

التحولات الحديثة لنظرية العقد الإداري : من أين أتت وإلى أين ستنتهي؟

Recent Changes in the Theory of the Administrative Contract: Where do they come from and how Far will they End ?

GHENI Amina

Faculty of Law and Political Science
Univeristy of Mustapha Stambouli, Mascara, Algeria.
amina.gheni@univ-mascara.dz

غني أمينة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر- الجزائر
amina.gheni@univ-mascara.dz

تاريخ القبول: 2020/05/09

تاريخ الاستلام: 2020/02/10

Abstract:

The subject of this article is the development has undergone the theory of administrative contract, we will be examined the rules applicable to this contract, and the distinction of administrative contract and contract administration.

Finally we will look the court which has jurisdiction over an administrative contract dispute.

Keywords: Administrative Contracts; The Administration Contracts; Exorbitant clause; The Competent Jurisdiction.

ملخص باللغة العربية ::

موضوع هذا المقال هو التطورات التي عرفتها نظرية العقد الإداري، سوف نتناول القواعد المطبقة على هذه العقود والتمييز بين العقود الإدارية وعقود الإدارة، وفي الأخير سوف نبحث عن الجهة القضائية المختصة في منازعات العقود الإدارية.

كلمات مفتاحية: العقود الإدارية؛ عقود الإدارة؛ الشرط غير المألوف؛ الجهة القضائية المختصة.

مقدمة:

تتقسم الأعمال الإدارية إلى أعمال انفرادية تمثل المظهر الرئيسي لامتيازات السلطة العامة، وأعمال أخرى يطغى عليها الطابع التعاقدية وهي العقود الإدارية. وتختلف العقود الإدارية عن عقود الإدارة، التي تنزل فيها الدولة إلى مرتبة الأفراد، ومن أجل التمييز بين هذين النوعين من العقود، تم إنشاء نظرية العقد الإدارية. ويرجع الفضل في وضع معالم العقد الإداري للقضاء والفقه؛ أما التشريع فكانت له مساهمة محدودة في وضع أسس العقد الإداري، ولعل السبب يرجع إلى أن القانون الإداري في حد ذاته غير مقنن. إلى جانب ذلك فإن جل نظريات القانون الإداري هي من خلق القضاء بما فيها نظرية العقد الإداري.

كما أنه أطلق عليها نظرية العقد الإداري بغرض التمييز بينها وبين العقد في القانون الخاص. لكن هذه النظرية عرفت تطورات هامة، وقد كان التطور الاقتصادي العامل الأساسي في التغيرات التي طرأت على نظرية العقد الإداري، بالإضافة إلى تدخل الدولة في شتى المجالات وما انجر عنه من ظهور للمرافق الاقتصادية والتجارية والصناعية بعد أن كانت المرافق معروفة في شكلها الإداري التقليدي، كما أن حاجات الأفراد المتزايدة أدت هي الأخرى إلى ازدياد الحاجة إلى اللجوء إلى الأسلوب التعاقدية، فأصبح هذا الأسلوب وسيلة لتنفيذ السياسات العمومية للدولة، فظهرت عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل وهو ما اقتضى إلى إعادة التفكير في معايير العقد الإداري، وما يحكمه من قواعد وبالنتيجة تطور نظرية العقد الإداري.

وتبرز أهمية هذه الدراسة في أن لجوء الدولة إلى الأسلوب التعاقدية بشكل كبير أدى إلى تضخيم نسبة التعاقد من الناحية الكمية، ونتج عنه تطور العقد الإداري أيضاً من الناحية النوعية. كما أنه بات وسيلة الدولة الفعالة التي تستعملها للتدخل في شتى المجالات وخاصة الاقتصادية.

ومن هذا المنطلق تكمن إشكالية دراستنا في معرفة إلى أي مدى أدى التطور الحاصل في نظرية العقد الإداري إلى خلق أزمة ؟

ومن أجل الإجابة عن إشكالية الدراسة اتبعنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية.

وإلى جانب المنهج التحليلي اعتمدنا على المنهج التاريخي بما أن موضوع دراستنا يتمحور حول التطورات التي عرفتتها نظرية العقد الإداري. ولا يمكن التطرق لأحد موضوعات القانون الإداري دون اعتماد المنهج المقارن، ما دام أن جل نظرياته هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي.

كما وقد قسمنا دراستنا إلى مبحثين، المبحث الأول عالجنا فيه تأرجح العقد الإداري بين القانون العام والخاص، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لما نتج عن التحولات التي عرفها العقد الإدارية ويتعلق الأمر بصعوبة تحديد القاضي المختص.

المبحث الأول: تأرجح العقد الإداري بين القانون العام والخاص.

إن حادثة نشأة القانون الإداري، وصعوبة إيجاد معيار يتم من خلاله تحديد أساس له أدتا إلى إثارة إشكالات فيما يتعلق بنشاط الإدارة التعاقدية، فإن كانت القرارات الإدارية لم تثر إشكالات؛ لأنها تعد إحدى امتيازات السلطة العامة، فإن العقود الإدارية على عكسها لا تظهر فيها سلطة الإدارة بصفة جلية. ولهذا يذهب البعض إلى القول أن الإدارة تنزل من خلالها إلى مرتبة الأفراد، و من ثم لا يمكن أن تخضع لقواعد القانون العام، و إنما لقواعد القانون الخاص¹.

ولكن الواقع هو أن الإدارة لم تكن تبرم عقودها وفقاً لمبدأ سلطان الإدارة؛ بل كانت هذه العقود متميزة عن عقود الأفراد، وهو ما جعل القضاء يبحث عن معايير يميز بواسطتها العقد الإداري عن غيره من العقود.

وبالنتيجة تغير العقد المبرم من طرف الإدارة من مجرد عقد عادي إلى عقد إداري غير مألوف (المطلب الأول). لكن هذا لا يعني أن العقد الإداري انفصل انفصالاً تاماً عن أحكام القانون الخاص، فبالرغم من أنه تم وضع مبادئ خاصة به من أجل المحافظة على المال العام محل العقود الإدارية، إلا أن القانون الخاص بقي محتفظاً بنصيبه داخل دائرة العقود الإدارية (المطلب الثاني).

1 Maurice Hauriou, Précis de Droit administratif, Librairie du recueil sirey, Paris, 1927, p 166.

المطلب الأول: انفصال العقد الإداري عن قواعد القانون الخاص.

كان العقد الإداري في فرنسا في بداية الأمر يدخل ضمن عقود القانون الخاص نظراً لتجرد الإدارة في ظله من امتيازاتها؛ لكن نظراً لتمييز العقد الإداري أصبح هذا الأخير مستقلاً بذاته وبقواعده.

في مصر أيضاً كانت العقود الإدارية في بداية الأمر تخرج من اختصاص القضاء الإداري إلى غاية سنة 1949، أين تم تعديل القانون المتعلق بمجلس الدولة وأدخل ضمن اختصاصه عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد. وفي سنة 1955 أصبحت جميع العقود التي ينطبق عليها وصف العقد الإداري تدخل جميعها في اختصاص القاضي الإداري¹.

