المبحث التمهيديّ
مفهوم العقد الإداريّ ونظامه القانوني

العقد Le contrat في اللغة هو الربط أو التوثيق ماديًا كان أو معنويًا[١]:فيقال عَقَدَ الحبل أي ربط بين طرفيه، ويقال عَقَدَ العزم أي ألزم نفسه.والعقد في الاصطلاح العهد الذي يأخذ الإنسان على احترامه، بمعنى الأمر الذي يرتضي المرء الالتزام به، اعتبارًا بأنه قد قبل أن يربط نفسه به، وعقد النية على الإذعان له، وأصل معنى لفظ العقد في لغتنا العربية هو الربط المحكم[٢].

أما من الناحية القانونية فهو اتفاق إرادتي طرفي العقد على إنشاء التزامات فردية ذاتية[٣] وعُرفَ أيضًا بأنه اتفاق إرادتين على إنشاء مركز قانونيّ شخصيّ[٤] كما عرف بأنه عمل قانونيّ من جانبين؛ بقصد إنشاء التزام، أو تعديله، أو إلغائه وهو يقوم على العناصر الآتية: (١) توافق إرادتين متقابلتين (٢) ينشئ العقد التزامًا أي مركزًا قانونيًا فرديًا (٣) العقد عمل من جانبين وليس عملاً من جانب واحد فهو التقاء إرادتين متقابلتين على خلاف القرار الإداريّ الذي ينشأ من جانب واحد[٥].

ولقد نشأت فكرة العقد –أساسًا– في كنف القانون المدنيّ بصدد علاقات الأفراد بعضهم ببعض، إذ تناول فقهاؤه بيان ماهية العقد، وشروط انعقاده، وصحته، والآثار المترتبة عليه؛ حتى أصبحت فكرة العقد مرتبطة بأحكام هذا القانون مصطبغة بصبغته[٦].وعلى ذلك يمكن القول إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، إذ إن كلاً منهما يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة.

---

(١) يقول القرطبيّ" العقود الربوط واحدها عقد. يقال عقدت العهد والحبل، وعقدت العسل، فهو يستعمل في المعاني والأجسام.انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبيّ،المجلد الثالث، الجزء السادس، ص٥.

(٢)عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، طبعة ١٩٨٤، ص ٣٨.

(3) « un accord de volontés générateur pour les deux parties d'obligations individuelles subjectives ». André de Laubadère et Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, Droit administratif, 14e Ed, L.G.D.J, 1996, p239.

(4) Péquignot, Contribution a la théorie générale du contrat administratif, thèse, Paris 1944, p15 et s.

(٥) ثروت بدويّ، النظرية العامة في العقود الإدارية، طبعة ١٩٦٣، ص٥ وما بعدها.

(٦) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول في نظرية العقد، د.د.ن، ١٩٨٧ ص٥٩.

وبناءً على ذلك فإن العقد الإداريّ يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، بيد أن العقدين-الإداريّ والمدنيّ-يختلفان من حيث النظام القانونيّ الذي يخضع له كل منهما، ومرجع هذا الاختلاف أن الإدارة تبرم العقد بوصفها سلطة عامة، تتمتع بامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها؛ وذلك بهدف تحقيق أغراض المرفق العام الذي من أجله أبرام العقد ومن جانب آخر فليس كل عقد تبرمه الإدارة يكون عقدًا إداريًا، ومن ثم يخضع للقضاء الإداريّ، فهناك عقود تَخضع للقضاء العاديّ مع أن الإدارة طرف فيها، وهي عقود الإدارة الخاصة، وعلى هذا الأساس سنبحث مفهوم العقد الإداريّ ونظامه القانوني من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداريّ.

المطلب الثاني: النظام القانوني للعقد الإداريّ.

المطلب الأول
مفهوم العقد الإداري
La notion du contrat administratif

نظرية العقد الإداريّ من النظريات الحديثة في القانون الإداريّ، فقد بدأ تمييز العقد الإداريّ عن غيره من العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة مع مطلع هذا القرن بعد أن هجر الفقه والقضاء الإداريّ في فرنسا معيار السلطة العامة، وحلّ محله معيار المرفق العام، فأصبح اختصاص القضاء الإداريّ يقوم على فكرة المرفق العام، ويشمل ما يتعلق بتنظيمه وتسييره بانتظام؛ ولذلك تعد فرنسا صاحبة الفضل الأول في نشوء هذه النظرية، ولبيان ذلك نتناول في هذا المطلب تعريف العقد الإداريّ في فرع أول، ومعيار تمييز العقد الإداري في فرع ثان.

الفرع الأول
تعريف العقد الإداريّ La définition du contrat administratif

لم يعرف المشرع الفرنسيّ العقد الإداريّ[1]، وإنما عرف الصفقات العمومية في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية code des marchés publics على النحو الآتي: "الصفقات العمومية هي عقود مبرمة على سبيل مكلف بين السلطات المانحة (المحددة في المادة2) والشركات الاقتصادية العامة، أو الخاصة لتلبية متطلباتها للأعمال واللوازم

([1])عرف المشرع الفرنسيّ العقد في المادة ١١٠١ من القانون المدنيّ بأنه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عنه"

« Une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »

أو الخدمات." [1]

ولـم يعـرف المشـرع الجزائـريّ بـدوره العقـد الإداريّ، فقـداكتفى بالإشـارة إليـه، و خـص بـالتعريف الصـفقات العموميـة مـن دون أن يصـرح بأنهـا عقـود إداريـة، إذ أورد مصـطلح العقـد الإداري فـي المـادة ٨٠٤ فـي فقرتهـا الرابعـة من قـانون رقـم ٠٨-٠٩ المؤرخ فـي ٢٠٠٨/٠٢/٢٥ المتضـمن ق.إ.م.إ التـي جـاء فيهـا:"خلافًـا لأحكـام المـادة ٨٠٣ أعـلاه ترفـع الـدعاوى وجوبًـا أمـام المحـاكم الإداريـة فـي المـواد المبينـة أدنـاه:"...°٣ فـي مـادة العقـود الإداريـة، مهمـا كانـت طبيعتهـا أمـام المحكمـة التـي يقـع فـي دائـرة اختصاصـها مكـان إبـرام العقـد أو تنفيـذه..."وعـرف المشـرع الجزائـريّ الصـفقات العموميـة فـي المـادة الثالثـة مـن المرسـوم الرئاسـي رقـم ١٠-٢٣٦ المتعلـق بتنظيم الصـفقات العمومية بأنها:" عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفقًا للشروط المنصـوص عليهـا فـي هـذا المرسـوم، قصـد إنجـاز الأشـغال واقتنـاء المـواد والخـدمات والدراسـات لحساب المصلحة المتعاقدة".

كما لم يورد المشرع المصريّ أي تعريف للعقد الإداريّ في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات [2]، وإن كان قد أشار إلى مصطلح العقد الإداريّ في المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بمجلس الدولة والتي نصت على اختصاصه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة، أو التوريد، أو بأي عقد إداريّ آخر.إلا أن ذلك لم يمنع المشرع المصريّ من أن يورد تعريفًا للعقد في مشروع تنقيح القانون المدنيّ المصريّ (المادة ١٢٢) مؤداه أن "العقد اتفاق ما بين شخصين، أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها أو إنهائها"[3].

وأمام عدم وجود تعريف تشريعيّ للعقد الإداريّ تولى الفقه هذه المهمة، فقد أورد الفقهاء تعريفات عديدة له، إذ عرفه الأستاذ **André de laubadère** بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام و يتم هذا التوافق من خلال الأشكال، والإجراءات المقررة في القانون الإداريّ.[4]

([1])L'article 1 du code des marchés publics « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »

([2]) راجع نصوص القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في: سامح سيد محمد، القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية، دار الكتب المصرية، ٢٠٠٩، ص ٤٣.

([3]) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنيّ، الجزء الثاني، صفحة ١٠ في الهامش.

([4])André de laubadère et (F) Moderne et (P) Delvolvé, Traité des contrats administratifs T 1, L.G.D.J, 1984, p17 et s.

