الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد –الطارف
كليّة الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الرقم التسلسلي:.....

مذكرة بعنوان:

تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون عام معمق

إعداد الطالبتين:
جهاد عابد
صبرينة بوطربوشة

إشراف الدكتور: جمال كفالي

لجنة المناقشة

د.نعيمة بوعقبة	أستاذ محاضر قسم –أ–	الشاذلي بن جديد –الطارف	رئيسا
د.جمال كفالي	أستاذ محاضر قسم –ب–	الشاذلي بن جديد –الطارف	مشرفاً ومقرراً
أ.صادق صياد	أستاذ مساعد قسم –أ–	الشاذلي بن جديد –الطارف	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد –الطارف
كليّة الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الرقم التسلسلي:.....

مذكرة بعنوان:

تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون عام معمق

إعداد الطالبتين:
جهاد عابد
صبرينة بوطربوشة

إشراف الدكتور: جمال كفالي

لجنة المناقشة

د.نعيمة بوعقبة	أستاذ محاضر قسم –أ–	الشاذلي بن جديد –الطارف	رئيسا
د.جمال كفالي	أستاذ محاضر قسم –ب–	الشاذلي بن جديد –الطارف	مشرفاً ومقرراً
أ.صادق صياد	أستاذ مساعد قسم –أ–	الشاذلي بن جديد –الطارف	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

Minister de L'enseignement Supérieur

Et de La Recherche Scientifique

Université el tarf

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Département de Droit

جامعة الشاذلي بن جديد

المرجع: القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحته .

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة) : بوطريبو سلمى سميرة .....

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119980841049220006 .....

الصادرة بتاريخ: 2022.02.14 .....

عن دائرة: بوحجار .....

المسجل بكلية : الحقوق والعلوم السياسية قسم: الحقوق .....

والمكلف بإنجاز مذكرة تخرج ماستر عنوانها:

تطبيقات حديث السلطان الإرادة في العقود الإدارية .....

.....

أصرح بشرفي أني التزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المنهجية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022.06.28

إمضاء المعني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

Minister de L'enseignement Supérieur

Et de La Recherche Scientifique

Université el tarf

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Département de Droit

جامعة الشاذلي بن جديد

المرجع: القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحته .

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة) : عبابسة جهاد

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119812330009900000

الصادرة بتاريخ: 2021/04/19

عن دائرة: بوحجار

المسجل بكلية : الحقوق والعلوم السياسية قسم: الحقوق

والمكلف بإنجاز مذكرة تخرج ماستر عنوانها:

تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية

أصرح بشرفي أني التزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المنهجية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022/06/28

إمضاء المعني

بسم الله الرحمن الرحيم

صدق الله العظيم

شكر

الشكر لله عز وجل الذي بتوفيق منه وبفضل منه تمكنا من إنجاز هذه المذكرة

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الإمتنان إلى الأستاذ الدكتور كفالي جمال الذي وافق الإشراف على هذا العمل و على كل ماقدمه لنا من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستنا من جوانبه المختلفة وكل مامنحه لنا من وقت وجهد الذي أضاء أمامنا سبيل إتمام هذه المذكرة وتشجيعه لنا فله أسمى عبارات الثناء والتقدير كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام الدكتورة الفاضلة بوعقبة نعيمة رئيسا *والدكتور الفاضل صياد الصادق ممتحنا *والدكتور الفاضل كفالي جمال مشرفا ومقررا *حفظهما الله لتفضيلهما بقبول مناقشة مذكرتنا هذه من أجل تقديم توجيهات لنا.

كما نقدم شكرنا للأستاذة والدكتورة عطوي حنان على نصائحها وتوجيهاتها التي قدمتها لنا إضافة إلى الأستاذ والدكتور العايب نصر الدين علي مساندته لنا وتقديمه يد العون والمساعدة بصدر رحب .

كما لا يفوتنا أن نقدم الشكر إلى أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وكل من الطاقم الإداري من موظفين وعمال إضافة إلى عمال المكتبة وإلى أساتذة جامعة الشادلي بن جديد بصفة عامةكما نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد والحمد لله على التمام.

الإهداء

إلى من أوصانا الله بهما خير منبع الأمل ونبع الحنان أبي و أمي

حفضهما الله وأطال في عمرهما

إلى من شاركتو معهم أجمل لحظات الحياة إخوتي سندي
حفظهما الله

وإلى زوج أختي الذي بمثابة أخي الأكبر

إلى بناتهم بارك الله فيهما وأنبتهما نباتا حسنا مباركا في طاعته
وطاعتهم

إلى كل عائلة بوطربوشة كبيرهم وصغيرهم

إلى أعز صديقات *جهاد*وإلى زميلاتي وصديقاتي بالدراسة

إلى كل من ساعدني للوصول إلى هذه المرحلة أهدي عملي
المتواضع هذا راجية من المولى عزل وجل أن يتقبله مني ويوفقني في
ما تبقى من مسيرتي هذه .والحمدلله الذي به تتم الصالحات.

صبرينة

الإهداء

الشكر لله أولا وأخيرا وله الحمد والفضل والإحسان

أهدي ثمرة جهدي إلي رمز الصبر والعطاء والدي العزيزين

"أبي وأمي"

إلى من شاركت معهم أجمل لحظات الحياة أخوتي

إلي الأخت التي رزقني الله بها

كامليا

إلى زوجي حفظه الله لي

إلى أعز صديقاتي *صبرينة* وزميلاتي في الدراسة إلى كل من

زميلاتي فالعمل بصيدلية بوضياف حميدة

إلى عائلة عابد وهميسي. إلى كل من ساعدني في إعداد هذا العمل

المتواضع.

جهاد

قائمة المختصرات

–ج.ر.ج.ج:الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

–ق.م.ج:قانون مدني جزائري

–ط:طبعة

– د.ط:دون طبعة

–ص:صفحة

–د.ص:دون صفحة

–ف:فقرة

–د.س:دون سنة نشر

–ج: جزء

–ع: عدد

مقدّمة

تهدف الإدارة من خلال ممارستها لنشاطها إلى تحقيق المصلحة العامة كقاعدة عامة، وذلك عن طريق اشباع الحاجات العامة للأفراد، ومن أجل ذلك تتخذ عدة وسائل وأساليب منحتها إياها القوانين والتنظيمات في الدولة، هذه الوسائل والأساليب تختلف في طبيعتها ووصفها القانوني حسب نوع النشاط الذي تصبو إلى تحقيقه، فقد تكون أعمالا مادية لا تهدف الإدارة من ورائها إلى إحداث آثار قانونية بعينها، وقد تكون أعمال قانونية تقوم بها الإدارة الهدف منها إحداث آثار قانونية من خلال إنشاء مراكز قانونية أو تعديلها أو إنهائها، هذه الأخيرة تنقسم إلى أعمال إنفرادية تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة دون تدخل أي طرف فيها ،تتمثل في القرارات الإدارية التي من خلالها تقوم الإدارة بآداء واجباتها في تسيير المرفق العام وتلبية الحاجات العامة للساكنة، في حين قد تلجأ في بعض الأحيان إلى أسلوب التعاقد مع أشخاص القانون الخاص أو القانون العام، وذلك عن طريق إبرام العقود الإدارية وفقا لأساليب القانون العام، بوصفها سلطة عامة تتمتع بإمتيازات غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وذلك خلافا للحالات التي قد تلجأ فيها إلى إبرام عقودها وفقا لنظام القانون الخاص، ويكون ذلك عندما ترى بأن إتباعها لأسلوب القانون الخاص كاف لتحقيق أهدافها، وتنزل في هذه الحالة منزلة أشخاص القانون الخاص مجردة من كل إمتيازات السلطة العامة .

وبما أن العقود الإدارية هي تصرقات قانونية تنشأ بمجرد توافق إرداتين (الإدارة والمتعاقد مها) بهدف إحداث أثر قانوني معين، فإن هذا الأمر يستوجب أن يكون للعقد محل وسبب مبني على أساس رضا الطرفين يُفرغ في شكل معين (كتابة)، وبإعتبار أن المرفق العام يسعى لتحقيق المصلحة العامة وفقا لمقتضيات النظام العام التي منحها المشرع إياه في نصوص القانون العام، الأمر الذي قيد مبدأ سلطان الإرادة على الوجه المألوف في عقود القانون الخاص من جهة الطرف المتعاقد مع الإدارة، الأمر الذي أدى إلى إستبعاد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقواعدها المعروفة في عقود القانون الخاص من التطبيق في العقود الإدارية بصورة مطلقة، نظرا لما تتمتع به الإدارة من سلطات وإمتيازات غير محدودة من أجل تنفيذ العقد على نحو يضمن سير المرفق العام ،الأمر الذي ينعكس بدوره على

إلتزامات الطرفين في العقد، ما من شأنه أن يجعل من الإدارة الطرف الأقوى في مواجهة المتعاقد معها، مما يؤدي إلى تهديد التوازن المالى للعقد الإداري .

أهمية الدراسة:

نظرا لما يتمتع به هذا الموضوع من أهمية كون أن إبرام العقد الإداري يهدف لتحقيق المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة،ومدى تأثير قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقد الإداري ، ونطرا لما هو مأخوذ به في التشرع المعمول به ،ادى بنا إلى دراسة هذا الموضوع كونه يتناول أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، والتي تعتبر من أهم مميزات العقد الإداري لحرص الإدارة على تحقيق المصلحة العامة ولأن الإمتيازات التي تتمتع بها تعتبر من أخطر السلطات التي من شأنها تهديد العملية التعاقدية ومصلحة المتعاقد التي يسعى لتحقيقها .

وللتمكن من حصر السلطات الإمتيازات الممنوحة للأدارة بداية من مرحلة الإبرام إلى مرحلة التنفيذ وحتى إنهائه ،ولمعرفة الحدود والضوابط لهذه السلطات ومدى قانونية مباشرة الادارة لها وأهميتها.

وللتعرف أكثر على الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد معها في مواجتها في حال تعسفها في إستغلالها لهذه الإمتيازات والسلطات .

أما من الجانب العملي فتكمن أهمية هذا الموضوع في أنه مرتبط بسير المرفق العام بإنتظام وإضطراد ،يحقق بذلك المصلحة العامة من خلال تقديمه للخدمات للمنتفعين ،وفي حال تعسف الإدارة في إستعمالها لهذه السلطات قد يؤدي بهل إلى تهرب المتعاقدين معها وفسخهم للعقد نتيجة هذا التعسف ،وهذا يؤثر بدوره على سير المرفق العام .

وأيضا لمعرفة مدى إمكانية تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة والقيود التي ترد عليه .

أسباب إختيار الموضوع:

ومن بين أهم أسباب إختيارنا لهذا الموضوع الذي يهدف تحقيق المصلحة العامة الأمر الذي أدى إلى إتصال فكرة العقد الإداري بالمرفق العام هو :

رغبتنا في توضيح هذا الموضوع أكثر بالنسبة للقراء والدارسين ولكل من يريد فهم محتواه ،أدى بنا إلى محاولى معرفة ماهية العقود الإدارية بصفة عامة من خلال تعريفها فقهيا وقضائيا وفي القانون الإداري الجزائري ،وبيان خصائها والأركان التي تقوم عليها،إضافة إلى التطرق لمبدأ سلطان الارادة في العقد الإداري والقانون الخاص وكيفية ظهوره إلى الواقع من خلال سيرورته التاريخية ، والإطلاع على القيود والنتائج التي ترقد عليه،والسلطات التي تتمتع بها الإدارة والمتعاقد معاها أثناء إبرامهم وتنفيذهم للعقد، ومدى تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية ونطاق تطبيق مبدأ سلطان الإراة فيه .هذه الأساب أدت بنا إلى دراسة هذا الموضوع والتوسع فيه أكثر .

أهداف الدراسة :

أما بالنسبة لأهداف دراستنا لهذا الموضوع والمتمثل في تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية، هو معرفة السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ،ومدى إعمال وتطبيق مبدأ سلطان الإرادة أثناء مباشرتها لها والقيود التي يفرضها القانون عليها .

إشكالية الدراسة :

يعتبر العقد الإداري أساس الحقوق و الإلتزامات بين طرفيه ومن هذا المنطلق فإن العقع شريعة المتعاقدين وهي الفكرة الأساسية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة ،غير أنه و نظرا لإرتباط العقد الإداري بإحتياجات المرفق العام فإن ذلك يتطلب تغليب المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد ،مما يجعل الإدارة في مركز قانوني أسمى على المتعامل المتعاقد معها ،الأمر

الذي قد يهدد توازن القوى في العقد الإداري ويؤثر على حسن تنفيذه .وعليه فالإشكالية الرئيسية التي نطرحها هنا هي :

– ما مدي تأثير مختلف الإمتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة على مبدأ سلطان الإرادة ؟

المنهج المتبع في الدراسة :

محاولة للإجابة على هذه الإشكالية إعتمدنا في ذلك على المنهج الوصفي الذي من خلاله حاولنا تعريف كل من العقد الإداري ومبدأ سلطان الارادة والإحاطة بجميع العناصر التي تخص كل منهما والتي يدور حولها موضوعنا هذا ،إضافة إلى المنهج التحليلي الذي من خلاله بينا السلطات التي يتمتع بها كل من الادارة والمتعاقد معها من خلال تحليل النصوص القانون المتعلقة به .

تقسيم الدراسة:

من أجل الإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمنا دراستنا إلى فصلين حيث خصصنا الفصل الأول إلى:تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية ،والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين: حيث تناولنا في المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري ،أما المبحث الثاني: فتناولنا فيه مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.

في حين تم تخصيص الفصل الثاني من الدراسة إلى دراسة: نصيب أطراف العقد من المبدأ والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين حيث تناولنا في المبحث الأول: مظاهر المبدأ في مرحلة الإبرام أما المبحث الثاني فتناولنا: مظاهر المبدأ من خلال مرحلة التنفيذ .

الفصل الأول

مدى خضوع العقود الإدارية لمبدأ سلطان الإرادة

تسعى الإدارة من خلال القيام بمجموعة من التصرفات القانونية إلى إحداث أثر قانوني تتخذ في ذلك طريقتين :

الأولى: تتجسد في القرار الإداري والذي يعتبر تصرف قانوني تستعمله الإدارة من أجل إحداث أثر قانوني، من خلال إنشاء أو تغيير منصب قانوني معين بإرادتها المنفردة دون تدخل أي طرف آخر فيها.

أما الثانية: فهي العقد الإداري: والذي هو محور دراستنا هذه شانه شأن العقد المدني ،ذلك أن العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين.

فإذا كان العقد الإداري من التصرفات القانونية الذي يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، فإنه لقيامه لابد من توافره على مجموعة من الخصائص والأركان والتي تعتبر بدورها أهم العناصر الأساسية له لاعتباره عملا قانونيا، فلو تخلف أي عنصر من هذه الأركان لما استطاعت الإدارة إبرام عقودها الإدارية المختلفة.

فتوافق إرادتين في إبرام العقود الإدارية من أهم الركائز التي يبني عليها هذا الأخير، يعني وجود رضا بين الطرفين، إلا أنه بالنظر إلى المركز القانون الذي يحضى به الإدارة نجدها في بعض الأحيان تفرض رأيها على المتعاقد معها مستعملة في ذلك امتيازات السلطة العامة، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الإدارة ،وحول هذا الأخير تحديدا ثارت مجموعة من الخلافات حول المدى الذي يحتله هذا المبدأ في العقد الإداري، ومنه حتى يتم معرفة ذلك وإزالة هذا الغموض الذي يدور حوله لا بد من التعرف أكثر عليه من خلال التعريف به، ومعرفة مساره التاريخي والمراحل التي جاء فيها هذا المبدأ، وهل لمبدأ سلطان الإرادة نتائج تترب عنه وما هي القيود التي ترد عليه ويتوجب احترامها وعدم تجاوزها، ومنه وبالنظر إلى ما يكتسبه هذا النوع من العقود من خصوصية باعتباره عملية تعاقدية

وجب التطرق إليه بالدراسة والتحليل بهدف تمييزه عن غيره من العقود الأخرى وهذا ما سنحاول معالجته في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين أساسيين، حيث ستناول في:

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية.

المبحث الثاني: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الأول:

مفهوم العقد الإداري

العقد الإداري بصفة عامة هو توافق إرادتين من أجل إحداث اثر قانوني تلجأ إليه الإدارة في سبيل ممارسة نشاطاتها واستخدام وسائلها البشرية والمالية وفقا لأساليب القانون الإداري[1]، وباعتبار أن فكرة العقد الإداري حديثة النشأة فإن التشريعات لم تتطرق إلى تعريفه وإنما أسندت هذه المهمة إلى الفقه والقضاء الإداريين في ذلك. ومنه تم الإتفاق على وضع مجموعة منه الخصائص والأركان الأساسية التي يبني عليها العقد الإداري والتي تعتبر ركيزة إسهامه لاعتبار هذه الأعمال عقود إدارية.

ومنه سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف العقد الإداري فقهيا وقضائيا وبيان خصائصه في المطلب الأول وإلى الأركان التي يبنى عليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

تعريف العقد الإداري وخصائصه

سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى تعريف العقد الإداري فقهيا وقضائيا في الفرع الأول، والخصائص التي يقوم عليها في الفرع الثاني.

[1] نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2007، ص 313.

الفرع الأول:

تعريف العقد الإداري

من المتفق عليه أن هناك اختلاف بين الفقه والقضاء حول تعريف العقد الإداري والطبيعة القانونية له ،إذا كان من منشأ قضائي أرسى مبادئه القضاء الإداري أو من منشأ فقهي أرسى مبادئه الفقه الإداري، وهذا ما أدى إلى ظهور عدة تعاريف للعقد سنحاول إدراجها في:

أولا: التعريف القضائي للعقد الإداري

بالرجوع إلى اجتهادات القضاء الإداري نجد أن هناك مجموعة من التعاريف للعقد الإداري وإن كانت أغلبها متفقة على تعريف واحد له ومن بينها:

1- في قضاء مجلس الدولة الفرنسي: عرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام لتسيير مرفقا عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا أساسية غير مألوفة في القانون الخاص"[1].وأن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير المرفق العام[2].

وعليه فإن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص والتي تهدف إلى تسيير مرفق عام هي عقود إدارية بطبيعتها شرط أن تتضمن شروطا أساسية غير مألوفة في القانون الخاص.

2- في المحكمة الإدارية العليا لجمهورية مصر:

عرفت المحكمة الإدارية العليا لجمهورية مصر العربية العقد الإداري بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسيره، وأن تظهر

[1] أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 5.

[2] محمد العموري، العقود الإدارية، الجامعة الافتراضية السورية للجمهورية العربية السورية، 2018، ص 2.

نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[1].

إجمالا وحسب ما هو متفق عليه في القضاء الإداري أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص والتي تهدف إلى تسيير مرفق عام هي عقود إدارية بطبيعتها شرط أن تتضمن شروطا أساسية غير مألوفة في القانون الخاص.

ثانيا: التعريف الفقهي للعقد الإداري :

باعتبار أن نظرية العقد الإداري قضائية المنشأ أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته ،من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه، إلا أن هناك جانب كبير من الفقهاء في مصر أيدوا القضاء الإداري في تعريفه للعقد الإداري من بينهم:

الأستاذ سليمان الطماوي والذي عرفه 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 شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[2].

أما الفقيه دبجي فقد عرفه بأنه: "العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى ذات الخصائص والآثار القانونية وإذا كان الاختصاص المتعلق للمحاكم الإدارية فإن ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته مثل العقود التجارية على سبيل المثال".

[1] سيف محمد سيف السويدي، فسخ العقد الإداري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مجلد 18، ع 1، 2021/1443،ص 14.

[2] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1975، ص 50.

وعرفه الفقيه أندري دولوبادير بأنه "توافق إدارتين عن إنشاء إلتزام وليس كل توافق يعتبر عقدا فهو ينكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية ذات المظهر التعاقدي التي تجريه الإدارة"[1].

يمكن القول بأن الطابع القضائي للعقد الإداري لا ينفي دور الفقه في بيان العناصر المختلفة لهذه النظرية ويظهر ذلك في الإجراءات المختلفة بين العقد الإداري والعقد المدني بالرغم من أن كلاهما توافق إرادتين لإحداث اثر قانوني.

