

مبحث تمهيدي: علاقة سلطة الإدارة بالصفة العمومية

المطلب الأول: ماهية الصفقات العمومية

تعد الصفقات العمومية جزءا لا يتجزأ من النظرية العامة للعقود الإدارية، بكل ما تحمله الكلمة من معنى، إلا أن هذا النوع بالذات العقود له ما يميزه، فهو يختلف عن القرارات الإدارية و الأعمال المادية، و التنفيذ المباشر. و يمتاز بطبيعة خاصة كما أن له أحكامه القانونية التي تجعله و بلا شك من أهم الأعمال الإدارية.

وتتمثل هذه الأهمية من ناحية ثانية، في كونه ليس مجرد عقود - كما هو الشأن في العقود المدنية - ينشأ بمجرد توافق إرادتين، و وجود المعقود عليه (المحل) . و يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وإنما هو نظام متكامل و ذو خصوصية، و لكي تبرز هذه الأهمية أكثر حاولنا قدر الإمكان العمل تجسيدها الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الصفقات العمومية

قد لا نجد تعريفا جامعاً لكل خصائص الصفة، و مانعا لأن تختلط بغيرها من المفاهيم المشابهة لها، و السبب في ذلك أن كل ممن يهتم بشأن العقود يريد أن يضع لها تعريفا يتفق مع فهمه لها، لذلك تباينت تعريفاتها و تعددت من مجال إلى آخر. و هذا ما سوف نبرزه في ما يلي:

أولاً: التعريف الفقهي للصفة العمومية

يميز الفقه الإداري بين نوعين من العقود تبرمها الإدارة، عقود الإدارة و فيها لا تختلف الإدارة عن الأفراد فيما يتمتعون به من حقوق، و ما يقع عليهم من التزامات بموجب العقد وهذا النوع يخرج من نطاق دراستنا، أما النوع الثاني من العقود فهي العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة¹، و تهدف بها إلى تنظيم مرفق عام، أو تسييره التي تخضع فيها لروابط القانون العام .

و قد عرف سليمان الطماوي العقد الإداري: (على أنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق، أو تنظيمه، و يظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام . و آية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية، و غير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول للمتعاقد مع الإدارة الاشتراك في مباشرة تسيير مرفق عام)²، أو هي تلك العقود التي تبرمها الإدارة مع

¹ حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر ط(2)، 2012، ص115.

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي، القاهرة، ط(4)، 1984، ص 52.

غيرها من الأشخاص أو الهيئات الأخرى تهدف إلى تسيير، أو تنظيم مرفق عام، على أن تتضمن هذه العقود شروطاً لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، و تستأثر الإدارة بموجبها بامتيازات وتخضع لقيود لا قبل لأشخاص القانون الخاص بها.

1- العقود الإدارية لا تخرج عن نطاق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

إن كان الأصل في العقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن هذا المبدأ لا يظل قائماً في سائر العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة إلا إذا اقتضت الظروف، و هي عادة تتعلق بدوام المرافق العامة و حسن سيرها، يمكن للإدارة حينها أن تخرج على هذا المبدأ . كأن تفرض جزاءات، أو تنهي العقد بإرادتها المنفردة، أي تتمتع بسلطات أقوى في عملية التعاقد - وهي موضوع دراستنا- لكن لا يعني هذا خروجها عن مبدأ المشروعية، لأن الهدف من القانون العام تحقيق الصالح العام . فإذا كان القانون العام يقوم على سلطة القهر و فرض مشيئة الدولة على الأفراد، فإنه كذلك يمنع الدولة من التعسف، فهو يعمل على التوفيق بين ممارسة امتيازات السلطة بقصد تحقيق المصلحة العامة من ناحية، و حماية الحقوق و الحريات التي يتمتع بها الأفراد من ناحية ثانية . لذلك هي نوع من عقود الانضمام، و ليست عقود إذعان¹. و هذا يفسر خضوع هذه الأعمال إلى الرقابة بشتى أنواعها حفاظاً على الحريات العامة و الحقوق الفردية التي يحميها القانون.

2- الصفقات العمومية عقد إداري من نوع خاص:

لا يكفي تعريف الصفقة العمومية على أنها عقد إداري، يسري عليها ما يسري على أي عقد إداري آخر، فإذا كان من المستقر عليه الفقه أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست واحدة، فمنها ما يطلق عليه الفقهاء عقود الإدارة، و هي عقود تنزل فيها الإدارة إلى مرتبة الأفراد تخضع لروابط القانون الخاص، و منها ما يطلق عليه العقود الإدارية. و هي العقود التي تستأثر فيها الإدارة بمجموعة من الامتيازات تسمو بها عن الأفراد، و تخول لها سلطات و تخضع لقانون متميز و هو القانون الإداري، فإنه من البديهي أيضاً أن العقود الإدارية فيما بينها ليست واحدة فليس كل عقد إداري هو صفقة. و هذا ما يجعل الاعتماد على التعريف الفقهي غير كاف لتحديد طبيعة الصفقات العمومية.

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط(2)، منشورات الحلبي بيروت لبنان، 1998 ص272.

ثانيا: التعريف القضائي:

إذا كان من البديهي في القانون الخاص أن القاضي المدني ملتزم بتطبيق النصوص المدنية و تسلسل القواعد القانونية، فإنه على النقيض من ذلك بالنسبة للقاضي الإداري، فهو قاض متحرر من النصوص التشريعية. لذلك يلعب القضاء دورا كبيرا في مجال العقود الإدارية لأن المتتبع لتطور نظرية العقود الإدارية يجد أن أغلب العقود من إنشاء القاضي الإداري، فإذا كانت العقود الإدارية في القانون الإداري تنقسم إلى قسمين، العقود الإدارية بتحديد القانون ومرد ذلك أن المشرع قد أضفى عليها الصفة الإدارية حين يضع لها وصفا دقيقا، و يبين الاختصاص فيها، و معيار توزيع الاختصاص مثل عقد الأشغال العامة و عقد بيع أملاك الدولة، و عقد طلب المعاونة، و عقود القروض العامة¹، فإنه هناك عقود بتحديد القضاء و هي أغلب العقود الإدارية . فلم يعد من المهم القول بالعقود المسماة لأن و لاية القضاء الإداري شاملة على مجالات النشاط الإداري، فالفضل كل الفضل في تحديد العقود الإدارية للقضاء الإداري . الذي يشترط معايير محددة كأن تكون الإدارة طرفا في العقد، أو يتصل العقد بمرفق عام، أو تتجه نية أطراف العقد للأخذ بأسلوب القانون العام.

فالعقد في نظر القضاء يكون إداريا كلما توافرت فيه شروط التي يضعها القانون العام.

ثالثا: التعريف التشريعي

إن المتتبع لنظرية العقود الإدارية في الجزائر يلحظ و بجلاء أن البداية الفعلية للعمل بهذه النظرية قد تم بعد سنة 1989، و ما حدث فيها من تغير سياسي و اقتصادي . و تتجسد أكثر فأكثر عند توجه الدولة إلى التنمية المستدامة في مشروع 1999، و الانفتاح على الاقتصاد الحر. لذلك فإن أهم التعريفات التي تعرضت لموضوع الصفقات العمومية هي التعريفات التي تلت هذه المرحلة والتي سوف نقدمها في ما يلي:

1- تعريف الصفقة في المرسوم الرئاسي 02-250

عرف المرسوم الرئاسي 02-250 الصفقات العمومية على أنها: عقود مكتوبة في مفهوم هذا التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، بقصد إنجاز أشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة².

¹ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة،(ب، ط)، مطبعة عين شمس مصر 1986 ، ص

554 و 555.

² المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 الصادر في الجريدة الرسمية العدد 25 لسنة 2002

2- تعريف الصفقة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236

جاء في تعريف المرسوم الرئاسي بأنه: الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز أشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة¹.

و الجدير بالذكر أن هذا المرسوم لم يغير تعريف الصفقات في شيء مقارنة بالمرسوم السابق فيما يخص تعريف الصفقات العمومية، شأنه في ذلك شأن المرسوم الذي سوف يليه أيضا أي المرسوم 12-23².

3- تعريف الصفقة المرسوم الرئاسي 15-247

يعد هذا المرسوم من أهم المراسيم التي أصدرها المشرع الجزائري حيث حمل تغييرا كبيرا في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، و العقود الإدارية بوجه عام . فقد ألغى أحكام المرسوم السابق رقم 10-236 ، فهو يعرف الصفقات العمومية في المادة 02 على أنها عقد مكتوب يبرم بمقابل مع متعامل اقتصادي³، وذلك لأول مرة يستعمل فيها المشرع اصطلاح المتعامل الاقتصادي، و أنها تبرم بمقابل في إشارة للثمن الذي يعد عاملا جوهريا في مجال الصفقات.