كما عرفه الأستاذ **Jean-Paul Pastorel** بأنه" العقد الذي تكون الإدارة بطريقة أو بأخرى طرفًا مشاركًا فيه، ويخضع هذا العقد للقواعد الخاصة بالقانون الإداريّ، كما يخضع لاختصاص القضاء الإداريّ".[١]

أما الدكتور **سليمان الطماوي** فقد عرفه بأنه:" ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنويّ عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام."[٢]

وعرفه الدكتور **ماجد راغب الحلو** بقوله أنه" لكي يكون العقد إداريًا يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام سواءً تعلق الأمر بالدولة، أم بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أم المرفقية ويجب أن تكون الإدارة قد اختارت في تعاقدها الالتجاء إلى وسائل القانون العام والأخذ بأساليبه." [٣]

كما عرفه الدكتور **محمد فؤاد مهنا** أنه العقد الذي يبرمه شخص إداري يعد عقدًا إداريًا بتوافر شرطين هما: أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث تنظيمه، أو تسييره، وأن تأخذ فيه الإدارة بأساليب القانون العام بتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص." [٤]

وعرف الدكتور **محمود حلمي** العقد الإداريّ بأنه ليس إلا عقدًا يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام، أو بين شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، ولا يعد أي عقد تبرمه الإدارة من العقود الإدارية، بل يشترط أن يكون للعقد صلة بالمرفق العام." [٥]

باستقراء التعريفات السابقة للعقد الإداريّ نجد أنها اتفقت أغلبها على أن العقد الإداريّ يقوم على عناصر ثلاثة هي أن يكون أحد طرفي العقد شخصًا معنويًا عامًا، وأن يتصل هذا العقد بالمرفق العام، وأن تختار الإدارة وسائل القانون العام.

([1])« Le contrat administratif est un contrat dans lequel l'administration est d'une manière ou d'une autre, partie prenante, soumis à des règles spéciales de droit administratif et relevant de la compétence de la juridiction administrative »Jean-Paul Pastorel, Droit administratif, DUNOD, Paris, 1995, p10.
Voir : Manuel Delamarre et Timothée Paris, Droit administratif, Ellipses, 2009 p291.Xavier Philipe, Droit administratif général, 2e Ed, Librairie De l'université 1996, p153.

([٢]) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٥٠.

([٣]) ماجد راغب الحلو، القانون الإداريّ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٥١٨.

([٤]) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، طبعة ١٩٧٨، ص٧١١.

([٥]) محمود حلمي، العقد الإداريّ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص٣.

الفرع الثاني
معايير تمييز العقد الإداريّ
Les critères du contrat administratif

لا شك أنه لا مجال للاجتهاد إذا نص المشرع على عدّ أحد العقود عقدًا إداريًا أو نص صراحة على اختصاص القضاء الإداريّ بنظر بعض أنواع العقود، مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون الذي يطبقه هذا القضاء[١].ومن أمثلة هذه العقود في فرنسا عقد الأشغال العامة، وعقد بيع عقارات الدولة، وعقد شغل المال العام[٢].وكذلك العقود المبرمة تطبيقا لقانون الصفقات العمومية [٣]، وعقود الشراكة Les contrats de partenariat(المادة ١٤١٤-١ من أمر ١٧ جوان ٢٠٠٤).[٤]

أما في الجزائر، فعلى الرغم من اهتمام المشرع بالصفقات العمومية إلا أنه لم يضف عليها وصف العقود الإدارية صراحة على عكس المشرع الفرنسيّ الذي صنف الصفقات العمومية ضمن العقود الإدارية بنص خاص وصريح[٥].في حين أنه في مصر تكون العقود

---

(١) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص٣٣.

(2)Voir :Richer Laurent, Droit des contrats administratifs, 5eEd, L.G.D.J, Paris 1995, p99 . Charles Debbasch, Institutions et droit administratif (2 /l'action et le contrôle de l'administration), presses universitaires de France, 1986, p170.

(3)Depuis la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi dite « MURCEF »), les marchés passés en application du Code des marchés publics sont **des contrats administratifs**. Ce texte met fin à la jurisprudence du Tribunal des conflits selon laquelle le fait qu'un contrat était soumis, en raison de son montant, au Code des marchés publics, ne pouvait suffire à lui conférer le caractère de contrat administratif (TC, 5 juillet 1999 requête numéro 3142, Commune de Sauve c. Société Gestetner : AJDA 1999, p 554 chron. Raynaud et Fombeur ; Dr. adm. 1999, 248, obs. Schwartz ; RDP 2000, p 247 note Llorens ; RFDA 1999, p 1163, concl. Schwartz).

(4)L'article 1414-1 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat :« Les contrats de partenariat sont **des contrats administratifs** par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, == == à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.... »

(٥) كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، ٢٠١٢، ص١٤.

الإداريـة عقـودًا إداريـة بطبيعتهـا ووفقـا لخصائصـها الذاتيـة لا بتحديـد القـانون، ولا وفقًـا لإرادة المشرع[1]؛ وذلك لأن المشرع قد نص في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في...المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداريّ آخر".والمشرع بذلك لم يحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر، كما أنه لم يقصد تحديد العقود الإدارية بحكم القانون، وإنما هو يتحدث عن العقود الإدارية التي تعد كذلك وفقًا للمعيار الذي استقر عليه القضاء الإداريّ وليس أدل على ذلك من أن عقد التوريد قد يكون إداريًا وقد لا يكون كذلك[2].

غير أنه خارج دائرة العقود الإدارية بتحديد المشرع فإن القاضي الإداريّ هو الذي يقع على عاتقه حل مشكلة تحديد طبيعة العقد محل النزاع وبتتبع أحكام القضاء الإداريّ نجد أن القضاء الإداريّ الفرنسيّ والمصريّ اشترطا توافر ثلاثة شروط في العقد حتى يكون إداريًا[3] وهي أن تكون الإدارة طرفًا فيه، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يتضمن شروطًا استثنائية.إلا أن الوضع يختلف حسب ما إذا كنا نبحث في أحكام القضاء المصريّ أو في أحكام القضاء الفرنسيّ.فالقضاء المصريّ يستلزم لكي يصبح العقد إداريا أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام وأن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام أو تنظيمه، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام[4]، ويمثل العنصر الأول في التعريف الجانب العضويّ ويمثل العنصران الآخران الجانب الموضوعيّ، وقد حرص مجلس الدولة المصريّ على أن يكون أمينًا على المعيار المزدوج وحرص في أحكامه العديدة على ضرورة توافر الشروط الثلاثة السابقة إلا فيما ندر.

وعلى العكس فقد تطور معيار العقد الإداريّ في فرنسا بصورة كبيرة أدت إلى هجر التصور التقليديّ الذي بنيت عليه فكرة العقد الإداريّ، إذ جرت محاولات فقهية أيدتها أحكام القضاء استهدفت استبعاد المعيار المزدوج والاكتفاء في مجال تحديد الطبيعة الإدارية بعنصر

---

(1) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٣.

(2) سليمان الطماويّ، مرجع سابق، ص،ص ٥٦. ٥٧.

(3) هذه الشروط تبناها الفقه بعد ذلك.لمزيد من التفاصيل حول المعايير التي اعتمدها الفقه في تمييز العقود الإدارية. راجع: جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٧ وما بعدها.

(4)راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا،الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١قضائية، جلسة١٩٦٧/١٢/٣٠. وحكمها في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ قضائية، جلسة ١٩٨٤/٢/١١.حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا(تنازع) جلسة ١٩٧٥/٤/٥.وحكمها في الدعوى رقم ١٢، لسنة ٤ قضائية عليا(تنازع) جلسة ١٩٧٦/٤/٣.مشار إلى هذه الأحكام في مؤلف: إبراهيم المنجي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٧.

واحد فقط إلى جانب المعيار العضويّ، إذ اختلف الفقه في تحديده، فأيد جانب من الفقه كفاية عنصر المرفق العام، وأيد آخر فكرة السلطة العامة التي تبدو في العقود الإدارية في تضمين العقد شروطًا استثنائية وغير مألوفة ولذا فقد أصبح من المستقر أن العقد الإداريّ في فرنسا يقوم على عنصر ثابت هو المعيار العضويّ وعنصر آخر متغير أو ما يسمى بالمعيار التخييري **Le critère alternatif** وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة أو إشراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام ذاته فتوفر أحدهما يسبغ على العقد الصفة الإدارية[١].

أما في الجزائر فقد كرس القضاء الإداريّ الجزائريّ مسلك المشرع [٢]في اعتماده المعيار العضويّ، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الكثير من قراراتها [٣]، والمحكمة العليا(قبل تأسيس مجلس الدولة)[٤]، وكذلك محكمة التنازع[٥].

