الإشراف والرقابة

تملك الإدارة حق الرقابة والتوجيه على تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته المحددة في العقد<sup>1</sup> ، فلها سلطة توجيه المتعاقد من خلال إصدار أوامر ملزمة تشمل طرق وأساليب تنفيذ تلك الالتزامات<sup>2</sup> ، وحق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بالمعنى الضيق وهو مجرد التحقق من أن المتعامل المتعاقد ينفذ العقد تنفيذا صحيحا متقفا مع شروط العقد<sup>3</sup> ، وتكون ممارسة الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين موظف عنها يشرف على تنفيذ العقد ، وغالبا ما يكون مهندس للتأكد من حسن سير التنفيذ ، ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعامل المتعاقد التزامه ، أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة.

ومن الجدير بالذكر أن هذا المعنى الضيق لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموما ، فحق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها في تنفيذ العقد يتجاوز المعنى الضيق إلى معنى أوسع وأشمل ، وهذا نجده في المواد من 156 إلى 164 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي خصصت لرقابة الصفقات العمومية ، في حين خصصت المواد من المادة 75 إلى المادة 83 من المرسوم التنفيذي 18-199 لرقابة تفويضات المرفق العام، فبمقتضاه تتدخل الإدارة بالتنفيذ وتوجه هذا التنفيذ كما تشاء وبما يتلاءم مع المصلحة العامة ، ولها إلى جانب ذلك تغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع في التنفيذ ، أو المطالبة بأن يستعين المتعامل المتعاقد بعمال آخرين.

وهناك صورتان لممارسة هذا الحق ، حيث تبدو الإدارة في الصورة الأولى كأى طرف في علاقة تعاقدية ، لها الحق في مراقبة تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته المنصوص

<sup>1</sup> نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 113 .

- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن (156) بتاريخ 1992/4/28 ، أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 341.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 108.

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة 5 ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، مصر - ، 1989 ، ص 402.



عليها في العقد ، أما الصورة الثانية فتظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة المميزة لعلاقات القانون العام ، فتصدر أوامر ملتزمة للمتعامل المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين<sup>1</sup>.

وتجد سلطة الرقابة أساسها في فكرة المرفق العام لا في النصوص التعاقدية ، وهذه السلطة ثابتة للإدارة ، حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو القوانين أو اللوائح ، فهي مسألة تتعلق بالنظام العام<sup>2</sup> ، ونطاق استعمال الإدارة لحقها في رقابة وتوجيه المتعامل المتعاقد يختلف باختلاف العقد الإداري ، حيث تكون أوسع نطاقا في عقود الأشغال العامة ، وذلك لارتباطها بالمرفق العام ، الذي يجعل من الإدارة صاحبة المشروع الحقيقية ، ويقتصر دور المتعامل المتعاقد معها على التنفيذ ، متلقيا في ذلك تعليماتها ومستجيبا لتدخلها المستمر في أوضاع التنفيذ<sup>3</sup>.

والتساؤل الذي يمكن إثارته في هذا الشأن هو مدى مسؤولية الإدارة التعاقدية في حالة إخلالها في مراقبة تنفيذ الأشغال العامة ؟

يجيب البعض من الفقه عن ذلك بعدم مسؤولية الإدارة عن ذلك الإخلال ، والحجة في ذلك أن سلطة الرقابة تعطي للإدارة الحق في هدم الأشغال المعينة التي قام بتنفيذها المقاول أو التي تمت على خلاف الوضع المتفق عليه ، أو أن تقوم الإدارة بوقف الأشغال وذلك لعدم انطباقها مع المقاسات والتصاميم<sup>4</sup> ، وعليه فلا مسؤولية على الإدارة إن تأخرت في إجراء الرقابة أو مارستها بطريقة معيبة طالما أنها تملك رفض الأشغال التي تمت على

<sup>1</sup> محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري ، العقد الإداري) ، بدون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 1989 ، ص 402.

<sup>2</sup> محمد عبد العال السناري ، طرق و أساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة) ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص 192.

<sup>3</sup> محمد سعيد حسين أمين ، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري ، بدون طبعة ، دار الثقافة الجامعية ، مصر 1991 ، ص 126.

<sup>4</sup> أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1973 ، ص 324.

خلاف الوضع المتفق عليه ، أما البعض الآخر من الفقه يرى قيام مسؤولية الإدارة التعاقدية في حالة إخلالها في الرقابة على تنفيذ الأشغال العامة ، فإذا مارست سلطة الإشراف أو الرقابة بطريقة غير مشروعة أو معيبة فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية<sup>1</sup>.

ومن جانبنا نحن نتفق مع هذا الرأي (الرأي الثاني) ونؤيده ، ذلك أن سلطة الرقابة والإشراف هي إحدى السلطات الممنوحة للإدارة بموجب العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة المتمثلة في ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد ، إلا أن ذلك لا يعني السماح للإدارة بسوء استخدام هذه السلطة والإضرار بالمتعامل المتعاقد والمرفق العام بحجة أنها تملك حق إيقاف تنفيذ العقد أو رفض الأشغال المخالفة للموضوع المتفق عليه لأن ذلك سيؤدي إلى تأخير تنفيذ العقد فضلاً عن الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد الذي قد تتعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة تجاهه.

وتتمثل صور إخلال الإدارة في الرقابة والتوجيه بما يأتي :

#### أولاً: الحياد عن الغاية من الحق في الرقابة والتوجيه

غاية إعطاء الحق للإدارة في رقابة وتوجيه المتعامل المتعاقد معها حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية هي تحقيق صالح المرفق الذي يتم تنفيذ العقد الإداري لحسابه، فإذا قصدت الإدارة باستعمالها لهذا الحق مجرد الإضرار بالمتعاقد معها دون أن يكون ذلك مردوداً لصالح المرفق عند قرارها في هذا الشأن غير المشروع مما يولد مسؤوليتها عن تعويض المتعامل المتعاقد عما أصابه من أضرار سببها عنتها في استعمال سلطتها<sup>2</sup> ، كذلك تترتب مسؤولية الإدارة ، إذا نتج عما تصدره للمتعاقد من قرارات تدخل في إطار التوجيه

<sup>1</sup> حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 221.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 81/82.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 110/109.

والرقابة يؤدي إلى عرقلة أو تأخير التنفيذ ، كأن تأمر بإيقاف العمل لمدة تتجاوز الحد المعقول دون أن يكون هناك سبب لذلك التوقف<sup>1</sup> .

### ثانيا : تجاوز حدود حق الرقابة والتوجيه والإشراف

حق الإدارة في الرقابة والتوجيه يقف عند الحد الذي يضمن لها التأكد من سلامة تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ، فلا يجوز للإدارة أن تتخذ من هذه السلطات ستارا لتعديل العقد ، حيث يعتبر عملها في هذه الحالة غير مشروع ويترتب عليه بطبيعة الحال مسؤوليتها التعاقدية عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد معها ، ففي عقد الأشغال العامة يحق للإدارة اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من استعمال المقاول المواد المتفق عليها في العقد ، إلا أنها تتجاوز حقها إذا قامت بإحلال مواد أخرى محل المواد المتفق عليها ، لأنها في هذه الحالة تكون عدلت شروط العقد<sup>2</sup> .

### الفرع الثاني: تعسف الإدارة في استخدام سلطتها في التعديل

إن الإدارة تستمد حقها في تعديل العقد الإداري إما من نصوص العقد وإما من مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم التعديل في العقد ليكون أكثر تحقيقا لهذه المصلحة في ضوء الأمور والمستجدات التي وجدت بعد التعاقد ، وتمارس الإدارة هذه السلطة دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد الإداري ، لأنها مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته ، ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري ، وهي ما يطلق عليها بنظرية عدم ثبات العقد الإداري<sup>3</sup> .

وتستند سلطة الإدارة في التعديل إلى متطلبات سير المرفق العام وامتيازات القانون العام ، فسلطة الإدارة في التعديل تمتد إلى سائر العقود الإدارية ، إلا أنه يجب ألا تكون شاملة لجميع شروط العقد وإنما تقتصر على بعضها فقط ، أي تقتصر على تلك التي تتصل

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 110/109 .

<sup>2</sup> أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 303 .

<sup>3</sup> علي الفحاح ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، بدون طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1976 ،

بسير المرفق العام وكذلك الخدمات التي تقدمها للجمهور ، ولا تمتد لتمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد<sup>1</sup> .

ففي فرنسا يذهب جانب من الفقه<sup>2</sup> إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة ، وليس هناك حاجة للنص عليه صراحة في العقد ، ولذلك لا تملك حق التنازل عنه<sup>3</sup> .

إلى جانب ذلك أكد القضاء الإداري الفرنسي هذه السلطة للإدارة فيما يتعلق بتعديل العقد الإداري<sup>4</sup> .

أما في مصر فيذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري هو حق ثابت للإدارة، سواء نص عليه في العقد ، أم لم ينص عليه ، لان حقها في التعديل يعتبر كاشفا لا منشئا له<sup>5</sup>، يسانده في ذلك القضاء الإداري في مصر حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي جاء فيه : أن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد إنما تستعمل حقا ، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد ، بل من النظام العام لسير المرافق العامة ، والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ، كما لا يجوز للإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة، لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبد العال السناري ، مرجع سابق ، ص 222/221.

<sup>2</sup> في فرنسا هناك جانب من الفقه ينكر على الإدارة حقها في تعديل العقد الإداري ، وجانب آخر من الفقه يعترف للإدارة بهذا الحق ، وهناك جانب ثالث من الفقه يعتبر رأيه وسط بين الرأيين السابقين ، محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ، ص 164.

<sup>3</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1947/11/28 ، أشار إليه حمدي علي عمر ، مرجع سابق ، ص 226.

<sup>4</sup> Andre de laubadere , traité de contrats administratifs, tome 2, L.G.D.J , Paris , 1984 , p682.

<sup>5</sup> سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة ) ، الطبعة 5 ، دار الفكر العربي ، القاهرة . مصر ، 2005 . ص 453.

<sup>6</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3486 بتاريخ 198/11/15 ، الموسوعة الإدارية الحديثة . السنة 35 ، قضائية ، ص 371.

