جامعـــة زيـــان عاشـــور الجلفـــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قســـم القانون العام

دروس في القرارات والعقود الإدارية

موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون عام

2022/2021

إعداد: د. ونوقي جمال

http://elearning.univ-djelfa.dz/course/view.php?id=4949

السنة الجامعية 2022/2021

الدرس الأول: مفهوم القرار الإداري

تتصرف الإدارة أحيانا في نشاطها بشكل انفرادي، فتقوم بعمل إداري منفرد وهو ما يسمى بالقرارات الإدارية، وقد ذكرت عدة نصوص قانونية القرار الإداري وتركت مهمة تعريفه للفقه والقضاء.

الفرع الأول – تعريف القرار الإداري

أولا – على مستوى النصوص القانونية

لا نجد في النصوص القانونية تعريفات للقرار الإدارية وإنما نصوص متناثرة هنا وهناك، إذا أن مهمة التعريف متروكة غالبا للفقه، ومن بين تلك النصوص نجد نص المادة 459 من قانون العقوبات التي تعاقب كل من يخالف المراسيم والقرارات الإدارية بغرامة من 10.000 دج إلى 20.000 دج ويجوز أن يعاقب بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر[1]، وتنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على اختصاص المحكم الإدارية بدعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن الولاية والمصالح الممركز للدولة على مستوى الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية الإدارية المحلية، بينما يختص مجلس الدولة طبقا للمادة 901 في دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

ثانيا – على المستوى الفقهي

تعددت المحاولات الفقهية لتعريف القرار الإداري، منها تعريف **الأستاذ هوريو** بأنها " تصريح وحيد الطرف عن الإدارة صادر عن السلطة الإدارية المختصة، بصيغة النفاذ وبقصد إحداث أثر قانوني "، وتعريف **الأستاذ فؤاد المهنا** بأن القرار الإداري هو " عمل قانوني من جانب واحد، يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم "[2].

وحاول الفقه ليون دوجي تعريف القرار الإداري بأنه " كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدورها أو ما ستكون في لحظة مستقبلية معينة "، ويؤخذ على هذا التعريف أنه أهمل أحد عناصر القرار وهو صدوره عن من جانب واحد

[1] قانون رقم 20-06 مؤرخ في 2020/04/28 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 2020/25.

[2] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد، الطبعة الأولى، الجزائر، ص.177.

وبالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية المختصة، ويميل الدكتور عمار عوابدي إلى التعريف السابق للأستاذ فؤاد مهنا لأنه يشمل كافة مقومات وعناصر القرار الإداري[1].

أما التعريف الذي نأخذ به فهو أن القرار الإداري هو " **عمل قانوني نهائي، صادر عن سلطة إدارية مختصة، بإرادتها المنفردة، قصد إحداث آثار قانونية معينة** ".

ثالثا – على المستوى القضائي

من أبرز التعريفات القضائية ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري عام 1954 في مصر القرار الإداري بأنه: " **إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى ما كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة**"، وانتقد هذا التعريف كونه أشار فقط إلى القرارات الصريحة دون القرارات الضمنية عندما أشار إلى عبارة – إفصاح الإدارة –، فقد يصدر قرار إداري يستخلص من سكون الإدارة مدة معينة كما أنه حصر أثار القرار الإداري في إنشاء مراكز قانونية دون التركيز على تعديل أو إلغاء مراكز قانونية.

الفرع الثاني – خصائص القرار الإداري

أولا – القرار الإداري عمل قانوني

يعتبر القرار الإداري بالدرجة الأولى عملا قانونيا، وهذه الخاصية تجعل القرار الإداري مختلفا عن الأعمال المادية، فالقرار الإداري عمل قانوني أي يولد آثار قانونية معينة، فهو ينشئ وضع قانوني جديد أو يعدل أو يغير من الوضع القانوني القائم.

ثانيا – القرار الإداري عمل انفرادي

يعتبر القرار الإداري عمل قانوني انفرادي، وهذه الخاصية تجعل القرار الإداري مختلفا عن العقد الإداري الذي يصدر باتحاد إرادة الإدارة مع إرادة أخرى.

ثالثا – القرار الإداري يصدر عن سلطة إدارية مختصة

يكون القرار إداريا إذا صدر العمل القانوني عن السلطات الإدارية في الدولة، وهذه السلطات قد تكون مركزية تتمثل في رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء، وقد تكون لامركزية وهي الوالي ورئيس البلدية، وقد تكون سلطات متخصصة ويمثلها مدير المؤسسة العمومية الإدارية سواء على المستوى المركزي أو المحلي.

[1] عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.22.

رابعا – أن يكون القرار الإداري نافذا أي نهائيا

قد يصدر قرار من السلطة الإدارية يغير المراكز القانونية لكنه غير نافذ، ويقصد بنهائية القرار الإداري صدوره من جهة إدارية يخولها القانون سلطة البت في أمر بغير حاجة إلى تصديق سلطة أعلى، أي أنه قابل للتنفيذ بمجرد صدوره أي أنه قد استكمل كل المراحل التحضيرية اللازمة لإصداره.

ومثال ذلك قرار اللجنة لمتساوية الأعضاء بعزل موظف فهذا لقرار مجرد رأي يحتاج لمصدقة المدير، و قرار لجنة اختيار الأراضي ضم أرضك لاحتياطات العقارية للبلدية مجرد رأي يحتاج لمصادقة الوالي، ولكن عندما يصادق المدير على رأي اللجنة أو يصادق الوالي على رأي لجنة اختيار الأراضي فهذه الأعمال الإدارية تعتبر قرارات إدارية لأنها نافذة.

الفرع الثالث: الاستثناءات على خصائص القرار الإداري

أولا– الأعمال السيادية

مثل قرار وزير المالية بتغيير لعملة وقرار رئيس الجمهورية بحل البرلمان، فرغم صدورها عن الإدارة /الشرط الأول/ لكنها لا تعني الأفراد لأنها لا تغير حقوقهم ومراكزهم، و إن كانت تلحق ضررا ببعض الأفراد لكنها لا تخضع لرقابة القضاء.

ثانيا– التعليمات و المناشير

كذلك تصدر من الإدارة لكنها لا تهم الأفراد كقرار إدارة النقل بتغيير محطة المسافرين أو قرار مدير الجامعة بتغيير المدخل الرئيسي للجامعة، فلم يتغير المركز القانوني لا للمسافر و لا للطالب و بالتالي تخرد عن مفهوم القرار الإداري.

ثالثا– التهديدات و الإنذارات

مثل تهديد قاطني عمار بإخلائها لأنها آيلة للسقوط أو توجيه إدارة الضرائب بفرض غرامة تأخير على تسديد الضريبة، فكل من الإنذار والتهديد لم يغير المركز القانوني للمخاطب به، و بالتالي لا يعتبر قرار إداري إلا إذا كان لاحقا لهما كقرار إزالة المبنى أو فرض الضريبة لأنهما هنا يمس مراكزهم القانونية.

الدرس الثاني: أنواع القرارات الإدارية

أولا – تقسيم القرارات الإدارية من حيث المخاطبين بها

1 – القرارات الإدارية الفردية: القرارات الفردية تخص أشخاص أو حالات معينة بذواتهم، فهي تصدر في مواجهة فرد معين بذاته أو أفراد معينين بذواتهم أو حالة أو حالات محددة بذاتها، وتستنفذ موضوعها أو مضمونها بمجرد تطبيقها.

2 – القرارت الإدارية التنظيمية (أو اللائحة): تتضمن القرارات التنظيمية أو اللائحة قواعد عامة ومجردة وملزمة لكي تطبق على عدد غير محدد من الحالات، أو عدد غير محدد من الأشخاص، إذا توافرت شروط تطبيقها، فهي لا تخاطب معين بالذات أو بالاسم، وإنما تخاطب كل من يوجد في مركز قانوني معين، وهي لا تستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها على حالة معينة أو فرد معين بل تظل قابلة للتطبيق كلما توافرت الشروط اللازمة لذلك.

ثانيا – تقسيم القرارات الإدارية من حيث مصدرها

1 – المرسوم الرئاسي: هو قرار صادر من رئيس الجمهورية تسمى مراسيم رئاسية في الحالات العادية أو التي تصدر في الظروف الاستثنائية، أو في حالة عطلة البرلمان أو حله.

2 – المرسوم التنفيذي: قرارات صادرة عن رئيس الحكومة أو الوزير الأول، وتسمى المراسيم التنفيذية.

3 – القرار الوزاري: يصدر من وزير واحد أو بالاشتراك بين وزيرين أو أكثر.مثال : قرار وزاري مشترك بين وزير العدل ووزير التعليم العالي بإنشاء مدرسة وطنية للمحاماة.

4 – قرار إداري محلي

– قرر ولائي صادر عن الوالي Arrêt de wali .

– قرار بلدي صادر عن رئيس البلدية Arrêt du président d APC wali.

– قرار صادر عن المجلس الشعبي البلدي Deliberation de l'APC.

– قرار صادر عن المجلس الشعبي الولائي Deliberation de l'APW.

5 – مقرر صادر عن رئيس مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو تجاري أو صناعي.

ثالثا – تقسيم القرارات الإداري من حيث خضوعها للطعن القضائي

الأصل أن كل القرارات الإدارية خاضعة للطعن فيها سواء بالإلغاء أو التعويض عنها، غير أنه وجدت نوع من لقرارات الإدارية المحصنة من الطعن القضائي سميت بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة.

تعتبر أعمال السيادة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، وهي أعمال إدارية بطبيعتها لكنها تخرج من رقابة القضاء إلغاء وتعويضا، ولذلك تعتبر خروجا عن مبدأ المشروعية أو استثناء عليه، فهي سلاح خطير في يد السلطة التنفيذية يهدد حقوق وحريات الأفراد، لأنهم لا يجدون وسيلة لدرء هذا السلاح لعدم اختصاص القضاء فيه الغاء وتعويضا[1]، وباستعراض أحكام القضاء في فرنسا ومصر يمكن رد أعمال السيادة إلى الطوائف التالية[2]:

– الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس الأمة – البرلمان – وبضمان سير لسلطات العامة وفق للدستور، ومنها دعوى الناخبين للانتخاب ودعوة البرلمان للانعقاد وحل البرلمان، واقتراح القوانين من الحكومة.

– الأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي: مثل ضم أقاليم جديدة إلى الدولة، حماية المواطنين في الخارج بالوسائل الدبلوماسية، تعليمات الحكومة لممثليها بالخارج، إبرام المعاهدات فالمفاوضة والتوقيع والمصادقة تعتبر من قبيل أعمال السيادة.

