جامعة ابن خلدون تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية

موجهة لطلبة السنة الأولى ماسترقانون إداري

من إعداد الدكتور

شاشوا نورالدين

2022/2023

تمهيد:

تتجلى الوظيفة الإدارية للدولة المعاصرة في مظهرين أساسيين هما سلطة الضبط الإداري بقصد الحفاظ على النظام العام ببعديه الكلاسيكي و الحديث، و يتمثل الأول في الأمن العام و الصحة العامة و السكينة العامة، وبمفهومه الحديث والمتمثل في النظام العام الجمالي (الرونق و الرواء) والآداب العامة والنظام العام الإقتصادي ..الخ، أما المظهر الثاني للنشاط الإداري فهو المرافق العامة التي تهدف لإشباع الحاجات العامة عن طريق تقديم الخدمات العامة، ولكي تنهض السلطة الإدارية بهذه المهام لابد من وسائل مادية و أخرى قانونية.

الوسائل المادية للإدارة: قد تكون الأعمال المادية للإدارة إرادية تقوم بها من أجل تحقيق مصلحة عامة كشق طريق أو إزالة بناية آيلة للسقوط تشكل خطرا على الأفراد، وقد تكون غير إرادية ناتجة عن الأخطاء التي تقع من الإدارة دون قصد كالأضرار التي تتسبب فيها المركبات التابعة للإدارة للغير.

الأعمال القانونية: و هي التصرفات التي تصدرها الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني و هي نوعان، يتمثل النوع الأول في الأعمال التي تصدرها الإدارة بصفتها شخصا معنويا عاديا يخضع لأحكام القانون الخاص، أما النوع الثاني فيتمثل في الأعمال التي تصدرها الإدارة بوصفها سلطة عامة و تطبق عليها قواعد القانون العام ويؤول الاختصاص في نظر المنازعات التي تقوم بسببها إلى القضاء الإداري،[1] و تنقسم الأعمال التي تصدرها الإدارة بصفتها سلطة عامة الى أعمال تصدرها بإرادة منفردة

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، نصر، 2017، ص: 173.

و تتمثل في القرارات الإدارية (موضوع الدراسة)، و أعمال تصدرها الإدارة بتوافق إرادتها مع إرادة اخرى و هي العقود الإدارية.

المبحث الأول

مفهوم القرار الإداري

يعد القرار الإداري أجلى مظهر لممارسة الإدارة سلطتها العامة وهو أهم وسائل الإدارة القانونية وأكثرها شيوعا وفاعلية، وسوف نحدد مفهومه من خلال تعريفه وخصائصه وأنواعه.

المطلب الأول

تعريف القرار الإداري

لم يحدد المشرع تعريفا للقرار الإداري لصعوبة إيجاد تعريف جامع له وأعرب عن ذلك الفقيه دي لوبادير وجانب مهم من الفقه الفرنسي، وذلك لم يمنع الفقه و القضاء الذي اجتهد لإيجاد تعريف له، فقد عرفه العميد "هوريو" بأنه « إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد في صورة تنفيذية أو تؤدي إلى التنفيذ المباشر»، غير أن هذا التعريف كان محلا للنقد، فهو من جهة لم يبين ان القرار الإداري يتخذ بصفة انفرادية من السلطة الإدارية، و من جهة أخرى حصر القرارات الإدارية في تلك الصادرة من الإدارة للأفراد و بذلك أهمل تلك الموجهة للإدارات العمومية.

وعلى الصعيد العربي عرفه الدكتور فؤاد مهنا بأنه " عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثارا قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو إلغاء أو تعديل وضع قانوني قائم" ، وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه " إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"[1] و لقد استقر الفقه الى تعريف شائع للقرار الإداري يرى بأنه «العمل القانوني الصادر بإرادة منفردة من سلطة إدارية مختصة من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقا لمصلحة عامة».[2]

المطلب الثاني

خصائص القرار الإداري

أولا: القرار الإداري تصرف قانوني: لأنه وكما بينا سابقا تنقسم أعمال الإدارة إلى أعمال قانونية وأخرى مادية، والقرار الإداري ينتمي إلى طائفة الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة الإدارية بقانون أو بناء على نص قانوني.

أما الأعمال المادية فقد تكون تنفيذا لنص قانوني كما قد تكون صادرة بصفة لا إرادية.

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص: 13.

[2] - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص: 8.

ثانيا: القرار الإداري صادر عن سلطة إدارية مختصة: يجب أن تكون الجهة مصدرة القرار الإداري سلطة إدارية مركزية أو غير مركزية أو هيئة عمومية أو أي تنظيم قائم في إطار السلطة التنفيذية، وبذلك تستبعد أعمال السلطتين التشريعية والقضائية وأعمال التنظيمات الخاصة إلا في حالة نص القانون عل خلاف ذلك.[1]

التمييز بين القرار الإداري والعمل التشريعي:

من حيث الجهة مصدرة القرار: لا يصدر العمل التشريعي إلا عن السلطة التشريعية المحددة دستورا وهي البرلمان بغرفتيه، بينما يصدر القرار الإداري من طرف السلطات الإدارية مركزية كانت أم محلية.[2]

من حيث القوة القانونية: يحتل النص التشريعي مرتبة أسمى من القرار الإداري سواء كان تنظيميا أو فرديا.[3]

من حيث الرقابة: يخضع النص التشريعي للرقابة السياسية التي يمارسها عليه المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية عبر آليات محددة دستورا، في حين يخضع القرار الإداري للرقابة القضائية.

من حيث إجراءات الصدور: يمر النص التشريعي بعدة مراحل قبل صدوره من إيداع المشروع أو اقتراح القانون إلى مناقشة أمام غرفتي البرلمان ثم صدوره مما يجعل

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 12.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 175.

[3] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 25.

من العملية التشريعية عملية بطيئة و طويلة، بينما القرار الإداري لا يتطلب سوى إصدار من طرف الإدارة ليكون نافذا.

التمييز بين القرار الإداري و العمل القضائي:

من حيث الجهة المصدرة: تصدر القرارات الإدارية عن السلطة التنفيذية بينما تصدر الأعمال القضائية عن السلطة القضائية.

من حيث الرقابة: تخضع الأعمال القضائية لرقابة ذاتية يتولاها جهات قضائية من الدرجة الأعلى، بينما يخضع القرار الإداري لرقابة ذاتية تتمثل في التظلمات (الولائية، الرئاسية) إضافة إلى الرقابة القضائية.[1]

من حيث إجراءات الصدور: الأصل أن الإدارة غير ملزمة بإصدار قراراتها بإجراءات خاصة إلا إذا ألزمها المشرع بذلك في حالات معينة، بينما لصدور العمل القضائي هناك إجراءات محددة من قبل المشرع تأخذ في الغالب مدة زمنية طويلة.

و مع ذلك فإن بعض الأعمال الصادرة عن الهيئتين التشريعية و القضائية تعد قرارات إدارية إذا كانت بعيدة عن العملية التشريعية أو فض النزاعات بين الخصوم،[2] كالقرارات المتعلقة بشؤون الموظفين في المجلس الشعبي الوطني أو المحكمة العليا.

أعمال الهيئات التنظيمات الخاصة: و تتمثل هذه الهيئات و التنظيمات الخاصة في المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات التجارية و المدنية و الجمعيات و

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 38.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 183.

النقابات و التنظيمات المهنية و لا تعد أعمالها قرارات إدارية إلا بموجب نصوص خاصة، و من قبيل ذلك ما جاءت به المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بمجلس الدولة حيث جعلت القرارات الصادرة عن المنظمات المهنية الوطنية كمنظمة المحامين و الغرفة الوطنية للمحضرين و التنظيم المهني للمهندسين المعماريين ...إلخ. كلها قرارات إدارية ينعقد الاختصاص في نظر طعون الإلغاء الموجهة ضدها لمجلس الدولة.

كما تخرج من دائرة القرارات الإدارية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري (القرارات الدستورية) كما جاء في قرار مجلس الدولة رقم 002871 مؤرخ في 2001.11.12 حيث اعتبر أن قرارات المجلس الدستوري لا تخضع نظرا لطبيعتها لرقابة مجلس الدولة.

ثالثا: القرار الإداري صادر بالإرادة المنفردة للإدارة: وتميز هذه الخاصية القرار الإداري عن العقد الإداري حيث أن هذه الأخيرة تفترض وجود إدارتين متقابلتين تتفقان على إحداث أثر قانوني، غير أنه يجب في هذا الصدد التمييز بين العقد الإداري والأعمال الإدارية المنفصلة les actes détachable الممهدة للعملية التعاقدية كقرار اعتماد الصفقة أو تشكيل لجنة الصفقات.

ولا يغير من طبيعة القرار الإداري تصرف الإدارة بناء على طلب أحد الأشخاص أو تفاوضها معه.

رابعا: القرار الإداري يهدف إلى إحداث أثر قانوني: ويكون هذا الأثر القانوني في شكل إحداث مركز قانوني جديد كقرار تعيين شخص في وظيفة معينة، أو تعديل

المركز القانوني كترقية الموظف إلى وظيفة أعلى، أو إلغاء مركز قانوني كقرار فصل موظف من وظيفته.

و بذلك يخرج من دائرة القرارات الإدارية كل الأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية والتي لا تتمتع بالطابع التنفيذي النهائي كالأعمال التحضيرية للقرار الإداري مثل الآراء و الاستشارات كما أخرج مجلس الدولة الفرنسي من دائرة القرارات الإدارية الردود على الاستفسارات من الأفراد أو من المؤسسات العمومية الاخرى.

وأيضا لا يعد من ضمن القرارات الإدارية التعليمات و المناشير و الأنظمة الداخلية للإدارات و هذا لأنها لا تحدث اثرا قانونيا مباشرا.

المطلب الثالث

أنواع القرارات الإدارية

يمكن تقسيم القرارات الإدارية إلى عدة أصناف بحسب المعيار المعتمد في التقسيم

أولا: من حيث التكوين: تنقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى قرارات بسيطة وأخرى مركبة.

القرارات البسيطة: وهي القرارات التي تصدر بصفة مستقلة ولا ترتبط بأي عمل قانوني آخر أو تدخل في تكوينه، كقرار منح ترخيص أو توقيع عقوبة تأديبية على موظف.[1]

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 63.

القرارات المركبة: وهي القرارات التي يدخل في تكوينها عمل قانوني آخر ومن أمثلتها قرار نزع الملكية للمنفعة العامة أو قرار الوالي بالمصادقة على اتفاقية استغلال مرفق عام عن طريق الامتياز.

أهمية التقسيم: يمكن الطعن بالإلغاء بصفة مستقلة في الأعمال القانونية المكونة للقرار الإداري المركب مما قد ينعكس على مشروعيته إذا كانت تقبل الفصل عن القرار الإداري المركب.

ثانيا: من حيث أثرها على المراكز القانونية: وهي بدورها قسمان:

القرارات المنشأة: وهي القرارات التي تنشئ أو تعدل أو تلغي مراكز قانونية.

القرارات الكاشفة: وهي قرارات تؤكد وتقر مراكز قانونية قائمة وموجودة فعلا ولا تنشئ مركزا قانونيا جديدا، ومثال ذلك القرار بتسوية الوضعية المالية لموظف عمومي مستحقة بتاريخ سابق عن تاريخ صدور القرار الإداري بالتسوية.[1]

أهمية التقسيم: وتظهر اهمية التقسيم في تحديد تاريخ بدأ سريان القرار الإداري فالقرار المنشأ لا يسري إلا من تاريخ نشره أو تبليغه، بينما القرار الكاشف فيسري بأثر رجعي يبدأ من تاريخ نشأة المركز القانوني الذي كشف عنه.[2]

ثالثا: من حيث الطرف المخاطب بها: القرارات الإدارية حسب هذا التقسيم نوعان:

القرارات فردية: وهي القرارات الصادرة في حق شخص محدد بذاته ومثاله قرار ترقية موظف أو تحويله ...الخ ويبقى القرار فرديا حتى لو خاطب مجموعة أشخاص

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 64.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 462.

بشرط أن يحددهم بذواتهم، كالإعلان عن منح رخصة تسمح باستغلال ملكية عامة لمجموعة أشخاص، أو مرسوما رئاسيا تتضمن منح مجموعة أشخاص الجنسية الجزائرية.[1]

القرارات التنظيمية: وهي القرارات المصاغة في شكل لوائح عامة ومجردة تشبه من الناحية الموضوعية القوانين ولا تستهدف شخصا أو أشخاصا بذواتهم بل تخاطبهم بصفاتهم وتضمن القرار الإداري شروطا عامة ضرورية لنفاذ القرار التنظيمي،[2] و مثال ذلك المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس سنة 2020 المتضمن تعزيز نظام الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته.

أهمية التقسيم: لا يطبق القرار الفردي إلا مرة واحدة على الشخص المحدد بذاته بينما القرار التنظيمي قابل للتطبيق أكثر من مرة واحدة وذلك كل ما توافرت الشروط المطلوبة، وأيضا لا يعد القرار الإداري الفردي ساري النفاذ إلا إذا تم تبليغه إلى المعني به بينما يعد القرار التنظيمي ساريا بمجرد نشره، كما أن القرار التنظيمي أو اللائحة يعد أقوى من حيث القوة القانونية من القرار الفردي.[3]

وتأخذ القرارات التنظيمية (اللوائح) عدة أشكال:

اللوائح التنفيذية: وهي اللوائح التي تهدف إلى تنفيذ القوانين، ذلك ان التشريعات في العديد من الحالات تأتي بنصوص عامة وتحيل إجراءات و آليات التنفيذ إلى اللوائح عن طريق المراسيم التنفيذية الصادرة عن الوزير الأول حيث تنص المادة

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 34.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 465.

[3] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 34.

143 من الدستور على أن يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول ، و أيضا المادة 85 التي تخول لرئيس الحكومة السهر على تنفيذ القوانين و التنظيمات.

اللوائح التنظيمية: ويصدرها رئيس الجمهورية في شكل مراسيم رئاسية استنادا إلى السلطة التنظيمية الممنوحة له بموجب المادة 141 فقرة 01 من الدستور "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون"

لوائح الضبط: وهي لوائح تهدف إلى الحفاظ على النظام العام من خلال تقييد الحريات سواء كانت صادرة عن السلطات المركزية أو السلطات المحلية كالوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

لوائح الضرورة: وهي اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية والرامية إلى مواجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلد والمنصوص عليها في المادة 97 وما بعدها من الدستور.

اللوائح التفويضية: وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في مجالات ومواضيع هي في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية ويفترض أن تنظم بقانون إلا أنها فوضت السلطة التنفيذية لتنفذها بلوائح،[1] وهذه الفئة من اللوائح لم ينص عليها الدستور الجزائري.

المبحث الثاني: أركان القرار الإداري

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 517.

باعتبار القرار الإداري تصرفا قانونيا فإنه يستلزم مجموعة من الأركان حتى يكون صحيحا منتجا لآثاره القانونية، وهي خمسة أركان، الاختصاص، الشكل والإجراءات، المحل، السبب، الغاية أو الهدف، وتمثل شروط صحة القرار من حيث المشروعية ويمكن تقسيمها إلى أركان شكلية وأخرى موضوعية.

المطلب الأول: الأركان الشكلية للقرار الإداري

وهي الاختصاص، والشكل والإجراءات

أولا: الاختصاص: وهو الصفة القانونية لشخص أو هيئة إدارية للقيام بأعمال قانونية محددة ويعد ركن الاختصاص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وفي حالة حدوث نزاع يمكن للقاضي اثارته في كامل مراحل الدعوة دون طلب من الخصوم.[1]

ويمكن أن تحدد الاختصاصات عن طريق الدستور كما هو الحال بالنسبة لاختصاص رئيس الجمهورية حيث نصت المادة 92 من الدستور على اختصاصه بالتعيين في مناصب معينة كما نصت المادة 141 على اختصاصه بممارسة السلطة التنظيمية في المواضيع غير المخصصة في القانون، وكذلك نصت م 2/141 على اختصاص الوزير الأول بتطبيق القوانين.[2]

وقد يتم توزيع الاختصاص عن طريق القانون (العمل التشريعي) كالقانون العضوي 01.98 المؤرخ في 28 ماي 1998 المتعلق بمجلس الدولة والذي يحدد اختصاص

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 49.

[2] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 92.

رئيس مجلس الدولة، أو القانون 28.90 المؤرخ في 1990.12.01 المتعلق بالتهيئة والتعمير والذي يحدد اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي الوزير في مجال التعمير، وقد يتم توزيع الاختصاص عن طريق التنظيم سواء بمرسوم رئاسي أو مرسوم تنفيذي أو قرار وزاري.

أشكال الاختصاص: يتم توزيع الاختصاص إما بالنظر إلى العنصر الشخصي أو الموضوعي أو الزماني أو المكاني.

01- **الاختصاص الشخصي:** ويقصد به تحديد الشخص أو الجهة الإدارية المخولة بإصدار القرار دون غيرها كقرار نزع الملكية للمنفعة العامة الذي يختص به الوالي.

والأصل أن يباشر الشخص المحدد اختصاصه بنفسه غير أن هاته القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات.[1]

أ- **نظرية الموظف الفعلي:** و هو الشخص الذي يمارس وظيفة إدارية دون أ يكون له قرار تعيين أو كان قرار تعيينه باطلا، و تعتبر التصرفات التي يقوم بها سليمة و منتجة لآثارها القانونية و تقوم نظرية الموظف الفعلي على أساسين:

- **نظرية الظاهر:** أي مادام ظاهر حال الشخص يوهم بكونه موظفا حقيقيا وابتكر القضاء نظرية الموظف الفعلي حماية لمصلحة الافراد حسني النية، هذا في الظروف العادية.[2]

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 60.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 342.

- **الضرورة** : من اجل ضمان سير المرفق العام بانتظام و اضطراد قد تضطر الإدارة إلى تسويغ تصرفات الموظف الفعلي واعتبارها مشروعة إذا واجهت الإدارة ظروف استثنائية حالت دون قيام الموظفين باختصاصاتهم مما قد يؤدي إلى انقطاع أو تذبذب في تقديم الخدمة العمومية، ففي هذه الحالة تدخل القضاء وأجاز تصرفات الأشخاص خارج نطاق الوظيفية واعتبرها مشروعية إذا كانت ضرورية لسير المرفق العام باستمرار.[1]

ب- **التفويض الإداري:** وهو نقل الرئيس بعضا من اختصاصاته لمرؤوسيه يمارسونها دون العودة إليه، على أن يتحمل الأصيل المسؤولية عن الاختصاصات المفوضة ولصحة التفويض يجب أن يجيز القانون صراحة ذلك فلا تفويض إلا بنص، ويجب أيضا أن يستند التفويض إلى قرار إداري صريح يحدد الاختصاصات المفوضة، ويكون التفويض غير مشروع إذا وجد نص قانوني يمنعه مثل المادة 93 من الدستور التي تمنع رئيس الجمهورية من تفويض اختصاصه بتعيين الوزير الأول أو رئيس الحكومة أو حق اللجوء إلى الاستفتاء .... الخ.

[1] - وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في الظروف الاستثنائية في عدة مناسبات، منها حكمه الصادر في 5 مارس سنة 1948 في قضية ماريون (Marion) والتي تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الأشخاص قاموا بتكوين لجنة لرعاية مصالح أحد الأقاليم، على إثر تعرض هذا الإقليم للغزو من قبل الجيش الألماني، والذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفا من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال، وقامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين، وعلى إثر ذلك قام المذكور أعلاه وآخرون بالطعن بهذه القرارات الصادرة عن هذه اللجنة، مستندين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني، وكان رد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الدعوى برفض هذا الطعن المقدم إليه رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية، وذلك استنادا إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن هذا الغزو لهذا الإقليم من شأنها إضفاء طابع الضرورة والاستعجال على التصرفات التي قامت بها هذه اللجنة، مما يستتبع اعتبار هذه القرارات صحيحة وسليمة وقانونية وكأنها صادرة عن سلطة إدارية.

ويجب أن يكون التفويض جزئيا فلا يجوز أن يفوض الرئيس كامل اختصاصاته لأحد مرؤوسيه.

