جامعة 08 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم العلوم القانونية و الإدارية

تخصص قانون عام (منازعات إدارية)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

الموضوع :

تنفيذ العقود الإدارية

إعداد الطالبتين :

- عـــايدة يحياوي
- فـــاطمة بـــودور

تحت إشـــــراف:

الدكتور: عصـــام نجاح

تتشكل لجنة المناقشة

الرقم	الإسم و اللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د/ عصام نجاح	08 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر	مشرفا
2	د/ لويزة نجـــار	08 ماي 1945 قالمة	أستاذة محاضرة	رئيسا
3	د / مراد ميهوبي	08 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2014- 2015

تشكرات

"اللهم بنورك اهتدينا،

وبفضلك استغنينا، وفي كنفك أصبحنا وأمسينا،

أنت الأول فلا شيء قبلك وأنت الآخر فلا شيء بعدك"

الحمد والشكر لله رب العالمين

على نعمه التي أنعم علينا بها من علـم ومعرفـة وعلى إعـانته في

إنجـاز هذا العمـل حيث منحنـا صبرا جميرا وقوة

لمواصلـة هذا البحـث ثـم نتقدم

بجزيـل الشكر وفـائق

التقدير للأستـاذ المؤطر أستاذنا الفـاضل ... لك منا كل

الثنـاء والتقديـر،

بعدد قطرات المطر، وألـوان الزهر، وشذى العطر، على جهودك

القيمـة،

من أجل الرقي بمسيرة دراستنا.. للنجاحات أناس يقدرون معناه،

وللإبـداع أنـاس يحصدونـه،

فأنت أهل للشكر والتقدير فلك منا كل الثناء والتقدير

أستـاذ: "عصـام نجـاح".

مقدمة

تمارس الإدارة نوعين من الأعمال لأداء النشاطات المنوطة بها، تختلف في طبيعتها ووصفها القانوني، وهي الأعمال المادية والأعمال القانونية، وهذه الأخيرة يراد بها تلك الأعمال التي تجريها الإدارة بقصد إحداث آثار قانونية، إما إنشاء أو تعديل أو إلغاء لمراكز قانونية قائمة.

تتخذ الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة مظهرين، يتمثل المظهر الأول في تصرفات قانونية تقوم بها الإدارة من جانب واحد وبإرادتها المنفردة وهي القرارات الإدارية التي تعد من أهم الوسائل القانونية التي من خلالها تستطيع أداء واجباتها في إدارة المرفق العام وحماية النظام العام.

غير أن أسلوب القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الإلزام وفرض الأمر دون إرادة الأفراد لا يكفي لتلبية كافة الأهداف المنشودة للإدارة، لأنه لا يحقق بالدرجة الكافية احتياجات المرافق العامة التي تتطلب تعاون الإدارة مع الأفراد في سبيل تحقيقها، لذلك فإن الإدارة تلجأ إلى طريقة الاتفاق الودي مع الأفراد، فهي بذلك لا تستطيع التصرف في أموال الأفراد أو الاستعانة بخدماتهم قسرا عنهم وبصورة مطلقة، بل تعتمد على طريقة التعاقد معهم فينشأ بينها وبين الأفراد عقد، وهو المظهر الثاني من الأعمال القانونية للإدارة.

وأن دراستنا تنطوي على العقود الإدارية بوجه خاص دون غيرها من القرارات الإدارية، وهدف نظرية العقود الإدارية مزدوج يتضمن تحقيق الصالح العام وخضوع الإدارة للقانون العام، والتطور الذي عرفته هذه النظرية جعلها تأخذ شكلها الحالي في بدايات القرن العشرين، فأصبحت نظرية قضائية من النظام العام، واستمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي، فمن المؤكد أن نشأة العقود الإدارية ارتبطت ارتباطا وثيقا بنشأة القضاء الإداري الذي ترجع بداياته الأولى في فرنسا إلى الظروف التاريخية التي واكبت الثورة الفرنسية وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء

العادي حماية للإدارة من تدخله، وجعلها تخضع للقضاء الإداري، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العام كأخذ الشروط التي يعتمد عليها القضاء الإداري لاعتبار العقد إداريا، حيث يتحقق اختصاص القضاء الإداري، ويعتبر العقد إداريا عندما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام، وقد طور مجلس الدولة الفرنسي معايير العقد الإداري، حيث اشترط أن تأخذ الإدارة بأسلوب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في مجال القانون الخاص لكي يتصف العقد بالصفة الإدارية، وبذلك فإن نظرية العقود الإدارية قد نشأت في كنف الازدواج القضائي، فوجود القضاء الإداري ساهم في إنشاء القانون الإداري وضمنه نظرية العقود الإدارية.