الفرع الثاني: أركان الصفقات العمومية

بما أن الصفقات العمومية عقود إدارية من نوع خاص، فإن تبيان أركانها من الأمور التي يتطلبها البحث و لعلها الأهم في كامل هذه الدراسة . لأنه لا يستقيم الكلام عن سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية دون تحديد أركان هذا العقد. و في هذا الصدد يذكر عبد الرزاق السنهوري:(... و ما يعنينا في العقود التي تتم عن طريق المزايدات(المناقصات) أن نعرف متى يتم القبول، فقد يظن أن طرح الصفقة هو الإيجاب و التقدم بالعطاء هو القبول، و هذا ليس صحيحا، لأن طرح الصفقة في المناقصة لا يعدو أن يكون دعوى للتعاقد عن طريق التقدم بالعطاء، فالعطاء هو الإيجاب أما القبول فلا يتم إلا بفسو الصفقة)⁴.

¹ المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 الصادر في الجريدة الرسمية العدد 58 لسنة 2010 .

² المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المتعلق بالصفقات العمومية.

³ نصت المادة 02 على أن الصفقات العمومية: "عقود مكتوبة في التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات).

⁴ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، دار المكتبي للطباعة و النشر و التوزيع، (ط،1)، 1999، دمشق سوريا ص 25 .

في حين أن هناك من يعتبر أن الإعلان عن الصفقة هو الإيجاب و تقديم العطاء بمثابة القبول و مهما يكن فإن ذلك يثبت الطابع المركب للصفقات العمومية . مما يجيز عند البعض اعتبار المرحلة السابقة عن التعاقد بمثابة عقد أولي ينفصل عن العقد الأصلي.

و تظهر هذه الأهمية في ما يترتب من آثار في مجال الصفقات العمومية، مثل اعتبار هذا النمط عقوداً مركبة تتألف من عقد أصلي يتحقق برسو الصفقة، وعقد أولي أو تبعي يتضمن كل الإجراءات السابقة عن العقد الأصلي. كأن تتخذ الإدارة قرارات حاسمة، تتعلق باختيار المتعاقد معها، أو إقصاء بعض المتعاملين، أو العدول عن الصفقة بإرادتها المنفردة... إلخ لذلك وجب التعرض لأهم الشروط العامة، التي تتقدم عن إبرام الصفقات العمومية، و من ثم تحديد أركانها، و أهم العيوب التي يمكن أن تصيب هذا النوع من العقود وهذا ما سوف نقدمه بشيء من الإيجاز

أولاً: الشروط العامة الواردة في مرحلة تكوين العقد:

يشترط في هذه المرحلة على الإدارة قبل الدخول في عملية التعاقد الحصول على الإذن المالي والإذن القانوني، والأخذ بالاستشارة خاصة عندما ترد في صيغة الوجوب . و ذلك لما يترتب عليها من آثار على العقد، الذي تقدم عليه الإدارة، و ما يتصل به من عيوب . و هو ما سوف نوجزه في ما يلي:

1- الإذن المالي:

يتمثل في حصول الإدارة على إذن باستعمال المال للوفاء بالتزاماتها اتجاه المتعاقدين معها سواء من الميزانية التي تحددها وزارة المالية، أو أي مصدر آخر. وقد أجمع الفقه على أن هذا الإذن يظهر العلاقة بين قانون المالية، و القانون الإداري . فبالرغم من الصلة الوثيقة بينهما فإن لكل منهما قواعد مستقلة عن الأخرى، أي لا تثبت صفة التبعية كل واحد منهما للآخر، و هذا ما يترتب عليه أن إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية، لا يؤدي إلى بطلان تصرفاتها الإدارية، فإذا تمت المخالفة من طرف الإدارة، فلا يترتب ذلك بطلان العقد، فالعقد يكون ملزماً لها في مواجهة الأفراد و منتجا لآثاره .

و إن كان المتعاقدون معها لا يملكون المكنة على إجبارها على الوفاء، فلا مانع من أن يترثوا و يمهلوا الإدارة الوقت الكافي للوفاء بالتزاماتها تحت طائلة المسؤولية السياسية¹.

¹ برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية حرسا دمشق سوريا ط(1)، 2002، ص 26

2- الإذن القانوني:

يعد هذا الشرط شرطاً لازماً لقيام العلاقة التعاقدية، و ذلك لتعلقه بالنظام العام . فجزاء عدم حصول الإدارة على الإذن، يجعل من العقد منعماً، أو باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يجوز أن يتمسك به في مواجهة الإدارة . فأهلية الإدارة للتعاقد تتحدد بتوفره و تنعدم بانعدامه . ونظراً لكون الإدارة لا تستطيع التعبير عن إرادتها بنفسها إلا من خلال ممثليها، فقد حرص المشرع على تحديد الاختصاص في قانون الصفقات العمومية تحديداً دقيقاً، فهو يحصرها في حالتين اثنتين؛

حالة قيام الأصيل(المختص) بإبرام الصفقة، أو المفوض في حدود ما فوض به، كل في حدود اختصاصه المحدد قانوناً. وبما أن انعدام هذا الشرط يؤدي إلى انعدام العقد . فالإدارة لا تحاسب إلا تحت طائلة المسؤولية التقصيرية، فلا يجوز التمسك به في مواجهتها، حيث يمكن تكييفها في نظرية الإثراء بلا سبب¹.

و الثانية فيما إذا استفاد المتعاقد مع الإدارة من العقد الباطل، فإن ما تم يكيف على أنه من الماضي لا يمكن المساس به بأي حال من الأحوال تأسيساً على افتراض حسن النية في الطرف المستفيد.

3- الاستشارة:

يعتبر الفقه الاستشارة في مجال العقود الإدارية عملاً إجرائياً يلزم الإدارة قبل التعاقد و يؤثر في ما سوف تقدم عليه من تصرفات لاحقة، لذلك، حرص المشرع على الأخذ بالاستشارة في مجال الصفقات العمومية لتلافي وقوع الإدارة في مخاطر اقتصادية و فنية تجعل من العمل الذي ترغب في الحصول عليه من دون جدوى و نفع، أو يمكن أن يهدد الصالح العام إلا أن الفقه دأب على تقسيم الاستشارة إلى قسمين:

- الاستشارة الملزمة : وهي شرط من شروط العمل التعاقدية تهدد العقد الإداري بالبطلان

- الاستشارة الاختيارية التي لا يترتب عليها إبطال التصرف الإداري.

ثانياً: أركان الصفقة العمومية

إن تحديد أركان الصفقات العمومية ليس بالأمر الهين على الإطلاق نظراً لكونها عملية مركبة أو نظاماً كلياً لا ينظر إليه إلا من خلال أجزائه التي تمثل نسقاً متكاملًا ، فإذا نظرنا

¹ برهان زريق المرجع السابق، ص 35 .

إليها على أنها عملية مركبة تظهر أهمية القرارات الإدارية التي تدخل في تكوينها و المصاحبة لها و التي أصبحت واقعا عمليا يعتد به لصحتها في هذه الحالة لا تخلو هذه القرارات من الأركان التي تؤلف القرار الإداري بالمعنى الفني، لذلك أرجأنا الخوض فيها عند الحديث عن حدود سلطة الإدارة في مرحلة الإبرام . أما إذا نظرنا إليها على أنها عقد إداري فإن ذلك يقتضي البحث في أركان العقد الإداري وهي ركن الرضا و ركن المحل و ركن السبب والشكل و هذا ما سوف نقدمه في ما يلي؛

1- ركن الرضا:

يوجد الرضا في العقود الإدارية كما في العقود المدنية بتوافر إرادتين الإيجاب بتقديم العطاء من طرف المتنافسين في الصفقات العمومية، و القبول بإرساء الإدارة للصفقة على أحد و مجموعة عطاءات و ذلك وفق الشروط التي يحددها القانون. و تمثل هذه المرحلة بداية العقد الأصلي في الصفقات العمومية، حيث يتم إرساء الصفقة على المتعاقد الذي تختاره الإدارة . فتتشكل أركان العقد الأساسي المنتج لآثاره كاملة، وذلك بتوافر الرضا في العقد، وما يهمننا هنا إرادة الإدارة في إبرام العقد و شرط أن يكون العقد سليما غير مشوب بعيب من عيوب الرضا¹ حيث يميز الفقه في هذا الصدد بين أهلية الإدارة في القانون الإداري، و شرط الأهلية في القانون المدني. لأن هذه الأخيرة شخص معنوي لا تعبر عن إرادتها إلا من خلال ممثليها فأهلية الشخص المعنوي من موجبات قواعد الاختصاص. و عادة ما تكون من إنشاء المشرع فيحدد من هو المختص قانونا بإرساء الصفقات العمومية، لأن ركن الاختصاص من النظام العام.