وإذا كانت سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية من النظام العام إلا إن استخدام الإدارة لهذه السلطة على نحو غير مشروع يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها بسبب ما لحق به من أضرار، وهذا يتحقق عندما تخرج الإدارة عن ضوابط التعديل المتمثلة في استهداف المصلحة العامة مع ضرورة أن يكون هناك مبرر لهذا التعديل بالإضافة إلى أن يكون التعديل جزئياً ومتصلاً بموضوع العقد وكذلك إن لا يخرج التعديل عن حدود المشروعية، وعليه فإن مخالفة الإدارة لأي من هذه الضوابط وهي بصدد التعديل في العقد الإداري يعد إخلالاً منها يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية في تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر بسبب ذلك الإخلال وسوف نوضح هذه الضوابط بإيجاز وكما يأتي:

#### أولاً : عدم استهداف الإدارة بالتعديل تحقيق المصلحة العامة

إن تحقيق المصلحة العامة يعد شرطاً لصحة تعديل العقد الإداري ، وإذا لم يستهدف قرار الإدارة بتعديل العقد الإداري تحقيق هذه الأخيرة فإن التعديل يشكل خطأ أنته الإدارة حينما تقصد به مجرد الإضرار بالمتعاقد معها بتحميله أعباء إضافية لا طائل من ورائها ولا علاقة لها بمصلحة المرفق حيث يتعارض ذلك مع مبدأ ضرورة تنفيذ العقود الإدارية في إطار حسن النية المتبادلة بين أطرافها<sup>1</sup>.

#### ثانياً : عدم توافر مبرر للتعديل

إن مبرر تعديل الإدارة للعقد الإداري ، هو تغير الظروف التي أبرم العقد في ظلها ، والتي كان العقد يعتبر كافياً لتحقيق المصلحة العامة في ظلها ، أما إذا استجدت ظروف لم تكن تدركها الإدارة حال التعاقد بحيث لا يؤدي تنفيذ العقد في ظلها إلى تحقيق المصلحة العامة التي أبرم العقد من أجلها ، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة تعديل شروط العقد ليصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة ، بحيث يؤدي تنفيذ العقد إلى تحقيق المصلحة العامة ، والعلّة من اشتراط تغير الظروف كمبرر لتعديل العقد الإداري هو تقليص باب التعديل على

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في العقود الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 113/112.

الإدارة حتى لا تستطيع أن تتمسك به كلما رغبت في التحلل من التزاماته التعاقدية، وتأكيداً على ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى إن : طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة وهي تقتضى مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وظروف تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه ويقوم التعاقد فيها على أساس إن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق وتحقيق المصلحة العامة ، مما يترتب عليه إن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق تعديل هذا العقد ، بما يتلاءم مع هذه الظروف المتغيرة وتحقق تلك المصلحة<sup>1</sup>.

### ثالثاً : عدم اتصال التعديل بموضوع العقد الإداري

إن حق الإدارة في التعديل ينصب على الالتزامات الواردة في العقد الإداري فلا يجوز للإدارة إلزام المتعاقد معها بأداء التزامات أجنبية عن العقد، فلا يمكن للإدارة أن تقوم بالتعديل إلا إذا قبله المتعاقد فيما لو عرض عليه عند إبرام العقد الأصلي، إذ يجب عليها إلا تفرض عليه تعديلات تضعه أمام عقد جديد<sup>2</sup> ، وإن كان حق الإدارة في التعديل يجب أن ينصب على الالتزامات الواردة في العقد إلا أن حقها في ذلك ليس مطلقاً ، ذلك لأن استعمال الإدارة لهذا الحق يجب ألا يؤدي إلى تغيير موضوع العقد ومحله ، الأمر الذي يعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب فسخ العقد وهذا ما ذهب إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أنه : .." ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن

<sup>1</sup> محمد عبد العال السناري ، مرجع سابق ، ص 221-222.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، 2005، مرجع سابق ، ص 324.

يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد ، أو تغيير موضوع العقد أو محله وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد<sup>1</sup>.

#### رابعا : تجاوز التعديل حدود المشروعية

يتعين على الإدارة عند استعمال حقها في تعديل العقد الإداري أن تلتزم بقواعد المشروعية ، فإذا صدر التعديل من سلطة غير مختصة بأجرائه ، أو تجاوز الحدود القانونية ، أو مس بالشروط التعاقدية ، فإن التعديل في هذه الحالات غير مشروع ويعتبر ذلك إخلالا من الإدارة ويحق للمتعاقد أن يتمسك ببطلانه<sup>2</sup>

#### 1: عدم صدور التعديل عن جهة مختص

يجب أن يصدر التعديل عن السلطة المختصة ، وإلا لا يعتد به ، ومن ثم ليس للمقاول أن يستتر وراء تعليمات شفوية منسوب صدورها إلى مهندس العملية ويتذرع بها سبيلا إلى تعديله تعديلا يتقل كاهل الجهة الإدارية بالتزامات جديدة .

#### 02: تجاوز التعديل الحدود القانونية

للإدارة الحق في تعديل العقود الإدارية ، حيث وضع لها المشرع حدود استعمال هذا الحق ، فهي تملك تعديل العقد بالزيادة أو النقصان ، دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعويض ، فإذا أرادت الإدارة تجاوز تلك النسبة فلا بد لها من الحصول على موافقة المتعامل معها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ (28/ 11/ 1973) أشار إليه حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص354.

<sup>2</sup>سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، 1991، مرجع سابق ص423.

<sup>3</sup>عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 117.

## 03: مساس التعديل بالشروط التعاقدية

قرر حق الإدارة في تعديل العقد بهدف تحقيق المصلحة العامة في ضوء تغير الظروف ، ولكن هذا لا يعني التضحية بمصلحة المتعامل المتعاقد مع الإدارة كلية، ويحصل المتعامل على مزايا مالية مكفولة له ، والتي لولاها لما أقدم على التعاقد ، ومن ثم لا يجوز أن تقوم الإدارة بتعديل الشروط التعاقدية التي يحصل بموجبها على تلك المزايا<sup>1</sup> ، لكن يجوز تعديلها بالزيادة.

## الفرع الثالث : الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات

لابد من الإشارة إلى أن الإدارة تملك الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، فهي تستمد سلطتها في ذلك إما من نصوص العقد أو من طبيعة العقد الإداري وما يمنحه من سلطات للإدارة قائمة على أساس المصلحة العامة المتمثلة بالحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد .

والجزاءات في مجال العقود الإدارية تتمتع بنظام قانوني خاص ، حيث تستطيع الإدارة توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون حاجة للحصول على حكم من القضاء<sup>2</sup> ، وان كان قرارها في نهاية الأمر خاضع لرقابة القضاء للتأكد من قيامه على سبب يبرره وخلوه من الانحراف بالسلطة<sup>3</sup> ، بالإضافة إلى حق الإدارة في اختيار الوقت الذي توقع فيه الجزاء في ضوء ما تراه محققا لضمان سير المرفق العام<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 118.

<sup>2</sup> في فرنسا لا تستطيع الإدارة إيقاع جزاء إسقاط الامتياز دون اللجوء إلى القضاء الإداري وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في (21/11/1980) في قضية ( Synd intercommunal d'organisation de La Station de peyre ) أشار إليه - A. de Laubadere Autres ,op . cit . p.159 .

<sup>3</sup> إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (89) لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2003 ، ص 65.

<sup>4</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 507.



والجزاء التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد ثلاثة أنواع:<sup>1</sup>

وهي الجزاءات المالية وتشمل غرامات التأخير ومصادرة التأمين ، والجزاءات المؤقتة وتشمل وضع المشروع تحت الحراسة في عقد التزام المرافق العامة ، والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقد الأشغال العامة ، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد ، وأخيراً الجزاءات النهائية وتتضمن فسخ العقود الإدارية بصورة عامة .

ولما كانت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها ليست مطلقة وإنما مقيدة دائماً بالغاية من استخدامها ألا وهي تحقيق المصلحة العامة فضلاً عن خضوعها أو ممارستها تحت رقابة القضاء كان على الإدارة أن تتوخى الحذر دائماً عندما تمارس السلطة المذكورة وأن تتأكد من خلو قراراتها الإدارية المتعلقة بفرض الجزاءات الإدارية من أوجه عدم المشروعية التي تشكل خطأ تعاقدياً يوجب مسؤوليتها التعاقدية<sup>2</sup>.

وفيما يلي نستعرض أوجه نستعرض أوجه عدم المشروعية في :

**أولاً : عدم مشروعية الجزاءات المالية**

**01: عدم مشروعية غرامة التأخير**

تعرف غرامة التأخير بأنها جزاء تملك حق توقعه الإدارة ، حيث توقعه على المتعامل المتعاقد معها الذي يتأخر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية ويكون ذلك في الميعاد المنصوص عليه بالعقد ، وتستحق بمجرد هذا التأخير حتى ولو لم ينجم عنه ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله : القانون الإداري - دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر ، بدون طبعة، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2005 ، ص 560 .

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 121 .

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 123/122 .

ونكون أمام غرامة تأخير غير مشروعة إذا كان القرار الذي يقرها صادرا من غير السلطة المختصة بإبرام العقد،

كما تكون غرامة التأخير غير مشروعة إذا تجاوزت الحدود القصوى التي حددها القانون المتأخر تنفيذها .

بوسع قاضي العقد تخفيض غرامة التأخير إلى القدر الذي يراه مناسباً في حالة حدوث ضرر أصاب الإدارة ، ويجب أن تتناسب غرامة التأخير مع الضرر ، وفي حالة تجاوز الإدارة لهذا التناسب تعد غير مشروعة<sup>1</sup>.

## 2 : عدم مشروعية الجزاءات المؤقتة

إن الإدارة المتعاقدة تملك الحق في اتخاذ جزاءات مؤقتة على المتعاقد معها بهدف دفعه قسراً على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، حيث تستمد سلطتها في هذا الشأن بما تتمتع به من امتياز في التنفيذ المباشر ، وتختلف وسائل الإكراه التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها باختلاف نوع العقد الإداري ، ففي عقد التزام المرافق العامة ، تتمثل تلك الجزاءات في وضع المشروع تحت الحراسة المؤقتة ، حيث يشترط لمشروعية هذا الجزاء وقوع مخالفات جسيمة من الملتزم من شأنها أن تعرض استمرار وانتظام المرفق للخطر ، ويكون ذلك عند التوقف الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة لعجز الملتزم وعدم قدرته<sup>2</sup> ، هذا فضلاً عن أن الهدف من إيقاع الجزاء المذكور يجب أن لا يحيد عن المصلحة العامة المتمثلة بضمان استمرار المرفق العام في أداء خدماته للمنتفعين به<sup>3</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم فإن مخالفة الإدارة لهذين الشرطين وهي بصدد إصدار قرار وضع المشروع تحت الحراسة يخرج قرارها من إطار المشروعية إلى عدم المشروعية الأمر

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ص122/123.

<sup>2</sup> إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (89) لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003. ص101.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 126.