أما في الجزائر، ونظراً للمعيار المطبق من طرف المشرع، سواء في قانون الإجراءات المدنية القديم أو حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالعقد المبرم من طرف الإدارة كان منذ بدايته عقداً يكتسي الصبغة الإدارية بغض النظر عن محتواه وعن الأسلوب المتبع من خلاله.

ولقد فضلنا في هذا المطلب التطرق أولاً إلى فترة خضوع العقد لقواعد القانون الخاص، ثم الفترة التي ازدهر فيها العقد الإداري والتي تميزت بوضع معايير خاصة به ومميزة له عن باقي العقود وهي فترة الخضوع لقواعد القانون العام.

الفرع الأول: الخضوع لقواعد القانون الخاص.

لقد عرف القانون الإداري عدة معايير هدفها هو تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذا الجهة القضائية المختصة، ولقد ارتكز القضاء الإداري في فرنسا على المعيار الذي يميز من خلاله بين التسيير العمومي والتسيير الخاص، لكن قبل الأخذ بهذا المعيار كانت السلطة العامة هي أساس تحديد القانون الإداري بقيادة العميد هوريو، أو ما يعرف بمدرسة السلطة العامة. فكان يميز بين أعمال السلطة العامة التي تستخدم فيها امتيازات السلطة العامة مثل القرارات الإدارية وأعمال الإدارة

1 لوي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة دىالى للبحوث الانسانية، العدد 53، 2011، ص 433.

العادية التي نعني بها نزول الإدارة إلى مرتبة الأفراد مثل التعاقد، فهذه الأخيرة تخضع للقانون الخاص وبالتبعية لاختصاص القاضي العادي¹.

ومع ذلك لازالت العقود التي تتجرد فيها الإدارة تماما من امتيازاتها تخضع لأحكام القانون الخاص، وهو ما يعرف بعقود الإدارة، وبالتالي فإن هذه النظرية لا زالت قائمة لغاية يومنا هذا وقد طبقها القضاء الجزائري، وهو ما سنراه لاحقاً.

الفرع الثاني: الخضوع لقواعد القانون العام.

لقد قام القضاء الإداري بوضع مجموعة من المعايير تميز العقد الإداري عن غيره من العقود، سواء تلك المبرمة من طرف الإدارة نفسها والتي لا يمكن أن تكتسي الصبغة الإدارية بالنظر إلى افتقادها لبقية المعايير، أو تلك المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، بما فيهم المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. كما أن المشرع يتدخل ليضفي على طائفة من العقود الصبغة الإدارية، وهو ما نطلق عليه في الشريعة العامة بالعقود المسماة.

وقد عرفت هذه المعايير سواء القضائية أو التشريعية بدورها عدة تحولات، وهو ما سنحاول تفصيله من خلال التعرض لكل معيار على حدى. لكن قبل اللجوء إلى أهم التغيرات التي تخللت هذه المعايير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومثله القاضي الإداري اكتفى بالمعيار العضوي انطلاقاً من نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم، والتي طبقها القاضي الإداري مستعملاً عبارة: "مهما كانت طبيعة القضية" في أحد القرارات الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا²، وبالتالي فإن حديثنا عن المعايير القضائية والتطور الحاصل عليها سيشمل بالتأكيد القضاء المقارن، وعلى رأسه القضاء الإداري الفرنسي.

¹ Ibid.

² قرار صادر عن الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، 23 جانفي 1970، قضية ب ضد تعاونية تأمين عمال التربية والثقافة: "حيث أن المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية قد استبدلت المعيار القديم، المرتكز على طبيعة النشاط الإداري المعتبر، بمعيار عضوي لم يعد يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين وأنه يجب وبكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفاً في الدعوى لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصاً وهذا مهما كانت طبيعة القضية".

أولاً: التغيرات التي طرأت على المعايير القضائية.

قام القضاء الإداري في فرنسا بوضع مجموعة من المعايير يتميز بها العقد الإداري وتجعل منه عقداً غير مألوف في القانون الخاص، ولقد عرفت هذه المعايير تطوراً ملموساً وهو ما نستشفه من خلال ما يلي:

1. بالنسبة لأطراف العقد

قضت محكمة التنازع الفرنسية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1991، بمايلي: "حيث أن العقد المبرم بين شخصين عموميين يتمتع من حيث المبدأ بالصبغة الإدارية، ويترتب عنه اختصاص الجهات القضائية الإدارية للنظر في المنازعات المتعلقة بهذا العقد، باستثناء الحالة التي يتولد فيها بين الأطراف علاقات تخضع للقانون الخاص وذلك بالنظر إلى محله"¹.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى أيضاً فإنه، وتطبيقاً لهذا المبدأ، لا يمكن لعقد مبرم بين أشخاص القانون الخاص أن يكتسي الصبغة الإدارية حتى ولو تم إبرامه من طرف مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري إلا إذا توافرت فيه شروط معينة.

غير أن هذا الاستثناء طرأ عليه هو الآخر تغيرات، فالشخص الخاص حتى وإن كان يتمتع بامتيازات السلطة العامة في إطار العقد أو أن هذا الأخير يحتوي على شروط غير مألوفة، فإن هذا لا يكفي لنصبح أمام عقد إداري، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2017، قضية شركة *Compagnons paveurs*².

1 Tribunal des conflits, 7 octobre 1991, Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz, n° 02651, publié au recueil Lebon.

2 CE, 25 oct. 2017, n° 404481, Inédit au recueil Lebon. Voir aussi. Gilles Lebreton, Droit administratif général, Dalloz, Paris, 10 édition, 2019, p 126.

2. بالنسبة لمحل العقد:

لا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً ليكتسي الصبغة الإدارية؛ بل زيادة على ذلك يشترط القضاء أن يتصل بمرفق عام¹. وبالتالي استقر الفقه والقضاء على أن المعيار العضوي غير كافٍ؛ بل يجب أن يضاف إليه معيار آخر متعلق بمحل العقد، وهو المرفق العام بمعنى آخر المعيار الموضوعي، وهو ما عبر عنه محافظ الدولة روميو في قضية تيري *Terrier* الشهيرة بمقتضى القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 06 فيفري 1903، إذ اعتبر أنه من حيث المبدأ: "كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة يشكل نشاطاً إدارياً والذي يعود حسب طبيعته لاختصاص القضاء الإداري"، انطلاقاً من ذلك فالعقود المبرمة من طرف شخص عام والتي يكون موضوعها تنفيذ مرفق عام تعد عقوداً إدارية².

ويقصد باتصال العقد بالمرفق العام هو أن يتعلق إما بتنظيم المرفق العام، أو تسييره، أو إدارته، أو استغلاله، أو المساهمة فيه بهدف تحقيق المصلحة العامة³. فإذا ما تعلق العقد بمصلحة خاصة، كأموال الدولة الخاصة، تنتقي صلة العقد بالمرفق العام ولا نكون أمام عقد إداري حتى ولو تم إبرامه من طرف شخص عام. وهو ما أخذ به القضاء الإداري في مصر، حيث اعتبر أن العقد المتعلق بالأموال الخاصة للدولة أو ما يعرف بالدومين الخاص لا يتصل بالمرفق العام، وتتصرف الإدارة فيها مثلها مثل الأفراد، كما اعتبر أن عقد تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة يعد من قبيل عقود القانون الخاص وليس عقداً إدارياً⁴.

