# موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد العقد الإداري

**زيان محمد أمين**
**باحث دكتوراه في القانون العام**
**دبيح زهيرة**
**أستاذة محاضرة بجامعة يحيى فارس المدية**

**ملخص**

الإدارة العامة في روابطها العقدية لا تسير على مبدأ واحد، فأحيانا تتعمد الإدارة تضمين العقد بعضا من امتيازاتها العامة، وتظهر فيه بمظهر متفوق عن مركز المتعاقد معها، رغبة منها في إعلاء المصلحة العامة التي تنشد تحقيقها على المصالح الخاصة للأفراد، وفي هذا الغرض يطبق على العقد قواعد القانون الإداري، لكن الغالب أن تتنازل الجهة الإدارية عن هذه الامتيازات والسلطات، وتتعامل بمركز مساو لمركز الأفراد وتختار تطبيق قواعد القانون الخاص بسبب تعاقد الجهة الإدارية مع أفراد في الوقت الراهن،أضحى من الصعب وضع حد فاصل بين ما يعتبر من العقود الإدارية،وبين ما يعتبر من العقود المدنية،فظهرت عدة محاولات،بدأت بدور المشرع وفق أسلوب التحديد التشريعي،وانتهت بدور مجلس الدولة الفرنسي في تكريس معايير اجتهادية خاصة تضاربت عبر الزمن،والتي اخذ منها المشرع الجزائري إلا القليل،مكتفيا بالمعيار العضوي بالرغم من قصوره،خاصة بعد نفاذ التعديلات الجديدة في مجال إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247.

Résumé

Administration publique dans ses liens contractuelle ne va pas sur un seul principe, parfois l'administration inclue délibérément le contrat des privilèges généraux, montrant l'apparition d'un centre contracté supérieur avec elle, désireux de défendre l'intérêt public qui cherche à atteindre les intérêts des individus et à cet effet est appliqué aux règles contractuelles droit administratif, mais surtout pour donner le corps administratif de ces privilèges et les autorités, et l'accord est égal au statut du centre et les individus choisissent d'appliquer les règles du droit privé.

En raison du corps administratif sous contrat avec les membres à l'heure actuelle, il est devenu difficilement de tracer la ligne entre ce qui est considéré comme des contrats administratives, et entre ce qui est considéré comme l'un des contrats civils, qui ont fait apparaître plusieurs tentatives, a commencé le rôle de

législature, conformément à la méthode de sélection législative et a pris fin le rôle du Conseil d'Etat français à consacrer aux normes surtout discrétionnaire au fil du temps, il y avait contradictoires, ce qui leur a législateur algérien peu, en disant que la norme organique malgré ses limites, surtout après l'entrée en vigueur des nouveaux amendements à la conclusion des marchés publics dans le cadre du décret présidentiel 15-247.

**مقدمة**

القانون الإداري هو أحد فروع القانون العام الداخلي، الذي يتضمن مجموعة القواعد التي تتصل بالإدارة العامة من حيث تنظيمها وتحديد نشاطها والمنازعات الناجمة عن ممارسة هذه الأنشطة. على ضوء هذا التعريف، يتضح أن القانون الإداري ينصب على موضوعين أساسين هما: التنظيم الإداري والنشاط الإداري. إذا كان تنظيم الإدارة يمثل الجانب الوصفي في القانون الإداري،والذي يهتم بتصنيف الأجهزة الإدارية في الدولة،وبيان تشكيلها وكيفية ممارستها لاختصاصها، يقتضي التنظيم الإداري البحث في طبيعة الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في تسيير نشاطها،قد يكون هذا الأسلوب مركزيا،يهدف إلى توحيد الوظيفة الإدارية بيد السلطة التنفيذية، وقد يكون لامركزيا، يهدف إلى توزيع الوظيفة الإدارية بين السلطة التنفيذية، وهيئات محلية إقليمية أو مرفقيه.

أما النشاط الإداري،فيشكل الجانب الموضوعي في القانون الإداري،باعتباره يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بسلطات الإدارة بمناسبة قيامها بتقديم الخدمات العامة،وكل ما يتصل بهذا المجال من مبادئ وأحكام خاصة بتنظيم صور هذا النشاط.

من أجل تحقيق أغراض النشاط الإداري،نجد الإدارة تباشر السلطة الإدارية عن طريق أعمال إدارية تدخل في طائفتين،الأولى هي الأعمال المادية التي تصدرها الإدارة عن عمد أو عن غير عمد، يكون مصدرها الخطأ الذي تقع فيه الجهة الإدارية،ولا ترتب أثارا قانونية،أما الثانية فهي الأعمال القانونية التي تنقسم بدورها إلى الأعمال الإدارية الانفرادية،تباشرها بإرادتها المنفردة وهي ما يعرف بالقرارات الإدارية، وأعمال أخرى تشترك فيها إرادة الإدارة مع إرادة شخص أو أشخاص،وهي ما يعرف الأعمال الاتفاقية أو العقود الإدارية، والتي تنقسم بدورها إلى نوعين:

أولها عقود القانون الخاص، وهي التي تبرمها الإدارة مع أحد الأشخاص،متخلية عن سلطتها العامة،وكأنها شخص عادي،وتخضع منازعاتها للقضاء العادي،ومن أمثلتها:عقود البيع

والإيجار والشراء التي تنطبق عليها قواعد القانون الخاص،لأنها قائمة على أساس العقد شريعة المتعاقدين، أما الثانية فهي عقود الإدارة التي تخضع للقانون الإداري،تعرف بالعقود الإدارية،تظهر فيها الإدارة بما لها من امتيازات السلطة العامة،ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي قد تثور بشأنها، علما أن أول ظهور لهذا النوع من العقود هو من أصول فرنسية، ولما كانت العقود الإدارية هي إحدى وسائل الإدارة في تحقيق أهدافها، والأكثر شيوعا، تزداد أهمية موضوع هذه الورقة البحثية.

تبعا لما تقدم، يتعين التعرض لما يميز العقد الإداري عن العقد الذي تبرمه الإدارة كأنها شخص عادي، من خلال البحث في المعايير المميزة لها من طرف الفقه والتشريع والقضاء،الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن:**كيفية رسم الحدود الفاصلة بين ما يعتبر عقدا إداريا وما يعتبر من عقود القانون الخاص في فرنسا باعتبارها مهد العقود الإدارية، وكذا عن موقف الفقه والتشريع والقضاء في الجزائر من هذه المعايير على ضوء المستجدات المسيطرة في مجال التعاقد ؟.**

## المبحث الأول: معايير تحديد العقد الإداري في القضاء الفرنسي

يعتبر مجلس الدولة الفرنسي هو المؤسس الفعلي للقانون الإداري،لأن اجتهاده القضائي كان بحق هو المصدر الأساسي الذي أرسى خيوطه ونسج قواعده بعد مخاض صعب،ابتداء من مرحلة عدم مسؤولية الدولة في نظام البرلمانات القضائية،إلى غاية مرحلة القضاء الإداري البات(**أحمد محيو، الطبعة الرابعة،الجزائر، 1986، ص 13،14**) وظهور قواعد استثنائية لا نظير لها في مجال روابط القانون الخاص(كانت من أبرز القضايا التي أكدت استقلالية القانون الإداري قضية الطفلة "ايجينز بلانكو" – للتوسع في وقائع القضية:عمار بوضياف، الطبعة الثالثة،الجزائر، **2003**، ص **85**).

