

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في القرارات والعقود الإدارية

موجهة إلى طلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون عام (المجموعة الأولى)

للسداسي الأول

إعداد الدكتور

ساعد العقون

الموسم الجامعي : 2021/2020

تمهيد:

مدخل لدراسة العمل الإداري الإنفرادي

إن مفهوم الدولة كوحدة سياسية وإجتماعية جاء من أجل تحقيق المصلحة العامة بعيدا عن تضارب المصالح المتناقضة بين مختلف أفراد المجتمع، ومهما كان المبرر الفلسفي لتكوين الدولة كعقد إجتماعي أو مصلحة مشتركة أو تضامن إجتماعي فإن كل هذه المبررات تتفق على فكرة تقديم المصلحة العامة على المصالح الخاصة، ومن هذا المنطلق تطور تنظيم الدولة من القديم من وحدة السلطة وتركيزها إلى مفهوم الدولة الحديثة التي تقسم وظائفها إلى سلطات ثلاث هي السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية والتي تعمل بشكل منفصل ومتوازي ومتعاون وتتبادل الرقابة بينها لتحقيق ما يسمى بدولة القانون.

تشكل الإدارة العمومية الآلية التي تحقق من خلالها الدولة مختلف وظائفها التنفيذية داخل المجتمع، فهي أسلوب لاشباع الحاجيات العمومية وتقديم الخدمة والمنفعة العامة كما أنها تعتبر همزة الوصل بين المواطن والسلطات العمومية في الدولة، وتسعى الإدارة العمومية إلى تحقيق وظائفها بشكل ملائم وصحيح وصائب ما يحقق المصلحة العامة ويعود بالنفع على أفراد المجتمع، ولتحقيق ذلك يمنحها القانون امتيازات إستثنائية توفيق تلك الممنوحة للأفراد العاديين، وحرصا على ممارسة هذه الامتيازات ظهر العمل الإداري الإنفرادي كأداة رئيسية كممارسة هذه السلطة، والعمل الإداري الثانائي أو التعاقدي ونعالج هذا الموضوع في ثلاثة فصول يتعلق الأول بمفهوم القرار الإداري والثاني بنظامه القانوني والثالث بالنظام القانوني للعقد الإداري، كما يلي:

الفصل الأول:

مفهوم العمل الإداري الإنفرادي أو القرار الإداري

طبقا للنظرية العامة للنشاط الإداري، فإن الإدارة العمومية تظهر بمظهرين، أولهما هو مظهر السلطة العمومية من خلال امتيازات غير مألوفة في إطار العلاقات بين الأفراد مما يسمح للإدارة بتطبيق نظام الولاية العامة وحق الأولوية والتنفيذ الجبري وفرض قيود تعاقدية من طرف واحد وصلاحيات أخرى متعددة قد تحد من حريات وحقوق الأفراد بغرض تحقيق المصلحة العامة بواسطة الأمر بالأمر والنهي بالوسائل القانونية وأحيانا المادية، وهذا المظهر يسمى بالضبط الإداري، أما المظهر الثاني فهو مظهر المرفق العمومي، والمقصود به هو ظهور الإدارة بمظهر الخدمة العمومية من خلال إشباع حاجيات المواطنين في مختلف مجالات حياتهم من الأمن والتعليم والنقل والعلاج والنظافة وغيرها من الخدمات العمومية التي يستفيد منها الفرد.

ويتم تحقيق هذه المظاهر الإدارية بما فيها الضبط والمرفق العمومية عن طريق وسائل مادية وبشرية للإدارة وعن طريق وسائل قانونية تتمثل في شكلين قانونيين هما العمل الإداري التعاقدية أو العقد الإداري والعمل الإداري الإنفرادي أو القرار الإداري، هذا الأخير الذي يشكل الوسيلة القانونية الأبرز ضمن نظرية النشاط الإداري لما له من مكانة بارزة واستعمال واسع في الحياة الإدارية نظرا لما يحققه من امتيازات للإدارة تسهل مهامها، وسندرس في ما يلي مفهوم القرار الإداري من خلال بيان أهميته في نظرية النشاط الإداري وتعريفه ومن ثم خصائصه مع التركيز على خاصية النفاذ والتنفيذ وفق ما يلي:

المبحث الأول:

أهمية العمل الإداري الإنفرادي

قدمنا، أن القرار الإداري يكتسي أهمية بالغة ضمن نظرية القانون الإداري وعلم الإدارة العامة، نظرا لما يوفره من ميزات قانونية وعملية بالنسبة للإدارة، من بينها السرعة والفعالية وحسن تنفيذ الوظيفة الإدارية، كما أن القرار يشكل جزءا من المنظومة القانونية للدولة إلا أن عملية تقنينه مستحيلة نظرا لاتساع مجالاته وتجدها الدائم، وسنحاول أن نوجز جوانب هذه الأهمية في العناصر التالية:

المطلب الأول:

القرار الإداري الوسيلة الأكثر استخداما والأوسع انتشارا

إن الإدارة العمومية تحقيق الوظيفة الإدارية من خلال مجموعة من الوسائل من القانونية كالعقد والقرار أو عن طريق الوسائل المادية، إلا أن الوسيلة الأكثر استخداما من الناحية العملية هو القرار الإداري نظرا لما يوفره من مزايا قانونية وميدانية وتنفيذية.

إلا أن كون القرار الإداري الوسيلة الأكثر استخداما يرتبط كذلك بالنظام السياسي والإقتصادي في الدولة ففي حين تنزع الأنظمة الاشتراكية والشمولية إلى أسلوب القرار الإداري في مخاطبة الأفراد بشكل أكبر وإشباع حاجياتهم، تتجه الأنظمة الرأسمالية والليبرالية إلى إعطاء مساحة أكبر للقطاع الخاص من خلال الآلية التعاقدية بواسطة عقود الصفقات والإمتياز والبوت وغيرها من أشكال المشاركة في التسيير.

إلا أن هذا التفاوت بين الأنظمة لم يستطع تجاوز هيمنة القرار الإداري على منظومة النشاط الإداري على باقي الأساليب القانونية والمادية للإدارة.

المطلب الثاني:

القرار الإداري آلية سريعة وفعالة لتحقيق الوظيفة الإدارية

من المعروف أن القرار الإداري هو آلية سريعة الصدور وسريعة في إحداث الأثر القانوني، نظرا لكونه يصدر بإرادة منفردة عن الإدارة، ولا يحتاج إلى موافقة أطراف أخرى أو إجراءات معقدة عدا في بعض الاستثناءات المحدودة التي تأتي على ذكرها لاحقا، وعادة ما يحتاج القرار الإداري إلى عملية قانونية واحدة وبسيطة تخضع لإرادة الإدارة وتقديراتها ولا يحكمها في ذلك سوى تحقيق المصلحة العامة.

كما أن القرار الإداري وسيلة فعالة في التعامل مع الوضعيات الاستعجالية والسريعة والتكيف مع الأوضاع المفاجئة بالنسبة للإدارة، كما يقدم إمكانيات تنفيذية سريعة هي الأخرى لضمان امتثال الأفراد والمؤسسات لهذه القرارات ما يجعل عملية تحقيق الوظيفة الإدارية أكثر سرعة وفعالية، ولا يحتاج القرار الإداري عادة إلى إجراءات معقدة ولا يرتبط مع غيره من الأعمال إلا في حالات معدودة وتساعد هذه البساطة والتسهيل في الإجراءات في تسريع الوظيفة الإدارية وتسهيل مهمة الموظف في الحصول على أفضل النتائج في وقت قصير وبموجب آلية واحدة بدل اللجوء إلى عمليات معقدة ومركبة تستهلك الوقت.

المطلب الثالث:

القرار الإداري مظهر من مظاهر إمتيازات السلطة العمومية

تتمتع الإدارة العمومية بإمتيازات السلطة العمومية لأغراض تحقيق المصلحة العامة ذلك أن الوظيفة الإدارية تحتاج إلى أدوات قانونية إستثنائية في خصائصها التنفيذية حتى لا يمكن أن تكون مماثلة لتلك التي تتاح للأشخاص الخواص حتى لا تخضع كلها لنفس القواعد، وهو ما يجعل مكانة الإدارة مثل تلك الخاصة بالأشخاص الخواص، وهذه المساواة لا تحقق العدالة القانونية لأن المصلحة العامة يفترض أن تكون لها أولوية وأمتياز في مقابل المصلحة الخاصة.

وانطلاقا من هذا البعد الفلسفي في العلاقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، يوفر القرار الإداري خصائص وامتيازات هامة تجعل من الأفراد يمثلون لإرادة الإدارة وينضون تحت سلطتها الضبطية من خلال علاقة تنظيمية في اتجاه واحد من جانب الإدارة، مما يمنح الإدارة حق الأولوية والأفضلية وحق التنفيذ الجبري والإكراه وحق تطبيق بعض العقوبات مما قد يحد من حقوق وحرية الشخص الخاضع للقانون الخاص وذلك بغرض الحفاظ على النظام العام، مع شرط ممارسة هذه الإمتيازات بطريقة مشروعة وطبقا للقانون وضرورة احتفاظ القاضي الإداري بحقه في إنصاف وتعويض الشخص المخاطب بالقرار الإداري وحيانا بحقه في إلغاء هذه القرار إذا رأى بعدم مشروعيتها.

المطلب الرابع:

إتساع مجالات القرار الإداري وعدم قابلية تقنينه

إن نشاط الإدارة العمومية يتميز بالتنوع والاتساع الشديد، ذلك أنها تقوم على تنظيم الخدمات العمومية وإشباع حاجات الأفراد مع ضبط سلوكياتهم طبقا لما يسمح به القانون، ولا يمكن حصر هذه الوظائف الإدارية في نصوص جامدة ، لأن طبيعة هذا النشاط الإداري متجددة ومرنة وقابلة للتكيف مع الظروف الطارئة والمعطيات السياسية والإجتماعية والإقتصادية الحديثة.

وينعكس تنفيذ هذا الدور المتجدد على مدى ومضمون الإعتماد على القرارات الإدارية داخل الدولة، وبالتالي لا يمكن حصر مجالات القرار الإداري في نصوص خاصة لأن ذلك قد يؤدي إلى جمود الوظيفة الإدارية وعدم تكيفها مع الأوضاع الخاصة والمستحدثة في النظام القانوني والإجتماعي داخل الدولة.

المطلب الخامس:

القرار الإداري محور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

إن الأساليب التي تتحرك من خلالها الإدارة العمومية لا تخرج عن قرار أو عقد أو عمل مادي سواء عندما تقدم الخدمة العمومية أو عندما تقوم بأعمال الضبط الإداري، وبالتالي فإن وضع الإدارة تحت الرقابة القضائية يجب أن ينطلق من هذه الأعمال، حيث يعتبر وضع الإدارة تحت الرقابة القضائية مبدأ دستوري هام يقضي بضرورة خضوع الدولة للقانون وضمانة هامة لحقوق الأفراد في مواجهة السلطة التنفيذية عموماً والإدارة بشكل خاص.

من جهة أخرى فإن القرار الإداري هو تعبير عن الإرادة المنفردة للإدارة وبالتالي فهي تفرغ فيه الأثر القانوني المطلوب باحترام قواعد الإختصاص والشكل إضافة إلى مبدأ المشروعية، ولدى البحث عن نية وموقف ورغبة الإدارة لا بد أن يكون ذلك من خلال القرار الإداري ذاته دون اشتراط طلب أي توضيحات أو ملاحظات منها.

المطلب السادس:

القرار الإداري يمتاز بطابعه التشريعي بمفهومه العام

إن النظام القانوني في الدولة يوجد في شكل هرمي يعتلي الدستور قمته وتليه المعاهدات الدولية تليه القوانين والعضوية والعادية في مجالاتها المحددة دستوريا ومعها السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المجالات غير المخصصة للقانون.

ووفقاً للمفهوم الواسع للتشريع فإن ما يسمى بالتشريع الفرعي يتذيل هذا الهرم ويقصد به اللوائح الصادرة السلطة التنفيذية بما فيه القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارات العمومية، وبالتالي تكتسب هذه القرارات الصبغة التشريعية بمفهومها العام وليس المفهوم الضيق للتشريع الذي يقصد به النصوص الصادرة عن البرلمان..

ويترتب على هذا التصنيف أن القرار الإداري يتصف ببعض مواصفات التشريع وبرزها الطابع الملزم فهو يتمتع بأولوية التنفيذ المباشر، كما تتمتع القرارات الإدارية التنظيمية بطابع العمومية والتجريد على شاكلة التشريعات بمفهومها الضيق، ويعطي هذا المفهوم القرارات الإدارية امتيازات خاصة تعزز طابعها التنفيذي طبقاً للقانون.

المطلب السابع:

القرار الإداري وسيلة قانونية لتحقيق باقي الوظائف الإدارية

إن أوجه النشاط الإداري متعددة ومتنوعة، ويساهم القرار الإداري في تحقيق جوانب متعددة من هذا النشاط، فهو الأداة الرئيسية في القيام بأعمال الضبط الإداري في الحالات العادية والاستثنائية نظراً لما يوفره من طابع إلزامي وخصائص تنفيذية مباشرة، ومن جهة أخرى فإن تقديم الخدمات العمومية وإشباع

الحاجيات العمومية يتم عن طريق القرار الإداري فالمرافق العمومية تقوم على قواعد تنظيمية تحكم العلاقة بين الإدارة وملتقي الخدمة في مختلف الهيئات المركزية واللامركزية الإقليمية منها والمرفقية.

توجد الكثير من التطبيقات لنظرية القرارات الإدارية ضمن أنشطة الإدارة نذكر منها ميدان البناء والتعمير من خلال رخص البناء والهدم والتجزئة التي تتخذ شكل القرارات الإدارية، ومجال الوظيفة العمومية من خلال قرارات التعيين والترقية وإنهاء المهام ومختلف التعليمات الوظيفية والقرارات والمذكرات الداخلية، وكذلك مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية الذي يقوم أساسا على قرار إداري يصدر عن الوالي.

المبحث الثاني:

مفهوم القرار الإداري

إن عملية تحديد مفهوم القرار الإداري مهمة صعبة ومعقدة نظرا لعدم وجود نصوص قانونية واضحة تسهل المهمة، وبالتالي فالأمر يحتاج إلى البحث في النصوص القانونية غير المباشرة والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية التي تناولت نظرية القرار الإداري من جوانب مختلفة، وضمن هذا الإطار سنتطرق لتعريف القرار وخصائصه.

المطلب الأول:

تعريف القرار الإداري

سنعرف القرار الإداري لغة وإصطلاحا ثم نتطرق إلى تعريف القرار من خلال النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية وحتى الفقهية وفق التفصيل التالي:

الفرع الأول: القرار الإداري لغة وإصطلاحا

نشعر في التعريف اللغوي ثم التعريف الإصطلاحي، كما يلي:

أولا: التعريف اللغوي : القرار لغة قرره وأقره في مكانه فاستقر، قال تعالى : ((ولكم في الأرض مُسْتَقَرًّا))، وقال أيضا: ((لكل نَبَأٍ مُسْتَقَرٌّ)) وقال أيضا: ((ومثل كلمة خبيثة كشجرة خبيثة اجتثت من فوق الأرض ما لها من قرار)) صدق الله العظيم، ويستفاد من المعنى اللغوي أن القرار الإداري يعني استقرار إرادة الإدارة ضمن محتوى ثابت وشكلية مضبوط تعبر عن موقف الإدارة.

ثانيا: التعريف الإصطلاحي:

يرد القرار الإداري بعدة إصطلاحات يراد بها نفس المعنى منها اللائحة الإدارية والعمل الإداري
الإنفرادي والعمل الإداري أحادي الجانب والقرار الإداري ونعتقد أن هناك فروقات بسيطة بين هذه
الإصطلاحات لمن يريد التدقيق بها أكثر.

بخصوص مصطلح اللائحة الإدارية *Règlement Administratif* فهو مصطلح واسع ويعني كل ما
يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال انفرادية بما فيها الأعمال الإدارية وغير الإدارية فهو مفهوم أوسع من
القرارات الإدارية فهي تضم على جانبها الأوامر التشريعية والأعمال السيادية وحتى الأعمال الداخلية للإدارة
غير التنفيذية.

أما عن العمل الإداري الإنفرادي أو العمل الإداري أحادي الجانب *Acte Administratif unilatéral*
فالمصطلح أكثر دقة في التعبير عن المعنى المطلوب، وهذا المصطلح هو الأكثر شيوعا في القانون المقارن لا سيما
في فرنسا وذلك من أجل تمييز العمل الإداري الإنفرادي عن العمل الإداري التعاقدية *Acte Administratif*
bilatéral، وقد كان القصد من هذا الاصطلاح لدى القضاء الفرنسي هو تحاشي استخدام مصطلح القرار
الإداري لأنه يعتبره نوعا فقط من هذه الأعمال وله نظام إداري خاص به في حين أن العمل الإداري الإنفرادي
أو العمل الإداري أحادي الجانب يضم إلى جانبه التعليمات والمنشور والمذكرة والمقررة والإعلان وغيرها من
الاصطلاحات والتي لكل منها استخداماته الإدارية والتي يختلف معها التنظيم القانوني لها، فلو تناولنا مثلا
الجانب المهني للموظف العمومي يطبق عليها نظام المقررة بما له من خصوصية في الشكل والاختصاص
والمضمون.

وفي شرحهما لفكرة الاختلاف بين اصطلاح القرار الإداري والعمل الإداري أحادي الجانب ذكر
الفقيهان "جورج فودال" و"بياردافولفي" التالي:

"ويقول التحليل الذي دعمه الإجتهد إلى إجراء تفريق: القرارات النافذة هي حقا أعمال إدارية
أحادية الجانب وإنما ليست جميع الأعمال الإدارية الأحادية الجانب قرارات نافذة"

أما بالنسبة للقرار الإداري *La décision administrative* فهو الاصطلاح الأكثر استخداما لا سيما
في القانون الإداري المصري والجزائري، ورغم الاعتبارات التي يصوغها القضاء والفقهاء الفرنسي، فقد تعامل
المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع المسألة على أساس إصطلاح القرار الإداري والقرارات
الإدارية وهو ما سنوضحه لاحقا في تناول التشريعي لنظرية القرار الإداري.

