جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

القرارات و العقود الإدارية

السداسي الخامس

محاضرة موجهة لطلبة السنة الثالثة حقوق

تخصص : القانون العام

د . بوسام بوبكر

الموسم الجامعي

2022/2021

المحاضرة التاسعة

***ماهية العقد الإداري**

لقد ظلت العقود الإدارية محل اهتمام وفضول رجال القانون المختصين منذ أزل بعيد، ورغم هذه الجهود والانشغالات إلا أننا مازلنا عاجزين عن السيطرة على نظامها القانوني بالشكل الكافي، إذ يعتبر هذا النشاط الإداري من أعقد مواضيع القانون الإداري ، وذلك راجع للحركية الواسعة التي يتميز بها، إضافة إلى غموض وعدم استقرار الأحكام القانونية الملازمة له، و قد كان من شأن اجتماع هذه العراقيل والصعوبات حصول تأخير في "نضج" القواعد المرتبطة بهذا النشاط .

وإذا كانت القرارات الإدارية تشكل النموذج الكلاسيكي لممارسة الوظيفة التنظيمية على المستوى الإداري ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للعقود الإدارية، لأن أحكامها تلزم فقط الأطراف المتعاقدة ، ولا يمكن تمديد مجال تطبيقها خارج هذا الإطار، وبالتالي لا يمكن تنفيذها في مواجهة الغير.

إن هذا الأساس هو الذي دفع ببعض المفكرين إلى القول بأن العقود الإدارية تمثل وسائل قانونية لتفعيل النشاط الإداري، ولكنها لا تمثل نصوصا تنظيمية بالمفهوم التقليدي، طالما أنها لا تخاطب الأفراد الخارجين عن العلاقة التعاقدية، وهذا ما جعلها " تفتقر" لخاصية التجريد.

*** مفهوم العقد الإداري**

العقد بصفة عامة، هو توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة، ويشترط لقيامه مجموعة من الأركان وهي : ركن الرضا، ركن المحل وركن السبب، كما يشترط لصحته سلامة الرضا من عيوب الغلط، التدليس، الإكراه والغبن، وسلامة المحل والسبب من عيوب عدم المشروعية.

ومن المسلم به، أنه بإمكان الإدارة أن تختار – لممارسة نشاطها ولتحقيق المصلحة العامة - بين طريقتين للتعاقد ، فهي قد تلجأ إلى طريقة التعاقد العادي كما قد تلجأ إلى طريقة التعاقد الإداري.

لذلك كان هناك نوعين من العقود هما : العقود الإدارية والعقود العادية.

ولقد استقر الفقه والقضاء على تعريف العقد الإداري بأنه :

"الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم ببعض، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة " .

لقد استقر الفقه والقضاء على تعريف العقد الإداري بأنه : "الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم ببعض، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة"

ويتبين من التعريف السابق أن العقد الإداري يجب أن يقوم على ثلاثة ضوابط أو عناصر أساسية وهي :

1/ أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما :

يشترط لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، سواء تعلق الأمر بالدولة أو الإدارات المركزية ، أو الإدارات اللامركزية سواء كانت إقليمية كالإدارات المحلية أو مرفقية كالمؤسسات العامة .

وتأسيسا على ذلك، لا تعد العقود المبرمة فيما بين طرفين من الأفراد العاديين من قبيل العقود الإدارية، حتى بحكم كون أحدهما مكلف بأداء خدمة عامة، ذلك لأن النشاط الخاص بالأفراد تحكمه قواعد القانون الخاص، ومن ثم يخرج عن نطاق قواعد القانون الإداري .

ولذلك فإن الركن الأساسي – في هذا الشأن – يتعلق بتدخلها بصفتها سلطة عامة، توجد في مركز أسمى مقارنة مع مركز الجهة المتعاقدة معها، ولهذا فإن إسناد هذه العلاقة التعاقدية لقواعد القانون الإداري وكذا لاختصاص القضاء الإداري، إنما يرجع إلى تحقق

المعيار العضوي في العلاقة، أي وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، وكذلك تدخله بصفته صاحب سلطة عامة