من المشاكل التي حاول مجلس الدولة الفرنسي تأصيلها هي نظرية المعايير المميزة للعقود الإدارية، لاستبعاد تطبيق القضاء العادي عليها(حتى وان وردت كلمة القضاء العادي خطا، وربما كان هذا سهوا من المشرع،لان المفروض الأصح هو القضاء العدلي، طبقا للترجمة الصحيحة باللغة الفرنسية **justice** وهو نفس ما استعمله د. أحمد محيو من مصطلحات)،لأن دواعي النشاط الإداري تقتضي أن تتعامل الإدارة بأسلوبين مختلفين،فقد تبرم عقودا مدنية تشبه تلك المبرمة بين أشخاص القانون الخاص،كبيع وإيجار محلات أو سكنات،كما قد تلجأ وفق ما يتراءى لها من أجل تحقيق المصلحة العامة إلى استخدام نوع آخر من العقود تسمى: العقود الإدارية،الأمر الذي يحدث التباسا في

توصيف طبيعة العقد،فتدخل كل من المشرع بأسلوبه الخاص،ثم القضاء الإداري الفرنسي بحكم خبرته في مجال الاجتهاد،وفق معايير قضائية بحتة (مازن ليلو راضي، الطبعة الأولى، الأردن، **2010**، ص **47**) نعرضها بالترتيب كما يلي:

**المطلب الأول:المعيار التشريعي لتحديد مفهوم العقود الإدارية**

إن معرفة المقياس الفاصل بين العقود المدنية والعقود الإدارية،هو لعلى قدر كاف من الأهمية وذلك لا ينحصر في معرفة تحديد طبيعة العقد ووضعه في إطار معين، وإنما تمتد أهمية الموضوع لأكثر من ذلك،لتشمل ما قد يترتب عن الالتزامات التي يرتبها العقد في مواجهة أطراف العلاقة العقدية من منازعات، وقد نصل فيما بعد إلى ضرورة تسويه المنازعات التي قد تثور بسبب هذه العلاقة، فتنشأ أولا ضرورة البحث عن معيار لمعرفة القانون الواجب التطبيق على هذا العقد (الياس جوادي، مجلة المركز الجامعي لتمناغست، سداسية محكمة العدد **9**،سبتمبر،**2015**، ص **16**)،فهل نطبق القانون العام أي قواعد القانون الإداري،باعتبار أن السلطة الإدارية كذلك تستطيع إبرام العقود مثل الخواص،أم نطبق القاعدة الخاصة المستمدة من قواعد القانون المدني،ونرجع بذلك العقد الذي أبرمته الإدارة،إلى أصله العام في الشريعة العامة، على أساس أن هذا الأخير هو من نظم أحكام العقد بصورة مفصلة وواضحة بمعناها الفني، مثل عنصر التراضي أو المحل أو السبب وعنصر الشكلية؟

من الضروري الوقوف على ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني في هذا المقام،لأن الأمران ليس سيّان، ففي العقود الإدارية،تكون مصالح أطراف العلاقة العقدية في مراكز متباينة غير متكافئة،سواء كنا في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه،وحتى في مرحلة تفسيره أو إنهائه، بينما تسيطر في العقود المدنية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين،مما يترتب عن ذلك تساوي المراكز القانونية لأطرافه(عبد الحميد الشواربي، مصر، **2003**، ص **22**وما بعدها)، لذلك حتى نفهم هذا الموضوع جيدا،وجب تقسيم هذا العنصر إلى قسمين، نخصص الأول لمضمون المعيار التشريعي،في حين تخصص الثاني لتقييمه.

**الفرع الأول: مضمون المعيار التشريعي في تحديد العقود الإدارية**

قد يلجأ المشرع أحيانا إلى التنصيص على بعض أنواع العقود،ورغبة منه في تفضيل المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة العمومية على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها،يصفها بالإدارية، وأن القانون العام هو أكثر ملائمة لحل النزاعات التي من الممكن أن تترتب عنها،فيمنح الاختصاص في نظرها إلى القاضي الإداري(أحمد محيو، المرجع السابق،ص **345**)، وهو

ما حدث فعلا لأول مرة في فرنسا في بداية عهد الثورة الفرنسية،عندما وصف المشرع آنذاك بعض العقود على أنها ذات طبيعة إدارية،وخصّ مجلس الدولة،بما تثيره من منازعات،سعيا منه لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بالمعنى الذي حدده الفقيه "شارل دي مونتسكيو" وذلك بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الجهة الإدارية، ومن نماذج العقود التي اعتبرها المشرع الفرنسي عقودا إدارية آنذاك نذكر منها: عقود الأشغال العامة، عقود التوريد عقود القرض العام، وعقود أملاك الدولة(مازن ليلو راضي، المرجع السابق،ص **48**).

يقصد بعقود الأشغال العامة:بأنها عقود مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام،وفرد أو شركة من أشخاص القانون الخاص، مفادها تعهد المقاول بإنجاز عمل من أعمال البناء أو الصيانة أو إنجاز شغل من الأشغال، وتتعهد الإدارة بدفع ثمن معين يتم تحديده في العقد، وبالتالي يكون موضوع هذا النوع من العقود،إنجاز أو ترميم عقار من العقارات لحساب شخص معنوي عام من أجل تحقيق النفع العام(عبد الحميد نصر الشريف،مذكرة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الثانية عشر،**2001-2004** ص**16**). وتم تحديد الطبيعة الإدارية للعقد آنذاك **بقانون 28 بلفور في السنة الثامنة للثورة الفرنسية**(عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق،ص **7**).

بالنسبة لعقود التوريد: فهي اتفاق بين شخص معنوي عام كالدولة أو محافظة أو عمالة أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،مع فرد "أحد أشخاص القانون الخاص"،أو شركة خاصة،مفادها تعهد الشركة بتوريد سلع أو منقولات إلى الشخص المعنوي العام،الذي يستعملها لتسيير إحدى المرافق العامة، وفي مقابل ذلك،يلتزم الشخص المعنوي العام بدفع ثمن معين، مما يعني أن هذا العقد،يكون محله أشياء منقولة دائما،خلافا لعقد الأشغال العامة،إضافة إلى ضرورة اتصال هذا العقد بمرفق عام، مع إمكانية الإدارة أن تضيف بعض الشروط في مثل هذه العقود، وقد أعطى **القانون الفرنسي الصادر في 17 تموز 1790** الصفة الإدارية لهذا العقد مباشرة،يعني بإرادة من المشرع نفسه،وأخضع المنازعات المترتبة عليه إلى القانون والقضاء الإداريين(مازن ليلو راضي،المرجع السابق،ص **58،59**).