ويقوم العقد بصفة عامة على أساس توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فإذا ما تخلف هذا القصد انتفت صفة العقد، فليس كل اتفاق بين طرفين يشكل عقد، وتخضع العقود الإدارية لذات أسس وأركان العقود المدنية، بحيث تتفق مع هذه الأخيرة في كونها تنشأ من توافق إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها، وكذلك في أركان العقد الثلاثة وهي الرضا، المحل، السبب، ويشترط لقيام العقد وانعقاده صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية شروط صحة وسلامة الرضا من عيوب الغلط، التدليس، الإكراه والغبن، سلامة المحل والسبب من عيوب عدم المشروعية.

وتختلف عنها في أمور ومبادئ كثيرة تجعل للعقود الإدارية طبيعتها الخاصة والذاتية المتميزة عن عقود القانون الخاص، بطابع خاص مناطه امتيازات السلطة العامة ومقتضيات المرفق العام الذي يستهدف تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة وبالتالي يمكن القول أن العقد الإداري هو العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وعليه فإن المعيار المميز للعقد الإداري وفقا للفقه والقضاء إنما يقوم على ثلاثة معايير فقهية وهي:

المعيار العضوي والذي يتمثل في إضفاء الصفة الإدارية على العقد يجب أن تكون الإدارة طرفا فيه فالعقد الإداري وسيلة لتسيير النشاط الإداري، إضافة إلى أن قواعد القانون الإداري وجدت لتحكم نشاط الإدارة، فحسب هذا المعيار فإن عقد الإدارة العامة يعتبر عقدا إداريا إذا كان أحد طرفيه إما الدولة أو الهيئة العمومية المستقلة أو الولاية أو البلدية، أو المؤسسات العامة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما المعيار الموضوعي فلا يكفي لوصف العقد بأنه عقدا إداريا أن تكون الإدارة ممثلة في أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه وكي تضفي الصفة الإدارية على العقد، ويمكن اعتباره عقدا إداريا لابد أن يرتبط مضمونه بالمرفق العام، وذلك حتى يمكن تطبيق قواعد القانون الإداري الذي أساسه المرفق العام، أي أن ما دام المرفق العام هو أساس القانون الإداري فلابد لاعتبار العقد عقدا إداريا من ارتباط واتصال هذا العقد بالمرفق العام حتى يعتبر عملا قانونا إداريا، ويطبق عليه القانون الإداري.

المعيار الشكلي أو ما يسمى بالشرط الاستثنائي غير المألوف بحيث لا يعتبر العقد إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويقصد بها إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي الطرفين أو أحدهما حقوقا أو يحملها التزامات لا يمكن أن يسلم بها إداريا المتعاقد في ظل القانون الخاص.

والعقود الإدارية أنواع كثيرة، فباستثناء ما يمنعه القانون ليس هناك مانع أن تتناول هذه العقود مواضيع مختلفة، لذا من غير الممكن تعداد كل العقود الإدارية لأن نشاط الإدارة متنوع جدا ولكن ميدانيا ومن أبرز هذه العقود نجد العقود الإدارية بنص القانون، كما هو الحال بالنسبة للعقود الواردة في المادتين 4 و13 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهي عقد الأشغال العامة واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، كما نجد أيضا إلى جانب هذه

العقود عقد تسيير المرفق العمومي أو ما يسمى عقد الامتياز، والعقود المتعلقة بالعقارات التابعة للأملاك الوطنية، والعقود المتعلقة ببيع المقاولات العمومية.

ونظرا لأهمية العقود الإدارية عموما، لاسيما الصفقات العمومية من مختلف الجوانب الاقتصادية فقد أحاط القانون عملية إبرامها وعقدها بجملة من القيود والإجراءات، وذلك وفقا لأساليب وشكليات مختلفة حيث وضع المشرع الجزائري إجراءين للتعاقد كقاعدة عامة يؤخذ بإجراء المناقصة، ولها طريق يعتبر أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة العمومية حرية أكبر لاختيار الشخص الذي ستتعاقد معه.

وبعد إبرام العقد يدخل الطرفين في مرحلة تنفيذه، وتعتبر مرحلة تنفيذ العقود الإدارية مرحلة في غاية الأهمية سواء بالنسبة للإدارة أو بالنسبة للمتعاقد، فالإدارة تسعى من وراء تنفيذ العقد الإداري إلى تحقيق مصلحة عامة، وإشباع حاجيات المرفق العام، أما المتعاقد فغايته هي الحصول على الربح المادي وهكذا فإن أثناء تنفيذ العقد الإداري يحصل تفاعل بين حقوق وامتيازات الإدارة، وحقوق والتزامات المتعاقد، وهذا ما يجعلها تتميز عن العقود المدنية، فمصلحة الطرفين في العقد المدني تكون متساوية ومتوازنة بينما في العقد الإداري يكون هناك تغليب للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا الحيز سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة حسب ما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتصدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذا حقها في توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري حتى دون رضا المتعاقد ودون تدخل من القضاء.