الذي ينشأ عنه مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ ، وترتيب حق للمتعاقد معها في الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر بسبب قرار الإدارة الخاطئ ، ومن الجدير بالذكر أن قرار الإدارة بوضع المرفق محل الالتزام تحت الحراسة يخضع للرقابة القضائية<sup>1</sup>.

### 03: عدم مشروعية جزاء الفسخ

فسخ العقد الإداري هو جزاء تعاقدية شديد الجسامه توقعه الإدارة على المتعاقد معها الذي أحل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما ويترتب عليه انقضاء العلاقة التعاقدية وإبعاد المتعاقد بشكل نهائي عن تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، هو احد مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، فهي تملك حق توقيعه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء ، ولو لم يرد بالعقد نص يخولها بذلك<sup>3</sup>، وبالرغم من أن فسخ العقد الإداري يعتبر حق مقرر للإدارة إلا أن أساءت استعمالها لهذا الحق يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها التعاقدية وذلك في الحالات الآتية :

- أ- إذا كان قرار الفسخ صادرا من سلطة غير مختصة، حيث يقتصر الحق في الفسخ على السلطة المختصة بإبرام العقد،
- ب- إذا كان فسخ العقد الإداري مستهدفا غاية أخرى ، غير ضمان استمرارية المرفق العام من أداء خدماته للجمهور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص 172.

<sup>2</sup> محمد صلاح عبد البديع السيد : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ( دراسة مقارنة ) ، دار النهضة العربية ، بدون طبعة القاهرة ، 1993 ، ص 107.

<sup>3</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 510.

<sup>4</sup> حمدي حسن الحفاوي ، مرجع سابق ، ص 388.

## الفرع الرابع : الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد

إذا لم يعد العقد الإداري محققاً للمصلحة العامة ، فيكون بوسع الإدارة إنهاءه قبل مدته ، مضحية بذلك بالمصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة في سبيل مراعاتها للصالح العام.

إن تضحية الإدارة بالمصلحة الخاصة للمتعاقد معها كلية أمر غير جائز ، إضافة إلى تعارضه مع مبادئ العدالة المجردة نظراً لأن المتعاقد لم يرتكب خطأ يدعو الإدارة لعقابه ، وهو يستحق التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة لإنهاء الإدارة التعاقد معه قبل مدته<sup>1</sup>.

ويعد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة غير مشروع يترتب مسؤولية الإدارة باعتباره خطأ في حالتين ، أولهما إذا فقد قرار الإنهاء لغايته وثانيهما إذا خرج هذا القرار عن أطر المشروعية التي يتعين على الإدارة احترامها عندما تباشر عملاً تستند فيه إلى سلطتها التقديرية ، وسوف نلقي الضوء على حالتها عدم مشروعية قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري فيما يلي :

## أولاً : عدم مشروعية قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لتخلف غايته

لابد من القول أن من حق الإدارة أن تنتهي العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي هذا الإنهاء<sup>2</sup>، وأن حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية وإن كان حقاً مسلماً به ، سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليه ، إلا أنه ليس حقاً مطلقاً للإدارة تمارسه كيفما تشاء وإنما هو حق مقيد بالمصلحة العامة حيث يشترط لإمكان قيام الإدارة

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 124.

<sup>2</sup> حسين درويش ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، ج 2 ، ط 1 ، مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة ، 1958 ، ص 106.

بإنهاء عقودها الإدارية ، أن يقوم سبب من الأسباب التي تتعلق بالصالح العام<sup>1</sup> ، أو بمصلحة المرفق ذاته.

وبخلافه لا يحق للإدارة أن تقوم بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، ويوازن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حق المتعاقد في الحصول على تعويض وذلك باتفاق الفقه والقضاء<sup>2</sup>.

ومنه فإن إنهاء الإدارة للعقد الإداري قبل انقضاء مدته يكون غير مبرر لافتقار غايته ويؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة في عدة حالات وكما يأتي :

### 01 : إنهاء العقد لأسباب شخصية

مفاد هذا أن لا يكون الإنهاء رائده تحقيق المصلحة العامة ، وإنما الرغبة في الانتقام مما يشكل انحرافا في استعمال السلطة<sup>3</sup>.

### 02:إنهاء العقد لأسباب عقائدية أو سياسية لدى المتعاقد لا تتفق مع اتجاهات الإدارة المتعاقدة

فلا يجوز للإدارة أن تنهي العقد لأسباب ذات طابع سياسي أو عقائدي ، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة الصادرة بفصل العمال المتعاقدين ، وذلك لان هذه القرارات تستند على أسباب ذات طابع سياسي وعلى النشاط النقابي للعمال حيث تعتبر هذه الأسباب أجنبية عن مصلحة المرفق العام<sup>4</sup> ، كذلك لا يجوز للإدارة أن تنهي العقد الإداري لأسباب ذات طابع عقائدي أو ديني فقرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري

<sup>1</sup>رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 511.

<sup>2</sup>محمود حلمي ، مرجع سابق ،ص147.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 136.

<sup>4</sup>حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (26 /10 /1960 ) في قضية ( Sieur Rioux ) ، أشار إليه محمد عبد العال السناري ، مرجع سابق ، 322.

لأسباب دينية أو عقائدية يعتبر مشوبا بتجاوز السلطة وبالتالي يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة<sup>1</sup>.

### 03 : إنهاء العقد لأسباب مالية

فالإدارة لا يجوز لها إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بحجة أن ذلك يحقق لها مزايا مالية غير متاح لها الحصول عليها في ظل التعاقد القائم<sup>2</sup> ، وعلى ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأنه: " لا يجوز للإدارة إنهاء العقد لمجرد رغبتها في طرح محله في مزايده جديدة ، ولأن هذا فضلا عما فيه من إهدار للثقة في معاملاتها وزعزعة الإیمان بعدالتها ونزاهتها ، لا يصلح في ذاته سببا مشروعاً يبرر لها الإفتئات على مصالح الأفراد والمساس بحقوقهم المكتسبة"<sup>3</sup>.

#### ثانياً: عدم مشروعية قرار الإنهاء للعقد الإداري لخروجه عن أطر المشروعية

لكي يكون قرار إنهاء العقد الإداري مشروعاً يجب أن يصدر من السلطة المختصة بإصداره ، والسلطة المختصة بإنهاء العقد الإداري تكون ذاتها المختصة بإبرامه ، إلا إذا وجد نص في العقد يقضي بخلاف ذلك ، وأن لا يكون مشوبا بالتعسف أو بسوء استعمال السلطة ، وأن يكون الباعث على صدوره سليماً ، فإذا جاء قرار الإنهاء مخالفاً للقانون أو الأنظمة ، أو انه لم يصدر من السلطة المختصة بإصداره ، أو انه مشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة ، أو أن الباعث عليه غير سليم ،عد هذا القرار معيباً واستوجب إلغائه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي والصادر بتاريخ ( 8 / 12 / 1948 ) في قضية ( Pastiau )، أشار إليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد ، مرجع سابق ، ص 510.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 136.

<sup>3</sup> رفاه كريم كريل ، مرجع سابق ، ص 512.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، ص 512.

نخلص مما تقدم أن استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها وامتيازاتها الممنوحة لها بموجب العقد الإداري خارج إطار المشروعية يعد خطأ تعاقدياً يترتب مسؤوليتها التعاقدية ويتيح للمتعاقد اللجوء إلى القضاء المختص لغرض الحصول على التعويض المناسب لجبر الإضرار التي سببها الاستخدام غير المشروع لتلك السلطات .

## المبحث الثاني

### مسؤولية الإدارة التعاقدية بدون خطأ

من المتفق عليه فقها وقضاء أن التعويض جزءا يواجه الخطأ في تنفيذ الالتزام بوجه عام والالتزام التعاقدية بصفة خاصة<sup>1</sup> ، ولا يمكن للمضرور أن يطالب بالتعويض ، إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققا ويكون هذا الضرر محققا إذا كان بطبيعة الحال قد حصل فعلا وتجسدت آثاره على الواقع<sup>2</sup> .

وتكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعامل المتعاقد معها عما أصابه من ضرر رغم ارتكابها الخطأ.

ويكون أساس التزام الإدارة بالتعويض هنا إما نظرية الإثراء بلا سبب (مطلب أول) ، وإما اعتبارات العدالة ورغبة الإدارة في الحفاظ على التوازن المالي للعقد (مطلب ثاني) .

<sup>1</sup> عبد الله نواف العنزي ، القانون المدني حسب آخر تعديل له قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13/05/2007 ، بدون طبعة ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2007 ، ص22.

<sup>2</sup> علي فيلاي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، بدون طبعة ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 ، ص 253.

## المطلب الأول

## التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب

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

فالأعمال الإضافية التي ينفذها المتعاقد مع الإدارة والتي لم تدرج ضمن بنود العقد وأيضا الأعمال التي ينفذها مع عدم استمرار العقد أو حتى وجوده ، وتؤدي إلى تحقيق منافع للإدارة ، فإن ذلك يعني أن الإدارة حققت إثراء بلا سبب وبالتالي يعود للمتعاقد معها مطالبتها على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب .

وبما أن الفقه والاجتهاد الإداريين مستقران على أحقية توجب التعويض للشخص الذي يقدم للإدارة عطاءات معينة تفقره وتثريها ، بصرف النظر عن صحة العقد القائم بينهما أو عن استمراره أو حتى عن وجوده ، وذلك تأسيسا على اعتبار أن هذه الوضعية نتيجة لعلاقات شبه تعاقدية ترتب وبالتالي مسؤولية الإدارة شبه التعاقدية عن إثرائها دون سبب على حساب معاقدها الفعلي<sup>1</sup> .

وسنتناول في هذا الصدد تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب وذلك بالتطرق إلى التطبيقات العملية لنظرية الإثراء بلا سبب ( فرع أول ) ، و دور نظرية الإثراء بلا سبب في الحد من الآثار الرجعية المترتبة عن بطلان العقد الإداري ( فرع ثاني ) .

<sup>1</sup> نصرت منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 550 .



الفرع الأول : التطبيقات العملية للإثراء بلا سبب

01: عدم إبرام العقد بصورة قانونية

أ : عدم التوقيع على العقد أو عدم تصديقه من المراجع المختصة

عند عدم توقيع العقد أو تصديقه من السلطة المختصة ، قد يقوم المتعاقد مع الإدارة على الرغم من ذلك بتنفيذ أعمال نافعة للإدارة وفقا للعقد غير الموقع و غير المصادق وفي هذه الحالة لا يمكن إثارة المسؤولية التعاقدية كون العقد غير منجز قانونا ، ويمكن للمتعاقد ملاحقة الإدارة بالنفقات التي خسرها استنادا لمبدأ الإثراء بلا سبب<sup>1</sup>.