أما بالنسبة لعقود القرض العام، فهي مصدر لتمويل الأشخاص والمؤسسات،وهي كلمة ذات أصل لاتيني « Credo » مركبة من جزأين « Cred » التي تعني الثقة،والجزء الثاني هو « do » بمعنى "أضع"، وعند تجميع الجزأين يصبح المعنى "أضع الثقة"(زكية جدايني، أطروحة دكتوراه،جامعة الجزائر**1**،**2016**، ص **9** وما بعدها)، فهو عقد تستدين به الدولة أو أحد الأشخاص العامة بموجبه مبلغا من المال، أي أن مفاد هذا العقد ومقتضاه أن الأفراد من أشخاص القانون

الخاص،يقرضون لأحد الأشخاص العامة مبلغا من المال، ويلتزم بالمقابل الشخص العام بإرجاع المبلغ مع دفع فوائد معينة للشخص المُقرض وفق مدة معينة تحدد في العقد، ولعل أبرز حيز لهذا النوع من العقود هو في أوقات مرور الدولة بأزمات اقتصادية خانقة، فتتحمل الدولة بموجبها هذه الأعباء المالية(عبد الحميد نصر الشريف، المرجع السابق، ص**20**)، وقد اعتبر المشرع الفرنسي هذا النوع من العقود ذات طبيعة إدارية بصفة مباشرة،وذلك بموجب **قانون 26 أيلول 1793**.(عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق،ص **07**).

فيما يخص عقود شغل أملاك الدولة-عقود احتلال الأملاك العامة-،هي كذلك عقود تبرم بين إدارة أو أحد الأفراد، بمقتضاها،تسمح الإدارة لفرد أو مجموعة أفراد،بشغل أرض مملوكة،كالعقد الذي يسمح باستعمال قطعة أرض من الأملاك العامة لوضع بعض المواد فيها"(أحمد محيو، المرجع السابق ص**360**)، والمشرع الفرنسي في هذا النوع من العقود،يكون منح مباشرة الصفة الإدارية،ومنح للقضاء الإداري صلاحية النظر فيما قد تثيره من منازعات قضائية، مهما كان شكل هذا العقد،ومهما كانت تسميته، وبغض النظر عن الجهة الإدارية التي قامت بإبرامه،سواء كانت جهة مركزية أو جهة محلية وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي بموجب **القانون الصادر في 17 حزيران 1938**.(مازن ليلو راضي المرجع السابق، ص **49**).

**الفرع الثاني: تقييم المعيار التشريعي لتحديد العقد الإداري**

في الحقيقة، فكرة التحديد التشريعي الصريح للعقود ليست بكافية،وعلى قدر كاف من الوضوح،لأنه حسب فقهاء القانون الإداري الفرنسي إن المشرع في غالب الأحيان، لا ينص على طبيعة العقد حتى في نصوصه القانونية، كأن يسمح على سبيل المثال لإحدى الأشخاص العامة،بإبرام عقود لتسيير مرافقها وتحقيق المصلحة العامة، لكن لا يعطي لنا إشارة تسمح لنا بتحديد نوع العقد المبرم، إذا ما كان عقدا إداريا أو عقدا مدنيا، وبالتالي تثور كنتيجة حتمية مشكلة نوع القضاء المختص للنظر في المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذه فيما بين المتعاقدين.

ويذهب الفقه في انتقاد هذا الأسلوب لتحديد العقود الإدارية إلى أكثر من ذلك،لكون أن المشرع حتى وإن نص صراحة على نوع العقد،وأعطى له الصفة الإدارية، إلا أن المشكلة قد تنصب على مطابقة مضمون العقد وآثاره لتسميته القانونية،فكثيرا ما قد لا تتلاءم هذه التسميات مع جوهر وطبيعة هذه العقود، كأن يصرح المشرع بالطبيعة الإدارية لعقد معين،في حين أنه في الواقع يكون ذو طبيعة مدنية، وفي الحالة الأخيرة يكون الوصف تعسفيا، ومن هذا المنطلق يرى المنتقدون لأسلوب التحديد التشريعي للعقود الإدارية،أنه على المشرع مراعاة

جوهر العقد وليس مجرد تسميته، وذلك بالتمعن في هدفه وطريقة إبرامه ومضمونه.(عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص**04**).

من وجه نظرنا نؤيد هذا الانتقاد،انطلاقا من كون أن المشرع على الغالب لا يحدد طبيعة العقد فعلا، بل وفي أحيان أخرى يحدد طبيعته وينص على إخضاعه للقضاء الإداري،في حين أنه لا يستحق هذا الوصف حقيقة، وكثيرا ما يضع المشرع رجل القانون في وضع محرج، بل وأحيانا أخرى،نجد المشرع لا يميز في الجوهر حتى بين العقد الإداري والقرار الإداري،ولعل أبرز مثال عن ذلك،أن تمنح لبعض ذوي المهن في القطاع العام،سكنات وظيفية،مثل أساتذة التعليم العالي في الجامعات والمعاهد،مقررات الاستفادة من هذه السكنات تحت تسمية "مقرر"،لكن في متن هذا المقرر(نلفت انتباه القارئ إلى انه يوجد فرق بين القرار والمقرر، فالأول يصدر من الهيئات الإدارية المركزية، في حين أن المقرر يصدر من الهيئات المحلية، حتى وان كنا عمليا نطلق وصف القرار على ما يقرره الوالي، إلا أن هذا الوصف يستمد أساسه من اختصاصات الوالي كممثل للدولة وليس كممثل للولاية فقط)، يتم التنصيص على بعض الشروط للاستفادة،مع منح الإدارة مانحة المقرر،امتيازات السلطة العامة،كإمكانية فسخ العقد بإرادة منفردة،وهذه الأخيرة هي من خصائص العقد الإداري لوجود عنصر التراضي عند إبرام العقد، بينما يغيب ذلك في نظرية القرار الإداري، وهنا يجب على القاضي الإداري،النظر في مضمون العمل الإداري،وليس في مجرد شكله أو تسميته،من أجل توصيفه من بين شتى صور النشاط الإداري وهو سبب تأييدنا للانتقادات الموجهة لأسلوب التحديد الصريح للعقود الإدارية، بحسب إقناعها الخاص في الموضوع.

**المطلب الثاني:المعايير القضائية لمجلس الدولة الفرنسي في تحديد مفهوم العقد الإداري**

إزاء الانتقادات اللاذعة لأسلوب التحديد التشريعي للعقود الإدارية، ولسد ما في التشريع من نقص، ظهرت عدة معايير قضائية،يستطيع القارئ من خلالها أن يستشعر غلبة كل معيار على الآخر(الياس جوادي،ص **16**)،وهو ما سنحاول شرحه وفق ترتيبه الكرونولوجي، في الأجزاء الثلاثة التالية

**الفرع الأول: تحديد مفهوم العقد الإداري باستعمال المعيار العضوي**

وفق هذا المعيار،يستمد العقد صفته الإدارية من الإدارة نفسها، فيكون العقد إداريا،إذا كان أحد أطرافه إدارة عامة، وهذه الأخيرة،تدل على السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين وإدارة مؤسسات الدولة ومرافقها العامة،فتشمل الإدارة العامة، الدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهذا يعتبر من البديهيات(محمود خلف

الجبوري،الطبعة الأولى، الأردن، **2010**، ص **36،37**)، مما يعني عدم اكتساب العقد للصفة الإدارية،إذا كان أحد أطرافه السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان، لأن الوظيفة الأساسية لها،هي سنّ القوانين،وإمكانية الترخيص بإبرام هذه العقود، غير أنه من الناحية العملية لا مانع من إمكانية إبرام العقود من طرف سكريتاريا البرلمان،باعتبارها الجهاز الإداري للهيئة التشريعية،مثل:عقود الأشغال العامة لترميم قاعات البرلمان، وتعتبر بذلك عقود إدارية، ونفس الحكم ينطبق على السلطة القضائية، إلا في إطار الأجهزة الإدارية لها(الياس جوادي،المرجع السابق ص**18،17**).