وأمام اتساع نطاق سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ولأنه لا يجوز التضحية بالمصلحة الفردية في سبيل تحقيق المصلحة العامة كلية، فللمتعامل المتعاقد مع الإدارة مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها، وهي حقوق اعترف بها الفقه والقضاء الإداريين بهدف تمكينه من الوفاء بالتزاماته، وذلك

بحصوله على المقابل المالي الذي تلتزم به الإدارة نظير قيامه بتنفيذ ما عليه من التزامات في العقد، إضافة إلى ذلك فإن الإدارة تلتزم في مواجهة المتعاقد معها بضمان التوازن المالي للعقد الإداري، بأن تمنحه تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، فقد يحدث وأن تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا وفي بعض الأحيان مستحيلا.

وتعتبر حقوق المتعاقد مع الإدارة بمثابة التزامات للإدارة المتعاقدة، وفي مقابل هذه الحقوق يلتزم المتعاقد بجملة من الالتزامات عند تنفيذ العقد، تتمثل في التزامه بالتنفيذ الشخصي للعقد، وأن يكون التنفيذ خلال الآجال المتفق عليها.

وتبرز أهمية البحث من الناحية النظرية أن ما تملكه الإدارة من امتيازات وسلطات أثناء التنفيذ نتيجة لإجراءات عامة تصدرها ولكنها تؤثر في بعض الأحيان وعلى التزام المتعاقد في زيادة الأعباء المالية التي يتعرض لها، وليس من العدل أن يتحمل المتعاقد تلك الأعباء ويكون ضحية للظروف السيئة التي لا دخل له فيها دون أي تعويض، وفي مقابل ذلك قد يمتنع الأفراد عن التعاقد مع الإدارة.

أما من الناحية العلمية فتكمن أهمية الموضوع بوصفه نتيجة طبيعية لتزايد العقود الإدارية، ولجوء الدول إلى إبرامها، للنهوض بمهامها في تسيير المرافق العامة تلبية لمتطلبات المواطنين وسد حاجاتهم لها، وغاية ما تطمح إليه الإدارة في ذلك هو خدمة المرفق العام وضمان سيره عن طريق تنفيذ المشاريع في أسرع وقت وبأفضل المواد والمواصفات والطرق الفنية وبأقل تكلفة خدمة للمصلحة العامة.

من الأسباب والدوافع الرئيسية التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع منها ما يرد إلى دوافع ذاتية، ومنها ما يرد إلى دوافع موضوعية، فمن الدوافع الذاتية هي رغبة منا في معرفة موضوع تنفيذ العقود الإدارية وآثارها على العلاقة التعاقدية، وبهذا فقد حاولنا أن نكون مساهمين ولو بصفة مختص رة في إعطاء حافز لمن يلينا من الباحثين للتوغل أكثر في هذا الموضوع.

ومن الدوافع الموضوعية هي أنه من المواضيع الحساسة والدقيقة، والدافع الأساسي في اختيار هذا الموضوع هو الإلمام بجميع جوانبه لاسيما الجانب القانوني منه، بالإضافة إلى فقر المكتبة الجزائرية لأبحاث متخصصة في هذا المجال إذ تكاد تخلو من أي عمل أكاديمي متخصص في تنفيذ العقود الإدارية بناء على أحكام التشريع الجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أهم الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع نذكر منها مذكرة علي بن شعبان المقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام التي تناولت هذا الموضوع من خلال التعرض لآثار عقد الأشغال العامة فقط دون غيره من العقود الإدارية.

إضافة إلى ذلك نجد أطروحة الدكتوراه لسعيد عبد الرزاق باخبيرة التي خصصت موضوعها بالحديث عن سلطة واحدة فقط هي سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دون سلطات الغدارة الأخرى إلا أننا حاولنا في هذا البحث الإلمام بكافة جوانب موضوع تنفيذ العقود الإدارية، وذلك حسب أخر قانون صادر في مجال الصفقات العمومية لسنة 2010 التي نوقشت في كلية الحقوق "بن عكنون"، جامعة الجزائر "يوسف من خدة" السنة الدراسية 2007-2008 و التعديلات التي طرأت عليه .

ومن الصعوبات التي تلقيناها في إنجاز هذه الدراسة:

- قلة المراجع المتخصصة في موضوع تنفيذ العقود الإدارية.

- أن موضوع تنفيذ العقود الإدارية موضوع قصير ما يصعب تحليله من الناحية القانونية خاصة كون دراستنا تنصب في هذا المجال.

ونظرا للأهمية التي يطرحها موضوع تنفيذ العقود الإدارية على الصعيدين النظري والعملي نطرح الإشكالية التالية: ما هي امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في تنفيذ العقد الإداري؟ وهل تجسد مبدأ العدالة القانونية؟.