إن مخالفة ركن الاختصاص في القانون الإداري تؤدي إلى عدم مشروعية العقود الإدارية مع ذلك، فقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد . حيث يرى الأستاذ "جيز" أن توقيع العقد من قبل شخص غير مختص، لا يجعل العقد باطلا فحسب، بل معدوما فلا يجيزه التقادم و لا تصححه إجازة . في حين يفرق "دي لوبادير" بين الانعدام و البطلان، فيكون منعما إذا وقعت عليه سلطة غير مختصة، و يكون باطلا إذا وقع عليه شخص غير مختص. ومهما يكن من اختلاف، فإن العقود التي يشوبها عيب من عيوب الرضا يكون مصيرها الانعدام، أو البطلان لذلك عمد المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية إلى تحديد الاختصاص في مجال

1 من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لعيوب الرضا الحكم الصادر في 1950/04/26 في قضية DOMERGUS، وفي 1923/9/19 ، في قضية GRAND MOULIN DE GORBEIT وفي 1945/6/19، في قضية VIOSIN وفي 1948/5/21 في قضية STE COOPERTIONE DE PRODUCTION. وهي على التوالي تعالج قضايا الغلط ، التدليس، الإكراه، الغبن.

الصفات العمومية تحديدا دقيقا، وهذا ما سنأتي تفصيله بشيء من الإيجاز عند التطرق للمعايير المحددة للصفات العمومية، و من عيوب الرضا في القانون المدني الغلط، و التدليس، و الغبن، و الإكراه .

فمن البديهي أن القضاء الإداري يسلك مسلك القضاء العادي في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من عيوب الرضا¹، ومن الصور الدارجة لهذا العيب أن تخطئ الإدارة في الشخص المتعاقد معها، أو يثبت على أحد المتعاقدين اللجوء إلى الغش، أو التدليس للحصول على الصفقة، أو أن يتورط ممثلوها في أعمال تعيب العقد الإداري، ومثل ذلك إبطال مجلس الدولة الفرنسي في قرار له في 26 أبريل، 1960، حيث تعاقدت الإدارة مع أحد ممثلي شركة بصفة شخصية، في حين أن الإدارة كانت تتجه لإبرام العقد باعتباره ممثلا لهذه الشركة². و إن كان من النادر جدا أن تقع الإدارة في مثل هكذا عيب.

2- ركن المحل:

محل العقد عموما هو العملية القانونية التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إحداثها و يشترط فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين و أن يكون مشروعاً وغير محظور التعامل فيه³، و المحل في العقد الإداري لا يختلف في أحكامه عن المحل في العقود المدنية . وللجدير بالذكر أن القضاء الإداري يتمسك بشروط المحل كما هي عليه في العقود المدنية، إلا ما اتصل منها بسلطات الإدارة التي تمتلك حق التعديل فيه استناداً لامتيازات السلطة العامة⁴

3- ركن السبب:

إن الأخذ بفكرة السبب في العقود الإدارية يختلف عن مثيلاتها في العقود المدنية، و مرد ذلك أن السبب في العقود المدنية دائماً ركن من أركان التعاقد، أما في العقود الإدارية، فيمكن أن تستوقفنا مفاهيم كثيرة تصنع الفرق بين العقد الإداري و العقد المدني . ومثل ذلك الفرق بين السبب والالتزام، أو السبب و الباعث، و أيضاً بين السبب الذي يبني عليه التعاقد، و السبب الذي يبني عليه التنفيذ.

لقد كان أول تطبيق لفكرة السبب في القانون الإداري للقضاء الفرنسي، في حكم لمجلس الدولة صادر في 1947/12/29، حيث رفض هذا الأخير طلب إلغاء العقد، بناء على أن

1 د: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سابق ص 324

2 سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص383.

3 محمد حسن قاسم مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،مصر، (ب،ط)، 2002، ص287.

4 لوي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقود الادارية، مجلة ديالي، 2011، العدد، 53 ص 06.

إلحاق المتطوع بفرقة معينة، هو أمر لاحق عن إبرام العقد، و بذلك لا يفقد العقد سببه.
و في قضية ثانية صدر حكم عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 12/11/1948، يلغي فيه العقد لتخلف ركن السبب، وذلك في قضية CIE DES MESSAGERIES MARITIME . و لبيان أهمية فهم السبب في العقود الإدارية أكثر، نحاول أن نبرز أهم ما يميزه عن غيره من الأوضاع المشابهة؛

أ- السبب و الإلتزام:

السبب في العقود الإدارية لا يقابل الإلتزام ، و يتضح ذلك في الصفقات العمومية، فالإلتزام المتعاقد بالبقاء على عطائه لا يقابله أي التزام من جهة الإدارة، التي تملك حق إلغاء الصفقة في كل وقت . فتنتمي العلاقة السببية بين البقاء على العطاء، و ما يمكن أن تقوم به الإدارة.
ب- السبب الذي يبني عليه العقد و السبب الذي يبني عليه التنفيذ:

يكمن الفرق بينهما أن السبب الذي يبني عليه العقد هو ركن من أركان العقد هنا يتساوى السبب في العقود الإدارية و العقود المدنية، أما شروط التنفيذ فليست شروط العقد ذاته، لأنه يمكن أن يكون العقد صحيحا، ولكن السبب غير صحيح . فالإدارة إذا قدرت عدم التنفيذ، فهي أقدر على معرفة السبب، و ما يصلح لدوام المرفق العام.

إن فكرة سبب التنفيذ تتعلق مباشرة بفكرة النظام¹، خاصة في مجال دفتر الشروط . لأن هذه الشروط تمثل نظاما قانونيا، و بنية لا خيارات للإدارة فيها عكس، ما هي عليه في العقود المدنية، حيث لا تملك الإدارة ذاتها، و المتعاقد مخالفة خيارات التنفيذ.
ج- السبب و الباعث:

لقد اتجه الفقه للأخذ بالنظرية الحديثة التي تركز على الباعث للتعاقد، لأن الإدارة في أعمالها بما في ذلك إبرامها للعقود، يجب أن تهدف لتحقيق المصلحة العامة، و إلا تكون قد حادت على الغاية من التعاقد . و يشترط في الباعث أن يكون معلوما، و لا يشترط أن يكون محل اتفاق عندئذ يكون السبب مشوبا بعيب تجاوز السلطة. وعليه يعد الباعث معيارا ذاتيا خارج العقد، و السبب معيار موضوعي داخلي.

4- ركن الكتابة:

من العقود ما لا يتم بمجرد النقاء إرادتين، كما هو الحال في العقود الرضائية، بل يشترط

¹ برهان رزيق، مرجع سابق، ص 120.

لصحتها أن تكون مكتوبة. وهنا يمكن أن يثار تساؤل مهم؛ هل الكتابة في الصفقات العمومية ركن من أركان العقد أم لا تعدو مجرد وسيلة للإثبات؟ يكاد أن يجمع الفقه على أن الكتابة ليست ركنا من أركان العقد، بل هي وسيلة من وسائل الإثبات، و مرد ذلك أن اشتراط الشكلية في العقود الإدارية، و الصفقات العمومية إرادة المشرع لأن يضيف عليها الجانب الرسمي، و ينبه المتعاقدين لخطر ما سيقدمون عليه، و أن لا يجعل مجالاً للطعن فيها إلا عن طريق التزوير¹.

الفرع الثالث: المعايير المحددة للصفقات العمومية

تمثل أهمية البحث عن معيار يمكن التمييز من خلاله بين أعمال الإدارة الركن الجوهرية في أي بحث قانوني، فهي بمثابة المناط الذي يميز بين القانون العام و القانون الخاص من جهة و أيضا ما يميز الأعمال الإدارية عن بعضها البعض من قرارات إدارية و عقود ولوائح بوليسية من جهة ثانية. و لا يتوقف الأمر على هذا فقط، بل تعمل على تمييز العقود الإدارية في ما بينها، وهو ما نسعى إليه من خلال هذا البحث . لذلك حوّلنا تسليط الضوء قدر الإمكان على المعايير المحددة للصفقات العمومية دون غيرها و بصفة خاصة من خلال المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية 15-247 .

أولاً: معايير العقد الإداري في الفقه

إذا كان الغالب في الفقه أن كون العقد إدارياً متى توافرت فيه شروط بعينها، و هي أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام، أو أن تأخذ الإدارة فيه بأساليب القانون العام، أو يتصل بتنظيم، أو تسيير مرفق عام .

1- بيان قيمة الشروط في العقد الإداري:

شروط أن تكون الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية الإقليمية، أو المرفقية طرفاً في العقد: الأصل أن يكون العقد إدارياً إذا ما حدده المشرع أو بين أيلولته للقضاء الإداري كقاعدة عامة، إلا أنه قد توجد استثناءات يفرضها توسع نظرية العقود الإدارية و تطبيقاتها في الواقع ومن الأمثلة على ذلك، ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرار لها صادر في تاريخ 08 مارس 1964 بقولها: (لئن كان من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه، لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام، إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد و الهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر متى استبان أن

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص113.