ومن ماسبق بيانه إرتئينا إلى تعريف شامل للعقد الإداري في الفقه الإداري وهو كما يلي:

عرف الفقه العقد الإداري بأنه "هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص منه أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تنظيمه وتسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[2].

من هنا ومن خلال استقراء التعاريف القضائية والفقهية للعقد الإداري فإن التعريف الأرجح والمتفق عليه فقها وقضاءا هو تعريف مجلس الدولة الفرنسي وذلك نظرا لتأثر معظم الفقهاء به،ومن أسباب اعتمادهم راجع إلى مايعرفه القضاء الإداري من تطور تبعا لما تعرفه الحياة الإجتماعية والقانونية من تغيرات وانعكاس ذلك على تكوين المفاهيم القانونية.

ثالثا: تعريف العقد الإداري في القانون الإداري الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري العقد الإداري بل اعتمد على نهج نظيره الفرنسي والمصري في تعريفه له واكتفي بالإشارة إليه ليخص الصفقات العمومية دون أن يصرح بانها عقود إدارية.

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر،2008، ص 15.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط1، 2011،ص 41.

وذلك بالنص عليه في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15 /247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"[1].

من خلال تعريف العقد الإداري قضائيا وفقهيا وتعريفه في القانون الإداري الجزائري تبين لهنا انه للعقد الإداري مجموعة من الخصائص سنحاول الإطلاع عليها في هذا الفرع:

الفرع الثاني:

خصائص العقد الإداري

لكي يعتبر العقد إداريا لا بد أن يتوفر على مجموعة من الخصائص والتي تتجلى في :

أولا: أن تكون الإدارة طرفا في العقود الإدارية:

يشترط لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد طرفيه على الأقل من أشخاص القانون العام (الدولة، المؤسسات العامة الرسمية، المجالس المحلية)، في حين قد يكون الطرف الآخر من أشخاص القانون الخاص، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقود التي تبرم بين طرفين من أشخاص القانون الخاص عقودا إدارية، حتى لو تعلقت بعقد إداري كالعقود التي يبرمها المقاول والموردين[2].

[1] المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ج.ر.ج.ج، ع 50.

[2] حمدي القبيلات،القانون الإداري (القرارات الإدارية – العقود الإدارية الأموال العامة الوظيفة العامة)، ج2، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن ،عمان، ط1، 2010، ص 100.

فمصطلح الإدارة يدل عادة على السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين فضلا عن إدارة مؤسسات الدولة ومرافقها العامة. [1]

الأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون أفرادا كانوا أم شركات لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا يخضع لأحكام القانون العام.[2]

واستثناءا على ذلك قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير لها بتاريخ 8 يوليو عام 1963 بأنه يعتبر عقدا إداريا الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين متعلقا بمسائل تعد من الأشغال العامة، بالرغم من أن العقد قد أبرم بين أشخاص القانون الخاص وباعتبار أن شركة الاقتصاد المختلط هي شخص معنوي خاص، وهذا لأن هذه الشركة تعمل لحساب الإدارة. فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي العقد إداريا حتى ولو أبرمته شركة خاصة عادية ما دام يتعلق بأشغال عامة.[3]

أي أنه بالرغم من أنا العقد ابرم بين أشخاص القانون الخاص إلا انه اعتبره مجلس الدولة الفرنسي عقدا إداريا لأنه متعلق بأشغال عامة ويهدف لتحقيق المصلحة العامة .

ثانيا: ارتباط العقد بالمرفق العام:

حتى يعتبر العقد إداريا يجب أن يكون محله أو موضوعه متعلقا بمرفق عام سواء من حيث تنظيمه أو إدارته أو تنفيذه أو تسييره وضمان عمله بإطراد، لخدمة أغراض المرفق العام وتحقيق

[1] عمار عوابدي، القانون الإداري، (النشاط الإداري)، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، (د،ط)،2000، ص 193.
[2] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة 2008، ص 475.
[3] المرجع نفسه، ص 476.

احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وهو ركن استقر عليه غالبية الفقه الإداري.[1]

قد عرف البعض المرفق العام بأنه: كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام وهدفه تحقيق الصالح العام وتكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة.[2]

ومنه فقد عرفت محكمة العدل العليا الأردنية المرفق العام بأنه "حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغا يقضي تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، سواء كان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا، أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها لا فارق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافها..."[3].

ومن هنا حتى يكون العقد إداريا لا بد أن يكون موضوعه مرتبطا بنشاط ذي نفع عام، وبالتالي فإن الإدارة حرة في أن تلجأ في بعض الأحيان إلى وسائل القانون الخاص إذا رأت أن تلك الوسائل أجدى في تسيير المرافق العامة، أي أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرافق العامة لا يعني بالضرورة أن يكون ذلك العقد إداريا. لأن الإدارة قد تعتمد أساليب القانون الخاص، وبالتالي لا يعتبر العقد إداريا.[4]

[1] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 100.

[2] لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي، عدد 53، 2011م،(د، ص).

[3] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 100.

[4] المرجع نفسه ، ص 101.

ثالثا: أسلوب القانون العام (الشروط الاستثنائية):

سبق الإشارة في معيار ارتباط الإدارة بالمرفق العام بأن العقود التي تبرمها الإدارة ليست بالضرورة أن تكون عقودا إدارية، فارتباط العقد بنشاط مرفق عام ليس معيارا كافيا لإثبات الصفة الإدارية للعقد. بل يجب أن يكون الطرفان المتعاقدان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص ذلك أن فكرة المرفق العام لم تعد فكرة منتجة ذات أثر قانوني.[1]

"أي أن يحتوي العقد على شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص حتى وإن لم يتصل العقد بمرفق عام. وذلك بأن تشترط الإدارة لنفسها التمتع ببعض الامتيازات التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين مما ينبئ عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام"[2].

"والشروط الاستثنائية التي تعتبر المعيار المميز للعقد الإداري هي الشروط التي لا نظير لها عادة في العقود الخاصة، وهذه الشروط متعددة المظاهر متباينة الأوضاع وغير محددة المعالم ومنها حق الإدارة في إدخال تعديلات على شروط العقد في أي وقت، وحق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، وحق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر، وأيضا حق الإدارة في توقيع الجزاء التعاقدي دون نص يقرره ،ومن ثم فهذه الشروط الاستثنائية لا يجوز للأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة"[3].

"وقد تتمثل الشروط غير المألوفة أيضا في أن تحيز الإدارة للمتعاقد معها التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة كحق نزع الملكية للمنفعة العامة واستخدام وسائل الإكراه ضد الأفراد ولا يلزم أن

[1] ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة استكمال متطلبات منح درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 16.

[2] ماجد راغب الحلو،القانون الإداري ،المرجع السابق ،ص 477.

[3] ثامر مبارك عوض المطيري ،المرجع السابق،ص ، ص16،17 .

تكون مثل هذه الشروط غير مشروعة إذا ذكرت في عقد من عقود القانون الخاص بل يكفي أنها لا تقابل عادة لصالح أحد المتعاقدين فيها"[1].

فإدخال الشروط غير العادية في العقد الإداري يثبت في الحقيقة أن الاعتبار الذي دفع إلى التعاقد هو تحقيق المصلحة العامة وهي أساس القواعد ذات الطابع الخاص التي تحكم العقود الإدارية".

كما أن القانون الفرنسي يعتبر العقد الإداري ليس فقط بتضمينه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ولكن أيضا إذا وجدت عناصر خارجية عن شروط العقد نفسها، ولكنها تجعل نظام العقد غير مألوف بالنسبة لنظام العقود العادية الخاضعة للقانون الخاص. exorbitant du droit commun[2]

ومنه الشرط الاستثنائي غير المألوف في العقد الإداري محدد قانونا ومن أمثل ذلك:

- إلزام المتعاقد بسعر معين في تقديم صفقة المشروعات
- حق الإدارة في مراجعة التعريفة
- حق الإدارة في مراجعة تنقيح مؤلف ما
- حق الإدارة في تفتيش الأماكن المستأجرة
- حق الإدارة في فسخ العقود بإرادتها المنفردة.[3]

[1] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 477.

[2] المرجع نفسه،ص ،ص477، 478.

[3] مساهل عائشة، العقود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2012، ص 1.

المطلب الثاني:

أركان العقد الإداري

يتكون العقد الإداري شأنه في ذلك شأن العقد الخاص من ثلاث أركان مترابطة فيما بينها تعتبر أساس إبرام هذه العقود ،تتمثل في الرضا – المحل – السبب ،إلا أنه قد يضيف القانون أو المتعاقدان ركنا رابعا لهما وهو الشكل .سنتناول كل ركن على حدي من خلال تقسيمهم إلى فروع :

الفرع الأول:

الـــــرضـا

يمثل الرضا أحد الأركان الأساسية الأربعة و اللازم توفرها في العقد الإداري لكي يقوم صحيحا .

أولا: تحديد الرضا

تناوله المشرع الجزائري في القانون المدني في نص المادة 59 والتي نصت صراحة على أنه "تم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"[1] وعليه "فإن التراضي لا يتحقق إلا باقتران إرادتين متطابقتين، على أن تتجها هاتين الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني وتترتب على اتفاقهما إنشاء إلتزامات ويتم ذلك التراضي بإيجاب وقبول يطابقه في تلك الالتزامات ."[2] ولقيام الرضا لابد من توافره على العناصر الأتية والمتمثلة في:

[1] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م،المتضمن القانون المدني الجزائري ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007،ج،ر،ج،ج ،ع31 .

[2] مساهل عائشة، المرجع السابق، ص 16.

1- تعبير عن الإرادة :

ومثلما هو الحال في عقود القانون الخاص قد يكون التعبير صريحا وقد يكون ضمنيا إذ ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا وهذا مانصت عليه المادة 60 من ق-م-ج في الفقرة الثانية منها " إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود غير أن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة".

ومثال ذلك قيام شخص باستغلال مرفق، وبعد انتهاء مدة الاستغلال يبقى ذلك الشخص مستقبلا له، وقيامه بالطلب من الإدارة بتجهيزه بالمواد اللازمة للعمل واستلام الإدارة لأجور الاستعمال الجديد تعتبر أمورًا دالة على قبول ضمني[1] .

2- توافق الإرادتين :

إذا كان المقصود بالرضا تلاقي أو توافق الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معها باعتبار أن هذا الأخير هو جوهر الرابطة التعاقدية فإنه لابد من تحديد معنى كلا من الإيجاب والقبول[2].

أ- الإيجاب :

الإيجاب تعبير بات ونهائي عن الإرادة يعرض من خلال شخص يسمى الموجب على شخص آخر أو آخرين التعاقد وفق شروط وأسس معينة، من أجل الحصول على قبول لهذا العرض فينشئ العقد .

[1] محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،ط 1، 2010/1431، ص107.

[2] مساهل عائشة، المرجع السابق، ص 17.

وهذا لا يشترط في الإيجاب أن يكون موجه إلى شخص معين بالذات حيث يصح أن يوجه إلى أشخاص غير معينين كالإيجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات أو عن طريق عرض البضائع بأسعارها في واجهات المحلات التجارية [1]

ب- القبول :

القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب.

من خلال تعريفه نستنتج أنه يشترط في القبول أن ينطوي على نية قاطعة وأن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا أعتبر رفضا يتضمن إيجابًا جديدًا.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه :

"إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما يعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد مبرما ما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقتضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون والعرف والعدالة".

ولإيضاح ذلك أكثر حاولنا وضع أمثلة للإيجاب والقبول و المتمثلة في :

- عقد قامت به بلدية عين الكرمة بعد الإعلان عن صفقة عمومية ،لما تعلن الإدارة عن صفقة وتضع الشروط ،يقدم المتعاقدين(المقاولين) العروض الخاصة بهم ،أي في حال رغبة البلدية قي بناء مدرسة مثلا ،تعلن عن الصفقة ويأتي المقاولين لأخذ دفتر الشروط ويقومون بدفع مبلغ الدفتر ،بعد ذلك كل واحد من هؤلاء المقاولين يقدم عرضه في رسالة مغلقة فيها المبلغ الذي من خلاله يستطيع

[1] علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام نظرية العقد ، ج1 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2021/2020 ، ص 74.

[2] عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، 2012/2011 ص 31.

بناء المدرسة ،هنا تعلن البلدية عن إفتتاح الأظرفة ،ومن وضع أقل مبلغ هو من ترسو عليه الصفقة ويحدث الرضا ويمضى العقد بينهم .

من خلال هذا المثال يمكن القول بأن الإيجاب يكون من المتعاقدين أي (المقاولين)أما القبول فيكون من الإدارة أي (رئيس البلدية)،عكس ذلك في العقد المدني مثلا في عقد البيع البائع هو الذي يصدر منه الإيجاب والمشتري القبول.

ثانيا: صحة الرضا

ولصحة الرضا لابد من توافر ثلاث شروط وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- رضا الطرفين
- موضوع أو محل العقد
- السبب

ذلك أن تخلف أي شرط من هذه الشروط قد يترتب عنه إبطال العقد ،إضافة إلى هذا فإنه ولصحة العقد يشترط من جهة أخرى أن يكون الطرفان أهلا لإبرامه بإعتبار أن عدم الأهليه أو نقصها هو قرينة قانونية قاطعة على عيب بعكس العيوب الأخرى لأنه يجب إثباتها[1].

الفرع الثاني:

المحـــــل

في حال رضا الطرفين على إبرام العقد الإداري يتوجب تحديد الشيء الذي اتفقا على إبرامه وهذا ما يعرف بمحل العقد الإداري،والذي يعتبر ثاني الأركان التي يقوم عليها ،ومنه سنحاول التطرق إليه من خلال ما يلي :

[1] فاضلي إدريس،الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2009، ص 79.

أولا: تعريف المحل:

يعرف المحل في الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به أو بعدم القيام به[1] .

ويقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به ان يكون موجودًا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومما يجوز التعامل به.[2].

لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفا محددا لمحل الالتزام، حيث أن محل الالتزام هو الذي ينشئه محل العقد الذي هو العملية القانونية التي تراضي الطرفان على تحقيقها (كالبيع، الإيجار، التأمين)

ثانيا: شروط المحل

حسب ما جاءت به نصوص المواد 92-93-94-95 من ق .د.م نجد أنه لابد من توفر جملة من الشروط في محل الالتزام وهي :

- أن يكون محل الالتزام ممكنا
- غير مستحيل
- أن يكون معنيا أي قابلا للتعيين
- أن يكون مشروعا [3].

أي يشترط بمحل العقد أن يكون معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص ،أو بذكر الصفات المميزة له ،كما يشترط محل العقد أن يكون مما يجوز التعامل به أي يكون مشروعا.

[1] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ص 108.

[2] لؤي كريم عبد، المرجع السابق ، (د.ص) .

[3] مساهل عائشة ، المرجع السابق ص 20.

والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدل فيه بإرادتها المنفردة اعتمادا على الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد.

ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية، وذلك بأن يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع يعد العقد باطلا لمخالفته للنظام العام. ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1966 التي أبطلت عقدا إداريا أبرمته الإدارة مع أحد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقا لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد الضارة، فقالت المحكمة في هذا الصد "... ومن حيث أن الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو الأمر في ذاته مخالفا للنظام العام، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها.. ".

وبطبيعة الحال بالنسبة لشروط صحة المحل الأخرى فإنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني بالإضافة إلى ما تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الإدارية[1]

الفرع الثالث:

الـــسبـب

إذا وجد الرضا ركن في العقد وكان صحيحا خليا من أي عيب وأنصب هذا الرضا على محل ممكن فإنه لقيام العقد لابد من توافره على سبب مشروع ، وهذا الأخير سواء كان مباشرا أ, غير مباشر وجب وجوده في كل عقد سواء كان عقد مدني أو عقد إداري وفي حال تخلف هذا الركن عدا باطلا ، من هنا سنتناول هذا الركن فيمايلي :

[1] لؤي كريم عبد ،المرجع السابق ،(د.ص)

أولا: تعريف السبب

- يعرف البعض السبب أنه:"هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه"[1]،ففي عقد المقاولة مثلا يرتضي المقاول تحمل إلتزام ببناء قاعة متعددة الخدمات بهدف الحصول على المقابل الذي تلتزم الإدارة بتسليمه ،ومن جهة أخرى تلتزم بتحمل دفع الثمن رغبة منها في الحصول على القاعة المتعددة الخدمات .

ثانيا: شروط السبب

يشترط القانون المدني الجزائري مشروعية السبب في العقود المدنية إلا أنه سكت عن شرط وجود السبب بحيث لم ينص على ضرورة وجود سبب إذا نص على أنه إذا إلتزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ولم ينص على أن الإلتزام القائم على غير أو دون سبب أو على سبب مخالف للنظام العام أو الآداب يجعل العقد باطلا[2].

وهذا مانصت عليه المادتين 97-98 من ق.م.ج من خلال أن:

المادة 97 " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

المادة 98 " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ،فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

[1] صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاسات على العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي،مجلة آفاق للبحوث والدراسات، جامعة تلمسان الجزائر،عدد خاص ،ماي 2018،ص126 .

[2] ياقوتة عليوات ،تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية ،رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام ،كلية الحقوق ،جامعة الإخوة منتوري ،قسنطينة ،2009/2008،ص82.

ثالثا: إثبات السبب:

تنص المادة 98 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

فهذا النص يواجه فرضين ،الفرض الأول أن لا يذكر السبب في العقد ، والفرض الثاني أن يذكر السبب في العقد:

1- الفرض الأول :

أن يكون العقد خاليا من ذكر السبب فيفترض في هذا الفرض أن للعقد سببا مشروعا، ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز للمدين أن يثبت عكسها بجميع طرق الإثبات ولو بالبينة أو بالقرائن إذ لكتابة هنا[1].

2- الفرض الثاني:

أن يذكر السبب في العقد فيفترض أن هذا السبب حقيقي وليس صوريا، وللمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري وليس هو السبب الحقيقي، ولكن على المدين في هذه الحالة أن يثبت العكس بالكتابة ،لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها ،وبما ان السبب مكتوب في العقد فعلى المدين إثبات صوريته بالكتابة ولو لم تزد قيمة العقد على ألف دينار[2]. فإذا أثبت المدين صورية العقد كان عبء إثبات العكس على الدائن أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،ط6، 2005،ص76.

[2] المحاكم والمجالس القضائية ، www.tribunaldZ.com تاريخ الإطلاع في 2022/05/12 ،(د،ص)

،فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع ، ولكن له في هذه الحالة أن يثبت عدم المشروعية بكل طرق الإثبات لاعتبارها غش.

والغش يجوز إثباته بكل الطرق ولو كان بشهادة الشهود[1].

الفرع الرابع:

الشكـليـة

كما أشرنا سابقا أن العقود الإدارية تبنى على ثلاث أركان وباعتبار ان هذه العقود هي صفقات عمومية ،فقد يلجا القانون او المتعاقدان إلى إضافة ركنا رابعا لهما وهو الشكلية ،حيث يترتب على عدم وجوده اعتبار العقد ناقصا، ذلك أن الأركان التي ذكرناها لا تكفي وحدها لوجوده وإنما يتوجب توفر ركن الشكلية الذي يتمم العقد،سنقوم بتناوله كالآتي:

أولا: تعريف الشكلية

الشكلية هي إفراغ العقد في شكل معين يوجبه القانون .والمقصود بها هي الكتابة.

المشرع قد أخضع بعض عقود الإدارة لإجراءات شكلية معينة، إذا تمت بطريق المناقصة العامة، و لكن المسلم به أن عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرير من الشكليات ،فما لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكليا معينا في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة و إرادة المتعاقد هما لقيام الرابطة التعاقدية.

أي أن توافق إرادتين كاف لصحة العقد ما لم ينص العقد على خلاف ذلك[2].

[1] المرجع نفسه ،(د،ص).

[2] ياقوتة عليوات ،المرجع السابق ،ص83 .

إذا كان المبدأ العام المتفق عليه فقهيا وقضائيا في فرنسا، مصر،وكذا سوريا عدم إلزام الإدارة باستخدام الصيغة المكتوبة في نطاق عقود الأشغال و التوريدات و الخدمات و الدراسات [1]،فإن المشرع الجزائري وبموجب كافة النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية قد أكد على خاصية كتابة الصفقات العمومية بدءا من الأمر 67/ 90 في مادته الأولى "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون[2] "،إلى غاية المرسوم الرئاسي 15/ 247 في مادته الثانية "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ،تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ،لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات ".