الفرع الثاني: القرار الإداري من خلال النصوص التشريعية:

تناول المشرع الجزائري القرار الإداري ضمن العديد من النصوص القانونية، إلا أن أيا من هذه
النصوص لم تقدم تعريفا للقرار الإداري، أولا، لأن مهمة المشرع هي التنظيم وليس التعريف، ثانيا لأن تعريف

المشروع للظاهرة يؤدي إلى جمودها وعدم تطورها وهو ما لن يفيد الباحث في مجال القرار الإداري، إلا أن المشروع يقدم ضمن مختلف النصوص عناصر وتلميحات لجوانب وخصائص متعددة يمكن باستجماعها بلورة مفهوم تقريبي لنظرية القرار الإداري.

لقد كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 800 منه المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي للمحكمة الإدارية، وهونفس مازهدت إليه المادة 801 من نفس القانون التي نصت على ما يلي:

"تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل فيما يلي:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية للقرارات الصادرة عن :

-الولاية والمصالح غيرالمركزة للدولة على مستوى الولاية

-البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية "

وباعتماد المعيار لعضوي كذلك تنص المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أشكال الدعاوى التي يحتمل أن ترفع في مواجهة القرار الإداري وهي عاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية، حيث جاء فيها:

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

وفي نفس السياق تضيف المادة 09 من القانون 01-98 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة خصائص القرارات الفردية والتنظيمية والجهات التي تصدرها كما يلي:

"1- يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

2- الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة"

من جهة أخرى تنص المادة 96 من القانون 06-03 الصادر 2006/07/15 المتعلق بالوظيفة العمومية على خاصية أخرى تتعلق بتبليغ ونشر القرار الإداري حتى يكون نافذا في مواجهة الموظف العمومين والتي جاء فيها:

"المادة 96 : يبلغ الموظف بكل القرارات المتعلقة بوضعيته الإدارية وتنشر كل القرارات الإدارية التي تتضمن تعيين وترسيم وترقية الموظفين وإنهار مهامهم في نشرة رسمية للمؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية.

يحدد محتوى هذه النشرة الرسمية وخصائصها عن طريق التنظيم"

كما تقدم المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية خصائص إضافية في التعريف بالقرار الإداري حيث تقدم آجال الطعن فيه والتي تعطي إمكانية مراجعته أو حصانة القرار الإداري بعد إنقضاء مدة الأربعة أشهر، كما تفرض نشر القرار التنظيمي أو تبليغ القرار الفردي لغرض نفاذه ولغرض بداية حساب أجل الطعن فيهنحيث تنص المادة.

"يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".
الفرع الثالث: القرارات الإدارية من خلال الفقه الغربي والعربي:

ومن بين أبرز التعريفات في الفقه الغربي ذكر الأستاذ "جون ريفيرو" بأن:

"القرار التنفيذي هو العمل الذي من خلاله تستعمل الإدارة سلطتها بصفة إنفرادية لتغيير أوضاع قانونية"

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن الفقيه قد عرفنا مجملا حيث بين مجموعة من الخصائص الأساسية إلا أنه لم يعبر عن مبدأ المشروعية في القرار من خلال صفته القانونية، ولم يفصل كيفية التغيير في الأوضاع القانونية بالإنشاء والإلغاء والتعديل، من جهة أخرى ذكر الفقيه "موريس هوريو" بأن القرار الإداري هو:

"إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية، في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"

يبرز هذا التعريف أهم خصائص القرار الإداري من صدوره عن سلطة إدارية والأثر القانوني والطابع التنفيذي وصدوره في مواجهة الأفراد، إلا أنه لم يوضح الطابع الإنفرادي بشكل كاف، كما تجاهل القرار الإداري الصادر في مواجهة الإدارة.

وبالعودة إلى الفقه العربي نجد العديد من التعريفات المختلفة والتي كانت أكثر أجمالا وتفصيلا من سابقتها كونها تستفيد من جمع وتحليل التجارب الفقهية الغربية ونذكر منها تعريف الأستاذ "خلوفي رشيد" للقرار الإداري بأنه:

"العمل القانوني الصادر عن السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة وله الطابع التنفيذي"

وكذلك تعريف الأستاذ "فؤاد مهنا" والذي يعتبر من أفضل لتعريفات الفقهية، جاء فيه:

"عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث أثارا قانونية بإنشاء ووضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم"

ويصفه الأستاذ عمار عوابدي وكذلك عمار بوضياف والأستاذ ناصر لباد بأنه التعريف الأكثر سلامة لأنه يشتمل على كل مقومات وعناصر تعريف القرار الإداري.

الفرع الرابع: القرارات الإدارية من خلال القضاء:

جاء في حكم محكمة القضاء الإداري العليا المصرية لعام 1955 م بأن القرار الإداري هو:

"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 المصلحة العليا"

وعلى الرغم من إشمال هذا التعريف على أغلب الخصائص والعناصر المتعلقة بالقرارات الإدارية، إلا أنه قد وجهت عدة إنتقادات لهذا التعريف نذكر منها:

-لقد اشتمل التعريف على أغلب خصائص القرار الإداري، إلا أنه تطرق إلى بعض عناصر القرار الإداري مثل الشكل والإجراءات والمحل والغاية في حين أن مكانها ليس التعريف.

-ينطلق التعريف من فكرة أن القرار هو إفصاح وهذا المفهوم ينطبق على القرار الإداري الصريح فقط ويخرج عنه كل من القرار الإداري السلبي والضمني وفي بعض الأحيان الشفوي، والتي لا تشكل أفصاحا في معظمها.

-إن عبارة "...إحداث مركز قانوني..." منتقدة كونها لا تعبر إلا عن حالة وحيدة لأثار القرار الإداري وهي إحداث أو تعديل أو إنشاء، وقد عدلت المحكمة ذلك في اجتهاداتها اللاحقة وأدرجت عبارة "...إحداث أثر قانوني..." التي تخدم المعنى أكثر.

ومن خلال مجمل ما سبق نستخلص أن القرار الإداري هو "عمل إداري قانوني إنفرادي صادر عن سلطة إدارية مختصة يتمتع بالطابع التنفيذي" ومن خلال ما سبق نستخلص خصائص القرار الإداري وفق ما يلي.

المطلب الثاني

خصائص القرار الإداري

من خلال التعريف السابق للقرار الإداري يمكننا تمييز مجموعة من الخصائص التي ينفرد بها القرار الإداري عن غيره من الأعمال الإدارية والقانونية الأخرى نوجزها فيما يلي:

الفرع الأول: القرار الإداري عمل قانوني

إن المقصود بالعمل القانوني تمييز القرار الإداري عن العمل المادي، فالقرار الإداري عبارة عن تصرف قانوني يقع بإرادة الإدارة وهو محل دعوى الإلغاء، في حين أن العمل المادي هو عمل قد تتدخل الإدارة في إحداثه مثل الهدم أو المنع أو قد يكون في غالبه واقعة قانونية لا دخل للإدارة في إحداثها مثل حوادث السير أو حوادث العمل إلا أنه يمكن أن تكون محل منازعة إدارة ولكن بموجب دعوى التعويض.

أما المسألة الثانية المترتبة عن الخاصية القانونية للقرار الإداري هي خضوعه لمبدأ الشرعية من حيث كونه تصرفاً يحكمه القانون ينشأ بموجب القانون ويحدث أثراً في إطار القانوني وينتهي بالطرق القانونية، ويخضع لاحترام مبدأ الهرمية القانونية.

الفرع الثاني: القرار الإداري عمل إنفرادي

والمقصود هنا عن القرار الإداري عمل إنفرادي Unilatéral يختلف عن العمل التعاقدى Bilatéral وهو بذلك يختلف عن العقد الإداري الذي يقوم بين طرفين بإرادتين متميزتين أو أكثر، والخاصية الانفرادية يعبر عنها بأن العمل أحادي الجانب لا يحتاج إلى موافقة الطرف المخاطب به أثناء أنشائه أو عند تنفيذه كقاعدة عامة قد ترد عليها بعض الإستثناءات.

الفرع الثالث: القرار الإداري عمل إداري صادر عن سلطة إدارية مختصة

إن الصفة الإدارية للقرار يستمدّها من كونه أحد أعمال الإدارة المعبرة عن امتيازاتها وسلطتها العمومية، ويحدد الدستور لكل جهاز في الدولة نوعية معينة من الأعمال يمارس من خلالها وظيفته الموكلة له، ويمنع أي تدخل في الصلاحيات والمهام إستناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، ويصدر القرار الإداري كاصل عام عن الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والهيئات الوطنية المستقلة والنقابات المهنية والهيئات الإستشارية وغيرها من الهيئات التي يمنحها القانون القانون الصبغة الإدارية سواء لها أو لأعمالها.

الفرع الخامس : القرار الإداري تنفيذي (نهائي):

إن القول أن القرار الإداري تنفيذي أو نهائي يعنى أنه يحقق الغرض الذي وجد لأجله وهو محل القرار، أي إحداث الأثر القانوني المطلوب بإنشاء أو تعديل أو إنهاء المراكز القانونية، والمركز القانوني هو وضعية محل القرار في نظر القانون وما يترتب على هذا الوضع من حقوق وواجبات وسلطات حسب الحالة، وقد يكون المركز القانوني عاماً لا يتصل بشخص ما بل بصفة معينة ثابتة تنطبق على كل ما أو من تتوفر فيه شروطها، أو خاصاً يتصل بشخص أو حالة ما ويتغير باختلاف الشخص وتبدل أحواله أو باختلاف الحالة.

ويعد الطابع التنفيذي أهم خصائص القرار الإداري، وتقوم خاصية التنفيذ على الإمتياز المعترف به للإدارة قانوناً بإمكانية إصدار قرار إداري ينفذ مباشرة وجبراً ودون الحاجة إلى سند قضائي تنفيذي، وهو ما يصطلح عليه بإمتياز الأولوية أو الأفضلية أو الأسبقية في التنفيذ الذي تستمده الإدارة من أمتياز السلطة العمومية بناء على هدفها العام بتحقيق المصلحة العامة، وهذا الإمتياز هو ما يجعل القرارات الإدارية تنفذ مباشرة دون الحاجة إلى سند قضائي آخر، وجبراً دون الحاجة إلى موافقة المخاطب بها، وفوراً دون الحاجة إلى إنتظار آجال الطعون الإدارية ولا حتى القضائية.

وتقدم خاصية الطابع التنفيذي مدلول آخر هو المدلول النهائي، وهو يعني أن القرار الإداري التنفيذي هو القرار الذي ينشأ أو ينهي أو يعدل المراكز القانونية بذاته، أو كما يصطلح عليه (يلحق الأذى بذاته)، وهذا ما يعني أنه يخرج عن مفهوم القرار الإداري التنفيذي مجموعة من الأعمال الإنفرادية التي لا تخلق وضعاً جديداً بعد صدورها، نذكر منها الأعمال التمهيدية أو التحضيرية السابقة للقرار الإداري التي لا تمس المراكز القانونية بذاتها مثل الأراء الإستشارية أو قرارات لجان التأديب، وكذلك أعمال تنظيم الداخلي للإدارة التي لا تغير ليس لها أثر خارجي، وكذلك الحال بالنسبة للأعمال التنفيذية اللاحقة للقرار الإداري أو لحكم قضائي أو نص قانوني وهي أعمال لا تغير في المراكز القانونية بذاتها بل تسهل فقط عملية إحداث الآثار القانونية السابقة وهي بمثابة العمل الإداري الكاشف وليس المنشأ، ويدخل في مفهومها القرار الإداري التفسيري لقرار أو حكم قضائي أو نص سابق.

المبحث الرابع:

نفاذ وتنفيذ القرار الإداري

إن موضوع نفاذ وتنفيذ القرارات الإدارية مسألة هامة ضمن نظرية القرارات الإدارية، وذلك لأنها مسألة تتعلق بتحقيق الغرض الذي وجد لأجل القرار في موضوعه وأجاله، ولتسليط الضوء على هذه المسائل نتطرق ابتداءً للفرق بين النفاذ والتنفيذ ثم، تحديد آجال سريان بين الأثر الفوري والرجعي القرار ثم طرق تنفيذه، كما يلي:

المطلب الأول:

التمييز بين النفاذ والتنفيذ

يختلف النفاذ عن التنفيذ في القرار الإداري، فالنفاذ خاصية داخلية في القرار تعني استكمال القرار لكل عناصره الداخلية والخارجية وخصائصه بحيث يكون قابلاً للتنفيذ، أما التنفيذ فهو خاصية خارجية تعني إحداث الأثر القانوني المطلوب من القرار، وهذا يعني أن النفاذ شرط التنفيذ، أو هو قابلية القرار للتنفيذ.

الفرع الأول: نفاذ القرار الإداري في مواجهة الإدارة

يكون القرار الإداري نافذا في مواجهة الإدارة بمجرد صدوره دون الحاجة إلى اللجوء إلى وسائل الإعلام والإعلان والتبليغ، ويعود ذلك إلى فكرة وحدة الإدارة وافتراس علمها بقراراتها، فالعلاقة بين أجهزة الإدارة أكثر إرتباطا وسلاسة سواء في هرميتها الرئاسية أو الوصائية.

الفرع الثاني: نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد

حتى يكون القرار الإداري نافذا في مواجهة الأفراد لا بد من إعلام المخاطبين بالقرار بمضمونه وفقا للأشكال المطلوبة قانونا، ويكون ذلك بمجرد تبليغه إذا كان القرار فرديا، ونشره إذا كان القرار تنظيميا، وذلك وفقا لما يلي:

أولا: نفاذ القرار الإداري الفردي عن طريق التبليغ

إن القرار الإداري الفردي هو القرار الذي يخص مركزا قانونيا شخصا معينا، ويخاطب شخصا أو مجموعة من الأشخاص تحديدا بذواتهم لا بصفاتهم، مثل قرارات التعيين والترسيم والترقية ويكفي الأطلاع على القرار لتحديد المعني أو المعنيين به.

وقد استقر الفقه القضاء على أن القرار الإداري الفردي لا يرتب آثاره إلا بعد تبليغه للشخص أو الأشخاص المخاطبين به بالطرق والوسائل القانونية، ذلك أن القرار الإداري إنما كان نافذا في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره لأن العلم بمضمونه كان مفترضا في جانبها، إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق في حالة الأفراد لتمييزها عن كيان الإدارة مما يستدعي ضرورة علمهم بفحوى القرار لضمان الإمتثال له وذلك بسعي من الإدارة ذاتها، والتي يقوم عليها مسؤولية تنفيذ قراراتها، ونظرا للطابع الشخصي والذاتي للقرار كان لا بد على الإدارة من القيام بتبليغه للمخاطب به، لأنه يجوز للفرد إنكار العلم بالقرار أمام القضاء وما على الإدارة إلا إثبات عكس ذلك.

ويقصد بالتبليغ إخطار الشخص المعني بنسخة من القرار وفقا للكيفيات المحددة قانونا، وعرفته المحكمة العليا المصرية بأنه: "الطريقة التي تنقل بها جهة الإدارة القرار الإداري إلى فرد بعينه أو افراد بذواتهم من الجمهور"، حيث أنه من غير المتصور مطالبة المخاطب بتنفيذ قرار لم يعلم بفحواه بطريقة تسمح له بتحسين إمتثاله له وتنفيذ ما يخصه من مضمونه أو حتى إمكانية التظلم فيه إداريا أو قضائيا إذا كان يمس بحقوقه المكتسبة أو يغير في مركزه القانوني بوجه غير شرعي أو غير مبرر.

ثانيا: نفاذ القرار الإداري التنظيمي عن طريق النشر

القرار الإداري التنظيمي هو القرار الذي يتضمن قواعد ذات طبيعة عامة وملزمة ومجردة وتنطبق أحكامه على فئة معينة أو حالات معينة تتوافر فيهم شروط أو صفات خاصة، وبالتالي فهو يخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم بخلاف القرار الفردي، ونظرا للطبيعة العامة والمجردة والتي يستحيل معها القيام بالتبليغ الشخصي فقد طبق المشرع عليها نفس حكم القانون أي وجوب نشرها كشرط لنفاذها.

والنشر هو إعلان عام للقرار بالوسائل والأشكال القانونية من خلال نشرات رسمية خاصة للإدارات العمومية وحتى عن طريق التعليق في لوحات الإعلانات الخاصة أو الإعلان في الصحف، وينطوي النشر على إفتراض علم المخاطبين بمضمون القرار بمجرد نشره، وقد درج العرف الإداري على أن يحدد القرار في أحكام الختامية كيفية وطريقة نشره.

وتحدد طريقة النشر حسب الحالة، فالقرارات الإدارية المركزية خاصة منها المراسيم التنظيمية والمراسيم التنفيذية والقرارات الوزارية تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حتى تدخل حيز التنفيذ وفقا لنفس الاحكام المطبقة على القوانين.

أما بخصوص القرارات الإدارية المحلية، فهي تخضع لإجراءات نشر أكثر مرونة فهي تنشر إما في الجريدة الرسمية وهي حالات نادرة أو النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للإدارة المعنية أو تنشر في لوحات الإعلان البلدية أو الولاية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري أو تنشر في الصحف.