– الأعمال لمتعلقة بالحرب كحجز السفن وما تحمله من بضائع والاستيلاء على أموال العدو.

– لأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي مثل إعلان حلة الطوارئ الصحية في حالة انتشار الأوبئة أو إعلان الأحكام العرفية في حالة قيام اضطرابات تهدد أمن الدولة.

رابعا – <u>تقسيم القرارات الإدارية من دورها في إنشاء المراكز القانونية</u>

1 – القرارات الإدارية المنشئة: القرار المنشئ هو القرار الذي يرتب أثرا قانونيا معينا يتمثل في إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم.

مثال : قرار التعيين ينشئ مركز قانوني جديد هو إضفاء الصفة الوظيفية على الموظف وتمتعه بالحقوق والالتزامات مثل : الراتب، العطلة السنوية.

2 – القرارات الإدارية الكاشفة: هو القرار الذي يكشف أو يؤكد على مركز قانوني اقامه القانون من قبل.

مثال: القرار الصادر بإحالة الموظف إلى التقاعد لبلوغه السن التي حددها القانون، وقرار بفصل موظف صدر في حقه قرار قضائي بارتكابه جريمة عقوبتها مقيدة للحرية.

[1] حمدي علي عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على أعمال السيادة، منشأة المعارف، مصر، 2016، ص.6.

[2] سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص.106 ومايليها.

خامسا – تقسيم القرارات الإدارية من حيث تكوينها

1 – قرارات إدارية بسيطة: وهي تلك التي تصدر بصفة مستقلة وتكون قائمة بذاتها وتستند إلى عملية قانونية واحدة أي أنها لا ترتبط بعمل قانون آخر، كالقرار الصادر بتعيين شخص في إحدى الوظائف العامة أو قرار الترقية أو إنهاء الخدمة.

2 – القرارات الإدارية المركبة: هي التي لا تصدر مستقلة بل تصاحب أعمالا إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقة على عمل إداري آخر، مثال القرار الصادر بإرساء المناقصة على أحد الأفراد تمهيداً لإبرام العقد الإداري.

سادسا – تقسيم القرارات الإدارية من حيث الآثار المترتبة عنها

تنقسم إلى قرارات إدارية نافذة في مواجهة الأشخاص، وقرارات إدارية يقتصر أثرها على الإدارة فقط، لا يقصد منها إحداث آثار في مواجهة الأشخاص، وتسمى بالأعمال التنظيمية الداخلية كالمناشير و التعليمات، فهي عبارة عن أوامر تصدر من الرئيس إلى مرؤوسيه حول كيفية سير المصالح العمومية، أو تفسير وشرح القوانين والتنظيمات، وهي ملزمة للموظفين طبقا لواجب طاعة المرؤوس لرئيسه، بدون أثر على المواطن لأنه يفترض عدم علمه بها، إلى أن صدر المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 1988/07/04 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن الذي ألزم الإدارة بنشر تعليماتها ومناشيرها[1].

إن القسم الأكبر من القرارات لإداري هو قرارات إدارية ملزمة يجبرون على طاعتها قهرا إذا رفضوا الخضوع له اختيارا، غير من القرارات ما يقتصر أثرها على الإدارة ذاتها، لا يقصد بها ترتيب أثر قانوني معين تجاه الأفراد، وبالتالي لا يلتزم بها الأفراد، وهي نوعان رئيسان[2]:

– النوع الأول : المنشورات والأوامر المصلحية

هي عبارة عن أوامر وتعليمات تصدر من رئيس المصلحة إلى مرؤوسيه، لتفسير القوانين واللوائح وكيفية تنفيذها، فهم ملزمون بطاعتها، لكن إذا استغلت الإدارة سلطتها لتصدر منشورات متضمنة أحكام جديدة لا سند لها في التشريع، فإن تلك المنشورات تصبح قرارات إدارية، وبالتالي يجوز طلب إلغائها.

[1] ناصر لباد، المرجع السابق، ص.183-184.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.304-309.

- النوع الثاني : الإجراءات الداخلية

هي إجراءات تتخذها السلطات الإدارية في غير ما تعلق بالتأديب دون الاستناد إلى القوانين واللوائح، قصد التسيير العادي للمرفق وتنظيمه لأداء الخدمة على وجه أفضل، ومنها الإجراءات المتخذة داخل الجيش كبعض العقوبات لفرض لانضباط.

الدرس الثالث: أركان القرار الإداري

أولا - ركن الاختصاص

1- تعريف ركن الاختصاص

يعرف ركن الاختصاص في القرار الإداري، على أنه " القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات، التي تملك إبرام التصرفات " ، ويعرف كذلك بأنه " الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة لاختصاص في الدولة، لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة، علة نحو يعتد به قانونا "[1].

2- عناصر ركن الاختصاص

1.4- الاختصاص الشخصي

يجب أن يصدر القرار الإداري من الشخص أو الهيئة الإدارية التي حددها القانون، فكل شخص أو سلطة إدارية اختصاصا معين محدد قانونا، فلا يجوز التنازل عنه لشخص أو هيئة أخرى.

لكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل نجد لها بعض القيود والاستثناءات، هي:

أ - **نظرية الموظف الفعلي:** الموظف الفعلي أو الواقعي هو الموظف عين تعيينا معيبا أو لم يصدر بشأنه قرار بتعيينه أصلا، ومع ذلك تعتبر الأعمال الصادرة منع سليمة

ب - **التفويض:** يقصد بالتفويض أن يعهد الرئيس الإداري، ببعض اختصاصاته - سواء في مسألة معينة أنوع معين من المسائل - إلى مرؤوسه ليباشرها دون الرجوع إليه، مع بقائه مسؤولا عن تلك الاختصاصات المفوضة، هدفه ضمان انجاز الأعمال الإدارية بسرعة والاقتصاد في الوقت

[1] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.69.

ج – الحلـول: يقصـد بـالحلول أن يتغيـب صـاحب لاختصـاص الأصـيل أو يقـوم بـه مـانع يحـول دون ممارسـته لاختصاصـه، فحينئـذ يحـل محلـه فـي ممارسـة اختصاصـه مـن عينـه لمشـرع لـذلك وتكـون سـلطاته هـي نفـس سـلطات الأصـيل، بعكـس المفـوض الـذي تقتصـر سـلطاته علـى مـا فوض فيه[1].

د– الإنابـــة: فـي حالـة وجـود مـانع يحـول دون ممارسـة الاختصـاص، فتقـوم السـلطة الإداريـة المختصـة بتسـمية نائـب للتصـرف بـدلا مـن صـاحب الاختصـاص الأصـيل، لحـين صـدور قـرار مضاد.

2.4– الاختصاص الموضوعي

لا يتوقـف القـانون عنـد تحديـد الشـخص أو الهيئـة التـي يسـند لهـا اختصـت معـين، بـل يعـين لكـل منهـا قائمـة الأعمـال والمهـام التـي يجـوز لهـا ممارسـتها، فـإذا تخطاهـا أصـبح القـرار الإداري مشوبا بعيب عدم الاختصاص الموضوعي.

3.4 – الاختصاص المكاني

هـو تحديـد وحصـر الحـدود الإداريـة أو الـدائرة المكانيـة، التـي يجـوز لرجـل الإدارة المختص أن يزاول في نطاقها وحدودها اختصاصاته بإصدار القرارات الإدارية.

4.4 – الاختصاص الزماني

هـو تحديـد المـدة الزمنيـة المحـددة للسـلطة الإداريـة لممارسـة اختصاصـها، فـالموظف لـيس مخلـد بـل تنتهـي خدمتـه عنـد حـد معـين، فـالمجلس الشـعبي البلـدي والمجلـس الشـعبي الـولائي لكـل منهمـا مـدة معروفـة ودورات انعقادهـا محـددة، وكـذلك مـدة تعيـين رئـيس الجمهوريـة ورئـيس الحكومة والوزراء.

ثانيا – ركن الشكل والإجراءات

1 – تعريف الشكليات والإجراءات والهدف منها

فضـلا عـن اختصـاص السـلطة الإداريـة بإصـدار القـرار الإداري، فإنـه يتحـتم مراعـات الشـكليات والإجـراءات المنصـوص عليهـا قانونـا، وهـي المظهـر الخـارجي الـذي يبـدو فيـه القـرار والإجراءات التي تتبع في إصداره.

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص212.

2 – أنواع الشكليات والإجراءات

1.2 – شكل القرار ذاته: الأصل أن الإدارة غير مقيدة بإصدار القرار الإداري في شكل معين، إلا إذا نص القانون على لزوم ذلك سواء صراحة أوضمنا، فإذا نص القانون على وجوب نشر القرار في جريدة رسمية أو دورية رسمية، فإن ذلك يعني اشتراط الكتابة ضمنا.

– شكلية التوقيع على القرارات الإدارية.

– شكلية تاريخ صدور القرار الإدارية ومكانه.

– تتنوع أشكال القرار الإداري يتنوع الدساتير، ففي الدستور الجزائري يأخذ القرار الإداري شكل المراسيم الرئاسة والمراسيم التنفيذية والقرارات الوزارية والبلدية والولائية.

2.2 – تسبيب القرارات الإدارية

التسبيب هو ذكر الأسباب التي أدت اتخاذ القرار، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا اشترط القانون ذلك، ويفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سبب صحيح، أما إذا اشترط القانون تسبيب القرار وخلا منه اعتبر القرار باطلا.

3.2 – الإجراءات التمهيدية

الإجراءات هي المراحل والخطوات السابقة على اتخاذ القرار الإداري، وهي تؤثر في مشروعيته، مثل:

– أخذ الرأي الاستشاري.

– إجراء احترام المدة القانونية.

– إجراء التحقيق.

– احترام حقوق الدفاع قبل توقيع الجزاء، كوجوب إطلاع الموظف على ملفه ومنحه مدة اللازمة لتحضير دفاعه وسماع أقواله، وبالتالي يكون باطلا كل جزاء يوقع على موظف لم يواجه بالتهمة المنسوبة إليه ولم تسمع أقواله عنها ولم يحقق دفاعه فيها.

ثالثا – ركن الغاية

ركن الغاية هو الهدف أو النتيجة النهائية المراد تحقيقه من إصدار قرار، وكل قرر إداري يجب أن يستهدف تحقيق المصلحة العامة، فالقانون عندما منح السلطة الإدارية صلاحيات وامتيازات ومن بينها امتياز إصدار القرار الإداري، فإنما كان يهدف إلى تحقيق غاية أساسية وهي المصلحة العامة، والعيب المتعلق بهذا الركن يسمى بعيب إساءة استعمال السلطة.