ومن ثم يخضع العقد الإداري في النظام الجزائري إلى الشكل المكتوب الذي يعتبر من الأصول العامة في مجال العمل الإداري عامة ،وفي عملية التعاقد خاصة ،وبذلك يغدو العقد الإداري عقدا مكتوبا للدرجة التي يكن القول معها أنى الكتابة تعد ركنا في العقد وتدخل في تعريفه ووصفه وتصنيفه وطبيعته فهي شرط إنعقاد وصحة إثبات .[3]

لقد طبق مجلس الدولة الجزائري معيار الكتابة في قرار مؤرخ في 14/ 5/ 2001 تحت رقم 001519 حيث جاء فيه "من المقرر وفق المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 فإن الصفقات العمومية تعتبر عقود مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لإنعقاد الصفقات العمومية وتتعلق بالنظام العام ".أي أن الكتابة أو الشكلية المقصود بها في العقود الإدارية ليست المقصود بها في القانون المدني المحرر من

[1] عتيق حبيبة ،الشكلية في العقد الإداري ،دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون العام المعمق ، كلية الحقوق والعلووم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر ،2015م/2016م ،ص 137 .

[2] الإمر رقم 96/97 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387الموافق ل 17 يونيو 1967 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،ج.ر.ج.ج،ع52.

[3] عتيق حبيبة ،المرجع السابق ،ص 138 .

قبل الموثق ،بل هيا ابسط بكثير تحرر في وثائق رسمية تحمل ختم المصلحة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد معها ،تحت رقم معين وتاريخا معينا ،من قبل موظف إداري مختص بتحريرها مما يعني أن التصرف قانوني ونظامي إلى حين إثبات العكس[1].وهذا مانصت عليه المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15 أهم البيانات الواجب ذكرها عند تحرير كل صفقة عمومية وهي نوعان:البيانات الإلزامية ،والبيانات التكميلية .

ولعل سر إشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لسببين إثنين :

-السبب الأول :أن الصفقات العمومية أدات لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية و أدات لنتفيذ مختلف البرامج الإستثمارية لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة .

-السبب الثاني : المبالغ المالية الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العمومية .

لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة إلى جانب أنها تتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في العقود المدنية والتجارية [2].

نستخلص أخيرا أنه لقيام العقد الإداري لا بد من توفره على أركان أساسية والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب إذ أنه في حال تخلف أحد هذه الأركان يصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا ، إضافة إلى ركن الشكلية والذي يعتبر ركنا مهما في الصفقات العمومية إذ لا يمكن إبرام صفقة دون شكل معين.

[1] عتيق حبيبة ، المرجع نفسه ،ص138.

[2] عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر ،دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر،ط2، 2009/1430،ص47 ،48.

المبحث الثاني:

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطات الإرادة من المبادئ الأساسية التي تبني عليها العقود بصفة عامة سواء كانت عقود إدارية أو عقود مدنية، حيث تم تعريف هذا المبدأ بعدة تعريفات سنحاول إجمالها في هذا المبحث، ومنه سنتطرق هنا إلى نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة من خلال تبان المقصود بهذا المبدأ، وسيرورته التاريخية وذلك في مطلب أول، ثم بعد ذلك سنحاول التعرف على النتائج والقيود الواردة على المبدأ وذلك في مطلب ثاني.

المطلب الأول:

نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة

سنتناول في هذا المطلب إلى المقصود بمبدأ سلطان الإرادة في الفرع الأول وسيرورته التاريخية في فرع ثاني.

الفرع الأول:

المقصود بالمبدأ

سنحاول هنا التعريف بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص و القانون العام :

أولا: في القانون الخاص

عرف سلطان الإرادة بعدة تعريفات نذكر منها: "أنه قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد أثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعية للعقد".

كما عرف بأنه "قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأيضا كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديث أثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه"[1].

وقد أورد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في عرض عام لهذا المبدأ بأن إرادة الشخص حرة حرية تامة في إبرام ما شاءت من العقود- باعتبار أن الإرادة هي أية الشخصية من الجانب القانوني -بشرط ألا تتعارض هذه الحرية في التقاعد سواء لاكتساب الحقوق أو للتحمل بالواجبات مع حريات الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة[2].

عرف الأستاذ GOUNOT مبدأ سلطان الإرادة على أنه "سلطة الإرادة في أن تكون جهازا منشئا للقانون ،فالأشخاص لهم سلطة إنشاء القانون الذي يحكم العلاقات التي تربطهم،فالإرادة هي التي تنشئ العقد ،وهي التي تحدد مضمونه"[3].

ثانيا : في العقد الإداري

من المسلم به أن المحرك الجوهري في إنشاء جميع العقود هو الإرادة العاقلة (التي يكون أساسها القدرة على التمييز)، تلك التي تقوم بإنتاج قانونها الخاص الذي تكون ملزمة بالتقيد به و الخضوع له،ويعبر عن قدرة الإرادة في إنشاء العقود باصطلاح (سلطان الإرادة) الذي تتحدد أبعاده من خلال

[1] عبد الرؤوف دبابش وآخرون ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع44، 2016، ص 258.

[2] محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية و العلوم الإسلامية ،جامعة الحاج لخضر، باتنة. 2011/ 2012 ،ص 4.

[3] نسير رفيق ، الإرادة في التصرفات القانونية ، المجلة النقدية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،(د. ع)،(د.س)، ص341/340

تحقيق الحرية التعاقدية للأطراف ، وكفالة مبدأ القوة الإلزامية للعقود ،وكذلك إعمال مبدأ الأثر النسبي للعقد[1].

وهذا لأن العقد الإداري كأي عقد يقوم على توافق إرادتين ،إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها، فكل منهما يقبل مختارا الإلتزام بما يفرضه العقد من التزامات،وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية. فالعقد الإداري من حيث المبدأ لا يختلف في نظامه القانوني عن العقد المدني لأن التركيب القانوني لمفهوم العقد يصدق بالنسبة للعقود الإدارية .

والدال على ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي عندما صاغ الأحكام الأساسية النظرية العقد الإداري ،طبق الأحكام المدنية بحذافيرها تقريبا فيما يتعلق بأركان الرابطة التعاقدية.وكل ما يؤخذ على الرابطة العقدية في المجال الإداري من اعتبارات متعددة، تتعلق أهمها بسلطات الإدارة الخطيرة في مواجهة المتعاقد معها ،التي لا نظير لها في عقود القانون الخاص،لاسيما وأن هذا الأخير يعزز صلة العقد الإداري بالمرفق العام. تلك الصلة التي أدت إلى تمييز العقد الإداري بخصائص ذاتية .بدونها ما كان هناك محل لفكرة مستقلة للعقود الإدارية، ومنه فالعقد باعتباره توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ما لم تغب عن ذهن القضاء الإداري الفرنسي إطلاقا وهو يضع أسس وثوابت العقد الإداري.

وانطلاقا مما تقدم فإن حدود مبدأ سلطان الإرادة لها مكانة مرموقة للتطبيق في البنية التحتية للعقد الإداري خاصة من ناحية تحديد أثار العقد وتفسيره،و يبقى مسرح الخلاف والتشكيك يدور حول المدى الذي يحتله هذا المبدأ في بنيان العقد الإداري[2].

[1] بهاء الدين مسعود خويرة، دور الإرادة في مجال العقود الإدارية ،قراءة منهجية فلسفية، مجلة جامعة القدس للبحوث الإدارية والاقتصادية، جامعة فلسطين الأهلية ،فلسطين ،المجلد02، ع 8، 2017، ص 267.

[2] المرجع نفسه ،ص 267 .

الفرع الثاني:

سيرورته التاريخية

لم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى القوانين المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل أو آخر،ففي القانون الروماني توافق إرادتين لا يكفي لإبرام العقد[1]، حيث كانت العقود آنذاك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها، ومتى تمت هذه الإجراءات تترتب عليها الآثار التي يحددها القانون، فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه[2]، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الشكلية ،لكن أمام تعقد الحياة وكثرة الحاجة إلى وجوب السرعة في المعاملات تغير الأمر فظهر إلى الوجود التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة قسطا من الأثر، وكما يقول السنهوري "ودعا هذا إلى اعتبار الإتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين والشكل ليس إلا سببا قانونيا للإلتزام قد توجد أسباب أخرى".

فاعتراف القانون الروماني في هذه المرحلة ببعض العقود، التي لا غنى عنها في الحياة اليومية مما استدعى الأمر تحررها من القيود والشكلية كواقعة التسليم والاكتفاء بمجرد التراضي، ثم اعترف في مرحلة أخيرة بأربعة عقود رضائية هي البيع والإيجار والشركة والوكالة، ولم يعرف غيرها، وهكذا ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية وبعض العقود الرضائية واستقر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية[3].

---

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة بالالتزامات –مصادر الالتزام– التصرف القانوني– العقد والإرادة المنفردة)، ج1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، ط 02، 2004، ص 44.

[2] حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 11.

[3] عبد الرؤوف دبابش وآخرون ،المرجع السابق ،ص261.

ومنه فقد واصل مبدأ رضائية العقود سيره بعد زوال الدولة الرومانية ووجد في الكنيسة خلال العصور الوسطى أكبر عون له، حيث كانت تدعوا إلى احترام العقود والمواثيق، فكان القانون الكنسي مهدا للرضائية، إذ قرر أن كل اتفاق يكون ملزما ولو تجرد من الشكلية"[1].

وبعد إن استقرت الشريعة الكنسية، انتقل العمل من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني، ومن ثم اعتبر العهد المقطوع ملزم لقاطعه وإنه يتعين عليه الوفاء بما تعهد به، لا من الناحية الدينية فحسب بل من ناحية المعاملات الدنيوية، وأصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام محاكم الكنيسة[2].

وذهب فقهاء القرن الثامن عشر إلى اعتبار إرادة الطرفين هي الواجبة الاحترام وهي التي تلزم صاحبها وتحدد مدى الالتزام وان القانون لا يملك التدخل في حرية الإرادة في إنشاء هذا الالتزام او في تحديد أثاره. وهكذا تقرر على مر الزمن إن ما تتجه إليه إرادة الطرفين في العقد ملزم لهما ويتعين الوفاء به قانونا بقيد واحد وهو عدم المساس بالنظام العام وبحسن الآداب.

ومن هنا دخل مبدأ سلطان الإرادة الشرائع الأوروبية في القرن الثامن عشر[3]، وكان سبب إزدهارها طهور المذهب الفردي خلال تلك الحقبة من الزمن، الذي قام على تبجيل واحترام الفرد واعتباره محور القانون وأساسه[4].

حيث اعتبر القانون الفرنسي من أوائل القوانين التي تبين هذا المبدأ وصاغه المشرع في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بالقول: "الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعا (هكذا)قيدها".

أما بالنسبة للتشريعات العربية وبحكم تأثرها بالقوانين الغربية بصفة عامة والقانون الفرنسي خصوصا فقد تبين هذا المبدأ وإن جاء هذا متأخر بحكم عوامل كثيرة منها الاستعمار ،ومن بين أمثلة

[1] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص41 .

[2] عبد الرؤوف دبابش واخرون، المرجع السابق ،ص 261.

[3] المرجع نفسه ص ص 261،262.

[4] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص44 .

هذه التشريعات القانون المصري الذي عبر على هذا المبدأ في نص المادة 147 الفقرة الأولى من القانون المدني بقوله (العقد شريعة المتعاقدين فلا يحوز نقصه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[1].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فهو أيضا نص على هذا المبدأ في المادة 106 من القانون المدني بقوله "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقصه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وباستقراء نص المادة تبين أن المقصود بالإرادة في هذه المادة هي الإرادة السليمة الصادر من ذي الأهلية لأن الأهلية هي صاحبة السلطان في التصرف القانوني، وتحديد أثاره دون استلزام شكل معين للتعبير عنها"[2].

المطلب الثاني:

النتائج والقيود المترتبة على المبدأ

يترتب على مبدأ سلطات الإرادة مجموعة من النتائج والقيود سنحاول التطرق إليها من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ،الفرع الأول تضمن النتائج التي تترتب على هذا المبدأ ،والفرع الثاني على القيود الواردة عليه.

الفرع الأول:

النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

لمبدأ سلطان الإرادة مجموعة من النتائج مهمة المتمثلة في:

[1] عبد الرؤوف دبايش وآخرون، المرجع السابق، ص 262.

[2] المرجع نفسه، ص 262.

1- الالتزامات الإرادية هي الأصل

2- حرية التعاقد

3- الحرية في تحديد آثار العقد

4- العقد شريعة المتعاقدين

سنقوم بتحليل هذه العناصر على النحو الآتي:

أولا: الالتزامات الإدارية هي الأصل:

لا يلتزم الشخص بحسب الأصل بإرادته إذا اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحيان إنشاء إلتزامات تفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، فتقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالتزاماته الإرادية تكون عادلة بالضرورة،أي أنه تحمل هذه الالتزامات بإرادته[1].

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وأن كل الإلتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة[2].

ولا تتعدى الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي "أن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"[3].

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45.

[2] حدي لالة احمد، المرجع السابق، ص 15.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق،ص 49.

من هنا تنشأ الرابطة القانونية بإتفاق الإرادتين وقوتها الملزمة هي إنعكاس لهذا الاتفاق، وانعقاد العقد يقاس على مقياس الإرادات الفردية التي تترك المتعاقد منفرد في دائرة قانونية مميزة ومنفصلة عن الآخرين وينشئ داخل هذه الحلقة قانون بواسطة سلوك منفرد وهو الإرادة[1].

ومن هذا المنطلق، فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ من القانون، إنما من إرادة الأطراف في العقد، وكذلك القوة الملزمة للعقد لا تنشأ بقانون إنما من الإرادة هي كذلك، وما تقدمه السلطة العامة إنما هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد به المدين[2].

ثانيا: حرية التعاقد:

إن إحدى النتائج المترتبة عن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة هو حرية التعاقد، وتدل أن إرادة الشخص الراشد قانونا تكفي بمفردها لإنشاء الالتزامات العقدية من غير قيد إلا ما يأمر به القانون من قواعد النظام العام والآداب العامة، وعليه فإن الشكلية هي العائق أمام هذه الحرية التعاقدية القائمة على الرضائية، أي أن الحرية الواسعة في التعاقد هي نتيجة آلية لإعمال مبدأ سلطان الإرادة[3].

وغني عن القول أن العقد هو المصدر الرئيسي لكل إلتزام و إتضح فيما يتعلق بالإلتزامات التي تنشأ عن العقود المبرمة بين الأفراد، لكن هناك إلتزامات أخرى مصدرها القانون والتي قد تنشأ بطريقة مباشرة كالتزامات الجوار مثلا، أو بطريق غير مباشر كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الالتزامات يمكن اعتبار العقد والمصدر الأصلي لها لأن القانون الذي أوجبها ما هو في حقيقة الأمر إلا من عمل الإرادة الجماعية ويعتبر العقد الاجتماعي هو أساس العلاقات في المجتمع[4]. كما أن الشريعة الإسلامية جاءت بهذا المبدأ، فجعلت الإرادة بمفردها كافية لإنشاء العقود، حيث

[1] حدي لالة أحمد ، المرجع السابق ص 15.
[2] المرجع نفسه، ص 16.
[3] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 14.
[4] حدي لالة احمد ،المرجع السابق ،ص17 .

نجد أن الفقه الإسلامي لم يقيد الإرادة ويكتفي عنها بأمور شكلية أصبح مصدره إرادة الإنسان، حيث نجد الكثير من النصوص دالة على هذا المبدأ: من بين ذلك

– قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما" [1].

ولم يخالف أحد من الفقهاء في أن الرضا وحده كافي لتحقيق الإلتزامات وإنشائها ،وإن كانت تشترط بجانب الإرادة شروطا خاصة في بعض العقود ،كالقبض في الهبة والرهن فإنه يلاحظ أن القبض هنا يرتبط في تنفيذ العقد أو بترتيب آثاره ،أما إنعقاده فيتم بمجرد التراضي وحده والقبض ليس ركنا فيه[2].

ثالثا: الحرية في تحديد آثار العقد :

يملك المتعاقدين كامل الحرية في تحديد الآثار المترتبة على هذه الرابطة العقدية فالفرد حرّ في أن يتعاقد وفقًا لما يريد وبالشروط التي يرتضيها[3].

وعلى هذا المنبر سار الفقه الإسلامي، حيث قرر أن الأفراد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وبما يرون من شروط كل ذلك في إطار عدم مخالفة أمر نهى الشارع عنه أو حرمه، بمعنى أن للأفراد الحرية الكاملة في إنشاء العقود التي تحقق مصالحهم وتضمنها الشروط التي يرونها وقت ما كانت لا تتعارض مع أسس الشريعة وقواعدها الكلية وكذا النظام العام والآداب العامة[4].

[1] سورة النساء، الآية 29.

[2] محمد بوكماش، المرجع السابق ،ص15.

[3] محمد صبري السعدي،المرجع السابق ص 46.

[4] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص15،16.

رابعا: العقد شريعة المتعاقدين:

والمقصود بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمها القانون ولذلك فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه[1]، و من هنا فإن العقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف وهذه الحقيقة تعبر على أن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع. وتوجد إلى جانبه عقود صغيرة في ما بين الأفراد ولذلك لا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشرع، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة للعقد الذي يتم بين الأفراد وهو العقد الاجتماعي.

كما لا يجوز إجراء أي تعديل فيه إلا بإتفاق جديد بين الأطراف، وهذا الاتفاق ليس إنتهاكًا لمبدأ سلطان الإرادة، بل العكس هو إعلان لإنتصار جديدًا لهذا المبدأ[2].

ومن بين الإستثناءات الواردة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقد الإداري هو:أن المشرع إستبعد هذه القاعدة في العقد الإداري، ومنح إمتيازات للمصلحة المتعاقدة على حساب المتعامل المتعاقد ذلك من خلال تغليب المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للأفراد.

الفرع الثاني:

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

إن ظهور الفكر والنظريات الاجتماعية والسياسية وتطورها خلال السنوات، الشيء الذي أدى بالمشرع إلى التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية من شريعة العقد ومع ضرورة حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية وعلى غرار هذا الفكر الجديد طرأت تحولات على القواعد التي تحكم العقد وتمثلت في جملة من القيود المتمثلة فيما يلي:

[1] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص46 .

[2] حدي لالة أحمد، المرجع السابق ص 19.

أولا: القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد

إذا كان أساس مبدأ سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في التعاقد وحريته في عدم التعاقد، إلا أنه وردت قيودا على ذلك[1].عند انعقاد العقد ،يتجه كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر ،وفي تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين:

الأولى: تتلخص في إعطاء معنى واسع لفكرة النظام العام أو الآداب العامة، وهذا أمر وارد بطبيعة الحال حيث أن هاتين الفكرتين تتميزان بالمرونة ومنه يتضح أن القانون لم يضع تعريفا جامدًا لهما.

الثانية: أن كل من الفقه والقضاء يتجهان على عكس ما هو مستقر تقليديا إلى تطبيق فكرتي النظام العام والآداب العامة[2].

فحرية التعاقد هنا تجد قيدًا خطرا في النظام العام والآداب العامة، فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام والآداب في المجتمع فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا القيد موجود منذ زمن بعيد ونص عليه في المادة السادسة من المجموعة المدنية الفرنسية،ولما كانت فكرة النظام العام هي نسبية ومتطورة، فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرًا في نطاقها، خاصة كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعا[3].

كما أن هذا التدخل قد تجلى في صورة مقابلة وهي الإجبار على التعاقد كنتيجة حتمية للتطور الاقتصادي، فإحتكار الكثير من الخدمات كتوزيع، الكهرباء والمياه من طرف مؤسسات

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 46.
[2] حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 36.
[3] محمد الصبري السعدي مرجع سابق، ص 46.

كبرى، جعل الدولة تتدخل لتفرض على المتعاملين في هذه المجالات التعاقد الإجباري مع طالبي هذه الخدمات[1].

وقد يحرم الشخص من بعض العقود كما هو الحال في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، وهذه القيود تتعلق بالحرية الأولية(الأساسية) أي حرية إبرام العقد أو الامتناع.

أما القيود الواردة على الحرية الثانوية تتمثل في ثلاث مجالات رئيسية هي: فرض المتعاقد معه (بالنسبة للمستهلك في حالة الاحتكار)، فرض شكل معين للعقد (العقود الشكلية)، تنظيم مضمون العقد (عقد العمل)[2] .