ب: تعرض العقد للإلغاء أو الإبطال

البطلان هي حالة تكون ملتصقة بالعقد منذ نشوئه، وبالتالي يؤدي بطلان العقد إلى إنهاء الرابطة التعاقدية ،وتجريد هذه الرابطة من كل اثر قانوني ، كما إن حل العقد من جراء أحوال جرت بعد إنشائه يمكن أن يكون لها مفعول رجعي فتسمى حينئذ إلغاء، أما إذا اقتصر مفعول الحل على المستقبل فيسمى بالفسخ.

02: تنفيذ أعمال خارج الاتفاق العقدي

وهي الأعمال التي ينفذها المتعاقد مع الإدارة خارج نطاق العقد، ويكون ذلك عندما يقوم الملتزم أو المورد بأعمال إضافية عما هو مقرر في العقد، أو بتقديم خدمات ولوازم للإدارة لم تكن ملحوظة أصلا في مدرجاته وشروطه، وتحقق كسبا غير مشروع لها على حسابه. وقد تكون الأعمال التي ينفذها الملتزم خارج نطاق الإطار التعاقدية أعمالا غير مطابقة أو أعمال إضافية عما هو مقرر في العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نصرت منصورنابلسي ، مرجع سابق ، ص من 564 إلى 567.

<sup>2</sup> شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والفضاء وأحكام المحكمة الإدارية، بدون طبعة ، دار الفجر الجامعية، مصر، 2006 ، ص 10/9.

## أ : الأعمال الإضافية

الأعمال الإضافية هي الأعمال التي لم يرد ذكرها بالعقد وإن ورد سعرها في قائمة الأسعار ، وهي أعمال مرتبطة بالعمل الأصلي على عكس العمل الجديد ، الذي يكون بطبيعته غريبا عن موضوع العقد<sup>1</sup>.

ولا تثير الأعمال الإضافية التي قام بها المتعاقد بناء على طلب كتابي أو شفوي من الإدارة مشكلة بالنسبة لتعويض المتعاقد عنها حيث يأخذ هذا التعويض صورة مقابل مالي ، حيث يلتزم المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التي تم الاتفاق عليها أصلا بالعقد دون أن يكون له الحق في المطالبة بأسعار أزيد.

ويكون الأمر مختلفا إذا قام المتعاقد مع الإدارة من تلقاء نفسه وبدون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها بالعقد ، حيث يكون لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بالتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء هذه الخدمات ، شريطة أن تكون تلك الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق ، وذلك على أساس نظرية الإثراء بلا سبب<sup>2</sup>.

## ب : الأعمال غير المطابقة

الأعمال غير المطابقة في نطاق العقود الإدارية هي تلك الأعمال التي أوجدها المتعاقد مع الإدارة في حين أنها لا تتفق مع الشروط المتفق عليها بالعقد سواء من ناحية المواصفات الفنية أو الكمية.

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأداء المقابل للأعمال التي تخرج عن إطار ما اتفق عليه بالعقد ، إلا أنه استثناء من هذا الأصل يمكن للمتعاقد المتعامل مع الإدارة المطالبة

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 140.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 140/141.

بتعويض رغم ذلك عما أداه من أعمال غير مطابقة بشرطين أولهما أن تكون تلك الأعمال قد استفادت منها الإدارة ، وثانيهما عدم اعتراضها على أداء المتعاقد لتلك الأعمال<sup>1</sup> .

هذا ما وضعه مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته بأن تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب رهين بأن تكون الأشغال المنجزة بمناسبة تنفيذ الصفقة الباطلة غير معترض عليها من قبل الإدارة<sup>2</sup> .

**الفرع الثاني : دور نظرية الإثراء بلا سبب في الحد من الآثار الرجعية المترتبة عن بطلان العقد**

سوف نتعرض من خلال هذا الفرع إلى الدور الفعال الذي تلعبه نظرية الإثراء بلا سبب علاجاً للآثار المترتبة عن رجعية البطلان في العقد الإداري .

**أولاً : حالة الرجعية المترتبة على البطلان**

في حالة ما إذا تقرر بطلان العقد الإداري فإنه ترتب تلاشي كافة آثاره ، ولا يقتصر هذا التلاشي على زوال أثر العقد بالنسبة للمستقبل بل يزول كافة ما رتبته العقد من آثار بالنسبة للماضي ، ويعني ذلك أن للبطلان أثر رجعي وهو ما يعرف بالصفة الرجعية للبطلان ، وعلى ذلك لا يرتب هذا العقد أي التزام على عاتق طرفيه ولا يصلح كأساس لاستفادة أي طرفيه بأي حق تعاقدية ، وتترتب على هذه الرجعية التزام كل من الطرفين بأن يرد للطرف الآخر على سبيل التبادل فيما بينهما ، ما تلقاه أو جناه بمقتضى العقد الباطل<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ص 139.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي ، صادر في قضية ville de cames ، أشار إليه محمد قصري في مقاله ، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية ، ص 32.

<sup>3</sup> عبد المنعم اليزري ، تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية ( العقود الباطلة نموذجاً ) ، مجلة منازعات الأعمال ، العدد 01، 2014 ، ص 12.

وبعبارة أخرى فمتى كان العقد باطلا يتعين إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ويبدو ذلك متوازنا بمبدأ توازن المراكز القانونية ، وتستقر القاعدة السابقة كأثر منا الآثار المترتبة عن البطلان المدني ، بيد أن القاضي الإداري قد أخذ بها.

ويترتب على الأثر الرجعي للبطلان إشكالية رد الأعمال المنجزة ، إذ أن الالتزام المتبادل بين طرفي العقد بأن يرد كلاهما للآخر ما تسلمه أو جناه بمقتضى العقد الباطل هو نتيجة منطقية لرجعية البطلان ، فإذا كان العقد لم يدخل بعد إلى حيز التنفيذ ، فلا تكون ثمة صعوبة ، ولكن يثور الإشكال عندما يأخذ العقد سبيله إلى حيز التنفيذ ، وهنا يفنقر التنفيذ إلى الأساس العقدي الذي يبرره ويحميه ، وتكون الرابطة التعاقدية قد محيت من الوجود ، وزال الأثر الرجعي ، ولن يكون أمام الطرفين في تلك الحالة سوى الالتزام بالرد<sup>1</sup>.

وقد يكون ذلك ممكنا من الناحية النظرية ، ولكنه قد يكون مستحيلا من الناحية العملية ، حيث يفترض أن العقد لم يبرم على الإطلاق فيكون مجردا من كل أثر قانوني ، بمعنى أن تعود الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، وفي هذه الحالة يمكن لنظرية الإثراء بلا سبب أن تلعب دورا مهما في تحقيق التوازن المختل بين الطرفين.

ولقد أعطى القانون المدني العديد من الأمثلة بهذا الصدد منها مثل : قيام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري الذي دفع الثمن ، ثم هلك الشيء المبيع بعد التسليم ، وهما تكون استحالة في الرد ، وفي إطار العقد الإداري قد يقوم أحد المقاولين بمقتضى عقد باطل بتنفيذ أو إنجاز أعمال لصالح الإدارة وتكون هذه الأعمال بحسب طبيعتها مما يستحيل رده المقاول ، ولا يستطيع البطلان هنا أن يحمي آثار تلك الأعمال المنفذة ، وإزاء استحالة إعادة الطرفين إلى ما كان عليه قبل التعاقد<sup>2</sup>.

والواقع أن إشكالية رد الأعمال المنفذة أكثر ظهورا على مستوى العقود الإدارية ، تلك التي يتم إبرامها على فترات متعاقبة ومتلاحقة ، فقد يبادر المتعاقد مع الإدارة بعقد باطل

<sup>1</sup> عبد المنعم البيزري ، تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية ( العقود الباطلة نموذجا ) ، مرجع سابق ، ص

13.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 14.

بتنفيذ أعمال لمصلحة الإدارة دون أن يحصل على مقابل تلك الأعمال ، وهنا تفوق مجلس الدولة الفرنسي على القضاء المدني ليحقق للطرف المخل نوعاً من الحماية مخلوفاً له التعويض عما قام به من أعمال نافعة لصالح الإدارة مستنداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### مسؤولية الإدارة في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد

يهدف المتعاقد مع الإدارة إلى جني أرباح كثيرة لتنفيذ هذا التعاقد ، فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك الغاية إجراءات اتخذتها الإدارة أو ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية عسيراً أو مكلفاً له من الناحية المالية بصورة فاقت توقعاته ، بحيث أصبح العقد مرغماً له فإنه يكون على الإدارة في تلك الحالة لضمان التوازن المالي للعقد بتعويض المتعاقد معها لضمان استمراره في الوفاء بالتزامه ، على الرغم من أن الإدارة لم ترتكب خطأ ، حيث تقوم مسؤوليتها في هذا الشأن بلا خطأ و يكون أساس تلك المسؤولية اعتبارات العدالة وما يستتجبه تنفيذ العقود الإدارية من توافر لحسن النية ، هذا بالإضافة إلى مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم مساعدة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، الأمر الذي يؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماتها للمنتفعين.

ويكون أداء الإدارة للتعويض في هذا الشأن في إطار توافر شروط نظرية عمل الأمير (فرع أول) ، أو الظروف الطارئة (فرع ثاني) ، أو الصعوبات المالية غير المتوقعة ( فرع ثالث) ، وهذا ما يدعونا إلى استعراض كل منها في الفروع الثلاثة الآتية :

<sup>1</sup> محمد باهي ، المسؤولية التعاقدية في مجال الصفقات العمومية ، مجلة المجتمع ، العدد 4 ، 2011 ، ص 93.

## الفرع الأول: نظرية عمل الأمير

## أولاً: مفهوم عمل الأمير

عمل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه الإدارة المتعاقدة غير متوقع من المتعاقد معها ، يؤدي إلى إلحاق ضرر خاص به لا يشاركه فيه سائر من يسهم هذا الإجراء ، يستوي في ذلك أن يكون الإجراء عاما أو خاصاً<sup>1</sup> .

ويقصد بها أيضا : " عبارة عن إجراء قانوني صادر من الإدارة المتعاقدة ، يؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر تكلفة وأشد إرهاقا بالنسبة للمتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض الكامل عن الإضرار التي لحقت به<sup>2</sup> .

## ثانيا : شروط تطبيق النظرية

لإعمال نظرية عمل الأمير في مجال العقود الإدارية لابد وأن يتوافر في الإجراء الذي أساء للمركز الإداري للمتعاقد شروط ، يمكننا تقسيمها إلى طائفتين ، الأولى تتعلق بمحل هذا التطبيق ، والثانية تتصل بمواصفات الإجراء المسوغ لتطبيق النظرية.