على ما تقدم نجد أن تمييز العقود الإدارية يخضع لمعيارين هما المعيار العضويّ والمعيار الموضوعيّ نتناولهما من خلال البندين الآتيين:

البند الأول: المعيار العضوي (Le critère organique)

المعيار العضويّ للعقد هو أطرافه **Les contractants**، فلكي يكون العقد إداريًا يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام[٦]، ولعل السبب في ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد أو الهيئات الخاصة، ومن ثم فالمبدأ أن العقد الذي لا يكون أحد أشخاص القانون العام طرفًا فيه لا يجوز أن يعد من العقود

---

(١) « Le critère alternatif : l'existence d'une mission de service public ou d'une clause exorbitante » Voir : Jacqueline Morand-Deviller, Cours de droit administratif, 4eEd, Montchrestien, 1995, p366.Voir aussi : Charles Debbasch, op.cit, p175 .Xavier Philippe, op .cit, p157.

(٢)راجع المادة ٧ من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بالأمر رقم ٦٦-١٥٤ المؤرخ في ١٩٦٦/٠٦/٨ والمادة ٨٠٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بالقانون رقم ٠٨-٠٩ المؤرخ في ٢٠٠٨/٠٢/٢٥.

(٣)راجع: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر في ١٩٨٩/٥/٢٩، قضية (رئيس المجلس الشعبيّ) ضد(بن أ ب)، المجلة القضائية رقم ١،١٩٨٩، ص٢٢٢.

(٤) راجع: قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٨١/٥/١٦.مشار إليه في مؤلف: خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية،(تنظيم واختصاص القضاء الإداري)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٨، ص٣٣٨.

(٥) راجع: قرار محكمة التنازع الصادر في ٢٠٠٠/٥/٨، قضية رئيس بلدية رايس حميدو ضد(ص.ج)، مجلة مجلس الدولة رقم ١، ٢٠٠٠، ص١٥٣.

(٦) مصطفى عبد المقصود، معيار العقد الإداري وأثر، على اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص٨٥.

الإدارية.وهذا الشرط مفترض في العقود الإدارية كلها، كما أن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص هو عقد مدنيّ يختص به القضاء العاديّ أيًا كان موضوعه[١].

أشخاص القانون العام في مصر[٢]هي الدولة، والأشخاص العامة الإقليمية كالمحافظات والمدن، والقرى، والهيئات العامة، وكذلك الأشخاص الاعتبارية الأخرى التي يعترف لها القانون أو القضاء بالصفة العامة، أو ببعض الامتيازات العامة كالنقابات المهنية كنقابة المحامين والأطباء والمهندسين وهي ما يمكن أن نطلق عليها نظام المرافق العامة المهنية[٣]وتعد قراراتها قرارات إدارية تدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة سواء بالنسبة إلى طلب إلغائها أم التعويض عنها وبطرخانة الأقباط الأرثوذكس[٤]والمجلس الصوفيّ الأعلى[٥]وكنائس نهضة القداسة[٦].وأشخاص القانون العام في فرنسا تتمثل في الدولة، الوحدات المحلية، المؤسسات العامة الإدارية، والمؤسسات العامة الصناعية والتجارية، وكذلك أشخاص القانون الخاص المكلفين بمهام المرفق العام[٧].أما أشخاص القانون العام في الجزائر هم الدولة، الولاية، البلدية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداريّ.[٨]

وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار فإن ثمة مشكلات مهمة تتعلق بمدى الاعتراف بالصفة الإدارية للعقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص، فالأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص–أفرادًا كانوا أم شركات–لا يمكن أن يعتبر عقدًا إداريًا يخضع لأحكام القانون العام.غير أن القضاء الإداري الفرنسي أورد بعض الاستثناءات فقد أضفت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الشهير بتاريخ ٨ يوليو ١٩٦٣ في قضية Peyrot الصفة الإدارية على عقد الأشغال العامة المبرم بين شركة اقتصاد مختلط ومنشأة خاصة للمعاونة في إنشاء طريق عام على الرغم من أنهما من أشخاص القانون الخاص.كما اعترف

([1]) André de Laubadère et (F)Moderne et (P) Delvolvé, op.cit, p163. (j.M) Auby et(R) Drago, Traité de contentieux Administratif, T1, 3e Ed, L.G.D.J, Paris, 1984 p343.

([٢]) عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداريّ، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١٩. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص٥٤. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ ص٢١.

([٣]) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٣/٦/١١، المجموعة، س٢٨ ق،ص ٧٩٠،ص ١٥١٣.

([٤]) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٤/٤/٦ المجموعة س ٨ ق، ص ١١٧١.

([٥]) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥/١١/١٧' المجموعة س ٨ ق، ص١٧١.

([٦]) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٠/١٢/٢٠ المجموعة س ٢٦ ق، ص ١٧٥.

([7]) Richer Laurent, op .cit, p18.

([٨]) المادة ٨٠٠ من القانون رقم ٠٨–٠٩ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المتضمن ق.إ.م.إ.ج.

القضاء الإداري الفرنسي بالصفة الإدارية للعقد الذي يتضمن احتلال مال عام ويبرم بين صاحب امتياز وأحد أشخاص القانون الخاص.واعترف مجلس الدولة الفرنسي كذلك بالصفة الإدارية للعقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحدهما يمثل الإدارة قانونًا ويتصرف باسمها ولحسابها. وقد ساير القضاء الإداري المصري اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في اعتبار العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إداريا اذا اتضح أن أحد أطرافه كان يتعاقد لحساب الإدارة، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٧ مارس ١٩٦٤.[١]

أما بالنسبة لتحديد صفة الشخص العام فالعبرة هي بوقت إبرام العقد لا قبل ذلك، ولا بعد ذلك أي بوقت الإبرام وليس رفع الدعوى[٢]وعلى ذلك فإن تغيير هذه الصفة بعد إبرام العقد لا تأثير لها في تكييف العقد ذاته فتحول الشخص الاعتباريّ من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بعد إبرام العقد لا يغير من صفة العقد ولا يفقده صفة العقد الإداريّ[٣]، وعلى النقيض فإن تحول الشخص الخاص إلى شخص من أشخاص القانون العام بعد إبرام العقد لا يسبغ صفة العقد الإداريّ على مثل هذا العقد.[٤]

البند الثاني : المعيار الموضوعيّ (Le critère matériel)

يتعلق المعيار الموضوعيّ بموضوع العقد والغاية منه، والذي يظهر في صلة العقد الإداريّ بالمرفق العام وتسييره، أو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[٥].

أولاً: اتصال العقد بنشاط مرفق عام Le lien avec le service public

---

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الاستثناءات راجع:
Marie-Christine Rouault, Droit administratif, 10e Ed, Gaulino lestenso éditions, 2014-2015, p141.Nadine Poulet et Gibot Leclerc, Droit administratif, 4e Ed, Bréal, 2011, pp141.142.

ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ص٣٦ وما بعدها.

(٢) محمد عبد الواحد الجميليّ، ماهية العقد الإداريّ في ضوء أحكام القضاء الفرنسيّ والمصريّ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص٧١.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري ١٩٦٩/٣/١٦ مجموعة المبادئ القانونية من ١٩٦٦/١٠/١، حتى ١٩٦٩/٩/٣٠ ص٦٠٩ قاعدة ٣٣٣ قضية ٢٨٧.وكذا حكمها في ١٩٦٨/٥/٥، مجموعة المبادئ في ثلاث سنوات من ١٩٦٦/١٠/١ حتى آخر سبتمبر ١٩٦٩، ص٣١٢ رقم ١٨٩ السنة ١٩ق.

(4) T.C.17 juin 1972, S.N.C.Fr.R, p94. -T.C.12 juillet 1955, Clement, Rec, p915.

(٥)صبري عبد الفتاح أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، بين النظرية والتطبيق،د.د.ن، ١٩٩٤، ص ٨٣.

إن اشتراط أن يكون العقد ذا صلة بالمرفق العام مسوغه الحقيقيّ أن مبادئ القانون الإداريّ تقوم على أساس فكرة المرفق العام؛ ذلك لأن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد هيَ وحدهَا التي تعطينا المسوغ الواضح، لما يحتويه القانون الإداريّ من خروج على المألوف في القانون الخاص[1]، ولما يتميز به النظام القانونيّ للعقود الإدارية.

للمرفق العام مدلولان فقهيان أولهما: **المدلول العضويّ** ويقصد به المنظمة أو الجهاز الإداريّ الذي يمارس نشاطًا عامًا تابعًا للدولة.وتعرف المرافق العامة وفق هذا المدلول بأنها الهيئات أو المشروعات التي تعمل باطراد وانتظام تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى المباشرة أو تحت إدارتها العليا؛ لسد حاجات الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة.ثانيهما **المدلول الموضوعيّ** ويقصد به النشاط الذي يصدر عن الشخص الإداريّ وبذلك ينصرف مفهوم المرفق العام وفق هذا المدلول إلى كل نشاط تباشره الدولة، أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه، ويستهدف تحقيق النفع العام، فهو نشاط تقوم به الحكومة مباشرة أو يقوم به ملتزم تحت إشرافها.[2]

تعرف المرافق العامة وفقًا للمدلولين معًا بأنها كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها، أو يتولاه فرد عاديّ تحت توجيه الإدارة، ورقابتها، وإشرافها؛ بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور[3].أما نحن فنؤيد التعريف المبسط للمرفق العام بأنه "مشروع يقوم على تحقيق نفع عام، وتديره الدولة بوسائل القانون العام من دون وسائل القانون الخاص".فمناط العقد الإداريّ إلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطرافه أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه، وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وتغليبًا لها على مصلحة الأفراد[4].