ولا يجوز تفويض الإختصاص إذا كان مفوضا أي لا يجوز تفويض التفويض والتفويض نوعان:

- **تفويض اختصاص (سلطة):** والمقصود به تحويل جزء من اختصاصات شخص أو سلطة إدارية إلى شخصين أو سلطة أخرى
- **تفويض التوقيع:** وهو تخويل المفوض إليه التوقيع على قرارات مكان الأصيل وباسمه.
- **أثر التمييز بين تفويض الإختصاص وتفويض التوقيع:**

في تفويض الاختصاص يمنع الأصيل من ممارسة الاختصاصات التي نقلها الى المفوض إليه حتى تنتهي مدة التفويض بعكس تفويض التوقيع حيث يمكن للأصيل ممارسة اختصاصه المفوض.

يقوم تفويض التوقيع على الاعتبار الشخصي بصفة أساسية بينما تفويض السلطة فلا اعتبار لشخص المفوض إليه، وعلى هذا الأساس يمكن أن ينتهي تفويض التوقيع إذا مات المفوض إليه أو استقال ولا ينقضي تفويض الاختصاص لهذا السبب.

في تفويض السلطة يكتسب القرار قوة مصدره في السلم الإداري أي المفوض إليه، بينما يعد في نفس مرتبة المفوض في تفويض التوقيع.

ج- الحلول: وهو أسلوب إداري استثنائي تحل بموجبه السلطة الإدارية الأعلى محل السلطة الإدارية الدنيا القيام بمهام هي في الأصل من اختصاص الأخيرة وهو نوعان:

النوع الأول: حلول الرئيس محل المرؤوس. ويكون في حالة إهمال المرؤوس للمهام المناطة به أو تقاعسه عنها فيمكن للرئيس أن يتولاها عن طريق آلية الحلول ولكن بشرطين

الشرط الأول: تنبيه المرؤوس الى إهماله وإصدار الأمر له باستدراكه

الشرط الثاني: إصرار المرؤوس على عدم التنفيذ

النوع الثاني: حلول السلطة الوصية محل السلطة الموصى عليها: يختص هذا النوع بالأنظمة اللامركزية، ونظرا لخطورة هذا الإجراء وتهديده لاستقلال الهيئات اللامركزية فقد ضبط بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون العمل الذي تقاعست عنه السلطة المحلية ضروريا كتقييد النفقات الإلزامية.

الشرط الثاني: تنبيه وإعذرا السلطة المحلية وإصرارها على عدم القيام بهذا الاختصاص.

د-**الإنابة** : و هي آلية تستعملها الإدارة في حالة شغور منصب معين لعارض مادي أو قانوني ، فتقوم بتعيين من ينوب عن صاحب المنصب الشاغر و لا تكون إلا بنص، وذلك من أجل ضمان استمرارية السير الحسن للإدارة.

و الفرق بين الإنابة و الحلول أن هذا الأخير يكون يكون حالة امتناع صاحب الإختصاص عن القيام به عن قصد بينما تكون الإنابة في حالة وجود عارض كمرض أو سفر أو مهمة ..الخ ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن النص الذي يأذن بالنيابة لا يحدد عادة الشخص الذي ينوب، على عكس الحلول الذي في الغالب يحدد النص القانوني من يحل مكان الأصيل.

02- **الإختصاص الموضوعي:** و يقصد به تحديد الأعمال و التصرفات القانونية التي يجوز للشخص أو السلطة الإدارية مباشرتها،[1] و بهذا يمكن لكل شخص أو سلطة إدارية معرفة اختصاصاتها التي لا يحق لها تجاوزها، ومثال ذلك المادتين 84-91 من الدستور اللتان حددتا الإختصاص الموضوعي لرئيس الجمهورية.

03- **الإختصاص الزماني:** وهو النطاق الزمني الذي يكتسب فيه رجل الإدارة الصفة التي تؤهله للقيام بالتصرفات القانونية، فالموظف لا يمكنه القيام بتصرفات قانونية قبل تعيينه كما لا يمكنه القيام بها بعد انتهاء فترة خدمته إما بالاستقالة أو التقاعد ..الخ.

كما تعتبر مداولات المجلس الشعبي البلد أو الولائي التي تجري خارج الدورات العادية والاستثنائية غير مشروعة لمخالفتها الاختصاص الزماني.[2]

04- **الاختصاص المكاني:** وهو النطاق الجغرافي الذي يجب ان يكون التصرف في حدوده، فالقرارات النى يصدرها والي ولاية معينة لتسيير ولاية مجاورة تعد

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 343.

[2] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 129.

غير مشروعة لمخالفتها الاختصاص المكاني وكذلك المداولات التي يعقدها المجلس الشعبي البلدي خارج دار البلدية تعد غير مشروعة لمخالفتها الاختصاص المكاني.[1]

ثانيا : الشكل و الإجراءات

الأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تصدر قراراتها وفق شكل محدد إلا في بعض الأحيان يشترط القانون أشكالا محددة تحت طائلة البطلان، وقد ينص القانون على ذلك صراحة كما قد يفهم ضمنيا كأن يشترك بتسبيب القرار.

*-**أهمية الشكل والإجراءات:** إن الهدف من إلزام الإدارة بإصدار قراراتها في قوالب معينة أو اتباع إجراءات محددة قبل إصدار القرار مرده إلى حماية المصلحة العامة من تسرع الإدارة وحث هذه الأخيرة على التروي ومراجعة تصرفاها بدقة.

كما أن ركن الشكل والإجراءات تمثل ضمانة للمصلحة الخاصة لأنه يسهل من عملية الرقابة على أعمال السلطات الإدارية وبذلك تحمي مصالح الأشخاص من تعسف الإدارة.

01- **الشكل:** ويقصد به المظهر الخارجي الذي يكون فيه القرار فقد ينص القانون على أن يكون القرار:

أ-مكتوب: وهو الشائع في القرارات لأنه يكرس الشفافية والوضوح ويسهل من عملية الإثبات.

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 70.

ب-التسبيب: إضافة إلى الكتابة قد يلزم النص القانوني الإدارة بتسبيب قراراتها وذلك لتسهيل رقابة [1]القضاء وفحص ركن السببية، والإدارة ليست ملزمة بتسبيب قراراتها حسب مجلس الدولة الفرنسي إلا إذا ألزمها نص قانوني بذبك، والملاحظ أن المشرع قد وسع مع مرور الزمن من دائرة القرارات التي يجب على القرارات التي يجب على الإدارة تسبيبها وإلا تعرضت قرارتها للإلغاء نظرا لغياب هذه الشكلية الجوهرية المتمثلة في التسبيب.[2]

ج-التوقيع : يشترط المشرع في الكثير من الحالات توقيع القرار الإداري من جهة معينة لإعطاء الوثائق الإدارية مصداقية و لتكون ذات قيمة عند استعمالها كوسيلة إثبات.

د-التحييث : حيث يلزم المشرع الإدارة بذكر حيثيات القرار كالنصوص القانونية المرجعية التي استندت عليها الإدارة في إصدار قراراتها كقرار تعيين موظف.[3]

02-الإجراءات: وهي التراتيب والتصرفات التي يتوجب على الإدارة اتباعها قبل إصدار قراراتها ولها عدة صور وأشكال:

أ-الاستشارة: وهي أن تلجأ الإدارة الى جهة أخرى لتأخذ رأيها قبل إصدار القرار وقد تكون اختيارية كما قد تكون إجبارية حسب نص القانون.

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 255.

[2] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 77.

[3] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 142.

وطلب الاستشارة لا يعني أن الإدارة مجبرة على الالتزام بما جاء فيها إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة وهنا نكون إمام رأي مطابق أما في حالة إعفاء القانون الإدارة من الإلتزام بمضمون الإستشارة فإن رأي الجهة المستشارة هو رأي بسيط.[1]

ب-الاقتراح : في بعض الحالات يتطلب القانون أن يكون القرار مبنيا على اقتراح جهة معينة و مثال ذلك اقتراح العقوبة المناسبة من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء على سلطة التأديب بالنسبة للعقوبات من الدرجة الثالثة والرابعة.

ج-احترام حقوق الدفاع: وبالأخص في مجال تأديب الموظف أين نجد العديد من النصوص المقررة لإجراءات واجبة الإتباع قبل اتخاذ قرار العقوبة تمكن الموظف من الدفاع عن نفسه كحق الاطلاع على الملف أو الاستعانة بمن يدافع عنه ...الخ،[2] وهذه أمثلة فقط و إلا فالإجراءات عديدة و متنوعة جدا.

أثر اختلال ركن الشكل و الإجراءات على القرار الإداري

لقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على التمييز بين الشكلية الجوهرية والشكلية الثانوية، ويرى الفقيه فيدال vedel على أن الشكلية تعد جوهرية إذا كانت مقررة لحماية حقوق الأفراد أو أن غيابها يؤدي الى تغير ماهية القرار أما الشكلية الثانوية فهي المقررة لمصلحة الإدارة.[3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 271.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 279.

[3] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 296.

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن إلغاء القرار الإداري بسبب عيب الشكل إلا إذا كانت الشكلية جوهرية.

المطلب الثاني: الأركان الموضوعية للقرار الإداري

أولا: ركن السبب: إن السلطة التنفيذية هي أكثر السلطات تهديدا لحقوق وحريات الأفراد، لذلك هي مقيدة بمجمعة ضوابط محددة دستورا وتشريعا وليست حرة في التصرف بل الأصل في حقها الإمتناع عن أي تصرف مادي أو قانوني حتى يتوافر سبب له وإلا عد عملها غير مشروع.

والسبب هو حالة مادية أو قانونية خارجية مستقلة عن رجل الإدارة توحي له بإمكانية التصرف أو بوجوبه في بعض الحالات المحددة قانونا التي تمليها الضرورة كهدم بناية آيلة للسقوط أو ترقية موظف عام.

01-صور السبب: يكون السبب إما في صورة واقعة مادية أو حالة قانونية.

أ-الواقعة المادية: قد تكون طبيعية كزلزال أو إعصار أو من عمل الإنسان كأعمال الشعب أو إشعال الحرائق فإذا توافرت هذه الأسباب وجب على الإدارة اتخاذ القرارات اللازمة للحفاظ على النظام العام ولو اضطرت في ذلك لاستخدام القوة.

ب-الحالة القانونية: وتكون في حالة توافر شروط معينة نص عليها القانون لتدخل الإدارة، ومثال ذلك أن يستوفي موظف عام شروط الترقية للرتبة الأعلى فالسبب في هذه الحالة هو توافر الشروط القانونية للترقية.[1]

ولا يعني وجود السبب بالصرورة وجوب تدخل الإدارة وإصدار القرار ففي الكثير من الحالات تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في ذلك، وقد شبه الدكتور محمد سليمان الطماوي ركن السبب بإشارة المرور "لا يمكن السير دون مراعاتها ولكن وجودها لا يستلزم ضرورة السير".[2]

غير أنه في الكثير من الحالات تكون سلطة الإدارة مقيدة حيث بنص القانون على شروط محددة إذا توافرت كان لزاما عليها أن تتصرف و إلا كان امتناعها مخالفا للقانون وبالأخص حين يتعلق الأمر بالمراكز الخاصة للأفراد.

2- شروط السبب:

أ-يجب أن يكون السبب قائما ومستمرا حتى لحظة اتخاذ القرار فإذا زال السبب قبل أن تتصرف الإدارة فلا يمكنها الاستناد عليه بعد ذلك، كالموظف الذي يسحب طلب الاستقالة قبل قبوله من السلطة المختصة.

ب-أن يكون السب مشروعا: فلا يمكن للإدارة الاستناد إلى سبب مخالف للقانون.

والعيب الملاصق لغياب ركن السبب أو اختلاله هو عيب مخالفة القانون أو الانحراف في استعمال السلطة التقديرية بحسب ما إذا كان الاختصاص مقيدا أو

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 153.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 199.

سلطة تقديرية، ففي الحالة الأولى يكون العيب هو مخالفة القانون لأن هذا الأخير كان محددا ودقيقا في وضع شروط تدخل الإدارة.

أما في حالة السلطة التقديرية فالعيب المصاحب لها هو الانحراف بالسلطة لأن الإدارة قد أساءت استعمال سلطتها التقديرية لذلك اعتبر القضاء أن من قرائن الإنحراف في استعمال السلطة هو قيام القرار على سبب غير معقول.

3- رقابة القضاء على ركن السبب:

الأصل أن رقابة القضاء على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية أي مدى مطابقة العمل للنص القانوني، ولا تمتد إلى رقابة الملائمة تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات، ولكن عندما يتعلق الأمر بركن السبب فإن الأمر يختلف، فقد تطورت رقابة المجلس الفرنسي لركن السبب من مجرد التأكد من وجود الواقعة المسببة للقرار ماديا إلى الرقابة على مدى ملائمة القرار الإداري للواقعة التي استند عليها.[1]

ثانيا: المحل: هو الأثر القانوني المباشر المترتب عن القرار الإداري والمحل هو فحوى وموضع القرار الإداري وينصب على إحداث أو إلغاء أو تعديل مركز قانوني عام أو ذاتي، ومثال ذلك قرار فصل موظف إداري محله هو **قطع العلاقة بينه وبين الجهة المستخدمة** لأنه هو الأثر الفوري والمباشر للقرار الإداري.

1-شروط المحل: يجب أن يكون محل القرار الإداري ممكنا ومشروعا:

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 220.

أ-أن يكون ممكنا: سواءا من الناحية القانونية أو الواقعية فإذا استحال ذلك كان القرار منعدما ومثال الاستحالة الواقعية صدور قارا هدم بناية آيلة للسقوط ثم يتبين بعد ذلك أن البناية سقطت فعلا فهنا يستحيل تحقيق محل القرار الذي هو هدم المنزل، أما الإستحالة القانونية فمثالها أن يصدر قرار بإعطاء المنحة لطالب معين ثم يظهر أن هذا الطالب غير مسجل أصلا في الجامعة فهنا يستحيل تنفيذ القرار لانعدام المركز القانوني الذي يمكن أن يرد عليه.[1]

ب-أن يكون المحل مشروعا: والمقصود به عدم مخالفة الأثر القانوني الذي تبتغي الإدارة إحداثه لأي نص قانوني أسمى أو أي مصدر آخر من مصادر المشروعية.

ثالثا: الغاية (الغرض، الباعث): وهي النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها من وراء إصدار القرار والأصل أن الإدارة يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة من وراء كل نشاطاتها، بل لا يمكن تبرير الامتيازات والسلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة إلا بفكرة المصلحة العامة.

إلا أن فكرة المصلحة العامة واسعة وفضفاضة تتيح للإدارة هامشا واسعا للتعسف في استعمال سلطتها مما يشكل خطرا على الحقوق والحريات الفردية.

لذا فإن المشرع كثيرا ما يحدد صراحة أو ضمنا هدفا خاصا يجب على الإدارة استهدافه من وراء قراراتها وهذا ما يعرف بـ**قاعدة تخصيص الأهداف**، وفي هذه الحالة لا يكفي أن تستهدف القرار المصلحة العامة بل يجب أن تركز على الهدف المحدد وإلا اعتبر عملها غير مشروع ومعيبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 82.

حتى ولو كان هدفه المصلحة العامة، ومثال ذلك نقل موظف من إدارة إلى أخرى بقصد حرمانه من حركة ترقية مرتقبة ففي هذه الحالة بالرغم من أن الظاهر هو تحقيق المصلحة العامة فإن الغاية الحقيقية من قرار النقل هو حرمان الموظف من الترقية المرتقبة.

المبحث الثالث: نفاذ القرارات الإدارية وتنفيذها

يمر القرار الإداري بعدة مراحل بدءا من إعداده وإصداره ثم إعلام المخاطبين به وفي الأخير تنفيذه ونهايته.

المطلب الأول: نفاذ القرارات الإدارية:

يقصد بنفاذ القرارات الإدارية بداية إنتاجها لآثارها القانونية لذلك يعد تحديد تاريخ صدور القرار الإداري من الأهمية بمكان.

الفرع الأول: نفاذ القرارات الإدارية بالنسبة للجهة المصدرة

الأصل أن القرار الإداري يعد نافذا في حق الإدارة من تاريخ صدوره ويستطيع كل ذي مصلحة أن يواجه الإدارة من هذا التاريخ، غير أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب في بعض أحكامه إلى التمييز بين القرارات الإدارية الفردية، واعتد بتاريخ صدور القرار بالنسبة لها وبين القرارات التنظيمية واعتد فيها بتاريخ إعلام المعنيين بها.[1]

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 98.

لهذا تعد مسالة تأريخ القرارات الإدارية إجراءا ذو أهمية قصوى وإن كان مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب في بعض أحكامه إلى أن غياب التاريخ لا يقدح في صحة القرار إلا أنه يزرع الشك في نفس القاضي حول نية الإدارة وهذا الشك غالبا ما يفسر لمصلحة المدعى على الإدارة.[1]

و إذا ثبت أن التاريخ الذي يتضمنه القرار لا يتطابق مع التاريخ الحقيقي لصدوره فإن القاضي الإداري عند فحص مشروعية القرار يرجع إلى التاريخ الحقيقي لصدوره، فإذا كانت السلطة المصدرة مختصة أنداك وكان السبب قائما وتوافرت باقي الأركان اعتبر القرار سليما.[2]

غير أنه و إن كان الأصل أن القرار يعد نافذا في حق الإدارة من تاريخ صدوره فإنه يرد على هاته القاعدة استثناءات.

أولا: رجعية القرارات الإدارية

القاعدة العامة هي عدم رجعية القرارات الإدارية وذلك بغية حماية الحقوق المكتسبة للأفراد واستقرار المراكز القانونية وهذا ما تمليه العدالة الطبيعية ويقتضيه الصالح العام،[3] غير أنه يرد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات أيضا:

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 171.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 538.

[3] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 558.

1-إباحة الرجعية بنص تشريعي: حيث يمكن أن يطبق القرار الإداري بأثر رجعي إذا كان هناك نص قانوني صريح صادر عن السلطة التشريعية، يسمح بذلك لأن هذه الأخيرة تمثل إرادة الشعب.

2- الرجعية في تنفيذ القرار القضائي بإلغاء قرار إداري: إذا أصدرت جهات القضاء الإداري حكمها بإلغاء قرار إداري فإن القرار الملغى يعد في حكم المعدوم من تاريخ صدوره وعلى الإدارة المصدرة أن تصحح الأوضاع على هذا الأساس بما تراه مناسبا، ومن ذلك إصدار قرارات إدارية تسري بأثر رجعي، فلو تم فصل موظف مثلا وتم إلغاء قرار فصله من القضاء فإن الإدارة ملزمة بإصدار جميع القرارات التي تضمن له حقوقه في فترة التوقيف والفصل بأثر رجعي، فلو تم مثلا ترقية موظف آخر لرتبة هي في الأصل من حق الموظف المفصول، فعند عودته يجب أن تصدر الإدارة قرارا بتنزيل الموظف المرقى إلى رتبته الأصلية يشغلها الموظف الذي تمت إعادته.[1]

3-القرارات التي تتطلب السريان بأثر رجعي بطبيعتها: ويمكن تلخيصها في حالات معدودات من قضاء مجلس الدولة الفرنسي:

أ-إذا كان يفترض بالإدارة إصدار قرار إداري قبل فترة زمنية محددة ولم تصدره فإن إصداره خلال تلك الفترة أو بعدها لا يجعلها باطلة وتسري من تاريخ بداية الفترة، ومثال ذلك قرار يقضي بتخفيض جبائي لمصلحة الوكالات السياحية خلال فترة

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 199.

الإصطياف فحتى لو صدر هذا القرار خلال فترة الإصطياف أو بعدها فيعتبر نافذا من بداية الموسم.

ب–تسري القرارات الإدارية بأثر رجعي إذا كان عدم رجعيتها يؤدي إلى اضطراب في سير المرافق العامة أو كانت مخالفة لمبادئ العدالة ومثال عن الحالة الأخيرة أن يتسلم الموظف مهامه ويتأخر قرار تعيينه فمن العدالة أن يسري قرار التعيين بأثر رجعي يبدأ من تاريخ تسلمه لمهامه.[1]

ج– إذا كان مبدأ عدم الرجعية يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وقد كشف عنها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية epoux lesueur وتتلخص وقائعها في أن فندقا مدرجا في قائمة الفنادق السياحية كان يتمتع بحرية تحديد الأسعار حتى تاريخ 30 ديسمبر 1948 وفي هذا التاريخ أدرج ضمن قائمة الفنادق المسعرة غير أن قرار التسعير لم يصدر حتى مارس 1949 فكان من البديهي أن يسري قرار التسعير بأثر رجعي إلى 1948 و إلا انتهينا إلى نتيجة غير مقبولة تقضي بتمتع النزلاء خلال الفترة الممتدة من ديسمبر 1948 إلى مارس 1949 بالإقامة المجانية.