ما يجب الإشارة إليه في هذا المقام، أنه يستوي الحال،في أن تتعاقد الجهة الإدارية أصالة،أي نفسها وبنفسها، أو تلجأ إلى أسلوب الوكالة،التي تعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص، كأن يتعاقد شخصان من القانون الخاص، لكن أحدهما يمثل شخص معنوي عام، بحيث تنصرف نتائج هذا العقد لحساب هذا الأخير(**محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص38،37**)، وهذا ما طبق فعلا في القضاء الفرنسي في قضية شركة Sagema ذات الاقتصاد المختلط ضد إحدى المنشآت الاقتصادية، تتمثل وقائع هذه القضية في كون أن شركة Sagema، أبرمت عقدا مع إحدى المنشآت الاقتصادية،مفاده التزام الشركة بتمهيد قريتي "ماسي"و"أنتوني"، حيث اعتبرت محكمة التنازع الفرنسية في قرارها بخصوص النزاع الذي حدث بينهما في مرحلة تنفيذ العقد،أن هذا الأخير يكتسي طبيعة إدارية،لأن الشركة قد تصرفت باسم القريتين ولحسابهما،لذلك يعتبر العقد إداريا ويخضع للقضاء الإداري.(مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص **62**).

في الحقيقة إن فكرة المعيار العضوي،كانت أول محاولة من القضاء،لتلافي إشكاليات التقاطع الشديد بين أنواع العقود المختلفة التي قد تبرمها الإدارة، غير أنه أنتقد هذا المعيار،على أساس أن الإدارة في بعض الأحيان، بالرغم من كونها طرفا في العقد، إلا أنه لا يتم توصيف العقد على أنه عقد إداري، بل يعتبر عقدا خاصا،يخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري،كأن تبرم الإدارة عقد بيع مثلا،أو تستأجر أرضا مملوكة لأحد الأفراد العاديين،من أجل استعمالها في غرض يحقق نفع عام،خارج إطار نزع الملكية للمنفعة العامة،الأمر الذي يتطلب معيار آخر فاصل يحسم المسألة **André delaubader –Frank moderne, pierre delvolve,1983,p127**))

**الفرع الثاني: تحديد العقد الإداري على ضوء المعيار الموضوعي**

يقصد بالمرفق العام: ذلك النشاط الذي تتولى الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى،بواسطة أجهزتها إدارته مباشرة، أو تعهد به إلى الغير من الأفراد وباقي الأشخاص

المعنوية العامة،ولكن تحت مراقبتها وإشرافها وتوجيهها (محمد الصغير بعلي،الجزائر،**2005**، ص **18**) ووفقا لهذا المعيار،لا يكون العقد إداريا،إلا إذا ارتبط بإحدى المرافق العامة،ومن مؤيدي هذا المعيار "ليون دوجي" و"جون بونارد"، "جينز" سواء كان هذا الاتصال من حيث التنظيم،أو من حيث التسيير، لأن الإدارة العامة،دائما تلتزم بغاية تحقيق المصلحة العامة،من خلال هذه المرافق(**رشا عبد الحي، لبنان، 2004، ص 18،19**)، وهو ما طبق فعلا في القضاء الفرنسي في كل من قضية « Terrier »،فيما يخص عقود البلدية التي كانت تعتبر آنذاك حسب الاعتقاد الغالب أنها من طبيعة مدنية، لكن في هذه القضية تم توصيفها على أنها إدارية لارتباطها ببلدية،وكذلك قضية « Théron » الخاصة بالعقد المبرم مع بلدية مونوبليه الفرنسي. ((**Rêne shapus ,paris,1954,p100,101**

لكن بعد دخول القرن العشرين تراجع المفهوم التقليدي للمرافق العمومية،وعجز عن استيعاب أوجه النشاط الجديدة، وهذا ما يسمى "بأزمة المرفق العام"،وذلك بعد الحربين العالميتين بسبب تدخل الدولة في الصناعة والاقتصاد والتجارة، فبعد قضية "بلانكو"( **C.E 06 Fevrier 1903** نقلا عن ناصر لباد،الطبعة الثانية، الجزائر،**2011**، ص **3،4**)، ظهرت إلى جانب المرافق الإدارية، مرافق أخرى ذات طبيعة تجارية واقتصادية،تهدف لتحقيق الربح، وتخضع لمبدأ المنافسة،وبالتالي وجب إخضاع النوع الثاني للقضاء العادي(**أحمد محيو، المرجع السابق، ص 350**)، وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية،بخصوص الحادث الذي تسببت فيه الناقلة البحرية « BAC d'Eloka »،التي كانت تقوم بوظيفة النقل ( **T.C22 janvier 1921.REC.91.D 1921 Concl mater – s 1924** نقلا عن: رشا عبد الحي، المرجع السابق ص **28،29**).

لم يسكت أنصار هذا المذهب،بل حاولوا إحياء نظريتهم من جديد،معتمدين على معيار المرفق العام كمعيار وحيد لتميز العقود الإدارية،كنظرية الهدف الحال والمباشر بزعامة الفقيه "مارك رجالد"،ونظرية المرافق العامة بطبيعتها،والنظرية التي تفرق بين العقود التي تبرم لتنظيم المرفق،وتلك التي تبرم من أجل تسييره، ونظرية أخرى كان منطلقها إشراك المتعاقد في تسيير المرفق العام، إلا أنه بالرغم من محاولاتهم العنيدة في تبرير هذا المعيار بأسس وأراء مختلفة، إلا أنها تظل منتقدة وغير كافية لتعريف العقد الإداري، مما يحتم الاستعانة بمعايير أخرى، فجاء معيار نظرية الشروط الاستثنائية(عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق،ص **16-18**)

**الفرع الثالث:تحديد العقد الإداري وفق نظرية الشروط الاستثنائية**

وفقا لهذا المعيار،يجب البحث في العقد وما يتضمنه من بنود تخرج عن القانون الخاص،لكي نكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة، لكن الفقهاء،وان كانوا قد اتفقوا عليها كمعيار لتمييز العقود الإدارية، فإنهم لم يتفقوا على تعريف دقيق لها، وسبب ذلك هو اختلاف الطريقة التي تتعاقد بها الإدارة في كل مرة،وذلك بالتنصيص على هذه الشروط في عقودها،إما بصورة مباشرة بفرضها من طرف الإدارة في العقد، كما قد ترد بصورة غير مباشرة، عن طريق الإحالة لدفتر الشروط، لكن مهما اختلفت المفاهيم،فإن المضمون،هو منح المتعاقد مع الإدارة حقوقا وتحميله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري(الياس جوادي، المرجع السابق، ص **19**)،وهو ما يخرج عن عقود الإذعان في القانون الخاص،التي تخرق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين،لأن عقود الإذعان، يسمح فيها المشرع للقاضي بتعديل شروط التعاقد والتخفيف من قوة الإذعان،وتفسيره لصالح الطرف المتضرر منه بينما لا يملك القاضي في المادة الإدارية،أن يعدل شروط الإذعان أو يلغيها، لأنه إن فعل ذلك،سوف يفقد العقد الإداري خصيصته القانونية حتما ويتحول لعقد مدني(عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص **21**).