تعاقد الفرد مع الهيئة الخاصة، إنما في الحقيقة لحساب الإدارة و مصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري¹. وهذا ينم على أن من ينوب الإدارة، أو يتصرف لمصلحتها كاف لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

شرط الأخذ بأسلوب القانون العام:

و يقصد به إرتقاء الإدارة على الأفراد وظهورها بمظهر من مظاهر السلطة العامة، مما يسمح لها بالتمتع بامتيازات لا قبل لأشخاص القانون الخاص بها - سلطات الإدارة - فإن طرق تسيير المرافق العامة تفرض على الإدارة نوعا من العقود تفوض من خلاله بعض امتيازات السلطة العامة، وهنا يفرق الفقه بين أمرين؛

- إذا كان العقد يتصل بتنفيذ المرفق يكون العقد إداريا مثل عقد الامتياز
- وإن كان موضوع العقد يتمثل في إشباع حاجة من حاجات أحد المرافق العامة كتوريد السلع، و لا تنصب على تنفيذ المرفق في حد ذاته يعتبر من القانون الخاص.

كما تظهر أهمية هذه التفرقة في مجال المرافق الاقتصادية، و التجارية، و الصناعية . وفيها يعتد بأن العقود التي تتعلق بتنظيمها و تسييرها هي عقود إدارية . أما العقود التي تبرمها مع المستفيدين من خدماتها وإن احتوت على شروط استثنائية، فإنها تخضع لروابط القانون الخاص.

ثانيا: معايير تحديد الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247

لقد أضاف المشرع الجزائري في الإصلاحات الجديدة نوعا من الطابع الخاص على الصفقات العمومية جعلت منها أكثر وضوحا، خاصة في مجال المعايير المحددة لها، والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاثة معايير رئيسية نذكرها كالتالي؛

1- المعيار العضوي:

تتمثل الأهمية القانونية للمعيار العضوي في العقود الإدارية بصفة عامة، و الصفقات العمومية بوجه خاص . في أنه المعيار الأكثر وضوحا و الأيسر تطبيقا، في مجال القانون و القضاء الإداريين . فهو من يحدد من هو المختص و المؤهل قانونا للقيام بإبرام العقود، وأيضا من هي الجهة المختصة قضائيا بالنظر فيما يثور حول هذه العقود من منازعات . فإذا كان

¹ نقلا عن ماجد راغب الحلو القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية (ب،ط)، 1996، ص 565.

من الأمور المسلم بها في الفقه الإداري أن شرط صحة العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، فإن المعيار العضوي هو من يسمي هذا الشخص. وإعمالا لهذا المعيار في مجال الصفقات العمومية، يظهر بأن الأشخاص المكلفين قانونا وكأصل عام بإبرام الصفقات العمومية في المقام الأول، بحسب ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 و هم:

الدولة و الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما كلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أو من الجماعات الإقليمية. و الجدير بالملاحظة أن المادة 06 من هذا المرسوم، جاءت مقتضبة على عكس ما كان معمولاً به في المرسوم الرئاسي 02-1250.

و بناء على نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن أشخاص القانون العام في القانون الجزائري هي؛

أ- الدولة و الجماعات الإقليمية:

- الدولة:

تظهر الدولة كطرف أصيل في الصفقات العمومية عندما تكون بصدد إدارة المرافق بالطريقة المباشرة، حيث لا تكتفي بإنشاء المرفق و تنظيمه و تحديد قواعد سيره فقط، بل تتولى إدارته عن طريق وزارة من الوزارات، أو المصالح فتتحمل أعباءه². و عادة ما تكون هذه المرافق ذات طابع خدمي ينتفع من خلالها الجمهور بخدمات مقابل رسوم بسيطة، حيث تتحمل على كاهلها الأعباء الأكبر، أو لأهمية هذه المرافق سياسياً، أو اجتماعياً، أو أمنياً . فلا تستأثر بها للغير، و هذا ما يؤكد صراحة نص المادة 04 من نفس المرسوم³.

¹ لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

الإدارات العمومية، و الهيئات الوطنية المستقلة، و الولايات و البلديات، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ومراكز البحث والتنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي، و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني، و المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

² محمد رفعت ع الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، (ب، ط)، 2012، ص305

³ تنص المادة 04 على أنه: لا تصح الصفقات و لا تكون نهائية، إلا إذا وافقت عليها السلطات المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة: مسؤول الهيئة، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

- الجماعات الإقليمية:

الجماعات الإقليمية في الدولة هي الجماعات التي تستمد أساسها القانوني من أهم القوانين كالـدستور و القانون المدني الجزائري، حيث تتمثل في الولاية و البلدية تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، فهي من أهم أشخاص القانون العام. تجسد صور تطبيق عدم التركيز واللامركزية الإدارية تخفف من أعباء الدولة حول لها القانون استعمال السلطة العامة.

الولاية:

تتمثل في جهازين أساسيين، جهاز المداولات أي المجلس الشعبي الولائي و الجهاز التنفيذي المتمثل في والي الولاية، يتولى سلطة الهياكل الإدارية من المصالح المحلية للوزارات الموجود مقرها على مستوى الولاية ذاتها، و أجهزة الولاية الداخلية، وأيضا المجلس الولائي . حيث يباشر الجهاز التنفيذي للولاية مختلف المرافق العامة المسيرة بموجب الاستغلال المباشر، دون تلك التي تسير عن طريق المؤسسات العامة.

البلدية :

و تتكون من جهاز المداولة و يتمثل أساسا في المجلس الشعبي البلدي كما تتضمن الجهاز التنفيذي يمثله رئيس المجلس البلدي، و يكون منتخبا من طرف الشعب . حيث يشرف على تلك المرافق التي تخضع للتسيير المباشر من طرف البلدية، خلافا للمرافق التي تسير عن طريق المؤسسة العامة.

و بناء على هذا فإن الولاية و البلدية تكونان طرفا أصيلا في الصفقات عندما تتعاقد بصفقتها مشرفة على إدارة المرافق التابعة لها، و التي تخضع لطريقة الاستغلال المباشر.

ب- المؤسسات العامة:

تعد المؤسسة العامة من أهم أشخاص القانون العام يرتبط وجودها بالمرافق العامة حيث لا تستطيع الدولة وجماعاتها الإقليمية الإشراف أو إدارة كل المرافق، فتلجأ إلي أسلوب إدارتها عن طريق إنشاء مؤسسات عامة تتمتع بالاستقلال الإداري و الفني فهي تتميز عن الشركات و الجمعيات و النقابات العمالية و الرياضية في كونها من أشخاص القانون العام بلا منازع باتفاق الفقه و القضاء الإداريين¹، و نظرا لأهمية المؤسسة العامة في القانون الإداري وفي علاقتها بموضوع الدراسة حاولنا أن نركز على خصائصها تحديدا والتي تتمثل في :

¹ محمد رفعت ع الحميد، المرجع سابق ص307.

ب-1- النظام القانوني للمؤسسة العامة:

يختلف النظام القانوني للمؤسسات العامة حسب طبيعة النشاط الذي تزاوله أو طبيعة المرفق الذي تديره وما يترتب عنه من نتائج شديدة الصلة بموضوع دراستنا لذلك سوف نقدمه في نقطتين:

- إذا كان المرفق ذا طبيعة إدارية خدمية:

في هذه الحالة تخضع إلى قواعد القانون و القضاء الإداريين بكل ما في ذلك من معنى سواء نص على ذلك في قانون إنشائها أو لم ينص فقراراتها أين كانت لأحية أو فردية تعد قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري كذلك العقود التي تبرمها فهي عقود إدارية بكل ما تحمله الكلمة من دلالات لهذا السبب أوردها المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي على أنها تلتزم وجوبا بتطبيق ما ورد في الصفقات العمومية عند ابرامها لهذا النوع من العقود تحت مسمى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية

- إذا كان المرفق الذي تديره ذا طبيعة اقتصادية تجارية أو صناعية

ففي هذه الحالة تخضع للقانون الخاص أي القانون المدني و التجاري مع ذلك يطبق عليها الحد الأدنى من القانون العام في ما يتعلق بمبادئ المرافق العامة، و هذا ما يفيد أن المشرع الجزائري قد أوردها في نص المادة¹ 106 من المرسوم التنفيذي بشرط أن تكون بصدد إنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة.

و الجدير بالملاحظة أن المؤسسات العمومية لها طابعها المميز دائماً لأنه يغلب عليها مبدأ التخصيص لأنها تدير مرافق محددة و تقدم خدمة عامة نوعية لا تملك صلاحيات التصرف إلا في هذا الإطار، و إلا تكون تصرفها معيبة سواء في القرارات التي تصدر عنها أو العقود التي تبرمها.