4– سحب القرارات الإدارية: تستطيع الإدارة سحب قراراتها التي لم يترتب عنها حق مكتسب مهما كانت مدتها ويسري ذلك بالنسبة للماضي أي منذ تاريخ صدور القرار.

5– **تصحيح قرار معيب بقرار لاحق:** لا توجد قاعدة فاصلة بهذا الشأن، غير أنه يمكن إجمالا التمييز بين القرارات الفردية والقرار التنظيمي، فبالنسبة للأخيرة فقد

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 587.

أباح مجلس الدولة الفرنسي إذا صدر قرار تنظيمي معيب أن تصدر نفس الجهة قرارا آخر صحيحا يحل مكان الأول المعيب بأثر رجعي لتاريخ صدور القرار المعيب.

أما القرارات الفردية فقرارات مجلس الدولة الفرنسي متذبذبة فتارة يجيز تصحيح القرارات الفردية المعيبة بأثر رجعي وأخرى لا يجيز بحسب ما إذا كان القرار الفردي قد ولد مراكزا قانونية ذاتية وحقوقا مكتسبة أم لا.

6-رجعية القرارات الإدارية إذا كانت أصلح للأفراد: يقوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على أساس احترام الحقوق الفردية فهل يجوز قبول رجعيتها إذا كانت في مصلحة الأفراد؟

كان مجلس الدولة الفرنسي متشددا في البداية فلم يكن يسمح بذلك لأنه قد يؤدي إلى انتشار المحسوبية، كما أن الإقرار بذلك يقدح في ركن الإختصاص الذي يقضي بأن على الإدارة ممارسة الإختصاصات وفقا للأوضاع القانونية السليمة.

ثم تطور اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي حيث صدر منه قرار يقضي بصحة القرار الذي يقضي برفع مرتبات الموظفين بأثر رجعي وهذا أحدث استثناء على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية.[1]

ثانيا: إرجاء آثار القرارات الإدارية: ويقصد به تأجيل سريان القرار الإداري لتاريخ لاحق ونميز في هذا بين القرارات الإدارية الفردية والقرارات الإدارية التنظيمية.

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 608.

أ-القرارات الإدارية التنظيمية: يجوز للإدارة تأجيل آثار القرارات التنظيمية إلى تاريخ لاحق لسببين:

- القرارات التنظيمية تخاطب مراكز نظامية عامة ولا تمس مراكز فردية.

- لا اعتداء على اختصاص الخلف لأنه يستطيع تعديلها كيفما يشاء.

ب- القرارات الإدارية الفردية: لقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بعدم شرعية القرارات الإدارية الفردية المؤجلة التنفيذ المبتسرة nomination-anticipées لأنها تتضمن اعتداءا على اختصاص السلطة القائمة وقتئذ فالقرارات الإدارية الفردية على عكس التنظيمية بمجرد صدورها يستطيع الأفراد التمسك بالمراكز الذاتية التي منحتها لهم.

الفرع الثاني: نفاذ القرارات الإدارية بالنسبة للأفراد:

لا تسري القرارات الإدارية في حق الأفراد إلا من تاريخ علمهم بها إما بالنشر إذا كانت تنظيمية أو بالتبليغ إذا كانت قرارات فردية.

أولا: النشر: وهو وسيلة رسمية فرضها المشرع على الإدارة مصدرة القرار لإعلام الناس به ويسمى العلم الرسمي ويجب أن يكون النشر بالطرق المحددة في القانون، فإذا لم ينص القانون على كيفية محددة كان للإدارة الحرية في اختيار الطريقة الملائمة من ملصقات ونشرات وانترنت،[1] حيث نصت المادة 08 من المرسوم 88-131 الذي ينظم العلاقات العلاقة بين الإدارة والمواطن على أنه " يتعين على الإدارة

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 617.

أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها، وينبغي في هذا الإطار أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام".[1]

وتنشر المراسيم الرئاسية والتنفيذية في الجريدة الرسمية مثل القوانين وقف الشروط المحددة في المادة 04 من القانون المدني الجزائري نظرا لأهميتها، وتنشر القرارات الوزارية في النشرة الرسمية للوزارة إضافة إلى الجريدة الرسمية.

ثانيا: التبليغ (الإعلام الشخصي): هو الطريقة التي يتم بموجبها توصيل مضمون القرار إلى المعنيين به شخصيا وقد نصت المادة 35 من المرسوم 88-131 على أن " لا يحتج بأن أي قرار ذي طابع فردي على المواطن المعني بالقرار إلا إذا سبق تبليغه إليه قانونا ما لم يكن هناك نص قانوني مخالف".

ويمكن أن يكون التبليغ إما عن طريق أعوان الإدارة مباشرة أو بواسطة محضر قضائي، أو بالبريد أو الهاتف أو أي وسيلة أخرى كما يمكن أن يكون التبليغ شفهيا.

ويمكن أيضا أن يتم نشره إذا كان قرارا يخاطب مجموعة أشخاص بذواتهم كنشر نتائج المداولات النهائية في الجامعة.

ثالثا: العلم اليقيني: هو وصول مضمون القرار إلى علم المعني به بغير طريقي النشر أو التبليغ وصولا قطعيا وشاملا لمحتوى القرار، ويستنتج هذا العلم من عدة قرائن مثلا:

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 101.

– تظلم المعني بالقرار أمام الإدارة يدل دلالة قطعية على علمه به ونظرية العلم اليقيني تكاد تكون مهجورة في القضاء الفرنسي لأنه صار يطبقها بشروط مشددة وفي حالات محدودة، أما القضاء الإداري الجزائري فلم يكن يؤخذ بها قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي إلا أنه غير اجتهاده وصار يعتمدها بعد ذلك (قضية حمودي)

المطلب الثاني: تنفيذ القرارات الإدارية: الأصل أن يكون تنفيذ القرار الإداري اختياريا بحيث يتوجب على الإدارة اتخاذ الإجراءات والتدابير الكفيلة بتطبيق القرار الإداري وإلا تحملت ما يترتب عن تقصيرها هذا من أضرار حسب المادة من المرسوم 88–131 المنظم لعلاقة المواطن بالإدارة.[1]

ومن جهة أخرى على الأفراد الخضوع لقرارات الإدارة وبالأخص إذا كانت تحملهم التزامات، وهناك طريقتان أساسيتان لتنفيذ القرارات الإدارية إما عن طريق الإدارة أو باللجوء إلى القضاء.

الفرع الأول: التنفيذ عن طريق الإدارة

تصدر القرارات الإدارية متمتعة بقرينة السلامة وعلى من يرى العكس إثباته، لأن القرار الإداري قبل إصداره يحاط بمجموعة من الضمانات من اختيار الموظفين إلى الإجراءات والأشكال المحددة قبل إصدار القرار،[2] فما هو الحل إذا امتنع الأفراد عن تنفيذ قرارات الإدارة.

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 107.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 629.

أولا: توقيع الجزاءات الإدارية: لقد خول القانون للإدارة الحق في توقيع جزاءات ذات طابع إداري لمن يرفض تنفيذ قراراتها ونميز في هذا الصدد بين الموظفين في السلك الإداري حيث يخضعون لسلطة التأديب المنصوص عليها في قانون الوظيف العمومي، وبين الأفراد الذين توقع عليهم عقوبات عادة ما يتضمنها نص القرار المخالف كسحب رخصة السياقة لمن يخالف التنظيم المنظم للمرور،[1] فما هي الطبيعة القانونية للجزاءات الإدارية؟

تكيف على أنها أعمال إدارية تخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية، ولكن ما هو الحل إذا رفض الأفراد تنفيذ القرار رغم توقيع العقوبات الإدارية؟

ثانيا: التنفيذ المباشر (الإجباري): إذا كانت القاعدة بين الأفراد في حالة امتناع أحدهم عن أداء إلتزاماته أن يتقدم الطرف المتضرر أمام القضاء لاقتضاء حقه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للإدارة فهي تستطيع تنفيذ قراراتها بنفسها دون اللجوء للقضاء ولو باستعمال القوة وهو ما يعرف بالتنفيذ الجبري وعلى من تضرر اللجوء إلى القضاء، وهذا الإمتياز حسب مجلس الدولة الفرنسي هو القاعدة الأساسية في القانون العام .la règle fondamentale du droit public[2]

شروط التنفيذ الجبري:

1-وجود نص صريح يخول الإدارة هذا الحق لأن التنفيذ الجبري استثناء ولا يمكن العدول عن القاعدة إلى الإستثناء إلا بنص صريح.

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 204.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 632.

2-امتناع المخاطب بالقرار عن التنفيذ بعد إعذاره حسب الطرق القانونية.

3-يجب أن تستهدف الإدارة من التنفيذ الجبري محل القرار فقط ولا تتعداه لغيره.

4-عدم وجود وسيلة أخرى لإجبار المخاطب بالقرار على التنفيذ سوآءا كانت جزائية أو مدنية أو إدارية، وهذا الشرط يستحيل تحققه في الجزائر لوجود نص عام في قانون العقوبات الجزائري يمنع مخالفة القرارات وهي المادة 459 ق ع ج "يعاقب بغرامة من 10000 إلى 20000 دج ويجوز أن يعاقب بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقبا عليها بنصوص خاصة"

وتسقط كل الشروط السالفة الذكر في حالة الضرورة التي يكون فيها تهديد للنظام العام ولكن بشرطين:

1-استحالة معالجة الموقف بالوسائل الإعتيادية القانونية التنفيذ (العقوبات الإدارية والجزائية والمدنية).

2-أن تكون التدابير المتخذة للتنفيذ المباشر في حدود معالجة حالة الضرورة والحفاظ على النظام العام وذلك تحت طائلة رقابة الملائمة للقاضي الإداري في تقدير مدى تناسب الظرف مع وسائل تدخل الإدارة.

الفرع الثاني: التنفيذ عن طريق القضاء

إذا رفض الأفراد تنفيذ القرارات الإدارية طواعية فبإمكان الإدارة اللجوء إلى القضاء لإجبارهم على ذلك ولها في سبيل ذلك نوعين من الدعاوي.

أولا: الدعوى الجنائية: تنص العديد من القرارت الإدارية لا سيما التنظيمية على بنود تقرر عقوبات جزائية لمن يخالف أحكامها، و إذا لم يوجد نص خاص طبقت المادة 459 السالفة الذكر.[1]

ثانيا: الدعوى المدنية: لقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيين أخيرا على عدم جواز اللجوء للقاضي العادي تكريسا للإزدواجية القضائية، بينما الإتجاه السائد في الجزائر فقها وقضاءا هو إمكانية اللجوء إلى القضاء العادي للحصول على حكم يلزم الأفراد بتنفيذ قرارتها ومثال ذلك استصدار قرار بإلزام فرد بإخلاء مسكن محتل بطريقة غير شرعية.

الفرع الثالث: وقف تنفيذ القرارات الإدارية

01- وقف تنفيذ القرارات الإدارية إداريا: يمكن للإدارة إيقاف تنفيذ قراراتها إذا ارتأت أنها قد تخل بالمصلحة العامة أو يضر بالنظام العام.

2- وقف تنفيذ القرارات الإدارية قضائيا: يصد القرار الإداري متمتعا بقرينة السلامة وينتج أثاره مباشرة، غير أنه في بعض الحالات قد يؤدي تنفيذه إلى أضرار يتعذر أو يستحيل تداركها مع الزمن، لذلك منح القانون الحق للمتضرر من القرار بطلب وقف تنفيذه وفقا لشروط محددة:

أ- يجب أن يكون طلب وقف التنفيذ متزامنا مع دعوى مرفعة في الموضوع أو متزامنة مع التظلم أما الجهات الإدارية، المادة 134 ق إ م إ.[2]

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 116.

[2] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 118.

2- يجب أن يكون الأمر مستعجلا و أي تأخير في وقف التنفيذ يزيد من الأضرار التي يسببها القرار.

3- يجب أن تكون دعوى الإلغاء جدية ومؤسسة حيث نصت المادة 835 ق إ م إ " عندما يظهر للمحكمة الإدارية من عريضة افتتاح الدعوى ومن طلبات وقف التنفيذ أن رفض هذه الطلبات مؤكد يجوز الفصل في الطلب بدون تحقيق.[1]

ويقدم طلب وقف التنفيذ أمام القضاء الإستعجالي بالمحكمة الإدارية ومجلس الدولة بدعوى مستقلة ويتم التبليغ بالأمر القاضي بوقف التنفيذ خلال 24 ساعة ويسري منذ تاريخ تبليغه للإدارة ويمكن استئنافه أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ وتنتهي آثار وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب، أنظر المواد (833 إلى 837) والمواد من (910 إلى 919) من ق إ م إ.

المبحث الرابع: نهاية القرارات الإدارية

تنتهي القرارات الإدارية بأساليب متنوعة يمكن إجمالها في ثلاث صور فقد تنتهي بإرادة الإدارة كما قد تنتهي خارج إدارة الإدارة وأيضا تنتهي قضاءا.

المطلب الأول: نهاية القرارات الإدارية خارج إرادة الإدارة

أولا: القرارات المؤقتة: قد يكون موضوع القرار مرتبطا بمدة زمنية أو بظروف معينة ينتهي تلقائيا بانتهائها مثال ذلك قرار يتضمن عقوبة تأديبية على موظف حيث

[1] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 213.

ينتهي تلقائيا باستيفائها أو مرسوما تنفيذيا يتضمن إجراءات الحجر الصحي ينتهي بانتهاء مدته المحددة فيه.

ثانيا: استحالة المحل: كوفاة المخاطب بالقرار.

ثالثا: إلغاء أو تعديل المرجع القانوني للقرار: لا سيما القرارات التنظيمية إذ أنه وكما سبق فإن القرارات هي الوسيلة القانونية في يد الإدارة للقيام بالنشاطات التي تسنها السلطة التشريعية فإذا ألغي القانون أو تم تعديله لم يعد من مبرر لاستمرار القرار الصادر تنفيذا له.

المطلب الثاني: نهاية القرار بإرادة الإدارة

تختلف نهاية القرارات الإدارية بحسب نطاق تطبيقها من حيث الزمان فإذا انتهت آثار القرار الإداري للمستقبل فقط فيصطلح عليها بالإلغاء أما إذا انتهت آثار القرار بالنسبة للماضي والمستقبل معا فيسمى بالسحب وفي هاته الحالة يعتبر كأن لم يكن (معدوما) ويجب التفرقة في حق الإدارة بإنهاء قراراتها بين القرارات السليمة والقرارات المعيبة. [1]

الفرع الأول: نهاية القرارات الإدارية السليمة

أولا: السحب: حل يجوز سحب القرار الإداري إذا كان سليما؟

[1] - محمد الصغير، بعلي المرجع السابق، ص: 139.

لقد تقدم في ما سبق أن الأصل هو عدم رجعية القرار الإداري والسحب هو قرار إداري بإنهاء آثار قرار سابق لذلك يعتبر من المسلم به في القضاء الإداري أنه لا يجوز سحب قرار إداري سليم بأثر رجعي ، ولم يستثني مجلس الدولة الفرنسي من هذه القاعدة سوى قرارات فصل الموظفين السليمة فقد أباح سحبها والحقيقة أنه لا يوجد أي سند قانوني يبرر ذلك سوى شفقة مجلس الدولة الفرنسي على طائفة الموظفين.[1]

ثانيا: الإلغاء: هل يجوز إلغاء القرار الإداري إذا كان سليما؟

يجب التفرقة بهذا الصدد بين اللوائح (القرارات التنظيمية) وبين القرارات الإدارية الفردية.

1-القرارات الإدارية التنظيمية: من المستقر في القانون الإداري أن الإدارة يمكنها تعديل وإلغاء قراراتها التنظيمية بحسب مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام لأنها تخاطب مراكز قانونية موضوعية عامة لا يمكن للأفراد التمسك بها كحقوق مكتسبة كونها لا تطبق عليهم كما هي بل عن طريق قرارات فردية ويكون مدار النزاع عندها هو القرار الإداري الفردي.[2]

2-القرارات الإدارية الفردية: الأصل أنه لا يجوز إلغاء قرار فردي سليم لأن ذلك يعد مساسا بالمراكز الذاتية والحقوق المكتسبة التي تنشأ عنه غير أن مجلس الدولة

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 655.

[2] - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، المرجع السابق، ص: 231.

لفرنسي ذهب في حالات محدودة جدا إلى قبول فكرة إلغاء قرارات فردية سليمة وبالأخص إذا لم تكن تولد حقوقا كأن تكون في صورة رخصة **(مزية)**.[1]

الفرع الثاني: نهاية القرار الإداري غير المشروع

الأصل أن للإدارة الحق بل من واجبها إنهاء القرارات الإدارية غير المشروعة سواءا بالنسبة للمستقبل أو الماضي ولا يحتج عليها بفكرة الحقوق المكتسبة لأن القرارات المعيبة لا تولد حقوق صحيحة وما بني على باطل فهو باطل.

غير أنه يجب على الإدارة أن تلتزم بشرط هام وهو أن يتم السحب خلال المدة التي يجوز فيها طلب إلغاء القرار قضائيا، وهي أربعة أشهر من تاريخ النشر أو التبليغ حسب المادة 829 ق إ م إ والحكمة من ذلك هو استقرار الأوضاع واحترام الوضع الظاهر، فإذا انقضي ميعاد الطعن القضائي اكتسب القرار حصانة من الإلغاء أو التعديل.

والجهة المخولة بالسحب هي السلطة المصدرة للقرار أو التي تعلوها إعمالا لقاعدة توازي الأشكال، غير أن هناك بعض الحالات لا يتحصن فيها القرار ولا تلتزم الإدارة بمدة لإلغائه أو سحبه أو تعديله.

1-حالة انعدام القرار الإداري: القرار الإداري المنعدم هو القرار المعيب بعيب جسيم، وفي هذه الحالة تنتفي عنه صفة التصرف القانوني ويصير مجرد عمل مادي

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 660.

ومثاله حالة اغتصاب السلطة كأن يصدر قرار من شخص خارج الهرم الوظيفي فهذا القرار لا يمكن أن يتحصن مهما مر عليه من الوقت.

2-حالة الغش والتدليس: ممن صدر لصالحه القرار الإداري وهذا الأخير غير جدير بحماية واستقرار مركزه القانوني وذلك إعمالا لقاعدة "**الغش يفسد كل شيء**" فهذا القرار لا يتحصن أيضا.

ولكي لا نسلم بحصانة قرار إداري معيب خصوصا إذا كان تنظيميا لأن هذا الأخير آثاره مستمرة ويمكن تطبيقه لأكثر من مرة يمكن مواجهته بمجموعة من الإجراءات

1-الدفع بعدم مشروعيتها كل ما أرادت الإدارة تطبيقها لأن الدفع بعدم المشروعية لا يسقطه التقادم.

2-طلب إلغاء القرارات الإدارية الفردية التي تصدر تطبيقا للائحة المعيبة المتحصنة استنادا إلى عدم مشروعيتها.

3-طلب التعويض عن الأضرار التي سببها القرار المعيب.[1]

المحور الثاني: العقود الإدارية

مفهوم العقود الإدارية

لكي تقوم الإدارة بمهامها المخولة لها قانونيا تستعمل عدة وسائل منها البشرية والمادية والقانونية، تناولنا في المحور الأول النوع الأول من الأعمال القانونية القائم على الإرادة المنفردة للإدارة والمتمثلة في القرارات الإدارية، وسنتناول في هذا المحور

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 383.

النوع الآخر من الأعمال القانونية للإدارة التي تشترط توافق إرادة الإدارة مع إرادة أجنبية لتحقيق آثار قانونية.