1 خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 82.

2 Martine Lombard, Gilles Dumont, Jean Sirinelli, *Droit administratif*, Dalloz, Dalloz, Paris, 12 édition, 2017, pp 285-286.

3 محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2، 2011، ص 256.

4 محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 502.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن الفقه والقضاء هجرا التفرقة بين أملاك الدولة العامة والأملاك الخاصة، وأقرا بالطابع الإداري لجميع العقود التي ترد على الأملاك الوطنية، سواء كانت عامة أو خاصة¹.

والمشرع الجزائري كان قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية ينص على أن عقود الإيجار تخرج من اختصاص القاضي الإداري؛ لكنه مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يورد هذا الاستثناء، وبالتالي إعادة هذه الطائفة من العقود لاختصاص القاضي الإداري. لكن هذا الشرط قد عرف تغييراً، فلم يعد كافياً أن يكون العقد هدفه هو المرفق العام، كما كان يذهب إليه أصحاب مدرسة المرفق العام²؛ بل يكون العقد إدارياً بالنظر إلى مضمونه من منطلق ثلاث حالات وهي :

- حالة منح المتعاقدين تنفيذ المرفق العام: وهي الحالة التي تخضعت عن قرار الزوجين بارتان Bertin الشهير، والتي أصبحت تعرف بعقود تفويضات المرفق العام، وفي هذه الحالة اعتبر القضاء الإداري أنه بمجرد ما إذا كان العقد يتعلق بمرفق عام فهو عقد إداري بغض النظر عن وجود شروط غير مألوفة³.
- حالة ما إذا كان أسلوباً أو طريقة لتنفيذ المرفق العام، ومفادها أن إدارة المرفق العام تبقى في يد الإدارة.
- حالة ما إذا كان ينتج عن العقد إشراك المتعاقدين في تنفيذ المرفق⁴.

3. بالنسبة لمضمون العقد:

من المسلم به أن العقد المبرم بين شخص عام وشخص خاص يعتبر عقداً إدارياً بالنظر إلى محتواه، وبالتحديد إذا كان العقد يحتوي على شروط غير مألوفة في الشريعة العامة؛ لكن هذا المعيار أظهر صعوبة في التطبيق لأنه كان من الصعب

1 محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2، 1998، ص 24.

2 Pascal Gonod, Fabrice Mellary, Philippe Yolka, Traité de droit administratif, Tome 2, Dalloz, Paris, 1 édition, 2011, p 229.

3 Laure Marcus, L'unité des contrats publics, Dalloz, Paris, 2010, p 343.

4 François Lichère, Droit des contrats publics, Dalloz, Paris, 2 édition, 2014, p 26.

تحديد ما إذا كنا أمام شرط غير مألوف¹. وهو ما جعل محكمة التنازع الفرنسية بمقتضى قرارها الصادر عام 2014 تقوم بإعطاء تعريف جديد للشرط غير المألوف، بحيث أصبح ينظر إليه من منظور إيجابي وليس من المنظور السلبي كما كان مطبقاً من قبل.

فبعيداً عن العبارات المستعملة في تحديده مثل (معمول به أو متعارف عليه في القانون الخاص) أصبح الشرط غير المألوف مرتبطاً بالمصلحة العامة. بعبارة أخرى الشرط الذي يقتضي أن يكون العقد خاضعاً لنظام غير مألوف للعقود الإدارية تحقيقاً للمصلحة العامة.

لكن السؤال الذي طرح من طرف الفقه بعد صدور هذا القرار هو: هل هذا التعريف الجديد من شأنه التوسيع من دائرة العقود الإدارية أم التضيق منها ؟ من خلال تحليل القرار أجاب الفقه بأن هذا التعريف الجديد من شأنه أن يؤدي إلى التضيق من دائرة العقود الإدارية².

ثانياً: التغيرات التي طرأت على المعيار التشريعي.

قد يتدخل المشرع في بعض الأحيان ليضفي على طائفة معينة من العقود الطابع الإداري وأشهر هذه العقود الصفقات العمومية، وتجدر الإحاطة علماً في هذا الصدد أن القاضي لا يستطيع أن يطبق معايير العقد الإداري على هذه الفئة، والسبب يرجع إلى صراحة النص، فلا محل فيها للاجتهاد. ويطلق عليها العقود المسماة لأن القانون حدد تسميتها وكذا القواعد المتعلقة بها³.

ولكن يلاحظ على المعيار التشريعي أنه يتميز بعدم الاستقرار، فالمشرع يتدخل في كل مرة لإضفاء وصف العقد الإداري على بعض العقود. وقد قام مؤخراً المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام بإضافة صيغة

1 Olivier Didriche, *Les évolutions récentes des contrats administratifs*, AJCT, n° 3, 2016, p 132.

2 Ibid.

3 داود عبد الرزاق الباز، عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة: تبرعات الأشخاص للدولة. دراسة مقارنة تأصيلية لأراء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 48-49.

تقويضات المرفق العام¹؛ أو قد يقوم بإخراج أحد العقود من فئة العقود الإدارية مثلما قام به مؤخراً في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بمقتضى المادة 07 منه.

المطلب الثاني: اشتراك قواعد القانون الخاص والقانون العام في تنظيم العقد الإداري.

إن العقد الإداري وباعتبار أنه يشكل أحد الوسائل المهمة التي يلجأ إليها أشخاص القانون العام من أجل تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الأفراد. ونظراً لأن محله هو المال العام.

وبغرض توفير الحماية اللازمة للمال العام ونجاعة الطلبات العمومية، فإن العقد الإداري يخضع إلى مجموعة من القواعد قد يكون مصدرها القانون العام (الفرع الأول)، أو القانون الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خضوع العقد الإداري لمبادئ الطلبات العمومية.

بداية كان هناك نوع من الإلحاح حول سؤال مفاده مدى تمتع الإدارة بالحرية التعاقدية قياساً على أشخاص القانون الخاص ؟

ويجب أن ننوه قبل الإجابة عن هذا التساؤل إلى أن الحرية التعاقدية نعني بها حرية الأطراف في إبرام العقد واختيار محله وحرية تعديله أثناء التنفيذ، بل ونقصد بها أيضاً الحرية في وضع حد للعقد بصفة مسبقة²، فهي تشمل الحرية في التعاقد من عدمها، والحرية في اختيار نوع العقد ومضمونه، وكذا اختيار المتعاقد بالإضافة إلى الحرية في التفاوض مع المتعاقد وتحمل الالتزامات³. نلاحظ إذن أن الحرية التعاقدية تجسد أبرز تجليات مبدأ سلطان الإرادة⁴.