وقصد الإحاطة بكل جوانب الموضوع سوف نحاول معالجة أهم التساؤلات التي يثيرها هذا الموضوع والتي منها: ما هي حقوق وامتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ؟ وفيما تتمثل الضمانات التي كلفها المشرع في مواجهة سلطات الإدارة؟ وما هي الالتزامات المفروضة عليه؟.

و للإجابة على هذه الإشكالية الرئيسة والتساؤلات المتفرعة عنها، اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال دراسة النصوص القانونية وتحليلها، وكذلك الأمر بالنسبة للاجتهادات القضائية وتبيان المبادئ القانونية واستنباطها منها، وكذلك اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال التعرض للقانون المنظم للصفقات العمومية القديم ومقارنته بالمرسوم المنظم للصفقات العمومية الجديد حسب أخر تعديلات، وعليه تأسيسا عما ذكرناه سابقا ارتأينا تقسيم الخطة إلى فصلين، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، تناولنا فيه سلطات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد الإداري التي تتمثل في سلطة الرقابة وسلطة التعديل في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه سلطات الإدارة في حالة عدم التزام المتعاقد بشروط العقد، بتبيان سلطتها في توقيع الجزاءات وفي إنهاء العقد

الفصل الثاني: حقوق و التزامات المتعاقد مع الإدارة، تناولنا فيه حقوق المتعاقد مع الإدارة، وهي حقه في الحصول على المقابل المالي، والحق في إعادة التوازن المالي للعقد، هذا في المبحث الأول، أما المبحث الثاني، فقد بينا فيه التزامات المتعاقد مع الإدارة، بالالتزام بالتنفيذ الشخصي، والالتزام بالتنفيذ خلال الأجل المتفق عليه.

ولقد تمت معالجة الإشكالية وفقا للخطة التالية:

مقدمة

الفصل الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها

المبحث الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية

المبحث الثاني: سلطات الإدارة في حالة عدم التزام المتعاقد بشروط العقد

المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد.

الفصل الثاني: حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة

المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

المطلب الثاني: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

المبحث الثاني: التزامات المتعاقد مع الإدارة

المطلب الأول: الالتزام بالتنفيذ الشخصي

المطلب الثاني: الالتزام بالتنفيذ خلال الأجل المتفق عليه

خاتمة

الفصل الأول

سلطات الإدارة المتعاقدة في

مواجهة المتعاقد معها

تسود في العقود المدنية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي تقتضي أنه متى قام المتعاقدان بإبرامه صار ملزما للطرفين ويجب على كل منهما تنفيذ ما التزم به من التزامات وواجبات والتمتع بما يعطيهما هذا العقد من حقوق دون أن يكون لأي منهما الحرية في التصرف فيه انفراديا، ولكن هذا المبدأ لا يسري على العقود الإدارية حيث تتمتع الإدارة بمركز متميز في مواجهة المتعاقد معها، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على سير المرافق العامة، بانتظام واضطراد، وفي سبيل ذلك يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد مع الإدارة.

ومن هذا المنطلق تملك الإدارة امتيازات وسلطات وحقوق خلال عملية تنفيذ العقد، وتملك نفس السلطات في حالة عدم الالتزام بالتنفيذ من قبل المتعامل المتعاقد معها، وهذا ما سنعالجه في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد.

المبحث الثاني: سلطات الإدارة في حالة عدم إلتزام المتعاقد بشروط العقد.

المبحث الأول

سلطات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد

يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز التزاماته التعاقدية في مواجهة الإدارة، وتقوم الإدارة خلال فترة التنفيذ بممارسة حقها في الرقابة والتوجيه، كما تقوم بتعديل العقد بما يحقق المصلحة العامة.

وتبعا لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في الرقابة

تتمتع الإدارة باعتبارها طرفا في العقد الإداري بامتيازات السلطة العامة فإن هذا يعطيها حقا في الرقابة على كيفية تنفيذ المتعاقدين معها لالتزاماته، وسوف نلقي الضوء على هذه السلطة من حيث تبيان مدلولها (في الفرع الأول)، وأساسها القانوني (في الفرع الثاني)، وحدودها (في الفرع الثالث).

الفرع الأول: مدلول سلطة الرقابة

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، ولها حق لإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، وتقترب سلطة الرقابة من سلطات أخرى مشابهة لها لذا يجب التمييز بين هذه السلطة وما يشابهها.

أولا: المعنى الضيق والواسع للرقابة

يتمثل المعنى الضيق للرقابة في الإشراف، والمعنى الواسع يتمثل في التوجيه.

1 -المعنى الضيق للرقابة (الإشراف)

تكون سلطة الإدارة في الرقابة وفقا للمعنى الضيق مرادفا لمعنى الإشراف، ويكون تدخل الإدارة عند هذا الحد، في الحقيقة ممهدا لتسلم العمل عند إتمامه، فهو مكمل لرقابة الفحص عند الاستلام.[1]

[1]- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا، "دراسة مقارنة"، منشورات الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص:117.