ثانيا: تقييد حرية تحديد آثار العقد

من بين تأثير الأفكار الاشتراكية، قيام العديد من القوانين بتحديد آثار بعض العقود بقواعد آمرة، ومن أهمها عقد العمل، فقد حددت إلتزامات وحقوق كل طرف فيه وهما العامل ورب العمل تحديدًا يكاد أن يكون شبه كامل[3].

كما أن وضعية إحتكار السلع والخدمات جعلت الطرف المحتكر أقوى من الأخر (المستهلك)في التعاقد فظهرت عقود الإذعان(contrats d adhesion)، والشروط التعسفية للطرف المحتكر، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تأطير هذا النوع من العقود بقواعد آمرة تبطل بعض الشروط، وتمنح القاضي سلطة إنقاص الشروط التعسفية أو تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن من بعضها،مما يجعل تحديد آثار الكثير من العقود مقيدا بالنسبة للمتعاقدين[4].

[1] محمد بوكماش ،المرجع السابق ص 18.

[2] حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 38.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

[4] محمد بوكماش ،المرجع السابق ،ص19.

أ/عقد الإذعان: هو عقد يستأثر فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، ولا يكون للطرف الثاني إلا قبولها جملة أو رفضها جملة.

ثالثا: إتساع نطاق الإلتزامات غير الإرادية

إن التطور الصناعي الهائل أدى إلى الإنتشار الواسع للمركبات والآلات والمصانع مع ما يشكل كل ذلك من أخطار على الأفراد، فظهرت فكرة الإلتزامات غير الإرادية ومنها الإلتزام الذي ينشأ بفعل المسؤولية التقصيرية (غير تعاقدية) نتيجة تلك الأفعال التي ألحقت الضرر بالغير.

يقوم بها الشخص أو من يكون تحت مسؤوليته من الأفراد والحيوانات والأشياء، وكذلك الإلتزام الذي ينشأ نتيجة الضرر الذي يلحق بالغير عند القيام بأفعال يحرمها القانون سواء كانت بصورة عمدية أو غير عمدية، بل إن المشرع في العصر الحديث قد شدد في بعض الحالات على المسؤولية المدنية فوضعها في حوادث السير لا تقوم على أساس الخطأ فحسب بل على أساس نظرية الخطر، وكل ذلك جعل مبدأ سلطان الإرادة يهتز من الأساس ويفقد من قوته وهبته[1].

ومن حيث القيود الشكلية تشير إلى تلك المتعلقة بالعقود ذات الشكل الرسمي وبقواعد الإثبات، وبالعقود النموذجية، فالعقود ذات الشكل الرسمي تتطلب لإنشائها تدخل مأمور رسمي تكون مهمته تنظيم تلك العقود وكتابتها وتسجيلها في سجل خاص، ومن هذه العقود العقود العينية وكل ما يتعلق بإنشاؤها ونقلها وإعلانها وتعديلها وإبطالها، كلها أعمال لا تكون تامة حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ تسجيلها وفقا لما هو مقرر في السجل العقاري ،ومثال عن هذه العقود – الوعد بالهبة– عقد الضمان– إيجار العقارات...الخ ،وإضافة إلى ذلك قد وضع القانون أصول خاصة ببعض قواعد الإثبات كعدم قبول البينة الشخصية في إثبات الدعاوي التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين[2] .

[1] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 20.

[2] حدي لالة احمد ،المرجع السابق،ص42 .

من خلال ما ذكر أن مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ حرية التعاقد في إنشاء التصرف، وإن كانت تصدر على هذا المبدأ قيود تفاقمت وتضاخمت في الوقت الحاضر كما كانت عليه في الماضي بسبب تطور الفكر والنظريات الإجتماعية ومع ضرورة حماية الطرف الضعيف في التعاقد [1].

[1] حدي لالة أحمد،المرجع نفسه، ص 43.

خلاصة الفصل الأول :

نستنتج من خلال ماتم تقديمه في محطة عرضنا لهذا الفصل والمتمثل في ماهية العقد الإداري ومبدأ سلطان الإرادة والذي تناولناه في مبحثين أساسيين أن : في المبحث الأول تطرقنا إلى مفهوم العقد الإداري، من خلال ما أقر به الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي و المصري وفي القانون الإداري الجزائري، ومنه عرفنا العقد الإداري بأنه عبارة عن توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني ،وبينا أبرز خصائصه التي تميزه عن غيره العقود الأخرى ،والمتمثلة في أن تكون الادارة طرف فيه وموضوعه مرفق عام يسعي لتحقيق المصلحة العامة يحمل شروط استثنائية غير مالوفة في عقود القانون الخاص،وانتقلنا للمطلب الثاني للتعرف على الأركان التي يقوم عليها العقد الإداري ألا وهي ركن الرضا والمحل والسبب وانتهاءا بركن الشكلية ،إذ لا يمكن قيام العقد إذا تخلف ركن من هذه الأركان ويصبح بذلك باطلا،وإنتقلنا إلى المبحث الثاني والمتمثل في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة من خلال التعريف به وفقا لماجاء به القانون الخاص والقانون الاداري من تعريفات له، وإرتئينا إلى أن مبدأ سلطان الإرادة هو قدرة الفرد علي إنشاء العقود بارادته المنفردة أي قدرة الارادة على انشاء العقود، وبعد ذلك وضحنا تطوره عبر العصور ونشأته التاريخية وكيفية ظهوره، ومنه توصلنا الي أن لمبدأ سلطان الإرادة نتائج وتترتب عليه قيود لايمكن مخالفتها .

الفصل الثاني

مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية

تخضع الإدارة أثناء إبرامها للعقود الإدارية إلى مرحلتين مرحلة إبرام العقد وتعد أول المراحل التي تمر بها ، وذلك من خلال إعطاء الإدارة مجموعة من الصلاحيات تفرضها على المتعامل المتعاقد معها عن طريق مجموعة من الوثائق التي تستعين بها لإبرام عقودها،من بينها دفتر الشروط والذي يعتبر الوثيقة الرسمية التي يقوم عليها العقد، تنفرد الإدارة بإعداده ويلزم المتعاقد معها التقيد به وتنفيذه، ولدفتر الشروط مجموعة من الخصائص والمميزات التي تميزه عن غيره من الوثائق،و يحتوي على أنواع مختلفة ، تحمل طبيعة تعاقدية وفي بعض الأحيان تكون لائحية.وعلى خلاف ذلك فإن للمتعامل المتعاقد معها مجموعة من الامتيازات تمكنه من إبداء رأيه على المصلحة المتعاقدة، من خلال تحديد ثمن العقد وآجال تنفيذه للعقد وبيان الكيفيات التي يتم الوفاء بها بثمن التنفيذ،وهذا تحت طائلة إبرام العقود الإدارية.

وتلي هذه المرحلة مرحلة تنفيذ العقد الإداري ،تتمع الإدارة فيها بمجموعة من السلطات يخولها لها القانون رغم عدم إبرازها في بنود العقد، تمارسها على المتعاقد معها لضمان سير المرفق العام بانتظام و إطراد ذلك لتحقيق المصلحة العامة،وفي حال إستدعت الظروف ذلك، شرط تقيدها بمجموعة من الظوابط والقيود التي تقف أمام سلطاتها لمنع تعسفها،و يستوجب ذلك إعادة التوازن المالي للعقد بالنسبة للمتعامل المتعاقد، تختلف طبيعة هذا التوازن حسب الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد، من هنا ومن خلال ما سبق ذكره سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين سنتناول في :

المبحث الأول: مظاهر المبدأ في مرحلة الإبرام

المبحث الثاني: مظاهر المبدأ خلال مرحلة التنفيذ.

المبحث الأول:

مظاهر المبدأ في مرحلة الإبرام

سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة الإبرام بالنسبة للمصلحة المتعاقدة من خلال المطلب الأول، وبالنسبة للمتعامل المتعاقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

بالنسبة للمصلحة المتعاقدة

تمارس الإدارة على المتعاقد معها مجموعة من السلطات في مرحلة إبرام العقد الإداري وتعتمد في ذلك على مجموعة من الوثائق التي تحتوي شروط تعتبر جزء لا يتجزأ من العقد الإداري وأبرز هذه الوثائق المكتوبة دفتر الشروط، ومن هنا ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين سندرس في:

- الفرع الأول :الإنفراد بإعداد دفتر الشروط

- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لدفتر الشروط.

الفرع الأول:

الانفراد بإعداد دفتر الشروط

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف دفتر الشروط و توضيح خصائصه ثم تعداد أنواعه.

أولا: تعريف دفتر الشروط وخصائصه:

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف دفتر الشروط وترك مجال تعريفه للفقه نذكر منها[1]:

عرف الدكتور عمار بوضياف دفتر الشروط: "أنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفية إختيار المتعاقد معها.

والإدارة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تشتغل خبرتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إطاراتها من أجل الوصول إلى إعداد دفتر الشروط يحقق الأهداف المسطرة"[2].

كما عرفه محمد الصغير بعلي: "بأنها عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا بإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة، حتى تنطبق على عقودها الإدارية بصفة عامة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة"[3].

وكذلك عرفه الأستاذ عمار عوابدي على أنها "عبارة عن وثائق إدارية مكتوبة معدة مقدما تشمل على شروط العقود الإدارية، من شروط الإبرام والإنعقاد وشروط التنفيذ"[4].

إلا أنه من خلال ما جاء به في المرسوم الرئاسي يمكن أن نعرف دفتر الشروط على أنه عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بـ: موضوع الصفقة، طريقة منح الوثائق المكونة لها والمطلوبة من المترشحين، الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد، ومعايير

[1] بلمياني يوسف، دفتر الشروط كوسيلة لتكريس البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد بن أحمد (الجزائر)، المجلد 12 ، ع 1 ، 2020، ص 437.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2011، ص 142.

[3] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ،2005، ص 48.

[4] عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ط 3، 2005، ص 215.

الاختيار، مثل كيفية التنقيط بالنسبة للعرضين التقني والمالي، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة والشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل حسن تنفيذ الصفقة، وعموما يتضمن دفتر الشروط جميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة[1].

نستخلص مما سبق تعريفه بأن دفتر الشروط عبارة وثيقة رسمية تحررها المصلحة المتعاقد بإرادتها المنفردة وتبين فيها كل الشروط اللازمة في كيفية اختيار المتعاقد من خلال الوصول إلى إعداد دفتر الشروط وتحقيق الأهداف المراد تحقيقها.

نستنتج مما سبق تعريفه أن لإعداد دفتر الشروط خصائص مميزة نذكر منها:

1/– دفاتر الشروط تعد وتحرر مقدمًا:

تحدد الشروط المقترنة بالعقود الإدارية قبل عملية التعاقد، بحيث تتم صياغتها سلفا من خلال الإعداد والطبع السابق على التعاقد التي تلحق بالعقد الإداري، وما على المتعاقد سوى قبولها برمتها أو رفضها برمتها[2].

2/– الصفة الانفرادية السابقة لصياغة الدفتر الشروط

للصفقات العمومية مكانة تستهدف تحقيق المنفعة العامة، فمن المسلم به أن المصلحة المتعاقدة تنفرد بصياغة دفتر الشروط قبل إبرامه دون الحاجة لإستشارة المتعاقد معها[3]، الذي يقتصر دوره على تحديد موقفه وإرادته مكتفيا بالقبول أو الرفض[4].

[1] مريم مسقم، دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية، مجلة المقار للدراسات الاقتصادية، المركز الجامعي تندوف، جامعة تونسي علي البليدة ،ع3، 2018، ص118.

[2] عتيق حبيبة، المرجع السابق ، ص 36.

[3] بلمياني يوسف، المرجع السابق، ص 438.

[4] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 214.

يلاحظ أن للإدارة كامل الحرية في وضع دفتر الشروط كمظهر من مظاهر ممارسة السلطة العامة من جهة، وبما يحقق لها الأهداف الخاصة بالعملية التعاقدية من جهة أخرى، إلا أنها مع ذلك ليست حرة في صياغة شروط عقودها كما تريد، فقد يحتم القانون أحيانا الأخذ بعقود نموذجية مطبوعة من قبل ومحددة شروطها سلفا[1].

3/- الحصول على دفتر الشروط مقابل دفع مبلغ مالي:

يشمل دفتر الشروط الذي تعده الإدارة الشروط العامة والخاصة، وكذا الشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف والأعمال التي يتم طبعها وتوزيعها بعد ختمها واعتمادها على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذي تحدده الجهة الإدارية، بمعنى ذلك يجوز للإدارة فرض دفع مبلغ مالي للحصول على الوثائق المتضمنة تفاصيل الصفقة وشروطها، والتي يجب أن تدفع من المتعهدين قبل اقتناء دفتر الشروط[2].وهذا مانصت عله المادة 27 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الفقرة الثانية منها.

4/- إلزامية دفتر الشروط للإدارة والمتعاقد معها:

على الرغم من استقلال الإدارة بإعداد دفتر الشروط مسبقا إلا أنها لا تملك العدول أو التحرر منها بعد موافقة الطرف الآخر عليها[3].

ومن ثم التزام السلطات الإدارية بتنفيذ تلك الشروط التي تحتويها دفاتر الشروط الإدارية، باعتبارها لوائح تنظيمية عامة[4]ووسيلة إرشاد الإداريين حتى تقيد حريتهم، مما يتعين على المتعاقد احترام

[1] عتيق حبيبة، المرجع السابق، ص 37.
[2] بلمليايني يوسف، المرجع السابق، ص 438.
[3] عتيق حبيبة، المرجع السابق، ص 37.
[4] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 216.

دفاتر الشروط[1]، على أن هذا الإلتزام يتم بمجرد التوقيع على العقد بما ورد في الدفتر من شروط، والتزامات دون تجاهل الالتزامات التعاقدية الواردة في نص العقد ذاته.

وعليه، فإن إلزامية دفتر الشروط بالنسبة للطرفين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها من النتائج المترتبة على اعتبار دفتر الشروط والمواصفات الإدارية جزء لا يتجزأ من الصفقة العمومية[2].

5/- الأثر الفوري لدفتر الشروط:

بمجرد الموافقة على دفتر الشروط وبنوده لا يمكن المساس بالعلاقة التعاقدية، فإذا عدلت الإدارة من دفتر الشروط بعد التعاقد فإن الشروط القديمة هي وحدها التي تحكم الرابطة التعاقدية دون الشروط الجديدة التي لم يوافق عليها المتعاقد لأنه لم يوقع عليها هي إنما وقع على الشروط السابقة، والتي على أساسها قبل التعاقد مع الإدارة، وفي ذات الشيء قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن تعديل دفتر الشروط بعد الإعلان عن الصفقة العمومية، يستلزم تجديد الإعلان وهو يعد بمثابة صفقة جديدة[3].

ثانيا: أنواع دفاتر الشروط

هناك نوعان من دفاتر الشروط أولها دفاتر شروط عامة التي تطبق على جميع العقود التي تبرمها الإدارة، والثانية دفاتر الشروط الخاصة التي تخص عقد محدد بذاته.

1/- دفاتر الشروط العامة:

أو كما يطلق عليها بدفاتر الشروط والمواصفات العامة التي رمزها باللغة الفرنسية بـ (CCG) وتعني: les cahies des clouses et condition général وهي الشروط العامة التي تطبق على

[1] عتيق حبيبة، المرجع السابق، ص 38.
[2] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص، 216.
[3] بلمليايي يوسف، المرجع السابق، ص 439.

العقود الإدارية التي تبرمها الإدارات الحكومية، والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية بالدولة.

بشرط أن تكون هذه العقود من طبيعة واحدة كعقود الأشغال أو عقود الخدمات والدراسات، لذا فهي دفاتر تتضمن قواعد عامة ومجردة، وتنقسم هذه الدفاتر إلى نوعين[1].

أ/– دفاتر الشروط العامة الإدارية والمالية: وهي التي تتضمن القواعد أو الشروط ذات الطبيعة الإدارية والمالية.

ب/– دفاتر الشروط العامة الفنية أو التقنية: وهي التي تتضمن القواعد أو الشروط ذات الطبيعة الفنية أو التقنية، وإذا كانت دفاتر الشروط العامة تتضمن قواعد لائحية أو تنظيمية، أو قواعد عامة ومجردة فإنها تكتسب الطبيعة التقنية، وتصبح جزء لا يتجزأ منه بمجرد الإحالة لها من جانب أطراف العقد، وتصبح كأنها أعدت من جانب طرفي العقد أنفسهم[2].

2/– دفاتر الشروط الخاصة:

وهي أكثر أنواع الدفاتر تخصيصا، ويرمز لها باللغة الفرنسية بـ CPC أي les cahiesrs des prescriptions spéciale هذه الدفاتر تخص عقدا بعينه، أو تتعلق بكل حالة عقدية على حدى، ويتمثل دورها في إكمال ما لم يحط به دفتر الشروط العامة السالفة الذكر[3].

وهذه الشروط تعتبر جزء لا يتجزأ من العقد الإداري المتعلق به، وينتج عن ذلك نتيجتين هما:

[1] طبيش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون إداري، كلية الحقوق ،جامعة محمد بوضياف المسيلة ،2016/2015، ص 12.

[2] جهاد جودي، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012 /2013، ص 04.

[3] طبيش حسينة ،المرجع السابق،ص13.

أ/- إلتزام السلطات الإدارية بتنفيذ تلك الشروط التي تحتويها دفاتر الشروط الإدارية وتعتبر بالنسبة إليها لوائح تنظيمية عامة.

ب/ إن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يلتزم بمجرد التوقيع على العقد بما ورد في هذه الدفاتر من شروط والتزامات، بالإضافة إلى الإلتزامات التعاقدية الواردة في نص العقد[1].

لقد أشارت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: أنه "توضع دفاتر الشروط، المعينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يلي:

-دفاتر البنوك الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

-دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات. الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

-دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية".

وفقا لنص المادة السالفة الذكر يتبين لنا أن دفاتر الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية في التشريع الجزائري هي ثلاث أنواع:

1/- **دفاتر البنود الإدارية العامة CCAG**: يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية كالأشغال واللوازم والدراسات والخدمات يوافق عليها بمرسوم تنفيذي [2]،و طبقا

[1] طبيش حسينة، الرجع نفسه ،ص13.

[2] مريم مسقم ، المرجع السابق ، ص121.

لنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بأنه "يطبق دفتر البنود الإدارية العامة هذا ،على الصفقات العمومية للأشغال التي يجب أن تتخذه كمرجع.

طبقا لأحكام المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،لا تطبق أحكام دفتر البنود الإدارية العامة هذا ،إلا على الصفقات العمومية محل نفقات الدولة و الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ،عندما تكلف بإنجازعملية مواة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهاية من الدولة أو من الجماعات المحلية "[1].

2/-دفاتر التعليمات التقنية المشتركة (CPT) :

تحدد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، سواء كان صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات، يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة[2].

3/-دفاتر التعليمات الخاصة: (CPS):

وهي أكثر الدفاتر تخصيصا لأنها تحتوي على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه فمهمة هذه الدفاتر أنها تكمل ما يكون ناقصا في دفاتر الشروط الإدارية العامة ودفاتر الشروط المتعلقة بنوع واحد

[1] المرسوم التنفيذي رقم 219/21 مؤرخ في 8 شوال عام 1442 الموافق 20 مايو سنة 2021 ،يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال ،ج.ر.ج.ج ،ع 50.

[2] مريم مسقم ،المرجع السابق ،ص121.

من العقود بالنسبة للعقود التي هي محل الإبرام، كما يمكنها تعديل الأحكام العامة الواردة بهما بما يكيف شروطها وفقا لموضوع التعاقد المحدد في الحدود المسموح بها بطبيعة الحال[1].

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية لدفتر الشروط

سنحاول في هذا الفرع التعرف على الطبيعة القانونية لدفتر الشروط ما إذا كانت ذات طابع تعاقدي أو ذات طابع لائحي:

أولا: دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية

يرى جانب من الفقه أن دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية "لأنها تتضمن مجموعة من الشروط والمواصفات التي قد يرد النص عليها في العقد، وبذلك تصبح هذه الشروط والمواصفات جزء لا يتجزأ منه، طالما أشير إليها صراحة في العقد، الأمر الذي يؤدي إلى سريان كلما تضمنه دفتر الشروط من بنود على العقد، وتكون ملزمة للمتعامل المتعاقد بمجرد توقيعه على العقد[2].