وكثيرا ما يقع الخلط بين الغاية والسبب، فإذا كان السبب هو الجانب المادي للقرار الإداري، أي الحالة الواقعية أو القانونية تنشأ بعيدا عن إرادة الرجل، فإن الغاية يمثل الجانب الشخصي في القرار.

رابعا – ركن المحل

محل القرار الإداري هو موضوع هذا القرار، أو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومبشرة، وهو ما يميز القرار الإداري عن العمل المادي الذي تصدره الإدارة، الذي يكون نتيجة مادية واقعية، وليس أثر قانوني مباشر، فالآثار القانونية غير المباشرة التي تترتب عليها مرجعها المشرع، وعلى هذ الأساس فالقرار الصادر بفصل موظف محله قطع العلاقة بين الإدارة ولموظف، والقرار لتنظيمي بمنع لسير في طريق معين محله هو الإلزام المفروض على الأفراد، وعلى لعكس من ذلك إذا صدمت سيارة حكومية أحد الأفراد وألحقت به ضررا فإن الالتزام بالتعويض مرجعه النص التشريعي الذي رتب هذا الالتزام، فالأثر القانون في هذه الحالة غير مباشر للواقعة المادية[1].

إذا كان محل القرار الإداري هو الأثر القانوني المترتب عليه حالا ومباشرة، فإنه يشترط في المحل أن يكون مشروعا، أي مطابقا للقوانين والتنظيمات، فإن كان غير ذلك كان القرار الإداري مشوبا **بعيب مخالفة القانون**، وهو من أهم أوجه الإلغاء للقرار الإداري، حيث يسلط القضاء الإداري رقابته على موضوع القرار وجوهره ويتحقق من مطابقته للقوانين والتنظيمات ليتحقق من مدى مشروعيته.

خامسا – ركن السبب

سبب القرار هو الحالة الواقعية أو القانونية النى تنشأ بعيدا عن رجل الإدارة مستقلة عن إرادته، فتوحي له أنه يستطيع أت يتدخل ويتخذ قرار ما، ويضرب العميد دوجي أمثلة لفكرة السبب:

– السبب في القرار الصادر من الإدارة بإحالة الموظف على المعاش بناء على طلبه هو طلبه السابق.

– قرار توقيع جزاء إداري على أحد الموظفين سببه الجريمة التأديبية التي ارتكبها.

– الحالة المادية التي يوجد فيها منزل آيل للسقوط هي السبب في اتخاذ قرار إخلاء المنزل وهدمه.

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.221.

ويترتب على انعدم السبب بطلان القرار، وهو ماعبرت عنه محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها يومك 1953/03/19 بقولها أنه من المفروض في كل قرر إداري حتى لو كان خاليا من أي سبب، أن يكون في الواقع مستندا إلى دواع قامت لدى الإدارة حين أصدرته، فإذا انكشفت هذه الدواعي بعد ذلك على أنها هي السبب الذي دعى الإدارة إلى إصداره، كان للمحكمة بمقتضى رقبتها القضائية أن تتحرى مبلغ صحتها، فإذا ظهر أنها غير صحيحة ولو ضنت الإدارة بحسن نية أنها صحيحة، فقد القرار أساسه القانوني الذي يجب أن يقوم عليه، وكان مشوبا يعيب مخالفة القانون، وفي حكم آخر قالت المحكمة " ومن حيث أنه وإن كان القرار التأديبي كأي قرر إداري آخر، يجب أن يقوم على سبب يبرره، فلا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع، وصحة تكييفها القانوني"[1].

الدرس الرابع: نفاذ القرار الإداري وتنفيذه

يقصد بنفاذ القرار الإداري يوم ميلاده وهو خاصية داخلية تعني استكمال القرار الإداري لعناصره وخصائصه، ويقصد بتنفيذ القرار الإداري وضعه موضع التطبيق العملي، فأحيانا يقترن النفاذ والتنفيذ في نفس اليوم وأحيانا يختلفان، كصدور قرار بترقية موظف إلى رتبة معينة، ويتأجل تنفيذ القرار بسبب عدم وجود الاعتماد المالي.

أولا- نفاذ القرار الإداري

1- تاريخ نفاذ القرار الإداري

إذا كانت القرارات الإدارية تنفذ في حق الإدارة من يوم صدورها، فإنه لا تنفذ فغي حق الأفراد إلا من يوم علمهم بها بالطرق المحددة قانونا.

1.1- <u>نفاذ القرار الإداري في حق الإدارة</u>

يعتبر القرار نافذا في حق الإدارة من تاريخ صدوره، ومن هنا تأتي أهمية شكلية تاريخ القرار الإداري، فهذا التاريخ هو الذي يحدد تاريخ نفاذ القرار الإداري، كما يبين صحة القرار الإداري من حيث الاختصاص الزماني، وما إذا كانت السلطة الإدارية مختصة بإصداره في ذلك التاريخ أم لا، فإن صدر القرار بدون تاريخ فلا يترتب عن ذلك بطلان القرار وإنما يتولى القضاء تحديده طبقا لسلطته التقديرية.

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.146.

2.1- نفاذ القرار الإداري في حق الأفراد

يكون القرار الإداري نافذا في حق الأفراد من وقت علمهم به، ويتحقق بثلاث طرق هي التبليغ بالنسبة للقرارات الفردية، والنشر بالنسبة للقرارات التنظيمية، والعلم اليقيني.

أ- **طريقة النشر بالنسبة للقرارات التنظيمية:** يخضع القرار التنظيمي لنفس قواعد الشروط السارية بالنسبة للقانون من حيث واجب النشر كخطوة أساسية لدخوله حير النفاذ :

- قرارات السلطة المركزية المتمثلة في المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية والقرارات الوزارية يجب نشرها في الجريدة الرسمية لتدخل حيز التنفيذ.

- قرارات السلطات المحلية المتمثلة في الولاية والبلدية، فإنها تنشر بطرق متنوعة أو أقل مرونة، حيث تنشر في مقرات البلدية أو الولاية في أماكن مخصصة لدلك، أو تنشر في نشرة إدارية رسمية، أو تنسر في الجرائد اليومية.

ب- **طريقة التبليغ بالنسبة للقرارات الفردية:** يكون القرار الفردي نافذا من تاريخ تبليغ الشخص المعني بها، وتوجد طريقة أخرة للعلم بالقرار وهي العلم اليقيني، فإذا لم يتم تبليغ الشخص المعني بالقرار أو لم يتم نشره، ولكن وجدت دلائل على علم المخاطب به بالقرار علما يقينيا، فإن القرار الإداري يبدأ نفاذه من تاريخ تحقق العلم اليقيني.

2- عدم رجعية القرارات الإدارية

1.2- القاعدة العامة

تسري القرارات الإدارية كأصل عام بأثر فوري مباشر، فالأصل المسلم به فقها وقضاء أن القرارات الإدارية سواء كانت تنظيمية أو فردية لا تسري بأثر رجعي، فهي لا تسري إلا من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله

2.2- الاستثناءات لتي ترد على مبدأ عدم الرجعية

أ- **إباحة الرجعية بنص تشريعي:** إذا أباح القانون رجعية القرار الإداري بموجب نص خاص، كإعادة الموظفين الذين تخلوا عن وظائفهم بسبب الظروف الاستثنائية كالحرب، مع تصحيح وضعهم المالي وأقدميتهم بأثر رجعي.

ب- **الرجعية في تنفيذ حكم القضاء بالإلغاء:** الإلغاء القضائي للقرار الإداري يؤدي إلى إعدام القرار لا بالنسبة للمستقبل فحسب بل بالنسبة للماضي أيضا، بحيث يصبح كأنه لم يصدر إطلاقا.

ج- رجعيـة اللـوائح الأصـلح للمـتهم: القاعـدة فـي قنـون العقوبـات هـي رجعيـة القـوانين الأصـلح للمـتهم، حتـى لا يطبـق عليـه عقوبـة اعتـرف المشـرع بعـدم فائـدتها، وبمـا أن للائحـة – القـرارات التنظيمية – تعتبر قانونا من الناحية الموضوعية فهي تخضع لنفس القاعدة.

4 – القرارات الإدارية التي تتضمن بالضرورة أثر رجعيا

– الرجعية في حالة سحب القرار الإداري.

– القرارات المؤكدة والمفسرة.

– الرجعية لمصلحة الأفرد.

ثانيا- تنفيذ القرار الإداري

1- طرق تنفيذ القرار الإداري

1.1- التنفيذ الاختياري من طرف الأفراد

إذ صـدر قـرار إداري ثـم علـم بـه مـن وجـه إليـه، فيلـزم الأفـراد بتنفيـذ القـرار الإداري وعـدم الـتملص منـه متـى وصـل إلـى علمـه بـالطرق الـثلاث وهـي النشـر والتبليـغ والعلـم اليقينـي، وهـو مـا يسمى بالتنفيذ الاختياري، ففي حالة تضررهم يمكنهم اللجوء إلى القضاء.

2.1- التنفيذ المباشر عن طريق الإدارة

إن ميـزة التنفيـذ المباشـر هـي جعـل الإدارة خصـما وحكمـا ومنفـذا فـي نفـس الوقـت، فهـي تسـتخدم الإكـراه وتسـخر القـوة العموميـة، ونظـر لخطـورة هـذا الامتيـاز فإنـه ينحصـر فـي حـالات معينة:

1.2- إذا وجد نص صريح في القوانين أو اللائحة يبيح للإدارة استعمال هذا الحق.

2.2- رفض الأفراد تنفيذ قانون أو لائحة لم ينص فيها على جزاء لمن يخالفها.

3.2- حالـة الضـرورة: وهـي أن تجـد الإدارة نفسـها أمـام خطـر داهـم يسـتدعي تـدخلها للمحافظـة على الأمن أو السكينة العامة أو الصحة العامة، وفق الشروط التالية:[1]

- وجود خطر جسيم يهدد النظام العام.
- أن يتعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية.
- أن يكون هدف الإدارة في تدخلها تحقيق المصلحة العامة.
- ألا تضـحي بمصـلحة الأفـراد فـي سـبيل المصـلحة العامـة إلا بمقـدار مـا تقضـي بـه الضرورة فالقعاد العامة أن الضرورة تقدر بقدرها.

3.1- التنفيذ عن طريق القضاء

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.453.