حيث تستهدف الإدارة المتعاقدة بهذه السلطة أن يقوم المتعاقد معها بتنفيذ العقد وفقا للمواصفات والشروط التي تضمنتها نصوصه وقائمة الشروط العامة الملحقة به، وغالبا تتم الرقابة في هذا النطاق في صورة أعمال مادية كدخول أماكن، استغلال المرفق والمخازن والورش والمصانع عبر الفنيين والأخصائيين التابعين للإدارة للتأكد من أن العمل يسير طبقا للقواعد المحددة وفقا للمواصفات الفنية المطلوبة واستلام بعض الوثائق من المتعاقد بالإطلاع عليها وفحصها، أو إجراء التحريات، أو تلقي شكاوي المتضررين والبث فيها.[1]

وقد تتم الرقابة في صورة أعمال قانونية، كتعليمات أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد معها، والرقابة بهذا المعنى تتم أثناء تنفيذ العقد، باعتبار أنها سلطة مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد.[2]

وسلطة الإدارة في الرقابة تختلف في مداها من عقد إداري إلى آخر، فهي محدودة في عقد التوريد وأكثر اتساعا في عقود الأشغال العامة، إذ أن الإدارة غالبا ما تمارس هذه السلطة عن طريق إرسال مهندسيها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقا للمدى الزمني المحدد ووفقا للمواصفات المذكورة في العقد، حيث تتأكد الإدارة من سلامة الأشغال ونوعية المواد المستعملة فيها، وذلك عن طريق أعوانها المتخصصين الذين يشرفون على حسن تنفيذ الأشغال بما يقومون به من زيارات تفتيش لمواقع الأشغال هذا التفتيش الذي ينصب خاصة على الموارد المستعملة ومدى مطابقتها لتلك المعايير والمواصفات المنصوص عليها في العقد من حيث نوعيتها وكذلك السهر على استعمالها بالطريقة المثلى ويلتزم المقاول بتنفيذ ما يتلقاه من توجيهات من الأعوان في هذا الخصوص، والرقابة بهذا المعنى الضيق الذي يعني الإشراف هو حق مسلم به للإدارة في جميع عقودها وهو من العناصر العادية في عقود الأشغال العامة.[3]

2 –المعنى الواسع للرقابة (التوجيه)

تتجاوز سلطة الرقابة أحيانا وبحسب طبيعة العقد وموضوعه المعنى الضيق السابق للرقابة، فتسمح الإدارة لنفسها بأن تتدخل في أوضاع التنفيذ وطلب تغيير بعضها، كأن تطلب استعمال طريقة في التنفيذ مختلفة عن الطريقة المتبعة من قبل المتعاقد.[4]

---

[1]- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الثانية، 2012، ص: 114.
[2]- نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص: 115.
[3]- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية: 2011-2012، ص: 40.
[4]- عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص: 119.

حيث قد تغير الإدارة في بعض الأوضاع وذلك في الحالات الغير منصوص بشكل صريح، كأن تتدخل الإدارة في عقد الأشغال العامة لتفرض على المقاول إتباع كيفيات غير تلك التي اختارها مما يجعل مفهوم الرقابة هنا يتسع ليصبح بمعنى التوجيه حيث تمارس رقابتها بمفهومها الواسع (التوجيه) عن طريق ما تصدره من أوامر وتعليمات، وهذه الرقابة هي حق مقرر في عقد الأشغال العامة بصفتها صاحبة المشروع، ولا تملك الإدارة استعمالها في عقودها الأخرى إلا إذا كان منصوصا عليها في العقد.[1]

وهذه السلطة تتم وفقا لأعمال قانونية، كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عن إتباع مثل هذه الطريقة أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ.[2]

ثانيا: التمييز بين سلطة الرقابة والتصرفات المشابهة لها

1 -التمييز بين سلطة الرقابة والتعديل

تختلف سلطة الإدارة سواء بمفهومها الضيق أو بمفهومها الواسع لمدلولها عن باقي التصرفات التي قد تصدر عن الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ العقد الإداري، فسلطة الرقابة بمفهومها الواسع تمتد إلى توجيه أعمال تنفيذ العقد عن طريق اختيار وتحديد وسائل وطرق التنفيذ في حالة عدم النص عليها في العقد، أما إذا نص في العقد على استعمال مواد أو طرق معينة في التنفيذ فإن التدخل بتوجيه التنفيذ على خلاف ما هو متفق عليه (كطلب استعمال مواد أو طرق للتنفيذ غير المنصوص عليها في العقد)، فإن الإدارة بذلك تعدل من شروط العقد أي أن ذلك يدخل في استعمال سلطة أخرى هي سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.[3]

وعليه فإن المعيار المأخوذ به للتمييز بين سلطة الرقابة والتعديل هو "معيار موضوعي" وليس معيار شكلي، وحسب هذا المعيار فانه متى كانت الإدارة تستخدم الحقوق العقدية بغرض الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وتعديل المعطيات الأولية له، فإنها بذلك تستخدم حقها في التعديل وليس الحق في الرقابة، وبالمقابل إذا كانت الإدارة تقتصر في حال استخدامها للحقوق العقدية للرقابة والإشراف على

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 40-41، نقلا عن: محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، دون تاريخ نشر، ص: 809.