يأخذ اتصال العقد الإداريّ بالمرفق العام صورًا عديدة، وإن كانت كلها تدور حول إنشاء المرفق، وتسيير نشاطه، فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداريّ إنشاء مرفق عام على النحو

---

(1) محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداريّ، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص١٨.

(2) راجع: عمر حلمي، مرجع سابق، ص١٩.ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٣٩٨.

(3) طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم الإدارة ونشاطها)، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٠ ص ٢٤٢.

(4) تطبيقًا لذلك يخرج نطاق العقود الإدارية تأجير إحدى الهيئات العامة لقطعة أرض من أملاكها الخاصة لإقامة مصنع خاص.حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٦٠/٣/٢٢، المجموعة، السنة١٤، ص٢٥٧. ويسري الحكم نفسه على بيع إحدى الجهات الإدارية لثمار حديقة تملكها، فهذا التصرف يدخل في إطار استغلال الدومين المملوك لها ملكية خاصة.حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٥٦/١٢/٩، المجموعة السنة ١١ ص٧٦.

المتمثل في عقود الأشغال العامة، وقد يأخذ اتصال العقد الإداريّ بالمرفق العام صورة أخرى تتمثل في الإسهام في إدارته كما هو الحال في عقود الامتياز التي يشارك فيها المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام مع احتفاظ الإدارة بحق السيطرة على المرفق العام.وأخيرًا قد يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة بتسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد التي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف خاصة تحتاجها الإدارة في تسيير المرفق العام[1].

فإذا انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام فإن القضاء الإداريّ المصريّ يعده عقدًا من عقود القانون المدنيّ حتى ولو احتوى على شروط استثنائية، ومن ذلك العقود المتعلقة بإدارة الأموال الداخلة في الدومين الخاص للأشخاص المعنوية العامة واستغلالها، أما في فرنسا نجد العكس؛ ذلك أن انقطاع الصلة بين العقد ونشاط المرفق العام لا يعني بالضرورة أن العقد سوف يعد مدنيًا، فكما قدمنا فإن كل عنصر من عناصر الضابط الموضوعيّ كاف بذاته لصبغ العقد بالوصف الإداريّ، إذ أصبح عنصر المرفق العام كافيا بذاته منذ الحكم في قضية الزوجين Bertin الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٥٦ لصبغ العقد بالطابع الإداري ولو لم يحتوي العقد على شروط استثنائية، إلا أن القضاء الفرنسي لا يكتفي بمجرد صلة العقد بالمرفق العام لاضفاء هذا الطابع، وانما استوجب أن تكون تلك الصلة على درجة عالية من المتانة، وأن يكون موضوعه ذا صلة وثيقة ومباشرة ومحددة بصورة كافية مع المرفق [2].

ثانيًا: إتباع أسلوب القانون العام

لا يعد كل عقد تبرمه الإدارة مع الأفراد عقًدا إداريًا ولو تعلق بأحد المرافق العامة، فمنه ما يعد إداريًا تأخذ فيه جهة الإدارة بأساليب القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات القانون العام ومنه ما يعد مدنيًا تلجأ فيه جهة الإدارة لوسائل القانون الخاص، وبناء على ذلك فإنه لا يمكن الاقتصار على شرط اتصال العقد بنشاط مرفق عام؛ لوصفه بأنه إداريّ.ويلاحظ أنه لا بد من وجود دليل على انصراف نية جهة الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام في إدارة المرفق العام يكشف عن اتجاهها في الظهور بمظهر السلطة العامة في العقد، ويتجلى ذلك في احتواء العقد لشروط استثنائية لم يألف الأفراد أن يضمنوها في العقود التي تبرم بينهم.

([1]) راجع:عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨، ص٣٧ وما بعدها.

([2]) لمزيد من التفاصيل راجع:

Marie-Christine Rouault, op.cit, pp142.143.Nadine Poulet et Gibot Leclerc, opcit pp144.145.

محمد عبد الواحد الجميلي، مرجع سابق، ص١٠٢ وص١٠٥.

وتعرف الشروط الاستثنائية (Les clauses exorbitantes) بأنها كل شرط سيكون باطلاً لو أدرج في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام[١].كما عرفت أنها تلك الشروط التي تتجاوز مبدأ الحرية التعاقدية ليمنح أحد الطرفين حقوقًا والتزامات لا يتصور أن توجد في عقود القانون الخاص إما لاصطدامها بفكرة النظام العام بحسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة ومن ثم تكون غير مشروعة في إطار هذه العلاقات، وإما؛ لأنها وإن لم تكن في ذاتها محرمة، نادرًا ما توجد في عقود الأفراد الخاصة لتغييها نفعًا عامًا لا نفعًا خاصًا[٢].ومن صور الشروط التي يمكن وصفها بأنها استثنائية من القانون الخاص وأكثر شيوعًا نذكر:

١/الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

هي الشروط المنطبعة بطابع السلطة العامة، إذ إنها تثير امتيازًا من امتيازاتها، ومن ثم فهي غريبة على عقود القانون الخاص أو مستحيلة التحقق.وبطبيعة الحال فإن هذه الشروط لا تقرر كلها لصالح الإدارة، فمنها ما يقرر لصالح المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير؛ وبذلك فإن هذه الشروط تتخذ صورتين أولهما الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة قبل المتعاقد معها وثانيهما الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير[٣].

٢/الشروط التي تحمل طابع القانون العام:

وهي تلك الشروط التي وإن لم تكن تنطوي على عنصر السلطة العامة، إلا أنها ترتبط بنظريات القانون العام وأهدافه بحيث لا يمكن تفسيرها إلا في ضوئها، والتي يقتضي تنفيذها إعمال الأحكام والقواعد الخاصة بهذا القانون، ومن ذلك الشروط التي تردد قاعدة من قواعد النظرية العامة للعقود الإدارية كالشروط التي تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في إعادة التوازن الماليّ للعقد إذا أخل به نتيجة تدخل الإدارة، أو تلك التي تمنحه ضمانات ضد الاستعمال التعسفي لسلطات الإدارة.كذلك الشروط المتعلقة بتعديل الثمن وفقا لقواعد خاصة في حالة تقلب

([1])(M) Waline, Précis de droit administratif, 1987, p163.

([2])« Sont certainement dérogatoires des clauses excédant cette liberté (la liberté contractuelle),et dés lors insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraires à l'ordre public. Sont parfois aussi jugées telles celles qui en pratique ne sont guère usitées dans les relations privées parce qu'elle répond à des préoccupations d'intérêt général étrangères aux particuliers. Jean Rivero, Droit administratif, 1973, p112.

([3]) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص٤٨.

الأسعار؛ نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة، فهذه الشروط لا يمكن تفسيرها إلا بالرجوع إلى نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها القضاء الفرنسيّ[1].

٣/تحديد طبيعة بعض الشروط:

قد يتضمن العقد شروطا أخرى إلى جانب الشروط السالفة الذكر تثير الشك حول طبيعتها الاستثنائية نبينها كالآتي:

أ-الإحالة إلى نوع خاص من العقود:

هذه الإحالة من شأنها أن تحدد طبيعة العقود المدنية أو الإدارية تبعًا لنوع العقد الذي أحال إليه المتعاقدين.غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فهذه الإحالة ليس لها قيمة إلا إذا كانت متفقة مع المضمون الحقيقيّ للعقد المبرم بمعنى أنه يجب ألا يوجد من بين شروط العقد نصوص تتعارض مع تلك الإحالة.

