مفهوم العقد الإداري

(التعريف والأركان)

أولا : تعريف العقد الإداري

1 - تعريف العقد الإداري في النظرية العامة :

المعيار	المعيار العضوي (معيار السلطة العامة)	المعيار المادي أو الموضوعي (معيار المرفق العام)	معيار البند غير المألوف
تعريف العقد الإداري	هو كل عقد تكون الإدارة العامة طرفا فيه	هو كل عقد يهدف إلى تنظيم أو تسيير مرفق عمومي تحقيقا للمصلحة العامة	هو كل عقد يتضمن بنودا استثنائية غير مألوفة في العقد الخاص (امتيازات السلطة العامة)

يعرف العقد الإداري : على أنه كل عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بهدف تسيير أو تنظيم مرفق عمومي مع استخدام أساليب ووسائل القانون العام

وعليه وحتى نكون أمام عقد إداري لابد من توفر الخصائص أو الشروط التالية :

أ - **لابد أن يكون أحد أطراف العقد الإداري أوكلهما إدارة عامة** : وهذا تجسيدا لمعيار السلطة العامة أو المعيار العضوي ، ولكن لابد من التأكيد على أن وجود الإدارة العامة في العقد لا يجعله دائما عقدا إداريا ، فالإدارة قد تبرم عقودا إدارية وقد تبرم عقود القانون الخاص ، **فعقود الإدارة أوسع من العقود الإدارية** ، حيث أن عقود الإدارة تشمل كل عقد تبرمه الإدارة سواء كان عقدا إداريا أو عقدا خاصا ، لهذا لا يكفي هذا الشرط أي شرط وجود الإدارة في العقد حتى نقول أننا أمام عقد إداري بل لابد من استكمال الشروط الباقية .

ب - **تنظيم أو تسير المرفق العام** : فلابد أن يكون الهدف من إبرام العقد هو تسير أو تنظيم المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة ، وفي هذا تجسيد للمعيار الموضوعي أو المادي أو ما يسمى بمعيار المرفق العام ، فموضوع العقد الإداري إما أن يكون تسيير مرفق عام أو تنظيم مرفق عام ، أما إنشاء المرفق العام فلا يمكن أن يكون بموجب عقد إداري ، ولا يكفي هذا الشرط حتى نعتبر العقد عقدا إداريا فقد ينظم أو يسير العقد مرافق عامة اقتصادية يهدف إلى تحقيق الربح ، وهنا لا نكون أمام عقد إداري فلابد إلى

جانب إبرام العقد الإداري من قبل شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق المصلحة العامة عن طريق تسيير أو تنظيم مرفق عام من توفر الشرط الثالث .

جـ - **استخدام أساليب ووسائل القانون العام** : لابد أن يتضمن العقد بنودا غير مألوفة في العقود الخاصة ، فلابد أن تظهر نية الإدارة العامة في استخدام أساليب ووسائل القانون العام ، ويقصد بهذه الأخيرة امتيازات السلطة العامة وهي شروط استثنائية غير مألوفة ولا يمكن أن يتضمنها العقد الخاص ، حيث تظهر هذه الشروط أو الامتيازات في دفتر الشروط الذي يشكل أحد أهم وثائق العقد الإداري وفي هذا الشرط تجسيد لمعيار البند غير المألوف ومن أمثلة هذه البنود أو الشروط الاستثنائية (امتيازات السلطة العامة) فرض العقوبات المالية أو الإدارية على المتعاقد مع الإدارة ، تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة للإدارة ، فرض الرقابة والإشراف والتوجيه ، وأخطرها على الإطلاق الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة العامة ، فكلها شروط لا يمكن الموافقة عليها في إطار التعاقد بين الخواص لكنها مكرسة في العقد الإداري تحقيقا **للمصلحة العامة** التي تهدف الإدارة إليها ، وباستكمال هذه الشروط الثلاثة يكون العقد عقدا إداريا .

2 - محاولة تعريف العقد الإداري في الفقه والقضاء الجزائري :

في البداية تم الاعتماد على **المعيار العضوي** في الجزائر لتعريف العقد الإداري ، فوفقا لهذا المعيار المجسد في المادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون العقد عقدا إداريا إذا كان أحد أطرافه الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ، فالعقد الإداري هو كل عقد نبرمه الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية .

ولقد تعرض هذا التعريف المستند إلى المعيار العضوي إلى العديد من الانتقادات أهمها :

أن هذا التعريف إنما هو يعرف **عقود الإدارة** وليس **العقود الإدارية** ، حيث أن الإدارة لها أن تبرم عقودا إدارية كما لها أن تبرم عقود القانون الخاص هذا من جهة ومن جهة أخرى يمكن أن يكون العقد عقدا إداريا في بعض الحالات التي لا تكون الإدارة طرفا فيه ، ومثاله أن تبرم مؤسسة عمومية اقتصادية وهي شخص خاص عقودا تعتبر عقودا إدارية إذا ما كانت هذه المؤسسات موكلة من قبل الدولة ، أو أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام مساهمة مالية كلية أو جزئية دائمة أو مؤقتة في المشاريع التي تبرم من أجلها المؤسسات الاقتصادية عقودا إدارية .