المطلب الثاني:

تاريخ سريان القرار الإداري

نتطرق ضمن هذا العنصر للقاعدة العامة بسريان القرار الإداري بأثر فوري مباشر على المستقبل فقط وعدم رجعية القرار إلى الماضي، ثم إلى الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة وفق ما يلي :

الفرع الأول: قاعدة سريان القرار الإداري بالأثر الفوري

تسري القرارات الإدارية كأصل عام بأثر فوري، بمجرد تبليغها إذا كانت فردية أو نشرها إذا كانت تنظيمية، وتحدث آثارها على المستقبل فقط بإنشاء مركز قانوني جديد كتعيين موظف، أو تعديل في مركز قانوني قائم في الماضي مثل ترقيته، أو إنهاء المركز القانوني سابق بفصل الموظف، ويبقى الفرد محتفظا بحقوقه المكتسبة وعلى مركزه القانوني في ظل الوضع القانوني السابق.

كما أن آثار لا تعود بأثر رجعي ضمانا لمبدأ حماية الحقوق المكتسبة وحفاظا على إستقرار المعاملات والمراكز القانونية، وهذا المبدأ مستمد من المبدأ العام القاضي بعدم رجعية القوانين، فلا يمكن للإدارة أن تخاطب الأفراد في زمن مضى وتتصرف في مراكزهم القانونية بأثر رجعي، لأن القانون ذاته تسري عليه قاعدة عدم الرجعية فما بالك بالقرارات، وحتى لا تكون هناك فوضى إدارية تهز صورة الإدارة وتزعزع الثقة بينها وبين المواطن.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية:

قدمنا، أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية تحمي المراكز القانونية وإستقرارا المعاملات، إلا أن الإدارة تحتاج إلى تصحيح أوضاع سابقة ناشئة عن نصوص قانونية أو أحكام قضائية فتكون كاشفة أو مفسرة لها، وبالتالي نجد مجموعة من الإستثناءات للقاعدة ناشئة عن اجتهادات قضائية في فرنسا ومصر، في ما يلي:

أولاً: صدور قرار إداري تنفيذاً لنص قانوني:

في بعض الحالات، تصدر قوانين تنص على الأثر الرجعي لقرارات إدارية كانت قد صدرت سابقاً، فقد تقرر القوانين أو النصوص التنظيمية زيادات في الأجور أو منح وعلاوات معينة بأثر رجعي، فتصدر الإدارة قراراً بمنحة مالية للموظف بتاريخ سابق، ويعالج النص القانوني أي آثار غير مشروعة للقرار أو مساس بالحقوق المكتسبة.

ثانياً: صدور قرار إداري تنفيذاً لحكم قضائي:

قد يصدر حكم قضائي عن الجهات القضائية المختصة فاصلاً في نزاع معين يقضي في منطوقه بضرورة إصدار قرار إداري لإزالة آثار قانونية معينة، كما هو الحال بالنسبة لدعوى الإلغاء التي ترمي في حال تأسيسها إلى إزالة آثار غير مرغوب بها ولا يكون ذلك إلا بقرار إداري جديد يطبق بأثر رجعي لإزالة هذه الآثار التي تسبب بها القرار غير المشروع محل الإلغاء، وهذه الإمكانية ثابتة للقضاء بغرض تصحيح الأوضاع غير المشروعة وإعادة الحقوق إلى نصابها إستناداً إلى مبدأ المشروعية.

ثالثاً: صدور قرار إداري كاشف أو مفسر:

تلجأ الإدارة في بعض الحالات إلى إصدار قرار إداري لتوضيح غموض في قرار إداري سابق، أو إضافية تفصيلات بشأن كيفية تنفيذه أو تفسيره بالشكل المطلوب، وكل هذه القرارات ستطبق ولا شك بأثر رجعي بداية من القرار الإداري السابق الغامض أو المهمم أو الذي ينقصه أي تفصيلات متروكة لتنظيم لاحق، وبالتالي لا يشكل صدور القرار الجديد عادة مساساً بالحقوق المكتسبة ولا استقرار المعاملات والمراكز القانونية لأنه يوضع ويفسر ويفصل آثار قانونية أحدثها القرار الأصلي.

المطلب الثالث:

طرق تنفيذ القرار الإداري

قدمنا، أن القرار الإداري يتمتع بإمتياز التنفيذ المباشر وامتياز الأولوية والأفضلية، وهي مجموعة أمتيازات تشكل القوة التنفيذية للقرار الإداري، فإذا كان الحكم القضائي يحتاج إلى استنفاد طرق الطعن وفي حال الطعن بالإستئناف يتوقف تنفيذه، ولا بد من استخراج الصيغة التنفيذية واللجوء إلى المحضر القضائي للقيام بعملية التنفيذ، فإن القرار القضائي معفى من كل هذه المراحل، فالقرار الإداري ينفذ بعد صدوره مباشرة بد تبليغه أو نشره جبراً حتى دون موافقة المخاطبين به وحتى مع وجود طعون إدارية وقضائية فيه، ولا

حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو المحضر القضائي لتنفيذه، ولا يستطيع وقف تنفيذه إلا الإدارة ذاتها أو القاضي الإداري في حال قيام دعوى وقف تنفيذ القرار أو الحكم بإلغائه بسبب عدم المشروعية وفقا للقانون.

وقد منح القانون هذه الامتيازات للإدارة نظرا لوظيفتها الدائمة والمستمرة في تحقيق المصلحة العامة. ونظرا لأن الوظيفة الإدارية تحتاج على السرعة في التحرك دون عوائق إجرائية طبقا لمبدأ المشروعية، وبذلك يقيم القانون إفتراضا عاما بسلامة وصحة القرارات الإدارية ومشروعيتها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، وفي ما يلي نحاول بيان طرق تنفيذ القرارات الإدارية:

الفرع الأول: التنفيذ الإختياري أو الحر

إن الأصل هو تنفيذ القرارات الإدارية بطريقة حرة وإختيارية من المواطنين، والقانون يضع على كل الأفراد إلتزاما بتنفيذ هذه القرارات لأنه تحقق لهم مصلحة عامة حتى وإن كانت تمس ببعض المصالح الخاصة، وهنا يجب تقديم المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة مع ضرورة جبر ضرر المضرر من القرار بوجه غير مشروع، ولا شك أن خضوع المواطنين للقرار الإداري لا بد أن ينطلق من حس المواطنة ووعي مدني لدى المجتمع بضرورة احترام القرارات والتنظيمات كشكل من أشكال التضامن الإجتماعي لتحقيق المصلحة الجماعية والرقى بالمجتمع، كما يعزز ذلك مساهمتهم في صنع القرار عن طريق ممثلهم سواء في شكل تنظيمات صادرة عن السلطات المركزية أو قرارات محلية عن المجالس المنتخبة، فمثلا عندما يجد السائق لوحة حظر استخدام منبه السيارة أمام المستشفيات فهو يعلم أن الحد من حريته في هذه الحالة جاء لمصلحة أعلى هي السهر على راحة وسكينة المرضى داخل المستشفى، وهي مصلحة عامة تقدم على مصلحته الشخصية.

الفرع الثاني: التنفيذ الإداري المباشر أو الجبري والعقوبات الإدارية

إن طبيعة القرار الإداري في بعض الأحيان قد تتضمن طابع ضبط وهو الحد من حقوق وحریات الأفراد بغرض تحقيق المصلحة العامة، وقد لا يستسيغ الأفراد بعض الإجراءات الضبطية في حقهم فيمتنعون عن تنفيذ القرار،

أولا: التنفيذ الإداري المباشر أو الجبري

وتتمتع الإدارة بإمتياز التنفيذ المباشر أو ما يسمى بالتنفيذ الجبري بالإكراه أو باستخدام القوة العمومية وتسخيرها دون الحاجة للجوء إلى القضاء ويعرفه الفقيه الفرنسي "أندري ديلوبادار" بأنه:

"قدرة الإدارة عندما تتخذ قرارا إداريا أن تطبقه مباشرة بنفسها عن طريق الإكراه مستعملة في ذلك القوة العمومية ضد الأفراد الرافضين لهذا القرار"

ويشترط في التنفيذ المباشر أو الجبري شروط محددة نوجزها في ما يلي:

1- مشروعية التنفيذ المباشر أو الجبري:

لا بد أن يستند التنفيذ المباشر أو الجبري إلى نص قانوني أو تنظيمي خاص يسمح ويضبط إجراءات الإكراه، فعلى سبيل المثال تنص المادة 157 مكرر2 من الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15/06/1996 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16/07/1983 والمتضمن قانون المياه:

"بغض النظر عن المتابعات الجزائية، في حالة عدم تقيد مستعمل الملك الخاص بالري بالأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، يعذر الوالي هذا الأخير كي يفي بها خلال مهلة مناسبة، إذا لم يمثل المستعمل عند إنتهاء الهلة المحدد يمكن للوالي:

أن يلجأ إلى تنفيذ الإجراءات المقرر إتخاذها تجاه المعني..."

وفي حالة ضرورة التنفيذ المستعجلة لا بد من ضمان إجراءات استثنائية في إتخاذها قد تصل إلى التعليمات الشفوية ميدانيا، وعلى سبيل المثال تنص المادة 03/08 من المرسوم رقم 83-373 المؤرخ في 28 مارس 1983 والذي يحدد سلطات الوالي في ميدان الأمن والمحافظة على النظام العام على ما يلي :

"وفي الحالة الإستعجالية يمكنه استثناء أن يعطي مصال الأمن تعليمات شفوية يتعين عليه تأكيدها كتابة"

2-إمتناع الفرد عن التنفيذ الإختياري:

إن التنفيذ المباشر أو الجبري يعتبر إجراء إستثنائيا يفرضه القانون جاء لعم الإلتزام باحترام القرارات والنصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية، وبالتالي فإن الأصل هو التنفيذ الإختياري من طرف المواطن طواعية نظرا لاعتبارات الوعي المدني والإجتماعي، وبالتالي فإن الإجراءات القسرية تعتبر إجراءات إستثنائية ناجمة عن امتناع الفرد عن الإمتثال للتنظيمات الإدارية.

3- إلتزام حدود التنفيذ المباشر أو الجبري:

بما أن التنفيذ المباشر أو الجبري للقرار الإداري إجراء أستثنائيا ويحتاج إلى نص قانون كان لا بد من ممارسة هذه السلطة الإستثنائية في حدود دواعي الإستثناء وفي حدود ما يسمح به النص القانوني، وأي تجاوز عن تلك الحدود يدخل في عدم مشروعية إجراءات التنفيذ ما يستدعي المتضرر حق اللجوء إلى القضاء لوقف إجراءات التنفيذ أو جبر الضرر الواقع عليه.

ثانيا: العقوبات الإدارية:

أقر القانون جملة من العقوبات التي تطبقها الإدارة على الأشخاص الذين لا يمثلون لقراراتها دون اللجوء إلى القضاء، ونظرا للطبيعة الخطيرة لهذه الإجراءات كان لا بد من ممارستها في إطار القانون، فيشترط لتطبيقها وجود نص قانوني تستند إليه الإدارة في تطبيقها لقيام مبدأ المشروعية كما يجب ان تمارس هذه الإجراءات في حدود هذه النصوص دون تعسف، واي إخلال أو تجاوز أو تعسف يكون تحت مسؤولية الإدارة حسب الحالة، ونذكر من بين هذه العقوبات:

1-تعليق أو سحب رخص السياقة طبقا لقانون المرور.

2-تعليق أو سحب رخص الصيد طبقا لقانون الصيد 82-10.

3-الغلق المؤقت من الإدارة للمؤسسات الصناعية في حال مخالفتها لقوانين حماية المستهلك لا سيما القانون 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 الخاص بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

4-الحجز الإداري وهو الإجراء الأكثر خطورة الي يطبق في حالات الطوارئ والحالات الإستثنائية، لا سيما المادة 05 من المرسوم الرئاسي 92-44 الخاص بإعلان حالة الطوارئ.

الفرع الثالث: التنفيذ عن طريق القضاء والعقوبات الجزائية:

تملك الإدارة حق اللجوء إلى القضاء من أجل حمل الأفراد على تنفيذالقرارات الإدارية في حال إمتناعهم عن ذلك، وقد تلجأ الإدارة إلى القضاء الإداري أو القضاء الجزائي، وفق التفصيل التالي:

أولا: التنفيذ عن طريق القضاء الإداري

يكفل القانون للإدارة حق التقاضي في الاحوال التي تمس حقوقها وممتلكاتها العمومية ومن أجل القيام بالوظيفة الإدارية على أحسن وجه حرصا على تحقيق المصلحة العامة، ويمكن للإدارة أن تتقاضى أمام المحكمة الإدارية مثلا لحمل الشخص على إخلاء السكن الوظيفي اذا كان يشغله بوجه غير مشروع، وكمثال آخر تعطي المادة 76 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01-02-1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير على ما يلي:

"في حالة إنجاز اشغال بناء تنتهك بصفة خطيرة الأحكام القانونية والتنظيمية السارية المفعول في هذا المجال، يمكن للسلطة الإدارية أن ترفع دعوى أمام القاضي المختص من أجل الأمر بوقف الأشغال طبقا لإجراءات القضاء الإستعجالي..."

ثانيا: العقوبات الجزائية:

أقر القانون عقوبات جزائية في حق مخالفي التنظيمات والقرارات الإدارية والممتنعين عن تنفيذ أحكامها، ويحكم قانون العقوبات هذه الأحوال من خلال نصوصه أو نصوص تجزيمية خاصة، فبخصوص قانون العقوبات تنص المادة 459 منه:

"يعاقب بغرامة من 30 على 100 دج ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة ايام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقبا عليها بنصوص خاصة"

وبناء على الإشارة السابقة للمادة لنصوص خاصة، تنص المادة 46 و47 من القانون 82-10 المؤرخ في 1982/08/21 المتعلق بالصيد على ما يلي :

المادة 46: "دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات، يعاقب بالحبس من شهر 01 إلى ستة 06 أشهر وبغرامة من 500 على 5000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قتل أو جرح حيوانا محميا وعند العود تضاعف العقوبات"

المادة 47: "يعاقب بغرامة من 100 إلى 1000 دج:....."

3-الذين خالفوا القرارات المنظمة للصيد وإعدام الطيور وجميع أنواع القنائص وكذا الحيوانات الضارة أو المؤذية، وشروذ الكلاب، والقرارات التي ترخص بقبض القنائص حية توخيا للعمل على تكاثرها" هذه النصوص وغيرها تقدم نصوص تجريبية لمعاقبة مخالفين القرارات والنصوص التنظيمية مما يوفر حماية جزائية إضافية ويعطيها قوة تنفيذية معززة، حسب أهمية هذه القرارات واهتمام القانون بموضوعها.

الفصل الثاني:

النظام القانوني للقرارات الإدارية

كما سنعالج ضمن هذا الفصل مسألة عناصر تكوين أو أركان القرار الإداري وهي العناصر الشكلية أو الخارجية المتمثلة في عنصر الإختصاص سواء الشخصي أو الموضوعي أو الزماني والمكاني، ثم عنصر الشكلية أو الشكل والإجراءات، والعناصر الموضوعية أو الداخلية في القرار وهي المحل والسبب والغاية. كما سنعرض أنواع القرارات الإدارية من خلال مجموعة هامة من المعايير الموضوعية والشكلية التي تعطينا تقسيما متعددة لها فوائد عملية كبيرة، سواء من خلال تقسيم القرار الفردي والتنظيمي وتقسيم القرار الكاشف والمنثني والقرار الخاضع للرقابة القضائية والقرار السيادي غير الخاضع للرقابة، والقرار الصريح والسلمي والضمني وغيرها الكثير من التقسيما. ونصل أخيرا إلى نهاية القرار الإداري من خلال إجراءات السحب والإلغاء بعمل الإدارة ودون إرادة الإدارة طبيعيا أو عن طريق القضاء، كل ذلك وفق التالي:

المبحث الأول:

عناصر تكوين القرار الإداري

يقوم القرار الإداري كغيره من التصرفات القانونية على مجموعة من العناصر التي تشكل كيانه، ولا بد في هذا المقام من الإشارة إلى أن نظرية القرارات الإدارية ليست معتمدة كلية من التشريع فهي مستمدة مجموعة من الإجتهادات القضائية المقارنة والمذاهب الفقهية وبعض النصوص التشريعية، نظرا للطبيعة التقنية للموضوع، وبالتالي فالمسائل ليست بذلك الضبط والدقة بل تعتمد على التحليل و جمع المعلومات ومقارنتها، خاصة ماتعلق بهذه العناصر لأن فيها بعض الإختلافات الفقهية.

من جهة أخرى وقع أختيارنا على إصطلاح عناصر بدل أركان لأن مصطلح الأركان مرتبط أكثر بالعقود، كما أن مصطلح الشروط يرتبط أكثر بشروط الصحة لكل ركن أو عنصر على حدى، وبالتالي فالمصطلح الأنسب هو العناصر لأننا أمام عمل إداري إنفرادي يتشكل من مجموعة عناصر يتم تقسيمها إلى شكلية أو خارجية (الإختصاص والشكلية) وعناصر موضوعية أو داخلية (السبب والمحل والغاية) يقوم بقيامها القرار ويصح بصحتها في ما يلي:

المطلب الأول:

العناصر الشكلية أو الخارجية للقرار الإداري

إن كلا من الإختصاص والشكلية يتصلان بالسلامة الخارجية والشكلية للقرار الإداري من حيث القدرة على إصدارها والشكل الذي يتطلبه القانون لصحتها وفقا للتفصيل التالي:

الفرع الأول: عنصر الإختصاص في القرار الإداري

إن السلطة الإدارية تعمل من خلال العديد من الأجهزة المركزية والمحلية ووفقا لأنظمة رئاسية ووصائية، ويتم تقسيمها طبقا لمعايير عديدة منها الإقليمية والجغرافية ومنها الفنية والمصلحية أو المرفقية، ووفقا لأنظمة المركزية واللامركزي وعدم التركيز الإداري، إن مستويات النشاط والأجهزة المختلفة للإدارة تفرض وجود نظام خاص لإصدار القرار الإداري تمثل في نظام الإختصاص.