يكون عن طريق لجوء الإدارة – مثل الأفراد – إلى ساحة القضاء لاستصدار حكم قضائي يجبر الأفراد على تنفيذ قرارتها إذا امتنعوا عن ذلك بإرادتهم، ورفضوا تنفيذ القرار الإداري تنفيذا اختياريا، ومعاقبتهم على ذلك، ويأخذ هذا الطريق الأصلي إحدى الصورتين:

أ- **الدعوى الجنائية:** يكون ذلك في حالة وجود نص على معاقبة من يخالف القرار الإداري، وهو ما نصت عليه المادة 459 من قانون العقوبات التي تعاقب من يخالف القرارات الإدارية بالغرامة من 10.000 دج إلى 20.000 دج، ويجوز حبسه لمدة ثلاثة أيام على الأكثر، ويمكن للإدارة أيضا اللجوء إلى القضاء المدني عن طريق دعوى مدنية.

ب – الدعوى المدنية: قد ترفع الإدارة دعوى مدنية للحصول على حكم بإلزام الأفراد باحترام قررتها الإدارية.

2 – وقف تنفيذ القرار الإداري

1.2 – وقف التنفيذ طبقا للمادة 833 ق إ م إ

نصت المادة 833 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وقف تنفيذ القرار الإداري أمام المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة كاستثناء من مبدأ الأثر غير الموقف للدعاوى، الذي بموجبه لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه إلا في حالتين: إذا وجد نص قانوني يتضمن وقف تنفيذ القرار عند الطعن فيه، أو بناء على طلب المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري بشروط هي:

– أن يقدم الطلب بموجب دعوى مستقلة.

– أن تكون الدعوى متزامنة مع دعوى في الموضوع أو مع التظلم في القرار الإداري.

– إجراء تحقيق عاجل في وقف التنفيذ

– تبليغ أمر وقف التنفيذ إلى الخصوم خلال 24 ساعة، ويوقف آثار القرار الإداري من تاريخ التبليغ، ويجوز استئناف الأمر خلال 15 يوم من التبليغ.

2.2- وقف التنفيذ طبقا للمادة 921 ق إ م إ

وردت هذه المادة في الباب المتعلق بالاستعجال خلاف المادة 833 السابقة، حيث أجازت لقضي الاستعجال وقف تنفيذ القرار الإداري في حالات ثلاث هي التعدي والاستيلاء والغلق الإداري والتي اعتبرها حالات استعجالية:

– **التعدي** : هو تصرف من طرف الإدارة مشوب باللاشرعية الظاهرة، أي يظهر أنه لا يدخل في صلاحيتها المخولة قانونا، ويعتبر تعديا لجوء الإدارة إلى التنفيذ الجبري للقرار الإداري وهو أحد امتسازاتها لكنه مقيد بشرطين هما :

– وجود نص قانوني يجبز للإدارة التنفيذ الجبري كقانون نزع الملكية للمنفعة العامة.
– وجود حالة طارئة كالحرب والحصار.

– **الاستيلاء** : هو تجريد الفرد من ملكيته العقارية الخاصة عن وضع اليد عليها بدون سند قانوني، فقد حددت المواد 676-681 مدني و قانون نزع الملكية شروط وإجراءات نزع الملكية من أصحابها وخارج ذلك يعتبر استيلاء غير شرعي.

– **الغلق الإداري** : هو إجرء تتخذه السلطة الإدارية في حدود صلاحياتها القانونية مثل غلق محل تجاري، وتوقيع عقوبات على المخالفين كنص المادة 75 من قانون المنافسة 06/96 التي تسمح لوزير التجارة بغلق المحل.

الدرس الخامس: نهاية القرار الإداري

أولا – نهاية القرار الإداري من طرف الإدارة

توجد حالتان لإنهاء القرار الإداري، الأولى هي إنهاء القرار الإداري بالنسبة للمستقبل فقط مع ترك آثاره في الماضي سليمة وهو ما يسمى " **بالإلغاء** " حيث يعامل القرار الإداري ككائن حي يعيش ثم يموت، والثانية هي تجريد القرار الإداري من آثاره القانونية بالنسبة للماضي والمستقبل وهو ما يطلق عليه" **السحب** " فيعتبر كأنه لم يولد إطلاقا، كأنه إلغاء بأثر رجعي.

وتختلف أحكام الإنهاء إلغاء وسحبا بحسب الفروض التالية:

– هل ولد القرار الإداري سليما أم معيبا
– هل رتب القرار الإداري حقوقا للأفراد أم لا
– ما نوع القرار الإداري؟ هل هو تنظيمي أم فردي؟

1 – القرارات الإدارية السليمة – المشروعة –

1.1- الإلغاء

أ – القرارات التنظيمية

القرارات التنظيمية في حقيقتها لا ترتب حقوق مكتسبة لأحد، فيجوز إلغائها لأنها تتضمن قواعد تنظيمية تقبل بطبيعتها التعديل والإلغاء حسبما تقتضيه المصلحة العامة.

ب – القرارات الفردية

– القرارات الفردية التي ولدت حقوق مكتسبة : لا يجوز إلغاءها إلا إذا وجت نصوص قانونية تجيز الإلغاء، والإلغاء قد يكون مجردا يكتفي بإنهاء آثار بالنسبة للمستقبل فقط، وقد يكون

بقرار مضاد أي صدور قرار جديد يحل محل الأول من شأنه أن يلغيه كليا او جزئيا، فقرر فصل موظف يقتضي إلغاء قرر التعيين.

- القرارات الفردية التي لم تولد حقوق مكتسبة : يجوز إلغاءها وسحبها ومنها:
  - القرارات الوقتية مثل قرار ندب موظف فهو تكليف مؤقت للقيام بأعباء وظيفة ما يجوز للسلطة الإدارية الرجوع فيه في أي وقت.
  - القرارات الولائية مثل قرار منح موظف إجازة مرضية في غير الحالات المحددة قانونا فهو مجرد رخصة يمكن الرجوع فيها الغاء وسحيا.
  - القرارات غير التنفيذية كقرار توقيف موظف تمهيدا لإحالته على المجلس التأديبي والقرارات التي تحتاج إلى تصديق لسلطة الرئاسية أو الوصائية فإنه يمكن الرجوع فيها قبل التصديق.
  - القرارات السلبية كقرار رفض منح الترخيص لأحد لأفرد بمزاولة عمل أو مهنة معينة أو رفض حمل السلاح فهي لا ترب حقوقا مكتسبة.

2.1- <u>السحب</u>

أ - القرارات التنظيمية

إن القرارات التنظيمية – اللوائح – على خلاف القرارات الفردية، لا تنشء مراكز شخصية، بل يتولد عنها مراكز عامة، وهذه المراكز لا تخول الأفراد حقوقا إلا بتطبيقها تطبيقا فرديا، وبالتالي يجوز سحبها في أي وقت تفتضيه المصلحة العامة شريطة أنها لم تطبق تطبيقا فرديا وبالتالي اكتسب الأفراد في ظلها حقوق شخصية.

ب - القرارات الفردية

لا تستطيع الإدارة سحب القرارات الفردية المشروعة **التي رتبت حقوقا للأفراد** استنادا إلى مبدأ الحقوق المكتسبة وكذلك احترام استقرار المعاملات، أما القرارات الفردية السليمة التي يمكن سحبها فهي:

- سحب القرارات الإدارية الفردية التي <u>لم ترتب حقوق مكتسبة الافراد</u> .
- سحب القرار الإداري السليم بفصل موظف لاعتبارات تتعلق بالشفقة والعدالة واعتبار هذه القرارات وكأنها لم تصدر اصلا حتى لا يفقد الموظف امتيازاته في الترقية بسبب الاقدمية قبل الفصل.

2 – القرارات الإدارية غير المشروعة

1.2 – الإلغاء

أ – **القرارات التنظيمية:** يجوز إلغاؤه في أي وقت

ب – القـرارات الفرديـة: يجـوز الغـاؤه مـع احتـرم شـرط لمـدة وفـي حـال مـرور هـذه المـدة يتحصـن القرار ضد الإلغاء الإداري.

2.2 – السحب

أ – **القـرارات التنظيميـة:** يجـوز لـلإدارة سـحب القـرارات الإداريـة التنظيميـة فـي أي وقـت تشـاء حسبما تقتضيه المصلحة العامة.

ب – القـرارات الفرديـة: أمـا القـرارات الإداريـة الفرديـة فـلا يجـوز سـحبها إلا **خـلال مـدة معينـة** مـن يـوم تبليـغ المعنـي بـه، بحيـث إذا انقضـى هـذا الميعـاد تحصـن القـرار مـن أي سـحب، وتحديـد المـدة التـي يسـتقر فيهـا الوضـع غيـر المشـروع متـروك لـلإدارة تحـت رقابـة القضـاء، حتـى لا يفاجـأ الأفـراد بعدة مدة طويلة بتغيير أوضاعهم فجأة لاسيما أنهم رتبوا مورهم على بقائها.

ثانيا – نهاية القرار الإداري من طرف القضاء: دعوى الإلغاء

1 – مفهوم دعوى الإلغاء

هـي دعـوى يرفعهـا الشـخص أمـام المحكمـة المختصـة طالبـا إلغـاء القـرارات الإداريـة غيـر المشـروع، ويقتصـر دور القاضـي فـي فحـص وتقـدير مـدى مشـروعية القـرار الإداري مـن أجـل الحكم بإلغائه من عدمه، لسبب مخالفتها للقانون من حيث:

- عيب عدم الاختصاص.
- عيب الشكل أو الإجراءات.
- عيب الانحراف في استعمال لسلطة أو عيب الغاية.
- عيب مخالفة القانون أو عيب المحل.
- عيب السبب.

2 – شروط دعوى الإلغاء

1.2 – الشروط الشكلية

– **شـرط القـرار الإداري النهـائي:** أن تكـون دعـوى الإلغـاء منصـبة علـى القـرار الإداري فقـط، فـل يمكـن رفعهـا ضـد الأعمـال الإداريـة الماديـة والعقـود الإداريـة، ولا يمكـن تحريكهـا ضـد الأعمـال التشريعية والسياسية والقضائية.

– **شـرط الصـفة:** أن يكـون المـدعي هـو صـاحب الحـق أو المركـز القـانوني المعتـدى عليـه أو المهدد بالاعتداء عليه.

– **شـرط المصـلحة:** تطبيقـا للمبـدأ المسـتقر عليـه فإنـه " لا دعـوى بـدون مصـلحة "، وهـذه المصلحة يجب أن تكون حالة وشخصية ومباشرة ومحققة أو محتملة أجازها القانون.

– **شـرط الـتظلم الإداري السـابق:** كـان الـتظلم الإداري السـابق **وجوبيـا** بموجـب المـادة 275 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة السـابق، أمـا القـانون الجديـد وطبقـا للمـادة 830 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة و الإداريـة، فـإن **يجـوز** للشـخص المعنـي بـالقرار الإداري تقـديم تظلـم إلـى الجهـة الإداريـة **مصـدرة القـرار** خـلال 4 أشـهر مـن تـاريخ التبليـغ بالنسـبة للقـرارات الفرديـة ومـن تـاريخ النشـر بالنسبة للقرارات التنظيمة.