ومع ذلك فإن الإدارة عندما تكون طرفا في العقد ممثلة بالدولة أو بأحد الأشخاص الإقليمية (كالولاية أو البلدية) أو أحد مؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، فإنها يجب أن تتعاقد بوصفها سلطة عامة وليست مجرد طرف حاضر في العقد مثل عقد الصلح الذي تشرف عليه الإدارة بين طرفين من أطوف القانون الخاص[1]، وعندما تنزل منزلة الأفراد لإبرام عقد من العقود دون أن تكون حاضرة فيه بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات وحقوق يفقدها[2] من يتعاقد معها مثل العقود التي تبرمها وزارة الأوقاف بوصفها ناظرة على الوقف العام وبالمقابل فإنه من ناحية أخرى فإنه قد لا تكون الإدارة حاضرة بصفة مباشرة في العقد، ولكن مع ذلك يعتبر العقد الذي تبرمه عقدا إداريا وهذا في حالتين وهما:

*** التعاقد بالنيابة عن الإدارة**

تقوم هذه الحالة عندما يتعاقد شخص من أشخاص القانون الخاص لكن بوصفه وكيلا عن الإدارة وفي هذه الحالة واعتمادا على القواعد العامة للوكالة فإن التعاقد بالنيابة تنصرف آثار العقد فيه إلى الأصيل أي الإدارة و على هذا الأساس أعتبر التعاقد بالنيابة عن الإدارة يعد عقد إداريا استنادا إلى أن الإدارة حاضرة في العقد ولكن عن طريق وكيل .

وتبرير ذلك هو تغليب المصالح العامة على المصالح التجارية الخاصة حيث أن الحكومة تشرف على هذه العقود وتراقبها ضمانا لتحقيق المصلحة العامة التي تهدف إليها، و هذا ما يجب أن يسود شرط العقد و العلاقة بين المتعاقدين في تطبيقه و تفسيره و إنهائه.

*** التعاقد لحساب الإدارة**

إن التوسع في فكرة إسباغ وصف العقد الإداري بجعله يشمل كل العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص إذا كان يتعاقد لمصلحة شخص من أشخاص القانون العام، وقد ذهب في هذا التوسع قضاء المحكمة الإدارية بمصر في فترة من الفترات في حين أن القضاء الفرنسي قصر أو حصر هذا الوصف فقط على عقود الأشغال العامة والعقود المبرمة بواسطة شركات الاقتصاد المختلط

2/ أن يتصل العقد بمرفق عام :

---

[1] :

[2] : راجع في ذلك عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 17، ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 24.

مازال القانون الإداري على " وفائه " لفكرة المرفق العام، تلك الفكرة التي بررت منذ البداية وجود قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري.

وعلى الرغم من انتقاد هذه الفكرة من جانب البعض وظهور بعض الأفكار الأخرى كالسلطة العامة والمنفعة العامة، إلا أن نظرية المرفق العام ظلت صامدة أمام هذه الأفكار وفي مواجهة هذه المستجدات

ونتيجة لذلك، لا يعد العقد إداريا إلا إذا تعلق واتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، سواء من حيث تنظيمه أو إدارته أو تنفيذه أو تسييره وضمان انتظام عمله بإطراد لخدمة أغراض المرفق العام وتحقيق احتياجاته ، مراعاة للمصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصالح الأفراد الخاصة، وهو ركن استقر عليه غالبية الفقه الإداري .

وعليه، فإن العقد لا يتمتع بالصفة الإدارية ما لم يتصل موضوعه بالمرفق العام، ومرد ذلك أن تطبيق قواعد القانون الإداري مرتبط بوجود مرفق عام، ولذلك فإن العقد لا يكون إداريا ما لم يشتمل على ما يوحي بارتباطه بالمرفق العام بمدلوله الواسع.

3/ احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص :

لقد رأى الفقه عدم كفاية الشرطين السابقين لتمييز العقد الإداري، من أجل القول عن عقد ما أنه من العقود الإدارية ، بسبب تغير مفهوم المرفق العام من المرفق العام الإداري فحسب إلى المرفق العام الصناعي والتجاري وذلك ما جعل الإدارة في حاجة إلى اللجوء إلى قواعد القانون الخاص لتسيير نشاطها أي تطبيق قواعد القانون المدني و التجاري وهذا ما أدى بالفقه إلى إضافة معيار ثالث يتمثل في إتباع الإدارة حال إبرامها لعقودها لأساليب القانون العام عن طريق إضافة أو تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة أو معروفة في عقود القانون الخاص و التي تقوم على مبدأ المساواة أي توازن العقد عكس العقد لإداري في ظل الشروط الاستثنائية التي تغلب كفة لإدارة عني كفة المتعامل معها و ذلك لمنحها امتياز في مواجهة المتعاقد معها تكفل لها الحق في تعديل شروط العقد و توقيع جزاءات على المتعاقد بل وأكثر من ذلك لها الحق في إنهاء العقد بإرادة منفردة خلافا القاعدة العامة الي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