ويعرف الإختصاص بأنه قدرة أو إمكانية أو صلاحية قانونية للإدارة لإصدار قرار إداري شخصيا وموضوعيا وزمانيا ومكانيا، وهو بمثابة الأهلية المعروفة في القانون الخاص.

ونظرا للمبررات السابقة، فرض القانون نظام الإختصاص من أجل زيادة كفاءة الموظفين من خلال شغلهم بمسائل معينة وخاصة لعدم تشتيت جهودهم وتركيز عملهم على نقاط موضوعية معينة ترفع من مستوى أدائهم بدل الإختصاص العام والموسع الذي يؤدي إلى أهمال جوانب على حساب أخرى، كما يساهم عنصر الإختصاص في تحديد المسؤوليات حيث أن القاعدة تقول أنه أينما توجد السلطة توجد المسؤولية وبالتالي كل من يتولى اختصاص معين يسأل عن أي تقصير أو أهمال أو أخطاء أثناء ممارسته لهذا الاختصاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يساهم توزيع الإختصاص في حسن معالجة ملفات وقضايا المواطنين ويساعد في تجنبهم معاناة التركيز والتعسف الإداري.

أولاً: مصدر الإختصاص:

إن عنصر الإختصاص يخضع لمبدأ الشرعية ويأتي وفقا لنصوص قانونية وتنظيمية تمنع أي تدخل في الصلاحيات، وهو ما يجعل عنصر الإختصاص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته ولا تفويضه ولا التنازل عنه إلا في حدود القانون، كما يجوز للطاعن بعدم الإختصاص أن يثير هذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه.

ثانياً: مكونات عنصر الإختصاص:

يتكون عنصر الإختصاص من جوانب متعددة تشكل وجوده تتمثل في الإختصاص الشخصي والموضوعي والزماني والمكاني، سنوضحها في ما يلي:

1- الإختصاص الشخصي:

يعني الإختصاص الشخصي قدرة أو أهلية يمنحها القانون للشخص المعين تعيينا قانونيا لإصدار القرار الإداري دون غيره، ولا يقوم مقامه أي شخص في هذا الإختصاص كقاعدة عامة، وأي تعد على هذا الإختصاص من شخص آخر دون وجه حق يجعل من هذا القرار باطل وغير مشروع لعيب عدم الإختصاص الجسيم.

إلا أن تطبيق الأحكام السابقة الخاصة بعدم جواز التنازل عن الإختصاص قد يؤدي إلى سوء سير الإدارة ففي بعض الأحيان قد يصيب الموظف الأصيل أي طارئ كمرض أو وفاة أو عطلة سنوية أو إنشغال مفرط مما قد يعطل صدور القرارات الإدارية ويجمد الوظيفة الإدارية إلى حد قد يمس بمبدأ إستمرارية المرافق العمومية الحيوية لخدمة المجتمع، لهذا وضع المشرع جملة من الإستثناءات على الإختصاص الشخصي نعرضها في ما يلي:

أ- التفويض:

إن تزايد الأعباء الإدارية على السلطة الإدارية وتشعبها جعل من الضروري إسناد بعض الإختصاصات لعون إداري مساعد من أجل تحسين الأداء الإداري وتلبية حاجيات المواطنين في أحسن الظروف، ومنه تم اللجوء إلى التفويض كأسلوب تقني لدعم هذا التوجه، فالتفويض La délégation هو منح جزء من الصلاحيات من الرئيس أو الموظف الأصيل يسمى المَفُوضُ لموظف مساعد أو عون إداري يسمى المَفُوضُ إليه بموجب قرار التفويض ووفقا لما يسمح به القانون.

أ-2- أنواع التفويض:

التفويض نوعان، تفويض بالتوقيع وتفويض بالإختصاص، ويتخلف كل منهما عن الآخر، وسنحاول بيان كل منهما والفرق بينهما في ما يلي:

* التفويض بالتوقيع:

التفويض بالتوقيع هو إجراء يمنح بموجبه موظف معين بذاته هو المَفُوضُ للموظف المعين بذاته هو المَفُوضُ إليه صلاحية التوقيع بإسمه على وثائق معينة بموجب قرار التفويض، ويوصف قرار التفويض بأنه شخصي وجزئي، فهو شخصي أي يقوم على الإعتبار الشخصي وينقضي في حالة حدوث مانع للمَفُوضُ أو المَفُوضُ إليه، ويُحدد كلاهما ضمن قرار التفويض وفي حال تغيير أحدهما لا بد من قرار تفويض جديد.

أما عن كونه جزئي فهو يكون في جزء من الصلاحيات فقط وليس كلها لئلا يعتبر تنازلا عن السلطة تماما، وصورته كأن يفوض رئيس المجلس الشعبي البلدي إمضائه لأحد المنتخبين أو موظفي البلدية لتوقيع شهادات الحالة المدنية بدلا عنه.

* التفويض بالإختصاص:

إن التفويض بالإختصاص يختلف عن التفويض بالتوقيع في نقاط متعددة، يوصف التفويض بالإختصاص بأنه كلي وموضوعي، ومعنى عبارة كلي أي أنه في كامل الإختصاص الجزئي الممنوح وينتج عن ذلك أن المُفَوَّضُ إليه يمارس مهامه بإسمه وعلى مسؤوليته دون الرجوع للأصيل، الذي يكتفي بالرقابة على أعماله ولا يمارس نفس المهام ، بخلاف التفويض بالتوقيع الذي يمارس فيه الأصيل نفس المهام التي يمارسها المُفَوَّضُ إليه، من جهة أخرى يوصف التفويض بالإختصاص بأنه موضوعي، وذلك يعني أنه لا يقوم على الإعتبار الشخصي وفي حالة تغير أحد طرفي التفويض يبقى التفويض قائما.

ب-الإنابة L'intérim:

يقصد بالإنابة وجود نائب يتولى مهام رئيسه الإداري في حالة حصول مانع له لممارسة مهامه لمدة محددة، وتحدد كيفية تعيين النائب في الدستور أو القانون أو التنظيم أو ضمن الهيكل التنظيمي للإدارة. ويصدر النائب القرارات الإدارية بنفس القيمة القانونية فيما لو كان قد أصدرها الأصيل، وجاء ذلك لتحقيق مبدأ إستمرارية المرفق العمومي لأنه لا يمكن تصور أن يقوم الأصيل بمهامه على وجه الثبات لمدة طويلة دون أي مانع لسفر أو مرض أو عطلة سنوية أو غير ذلك.

ج-الحلول La suppléance :

الحلول إجراء يعني حلول سلطة محل سلطة أخرى بموجب القانون نتيجة لمانع معين يحرمها من القيام بمهامها أو نتيجة لامتناعها عن ذلك لعدم قدرتها أو عدم رغبتها في ذلك، ويختلف الحلول عن الإنابة في نقاط متعددة من بينها:

-يكون الحلول للقيام بمهمة محددة وليس في كل إختصاصات الأصيل، أما الإنابة فتكون في كل اختصاصاته إلا ما استثناه النص القانوني صراحة.

-لا بد في الحلول أن يكون النص صريحا ومحددان أما الإنابة فتكون آلية فهي تعتمد على نصوص غير مباشرة أو تنظيم هيكلية للإدارة.

-عادة ما يكون الحلول غير محدد بمدة زمنية وقد يكون يتعلق بمهمة معينة، في حين تكون الإنابة محددة المدة.

د-نظرية الموظف الفعلي:

نظرية الموظف الفعلي هو وضعية غير حقيقة تنشأ عند ممارسة شخص ليست له الصفة سواء الوظيفية أصلا أو المعين تعيينا معيبا لأعمال إدارية تجعل الغير حسن النية يتوهم بأنه أمام موظف حقيقي وأمام وضعية قانونية نظرا لظروف معينة قد تمنع الموظف الحقيقي من ممارسة مهامه، وقد إستقر الفقه

والقضاء الإداريين على الإعراف بشرعية هذه الأعمال الإدارية لما لذلك من آثار إيجابية لضمان إستمرارية المرافق العمومية بانتظام وإطراد.

وتقوم النظرية على أساس تاريخي ظهرت لدى الإحتلال الألماني لبلدية باريس أين قام بعض المواطنين من التكفل بتقديم الخدمة العمومية في الوظائف الشاغرة، ولدى عرض هذه الأعمال على مجلس الدولة الفرنسي إعترف بصحتها نظرا للظروف الإستثنائية وذلك لعدة مبررات:

-ضمان إستمرارية المرافق العمومية بانتظام وإطراد.

-حماية الغير حسن النية وحماية الوضع الظاهر.

وتستخدم نظرية الموظف الفعلي في الحالات العادية حماية للغير حسن النية والوضع الظاهر ذلك أن الفرد لا يعلم إذا ماكان الموظف الذي يتعامل معه تم تعيينه تعيينا صحيحا أو أنه مكلف داخليا بهذه المهام، لأنه شأن داخلي بالنسبة للإدارة وعلى هذه الأخيرة حماية صفة الموظفين لديها بمنع حالات عدم الإختصاص أو تداخل الإختصاصات، كما تستخدم هذه النظرية في الحالات الإستثنائية كالثورات وحالات الإحتلال والحرب استنادا إلى مبدأ الضرورة لضمان إستمرارية سير المرافق العمومية وتقديم الخدمة العمومية الحيوية في كل الأحوال.

ه-تمديد الإختصاص:

في بعض الأحيان يتم تمديد إختصاص بعض الموظفين إلى غاية تعيين موظف جديد وذلك حرصا على عدم حدوث حالة فراغ إداري، ذلك أن إنهاء المهام أو انتهاء العهدة الإنتخابية يعني إنتهاء العلاقة الوظيفية وبالتالي حالة عدم إختصاص، إلا أن القانون والقضاء الإداريين يحرص على استمرارية المرفق العمومي ففي حال إنهاء مهام الحكومة مثلا يبقى الطاقم الحكومي يمارس مهامه إلى غاية تعيين الحكومة الجديدة.

2-الإختصاص الموضوعي:

إن عنصر الإختصاص لا يتعلق فقط بالجانب الشخصي بل يتعلق كذلك بالجانب الموضوعي، ويقصد بالإختصاص الموضوعي صلاحيات السلطة الإدارية في المجالات التي يحددها القانون والتي يمكن للسلطة الإدارية إصدار قرارات في شأنها دون غيره،، إن أي تجاوز للإختصاص الموضوعي سواء من أي جهة إدارية على إختصاص جهة أخرى يعد تعدي على السلطات والصلاحيات ويعرض القرار الصادر بناء عليه إلى الإلغاء لغيب عدم الإختصاص أو إلى أن يكون القرار الإداري منعما تماما في حالة إغتصاب السلطة وهي حالة عدم الإختصاص الجسيم.

3-الإختصاص الزماني:

إن فكرة الإختصاص المني ترتبط بفكرتين أساسيتين، أولاهما هو وجود الموظف الإداري صاحب الإختصاص في علاقة وظيفية فعلية تؤهله لإصدار القرار الإداري، وتبدأ العلاقة الوظيفية بصدور قرار تعيين الموظف وتنتهي بالإستقالة أو التقاعد أو بالإقالة أو الوفاة أو التحويل، كما تصدر مداولات بعض المجالس خلال إجتماعات دورية أو دورات زمنية محددة دون غيرها، ولا يجوز للموظف إصدار قرار إداري خارج هذه المدة الزمنية القانونية لأنه سيكون أمام حالة عدم إختصاص زمني.

المسألة الثانية المتعلقة بالنطاق الزمني هو في حالة تحديد مدة زمنية يتخذ خلالها القرار الإداري وبفوات هذه المدة يعتبر الموظف غير مختص بإصدار القرار، فبعض القرارات تحتاج إلى آجال محددة قانونا.

4-الإختصاص المكاني:

قد تكون السلطة الإدارية مختصة شخصا وموضوعيا وزمنيا لكنها تفتقد الإختصاص الإقليمي أو المكاني، والإختصاص الإقليمي يعني المجال الإقليمي الجغرافي الذي يحدد القانون والذي يستطيع الموظف إصدار قراراته في حدوده، ويكون غير مختص خارج هذا النطاق .

ويفرض الإختصاص الإقليمي ضرورة التمييز بين السلطات المركزية والسلطات المحلية، فالسلطات المركزية لها إختصاص وطني تستطيع إصدار قرارات إدارية عبر كامل النطاق الإقليمي كل في ما يخصه، ويثبت هذا الإختصاص لكل من رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وذات الإختصاص الوطني.

أما بخصوص الإدارات المحلية، فمهما كان تنظيمها عبر وسائل عدم التركيز الإداري كالمديريات التنفيذية أو المؤسسات الإدارية الجهوية، أو الهيئات اللامركزية الإقليمية ممثلة في البلدية والولاية، وتحدد المواد 2 و3 من قانون البلدية 11-10 النطاق الإقليمي لممارسات إختصاص البلدية في حود إقليمها، وكذلك الشأن في المواد 1 و4 من قانون الولاية 12-07 بخصوص إختصاص الوالي والولاية.

الفرع الثاني : عنصر الشكلية في القرار الإداري:

تتكون الشكلية من جانبين جانب الشكل وجانب الإجراءات، وتكون الشكلية جوهرية إذا تطلبها القانون ويكون القرار معرضا للإلغاء في غيابها، في حين إذا لم يتطلبها القانون تعتبر شكلية ثانوية لا تؤثر في صحة القرار، وقد اقر القانون عنصر الشكل والإجراءات كضمانة لحقوق الأفراد لبيان أسباب القرار وتاريخه وعدم التسرع في إصداره وتجنبيهم تعسف الإدارة في مواجهتهم.

أولا: شكل القرار

يقصد بالشكل المظهر الخارجي للقرار الإداري، والأصل العام هو أن الإدارة غير ملزمة باتباع شكل معين في قراراتها، لكن إذا تطلب القانون شكلا معيناً نكون أمام شكل جوهري يترتب على تخلفه عدم مشروعية القرار، ومن بين عناصر الشكل نذكر منها:

1- الكتابة:

إذا كانت القاعدة العامة أن الإدارة غير ملزمة بشكل معين بقراراتها، إلا أن القانون يفرض الكتابة في القرارات الإدارية في أحوال عديدة مثلما هو الحال في رخص البناء ومداولات المجلس الشعبي البلدي قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، والكتابة تعني إخراج مضمون القرار الإداري ضمن وثيقة واحدة وفقاً لتقنيات التحرير الإداري طبقاً لنص القانون، وفي الأحوال العادية تحمل الكتابة الجهة مصدرة القرار والجهة المخاطبة بالقرار وتأشيرها والمراجع المعتمدة في إصداره وبنوده وتسببها ومضمونها وطرق تبليغه والجهات المكلفة والمساعدة في تنفيذه إلى غير ذلك من البيانات الجوهرية أو تلك التي يفرضها العرف الإداري أو تقنيات التحرير الإداري.

2- التوقيع:

من جهة أخرى يفرض القانون توقيع القرار الإداري كإجراء جوهري يختتم به تحرير القرار، والتوقيع حسب تقنيات التحرير الإداري يتضمن ختم المؤسسة الإدارية والختم الشخصي للموظف المختص بإسمه أصيلاً أو بتفويض عن جهة أخرى وإمضاءه، إضافة على تاريخ إصدار القرار الذي يوافق تاريخ توقيعه.

3- التسبب:

يفرض المشرع في أحوال متعددة أن يكون القرار مسبباً لبيان أسباب إصداره التي تشكل ضماناً هامة للمخاطب بالقرار من أجل أن تكون محلاً للرقابة القضائية على القرار، والتسبب هو الإفصاح عن الدوافع القانونية والمادية التي يستند إليها القرار، ويعتبر عد التسبب في مثل هذه الأحوال الضرورية عيباً جوهرياً في القرار الإداري، يمكن من خلاله للمخاطب بالقرار التمسك بإلغائه لعدم المشروعية أمام القاضي الإداري لعيب في الشكل والإجراءات.

ثانياً: إجراءات القرار

تشكل الإجراءات الشق الثاني للقواعد الشكلية، وهي الخطوات والمراحل القانونية التي تسبق صدور القرار الإداري، وتكون جوهرية هي الأخرى إذا تطلبتها القوانين.

1- قاعدة توزاي الأشكال:

إن قاعد توازي الأشكال تعني أن القرار الإداري المتمم أو المعدل أو الملغي يجب أن يكون من نفس السلطة الإدارية المختصة أو سلطة أعلى منها ومن ذات الطبيعة القانونية ووفق نفس الإجراءات القانونية التي كان صدر منها القرار الأصلي.

2-الإستشارة القانونية:

يفرض القانون في إصدار قرارات إدارية معينة إجراء إستشارة قانونية، ويفترض ذلك صدور آراء إستشارية من جهات معينة تسبق صدر القرار وتتعدد صور هذه الإستشارة، منها:

- الرأي الموافق: وهو الذي يجبر طالبه على طاعته.
- الرأي الإستشاري: وهو الذي يستلزم القانون طلبه ولا يستلزم إتباعه.
- الرأي الإختياري: وهو الذي يمكن للإدارة طلبه أو الإستغناء عنه تماما.

ومن أمثله نجد نص المادة السابعة من قانون البلدية 10-11 الذي جاء فيه:

"يتم تغيير اسم بلدية و/أو تعيين مقرها الرئيسي أو تحويله إلى مرسوم رئاسي بناء على تقرير الوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي الوالي ومداورة المجلس الشعبي البلدي المعني ويخطر المجلس الشعبي الولائي بذلك" وهو يدخل في نطاق الرأي الإستشاري أي وجوب الإستشارة مع عدم إلزامية الأخذ بها.

3-التحقيق:

قد يفرض القانون في بعض الحالات القيام بتحقيق في مسألة قانونية أو ميدانية معينة قبل إصدار القرار الإداري، ومن أمثله نص المادة 4 من القانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية:

"يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبق بتحقيق يهدف إلى لإقرار ثبوت هذه المنفعة" ولا يكون قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية إلا بعد المرور عبر التحقيق المشار إليه في نص المادة وإلا كان القرار معيبا وغير مشروع لعيب في الشكل والإجراءات حسب نص القانون.