1 الجريدة الرسمية عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

2 Hélène hopffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016, p 12.

3 Christine Bréchon-Moulènes, Liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA, 1998, n° 9, p 643.

4 هيثم فضل الله، الطبيعة المقيدة للحرية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 23، مارس 2019، ص 31.

غير أن الحرية التعاقدية لأشخاص القانون العام تختلف عن الحرية التي تحكم العلاقات التعاقدية للقانون الخاص، فهي لا تعتبر فقط حرية بل توصف على أنها اختصاص تمارسه الإدارة¹. أي أن الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة تدخل ضمن اختصاصات الإدارة أو ما يعرف بامتيازات السلطة العامة.

ولقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا إلى اعتبار الحرية التعاقدية من المبادئ العامة للقانون، وذلك في قضية شركة بورغ وارمر *Borg Wamer* بتاريخ 28 جانفي 1998²، غير أن المجلس الدستوري في فرنسا رفض تصنيف الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة في مصف الدستورية، ولعل ما يبرر هذا الرفض هو أنه لا وجود لهذه الحرية في نصوص الدستور، من جهة ومن جهة أخرى فقد تم إصدار عدة قوانين تضمنت تقييداً لهذه الحرية، فلو كانت ذات قوة دستورية لما تم تقييدها³.

لكنه ما لبث أن غير رأيه وقام بتصنيفها في مصف الدستورية، ومن أجل توفير أكبر قدر لحماية هذه الحرية وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها أن المشرع وحده من له الحق في الاعتداء عليها⁴، مع أن هذا الأمر صعب التطبيق، مادام تنظيم العقود الإدارية يخرج من اختصاص التشريع ويدخل في إطار التنظيم، وبالنتيجة نتصور أكبر تعدي على هذه الحرية من طرف الإدارة نفسها.

هذه القيود تبررها المصلحة العامة، فالهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من خلال تعاقداتها مع الغير هو المصلحة العامة، وهو الأمر الذي أدى إلى فرض أساليب تعاقد معينة مقترنة بإجراءات محكمة⁵.

1 Dominique Pouyard, *Contrats entre personnes publiques*, Jurisclasseur Administratif, 1 Mai 2016, Fasc. 675, n° 30.

2 Eric Delacour, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Revue Contrats et marchés publics, n° 12, Décembre 2003, Chron. 20.

3 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Editions PUF, Paris, 2004, p 130.

4 Dominique Pouyard, *op.cit.*, n° 30.

5 وسام صبار العاني، القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، العدد 03، ج 01، 2017، ص 256.

تختلف هذه الإجراءات باختلاف نوع العقد وطبيعته،¹ وليس لها مثال في عقود القانون الخاص،² هذه الإجراءات والقيود تتطوي تحت ما يعرف بمبادئ الطلبات العمومية. وإن كانت معظم التشريعات أصبحت تنص صراحة على أن الصفقات العمومية تخضع لمبادئ الطلبات العمومية مثل قانون الصفقات العمومية في الجزائر نجدها في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

كما أخضع الصيغة المستحدثة للعقود الإدارية، أي تفويضات المرفق العام، لنفس المبادئ، وذلك ما يظهر من خلال نص المادة 209 منه، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم".

وتتمثل هذه المبادئ في:

- مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.

- مبدأ شفافية الإجراءات.

ولم يكن المشرع الجزائري في بداية الأمر يولي اهتماماً بهذه المبادئ عند صياغته للنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية؛ غير أنه بعد انتشار الفساد، خص لها نصاً خاصاً، وربطها بنجاعة الطلبات العمومية وذلك ابتداءً من سنة 2008،³ وهو ما يظهر من خلال إضافة المادة 03 مكرر. وأكدها أيضاً في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010،⁴ حيث نصت المادة 03 منه على أنه: "لضمان نجاعة

1 عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 03، عدد 05، 2012، ص 257.

2 رنا محمد راضي، العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 13، عدد 02، 2011، ص 322.

3 المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 62، مؤرخة في 09 نوفمبر 2008.

4 المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، مؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".

ويعود الفضل في خلق هذه المبادئ إلى مجلس قضاء الإتحاد الأوروبي بموجب قراره الصادر في قضية تلوستريا الشهيرة *Telaustria*، بتاريخ 07 ديسمبر في سنة 2000، بخصوص عقد مبرم مابين تولستريا وهي مؤسسة عمومية للاتصالات النمساوية وبين شركة هيرولد *Herold* التي أصبحت فيما بعد فرعاً لمؤسسة تولستريا، والتي تم إبرامها بدون إتباع إجراءات الإشهار والمنافسة، فارتكز المجلس على الخصوص على مبدأ عدم التمييز بسبب الجنسية لاستخراج هذه المبادئ¹.

إضافة إلى القاضي الدستوري الفرنسي في سنة 2003، وذلك بمناسبة ممارسة رقابته على إحدى القوانين، حيث اعتبر أن الأحكام المتعلقة بالطلبات العمومية يجب أن تحترم المبادئ الناتجة عن المادتين 07 و14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1789، وأضاف قائلاً بأن ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يتم أولاً عن طريق التحديد المسبق لاحتياجات المصلحة المتعاقدة، وثانياً عن طريق اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية².

لكن إذا كان خضوع الصفقات العمومية لمبادئ الطلبات العمومية أمر بديهي بالنظر إلى صراحة النص بخصوصها، فإن السؤال الذي يطرح هو هل جميع العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها معنية بهاته المبادئ ؟

أجاب الفقيه دالفولفي *Delvolvé* عن هذا التساؤل بالإيجاب؛ معتبراً بأن مبادئ الطلبات العمومية لا تطبق فقط على الصفقات العمومية بل على مجمل العقود الإدارية³.

1 Benoît Delaunay, *La transparence de la vie économique*, Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n° 59, 01/04/2018, p 23.

2 Ibid .

3 François Benchendikh, *Droit de la commande publique*, Dalloz, Paris, 2019, p.55.

وقد أكد هذا التعميم القضاء الإداري في فرنسا وذلك بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بأن صنفها ضمن خانة المبادئ العامة لقانون الطلبات العمومية بموجب قراره الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2009، قضية شركة متحف وأملاك الدولة لفرساي بالرغم من أن القضية متعلقة باتفاقية تفويض مرفق عام.

الفرع الثاني: قانون المنافسة والعقد الإداري¹.

بالرغم من أن قانون المنافسة يعد أحد فروع القانون الخاص إلا أنه يطبق على العقود الإدارية. والمشرع الجزائري قد أخضع الصفقات العمومية لقانون المنافسة بمقتضى نص المادة 02 من القانون رقم 12-08 المعدل والمتمم لقانون المنافسة. أما المشرع الفرنسي وبالرجوع إلى المادة 1/410 من القانون التجاري نجدها تنص على أن قواعده تطبق على جميع نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها تلك التي تقوم بها الأشخاص العامة وبالأخص في إطار تفويضات المرفق العام، فقانون المنافسة عرف ولوجاً كبيراً داخل دائرة الطلبات العمومية².