ب-الإحالة إلى دفاتر الشروط:

كثيرا ما تعد الإدارة شروطًا موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية، وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مقدمًا قبل التعاقد، وتعد جزءً من العقد الإداريّ بعد إبرامه بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها بين الإدارة وبين المتعاقد الآخر، فإذا لم يتضمن العقد شرطًا غير مألوف ولكنه أحال إلى دفتر الشروط فهل تمثل هذه الإحالة شرطًا استثنائيًا يضفي الصفة الإدارية على العقد؟

تتوقف الإجابة هنا على طبيعة الشروط الواردة في الدفتر المشار إليه فإذا كانت شروطًا استثنائية غير مألوفة فلا شك أن العقد يصبح إداريًا؛ لأن الإحالة إلى دفتر معين يعد دليلاً على اتجاه نية المتعاقدين في اختيار أسلوب القانون العام في تعاقدهما، وجعل الشروط الواردة بهذه الدفاتر جزءً لا يتجزأ من العقد، بل وكأنها وردت به صراحة.أما إذا كانت الشروط الواردة بتلك الدفاتر مألوفة وعادية فإن الإحالة إليها لا تغير من طبيعة العقد، ولا يجعله عقدًا إداريًا حتى ولو تضمن العقد بعضًا منها صراحة"[2].

ج-الشروط الخاصة بتحديد جهة الاختصاص القضائي:

قد تضمن الإدارة العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها شرطًا تسند فيه للقضاء الإداريّ الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عن ذلك العقد. ولقد ذهب الفقه إلى أن النص على هذا الشرط في العقد لا قيمة له إذا ما استوفى العقد شروطه جميعها، من تعلقه بالمرفق العام وتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة، فإنه يغدو عقدًا إداريًا، ونتيجة ذلك يختص القضاء

([1]) محمد عبد الواحد الجميلي، مرجع سابق، ص١٣٧.

([2]) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٩٤.

الإداريّ بنظر ما ينشب عنه من منازعات، ولا تظهر للشرط السالف في الواقع العمليّ قيمة في تغيير طبيعة العقد إلا بالنسبة للعقود غير واضحة المعالم-بأنها عقود إدارية-ولكن بشرط توافر قرائن أخرى، وفي هذه الحالة تدعم النص الوارد بالعقد على اختصاص القضاء الإداريّ وتقترب بالعقد إلى الصفة الإدارية.[1]

المطلب الثاني
النظام القانونيّ للعقد الإداريّ

ندرس في هذا المطلب النظام القانونيّ للعقود الإدارية من خلال التطرق إلى طرق إبرامها في فرع أول، ثم تنفيذها في فرع ثان، و نتطرق إلى نهايتها في فرع ثالث.

الفرع الأول
مرحلة إبرام العقد الإداريّ

حصر المشرع المصريّ في المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات طرق إبرام العقد الإداريّ في ثلاثة طرق هي: المناقصة(بصورها كافة) الممارسة، الاتفاق.أما المشرع الجزائريّ فقد حصرها في المادة ٢٥ من المرسوم الرئاسيّ رقم ١٠-٢٣٦ المؤرخ في ٢٠١٠/١٠/٧ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في طريقتين هما: المناقصة والتراضي، في حين حصر المشرع الفرنسّي طرق إبرام الصفقات العمومية في المادة ٢٦ من قانون الصفقات العمومية في أربعة طرق هي: طلب العروض مفتوحة أو محدودة إجراءات تفاوضية الجدال التنافسي، نظام الاكتساب الديناميكيّ.[2]

البند الأول: المناقصة العامة L'adjudication

تعرف المناقصة بأنها مجموعة الإجراءات التي يحددها القانون بقصد الوصول إلى أفضل المتناقصين سعرًا وشروطًا تمهيدًا للتعاقد معه[3].وتعرف أيضا بأنها مجموعة من

([1]) أحمد بدر سلامة، ، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٣، ص٣٢.

([2]) L'article 26 de code des marchés publics (édition 2006) : « Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes :
1°Appel d'offre ouvert ou restreint ;
2° Procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 ;
3°Dialogue compétitif, dans les cas prévus par l'article 36 ;
4° Système d'acquisition dynamique, défini par l'article 78. »Pour plus de détails sur les modes de passation du contrat administratif voir : Marie-Christine Rouault, op.cit, p145.

([3]) أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، د.د.ن، الطبعة الأولى، 1996، ص١٩.

الإجراءات التي تتخذها الإدارة وفقًا لأحكام القانون بهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأقل من حيث القيمة في إطار من العلانية والمنافسة الحرة والمساواة[1].

والمناقصة عكس المزايدة فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء وهذا في حالة ما إذا كانت الإدارة؛ تهدف إلى القيام بأعمال خاصة كالأشغال العامة.أما المزايدة فترمي إلى التعاقد مع شخص يتقدم بأكبر عطاء وذلك في حالة ما إذا كانت الإدارة؛ تهدف إلى بيع أو تأجير ويُستعمل عادةً مصطلح واحد؛ للتعبير عن النوعين(Adjudication)، ويعني هذا الاصطلاح لغويًا الإرساء[2].وعلى الرغم من الاختلاف بينهما في المضمون إلا أن هدفهما واحد هو تحقيق المصلحة العامة؛ لذلك تسري عليها أحكام واحدة.

تمثل المناقصة الأصل العام الذي قرره المشرع الجزائريّ للإدارة في اختيار المتعاقد معها عند قيامها ببعض الأعمال، وذلك بنصه في المادة ٢٥ من المرسوم الرئاسيّ رقم ١٠-٢٣٦ قانون الصفقات العمومية على أن:" تبرم الصفقات العمومية تبعًا لإجراءات المناقصة التي تعد القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي".في حين نص القانون المصريّ في المادة الأولى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: " يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة. يصدر بإتباع أي من الطريقتين قرارًا من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد".

ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

أ- المناقصة المحدودة.

ب- المناقصة المحلية.

ج- الممارسة المحدودة.

ولا يجوز في أي حالة تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة.وفي الحالات جميعها يتم التعاقد في الحدود ووفقًا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية.

البند الثاني: الممارسة L'appel d'offre

---

(1) عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، د.د.ن، ٢٠٠٥ ص١٦٤.راجع أيضًا حول تعريف المناقصة: مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداريّ(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ٣٦٤. عمرو أحمد حسبو و جمال عثمان جبريل، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٩٩.

(2) سليمان الطماوي، مرجع سابق،ص٢٣٩ .

الممارسة تعني قيام الإدارة بالتفاوض مع المتنافسين من أصحاب عروض التعاقد، في جلسة علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التي يقبلها أحدهم فتبرم العقد معه[١].وقد نص المشرع الفرنسيّ على الممارسة في المادة ٣٣ من قانون الصفقات العمومية لسنة ٢٠٠٦[٢].كما نص المشرع المصريّ عليها في المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات وجعلها أسلوبًا رئيسيًا للتعاقد الإداري إلى جوار المناقصة العامة[٣].

تتميز الممارسة بأنها تسمح للإدارة بقدر من السلطة التقديرية وحرية الحركة والمناورة وتقليب الأمور مع المرشحين للتعاقد مع أصحاب العروض المقبولة فنيًا حتى تصل إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار، من دون التقيد بالأسعار التي سبق لهم التقدم بها في المظاريف المالية.

وقد تكون الممارسة عامة وقد تكون محدودة، والممارسة العامة هي التي يسمح فيها لكل من يجد في نفسه الصلاحية؛ للتعاقد مع الإدارة بشأن الصفقة المعلن عنها بأن يتقدم بعطائه للجهة المختصة[٤].أما الممارسة المحدودة فتلجأ إليها الإدارة إذا تعلق الأمر بأشياء أو جهات ينبغي أن تطلب من أشخاص أو جهات بذاتها أو أماكن إنتاجها، أو يجب أن يتم التعاقد بشأنها بطريقة سرية[٥]. وتسري على كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد به نص خاص بها.وتتولى إجراءات الممارسة لجنة فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد.[٦]

البند الثالث: الاتفاق المباشر (التراضي): Le contrat de gré à gré

أجاز القانون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بأنواعها جميعا.ويتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بقرار مسبب

---

(١) راجع: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٥.جابر جاد نصار، العقود الإدارية الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢١٢.

(2)L'article 33 de code des marchés publics : « L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.
L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.
L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre.
L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection.
Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre ».

(٣) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٤) راجع المواد ٤٠ و٤١ و٤٢ و٤٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصريّ.

(٥) راجع المادة ٥ من قانون المناقصات والمزايدات المصري من المادة ٤٧ من لائحته التنفيذية.