[2]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص: 117.

[3]- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص:220.

تنفيذ العقد بهدف تكييف الالتزامات الأولية مع حسن تنفيذ العقد، عندئذ نستطيع القول بأن الإدارة تباشر حقها في الرقابة والإشراف وليس التعديل.[1]

2 –التمييز بين سلطة الرقابة وسلطة الضبط الإداري

تختلف سلطة الرقابة أيضا عن سلطة الضبط الإداري، من حيث النظام القانوني والوسيلة والهدف، فسلطة الضبط الإداري تهدف إلى تحقيق النظام العام بمدلولاته الثلاث: أمن عام، صحة عامة، سكينة عامة، بواسطة ما تصدره الإدارة المختصة من قرارات بهذا الشأن فهي إجراءات بوليسية تتخذ بناء على لوائح (تنظيمات) وتمارسها جهات إدارية قد لا تكون ذات الجهة الإدارية المتعاقدة.[2]

وتمارس الإدارة هذه السلطة بموجب قرارات إدارية في مواجهة كافة الأفراد سواء كانوا متعاقدين معها أم غير متعاقدين، ولتحقيق الحفاظ على النظام العام، تستطيع أن تتخذ الإدارة، إجراءات الضبط أو البوليس التي تراها مناسبة وعلى المتعاقد أن يلتزم بتنفيذها شانه شأن بقية الأفراد في المجتمع كمنع العمل في أوقات معينة في الأماكن المأهولة بالسكان أو منع التلوث البيئي، ولا يستطيع المتعاقد تجاهلها على أساس أن العقد لا ينظمها ولا ينص على مثل هذه الأمور فهذه الأمور موجهة للمتعاقد ولغيره من عامة الناس وليس أمامهم بما فيهم المتعاقد إلا الطعن فيها قضائيا.[3]

وسلطة الضبط الإداري تجد أساسها في أنها سلطة مقررة دستوريا للحكومة في اتخاذ إجراءات تمس الحريات العامة والنشاط الخاص بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره الأساسية من أمن وهدوء وسكينة وصحة عامة، أما سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري فهي جزء من نظرية العقد الإداري، وتجد هذه السلطة أساسها ومبرر وجودها في فكرة الصالح العام وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة.[4]

وتستطيع الإدارة فرض جزاءات جنائية في حال الخروج على أوامر وإجراءات الضبط وكمبدأ عام لا يجوز للإدارة أن تستفيد من وضعها كسلطة عامة لتفرض على المتعاقد معها إجراءات وتدابير بوليسية

[1]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص:809 و810.
[2]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 42.
[3]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص: 810.
[4]- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص: 222.

مصحوبة بجزاءات جنائية استنادا إلى سلطتها الرقابية باعتبار أن المشرع وحده هو الذي يملك تجريم أخطاء المتعاقد، لأن لكل من السلطتين (الضبط والرقابة) نطاقها الخاص ونظامها القانوني المختلف وإن أقدمت سلطة الضبط على ذلك فإنه يمثل عيب عدم الاختصاص أو عيب الانحراف بالسلطة بحسب الأحوال.[1]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة

للبحث عن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية لابد من الوقوف على القواعد التي تتركز عليها هذه الرقابة، فقد يرد النص على هذه الرقابة في العقد الإداري أو دفاتر الشروط، وقد يرد أيضا في القوانين والتنظيمات، وقد لا يرد نص يحدد كيفية ممارسة الرقابة في بعض الحالات، لذلك لابد من بحث مسألة الأساس القانوني للرقابة في حالة وجود نص يحدد هذه الرقابة وفي حالة عدم وجود نص يحددها.

أولا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة عند وجود نص بشأنها

قد يرد النص على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية في العقد أو في دفاتر الشروط، أو بعض القوانين المتعلقة بطائفة معينة من العقود التي تعطي لمانح الالتزام حقا في ممارسة سلطة الرقابة على الملتزم.[2]

وسلطة الرقابة المستمدة من العقد أو دفاتر الشروط تختلف عن تلك المستمدة من نصوص القوانين والتنظيمات، فبالنسبة للسلطات المقررة للإدارة بمقتضى القوانين والتنظيمات قد تشمل كذلك سلطات الضبط الإداري القائمة خارج النطاق التعاقدي وتلك التي تنظم سلطات الرقابة الحقيقية المقررة للإدارة والتي كذلك تعتبر مجرد تطبيق وترديد لامتيازات الدولة وسلطتها في تنظيم المرافق العامة وإدارتها مثل تلك التي تنظم المركز اللائحي في عقد التزام المرافق العامة، والتي تخول الإدارة تنظيم المرفق أو تعديل

[1]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص: 811 نقلا عن: عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة، 1997، ص:28.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص: 239.