– **شـرط الميعـاد:** طبقـا للمـادة 829 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة يحـدد أجـل الطعـن أمـام المحكمـة لإداريـة **بأربعـة أشـهر** يسـري مـن تـاريخ التبليـغ الشخصـي بنسـخة مـن القـرار الإداري الفـردي ومـن تـاريخ نشـر القـرار الإداري الجمـاعي أو التنظيمـي، وطبقـا للمـادة 831 لا يحـتج بأجـل الطعـن المنصـوص عليـه فـي المـادة 829 مـن القـانون الجديـد إلا إذا أشـير إليـه فـي تبليـغ القـرار المطعـون فيـه، ونصـت المـادة 907 "عنـدما يفصـل مجلـس الدولـة " كدرجـة أولـى و أخيـرة تطبـق أحكـام المتعلـق بالآجـال المنصـوص عليهـا فـي المـواد مـن 829 إلـى 832 المنصوص عليها أعلاه.

– شـرط الاختصـاص النـوعي: طبقـا للمـادة 801 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة، تخـتص المحكمـة الإداريـة بـدعاوى الإلغـاء ضـد القـرارات الإداري الصـادر عـن: الولايـة، المصـالح غيـر الممركـزة للدولـة فـي الولايـة، البلديـة، المصـالح الإداريـة الأخـرى للبلديـة، المؤسسـات العموميـة الإداريـة المحليـة، بينمـا يخـتص مجلـس الدولـة بـالنظر فـي القـرارات الإداريـة الصـادرة عـن السـلطات الإداريـة المركزيـة، فـذا كـان الطعـن موجهـا ضـد الـوزير المكلـف بـالتعمير فـإن الاختصاص يعود إلى مجلس الدولة، والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية.

2.2– الشروط الموضوعية

–.عيب عدم الاختصاص

هـو العيـب لـذي يصـيب القـرار الإداري فـي ركـن لاختصـاص، فـإذا كـان لاختصـاص يعنـي الصـفة أو القـدرة القانونيـة فـي ممارسـة وإصـدار القـرار الإداري، فـإن عيـب عـدم الاختصـاص يعنـي انعـدام الصـفة أو القـدرة القانونيـة علـى اتخـاذ قـرار إداري معـين ضـمن صلاحياته.

- **عيب الشكل والإجراءات**

عيب الشكل والإجراءات هو عدم التزام الإدارة بما هو مطلوب منها من شكليات عند إصدار القرار الإداري ومن أمثلة ذلك:

1) إهمال الكتابة في القرار الإداري.
2) إهمال وضع تاريخ ومكان صدور القرار الإداري.
3) إهمال لتوقيع على لقرار الإداري والمصادقة عليه.

- **عيب المحل أو عيب مخالفة القانون**

محل القرار الإداري هو موضوعه او الأثر القانوني المترتب عليه، أي إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها، ويجب ان يكون المحل مشروعا والذي يعني مطابقة تصرف الإدارة للقانون بمعناه الواسع،

- **عيب الغاية أو عيب الانحراف في استعمال السلطة**

يقصد بعيب الانحراف بالسلطة هو استخدام رجل الإدارة سلطته لتحقيق غرض غير الذي منح من اجله هذه السلطة، فاستهداف الإدارة غاية غير تلك التي حددها القانون، سواء كانت هدفا خاصا، أو هدفا عاما المتمثل في المصلحة العامة، فإن ذلك يعد انحرافا في استعمال السلطة.

- **عيب السبب أو الخطأ في تطبيق القانون**

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذ القرار الإداري، فلابد لكل قرار إداري من وقائع مادية وقانونية هي الباعث في تحرك جهة الإدارة لاتخاذه، فانتشار الوباء هو الحالة الواقعية التي تدفع لاتخاذ قرار منه التنقل أو الخروج من المنطقة الموبوءة، وتقديم طلب الاستقالة هو الحلة القانونية التي تدفع الإدارة لاتخاذ قرار قبول الاستقالة.

الدرس السادس: مفهوم العقد الإداري

أولا – تعريف العقد الإداري

1 – التعريف الفقهي

عرف العميد **دوجي Deguit** العقد الإداري بما يلي " العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائص والآثار القانونية، وإذا كان الاختصاص المتعلق به للمحاكم الإدارية فإن ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته مثل العقود التجارية "، بينما عرفه الدكتور **سليمان الطماوي** بأنه " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك المباشر في تسيير المرفق العام"[1].

2 – التعريف القضائي

قالت محكمة القضاء الإداري في مصر 1998/08/30 " ليس بكاف أن يكون أحد طرفي العقد شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقدا مدنيا كما قد يبرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، غير أنه مجرد صلة العقد بالمرفق العام وإن كان شرطا لازما فإنها ليست كافية، فالعبرة بما قد تأخذه جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى متوسط العقود الخاصة بين الأفراد "، وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية في حكمها بتاريخ 1991/01/05 إلى القول " أنه من المقرر أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخص معنويا يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط المرفق العام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية إلى روابط القانون الخاص "[2] .

---

[1] مفتاح خليفة وحمد محمد، العقود الإدارية وأحكام إبرامه في التسريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص.15.

[2] مفتاح خليفة وحمد محمد، المرجع السابق، ص.17-19.

تبنت المحكمة العليا في ليبيا نفس الاتجاه في قررها الصادر بتاريخ 1970/06/20 " ومن حيث انه يتبين من الإطلاع على العقدين موضوع التداعي أنهما يتصلان بمرفق عام، وهو مرفق الحج، ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة، هي تمكين الحجاج الليبيين الراغبين في أداء فريضة الحج على أكمل وجه، وأنهم قد تضمنا شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص المماثلة .. ومن حيث مقتضى ما تقدم يكون العقدان المذكوران قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية " .

ثانيا – <u>عناصر العقد الإداري</u>

عرف المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه " **العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرافق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام و لذلك يتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص** "، من هذا التعريف نستنتج عناصر العقد الإداري :

- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما.
- أن يكون العقد متعلقا بتسيير مرفق عام أو تحقيق منفعة عامة.
- أن تلجأ الإدارة إلى استخدام وسائل القانون العام في العقد.

1 – <u>أن تكون الإدارة طرفا في العقد</u>

لكي يكون العقد إداريا يجب أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام يعمل على تحقيق المصلحة العامة، وهم أربعة أشخاص :

- الدولة
- الولاية
- البلدية
- المؤسسات العمومية الإدارية

أما الطرف الثاني فيستوي أن يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو شخصا من أشخاص القانون الخاص، وبناء عليه إذا أبرم العقد بين شخصين من أشخص القانون الخاص فإن العقد يعتبر مدنيا مهما كان موضوعه، وبالتالي فالعقد الإداري من حيث أطرافه يأخذ ثلاثة صور:

1– الصورة الأولى : شخص معنوي عام مع شخص معنوي عام

أي أن يكون كلا الطرفين المتعاقدين من أشخاص القانون العام، فتتعاقد الإدارة مع إدارة أخرى.

2- الصورة الثانية : شخص معنوي عام مع شخص خاص

حيث تكون الإدارة طرف في العقد وتتعاقد مع شخص من أشخاص القانون الخاص.

3- الصورة الثالثة : شخص خاص يتعاقد بالوكالة عن الإدارة

أن يكون كلا المتعاقدين من أشخاص القانون الخاص، بشرط أن يكون أحدهما على الأقل متعاقدا باسم ولحساب شخص معنوي عام، وهو ما يعرف بالوكالة، فإذا تعاقدت شركة باسم الإدارة ولحسابها فإنها تعد نائبة عن الإدارة وتنصرف آثار العقد للإدارة، وهذا لا يعتبر خروجا عن شرط أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا التوجه في حكمها بتاريخ 1964/03/07 بقولها " من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر متى تبين أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة، إنما كان في الحقيقة لحسب الإدارة ولمصلحتها، فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توفرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معير تمييز العقد الإداري"[1].

وفي فرنسا يعتبر العقد الذي تبرمه شركات لاقتصاد المختلط لإنشاء واستغلال الطرق، وهي شركات خاصة عقودا إدارية، فقد قضت محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 07/80/ 1963في قضية شركة بيروت يعتبر عقدا إداريا العقد الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين متعلقا بمسائل تعد من الأشغال العامة، وذلك رغم أن العقد تم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، إذ أن شركة الاقتصاد المختلط هي شخص معنوي خاص، وذلك على اعتبار أن هذه الشركة تعمل لحساب الإدارة.

2 - <u>اتصال العقد بنشاط المرفق العام</u>

لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد حتى يكون العقد إداريا، بل لا بد أن يتصل موضوعه بالمرفق العام، كأن يتعلق بتنظيمه أو تشغيله أو المساهمة في أعماله، ذلك أن اعتبار العقد إداريا وخضوعه الأحكام القانون العام وما يتضمنه من امتيازات للإدارة، إنما تبرره اعتبارات المرافق العامة وتحقيقها للمصلحة العامة.

- **إنشاء مرفق عام:** مثال ذلك عقد الأشغال العامة، حيث تتفق الإدارة مع أحد الأفراد أو الشركان من أجل بناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب الإدارة - شخص معنوي عام - قصد تحقيق المنفعة العامة، في مقابل مبلغ متفق عليه.

[1] مفتاح خليفة وحمد محمد، المرجع السابق، ص.21-22.

– **استغلال المرفق العام:** ومثال ذلك عقد الامتياز حيث تسلم الإدارة شخص آخر عام أو خاص – أحد الأفراد أو الشركات مثلا – على نفقته وتحت مسؤوليته، مرفق عام أنشأته الإدارة مسبقا، من أجل استغلاله ، على أن يتقاض أتاوى من المنتفعين.

– **تسيير المرفق العام:** ومثال ذلك عقد كعقد التوريد حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة للمرفق العام مقابل ثمن معين كتزويد الإدارة بسلع يومية لازمة له مثل الأوراق والأقلام والمحروقات، وكذلك عقد الايجار المنصوص عليه بالمادة 210 من قانون الصفقات العمومية حيث تعهد السلطة المفوضة للمفوض له مرفقا عاما أنشاته مسبقا من أجل تسييره وصيانته مقابل إتاوة سنوية.