و قد عرف المعيار العضوي مجموعة من الاستثناءات، تجعل من العقود التي تبرم بين أشخاصها لا تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247، حددها المشرع الجزائري في أحكام في المادة² 07.

¹ ورد في المادة 02، في فقرتها الرابعة ما نصه: المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية.

² حيث نصت المادة 7 من ذات المرسوم :

لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود الآتية:

- المبرمة من طرف الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها.

2-المعيار الموضوعي:

يقصد بالمعيار الموضوعي بالمفهوم المادي في الفقه ذلك الذي يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم و الإدارة و الاستغلال و المعاونة بوجه عام، إلا أننا سنحاول فقط تسليط الضوء أكثر على تكريس هذا المعيار في الصفقات العمومية وتطبيقاته، فقد اعتد المشرع الجزائري بهذا المعيار في تحديد مجالات الصفقات العمومية حيث تكمن أهميته القانونية في بيان كل الصفقات على حدى وضوابط و شروط صحة كل صفقة منها، فقد حدد المشرع مجالات الصفقات العمومية في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 معتبرا في ذلك بمحل الصفقات موضوعا و هي تنقسم وفقا لهذا المعيار إلى:

أ- صفقة إنجاز الأشغال:

و هي الصفقة التي تهدف إلى إنجاز منشأة، أو أشغال بناء، أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

المنشأة : مجموعة من أشغال البناء، أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية، فهي لا تقع إلا على عقار، و تشمل الصفقة العمومية للأشغال على بناء، أو تجديد أو صيانة، أو تأهيل، أو تهيئة، أو ترميم، أو إصلاح أو تدعيم، أو هدم منشأة، أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها والضرورية لاستغلالها. وإذا تم النص في صفقة على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال.

ب- صفقة اقتناء اللوازم:

تهدف إلى اقتناء، أو إيجار، أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعناد، أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها

-
- المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 06 أعلاه عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة.
 - المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع.
 - المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات.
 - المبرمة مع بنك الجزائر.
 - المبرمة بموجب إجراءات المنظمات الدولية والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقيات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا.
 - المتعلقة بخدمات الصلح و التحكيم.
 - المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة و التمثيل.
 - المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب و تتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

- إذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة تكون صفقة خدمات.
- إذا كانت أشغال وضع و تنصيب اللوازم مدرجة ضمن صفقة عمومية ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم فإن الصفقة تكون صفقة لوازم
- إذا كانت صفقة خدمات و لوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات فإن الصفقة صفقة لوازم.

و يمكن أن تشمل الصفقة العمومية اللوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة و التي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان.

ج- صفقة إنجاز الدراسات:

و هي التي تهدف إلى تقديم دراسات فكرية، و تشمل مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية أو الإشراف على إنجاز الأشغال، أو مساعدة صاحب المشروع و تشمل صفقة الإشراف على إنجاز في اطار انجاز تنفيذ منشأة، أو مشروع حضري، أو مناظر طبيعية. دراسات أولية

دراسات مشاريع تمهيدية موجزة و منفصلة

دراسات المشروع

دراسات التنفيذ أو تأشيرتها

مساعدة صاحب المشروع في إبرام أو تنفيذ صفقة الأشغال و تنظيم وتنسيق و توجيه

الورشة و استلام الأشغال.

د- صفقة تقديم الخدمات:

وهي صفقة مبرمة مع متعهد تهدف إلى إنجاز خدمة وهي صفقة عمومية تختلف عن الصفقات الأخرى من حيث الموضوع و صفقات تشمل على قسط ثابت و قسم أو أكثر اشتراطي و قد تكون الصفقات في شكل حصة وحيدة أو حصص منفصلة، أو عقود برامج، صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية.

3- المعيار المالي:

يعد هذا المعيار من أهم المعايير مع أنه يندرج ضمن المعيار المادي، و ذلك لكونه معيارا حاسما في الإجابة عن تساؤل مهم مفاده؛ متى نكون أمام صفقة بالمعنى الفني؟ فإذا كان من المسلم به فقها أن الصفقة العمومية تتم على مرحلتين على الأقل، مرحلة الإبرام و مرحلة التنفيذ، فإن ما يعيننا هنا مرحلة إبرام الصفقات العمومية وهي مرحلة ممهدة

لظهور عقد إداري أصيل وهنا تظهر أهمية هذا المعيار الذي يتطلب تحقق الشرط المالي لتوصيف الصفقة، و لكي نكون أمام صفقة تامة الأركان يجب أن يكون المبالغ عند تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة أكثر من العتبة المالية المحددة في المادة 13¹ من المرسوم الرئاسي إلا في حال وجود نص يقضي بغير ذلك.

و يتضح ذلك أكثر في الفقرة الثانية في المادة ذاتها بقوله و بهذه الصفة تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات أي إحالتها على الطرق الاستثنائية من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

و الجدير بالملاحظة أن المشرع يشترط في تطبيق هذا المعيار عند اللجوء إلى الطرق الاستثنائية لإعفاء المصلحة المتعاقدة من إجراءات الإبرام و الدخول في التعاقد المباشر مجموعة من الضوابط القانونية نذكر منها على سبيل المثال:

أولوية التراضي بعد الاستشارة عن التراضي البسيط، وهذا طبقا لأحكام المادة 15² التي تحيل على المادة 49 من ذات المرسوم التي جاء فيها حالات التعاقد عن طريق التراضي البسيط أيضا ما تؤكد عليه المادة 21 تطبيقا للمعيار المالي 100000 دج فيما يخص الأشغال و اللوازم، و 500000 دج فيما يخص الدراسات و الخدمات فلا تكون محل استشارة وجوبا، و أن تكون عملية التعاقد المباشر محل إشهار مناسب، و استشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا، في حالة اعلان عدم جدوى الاستشارة.

خلاصة:

من خلال ما تقدم يمكن أن نستخلص بأن الصفقة العمومية ليست مجرد عقد إداري، بل لها ما يميزه فهي على وجه الدقة: "عقود مكتوبة تبرم من طرف المشتري العمومي لإنجاز أشغال، أو دراسات أو تزويد بمواد، أو تقديم خدمات تحتاجها الإدارة في مقابل دفعها لثمن الطلب العمومي الذي يتفق عليه مع المتعاقد طبقا لإجراءات خاصة"³، و أن العقود الإدارية لا تعد صفقة عمومية إلا بتوفر معايير حاسمة نبينها في ما يلي:

¹ لقد أجاب المشرع الجزائري في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 على هذا الانشغال بقوله: كل صفقة عمومية يساوي المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، و ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب.

² نصت الماد 12 على أنه: "تعفى الصفقات المبرمة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 49 من هذا المرسوم.

³ محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، سوسة، تونس، ط(2)، 2008، ص 243 و 244.

- طبقا للمعيار الشكلي لا تعد عقود إدارية إلا الصفقات التي تبرمها الدولة والجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية الإدارية، أما ما تبرمه المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي من عقود لا تكون عقودا إدارية إلا إذا كانت ممولة كليا من طرف الدولة و جماعاته الإقليمية.
- أن الصفقات تبرم وجوبا إذا تجاوزت مبالغها ما هو منصوص عليه في المادة 13 مما يجعل المعيار المالي من المعايير الحاسمة في تنظيم الصفقات العمومية، لأن الصفة التي يساوي أو يقل مبلغها على ما هو منصوص عليه في هذه الأخيرة لا تكون مكتوبة و بذلك تثبت عن طريق المذكرات و الفواتير.
- أن الثمن يعد جوهريا من العناصر الجوهرية التي تميز بين الصفقة و عقود تفويض المرافق العامة لأن المقابل المالي في عقد تفويض المرفق يتقاضاه من المنتفعين مقابل خدمات يسديها لهم، في حين أن المقابل المالي يتقاضاه المتعامل من طرف الإدارة مقابل خدمة يؤديها.

المطلب الثاني: الإطار المفاهيمي لسلطة الإدارة في العقود الإدارية

إن الأمر الذي أدى إلى تنوع العقود الإدارية هو ذاته الأمر الذي أدى إلى ظهور السلطة التي تمارسها الإدارة في مرحلة الإبرام أو أثناء التنفيذ بمظاهر مختلفة زيادة على ذلك الطبيعة المركبة للصفات العمومية، فهي على أقل تقدير تتم على مرحلتين تمارس فيهما الإدارة ما تراه مناسباً من صلاحيات لاعتبارات كثيرة من أهمها أنها طرف في العقد، و أنها تهدف دائماً إلى تحقيق الصالح العام لصلتها بالمرافق العمومية و يكاد الفقه أن يجمع في هذه المسألة على أن ما تتمتع به الإدارة من سلطات هو أمر ضروري و ليس طارئاً على العقود الإدارية مهما تعددت مصادر هذه الصلاحيات، أو اختلفت في مضمونها ومبرراتها . لهذا السبب حاولنا الوقوف على النظام القانوني الذي تستمد منه الإدارة سلطاتها وآثارها على العقود التي تبرمها ومظاهرها لذلك قسمنا هذا الفرع إلى فرعين سنقدم في الفرع الأول منه الإطار القانوني لسلطات الإدارة و في الفرع الثاني النتائج المترتبة على تنوع هذه السلطة بين ما هو تقديري و ما هو مقيد.