أولا /النشأة التاريخية للعقود الإدارية:

أسس النظرية العامة للعقود الإدارية نشأت وتكاملت في أحضان القانون المدني ثم استلهمها القضاء الفرنسي وحورها وطورها بما يتلاءم مع خصوصية الإدارة ومر ذلك بمراحل عدة حتى خلص إلى الصورة التي هو عليها الآن:

ففي ظل سيادة معيار التمييز بيم أعمال الإدارة وأعمال السلطة كانت العقود الإدارة خارج نطاق القانون والقضاء الإداري كونها لا تختلف في شيء عن تلك الأنشطة التي يمارسها أشخاص القانون الخاص ولا تظهر فيها سيادة السلطة لذلك تستبعد من نطاق القانون الإداري وتخضع لأحكام القانون الخاص وتدخل ضمن الإختصاص النوعي للقضاء العادي.[1]

ولكن استثناءا صدر قانون 28 بليفوز للسنة الثامنة الذي عد عقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة عقودا إدارية تدخل ضمن ولاية القضاء الإداري، ثم استتبع بقانون 17 و26 ماي سبتمبر 1793 الذي أضاف إلى قائمة العقود الإدارية عقود القرض العام ثم قانون 17 جوان 1938 الذي أضاف عقود استغلال الدومين العام، وسميت هذه العقود ب**العقود الإدارية بتحديد القانون.**

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعفود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2017، ص: 37.

ثم اجتهد القضاء الإداري وحاول توسيع اختصاصه عن طريق القياس ليستوعب عقود طلب المعاونة قياسا على عقود الأشغال العامة وكذا عقود الإنارة وتنظيف الشوارع.

وبعد استقرار القضاء الفرنسي على معيار المرفق العام القائم على أن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة صار تحديد تعريف العقود الإدارية لا يعتمد على إرادة المشرع بل على ما تتضمنه هذه العقود من خصائص ذاتية وصارت على هذا الأساس محورا هاما من محاور القانون الإداري.

ثانيا/تعريف العقد الإداري:

هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وعرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي، بأنه هو **العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.** لكن ليس كل عقد تبرمه الإدارة مع فرد أو هيئة خاصة يعتبر حتماً وبالضرورة عقداً إدارياً، فالأصل العام في عقود الإدارة العامة أنها عقود إدارية تخضع بهذه الصفة لأحكام القانون الإداري التي تختلف عن القانون المدني والقواعد التي تضمنها بالنسبة لعقود الأفراد فيما بينهم.

غير أنه إلى جانب هذا الأصل العام أي بجانب العقود الإدارية قد تبرم السلطات الإدارية عقوداً مدنية خاصة أي عادية، تماماً مثل أي عقد مدني أو تجاري بين فرد وفرد آخر فقد تستأجر الإدارة أحد العقارات أو الشقق بعقد إيجار مدني عادى أو قد تبيع بعض محاصيل مزرعة خاصة تابعة للدولة (من أموال الدولة الخاصة) وهذه العقود المدنية أو الخاصة للإدارة لا تعتبر عقوداً إدارية بالمعنى الدقيق ولا ينطبق عليها كأصل عام النظام القانوني للعقد الإداري طبقاً للقانون الإداري وإنما ينطبق عليها القانون المدني.

ثالثا/ خصائص العقد الإداري

من المهم أن نعرف متى يكون العقد الذي تبرمه الإدارة عقداً إدارياً لان ليس كل عقود الإدارة لها صفة العقود الإدارية حيث أن الإدارة – كما قلنا – يمكنها أن تبرم عقوداً مدنية تخضع للقانون المدني. وأهمية التفرقة بين العقود الإدارية وعقود الإدارة المدنية هي أنه من ناحية أولى تخضع العقود المدنية لقواعد القانون المدني والقانون الخاص بينما تحكم العقود الإدارية بقواعد القانون العام، ومن ناحية ثانية تخضع العقود الإدارية عند حدوث منازعات بشأنها لاختصاص القضاء الإداري بينما تخضع المنازعات المتولدة عن العقود المدنية لمحاكم القضاء العادي.

وللعقد الإداري شروطاً ثلاثة يجب توافرها جميعاً، بحيث إذا تخلف واحد منها فقط لا يصبح العقد إدارياً بل عقدا مدنياً من عقود القانون الخاص، وهذه الشروط الثلاثة هي على التوالي، –أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاما و –أن يتعلق

العقد بإدارة مرفق عام، وأخيراً –أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

01/ أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام:

أمر طبيعي أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، ويعتبر هذا العنصر من البديهيات، ذلك أنه لا يجوز أن يوصف عقد بأنه إداري، إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل جهة إدارية، وإذا كان من الجائز والمقبول أن تكون الإدارة طرفاً في عقد مدني غير إداري، فإنه ليس من المقبول أن يوصف عقد بأنه إداري إذا كان جميع أطرافه من أشخاص القانون الخاص، فالعقد الذي لا يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام، لا يجوز اعتباره عقداً إدارياً على الإطلاق[1].

وينتج عن هذا الشرط الأول أن العقود التي يكون أطرافها جميعاً من أشخاص القانون الخاص (أفراد–شركات–جمعيات–نوادي– نقابات–مؤسسات خاصة) ، فإن هذه العقود لا تكتسب أبداً صفة العقود الإدارية حتى ولو تصورنا أن موضوع العقد تعلق بمرفق عام وحتى لو كان أحد طرفيه هيئة خاصة تخضع لرقابة قوية من الدولة.[2]

وقد ذهب اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي إلى أنه ينطبق وصف العقد الإداري على ما تبرمه النقابات المهنية من عقود بما اعترف القضاء لهذه النقابات بالشخصية المعنوية العامة، فإنشاؤها يتم بقانون وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام، كما أن

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 62.

[2] - محمد الشافعي أبوراس، العقود الإدارية، 1998، ص: 23.

القانون خوّل هذه النقابات حقوقاً من نوع ما تختص به الهيئات الإدارية العامة. ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه حال إبرامه شخص معنوي عام.[1]

بل يجب أن يظل هذا الشخص محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء تنفيذ العقد بتحوله إلى شخص من أشخاص القانون الخاص غدا العقد مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بالفصل فيما ينشأ بصدده من منازعات. وقد أكدت على هذا المبدأ، المحكمة الإدارية العليا المصرية حينما ذهبت إلى أن فقد العقد لأحد الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري يؤدي إلى تحوله إلى عقد من عقود القانون الخاص. وحتى يكون العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه عقداً إدارياً، ينبغي أن تبرمه الإدارة بوصفها سلطة إدارية عامة.[2]

بمعنى أن تتمتع حال إبرامها للعقد بحقوق وامتيازات يفتقدها من يتعاقد معها، حيث إن العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص لا تعدو كونها عقوداً مدنية، وقضى مجلس الدولة المصري أن تعاقد وزارة الأوقاف مع مقاول مباني بصفتها ناظرة للوقف أي كشخص من أشخاص القانون الخاص وليست كسلطة عامة لا يصبغ على العقد الصفة الإدارية، أي أنه يجب أن تكون الإدارة شخص عام وتتعاقد بوصفها سلطة عامة، كما ينبغي أن تبرمها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة لا سلطة حكم، حيث إنّ هذه السلطة تمارس أعمالاً تتصل بشؤون الحكم وأخرى تتصل بشؤون الإدارة ومن ثم فإنّ أعضاء السلطة التنفيذية

[1] - محمد العموري، العقود الإدارية، الجامعة الإفتراضية السورية، 2018، ص: 5.

[2] - محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 24.

العليا كرئيس الدولة ، الوزراء المحافظين حينما يباشرون أعمالاً تتعلق بشؤون الحكم لا يعتبرون من رجال الإدارة، أما حينما يباشرون أعمالاً تتصل بتسيير المرافق العامة فإنهم يعدون من رجال الإدارة.[1]

فإذا علمنا أن العقد الإداري هو العقد الذي يتعلق بإدارة مرفق عام، فإن العقود التي يبرمها رجال السلطة التنفيذية باعتبارهم من رجال الإدارة هي وحدها التي تدخل في نطاق العقود الإدارية أما العقود والتصرفات التي يبرمونها في شؤون الحكم وغير ما يتعلق بإدارة المرافق العامة فلا تعد عقوداً إدارية ولقد استقر القضاء الإداري السوري أن العقد الإداري يجب أن يبرم من قبل شخص معنوي عام وبعد أن انتهينا من دراسة الاتجاه الذي أوجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد ننتقل الدراسة الحالات التي يعد فيها العقد إدارياً ولو لم تكن الإدارة طرفاً مباشراً فيه.[2]

واعترف القضاء الفرنسي بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التي ليس من أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وهي تلك الحالات التي يتعلق العقد بأشغال بطبيعتها تخص الدولة وفي هذه الحال يبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ومع ذلك يعتبر عقداً إدارياً بالنظر إلى موضوعه لأنه يتعلق بأشغال في طبيعتها تخص الدولة كعقد ترميم كنيسة، فبالرغم من أن هذا العقد يجب أن يعتبر من عقود القانون الخاص إلا أن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية اعتبرته عقداً إدارياً على اعتبار أنه يتضمن ممارسة مهمة بطبيعتها تخص الدولة.[3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 63.

[2] - محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 6.

[3] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 25.

ثانياً: عقود شغل المال العام: يعتبر العقد إدارياً إذا تضمن مال عام وأبرم بين صاحب امتياز وأحد أشخاص القانون الخاص، وهذا الاستثناء لا يمتد إلى كل نوع من أنواع الأشغال العامة فقد رفضت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية الاعتراف بالصفة الإدارية لبعض العقود المتصلة بمثل هذه الأشغال. [1]

ثالثاً: التفويض الصريح أو الضمني وهذا الاستثناء يقوم على التفويض أو التمثيل القانوني، فالمفوض أو الموكل وهو صاحب سلطة اتخاذ القرار يعهد إلى المفوض إليه أو الوكيل بأداة قانونية، بمهمة التصرف باسمه في إبرام عقد من العقود وهذا الاستثناء لا يكون حقيقياً إن وجد تفويض أو توكيل صريح من جانب الإدارة لأحد طرفي العقد، لأن العقد وإن كان مبرماً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من حيث الظاهر فإن أحد هذين الشخصين يمثل الإدارة قانوناً ويتصرف باسمها ولحسابها وبذلك تعتبر الإدارة أحد طرفي العقد بحسبانها الموكل الذي تعود إليه آثار العقد، ولكن المشكلة تبدو كما لو كانت استثناء حقيقياً من شرط وجود الإدارة كطرف من طرفي العقد عندما لا يوجد تفويض أو توكيل صريح منها لأحد المتعاقدين، أي عندما تكون الإدارة قد كلفت أحد أشخاص القانون الخاص بتحقيق مهمة معينة، وقصدت بذلك أن تحط عن كاهلها عبء هذه المهمة لصالح شخص خاص عادة ما يكون شركة اقتصادية مختلطة.[2]

ورغم أن منطق القانون كان يقتضي اعتبار العقد المبرم بين شركة الاقتصاد المختلط وهي شخص معنوي خاص، وبين شخص آخر ولم تظهر الإدارة فيه لا

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 64.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 9.

بالأصالة ولا بالوكالة الصريحة، من عقود القانون الخاص، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اعترف بإمكانية وجود توكيل أو تفويض ضمني من الإدارة لأحد طرفي العقد، يسمح باعتبار العقد إدارياً رغم عدم ظهور الإدارة فيه، وقد أيدت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية هذا الاتجاه في قضايا مماثلة. والاستناد على وجود تفويض صريح أو ضمني من جانب الإدارة لأحد المتعاقدين لا يعني وجود استثناء حقوقي على اشتراط أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، لأن الشخص العام إما أن يتعاقد بالأصالة أو بالوكالة، وفي الحالتين يكون طرفاً في العقد ولا يوجد استثناء على هذا الشرط.[1]

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إدارياً إذا اتضح أن أحد أطرافه كان يتعاقد لحساب الإدارة، وإذا كان يجوز للإدارة أن تفوض شخص خاص بالحلول محلها في إبرام العقد يجوز لها أيضاً أن تقوم بإنابة جهة إدارية معينة في مباشرة إجراءات التعاقد لإبرام عقد معين ولو لم تعلم المتعاقد معها أنها تتعاقد بصفتها نائبة عن إدارة أخرى. وقد جاء مجلس الدولة المصري بفتوى رقم 454 في 8-6 1995 نصت على أنه إن كان البادي من الأوراق أن مجلس المدينة لم يعلم المقاول وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن مديرية الأوقاف،[2] إلا أنه يخلص من ظروف الحال أن المقاول المذكور تاجر يحترف تنفيذ عمليات توصيل المياه وغيرها من مقاولات الأعمال الصحية لحساب من يتعاقد معه من الجهات العامة أو الخاصة مستهدفاً في المقام

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 10.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 26.

الأول تحقيق الربح، دون أن يعتد بشخص المتعاقد معه.» وعلى ذلك فإن آثار العقد الذي أبرمه مجلس المدينة ينصرف حقوقاً التزامات، إلى مديرية الأوقاف مباشرة وفي ختام الحديث عن المعيار العضوي لا بد من الإشارة إلى أن عقود مؤسسات القطاع العام وشركاته تخضع، من حيث المبدأ، لأحكام القانون العام وبالتالي فإن عقودها المبرمة مع أشخاص القانون العام أو الخاص هي عقود إدارية إذا توفرت فيها المعايير.

02 :أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام:

هذا الشرط الثاني ضروري يتحصل في أن موضوع العقد يجب أن يتصل بمرفق عام، وحكمة هذا الشرط أن ضرورات أو مقتضيات المرافق العامة وسيرها بانتظام وباضطراد هي التي تبرر النظام القانوني الاستثنائي أي أن المتغير بالنسبة للعقود الإدارية هو ذلك النظام الذي يختلف عن القانون الخاص في كثير من نواحيه سواء في حقوق الإدارة المتعاقدة أم في حقوق والتزامات المتعاقد معها. والمرفق العام الذي يجب أن يتصل به العقد يأخذ التعريف أو المعنى المحدد له في القانون الإداري كنشاط تتولاه الإدارة إدارته ويستهدف تحقيق النفع العام مباشرة[1]

لكن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ليس له صورة بذاتها: فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق واستغلاله أو تسييره أو بالمعاونة في تسييره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات أو غير ذلك من صور الاتصال.[2]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 73.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 11.

ويعتبر عنصر تعلق العقد بمرفق عام من أهم العناصر المميزة للعقد الإداري عن غيره مما تعقده الإدارة من عقود.[1]

أولاً: طبيعة علاقة العقد بالمرفق العام: لقد تطور اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في هذا النطاق حتى قرر أن العلاقة بين العقد والمرفق العام الذي يتصل به، يجب أن تتسم بمعلمين أساسيين هما:

1- إن العلاقة بين العقد والمرفق العام يجب أن تكون مباشرة بشكل كافٍ، حيث قرر القضاء الإداري الفرنسي أن العلاقة بين العقد والمرفق العام الذي يتصل به يجب أن تكون مباشرة وهذه الصفة المباشرة للعلاقة بين العقد والمرفق العام من شأنها أن تؤدي بالنتيجة إلى استثناء تلك العقود التي يكون محلها تزويد المرفق العام بوسائل مادية للتسيير من دائرة العقود الإدارية.[2]

والمثال النموذجي لذلك، إنما في عقود التوريد التي يتجلى ارتباطها مع المرفق العام بشكل غير مباشر، لذلك يجب أن تحتوي على شروط مألوفة ليعد عقداً إدارياً. وأضاف الفقه أن اتصال العقد بالمرفق العام لا يكفي أن يكون مباشراً وإنما أيضاً يكون حالاً.

2- إن العلاقة بين العقد والمرفق العام يجب أن تتوافر فيها عناصر الدقة والوضوح وهذا يعني أن العقد ولو كان على علاقة مباشرة مع المرفق العام، فلا يمكن اعتباره عقد إداري بشكل تلقائي إن لم تتسم هذه العلاقة بالدقة والوضوح الكاملين، وإن تقدير

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 27.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 74.

وضوح ودقة العلاقة بين العقد والمرفق العام تعتبر مسألة واقع يقدرها القاضي وفقاً لكل حالة على حده. [1]

ثانياً : صور اتصال العقد بالمرفق العام: يأخذ اتصال العقد بالمرفق العام صوراً عدة، وإن كانت أغلبها تدور حول إنشاء المرفق وتسييره وتنظيمه، وأشارت إلى تلك العلاقة محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "إن المعيار المميز لهذه العقود الإدارية) في موضوع العقد نفسه، متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة 8 ...فيه عقد توريد عقد امتياز عقد مع المستفيدين من الخدمات وبذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 4 شباط سنة 1968 ومناط العقد الإداري أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه"،[2] وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة». وتظهر علاقة العقد بالمرفق العام بأحد الأشكال الآتية:

1- الشكل الأول: عقود تتعلق بتنظيم المرفق العام أو استغلاله. وأشهرها عقود الامتياز وبمقتضى عقد الامتياز تكلف الإدارة شخص أخر عام أو خاص باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة ويكون المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جبايته رسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق. [3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 75.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 29.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 11.

2- الشكل الثاني: يتجلى في اشتراك المتعاقد اشتراكاً دائماً ومستقراً في تسيير المرفق العام، وذلك كما هو الحال في عقود التوريد التي يساهم المتعاقد فيها بتسيير المرفق الذي يتصل به العقد، بحيث لا يمكن تصور سير المرفق العام ما لم يبرم العقد مع المورد، ويأخذ عقد التوريد صوراً مختلفة فقد يأخذ صورة سلع يومية جارية في حياة الإدارة تحتاجها باستمرار، كالورق والقرطاسية والمحروقات، وقد يأخذ صورة التوريدات الكبرى التي تدخل في جوهر عمل المرفق العام الذي تنهض به الإدارة المتعاقدة، كما في حال توريد الأجهزة الطبية العملاقة في المشافي العامة. [1]

- **الشكل الثالث:** من صور اتصال العقد بالمرفق العام كون العقد وسيلة لتنفيذ المرفق العام إذ في هذه الحالة - لا يمكن أن يقدم المرفق خدماته، ما لم يتم إبرام عقود مع المستفيدين من خدماته وقد اعتبرها القضاء الفرنسي من العقود الإدارية لأن موضوعها مرفق عام العقد المبرم بين الدولة وبعض الملاك بهدف إعادة التشجير، وكذلك العقد الذي يتم بمقتضاه منح مساعدة لإعادة توظيف العائدين إلى فرنسا. [2]

- **التكييف القانوني لعقود المرافق العامة الاقتصادية:** يقتصر وصف العقد الإداري على العقود المتصلة بنشاط المرافق العامة التقليدية، سواء في ذلك الإدارية أو المهنية إلا أن هذا الوصف ينحسر عن العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية مع المنتفعين من خدماتها، حيث لا تعدو أن تكون عقوداً مدنية تخضع لأحكام القانون المدني.

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 77.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 29.

ويختص بنظر منازعاتها القضاء العادي وذلك يتفق مع الطبيعة التجارية لهذه المرافق ومع ما تسير عليه من أسس في ممارستها لنشاطها وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن العقود التي تبرم بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بخدمات تلك المرافق هي في حقيقتها عقود مدنية حيث قضت المحكمة لما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين المدعى عليه وبين الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية وهي مرفق اقتصادي بقصد الإفادة من خدمات المرفق المذكور الخاصة بالاتصالات التليفونية، أي لتحقيق خدمة خاصة للمشترك وليس له صلة بنشاط المرفق أو بتسييره وتنظيمه.[1]

ومن ثم فهو يخضع للأصل في شأن العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية وخصائصها ولا يؤثر في هذا النظر ما تضمنه من شروط استثنائية قد يختلط الأمر بينها وبين الشروط الاستثنائية التي يتميز بها أسلوب القانون العام في العقود الإدارية ذلك أن تلك الشروط مألوفة في نوع خاص من العقود المدنية وهي عقود الإذعان، وقد نظمها القانون المدني بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف.[2]

وبتحليل هذا الحكم فإن المرافق العامة الاقتصادية لا يؤثر في طبيعتها المدنية أن تتضمن شروط غير مألوفة في روابط القانون الخاص حيث أن تلك الشروط غير غريبة على العقود المدنية وهي تسمى عقود الإذعان المدنية وسبب

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 80.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 30.