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة كان منصوفاً عليها في التنظيم المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة (المرسوم المؤرخ في 01 ديسمبر 1986)³. ولقد رفض القاضي الإداري ومثله القاضي العادي تطبيق أحكام قانون المنافسة على الأعمال ذات الطبيعة الإدارية، ومثال ذلك اختيار الإدارة للمفوض له، حيث اعتبر القاضي الإداري بأن ذلك لا يدخل ضمن نشاط التوزيع المنصوص عليه. وبعد ذلك تقبل القاضي الإداري فكرة تطبيق أحكام قانون المنافسة على العقود الإدارية، فأصبح يراقب على سبيل المثال إذا لم يكن العقد يضع المتعاقد في حالة تعسف في وضعية الهيمنة⁴.

1 Pierre De Baecke, *La maturation des principes fondamentaux de la commande publique*, Constitutions, 2010, p 410.

2 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, Editions le moniteur, Paris, 4^{ème} édition, 2012, p 35.

3 Bruno Lasserre, *Seize ans après Million et Marais: Les riches heures du contrôle de légalité des actes administratifs au regard des règles de concurrence*, AJDA, n° 2, 2014, p 110.

4 Bruno Lasserre, *op.cit.*, p 37.

كما أصبح القاضي الإداري الفرنسي يراقب الإخلال بأحكام قانون المنافسة، ويظهر ذلك في قضية شركة مليون وماري الشهيرة *Million et Marais* بتاريخ 03 نوفمبر 1997¹. وغدت بذلك أحكام قانون المنافسة جزءاً من رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري على عملية إبرام الصفقات العمومية. وأكثر من ذلك كانت تشكل أساساً لدعوى المسؤولية يمكن لصاحب المشروع أن يستند عليها في حال ما إذا كان ضحية لممارسات المناقبة للمنافسة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية لباريس في حكمها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1998، قضية *SNCF* ضد شركة ديماز *Dumez*².

لكن في الجزائر فإن أحكام قانون المنافسة تطبق فقط على الصفقات العمومية في مرحلة معينة فقط ولا تشمل العقود الإدارية الأخرى.

المبحث الثاني: تحولات العقد الإداري: صعوبة تحديد القاضي المختص.

إن ظهور مفاهيم جديدة كالخصخصة والعولمة ونقل التكنولوجيا وغير ذلك من أفكار، كان له أثر واضح على النشاط الإداري، خصوصاً من ناحية النشاط التعاقدية، فقد أدى إلى اتساع أعداد العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة في مختلف المجالات وبروز عقود إدارية لم تكن معروفة من قبل³.

يظهر مما تقدم أن تنوع العقود الإدارية يؤدي لا محالة إلى إثارة إشكالات عملية تتعلق خاصة بتحديد الجهة القضائية المختصة (جهات القضاء الإداري والقضاء العادي). وبالرغم من أن المعايير التي تطرقنا إليها سابقاً هدفها الأساسي هو تحديد القانون الواجب التطبيق من جهة، والجهة القضائية المختصة من جهة أخرى، إلا أن ذلك لم يكن بالأمر الهين حتى بالنسبة للقضاء الجزائري، مع أن النص القانوني يحدد المعيار العضوي كأساس لتحديد اختصاص الجهات القضائية الإدارية.

1 CE, 3 nov. 1997, société Million et Marais, n° 169907, Rec. Lebon, p 406.

2 Philippe Malinvaud, Droit de la construction 2014-2015, Dossier N°414, Stéphane Braconnier, Marchés publics de travaux: Procédures de passation, Dalloz, Paris, 2013, n° 414-10.

3 نور ليث مهدي، التوازن العقدي في العقد الإداري، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد 04، العدد 04، 2018، ص 111.

وبما أن منازعات العقود الإدارية تدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل، فإن الجهة القضائية المختصة كأصل حسب نص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتمثل في المحاكم الإدارية باعتبارها صاحبة الولاية العامة للنظر في النزاعات التي تنشأ عن العقد الإداري (المطلب الأول).

في مقابل ذلك فإن النص القانوني لم يمنع القضاء من اللجوء إلى المعيار المادي لمنح الاختصاص لجهات القضاء العادي في بعض القضايا المتعلقة بالعقود الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الولاية العامة للقاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية.

في النظام القضائي الجزائري يكون المعيار العضوي هو المطبق بمجرد ما أن يكون أحد طرفي النزاع أحد الأشخاص المعنوية العامة المتمثلة حسب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الدولة، الولاية، البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع، وهو ما أكدته محكمة التنازع بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 17 جويلية 2005، قضية (ج.ع) ضد بلدية النبايل¹، وجاء في حيثياتها: "وأنه بالفعل فالمادة كانت ولا تزال تشكل المبدأ في مجال توزيع الاختصاص الذي لا يمكن أن يتأثر لا بصفة التاجر التي يتمتع بها السيد (ج.ع) -المادة 01 من القانون التجاري- ولا بالعمل التجاري بحسب موضوعه، الذي قام به هذا الأخير (المادة 02 من القانون التجاري)، وبإثبات عقد تجاري بفاخرة مقبولة (المادة 30 من القانون التجاري)، وأنه بعبارة أخرى، يبقى المعيار العضوي المبدأ والمعيار المادي الاستثناء، وبالتالي يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية التابعة للقضاء الإداري للفصل في النزاع، وبالنتيجة إبطال القرار المصرح بعدم الاختصاص الصادر بتاريخ 07 ماي 2001".

وقد اعتبر الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا هذا العقد محل قرار محكمة التنازع بأنه من الأعمال المختلطة، فهو من جهة تجاري بالنسبة للشخص الذي باع السلع للبلدية. ومن جهة أخرى فهو إداري بالنسبة للبلدية باعتبار أنها اشترت تلك السلع، ليس بهدف إعادة بيعها وإنما من أجل ضمان حسن سير مرفق عمومي وأن

1 مجلس الدولة، 17/07/2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006، ص 250.

محل هذا التعاقد هو عبارة عن خدمات عادية تتعلق بتوريد لوازم مكتبية والتي أجاز تشريع الصفقات العمومية أن تتم بموجب سندات طلب، وبالتالي يتم التوضيحية بقواعد القانون التجاري لصالح قواعد القانون الإداري .

كما برر الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا موقفه بالمال العام، حيث قال بأن: "الوفاء بتلك اللوازم المكتبية يتم من ميزانية البلدية وبما أنها شخص عمومي ذو طابع إداري، فإن القاضي الإداري هو المؤهل لمراقبة كيفية التصرف في الأموال العمومية وليس القاضي التجاري"¹.

وبمقتضى قرار لاحق صادر أيضاً عن محكمة التنازع بتاريخ 09 ديسمبر 2007²، في قضية بلدية زمورة، تم تطبيق نفس المنحى فلقد تم التأكيد على تطبيق المعيار العضوي في منازعات العقود الإدارية. وجاء تعليل المحكمة كما يلي: "حيث إن البلدية لا تمارس أنشطة تجارية وليس لها صفة التاجر بمفهوم المادة 01 من القانون التجاري، فهي النزاع الحالي، قدمت سند طلبية للسيد ... قصد تزويدها ببضائع متصرفه في إطار مقتضيات المادتين 03 و05 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمكمل بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301، المؤرخ في 11/09/2003، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وعلى النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه. وأن قضية الحال تتعلق بعقد توريد قطع غيار لعربات بلدية زمورة. وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفاً في النزاع يكفي لجعل القاضي الإداري مختصاً للفصل فيه".