وهو نفس الاتجاه الذي تبناه الفقه الجزائري خاصة الدكتور عمار عوابدي حيث يرى أن دفتر الشروط ذو طابع تعاقدي وليس تنظيمي، لأنه سيصبح شريعة المتعاقدين بمجرد إبرام العقد ورغم أن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة الإعداد الإنفرادي لهذه الدفاتر، إذ تصوغ وتضع الشروط والأحكام التعاقدية بين الإدارة والمتعامل المتعاقد، إلا أنها لا يجوز لها تعديل هذه الشروط، إذا وافق عليها، وتصبح خاضعة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن خلال دراسة مجموعة من العقود الإدارية، نجد أنه لا يمكن الأخذ بهذا التكييف القانوني على إطلاقه لكافة العقود المبرمة من طرف الإدارة، لأن

[1] مريم مسقم، المرجع نفسه، ص 121.

[2] بلمياني يوسف، مرجع السابق، ص 439.

هناك بعض العقود الإدارية ومن بينها عقد الامتياز تتسم بالطابع المركب، إذ تكون بعض شروطه ذات طبيعة تعاقدية والبعض الأخر ذات طبيعة تنظيمية[1].

وباعتبار أن الصفقات العمومية أحد أهم أنواع العقود الإدارية، فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع فيه بسلطة أحادية الجانب فتضع الشروط اللائحية بإرادتها المنفردة، ثم في الاعتراف بتعديل هذه الشروط إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج عن هذا التعديل[2].

ثانيا:دفاتر الشروط ذات طبيعة لائحية

إن الأصل العام في دفاتر الشروط أنها ذات طبيعة لائحية، ولأنها تعد من طرف الجهة الإدارية بصفة إنفرادية، دون أي مشاركة من المتعامل المتعاقد، إضافة إلى أنها تتضمن شروط عامة تتعلق بإبرام العقد الإداري وكيفيات تنفيذ الأشغال، وسلطات الإدارة في مجال التنفيذ، وكيفية التسوية المالية للعقد، وهي الشروط التي ترد في القوانين واللوائح المنظمة لهذا النوع من العقود، خاصة آليات إبرام الصفقات العمومية[3]، ولايغير من هذه الصفة أن يرد النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط الخاصة، لأنها ملزمة لطرفي الرابطة التعاقدية، ويترتب على مخالفتها بطلان العقد، بالإضافة إلى الشروط التي قد يرد النص عليها مثلا في القوانين المنظمة للصفقات العمومية، تستطيع الجهات الإدارية أن تدرج في دفاتر شروطها العامة أو الخاصة بعض الشروط الإضافية أو التفصيلية المتعلقة بإجراءات إبرام العقد، وهي شروط لا نصية ملزمة للإدارة، وفي الغالب تكون من قبيل الأوامر وإجراءات التنظيم الداخلي التي لا تؤثر على العقد حيث لا تمس حقوق المتعاقد[4].

[1] محمد بعلي الصغير، المرجع السابق، ص 20.

[2] بليماني يوسف، المرجع السابق، ص 440.

[3] عمار بوضياف،شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3 ،المرجع السابق، ، ص 101.

[4] محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 161.

وفي الأخير يجمع أغلب فقهاء القانون الإداري على أن الشروط التي تتضمنها دفاتر الشروط تعتبر شروط تعاقدية في طبيعتها بالرغم من انفراد المتعاقد بوضعها سلفا ويقتصر دور التعاقد مع الإدارة عادة على قبول هذه الشروط بالنسبة لكافة العقود الإدارية باستثناء عقد امتياز المرافق العامة التي تعتبر شروطه ذات طبيعة تعاقدية وتنظيمية نظرا لما يترتب للمنتفعين بناءا عليها من حقوق[1].

المطلب الثاني:

بالنسبة للمتعامل المتعاقد

يسعى المتعاقد مع الإدارة دائما إلى تحقيق مصلحته الخاصة، وإن كان في نفس الوقت يحقق المصلحة العامة، عن طريق المساهمة في تسيير المرفق العام الذي ارتبط بالعقد، فطبيعة العقد لا تنفى تمتع المتعامل المتعاقد بمجموعة من الحقوق غير المألوفة في العقود الخاصة التي يمكن حصرها في الثمن وكيفية الوفاء به ،سنعالجها فيما يلي من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :الفرع الأول يتضمن تحديد ثمن تنفيذ العقد الإداري ،والفرع الثاني :كيفية الوفاء به .

الفرع الأول:

تحديد ثمن تنفيذ العقد الإداري

يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق لأن هدف المتعاقد الرئيسي هو الحصول على الربح و ذلك ما يسعى إليه من خلال تعاقده مع الإدارة ،و يتخذ المقابل المالي صورا متعددة، قد يكون مرتبا شهريا في عقود التوظيف و ثمنا في عقود التوريد و الخدمات و الأشغال ،أو رسم يتقاضه صاحب الامتياز من المنتفعين في عقود الإمتياز[2].وبإستثناء الرسوم في عقد الإمتياز التي يجوز للإدارة تعديلها فان

[1] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004،ص 94.

[2] عمار عوابدي، القانون الإداري، ج 2، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2007، ص 222.

المقابل المالي في العقود الأخرى له صفة عقدية ومن ثم لا يجوز للإدارة تعديله إلا بنص في القانون أو إذا نص في العقد ذاته على شرط إعادة النظر في المقابل المالي و تلتزم بأدائه فور تنفيذ العقد.

و يرتبط بهذا الحق التزام الإدارة باتخاذ كافة الإجراءات و التسهيلات اللازمة لمساعدة المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية[1].

و يتمثل المقابل المالي في العقود الإدارية الرئيسية في الثمن وهو ما سنتطرق له أولا في هذا الفرع.

أولا: تحديد الثمن في العقد

يمكن تعريف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية تكاليف ونفقات العمليات المتعاقد عليها، إضافة إلى أرباحه المشروعة.

الأصل انه تم تحديد الثمن في العقد الإداري باتفاق الإدارة مع المتعاقد معها و يكون ذلك قبل الانطلاق في تنفيذ العقد و تم ذلك ضمن شروط العقد و الوثائق التابعة ، التي تشكل جزء لا يتجزأ من العقد و مكملا لبنوده.

والأصل أيضا أن يحدد الثمن برقم محدد لكن قد يحدد بطريقة الإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد كالإتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محددا أساسا للمحاسبة[2].

و تتخذ طريقة تحديد السعر أو الثمن الصور الآتية:

[1] حمدي القبيلات ، المرجع السابق، ص 157.

[2] محمد العموري، المرجع السابق، ص 112.

1. **تحديد السعر الإجمالي لكامل العملية:** و يتم هذا في حالة الاتفاق على مبلغ السعر الإجمالي لكل الصفقة محل التعاقد [1].فمثلا في عقد الأشغال العمومية يتضمن العقد حجم الأعمال الإجمالي و إجمال الثمن المستحق.
2. **تحديد السعر وفقا لكل جزء يتم تنفيذه** :أي يتم تحديد الثمن بالاعتماد عل وحدة قياس معينة كالمتر و الكيلو متر....، أو وفقا لنوع الأعمال أو السلع أو الخدمات.
3. **تحديد الثمن على أساس سعر مرجعي:** فقد يحدد السعر وفق للسعر الرائج في السوق، أو على أساس متوسط الأسعار السابق التعامل بها خلال العام ألفارط أو فترة سابق و كقاعدة عامة فان الثمن المحدد في العقد هو الذي يجب على الإدارة دفعه لمتعاقد معها ، مقابل تنفيذه للعقد ،إلا أن ذلك لا يعني الثبات النهائي لهذا الثمن ،فثمة ظروف تستدعي ضرورة تعديله و تحتم على الإدارة ذلك[2].

وفي هذا ما نصت عليه المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، كما يمكن أن يحين السعر إذا استدعت الظروف ذلك وهذا ما سنوضحه من خلال ما يلي:

ا/ **الأسعار الثابتة:** و هي الغير قابلة للمراجعة أو التغيير خلال المدة الممتدة من إبرام العقد إلى غاية تنفيذه، مهما كانت الظروف أو الأسباب.

ب/ **الأسعار القابلة للمراجعة في الصفقة:** فعندما تكون أسعار الصفقة محتملة التغيير بسبب الظروف الاقتصادية يتم إدراج طريقة مراجعة الأسعار[3].

[1] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، الإسكندرية ،ط2 ، 2012،ص 435.

[2] المرجع نفسه.

[3] كرمة عبد العزيز غوبني، العدالة العقدية في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص دولة و مؤسسات،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور الجلفة. 2015 / 2016 ، ص 38.

"وتحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشروط المحددة في المواد 101 إلى 105 من المرسوم الرئاسي 247/15".

ج/ تحيين الأسعار: ويكون بسبب الظروف الاقتصادية ، فيسمح التحيين بتحويل سعر الصفقة الأصلي من ثابت إلى سعر جديد جزافي إجمالي أو بطريقة تدرج في الصفقة[1].

ثانيا: طريقة تحديد الثمن إذا نص عليه العقد

بالإستناد إلى القواعد الأساسية في القانون المدني الفرنسي في حال عدم النص على الثمن في العقد يمكن تحديده من قبل أحدى أطراف العقد، بشرط عدم ارتكاب أي تعسف أو إساءة استعمال و هنا يجب التميز بين حالتين:

1/ حالة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر: فإذا تعاقدت الإدارة مع المتعاقد، بأسلوب الاتفاق المباشر دون أن يتفق على تحديد الثمن في العقد ، في هذه الحالة يلتزم الطرفان بالطريقة التي حددها المشرع أو يتم تحديد الثمن بناءا على سعر السوق[2].

ولكن في حالة الخلاف و عدم الاتفاق على ثمن معين يرضي الطرفين، ونظرا لطبيعة التعاقدية للشروط المتعلقة بالثمن و التي لا يملك أي من المتعاقدين تجاوزها أو تعديلها بإرادته المنفردة، فان حسم الخلاف يرجع لقاضي العقد الذي يتولى تقدير الثمن المناسب[3].

2/ في حالة الأمر الصادر من الإدارة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في العقد فإذا طلبت الإدارة من المتعاقد معها تنفيذ أكثر مما اتفقت معه عليه، ففي هذه الحالة إذا كانت الأعمال أو التوريدات من نفس جنس وموضوع العقد الأصلي، يسري عليها نفس السعر الأصلي المتفق عليه في العقد، أما إذا

[1] كرمة عبد العزيز غويني ،المرجع نفسه ،ص 38.
[2] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 442.
[3] كرمة عبد العزيز غويني، المرجع السابق ص 39.

كانت تختلف عن جنس و موضوع العقد الأصلي يقدر السعر بطريقة أخرى[1]. مثل تحديد الثمن وفق سعر السوق وقت طلب تنفيذ هذه الأعمال، وفي حالة عدم الاتفاق حول ذلك بين الإدارة و المتعاقد معها فان الفصل في تحديد السعر يرجع للقاضي الإداري [2].

الفرع الثاني:

كيفية الوفاء بالثمن

نصت الفترة الأولى من المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 على انه " تتم التسوية المالية للصفقة تدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب و بالتسويات على رصيد الحساب".

أولا: التسبيقات:

1- المقصود بالتسبيقات:

يقصد بالتسبيقات حسب نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأولى بأنها: "هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة" أي أنها مبالغ مالية تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي و قبل أداء و تنفيذ الخدمة[3].

حيث لا يمكن دفع هذه التسبيقات، إلا إذا كان المتعاقد مع الإدارة قدم مسبقا كفالة بقيمة هذه التسبيقات ، صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

[1] نصري منصوري نابلسي المرجع السابق ص 443.

[2] كرمة عبد العزيز غويني، المرجع السابق ص 39.

[3] بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستر في الحقوق ،فرع قانون دولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،2009/2008، ص 76.

2- أنواع التسبيقات:

حسب نص المادة 111 من المرسوم الرئاسي 247/15 "تسمى التسبيقات حسب الحالة جزافية او على التموين".

ا/ **التسبيق الجزافي**: وتتمثل في المبالغ و القيم التي يتم دفعها دون أدنى شكلية و بنسبة محددة على ألا يتجاوز سقفها 15 % من السعر الأول للصفقة غير انه يمكن تجاوز سقف تلك النسبة المقررة استثناءا، و ذلك بعد الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي حسب الحالة متى كان من شأن رفض المصلحة المتعاقدة لقواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي الإضرار بها عند التفاوض على الصفقة[1].

ب/ **التسبيق على التموين**: وهي التسبيقات المخصصة لصفقات الأشغال و التوريد باللوازم ،و التي تسلم للمتعاقد مع الإدارة متى اثبتت حيازته لعقود و طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة ،و يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع المواد و المنتجات المعينة في الورشة أو في مكان التسليم خلال اجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيقات[2].

ونصت المادة 113 من المرسوم الرئاسي 247/15 على انه " يمكن أصحاب صفقات عمومية للأشغال واللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي على تسبيق التمويل إذا اثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة".

[1] بوعمران عادل،النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية،ط جديدة مزيدة ومنقحة،دار الهدى للنشر والتوزيع،عين مليلة ،الجزائر ، 2018، ص 203.

[2] المرجع نفسه ، ص ص203، 204 .

و أضافت المادة 115 من نفس المرسوم أنه" لا يمكن تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي و التسبيقات على التموين ،بأي حال من الأحوال نسبة خمسين في المائة(50 %)من المبلغ الإجمالي للصفقة".

ثانيا: الدفع على الحساب

1/ تعريف الدفع على الحساب

حسب نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 فان الدفع على الحساب :"هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة".

ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الإتفاق في الصفقة و يتم ذلك وفقا لنسب و معدلات تضبط بإتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا و ليس إلزاميا ، لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح بالصفقة[1].

2/ كيفيات الدفع على الحساب:

أ- إثبات المتعاقد قيامه بعمليات جوهرية: وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 117 من نفس المرسوم الرئاسي أعلاه بقولها"يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية،إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة" .

ب – عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة :و التي لم تكون محل دفع في صفقة الأشغال العمومية و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 117 من نفس المرسوم بقولها "غير أنه ،يجوز لأصحاب صفقات عمومية للأشغال أن يستفيدو من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات

[1] بحري إسماعيل، المرجع السابق ص 77.

المسلمة في الورشة عن طريق التسبيقات على التموين حت نسبة ثمانين في المائة (80 %) من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة".

ج – الدفع على الحساب يكون شهريا: و هذا ما نصت عليه المادة 118 من نفس المرسوم الرئاسي بأنه " يكون الدفع على الحساب شهريا ، غير انه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ، ويتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق المنصوص عليهم في دفتر الشروط حسب الحالة".

و يتم الدفع على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر و كشوف حضورية خاصة بالأشغال المنجزة و مصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم مرافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص[1].

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب:

1/ تعريف التسوية على رصيد الحساب:

عرفت الفقرة الثالثة من المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 التسوية على رصيد الحساب بأنها: " هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها".

[1] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 78.

2/ أشكال التسوية على رصيد الحساب:

ا- التسوية على رصيد الحساب المؤقت: أوضحت المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15 كيفية التسوية على رصيد الحساب المؤقت حيث تتم هذه التسوية بعد تسليم المتعامل المتعاقد المشروع أو أداء الخدمة المتعاقد عليها ، بعد أن تقوم الإدارة باقتطاع الضمانات المحتملة و الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء، والدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد.

ب-التسوية النهائية: طبقا لنص المادة 120 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فانه: "يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد على الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء".

فالتسوية النهائية لرصيد حساب المتعامل المتعاقد، تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد، وشطب الكفالات التي قدمها ، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع و بعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك[1].

يجب أن تدفع أو تصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتداء من استلام الكشف او الفاتورة، ويجوز تجديد أجل أطول لتسوية بعض الصفقات التي تحدد بقرار من وزير المالية، ولا يمكن بأية حال من الأحوال أن يفوق شهرين أخذا بعين الإعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي ، وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل بتاريخ الدفع و إصدار الحوالة[2].

[1] سعد لقليب ، حقوق و التزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفق القانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15 ،مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية ،جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، ع6 ، 2017مص 58.

[2] المرجع نفسه.

المبحث الثاني:

مظاهر المبدأ خلال مرحلة التنفيذ

سنتناول في هذا المبحث توسيع أعمال المبدأ لصالح المصلحة المتعاقدة في المطلب الأول ثم إعادة التوازن المالي للعقد لصالح المتعامل المتعاقد في المطلب الثاني:

المطلب الأول:

توسيع إعمال المبدأ لصالح المصلحة المتعاقدة

من المتفق عليه في عقود القانون الخاص أن القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين: فلا يجوز لأي طرف أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديله أو إنهائه للعقد، خلافا لذلك فإن هذه القاعدة يتعذر إعمالها في عقود القانون العام ومتى اقتضت ذلك المصلحة العامة.

ونظرا لما تتمتع به الإدارة العامة من حقوق وسلطات في مواجهة الأفراد فإنها لا يمكن أن تعامل معاملة الأفراد في تنظيمهم وتسيرهم لمصالحهم الخاصة لأنها تستهدف خدمة الصالح العام ومن هنا منحت الجهة الإدارية المتعاقدة سلطات وحقوق إستثنائية تمكنها من مواجهة المتعاقد معها من خلال القيام بعملية الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد وتوقيع الجزاءات على المتعاقد أن استدعت الحاجة ذلك وأيضا تعديل وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، ولا يكون للمتعاقد معها سوى الحق في التعويض إن استدعت الحاجة إلى ذلك.

ومن هنا فإن مظاهر سلطات الإدارة مواجهة المتعاقد معها تتجمع بصفة أساسية في ما يلي:

- حق الرقابة والإشراف
- حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة

- حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها

- حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب

الفرع الأول:

سلطة الرقابة والإشراف

تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بمجموعة من الحقوق من بينها حق الرقابة والإشراف أو التوجيه على تنفيذ العقد الإداري ولها حق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، ويطلق مصطلح الرقابة للدلالة على معنيين :

1- المعنى الضيق: يقصد بها إنحصار دور الإدارة في التحقق من تنفيذ المتعاقد معها للعقد طبقا لبنوده، وهذا الحق ثابت للمتعاقد وفقا لقواعد القانون المدني ولا غبار عليه، وللإدارة في سبيل ممارسة حق الإشراف أن تراقب وتوجه تفاصيل مجريات العقد وفق لبنوده، بما يتلاءم مع مقتضيات المصلحة العامة، فالإشراف يمهد لتسليم العمل، وهو جزء من عملية الفحص اللازمة عند تسليم موضوع العقد[1].

2- المعنى الواسع: ويقصد بها حق الإدارة التدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، ويحدث ذلك إذا ما استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع، وذلك في غير الحالات المنصوص عليها صراحة في العقد، شريطة ألا

[1] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مكتبة الحقوقية والأدبية ش .م.م للتوزيع، ط 1، 2011، ص 374.

تؤدي هذه السلطة لتعديل العقد الإداري الانفرادي وذلك كإصدار الإدارة التعليمات للمتعاقد أو إتباع طريقة معينة لتنفيذ واستناد الطريقة المتبعة في هذه الحالة تأخذ الرقابة معنى التوجيه للمتعاقد[1].

وهنا من الضروري أن نميز بين عقود الأشغال العامة والتزامات المرافق العامة منه ناحية، وبين العقود الإدارية الأخرى[2].

حيث يعتبر حق الإدارة في الرقابة والتوجيه على هذا النحو مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية، حتى ولو لم يرد ذكره في شروط العقد صراحة إلا أن مدى الحق يختلف من عقد إلى آخر حسب نوعيته، فهي محدودة على سبيل المثال في عقود إقتناء اللوازم بالمقارنة معها في عقود الأشغال العامة[3].

حسبما رأينا فإن حق الإدارة في الإشراف والرقابة على المتعاقد معها حق متعلق بالنظام العام، وأنه بذلك حق موجود وقائم سواء تضمن العقد النص عليه أو جاء خلوًا منه بل وحتى لو تنازلت الإدارة عن هذا الحق صراحة في العقد فإن التنازل يكون باطلا ويبقى الحق قائما[4].