إخراج عقود المرافق العامة الاقتصادية من طائفة العقود الإدارية هي أن هدف هذه العقود تحقيق مصلحة خاصة للمنتفع لا علاقة لها بمصلحة المرفق.

غير أنه لا بد من الإشارة إلى العقود التي تبرمها المرافق الاقتصادية المتعلقة بتنظيمها وتسييرها وهي تكون إدارية باحتوائها على بعض الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، فهذه العقود هي عقود إدارية تحكمها روابط القانون العام.

ويتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار العقود المبرمة بين المرافق الصناعية والتجارية وبين المستفيدين هي من عقود القانون الخاص، ولو تضمن شروطاً غير مألوفة في العقود المدنية أو التجارية، فمثل هذه العقود لا تعتبر إدارية إلا إذا كان موضوعها تنفيذ مرفق عام. فالتطور الحديث يعترف بفكرة المرفق العام للمرافق الصناعية والتجارية لأن الهدف الرئيسي لهذه المرافق ليس تحقيق الربح، وإن كان الربح طابعاً لها، لكن الواقع أن الهدف الرئيسي لها تحقيق المصلحة العامة، أسوة بكل المرافق الأخرى، وما الربح الذي تحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية وتجارية. [1]

ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة، هي مرافق عامة، مما يدخل أصلاً في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء السلطة العامة، يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام فإن ذلك لا يغير من التكييف القانوني

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 79.

لهذه المهن بوصفها مرافق عامة. ولما كانت العقود الإدارية تقوم على أحكام استثنائية، فيجب أن يكون لذلك ما يبرره، بأن تكون تلك العقود ذات صلة وثيقة بالمرفق العام.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه وإن كانت هذه العقود (الإدارية) تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء، تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد.[1]

03: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص:

رأينا أن عنصر كون الدولة أحد أطراف العقد لا يكفي وحده للقول بأن العقد إداري، وذلك لأن الدولة أو الإدارة قد تتعاقد بأساليب القانون الخاص وتخضع نفسها وعقدها لقواعد وأحكام القانون الخاص ورأينا كذلك أن اتصال العقد بمرفق عام،[2] لا يصلح وحده كذلك للقول بأن العقد إداري، وذلك للتطور الكبير الذي تعرض له القانون الإداري، والذي أدى إلى العدول عن الفكرة التي اتخذت من المرفق العام أساساً لكل علاقات ومبادئ وأفكار ونظريات القانون الإداري، وذلك بعد أن دخل في عداد المرافق العامة التقليدية، مرافق عامة اقتصادية، فرضت طبيعتها على الإدارة أن تديرها بأحكام ومبادئ القانون الخاص المدني وهكذا لم يعد عنصر اتصال العقد بمرفق عام عنصراً مميزاً للعقد الإداري ولهذا استقر القضاء الإداري في فرنسا، واتفق الفقه كذلك، على أن العنصر المميز الرئيسي، من بين العناصر الثلاثة

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 83.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 31.

المميزة للعقد الإداري، هو العنصر المتمثل في **أخذ الإدارة في العقد بوسائل القانون العام وأساليبه**، وهو ما يعني تضمن العقد لشروط استثنائية، غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص. [1]

ومن أمثلة هذه الشروط الاستثنائية أو الغير مألوفة، أن تعطي الإدارة نفسها الحق في تعديل العقد وشروطه في أي وقت أو الحق في فرض جزاءات على المتقاعد معها في بعض الحالات أو الحق في إلغاء العقد في أي وقت وبدون إنذار أو حتى بدون تعويض.

وغالباً ما يتضمن العقد نفسه شروطا غير مألوفة إلا أنه من الممكن أن تكون موجودة خارجة في قانون أو لائحة إذ كان العقد يحيل إلى ذلك القانون أو تلك اللائحة ومثال ذلك أن يحيل العقد إلى أحكام قانون الصفقات العمومية.[2]

كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريا، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق، إذ أنه اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام، لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة.[3]

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 12.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 86.

[3] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 32.

ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه، متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك على درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد ومن ذلك، قول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 16 ديسمبر سنة 1956 وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري. [1]

وفي فرنسا وفي مصر للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هي أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الخصوص: وأخذ بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص».[2]

ولقد أخذ القضاء الإداري السوري بمعيار الشروط غير المألوفة لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا من المسلم به أن العقد الإداري مع كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريا، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق، إذ أنه اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام، لما تراه من

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 14.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 33.

مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة.[1]

ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه، متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك على درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد ومن ذلك، قول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 16 ديسمبر سنة 1956 وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري.[2]

وفي فرنسا وفي مصر للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هي أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الخصوص: وأخذ بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص». ولقد أخذ القضاء الإداري السوري بمعيار الشروط غير المألوفة لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا.[3]

من المسلم به أن العقد الإداري ويرجع في تحديد وصف الشرط بأنه غير مألوف في عقود القانون الخاص إلى القانون الإداري أو إلى القاضي العادي أو إلى محكمة تنازع الاختصاص، حسب ظروف نظر الدعوى، ذلك قد يحدث تردد أو

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 88.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 15.

[3] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 34.

خلاف حول شرط من الشروط من ذلك شرط فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة ببعض التزاماته، فقد اعتبرته محكمة النقض الفرنسية لا يدخل ضمن الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، بينما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع من الشروط المألوفة. [1]

وأيا كان المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتمييز الشرط غير المألوف، فإن تطبيقه العملي يمكن أن تؤدي إلى نتائج مختلفة. فشرط من الشروط قد تعتبره إحدى المحاكم غير مألوف في القانون الخاص بينما تعتبره محكمة أخرى مألوفاً، وذلك لأن الأمر لا يتعلق بمعيار رقمي ليس من شأنه أن يثير خلاف بين المطبقين. ويلاحظ أن الشرط غير المألوف الذي يجعل عقد الإدارة إدارياً لا يتحقق إذ فرض التزامات على عاتق الإدارة، لأن الأمر في هذه الحالة لا يتعلق بسلطات لصالح الإدارة، أو التزامات على عاتق الطرف الآخر. وقد رفض القضاء اعتبار بعض الشروط شروط فادحة أو استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ومن هذه الشروط:

1- النص في دفتر الشروط على إبرام العقد عن طريق المناقصة.
2- تحديد مدد تنفيذ بنود العقد وجزاءات التأخير في التنفيذ.
3- اشتراط فسخ العقد بقوة القانون في حالة مخالفة بنود العقد، أو الإخلال بالالتزامات المترتبة عليه.[2]

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 16.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 35.

4- تعهد المشروع بأن يصدر المنتجات المحلية للخارج، وأن ينشئ وظائف جديدة. كما أن وجود الشرط غير المألوف في العقد يدل على اتجاه إرادة الطرفين إلى اعتبار العقد إدارياً، لذلك قيل أن قصد المتعاقدين بين الخضوع لأحكام القانون العام أو الخاص يتضح من شروط العقد، ولا شك أن الأطراف العقد الحرية بتحديد الشروط التي سيتم فيها تقديم الأداءات المتقابلة تنفيذاً للعقد، ويقوم القاضي بتقدير ما إذا كانت هذه الشروط تتوافق مع نظام القانون الإداري وتخضع بالتالي لاختصاص القضاء الإداري أم لا.[1]

ومعنى ذلك أن إرادة المتعاقدين لها دور لا يمكن إنكاره في تحديد الاختصاص القضائي عن طريق تحديد شروط العقد. وذلك رغم أن تحديد الاختصاص القضائي هو أصلاً من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهنا لا توجد مخالفة لقواعد الاختصاص، لأن القانون يخول الأفراد سلطة تحديد شروط العقد، ومن خلال تقدير القاضي لهذه الشروط يتحدد القضاء المختص.[2]

ثانياً: مظاهر الشروط الغير المألوفة

1- الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر. وبمقتضى هذه الشروط تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد معها، وبإرادتها المنفردة، التزامات تجعل موقف المتعاقدين منها في العقود الإدارية غير متكافئ. فمنذ الخطوات الأولى في إبرام العقود الإدارية يتجلى هذا الإخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين. ومع ذلك توجد بعض الشروط التي لا يعدها القضاء استثنائية إلا

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 17.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 90.

إذا كانت الإدارة تتمتع فيها بسلطة تقديرية كاملة في تقريره بغض النظر عن إرادة الطرف الآخر في العقد، فالفرد الذي يتقدم بقصد التعاقد في مناقصة أو مزايدة عامة يلتزم بمجرد تقدمه، أما الإدارة فلا تلتزم إلا في وقت متأخر، وقد لا تلتزم إطلاقاً. بل وقد تحتفظ بحقها في التحرر مطلقاً من العقد،[1] فالإدارة تحتفظ لنفسها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة، وبسلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، دون حاجة لرضا الطرف الآخر. وأخيراً إن من تلك الشروط ما يخول الإدارة توقيع عقوبات على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى وقوع ضرر أو اللجوء إلى القضاء.[2]

2- شروط تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، أي أنها تخول المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الإدارة عادة، وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد الإداري، وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها في العقود التي تقع في نطاق القانون الخاص.[3]

وعلى هذا الأساس كثيراً ما تتضمن عقود الالتزام شروط تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات البوليس، أو حق نزع الملكية، أو فرض ارتفاقات معينة، كما أن المقابل الذي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجراً مقابل الخدمة. كما أنه نجد في عقود الأشغال العامة شروط تخول

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 37.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 17.

[3] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 92.

المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة، دون حاجة الرضاء ملاكها مقدماً.

2- الإحالة إلى دفاتر شروط معينة: إن الإدارة كثيراً ما تعد شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية، وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مسبقاً قبل التعاقد، وتعتبر جزء من العقد الإداري بعد إبرامه بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد الآخر. فإذا لم يتضمن العقد شرطاً غير مألوف، ولكنه أحال إلى دفاتر الشروط تلك. فهل تعد هذه الإحالة بمثابة شرط استثنائي يضفي الصفة الإدارية على العقد؟ تتوقف الإجابة على طبيعة الشروط الواردة في الدفتر المشار إليه، فإذا كانت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة فلا شك أن العقد يصبح إدارياً، لأن الإحالة على دفتر معين يجعل الشروط الواردة به جزء من العقد وكأنها وردت به. أما إذا كانت الدفاتر المحال إليها لا تتضمن شروط غير مألوفة فإن الإحالة لا تتضمن ما يفيد تحديد طبيعة العقد.[1]

3- شروط تجعل الاختصاص للقضاء الإداري : ولكن لا يؤخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، فلا قيمة إطلاقاً للشرط إذا كانت طبيعة العقد واضحة، فإذا كانت العقد إدارياً بطبيعته لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة،[2] فإن شرط الاختصاص مجرد تأكيد الحقيقة ثابتة من قبل، وفائدة هذا الشرط تتجلى في حالة ما إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة، بمعنى أن العقد الذي ورد به الشرط قد يكون إدارياً أو خاصاً وفقاً لإرادة المتعاقدين، ففي هذه الحالة إذا كانت الشروط

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 94.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 37.

غير قاطعة على إضفاء الصيغة الإدارية على العقد لكونها مجرد قرائن ترجح الصبغة الإدارية فحينئذ يكون شرط الاختصاص بالإضافة إلى القرائن الأخرى العامل الحاسم في إبراز صفة العقد الإدارية.

4 – اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام، إذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة أو القرائن السابقة، فإن القضاء الإداري في فرنسا يعتبره إدارياً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى اشتراك المتعاقدين في مباشرة تسيير المرفق العام.

وعلى هذا الأساس، استقر القضاء الإداري على أن عقد الامتياز، أو الالتزام هو عقد إداري باستمرار لأنه يؤدي إلى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق العام بنفسه.

5– العقود التبعية والتكميلية إذا كان العقد موضوع النزاع قائماً بذاته، فإنه يمكن تحديد طبيعته القانونية في ضوء الضوابط السابقة. على أنه إذا صادفنا في العمل حالة العقود التكميلية والتبعية التي لا توجد إلا مستندة على عقد سابق، هنا تمتد طبيعة العقد الأصلي إلى العقد التكميلي أو التبعي، وتأخذ حكم العقد الذي تتبعه فيما إذا كان إدارياً أو مدنياً.[1]

04/معيار العقد الإداري في الجزائر: إن المعيار الوحيد المعتمد في القانون الجزائري لتحديد نطاق القانون الإداري هو المعيار العضوي القائم على مبدأ أن القانون الإداري هو قانون الإدارة إلا ما استثناه القانون وعليه فكل عقد تبرمه الإدارة يعد عقدا إداريا إلا ما استثناه القانون بنص صريح ويمكن الإستدلال على ذلك بنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "**المحاكم الإدارية هي جهات**

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 102.

الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"

وكذلك نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة على أن تطبق أحكامه على "**الصفقات العمومية محل نفقات الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما يكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة".**

<u>أنواع العقود الإدارية</u>

للعقود الإدارية تقسيمات عديدة، تتنوع وتصنف حسب الزاوية المنظور منها، وأشهر هذه التقسيمات، تقسيم العقود الإدارية إلى عقود إدارية مسماة وعقود إدارية غير مسماة أو العقود الإدارية بطبيعتها.

ويقصد بالعقود الإدارية المسماة، تلك العقود الإدارية التي نظم القانون أحكامها، ووضع لها نظاماً قانونياً محدداً، وجعل لها اسماً ، ومن أمثلة العقود الإدارية المسماة، ما جاء ذكره في المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر المادة 210 والمرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة امن المادة (52 للمادة 57) والتي نصت على أن صور عقود تفويض المرافق العامة هي عقود الإمتياز وعقود إيجار المرفق العام، وعقود الوكالة المحفزة، وعقود تسيير المرافق العامة، وكذلك نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن موضوع الصفقات

العمومية يكون إما في صورة عقد أشغال عامة أو عقود توريد أو عقود دراسات أو عقود خدمات.

والتحديد السابق على سبيل البيان فقط لأشهر العقود الإدارية لا على سبيل الحصر فمن الناحية الموضوعية كل ما تكاملت الأركان السابقة البيان في عقد من العقود كان إداريا

أولا: عقد الالتزام أو الامتياز: هو عقد من عقود الإستغلال غير المياسر للمرافق العامة ويمكن تعريفه بأنه عقد يعهد بموجبه شخص معنوي عام لأحد الخواص باستغلال مرفق عام لمدة محددة باسمه وعلى مسؤوليته ولحساب الإدارة في مقابل رسوم يتقاضاها من المرتفقين، وعرفته المادة 53:**من المرسوم التنفيذي 18-199** "الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إمّا إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإمّا تعهد له فقط استغلال المرفق العام".

ولعقد الإمتياز دائماً مدة محدودة، وإذا كانت تتميز بطولها عادة إلا أنها لا يمكن أن تزيد في كل الأحوال عن ثلاثين سنة تمدد لأربع سنوات كحد أقصى (م 53 السابقة).

ويتضمن عقد الإمتياز نوعين من الشروط

01- شروط عقد الامتياز التنظيمية (اللائحية):

وهي الشروط الغير تفاوضية التي تقررها الإدارة لمصلحة الأفراد والمتعلقة بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين، ويمكن تمييزها بأنها تلك الشروط التي دائما تبقى في العقد حتى لو سيرته الإدارة تسييرا مباشرا، هذه الطائفة من الشروط يكون للإدارة حق تعديلها في أي وقت تشاء بإرادتها المنفردة، ودون توقف ذلك على قبول الطرف الآخر أو رضائه بذلك.

02-شروط عقد الامتياز التعاقدية:

والطائفة الثانية من الشروط هي شروط تعاقدية، وهي الشروط التي تتعلق بحقوق الملتزم المالية، والقاعدة فيها أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فإنه لا يجوز للإدارة العامة تعديل هذه الشروط إلا بالاتفاق مع الملتزم وبرضاه وهي مقررة لمصلحة الملتزم.

ثانيا- عقد الإشغال العامة:

عقد الأشغال العامة هو عقد بين الإدارة العامة وأحد أشخاص القانون الخاص، محله القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب جهة الإدارة، في مقابل مادي متفق عليه، ويستهدف تحقيق مصلحة عامة[1].

وليس من الضروري أن يكون العقار موضوع العقد مملوكا للإدارة بل كفى أن يتم العمل لحساب شخص من أشخاص القانون العام ولابد أن يكون الهدف من إبرام عقد الأشغال العامة تحقيق الصالح العام وبالتالي فإن دور القائم بأعمال الإنشاء

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 47.

أو الصيانة أو الترميم أو البناء يقتصر على ذلك دون استغلال المشروع أو مرفق أو التربح من ورائه أو إدارته، ولعقد الأشغال العامة خصائص ومحددات:

01- **أن ينصب الالتزام في العقد على عقار:** محل عقد الأشغال العامة "القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار"، بمعنى أنه من الرئيسي والجوهري، أن ينصب الالتزام على "عقار"، فلو أبرمت الإدارة العامة عقداً ببناء أو ترميم أو صيانة"منقول" مهما كان حجمه كالسفينة مثلا، كان هذا العقد خارج دائرة عقود الأشغال العامة.

02- أن يكون محل العقد لصالح أحد أشخاص القانون العام: يجب أن يكون الشغل لصالح أحد أشخاص القانون العام، فهم المنوط بهم السهر على تحقيق الصالح العام.

03- أن يستهدف العقد تحقيق مصلحة عامة: إن أشخاص القانون العام لا تسعى إلا لتحقيق الصالح العام، ويربط مجلس الدولة الفرنسي عقد الأشغال العامة بالمال العام، فالعقد عقد أشغال إذا انصب الالتزام فيه على عقار يدخل في الدومين العام، أما إذا تعلق بعقار من عقارات الدومين الخاص، فلا يعتبر العقد عقد أشغال عامة، ثم تطور قضاء مجلس الدولة، إلى اعتبار العقد عقداً من عقود الأشغال العامة إذا استهدف تحقيق مصلحة عامة، سواء انصب العقد على عقار من عقارات الدومين العام، أو عقار من عقارات الدومين الخاص.

ثالثا : عقد التوريد: يعرف عقد التوريد بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وأحد الخواص يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات للشخص المعنوي العام بمقابل.

رابعا: عقد النقل: عقد النقل الإداري هو اتفاق بين جهة الإدارة وفرد او شركة يتعهد بمقتضاه فرد او شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة.

خامسا: عقد تقديم المعاونة :وهو اتفاق بين جهة ادارية وأحد الخواص يلتزم بمقتضاه بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات إنشاء أو تهيئة أو تجهيز مرفق عام، فإذا ما وافقت الجهة الإدارية المختصة على مساهمة المتطوع في تقديم مساعدات لمرفق عام أو لأشغال عامة، انعقد عقد تقديم المعاونة وهو من العقود الإدارية بطبيعتها.

سادسا: عقد القرض العام: وهو إتفاق بين الإدارة وأحد الخواص بتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة (أو بنك) بقرض مبلغا من المال إلى شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية .....)،مقابل فائدة سنوية محددة.

سابعا: عقد إيجار الخدمات :وهو اتفاق بمقتضاه يقدم أحد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل.

إبرام العقود الإدارية

تختلف العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص في كيفية إبرامها فإذا كانت الأخيرة تنعقد غالبا بمجرد تطابق إرادة المتعاقدين فإن العقود الإدارية محاطة بمجموعة من الإجراءات والتعقيدات التي تحيط بها سواءا في المرحلة التحضيرية لانعقادها أو أثناء إبرامها وحتى بعده.

أولا: القيود السابقة للتعاقد: هي عديدة ومتنوعة لكن أهمها

01/ الإذن المالي: في أغلب الحالات تكون التزامات الإدارة في صورة التزامات مالية يجب عليها أداؤها لذلك في حالة عدم وجود اعتمادات مالية فإن الإدارة ستكون عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها رغم أن العقد يعد صحيحا عملا بقاعدة فصل القانون المالي عن القانون الإداري، لكن الإعتبارات العملية التي تجعل من المستحيل على الطرف المتعاقد معرفة وجود الإعتماد المالي من عدمه تحتم على المشرع التدخل والنص على ضرورة ذلك.