## أ : وجود عقد إداري

قيام العقد الإداري بمفهومه المتعارف عليه في الفقه وقضاء مجلس الدولة شرطا أساسيا لتطبيق نظرية عمل الأمير ، باعتبارها من النظريات التي قصد بها الحفاظ على التوازن المادي في العلاقة التعاقدية التي تكون الإدارة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة.

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما ، الطبعة 1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، - مصر - ، 2009 ، ص 180.

<sup>2</sup> جابري فاطيمة ، حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، العدد 11 ، الجزائر ، 2018 ، ص 185.

## ب : شروط أعمال نظرية عمل الأمير المتعلقة بالإجراء الصادر عن الإدارة

يشترط في إجراء تطبيق نظرية عمل الأمير : صدوره عن الإدارة المتعاقدة و ثانيهما مشروعية هذا الإجراء<sup>1</sup>.

يتعين أن يصدر هذا الإجراء (فعل الأمير) من الإدارة العامة وأجهزتها الإدارية المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية ، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون التصرف صادر عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن أن كل ما يصدر عن السلطة التنفيذية من إجراءات تعد وكأنها صادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة بحيث يستحق المتعاقد مع أية جهة إدارية تعويضاً عن آثارها على أساس نظرية عمل الأمير وذلك استناداً إلى فكرة وحدة شخصية الدولة ، والذي بموجبها لا عبرة بتعدد أجهزتها ، واستقلال كل جهاز عن الآخر ، حيث أن هذه الأجهزة هي مجرد أوجه متعددة<sup>3</sup>.

فمشروعية الإجراء الصادر عن جهة الإدارة يحدد نطاق نظرية عمل الأمير من حيث الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة ، حيث تفترض تلك النظرية عدم خطأ الإدارة حال إتيانها للإجراء المرتب لتطبيقها ذلك ، لأن ثبوت خطأ الإدارة يترتب قيام مسؤوليتها عن التعويض.

وقد ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر : «... من شروط نظرية عمل الأمير ... افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار ، فمسؤوليتها بلا خطأ...<sup>4</sup>».

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً ، مرجع سابق ، ص 174.

<sup>2</sup> جابري فاطيمة ، مرجع سابق ، ص 186.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 143/144.

<sup>4</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً ، مرجع سابق ، ص 176/177.

نظرية عمل الأمير لا تطبق على تعاقدات الإدارة المدنية ، بحيث تكون فيها طرفا عاديا لا يتمتع بأي من مظاهر السلطة العامة ، حيث ينظمها القانون الخاص .

إضافة إلى أن الهدف من تقرير نظرية عمل الأمير بما تنطوي عليه من تعويض المتعاقد مع الإدارة كأثر لما تصدره من قرارات تؤدي إلى الإضرار به، هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ، حيث أن تحقيق ذلك تضطلع به عقود الإدارة الإدارية دون عقودها المدنية<sup>1</sup>.

### ج : شروط تطبيق نظرية عمل الأمير التي ترجع للمتعاقد

لإعمال هذه النظرية فإنه يتعين ألا يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة متوقعا من المتعاقد معها ، إضافة إلى ضرورة إصابته للمتعاقد بضرر خاص<sup>2</sup> ، فإذا كان قد توقع الإجراء فلا يجوز له المطالبة بتعويض عنه ، حيث كان يتعين عليه وضعه في الاعتبار عند تقديره للمقابل المالي للتعاقد.

كما لا يستحق المتعاقد تعويضا عن الإجراء الذي كان بوسعه توقع قيام الإدارة به في ضوء معيار الرجل العادي ، فإذا لم يبذل جهدا للوقوف على مدى إمكانية اتخاذ الإدارة للإجراء الذي أساء لمركزه المالي ، فهو مقصر ومن ثم لا يستحق التعويض الذي تكفله له نظرية عمل الأمير .

وتتطبق نظرية فعل الأمير إذا توقع المتعاقد صدور الإجراء إلا أنه لم يتوقع ولم يكن بإمكانه توقع مدى الأثر الذي يحدثه<sup>3</sup>.

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا يعتد به بما وقر في ذهن المتعاقد من توقع للفعل إنما العبرة ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ظروف المتعاقد ، إلا أنه على القاضي أن يبحث عما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا ، مرجع سابق ، ص 176/177.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ، ص 177.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 144.



قد بذل الجهد المعقول والضروري لتبيين ماهو مقدم عليه ، ولذلك فإن ظروف الحال ذات علاقة وثيقة بتقدير خاصية التوقع أو عدم إمكان التوقع للظروف التي واجهها المتعاقد<sup>1</sup>.

ومن ثم فعلى القاضي عند تقديره لتوافر شرط عدم التوقع ، البحث في إمكانية توقع المتعاقد لتصرف الإدارة ، وفقا لمعيار الرجل المعتاد في ظل الظروف والملابسات وقت التعاقد<sup>2</sup>.

ولا يتم تطبيق نظرية عمل الأمير على أساس توقع المتعاقد له متى كان قد نص في العقد على قبوله فروق أسعار المواد الأولية والزيادة في أجور الأيدي العاملة وغيرها من التكاليف والزيادات التي تطرأ بفعل الحكومة بعد تقديم العطاء ، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وإرهاقا للطرف الآخر ، حيث يكون الضرر والحال كذلك متوقعا من المتعاقد وقت إبرامه العقد ، الأمر الذي لا يستحق معه تعويض على أساس أعمال نظرية عمل الأمير<sup>3</sup>.

وأما الشرط الآخر فهو إلحاق الإجراء ضرا خاصا بالمتعاقد ، فمناطق تطبيق نظرية عمل الأمير هنا هو الضرر الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة ، نتيجة للإجراء الصادر عنها. ويتجسد هذا الشرط في أن هذا الضرر تجسده زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد ، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة ، فقد يكون جسيما أو يسيرا ، لهذا تختلف نظرية عمل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيما لتطبيقها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد علي عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، ب ط ، شبكة المعلومات الجامعية، القاهرة ، مصر ، 1991، ص25.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما ، مرجع سابق ، ص179.

<sup>3</sup> مرجع نفسه ، ص180/179.

<sup>4</sup> مارن ليو راضي ، القانون الإداري ، الطبعة 3 (17/05/2019) - [www.option.php](http://www.option.php)

[index/home/com.agouniversity](http://www.index/home/com.agouniversity) الساعة 14:17.

فلقد عارض هذا الرأي الفقيه 'فؤاد عزوزي' في درجة الضرر الملحق بهذا الإجراء ليس من قبيل أن هذا الضرر يصنف إلى درجات الضرر الجسيم ، فقد ذهب في تعليقه إلى أن المتعاقد ليس له الحق في عدم الوفاء في تنفيذ التزامات هذا العقد ، وبهدف المصلحة العامة .

إن الدفع بعدم التنفيذ لا مجال له كأصل عام في عقود القانون العام بالرغم من الضرر الحاصل للمتعاقد إذ يجب أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض وإذا لم يصل هذا الضرر إلى درجة القوة القاهرة<sup>1</sup> .

ويرى بعض الفقهاء في تحديدهم أساس المطالبة بالتعويض في تجسيد الضرر وعلاقته بهذا الإجراء بأن المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية علاقة مسؤولية على أساس المخاطر ، فعلى المتعاقد مع الإدارة أن يتجنب هذا الضرر وبالتالي في المقابل يرى الفقيه (فؤاد عزوزي) لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الإدارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى تقدر حقه في التعويض ، ولكن مادامت مسؤولية الإدارة هنا لا تؤسس على الخطأ ، إنما الإجراءات التي تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل ، وفي إصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد وهي في كلا الحالتين سلطة مشروعة ، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر<sup>2</sup> .

وفي نفس السياق يشترط عدم انطواء الإجراء على خطأ ينسب للإدارة ، فإذا انطوى الإجراء الذي اتخذته الإدارة وأضر بالمتعاقد معها على خطأ ما ، فلا يكون هناك مجالاً لتطبيق نظرية عمل الأمير ، حيث نكون في إطار المسؤولية التعاقدية التي تستند في

<sup>1</sup> فؤاد عزوزي ، دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري ، (17/05/2019) عل الساعة 17:21. [070909.blogs.pct.com./2013/04/blog.post.16.html](http://070909.blogs.pct.com./2013/04/blog.post.16.html).

<sup>2</sup> خميس السيد إسماعيل ، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا ، فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والاحكام الحديثة لمحكمة النقض ، الطبعة 1 ، حقوق الطبع والنشر ، 1999 ، ص215.

أساسها إلى الخطأ التي تناولناها بالتفصيل في المبحث الأول من هذا الفصل ، في حين تقوم مسؤولية الإدارة عن التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير بلا خطأ<sup>1</sup>.

### ثالثا : أثر تطبيق نظرية عمل الأمير

إذا ما توافرت شروط انطباق نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق تعويضا كاملا ، يعيد للعقد توازنه المالي إلى ما كان عليه قبل صدور قرار الإدارة المتعاقدة الذي أضر بالمتعاقد ، بغض النظر عن قيمة هذا الضرر ، هذا بالإضافة إلى استحقاقه تعويضا عما لحق به من ضرر وما فاتته من كسب<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة

تجد هذه النظرية أساسها القانوني في المادة 107 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> ، والتي تنص على أنه : «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف ، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . «

كما تجد أساسها أيضا في تنظيم الصفقات العمومية في المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي ورد فيها إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون الحاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية ، مما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية راعي الظروف الطارئة الوضع الجديد والأعباء المالية للمتعاقد ، فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية.

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 145.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 146/145.

<sup>3</sup> الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10

المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 ، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر عدد 31 بتاريخ 13 ماي 2007.

## أولاً : التعريف بالنظرية

تعددت تعريفات الظروف الطارئة ولعل أبرز تلك التعريفات بأنها :

عبارة عن حوادث أو ظروف غير متوقعة عند تنفيذ العقد الإداري تؤدي إلى قلب اقتصادياته وتترتب عليها خسارة غير محتملة تجعل عملية التنفيذ مرهقة مما يعطي المتعاقد الحق في المطالبة بتعويض عن هذه الخسارة<sup>1</sup>.

وهناك من يعرفها بأنها عبارة عن ظروف استثنائية خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد والتي تقع أثناء تنفيذ العقد ولم يكن من الممكن توقعها عند التعاقد ، ويترتب عليها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا بدرجة كبيرة مما يتعين على الإدارة تعويضه مما يسمح للمتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

## ثانياً : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لكي يمكن تطبيق هذه النظرية لابد من توافر عدة شروط مجتمعة وهي :

## 01 : وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه

ويشترط أن يكون الظرف طارئ بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه<sup>3</sup> ، وأن يطرأ خلال مرحلة التنفيذ وقبل تمامها ، فالأصل أنه إذا وقع الظرف قبل إبرام العقد فلا يمكن تطبيق النظرية.