أوضاع إدارته واستغلاله أو تلك التي تخول الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة فمباشرة الإدارة لهذه السلطات تتم بقرارات إدارية عادية لا صلة لها بالرابطة التعاقدية حتى ولو كان العقد قد رددها.[1]

أما سلطة الرقابة المقررة بموجب العقود ودفاتر الشروط، مثلما جاء في نص المادتين: 81 و88 من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر بشأن تقرير وتنظيم سلطات الإدارة في توجيه عقد الأشغال العامة.[2]

وكذلك نص المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم: 89 لسنة: 1998، نصت على أنه: "يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولا عن حفظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات ...".[3]

وهذه النصوص وفق قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر تندمج في شروط العقد، حيث قررت أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفترض، فإن قبلوا حال – قيامها– على التعاقد مع الإدارة فقد ارتضوا بكل ما ورد بها من أحكام ومن ثم تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزء منها لا مناص من الالتزام به.[4]

هذا الوضع بالنسبة لمصر، أما في فرنسا فقد نصت المادة 10 من دفتر الشروط العام في فرنسا، تكريسا لسلطة الإدارة في الرقابة بإعطائها حق إصدار أوامر خدمة للمتعهد خلال تنفيذ الأشغال، المتعهد ملزم وفقا لأحكام هذه المادة بالامتثال لأوامر الخدمة التي يوجهها إليه المهندس المختص وفقا للأصول، علما بأنه لا يعمل بالأوامر الإدارية إلا إذا كانت خطية، ويكمن أن تكون أوامر الخدمة تعديلا للأشغال وزيادة في كمية الأشغال.[5]

أما في الجزائر فإنه بالرجوع إلى دفتر الشروط العامة الجزائري نجد هذه السلطة (الرقابة) تتجلى بوضوح حيث نصت المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري على أن: "يجب أن تكون الأدوات من كل نوع وصنف أو اختيار من الصنف الجديد ... ولا يجوز استخدامها إلا بعد إجراء

---

[1]- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص: 131، نقلا عن أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973، ص: 292.

[2]- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع نفسه، ص: 137.

[3]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص: 120.

[4]- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص: 137، نقلا عن حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر في: 1968/01/06، المجموعة السنة 13، رقم: 50، ص: 369.

[5]- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: 118-119.

التحقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري أو منتدبيهم بناء على سعي من المقاول...".[1]

وكذلك المادة 1/2 من دفتر الشروط الخاص بتهيئة مختلف شوارع وأحياء بلدية بلخير، دائرة قلعة بوصبع، ولاية قالمة، التي نصت على أنه: "يعترف المتعامل المتعاقد بأنه قام بنفسه وتحت مسؤوليته بدراسة شروط الإنجاز والاستعمال وأنه أخذها بعين الاعتبار خلال تحريره الأسعار من أجل تنظيم عمله وحسن اختيار الأدوات المستعملة في الإنجاز".[2]

وكذلك الفقرة الثانية من نفس المادة التي نصت على: "... وعليه الامتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة إن استلزم الأمر القيام بإنشاء ترتيبات جديدة.

المتعامل المتعاقد ملزم بالامتثال لأوامر بعض الإدارات التي يرى أنه من الضروري قبل كل بدء الأشغال إبلاغ المصالح المختصة ومالكي القطع الأرضية التي يمر بها المشروع قبل ثمانية (8) أيام على الأقل وهذا من الجانب الأمني لتجنب تعكر سير المصالح العمومية".

كذلك نص المادة 2/3 في الفصل الثالث من دفتر الشروط الخاص بتهيئة حي محمداتني علي (الشطر الأول)، بلدية الفجوج، دائرة هيليوبوليس، ولاية قالمة لسنة 2015، التي نصت على أنه: "يلتزم المتعامل المتعاقد بـــ: .... وبإتباع الأوامر والتفصيلات المعطاة من طرف المصلحة المتعاقدة"، وقد استندت مهمة الرقابة على تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته حسب المادة 3 فقرة 3 من دفتر الشروط الخاص بتهيئة حي محمداتني علي، التي نصت على: "يتكفل بمتابعة ومراقبة الأشغال تقنيون من البلدية ومن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة ..." [3]

أما بالرجوع إلى النصوص القانونية، فقد نص المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، في المادة 36 منه إلى: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل التقنية والمالية والتجارية".[4]

---

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص:43.

[2]- دفتر الشروط الخاص بتهيئة مختلف شوارع وإحياء بلدية بلخير، دائرة قلعة بوصبع، ولاية قالمة، العرض التقني، الظرف "أ" ص:8.