فلا يكفي لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، وأن يتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، وإنما يلزم أن يحتوي العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص

سواء كانت هذه الشروط واردة في نفس العقد أو مقررة بمقتضى القوانين السارية المفعول ، وبذلك يظهر بأن مصالح الطرفين تكون متكافئة ومتوازنة في العقد الخاص، لكنها

غير ذلك في العقد الإداري، حيث نلمس علاقة غير متكافئة لوجود طرف متعاقد يتمتع بامتيازات السلطة العامة .

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية المقررة لصالح الإدارة، نذكر حقها في تعديل بعض بنود العقد بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، دون أن يتحداها الطرف الآخر بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، وحق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، وحقها في فسخ العقد وإنهائه بالطريق الإداري دون حاجة للجوء إلى القضاء...الخ

*** تعريف القضاء للعقد الإداري؛** لقد ساهم القضاء بشكل خاص في توطيد دعائم نظرية العقد الإداري، من خلال اجتهاداته لتوضيح أهم عناصر العقد الإداري و التي تميزه عن العقد المدني ويتجلى ذلك خصوصها في كثير من القرارات سواء الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي أو تلك الصادرة عن بعض الجهات القضائية في الدول ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها صدر في سنة 1961 (إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصها معنويا ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري) [3]

*** نشأة نظرية العقد الإداري و تطورها**

*** نشأة العقد الإداري في فرنسا:**

بدأ العقد الإداري بالتمايز عن العقود المدنية على مراحل متعددة ، بسبب ظهور حاجة الإدارة إلى وضع شروط استثنائية في العقد ، لحماية المال العام والمصلحة العامة ، فلم يعرف التشريع والفقه والقضاء في بداية الأمر إلا نوع واحدا من العقود و هي العقود المدنية، ولم تظهر نظرية العقد الإداري إلا عندما بدأ القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي بإيجاد معايير للتمسك باختصاصه في ظل تبنيه لفكرة المرفق العام والسلطة العامة .

وقد ساهم التشريع في إبراز نظرية العقد الإداري من خلال ما أصدره المشرع الفرنسي، بإخضاعه بعض العقود التي تبرمها الإدارة لاختصاص القضاء الإداري، مما اعتبر اعترافا منه بالصفة الإدارية لهذه العقود ، وقد استمر القضاء الإداري الفرنسي بالفصل في منازعات العقود الإدارية في تطوير معايير تحديد العقد الإداري وتحديد شروطه ، مستمدا أساس هذه المعايير من فكرة المرفق العام

[3] : قرار المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1189 لسنة 1962، نقلا عن محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 786.

والسلطة العامة ، ما أدى إلى في بلورة هذه النظرية و إبراز معاييرها في تحديد العقد الإداري من طرف فقهاء القانون العام .

*** تطور نظرية العقود الإدارية في الجزائر**

لم تتفرد الجزائر بنظمها القانونية إلا في مرحلة لاحقة بعد إستقلالها في سنة 1962 ، وهي مرحلة قد وصلت فيها كثير من نظريات القانون الإداري بما فيها نظرية العقد الإداري إلى منتهى تطورها، لذلك فقد عمدت الجزائر إلى تحريك الآلة التشريعية لتبني ما وصلت إليه النظرية من مبادئ في ترسيخ فكرة العقد الإداري، وقد تجلى ذلك من خلال مراحل مرت بها التجربة القانونية الجزائرية وصولا إلى أحدث التشريعات السارية فعليا خلال هذه الفترة .

