العقود لإدارية

I/ مفهوم العقود الإدارية

ينصرف مفهوم العقد بصفة عامة إلى توافق إرادتين لإنشاء وخلق التزامات متبادلة، غير انه بسبب ان العقد يبرم من الإدارة مع طرف ثان، فانه غالبا ما تفرض إرادة الإدارة في بعض الشروط على المتعاقد معها، وهذا الأخير لا يملك حق مناقشة هذه الشروط، بل يتعين عليه اما قبولها كلها أو رفضها، بل حتى الإدارة يقيدها المشرع في حالات معينة عند أبرامها للعقود الإدارية بضرورة التزام طرق معينة تحد من حريتها في اختيار شكل العقد. وهو الأمر الذي يجعلها تختلف اختلافا كبيرا عن العقد المدني.

ترتيبا على ما تقدم يتعين البحث على تعريف العقد الإداري في المطلب الأول ثم البحث عن معايير للتمييز بين العقود المدنية والإدارية في المطلب الثاني، وفي الاخير نتطرق لأنواع العقود في المطلب الثالث.

أولا: تعريف العقد الإداري

يرجع الفضل في وضع قواعد العقود الإدارية ونظامها القانوني للقضاء الإداري الفرنسي على غرار باقي نظريات القانون الإداري.

وقد اتفق الفقه والقضاء على تعريف العقد الإداري بانه ذلك العقد الذي يبرمه شخص اعتباري عام بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

بالنظر لهذا التعريف، فان العقد الإداري يستلزم توافق إرادتين، تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين. كما ان المتعاقد الثاني مع الإدارة يمكن ان يكون شخص معنوي عام أو خاص، وحتى يعتبر العمل الذي تقوم به الإدارة عقدا يتعين ان يكون العقد بمناسبة إدارة أو تسيير مرفق عام، وان تتمتع الإدارة بامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد مثل حق تعديل العقد وانهائه، وحق مراقبة أداء المتعاقد عند قيامه بالعمل المكلف به، وحق فرض مقابل أداء الخدمة وتحديد السعر إذا كان المتعاقد ملتزما بأخذ حقه من المنتفعين من المرفق العام.

ثانيا: معايير تمييز العقد الاداري

اذا كان العقد الاداري يشترك مع العقد المدني في العناصر الاساسية التي يتكون منها العقد، فان أوجه التشابه بين العقدين تكاد لا تتجاوز هذا القدر، فالأحكام والقواعد التي يخضع لها العقد الإداري خاصة فيما يتعلق بتكوينه وآثاره، تختلف اختلافا جوهريا بالمقارنة بالأحكام والقواعد التي تسري على العقد المدني ومن

هنا لا تبدو أهمية البحث عن معيار للتمييز بين العقود المدنية للإدارة وعقودها الإدارية، حيث بفضل هذا التمييز يمكن تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات التي تثور حول العقد وعلى هذا الأساس تخضع العقود الإدارية لاختصاص القضاء الإداري.

لقد طبق كل من القضاء والفقه الفرنسيين معايير تمييز العقد الاداري.

وتتمثل في ثلاث معايير أساسية هي ان يكون أحد طرفي العقد من اشخاص الفانون العام، وان يكون العقد متصلا بمرفق عام وأخيرا يجب ان يطبق في هذا العقد أساليب الفانون العام.

1/ أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام.

هذا الشرط أو المعيار شكلي وبديهي في نفس الوقت، وهو أيضا شرطا أساسيا، ذلك أن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقدا إداريا، حتى ولو توافرت باقي الشروط، والعبرة في توافر صفة الشخص المعنوي العام في العقد الاداري تكون وقت ابرام العقد، ومعنى ذلك ان العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام يظل عقدا إداريا حتى ولو تحول هذا الشخص العام بعد إبرام العقد إلى شخص خاص.

وقد عمل المشرع الجزائري على هذا التقسيم بموجب قانون الإجراءات المدنية لسنة 1975، خاصة في المادة 7 مكرر منه، عندما استثنى مجموعة من العقود التي تبرمها الإدارة من اختصاص القضاء الإداري على أساس غياب معيار السلطة العامة، لأن المشرع أقر بوجود عقودا إدارية وأخرى مدنية. وقد تغير الوضع بعد صدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، والذي أخضع من خلاله المشرع كافة العقود التي تكون فيها الإدارة العمومية طرفا لقواعد القانون الإداري، وأسند الاختصاص فيها للقضاء الإداري وذلك بموجب نص المادة 800، والتي اعتمدت المعيار العضوي معيارا واحدا لإسناد الاختصاص.