نلاحظ أن قاضي محكمة التنازع لم يهتم بموضوع العقد في آخر المطاف بل اكتفى بوجود شخص معنوي عام كطرف في النزاع من أجل منح الاختصاص لجهات القضاء الإداري.

وإذا كان وجود الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً في النزاع لا يطرح إشكالا في النظام القضائي الجزائري مادام أن الاختصاص يؤول مباشرة لجهات القضاء الإداري، فإن اللجوء إلى المعيار

1 لحسين بن شيخ آث ملويا، المنقّى في القضاء الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 254-255.

2 محكمة التنازع، 09/12/2007، رقم 45، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 150.

المادي من طرف المشرع الجزائري في قوانين الصفقات العمومية من أجل إدخال صفقات بعض المؤسسات في مجال تطبيقها لم يكن بالأمر السهل خاصة أمام عدم استقرار موقف المشرع.

وهذا الإشكال يتعلق بصفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري حسبما أطلق عليها بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، وذلك عندما تكون مكلفة بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

هذه المؤسسات تتمثل في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي. فإن كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري قد استقر المشرع على إخضاعها لأحكام قانون الصفقات العمومية إذا كانت الصفقة ممولة من المال العام، وبالتالي لاختصاص القاضي الإداري تطبيقاً للمعيار المادي، فإنه بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية فالمشرع قد وقع في حالة من الحيرة التي تؤدي لا محالة إلى تهديد الأمن القانوني والقضائي على حد سواء، فبين إخضاعها تارة لأحكام قانون الصفقات العمومية وإخراجها تارة أخرى انتهى في قانون الصفقات العمومية إلى إدخالها ضمناً وإخراجها صراحة في آن واحد وفي قانون واحد إلى درجة الضياع ما بين المادتين 06 و 09 منه.

وقد كتب الأستاذ الدكتور: بلغول عباس في هذا الصدد في مقال له حول "المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 15-247"، بأن المشرع تنازل عن إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية بنص واضح لا يقبل الاستثناء، فالمؤسسات العمومية الاقتصادية حسبه لا تخضع لقانون الصفقات العمومية، حتى ولو تم تمويل الصفقة من ميزانية الدولة.¹

لكن الإشكال الذي يطرح يتعلق بما جاء في نص المادة 09 نفسها وذلك عندما قال المشرع : "ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات العمومية

1 بلغول عباس، المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 15/247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، المجلد 02، مارس

حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين وشفافية الإجراءات".

كيف يعقل أن نكون أمام عقد مبرم من طرف أشخاص يخضعون للقانون الخاص، ولا يهم إن كانت الصفقة ممولة من المال العام، والاختصاص يؤول للقاضي العادي للفصل في النزاعات الناشئة عنها، وفي الوقت نفسه تخضع لمبادئ الطلبات العمومية ؟ الصواب هو أنه لا يمكن أن نطالب القاضي العادي بمراقبة مبادئ الطلبات العمومية التي هي في الأصل من اختصاص القاضي الإداري ومرتبطة بالعقود الإدارية.

هذا باختصار اختصاص القاضي الإداري في الجزائر في منازعات العقود الإدارية؛ أما بالنسبة لاختصاص القاضي الإداري في فرنسا بخصوص المنازعات التي تتولد عن العقد الإداري، فإنه يكون مختصاً عندما يكتسي العقد صبغة إدارية بقوة القانون (العقود الإدارية المسماة مثل الصفقات العمومية)؛ بمعنى آخر عندما يضيف عليه المشرع الوصف الإداري، أو عندما تكون المعايير القضائية التي أشرنا إليها أعلاه متوافرة¹.

أما في القانون المصري، فقد اشترط القضاء توافر المعايير الثلاثة المميزة للعقد الإداري مجتمعة كلها حتى ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري، دون أن يقتصر على المعيار العضوي، وفي حالة ما إذا افتقد العقد أحد هذه الشروط فيخرج من اختصاص القضاء الإداري ويصبح في طائفة عقود القانون الخاص، وهو ما يظهر من خلال أحد الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا والتي جاء فيها بخصوص ضرورة توافر المعايير الثلاثة كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري مايلي: "إن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري"².

1 Christian Gentili, *Compétence des juridictions civils-compétence d'attribution-Frontières de la compétence du juge civil*, *Jurisqueur procédures formulaires*, Fasc.10, N°54, 21 Aout 2017.

2 محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 498-499.

المطلب الثاني: الاختصاص الاستثنائي للقاضي العادي في منازعات عقود الإدارة.
يتضح مما تقدم أن القاضي الإداري في الجزائر يعتمد في غالب الأحيان على حرفية النص، ويطبق المعيار العضوي بمجرد أن الإدارة طرف في النزاع بغض النظر عن موضوعه. غير أنه في بعض الأحيان قد خالف هذا المنحى، فمثلاً وبالرغم من أن البلدية كانت طرفاً في النزاع إلا أنه طبق المعيار الموضوعي ومنح الاختصاص للقاضي العادي.

ويتعلق الأمر بقرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 24 ديسمبر 2012، في قضية (ع.ق) ضد بلدية بورقيبة¹، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 30 جانفي 1999 أجزت البلدية للسيد (ع.ق) الحمام الكائن ببورقيبة. وبسبب عدم قيام المستأجر بالوفاء بالتزاماته، قامت البلدية برفع دعوى أمام القسم التجاري لمحكمة "الحجوط" طالبت من خلالها طرد (ع.ق)، فأصدرت المحكمة حكماً يقضي بإلزامه بإخلاء الأمكنة ودفع بدل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ التعويض، فقام باستئناف الحكم أمام الغرفة المدنية لمجلس قضاء البلدية.

خالف قضاة الاستئناف حكم الدرجة الأولى وقضوا بإلغاءه، ومن جديد بعدم الاختصاص النوعي. ونتيجة لذلك طعنّت البلدية في القرار بالنقض أمام المحكمة العليا، فأصدرت هذه الأخيرة قراراً يقضي بنقض القرار محل الطعن. تمت إحالة القضية إلى نفس الهيئة مشكلة تشكيلاً جديداً، وأكدت هذه الأخيرة أن العقد الذي يربط بين طرفي النزاع هو ذو طبيعة تجارية، فرفعت البلدية دعوى أمام القضاء الإداري (الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدية)، غير أن هذه الأخيرة قضت بعدم الاختصاص النوعي انطلاقاً من نص المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم، والمادة 03/170 من القانون التجاري، فاستأنفت البلدية الحكم أمام مجلس الدولة، فتمسك هذا الأخير باختصاص القضاء الإداري للنظر في النزاع معتبراً أن العقد الذي يربط بين الطرفين هو عقد امتياز لأنه تم إبرامه عن طريق المزاد العلني، وأنه يتضمن في المادة 13 منه بنوداً غير مألوفة في القانون العادي.