3 – <u>أن يتضمن بنود غير مألوفة أو استثنائية</u>

وهو الشرط الثالث الذي يسمى أيضا – اتباع وسائل القانون العام – <u>وتعتبر الإدارة قد اتبعت وسائل القانون العام إذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص</u>، وهكذا يعتبر العقد إداريا إذا كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بالمرفق العام واتجهت نية الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام الذي يقتضي وجود الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة.

وقد ظهر هذا الشرط أول مرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية تيري عام 1903، وتم تأكيده في قضية شركة الغرانيت عام 1912 إذا وضع المفوض الدولة ليون بلاك مبدأ عاما للتميز بين العقود الإدارية والعقود الخاصة من خلل البحث عن طبيعة العقد ذاته استقلالا عن الشخص الذي عقده والغاية التي أبرم من أجلها، وعليه يجب على الإدارة أن تكشف نيتها في اتباع أسلوب القانون العام، وهذه الوسيلة هي أن تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة.

<u>ثالثا– في الجزائر</u>

1.العقد الإداري من خلال قانون الصفقات لعمومية

تعتبر العقود الإدارية في الجزائر، عقود بتحديد القانون، فيكفي القاضي أن يكون العقد أحد أطرافه شخص إداري سوء كان دولة أو ولاية أو بلدية أو مؤسسة عمومية إدارية لاعتباره عقدا إداريا، وهي القاعدة المنصوص عليها بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يلاحظ أن المادة 801 من نفس القانون أشارت إلى اختصاص المحاكم الإدارية في إلغاء القرارات الإدارية المحلية كقرارات الولاة وقررت رئيس المجلس الشعبي البلدي وقرارات المؤسسات لعمومية الإدارية، واختصاصها في دعاوى القضاء الكامل.

إن الصفقة العمومية هي نوع من العقود الإدارية تتضمن دفع أموال من الخزينة العمومية مقابل انحاز أشغال أو اقتناء لوازم وتقديم خدمات ودراسات طبقا للمادة الثانية من قانون الصفقات العمومية،

إن كلمة الصفقة العمومية كلمة شكلية، لأن الصفقة العمومية لا تبرم إلا بعد أن يستوفي المتعاقد شروط محددة مسبقا في دفتر الشروط لا تقبل المفاوضة و المناقشة فأين طبيعتها التعاقدية بل هو في الحقيقة قرار يجب أن يرضى به حتى ترسو المناقصة عليه، فدفتر الشروط بالجزائر يختلف عنه في القانون المقارن إذا يتضمن في لقانون المقارن شروط تعاقدية كمد الإنجاز و الأشعار و تنظيمية كنوعية المنتوج بينما في الجزائر كل الشروط تنظيمية .

2.العقد الإداري من خلال عقود الامتياز

نتيجة انتقل الدولة من النظام الاشتراكي إلى السوق الحرة، لجأ الإدارة إلى منح المرافق العامة للخواص عن طريق عقد الامتياز، فهو عقد تمنح بموجبه الإدارة – منحة الامتياز – لشخص طبيعي أو معنوي – صاحب الامتياز – حق تسيير مرفق عمومي لمدة معينة تحت رقابة وإشراف الإدارة، و تتمثل خصوصية عقد الامتياز في طابعه الثلاثي لأن العقد يتكون من طرفين فقط، بينما الامتياز يربط بين طرفين بالنسبة لطرف ثالث، وهم: السلطة المانحة للامتياز وهي الإدارة و صاحب الامتياز وهو الطرف الثاني في العقد، والمنتفعون وهم المستفيدين من خدمات المرفق العمومي، مقابل مبلغ معين يدفعونه مقابل الخدمات التي يتلقونها وتحدد مسبقا في العقد.

الدرس السابع: أنواع العقود الإدارية

تنقسم العقود الإدارية إلى عدة أقسام، فهي إما تكون عقود داخلية نص عليها القانون الوطني، أو عقود إدارية دولية كعقد البوت، وتتنوع العقود الإدارية الداخلية إلى نوعين أساسيين هما عقود الصفقات العامة وهي أربعة عقود تتعلق بالأشغال واللوازم والخدمات والدراسات وعقود تفويض المرفق العام وهي أربعة عقود هي عقد الامتياز وعقد الايجار وعقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة.

أولا- الصفقات العمومية

1- معايير تعريف الصفقات العمومية

تخضع الصفقات العمومية إلى أربعة معايير هي المعيار العضوي، والمعيار الموضوعي، والمعيار المالي، والمعيار الشكلي.

1.1- المعيار العضوي : لا تطبق الصفقة لعمومية إلا على م 6.

- الدولة : رئاسة الجمهورية، رئاسة الحكومة، الوزراء، الهيئات الوطنية المستقلة مثل السلطات الإدارية غير السلطة التنفيذية كالبرلمان، و المجلس الدستوري.
- الولاية : المادة 135 من قانون لولاية.
- البلدية : المادة 127 من قانون البلدية.
- المؤسسات العمومية الإدارية.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجارية.

2.1. المعيار الموضوعي :

أ. **التقسيم الأساسي** : نصت المادة 2 على أربع أنواع من الصفقات لعمومية

- صفقة إنجاز الأشغال.
- صفقة اقتناء اللوازم.
- صفقة الدراسات.
- صفقة الخدمات.

ب.تقسيم الصفقة العمومية حسب طبيعتها

- صفقة برنامج.
- صفقة الطلبات.
- صفقة تجزئة.

– صفقة دراسة و إنجاز.

3.1. المعيار المالي:

يعتبر السعر مهما في الصفقة العمومية من خلال تحديد حد أدنى لإبرام الصفقة العمومية، فقد حددت المادة 13 من قانون الصفقات العمومية السقف المالي الذي بموجبه تكون الصفقى العمومية وجوبية، وهي.

– يفوق 12 مليون دينار : بالنسبة للأشغال و الوازم.

– يفوق 6 مليون دينار بالنسبة للدراسات والخدمات.

أما إذا كان المبلغ التقديري لحاجات المصلة المتعاقد يساوي أو يقل عن تلك المبالغ فإن إجرء الصفقة العمومي غير وجوبي.

4.1.المعيار الشكلي

تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب تعريف المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية.

2- **طرق إبرام الصفقة العمومية**

1.2. طلب العروض كإجرء أساسي لابرام الصفقات العمومية

أ.تعريفه: عرفته المادة 40 بقولها " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء "، وهو ينقسم إلى عدة أنواع:

– **طلب العروض المفتوح:** يمكن لكل مترشح مؤهل تقديم ترشيحه، وبالتالي فالشرط الوحيد في هذا النوع من العروض هو وجود شهادة تأهيل تسمح له بالدخول في المنافسة، سواء كان شخص طبي عاو معنوي، و عليه يسمح طلب العروض المفتوح بالمنافسة على أكبر قدر ممكن.

– **طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:** هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، و لا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، و تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.

– **طلب العروض المحدود:** يسمى سابقا بالاستشارة الانتقائية، ويعرف بأنه " إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي.

– **المسابقة:** إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار؛ بعد رأي لجنة التحكيم؛ مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

2.2.التراضي كطريق استثنائي لابرام الصفقات العمومية

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة.

أ– **التراضي البسيط:** يلجأ إليه في عدة حالات منها حالة الاحتكار عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية (بموجب قرار مشترك بين وزير المالية ووزير الثقافة، كما يلجأ إليه في حالة الاستعجال الملح، المعلل بخطرداهم أو مفاجئ وغير متوقع وغير متعمد.

ب– **التراضي بعد الاستشارة** : تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، في الحالات الآتية :

– عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

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

– في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

ثانيا عقود تفويض المرفق العام

1– **عقد الامتياز Concession:** يعتبر عقد الامتياز من أقدم صور إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، فقد عرفه سليمان محمد الطماوي بأنه " عقد إداري يتولى الملتزم – فرد أو شركة – بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين"، وعرفه عبد الغني بسيوني بأنه " عقد إداري يتم بمقتضاه إسناد إدارة

أحد المرافق العامة الاقتصادية، إلى شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كاف فردا أو شركة، لمدة محددة، لتحقيق الغرض الذي أنشأ المرفق من أجله، على مسؤوليته و بواسطة أمواله و عماله، مقابل تحصيل رسوم من المنتفعين"[1].

نصت المادة 210 من قانون الصفقات العمومية على عناصر عقد الامتياز وهي :

– موضوع الامتياز : يلاحظ أن موضوع الامتياز يأخذ صورتين، حيث تعهد السلطة المفوضة للمفوض له:

– إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله.

– وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

– من حيث المسؤولية والرقابة :يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة.

– من حيث المقابل المالي : يتقاضى المفوض له أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

– من حيث تمويل المرفق العام : يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه.

2- عقد الإيجار

هو أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، و يتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته، وتمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام، ومن خلال هذا التعريف نستشف عناصر عقد الايجار:

– موضوع الايجار : هو تسيير المرفق العام وصيانته، حيث تتولى السلطة مانحة التفويض إنشاء المرفق العام وتجهيزه، ثم تقديمه جاهزا إلى المفوض له، من أجل تسييره وصيانته، بينما في عقد الامتياز قد يتوسع التفويض إلى إنشاء المرفق العام وتجهيزه.

– المقابل المالي : يتولى المستأجر تحصيل مقابل مالي من المنتفعين نتيجة استغلل المرفق، ويلتزم بتقديم مقالا ماليا للسلطة المفوضة عبارة عن إتاوة سنوية، طالما أن الإدارة هي التي تولت إنشاء المرفق وتكفلت بنفقات إقامته، بينما في عقد الامتياز قد يحثل على كل عوائد استغلال المرفق، وقد يمنح جزء منه للإدارة.

– يتولى المفوض له تسيير المرفق العام لحسابه وتحت مسؤوليته.

[1] سليمان سهام، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة المدية، العدد 2017/02 ، ص.12.

3- الوكالة المحفزة

الوكلة المحفزة أو عقد الإدارة بالشراكة، هو العقد الذي يعهد فيه شخص عام – الموكل – إلى شخص آخر – الوكيل – إدارة واستغلال المرفق العام، باسم ولحسب الشخص العام الموكل، مقابل أجرة محددة في العقد يدفعها الشخص العام للوكيل، ليست ثابتة بل تكون مرتبطة بنتائج الاستغلال ونسبة من الأرباح المحققة، بهدف تشجيع المفوض له على الزيادة إنتاجية وكفاءة المرفق العام، ومن خلل هذا التعريف نستخلص عناصر الوكالة المحفزة

– يتولى الشخص العام إنشاء المرفق العام وتمويله وإدارته.

– تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام .

– يقوم صاحب التفويض – المفوض له – باستغلال المرفق العام، ليس لحسابه كما في عقد الايجار، بل لحساب الشخص العام المفوض.