02/الحصول على تصريح بالتعاقد: هذا الشرط خاص ببعض العقود ذات الأهمية الخاصة نظرا لقيمتها المالية أو لأهميتها الإستراتيجية، لذلك عده الفقه الفرنسي شرطا من النظام العام يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التمسك به في مواجهتها وله في المقابل الحق في التعويض عما يلحقه من أضرار جراء تجاوز الإدارة لهذا الإجراء المهم ويقيم مسؤوليته إما على أساس خطأ الإدارة أو الإثراء بلا سبب إذا كانت الإدارة قد انتفعت من نفيذه لالتزاماته، أما إذا كان هو المستفيد من العقد فلا مسؤولية عليه مع مراعاة قاعدة حسن النية.

ويأخذ الإذن المسبق بالتعاقد عدة صور فقد يكون من البرلمان في صورة قانون، وقد تصدر عن مجلس الوزراء في صورة مرسوم رئاسي م4/49 من م ر 15-247 كما قد تكون في صورة مرسوم تنفيذي عن الوزير الأول: أو قرار وزاري صادر عن الوزير، أو لجنة يحدثها القانون على مستوى الإدارة كلجان الصفقات العمومية التي تمنح التأشيرة.

03/الإستشارة: قد يفرض القانون على الإدارة استشارة جهة معينة قبل أن تتعاقد

04/ تحديد وضبط الحاجيات الأساسية للإدارة قبل التعاقد: بالتحقق من أن المشروع وارد في خطة التنمية، وفي الميزانية، وقيمة الاعتمادات المالية المدرجة له ومدى كفايتها لتنفيذه ودراسة الجدوى الاقتصادية والاجتماعية للمشروع، أو المرفق.

ونصت المادة 01/27 من م ر 15-247 على أن " تحدد حاجات المصلحة المتعاقدة الواجب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية"

ثانيا: الإعتبارات العامة الواردة على الإدارة عند اختيار المتعاقد معها:

01-المصلحة المالية :ومقتضى هذا الإعتبار هو توفير أكبر قدر من الأموال للخزينة العامة وبناءا على هذا الإعتبار يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة أن تلتزم باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أحسن وأفضل الشروط المالية.

02- المصلحة الفنية: على الإدارة أن تلتزم بالتعاقد مع الأكفأ والأقدر فنيا على تحقيق أغراض العقد الإداري بصرف النظر عن إعتبار المصلحة المالية للخزينة العامة . وهذا الإعتبار يؤدي إلى منح الإدارة قدرا من الحرية في نطاق إختيار الطرف المتعاقد معها.

03- العدالة القانونية: وتقوم على ضرورة كفالة حماية الأفراد وتحقيق الضمانات اللازمة لهم من تعسف السلطات الإدارية المتعاقدة وإساءة استعمال حريتها في الإختيار للطرف المتعاقد معها.

ثالثا: كيفية اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة:

تلتزم السلطة الإدارية في اختيار الطرف المتعاقد معها على طريقة المناقصات والمزايدات العامة (طلبات العروض) وتعرف بأنها مجموعة الإجراءات التي تفرض القوانين واللوائح العامة اتباعها على الإدارة بقصد الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة.

وتقوم طريقة المناقصات والمزايدات العامة في اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة على ثلاثة مبادئ أساسية وهي:

01-مبدأ العلانية: لتحقيق الغرض والقصد من المناقصات والمزايدات العامة لابد من احترام وتطبيق مبدأ علانية المناقصات والمزايدات العامة في جميع مراحلها، ويتطلب تحقيق هذا المبدأ الإعلان مقدما عن تاريخ ومكان إجراء عملية المناقصات والمزايدات العامة، بطريقة تضمن وتكفل علم جميع المتعاملين الإقتصاديين بها.

02 - مبدأ المنافسة: يعني هذا المبدأ إفساح المجال إلى جميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات والمزايدات العامة، والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم شروط المناقصات والمزايدات العامة دون تمييز بينهم على أسس شخصية أيا كانت ، ويساعد على تحقيق وقيام مبدأ المنافسة الحرة هذا مبدأ العلانية السابق ذكره.

03- مبدأ المساواة: ويقصد بهذا أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا وعدم المفاضلة بينهم في الإجراءات أو الآجال ...الخ.

ونص القانون الجزائري على طرق إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

آثار العقد الإداري

أولا: سلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها

للإدارة سلطة كاملة في توجيه تنفيذ العقد وفي الرقابة على تنفيذه في مختلف مراحله، ويعترف غالبا بهذه السلطة في العقد نفسه.

وتمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات للمتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف

وتتمتع الإدارة إلى حد ما بسلطة تعديل أحكام العقد بصفة انفرادية، وسلطة التعديل المعترف بها للإدارة باعتبارها طرفا للعقد تميز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص بحيث إن هذا الأخير لا يمكن تعديله إلا بإرادة وموافقة الطرف الآخر.[1]

وللإدارة الطرف في العقد، عندما لا ينفذ المتعاقد معها الإلتزامات المنصوص عليها في العقد (كالتأخير في التنفيذ، والإهمال)، أولا إمكانية اللجوء إلى القاضي للحصول على إدانة المتعاقد ليدفع للإدارة تعويضات وفوائد، ويمكن كذلك للقاضي أن يعلن عن فسخ العقد على حساب الطرف العاجز.[2]

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 79.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 433.

إن فسخ العقد يمكن أن يتم من جهة بإتفاق من الطرفين كما هو الحال في القانون الخاص فهو يسمى بالفسخ الإتفاقي ويمكن من جهة ثانية أن يكون الفسخ كذلك بتدخل من القاضي سواء بناءا على طلب من الإدارة أو بناء على طلب من المتعاقد معها، ومن جهة ثالثة يجوز للإدارة إذا أخل المتعاقد معها بإلتزاماته بصورة جسيمة أن تفسخ العقد أو حتى في حالة عدم إرتكابه لخطأ إذا كان الفسخ مبنيا على مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها إما بقرار فردي أو بقرار تنظيمي.

01/ سلطة الإدارة في الرقابة على التنفيذ: تبقى الإدارة المسؤول الأول والأخير عن حسن سير المرافق العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، وهذا يمنحها الحق في الرقابة على حسن تنفيذ المتعاقد لعقده المتعلق بالمرفق العام.

أ – **مفهوم سلطة الرقابة:** يطلق مصطلح الرقابة للدلالة على معنيين:

- المعنى الضيق، أي تحقق الإدارة من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، وذلك من أجل التأكد من سلامة التنفيذ، وبهذا المعنى تكون سلطة الرقابة مرادفة لمعنى الإشراف، وهذا يتم عادة عن طريق إرسال الإدارة بعض فنييها لزيارة مواقع العمل والتأكد من تنفيذه وفقاً للشروط المتفق عليها.[1]
- أما المعنى الثاني فهو المعنى الواسع، حيث يجوز للإدارة التدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، ويحدث ذلك إذا ما استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع،

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 434.

وذلك في غير الحالات المنصوص عليها صراحة في العقد،[1] شريطة ألا تؤدي هذه السلطة لتعديل العقد الإداري الانفرادي وذلك كإصدار الإدارة التعليمات للمتعاقد أو اتباع طريقة معينة بالتنفيذ واستبعاد الطريقة المتبعة، في هذه الحالة تأخذ الرقابة معنى التوجيه للمتعاقد.[2]

- **ب الأساس القانوني لسلطة الرقابة:** قد يرد النص على سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد في العقد الإداري نفسه أو في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة، وقد يرد النص عليها في بعض النصوص القانونية المنظمة لطائفة من العقود الإدارية إلا أن النص على هذا الحق في العقد يكون كاشفاً ومنظماً لا منشأ له، حيث إن عدم نص العقد على حق الرقابة لا يحرم الإدارة من سلطتها في مراقبة تنفيذ العقد فهذا الحق الأصيل للإدارة تستمده من المبادئ العامة للقانون الإداري وليس من نصوص العقد. [3]

فمن المتفق عليه أن هذا الحق من النظام العام. ورغم ثبوت هذا الحق للإدارة إن نص عليه العقد أم لا فقد ثار خلاف فقهي حول الأساس القانوني لهذا الحق ونستعرض من بين هذه الآراء الفقهية ما يلي فقد ذهب الدكتور سليمان الطماوي أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة ويذهب رأي آخر إلى أن المرفق العام غير كاف لوحده كأساس لهذه السلطة بل يجب الأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين الإدارة المفترضة) لحظة إبرام العقد.

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 79.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 435.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 80.

فالإدارة لا تستطيع التخلي عن وظيفتها بشكل كامل في تحقيق المصلحة العامة هذا من جانب، ومن جانب آخر أن المتعاقد قد وافق على التعاون مع الإدارة للإشباع الحاجات العامة عن طريق حسن تسيير المرفق العام وهذا يدل على قبول المتعاقد مع الإدارة الخضوع لقواعد القانون العام التي تحكم العقود الإدارية. [1]

وهناك رأي ثالث يرى أن استخدام هذه السلطة هو أحد أوجه امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

وأخيراً فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية عام 1968 إلى أن سلطة الرقابة لها أساس قانوني مزدوج، يتكون من فكرة تحقيق المصلحة العامة وما تفتضيه من تحقيق مقتضيات المرافق العامة، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة، كون سلطة الرقابة أحد تطبيقاتها.[2]

ج: مجال تطبيق سلطة الرقابة: حيث تستخدم هذه السلطة في جميع العقود الإدارية، ولكن نطاق استخدامها يختلف باختلاف نوع العقد، وذلك وفقاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام ففي عقود الأشغال العامة تصل هذه السلطة إلى أبعد مدى لها حيث أن الإدارة تبقى صاحبة المشروع الذي ينفذه المتعاقد معها، فلا تقتصر رقابة الإدارة في هذا النوع من العقود على المعنى الضيق "الإشراف" وإنما تمتد لتشمل الرقابة بمعناها الواسع "التوجيه"، حيث يجب على الإدارة أن تراقب تنفيذ نصوص العقد

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 82

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 91.

بدقة فائقة، وتقوم بتوجيه الأوامر للمتعاقد خلال تنفيذ العقد، والتدخل في أوضاع تنفيذ العقد.[1]

وتمارس الإدارة رقابتها عن طريق إرسال مندوبين عنها يعيشون في المشروع ويراقبون يومياً سير الأعمال وحسن تنفيذها من الناحية النوعية والكمية، وكذلك صلاحية الأدوات والمواد المستعملة، وفي حال وجود مخالفات بالتنفيذ تقوم الإدارة بتوجيه الأوامر الإدارية للمتعاقد الذي عليه الالتزام بها كونها تعد قرارات إدارية فردية ملزمة، مع حق المتعاقد التظلم منها إدارياً إذا كانت غير مبررة قانونياً، من خلال الاعتراض عليها، لكي يسمح له فيما بعد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، ودون أن يكون له التوقف عن تنفيذ هذه القرارات.[2]

أما في عقود التزام المرافق العامة فيجب التوفيق بين فكرتين أساسيتين تسودان تنفيذ العقد، وهما فكرة كون الإدارة لا تستطيع التخلي عن تأمين سير المرفق العام موضوع العقد، وثانياً فكرة أن إدارة المرفق هي من شأن الملتزم يدير والإدارة تراقب.[3]

فالملتزم يستأثر بإدارة المرفق العام وتسييره وتتحقق سلطة الرقابة في عقود الالتزام تحت مظهري الرقابة الفنية والمالية، وتهدف الرقابة الفنية إلى التأكد من أن الملتزم يدير المرفق وفقاً للقواعد التنظيمية التي تضعها الإدارة في سبيل ذلك، ومن قيام المتعاقد بصيانة المرفق وذلك بهدف التأكد من أن الملتزم يسير المرفق العام بانتظام واضطراد.

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 436.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 82.

[3] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 90.

أما الرقابة المالية فتتمثل بحق الجهة مانحة الالتزام بالتفتيش على حسابات المتعاقد الخاصة باستغلال المرفق العام، والنتيجة أن رقابة الإدارة على الملتزم في عقود الالتزام تكون ضمن حدود معينة فتأخذ معنى الإشراف فقط دون أن تتضمن توجيهاً من جانب الإدارة للملتزم أو تدخلاً في إدارة المرفق على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، حتى لا تنقلب هذه السلطة إلى سلطة وصاية وبالتالي يصبح المتعاقد موظفاً لدى الإدارة، وهذا يتنافى مع الطبيعة القانونية للعقد.[1]

وفيما يتعلق بعقود التوريد حيث تضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام، فتكون سلطة الرقابة في هذه العقود أقل بكثير منها في عقود الأشغال العامة، فالأصل فيها أن يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ، وهذا يعني أن سلطة الإدارة في الرقابة تبقى في حدود الإشراف فقط، دون سلطة التوجيه، وليس للإدارة سوى فحص التوريدات للتأكد من مطابقتها للشروط العقدية، وذلك كله طبعاً في عقود التوريد العادية.

أما في عقود التوريد الصناعية وهي نوع خاص من عقود التوريد حيث تتداخل عناصر التصنيع مع عناصر التوريد، فالأمر يكون مختلفاً حيث يكون للإدارة رقابة دائمة على التصنيع ذاته، ووسائله من الناحية الفنية والإدارية والمالية، ففي هذا النوع الخاص من عقود التوريد تتسع سلطة الإدارة في الرقابة من مجرد الإشراف لتصل إلى نواحي التوجيه.

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 92.

د حدود سلطة الرقابة: إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست مطلقة بل تمارس ضمن ضوابط معينة فالإدارة منحت هذه السلطة لتحقيق هدف معين وهو تأمين حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا قامت الإدارة باستعمال سلطة الرقابة لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام المتصل بالعقد عد ذلك إساءة الاستعمال السلطة الأمر الذي يخرج قرارها عن إطار المشروعية وبالتالي تعويض المتعاقد في حال الحاق الضرر به وإعطائه الحق بمنازعة القرار بعدم الشرعية وكذلك يتم تعويض المتعاقد إذا أدت الإدارة القانونية إلى قلب التوازن المالي للعقد.[1]

كما أنه يتعين أن لا تصل سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه إلى حد التعديل الانفرادي لموضوع العقد أو شروطه، فسلطة الرقابة بمعناها المزدوج الإشراف والتوجيه لها حد معين تقف عنده، فلا يجوز استخدام سلطة الرقابة لتغيير الشروط المنصوص عليها صراحة في العقد أو تعديل طبيعة العقد.

إن ممارسة الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه هو واجب على الإدارة مع كونه حقاً لها لا تستطيع التنازل عنه أو تجاهله، لأنه من النظام العام سواء نص عليه في العقد أم لا وذلك لان الإدارة تبقى المسؤول الأول والأخير عن حسن تنفيذ العقد المتعلق بالمرفق العام.

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 93.

2/ حق التعديل الانفرادي لبنود العقد: إنه من القواعد المستقرة لدى الفقه والقضاء الإداريان في العصر الحديث، في كل من مصر وفرنسا وسوريا أن الإدارة تملك حق التعديل في أحكام عقودها الإدارية أثناء تنفيذها وبإرادتها المنفردة.[1]

أ – مفهوم سلطة التعديل: إن الأصل في العقود الإدارية كما هو الحال في العقود المدنية أنها تخضع للقاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يحددها القانون وذلك حسب نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري)، ويظهر ذلك بموقف مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره عام 1923 حيث قرر إن العقد الإداري كما العقود المدنية تقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن الأطراف العقد إن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة وكذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها رقم 3565 تاريخ 2/2/ 1993 إن العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها اصل عام هو إن العقد شريعة المتعاقدين حيث تقوم قواعده مقام قاعدة القانون بالنسبة لطرفيه.[2]

وقد أيد الفقه في مصر هذه القاعدة إلا إن الإدارة تستطيع الخروج عن هذه القاعدة استثناء إلى قاعدة أخرى أصيلة تمتاز وتختص بها العقود الإدارية، وهي إن العقد شريعة المرفق العام وذلك إذا اقتضت الظروف المستجدة بالمرفق موضوع العقد قيام الإدارة بتعديله بإرادته المنفردة والإدارة لدى استعمالها لسلطة التعديل

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 437.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 83.

الانفرادي لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، بل تحاول تغيير الشروط المنصوص عليها صراحة في العقد إما بالزيادة أو النقصان.[1]

وهذه السلطة يتم النص عليها صراحة في العقد أو في القوانين أو اللوائح وفي هذه الحالة فلا خلاف حول حق الإدارة في استخدامها، أما عندما لا يرد نص صريح بذلك في العقد أو القوانين أو اللوائح فحينئذ يدقق بالأمر، ففي فرنسا وهي مصدر نظرية التعديل الانفرادي ينقسم الفقه بهذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات أولها وهو الرأي الراجح يؤيد وجود هذا الحق مستقلاً عن النص عليه بالعقد، وثانيها وهو رأي الأقلية فيذهب إلى مهاجمة حق الإدارة في التعديل وينكر عليها هذا الحق وثالثهما وهو رأي الفقيه (جيز) حيث اتخذ موقف وسط أيد حق الإدارة في التعديل، ولكنه قصره على عقدي الأشغال العامة والالتزام فقط دون سواهما.[2]

أما في الجزائر فيذهب الرأي الراجح في الفقه إلى تأييد هذا الحق للإدارة دون نص عقدي أو قانون، وإضافة إلى ذلك فقد نص على هذا الحق في قانون الصفقات العمومية في المواد 135 ومايليها تحت إسم الملحق.

وغالبية الفقه الفرنسي اقر للإدارة حق تعديل العقد انفرادياً دون حاجة لنص تشريعي أو عقدي والمستند القانون لذلك هو مقتضيات المصلحة العامة.[3]

وتجدر الإشارة إلى إن الحكم القضائي الذي أوجد اللبنة الأولى لهذا الحق هو حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1902 في قضية الشركة الجديدة لغاز مدينة دوفل

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 438.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 97.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 84.

روان حيث أعطى هذا القرار الحق للإدارة بإلزام المتعاقد معها بمواءمة المرفق العام مع المتطلبات الجديدة للسكان وهي الاستفادة من الإنارة بالكهرباء بدلاً من الإنارة بالغاز.[1]

حيث لم يكن قبل هذا التاريخ من حق الإدارة تعديل عقودها الإدارية إلا بالاتفاق مع الطرف المتعاقد معها، وبعد ذلك التاريخ تتالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي حيث أصبح مجلس الدولة ثابت الرأي بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية انفرادياً دون الحاجة للنص على ذلك في العقد.[2]

ب: الأساس القانوني لسلطة التعديل: لقد أصبح هناك إجماع فقهي وقضائي على حق الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية دون نص يبيح ذلك في العقد، وذلك لضرورات المصلحة العامة، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا حول الأساس القانوني لهذه السلطة وانقسموا إلى عدة أراء وهي:

* **معيار السلطة العامة:** يرى بعض الفقهاء في فرنسا ومصر أن الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل انفرادي سببه كون الإدارة سلطة عامة تمارس حقها في اتخاذ القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، وهو مظهر من مظاهر السلطة الإدارية ويشمل جميع شروط العقد.[3]

وان استخدام الإدارة لهذا الحق ليس امتياز تعاقديا بل هو امتياز تنظيمي، وهذا الرأي منتقد وشبه مهجور في الوقت الحالي حيث لا تستطيع الإدارة تعديل

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 439.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 99.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 88.

جميع شروط العقد بإرادتها المنفردة، بل تملك فقط تعديل الشروط المتعلقة بسير المرفق.[1]

وإذا قلنا بان هذا الحق هو امتياز تنظيمي للإدارة فذلك يعني أن الإدارة تستطيع استخدامه في جميع الأوقات، ولها سلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن إلا أن ذلك ليس صحيحاً حيث إن سلطة الإدارة في التعديل مقيدة فلا تستطيع استخدامها إلا للضرورات المرافق العامة، والتسليم بهذا الحق يعني أن المتعاقد ما هو إلا فرد عادي تابع للإدارة عليه تنفيذ قراراتها وهذه يتنافى مع مفهوم العقد الإداري الذي هو توافق إرادتين.[2]

* **معيار المرفق العام:** حيث أن غالبية الفقه لا يؤيد معيار نظرية السلطة العامة، بل يؤكدون أن ضرورات المرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لأن هذه الضرورات متجددة باستمرار فيجب على الإدارة أن تلائم على الدوام العقود الإدارية مع متطلبات المصلحة العامة المتجددة وذلك قد يتطلب أن تغير الإدارة من شروط العقد وتضع التزامات جديدة على المتعاقد معها. ويؤيد هذا الرأي في الفقه المصري الدكتور سليمان الطماوي حيث يقول "إن من المسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.[3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 440.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 99.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 86.