قد تظهر الشروط الاستثنائية في ثلاثة مجالات، وذلك إما بتحميل العقد امتيازات السلطة العامة على سبيل الانفراد من طرف الجهة الإدارية،وحرمان المتعاقد الآخر منها،كسلطة الرقابة والتوجيه على العقد وتعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة،خرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين،أو فسخ العقد وتوقيع عقوبات على المتعاقد معها، وهو ما طبقه القضاء الفرنسي في قضية بلدية "ليل" الفرنسية ضد شركة "غرانيت بورو فيروويد"(رشا عبد الحي، المرجع السابق،ص **43** وما بعدها)، وإما تظهر عن طريق منح الإدارة بعض الامتيازات العامة للمتعاقد معها من القانون الخاص،كأن تمنح له سلطة نزع الملكية لأحد المواطنين،من أجل إقامة هياكل لازمة لضرورة سير أحد المرافق العامة،أو تمنح له سلطة استعمال أو استغلال أحد الأملاك الوطنية، وإذا تسببت الإدارة في اختلال التوازن المالي للعقد،تلتزم بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة في التعاقد.

آخر صورة قد تمثل الشروط الاستثنائية،هي أن تقوم الجهة الإدارية بإشراك المتعاقد معها في تسيير أحد المرافق العامة خارج مجال المرافق السيادية،مثل: الدفاع والأمن والعدالة

"أسلوب التحديد السلبي للمرافق"،والمجال الأبرز لهذه الصورة،هو عقود الامتياز،وبموجب هذه الأخيرة تفرض الإدارة إحدى البنود الخارقة في عقودها(محمد الصغير بعلي،المرجع السابق، ص **20**)، لكن ما وجه من انتقادات لهذا المعيار هو الغموض والإبهام لمعنى الشروط الاستثنائية، كما أنه،حتى ولو تم تلافي هذا الانتقاد الأول،فإن الإدارة قد لا تستخدم كل مرة شروطا خارقة في عقودها، بل الغالب أن تتنازل عنها وفق ما تقدره لتحقيق المصلحة العامة، كأن تبرم عقود إيجار سكنات لمواطنين طبقا لأحكام القانون المدني (أحمد محيو، المرجع السابق، ص **350**)، ففي هذه الحالة الأخيرة كيف يمكننا الاستدلال على طبيعة العقد في حالة خلوه من هذه الشروط؟،الأمر الذي يبرز قصور هذا المعيار كغيره من المعايير السابقة، مما يحتم اللجوء إلى المعيار العضوي والموضوعي لتحديد أكثر دقة (محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ص **54**).

**المبحث الثاني:معايير تحديد مفهوم العقد الإداري في التشريع الجزائري**

ما يمكن ملاحظته في هذا المقام،أن العقد الإداري في الجزائر،غير محدد بصفة واضحة والقضاء الإداري في الجزائر، لم يصل إلى مصاف الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، لأن مجلس الدولة الجزائري،لم يحاول إضافة معايير جديدة لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود حتى الفقه هو الآخر،لم يقترح معايير أخرى(عمار عوابدي،الطبعة الالوى،الجزائر،**1998**،**98**)، ماعدا الأستاذ –أحمد محيو –في معرض حديثه عن المعيار العضوي، وهو المعيار الوحيد المعتمد حسب رأيه(أحمد محيو، المرجع السابق،ص**352**)، لذلك إن العقود الإدارية في الجزائر،دائما هي محددة من طرف المشرع بنصوص قانونية، إما بصفة مباشرة،مثل عقود الامتياز،وإما بطريقة غير مباشرة، وذلك بأن يمنح المشرع الجزائري الاختصاص للقضاء الإداري النظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها،إما الدولة أو الولاية أو البلدية،أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري(ناصر لباد،المرجع السابق،ص **202**) غير أنه يبدو بعد الاطلاع على المرسوم الجديد الخاص بتنظيم الصفقات العمومية،أن المعيار العضوي لم يعد كافيا لوحده،إلا إذا ارتبط بمعيار آخر وهو المعيار المالي(ناصر لباد، المرجع السابق ص **201**)،وهو ما سنحاول شرحه والتدليل عليه كما يلي كما.

**المطلب الأول: استعمال المعيار العضوي لتحديد العقد الإداري في التشريع الجزائري**

يعتمد القضاء الجزائري حاليا،الأسلوب الأسهل في تحديد طبيعة العقد الإداري، وذلك بالنظر مباشرة إلى أطراف العقد، خاصة بالنسبة لمنازعات عقود الصفقات العمومية،التي ينظر فيها القاضي الإداري مباشرة إلى صفة الجهة الإدارية صاحبة النشاط الإداري (المواد **800-802**

من القانون **08-09** مؤرخ في **18** صفر عام **1429** الموافق ل **25** فبراير**2008**، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية)، لذلك يكون المشرع الجزائري،قد تبنى المعيار العضوي لتوصيف العقد الإداري في المنازعات القضائية الناشئة بسببه، ونص على أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تفصل في أول درجة،بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا،التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها، ويتم الاستئناف أمام مجلس الدولة كجهة مقومة لأعمال الجهات القضائية الابتدائية(سعيد بوعلي، الجزائر، **2004**، ص **22**).

قبل سنة 2008 كانت مثل هذه المنازعات،طبقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية،تنظرها المجالس القضائية،التي كانت تتضمن غرفا إدارية،على أن يتم الاستئناف أمام المحكمة العليا، لذلك متى كان أحد أطراف النزاع شخص معنوي عام،فيتم توصيف المنازعة على أنها إدارية،وتخضع للقانون الإداري، ولا يهم بعد ذلك إن كانت الجهة الإدارية تأخذ صفة المدعي أو المدعي عليها، وفي غير ذلك يبقى النزاع القائم ذو طبيعة مدنية خاصة(**نصر الشريف عبد الحميد، المرجع السابق، ص04**)،لكن حتى يتضح جيدا هذا المعيار،وجب التطرق باختصار لهذه الجهات الإدارية التي قد تكون طرفا في العقد الإداري،وهو ما سنحاول التطرق إليه في ثلاثة نقاط مع إبداء رأي شخصي بخصوص المرسوم الجديد للصفقات العمومية 15-247 في إعادة تنظيمه للمعيار العضوي من جديد.

**الفرع الأول:الدولة كإحدى أطراف العقد الإداري**

ينحصر مفهوم الدولة في هذا المقام،على المعنى الإداري الضيق،وهو السلطة المركزية الموجودة في العاصمة بوزاراتها المختلفة، ويخرج عن ذلك المعنى الواسع للدولة المتداول في القانون الدستوري،ومن قبيل العقود الإدارية التي تبرمها الدولة،عقود التوريد التي يلتزم فيها المورد بتوريد أجهزة إلى مديرية الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات،لأن أحد أطرافه هو شخص عام يمثل الدولة،حتى وإن كانت المديرية لا تتمتع بالشخصية المعنوية لأنها تابعة للوزارة، التي تتمتع بهذه الصفة،كما يأخذ حكم الدولة الهيئات الوطنية المستقلة،مثل البرلمان والمحكمة العليا، مجلس الدولة والمجلس الدستوري،ومحكمة التنازع وغيرها من الهيئات السيادية مثل:مجلس المنافسة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، متى خرجت هذه الأخيرة من طبيعتها الأصلية، واتخذت في ذلك مظهر السلطة الإدارية، مثلا بالنسبة لمجلس الدولة،يجب أن يبرم العقود بصفته سلطة إدارية،لا سلطة قضائية،لضمان سير أجهزته

بانتظام،كإنجاز أشغال داخل قاعات المجلس،فيكتسب العقد المبرم الصفة الإدارية،بمجرد اتصاله بإحدى الهيئات السابق ذكرها، ويخضع في المنازعات التي قد تترتب عنه للقضاء الإداري وتتمتع الدولة في هذه الأخيرة،بعدة امتيازات طبقا لما يعرف بامتياز التقاضي(أنظر على سبيل المثال ما تتضمنه المواد **258**، **801-901** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق).