(٦) المادة ٦ من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

من السلطة المختصة التي تحدد من يناط بهم مباشرة إجراء التعاقد من أهل الخبرة في العملية المطروحة والذين يقع على عاتقهم مسئولية التحقق من مطابقة الأصناف أو الأعمال من حيث النوع والمواصفات؛ للغرض المطلوب من أجله، وأن الأسعار مناسبة لسعر السوق من واقع ما يتحصل عليه من عروض ترفق بأوراق العملية، وفي الحالات التي تتطلب بحسب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة ما يورد أو ينفذ، تحجز نسبة ٥٠% من مستحقاته إلى ما بعد انتهاء مدة الضمان المتفق عليها.[١]وقد نص المشرع الفرنسيّ على الاتفاق المباشر في المادة ٣٥ من قانون الصفقات العمومية لسنة ٢٠٠٦[٢].ونص المشرع الجزائريّ على التراضي في المادة ٢٧ من المرسوم رقم ١٠-٢٣٦ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه:" التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد من دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة..."أما المشرع المصريّ فقد نص على الاتفاق المباشر في المادة ٧ من قانون المناقصات والمزايدات.

الفرع الثاني
مرحلة تنفيذ العقد الإداريّ

يرتب العقد الإداري حقوقًا والتزامات متبادلة بين طرفيه وهما: الإدارة والمتعاقد معها، كما يُرتب أيضًا حقوقًا للغير، ويفرض عليه التزامات.وهذا ما سنبينه على النحو الآتي:

البند الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

تتمتع الإدارة بحقوق وسلطات في مواجهة المتعاقد معها في مرحلة تنفيذ العقد الإداريّ وهي:

أولاً: سلطة الرقابة

تملك الإدارة في أثناء تنفيذ العقود الإدارية حق الرقابة عليها كونها من السلطات التي تملكها تجاه المتعاقد معها؛ لضمان سلامة التنفيذ، وتدارك الأخطاء، والأخطار المحتملة قبل وقوعها. وتنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها الإدارة المتعاقدة في صورتين، فقد يقصد بها المعنى الضيق الذي يكون مرادفًا لحق الإشراف (Droit de surveillance) وهو مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذًا صحيحًا طبقًا للبنود والشروط المتفق عليها في العقد، وتمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب

([١]) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٣٥.

([2]) L'article 33 de code des marchés publics :« Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة[1]. وقد تتجاوز سلطة الرقابة معناها الضيق فلا تقتصر على مجرد الإشراف على التنفيذ وإنما تتعدى ذلك إلى التوجيه (Droit de direction) وهو أن تتدخل الإدارة في التنفيذ بأن توجه أعمال التنفيذ كما تشاء وفقًا للمصلحة العامة، ولها إلى جانب ذلك أن تطالب بتغيير طريقة التنفيذ، أو الإسراع في تعديله، أو المطالبة بأن يستعين المتعاقد بعمال آخرين وما إلى ذلك[2].

وتملك الإدارة سلطة الرقابة على العقود الإدارية ولو لم تنص عليها صراحة ومن دون اللجوء إلى القضاء؛ لإجبار المتعاقد معها على الانصياع للأوامر التي تصدرها فيما يخص طرق التنفيذ على أساس أن سلطة الرقابة بمعنى الإشراف والتوجيه من النظام العام، إذ لا يمكن الاتفاق على مخالفتها؛ لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها[3].

ثانيا: سلطة تعديل العقد

يقصد بسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداريّ أن جهة الإدارة تملك من جانبها – وحدها–وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر، أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل[4].ولا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذا ما وجد به نص يبيح لها ذلك؛ إذ إن الأمر لا يعدو أن يكون تنظيمًا لسلطة التعديل ولكن الأمر يدق إذا لم يرد بالعقد نص يمنح الإدارة هذا الحق، وقد انقسم الفقه الفرنسيّ في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات أولها ينكر إعطاء الإدارة حق تعديل عقودها الإدارية وثانيها وهو الغالب يؤيد إعطاءها هذا الحق، في حين اتخذ الاتجاه الثالث مذهبًا وسطًا حين قصر حق التعديل على عقدي الأشغال العامة والتزام المرافق العامة دون سواهما [5]، وقد قرر المشرع المصريّ حق الإدارة في تعديل العقد الإداريّ بموجب المادة الخامسة من القانون رقم

---

(1)محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداريّ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، ١٩٩٧، ص، ص٢٠٠ .٢٠١.

(2)« Le pouvoir de direction permet à la personne publique maitre d'ouvrage de déterminer les modalités d'exécution du marché dans le cadre de la réalisation de l'ouvrage ».voir : Christophe LAJOYE, Droit des marché publics, Bert éditions Alger, 2007, p172.

(3) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، ٢٠٠٧، ص١٤٢.

(4) عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣١٠.

(5)أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية،١٩٧٣،ص١٦٩ وما بعدها.

١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزام المرافق العامة.أما بالنسبة للمشرع الجزائريّ فقد أجاز في المادة ١٠٢ من المرسوم الرئاسيّ رقم ١٠-٢٣٦ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق للصفقة لتعديل الصفقة العمومية، ولكنها اشترطت أن تتم في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.وفسرت المادة ١٠٣ المقصود بالملحق بأنه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في الحالات جميعها إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و(أو) تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية".

ثالثًا: سلطة توقيع الجزاءات

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية كافة الكائنة ببنود العقد الإداريّ وشروطه، فإذا ما أخل بأي من هذه الالتزامات أو امتنع كلية عن تنفيذ العقد، أو تراخى أو تأخر أو أهمل في التنفيذ كان للإدارة بموجب سلطتها التي منحها لها القانون أن توقع عليه جزاءات تحثه على التنفيذ وفي المواعيد المحددة بالعقد الإداريّ.وهذه السلطة مستقلة عن نصوص العقد فلا يشترط أن ينص عليها العقد؛ حتى تتمكن الإدارة من ممارستها[١].والجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته عديدة ومتنوعة وهي الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، والجزاءات الفاسخة[٢].

البند الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته

يتمتع المتعاقد مع الإدارة بحقوق عديدة و يقع على عاتقه التزامات عديدة، وهذا ما سنوضحه كما يلي:

أولاً: حقوق المتعاقد (التزامات الإدارة)

تتمثل حقوق المتعاقد مع الإدارة في:

١/حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها التعاقدية:

تتمثل التزامات الإدارة فيمايلي[٣]:

---

(١) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٢٧٥.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها راجع: سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٨٧ وما بعدها.عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص١٦٧ وما بعدها.طارق سلطان سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٤٣ وما بعدها.عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠، ص٢٧ وما بعدها.

(٣) سليمان الطماويّ، مرجع سابق، ص٥٤٢.

أ- تلتزم الإدارة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه، ولا يحق لها أن تفسخ العقد لمجرد التحلل من التزاماتها وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية.

ب- تلتزم باحترام الشروط الواردة بالعقد كافة عند تنفيذه.

ج- تنفيذ التزاماتها الواردة في العقد بطريقة سليمة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

د- تمكين المتعاقد معها من تنفيذ العقد كاملاً، ويتمثل ذلك في تسليم أماكن العمل، وكل ما تلتزم الإدارة بتقديمه للمتعاقد معها.

هـ- حماية المتعاقد معها بعدم التعاقد مع آخرين لمنافسته وذلك لضمان قيام المتعاقد بالتزاماته على أحسن وجه وفي أحسن الظروف.

و- احترام المدة المحددة في العقد والمتعلقة بتنفيذ الأشغال من قبل المتعاقد معها.

ي- تلتزم الإدارة -أيضًا- بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء بوصفها جهة إدارية ضابطة أو متعاقدة يتعارض مع التزاماتها مع المتعاقد، كأن تمنح شخصًا ما حقوقًا تتعارض مع حقوق المتعاقد تؤدي إلى حرمانه من التمتع بحقوقه الناشئة عن العقد.

٢/حق الحصول على المقابل المالي المتفق عليه:

إن هدف المتعاقد من دخول العمليات العقدية مع الإدارة هو المقابل الماليّ، فما يهمه بالدرجة الأولى المكاسب المادية التي سيجنيها عند إبرامه عقد مع الإدارة وقيامه بتنفيذه، بغض النظر عن المصلحة العامة التي ستتحقق من وراء العقد.وتختلف طبيعة هذا المقابل الماليّ باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل فيما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق، أما في عقود التوريد والأشغال فقد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي وُرّدت أو الأشغال التي نُفّذت[١].والغالب أن يستحق المقابل الماليّ بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة قد تدفع جانبًا من هذا المقابل مقدمًا أو في أثناء التنفيذ، لا سيما إذا كان هذا التنفيذ يتطلب الكثير من النفقات ومتسعًا من الوقت وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته[٢]

٣/حق اقتضاء التعويض:

للمتعاقد -وفقًا للقواعد العامة- الحق في أن يتقاضى تعويضات في حالات محددة تتمثل في حالة تسبب الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية، وحالة إنجازه لأعمال إضافية لم ترد بالعقد وحينها تكون مطالبته في هذه الحالة استنادًا إلى قاعدة الإثراء بلا

---

(١) مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، اربيل، منشورات القانون المقارن، ٢٠١٠، ص ٢٢٢.