وأمام فشل المعيار العضوي في الجزائر في تعريف العقد الإداري تم اللجوء إلى معيار العقود المسماة كمعيار لتعريف العقود الإدارية ، ومفاد هذا المعيار هو حصر العقود الإدارية في عقود إدارية مسماة معينة .

فتم في البداية تعريف العقد الإداري بأنه **صفقة عمومية** أي :

إن كل عقد إداري هو صفقة عمومية وأن كل صفقة عمومية هي عقد إداري

و**الصفقة العمومية** : هي عقد مكتوب يبرم بمقابل من قبل الإدارة العامة (المصلحة المتعاقدة) مع متعامل اقتصادي (المتعامل المتعاقد) واحد أو أكثر لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات .

وتعرض هذا التعريف بدوره إلى مجموعة من الانتقادات أهمها :

أن العقد الإداري أوسع من الصفقات العمومية ، فالعقود الإدارية تشمل الصفقات العمومية وكذا تشمل الامتياز والدومين العام والقرض العام والإيجار والتسيير والوكالة المحفزة ... إلخ ، فالعقود الإدارية تتضمن عقودا إدارية مسماة وأخرى غير مسماة ولا يمكن حصرها فقط في الصفقة العمومية .

كما أن الصفقة العمومية في حد ذاتها إذا كانت تعتبر في أحيان كثيرة عقدا إداريا ، إلا أنها في بعض الحالات تعتبر عقدا تجاريا إذا ما أبرمت من قبل مؤسسات عمومية اقتصادية ، وكانت هذه الأخيرة غير موكلة من قبل الدولة أو أنها أبرمت الصفقة العمومية في إطار إنجاز مشاريع لا علاقة للدولة أو أحد أشخاص القانون العام بها أي أنها غير مساهمة فيها مساهمة مالية ، ففي هذه الحالات تعتبر هذه الصفقات العمومية عقودا تجارية وليست عقودا إدارية .

وبالإضافة إلى ما سبق نشير إلى أن مواضيع الصفقة العمومية محصورة في أربع عمليات فقط هي : انجاز الأشغال العمومية ، انتقاء اللوازم (التوريدات) ، انجاز الدراسات ، تقديم الخدمات ، في حين أن مواضيع العقود الإدارية أكثر من ذلك بكثير ولا تقتصر فقط على هذه العمليات الأربعة ، ناهيك على أن العقد الإداري حتى يعتبر صفقة عمومية يجب أن ينطلق من مبالغ معينة فما دون هذه المبالغ لا تعتبر صفقات عمومية ولكنها تبقى عقودا إدارية غير مسماة .

وهناك من حصر العقد الإداري في عقود الامتياز ، وعرف العقد الإداري على أنه امتياز أي :

كل عقد إداري هو امتياز وكل امتياز هز عقد إداري

و**عقد الامتياز** : هو عقد بمقتضاه تمنح الإدارة مانحة الامتياز لشخص أخر يسمى صاحب الامتياز تسير أو تنظيم مرفق عمومي لمصلحة المنتفعين على أن يدفع المنتفعون رسوما إلى صاحب الامتياز ، والامتياز بهذا المفهوم هو عقد إداري .

لكن هذا التعريف يبقى قاصرا وغير سليم ، ذلك لأن العقود الإدارية لا تشمل فقط عقود الامتياز بل هي أوسع من ذلك كما بينا ذلك من قبل ، هذا من جهة ومن جهة أخرى هناك اتجاه من الفقه يعتبر أن

الامتياز هو قرار إداري وليس عقد إداري ، وهذا راجع لشدة دفتر الشروط في الامتياز ، فحتى الطبيعة العقدية لعقد الامتياز مشكوك فيها .

وعلى هذا الأساس فإن هذا التعريف يعتبر غير صحيح وأمام هذا القصور لا يمكننا تعريف العقد الإداري إلا وفقا للتعريف المتعرف عليه في النظرية العامة آلا وهو :

العقد الإداري : هو كل عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد تسير أو تنظيم مرفق عمومي مع استخدام أساليب ووسائل القانون العام .

ثانيا : خصوصية العقد الإداري من حيث أركانه

كغيره من العقود يقوم العقد الإداري على الأركان المتعارف عليها (التراضي ، السبب ، المحل والشكلية) إلا أن خصوصية العقد الإداري كونه عقد تبرمه الإدارة العامة بقصد تسير أو تنظيم مرفق عمومي مع استخدام أساليب القانون العام ، فإن أركان هذا العقد تتميز بشيء من الخصوصية وذلك على النحو التالي :

- إذا كان من المعروف أن القاعدة التي تحكم عقود القانون الخاص هي قاعدة أن **العقد شريعة المتعاقدين** والتي يتفرع عنها **مبدأ سلطان الإرادة** ، فإن القاعدة التي تحكم العقود الإدارية هي أن **العقد الإداري شريعة المرفق العامة** ويتفرع عن ذلك **امتيازات السلطة العامة** ، فالعقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بل هو شريعة المرفق العام ، فيجب أن يخدم العقد الإداري بما يتضمنه من بنود المصلحة العامة ، والتي تتطلب تسيير المرافق العامة بالشكل الذي يخدم هذه الأخيرة ، لهذا فإن ما يميز العقد الإداري هو تضمنه لبنود تعكس امتيازات السلطة العامة .