* **الأساس المزدوج لسلطة التعديل:** يرى قسم آخر من الفقهاء إن الأساس القانوني لحق التعديل الانفرادي هو بطبيعته أساس مزدوج يخلط بين مقتضيات المرفق العام ومتطلباته المتجددة من جهة وامتيازات السلطة العامة من جهة ثانية، وقد أكد القضاء المصري والجزائري هذه الفكرة بوصفها أساساً قانونياً لسلطة التعديل.[1]

إن فكرة مقتضيات المرفق العام هي الأساس القانوني السليم الذي يجب أن تبنى عليه سلطة التعديل الانفرادي للإدارة، لأن الإدارة عندما تبرم عقودها الإدارية لا تتخلى عن التزامها في تحقيق المصلحة العامة بل على العكس من ذلك فهي تبقى المسؤول دائماً عن حسن تسيير المرفق العام، وبالتالي تحقيق المصلح العامة وبما أن هذه المصلحة متقلبة وحجاتها متجددة فيجب على الإدارة أن تعدل عقودها المتعلقة بالمرافق العامة بما يناسب ويلبي هذه الحاجات المتجددة.[2]

ج/ مدى أعمال سلطة التعديل: إن الإجماع الفقهي والقضائي على تمتع الإدارة بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية لا يعني أن الإدارة تستطيع تعديل عقودها الإدارية بشكل مطلق، بل إن هذا التعديل مقيد فهو لا يتناول سوى الشروط العقدية المتعلقة بإدارة المرفق العام، وكذلك بالنسبة لنوع العقد واتصاله بالمرفق العام وذلك حسب الصور التالية

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 442.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 85.

* التعديل الكمي بالزيادة أو النقصان حيث تملك الإدارة وفي جميع عقودها الإدارية، القيام بتعديل التزامات المتعاقد معه زيادة أو نقصان وذلك من الناحية الكمية دون أن يكون لها الإجراء النوعي للعقد وذلك بتعديل طبيعة الالتزامات.[1]

***التعديل في طرق ووسائل التنفيذ:** حيث يحق للإدارة عند ملامستها حصول ابتكارات واكتشافات جديدة خلال تنفيذ العقد تكون أكثر فائدة من المشروعات القديمة أن تستخدم حقها في التعديل الانفرادي للبنود العقدية، وذلك لمواءمة المرفق مع المتطلبات الجديدة الناشئة عن الابتكارات الحاصلة وبما يتناسب مع المصلحة العامة.

حيث يمكن للإدارة أن تطلب من المتعاقد وتأمره باستخدام وسيلة فنية جديدة في التنفيذ بدلاً من الوسيلة المتبعة ولكن إذا تضرر المتعاقدين من جراء أوامر الإدارة هذه بالتعديل فإنه لهم الحق في التعويض.[2]

* **تعديل مدة التنفيذ:** يحق للإدارة عندما تجد ضرورة للإسراع في تنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة أن تقوم بتقصير مدة التنفيذ، وكذلك يحق لها أن تطيل أجل التنفيذ عندما تجد ضرورة لذلك كنقص في الاعتمادات المالية مثلاً ويحق للإدارة أخيراً أن تأمر بوقف تنفيذ العقد بشكل نهائي عندما لا تجد فائدة من إكمال العمل بالعقد، وفي كل هذه الحالات يحق للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر.[3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 445.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 100.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 90.

إن الإدارة تملك تعديل عقودها الإدارية كافة وبشكل انفرادي، إلا أن نطاق هذا التعديل يختلف من عقد لآخر تبعاً لنوع العقد ومدى صلته بالمرفق العام، حيث يتسع استعمال الإدارة لهذه السلطة في عقود التزام المرافق العامة نظراً لاعتبار الملتزم بمثابة النائب عن الإدارة في إدارة المرفق، وكذلك تتسع في عقود الأشغال العامة لكون الإدارة تبقى صاحبة المشروع الذي ينفذه المقاول، في حين يضيق استعمال الإدارة لهذا الحق في مجال عقود التوريد نظراً لصلتها بالمرفق العام.[1]

د/قيود استعمال سلطة التعديل: إن إرجاع سلطة التعديل الانفرادي إلى فكرة ضرورات المرفق العام يسمح بتحديد ظروف وشروط استعمال هذه السلطة، حيث لا يمكن للإدارة استعمال هذه السلطة إلا ضمن الشروط التالية.

* حدوث تغيير بظروف التعاقد خلال التنفيذ حيث يجب حدوث تغير وتبدل بالظروف المحيطة بالعقد خلال تنفيذه لم تكن في حسبان المتعاقدين عند إبرام العقد، وأن تكون هذه الظروف المستجدة تقف حائلاً دون تحقيق المصلحة العامة، وذلك حتى يتسنى إعمال سلطة التعديل الانفرادي للإدارة بتعديل شروط العقد بما يتفق مع الظروف الجديدة للمصلحة العامة، وهذا الشرط ضروري ومتفق عليه من معظم الفقهاء لكن الأمر مختلف عليه إذا لم يحدث تغيير في الظروف لكن الإدارة لم تقدر مقتضيات المصلحة العامة بالشكل الصحيح وقت ابرام العقد بل أخطأت في تقديراتها فهل يحق لها إجراء التعديل أم لا.[2]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 446.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 91.

حيث يذهب الدكتور سليمان الطماوي برأيه مؤيداً سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية الانفرادية سواء كانت الإدارة مخطئة أم غير مخطئة في تقديراتها حيث يجب تمكين الإدارة من تنظيم المرفق العام بما يحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن.[1]

بينما يرى الدكتور ثروت بدوي في رسالته عن عمل الأمير عدم إمكانية الإدارة تعديل عقودها انفرادياً في هذه الحالة، بل عليها تحمل مسؤولية الخطأ الذي وقعت فيه وقت الإبرام، بحيث يجب على الإدارة أن تقدر حاجة المرفق تقديراً سليماً منذ بداية الأمر

* **اقتصار التعديل على الشروط التنظيمية في العقد:** حيث أنه من الراجح إن سلطة التعديل لا تتناول سوى الشروط العقدية المتصلة بسير المرفق العام وحاجته، وبالتالي لا يجوز للإدارة وبأي حال من الأحوال أن تمس شروط العقدية الأخرى والتي لها صلة بالمرفق العام كالميزات والأفضليات الممنوحة للمتعاقد وأهمها المزايا المالية للمتعاقد.[2]

* **الالتزام بموضوع العقد:** حيث إن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي يجب أن تقف عند حدود معينة لا يمكن تجاوزها، فلا يمكن للإدارة أن تفرض على المتعاقد التزامات جديدة خارج موضوع العقد، بحيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد ما كان يقبل به لو عرض عليه في بادئ الأمر.[3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 447.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 101.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 90.

كون المتعاقد أقدم على العقد في ضوء إمكانياته المالية والفنية وتطبيقاً لذلك فلا يمكن للإدارة بتعديلها الانفرادي إعطاء محل جديد للعقد غير المحل المتفق عليه، أو تغيير نوع العقد أو موضوعه وإلا جاز للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ قرار الإدارة أو طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض الكامل عما يكون لحقه من خسائر.

لأن قرار الإدارة في مثل هذه الحالات يعد باطلاً بحيث يملك المتعاقد حق الامتناع عن تنفيذه وطلب إلغاءه من قاضي العقد.[1]

* **احترام مبدأ المشروعية:** حيث يجب على الإدارة عند تعديلها لعقودها أن تحترم قواعد المشروعية، وذلك بأن يكون قرارها بالتعديل مستوفياً لأركان صحته من حيث صدور القرار عن السلطة المختصة، واستيفائه للشكليات والإجراءات القانونية، وأن تكون الغاية من القرار تحقيق المصلحة العامة، أما إذا كان إجراء الإدارة مخالفاً لمبدأ الشرعية فإنه يكون باطلاً ومن حق المتعاقد طلب إلغاءه من القاضي الإداري.[2]

* **عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد:** حيث أنه وإن كان من حق الإدارة تعديل عقودها انفرادياً بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها كمياً، خلال تنفيذ العقد، إلا أنه لا يجوز لها بتعديلاتها أن تخل بالتوازن المالي للعقد، فتفرض التزامات جديدة على المتعاقد تجاوز الحدود الطبيعية أو المعقولة وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.[3]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 447.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 102.

[3]- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 448.

وفي حال حدوث ذلك فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد أو طلب فسخ العقد مع حقه في التعويض الكامل والشامل عن كافة الإضرار التي لحقت به من جراء تصرف الإدارة، أي تعويضه عن كافة الخسائر التي لحقت به وعن الأرباح المشروعة التي كان من الممكن أن يحققها لو استمر العمل بالعقد بالشكل الطبيعي، وهذا التعويض الكامل هو أحد أهم الآثار القانونية لنظرية فعل الأمير التي تعتبر سلطة التعديل الانفرادي إحدى تطبيقاتها.

3/ حق الإدارة في فرض الجزاءات: من الثابت قانوناً وفقها وقضاء أن الإدارة تملك حق فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء وذلك في حال إخلال المتعاقد، ودون اشتراط حصول الضرر للإدارة.[1]

وتعد هذه السلطة من أخطر الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية، وغاية هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام ضماناً لتحقيق المصلحة العامة.[2]

وخضعت الجزاءات الإدارية لتطور هام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فقد كانت الإدارة في حال إخلال المتعاقد في التزاماته العقدية تطبق العقوبات المنصوص عليها في العقد، فكانت تستمد سلطتها في فرض الجزاءات من نصوص العقد أو القوانين واللوائح، ومن ثم إذا لم يتم النص على مثل هذه العقوبات في العقد أو القوانين فلم يكن من حق الإدارة فرضها، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي ثابت

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 92.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 94.

القضاء على وجوب احترام النصوص العقدية، أما في حال سكوت العقد فقد كان القاضي الفرنسي يطبق عقوبة الفسخ.[1]

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا الاتجاه منذ عام 1907 في قراره في قضية (دبلانيك) حيث قرر حق الإدارة في فرض الجزاءات العقدية وإن لم ينص عليها في العقد مكرساً في ذلك مبدأ حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها حتى في حالة سكوت العقد، وكذلك فقد أقر هذا المبدأ في قضية شركة ملاحة بجنوب الأطلنطي 1929.[2]

ومن السمات العامة للجزاءات الإدارية أن تنفرد هذه العقوبات التي توقعها الإدارة في مجال عقودها الإدارية بخصائص تميزها عن تلك التي تقع في إطار العقود المدنية، وهذه الخصائص هي:

أ – حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها: حيث لتلك الإدارة حق توقيع الجزاءات بنفسها ودون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء لطلب ذلك. ويكون ذلك تحت رقابة القضاء في كل حال.

ب– حق فرض الجزاء دون نص خاص في العقد: غالباً ما تضمن العقد نصوص على مختلف الجزاءات التي يحق للإدارة فرضها بحق المتعاقد المخل بالتزاماته.

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 449.

[2] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 96.

ج- إنذار المتعاقد: وهذا يعني أنه قبل فرض أي عقوبة من قبل الإدارة بحق المتعاقد فإنه يتوجب على الإدارة إنذار المتعاقد على أن يتضمن الإنذار تنبيهه إلى الأخطاء المرتكبة والأسباب التي تتمسك بها الإدارة لفرض مثل هذه العقوبة.[1]

وفي فرنسا يذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 09-03-1928 إلى أن الإنذار قبل فرض جزاء غرامة التأخير لا قيمة له كون المتعاقد ملزم بدفع غرامة التأخير المنصوص عليها بالعقد إن حصل ضرر للإدارة أمر لا، بينما يذهب المجلس في حكم آخر له صادر 1957 إلى ضرورة الإنذار قبل فرض العقوبات الضاغطة المؤقتة أو عقوبات إنهاء العقد لأن الهدف من هذه العقوبات ليس الحصول على مقابل مالي بل لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته وهي استمرارية المرفق العام. [2]

إلا أنه يستفاد من بعض أحكام المجلس تعميم هذا الالتزام وجعله قاعدة عامة يجب التزام الإدارة بها ولكن مجلس الدولة يضع استثناءات على هذه القاعدة العامة فهي قد تعفى الإدارة من الإعذار في حال اتفاق الطرفين صراحة على ذلك في العقد أو ورود نص على ذلك في دفاتر الشروط أو القوانين وكذلك أعفى المجلس الإدارة من شرط الإعذار في حالة الضرورة الملحة.

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 92.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 475.

ويؤكد الدكتور أحمد عثمان عياد أن القضاء في مصر لا يشترط الإنذار إلا في حال وجود نص على ذلك وخضوع الإدارة في فرض الجزاءات الرقابة القضاء تشمل رقابة القضاء المشروعية والملائمة معاً. [1]

وتوازن هذه الرقابة سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال وتشكل ضمانة فعالة للمتعاقد من تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون، حيث يتأكد القاضي من مشروعية قرارات الإدارة من حيث أنها صادرة عن جهة مختصة وهدفها المصلحة العامة، وأنها استوفت الشروط القانونية، والإجراءات والأشكال.[2]

وتمتد رقابة القاضي إلى البواعث والأسباب التي دفعت الإدارة لتوقيع الجزاء، أما رقابة الملائمة فتكون بتأكد القاضي من أن الجزاء المفروض من قبل الإدارة يتناسب مع الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد.

د/ أن يكون المتعاقد قد ارتكب خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته: حيث ليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يبرر فرض الجزاءات العقدية، وإنما يجب أن يكون خطأ المتعاقد على درجة من الجسامة بحيث يكون ماساً بالمرفق العام ويسبب ضرراً بالمصلحة العامة ما يبرر تدخل الإدارة وفرضها للجزاءات وذلك بغية ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.[3]

[1] - محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ،ص: 96.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 93.

[3] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 478.

وهنا لا يشترط حصول ضرر للإدارة من جراء خطأ المتعاقد لكي يتم فرض الجزاء عليه، حيث أن مجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية يبيح للإدارة معاقبته حتى دون حصول ضرر.

هـ:أنواع الجزاءات الإدارية: تنقسم الجزاءات العقدية إلى أربعة أنواع هي:

* **الجزاءات المالية:** وهي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للإدارة استيفائها من المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته العقدية وهي نوعان منها ما يقصد به تغطية الضرر الذي لحق بالإدارة التعويض، ومنها ما يقصد به عقاب المتعاقد على تأخره في التنفيذ بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة غرامات التأخير.[1]

– **التعويضات:** وهذا هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات العقدية، وذلك إذا لم ينص العقد على جزاءات مالية أخرى، والنظام القانوني لهذه العقوبات قريب من النظام المدني فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن يختلف النظامين فيما يتعلق بكيفية التحصيل. [2]

فالتعويض على عكس الغرامات لا يحكم بها القاضي إلا إذا أثبتت الإدارة حصول الضرر، كما يقدر التعويض وفقاً لجسامة الضرر مع مراعاة خطأ كل من الطرفين وذلك كله وفقاً للقواعد المدنية. وقد أباح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة أن تحدد مقدار التعويض مسبقاً، وعلى أن يكون للمتعاقد أن ينازع في هذا التقدير أمام

[1] محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص: 97.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 94.

القضاء، وتستطيع الإدارة أن تحصل التعويضات بإرادتها المنفردة ولها أن تعدل عن استعمال حقها، وتترك تقدير التعويض للقضاء.

– **مصادرة التأمينات:** وهي استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حال إخلاله بشروط العقد، والتأمينات التي يقدمها المتعاقد نوعان التأمينات المؤقتة وهي تضمن جدية العرض، والتأمينات النهائية وتدفع في سبيل ضمان جدية التنفيذ.

ويحق للإدارة مصادرة التأمينات المؤقتة إذا لم يوقع المتعهد المرشح العقد خلال المدة المحددة مع الاحتفاظ للإدارة بحقها بالتعويض عن العطل والضرر عند الاقتضاء وتصادر التأمينات النهائية في حال إخلال المتعاقد بالالتزامات العقدية، ولاسيما إذا تبلغ أمر المباشرة ولم يقم بالبدء بالتنفيذ.[1]

– **غرامات التأخير:** هي مبالغ مالية منصوص عليها في العقد بنسبة مئوية عن كل يوم تأخير، وللإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة لحكم قضائي، وتهدف هذه الغرامة لضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه حرصاً على حسن سير المرفق العام موضوع العقد بانتظام واضطراد. وتعد غرامات التأخير في العقود الإدارية ذات طبيعة جزائية. [2]

وهي تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية حيث أن الشرط الجزائي يعتبر بمثابة تعويض متفق عليه مقدماً يستحق إذا ما أخل أحد

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 479.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 95.

المتعاقدين بالتزامه، إذا ما أصاب المتعاقد الآخر ضرر من جراء ذلك، ويشترط لاستحقاقه إعذار الطرف الآخر وهو خاضع لتقدير القاضي الذي له حق تخفيضه، أما غرامة التأخير فهي تستحق بمجرد التأخير وحتى لو لم ينجم عنه ضرر ولا تخضع لتقدير القاضي، فاقتضاؤها منوط بتقدير الإدارة.[1]

ومن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لإثبات الضرر، بمجرد تحقق المخالفة التي فرضت الغرامة لمواجهتها، ويجب إعذار المتعاقد قبل توقيع الغرامة إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

ويرتب القضاء الإداري في فرنسا أحكام الغرامة كما يلي:

- تفرض الغرامة بشكل تلقائي في حال تأخر المتعاقد عن التنفيذ.

- إن النص عليها بنسبة محددة بالعقد تفرض على الإدارة الالتزام بمقدارها فلا تستطيع أن تطالب بأكثر منها، إلا أنه يجوز الجمع بينها وبين التعويض.

- لا يجوز للمتعاقد الاحتجاج بعدم إلحاق الضرر بالإدارة من جراء التأخير، وبالتالي عدم أحقية الإدارة باستحقاقها بأن الضرر قد وقع بمجرد التأخير عن التنفيذ.

- تستطيع الإدارة أن تجمع بين الغرامة التأخيرية والعقوبات الضاغطة أو الفاسخة

[1]- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 487.

، وأخيراً يمكن للإدارة فرض غرامة التأخير أو الإعفاء منها جزئياً أو كلياً فذلك عائد لسلطتها التقديرية. [1]

– القوة القاهرة وهي الظرف الخارج عن توقع إرادة المتعاقدين والذي لا يمكن دفعه، ويؤدي إلى استحالة التنفيذ بشكل نسبي وليس بشكل مطلق لأنه في هذه الحالة تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة التنفيذ.

* **الجزاءات الضاغطة:** تفرض هذه العقوبات على المتعاقد الناكل بتنفيذ التزاماته في الحالات التي لا تحتمل التأخير في التنفيذ أو إعادة التعاقد أو فسخ العقد، وتهدف إلى إرغام وإكراه المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية.[2]

وتتسم هذه العقوبات بصفتين أساسيتين هما الصفة المؤقتة فهي لا تضع نهاية للرابطة العقدية بل تسمح للإدارة أن تحل بنفسها أو تضع غيرها محل المتعاقد للاستمرار بتنفيذ العقد على مسؤولية ونفقة المتعاقد الأصلي، ومن جهة أخرى، فهي لا تفرض إلا في حال ارتكاب خطأ جسيم من قبل المتعاقد، مع ضرورة إعذاره من قبل الإدارة قبل توقيع الجزاء.[3]

وتتخذ وسائل الضغط صوراً ثلاث بالنسبة للعقود الإدارية الرئيسية الثلاثة وهي:

– **وضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة:** حيث تضع الإدارة المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة في حالة إذا ما قصر الملتزم في تسيير

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 96.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 488.

[3] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 98.