1 محكمة التنازع، 2012/12/24، رقم 000140، قضية (ع.ق) ضد بلدية بورقيبة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص 479.

وأمام وجود قرارين متناقضين لجأ السيد (ع. ق) إلى محكمة التنازع لتحديد الجهة المختصة للفصل في النزاع. وكان قرار محكمة التنازع لصالح القضاء العادي، وجاء في حيثياته حول الطبيعة التجارية للعقد: "حيث أن العقد المبرم بين بلدية بورقيقة والمدعي بتاريخ 1999/01/30 هو عقد إيجار تجاري، وأن القاضي المختص للفصل في النزاعات التي قد تنجم عنه هو القاضي العادي حال فصله في القضايا التجارية، وهذا تطبيقاً لمقتضيات المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم التي كانت قابلة للتطبيق أثناء إبرام العقد.

وأنه طبقاً لمقتضيات المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وخلافاً لأحكام المادة 07 من نفس القانون، تكون من اختصاص المحاكم المنازعات المتعلقة بالإيجارات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن، أو لمزاولة مهنية، أو الإيجارات التجارية، وكذلك في المواد التجارية أو الاجتماعية. وإن المادة 170 فقرة 03 من القانون التجاري تنص كذلك على أن تطبق أحكام القانون التجاري على إيجار المحلات والعمارات المملوكة للدولة أو الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية *Etablissements Publics*."

ما يمكن ملاحظته حول هذا القرار أنه جاء فقط ليطبق ما كان ينص عليه المشرع في المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم، والتي كانت تستثني بعض النزاعات من اختصاص القاضي الإداري وتخول صلاحية الفصل فيها للقاضي العادي مثل الإيجارات التجارية.

ومن خلال البحث في القضاء المقارن، نجد أن القاضي الإداري يكلف نفسه عناء البحث عما إذا كانت معايير العقد الإداري متوفرة، وفي حالة عدم توفرها فنصبح أمام عقد عادي من عقود القانون الخاص يخضع لاختصاص القاضي العادي، وهذا ما نستشفه من خلال إحدى القضايا التي عرضت على محكمة التنازع الفرنسية مؤخراً بتاريخ 24 نوفمبر 2016، ويتعلق العقد محل النزاع باستئجار محافظة جزيرة فرنسا Ile-de-France عقار مملوك لجمعية، فاعتبرت المحكمة أن

العقد يعد من عقود القانون الخاص، وأن القاضي العادي وحده مختص للفصل في النزاعات الناشئة عنه¹.

وفي مصر أيضاً، لم يعتمد القضاء على المعيار العضوي لتحديد اختصاصه بالنسبة لعقود الإدارة؛ بل ذهب إلى فحص المعيار المادي قائلاً: "المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة هو موضوع العقد نفسه"². ومن أمثلة العقود التي تبرمها الإدارة والتي اعتبرها من قبيل عقود القانون الخاص نجد عقد بيع الدولة لثمار بعض الحدائق المملوكة لها، إذ اعتبره من العقود المدنية ما دام أن الدولة تنزل فيه إلى مرتبة الأفراد، وفي قضية أخرى اعتبر بأن تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة لأحد الأفراد لإقامة مصنع عليها لا يعتبر عقداً إدارياً، وإنما عقد من عقود القانون الخاص³.

كما ذهبت إليه محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 19 أفريل 2001، حيث قضت فيه بانتفاء صفة العقد الإداري عن العقد موضوع النزاع، ولو أن أحد أطرافه كان شخصاً من أشخاص القانون العام، معتبرة أن عقد البيع المطعون في صحته هو من العقود الخاصة وتطبق عليه أحكام القانون الخاص، كما يتضمن التزامات متبادلة بين الطرفين وليس شروط غير مألوفة بالرغم من إبرامه مع شخص من أشخاص القانون العام⁴.

وطبقت نفس الاتجاه على عقود التأمين في قرارها الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2000، واعتبرت أن عقد التأمين بين الطرفين لا يكتسي صبغة العقد الإداري⁵.

1 Pascal Devillers, *Critères du contrat administratif: La location de locaux destinés à accueillir un service public ne fait pas participer le bailleur à l'exécution de ce service*, *Revue contrats et marchés publics*, n° 02, Février 2017, Comm.35.

2 محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 222 لسنة 10 قضائية، المجموعة، السنة الحادية عشر، ص 88.

3 محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 502-503.

4 محكمة النقض، 2001/04/19، رقم 571، أشار إليه: يوسف طائف، دور القضاء في تسوية منازعات العقد الإداري، ص 2: <http://adala.justice.gov.ma>، تاريخ الإطلاع 2019/12/26.

5 محكمة النقض، 2000/10/26، رقم 1491، أشار إليه: يوسف طائف، نفس المرجع، ص 2.

خاتمة:

ذهب الأستاذ أحمد محيو¹ إلى القول أن معيار الشروط الاستثنائية، أو ما يعرف بالشروط غير المألوفة أدى إلى خلق أزمة معيار العقد الإداري؛ لكن بعدما قمنا بدراسة التطورات الحاصلة في نظرية العقد الإداري يمكن القول أن العقد الإداري يعرف أزمة حقيقية لا تتعلق فقط بمعيار الشرط غير المألوف، كما ذهب إليه الأستاذ أحمد محيو؛ بل مس نظرية العقد الإداري ككل؛ لأنه أحياناً يقودنا إلى القانون الخاص، وأحياناً أخرى إلى القانون العام، وأحياناً إلى كليهما. وما بين القانونين نتج نوع من انعدام الأمن القانوني وكذا القضائي، وهو ما يؤثر سلباً على تحقيق الفعالية والنجاعة المبتغاة من وراء لجوء الإدارة إلى هذا النوع من العقود.

ومن هذا المنطلق خالصنا في دراستنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات لعل أهمها تتمثل فيمايلي:

— فيما يخص التفرقة بين عقود الإدارة والعقود الإدارية، والتي تنتهي إلى أن الأولى تخضع إلى القانون الخاص والثانية إلى القانون العام. وأساس التفرقة هو نزول الإدارة إلى مرتبة الأفراد، فالمعلوم أنه في البداية كانت تعتبر من العقود من قبيل أعمال الإدارة العادية لأن الإدارة لا تستخدم فيها امتيازاتها وتظهر مجردة منها، ثم تخلص القضاء الإداري عن هذا المعيار لأنه في حد ذاته يحتاج إلى معيار آخر يتولى الفصل بين ما يدخل ضمن أعمال الإدارة العامة وبين أعمال الإدارة العادية، فتم خلق معيار آخر أساسه التفرقة بين الأعمال التي تستخدم فيها الإداري وسائل القانون العام وبين تلك التي تعتمد على التسيير الخاص، وبالتالي يجب الاعتماد على هذا المعيار من أجل التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية نظراً لسهولة.