ولقد عددت المادة 800 من قانون إ م إ أشخاص القانون العام والمتمثلة في الآتي:

- الدولة التي تمثلها الوزارات والمصالح التابعة لها.
- الأشخاص العامة الإقليمية وهي الولاية والبلدية.
- الأشخاص العامة المصلحية أو المرفقية ذات الصيغة الإدارية.

ثم جاء التعديل الأخير للمادة 800 بموجب القانون رقم 22-13 المتضمن ق إ م إ، فبالإضافة إلى الهيئات السابقة نص على هيئتين جديدتين ويتعلق الامر ب:

- الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

وبالتالي تكون العقود المبرمة من قبل هؤلاء الأشخاص المعنوية العامة عقود إدارية حسب وجهة نظر المشرع الجزائري، ويترتب على هذا الشرط وجوب استبعاد عقود أشخاص القانون الخاص من نطاق العقود الإدارية، حتى ولو كان موضوعه متعلقا بالتوريد أو الأشغال العامة.

2/ اتصال العقد بالمرفق العام:

ومعناه أن يبرم العقد من طرف الشخص العام بهدف تسيير أو تنظيم مرفق عمومي، حيث لا يصبغ العقد المبرم من قبل الإدارة بالصبغة الإدارية إلا متى كان على اتصال بالمرفق العام، وساهم مساهمة مباشرة فيه سواء عند إنشائه، كما هو الحال في عقود الأشغال العامة، لضمان سيره بانتظام واطراد كعقود التوريد والتموين والنقل والخدمة أو بإدارته وتنظيمه وتسييره كعقود امتياز المرافق العامة.

وعلى ذلك لا تعد العقود التي تبرمها الإدارة لاستغلال أموالها الخاصة عقودا إدارية، كعقود إيجار المباني أو الأراضي المملوكة للدولة، وكذلك عقود بيع هذه الأموال، إذ لا علاقة لهذه العقود بتسيير مرفق عام.

ولعل المقصود بفكرة المرفق العام في هذا المجال، هو النشاط الذي يهدف إلى أداء خدمة عامة تقوم بها الإدارة مباشرة وقد يكون المرفق العام مرفقا إداريا يختصر نشاطه على ممارسة نشاطا معينا يدخل في نطاق الوظيفة العامة بمعناه التقليدي، كما قد يكون النشاط نشاطا صناعيا وتجاريا وهي من النشاطات التي يمارسها الافراد كما قد يكون المرفق العام مرفقا مهنيا.

ولما كانت العقود الإدارية مبنية على أحكام استثنائية، فبالتالي من الضروري أن تقوم الإدارة عند إبرام هذه النوع من العقود إلى تحقيق النفع العام، والحفاظ على ضرورات ومقتضيات سير المرافق العمومية بانتظام وإطراد، مما يقتضي تغليب جهة الإدارة بما تهدف إليه من تحقيق للمصلحة العامة.

3/ اتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري:

وفق هذا المعيار يجب أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أساليب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، هذه الشروط اختلف الفقه حول مدلولها.

يرى البعض أنه ليس من الضروري أن يتضمن العقد جملة من الشروط غير المألوفة في القانون الخاص وإنما يكفي أن يتوفر أحد هذه الشروط في العقد حتى يكتسب الطابع الإداري.

هذا وقد حاول بعض الفقهاء تعريف مضمون الشروط الاستثنائية من بينها الأستاذ Waline الذي يرى أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تعتبر باطلة إذا أدرجت في أحد عقود القانون الخاص لمخالفتها النظام العام، أو لأنها أدرجت في العقد من جانب السلطة الإدارية لاعتبارات المصلحة العامة التي تعتبر غريبة عن الأشخاص الخاصة عندما تتعاقد فيما بينها.

ومن أبرز الشروط التي اعتبرها القضاء غير مألوفة هي:

أ- الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة:

من بين الشروط التي تقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها نجد أنه عند إبرام العقد يلتزم المتقدم للتعاقد بالبقاء على إيجابه حتى يتم إرساء الصفقة له، في حين أن الإدارة لا تلتزم الا بعد انتهاء إجراءات التصديق على العقد من السلطات المختصة، بل إنها قد لا تبرم العقد مطلقا.