ورأينا كذلك أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الإعتراض على الإدارة في ممارستها لحق الإشراف والرقابة ولا يجوز الامتناع عن تنفيذ توجيهاتها وقراراتها المتعلقة بذلك، وأن أي إخلال أو تقاعس عن التنفيذ يعرض المقاول للعقوبات التي توقعها عليه الإدارة، والتي قد تصل إلى حد إنهاء العقد[5].

ومنه تتخذ الرقابة الممارسة من قبل الإدارة مظهر الرقابة المالية والإدارية والفنية والمحاسبة لضمان تنفيذ العقد وفق الشروط والمواصفات الفنية المتفق عليها، ولكن هذه الرقابة سواء كانت

[1] محمد العموري، العقود ، المرجع السابق، ص 79.

[2] علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق ص 374.

[3] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 496.

[4] محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، كتاب إلكتروني منشور من طرف، pdffactory.com بتاريخ 2022/05/10 ،ص 91.

[5] المرجع نفسه.

سابقة أم لاحقة مقيدة بقيدين جوهريين يحدان من تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها الرقابية، أو لهما قيد المشروعية الذي يحكم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، وثانيهما قيد المنطق أو عدم المغالات، فلا يجوز ممارسة هذه السلطة بصورة تؤدي إلى تغيير في طبيعة العقد الإداري[1]، ومنه سيوضح أكثر في هذه القيود في ما يلي:

أولا: احترام مبدأ المشروعية

واجب على الإدارة أثناء مباشرة سلطتها في الرقابة والتوجيه أن تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، ذلك أن تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصورة عامة بما يتضمن تلبية حاجات المرفق العام التي يتصل موضوع العقد الإداري بنشاط هذا المرفق كتحسين الخدمات التي يقدمها هذا المرفق أو الحفاظ على المال العام، إضافة إلى ذلك أن تراعي الإدارة في استعمالها لهذه السلطة مبدأ" حسب النية في تنفيذ العقود من خلال إستعمال سلطتها استعمالا ليس من شأنه الإضرار بالمتعاقد معها وعدم تعسفها معه مما قد يؤدي بالمتعاقد إلى طلب التعويض من القضاء الإداري أو فسخ العقد[2].

ثانيا: قيد المنطق أو عدم المغالات

أي أنه يتعبن على الإدارة أن لا تصل سلطتها في الرقابة والتوجيه إلى حد التعديل الانفرادي لموضوع العقد أو شروطه، فسلطة الرقابة بالمعنى المزدوج (الإشراف والتوجيه) لها حد معين تقف عنده، فلا يجوز استخدام هذه السلطة لتغيير الشروط المنصوص عليها صراحة في العقد أو تعديل طبيعة العقد.[3]

[1] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 146.

[2] أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، جزء من متطلبات لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،كلية الحقوق ، جامعة النهرين، 1433/ 2012، ص 84.

[3] محمد العموري، المرجع السابق، ص 82.

يمكن القول أخير إن حق الرقابة والإشراف او التوجيه هو واجب على الإدارة لا يمكن التنازل عنه وهو حق مخول لها قانونا حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، إلا أنه يبقى مقيد وليس مطلق للإدارة تباشره في إطار هذين القيدين لضمان عدم تعسفها أثناء القيام بذلك.

الفرع الثاني:

سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة

للإدارة على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر[1]، حتى ولوم لم يرد في بنود العقد نص يخول لها هذه السلطة[2]،وذلك بالزيادة والنقصان كميا في العقد متى استدعت الحاجة إلى ذلك،[3] وهذا بالخروج من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلى قاعدة أخرى أصلية تمتاز وتختص بها العقود الإدارية وهي أن "العقد شريعة المرفق العام"[4].

ويتم ذلك دون المساس بالحقود المالية للمتعاقد معها مع إبقاء الحق في التعويض قائما بالنسبة له في هذه الحالة[5].

ومن هنا يعتبر حق الإدارة في التعديل مقرر في كل من مصر ولبنان وفرنسا، ففي فرنسا لم يعترف مجلس الدولة للإدارة بهذا الحق إلا منذ عام 1910 في عقد ترام (مرسيليا)،حيث كان مقتصرا حينها على عقود التزام المرافق العامة، إلا انه فيما بعد عمت هذه السلطة لتشمل كامل العقود

[1] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإزرابطة، الاسكندر،2012 ،ص 186.

[2] نواف كنعنان، المرجع السابق، ص 356.

[3] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 146.

[4] محمد العموري، المرجع السابق، ص 83.

[5] عطوي حنان ، تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشاذلي بن جديد، الجزائر،مجلد 8، ع 1 ،2022، ص 176.

الإدارية مع بعض الاختلاف في درجة فرضها من الناحية العلمية، ومنه فكلما ارتبط العقد بالمرفق العام أكثر كلما أصبحت هذه السلطة أوضح[1].

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية فقد نص المشرع الجزائري على ذلك من خلال الإشارة إلى التعديل في مصطلح الملحق في نص المادة 135 منه، والذي يعتبر وثيقة تعاقدية تبرم في جميع الحالات إذا كان الهدف منها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بنود تعاقدية في الصفقة والذي يتم عرضه للدراسة على لجنة الصفقات المختصة ومهما يكن من الأمر فإنه لا يمكن للملحق أن يؤثر على توازون الصفقة أو يعدل من موضعها أو في مداها[2]. ومن هذا المنطلق فتعديل العقد الإداري يجب أن يتم بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صاحبة الحق، فليس للمتعامل المتعاقد المكلف بالإشراف على تنفيذ العقد حق تعديل الشروط المتفق عليها بإصدار أوامر تعليمات إلا وفقا لما هو محدد في بنود العقد[3].

غير أن الإدارة في هذه الحالة يجب أن تكون تسعى في التعديل لمقتضيات المصلحة العامة، وأن تستند في إجرائه إلى تغيير الظروف التي أدخلت في الاعتبار عند إبرام العقد لكي لا تتملص من إلتزاماتها بلا مبرر[4].

ومن جهة أخرى فإن سلطة الإدارة ليست مطلقة ولا يمكن لها تعديل موضوع العقد نهائيا، أو المساس بالجانب المالي للمتعاقد إلا وفقا لما هو مقرر لها تعديله فيما يخص الامتيازات المتعلقة بسير المرفق العام وبالخدمة التي يؤديها المتعاقد معها، وهذا يدخل في نطاق البنود التعاقدية للإمتيازات، فلا يمكن لها تجاوز ذلك أثناء التعديل، وإلا أصبح للمتعاقد الحق في فسخ العقد وطلب التعريض إذا أدى ذلك إلى خسرانه خسارة بينه.

[1] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 160.
[2] عطوي حنان، المرجع السابق، ص 160.
[3] ما جد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 186.
[4] المرجع نفسه، ص 186، 187.

ومنه فإن تعديل العقد الإداري لا يكون إلا عند الضرورة في حالات إستثنائية إذ أن الأصل هو بقاء العقد بشروطه عند الانعقاد، ومراعاة للمصلحة العامة وحاجات الإدارة العامة منحت الإدارة هذا الامتياز شرط أن لا تتعسف في استخدام هذه السلطة[1].

ومن هنا يمكن القول بأن سلطة التعديل تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام ولا تملك الحق في تعديل النصوص المتعلقة بالمقابل المالي ومزاياه للمتعاقد، ذلك لأنه يحدد بدقة أثناء التعاقد ولا يحق لكلا الطرفين تعديله إلا بموافقة الطرف الأخر[2].

ويحق للمتعاقد التعويض العادل عن الضرر الذي لحق به أو بمركزه التعاقدي أو بقلب الظروف المالية للعقد بشرط أن يكون التعديل تم بالإدارة المنفردة للإدارة وحدها توافقا مع مقتضيات المرفق العام والمصلحة العامة مع وجود تبرير له، أما في حالة تعديل العقد بالاتفاق بين الطرفين، فلا يترتب لأي منهما التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك[3].

يمكن الإشارة إلى أن حق الإدارة في تعديل العقد يخضع لمجموعة من القيود والضوابط التي تقف أمام هذه السلطة لمنع تعسف الإدارة أثناء القيام بالتعديل سنحاول الاطلاع عليها وبيانها في ما يلي:

أولا: احترام مبدأ المشروعية

يجب على الإدارة عند تعديلها لعقودها أن تحترم قواعد المشروعية وذلك من خلال استيفاء قرار التعديل لجميع الأركان لضمان صحته من حيث صدور القرار عن السلطة المختصة[4]، وبالشكل والإجراءات المقررة في القواعد القانونية أو اللائحة التي تحكم هذا الموضوع وان يهدف قرار التعديل

[1] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 147.
[2] ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، المرجع السابق، ص 187.
[3] المرجع نفسه، ص ص 188، 189.
[4] محمد العموري، المرجع السابق، ص 90.

تحقيق المصلحة العامة[1]. أما إذا كان هذا القرار مخالفا لمبدأ المشروعية فإنه يكون باطلا ويحق للمتعاقد معها طلب إلغاءه من القاضي الإداري[2].

ثانيا: إن يكون للتعديل أسباب موضوعية

يمكن أن تتعاقد الإدارة في ظل ظروف معينة، وهذه الظروف قد تتغير نتيجة مستجدات تظهر بعد إبرام العقد خاصة في العقود الإدارية التي نتطلب وقتا طويلا لتنفيذها كعقد الأشغال العامة مثلا وعقد التوريد، وفي حالة ما إذا طرأ تغيير على هذه الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق التعديل بما يتماشى والظروف الجديدة وبما يراعي موضوع العقد الأصلي والملبي لحاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام[3].

ثالثا: الالتزام بموضوع العقد

إذ يجب أن يكون التعديل في دائرة وحدود غرض العقد وموضوعه، فإذا تجاوز التعديل هذه الدائرة كان هذا تعديلا مشوبا بعيب سوء استعمال السلطة والانحراف بها[4]، وشرط أن لا يؤدي هذا التعديل إلى تبديل نوع وموضوع العقد أو قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب حيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله وتطبيق لذلك لا يجوز للإدارة القيام بأي تعديل من هذه الناحية[5]، وإلا جاز للمتعاقد معها الامتناع عن تنفيذ قرار الإدارة أو طلب فسخ العقد مع المطالبة بحق التعويض الكامل عن الخسائر التي لحقت به[6].

[1] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 137.
[2] محمد العموري المرجع السابق، ص 90.
[3] عمار بوضياف المرجع السابق، ص ص 204، 205.
[4] محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 99.
[5] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 138.
[6] محمد العموري، المرجع السابق ص 90.

رابعا: عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد

يجب أن لا يمس التعديل الحقوق المالية للمتعاقد معها وأن يكون التعديل في حدود الشروط الأخرى التي تتعلق بالمرفق العام، ومن أبرز هذه الحقوق والمزايا المالية للمتعاقد هو الحق في الثمن الذي يجب أن تلتزم الإدارة بصرفه دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمروكية وغيرها من الضرائب والرسوم[1].

خامسا: اقتصار التعديل على الشروط التنظيمية في العقد

سلطة الإدارة في تعديل الشروط التنظيمية للعقد الإداري ليست مطلقة بل مقيدة[2]، ذلك أنها لا تتناول سوى الشروط العقدية المتصلة بتسيير المرفق العام وحاجاته[3]، ذلك حتى لا تتعسف الإدارة في استعمالها لهذا الحق مما قد يضر بالمتعاقد معها أو بالمرفق العام أو بهما جميعا لهذا وضعت هذه القيود[4].

و أخيرا يمكن القبول بأن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري ليس حقا مطلقا لها بل مقيد بمجموعة من الضوابط للحد من تعسفها.

[1] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 138.

[2] محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 99.

[3] محمد العموري، المرجع السابق، ص 89.

[4] محمد الشافعي أبو راس المرجع السابق، ص 99.

الفرع الثالث:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء[1]، سواء كان هذا التقصير بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد أو تأخره في تنفيذه أو في حالة تنفيذه بشكل غير مرضي، أو إحلال غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة يحق لها في هذه الحالات توقيع جزاءات غير مألوفة للأفراد في عقود القانون الخاص[2].

فهدف الإدارة من هذه الجزاءات ليس مجازات المتعاقد معها أو تعويض الإدارة عما أصابها من ضرر، إنما هو لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد لتحقيق المصلحة العامة[3].

ومنه تختلف الجزاءات باختلاف نوع العقد الإداري بين جزاءات مالية الجزاءات الضاغطة تصل إلى حد الفسح لتصبح جزاءات فاسحة.

أولا: الجزاءات المالية

وهي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للإدارة إستيفائها من المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته العقدية وهي نوعان، منها ما يقصد بها الضرر الذي لحق بالإدارة (التعويض)، ومنها ما يقصد به عقاب المتعاقد على تأخره على التنفيذ بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة (غرامات التأخير) [4].

1- التعويض:

[1] نواف كنعان، المرجع السابق، ص 358.

[2] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 130.

[3] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 496.

[4] محمد العموري، المرجع السابق، ص 94.

يرى البعض أن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص، إلا أننا نقول بأنه مادامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على ذلك التعويض بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدما، فان ذلك يكفي للقول بان سلطة الإدارة ملاحظ فيه بشكل واضح وجلي وبما يكفي لاعتباره من نوع الجزاءات المالية[1].

حيث يعتبر حق التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات العقدية، وذلك إذا لم ينص العقد على جزاءات مالية أخرى، والنظام القانوني لهذه العقوبات قريب من النظام المدني فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر ولكن يختلف النظامين في ما يتعلق بكيفية التحصيل[2].

وباعتبار أن العقود الإدارية تستهدف تسيير مرفق عام، فمن مقتضيات هذا التسيير هو إعطاء السلطة التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها، شرط أن لا تتعسف في الحصول على التعويض من المتعاقد معها ويقدر ذلك وفقا لجسامة الضرر[3].

وقد أباح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة ان تحدد مقدار التعويض مسبقا، شرط إن يكون للمتعاقد الحق أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء، وتستطيع الإدارة ان تحصل التعويضات بإرادتها المنفردة، كما يحق لها أن تعدل في استعمال حقها وترك تقديرا التعويض للقضاء[4].

[1] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 134.
[2] محمد العموري، المرجع السابق، ص 94.
[3] محمود خلف الحيوري، المرجع السابق، ص 134.
[4] محمد العموري، المرجع السابق، ص 94.

2- الغرامات التأخيرية:

يصطلح عليها فقهيا بغرامة الإخلال وهي الغرامة التي توقع على المتعامل المتعاقد في حال تأخره عن التنفيذ في الأجل المتفق عليه في الصفقة المبرمة.[1] وهي مبالغ مالية منصوص عليها في العقد، للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته، دون الحاجة إلى حكم قضائي، أو إلى إثبات ما أصابها من ضرر لأن الضرر يكون دائما مفترض ولا يقبل إثبات العكس ولا يعفي المتعاقد منها إلا إذا أثبت أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الإدارة نفسها، ولا يحق للإدارة أن تفترض تعويض يفوق مقدارها، بغض النظر عن جسامة الضرر الذي حصل لها[2].

3- مصادرة كفالة حسن التنفيذ (التأمين) :

هي إستلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد معها ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد[3]، لقد أوجب قانون الصفقات العمومية الجزائري في المادة 124 من المرسوم 247/15 على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختبار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذ لم يدعم عن طريق حكومة دولته وفي هذه الحالة وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص[4].

أما فيما يتعلق بمبلغ كفالة حسن التنفيذ فقد حددته المادة 133 من نفس المرسوم بنسبة تتراوح ما بين 5% و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

[1] بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 193.

[2] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 496.

[3] المرجع نفسه، ص 497.

[4] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 131.

ثانيا: الجزاءات الضاغطة

هي وسيلة ضغط توقعها الإدارة على المتعاقد معها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، فتحل محله في تنفيذ العقد على حسابه[1] ،وتتخذ هذه الجزاءات صورتان:

1 – سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة:

ويقصد بها توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول و إسناده لشخص آخر، وهذا بعد استيفاء جملة من الإجراءات وتوافر جملة من الشروط[2]، وهذا لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز العمل[3].

2– الشراء على حساب مسؤولية المورد في صفقة التوريد:

يمكن تعريف الشراء على حساب المورد على أنه "إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريده الأصناف المتعاقدة عليها بموجب الصفقة المبرمة في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته".

حيث يغير هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاءا والمعتمدة فقها ذلك أن موضوعه له صلة باستمرارية المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة[4].

---

[1] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 153.

[2] عمار بوضياف،الصفقات العمومية في الجزائر ، المرجع السابق، ص 132.

[3] سكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الجزائرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 118.

[4] المرجع نفسه، ص 130.

ثالثا: الجزاءات الفاسخة

تعتبر الجزاءات الفاسخة من أشد الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها وذلك في حالة ارتكابه خطأ جسيم يدفع بالإدارة إلى فسخ العقد المبرم معه ومن هنا يمكن تعريف الفسخ بأنه "إنهاء الرابطة التعاقدية وبمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها، وتعد اخطر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة ضد المتعاقد، لوقوع أخطاء جسيمة منه لا يكون أملا او فائدة من استمرار العلاقة العقدية، وذلك لفقدها الثقة به[1].

بحيث تقوم الإدارة بفسخ العقد دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، استثناءًا في عقد التزام المرافق العامة الذي لا بد لفسخه من تدخل القضاء نظرا لظروف هذا العقد وأهمية العناصر المستخدمة في تنفيذه، إضافة إلى ذلك أنه ليس للإدارة حق توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقد معها كما أنه يجب عليها إنذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاءات إلا في حالات الاستعجال او نص العقد على خلاف ذلك[2].

ومنه يعتبر حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها حق مخول لها قانونا حتى لو لم ينص العقد على ذلك إلا أنه يبقى كغيره من الحقوق السابقة الذكر مقيد بمجموعة من القيود والتي تتمثل في:

أ- وجوب إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء بحقه

وهو عبارة عن إعذاز بنشر من جانب الإدارة في الصحف لتنذر به الطرف المخل وتمارس بعد إصداره الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة[3].

[1] سيف محمد سيف السويدي ،المرجع السابق ،ص177.

[2] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 497.

[3] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 132.

ب- مشروعية قرار الإدارة بفرض جزاءات على المتعاقد معها:

أي أن تتقيد الإدارة بذلك الخطأ ووضع جزاء محددا له وتقيدها بما جاء في العقد ولا يجوز لها مخالفته[1].

ج- الخضوع لرقابة القضاء:

وذلك للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف، من ناحيتين من ناحية مشروعية الجزاء في ذاته ومن ناحية مدى تناسبه مع درجة إخلال المتعاقد بالتزاماته[2].

ج- اللجوء للقضاء لإيقاع بعض الجزاءات:

كون الإدارة مقيدة في بعض الحالات بوجوب اللجوء إلى القضاء لإيقاع بعض أنواع الجزاءات لا تملك الإدارة إيقاعها بنفسها وإن كان لها حق المطالبة بإيقاعها، ذلك أن مثل هذه الجزاءات من اختصاص القاضي ومن بين هذه الجزاءات ،الجزاءات الجنائية بصورة عامة ما عدا الجزاءات المخولة مباشرتها بنص القانون وكذلك تقدير التعويض على المتعاقد معها ما لم ينص القانون على آلية للتعويض أو إذا كان التعويض مقدرا سابقا في بنود العقد بصورة اتفاقية كذلك الحال بالنسبة لجزاء إسقاط الالتزام لا يكون إلا بقرار قضائي[3].

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الإسكندرية، 2006، ص 287.
[2] المرجع نفسه، ص 288.
[3] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 124، 125.

الفرع الرابع:

سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإدارتها المنفردة

للإدارة أخيرا حق إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أي خطأ من جانب المتعاقد الآخر[1]، دون النص عليه في العقد وهذا ما نصت عليه المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ذلك أنه قد يتطلب الأمر في بعض الأحيان أن تلجأ الإدارة إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون صدور أي خطأ من المتعاقد معها متى كان الأمر لا يخدم المصلحة العامة ولا يحقق الهدف المنشودة من وراء إبرامها للعقد، دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاعتراض على ذلك مع بقاء حقه في التعويض قائما[2].

شرط أن يكون إنهاء العقد من قبل الإدارة متجاوبا مع مقتضيات المصلحة العامة ومرافق الدولة، مع مراقبة القضاء الإداري لذلك القرار الذي قد تتعسف الإدارة في إصداره جراء انحراف السلطة[3].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن "للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه[4].