ولكن قد يحدث الظرف الطارئ بعد انتهاء المدة المحددة للتنفيذ ، في هذه الحالة إذا كان التأخير بسبب المتعاقد مع الإدارة فيكون هو المسؤول عن تبعات الظرف الطارئ بالإضافة إلى مسؤوليته التعاقدية الناشئة عن تأخره في التنفيذ ، وإذا وافقت المصلحة

<sup>1</sup> Jean –Claude Zarka , l'essentiel du droit public , Gualino l'extenso éditions , 2éme édition , 2015 , p 99.

<sup>2</sup> مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2014 ، ص706.

<sup>3</sup> مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، الطبعة 1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2011 ، ص 178.

المتعاقد على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد ، فيتعين في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>.

ويأخذ الظرف الطارئ صوراً عدة، قد تتمثل في:

- أ- أحداث سياسية: كإعلان الحرب... الخ.
- ب- أحداث اقتصادية: كالارتفاع المفاجئ وغير المتوقع في الأسعار.
- ج- إجراءات إدارية : إذا كانت صادرة من غير الجهة الإدارية المتعاقدة<sup>2</sup>

## 02 : أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً

جاءت نظرية الظروف الطارئة لتأمين المتعاقد من المخاطر الطارئة والمفاجئة التي لا يمكن للمتعاقد توقعها ، ولا تطبق في حالة الأخطار التي كان يمكن توقعها ، فكل نشاط اقتصادي ينطوي على هامش من المخاطرة ويتحمل المتعاقد عواقب تقصيره في تقديرها والاحتياط منها .

وينبغي في هذا الصدد التمييز بين توقع الظرف الطارئ وتوقع ما يترتب عنه من آثار ، والفقه و القضاء الإداريان مستقران على أن العبرة بعدم القدرة على توقع آثار الظرف الطارئ حتى وإن كان بالإمكان توقع الظرف الطارئ نفسه.

ويشترط أيضاً الا يمكن رد الظرف الطارئ أو تلافيه ، فلو أمكن ذلك لا يستوي أن يكون متوقفاً أم لا ، فجوهر الظرف الطارئ مباغتته لأطراف العقد دون أن تكون لهم القدرة على فعل شيء إزائه<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، مرجع سابق ، ص 723/722.

<sup>2</sup> جمال عباس أحمد عثمان ، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، بدون طبعة ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، - مصر - ، 2007 ، ص 436.

<sup>3</sup> شاشوا نور الدين ، أثر لظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيارت ، - الجزائر - ، المجلد 03 ، العدد 02 ، 2018 ، ص 43/42.

**03 : أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن الإدارة والمتعاقد معها**

يجب أن لا يكون لإرادة المتعامل المتعاقد دخل في إحداثه ، حيث لا يستفيد المتعاقد من الظرف الطارئ إذا كان هو الذي تسبب فيه.

أما إذا كان الفعل الضار صادرا من الإدارة المتعاقدة ففي هذه الحالة تطبق نظرية عمل الأمير ، أما إذا كان صادر من جهة إدارية أخرى غير متعاقدة فلا يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية عمل الأمير وإنما نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها<sup>1</sup>.

**04: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إرهاب المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد**

يشترط لكي يتم إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوزت الخسارة العادية المألوفة بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب<sup>2</sup> ، إذ يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى في ظلها أمرا مرهقا للغاية.

وتقدير مدى جسامه الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعامل المتعاقد متروك للقاضي ، وفي هذا التقدير ينظر إلى العقد بمجمله كوحدة واحدة متكاملة العناصر ، فلا ينظر إلى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن أن يكون مجزيا و معوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة ، وهو ما لا يمكن التحقق منه إلا من المستخلصات النهائية وبعد عمل الحساب النهائي<sup>3</sup>.

**ثالثا : الآثار المترتبة على تحقق نظرية الظروف الطارئة**

إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من حدوث الظروف الطارئة ، ويكون ذلك عن طريق المعاونة التي تقدمها له المصلحة المتعاقدة للتخفيف من الصعوبات التي يواجهها بسبب هذه الظروف ، فإنه من الطبيعي أن تترتب آثار قانونية على تطبيق هذه النظرية

<sup>1</sup> جابري فاطيمة ، مرجع سابق ، ص 193/194.

<sup>2</sup> Marion Uboud – Bourgeon , droit de contrats administratifs , Lexis , Paris , 2015 , p 336.

<sup>3</sup> مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 179.

**01 : استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته**

إن الهدف الرئيسي من تطبيق فكرة الظروف الطارئة هو ضمان ألا يتوقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء التزاماته التعاقدية ضمانا لسيرورة المرفق العام بانتظام واضطراد وتقديم الخدمة بصورة منتظمة للمرتفقين ، والمتعاقد المتوقف عن أداء التزاماته بدعوى الظروف الطارئة يكون محلا لتوقيع الجزاءات المالية والإدارية ، استمرار المتعاقد في تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد يعده القضاء في كل الحالات شرطا للاستفادة من التعويض<sup>1</sup>

**02 : التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض**

نتيجة لالتزام المتعاقد مع الإدارة بمواصلة تنفيذ العقد الإداري ، بالرغم من وجود ظرف الطارئ ، فإن على المصلحة المتعاقدة هي الأخرى أن تلتزم اتجاهه بتحمل جزء من الخسارة التي تعرض لها المتعاقد بسبب ذلك ظرف الطارئ ويكون التعويض الذي تقدمه جهة الإدارة في هذه الحالة جزئيا ومؤقتا إلى غاية زوال ظرف الطارئ وذلك حتى يعود التوازن المالي للعقد إلى الحالة التي كان عليها عند الإبرام<sup>2</sup>.

**الفرع الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة**

لدراسة هذه النظرية لابد من تحديد مضمونها ( أولا ) ، وتحديد شروط تطبيقها ( ثانيا ) ، ثم التعرض لمختلف الآثار المترتبة عنها ( ثالثا ) .

**أولا : مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة**

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي وذلك في منتصف القرن التاسع عشر ، وكان أول حكم قضائي صدر في ذلك هو حكم دوشي Duché الصادر في 24 مارس 1864 ، حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض

<sup>1</sup> شاشوا نو الدين ، مرجع سابق ، ص 45.

<sup>2</sup> جابري فاطيمة ، مرجع سابق ، ص 195.

المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من مواصلة التنفيذ<sup>1</sup>.

فكون في إطار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذ ما صادق تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية بحتة ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعامل المتعاقد ولم يكن بوسعه ذلك ، مما يجعل تنفيذ التزامه التعاقدية في ظلها أكثر إرهاقا وكلفة ، فإن الأضرار التي تلحقه تبعا لذلك تمكنه من المطالبة بالاستفادة من آثار الصعوبات المادية غير المتوقعة<sup>2</sup>.

### ثانيا : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لكي تقوم هذه النظرية مفسحة المجال للحق بالتعويض عن الخسائر التي تكبدها المتعامل المتعاقد ، لابد من توافر مجموعة من الشروط يمكن تحديدها كآآتي :

#### 01 : يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية

وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية ، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة ، كأن يكتشف عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ العادي للعقد يفترض طبيعة سهلة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ( دراسة مقارنة ) لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، - مصر - ، 1999 ، ص 166.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته ، مرجع سابق ، ص 204.

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ( دراسة مقارنة ) ، 2005 ، مرجع سابق ، ص 693.



فتكون هذه الصعوبات سببا في استحقاق المتعامل المتعاقد للتعويض ، لكن قد توجد صعوبات مادية غير متوقعة مصدرها الإنسان ( فعل الغير ) ، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في المواصفات التي أعدت على أساسها شروط العقد<sup>1</sup> .

## 02 : أن لا تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة من عمل الإدارة المتعاقدة

يفترض في الصعوبات المادية غير المتوقعة ألا تكون من عمل الإدارة أو بسبب تدخلها حيث لو كان مرجعها ذلك فلا مجال لتطبيق النظرية ، بل يعوض المتعاقد على أساس خطأ الإدارة إذا كانت قد أخطأت ، أو على أساس نظرية عمل الأمير إذا لم يكن هناك خطأ من جانبها.

وفي ذلك الوقت يتعين ألا يكون المتعاقد قد أحدث تلك الصعوبات المادية أو ساهم في زيادة آثارها الخطرة<sup>2</sup> ، وعليه أن يبين أنه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما يملكه من وسائل ، كما يجب عليه أن يبين أنه لم يخرج عن شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته.

## 03 : يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت

فالصعوبات المادية ليست فقط عقبات يصادفها المتعاقد ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ، ولا يمكن أن تقتضي إلى طائفة المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ ، وللقاضي الإداري تقدير طبيعة الصعوبات ومدى اعتبارها عادية أو استثنائية وذلك وفقا لذلك حالة على حدة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، مرجع سابق ، ص 689.

<sup>2</sup> سمير عثمان اليوسف ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقود الإدارية ، الطبعة 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص 85.

<sup>3</sup> حمدي ياسين عكاشة ، العقود الإدارية في التطبيق العملي : المبادئ والأسس العامة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر - ، دون سنة نشر ، ص 339.

**04 : أن يكون من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة الإخلال باقتصاديات العقد**

يعتبر هذا شرط من أهم الشروط النظرية ، باعتبارها تهدف إلى معالجة الاختلال في التوازن المالي الحاصل في العقد ، وذلك عن طريق تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا بما يعيد العقد إلى الحالة التي كانت عليها لحظة الإبرام.

وعلى ذلك فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فإنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية ، فيجب أن يصل الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقاب اقتصاديات العقد ويتبين هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد<sup>1</sup>.

**ثالثا : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة**

إذا توافرت شروط تحقق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فإن ذلك يرتب لآثار قانونية تتمثل في:

**01 : استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم الصعوبات غير المتوقعة**

إن الهدف الرئيسي من تطبيق هذه النظرية هو تمكين المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية مادام ذلك ممكنا وفي استطاعته لضمان ديمومة سير المرفق العام بانتظام وإطراد ، لذا يجب على المتعاقد الذي تواجهه صعوبات مادية غير متوقعة مواصلة التنفيذ مادام ذلك ممكنا وليس مستحيلا ، ذلك أن هذه النظرية لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، ولكنها تجعل من عملية التنفيذ أكثر إرهاقا وتكلفة<sup>2</sup>، ويرى بعض الفقه أنه إذا توقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبات المادية ، فإنه لا يستحق تعويضا عن الأضرار الناجمة عن تلك الصعوبات بالإضافة إلى حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء عليه.