لعل أبرز مثال على العقود التي تكتسب الصفة الإدارية وفقا للمعيار العضوي،هي عقود الامتياز، كعقود ذات طبيعة إدارية منذ القديم بحكم طبيعتها،تمنح بموجبها الإدارة باعتبارها شخص معنوي عام، وتسمى في هذه الحالة "الإدارة مانحة الامتياز"،لشخص من أشخاص القانون الخاص،الذي يسمى في هذه الحالة "الشخص صاحب الامتياز"،حق تسيير وإدارة واستغلال هذا المرفق لمدة محددة في العقد، بأمواله وعماله وتحت مسؤوليته المباشرة، على أن ينال صاحب الامتياز أجرة على شكل رسوم،يتلقاها من الأشخاص المنتفعون من خدمات هذا المرفق(المادة **04** من المرسوم التنفيذي **89-01** المؤرخ في **15** جانفي **1989** المتعلق بامتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية)، ومجال استخدام هذا النوع من العقود يزيد يوما بعد يوم،ولعل أبرز مثال لعقد امتياز ينص المشرع الجزائري على طبيعته الإدارية بصفة مباشرة،هو عقد امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية،الذي يعرفه المرسوم التنفيذي 89-01 في المادة 04 منه على أنه:"عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز ويبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة"(**المادة 04 من نفس المرسوم**)، فما يمكن ملاحظته في هذا التعريف،أن عقود امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية،هي عقود نص المشرع الجزائري على طبيعتها الإدارية بصورة صريحة،وفي نص قانوني واضح الدلالة يقطع الشك باليقين بحيث يتلافى المشرع بواسطة مواده القانونية،كل الإشكالات المتعلقة بتحديد طبيعة العقد(عبد الحميد الشواربي،المرجع السابق،ص **09**)، غير أنه ينتقد هذا التعريف بنفس الانتقاد الموجه لأسلوب التحديد القانوني لدى المشرع الفرنسي،لعدم إمكانية حصر جميع العقود التي قد تبرمتها الإدارة، فضلا على أن المشرع،غالبا ما ينص على الطبيعة الإدارية لهذه العقود،في حين أن جوهرها هي عقود مدنية.(خضري حمزة مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بسكرة، **2005**، ص **29-32**)

**الفرع الثاني: الهيئات المحلية "الولاية والبلدية"**

تعتبر الولاية طبقا للقانون المنظم لها:مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية،والذمة المالية المستقلة، وهي مكان لتدعيم سلطة الدولة على المستوى المحلي، تتكون من المجلس

الشعبي الولائي كجهاز المداولة،وهيئة تنفيذية ممثلة في شخص الوالي(نصوص المواد **12**، **101**، **102**، **109**، **123** من القانون **12-07** المؤرخ في **28** ربيع الأول **1433** الموافق ل **21** فبراير **2012** يتعلق بالولاية)،ومن صلاحيات هذا الأخير كممثل للولاية،إبرام العقود والصفقات باسم هذه الأخيرة، فكل عقد يتضمن الولاية طرفا فيه،يكتسب الصفة الإدارية، وترفع الدعوى في هذه الفرضية ضد ممثلها وهو الوالي، وتخضع العقود التي تبرمها إلى قانون الصفقات العمومية(المواد **106** – **135** من نفس القانون).

أما بالنسبة **للبلدية** فهي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، تتكون من المجلس الشعبي البلدي كهيئة للمداولة،ورئيس البلدية، فهذا الأخير يملك بحكم منصبه،عدة اختصاصات بصفته ممثل للبلدية أمام القضاء،وإبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والإيجارات وقبول الهدايا والوصايا،والقيام بمناقصات أشغال البلدية،ومراقبة حسن تنفيذها(المواد **2**، **3**، **15**، **16**، **69**، **77**، **84** من القانون **11-10** مؤرخ في **20** رجب عام **1432** الموافق ل **22** يونيو **2011** يتعلق بالبلدية)، مع صلاحية إبرام صفقات عمومية،بشرط إخضاعها لقواعد قانون الصفقات،مع إمكانية تفويض تسيير مصالح البلدية عن طريق عقد برامج أو صفقات طلبية(المواد **149**، **156** من نفس القانون)، وعليه طبقا للمعيار العضوي،كل عقد يكون أحد أطرافه بلدية،يكون عقدا إداريا،ويخضع في منازعاته للقضاء الإداري، وهو ما طبقه القضاء الجزائري بمناسبة قضية رئيس بلدية "رايس حميدو" بالجزائر العاصمة،في قرار محكمة التنازع الجزائرية الصادر بتاريخ 8 ماي 2000 ضد "ص.ح"، فلما كان من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين أحد أطرافه بلدية، فإنه تطبيقا لنص المادة 07 من ق إ م قديما،فيرجع اختصاص الفصل فيه للجهة القضائية الإدارية.

ما يجب الإشارة إليه،أن ما صدر في هذه القضية،ما هو إلا الأصل العام المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية،حاليا طبقا لنص المادة 800 منه،غير أنه يوجد استثناءات على هذا المعيار العضوي (**Boushahda. R Khellouf ;alger ; p64** )، بحيث لا تصبح من اختصاص المحاكم الإدارية ومجلس الدولة،بعض المنازعات،بما فيها المتعلقة بالعقود الإدارية، بالرغم من وجود إحدى الأشخاص العامة طرفا فيها، وذلك بحكم القانون،في حالة مخالفات الطرق،وكل منازعة متعلقة بدعوى خاصة،رامية إلى المسؤولية عن طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو أحد الأشخاص العامة ولا نستبعد فرضيته قيام ذلك بموجب عقد من العقود،طبقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل سنة 2008.(المادة **801** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع السابق).

**الفرع الثالث: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري**

إن المؤسسة العمومية بوجه عام:هي شخص معنوي عام،يكون الهدف من إنشائه،التسيير المستقل لمرافق عمومية تابعة للدولة أو هيئاتها المحلية، لذلك المؤسسة العمومية تعتبر إحدى طرق تسيير المرافق العمومية، وقد كان في بداية العمل بمفهوم هذه المؤسسات، ينحصر الأمر على نوع واحد،وهو النوع التقليدي،لأنها النوع الوحيد الذي كان معروفا آنذاك، إلا أن الانتقال من نظام الدولة المتدخلة،أفرز نوعا جديدا من المؤسسات،وهي المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري،والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وأخرى ذات طابع علمي ثقافي ومهني (ناصر لباد المرجع السابق، ص **160**).