- الشروط التي تقرر للإدارة امتياز إصدار قرارات تنفيذية كحق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا ما أخل بأي التزام تعاقدي.
- الشروط التي تتضمن امتيازات للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير كسلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات وشغلها بعض الوقت في حالة عدم الاتفاق الودي مع أصحابها، وكذلك استحقاق واقتضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق.

ب- الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو وتنفيذها إلا على ضوء أحكام نظريات القانون العام:

وهي الشروط التي تكون وثيقة الصلة بمبادئ وقواعد القانون الإداري كشرط حق تعديل العقد حيث تفسر هذه السلطة على ضوء القواعد التي تحكم سير المرافق العامة وعلى الأخص قاعدة قابلية هذه المرافق للتغيير والتبديل.

هناك الشروط التي تعطي للمتعاقد الحق في طلب إعادة التوازن المالي للعقد والتي تعد تطبيقا للنظرية الإدارية للظروف الطارئة، مثالها: طلب المتعاقد مراجعة الأسعار المتفق عليها بسبب التقلبات الاقتصادية التي يمكن أن تحيط تنفيذ العقد، كانخفاض سعر العملة المحلية.

ج- الشروط التي تتضمن إحالة إلى دفاتر الشروط العامة:

تقوم السلطة الإدارية عادة قبل التعاقد بإعداد شروطا موحدة لأنواع العقود التي تبرمها، ويتم تدوين هذه الشروط في وثائق يطلق عليها دفاتر الشروط أو ما يعرف les cahiers des charges وتعد هذه الأخيرة

جزءا من العقد الإداري بعد إبرامه وذلك إلى جانب الشروط الخاصة الأخرى التي يتم الاتفاق عليها بين الإدارة والمتعاقد معها.

بعد دراسة المعايير التي تساعد على تمييز العقد الإداري، لاحظنا أنه لا يمكن الاعتداد بمعيار واحد، حيث استقر أغلب الفقه والقضاء لاسيما الفرنسي والمصري منه على ضرورة اجتماع المعايير الثلاثة معا حتى يمكن أن نضفي عليه وصف العقد الإداري، غير أن المشرع الجزائري من خلال قراءة أغلبية النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية فإنه تبنى المعيار العضوي بصفة أساسية كحل لإضفاء الصفة الإدارية على العقود المبرمة مع الإدارة والتي حدد معظمها، ولكن هذا لا يعني إقصائه لباقي المعايير الأخرى.

ثالثا: أنواع العقود الإدارية

تتنوع العقود الإدارية بتعدد الأغراض التي تهدف إلى تحقيقها الإدارة من عملية التعاقد كما يتضمن كل نوع من هذه العقود شروطا متعددة، بغرض خدمة وإدارة المرافق العامة لإشباع الحاجات العامة وكذلك تحقيق المصلحة العامة وأهم صور تلك العقود التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام الذي جاء ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، ثم بعده القانون رقم 12/23 الصادر في 5 اوت 2023.و قد اصدر المشرع هذا القانون، بعدما أضاف المؤسس الدستوري هذا الاختصاص للسلطة التشريعية من خلال المادة 139 المطة 10 من دستور 2020.

- عقد إنجاز الأشغال العمومية.
- عقد اقتناء اللوازم.
- عقد تقديم الخدمات.
- عقد إنجاز الدراسات.
- ا عقد الايجار.
- عقد الامتياز.
- عقد التسيير.
- عقد الوكالة المحفزة.

غير أن المشرع قد نص على أنواع أخرى ضمن تشريعات وتنظيمات أخرى كعقود التأمين – عقد النقل – عقد القرض العمومي – عقد شغل الأملاك العمومية – عقد التوظيف.

للتعرف على بعضها سنقوم بدراسة عقد إنجاز الأشغال العمومية (أولا)، عقد اقتناء اللوازم (ثانيا) وعقد الامتياز (ثالثا.)