الفرع الأول: الإطار سلطة الإدارة في الصفقات العمومية

إن الإطار القانوني الذي تستمد منه الإدارة ما تتمتع به من قدرات وصلاحيات اتجاه المتعاقدين معها، يتمثل في المقام الأول في مفهوم سلطة الإدارة، و الأساس القانوني الذي تستند إليه وهذا ما سنقدمه فيما يلي:

أولاً: مفهوم السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد

1- تعريف السلطة التقديرية

تعددت تعريفات السلطة التقديرية في الفكر الغربي¹ و تباينت حولها الآراء فقد عرفها الفقيه "ميشو" بقوله: توجد سلطة تقديرية كلما كانت الإدارة تتصرف بحرية دون أن يكون التصرف الذي تتخذه مفروضاً عليها مقدماً بحكم القانون. وعرفها "بونار" على أن تكون السلطة الإدارة تقديرية إذا ترك لها المشرع الذي يمنحها هذه السلطة حرية أن تتدخل، أو تمتنع . و ترك لها الحرية أيضاً بالنسبة إلى تقدير الزمن و كيفية و فحوى القرار الذي تقرره . كما عرفها "فالين" بأنها لا يمكن أن يكون للإدارة حرية تقدير التزاماتها القانونية بأي حال من الأحوال، بل تكون اختصاصاتها في هذا المجال محدودة، و لا تكون تقديرية إلا في تحديد مناسبة اتخاذ

¹ نقلاً عن محمد طه حسين الحسني، معايير تمييز السلطة التقديرية و نطاقها، مركز دراسات اللوحة، العدد 27، 2012،

قرار معين أو اتخاذه في صورة بعينها، أو اتخاذه في وقت معين . فهي ملزمة بما هو شرعي و لكنها حرة فيما هو صالح¹. في حين يرى "دوجي": بأن السلطة التقديرية تتحقق عندما يملك رجل الإدارة سلطة اتخاذ القرار، أو عدم اتخاذه و يملك تحديد نوع القرار الذي يتخذه وفقا لمقتضيات الملاءمة.

بينما في الفكر العربي يمكن تعريفها مع الدكتور " سليمان الطماوي" على أنها؛ (نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث واختيار وقت تدخلها ولتقدير أفضل الوسائل لمواجهة هذه الحالة... ولكنها محاطة دائما بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها و تهيمن على كل تصرفاتها... فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة و عناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحالة)²، أو تعريف "ليلو" بأنه؛ (يقصد بالسلطة التقديرية أن تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار القرار الذي تراه أي أن المشرع يترك للإدارة حرية اختيار وقت و أسلوب التدخل في إصدار قرارها تبعا للظروف)³. ويعرفها "راغب الحلو" بأن؛ (السلطة التقديرية هي حق أعمال الإدارة حرية الاختيار في ممارسة الاختصاص فعندما يترك للإدارة حرية التصرف في شأن من الشؤون يقال بأن لها سلطة تقديرية)⁴. في حين نجد "عمار بوضياف" الذي يرى بأن السلطة التقديرية تجد أساسها و تبريرها في أن المشرع عند سنه للنصوص القانونية بشكل عام و مجرد، لا يمكن أن يحيط علما بمجمل الوقائع بما تحمله من احتمالات مختلفة، وحالات متباينة، وجزئيات متداخلة، فنجده يعترف للإدارة بقدر من الحرية اعتبارا من أنها الأقرب ميدانيا... و الأكثر علما بالمعطيات غير المشمولة بالنص⁵.

وفي مجمل القول و من خلال التعريفات يمكن أن نستخلص ما يلي:

أن السلطة التقديرية لا يمكن أن تتحدد إلا من خلال معرفتنا بالاختصاص المقيد وفقا للقاعدة أن الأشياء تعرف بأضدادها ذلك في كونها تتوقف على أيلولة الاختصاص فكلما أوكل المشرع الاختصاص للإدارة نفسها حينها فقط تمتلك مجالاً للتقدير.

1 وهذا ما عناه مجلس الدولة الفرنسي بقوله؛ إن سلطة الإدارة في هذا المجال ليست إلا سلطة تقديرية بطبيعة الحال، يتعين عليها أن تستعملها في حدود الصالح العام . بمعنى أنها إذا رفضت التعاقد مع فرد في حد بذاته للإضرار به، أو محاباة غيره فعلمها هذا مشوب بعييب بالسلطة وبالتالي يخضع لرقابة الإلغاء. انظر في هذا الصدد كتاب رهان زريق مرجع سابق ص 69.

2 نقلا عن محمد طه حسين الحسني المرجع السابق، ص 119.

3 د: مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، الأكاديمية العربية (الدانمارك)، (ب، ط)، 2008، ص 181.

4 ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 610

5 عمار بوضياف، القرار الإداري، جسور للنشر، الجزائر، 2007، ص 49.

أن الإدارة لا تمتلك مكنة التقدير إلا استثناء، فالأصل في سلطتها التقييد، و هذا ما عبر عنه "قالين" بقوله أنها ملزمة بما هو شرعي و إن اختارت ما هو أفضل.

أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا يخالف مبدأ المشروعية، لأن تصرفاتها تخضع أساسا للمصلحة العامة، الأمر الذي يملئ عليها تقدير الوقائع و اختيار وقت و وسيلة التدخل على حد تعبير "سليمان الطماوي" و إلا شاب تصرفاتها عيب من عيوب عدم المشروعية.

إن ما تتمتع به الإدارة من سلطة لا يعتبر حقا على إطلاقه، بل حق يقابله و اجب والتزام، فإذا كانت الإدارة مثلا تمتلك حق الرقابة و التوجيه في مرحلة تنفيذ الصفقة، فإنها لا تستطيع أن تتنازل على هذا الحق، أو تنفق مع الغير على مخالفته.

و على هذا الأساس يمكن أن نعرف سلطة الإدارة عموما بأنها القدرة القانونية، أو المكنة التي تسمح لرجل الإدارة بإصدار القرارات التي يراها مناسبة، جنبا إلى جنب مع اتجاه إرادة المشرع على أن تراعي ما هو أصلح من الأمور، لأجل تحقيق الصالح العام، و حماية الحقوق.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة

إذا تسألنا على الأساس القانوني لسلطة الإدارة، فإننا نهدف إلى البحث عن المرتكزات التي تعطي الإدارة كامل الصلاحيات التي تكفل لها مشروعية ما تتخذه من قرارات، استنادا إلى ما يخوله لها القانون، أو اللوائح، أو ما تستمده من العقد في ذاته . و أهم هذه المرتكزات:

1- القانون

تعدت الإدارة لممارسة السلطة بالقانون و في إطار القانون وعادة ما تهتم القوانين بالرغم من تفاوتها بمسألة تنظيم السلطة ففي التشريع الجزائري نجد في المقام الأول:

- الدستور:

يعد الدستور أقوى و أسمى القوانين في الدولة وما يلاحظ في هذا الإطار في الجزائر أن الدساتير السابقة أو الدستور الحالي قد بين الجهة المختصة لإعداد قانون الصفقات العمومية التي تتمثل أساسا في السلطة التنفيذية برئاسة رئيس الدولة وهذا ما يبرر صدور كل القوانين التي عرفتها الجزائر في هذا الإطار في شكل أوامر أو مراسيم رئاسية أو تنفيذية ففي دستور سنة 1976 لا نجد ما ينص على أن التنظير للصفقات العمومية من مهام السلطة التشريعية و إنما تدخل ضمن مهام السلطة التنفيذية، طبقا لأحكام المادة 152، و على نفس الشاكلة في دستور سنة 1996 الذي أبقى على الوضع ذاته قائما في يد السلطة التنفيذية الممثلة في رئاسة

الجمهورية، أو الوزير الأول، الذي يحق له أن يمارس صلاحيات في شكل مراسيم تنفيذية طبقاً لأحكام المادة 85، و قد حافظ المشرع الجزائري على نفس النهج في الدستور الحالي.

- قانون الصفقات العمومية

يعد قانون الصفقات العمومية المصدر الأهم لكل لسلطات الإدارة، سواء في المجال التقديري أو المجال المقيد، و بقراءة سريعة في مرسوم الحالي على سبيل المثال لا الحصر، يتبين لنا الأساس القانوني لهذه السلطات. ففي مجال اختيار الإدارة للمتعاقد معها مثلاً، نص المشرع على الاختصاص التقديري¹ للإدارة بقوله في المادة 76؛ بأنها تختص باختيار المتعاقد و في هذا دلالة على تمتع الإدارة من هامش كبير من التقدير في اختيار المتعاقد معها . وفي ناحية ثانية نجد المشرع ينص صراحة كما هو الحال في المادة 6 على الاختصاص المقيد² بقوله لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات و هذا دليل على تحديد قدرات الإدارة في مجال تطبيق الصفقات العمومية.