<sup>1</sup> مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 184.

<sup>2</sup> مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، مرجع سابق ، ص 697.

**02 : حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض**

تلتزم المصلحة المتعاقدة طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الخسائر التي تكبدها بسبب تلك الصعوبات ، هذا التعويض الذي من شأنه إعادة التوازن المالي لحماية لحقوق المتعاقد<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> جابري فاطيمة ، مرجع سابق ، ص 197.

خاتمة

## خاتمة

نلاحظ أن التشريعات المختلفة والتي من بينها التشريع الجزائري حرص من خلال تنظيم العقود الادارية على حماية المال العام ، حيث أولى أهمية كبيرة من خلال إصداره لترسانة من النصوص القانونية الخاصة بها ، فبإمكان المتعامل المتعاقد أن يلجا إلى القضاء الإداري وإلى القضاء الجزائي أيضا من أجل تحقيق الحماية القضائية له حيث يمكن للقاضي في حالة إخلال الإدارة بالتزامات الإشهار أو المنافسة أن يأمر المصلحة المتعاقدة بالامتنال بالتزاماتها أو فرض غرامة تهديدية أو تأجيل إمضاء العقد ، وفي حالة إصدار الإدارة لقرارات إدارية منفصلة وغير مشروعة الأمر بوقف العقد أو بإلغاء هاته القرارات ، كما يمكنه فسخ العقد وتقرير التعويض بموجب قرار قضائي يحوز الحجية في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو بسبب القوة القاهرة وهذا ما يؤكد بأن القاضي على مستوى المنازعات الادارية قاضي إداري وليس قاضي إدارة.

وبالنسبة لرقابة القضاء الجنائي على العقود الإدارية ومن خلال استقراء النصوص القانونية لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجد أنه قد جدد لنا مجموعة من الجرائم والتي تمس العقود الإدارية ووضع لها مجموعة من العقوبات الأصلية والتكميلية في حالة خرق المبادئ الأساسية للعقود الإدارية التي تضمن نزاهتها وشفافيتها ، وأما فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ الإدارة لعقودها الإدارية فالأمر يختلف ، وهذا الاختلاف يظهر في دور المتعاقد معها ، فدوره هنا يعتبر دورا جوهريا ، فالمتعاقد هو معاون لها في تسيير المرفق العام موضوع العقد حيث ينبغي عليه أن يبذل أقصى جهد ممكن في سبيل الوفاء بالتزاماته التعاقدية وذلك بهدف ضمان السير المنتظم للمرفق العام الذي من أجله أبرم العقد ، وإذا كان تنفيذ العقد من قبل المتعاقد يتطلب منه بذل قدرا غير عادي من الحرص والعناية ، إلا أن ذلك لا يعني التضحية بحقوقه المستمدة من ذلك العقد ، ويجب على الإدارة احترام هذه الحقوق وعدم الخروج عن القانون وإلا ترتب مسؤوليتها على أساس الخطأ ، فتلتزم بالتعويض حتى ولو لم تكن مخطأة.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا الى مجموعة من النتائج :

## خاتمة

- 1- تعتبر مبادئ إبرام العقود الإدارية الأساس في تبيان مدى شفافية الإدارة أثناء تعاملها مع المتعامل الاقتصادي.
- 2- إن القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية يفصل في المنازعات المتعلقة بها تحت عنوان القضاء الاستعجالي أو قضاء الإلغاء ، حيث ينظر في مدى مشروعية التصرفات الإدارية الصادرة عن الإدارة في مرحلة الإبرام ، ويصدر حكم بشأنها وذلك في حالة لجوء المتعامل المتعاقد الى رفع دعوى على مستوى إحدى هاتاه الأقسام.
- 3- يندرج الفساد الإداري في مجال العقود الإدارية ضمن زمرة الجرائم ، حيث ازدادت مشكلة الفساد الإداري والمالي بسبب هدر مبادئ القانون وقواعد الشفافية والمنافسة ، وهو ما دفع المشرع الجزائري من استحداث قانون خاص بالوقاية من الفساد ومكافحته وهو القانون 06-01 ، حيث أعطى للقضاء الجزائري سلطة توقيع الجزاءات في حالة ثبوت إحدى هاتاه الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والماسة بتنظيم العقود الادارية.
- 4- إن العقد الإداري يولد التزامات متعددة على عاتق الإدارة المتعاقدة ، وإن إخلال الإدارة بأي من هذه الالتزامات يولد مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ ، بحيث تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تصيبه بسبب إخلالها بالتزاماتها . بحيث يجب على الإدارة أن لا تستخدم سلطاتها بسوء نية ، وذلك بقصد الإضرار بالمتعامل المتعاقد ، فلها الحق في تعديل عقودها الإدارية من السلطات الممنوحة لها . إلا أن استخدامها لهذا الحق على نحو غير مشروع ي يؤدي حتما إلى قيام مسؤوليتها.
- 5- قد يحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف وصعوبات لم تكن في الحسبان وليس للإدارة دخل فيها ، ولكن هذا لا يعني تجردها من المسؤولية فهي ملزمة بتعويض المتعامل المتعاقد على أساس التعويض.

### التوصيات :

- 1- إن مبادئ إبرام العقود الادارية تعتبر جوهرية ، فوجب عدم المساس بها .
- 2- ضرورة الحد من التجاوزات والتصرفات الغير قانونية خاصة في مجال العقود الادارية لأنه مجال صعب.

# قائمة

المصادر والمراجع



### باللغة العربية

### أولا : الكتب

### أ - الكتب العامة

- 1- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة 15 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014.
- 2- أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ن مصر ، 1973.
- 3- إبراهيم محمد علي ، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (89) لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2003.
- 4- بلال امين زين الدين ، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية ، (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2011.
- 5- بريارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الطبعة 2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009.
- 6- بوحميده عطا الله الوجيز في القضاء الإداري (تنظيم عمل واختصاص) ، ب ط ، دار هومه ، الجزائر ، 2011.
- 7- بوغازي سماعيل ، جريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2016. جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، ب ط ، دار موقع للنشر ، الجزائر ، 2018.
- 8- جابر جاد ناصر ، العقود الإدارية ، الطبعة 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2005.

- 9- جمال عباس أحمد عثمان ، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، ب ط ، المكتبة العربية الحديثة الإسكندرية ، مصر ، 2007.
- 10- حسين فريحة ، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة) ، ب ط ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011.
- 11- حسن محمد هندو ، المشكلات العلمية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية مدعما بأحكام محكمة النقض وأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2002 ، ب ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004.
- 12- حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2002.
- 13- حسين درويش ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، مصر ، 1958.
- 14- خالد عبد الفتاح ، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 2008 ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2009.
- 15- ريم علي إحسان محمد العداوي ، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها ( دراسة مقارنة) ، ب ط ، دار الفكر والقانون ، القاهرة ، مصر ، 2011.
- 16- زكريا المصري ، أسس الإدارة العامة ، ( التنظيم الإداري ، النشاط الإداري) ، دراسة مقارنة ، ب ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007.
- 17- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ( دراسة مقارنة ) ، الطبعة 5 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1991.
- 18- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، ب ط ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، مصر ، 1989.
- 19- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة 5 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2005.

- 20- سعيد بوعلي ، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري ، الطبعة 4 ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ، 2001.
- 21- شريف أحمد الطباخ ، التفويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية ، ب ط ، دار الفجر الجامعية ، مصر ، 2006.
- 22- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبق للمرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، القسم الأول ، الطبعة 5 ، درا جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2017.
- 23- عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري ، ب ط ، دار هومه ، الجزائر ، 1999.
- 24- عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ( نظرية الدعوى الإدارية ) ، الجزء 2 ، الطبعة 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.
- 25- عادل بوعمران ، دروس في المنازعات الإدارية ( دراسة تحليلية نقدية ومقارنة ) ، ب ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014.
- 26- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2007.
- 27- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر ، ب ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2005.
- 28- عبد الله نواف العنزي ، القانون المدني حسب آخر تعديل له ، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13/05/2007 ، ب ط ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2007.
- 29- علي فيلاي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، ب ط ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002.
- 30- عبد الله بخباز ، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ( دراسة مقارنة ) ، الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، 2017.

- 31- علي الفحام ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، ب ط ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1976.
- 32- ليلو مارن راضي ، الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة ، ب ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ب.س.ن .
- 33- محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، ب ط ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2009.
- 34- محمد سعيد أمين ، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري ، ب ط ، دار الثقافة الجامعية ، مصر ، 1991.
- 35- محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، ب ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2007.
- 36- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010.
- 37- محمود حلمي ، العقد الإداري ، الطبعة 2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1977 ،
- 38- محمد علي جواد ، العقود الدولية ، ب ط ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 1997.
- 39- محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ( القرار الإداري ، العقد الإداري ) ، ب ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 1989.
- 40- محمد عبد العال السناري ، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين ( دراسة مقارنة ) ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ب.س.ن.
- 41- محمد صلاح عبد البديع السيد ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ( دراسة مقارنة ) ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1993.
- 42- محمد علي عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، ب ط ، شبكة المعلومات الجامعية، القاهرة ، مصر ، 1991.

- 43- مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري ( دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2014.
- 44- مارن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2011.
- 45- محمد أنس هاشم جعفر ، العقود الإدارية ( دراسة مقارنة) ، نظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولأئحته التنفيذية ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1999.
- 46- نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2011.
- 47- وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ( دراسة مقارنة) ، ب ط ، منشورات دار الحلبي ، بيروت ، لبنان ، 2009.
- ب- الكتب المتخصصة :

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، ب ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2010.

### ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية

#### أ-رسائل الدكتوراه :

- 1- بن عودة صليحة ، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2016/2017.

- 2- جليل مونية ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر ، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام ، جامعة الجزائر -1- ، 2015.
  - 3- حليمي منال ، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر ، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه (الطور الثالث) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ورقلة ، الجزائر ، 2017.
  - 4- حاحة عبد العالي ، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم ، جامعة بسكرة ، الجزائر ، 2013/2012.
  - 5- ثياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، 2013.
  - 6- كريمة علة ، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام ، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق -1- ، جامعة الجزائر ، 2013/2012.
- ب- مذكرات الماجستير :**
- 1- شريف السمية ، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير / فرع قانون المنازعات الإدارية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، 2016
  - 2- طالب بن دياب إكرام ، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعمق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2017.
  - 3- غني أمينة ، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2014/2013.