(٢) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢١٢.

سبب[1]، وحالة اختلال التوازن الماليّ للعقد الإداريّ لأسباب تحدث في أثناء تنفيذ العقد وتعوق تنفيذه أي تجعل أمر تنفيذه صعبًا، وهذه الأسباب هي الظروف الطارئة و الصعوبات المادية غير المتوقعة وفعل الأمير[2].

ثانيًا: التزامات المتعاقد

يلتزم المتعاقد في مواجهة الإدارة بالتزامات عديدة نذكرها بإيجاز على النحو الآتي[3]:

١- يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأن يوفي بالتزاماته المحددة في العقد، وتلك التي تنص عليها القوانين واللوائح متى عدت جزءً مكملاً للعقد.

٢- يقوم بتنفيذ هذه الالتزامات:

أ- في المدة المحددة لذلك، فإن كانت المدة غير محددة في العقد كان المناط في الوفاء بالالتزام من هذه الناحية هو بالمدة المعقولة.

ب- أن يقوم بتنفيذ هذه الالتزامات بنفسه فلا يجوز له التنازل عنها إلى غيره، أو تنفيذها عن طريق مقاولين، أو موردين من الباطن إلا بموافقة صريحة وكتابية من الإدارة.

٣- يستمر في تنفيذ التزاماته من دون توقف؛ حتى ولو أخلت الإدارة بالتزاماتها معه، فلا يجوز للمتعاقد في هذه الحالة أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة؛ لأن هذا الحق محجوز للإدارة وحدها، كما لا يستطيع بحسب الأصل أن يدفع بعدم التنفيذ المقرر لأطراف عقود القانون الخاص وذلك لاعتبارات تسيير المرافق العامة بانتظام وباضطراد.وكل ما يستطيعه المتعاقد في هذه الحالة هو الرجوع عليها أمام القضاء بالتعويض اللازم أو بطلب الفسخ. فإذا توقف المتعاقد عن التنفيذ خلافًا لهذا الأصل أمكن للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة، فضلاً عن الرجوع عليه بالتعويضات اللازمة إن كان لاستحقاقها وجه.

البند الثالث: حقوق الغير والتزاماته

يرتب العقد الإداريّ -لطبيعته الذاتية- آثارا بالنسبة للغير[4] تتمثل في الحقوق التي يستمدها منه، والالتزامات التي يفرضها عليه.

---

(1) محمد فؤاد عبد الباسط، آثار العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٤٠ وما بعدها.

(2) راجع حول التوازن المالي للعقد الإداري: سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٨٤ وما بعدها. رياض إلياس عيسى الجربسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس،٢٠٠٧، ص٥ وما بعدها.علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص١٥ وما بعدها.

(3) راجع: سليمان الطماويّ، مرجع السابق، ص٤١٦. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٢٦١. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

(4) يقصد بالغير كل من ليس طرفا في العقد ولا توجد صلة بينه وبين أحد أطراف العقد أي أنه من غير المتعاقدين، ولا يعد خلفا عاما أو خلفا خاصا بالنسبة لهم.أنس جعفر، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٩٧.

أولا: الحقوق التي يستمدها الغير من العقد الإداريّ

يستمد الغير من العقد الإداري بعض الحقوق تظهر بجلاء في[1]:

١/حق الغير في أن تبرم الإدارة العقود الإدارية وفقا لأحكام القانون:

على الرغم مما تتمتع به الإدارة من سلطات، والتي توحي بحرية الإدارة في مجال العقود الإدارية إلا أن ذلك غير صحيح، فالإدارة يفرض عليها القانون اتباع إجراءات خاصة تنتهي بإبرام العقد، إذ أن هذه الإجراءات منصوص عليها قانونًا، ومن ثم فإن خروج الإدارة على تلك القواعد المنصوص عليها في القانون يعطي أي شخص له مصلحة وحق في التظلم من قرار الإدارة، بل والطعن فيه أمام القضاء إلغاءً وتعويضًا.ومثال ذلك استبعاد أحد الأفراد من دون وجه حق، أو إرساء المناقصة على غير صاحب العطاء الأول.

٢/حق الغير في التمسك ببعض النصوص التي وردت في العقد لصالحه:

قد يرد بالعقد الإداريّ نصًا يقرر حقًا لشخص ليس طرفًا في العقد، ومثال ذلك: أن تقرر الإدارة في أحد عقودها التزام الطرف الآخر بتشغيل العمالة الوطنية، وفي هذه الحالة يكون للعمالة الوطنية الحق في التمسك بهذا الشرط، وتطبيقه إذا ما قام المتعاقد بتشغيل عمالة أجنبية كما قد يشترط في العقد الإداريّ أن يقوم المقاول بالتأمين على العمال الذين يقومون بتنفيذ محل العقد ومن ثم إذا لم يقم المقاول بالتأمين يحق للغير أن يطالب بتطبيق هذا البند عليه.كما قد يتضمن العقد الإداريّ شروطًا لصالح الملاك المجاورين المخصص لتنفيذ العقد –لا سيما في عقدي الأشغال العامة والامتياز– ومن ثم يكون لهؤلاء الحق في التمسك بتلك الشروط؛ لحماية مصالحهم.

٣/حقوق المستفيدين في عقد الامتياز:

هي أبرز صور امتداد آثار العقد الإداريّ إلى غير أطرافه، إذ يستمد المستفيدون من عقود الامتياز حقوقًا عديدة لا في مواجهة الملتزم فحسب، بل وفي مواجهة الإدارة وذلك على النحو الآتي:

أ- حق المستفيد في مواجهة الإدارة: يستطيع المستفيد أن يلجأ إلى القضاء بطلب إلغاء بعض القرارات الصادرة من الإدارة، ومنها تلك التي تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الامتياز من شروط، ومنها أيضًا القرارات الضمنية برفض التدخل؛ لإجبار الملتزم على

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول الحقوق التي يستمدها الغير من العقد الإداري راجع: سليمان الطماويّ، مرجع سابق ص٧١٤ وما بعدها.ابراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٤ ، ص٧٩ وما بعدها. محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الإداريّ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤،ص١٣١ وما بعدها.أنس جعفر، مرجع سابق، ص١٠٣.

احترام شروط العقد إذا ما أخل بشروطه.كما يحق للمستفيد أن يلجأ إلى قاضي العقد؛ لإجبار الإدارة على تمكينه من الافادة من العقد الإداريّ وفقًا لنصوص هذا العقد.

ب- حق المستفيد في مواجهة الملتزم: يستطيع المستفيد مقاضاة الملتزم أمام القاضي العاديّ تأسيسًا على العقد المبرم بين الملتزم والمستفيد والذي يعطي الأخير الأحقية في الحصول على الخدمة التي يقوم بها المرفق.

ثانيًا: الالتزامات التي يفرضها العقد الإداريّ على الغير

تتمثل الالتزامات التي يفرضها العقد الإداريّ على الغير في[1]:

١/ تخويل المتعاقد بعض مظاهر السلطة العامة:

متى أعطت الإدارة المتعاقد معها حق ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة، والتي تختص وحدها بها، فإن من شأن ذلك أن يرتب النتائج الآتية:

أ- يستطيع المتعاقد -لا سيما في عقود الأشغال العامة والامتياز -الاستيلاء على الأراضي المجاورة لمكان تنفيذ العقد، ويتصف هذا الاستيلاء بأنه استيلاء مؤقت لخدمة المشروع والذي يتم بموجب قرار يصدر من الوزير المختص، وهو بذلك يختلف عن الاستيلاء الدائم (نقل لملكية الدولة) والذي يلزم صدور قرار جمهوريّ به كما أن مدة الاستيلاء المؤقت هي ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعليّ على أن يعويض مالك العقار الذي تم الاستيلاء عليه.

ب- إذا كانت الدولة قد أقرت حق الجميع في استخدام الدومين العام وذلك على الوجه الذي يرسمه القانون، أو تقره اللوائح ومن دون تمييز بين مواطن وآخر، بحيث لا يجوز الاستئثار باستعمال الدومين العام وقصره على فرد معين.إلا أنه أحيانا قد يتضمن العقد الإداريّ نصًا يعطي المتعاقد مع الجهة الإدارية الحق في استخدام أجزاء من الدومين العام استخدامًا خاصًا؛ مما يترتب عليه حرمان سائر الأفراد من الانتفاع بتلك الأجزاء من المال العام.