المطلب الثاني:

العناصر الموضوعية أو الداخلية للقرار الإداري

بعد عناصر السلامة الخارجية للقرار، إستقر الفقه والقضاء الإداريين على مجموعة عناصر تتعلق بجوهر القرار الإداري وسلامته الداخلية، ويتعلق الأمر بعناصر السبب والمحل والغاية، سنحاول تناولها في ما يلي:

الفرع الأول: عنصر السبب في القرار الإداري:

لا بد لكل قرار إداري من أن يستند إلى سبب معين وإلا فقد أساس وجوده مما يعرضه إلى الإلغاء، وفيما يلي نبين مفهوم السبب واختلافه عن التسبب، ثم نوضح شروط صحته.

والسبب يعرف بأنه الحالة القانونية أو الواقعية السابقة للقرار الإداري التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرار الإداري، ومن أمثلة الحالة القانونية للسبب هو أن العلاقة الوظيفية كانت سببا في منح مقررة سكن وظيفي للموظف أو أن بلوغ هذا الأخير السن القانونية كان سببا في قرار إحالته على التقاعد، أما عن الحالة الواقعية فهي الإضطرابات أو التوترات الأمنية التي تكون سببا في إصدار قرارات ضبطية، أو الكوارث الطبيعية التي تكون سببا في إصدار قرارات تكفل بالمتضررين وبالممتلكات،

2-شروط صحة السبب:

إن السبب كغيره من العناصر حتى يكون صحيحا وسليما ومشروعا لا بد من توافر شروط معينة نوردتها في ما يلي:

1-أن يكون السبب قائما وموجودا:

إن الإدارة بإصدارها للقرار الإداري أرادت معالجة وضعية قانونية أو واقعية سابقة، والعبرة في وجود السبب ليست أسبقيته على القرار فحسب بل في إستمرار السبب إلى غاية صدور القرار، كما لو حدث كارثة طبيعية وتمت معالجة كل آثارها وبعد مدة صدر قرار هذه الآثار فهنا يفقد القرار سبب وجوده ويصبح معيبا بعيب السبب، أو كإيداع الموظف لاستقالته ثم سحبها قبل موافقة الإدارة فهذا لا يعطي الإدارة الحق في إنهاء العلاقة الوظيفية لإنعدام السبب.

ووجود السبب لا يعني دوما ضرورة ظهوره عن طريق آلية التسبب، فالإدارة ليست ملزمة في كل الاحوال بإظهار سبب القرار بل يكفي أن يكون موجود ويقع عليها عبء إثبات وجود ومشروعيته إذا ما طعن أحد في حالة الوجود أو المشروعية، ما يعني بأنه في حالة وجود سبب ظاهر بالتسبب وسبب خفي فإن العبرة بالسبب الحقيقي للقرار وليس ما تصرح به الإدارة.

2-أن يكون السبب مشروعا:

يخضع السبب كغيره من العناصر إلى مبدا المشروعية وقاعدة إحترام القوانين والتنظيمات، ومشروعية السبب ضمانة هامة لحماية حقوق وحرريات الأفراد إزاء تعسف الإدارة فإرتكاب خطأ مهني من الدرجة الأولى لا يمكن أن يكون سببا لفصل الموظف، وهنا تختلف المشروعية في ما إذا كانت سلطة الإدارة في تقدير السبب مقدية أو تقديرية، ففي حالة السلطة المقيدة، يتم تحديد السبب عن طريق القانون الذي يفرض في حالة توفر شروط قانونية أو واقعية معينة إصدار قرار إداري واي مخالفة تعرض القرار للإلغاء الإداري أو القضائي لعدم مشروعية السبب، بينما في حالة السلطة التقديرية الإدارة التي يمنحها لها المشرع يكون المجال الحيوي للإدارة في تقدير الأسباب أكبر وبالتالي تكون حدودها بعدم مخالفة القانون فحسب.

الفرع الثاني: عنصر المحل في القرار الإداري:

إلى جانب السبب، نجد محل القرار الإداري كأحد العناصر الجوهرية للصحة الداخلية للقرار والتي يجب للإدارة الحرص على إستيفائه ومشروعيتها حتى لا تعرض قرارها للإلغاء، وفي ما يلي نبين مفهوم المحل ثم شروط صحته.

أولاً: مفهوم المحل في القرار الإداري:

المحل هو فحوى القرار الإداري أو موضوعه، وهو يعني الأثر القانوني الذي يحدثه القرار الإداري من خلال إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه ، فالقرار الإداري بتعيين موظف يعني محله وضعه في المركز القانوني الذي يمنح له حقوق والتزامات الموظف المالية والإدارية، وقرار معاقبته محله هو تطبيق الإجراء العقابي بالخصم من الراتب أو التنزيل في الرتبة أو الفصل أو مهما تكن العقوبة.

ثانياً: شروط المحل في القرار الإداري:

ويشترط في المحل شرطين أساسيين نستعرضهما في ما يلي:

1- أن يكون المحل مشروعاً:

يعني هذا الشرط أن يتوافق مضمون القرار مع القانون وأن يخضع المحل لمبدأ المشروعية، فالأصل أن القرارات الإدارية جاءت تنفيذاً لنصوص القانون وتطبيقاً على الحالات الواقعية، وأي خرق لهذه القاعدة نكون أمام عيب مخالفة القانون.

2- أن يكون المحل ممكناً:

من جهة أخرى، يجب أن يكون المحل ممكناً، أي أن لا يكون مستحيلًا والإستحالة هنا إما واقعية مثل صدور قرار تعيين موظف متوفى، أو صدور قرار بالهدم لمنزل غير موجود أو مهدوم سابقاً، أو إستحالة قانونية مثل صدور قرار تعيين موظف مع عدم وجود منصب شاغر أصلاً أو ترقية إلى رتبة غير منصوص عليها في قانون الوظيفة العمومية، وفي هذه الأحوال يكون القرار منعماً أساساً ولا يمكن أن يرتب آثاره.

الفرع الثالث: عنصر الغاية في القرار الإداري:

إن الغاية من كل نشاطات الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة، وبسبب هذه الغاية تم منح الإدارة امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها، وأي إنحراف عن تحقيق المصلحة العامة يؤدي إلى عيب الإنحراف في إستعمال السلطة مما يجعل القرار عرضة للإلغاء القضائي، والغاية تنقسم إلى غاية مبدئية تمثل الهدف المباشر للقرار والغاية القصوى، فتأديب الموظف يستهدف اية مبدئية هي ثني الموظف عن الخطأ المرتكب وردعه عن العودة إليه، أما الغاية القصوى فهي تحقيق المصلحة العامة، وتتعدد أوجه الإنحراف عن الغاية المنشودة وهي تحقيق المصلحة العامة بين الإنحراف بالسلطة المنفصل عن نشاط الإدارة وصوره:

-استخدام السلطة لتحقيق مصلحة شخصية أو بالمحاباة.

-الانتقام.

-إستعمال السلطة لأغراض حزبية أو سياسية.

والإنحراف بالسلطة المرتبط بنشاط الإدارة وصوره:

-النقل الإجباري غير العقابي دون طلب من المعني أو موافقته الذي لا تبرره ضرورة المصلحة.

-استخدام الإجراءات الأشد مع إمكانية تحقيق الغرض بالإجراءات الأخف مثل تطبيق إجراءات الإستيلاء مع

إمكانية تحقيق المطلوب بإجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

- إساءة إستعمال السلطة أو التعسف في إستعمالها ويكون ذلك لدى تجاوز الحدود القانونية للصلاحيات

الإدارية فرئيس البلدية يمارس سلطات الضبط الإداري للحفاظ على الأمن العمومي والصحة والسكينة

العمومية، وليس للتضييق على الأفراد أو فرض أعباء مالية أو معيشية إستثنائية لا يقرها القانون على

المواطنين.

المبحث الثاني:

أنواع القرارات الإدارية

تتعدد أنواع القرارات الإدارية حسب المعيار المطبق عليها، ومنها ما ذكره النص القانوني ومنها ماهي

وليدة الإجهادات القضائية والفقهية الإدارية، وتقدم هذه التقسيمات كذلك فوائد عملية تسهم في نجاعة

آلية القرار الإداري حسب حاجات الإدارة، وفي ما يلي نحاول استعراض أهم هذه الانواع:

المطلب الأول:

القرار الإداري من حيث مداه أو عموميته

إن تطبيق معيار المدى أو العمومية على القرارات الإدارية ينتج عنه تقسم هذه القرارات إلى قرديّة وتنظيمية نعرضها في ما يلي:

أولاً: القرار الإداري الفردي:

سبق لنا تعريف القرار الإداري الفردي بأنه القرار الذي يخص مركزاً قانونياً شخصياً معيناً أو حالة معينة ، ويخاطب شخصاً أو مجموعة من الأشخاص تحديداً بذواتهم لا بصفاتهم، مثل قرارات التعيين والترسيم والترقية ويكفي الأطلاع على القرار لتحديد المعنى أو المعنيين به.

ثانياً: القرار الإداري التنظيمي:

القرار الإداري التنظيمي هو القرار الذي يتضمن قواعد ذات طبيعة عامة وملزمة ومجردة وتنطبق أحكامه على فئة معينة أو حالات معينة تتوافر فيهم شروط أو صفات خاصة ، وهو مماثل في خصائصه للنص القانوني.

ثالثاً: نتائج التمييز بين القرار الفردي والتنظيمي:

إن التمييز والفرقة بين القرار الفردي والتنظيمي يقدم عدة نتائج عملية هامة بالنسبة لنظرية القرارات الإدارية سنحاول بيانها في ما يلي:

- 1- من حيث الحجية: القرار الإداري الفردي يخاطب شخصاً أو مجموعة أشخاص بذواتهم، أما القرار التنظيمي فهو ذو طابع عام ومجرد وملزم يخاطب الأشخاص بصفاتهم.
- 2- من حيث التنفيذ: القرار الفردي يكون نافذاً بمجرد تبليغه، والقرار التنظيمي بمجرد نشره.
- 3- من حيث سلطة التعديل والسحب: تقول القاعدة العامة أن القرار الإداري الفردي يلغى ولا يسحب، بينما القرار الإداري التنظيمي يسحب ويلغى، وتطبق هذه الأحكام دوماً مع الحفاظ على الحقوق المكتسبة كما سيأتي تفصيلها لاحقاً.
- 4- من حيث القوة القانونية: عادة ما يكون القرار التنظيمي ذو طابع عام فهو يتضمن أحكاماً تماثل القانون وهو بالتالي أقوى قيمة قانونية من القرار الفردي.

المطلب الثاني:

القرار الإداري من حيث أثره

إن تطبيق معيار أثر القرار الإداري يعطينا تقسيماً هاماً هو القرار الإداري المنشأ والقرار الإداري الكاشف، سنتناولهما في ما يلي:

أولاً: القرار الإداري المنشأ

وهي القرارات الإدارية التنفيذية التي تغير في المراكز القانونية تحدث بذاتها أثراً بإنشاء أو تعديل أو إلغاء المراكز القانونية، وهي بذلك تنشأ وضعتاً جديداً لم يكن موجوداً بل صدور القرار، فتعيين الموظف يعني

إنشاء وضع قانوني جديد للشخص له آثار مالية وإدارية من خلال الحقوق والإلتزامات الجديدة لأطراف العلاقة الوظيفية والتي يحكمها قانون الوظيفة العمومية.

ثانيا: القرار الإداري الكاشف

بخلاف القرار المنشأ، لا تنشأ القرارات الكاشفة أي وضع قانوني جديد بعد صدورهما، ويقتصر دورها على تأكيد المركز القانوني القائم بقرار سابق أو نص قانوني أو حكم قضائي سابق أو تفسيره وتوضيحه، وإعلان زيادة في الأجور بموجب نص قانوني يجعل من القرارات الإدارية التنفيذية له غير منشأة للحق بل كاشفة لوضع سابق أحدثه النص القانوني.

ثالثا: نتائج التمييز بين القرار الإداري المنشأ والكاشف:

إن أهم نتيجة التمييز بين القرار الإداري المنشأ والكاشف هو تاريخ سريان القرار، فالقرار الإداري المنشأ يسري بأثر فوري مباشر على المستقبل كقاعدة عامة لأنه ينشأ مكرزا قانونيا جديدا أو يعدله أو ينهيه، وبالتالي ليس له أن يعود للتصرف في المراكز القانونية في الماضي ضمانا لاستقرار المعاملات ومبدأ الحقوق المكتسبة وبالتالي يخضع لمبدأ عدم رجعية القرارات.

أما القرار الإداري الكاشف يستثنى من قاعدة عدم الرجعية لأنه لا ينشأ وضعاً جديدا وإنما يكتفي بتفسير أو توضيح مركز قانوني سابق، يسري هذا القرار بنفس تاريخ الوضع القانوني السابق.

المطلب الثالث

القرار الإداري وسيلة التعبير عنه

بتطبيق معيار وسيلة التعبير عن القرار ينتج لنا قرار إداري صريح وقرار ضمني وقرار سلبي، سنحاول بيانها في ما يلي:

أولا: القرار الإداري الصريح:

وهو إفصاح الإدارة عن إرادتها من خلال القرار الإداري بشكل صريح وواضح دون أي لبس، لا سيما في الشكل المكتوب، وأبرز امثلتها القرارات المتعلقة بالمسار المهني بالموظفين بالتعيين أو الترقية أو إنهاء المهام، وأحيانا بالشكل الشفوي الصريح إذا سمح القانون بذلك.

ثانيا: القرار الإداري الضمني

بخلاف القرار الإداري الصريح، لا يكون القرار الضمني بالشكل الصريح وإنما يفهم من خلال موقف تتخذه الإدارة لا يدع مجالاً للشك في نيتها وقرارها، فامتناع الإدارة عن الرد على التظلم يعني رفضاً له دون أي شك، مع عدم وجود أي إلتزام من الإدارة لاتخاذ موقف معين.

ثالثا: القرار الإداري السلبي

القرار الإداري السلبي هو امتناع من الإدارة كذلك عن التعبير الصريح عن إرادتها بل تتخذ موقفا سلبيا في حين أن القانون يفرض عليها القيام بعمل معين وإلا تكون هناك آثار ليست في مصلحة الإدارة.

وهذا هو وجه الإختلاف بين القرار الضمني والسلبي، ففي هذا الأخير هناك نص يفرض على الإدارة موقفا معيناً في حين أنه في القرار الضمني لا يوجد أي التزام قانوني على الإدارة للتعبير بموقف معين، ولشرح القرار السلبي أكثر نضرب مثالا عن إيداع موظف لإستقالته للإدارة، فالقانون يفرض عليها التعبير عن موقفها بالقبول أو بالرفض خلال أجل شهرين من تاريخ إيداع الإستقالة، فإذا امتنعت الإدارة عن الرد تكون الإستقالة فعلية بإنقضاء أجل الشهرين مهما كان موقف الإدارة بعد هذا الأجل.

رابعاً: نتائج التمييز بين القرار الإداري الصريح والضميني والسلبي

أهم نتيجة تستفاد من هذا التقسيم هي في إثبات موقف الإدارة في مختلف هذه الأحوال، ففي القرار الصريح المكتوب يكون المخاطب به في وضعية مريحة من أجل الطعن في القرار الإداري لا سيما أمام القضاء فيسهل التعرف على مختلف أجزاء وعناصر القرار والإحتجاج امام القضاء بعدم مشروعيتها.

أما في حالة القرار الشفوي والضميني والسلبي، فإن المخاطب بالقرار يكون في وضعية اصعب في سبيل إثبات مضمون القرار بدقة، لا سيما في حالة تعسف الإدارة وامتناعها عن تسليم القرار في الشكل المكتوب، وفي مثل هذه الأحوال عالج قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الحالة بطريقتين:
-القيام بطعن إداري بموجب نص المادة 830 ق إ م إ يكون بموجبه رد الإدارة على الطعن هو القرار الإداري السابق وإذا امتنعت الإدارة عن الرد يعتبر التظلم الإداري بمثابة القرار السابق.
-أن يطلب المتقاضي من القاضي الإداري أن يلزم الإدارة بتسليم القرار طبقاً لنص المادة 819 من ق إ م إ كما يلي:

"يجب أن يفرق مع العريضة الرامية على إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع مبرر.

وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة عن هذا الإمتناع"

المطلب الرابع:

القرار الإداري من حيث تكوينه

إن تطبيق معيار التكوين ينتج تقسيماً مكوناً من القرار الإداري البسيط والقرار الإداري المركب، وهذا يقودنا إلى تقسيم أكثر دقة هو القرار الإداري المنفصل والقرار الإداري المتصل، نتطرق لهما كما يلي:

أولاً: القرار الإداري البسيط أو المنفصل

القرار البسيط هو القرار الإداري الذي يعتمد على عملية قانونية واحدة، وهو المستقل عن ما سواه من أعمال إدارية والقائم بذاته دون الإعتماد على غيره، ومثل ذلك قير تعيين موظف أو ترقيته، وهو بالتالي يطابق مفهوم القرار المنفصل والذي يقوم بكيان منفرد لا يرتبط على غيره في وجود أو في إحداث أثره أو حتى في إنتهائه.