هذا مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلق، بل مقيد بقيدين سنحاول الإشارة إليهما في ما يلي:

---

[1] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، 497.

[2] عطوي حنان، المرجع السابق، ص 176.

[3] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 497-498.

[4] ماجد راغب الحلو، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 190.

أولا: توافر المصلحة العامة أو مصلحة المرفق لإنهاء العقد الإداري

تتمثل المصلحة العامة الغاية والمبرر لمنح الإدارة الصلاحيات والاستثناءات الواردة في القانون الإداري، وعليه فإن هدف الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة على عكس الأفراد الذين تتنوع غاياتهم ومن بينها تحقيق المصلحة الشخصية[1]، فسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية مقيدة ليست مطلقة تسعى لتلبية متطلبات المرفق العام او تحقيق المصلحة العامة[2]، وإلا كان قرار الإنهاء مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة بسبب تعسف الإدارة وغير مشروعا لانتفاء مبرراته[3].

وقد يكون الباعث أو الهدف هو زوال الغرض الذي من اجله تعاقدت الإدارة حيث يعتبر هذا السبب من أكثر الأسباب شيوعا في هذه العملية ذلك أنه قد تتغير الظروف والأحوال التي من أجلها تم التعاقد والتي قد تؤثر على المصلحة العامة وبالتالي يكون التعاقد لا يهدف تحقيق احتياجات المرفق العام ويصبح بذلك عبئا ماليا على خزانة الإدارة دون أي هدف منه، وبهذا تتدخل الإدارة لإنهائه بسلطتها[4]، وأيضا قد يكون سبب الإنهاء إلى تغير الظرف الاقتصادي عن الظرف وقت إبرام العقد وذلك من اجل حماية الموارد المالية للإدارة، إضافة إلى ذلك فإنه يمكن إنهاء العقد الإداري نتيجة الصعوبات الفنية في تنفيذه[5].

[1] جابر صالح محمد الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص 88.

[2] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 140.

[3] جابر صالح محمد الحمادي، المرجع السابق، ص 88.

[4] المرجع نفسه، ص 89.

[5] المرجع نفسه، ص 90.

كما أنه لا يمكن إنهاء العقد الإداري بالنظر إلى الأسباب الشخصية كالعداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة أو الأسباب دينية، أو سياسية أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الدولة دون تحقيق المصلحة العامة[1].

ثانيا: صدور قرار الإنهاء وفق الأوضاع المقررة قانونا لسلطة الإدارة التقديرية

وذلك من خلال توافر كافة الشروط الشكلية والموضوعية التي تؤثر على صحة القرارات الإدارية بمقتضى السلطة التقديرية من حيث الجهة المختصة وفقا للشكل والإجراءات التي نص عليها القانون[2] ،أو من سلطة أخرى نص عليها العقد أو القانون على اختصاصها بقرار الإنهاء شرط أن لا يشوب قرار الإنهاء من الإدارة باستعمال سلطتها التقديرية عيب الموضوعية والانحراف في استعمال السلطة التي تؤدي إلى البطلان، ذلك أن قرار الإنهاء يهدف لتحقيق المصلحة العامة ويلزمه التسبيب على عكس قرار فسخ نتيجة إخلال المتعاقد[3].

كما أنه في مقابل هذا يكون للمتعاقد معها حق التعويض عن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب من جراء استعمال الإدارة لحقها في الإنهاء بالإدارة المنفردة شرط أن يثبت ذلك الضرر[4]، أما في حال تضمن العقد نصا صريحا على عدم تعويض المتعاقد نتيجة الإنهاء بالإرادة المنفردة فإنه لا يستحق التعويض[5].

أخيرا إذا كان قرار الإنهاء دون وجود خطأ من المتعاقد ولدواعي المصلحة العامة تما فإنه يحق للمتعاقد معها التعويض عن ذلك الضرر الذي لحقه.

---

[1] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 141.

[2] المرجع نفسه.

[3] صابر صالح محمد الحمادي، المرجع السابق، ص 91، 92.

[4] ماجد راغب الحلو، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 192.

[5] جابر صالح محمد الحمادي، المرجع السابق، ص 92.

يمكن أن نستخلص أخيرا أن سلطات الإدارة على المتعاقد معها واسعة باعتبارها حقوق منحها القانون لها حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، تبقى قائمة ولو تنازلت عنها الإدارة، إلا أنها في نفس الوقت تبقى مقيدة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة ليست مطلقة لها ضوابط وقيود تقف أمامها لمنع تعسفها أثناء مباشرتها لسلطاتها.

المطلب الثاني:

إعادة التوازن المالي للعقد لصالح المتعامل المتعاقد

يمر المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري بظروف بسبب التعديلات التي تدخلها الإدارة عليه قد تؤدي إلى زيادة الإعباء على المتعاقد ينبغي هنا منح المتعاقد معها فرصة لكي يستعيد حقوقه بحسب الأصول بالزيادة أو النقصان ،فالإمتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدت أثناء عملية التعديل تقابلها حقوق المتعاقد من الجانب الآخر.

إضافة إلى ذلك أيضا فقد تطرأ أثناء التنفيذ أحداث ووقائع من شانها التأثير على المركز المالي للمتعاقد وقد تؤدي إلى عجزه عن تنفيذ التزاماته، الأمر الذي يتطلب ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة وإيجاد الحلول المناسبة لإعادة التوازن المالي للعقد وذلك ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. عندما ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة البحث عن حلول ودية للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة كلما سمح الأمر بإيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين ويكون ذلك بالإستناد على إحدى النظريات[1] التي تمثلت في نظرية المخاطر الإدارية (عمل الأمير) المخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المالية الغير المتوقعة (القوة القاهرة) وسنوفيهم كالآتي:

[1] عطوي حنان ، المرجع السابق، ص 179.

الفرع الأول:

المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير)

تقوم فكرة التوازن المالي للعقد على نظرية فعل الأمير التي تسعى الى تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به، وسنحاول من خلال هذه النظرية تقديم عرض نشرح فيه الشروط الواجب توافرها والآثار المترتبة عنها .

أولا: مفهوم نظرية عمل الأمير

يقصد بفعل الأمير في هذا السياق جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة، والتي تؤدي بالنتيجة إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد وتجعل تنفيذ العقد بالنسبة له مرهقا وأكثر كلفة[1]. كان تلغى إجراء عام كان المتعاقد يعتمد عليه عند إبرام العقد، كأن تقصر المصلحة المتعاقدة مثلا في تنفيذ ما تقضي به اللوائح المحلية من تزويد المنازل بحاويات جمع القمامة التي تساعد المتعهد في جمع المخلفات، فيؤثر ذلك على تنفيذ إلتزاماته ويحمل أعباء إضافية[2]، ولتحقيق هذه النظرية فقد حدد الفقه والقضاء الإداريين شروطا حتى يصبح من الممكن مطالبة المتعامل المتعاقد بالحصول على التعويض وهي كما يلي:

ثانيا: شروط تطبيق النظرية

يشترط فيها ما يلي:

[1] محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،ط 1 ، 2012/1433، ص 319.
[2] محمد العموري، مرجع سابق، ص 122.

1/- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا أمر طبيعي ما دمنا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تمتاز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص[1].

2/- أن يكون الإجراء غير متوقع وقت إبرام العقد،فإذا كان المتعاقد قد توقع حدوث مثل ذلك الفعل أثناء التعاقد، لم يعد له الحق في طلب التوازن المالي لأنه أقدم على التعاقد وهو مقدر لهذا الظرف وكل ما يمكن الحصول عليه في مثل هذه الحالة هو الطعن للعقد ذاته من حيث تفسيره أمام القضاء[2].

3/- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعا، إذا أن الأمر هنا لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ.

4/- أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضررا حقيقيا من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ولو لم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامة[3].

ويشترط في الضرر ان يكون محددا أو مباشرا وخاصا بالمتعامل المتعاقد فإذا نتج مثلا عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطتها في التعديل تطلب من المتعامل المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة وتصل معه في الوضع الغالب إلى حل توافقي ودي وهو ما حرص عليه تنظيم الصفقات العمومية الأخير في المادة 102 منه[4].

ثالثا: آثار تطبيق النظرية:

يترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير جملة من الآثار سنعرفها فيما يلي:

[1] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 86.

[2] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 217.

[3] سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2009 ، ص 70.

[4] محمد علي الخلايلية، المرجع السابق، ص 320.

على الرغم من أن الحصول على التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير إلا أن هناك نتائج أخرى وهي:

1/- إعفاء المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ، كان تصدر الإدارة قرارا بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها[1].

2/- حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذ ما استحال تنفيذه بفعل الأمير كصدور تشريع يمنع الاستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلاد، كذلك إذ ما أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية عليه لدرجة لا تحتملها إمكانياته المالية[2].

3/- حق المتعاقد في المطالبة بعدم تطبيق الغرامات التأخيرية في حالة ثبوت أن عمل الأمير هو المتسبب في التأخير[3].

الفرع الثاني:

المخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة)

من خلال ما سبق ذكره في نظرية عمل الأمير أن العامل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة للمتعاقد معها في هذه النظرية صادر عن المصلحة المتعاقدة ،و سنحاول من خلال ما سنتطرق إليه في نظرية الظروف الطارئة إلى معرفة مصدرها وشروطها والأثار المترتبة عنها ذلك من خلال مايلي:

أولا: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

[1] حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة ، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 16 ، ع58، 2018، ص 168.

[2] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق ص 219.

[3] حسن محمد علي حسن البنان، مرجع سابق ص 168.

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أن تقع ظروف أو حوادث أثناء تنفيذ العقد لم تكن متوقعة من قبل الطرفين وقت إبرام العقد[1]. من شانها الإخلال باقتصاديات العقد وتؤدي إلى استحالة تنفيذه فيحق له في هذه الحالة أن يطلب من المصلحة المتعاقدة المساهمة معه في تحمل الأعباء المالية الجديدة عن طريق المطالبة بتعويض بصورة جزئية عما لحقه من خسارة[2].

ثانيا: شروط تطبيق النظرية

1/- وقوع حوادث إستثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ[3]: يجعل من تنفيذ الصفقة أمرًا عسيرًا على المتعامل المتعاقد، والظرف الطارئ ارتفاع مفاجئ لبعض المواد الأولية اللازمة لتنفيذ تلك الصفقة كغلاء الحديد أو الاسمنت في عقود الأشغال[4].

أو وباء يأتي على البلدان فيتسبب في ندرة أو غلاء المنتوج مثال ذلك: الوباء الذي اجتازه العالم في ما يسمى بجائحة كورونا COVID19 الذي أتى على العالم والبشرية مما تسبب في غلق الحدود والغلق الشامل بين البلدان، أدى ذلك إلى نقص وندرة المواد المستوردة التي تعتبر أولية من بينها الأدوية، وارتفاع أسعارها هذا أدى إلى تعذر إستيسراد الأدوية والسلع والبضائع مما أدى إلى غلق المتاجر والشركات والمخابر... الخ ،وهذا ما تسبب في موت الكثير من الأشخاص بسبب ندرة هذه المواد الأولية . وبإعتباره حادثا استثنائيا غير متوقع وجب على الدول الأخذ به وتدخلها من خلال تسليط الضوء أكثر على مالحق شعوبها من أضرار و القيام بتعويض التجار عن الأضرار التي لحقت بهم وقت الجائحة.

[1] محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 217.
[2] حنان عطوي ،المرجع السابق، ص 180.
[3] عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر ، المرجع السابق، ص 144.
[4] بوعمران عادل، المرجع سابق ،ص 213.

2/- أن يكون الظرف الطارئ خارجًا عن إرادة المتعاقدين[1]: وعلى ذلك لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة، إذ تسبب هو بعملة أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد وينبغي على الإدارة أن لا تكون المتسببة في ظهور الطرف الطارئ فإذا كانت هي من أحدثت العمل الطارئ جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة[2].

3/-ويجب أن تكون نتائج الظروف الطارئة وآثاره جسيمة، بحيث يترتب عليها عجز المتعاقدين عن الاستمرار في التنفيذ، أو أن يصبح الاستمرار في التنفيذ مرهقًا، بالتالي يصبح المرفق العام مهدَّدا بالانقطاع أو على الأقل بعدم الانتظام، فان كانت بسيطة هذه الآثار، فإنها لا ترهق المتعاقد، ولا يترتب عليها توقف المرفق العام، ومن ثم فلا إعمال للنظرية ولا مجال للتعويض[3].

4/- وفي الأخير يجب أن يتحقق وقوع الضرر، فالقاعدة العامة أنه لا تعويض عن أضرار محتملة، قد تقع وقد لا تقع.

فإن توافرت هذه الشروط، كنا في دائرة نظرية الظروف الطارئة بكل شروطها.

ثالثا: آثار تطبيق الظروف الطارئة

إن تحقيق شروط النظرية ينتج على آثار على عملية التنفيذ وتكمن أساسا فيما يلي:

1/ حق المتعاقد في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة إذ توافرت شروط تطبيق النظرية، وجب على المصلحة المتعاقدة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وليس معنى هذا إعادة التناسب الذي كان

[1] حسن، محمد على حسن البنان، المرجع السابق، ص 184.
[2] عمار بوضياف،الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 145.
[3] محمد الشافعي، أبو راس، المرجع السابق، ص 112.

موجودًا عند التعاقد بين الطرفين كلية وإنما المقصود هو مساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة[1].

ومقتضى النظرية يتمثل في التزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة التي لحقت بالجهة المتعاقدة معها، واختلت بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما[2]. وليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع منه، وعلى ذلك يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد وباعتبارها قائمة، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد وحدة واحدة[3].

2/- إلتزامات المتعاقد للاستمرار في تنفيذ العقد: لا يعفى الظرف الطارئ المتعاقد من التزاماته التي تنشأ عن العقد، فالتزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ على الرغم من وقوع الحادث الطارئ وإن كان مرهقا[4] ،لا سيما أنه ملزم بإتمام تنفيذ العقد، وإنقطاعه عن ذلك ينجر عنه حرمانه من التعويض بعنوان الظروف الطارئة[5].

يدعوا القضاء الأطراف المتعاقدة إلى الاتفاق الودي في تعديل العقد بما يتفق والظرف الطارئ، وفي حال فشل الاتفاق يحكم بالتعويض استنادا إلى هذه النظرية، إلا أن التعويض يكون جزئيا وليس كليا فلا يغطي كل الخسائر، والتعويض يشير إلى النقاط التالية.

[1] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 90.
[2] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 441.
[3] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 91
[4] حسن محمد علي البنان، المرجع السابق، ص 188.
[5] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 91.

1/- تقدير التعويض:

يتحمل كل من المتعاقدين شيئا من الخسارة، إذ تتحمل الإدارة جزءا من الخسارة الحقيقية الفادحة التي تندرج في معنى الخسارة الجسيمة بغية إعادة التوازن المالي للعقد[1].

2/- طلب التعويض:

إن طلب التعويض يقدم من المتعاقد الأصلي، أو ممن يحل محله، ويطلب التعويض من جهة الإدارة المتعاقدة وإذا كان السبب هو الذي يحدث ذلك الظرف الطارئ يكون هو إحدى تلك الجهات الإدارية غير الجهة المتعاقدة، وعليه يطلب التعويض هنا من الجهة المتعاقدة التي بدورها ترجع إلى الجهة الأخرى ،وأن كان هذا الرجوع يتم بشروط صعبة عادة[2].

3/- وقت طلب التعويض:

تبنى المشرع الجزائري العمل بهذه النظرية ويظهر ذلك من خلال نص المادة 107 من ق،م،ج والتي جاء فيها "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا مرهقا للمدين بحيث يحدده بخسارة فادحة جاز للقاضي طبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

على المتعاقد طلب التعويض عن الظرف الطارئ من أول لحظة يتحقق فيها هذا الظرف، أثناء تنفيذ العقد وحتى بعد تنفيذه وعليه فعلى المتعاقد الانتظار حتى إتمام التنفيذ وعليه فإذا تقدر من غير الممكن تقدير الخسارة الناتجة على هذا الظرف قبل ذلك الوقت، من هنا فلا يوجد هناك مانع بمطالبة

[1] محمد العموري، المرجع السابق، ص 141.

[2] المرجع نفسه،ص143.

المتعاقد بتعويض مؤقت على الظرف الطارئ إذا كان أن يستمر لمدة طويلة هذا الظرف، وليس في وسع المتعاقد أن ينتظر زواله[1].

ومن الآثار الرئيسية لهذه النظرية هو حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على مساعدتها حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته وبالتالي يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف وذلك بتوزيع عبئ الخسارة بين المتعاقد والإدارة وهذا بالذات إذا ما امتنعت الإدارة من تعديل إلتزاماتها بما يتفق والوضع الراهن[2].

من هنا بالرغم من صدور النص في ق، م إلا أنه لا يمنع من تطبيقه في المادة الإدارية لكون المسألة المقننة مضمونها في الواقع العدالة المجردة المأمول تجسيدها في كل النظم بغض النظر عن نوعها مدنية كانت أو إدارية[3].

الفرع الثالث:

نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة (القوة القاهرة)

من الفروق المسجلة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة ما يلي:

الالتزام في حالة القوة القاهرة قد يستحيل تنفيذه، وبالتالي ينقضي تماما وينفسخ معه العقد، عكس الظروف الطارئة التي لا يترتب عليها استحالة تنفيذ الالتزام، بل يصبح مرهقا للمدين، مما يعطي سلطة تقديرية للقاضي بتخفيف عبئ إلتزام المدين إلى الحد المعقول طبقا للمادة 03/107 من القانون المدني الجزائري.

و على هذا الأساس سنقوم بشرح هذه النظرية على النحو الآتي:

[1] محمد العموري ،المرجع نفسه، ص 143.

[2] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 189.

[3] بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 216.

أولا: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هي نظرية تجد تطبيقها بوجه خاص في صفقات الأشغال العامة وإن كان ذلك لا يمنع إعتمادها في مختلف أصناف الصفقات الأخرى[1]، وتقوم هذه النظرية على تعويض المتعاقد مع الإدارة في مواجهة مخاطر تنفيذ الإلتزامات مرهقا ،ويلاحظ أن هذه النظرية تجد مجالها التطبيقي بصورة أكثر شيوعا في هذه الصفقات [2].

ومفاد هذه النظرية أنه عند مصادفة المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية استثنائية ولا يمكن توقعها بأي حال من الأحوال تجعل تنفيذ العقد عسيرًا فإن للمتعامل المتعاقد الحق بالتعويض عما واجهه من مصاعب وما خلف له من خسائر[3].

ثانيا: شروطها

من الشروط أن يجعل الحادث المفاجئ أو الخطأ غير المتوقع من تنفيذ الإلتزام مستحيلاً استحالة مطلقة لا نسبية.

1- ان تكون الصعوبات خارجة ومستقلة عن إرادة الطرفي العقد ولم تنشا عن خطأ أي منهما، وليس بيد المتعاقد مواجهتها بإمكانيته المتاحة وقت التنفيذ[4].

[1] بوعمران عادل ،المرجع نفسه، ص 217.
[2] حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 169.
[3] بوعمران عادل، المرجع السابق، ص217.
[4] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 170.

2- استمرار المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ من دون توقف، ما دام التنفيذ ما يزال ممكنا ذلك أن توقفه يحرمه من حقه في المطالبة بالتعويض، بل ويحمله نوعا من المسؤولية ويفسح المجال أمام المصلحة المتعاقدة لإكراهه بمقتضى غرامة التأخير[1].

3- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع مادي استثنائي، وليس مجرد صعوبات عادية او بسيطة، وهذا ما يقدره القاضي عند المنازعة، وتتمثل الطبيعة المادية للصعوبات في طبيعة الأرض الجيولوجية، كأن تكون الأرض على عمق معين تحتوي مياه جوفية تعيق تنفيذ المشروع، رغم أنها لم تكن ظاهرة أو متوقعة عند التعاقد، أو أن تكون الصخور في جزء من المشروع صلبة بشكل يتعذر معه معالجتها بإمكانيات المتعاقد المتاحة عند التنفيذ وكان متوقعا أن تكون الأرض من طبيعة واحدة وصخورها متفتتة.

4- أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق أضرار بالمتعاقد من شأنها الإخلاف بإقتصاديات العقد وأن تزيد من أعباء المتعاقد المالية[2].