– يتولى صاحب التفويض تحصيل التعريفات من المنتفعين من المرفق العام، ومن ثم تحويلها لحساب الشخص المفوض.

– المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له : يدفع صاحب التفويض أجرة المفوض له مباشرة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، وحصة من الأرباح عند الاقتضاء.

– ما يدفعه المنتفعون: يحدد بالاشتراك بين صاحب التفويض والمفوض له .

4- عقد التسيير

عقد التسيير أو عقد إدارة المرفق العام هو عقد تعهد فيه السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

الدرس الثامن: تنفيذ العقد الإداري

أولا- بالنسبة للمتعاقدين مع الإدارة

1 - الالتزامات

1.1- التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد

تضع الإدارة دفتر شروط يتضمن المواصفات الإدارية والتقنية والمالية والمؤهلات الضرورية للوصول إلى اختيار الشخص المناسب لتنفيذ العقد بما يحقق المصلحة العامة، ويترتب عن ذلك أن يلتزم المتعاقد التزاما شخصيا بتنفيذ بنود العقد على الوجه المتفق عليه شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له أن يتنازل عن العقد لغيره، أو يتعاقد من الباطن.

2.1.التزام المتعاقد بتنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها

يعتبر عنصر المدة من العناصر الأساسية في العقد الإداري لأنه يمس بمبدأ استمرارية المرفق العام وانتظامه، والأصل أن يتم تحديد مدة الانجاز في دفتر الشروط، فإذا لم ينص العقد فإن للإدارة تحديد مدة معقولة تحت رقابة قاضي العقد، ففي حالة التأخر في التنفيذ فمن حق الإدارة توقيع الجزاءات المناسبة، وتنص المادة 147 من قنون الصفقات العمومية على أن عدم تنفيذ لالتزامات التعاقدية في الأجل المحدد أو تنفيذها غير المطابق، ينجر عنه عقوبات مالية يحددها دفتر لشروط، فالالتزام بالمدة هو التزام بتحقيق غاية وليس بذل عناية، فيعتبر المتعاقد مقصرا في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، إلا إذا وجد السبب الأجنبي المتمثل أساسا في القوة القاهرة.

ولذلك تنص نفس المادة أنه في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا تطبق العقوبات المالية بسبب لتأخير ضمن حدود أوامر التوقف والاستئناف الخدمة لتي تتخذها المصلحة المتعاقدة.

لا يختلف مفهوم **القوة القاهرة** في القانون المدني، فالقوة القاهرة هي حادث خارجي مستقل عن إدارة المتعاقدين، لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، يعفي المتعاقد من مسؤوليته عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، مثل حدوث الزلازل والفيضانات والحروب.

يشترط في القوة القاهرة ما يلي:

- **الحدث الخارجي:** إن الفعل المكون للقوة القاهرة يجب أن يكون أجنبيا عن إرادة المتعاقدين، ومستقلا تمام عنهما، فلا يكون قد تسبب في حدوثها أو ساهم فيها أحد من المتعاقدين.

– **عـدم إمكـان التوقـع:** إن القـوة القـاهرة غيـر متوقعـة ولـيس بإمكـان توقعهـا مـن طـرف المتعاقـدين وقـت التعاقـد، وإن أمكـن توقعـه بعـد ذلـك، وعـدم التوقـع يجـب أن يكـون مطلقـا إذا المعيـار المتبـع هو المعيار الموضوعي لا الذاتي.

– **عـدم إمكـان الـدفع:** القـوة القـاهرة لا يمكـن دفعهـا لـيس مـن جانـب المتعاقـد وحـده، بـل مـن أي شخص آخر.

– **الاسـتحالة المطلقـة:** يجـب أن تـؤدي القـوة القـاهرة إلـى جعـل تنفيـذ العقـد مسـتحيلا اسـتحالة مطلقـة كوفـاة المتعهـد مـثلا، أمـا مجـرد الصـعوبات التـي يواجههـا المتعاقـدان أثنـاء تنفيـذ العقـد مهمـا كانـت جسـيمة ومعقـدة أو التـي تجعـل تنفيـذ الالتـزام مرهقـا وبـاهض التكـاليف فـلا تنطبـق عليهـا مفهـوم القـوة القـاهرة، وهـذا الشـرط هـو الـذي يميـز القـوة القـاهرة عـن النظريـات الأخـرى (نظريـة الصـعوبات الماديـة، فعـل الأميـر، الظـروف الطارئـة) التـي لا تبـرر للمتعاقـد عـدم تنفيـذ الالتـزام بـل تعطيه فقط الحق في التعويض بينما القوة القاهرة تعفي المتعاقد من المسؤولية والالتزام.

ويترتب على القوة القاهرة ما يلي:

1) إعفـاء المتعاقـد مـن التزاماتـه التعاقديـة، وبالتـالي لا يتحمـل المسـؤولية، فـلا يتعـرض للجـزاءات المقـررة لعـدم التنفيـذ أو التـأخر فيـه، لكـن إذا تبـين أن حالـة القـوة القـاهرة مؤقتـة فـإن مـا يترتـب عـن ذلـك هـو وقـف تنفيـذ الالتـزام مؤقتـا حتـى تـزول القـوة القـاهرة ثـم يسـتأنف المتعاقدان تنفيذ العقد.
2) انفسـاخ العقـد بقـوة القـانون مـن تلقـاء نفسـه، أي انقضـاء الالتـزام بسـبب اسـتحالة التنفيـذ وتنقضـي الالتزامـات المقابلـة لـه، إلا أنـه **يجـب** علـى المتعاقـد اللجـوء إلـى القضـاء للحصـول علـى حكـم بانفسـاخ العقـد للقـوة القـاهرة، فالقاضـي هـو الـذي يقـدر تـوفر شـروط القـوة القـاهرة حتى لا تترك لحرية تقدير الأفراد.

2 – الحقوق

1.2 – المقابل المالي

– **السـعر أو الـثمن:** المقابـل المـالي هـو مـا يحصـل عليـه المتعاقـد جـراء تنفيـذ موضـوع العقـد، بعـد تأكـد الإدارة مـن إنجـاز الأشـغال والخـدمات المتفـق عليهـا، فالمتعاقـد مـع الإدارة هدفـه مـن إبـرام العقد هو الحصول على الربح أو مقابل نقدي من الإدارة.

– **الرسـم أو الإتـاوة:** هـو المقابـل المـالي الـذي تسـتقل الإدارة بتحديـده، ويحصـل عليـه المتعاقـد فـي عقـود تفـويض المرفـق العـام كعقـد الامتيـاز وعقـد الإيجـار، مباشـرة مـن المنتفعـين مقابـل الخـدمات التي يؤديها لهم المرفق العام.

2.2 – الحق في التعويض

للمتعاقد مع الإدارة الحق في تلقي مبالغ مالية التي قد يكون أساسها المسؤولية التعاقدية بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ما يلحق ضرر بالمتعاقد، كعدم قيام الإدارة بتنفيذ الأشغال التي تعهدت بها أو التأخر في ذلك.

3.2- الحق في ضمان التوازن المالي للعقد

ومجالها عند وقوع حوادث غير متوقعة عند ابرام العقد، تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، سواء بصفة كلية كما في حالتي الصعوبات المادية ونظرية الأمير، أو بصفة جزئية حيث تلحق خسارة جزئية بالمتعاقد كما في الظروف الطارئة، ففي كل هذه لحالات يحق للمتعاقد طلب التعويض.

أ- نظرية فعل الأمير: يعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها " عمل يصدر عن سلطة عامة بدون خطأ من جانبها، ينجم عنه أضرار مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن جميع الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد "[1].

ب- نظرية الظروف الطارئة: يشترط فيها ما يلي:

- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، مثل الحرب وتقلب الأسعار غير المتوقعين.

- استقلالية الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين: فلا يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض إذا كان متسببا في إحداث الظرف أو كن في استطاعته تلافيه وإلا تحمل وحده نتيجة تقصيره، وألا يكون للإدارة دخل فيه.

- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى لإخلال بالتوازن لمالي للعقد: لا يكفي أن يحدث نقص في الأرباح وفوات كسب للمتعاقد بل يجب أن تكون هناك خسارة للمتعاقد وليس مجرد خسارة عادية بل يجب ان تكون خسارة كبيرة فادحة واستثنائية تتجاوز الخسائر المألوفة العادية.

- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد رغم الظروف الطارئة وذلك حرصا على مبدأ استمرارية لمرفق العام.

ج- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: مقتضى هذه النظرية أنه عند تنفيذ العقد وخاصة عقد الأشغال العامة قد تحدث صعوبات مادية استثنائية لم يتوقعها الطرفان وتجعل تنفيذ العقد صعبا بالنسبة للمتعاقد، فيتم تعويضه عن ذلك من باب العدالة عن طريق زيادة

[1] مفتاح خليفة وحمد محمد، المرجع السابق، ص.237.

الأسعار المتفق عليها بالعقد، زيادة تغطي التكاليف والأعباء التي تحملها اعتبار من أن الأسعار العادية المتفق عليها لا تسري إلا على لأعمال العادية المتوقعة وهي النية المشتركة للمتعاقدين.

ويشترط في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ما يلي:

– أن تكون الصعوبات مادية مثل وجود أتربة أو طبقة صخرية صلبة تتطلب تكاليف إضافية لإزالتها، فإذا كانت الظروف إدارية أو اقتصادية فلا تطبق هذه النظرية.

– أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية وليست من المخاطر العادية التي يمكن حدوثها في نفس الظروف.

– أن تكون الصعوبات مستقلة عن إرادية المتعاقدين، فلو كانت بإرادة الإدارة فإن المتعاقد يستحق التعويض ليس على أساس هذه النظرية بل على أساس نظرية فعل الأمير.

– أن تؤدي الصعوبات المادية إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، فتجعل تنفيذ العقد مكلفا له أو يتجاوز الأسعار المتفق عليها.

– أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد رغم الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا توقف فإنه يتعرض للجزاءات المترتبة عن ذلك.

– أن تكون الصعوبات المادية طارئة أي غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

ثانيا– <u>التزامات وحقوق الإدارة</u>

1 – <u>التزامات الإدارة</u>

– تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته و تنفيذ شروط العقد وفق مبدأ حسن النية.