— فيما يخص المعيار العضوي الذي يقوم على صفة الأطراف، والذي تطور ليتم التخلي عنه نسبياً في العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص التي يمكن أن تصبح عقوداً إدارية في بعض الأحيان؛ نقترح أن يأخذ محل العقد بعين الاعتبار

1 أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4، 2006، ص 351.

المتمثل في المال العام، والذي لجأ المشرع الجزائري إلى تطبيقه بخصوص الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي تخضع للقانون التجاري تكون بمساهمة نهائية أو مؤقتة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، مع أنه يؤخذ على المشرع الجزائري قيامه باستثناء المؤسسات العمومية الاقتصادية من ذلك.

- فيما يخص معيار المرفق العام الذي أصبح ينظر إليه من ثلاث نواحي أو درجات، فيعتبر غير كاف لأنه لا يغطي جميع العقود الإدارية، وبالتالي يفضل أن يتم الإستغناء عنه.

- فيما يخص معيار الشرط غير المألوف وبالرغم من أنه أصبح ينظر إليه من الناحية الإيجابية المرتبطة بالمصلحة العامة وليس من الناحية السلبية، فإن ذلك لا يؤدي إلى إزالة الغموض عن هذا الشرط، خاصة أنه كما قال الأستاذ محيو كل عقود الإدارة تحتوي على شروط غير مألوفة، بما فيها العقود التي تخضع للقانون الخاص، وهو ما يسبب أزمة لنظرية العقد الإداري ما دام أن القاضي لا زال لم يتوصل إلى تحديد كافي نافي للجهالة لهذا المعيار.

- أما فيما يخص تطبيق أحكام قانون المنافسة على العقود الإدارية، فذلك أمر جيد؛ لأنها تعاقب على الممارسات المنافية للمنافسة، والتي يمكن أن تؤدي إلى الإخلال بالعقد الإداري. لكن قانون المنافسة لم يعط للعقود الإدارية حقها، فالمشرع الفرنسي خصها بمادة وحيدة وكذا المشرع الجزائري. هذا الأخير ذهب إلى أبعد من ذلك عن طريق تطبيق أحكامه فقط على الصفقات العمومية، مهماً بذلك بقية العقود الإدارية، وبالتالي يجب أن يساير قانون المنافسة التطورات الحاصلة في حقل العقود الإدارية حتى يتم معاقبة أي إخلال منافي للمنافسة.

- وفي سياق التحولات التي طرأت ولازالت تطرأ على نظرية العقد الإداري، فإنها أدت بدون شك إلى خلق نوع من اللأمن القضائي؛ فالمتقاضي لا يعلم مسبقاً أي قاضي يجب التوجه إليه إذا ما كان أمام نزاع نشأ بسبب عقد إداري: هل هو القاضي الإداري أم القاضي العادي؟ وقد رأينا أنه حتى بالنسبة للمشرع الجزائري، وبالرغم من أنه يأخذ بالمعيار العضوي، إلا أنه كان مضطراً في كثير من الأحيان إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي. ولهذا ربما أصبح من اللازم أن يستبدل

المشروع الجزائري المعيار العضوي؛ لأنه يدخل تحت غطاءه العديد من العقود سواء أكانت إدارية أو عقود الإدارة.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب.

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4، 2006.
- خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
- داود عبد الرزاق الباز، عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة: تبرعات الأشخاص للدولة، دراسة مقارنة تأصيلية لأراء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .
- محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2، 2011.
- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 .
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1998.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.

ثانياً: المقالات العلمية.

- بلغول عباس، المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد 02، العدد 09، مارس 2018، ص 1060.

- رنا محمد راضي، العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 13، عدد 02، 2011، ص 323.
- عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 03، عدد 05، 2012، ص 257.
- لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية، العدد 53، 2011، ص 430.
- نور ليث مهدي، التوازن العقدي في العقد الإداري، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد 04، العدد 04، 2018، ص 110.
- هيثم فضل الله، الطبيعة المقيدة للحرية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 23، مارس 2019، ص 30.
- وسام صبار العاني، القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، العدد 03، ج. 01، 2017، ص 253.

ثالثاً: النصوص القانونية.

- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 62، مؤرخة في 09 نوفمبر 2008.
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، مؤرخة في 07 أكتوبر 2010.
- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

رابعاً: الاجتهاد القضائي.

- قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2012/12/24، رقم 000140، قضية (ع. ق) ضد بلدية بورقيقة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013.
- قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 2007/12/09، رقم 45، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009.

خامساً: مواقع الإنترنت.

- يوسف طائف، دور القضاء في تسوية منازعات العقد الإداري، تاريخ الإطلاع <http://adala.justice.gov.ma> :2019/12/24

سادساً: مراجع باللغة الفرنسية.

1. Ouvrage:

- Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Editions PUF, Paris, 2004.
- François Benchendikh, *Droit de la commande publique*, Dalloz, Paris, 2019.
- François Lichère, *Droit des contrats publics*, Dalloz, Paris, 2^e édition, 2014.
- Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, Dalloz, Paris, 10^e édition, 2019.
- Hélène hopffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, Paris, 2016.
- Laure Marcus, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Paris, 2010.
- Martine Lombard, Gilles Dumont, Jean Sirinelli, *Droit administratif*, Dalloz, 12^e édition, 2017.
- Maurice Hauriou, *Précis de Droit administratif*, Librairie du recueil sirey, Paris, 1927

- *Pascal Gonod, Fabrice Mellary, Philippe Yolka, Traité de droit administratif, Tome 2, Dalloz, Paris, 1 édition, 2011.*
- *Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, Editions le moniteur, Paris, 4ém édition, 2012.*

2. Articles scientifiques:

- *Benoît Delaunay, La transparence de la vie économique , Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n° 59, 01/04/2018, p 23.*
- *Bruno Lasserre, Seize ans après Million et Marais: Les riches heures du contrôle de légalité des actes administratifs au regard des règles de concurrence, AJDA, n° 2, 2014, p 110.*
- *Christine Bréchon-Moulènes, Liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA, n° 3, 1998, p 641.*
- *Dominique Pouyard, Contrats entre personnes publiques, Jurisclasseur Administratif, 1Mai 2016 Fasc.675, n° 30.*
- *Eric Delacour, La liberté contractuelle des collectivités territoriales, Revue Contrats et marchés publics, n° 12, Décembre 2003, Chron.20.*
- *Olivier Didriche, Les évolutions récentes des contras administratifs , AJCT, n°2, 2016, p 132.*
- *Pascal Devillers, Critères du contrat administratif : La location de locaux destinés à accueillir un service public ne fait pas participer le bailleur à l'exécution de ce service, Revue contrats et marchés publics, n° 02, Février 2017, Comm.35.*
- *Philippe Malinvaud, Droit de la construction 2014-2015, Dossier n° 414, Stéphane Braconnier, Marchés publics de travaux: Procédures de passation, Dalloz, Paris, 2013, n°414-10.*
- *Pierre De Baecke, La maturation des principes fondamentaux de la commande, Constitutions, 2010, p 410.*