2- بنود العقد:

يولي الفقه والقضاء الإداريين لهذه المسألة بالتحديد أهمية جد خاصة لما يمكن أن يترتب عنها من نتائج في دائرة العقود، فإن كانت الإدارة في العقد الإداري تتسلح بسلطات خارقة، فإن ذلك لا يعني الخروج مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بل على العكس تزداد القيود على ما تمارسه الإدارة من سلطة اتجاه المتعاقد معها، وهنا يفرق الفقه مثلاً بين القرارات التي تصدر تنفيذاً لبنود العقد، و تلك المستمدة من اللوائح و القوانين. وهذا ما سوف نبرزه أكثر عند التطرق لسلطات الإدارة في الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: التمييز بين المجال التقديري و المجال المقيد

للقوف و بطريقة ممنهجة على المدى الذي يمكن أن تصل إليه الإدارة أثناء ممارستها للسلطة في المجال التعاقدية ينبغي أن نميز أساساً بين ما يترتب على أعمالها لسلطاتها التقديرية وما يجب أن تكون عليه تصرفاتها المحددة قانوناً بإرادة المشرع أو بنود العقد و ذلك بالمقارنة بين المجالين التقديري و المقيد.

أولاً: أهمية المقارنة بين المجالين التقديري والمقيد

¹ تنص المادة 76 في فرتها الأول على التالي: "تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد مع مراعاة تطبيق أحكام الفصل الخامس من هذا المرسوم المتعلق برقابة الصفقات".

² المادة 06 : لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات.

تتمثل أهمية المقارنة في ما يمكن أن يترتب على التفريق بين الاختصاص المقيد و الاختصاص التقديري من نتائج نوجهافي ما يلي:

1- أهميته من حيث منح الاختصاص:

إن كان من البديهي أن تحديد الاختصاص يصدر عن إرادة المشرع فإن ذلك لا يمنع من وجود فوارق بين السلطة المقيدة التي تكون سلطة الإدارة فيها محددة قانونا ومقدرة مسبقا فلا تجيز للإدارة المخالفة مطلقا وإلا كانت تصرفاتها معدومة أو باطلة بطلانا مطلقا وذلك لاعتبارين هامين؛

- الاعتبار الأول: يتصل بمسألة الاختصاص فهي من النظام العام.

- الاعتبار الثاني: كون القواعد الدالة على الاختصاص المقيد تكون أمرة ترد في صيغة الوجوب لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

أما في السلطة التقديرية، فإن الاختصاص يكون فيها للإدارة، و لو بإرادة المشرع، مما يمكنها من اختيار طريقة التنفيذ، أو وقت التدخل، أو الأسلوب الذي تراه مناسبا، و إن كان في نطاق مبدأ المشروعية.

2- أهميته من حيث إصدار القرارات:

تمتلك الإدارة في مجال العقود القدرة على إصدار القرارات، سواء في مرحلة الإبرام، أو في مرحلة التنفيذ . ومثال ذلك قرار إقصاء أحد المرشحين، أو قرار الإرساء، أو قرار التعديل وغيرها من القرارات . وإن كان من الثابت اختلافها قانونيا، فإن ما يصدر عن الإدارة أثناء إعمالها لسلطاتها التقديرية يكون من قبيل القرارات المنشئة، أما القرارات التي تصدرها في حال الاختصاص المقيد تكون عادة قرارات كاشفة عن المراكز القانونية.

3- أهميته من حيث سحب القرارات:

في حال القرارات الصادرة وفقا للسلطة المقيدة، فإن سحب الإدارة لقراراتها يجب أن يكون في المدة المحددة للطعن، أو أثناء النظر في الدعوى . شريطة أن يكون السحب معللا بذات الأسباب، وفي حدود الطلبات التي تتضمنها الدعوى . أما في السلطة التقديرية فيجوز الإدارة أن تسحب قراراتها في أي وقت دون التقيد بمدة زمنية.

4- أهميته من حيث تحديد نوع الرقابة القضائية

في حال السلطة المقيدة تكون رقابة القاضي الإداري رقابة مشروعية، فيجوز له إلغاء القرار المعيب المستند للسلطة المقيدة .،

في حين لا يملك القاضي أمام أعمال الإدارة لسلطاتها التقديرية إلا تطبيق رقابته من حيث الملاءمة أو التناسب في القرار الإداري.¹

ثانياً: مجال التقدير و التقييد في الصفقات العمومية

بما أن الصفقات العمومية من العقود الإدارية المركبة، تتألف من قرارات إدارية تصدر عن الإدارة في مرحلة الإبرام، ويمكن أن تصدر أيضاً في مرحلة التنفيذ من ناحية، تساهم في تشكيل عقد إداري مكتمل العناصر، فإن لهذا التمييز أهمية قصوى لما يمكن أن يترتب عليه من آثار . و هذا ما ستوجب البحث عن مجال أعمال الإدارة لسلطاتها في العملية برمتها.

1- مجال التقدير و التقييد في مرحلة الإبرام:

يغلب على هذه المرحلة فكرة إصدار الإدارة لمجموعة من القرارات الإدارية، تؤلف ما يسمى في الفقه والقضاء الإداريين نظرية كاملة، تعرف بنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الأصلي، لا تختلف عن إي قرار إداري آخر صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة، و تحمل ذات الأركان، كأبي قرار آخر . لذلك سنعرض مجال التقدير و التقييد فيها تبعا لكل ركن من هذه الأركان، و ذلك في ما يلي:

أ- ركن الاختصاص:

إن ركن الاختصاص من النظام العام، فلا يجوز مخالفته ولو بالإتفاق فمن الأمور البديهية إذا أن يتكون سلطة الإدارة في هذا الركن مغلولة و مقيدة مع ذلك يجب التمييز بين حالتين: في حال كان التصرف صادر عن غير مختص فإن ذلك يعدم أو يبطل القرار الذي يزعم اتخاذه، و في حال كان التصرف صادر عن مختص، فإن ذلك لا يمنع وجود جزء ضئيلا من السلطة التقديرية بيد المختص في حدود الاختصاص، كأن يفوض إحتصاصه لغيره كما هو الحال في المادة 4 من المرسوم الرئاسي الحالي²، و لكن يجب أن يكون التفويض بناء على نص قانوني محدد سلفا و أن يكون النص الذي فوض به من نفس الدرجة، أو أعلى و لا يكون شاملا لكل اختصاصات المفوض و لا يجوز التفويض إلا لمن حددهم القانون، وهذا ما أراده المشرع بقوله: ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى

1 يكمن الفرق بين الملاءمة و التناسب في أن التناسب هو توافق الإجراء المتخذ مع سبب القرار، أما الملائمة هي فكرة مادية أو عملية ينظر فيها إلى مدى موافقة القرار لمركز معين أو حالة معينة بالنظر إلى ما يحيط بهذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان و المكان والظروف المحيطة

2 تنص المادة 04 على أنه يمكن تفويض الاختصاص بولها: "ويمكن كل سلطة أن هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً لأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

المسؤولين المكلفين.

ب- ركن الشكل:

لا يعد الفقه والقضاء ركن الشكل في القرارات الإدارية شرطا ضروريا، و هذا ما يترجم ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في المصرية في حكم لها بقولها؛ (لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في صيغة معينة، أو في شكل معين، بل ينطبق هذا الوصف ويجري حكمه كلما أفصحت جهة الإدارة أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني معين)¹. إلا أن عدم اشتراط الشكل في القرارات الإدارية والعقود، و إن كان يشكل القاعدة العامة في نظر الفقه و القضاء، فإن هناك استثناء حينما يحدد المشرع اتباع شكل معين أو إجراء بعينه . ففي هذه الحالة لا يكون الإدارة أي قدر من الحرية فسلطتها في ذلك مقيدة بما أراه المشرع . وهذا ما يميز الصفقات العمومية بالتحديد فقد نص هذا الأخير على ضرورة كتابة هذا النوع من العقود كما هو الحال في المادة الثانية من المرسوم الحالي، وفي ذات السياق بالنسبة للقرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة في مرحلة الإبرام كإجبارية الإعلان عن المنح المؤقت، أو إعلان عدم الجدوى في الصحف الوطنية.