ثالثا: أثارها:

ينتج عن تطبيق هذه النظرية تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا وشاملا لما تحمله من خسائر ومن تكاليف إضافية جراءة تلك الصعوبات شرط إثباته لذلك[3].

فإن الآثار التي تترتب على قيام هذه النظرية بشروطها التي سبق ذكرها وتتمثل فيما يلي:

1- بقاء التزامات المتعاقد قائمة:

[1] بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 219.
[2] حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 170.
[3] بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 219.

بالرغم من مواجهة الصعوبات المادي في تنفيذ موضوع العقد، فإن المتعاقد يتواصل في عملية التنفيذ تحت طائلة التعرض لمختلف الجزاءات الإدارية مع احتمال فقدانه الحق في التعويض إلا إذا أدت إلى صعوبة في التنفيذ وفقا لشروط القوة القاهرة[1].

2- الحق في الحصول على التعويض الكامل:

خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي يحصر فيها المتعامل المتعاقد على تعويض جزئي ومؤقت فإن تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة هو حصول المتعاقد مبدئيا على تعويض كامل مقابل ما تحمله من اتفاق لمواجهة تلك الصعوبات، ويشمل التعويض كل حالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد باهظا أو أكثر تكلفة[2].

كما تجدر بالإشارة إلى أن المتعاقد مع الإدارة يحق له اللجوء إلى القضاء والطعن في كافة القرارات الإدارية الصادرة في حقه من الإدارة المتعاقدة أثناء ممارسة السلطات المخولة لها قانونا كسلطة الرقابة والإشراف أو سلطة التعديل أو توقيع الجزاء أو الفسخ الإنفرادي (الإنهاء) لصفقة وفي هذه الحالة تعتبر الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات الإدارة العامة أفضل ضمان لحماية حقوق المتعاقد معها بالنظر إلى السلطات الواسعة التي يملكها القاضي في إطار الفصل في دعاوى القضاء الكامل التي تمثل منازعات الصفقات العمومية إحدى صورها[3].

[1] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 94.
[2] عطوي حنان، المرجع السابق، ص 180.
[3] المرجع نفسه، ص 181.

خلاصة الفصل الثاني:

نستنتج من خلال ما تم تقديمه في محطة عرضنا لهذا الفصل والمتمثل في نصيب أطراف العقد من مبدأ سلطان الإرادة والذي تناولناه في مبحثين أساسيين أن :في المبحث الأول تطرقنا إلى مظاهر المبدأ في مرحلة الإبرام والذي تبين لنا فيه أن كلى طرفي العقد يتمتعان بمجموعة من الحقوق يخولها لهما القانون ، فبالنسبة للمصلحة المتعاقد أي الإدارة نجدها تتمتع بحق إعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة يحمل طبيعة تعاقدية وفي بعض الأحيان طبيعة لائحية ،أما المتعاقد معها فله حق إقتراح ووضع ثمن تنفيذه للعقد وإبداء الكيفيات التي يتم من خلالها الوفاء بثمن إنهاء أو تنفيذ العقد،و في المبحث الثاني الذي تناولنا فيه مظاهر المبدأ في مرحلة التنفيذ أن للمصلحة المتعاقدة مجموعة من السلطات يمنحها لها القانون رغم عدم توفرها في بنود العقد تتمتع بها الإدارة من خلال عملية الرقابة والإشراف على العقد ،وتعديله بإرادتها المنفردة ،وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها إن استدعت الظروف ذلك،وأخيرا تملك حق إنهاء العقد إن رأت بأن المتعاقد معها لافائدة منه ولم يعد يجدي نفعها في تنفيذ العقد ،أو إذا رأت أن موضوع العقد لم يعد يهدف لتحقيق مصلحة عامة ،هذا كلة يستدعي إعادة التوازن المالي للمتعاقد معها في حال وقوع ظروف خارجية تمنعه من تنفيذ العقد في الأجال المتفق عليها ،مثلا في حال فرض الإدارة عليه تعديلات تخل بالمركز المالي له وتقف أمام تنفيذه للعقد ،أو في حال وقوع ظروف طارئة أو قوة قاهرة لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد الإاري،ومن هنا توصلنا إلى نتيجة مفادها أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مطبق بصفة مطلقة في العقد الأداري ذلك أن المشرع ركز على فكرة المصلحة العامة وبالتالي إستبعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالرغم من أن للمتعامل المتعاقد حقوق تعتبر كضمان له تمكنه من مواجهة الإدارة .

خاتمة

ختامنا لهذا البحث وبعد محاولتنا القيام بدراسة كل الجوانب المتعلقة بتطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية وبعد تسليط الضوء عليه ووضع تعريفات واضحة متفق عليها لهما ،تبين لنا أن القانون الإداري إتخذ العديد من النظريات والمبادئ من عقود القانون الخاص وجعلها على نحو يتلائم مع احتياجات الجهة الإدارية ،ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة من بين تلك المبادئ ،إلا أنه ركز في ذلك على المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد في تطبيق هذا المبدأ لضمان حسن سير وتنفيذ المرفق العام ،بالرغم من أن لهذا الأخير حقوق أثناء إبرامه وتنفيذه للعقد ، وعليه سنعرض في هذه الخاتمة أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة ثم نقدم التوصيات التي نقترحها في هذا الصدد التي تتلائم مع محتواه وهي كما يلي :

النتائج: يمكن صياغة اهم نتائج هذه المذكرة فيما يلي :

1-أن العقود الإدارية هي عبارة عن توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني شرط أن تتضمن شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاض تتضمن مجموعة من الخصائص تبنى على أركان أساسية في حال تخلفها يصبح العقد باطلا.

2-المشرع لا يلزم الإدارة أن تتبع شكل معين في إبرام العقود الإدارية إلا فيما يتعلق بالصفقات العمومية فإنه أوجب الشكلية فيها .

3-أن العقود الإدارية تختلف عن العقود الأخرى من خلال أن الإدارة أثناء إبرامها لعقودها الإدارية تحضى بإمتيازات و سلطات يخولها لها القانون في مواجهة المتعاقد معها تجعلها في مركز أعلى عليه وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذ العقد وسيره بإنتظام لتحقيق المصلحة العامة وذلك على حسابه وهذا ما يؤدي إلى تهديد توازن القوى بين الطرفين هذا من شأنه أن يؤدي إلى التأثير على فكرة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

4-أن المركز القانوني الذي تحضى به هذه الأخيرة لا ينفي مايتمتع بيه المتعامل المتعاقد معها من سلطات يمنحها له المشرع والتي تعتبر كضمان له في مواجهة سلطات المصلحة المتعاقدة التي تمارسها عليه.

5-لايجب أن ننكر دور مبدأ سلطان الإرادة في إبرام مخلف العقود إلا أنه في العقود الإدارية وبالنظر إلى مايسعى إليه المرفق العام نجده غير مطبق تماما ومستبعد أثناء إبرام وتنفيذ هذه العقود من أجل ضمان تحقيق مقتضيات المصلحة العامة للأفراد .

التوصيات: يمكن صياغة أهم توصيات هذه المذكرة فيما ياتي :

1 -نقترح وضع نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية مواكبا للتطور الحاصل في العالم والإتجاهات الحديثة نحو إدارة المرافق العامة من قبل أشخاص القانون الخاص المتمثل في الشركات العملاقة أو الشركات الدولية .

2 -أن يكون النظام القانوني للعقود الإدارية نظاما مرنا يسهل عمل الأشخاص الخاصة به وفي نفس الوقت يحقق المصلحة العامة والخاصة لهم .

3 -ضرورة تكييف المنظومة القانونية الخاصة بعقود الإدارة العامة على نحو يتلائم مع متطلبات الوضع الإقتصادي ويضمن في نفس الوقت الحفاظ على استقرار العقد وتوازن القوى بين طرفيه دون الإخلال بضرورة تغليب فكرة المصلحة العامة للمرفق موضوع العقد.

قائمة المصادر والمراجع

_ قائمة المصادر والمراجع :

أولا :القرآن الكريم

سورة النساء ، الآية 29.

ثانيا :النصوص القانونية

- الأمر رقم 90/67،مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق ل17 يونيو 1967،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،ج.ر.ج.ج،عدد52.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م،المتضمن القانون المدني الجزائري ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007م ،ج،ر،ج،ج ،ع31.

_ المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ،مؤرخ في 2ذي الحجة عام 1436هـ،الموافق ل16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ج.ر.ج.ج،عدد50.

-المرسوم التنفيذي رقم 219/21 ،مؤرخ في 8 شوال عام 1442 الموافق ل20 مايو 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال ،ج.ر.ج.ج، عدد 50.

ثالثا :المؤلفات

1- أحمد محمود جمعة ، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2002 م.

2- بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015م.

3- بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، طبعة مزيدة و منقحة ، دار الهدى للنشر والتوزيع ،2018م.

4- حمدي القبيلات ، القانون الإداري ،(القرارات الإدارية ،العقود الإدارية ، الأموال العامة ، الوظيفة العامة)،ج2 ، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1 ،2010م .

5- سليمان الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،دار الفكر العربي،القاهرة ،ط3 ،1975م.

6- سمير عثمان اليوسف ، نظرية الظروف الطارئة وآثارها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ،2009م .

7- علي عبد الأمير قبلان ،أثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ج 2 ،مكتبة زين الحقوقية والأدبية ،ش.م.م للنشر و التوزيع ،ط1 ،2011م.

8-علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط6 ،2005م.

9-علي فيلالي ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد ،طبعة منقحة ومعدلة ،موفم للنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر ، 2010م.

10- ــــــــــــ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ،د.ط، 1997م.

11- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط1، 2011 م.

12- ـــــــــــــ ،الصفقات العمومية في الجزائر ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ،ط2 ، 1430هـ/2009م.

13- ـــــــــــــ ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط3 ، 2011 م.

14- عمار عوابدي ،القانون الإداري، النشاط الإداري ،ج2 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ،د.ط ،2000م.

15- ـــــــــــــ ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ج 2، ط3 ، 2005 م.

16- ـــــــــــــ ،القانون الإداري ، النشاط الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ج 2 ، ط4، 2007 م.

17- فاضلي إدريس الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات ، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ، الجزائر ،د.ط ،2009م.

18- ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الأزاريطة ، الإسكندرية ،د.ط، 2012 م.

19- ـــــــــــــ ،العقود الإدارية والتحكيم ،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الإسكندرية ،د.ط، 2004 م.

20- ـــــــــــــ ،القانون الإداري ،دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ،د.ط،2008 م.

21- محمد الشافعي أبو راس ، العقود الإدارية،كتاب إلكتروني منشور من طرف،pdffactory.com .

22- محمد الصغير بعلى ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ،د.ط، 2005م.

23- محمد العموري ، العقود الإدارية ، الجامعة الإفتراضية السورية ،للجمهورية السورية ، 2018 م.

24- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات ،مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ،العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة ، ط2 ،ج1 ،2004 م.

25- محمد علي الخلايلة ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، ط1 ، 1433هـ/2012م.

26- محمد فؤاد عبد الباسط ،العقد الإداري ،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الأزاريطة ، الإسكندرية ، د.ط،2006 م.

27- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،د.ط، 1431هـ /2010م.

28- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية ،دار الفكر العربي ، القاهرة ،د.ط،2007 م.

29- مفتاح خلية عبد الحميد ،حمدي ،محمد حمد الشلماني ، العقود الإدارية و أحكام إبرامها ،دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، د.ط، 2008 م.

30- نصري منصور النابلسي ، العقود الإدارية ، منشورات زين الحقوقية ، الإسكندرية، ط2 ، 2012م.

31- نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،ط1 ،2007م.

رابعا : المقالات

1- م.م.لؤي كريم عبد ،الأسس القانونية اللأزمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في آداء السلطة العامة لواجباتها ،مجلة ديالي ،عدد 53 ،2011م.

2- حسن محمد حسن علي البنات ،أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري ،مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ،مجلد 16 ،عدد58 ،2013م.

3- عبد الرؤوف دبابش وآخرون ،مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون ،مجلة العلوم القانونية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،عدد44 ،جوان 2016م.

4- بهاء الدين مسعود خويرة ،دور الإرادة في مجال العقود الإدارية (قراءة منهجية فلسفية) ،مجلة جامعة القدس المفتوحى للبحوث الإدارية والإقتصادية ،مجلد 2،عدد8 ،2017م.

5- سعد لقليب وآخرون ، حقوق وإلتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية ، رقم 247/15 ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ،جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ،عدد6 ،2017م.

6- صادقي عباس ،تطور ركن السبب في القانون المدني الجزائري وحدود إنعكاساته على العقود الإدارية ،دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي ،مجلة آفاق للبحوث والدراسات ،جامعة تلمسان ، الجزائر ،عدد خاص ،ماي 2018م.

7- مريم مسقم ،دفاتر الشروط كألية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية ،جامعة لونيسي علي ، البليدة 2 ،مجلة المقار للدراسات الإقتصادية ، المركز الجامعي تندوف ،مجلة علمية دولية محكمة متخصصة في الميدان الإقتصادي ، عدد3 ،ديسمبر 2018م.

8- بليماني يوسف ،دفتر الشروط كوسيلة لتكريس البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية ،مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ، الجزائر ،مجلد 12 ،عدد 1 ،2020م

9- سيف محمد سيف السويدي ،فسخ العقد الإداري ،مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ،مجلد 18 ،عدد1،ذو القعدة 1443هـ/2021م.

10- عطوي حنان ،تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإدارية ،مجلة القانون والعلوم السياسية ، جامعة الشادلي بن جديد ، الجزائر ، مجلد 8 ،عدد1 ،2022م.

11- نسير رفيق ،الإدارة في التصرفات القانونية ، المجلة النقدية ،جامعة ملود معمري ،كلية الحقوق ،تيزي وزو،د.ع ،د.س .

خامسا : الرسائل

1- ياقوتة عليوات ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية ،رسالة مقدمة لنيل درجة دكتواه الدولة ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ،2009/2008م.

2- محمد بوكماش ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ،مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر ،باتنة ،2012/2011م.

سادسا : الأطروحات

1. بحري إسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستر في الحقوق ، فرع قانون دولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2009/2008م.

2. ثامر مبارك عوض المطيري ،تعسف الإدارة في إستعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري،(دراسة مقارنة)،رسالة إستكمال متطلبات منح درجة الماجستر في القانون العام ،كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ،2011م.

3. عباد صوفية ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائر ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في إطار مدرسة الدكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة تبسة ،2011م.

4. أحمد طلال عبد الحميد ،قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية ،دراسة قانونية مقارنة ،جزء من متطلبات نيل درجة الماجستر في القانون العام ، كلية الحقوق ،جامعة النهرين ،2012م .

5. حدي لالة أحمد ،سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في قانون مسؤولية المهنيين ، كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ،2013/2012م .

6. سبكي ربيحة ،سلطات المصلة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون ،فرع قانون الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2013م .

7. عتيق حبيبة، الشكلية في العقد الإداري ،دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون العام المعمق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ،2016/2015م .

8. جابر صالح محمد الحمادي ،سلطات الإدارة في العقد الإداري ،أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستر في القانون العام ، كلية القانون ،جامعة الإمارات العربية المتحدة ،2019م.

سابعا : المذكرات

1. مساهيل عيشة ، القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،2013/2012م.

2. جهاد جودي مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري ،مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ،قانون إداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2013/012م.

3. طبيش حسينة ، سلطات الإدارة في العقد الإداري ،مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، قانون إداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ،2016/2015م.

4. كرمة عبد العزيز غويني ، العدالة العقدية في العقود الإدارية ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماستر في الحقوق ،تخصص دولة ومؤسسات ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، 2016/2015م.

5. عمارة حكيمة ، العقود الإدارية في التشريع الجزائري ، تخصص إدارة عامة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،كلية الأدب العربي والفنون ،جامعة عبد الحميد غبن بادين ، مستغانم ،2018/2017م.

سادسا :المواقع الإلكترونية

1 – المحاكم والمجالس القضائية **.**www tribunal dz.com

سابعا : محاضرات

1– علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام نظرية العقد ، ج1 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2020م/2021م .

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
الإهداء	
شكر	
قائمة المختصرات	
المقدمة	10
الفصل الأول : مدى خضوع العقود الإدارية لمبدأ سلطان الإرادة	14
المبحث الأول : مفهوم العقد الإداري	17
المطلب الأول : تعريف العقد الإداري وخصايصه	17
الفرع الأول : تعريف العقد الإداري	18
الفرع الثاني : خصائص العقد الإداري	21
المطلب الثاني : أركان العقد الإداري	26
الفرع الأول : الرضا	26
الفرع الثاني : الحل	29
الفرع الثالث : السبب	31
الفرع الرابع : الشكلية	34
المبحث الثاني :مفهوم مبدأ سلطان الإرادة	37
المطلب الأول :نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة	37
الفرع الأول :المقصود بالمبدأ	37
الفرع الثاني : سيرورته التاريخية	40
المطلب الثاني : النتائج والقيود الواردة على المبدأ	42

الفرع الأول :النتائج الواردة على مبدأ سلطان الإرادة	42
الفرع الثاني :القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة	46
خلاصة الفصل	51
الفصل الثاني :مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقو الإدارية	53
المبحث الأول : مظاهر المبدأ في مرحلة الإبرام	54
المطلب الأول: بالنسبة للمصلحة المتعاقدة	54
الفرع الأول :الإنفراد بإعداد دفتر الشروط	54
الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لدفتر الشروط	62
المطلب الثاني :بالنسبة للمتعامل المتعاقد	64
الفرع الأول :تحديد ثمن وأجال تنفيذ العقد	64
الفرع الثاني :كيفية الوفاء بالثمن	64
المبحث الثاني :مظاهر المبدأ خلال مرحلة التنفيذ	68
المطلب الأول :توسيع إعمال المبدأ لصالح المصلحة المتعاقدة	73
الفرع الأول :سلطة الرقابة والإشراف	73
الفرع الثاني :سلطة تعديل العقد بالإراة المنفردة	74
الفرع الثالث : سلطة توقيع الجزاء	77
الفرع الرابع : سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة	82
المطلب الثاني : إعادة التوازن المالي للعقد لصالح المتعامل المتعاقد	88
الفرع الأول : نظرية عمل الأمير	91
الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة	92
الفرع الثالث : نظرية القوة القاهرة	94
خلاصة الفصل	99

خاتمة	103
قائمة المراجع	104
ملخص البحث	

ملخص البحث :

يعتبر العقد بصفة عامة توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني فهو أساس الحقوق والإلتزامات بين طرفيه أي أن العقد شريعة المتعاقدين وهو مايقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة ، إلا أن إرتباط العقد الإداري بالمرفق العام والذي يهدف لتحقيق إحتياجات المصلحة العامة هذا ما أدى إلى تغليب المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة ،الأمر الذي من شأنه تهديد توازن القوى في العقد الإداري وهذا يؤثر على حسن تنفيذه ،ومنه تهدف دراستنا هذه إلى تسليط الضوء على جميع الإمتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة وبيان مدى تأثيرها على حقوق وإلتزامات المتعامل المتعاقد ،ومن خلال ماتم دراسته توصلنا إلى أن تمتع المصلحة المتعاقدة بإمتيازات وسلطات غير مألوفة في عقود القانون الخاص على حساب المتعامل المتعاقد لا تنفي تمتع هذا الأخير بحقوق تعزز من مركزه في العقد الإداري بإعتباره طرفا فيه .

الكلمات المفتاحية : مبدأ سلطان الإرادة ،العقد الإداري ،المصلحة العامة .

Le contrat, en général, est la compatibilité de deux volontés pour produire un effet juridique, il est la base des droits et obligations entre ses deux parties ; Ce qui s'exprime dans le principe de domination de la volonté .Cependant, l'association du contrat administratif avec le service public, qui vise à réaliser les besoins de l'intérêt public, a conduit à faire primer l'intérêt public sur l'intérêt privé, ce qui menacerait le rapport de force dans le contrat administratif, qui peut affecter sa bonne exécution.

Cette étude vise à faire la lumière sur l'ensemble des privilèges accordés a l’administration contractante et à indiquer l'étendue de leur impact sur les droits et obligations du contractant, et a travers ce qui a été étudié, nous avons conclu que l'intérêt contractant jouit de privilèges et de pouvoirs inhabituels dans les contrats de droit privé au détriment du contractant, ce qui ne nie pas la jouissance par ce dernier de droits qui renforcent sa position dans le contrat administratif en tant que partie à ce.