ثانياً: القرار الإداري المركب أو المتصل

القرار الإداري المركب هو القرار الي يشكل جزءاً من عملية قانونية سابقة أو معاصرة أو لاحقة مترابطة معها تتكون من أكثر من عمل سواء من قراراتين أو قرار وعقد أو أكثر من ذلك، وقد يكون المصطلح الأكثر دقة هو القرار الإداري المتصل، أي القرار الذي لا يقوم بشكل مستقلة بل يرتبط وجوده واثره بعمل آخر ، وأبرز مثال على ذلك القرار الإداري بفسخ أو رسو الصفقة العمومية فلولا وجود عقد الصفقة العمومية لن يوجد هذا القرار ولن يرتب أثره وفي حالة أنتهاء العقد ينتهي معه القرار بشكل آلي، وكذلك بالنسبة للمادة 149 من قانون الولاية التي تفرض مداولة للتخصيص بإمكانية إبرام عقود إمتياز المرافق العمومية الولائية حيث جاء فيها:

"إذا تعذر إستغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الإستغلال المباشر أو المؤسسة، فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص بإستغلالها عن طريق الإمتياز طبقاً لتنظيم المعمول به...."

ثالثاً: نتائج التمييز بين القرار الإداري البسيط والمركب (المتصل والمنفصل)

ينتج عن التمييز بين القرار الإداري البسيط والمركب (المتصل والمنفصل) عدة نتائج نوجزها في ما يلي:
- من حيث الإجراءات: يصدر القرار الإداري المنفصل أو البسيط بعملية قانونية بسيطة خالية من أي إجراءات مقعدة ومن جهة إدارية واحدة، في حين يصدر القرار الإداري المتصل طبقاً لإجراءات مقعدة وتتدخل فيها عدة جهات إدارية.

- جوازية الطعن بالإلغاء في القرار المتصل والمنفصل: إن أهم النتائج المترتبة التي تنتج عن عملية التمييز وبما أنه من الممكن الطعن في القرار الإداري البسيط بشكل مستقل بدعوى الإلغاء، هل يمكن الطعن قضائياً بشكل مستقل في القرار الإداري المتصل، أم يجب الطعن في العملية القانونية المركبة ككل على أساس شرط إنتفاء الدعوى الموازية، وهي إشكالية لا يزال الجدل حولها قائماً لدى القضاء المقارن.

المطلب الخامس:

القرار الإداري من حيث خضوعه لرقابة القضاء

تنقسم القرارات الإدارية بتطبيق معيار الخضوع للرقابة القضائية إلى قرارات إدارية خاضعة للرقابة القضائية، وقرارات لا تخضع للرقابة القضائية تشكل ما يسمى نظرية الأعمال السيادية، نتناولها في ما يلي:

أولاً: القرارات الإدارية الخاضعة لرقابة القضاء الإداري

إن مبدأ خضوع الدولة للقانون يقتضي ضرورة خضوع كل أعمال الإدارة للقانون بما فيها القرارات الإدارية، فهذه الأخيرة تعد جزءاً من المنظومة القانونية والتنظيمية في الدولة فهي تخضع لمبدأ المشروعية، ويمكن لكل ذي مصلحة أن يحرك دعوى امام القضاء الإداري دعوى إلغاء أو تعويض أو دعوى تفسير أو فحص مشروعية إزاء قرار إداري فالقضاء الإداري هيئة مقومة لأعمال الإدارة وتراقب مدى مشروعية أعمالها وحتى ملائمتها في القوانين المقارنة.

ثانياً: القرارات الإدارية غير الخاضعة لرقابة القضاء (نظرية الأعمال السيادية):

أخرج إجتهد القضاء الإداري طائفة من الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية عن الرقابة القضائية لعدة مبررات تاريخية وقانونية ومنطقية، وقد نشأت نظرية الأعمال السيادية قضائياً، وفي ما يلي نتطرق لبعض جوانب هذه النظرية وأسسها ونتائجها:

1- أسس نظرية الأعمال السيادية:

تعود الجذور التاريخية والقانونية للأعمال السيادية للتجربة الفرنسية، وبخصوص الأساس التاريخي فمجلس الدولة الفرنسي حاول الحفاظ على بقاءه حتى لا يلقي مصير البرلمانات القضائية التي اصطدمت مع السلطة التنفيذية كانت النتيجة التخلي عنها تماماً، فمجلس الدولة الفرنسي أبدى جانباً كبيراً من المرونة في إخراج طائفة من الأعمال الحكومية أو السيادية عن رقابته حفاظاً على وجوده وتجنباً للصدام مع السلطة التنفيذية.

ويعود الأساس الدستوري إلى مبدأ الفصل بين السلطات أي أن القضاء لا يجب أن يشكل عقبة امام كل أعمال السلطة التنفيذية حفاظاً على الفصل والتعاون بي هذا لاسلطات بدل الصراع والتداخل في الصلاحيات.

أما الأساس المنطقي فيستند إلى أن الأعمال السيادية أعمال ذات طبيعة سياسية ولا يفترض أن يكون لمجلس الدولة الفرنسي ومن خلاله القاضي الإداري أي دور سياسي أو رقابة سياسية على أعمال السلطة التنفيذية وهو عمل يمس بحياد القاضي ويدخله في متاهات السياسية بدل المسائل القانونية.

2- معايير تحديد الأعمال السيادية:

أختلف الفقه وتعددت الإجهادات القضائية في تحديد معايير الأعمال السيادية وظهرت في ذلك عدة توجهات نذكر منها:

أ- معيار الباعث السياسي:

والمسألة هنا بسيطة فإذا كان هناك باعث سياسي في العمل يعتبر عملا حكوميا أو سياديا وبالتالي لا يخضع للرقابة القضائية، وإذا كان خاليا من البواعث السياسية يعتبر عملا إداريا يخضع لولاية السلطة القضائية، إلا أن هذا المعيار محل أنتقاد كبير، أولا لأن الباعث السياسي صعب الإثبات خاصة وأنه لا يظهر من خلال حيثيات القرار وهو مطاط وصعب الإثباتن والمسألة الثانية هو أنه سيكون حجة أمام الإدارة من أجل التهرب من الرقابة القضائية على أعمالها بإدعاء الباعث السياسي وبالتالي يكون معيار صعب التطبيق.

ب- معيار الإرتباط بالدستور:

الفكرة هنا هي مصدر العمل، فإذا جاء العمل تنفيذا لنص دستوري يعد عملا سياديا لا يخضع لرقابة القضاء، وإذا كان مصدره القانون أو التنظيم يعد عملا إداريا خاضعا لرقابة القضاء الإداري.

إلا أن هذا المعيار لا يخضع لأي منطق قانوني، فالدستور ليس مطية للتهرب من الرقابة القضائية كما أن كل أعمال الإدارة لها أساس دستوري لا سيما الأعمال الصادرة بموجب السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية أو السلطة التنفيذية للوزير الأول أو الوزراء كل حسب قطاعه وحتى الولاية والبلدية وبالتالي لا يعد معيارا كافيا لتحديد الأعمال السيادية.

ج- معيار العمل الحكومي:

وبنفس الطريقة، إذا كان العمل صادرا عن السلطة التنفيذية بوصفها حكومة يعتبر عملا سياديا وإذا كان صادرا عنها بوصفها إدارة يعتبر عملا إداريا يخضع لرقابة القاضي.

لكن هنا نحتاج على معيار ثاني مساعد للتمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال الحكومية، وهي مسألة غاية في التعقيد تجعل من هذا المعيار غير ذي فائدة، ف حين يفترض في معيار قضائي أن يكون دقيقا وجامعا ومانعا.

د- معيار تعداد الأعمال السيادية:

ومع هذا التخبط وتعدد المعايير وغموضها، استقر الفقه والقضاء الإداريين على حل مقبول وهو تعداد هذه الأعمال لصعوبة جمعها في معيار واحد، وبالتالي تقسيما إلى فئات من الأعمال السيادية نوردتها في ما يلي:

-الأعمال التي تنظم العلاقات بين السلطات التنفيذية والتشريعية منها دعوة الهيئة الناخبة ودعوة البرلمان للإنعقاد في دورة استثنائية وحل البرلمان وغيرها.

-الأعمال المتصلة بالسياسة الخارجية والعلاقات الدبلوماسية مع الدول والمنظمات.

- الأعمال المتعلقة بالحالات الإستثنائية وحالة الطوارئ والحصار والحرب.
- الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي للدولة وكل ما يتبعها من الأعمال الضبطية.

المبحث الثالث:

نهاية القرار الإداري

إن القرار الإداري يهدف إلى إحداث آثار قانونية طويلة فترة وجوده، وهو كغيره من التصرفات القانونية ينقضي بعد أسباب، منها ما يكون بعمل من الإدارة مثل السحب والإلغاء الإداريين ومنها ما يكون دون عمل من الإدارة فينتهي نهاية طبيعية بانتهاء أجله أو تحقيق الغرض منه، أو عن طريق القضاء الإداري بواسطة دعوى الإلغاء، نحاول التطرق لهذه الأسباب فيما يلي:

المطلب الأول:

نهاية القرار الإداري بإرادة الإدارة

تعمل الإدارة في بعض الأحيان على تصحيح أوضاع معينة أو مراجعة قراراتها في سبيل تجاوز حالة اللامشروعية أو تحقيق نجاعة أكثر للقرار الإداري، وتقوم في هذا السبيل بإجراءات مختلفة، أولهما السحب الإداري والثاني الإلغاء الإداري نستعرضهما في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: نهاية القرار الإداري عن طريق السحب الإداري

السحب الإداري يعني إنهاء الآثار القانونية للقرار الإداري المسحوب في الماضي والمستقبل بقرار السحب ويكون بذلك القرار الإداري المسحوب كأن لم يكن.

ويبدأ سريان السحب بأثر فوري ويعود بأثر رجعي، وتكون في حكم العدم أي تغييرات سببها القرار المسحوب على المراكز القانونية التي تعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره، ونظرا لخطورة هذا الإجراء وحساسيته بالنسبة للمراكز القانونية والحقوق المكتسبة وحول جواز هذا الإجراء نميز بين سحب القرار الإداري المشروع وغير المشروع نتطرق لهما في ما يلي:

أولاً: سحب القرار الإداري المشروع:

القرار الإداري المشروع هو القرار الصادر عن جهة إدارية مختصة وفق للشكليات والإجراءات المطلوبة قانوناً، ولا يتضمن أي مخالفات في سببه ومحلّه كما أنه يحقق المصلحة العامة كفاية له، وحكم سحب هذا القرار ينطوي على قاعدة عامة واستثناءات كما يلي:

1- القاعدة العامة عدم جواز سحب القرار الإدارية المشروعة:

والقاعدة العامة هي عدم جواز سحب القرار الإداري المشروع سواء كان فرديا أو تنظيميا نظرا لعدة إعتبارات نورد أهمها في ما يلي:

أ- إن القرار الإداري المشروع صدر بشكل قانوني في شكله وموضوعه وبالتالي أي آثار تترتب عليه يحميها القانون وأي مساس بها مساس بالقانون ذاته.

ب- إن سحب القرار الإداري بأثر فوري ورجعي يشكل مساسا صارخا بقاعدة الحقوق المكتسبة إستقرار المراكز القانونية، ذلك لأنه لا ولاية للإدارة على المراكز القانونية في الماضي.

ج- إن سحب القرارات الإدارية المشروعة تؤدي إلى إرتباك وتردد في مواقف الإدارة مما يهز الثقة بينها وبين المواطن وي طرح إشكالات حول كفاءة موظفيها.

2- الإستثناءات الواردة على عدم جواز سحب القرار الإدارية المشروعة:

إذا كان الأصل عدم جواز سحب القرار الإداري المشروع لأنه يمس بمبدأ الحفاظ على الحقوق المكتسبة، فمن الطبيعي أن يكون الإستثناء هو جواز سحب القرار المشروعة التي لا ترتب حقوق مكتسبة إضافة إلى القرارات التي تفرض إلتراما على الشخص، فيمكن سحب القرار التأديبي على الموظف ولو كان مشروعا لأنه لا يمس بالحقوق المكتسبة، ويحصر القضاء الفرنسي والمصري هذا الإستثناء في القرارات التأديبية للموظفين.

ثانيا: سحب القرارات الإدارية غير المشروعة

القاعدة العامة تقضي بوجود سحب القرارات الإدارية غير المشروعة، ويجب على الإدارة إزالة كل الآثار الناجمة عن قراراتها الصادرة بوجه غير شرعي، لأن ما بني على باطل فهو باطل إلا أن هذه القاعدة ترتبط بشرط الأجل كما سنرى في ما يلي:

1- وجوب سحب القرار الإدارية غير المشروعة بشرط الميعاد:

أشرنا بأن القاعدة العامة تقضي بوجود سحب القرارات الإدارية غير المشروعة، إلا أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، لأن القرار الإداري في حال مرور مدة معينة ولم يبدي أي طرف تضرره منه سواء الإدارة أو المخاطبين به يدخل ضمن المنظومة القانونية لفترة لا تسمح بسحبه مرة ثانية ضمنا لإستقرار المعاملات وحفاظا على أي حقوق مكتسبة ناجمة عنه لمدة معينة، وبالتالي بعد مرور هذه المدة يتحصن هذا القرار غير المشروع من السحب، ويتم تغليب مبدأ الحفاظ على الحقوق المكتسبة على مبدأ المشروعية.

وبخصوص المدة يرى القضاء والفقهاء الإداريين أن المدة المناسبة لسحب القرار الإداري غير المشروع هي نفسها المدة الممنوحة للفرد من أجل رفع دعوى الإلغاء في القرار وهي مدة أربعة أشهر حسب نص المادة 829 ق إ م إ وقد تمتد لنفس المدة التي يضيفها رفع تظلم إداري طبقا لنص المادة 830 ق إ م إ التي قد تصل لثمانية أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، وسبب ذلك هو أنه بعد إنقضاء مدة رفع دعوى الإلغاء يخرج القرار من حق تقاضي الشخص في مواجهته كما يخرج من ولاية القضاء فمن باب أولى أن يخرج عن ولاية الإدارة كذلك وبالتالي يتحصن من السحب.

2-الإستثناءات الواردة على شرط ميعاد سحب القرار غير المشروع:

في بعض الحالات لا يؤخذ شرط الميعاد بعين الإعتبار نظرا لطبيعة خاصة في القرار أو ظروف معينة، ويمكن حصر هذه الاحوال في ما يلي:

أ-القرار المنعدم:

إن القرار الإداري المنعدم هو القرار الإداري المشوب بعيب عدم الإختصاص الجسيم وهو يشكل إغتصابا للسلطة الإدارية من قبل شخص لا علاقة له بالوظيفة الإدارية محل الإختصاص، ولا يحدث القرار المنعدم أي أثر قانوني ولا يعدو كونه واقعة مادية، وهو الإختلاف الأساسي الموجود بينه وبين القرار الباطل فالقرار الباطل هو قرار يرتب آثارا قانونية رغم عدم مشروعيته ويتم إبطاله من طرف الإدارة ذاتها أو عن طريق القضاء، في حين يمكن للأفراد التحلل من أي إلتزام بموجب القرار المنعدم دون انتظار صدور حكم قضائي أو إبطال إداري، وعليه فالإدارة تملك سحبه وإعدام آثاره دون شرط الأجل.

ب-القرار الصادر بناء على غش أو تدليس من المعني:

قد يصدر القرار الإداري باستخدام وسائل إحتيالية من طرف المخاطب به، ومثال ذلك صدور رخصة بناء عن طريق تزوير وثائق الملكية أو التصريح الكاذب أو التدليس، فلا يمكن أن يتحصن هذا القرار رغم مرور الزمن بغض النظر عن الطبيعة الجزائية للفعل، وبالتالي يجوز للإدارة سحب قرارها بمجرد إكتشاف الغش والتدليس ومحو كل آثار القرار في الماضي والمستقبل.

ج-القرارات الإدارية التي لم تنشر أو تبلغ:

من البديهي أن حساب المدة القانونية لسحب القرار الإداري تبدأ مع المدة القضائية أي من تاريخ النشر والتبليغ، وفي حالة عدم النشر والتبليغ لا يعتبر القرار الإداري نافذا وبالتالي يجوز للإدارة سحبه في أي وقت كان.

د-سحب القرار تنفيذيا للقانون:

يفرض القانون سحب بعض القرارات الإدارية بأثر رجعي على الرغم من فوات المدة القانونية، فيتم هذا الإجراء تنفيذاً للقانون، ويتولى النص القانوني معالجة مسألة الحقوق المكتسبة لأن القرار الإداري في هذا الحالة كاشف وليس منشأ للوضع القانوني الجديد.

هـ-القرارات التي تفرض إلتزامات على المخاطبين بها:

يفترض أن القرارات غير المشروعة التي تفرض إلتزامات على الأفراد كالقرارات التأديبية للموظفين لا تحتاج على مدة سحب ولو كانت غير مشروعة لأنها لا تمس بحقوق مكتسبة.

الفرع الثاني: نهاية القرار الإداري عن طريق الإلغاء الإداري

الإلغاء هو إصدار قرار لإنهاء الأثر القانوني للقرار الملغى بأثر فوري بالنسبة للمستقبل، في حين تبقى المراكز القانونية والحقوق المكتسبة بين تاريخ القرار الملغى وقرار الإلغاء صحيحة ومنتجة لآثارها، وتقوم به السلطة الولائية نفسها أو السلطة الرئاسية، ومن ذلك نستنتج أن الإلغاء يختلف عن السحب في كون الإلغاء لا يكون إلا في القرارات المشروعة ويكون بأثر فوري وغير رجعي، والإختلاف في الإلغاء يكون بين القرارات الفردية والقرارات التنظيمية، وفق التالي:

أولاً: الإلغاء الإداري للقرارات التنظيمية:

سبقت الإشارة، إلى أن القرارات التنظيمية هي تلك التي تتضمن قواعد عامة ومجردة وملزمة، وهي التي تخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم ومن ثم فإن حكمها حكم القانون، وإلغاء القرار الإداري التنظيمي في المستقبل فقط مسألة مقبولة مادامنا أمام موقف لائحي وليس حقوق شخصية مكتسبة، فيمكن للإدارة أن تصدر قراراً بإغلاق شارع معين أو تنظيم مهنة معينة ثم تقوم بإلغائه بالنسبة للمستقبل، فلا تطرح مسائل الحقوق المكتسبة نظراً للطبيعة التنظيمية العامة والمجردة لهذه القواعد.