ج- ركن المحل:

يجب التمييز بين المحل القرار الإداري عن فكرة محل العقد، فمحل القرار الإداري يتمثل في الأثر الذي يحدثه انشاء، أو تعديلا، أو إلغاء . ومن صورته في الصفقات العمومية، تلك التي تظهر في القرارات التي تتخذها الإدارة في مرحلة الإبرام مثل قرار ترسية الصفقة، أو قرار إلغائها، أو قرار إقصاء أحد المتعاملين . بينما المحل في العقد الإداري عموما هو العملية القانونية التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إحداثها و يشترط فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين و أن يكون مشروعاً وغير محظور التعامل فيه.

ومن أمثلة المحل في الصفقات العمومية حسب طبيعة كل عقد تتمثل في ما هو معقود عليه مثل محل صفقة أشغال تتمثل في بناء أو ترميم وكل ما يرد على عقار، ومحل عد التوريد ما يلتزم به المتعاقد من مواد تطلبها الإدارة.

¹ حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ط(1)، 2003، الرياض، ص 115.

د- ركن الغاية:

يعد ركن الغاية من أهم الأركان في القرار الإداري فلا يعقل أن يكون القرار الصادر عن الإدارة دون أن يكون هناك غرض تهدف إلى تحقيقه لذلك يرى غالبية الفقهاء أن هذا الأخير من اختصاص المشرع، يقول سليمان الطماوي؛ (إن تحديد غرض العمل الإداري هو من عمل المشرع لا رجل الإدارة، و أنه بذلك يدخل ضمن سلطة الإدارة التقديرية)¹.

ه- ركن السبب:

يتمثل السبب في القرار الإداري في الحالة الواقعية و القانونية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصدار القرار فهي من العناصر الموضوعية التي تخرج عن إرادة مصدر القرار ويشترط في السبب² أن يكون قائماً وموجوداً حتى تاريخ صدور القرار وأن يكون صحيحاً، لأن صدور القرار من غير هذين الشرطين، يكون قراراً باطلاً لعيب عدم توفر السبب. و تجدر الإشارة في هذه الحالة أن المشرع إذا حدد السبب لاتخاذ القرار، فإن الإدارة لا تمتلك إزاءه أي تقدير فتكون سلطتها مقيدة في هذا الشأن، أما إذا لم يحدده المشرع فإن إسناد الإدارة للسبب لا يكفي أن يكون موجوداً فقط بل يجب أن يكون صحيحاً . و مثال ذلك أن تختار الإدارة التراضي البسيط أسلوباً للتعاقد في حال الاستعجال الملح، فقد نوه المشرع على أن يكون قرارها معللاً و بشرط أنه لم يكن في وسع الإدارة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال كما هو منصوص عليه في المادة 12 من المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية³.

و يبدو أن سلطة الإدارة في هذا الركن تزداد و تنقص تماشياً مع إرادة المشرع، و هذا ما سوف نبينه في الفروض التالية:

- في حال ما رتب المشرع سبب القرار، و حدد الأثر الذي يترتب عنه تكون سلطة الإدارة

¹ نقلاً عن حمد عمر حمد ، المرجع السابق، ص 118.

² يختلف السبب عن التسيب في أن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرار الإداري، إلا إذا نص المشرع على ذلك حينها يكون قرارها معيباً من حيث الشكل، أما تخلف السبب فيعدم القرار أو يبطله . وعليه يعتبر السبب ركناً من أركان القرار، أما السبب فهو وسيلة الإثبات لا غير .

³ ورد في المادة 06 ما نصه: "في حال الاستعجال الملح المعلل بحظر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمار أو ملكاً للمصلحة المتعادة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكليف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعادة توقع الظرف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل

في هذا المجال مقيدة بما أراده المشرع.

- في حال ما حدد المشرع سبب القرار، و لم يحدد الأثر الذي ينجم عندها تمتلك الإدارة سلطة تقديرية واسعة.

- في حال ما حدد المشرع سبب القرار، و حدد مجموعة من البدائل حينها تكون سلطة الإدارة تقديرية بشكل نسبي.

2- مجال التقدير و التقييد في مرحلة التنفيذ:

تمتاز هذه المرحلة عن سابقتها بأنها تنصب على دراسة العقد الإداري النهائي القابل للتنفيذ و إن اختلف العقد عن القرار في الأركان، فإن ما يميز سلطات الإدارة في هذه المرحلة أنها تصبح أكثر وضوحا من الناحية الفنية، وأكثر ضيقا في الوقت ذاته . وتكاد تجمع الدراسات على أن مظاهر السلطة في هذه المرحلة لا تتعدى الأربعة؛ سلطة التوجيه و الرقابة، وسلطة التعديل بالإرادة المنفردة، وسلطة توقيع الجزاء، وسلطة الإنهاء. وفي كل مظهر من هذه المظاهر تزداد حرية الإدارة و تقل تماشيا مع إرادة المشرع، وهذا ما سوف نقدمه بشيء من التفصيل في الفصل الثاني عند التطرق لحدود سلطة الإدارة في مرحلة التنفيذ.

الفرع الثالث: مبررات الاعتراف بسلطة الإدارة:

إن البحث عن المبررات التي تجعل الإدارة تتمتع بسلطاتها بالمعنى الصحيح في هذا المجال هو البحث في سلطاتها التقديرية دون الاختصاص المقيد الذي لا تمتلك فيه أية حرية في أن تتخذ قرار ما أو تقدم على تصرف أو تمتنع على ذلك وهذا يثير في ذهن أي دارس سؤالا مهما؛ إذا كان مجال الاختصاص مقدرًا و محددًا مسبقًا فهل يمكن تصور وجود هامش لممارسة السلطة ؟

أكد ستكون الإجابة بالنفي لا و جود للسلطة في حال الاختصاص المقيد، لأن إرادة الإدارة في هذا الصدد هي ما أرادة المشرع، من هذا المنطلق تعترف معظم القوانين للإدارة بمجال تقديري و ذلك للاعتبارات التالية:

أولاً: اعتبارات عملية:

بقدر ما يكون المشرع حريصا على وضع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو تلك التي تنظم العلاقات بين الإدارة و متعاملليها، فإنه لا يستطيع التنبؤ بكل ما يطرأ من مستجدات يفرضها الواقع، وهي بمثابة مشكلات تدفع الإدارة للتدخل للمحافظة على المصلحة العامة والمصالح الفردية . فإذا كان التشريع يستهدف ما يجب أن يكون، فإن الإدارة تجد نفسها

أمام ما هو كائن . لذلك فمن موجبات تمام العمل الإداري تمكين الإدارة و تسليحها بهامش من الحرية، يسمح لها بممارسة نشاطها في ما يتعلق بإدارة المرافق العامة، أو ممارستها لسلطتها الضبطية من أجل المحافظة على النظام العام

ثانيا: الكفاءة الإدارية

تمتلك الإدارة الدراية الكافية لاختيار ما هو أصلح من التصرفات وتحيط بكل تصرفاتها فكرة تحقيق المصلحة العامة التي ينتظرها الأفراد، فلكي لا تتحول الإدارة إلى مجرد آلة لتطبيق القانون فإن المشرع في حد ذاته يمنح لها هامشا تقديريا نظرا لكفاءتها ومعرفتها بما يجب أن يكون عند كل تصرف كما يعترف لها القضاء لا يراقب تقدير الإدارة بذاته ضمانا لتطبيق أهم المبادئ الدستورية وهو مبدأ الفصل بين السلطات و إن كانت رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة تتمثل في رقابة ملاءمة الظروف و الملابس التي تم فيها التقدير¹.

ثالثا: اعتبارات قانونية.

أول المبررات لوجود سلطة في يد الإدارة نجد القانون في حد ذاته، لأن المشرع عندما يسن القوانين فعادة ما تكون عامة و مجردة، لا تخاطب فردا بعينه، فيستعين بالإدارة في تطبيق القوانين ، و ذلك من مركزها القيادي في الدولة . فقد ضمن الدستور حرية الإدارة عند تكريسه لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاثة، كما نجد أيضا في الدستور حق الإدارة لأن تشريع بأوامر ومراسيم في المجال غير المخصص للسلطة التشريعية، وخير مثال على ذلك القانون الذي ينظم الصفقات العمومية، فهو صادرا على السلطة التنفيذية في شكل مرسوم رئاسي.

خلاصة:

إن سلطة الإدارة و صلاحيتها أمرًا معترف به فقها و قضاء و يعد ضروريا للعمل الإداري، ما دامت الإدارة تستهدف به تحقيق المصلحة العامة و تسيير المرافق و تنظيمها خدمة للجمهور و مشاركة منها في الحياة العامة.

و كون العقود الإدارية وسيلة من وسائل الإدارة لتحقيق ذلك، خاصة الصفقات العمومية التي تستهدف تسيير المال العام بما يتوافق مع متطلبات الجمهور تبرز في هذا المقام العلاقة بين الصفقات و مدى صلاحيات السلطة التي تتمتع بها الإدارة في هذا الإطار، وهذا مل سوف يتضح في كل مرحلة من مراحل الصفقة العمومية.

¹ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 174