2 – <u>حقوق الإدارة – أو امتيازت الإدارة أثناء تنفيذ العقد –</u>

1.2 – سلطة الرقابة والتوجيه

تتمتع الإدارة بالحق في الرقابة والتوجية على تنفيذ العقود الإدارية، عن طريق موظفي الإدارة أو المهندسين الذين توكلهم لزيارة مواقع العمل، للتحقق من تنفيذ العقد كما هو متفق عليه، وتوجيه التعليمات والتوجيهات اللازمة عند تنفيذ العقد، وتتنوع صور الرقابة كالتحقق من مطابقة المستخدمة لتنفيذ المشروع، والاطلاع على المعلومات اللازمة لمراقبة تنفيذ العقد.

2.2 – سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد

تملك الإدارة حق تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مع المتعاقد معها سواء بناء على نص في لعقد ذاته أو بناء على مقتضيات المصلحة العامة دون الحاجة إلى النص على

ذلك بالعقد، وهو ما لا يوجد في القانون المدني حيث لا يجوز تعديل لعقد إلا بإرادة الطرفين المشتركة.

ويرى الدكتور محمد فؤاد مهنا أن حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة في الفقه والقضاء ولو لم ينص عليه العقد، وهو حق ليس مطلق، فالشروط المتعلقة بالحقوق المالية للمتعاقد لا يشملها التعديل، أما الشروط المتعلقة بسير وتنظيم المرفق العام فتخضع للتعديل، ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن سلطة التعديل مناطه احتياجات المرفق العام، وعليه يجب أن تكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل[1].

3.2 - الحق في توقيع الجزاءات

إن إخلال المتعاقد مع الإدارة ليس فقط خطأ تعاقدي منه بل هو خطأ ضد المرفق لعام ذاته، مما يخول الإدارة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها والتي تتميز عن العقود المدنية في حق توقيعها دون الحاجة للجوء إلى القضاء، فكل التزم تعاقدي يقابله جزاء ولو لم ينص عليه العقد، فمن حق الإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية لسير المرفق العام تحت رقابة القضاء، وتتمثل هذه الجزاءات فيا يلي:

أ- الجزاءات المالية

- غرامة التأخير وهي تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد عن إخلاله بالعقد كالتأخر في التنفيذ.

- مصادرة التأمين النهائي، وهو مبلغ نقدي تحدده الإدارة بنسبة معينة من قيمة العقد، يودعه صاحب العطاء المقبول كضمانة لتنفيذ العقد، فيحق للإدارة مصادرته في حالة عدم التنفيذ، وقد نص قانون الصفقات العمومية على كفالة التعهد - التأمين الابتدائي - وهو مبلغ يدفعه المتعاقد تعبيرا عن جدية عرضه يحدد بنسبة مئوية هي 1 % من قيمة العرض طبقا للمادة 125، أما كفالة حسن التنفيذ - التأمين النهائي - فيقدم عند إبرام العقد نصت عليه المادة 130 من نفس القانون، وللإدارة الحق في مصادرته دون للجوء للقضاء كجزاء ضد المتعاقد الذي أخل بالتزاماته.

ب - الجزاءات الضاغطة

هي جزاءات لا تستهدف تحميل المتعاقد أعباء مالية، بل الضغط عليه لإجباره على التنفيذ وتتخذ عدة صور:

[1] مفتاح خليفة وحمد محمد، المرجع السابق، ص.143.

– وضع المشروع تحت الحرسة في عقود لامتياز، وذلك بأن تحل الإدارة محل المتعاقد معها أو تسنده لغيره بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى لو كان التوقف لا يرجع إلى المتعاقد بل راجعا قلوة قاهرة، من أجل ضمان سير وانتظام المرفق، أما في حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب تقصير المتعاقد فإنه يدار على حسابه وتحت مسؤوليته، وللمتعاقد طلب إلغاء الحراسة قضائيا إذ لم يكن لدواعي المصلحة العامة.

– سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة، فتحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، فتقوم بالعمل بنفسها أو تعهد به إلى غيره على حساب ومسؤولية المقاول.

– الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد، فالمورد الذي أخل بالتزامه بتوريد البضاعة المتفق عليها على خلاف المواصفات المتفق عليها أو تأخر فيها، يكون قد أخل بسير لمرفق العام، وهن تثوم الإدارة بمنحه مهلة عن طريق الإعذار فإذا بقي لم يستجب قمت الإدارة بشراء البضاعة على نفقة المورد مع فرض غرامة إن لزم الأمر.

4.2 – سلطة إنهاء العقد الإداري

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة من أبرز الخصائص التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني، الذي يخضع لقعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أ – إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة

تملك الإدارة حق إنهاء العقد الإداري بسبب مقتضيات المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، سوء وجد نص في العقد يجيز لها ذلك أم لا، حتى قبل انتهاء المدة المقررة للعقد، وتتمتع بهذه السلطة طبقا لامتياز التنفيذ المباشر دون الحاجة للجوء للقضاء، وليس للمتعاقد لاعتراض على ذلك فله فقط حق المطالبة بالتعويض.

ومن بين الأسباب المبررة لدواعي المصلحة العامة:

– انتهاء احتياجات المرفق العام كانتهاء الحرب ما يبرر إنهاء عقد توريد السلاح.

– إلغاء المرفق لعام نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي في التسيير.

ب – إنهاء العقد نتيجة خطأ جسيم للمتعاقد

للإدارة إنهاء العقد في حالة خطأ جسيم من المتعاقد معها يؤثر على سير المرفق العام، ففسخ العقد هو جزاء عقدي نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته، تملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة – خلافا للفسخ في القانون المدني – وقد نصت المادة 149 من قانون الصفقات العمومية على الفسخ بعد ان توجه الإدارة إعذار للمتعاقد للوفاء بالتزاماته خلال أجل معين.

وتملك الإدارة هذا الحق دون للجوء للقضاء باعتباره امتيازا للإدارة وتعلقه بسير المرفق العام مع حقها في الرجوع على المتعاقد بالتعويض، وهذا الحق مقيد بالشروط التالية:

- مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، ويجب أن يكون الخطأ جسيما الذي يرجع تقديره للإدارة لتوقيع الفسخ، ويمكن لقاضي العقد طبقا لطلب المتعاقد، رقابة مدى ملائمة تقدير الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لإنهاء العقد، فإن رأى أن الخطأ غير جسيم فلا يمكنه إلغاء قرار الإنهاء، بل يحكم بتعويض مناسب للمتعاقد مع الإدارة.
- إعذار المتعاقد وهو وجوبي كما نصت عليه المادة 149 من قانون الصفقات العمومية مثلا.
- تسبيب قرار إنهاء العقد، حيث يجمع الفقه الفرنسي على وجوب التسبيب قررت الإدارة المتضمنة جزاءات ضد المتعاقدين معها ومن بينها قرار الفسخ، لتسهيل مهمة القاضي في الرقابة على مبررات الفسخ، بينما في بلدان أخرى نجد أن الإدارة غير ملزمة قانونا بالتسبيب[1].

[1] مفتاح خليفة وحمد محمد، المرجع السابق، ص.201.

الدرس التاسع: نهاية العقد الإداري

أولا – الانقضاء العادي للعقد الإداري

1- تنفيذ الالتزامات

ينقضي العقد الإداري بتمام تنفيذ للتزمت الناشئة عنه، فينتهي عقد لأشغال بتنفيذ الأشغال المتفق عليها واستلام المتعاقد الثمن، وينتهي عقد التوريد بتسليم البضاعة المتفق عليها وتسليم المتعاقد الثمن.

2- انقضاء المدة

ينقضي العقد الإداري بانقضاء العقد زمنيا بانقضاء الزمن المحدد في العقد.

ثانيا – الانقضاء المبستر للعقد الإداري

ويعني الحالات التي ينتهي فيها العقد قبل أوانه، وهي:

1 – انقضاء العقد طبقا للقواعد العامة

1.1 – الفسح الاتفاقي

قد يتفق الطرفان على إنهاء العقد قبل المدة المحددة له أو قبل تنفيذه، وهنو التقايل أو التفاسخ، ودق يتفق الطرفات على التعويض أو عدم التعويض.

2.1 – الفسخ بقوة القانون

تتعدد حالات انقضاء العقد بقوة لقانون منها:

– إذا استحال تنفيذ العقد الإداري بسبب القوة القاهرة، أدر ذلك إلى انفساخ العقد بدون تعويض، إذا وجدت وقائع خارجة عن إرادة المتعاقدين، لا يمكن للمدين توقعها أو ردها، تجعل تنفيذ التزامه مستحيلا استحالة مطلقة.

– إذا استحال تنفيذ العقد الإداري هلاك محل العقد، فهنا ينتهي العقد بقوة القانون.

– ينفسخ العقد بقوة القانون في حالة إذا نص العقد أو القانون على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون إذا حدثت وقائع معينة.

3.1 – الفسح القضائي

– بناء على طلب أحد المتعاقدين، كأن تستخدم الإدارة سلطاتها الاستثنائية وهي سلطات مقيدة لكنها تتجاوز الحدود المعقولة فتقلب العقد ويجد المتعاقد نفسه كأنه أمام عقد جديد يتجاوز إمكانياته الفنية أو الاقتصادية، فيكون له طلب الفسخ مع التعويض.

- حالة القوة القاهرة يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وعلى المتعاقد اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يقرر الفسخ ولا ينشئه، أما لإدارة فتستطيع إنهاء العقد بقرار منها[1].
- **حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية**، بالنسبة للمتعاقد لابد له من اللجوء للقضاء للحصول على حكم قضائي بفسخ العقد، أما الإدارة فتملك حق الفسخ لوحدها طالما أخل المتعقد معها بالتزاماته.

2 – انقضاء العقد طبقا لامتياز الإدرة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

من حق الإدارة فسخ العقد دون اللجوء للقضاء، قبل أوانه، حتى ولو لم يوجد نص على ذلك في العقد أو القانون، فالإدارة من حقها فسخ العقد حتى بدون خطأ من المتعاقد، بإرادتها المنفردة إذا رأت ان ذلك من مقتضيات المصلحة العامة[2]، لكن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بقيود هي:

– وجود سبب جدي يتمثل في تحقيق المصلحة العامة، ويخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يتحرى بناء على طلب المتعاقد من وجود سبب حقيقي لإنهاء العقد، فيكون قرار الإدارة غير سليم إذا كان السبب غير المصلحة العامة.

– يقابل هذه السلطة حق المتعاقد في طلب التعويض الكامل.

وسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة تختلف عن الفسخ الجزائي، فالأولى لا تتطلب وجود خطأ من المتعاقد، بينما يشترط في الفسخ الجزائي إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ويشترط إعذار المتعقد قبل الفسخ.

[1] محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، مكتبة القانون ولاقتصاد، الرياض، ص.234.

[2] محمد جمال مطلق الذنيبات، نفس المرجع، ص.239،238.