لذلك يمكن تقسيم تطور النظام القانوني للعقود الإدارية في الجزائر في مراحل كما يلي :

أولا/ المرحلة الأولى ما قبل صدور الأمر 67-90:

لجأت السلطات الجزائرية إلى تمديد العمل بالتشريعات السائدة إبان الاستعمار الفرنسي إلا ما يمسّ بالسيادة وهذا بموجب القانون الصادر في ديسمبر 1962 ، إلا فيما يتعارض والسيادة الوطنية، و لأن أن الطابع السائد للعقود الإدارية يدور أساسا حول نظام الصفقات العمومية ذو الطابع التقني فقد تميزت هذه الفترة العمل بالكثير من النصوص التشريعية الفرنسية التي تنظم صفقات الدولة والجماعات المحلية في الجزائر , غير أن ذلك لم يمنع من صدور بعض النصوص

التنظيمية من بينها المرسوم 64-60 مؤرخ في 1964/02/10 المتعلق بالتطبيقات الاستثنائية في الصفقات.

ثانيا / المرحلة الثانية ، العقود الإدارية في ظل الأمر 67-90 .

يعتبر الأمر 67 - 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 أول تشريع يمس نظام العقود الإدارية وذلك بوضعه نظاما للصفقات العمومية الذي تأثر بالتشريع الفرنسي و الذي كان مطبقا بصفة انتقالية قبيل هذه المرحلة ·

، حدد من خلال مواده إطارا عاما و شروط تعاقد الإدارة، فجعل المناقصة كأصل للتعاقد و التراضي كاستثناء ، كما حصر نطاق تطبيق الصفقات العمومية في المجال الإداري دون الصناعي والتجاري. و أعطى الأولوية في الحصول على الصفقة للشركات الوطنية و المؤسسات المسيرة ذاتيا .

ثالثا/ مرحلة صدور المرسوم 82-145 .

تطور في هاته المرحلة نظام الصفقات العمومية فصدر بموجب نص تنظيمي بدلا عن نص تشريعي، و نص على إلغاء 126 مادة تضمنها الأمر 67-90 كما ألغى ثمانية أوامر معدلة و متممة لهذا الأخير·

وقد كرّس هذا التنظيم المنهج الاشتراكي مستندا على الدستور والميثاق الوطني، و وسع من دائرة المتعامل العمومي طبقا لنص المادة 05 منه ، وأكد على مبدأ الكتابة في عقود الصفقات العمومية ، و فتح المجال أمام المتعامد الأجنبي الذي يقدم ضمانات حسن التنفيذ [4].

رابعا / مرحلة صدور المرسوم التنفيذي (434-91) :

صدر في هذه المرحلة نص جديد متمثل في المرسوم 91 - 434 ضيق من دائرة المتعامل العمومي الذي أصبح يسمى المصالح المتعاقدة وحصرها في المصالح الإدارية دون المصالح الاقتصادية و التي أصبحت طبقا للتوجه الاقتصادي خاضعة في معاملاتها لأحكام القانون التجاري بوصف عقودها عقودا تجارية . ، ولم تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية و الهيئات الوطنية المستقلة، و الولايات، والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

خامسا / مرحلة المرسوم الرئاسي 02-250:

جاء هذا المرسوم اعتبارا لتوجيهات تستهدف التنمية الاقتصادية و المحافظة في ذات الوقت على المجال العام والخاصة و حماية المال العام ، و لقد كان صدور المرسوم الرئاسي 02 - 250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن الصفقات العمومية [5] نتيجة لتعديلات و إصلاحات اقتصادية وسياسية استوجبتها الشركات الأجنبية وخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، وفتح مجال للمستثمر الأجنبي ،

سادسا / مرحلة صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 [6]:

غير المشرع الجزائري عقيدته فيما يخص نظام الصفقات العمومية، باعتباره نظام ذو طابع مالي يحتاج إلى مراجعة مستمرة و تعديلات ضرورية مستعجلة و هو ما جعله يكون ضمن الاختصاصات التنظيمية لرئيس الجمهورية و التي يباشرها بموجب مراسيم رئاسية و لم يدم العمل بهذا المرسوم طويلا بعد أن تم تعديله حتى صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وما يميز هذا الأخير هو أنه قد جمع إضافة لعقود الصفقات العمومية والتي تعتبر من عقود تزويد المرفق

---

[4] : المادة 24 من المرسوم 92-145 السابق الذكر .

[5] : المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن الصفقات العمومية ، (جريدة رسمية عدد 52 لسنة 2002) .

[6] : المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (جريدة رسمية 58 عدد لسنة 2010) .

بحاجياتــه، نــوع آخــر مــن العقــود هــي عقــود تســيير المرافــق العامــة و التــي اصــطلح عليها بمسمى تفويضات المرفق العام.