1/ عقد إنجاز الأشغال العمومية:

يعرف كذلك بعقد المقاولة، كما كان يسمى بعقد الأشغال العمومية، غير أن القانون رقم 23 /12 قد سماه بعقد إنجاز الأشغال، ويعتبر هذا العقد من الصفقات المذكورة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية ومع ذلك لم يضع له تعريفا، غير أن القانون رقم 12/23 قد حدد هدفه ومجاله حيث نصت المادة 25 على أن صفقة الأشغال العمومية تهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية وكذا أشغال الشبكات المختلفة من طرف متعامل اقتصادي.

أما الفقرة الثالثة فأضافت أنها تشمل بناء أو تجديد أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم المنشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.

ويتميز هذا النوع من العقود بمجموعة من الشروط لعل أهمها أن تنصب الأشغال على عقار، كأن تتعلق الصفقة بمشروع سكنات للجمهور أو جسور أو أنفاق أو أن تتم العملية لحساب شخص عام.

2/ عقد اقتناء اللوازم:

هذا النوع من العقود يسمى كذلك بعقود التوريد، هي العقود التي تبرم بين الإدارة والمتعامل معها، هذا الاخير يورد للإدارة مواد معينة مقابل ثمن معين. لأن نشاطها يفرض عليها توفير منتوج معين بصفة دورية ومنتظمة. يجد هذا العقد أساسه القانوني في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15 /247 . وقد أكدت المادة 26 من القانون 12/23على أن هدف الصفقة العمومية للوازم هو اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار شراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى متعامل اقتصادي. اذ اقترن الإيجار بتقديم خدمة فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات.

إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية وكانت مبالغها أقل من قيمة هذه اللوازم فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم.

إذا كان موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم.

يمكن ان تشمل الصفقة العمومية للوازم مواد تجهيز او منشئات إنتاجية كاملة غير جديدة تكون مدة عملها مضمونة او محددة بضمان.

3/ عقد الامتياز

عقد الامتياز من العقود الإدارية القديمة الجديدة على اعتبار أن العديد من القوانين قد نصت عليه ولكن بعد صدور المرسوم رقم 15/ 274، فقط قام بتجميع وتنظيم أهم العقود التي تدخل ضمن أسلوب تفويض المرفق العام من بينها عقد الامتياز، وبعد ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 18/ 199 الصادرة في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي حدد كيفية تطبيقه.

عقد امتياز المرافق العامة هو عقد إداري يتم بمقتضاه اسناد إدارة أحد المرافق العامة الى شخص من اشخاص قانون الخاص سواء كان فردا او شركة خاصة لمدة محددة لتحقيق الغرض الذي انشا المرفق من أجله.

تم تعريف هذا العقد طبقا للمادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك المادة 53 للمرسوم التنفيذي 18 /199، أين تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما بإنجاز منشئات أو اقتناء ممتلكات ضرورية، لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، ويمول المفوض له بنفسه لإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.

يتجلى من خلال هذين التعريفين فتح المجال من طرف السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الإدارة للمفوض له لإنجاز منشئات واقتناء ممتلكات لتسيير المرفق العام والغاية منه دفع عجلة التنمية عن طريق تشجيع الاستثمار ومواكبة الانفتاح الاقتصادي مما يبرز المعنى الحقيقي للامتياز.

إن عقد الامتياز ليس عقدا جديدا في القوانين الجزائرية، تم استعماله في الكثير من المرافق القطاعية، ولكن صدور العديد من القوانين التي تحكمه أدى إلى ظهور العديد من التناقضات في الأحكام التي تنظمه، ولهذا جاء كل من المرسوم الرئاسي وبعده المرسوم التنفيذي ليضع حدا لهذا الاختلاف والتباين.

يعتبر عقد الامتياز عقدا مركبا لأنه يحتوي على نوعين من الشروط:

أ/ شروط تنظيمية: تختص بوضعها الإدارة المعنية بالتعاقد دون مشاركة الطرف الثاني، ويلزم المفوض له إن رغب في التعاقد بالخضوع لشروطه، تحدد هذه الشروط كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.

يمكن للإدارة تعديل هذه الشروط حسب ما تقتضيه المصلحة العامة من دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج.

ب/ شروط تعاقدية:

تتشارك كل من الإدارة والملتزم في وضعها ولا يمكن للإدارة تعديلها لوحدها وتتعلق بالأعباء المالية المتبادلة بين الطرفين.

حددت مدة عقد الامتياز ب 30 سنة.، قابلة للتجديد لمدة 5 سنوات.