ثانياً: الإلغاء الإداري للقرارات الفردية:

بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية فمسألة الحقوق المكتسبة مطروحة بشكل مختلف، فهذه الطائفة من القرارات تختص بقدرتها على إنشاء الحقوق المكتسبة وبالتالي لا يجوز كاصل عام إلغاء القرارات الإدارية الفردية، لأن في ذلك مساس صريح بمبدأ الحفاظ على الحقوق المكتسبة أصلاً إذا كانت مشروعة، ويمكن للمستفيد من القرار ممقاضة الإدارة على هذا الأساس.

غير أن هذه القاعدة تستثنى منها بعض القرارات الفردية التي يجوز إلغائها نظراً لأنها لا تمس بالحقوق المكتسبة، ونذكر منها:

1-القرارات التي لا تنشئ حقوق مكتسبة: لا سيما تلك القرارات التي تفرض إلتزامات على الشخص يجوز للإدارة إلغائها مثل القرارات التأديبية للموظفين.

2-القرارات الوقتية: التي تنشئ أوضاعا وقتية غير دائمة مثل عملية انتداب موظف لمدة محددة يجوز للإدارة إلغائها.

3-القرارات الفردية التي تمنح امتيازات لا حقوقا: مثل منح منصب نوعي كرئيس مصلحة أو منسق أو غير ذلك فهي لا تمثل حقا مكتسبا يجوز للإدارة إلغائه، باعتبارها إمتيازات لا حقوقا.

4-القرارات السلبية بالرفض: مثل القرارات المتعلقة برفض منح رخصة معينة ففي حال الطعن فيها أو إستيفاء الشروط مستقبلا يجوز للإدارة إلغائها بأثر فوري فقط دون أن يعود بأثر رجعي.

المطلب الثاني:

نهاية القرار الإداري خارج إرادة الإدارة

قد تنتهي القرارات الإدارية بأسباب خارجة عن إرادة الإدارة إما نهاية طبيعية بإنهاء أجلها أو غرضها أو غير ذلك ، أو عن طريق دعوى الإلغاء التي تتيح للقاضي الإداري إلغاء القرار الإداري في حال ثبوت عدم مشروعيته، وسنوضح كلا الطريقتين من خلال العرض اللاحق:

الفرع الأول: النهاية الطبيعية للقرار الإداري

النهاية الطبيعية للقرار الإداري تقدم مجموعة واسعة من الاسباب الواقعية والقانونية لنهاية القرارات نوضحها في ما يلي:

أولا: نهاية القرار الإداري بإنقضاء أجله:

ينقضي القرار الإداري بإنهاء أجله إذا كان قد حدد أجلا معيناً لإنقضائه، ويحدد الأجل ضمن القرار وفق للسلطة التقديرية للإدارة أو بنص القانون، فإن قرارات الإدارة مدة زمنية محددة للإستفادة من خدمة ما أو تسوية وضعية إدارية معينة فإن القرار يسري خلال نفس المدة وينقضي بإنقضائها.

ثانيا: نهاية القرار الإداري بتحقيق غرضه:

من الطبيعي أن ينقض القرار الإداري بتحقيق الغرض الذي وجد لأجله، فإذا كان مضمون القرار هدم بناية معينة ينقضي القرار بمجرد إنتهاء أعمال الهدم، ويستمر مادامت العملية لم تنتهي، غير أنه هناك نوع معين من القرارات تظل مستمرة وقائمة على الرغم من إحداث أثرها إلا أن طبيعة هذا الأثر متجددة وزمنية ومستمرة، ومثال ذلك الرخص التي تمنحها الإدارة ذات الطبيعة المتواصلة مثل رخص القيادة أو القيام بنشاط تجاري أو إستغلال قطعة أرضية معينة.

ثالثا: نهاية القرار الإداري لإستحالة تنفيذه:

قد يستحيل في بعض الحالات تنفيذ القرارات الإدارية لإشكال يتعلق بمحلها، فقد يصدر مثلا قرار بتعيين موظف في مسابقة توظيف ويثبت بعد ذلك وفاة الموظف وبالتالي إستحالة تنفيذه، أو قد يصدر قرار هدم لبناية هي مهدومة أصلا.

رابعا: نهاية القرار بإنقضاء سببه:

ينقضي القرار الإداري كذلك بزوال السبب ويعني ذلك زوال الحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى صدور القرار، فعند حدوث كوارث طبيعية أو انتشار وباء معين قد تتخذ الإدارة مجموعة من الإجراءات الضبطية الإستثنائية لمواجهة الوضع، وبمجرد زوال الكارثة أو اختفاء الوباء ومعالجة الأوضاع تنتهي الإجراءات الإستثنائية وهذا ما يعبر عنه بزوال الحالة الواقعية.

أما عن أتهاء الحالة القانونية، فقد يزول القرار بزوال التصرف أو الواقعة القانونية التي أدت لنشوءه، فعند زوال العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة تنقضي معه مقرة الإستفادة من السكن الوظيفي لانقضاء السبب القانوني لوجودها، وكذل يزول قرار إقامة الأجنبي بفقدانه لمنصب عمله إذا كان هو سبب وجوده على ارض دولة الإستقبال.

خامسا: نهاية القرار الإداري بتحقق الشرط الفاسخ:

قد يتم تعليق أتهاء القرار الإداري على شرط فاسخ ينقضي بتحقيقه القرار الإداري، ومثال ذلك صدور قرار من البلدية بهدم كل البنايات العتيقة والقديمة أو المهتدة بالسقوط إذا لم يتم أصحابها بترميمها طبقا للمعايير التقنية الحديثة، وتحقق الشرط الفسخ أي بترميم البنايات القديمة يفسخ القرار الإداري وينقضي بتحقق الشرط الفاسخ.

الفرع الثاني: نهاية القرار الإداري عن طريق القضاء

تزول القرارات الإدارية عن طريق دعوى الإلغاء أو كما تسمى دعوى تجاوز السلطة في حالة ثبوت عدم مشروعية القرار الإداري، عن طريق الطعن فيها من طرف المتضرر من القرار والذي يقع عليه عبء إثبات عدم مشروعية القرار الإداري، وهو دعوى الإلغاء هي دعوى عينية موضوعية تهدف إلى تقدير مدى

مشروعية القرار الإداري ومن ثم الحكم بإلغائه في حال ثبوت عدم المشروعية، وهي الدعوى الإصيلة والوحيدة لإلغاء القرارات غير المشروعة الإدارة دون سواها.

ولا بد للمعني بالقرار من إستيفاء الشروط الشكلية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال القرار الإداري السابق والمباعد المطلوب وإنتفاء الدعوى الموازية والتظلم الإداري الجوازي، كما لا بد له أن يثبت أن القرار مشوب بأحد العيوب المعروفة للامشروعية وهي:

- عيب عدم الإختصاص.

- عيب الشكل والإجراءات.

- عيب مخالفة القانون (عيب المحل).

- عيب الإنحراف في إستعمال السلطة. (الغاية).

الفصل الثالث : العقود الإدارية

الإدارة وفي إطار تحقيقها لأهدافها تقوم بمجموعة من الوسائل القانونية، وهي القرارات الإدارية والعقود الإدارية، وهذه الأخيرة هي أسلوب اتفاقي بين إداريتين أو بين الإدارة وجهات خاصة سنحاول بيانها من خلال مجموعة من المعايير القانونية والفقهية:

المبحث الأول: إشكالية تعريف العقد الإداري:

يعتبر الأسلوب الإتفاقي وسيلة فعالة يمكن للإدارة من خلالها أن تحقق أهدافها بصفة أنجع كثر مما تحققه من أسلوب القرار الإداري والذي تلجأ إليه الإدارة متى صعب عليها التفاوض مع الاطراف المتعاقدة ونميز بين نوعين من عقود الإدارة:

- عقود تبرمها الإدارة تشبه العقود التي يبرمها الخواص وهي شأنها شأن عقود البيع والشراء والكراء... وهذا يهدف الحصول على السلع والخدمات وهذا النوع من العقود يخضع لقواعد القانون الخاص.

- وهناك عقود إدارية تخضع لنظام القانون العام، ويمكن وصفها بأنها عقود متميزة عن قواعد القانون الخاص فالقانون العام يمنح للسلطة الإدارية مجموعة إمتيازات (حق الرقابة والتوجيه، فرض العقوبات...)

وتظهر أهمية التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية في وجوب معرفة القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، بالإضافة إلى تحديد القاضي المختص في حال حدوث نزاعات بشأن هذه العقود.

إن الإقرار بوجود سلطات إدارية في الدولة يقتضي في المقابل الاعتراف لها بممارسة إمتيازاتها بوصفها سلطة عامة في الدولة دعما لتحقيق المصلحة العامة، فأهم ما يميز العقد الإداري هو تحقيقه للمصلحة العامة بحيث يكون بعيدا كل البعد عن تحقيق المصلحة الخاصة.

المطلب الأول: العقد الإداري في القانون المقارن

النظرية التقليدية لتحديد مفهوم العقد الإداري: بإستثناء الحالات التي يكون فيها العقد الإداري محددا بالقانون، فإنه ليس من السهل التمييز بين العقود الإدارية وعقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، بما أن الإدارة يمكنها إبرام العقود الإدارية والتي تكون الإدارة طرفا فيها بناء على المعيار العضوي، غير أنه لا يمكن بصفة مطلقة تحديد العقود الإدارية بالنظر إلى وجود الإدارة كطرف في العقد فالإدارة يمكنها أ تصرف كشخص عادي هو شرط أساسي لكنه غير كاف لتحديد إدارية العقد الإداري.

وبالنظر إلى المعيار المادي لتحديد العقود الإدارية فإنه يتعلق بطبيعة العمل، والذي يشترط أن يتصل العقد بالمرفق العام إنشاء أو تعديلا أو إلغاء، غير أنه هذا المعيار منتقد على أساس عدم إستقرار طبيعة المرفق العام وظهور مرافق تهدف إلى تحقيق الربح.

كما يضيف بعض الفقهاء معيار البند غير المؤلف فمتى إستعملت الإدارة أساليب القانون العام وتضمن العقد بنود غير مألوفة (الرقابة ، فرض العقوبات...) أعتبر العقد عقدا إداريا، وانتقد هذا المعيار على أساس أنه لا تستعمل الإدارة في كل عقودها البنود غير المؤلف.

وهناك من يضيف نظرية معيار الإختصاص والذي يعني خضوع العقد لإختصاص القاضي الإداري من عدمه وإلى مدى خضوعه لقانون الصفقات العمومية من عدمه.

أضاف المشرع والقضاء الفرنسي الإداري بمشاركة الجهد التنظيمي للفقهاء معياران إضافيان تمكنان من تحديد العقد الإداري إضافة إلى المعايير السالفة الذكر وهما:

1- يجب أن تتبع الإدارة في إبرام العقد أسلوب القانون العام.

2- أن يكون للعقد صلة بالمرفق العمومية أي بهدف إنشاء ، تعديل، إلغاء، خدمة مرفق عمومي.

3- وجود بند غير مألوف في العقد والى تضعه الإدارة في العقد محل الإلتزام والذي ماكان ليقبل به الطرف المتعاقد مع الإدارة في إطار حرية التعاقد.

إن إستعمال هذه المعايير إعتبرت أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام سواء تعلق بمباشرة نشاط مرفق عمومي رتضمن بنودا غير مألوفة في القانون الخاص وإستعمال البند غير المألوف يكشف عن إتجاه نية الإدارة في إتباع أسلوب القانون العام إلا أن هذان المعياران لا يعتمدان إلا بعد ثبوت أن أحد طرفي العقد على الأقل هو شخص عمومي.

المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري في القانون الجزائري:

بصفة عامة العقود الإدارية في القانون الجزائري هي عقود محددة حسب إرادة المشرع وذلك من خلال:

- الحالة التي حدد فيها المشرع طبيعة العقود الإدارية المسماة: على غرار عقد الصفقة العمومية، عقد الإمتياز...

- الحالة التي تم فيها تحديد العقود الإدارية بصفة غير مباشرة: لأسباب خاصة قد يرجع المشرع الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارية إلى الجهات القضائية الإدارية، وبالتالي فهذا النوع من العقود هو إداري بالنظر إلى الجهة التي ستفصل فيه.

-المعيار العضوي لتحديد العقد الإداري: وفقا لنص المادة 800 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المنازعات المتعلقة بالدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها تخضع منازعاتها للقضاء الإداري، وبالتالي فمنازعات العقود المتعلقة بهذه الجهات تخضع للقاضي الإداري ويطبق عليها القانون العام، ووفقا لهذا المعيار يمكننا تعريف العقد الإداري على أنه: "العقد الذي تكوم الدولة ، الولاية ، البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيه."

المبحث الثاني: تكوين العقد الإداري (اركانه):

تخضع العقود الإدارية إلى مجموعة من الضوابط التي تحدد طبيعتها، وطالما تم الحديث على العقد الإداري يجدر أن يكون أحد طرفي العقد شخصا عاما يخضع لامتيازات السلطة العمومية ويطبق عليه القانون الإداري ويخضع للقاضي الإداري، كما يتم توقيع العقد بواسطة الممثل القانوني أو الإتفاقي للشخص

الإداري، وعن المتعامل المتعاقد فيبرم العقد بنفسه إذا كان شخصا طبيعيا، وعن طريق ممثله القانوني إذا كان الأمر يتعلق بشركة مثلا.

المطلب الأول: التراضي في العقد الإداري والقيود الواردة عليه:

يتمتع عنصر التراضي في العقد الإداري بطبيعة خاصة إنطلاقا من أنه لا وجود لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أنه لا يمكن للإدارة ولا للمتعاقد معها تعديل العقد أو إلغائه كون العقد الإداري يخضع للقانون وتحيطه إمتيازات السلطة العامة.

كما أن مصدر التراضي في العقد هي ما يفرضه القانون فالعقد شريعة المرفق العمومي، والإدارة تتمتع حال إبرامه بامتيازات السلطة العمومي، وهو ما يجعلها في مرتبة أعلى من مرتبة المتعاقد معاها، حيث يمكنها فرض الشروط بما يعرف بالبنود غير المألوفة في القانون الخاص، وبالتالي لا يملك المتعاقد معها سوى الإذعان لها.

وأهم ما يميز العقد الإداري أن المشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين يمكنهم إبرام العقد من خلال نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف عملية مموّلة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية..."

1- المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقد الإداري:

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة إختيار المتعاقد معها وفقا لما نصت عليه القوانين والتنظيمات وتمثل هذه المبادئ أهم القيود على حرية التعاقد، ولها أن تراعي في ذلك عدم مبادئ نذكر منها: مبدأ حماية المال العام- مبدأ إختيار المتعاقد الأكثر كفاءة- مبدأ العلانية - مبدأ المنافسة - مبدأ المساواة بين المتنافسين.

2- تحديد المشرع لأساليب التعاقد مع الإدارة كقيد على حرية التعاقد:

القاعدة العامة هي لجوء الإدارة لأسلوب المناقصة والإستثناء هو المنح بالتراضي وقد نص المشرع على أساليب مختلفة لإبرام العقود وهي طلب العروض، المزايدات، وعن طريق الإتفاق المباشر وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأساليب ملزمة الإدارة للإلتزام بها وعدم الخروج عنها.

3- تحديد المشرع للشكليات المتعلقة بإبرام العقد الإداري كقيد على حرية التعاقد:

أ-الكتابة: يشترط في العقود الإدارية أن تكون مكتوبة على غرار الصيغة العمومية حيث نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في ظل مفهوم التشريع المعمول به..."

وتلعب الكتابة دورا هاما في إثبات عملية التعاقد نفسها فالكتابة حجة ثابتة لا يمكن إنكارها ولا الطعن فيها إلا بالتزوير مثله مثل المحررات الرسمية، بالإضافة إلى ثبوت تاريخ إبرام التعاقد وماله من أثر في إحتساب الأجال والمواعيد...

ب - دفتر الشروط: يمكن أن تتضمن العقود الإدارية زيادة على العقد نفسه وثائق أخرى تسمى دفتر الشروط وهو وثيقة ذات طابع تنظيمي تحدد فيه عناصر العقد وتفرغ فيه كل حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، وموضوع العقد ومدته، فدفتر الشروط يتضمن البنود غير المألوفة وتتشكل من وفقا للمادة 26 من قانون الصفقات العمومية 15-247:

-دفاتر البنود الإدارية العامة: تخص كل أنواع الصفقات، أشغال، إقتناء اللوازم، دراسات، الخدمات، الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

-دفاتر التعليمات المشتركة: يتعلق بكل نوع من أنواع الصفقات على حدى.

-دفاتر التعليمات الخاصة: وهو يتضمن الصيغة محل التعاقد ذاتها.

4- المحل والسبب:

إن المحل لكل طرف في العقد هو سبب إلتزام الطرف الثاني في العقد، وضمن العقود الإدارية فإن محل المصلحة المتعاقدة هو المصلحة العامة يتحدد قانونا، ففي الصفقات العمومية يحدده القانون ب (أشغال لوازم، خدمات، دراسات...) ، وفي عقد الامتياز هو تسيير المرفق العمومي، ويظهر تدخل المشرع في تحديد محل الصفقات العمومية تنص المادة 02 من المرسوم 15-247 على أنه تبرم الصفقات العمومية لتلبية

حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وكذا ما نصت عليه المادة 29 منه: " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: إنجاز الأشغال، إقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات..."، ويشار إلى أن تدخل المشرع في تحديد محل العقد الإداري تدخلا في حرية الأطراف في التعاقد الحر.