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول الالتزامات التي يفرضها العقد الإداريّ على الغير راجع: سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٧١٠ وما بعدها.إبراهيم محمد عبد الحليم، مرجع سابق، ص١٤٧ وما بعدها.محمد عبد الله شريف النعيمي، مرجع سابق، ص٩١ وما بعدها.أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

ج- قد يمنح العقد الإداري المتعاقد حق استعمال بعض سلطات الضبط الإداريّ والمتمثلة في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأمن والنظام العام.

د- قد تعين الإدارة بموجب عقد موظفًا ما، ومن ثم يعد هذا الموظف كالموظف النظاميّ أي المعين تعيينًا فعليًا، وذلك في مباشرة السلطات المخولة للأخير والتي يستطيع ممارستها في مواجهة الغير.

٢/ حق التقاضي أمام قاضي معين:

تقتصر هذه الميزة في قضاء مجلس الدولة الفرنسيّ على عقدين من العقود الإدارية هما عقد الأشغال، وعقد الالتزام، وبمقتضى هذه الميزة إذا تسبب مقاول الأشغال العامة أو الملتزم في إحداث ضرر بالغير في أثناء تنفيذه العقد الإداريّ، فإن للغير الحق في إقامة الدعوى القضائية ضده ولكن أمام القضاء الإداريّ لا العاديّ.ففي عقود الامتياز يحق للغير أن يقاضي الملتزم في حالة صدور أي قرار من الملتزم يصيب أيا من الغير بالضرر، وله أن يقاضي الإدارة أيضا، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في عقود الالتزام ليس للمضرور إلا أن يقاضي الملتزم، فلا يستطيع أن يرجع بالتعويض على الإدارة إلا إذا أثبت إعسار هذا الأخير.أما في عقود الأشغال العامة فإن المضرور يستطيع أن يقاضي المقاول أو الإدارة باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأعمال والمسئولة عنها[1].

٣/ استثناء المتعاقد مع الإدارة من المساواة أمام الأعباء العامة:

قد تتضمن بعض العقود الإدارية بعض الشروط التي تخول المتعاقد معها امتيازات عديدة تجعله في وضع أفضل من غيره من المواطنين العاديين، ومن أمثلة ذلك شرط عدم المنافسة والذي يخول للمتعاقد حق منع غيره من ممارسة النشاط ذاته الذي يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة، وكذلك إعفاؤه من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محدودة في العقد ومن هذه الشروط- أيضًا- منح القروض بتيسيرات في السداد وفي مقدار الفائدة.

الفرع الثالث

نهاية العقد الإداريّ La fin du contrat administratif

تنتهي العقود الإدارية شأنها شأن العقود كافة بتنفيذها تنفيذًا كاملاً، أو بانقضاء مدتها وهذه هي النهاية الطبيعية للعقود الإدارية.وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية غير طبيعية(مبسترة).

البند الأول:النهاية الطبيعية للعقود الإدارية

ينتهي العقد الإداريّ نهاية طبيعية في الحالتين الآتيتين:

([1]) محمد عبد الله شريف النعيمي، مرجع سابق، ص١٢٤ وما بعدها.

أولا: انقضاء العقد الإداري بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه تنفيذاً كاملاً

إذ ينقضي عقد الأشغال العامة بإتمام الأعمال المطلوبة، وينتهي عقد التوريد بتسليم البضائع محل عقد التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة.[1]

ثانيا: انقضاء العقد الإداريّ بانتهاء المدة المحددة له

من العقود الإدارية ما يرتبط بقاؤه بمدى زمنيّ محدد، فمتى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد [2]مثلما هو الحال في عقود الالتزام وعقود الأشغال المتعلقة بصيانة بعض المنشآت لمدى زمني محدد وعقود التوريد لمدة محدودة، وعقود الإيجار...الخ.غير أنه يجب التمييز في هذا الخصوص بين العقود الفورية والعقود الزمنية[3].بالنسبة للعقود الزمنية فإنها تنتهي بالتنفيذ إلى غير رجعة.في حين أن العقود الزمنية تتولد عنها بعض الآثار على الرغم من انقضاء المدة، بحيث يكون للمتعاقد الذي يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة المبينة في العقد الحق في مطالبة الإدارة بالمقابل وذلك في حالتين، الحالة لأولى: حالة الموافقة الضمنية على تجديد العقد، والتي تتضح من استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقده على الرغم من نهاية مدته من دون اعتراض من الإدارة على ذلك، والحالة الثانية: إذا ظل الملتزم في عقد الامتياز يقدم الخدمة المنوطة بالمرفق العام وذلك بحسن نية.

البند الثاني: النهاية غير الطبيعية(المبتسرة) للعقود الإدارية

تتمثل أسباب النهاية غير الطبيعية للعقد الإداريّ في:

أولاً: انتهاء العقد الإداريّ باتفاق طرفيه

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته، أو تمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقيًا يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على هذا الإنهاء قواعد القانون المدنيّ[4].وقد نص المشرع الجزائريّ في المادة ١١٣ من المرسوم ١٠-٢٣٦ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه: "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة ١١٢ أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقديّ للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض."ولابد لإنهاء العقد بإرادة طرفيه أن تعبر الجهة الإدارية عن رغبتها في ذلك بإرادة واضحة، ولكن لا يشترط أن تفرغ تلك الإرادة في صورة معينة ومن ثم قد تنتهي العقود الإدارية بتبادل الخطابات بين الإدارة وبين المتعاقد معها.[5]

([1]) محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٤٥٦.

([2]) مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص٢٤٣.

([3]) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٧٣٤.

([4]) مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص٢٤٤.

([5]) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٣٧.

ثانيًا: نهاية العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

تملك الإدارة إنهاء العقد الإداريّ بإرادتها المنفردة وذلك في حالتين:

أ- أن ينص العقد الإداريّ على حق الإدارة في فسخه لارتكاب المتعاقد معها نوعية خاصة من المخالفات، فمتى ارتكب أيًا منها استعملت الإدارة سلطتها في ذلك[1]، أو يعطي القانون الإدارة الحق في إنهاء العقد.وهو ما نصت عليه المادة ٧٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصريّ، و المادة ٩٩ من مرسوم ١٠-٢٣٦ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ب- إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة.

ثالثًا: الفسخ بقوة القانون

قد يضع القانون نهاية العقد الإداريّ في بعض الحالات التي تقتضي فسخه، وهو ما أوردته المادة ٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات المصريّ رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ "يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين: إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه، أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد، إذا أفلس المتعاقد أو أعسر." ويضيف الفقه[2]حالات أخرى ينفسخ فيها العقد الإداريّ بقوة القانون وهي:

١- هلاك محل العقد، ويستوي في ذلك أن يكون هلاك محل العقد يرجع إلى أحد طرفي العقد أم يكون لسبب خارج عنهما.إلا أنه إذا كان الهلاك لسبب خارج عن إرادة الطرفين فهنا ينتهي العقد من دون أن يتحمل أي طرف تعويض الآخر عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، أما إذا كان الهلاك يرجع إلى فعل الإدارة كان لزامًا عليها تعويض المتعاقد.

٢- إذا تحققت أسباب منصوص عليها في العقد.

رابعًا: الفسخ القضائيّ

يملك المتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء إلى القاضي طالبًا استصدار حكم بفسخ العقد للأسباب الآتية[3]:

أ- القوة القاهرة وهي الحادث الذي يستحيل دفعه، ولا يرجع لإرادة أحد طرفي العقد سواءً في حدوثه أم في توقعه، ويترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلا.

---

(١) مثل هذه النصوص لا يمنع من وجود حالات أخرى غير واردة بالعقد وذلك لأن الإدارة لا تستمد سلطتها من نصوص العقد وإنما من طبيعة العقد. راجع: أحمد بدر سلامة، مرجع سابق، ص، ص ٣٣٩، ٣٤٠.

(٢) سليمان الطماويّ، مرجع سابق، ص٧٣٨.

(٣) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٣٦٢.

ب- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبة على العقد لدرجة يستحيل أو يصعب معها تنفيذ العقد دون إرهاق المتعاقد.

ج- إساءة استخدام الإدارة لسلطتها، فعلى الرغم من أن الإدارة تتمتع بسلطات عديدة في العقد الإداريّ والتي تجعلها في وضع مميز عن التعاقد معها إلا أنها مقيدة في الأحوال كلها بتحقيق الصالح العام، ومن ثم إذا تجاوزت الإدارة هذا الهدف، ولم تحققه على الرغم من أن استخدام سلطاتها جاز للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القضاء للحكم بفسخ العقد.