### ثالثا : المقالات والمدخلات والمحاضرات

#### أ-المقالات :

- 1- الكاهنة زاوي ، إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مجلة التشريع والاقتصاد ، الصادرة عن كلية الشريعة والاقتصاد ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، العدد 12 ، 2017.
- 2- بوزيد بن محمود ، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراخي بعد الاستشارة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، الصادرة عن معهد الحقوق والعلوم السياسية ، تامنغست ، الجزائر ، المجلد 7 ، العدد 6 ، 2018.
- 3- براهيم فضيلة ، تأثير مبدأ المنافسة على التعاقدية للشخص المعنوي العام ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة بجاية ، الجزائر ، المجلد 16 ، العدد 2 ، 2017.
- 4- خلدون عيشة ، قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، الصادرة عن جامعة الجلفة ، الجزائر ، العدد 6 ، 2016.
- 5- خالد شريفة ، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية ، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تبسة ، الجزائر ، المجلد 9 ، العدد 15 .
- 6- رفاه كريم كريل ، المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة على أساس الخطأ ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، العدد 3 ، 2015.
- 7- زمال صالح ، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، حوليات جامعة

- الجزائر -1- ، دورية أكاديمية تصدر عن جامعة الجزائر ، الجزء1، العدد 32 ، 2018.
- 8- زمال صالح بن علي ، أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري ، مجلة القانون ، المجتمع والسلطة، الصادرة عن مخبر القانون ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 1 ، 2012.
- 9- سردو محمود ، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر ، مجلة الدراسات القانونية ، الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة ، جامعة المدية ، الجزائر ، المجلد 3، العدد 2 ، 2015.
- 10- عنان جمال الدين ، جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، المجلد 1، العدد 7 ، 2018.
- 11- عبود ميلود وتيقاوي العربي ، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 : المفهوم ، المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها ، مجلة اقتصاديات المال والأعمال ، الصادرة عن معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف ، ميلة ، الجزائر ، المجلد 2 ، العدد 2 ، 2018.
- 12- غنية عباس ، الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ الشفافية ، مجلة العلوم الإنسانية ، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، الجزائر ، المجلد أ ، العدد 49 ، 2018.
- 13- فاطمة عاشور ، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانا لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية ، مجلة الدراسات القانونية ، الصادرة عن مخبر العولمة ، جامعة المدية ، الجزائر ، المجلد 4 ، العدد 1 ، 2018.



- 14- قاصدي فايزة ، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية ، مجلة المعيار، الصادرة عن المركز الجامعي أحمد يحيى الونشريسي ، تيسمسيلت ، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 1، 2015.
- 15- نوال بوهالي ، التسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة ، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 2، 2011.
- 16- نبيلة رزاقى ، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة ، العدد 1 ، 2015.
- 17- وفاء شيعاوي ، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ، مجلة العلوم الإنسانية ، الصادرة عن جامعة بسكرة ، الجزائر ، العدد 40 ، 2015.
- 18- ياسين حجاب ، ومبروكة محزر ، الإطار القانوني لتفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري ، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، العدد 2 ، 2016.

### ب- المداخلات :

- 1- عباس زواوي ، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 ، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة المسيلة ، الجزائر ، بتاريخ 24 فيفري 2016.
- 2- لعور بدر ، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق

بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، الذي  
نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة المسيلة ،  
الجزائر ، بتاريخ 24 فيفري 2016.

### ج : المحاضرات :

1- سليمان فريدة ، دعوى الإلغاء ، المدرسة العليا للقضاء ،  
محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة ، الدفعة الواحدة  
والعشرون للسنة الثانية 2011/2012 ، مادة المنازعات  
الإدارية ، الفوج 11+14 (ب).

### رابعا : النصوص القانونية

#### أ- الدستور :

1- الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-  
438 في 9 ديسمبر 1996 ، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق  
عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج ر عدد 76 ، بتاريخ 8  
ديسمبر 1996 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 ، مؤرخ في 10  
أفريل 2002 ، ج ر عدد 25 ، بتاريخ 14 أفريل 2002 ، معدل  
ومتتم بالقانون رقم بالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008  
، ج ر عدد 63 بتاريخ 16 نوفمبر 2008 ، معدل ومتمم بالقانون  
01-16 مؤرخ في 6 مارس 2016 ، ج ر عدد 16 بتاريخ 7 مارس  
2016 ، يتضمن التعديل الدستوري.

#### ب- القوانين العادية :

1- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير  
سنة 2006 ، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، ج ر عدد 14 بتاريخ  
8 مارس 2006.

- 2- قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 5 أوت 2000 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ، ج ر عدد 48 ، الصادرة بتاريخ 6 غشت 2000.
- 3- القانون رقم 01-02 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 ، الموافق 5 فبراير سنة 2002 ، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ، ج ر عدد 8 بتاريخ 6 فبراير 2002 .
- 4- القانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 جوان 2011 ، يتعلق بالبلدية ، ج ر عدد 37 ، الصادرة في 3 جويلية 2011 .
- 5- القانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فيفري 2012 ، يتعلق بالولاية ، ج ر عدد 12 ، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.
- 6- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 ، الصادرة في 23 أبريل 2008.
- 7- الأمر رقم 05-05 مؤرخ في 8 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 25 يوليو سنة 2005 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2005 ، ج ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الثانية 1426 ، الموافق 26 يولية سنة 2005.

ج- النصوص التنظيمية :

1- المراسيم الرئاسية :

- 1- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 17 أكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات ، ج ر عدد 58 بتاريخ 7 أكتوبر 2010 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-98 ، مؤرخ في 1 مارس 2011 ، ج ر عدد 14 ، بتاريخ 6 مارس 2011 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي 11-222 ، مؤرخ في 16 جوان 2011 ، ج ر عدد 34 بتاريخ 19 جوان 2011 ، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 23-12 مؤرخ في 18 جانفي 2012 ، ج ر عدد 4 بتاريخ 26 جانفي 2012 ،

- معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 جانفي ، ج ر عدد 2 ، بتاريخ 13 جانفي.(ملغى).
- 2 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 18 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ر عدد 50 ، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- 2-المراسيم التنفيذية :**
- 1- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 غشت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام ، ج ر عدد 48 الصادرة بتاريخ 5 غشت 2018.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 91-419 المؤرخ في 2 نوفمبر 1991 ، يتعلق بالتنازل عن المنشآت الرياضية ، ج ر عدد 54 ، الصادرة بتاريخ 3 نوفمبر 1991.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 08-144 المؤرخ في 9 أبريل 2008 يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ، ج ر ، عدد 20 الصادرة في 13 أبريل 2008.
- باللغة الفرنسية:**
- 1- Catherine Bergeal et Frédéric Lenca, le contentieux des marchés publics, 20ème édition, Edition de moniteur , Paris , 2010.
- 2- Florian Lunditch, un an de droit pénal des marchés publics, chronique contrats et marchés publics, revue mensuelle lexisnescis , jurisclasseur , Octobre , 2009.
- 3- François licher, mémentos droit des contrats publics, édition DALLOZ, 2005.

- Jean – Claude Zarka , l’essentiel du droit public , -4  
Gulaire l’extenso , éditions , 2ème édition , 2015
- Marion Ubu, Bourgeon, droit de contrats -5  
administratifs, lexis, Paris , 2015.
- Mohamed Koured , la notion de délégation et son -6  
originalité dans la législation sportive algérienne ,  
mémoire de magister , faculté de droit , université  
dAlger.
- M. Waline , traité de droit administratif – tome 13 -7  
édition , Paris , 1963.
- Lucienne Erstein , régularisation rétroactive d’un -8  
acte détachable annulé , revu la semaine  
juridique n°25 , 2011.
- André de L’Abdère , traite des contrats -9  
administratifs – tom 11 , L.G.D.S , 1984.

مواقع الأنترنت

- 1 [www.option?php-index/home/com.agouniversity](http://www.option?php-index/home/com.agouniversity).
- 2 [070909.blogs.pct.com/2013/04/blog.post.16.html](http://070909.blogs.pct.com/2013/04/blog.post.16.html).

الفهرس

## الفهرس

### المحتويات

### كلمة شكر

### إهداءات

### قائمة المختصرات

أ ..... مقدمة

### الفصل الأول: مسؤولية الإدارة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية

02 ..... المبحث الأول : تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية.

02 ..... المطلب الأول : مبادئ إبرام العقود الإدارية.

03 ..... الفرع الأول : المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الصففة العمومية.

13 ..... الفرع الثاني : مبادئ إبرام عقود تفويضات المرفق العام.

21 ..... المطلب الثاني : طرق إبرام العقود

الإدارية.....

21 ..... الفرع الأول : طرق إبرام الصفقات العمومية.

31 ..... الفرع الثاني : طرق إبرام تفويضات المرفق العام .

37 ..... المبحث الثاني: دور القضاء في الرقابة على منازعات إبرام العقود الادارية.

37 ..... المطلب الأول : رقابة القاضي الإداري على إجراءات إبرام العقود الإدارية.....

38 ..... الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

عن العملية التعاقدية.....

53 ..... الفرع الثاني : رقابة القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد.....

55 ..... المطلب الثاني : رقابة القاضي الجزائي على إبرام العقود الإدارية.....

56 ..... الفرع الأول : الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية .....

- 63 ..... الفرع الثاني : جريمة الرشوة في العقود الإدارية.....
- 70 ..... الفرع الثالث : تعارض المصالح وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات  
العمومية.....

### الفصل الثاني : مسؤولية الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقود الإدارية

- 83 ..... المبحث الأول :مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على أساس الخطأ.....
- 84 ..... المطلب الأول : عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها التعاقدية.....
- 84 ..... الفرع الأول : إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية.....
- 94 ..... الفرع الثاني : عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية .....
- 100 ..... المطلب الثاني : تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها.....
- 101 ..... الفرع الأول : إهمال الإدارة في سلطة الإشراف والرقابة.....
- 104 ..... الفرع الثاني: تعسف الإدارة في استخدام سلطتها في التعديل.....
- 109 ..... الفرع الثالث : الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات.....
- 113 ..... الفرع الرابع : الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد.....
- 116 ..... المبحث الثاني :مسؤولية الإدارة التعاقدية بدون خطأ.....
- 117 ..... المطلب الأول : التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.....
- 118 ..... الفرع الأول : التطبيقات العملية للإثراء بلا سبب.....
- 120 ..... الفرع الثاني: دور نظرية الإثراء بلا سبب في الحد من الآثار الرجعية  
المرتتبة عن بطلان  
العقد.....
- 122 ..... المطلب الثاني : مسؤولية الإدارة في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد.....
- 123 ..... الفرع الأول: نظرية عمل الأمير.....
- 128 ..... الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة.....



132 ..... الفرع الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

138 ..... خاتمة

قائمة المصادر والمراجع

الفهرس