المطلب الثاني : الطرق والإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية:

يحد القانون أساليب التعاقد الإداري بطلب العروض كقاعدة عامة والتراخي كاستثناء، ففي قانون الصفقات يتدخل المشرع بضبط إجراءات محددة لا يجوز الخروج عليها، نعرضها مختصرة في ما يلي:

1- طلب العروض: وفقا لنص المادة 39 من القانون 15-247 على أنه: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراخي." وبالتالي فالقاعدة العامة تمثل إجراء طلب العروض وقد عرفته المادة 40 على أنه: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إستنادا إلى أحسن معايير إختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء..." .

2- أشكال طلب العروض:

نصت المادة 42 على أنه: " يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- أ- طلب العروض المفتوح وهو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم ترشحا (المادة 43)
- ب- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا وهو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم إنتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع (المادة 44).
- ج- طلب العروض المحدود: (المادة 45) هو إجراء لإستشارة إنتقائية، يكون المرشحون الذين تم إنتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمترشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد إنتقاء أولي بخمسة منهم، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة، ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية، إما على مرحلتين طبقا لأحكام المادة 46، وإما على مرحلة واحدة.

د-المسابقة: وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية او فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة، وتمنح الصفقة، بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الإقتصادية، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة، لا سيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة، أو معالجة المعلومات(المادة 47)، وتكون المسابقة محدودة او مفتوحة مع قدرات دنيا وفقا لنص المادة 48.

3- التراضي:

وهي الطريقة الأكثر مرونة كونها تترك للمصلحة المتعاقدة حرية أكبر في إختيار الشخص الذي تراه مناسباً للتعاقد معه، والتراضي فعلاً ليس منحة من الإدارة وإنما هو توسعة لحرية الإدارة في التفاوض ، كونه يكتسي طابع تفاوضي، وبالتالي حتى في حالات التراضي فإن للإدارة بما تخوله لها سلطة التفاوض وضع بند غير مألوف في التعاقد الخاص للإبقاء على إمتياز السلطة العامة، وحتى في الحالات الإستعجالية تمنح الإدارة صلاحية التفاوض مع الإبقاء على البند غير المألوف، وهو نوعان:

أ-التراضي البسيط: وفقاً لنص المادة 49 من المرسوم 15-247 تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الأتية والتي حددتها على سبيل الحصر :

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبرات تقنية أو لإعتبرات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالإعتبرات الثقافية الفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

-في حالة الإستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد إستثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة او الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع أجال إبرام الصفقات العمومية.

-في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان تة فير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكون متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا، بشرط الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج مع الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

وإشترطت امادة 50 من المرسوم 15-247 أنه على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي أن تحدد حاجاتها في ظل إحترام أحكام المادة 27 أعلاه إلا في الحالات الإستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم، بالإضافة إلى وجوب أن تتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي، كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم.

كما يجب أن تختار متعاملا إقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الإقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم، وأن تنظم مفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 6/52 ، وتؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

ب-التراضي بعد الإستشارة: وفقا لنص المادة 51 تلجأ المصلحة المتعاقدة غلى التراضي بعد الإستشارة فب الحالات الآتية:

- عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، وتكون المنافسة غير مجدية إذا تم إستلام عرض واحد فقط أو لم يتم إستلام أي عرض، إذا تم التأهيل الأولي لعرض واحد فقط ولم يتم تأهيل أي عرض بعد تقديم العروض المستلمة...

-في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسة العمومية السيادية في الدولة.

في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد.

-في حالة العمليات المنجزة في غطار العمليات المنجزة، في إطار إتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص إتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

المبحث الثالث: تنفيذ العقد الإداري:

تقوم العقود المدنية على أساس على أساس مبدأ سلطان الإرادة وعلى المساواة بين أطراف العقد والعدالة العقدية هي أساس التعاقد المدني وتتوازن فيه سلطات طرفي العقد، أما العقود الإدارية فإن الأمر مختلف نظريا إذ أن دراسة العقد الإداري تظهر عدم المساواة بين أطراف العقد لا سيما في مرحلة تنفيذه.

المطلب الأول: سلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها:

تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بجملة من السلطات منها:

1- سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه:

على إعتبار أن الإدارة هي السيدة في العقد الإداري يمنح لها القانون سلطة توجيه ورقابة المتعهد بعد إبرام العقد الإداري على إعتبار أنها هي من وضعت بنود دفتر الشروط، وتعنى بالضرورة بواجب الرقابة والسهر على مطابقة العقد للتنفيذ أو العكس، حيث يصبح لها حق أو سلطة الأمر والنهي وتمارس رقابتها بواسطة أداة الرقابة والإشراف هي أداة القرارات الإدارية، وتنظم الإدارة سلطة الرقابة والإشراف في بنود دفتر الشروط، وتمارسها أيضا في حال عدم النص عليها أصلا في دفتر الشروط بنص صريح، لأنها في الأصل تجد أساسها في مفهوم المرفق العام الذي يتعين على الإدارة أن تسهر على حسن سيره في كافة الظروف فهي سلطة من النظام العام أي لا يجوز الإتفاق على خلافها كما لا يجوز أن ينص العقد أو دفتر الشروط على مخالفة قواعد الإشراف والرقابة وكل إتفاق يقضي بذلك هو محل إلغاء.

2- سلطة تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة للإدارة:

تملك الإدارة الحق في تعديل أحكام العقد بصفة إنفرادية هذا بالزيادة أو النقصان وتختلف سلطة الإدارة في تعديل العقد المدني عنه في العقد الإداري، فالإدارة في العقد الإداري تملك إمتيازات غير مألوفة عن تلك المعهودة في القانون الخاص، ويتم القيام بعملية التعديل بناء على وثيقة تدعى الملحق، وتعد سلطة التعديل من النظام العام لا يمكنها التنازل عنها أو الإتفاق على خلافها.

ويشترط في الملحق، أن لا يمس التعديل بمضمون العقد بحيث لا يكون طلباً للقيام بأعمال جديدة، وإلا عد لاغياً، كما لا يجب أن يمس التعديل الإمتيازات المالية التي ينص عليها العقد لصالح المتعاقد فلا يمكن للإدارة زيادة الأعباء على المتعاقد معها، وفي حالة قيامها بذلك فإنه يملك المتعاقد معها اللجوء للجهات القضائية للحصول على تعويضات.

ويتعين على الإدارة وحال إستعمالها لحقها في التعديل أن تستند على تبرير الظروف القاهرة أو الخارجة على إرادة الأطراف، وفي ذلك يتعين على الإدارة مراعاة مبدأ المشروعية في ذلك من باب أولى، حيث يجب أن يكون التعديل مطابقاً للقوانين والتنظيمات ولا يخالفها حتى نقول أن الإدارة مارست حقها ضمنه، حيث يكون التعديل مستنداً على أسباب موضوعية تخدم العقد.

3- سلطة توقيع العقوبات على الطرف المتعاقد:

للإدارة سلطة فرض العقوبات على المتعاقد معها من تلقاء نفسها، وهذا الإمتياز تمارسه الإدارة بشروط، مثل إرتكاب المتعاقد معها أخطاء أو أنه لم يشرع في التنفيذ أصلاً، أو تنفيذه الجزئي للعقد، أو التوقف على التنفيذ، أو تغيير صفات مضمون العقد، كما يتعين على الإدارة تنبيه المتعاقد معه وإعذاره قبل توقيع الجزاءات عليه، وإذا ظهر هذا النوع من الأخطاء يمكن للإدارة فرض عقوبات مالية والمتمثلة في غرامة التأخير أو الخطأ التي تم الموافقة عليها في دفتر الشروط .

كما يجوز للإدارة استخدام وسائل الضغط وهي تصرفات تقوم بها الإدارة للضغط على المتعاقد معها لضمان إلتزامه بتنفيذ بنود العقد كعدم تحرير الكفالات أو عدم تقديم الاقساط في وقتها، كما أن لها حق اللجوء لطلب التعويض القضائي وفوائد التأخير... والإدارة تملك توقيع جزاءات معينة حتى دون اللجوء إلى الجهات القضائية مثل توقيف تنفيذ إلتزاماتها لا سيما توقيف دفع المبالغ المالية المخصصة ودفع الغرامات المدرجة في العقد لأسباب تتعلق بعدم القيام والتأخر في التنفيذ.

4- سلطة إنهاء العقد:

إن إنهاء العقد الإداري بواسطة الفسخ يأخذ ثلاث أشكال:

- الفسخ الإتفاقي: يتم بإتفاق الطرفين كما هو الحال في القانون الخاص فهو فسخ تعاقدى.
- الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة: إن أخل المتعاقد معها بإلتزاماته بصورة جسيمة وحتى في حال عدم إرتكابه إخلال أو خطأ من طرفه إذا كان الفسخ من مقتضيات المصلحة العامة ويتم هذا النوع من الفسخ بألية القرار الفردي أو القرار التنظيمي.

- الفسخ الاتفاقي للمصلحة العامة: ويكون لاعتبارات المصلحة العامة مثل إعلان سياسة تقشف أو عدم جدوى المشروع أو غير ذلك.

- الفسخ القضائي: ويكون بناء على طلب الإدارة أو بطلب من المتعاقد وهذا بتدخل من القاضي.

- الإنفساخ بقوة القانون: يكون لاستحالة تنفيذ العقد أو الاستمرار فيه.

المطلب الثاني : حقوق المتعاقد مع الإدارة:

يسعى الأشخاص المتعاقدون مع الإدارة وراء امتيازات وأرباح مالية وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة يتمتع ببعض الحقوق تتصل أساسا بالجانب المالي وله في ذلك:

أولا: الحق في الحصول على المقابل المالي:

ويقصد به المبلغ المحدد في مضمون العقد والذي لا تقدمه الإدارة للمتعاقد معها إلا بعد إلتزامه بتنفيذ العقد وقد يتضمن الأمر إستثناءات بجواز منح المتعاقد تسبيقات مالية محددة ضمن دفتر الشروط، وهو حق للمتعاقد وإلتزام من الإدارة وله عدة أشكال بحسب طبيعة العقد وقد يكون:

— مرتبا شهريا في عقود التوظيف في مجال الصفقة العمومية.

— ثمن السلع والبضائع في عقود التوريد.

— ثمن العمل المقدم في عقود الأشغال.

— رسوم الإنتفاع كما هو الحال في عقد إمتياز المرفق العمومي.

— من المقابل المالي أيضا نجد أصل المبلغ والتعويضات

ثانيا: تحرير الكفالات والضمانات:

مقابل مبلغ الكفالات المدفوعة وحق إسترجاعها ومدة صلاحية الكفالة شهرين بعد إنقضاء آجالها ولا يمكن الإحتفاظ بها بعد الشهرين.

ثالثا: تطبيق فوائد التأخير:

في حال تأخرت الإدارة في تسوية الوضعية المالية فإن للمتعهد الحق في الحصول على فوائد التأخير تحسب أليا دون الحاجة إلى القضاء ولا للإعذار فهي بمثابة غرامة تهديدية سلطت على الإدارة، وبالتالي فإن وجود فوائد الإدارة التأخيرية يجعل الملاحظ يقر بوجود توازن عقدي يقابله سلطة الإدارة في فرض عقوبات وللمتعاقد معها الحق في الفوائد التأخيرية.

رابعا: الحق في إحترام التوازن المالي للعقد الإداري:

قد تفرض بعض الحالات الطارئة أثناء تنفيذ العقد الإداري من طرف المتعاقد زيادة في إلتزامات المتعاقد في حين تبقى إلتزامات السلطة المتعاقدة كما هي ثابتة، إذ يحدث في مثل هذه الحالات الطارئة وأن تزيد إلتزامات العقد من أجل تنفيذ محتوى العقد من حيث التكلفة سواء بسقوط الأسعار أو بإرتفاع أسعار المواد المتطلبة لإنجاز المشروع محل العقد ويؤدي ذلك إلى تغيير وضع العقد خاصة وأن المقابل المالي لا يمكن تغييره مبدئياً، ما يمكن أن يعرض المتعاقد إلى الإفلاس لذلك يعد إحترام التوازن المالي للعقد الإداري كحق من حقوق المتعاقد، وهو يتمثل في تدخل القضاء لإعادة التوازن المالي للعقد أو بإمكانية تدخل الإدارة نفسها لإعادة هذا التوازن، وبالنسبة لتدخل القضاء لإعادة التوازن المال فإنه يقوم بمعالجة هذه الحالات ووجد معيارين أو نظريتين كلتاهما تجعل من مصدر العامل الذي أدى إلى الإختلال العقدي في العقد الإداري مناطا لتحديد من يقع عليه المسؤولية وهي الإدارة في كلا الحالتين.

1- نظرية فعل الأمير:

كل إجراء تتخذه السلطة العمومية يجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة للمتعاقد يسلمتزم التعويض، وهذه الإجراءات بالنسبة للمتعاقد تدخل في إطار الأوضاع الإدارية غير المتوقعة قد تكون ذات طابع عام كزيادة الضرائب، أو رسوم الجمارك وقد تكون خاصة كغلق الطريق مما يؤدي به إلى قطع مسافة أطول بما مما يزيد من تكاليف المشروع، ويشترط في تطبيق نظرية فعل الأمير أن يصدر التصرف المرهق للمتعاقد من الإدارة نفسها المتعاقد معها، كما يشترط أن أن يترتب على تصرف الإدارة الجديد رفع أو زيادة في الأعباء المالية المتعاقد معها، يجب أن يصدر قرار إداري من الإدارة التي قامت بهذا التصرف..، يترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير إما التعويض بزيادة المقابل المالي من طرف الإدارة، أو إنقاص إلتزامات المتعاقد معها، أو فسخ العقد.

2- نظرية الظروف الطارئة:

قامت نظرية فعل الأمير على أساس تدخل المصلحة المتعاقدة في الإخلال بالتوازن المالي، بينما فيما يخص نظرية الظروف الطارئة لا علاقة لأطراف العقد فيما بحيث يكون السبب مستقلا عن أطراف العقد كالظروف الطبيعية أو غير الطبيعية كإرتفاع الأسعار نتيجة الوضع الإقتصادي غير المتوقع أو تخفيض العملة... وهذا الأمر يجعل من الصعب فيه تنفيذ العقد.

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الإستثنائية أن يكون سبب قيامها وجود سبب مستقل عن أطراف العقد، كما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، وأخير يترتب على ما سبق زيادة الأعباء على المتعاقد الأمر الذي

أدى إلى تفاوت جسيم بينه إلتزاماته وحقوقه، ويترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة اقتسام الخسارة بين الإدارة والمتعاقد معها.

المبحث الرابع: نهاية العقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية لأسباب مختلفة سواء نهاية طبيعية أو نهاية غير طبيعية وفق ما يلي :

المطلب الأول: النهاية الطبيعية للعقود الإدارية:

1- تنفيذ محل الإلتزام:

ينتهي العقد الإداري بتنفيذ مضمون العقد، فعقد الامتياز ينتهي بتنفيذ محله ولا يقصد به إنتهاء مدة العقد، وينتهي عقد الصفقة العمومية حسب موضوعه بتنفيذ الأشغال في صفقات الأشغال، تسليم التوريدات أو اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات...

فبإنجاز ذلك ينتهي العقد رغم بقاء إلتزامات أخرى من مخلفات العقد، وهي إلتزامات تتعلق بحسن تنفيذ محل العقد، مع الضمان العشري في الأشغال ومدته 10 سنوات وفقاً للمادة 554 من القانون المدني ولا يجوز الإتيافاق على تخفيضه طبقاً للمادة 557 من القانون المدني، والضمان يكون من يوم تسليم الأشغال ، والمسؤولية هي عن تصدع وتهدم البناء هي مسؤولية تضامنية بين المقاول والمهندس، أي يكون الرجوع على واحد من المدينين بكامل المبلغ، وهي مسؤولية شخصية لا يمكن مطالبة الكفيل بها بل الشخص في حد ذاته.

2- إنتهاء مدة العقد:

الأصل أن العقد الإداري محدد المدة لكن عادة ما تكون مدة العقد المبرم في إطار الصفقات العمومية أقل من مدة عقد الإمتياز، والمدة في العقود نوعان:

عقود فورية: ينتهي بمجرد تنفيذ الإلتزام الفوري للعقد (التسليم).

عقود زمنية: وتستمر الإلتزامات فيها إلى غاية إنتهاء المدة المحددة في دفتر الشروط (متوسط وطويل المدى فعادة ما يحدد القانون المدة وإن لم يحددها يأتي دفتر الشروط على تحديدها.

المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية

ينتهي العقد الإداري نهاية غير طبيعية عن طريق الفسخ والفسخ عدة أنواع نوضحها في ما يلي:

1- فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة:

نصت المادة 149 من المرسوم 15-247 على أنه يمكن أن تلجأ الإدارة للفسخ إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزامات يتم أولاً إعداره، وإذا لم يتدراك تقصيره في الأجل المحدد في الإعدار تقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ

الصفقة من جانب واحد بشكل كلي أو جزئي، كما يجوز فسخ الصفقة للمصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد(المادة 150).

وطبقا للمادة 152 لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة في فسخ عقد الصفقة عند تطبيق البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة.

2- الفسخ الإتفاقي:

وهو فسخ يتم بإدارة مشتركة لطرفي العقد، وحسب نص المادة 152 فإنه في حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ بإتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة.

3- الفسخ القضائي:

للقاضي صلاحية الحكم بفسخ العقد الإداري في حالة رفع دعوى من أحد الاطراف لعدم التزام الطرفي الثاني بنود العقد.

4- الفسخ بقوة القانون:

يقرر القانون في بعض الحالات التي تفسخ فيها الصفقة مثل حالة القوة القاهرة، فعل الأمير ، الظروف الطارئة، لإرهاق المتعاقد، وفاه المتعاقد، أو إفلاسه، إستحالة تنفيذ الإلتزام لهلاك محل الإلتزام... وبذلك يفسخ العقد بقوة القانون.