نقصد بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:تلك التي تمارس نشاطا إداريا محضا تخضع لقيد التخصص لما ورد في نص إنشائها، فلا تحيد عما أنشأت من أجله،مثل المستشفيات التي عهدت لها مهمة الوقاية والعلاج من جميع الأمراض، مع خضوع هذه المؤسسات إلى الرقابة الوصائية عليها من السلطات المركزية،باعتبارها مظهر من مظاهر اللامركزية الإدارية،ونظام المحاسبة المالية، فهذه المؤسسات قد تبرم عقود من أجل تسيير أجهزتها،مثل الترميمات أو عقود التوريد،فتعتبر بذلك عقودا إدارية،لأن أحد أطرافها شخص معنوي عام طبقا للمعيار العضوي.(**نفس المرجع، نفس الصفحة**).

السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان في هذا المقام، يتمحور: حول مدى قابلية تمثيل الشخص العام في أحد العقود من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص،لاعتبار العقد ذو طبيعة إدارية؟، فهل يستلزم هذا الأمر تعاقد الإدارة أصالة،أم يجوز لها توكيل أحد الأشخاص من القانون الخاص لتمثيلها في العلاقات العقدية؟، وهل يبقى العقد المبرم محتفظا بطبيعته الإدارية في الفرض الأخير؟، نتساءل في هذا المقام عن مدى الاعتداد بطرق إبرام العقود عن طريق الوكالة؟، فإلى أي مدى تظل صفة العقد الإداري ملازمة لهذا النوع من التعاقد؟.

قد يحدث من الناحية العملية،أن يلجأ شخص عام إلى توكيل غيره في إبرام العقود، بحيث يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص بالوكالة عنه، باسم ولحساب الجهة الإدارية ونيابة عنها،وفي فرضية الحال تسمى الإدارة "الموكّل"،كشخص أصيل،ويسمى الشخص الخاص "بالوكيل"،فهنا يحتفظ العقد بالصفة الإدارية،فلا يشترط على الشخص العام،التعاقد أصالة في جميع الأحوال،بل يجوز استعمال معيار الوكالة،ويبقى العقد إداريا(سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص **25،24**)، بدليل ما نصت عليه مواد القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية، التي

تنص على ما يلي:"عندما تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة، وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، تكون المنازعة المتعلقة بملحقات أملاك الدولة من طبيعة إدارية"، كما ينص نفس القانون على أنه " عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة، تسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وعقود إدارية أخرى، فإن كيفيات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات، وكذلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به، تخضع المنازعات المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة.(نصوص المواد **55** و**56** من القانون **88-01** المؤرخ في **12-01-1988** المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية).

ما نستطيع استخلاصه من هذا القانون،أن المؤسسة العمومية الاقتصادية،عندما تكون مؤهلة لتسيير مباني عامة،أو تصدر باسم الدولة رخص أو تبرم العقود وفق ما سبق التطرق إليه، فإن العقود التي تبرمها هي عقود إدارية،وتخضع بذلك إلى القضاء الإداري، وتبقى جميع الأعمال الأخرى لهذا النوع من المؤسسات،طبقا للمقتضيات الروتينية أعمال تجارية،والعقود التي تبرمها هي عقود تجارية خاصة،تخضع للقانون الخاص،ولا تخضع إلى القانون الإداري كقانون عام.(سعيد بوعلي، المرجع السابق ص **25**، **26**).

**المطلب الثاني: معايير أخرى لتحديد العقد الإداري في التشريع الجزائري**

قد لا يكفي المعيار العضوي الذي اعتمده المشرع الجزائري لتحديد العقود الإدارية وإخضاعها للقضاء الإداري، وهذا بسبب إدخال المشرع لصنف جديد من أنواع المؤسسات العمومية في إبرام الصفقات،وهي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،مما أثار الشك حول إدارية العقود التي تبرمها هذه المؤسسات،التي لم تظهر إلا حديثا "نظام الدولة المتدخلة"،بفعل قصور النوع الأول من المؤسسات في تلبية الحاجيات العمومية بعد الحرب العالمية الثانية، الذي يكون موضوع نشاطها على العموم،تجاريا وصناعيا،مماثلا لنشاط الأشخاص الخاصة،تقوم بتمويل الأعباء الاستغلالية جزئيا أو كليا،عن طريق عائد بيع إنتاجي تجاري،يحقق طبقا لتعريفة محددة مسبقا،ولدفتر الشروط العامة(عمار بوضياف، المرجع السابق، ص **462**)، لذلك عقودها المبرمة تخضع للقانون الخاص المدني أو التجاري،لأنها تهدف لتحقيق الربح،وتخضع لمبدأ المنافسة، فمادامت تمول نفسها بنفسها فهي تجارية أما إذا

كانت تمول في إنشائها وتسييرها من خزينة الدولة فهي إدارية،وتخضع في منازعاتها للقضاء الإداري،وتكتسي العقود التي تبرمها الطبيعة الإدارية (خضري حمزة، المرجع السابق، ص **35**).

ما يجب الإشارة إليه في هذا المقام،أن مرسوم الصفقات العمومية المعدل سنة 2015،وفي المرسوم الذي سبقه 236/10،قد أضاف في المعيار العضوي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري(أنظر المادة **4/06** من المرسوم الرئاسي **15-247** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي تضمنته الجريدة الرسمية في عددها **5**، الصادرة بتاريخ **6** ذي الحجة **1436**ه الموافق ل **20** سبتمبر **2015**.)،الأمر الذي زعزع من صلابة المعيار العضوي في تحديد طبيعة العقود الإدارية،**فكيف لنا إذن الاستدلال على طبيعة العقود الإدارية ؟، وهل الصفقات العمومية هي عقود إدارية بعد هذا التعديل؟**.

بالنسبة **للصفقات العمومية**، فهي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع الذي تضمنه المرسوم الرئاسي 15-247 (المادة **02** من نفس المرسوم)، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها فيه، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والدراسات والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة، الممثلة في الإدارات العمومية،والهيئات الوطنية المستقلة،والولايات،والبلديات،والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري (المادة **06** من نفس المرسوم)، وهذه الأخيرة قد تتخذ صورة عقد إنجاز أشغال عامة،بين الإدارة وأحد الخواص،لإنجاز مشاريع تنموية، كصيانة مقر المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة لتحقيق مصلحة عامة'أو بناء جامعات أو أقطاب استشفائية، كما قد تتخذ الصفقة العمومية،صورة عقد إنجاز الخدمات،التي تختلف عن عقود الأشغال العامة في كون أن محل هذه الأخيرة يكون من المنقولات، كتقديم استشارات فنية لشخص معنوي عام،بمعرفة ذوي الأهل والاختصاص، وقد يكون محل الصفقات،اقتناء لوازم ويسمى النوع الأخير بعقود التوريد،التي يلتزم فيها المورد بتوريد سلعة معينة لصالح شخص معنوي عام،مثل الجامعات والمستشفيات بوسائل فنية أو مادية لازمة لسير هذه المرافق،مثل الطاولات والكراسي للجامعات، وبعض الآلات الطبية للمستشفيات، طبعا بشرط احترام بعض الضوابط والقيود الواردة في المرسوم الرئاسي الخاص بالصفقات العمومية لإبرام مثل هذه العقود ترشيدا لاستعمال المال العام.(المادة **02** من نفس المرسوم)