عقود القانون الخاص	العقود الإدارية
العقد شريعة المتعاقدين	العقد شريعة المرفق العامة
سلطان الإرادة	امتيازات السلطة العامة

- يقوم العقد الإداري على ركن التراضي بين أطرافه ، ويجب أن تكون أهلية الطرفين كاملة سليمة من عوارضها ، كما يجب أن تكون إرادة كل من الطرفين سليمة خالية من عيوب الإرادة (الغلط ، الإكراه ، التدليس ،الاستغلال) ، إلا أن التراضي في العقود الإدارية قلما تكون الأهلية فيه مشوبة بعوارضها أو تكون إرادة أحد الطرفين معيبة ذلك لأن العقد الإداري يعتمد على الكتابة ويخضع في إبرامه إلى إجراءات معقدة وطويلة يسهل معها اكتشاف أي عارض أو عيب في الإرادة .

- وتتجلى خصوصية العقد الإداري من خلال أركانه في الدور المحدود الذي تلعبه إرادة الطرفين في تحديد كل ما يتعلق بعقدهما ، فالعقد الإداري كما قلنا ليس شريعة المتعاقدين بل هو شريعة المرفق العام ، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل في تنظيم هذا العقد من البداية إلى النهاية ولم يترك للإرادة إلا مجالا ضيقا جدا ، فنجده في البداية يتدخل **لتحديد أطراف العقد** فلا يستطيع طرفا العقد وبكل حرية اختيار الطرف الأخر ، بل حدد المشرع الشروط التي يجب أن نتوفر في أطراف العقد والإجراءات الواجب إتباعها من قبلهم .

كما **حدد المشرع المبادئ** التي يجب احترامها عند إبرام العقود الإدارية ، حيث تتمثل هذه المبادئ في مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية ومبدأ العلنية ومبدأ المنافسة ومبدأ الحرية ، وحرص على أن تبرم العقود بأقل الأثمان محافظة على المال العام وفي نفس الوقت حرص على ضرورة مراعاة الجودة ، والمثال على ذلك نص المادة 05 من قانون الصفقات العمومية رقم 23 -12 والتي تضمنت المبادئ التي يجب مراعاتها لنجاعة الصفقات العمومية وحفاظا على المال العام والتي تنص على انه : "لضمان نجاعة الصفقات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ، يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ الآتية :

- حرية الوصول إلى الطلبات العمومية .
- المساواة في معاملة المرشحين .
- شفافية الإجراءات ."

كما أنه - المشرع - ألزم الإدارة العامة عند إبرامها للعقود الإدارية باحترام المصلحة العامة والبيئة وتحقيق أهداف التنمية المستدامة ، والمثال على ذلك ما نصت عليه المادة 07 من قانون الصفقات العمومية سالف الذكر .

كما تدخل المشرع و**حدد طرق إبرام** العقود الإدارية ولم يترك هذه الطرق لاختيار أطراف العقد ، فنجده حصر هذه الطرق في طريقين أساسيين : طريق يشكل القاعدة العامة وهو ما يسمى **بطلب العروض** وطريق يشكل القاعدة الاستثنائية وهو **التفاوض** أو ما كان يعرف بالتراضي ، وهو ما نظمته المواد 36 وما بعدها من القانون رقم 23- 12 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والتي سنفصلها فيما بعد .

وفي الأخير تدخل كذلك المشرع في **تحديد شكلية** العقد الإداري ، فنص على أن كل عقد إداري لابد أن يتضمن وثيقتين أساسيتين : وثيقة التعاقد والتي فيها مجال من الحرية والتفاوض بين طرفي العقد ، ووثيقة أخرى وهي الأساس في العقد الإداري آلا وهي **دفتر الشروط** والذي يتشكل في غالب الأحيان من ثلاث دفاتر : دفتر البنود الإدارية العامة والذي يصدر بموجب مرسوم تنفيذي ، وهو عبارة عن تفسير لقانون الصفقات العمومية والدفتر الذي يليه والذي يجب أن يخضع له هو دفتر التعليمات التقنية

المشتركة والذي يصدر بموجب قرار وزاري وأخيرا دفتر التعليمات الخاصة والذي تصدره المصلحة المتعاقدة وهو محل العقد المراد إبرامه والذي يجب أن يخضع بدوره للدفترين السابقين ، وهو ما نصت عليه المادة 17 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بصفقات العمومية .

إذن نلاحظ أن المشرع تدخل في تنظيم العقود الإدارية من خلال تحديد المبادئ التي تخضع لها العقود الإدارية ، وكذا تحديده لأطراف العقود الإدارية وتحديده لطرق إبرامها وأخيرا تحديد شكلية العقد الإداري ، فبالفعل العقد شريعة المرفق العام وليس شريعة المتعاقدين