المرفق تقصيراً جسيماً، وكذلك تضعه تحت الحراسة إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم. وعندما تضع الإدارة المرفق تحت الحراسة فإما أن تباشر إدارته بنفسها، أو أن تعهد بالإدارة المتعاقد آخر تختاره. ويقتضي هذا الجزاء رفع يد الملتزم المقصر عن إدارة المرفق مؤقتاً، وبالتالي يجيب التفريق بين أسباب اتخاذ هذا الجزاء لتحديد نتائجه فيما يتعلق بالناحية المالية، فإذا قررت الإدارة الحراسة كجزاء لتقصير الملتزم، فإن مخاطر الإدارة تكون على عاتقه، فيدار المرفق على نفقته ومسؤوليته، أما إذا قررت الحراسة بغير خطأ الملتزم، فإن الملتزم لا يتحمل مخاطر الإدارة المالية.[1]

ووضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدي إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي ولا إلى فسخ العقد، وطالما أنه إجراء مؤقت فهو إما أن ينتهي باستعادة الملتزم الإدارة المرفق، أو بإسقاط الالتزام، أو بانتهاء المدة المحددة في دفاتر الشروط، أو بصدور حكم قضائي بعدم مشروعية قرار الحراسة.[2]

– **سحب الأعمال في عقود الأشغال:** وهو جزاء تحل الإدارة بمقتضاه بنفسها، أو عن طريق شخص آخر تتعاقد معه محل المقاول الأصلي الناكل عن تنفيذ التزاماته، وذلك حرصاً على إتمام إنجاز الأعمال بالشكل والسرعة المطلوبة.

ويطلق على هذا الجزاء أيضاً مصطلح وضع الأشغال تحت الإدارة المباشرة ويهدف هذا الإجراء إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ العقد، فليس من شأنه إنهاء العقد،

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 500.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 98.

فلا يوقع هذا الجزاء إلا مع قيام الرابطة العقدية، ولا يتم اللجوء إلى هذا الجزاء إلا في أحوال المخالفات الجسيمة.

وفي حال تحقق أحد هذه الأسباب فإن سلطة الإدارة تقديرية في تقرير السحب أو عدمه.

– **الشراء على حساب المورد في عقود التوريد:** حيث تقوم الإدارة بشراء المنقولات المتفق على توريدها على حساب ومسؤولية المتعاقد المقصر عن التوريد. وإن الشراء على حساب المورد المقصر يخضع لذات النظام القانوني، الذي يخضع له إجراء سحب الأعمال.[1]

وتقوم الإدارة بالتوريد على حساب المورد وعلى مسؤوليته وتحميله فروق الأسعار والنفقات الإضافية أي عطل أو ضرر يلحق بالإدارة. وكذلك فإن هذا الإجراء لا ينهي الرابطة العقدية بل هو وسيلة ضغط وإكراه المتعاقد وإجباره على الوفاء بالتزاماته.

* **الجزاءات الفاسخة:** وتعد هذه الجزاءات من أخطر العقوبات لكونه تنهي الرابطة التعاقدية فلا تستخدمه الإدارة إلا في حال إخلال المتعاقد إخلالاً جسيماً بالتزاماته ويُميز مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بين الفسخ في العقود الإدارية وبين الفسخ في حالة عقد الالتزام حيث يطلق عليه تسمية إسقاط الالتزام.[2]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 501.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 98.

والفسخ من أخطر وأقسى الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، ويفترض هذا الجزاء ارتكاب خطأ من قبل المتعاقد وتقوم الإدارة بالفسخ بقرار إداري يصدر عن السلطة المختصة ويتطلب مجلس الدولة الفرنسي لإيقاع الفسخ عدة شروط هي:

- **الخطأ الجسيم:** وقد اعتبر المجلس إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد أو الغش خطأ جسيماً يبرر الفسخ.[1]

- **الأعذار قبل توقيع جزاء الفسخ:** إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

- **إيقاع الفسخ بقرار من الإدارة:** دون حاجة للالتجاء للقضاء.

- **رقابة القضاء الواسعة:** التي تشمل نواحي المشروعية والملائمة للعقوبة المتخذة، مع حق المتعاقد بالتعويض إذا وقع الفسخ بشكل تعسفي، ورقابة القاضي هنا تشمل نواحي المشروعية والملائمة معاً على قرار الفسخ الذي تتخذه الإدارة فيستطيع القاضي إلغاء قرار الإدارة غير السليم بالفسخ والتعويض على المتعاقد.

بينما يكتفي القاضي الإداري في فرنسا بالحكم بالتعويض دون إلغاء قرار الإدارة إذا لم يكن سليما.

* **إسقاط الالتزام:** يستعمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الاصطلاح ويخص به عقود التزام المرافق العامة دون غيرها من العقود الإدارية الأخرى التي يستعمل فيها اصطلاح الفسخ.[2]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 502.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 103.

وقد جرت العادة أن يتضمن عقود الالتزام شروطاً تعين الحالات التي يكون فيها من حق الإدارة فسخ عقد الالتزام كعقوبة، وحق الإدارة بالفسخ معترف به ولو لم ينص عليه بالعقد حيث أن هذا الحق من النظام العام وفسخ عقد الالتزام يفترض وقوع أخطاء جسيمة من جانب الملتزم حيث لا تنفع معه جزاءات الضغط والإكراه ويكون من غير المجدي إكمال العقد معه.[1]

ولما كان فسخ الالتزام يتضمن خطورة بالغة بالنسبة للملتزم الذي يتكلف مبالغ طائلة من أجل إعداد المرفق، فإن مجلس الدولة الفرنسي يحيط هذا الفسخ بقيود شديدة هي:

- **وقوع خطأ بالغ الجسامة من قبل الملتزم:** كوقف استغلال المرفق أو التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة.

- **إعذار المتعاقد قبل إيقاع جزاء الفسخ:** وغالباً ما تنص عقود الالتزام على هذا الشرط، لكن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطاً أساسياً للقضاء بالفسخ حتى ولو خلا العقد من النص عليه، فلا تتحرر منه الإدارة إلا بناءً على شرط صريح بالعقد، أو إذا ثبت أن الإعذار لا فائدة منه كما لو أعلن الملتزم نفسه عدم قدرته على إدارة المرفق.

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 515.

– **وجوب أن يحكم القاضي بالفسخ:** وهذه الخاصية ينفرد بها عقد الالتزام على خلاف القاعدة العامة في باقي العقود الإدارية، والتي تقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للالتجاء للقضاء.[1]

ولكن للإدارة أن تسترد حقها في إيقاع جزاء الفسخ بنفسها من طريق شرط صريح يرد في عقد الالتزام. وفي هذه الحالة يكون من صلاحيات القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ (الإسقاط) الصادر من الإدارة بصورة غير سليمة وبالتعويض إذا كان له مبرر.[2]

* **العقوبات الجزائية:** يحكم هذا الموضوع القاعدة الدستورية العامة والتي تقضي بأنه جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص وبالتالي لا يمكن فرض مثل هذه العقوبات الجزائية بحق المتعاقد إلا بوجود نص قانوني صريح يبيح ذلك للإدارة، فلا تستطيع الإدارة وإن كان من حقها تضمين عقودها الإدارية شروطاً استثنائية غير مألوفة أن تضمن عقودها الإدارية مثل هذه العقوبات الجزائية حتى ولو قبلها المتعاقد فهي تقع باطلة لمخالفتها للنظام العام.

كما لا يمكن للإدارة أن تنشأ هذه العقوبات بشكل انفرادي، ولكن توجد حالات استثنائية تسمح بتطبيق مثل هذه العقوبات هي

– الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة استناداً لسلطتها الضابطة الإدارية أو السلطة العامة حيث يمكن أن تفرض الإدارة عقاباً جزائياً على المتعاقد بصفتها إدارة متعاقدة

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 517.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 103.

بل كونها سلطة عامة وتمس هذه العقوبات الجزائية المتعاقد كونه فرداً مثله مثل بقية الأفراد في المجتمع.

– قد يقوم المشرع بتخويل الإدارة بنص صريح، حق تنظيم مرفق يدار عن طريق الالتزام، مع حق وضع عقوبات معينة لمجابهة حالات الإخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذي تقرره الإدارة.[1]

– العقاب الجزائي مستقل عن سلطة الإدارة المستمدة من العقد.

***سلطة إنهاء العقد الإداري:** إن للإدارة أخيراً حق إنهاء العمل بالعقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون أي خطأ من جانب المتعاقد معها فهذا ما يسمى بالفسخ للمصلحة العامة، وتتمتع الإدارة بهذا الحق حتى دون وجود نص قانوني أو عقدي يبيح لها استخدامه ويشكل هذا الإنهاء خصيصة هامة تنفرد بها العقود الإدارية.

حيث يحق للإدارة أن تقرر فسخ عقدها الإداري إذا وجدت أنه أصبح غير مفيداً ولا يلبي احتياجات المصلحة العامة، وهذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة بحسبانها المسؤول الأول والأخير عن حسن سير المرفق العام موضوع العقد وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وليس للطرف المتعاقد في مثل هذه الحالة سوى المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار ويجب على المتعاقد هنا أن يثبت حصول الضرر من جراء إنهاء العقد وإلا فلا مجال للتعويض.[2]

[1] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 530.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 520.

واتخاذ الإدارة لمثل هكذا قرار يحتاج إلى تسبيب وتعليل من قبلها حيث يخضع قرارها بالفسخ الرقابة القاضي الإداري. وتجب الإشارة إلى أن التعويض المستحق في هذه الحالة هو التعويض الكامل الذي يغطي جميع ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من ربح.

وقد ينظم العقد ذاته مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عند إنهاء عقده، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد حتى لو تضمنت حرمان المتعاقدين أي تعويض، أما إذا لم ينظم العقد ذلك فإن القاضي هو الذي يقرر التعويض.

ثانيا: حقوق المتعاقد مع الإدارة

الحصول على المقابل المالي: ويعتبر من أهم إلتزامات الإدارة المتعاقدة وكذلك من أهم حقوق المتعاقد معها ، لأن هدف هذا الأخير من التعاقد هو الحصول على الربح ويتخذ هذا المقابل المالي صورا متعددة وهذا بحسب موضوع العقد فقد يكون مرتبا شهريا كما هو الحال في عقد التوظيف في مجال الوظيفة العمومية وقد يكون ثمنا للسلع والبضائع كما هو الحال في عقود التوريد وثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية أو رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقد امتياز المرفق العمومي.

ويعد هذا الحق أهم حقوق المتعاقد على الإطلاق، فلا يجب أن يغيب عن ذهننا أن المتعاقد مع الإدارة إنسان يسعى إلى تحقيق الربح، وبالتالي على الإدارة

الالتزام بتقديم المقابل المالي للمتعاقد معها مقابل ما قام به من التزامات وهذا المقابل المالي له نوعان وذلك حسب نوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها.[1]

فإذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة فإن الإدارة تلتزم بتقديم المقابل المالي ويتخذ المقابل في هذه الحالة صوراً مختلفة حسب طبيعة العقد فهو ثمن في عقود التوريد والأشغال، ومرتب في عقود التوظيف، وفائدة في عقود القروض.

أما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة فإنه يحصل على المقابل المالي في صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين كما في عقود الالتزام والامتياز.

وقد يصحب المقابل المالي الأصلي الثمن أو الرسم مزايا مالية أخرى كضمان حد أدنى من الربح، أو التزام الإدارة بإقراض المتعاقد مبالغ في حدود معينة، أو ضمانه لدى البنوك في الحصول على بعض القروض، وكل هذه المزايا تعد بمثابة مقابل مالي للمتعاقد وتلتزم الإدارة بالوفاء بها.

ومما هو معلوم أن الشروط التي تحكم المقابل المالي في العقد هي شروط تعاقدية لا تستطيع الإدارة أن تمسها بالتعديل دون موافقة الطرف الآخر، ولكن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في عقود الالتزام والامتياز هي شروط لائحية وليست تعاقدية وبالتالي تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة دون رضاء المتعاقد معها.

والذي يعطي للشروط التعاقدية الحصانة من التعديل في مواجهة الإدارة اعتباران هما اعتبار عملي وهو إحجام الأفراد عن التعاقد مع الإدارة فيما لو أمكنها أن تعدل هذه الشروط رغم إرادة المتعاقدو اعتبار قانوني ومرده أساس حق الإدارة

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 111.

في التعديل، فسلطة التعديل تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة وبالتالي فإن هذه السلطة لا تنصب إلا على الشروط التي تتعلق بتسيير المرافق العامة وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد.[1]

ولذلك فإن استقرار تلك الشروط عام وواسع المدى حيث يشمل كل شرط يضمن فائدة اقتصادية للمتعاقد، كالضمانات والقروض ومدة العقد وطريقة الدفع والتسهيلات في التنفيذ وضمان عدم المنافسة

ويأخذ المقابل المالي أحد صورتين الثمن الفرع الأول والرسم لفرع الثاني وهما أهم صورتين من صور المقابل المالي.

* **الثمن:** هو المبلغ النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد كمقابل لتنفيذه للأداءات المتعاقد عليها مع الإدارة، وهو شرط جوهري في العقد فأي جهالة فيه أو عدم وجوده من شأنه أن يبطل العقد حيث تلتزم الإدارة بدفعه كما هو محدد في العقد.

وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي والسوري مبدأ استقرار الثمن وعدم جواز المساس به إلا إذا وقع خطأ مادي فيمكن تصحيحه والأصل في أن يحدد الثمن باتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها سواء بشرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد.

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 112.

والأصل أيضاً أن يُحدد الثمن برقم محدد لكن قد يحدد بطريقة الإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد كالاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساساً للمحاسبة. [1]

وفي فرنسا توجد عدة أنواع من الثمن فهناك الثمن المؤقت الذي يلجأ إليه في حالة السرعة وعندما لا يكون ممكناً وضع سعر بدائي نهائي، كما يوجد الثمن الموحد الذي يطبق على الكميات المسلمة بشكل حقيقي ونهائي، وذلك عندما تكون الكميات غير محددة في العقد. ويوجد أيضاً الثمن الجزافي وذلك حين تكون الأداءات محل العقد محددة وبالتالي يكون الثمن نهائياً ولا يتغير حسب الكميات المسلمة.[2]

أما في القانون الجزائري فيلاحظ تطبيق الثمن الجزافي بشكل أساس بحيث يعين ثمن إجمالي ونهائي وثابت في العقد، كما يطبق بشكل استثنائي الثمن الموحد ويسمى الثمن على أساس الإنتاج ومجاله الطبيعي عقود الأشغال العامة وذلك عندما لا تكون الإدارة عالمة بالكميات المطلوب تنفيذها فتتعاقد على أساس الوحدة كأن تتعاقد مثلاً على الحفر في موقع معين على أساس وحدة الإنتاج التي تتمثل في هذه الحالة بالمتر المكعب ويكون الثمن هنا هو حاصل الأمتار المكعبة المنفذة فعلاً من قبل المتعاقد .

أما طريقة دفع الثمن فهي تختلف تبعاً للعقد، فالدفع في عقود التوريد تختلف عنها في عقود الأشغال.

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 113

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 556.

ففي عقود التوريد يجب أن نميز بين العقود الداخلية والخارجية ففي عقود التوريد الداخلية تطبق قاعدة الدفع اللاحق، بحيث لا تدفع قيمة التوريدات إلا إذا تم تسليمها فعلاً، ويثبت ذلك بمقتضى محضر استلام يبين ذلك ومعتمد من أمر الصرف ومذكرات إدخال التوريدات محل العقد إلى مستودعات الإدارة.

أما بالنسبة لعقود الأشغال فالمبدأ هو الدفع المرحلي، أي كلما أنجز المتعاقد مرحلة من المشروع يجب أن يتقاضي قيمتها وتشمل الأعمال المنجزة بصورة نهائية والغير منجزة نهائياً وتقدر قيمتهما بموجب الأسعار الملحوظة لهما في العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار درجة إنجاز الأعمال الغير منجزة نهائياً .[1]

والمبالغ التي تؤديها الإدارة بناءً على تنظيم الكشوف المؤقتة تعد مبالغاً تقديرية فهي لا تعني موافقة الإدارة على قبولها نهائياً أو تنازلها عن أي حق من حقوقها المنصوص عليه في القانون أو العقد .[2]

* **الرسم:** وهو عبارة عن القيمة التي يدفعها المنتفع من خدمات المرفق العام إلى المتعاقد المكلف بإدارة هذا المرفق بمقتضى عقود التفويض.

وهذه الرسوم تعد حقاً للمفوض إليه يغطي من خلالها تكاليف إنشاء وإدارة المرفق ومصاريف تشغيله مع تحقيق هامش معقول من الربح. وتعرفة الرسم تعد من قبيل الشروط التنظيمية للعقد تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة وبالتالي يجب أن يتقيد به المفوض إليه في كل عقود التفويض.

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 114.

[2] - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 561.

وقد أوضح القانون المدني هذه الناحية في إطار عقود الالتزام تحديداً كما توجد قواعد ضابطة لتحديد تعرفة الرسم، فالتعرفة لا يمكن أن تحدد بالطريق التعاقدي بين الإدارة والمتعاقد معها تحت طائلة البطلان المطلق للعقد، كما يجب مراعاة مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام محل التفويض بأن تطبق التعرفة نفسها على كافة المنتفعين من خدمات المرفق العام المفوض ووفقاً لشروط متساوية. [1]

إن العقد الإداري ينتج التزامات وحقوقاً على كل من طرفيه، والحقوق العائدة للمتعاقد مع الإدارة متنوعة ومتفاوتة في الأهمية من ناحية إيجاد التوازن مع سلطات الإدارة وامتيازاتها التي تسمح لها إلى حد كبير التعديل في العقد الإداري.

-**إحترام التوازن المالي للعقد:** إن المقابل المالي المحدد في العقد ، مبدئيا لا يمكن تغييره فالمتعاقد مع الإدارة شأنه شأن الإدارة يجب عليه أن ينفذ إلتزاماته بالثمن المتفق عليه إلا أن بعض الأحداث الغير متوقعة يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة وتؤدي في التغيير في وضع العقد ، فتجعل تنفيذه باهض الكلفة للمتعاقد مع الإدارة وقد تنتهي بإفلاسه، إن هذه الوضعية قد تكون الإدارة هي مصدرها بما تكون قد إتخذته من إجراءات أثرت مباشرة على العقد (نظرية عمل الأمير) كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف ناتجة عن إجراءات عامة تم إتخاذها من قبل السلطات العمومية ، دون أن يكون العقد هو المقصود بالذات بتلك الإجراءات (نظرية الظروف الطارئة) كما يمكن أن يتعلق الأمر بظروف لا دخل للإدارة فيها ولكنها تنعكس

[1] محمد العموري، العقود الإدارية، المرجع السابق، 2018، ص: 115.

أيضا على التوازن المالي للعقد (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) أو مايسمى كذلك بالمعادلة المالية للعقد.

نهاية العقد الإداري

أولا: الأسباب العادية لنهاية العقود الإدارية:

تنتهي العقود الإدارية مثل بقية العقود بتحقيق أغراضها عن طريق تنفيذ الإلتزامات التعاقدية كتسليم المواد والسلع في عقود التوريد والإنتهاء من الأعمال المطلوبة في عقد الأشغال العمومية كما تنتهي بانتهاء المدة التي أبرم العقد لها إلى نهايتها.

ثانيا: الأسباب غير العادية : قد تنتهي العقود الإدارية بصفة غير عادية للأسباب الآتية:

- الإتفاق بين طرفي العقد.

– فسخ العقد من طرف القاضي حيث يمكن لأحد طرفي العقد اللجوء إلى القضاء لطلب فسخ العقد بناءا على إستحالة تحقيق غرضه أو على الإضطراب الشديد والدائم الحاصل في التوازن المالي للعقد، ويتم تأسيس الطلب في هذه الحالة إما على نظرية الظروف الطارئة أو على نظرية القوة القاهرة.

. – فسخ العقد من طرف الإدارة حيث أن السلطة الإدارية المتعاقدة تملك الحق لإنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا كان العقد أو نصوص قانونية معينة تسمح بمثل هذا الإجراء إلا أنه يجوز للإدارة المتعاقدة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يكن هناك نص قانوني أو بند في العقد يسمح لها بذلك إذا ارتكب المتعاقد معها

خطأ جسيما أو حتى في حالة عدم إرتكابه لخطأ إذا كان الفسخ مبنيا على مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها ولكن في هذه الحالة الأخيرة يجب على السلطة الإدارية المتعاقدة تعويض المتعاقد معها.