بالعودة لنص المادة السادسة من المرسوم 15-247، نجد أن المشرع الجزائري أخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، لأحكام هذا المرسوم،لأنه لجانب المعيار العضوي المعتمد في الفقرات الثلاثة الأولى من نفس المادة، يشترط المشرع، أن

تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا،بمساهمة مؤقتة ونهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية،مما يستخلص أن المشرع الجزائري،أدخل معيار آخر لتطبيق أحكام هذا المرسوم على الصفقات والعقود وهو **معيار التمويل** الذي يستند على التمويل من خزينة الدولة،بمبلغ تقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة يساوي 12.000.000.00 د ج أو يقل عنه بالنسبة للأشغال واللوازم، ومبلغ 6.000.000 د ج للدراسات والخدمات (المادة **13** من نفس المرسوم)، بعد أن كان هذا المبلغ في المرسوم السابق 10-236 طبقا للمادة السادسة منه يساوي 8.000.000.00 د ج أو يقل عنه لخدمات الأشغال واللوازم ومبلغ 4.000.000.00 لخدمات الدراسة أو الخدامات الأخرى التي لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية (المادة **1/6** من المرسوم الرئاسي **10-236** المؤرخ في **28** شوال **1431**، الموافق ل **7** أكتوبر **2010** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية).

**حسب رأينا الشخصي** تبقى الصفقات العمومية المبرمة مع هذا النوع من المؤسسات،عقود إدارية متى تم احترام الشرط الوارد أعلاه،وبذلك تخضع للقضاء الإداري،لكن **هل التمويل من خزينة الدولة يعني منح الصفة الإدارية للعقد المبرم من طرف هذا النوع من المؤسسات بصفة مطلقة؟**،الملفت للانتباه بعد تدقيق النظر في المرسوم 15-247، نلاحظ أن المشرع الجزائري،قد ألزم المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري،عندما تنجز عملية **غير ممولة** كليا أو جزئيا،بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية،أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية،والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة،حفاظا على المال العام. (المادة **08** من المرسوم الرئاسي **15-247**، المرجع السابق).

حتى المعيار المالي لم يصبح كافيا لتحديد طبيعة العقد الإداري،وهذا لتعقد المعيار الذي يتبعه المشرع الجزائري،خاصة بعد إدراج مفهوم المؤسسات العمومية الخاضعة للنشاط التجاري في المعيار العضوي،لذلك يجب الاعتماد كذلك على **المعيار الموضوعي-المادي**- لتدعيم المعيار العضوي،بحيث يقوم المعيار الموضوعي،على اعتبارات مادية تنصب على طبيعة النشاط الإداري،وليس على صاحب هذا النشاط فقط،كمشاركة أحد أطراف العقد في تسيير مرفق عمومي لتلبية الحاجيات العامة،فيمكن الاستدلال من خلاله على الطبيعة الإدارية للعقد المبرم،أو عن طريق استخدام أحد أطراف العلاقة العقدية لامتيازات السلطة العامة،أو شروط استثنائية خارقة،لا يستطيع المتعاقد في نطاق القانون الخاص استيعابها.(أشار إليه: سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص **21**).

**خاتمة**

نخلص مما سبق،إلى أن المحاولة الأولى لتمييز العقود الإدارية،كانت بإرادة من المشرع الفرنسي،لكن غالبا ما كان المشرع،يضيّق من نطاق العمل بالعقود الإدارية، فضلا على أنه كثيرا ما كان ينص على منح الصفة الإدارية لبعض العقود، إلا أن جوهرها ومضمونها يخالف ذلك،الأمر الذي دفع بالفقه والقضاء الفرنسيين،إلى ابتكار معايير بديلة تحسم التقاطع بين ما يعتبر عقدا إداريا،وما يبقى في دائرة العقود الخاصة.

كان أول معيار قضائي،أن تكون الإدارة طرفا في العقد،لكن انتقد هذا الأخير، في كون أن الإدارة نفسها في بعض الأحيان،قد تفضل طريقة التعاقد بإتباع قواعد القانون الخاص، فابتكر مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العام، إلا أنه سرعان ما فقد هذا المعيار هو الآخر مصداقيته،بمجرد انتقال الدولة لمرحلة التدخل،في ممارسة النشاطات التجارية، مما أدى لظهور معيار البند الخارق،فانتقد على أساس أن العقود التي تبرمها الإدارة،لا تتضمن كلها شروطا استثنائية،الأمر الذي يتطلب اللجوء إلى جميع المعايير السابق ذكرها.

أما في الجزائر، فلم تكن هناك محاولات جديدة من جانب الفقه والقضاء، لأن العقود الإدارية،هي محددة دائما من طرف المشرع،سواء كان ذلك بطريقة مباشرة، وذلك بالنص على الطبيعة الإدارية للعقد في المواد القانونية، وإما بطريقة غير مباشرة،وذلك بأن يمنح القانون الاختصاص للقاضي الإداري نظرها، عندما يكون أحد أطراف العقد، شخص معنوي عام "الدولة، الولاية البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو حتى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بشرط احترام معيار التمويل الكلي أو الجزئي، بمساهمة كلية أو مؤقتة من خزينة الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية ".

**المراجع**

**المراجع باللغة العربية**

**أولا: قائمة الكتب**

1. أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية،ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية ن الجزائر ن 1986.
2. مازن ليلو راضي: العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
3. محمود خلف الجبوري:العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
4. محمد الصغير بعلي: العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ن الحجار، عنابة، 2005.

5. ناصر لباد: الأساسي في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار المجدد للنشر والتوزيع ن الجزائر، 2011.

6. سعيد بوعلي: المنازعة الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2004.

7. عبد الحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2003.

8. عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

9. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعة الإدارية في النظام الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

10. رشا عبد الحي: معايير توزيع الاختصاص بين القضاء العدلي والقضاء الإداري واشكاليتهما العملية المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2004.

**ثانيا: قائمة الأطروحات والمذكرات**

1. زكية جداييني: عقد القرض بين القانون الوضعي الجزائري ومبادئ الشريعة الإسلامية، أطروحة **دكتوراه**، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016.

2. خضري حمزة: منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة **ماجستير**، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2005.

3. عبد الحميد نصر الشريف: العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة الثانية عشر، 2001- 2002.

**ثالثا: مقال منشور**

- الياس جوادي: معايير تحديد العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمناغست، الجزائر، مجلة سداسية محكمة، العدد التاسع سبتمبر 2015.

**رابعا: القانون**

1. القانون 88-01 المؤرخ في 12-01-1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

2. القانون 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. القانون 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية.

4. القانون 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق ل 21 فبراير 2012 يتعلق بالولاية.

5. المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق ل 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

6. المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية في عددها 50، الصادرة بتاريخ 6 ذي الحجة عام 1436 ه الموافق ل 20 سبتمبر 2015.

7. المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15 جانفي 1989، المتعلق بامتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية.

**المراجع باللغة الأجنبية**

1. **André del'aubader- Frank moderne**, **pierre délvolve** des contrats Administratifs paris librairie générale de droit et de jurisprudence 1983.

2. **Boushahda.R khellouf**.recueil d'arrêts jurisprudences administratives ,Alger ,office des publication universitaire.

3. 29-**Rêne chapus** ; responsabilité publique et responsabilité privée, Dalloz, paris, 1954.