[3]- المادة 3 فقرة 2 و3 من دفتر الشروط الخاص بتهيئة حي محمداتني علي (الشطر الأول)، المتضمن العرض التقني، بلدية الفجوج، دائرة هيليوبوليس، ولاية قالمة، لسنة 2015، ص: 12.

[4]- المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد: 58 الصادرة في: 2010/10/07 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 201، والمرسوم الرئاسي رقم 11/222، المؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد34، الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في: 2012/01/18، ج ر عدد 4، الصادرة

كذلك المادة 35 منه التي نصت على أنه: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة".

ويتضح من هذه النصوص أن هذه السلطة هي امتياز يخول الإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة وإتمامها على النحو المتفق عليه.[1]

فهذه السلطة واسعة في عقد الأشغال العامة الذي عرفه المشرع بأنه الصفقة التي تهدف إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها في ظل احترام البنود التي تحددا المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.[2]

وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقة الانجاز وتمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة إنجاز الصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة 19 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 236/10 بنصها: "كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعنيها".[3]

حيث يتم الإشراف والتوجيه هنا عمليا من خلال تعليمات توجه للمتعاقد ولمكتب الدراسات على حد سواء وتدون في محضر موقع الانجاز وتتمتع هذه التعليمات بالقوة الملزمة مثل القرار الإداري تماما متى كانت صادرة من الأعوان الإداريين المكلفين رسميا بالإشراف على التنفيذ،[4] فالأوامر التي توجهها الإدارة للمتعاقد معها تعتبر من قبل القرارات الإدارية باعتبارها أعمالا قانونية صادرة عن جانب واحد هو الإدارة وما على المقاول إلا الاستجابة لها مع حقه في الطعن ضدها أمام القضاء بعد تنفيذها أو لإقامة دعوى بوقف تنفيذها.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بدون نص

إن خلو العقد الإداري من نص يعطي للإدارة حقا في الرقابة على تنفيذه لا يحرمها من مباشرة هذا الحق، فهو حق أصيل مقرر لها كسلطة عامة تستمده من المبادئ العامة للقانون الإداري في حالة عدم النص عليه في العقد، ويقتصر دور النص إذا وجد على الكشف عن حق الإدارة في استعمال هذا الحق

بتاريخ: 2012/01/26، والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج ر عدد 2، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013، ص: 11.

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991، ص: 257.

[2]- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص:07.

[3]- المادة 19 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي236/10، السالف الذكر، ص: 08.

[4] -www.univ-medea.dz/.../p.13pdf

وتنظيم وبيان وسائل وشروط مباشرة الإدارة له، وهذه السلطة تجد أساسها في فكرة المرفق العام لا النصوص التعاقدية في سلطة ثابتة حتى ولو لم ينص عليها العقد.

حيث يؤكد العديد من الفقهاء على أن مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد هو الذي يعطي الإدارة المتعاقدة الحق في ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ عقودها حتى لو لم ينص عليها في العقد بل تمارس دون حاجة إلى موافقة المتعاقد مع الإدارة .[1]

يكون هذا الحق للإدارة أثناء قيام المتعاقد بتنفيذ العقد، فلها إصدار الأوامر للقيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، سواء كانت تتعلق بالجانب المادي أو الإداري أو الفني وللإدارة هذا الحق ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد.

وهذه السلطة لها وثيق الصلة بالمرفق العام فكلما قويت صلة العقد بالمرفق العام كلما زادت تلك السلطات كعقد الأشغال العامة، وكلما ضعفت العلاقة مع المرفق كلما ضعفت معها تلك السلطات كعقد التوريد البسيط مثلا.[2]

وبما أن الرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد، فإن هذه السلطة مستمدة من خصائص العقد الإداري، فالعقد لا ينشؤها إنما يقتصر على مجرد تنظيمها وتحديد مجال تطبيقها، وسلطات الإدارة في هذه الحالة إنما ترتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في نشاطها التعاقدي كما في سائر أنشطتها الأخرى، فإن الرقابة والإشراف لها وثيق الصلة بالمصلحة العامة لذلك فليس من الضروري إدراجها في بنود العقد وهي تعد بمثابة دعامة قوية لحماية المال العام، ويترتب على استبعادها بموجب أن ينص بطلان هذا العقد بطلانا مطلقا.[3]

وتعتبر سلطة الرقابة والتوجيه من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل أقرت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة.[4]

---

[1]- نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، الجزائر، ص: 29.

[2]- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية قضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص:100.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 240.

[4]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائري، 2007، ص: 143.

الفرع الثالث: مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة

بما أن أساس سلطة الرقابة والتوجيه هو اتصال العقد بالمرفق العام، لذلك فإن هذه السلطة يختلف مداها باختلاف العقود الإدارية، حيث تزداد هذه السلطة كلما قويت الصلة بالمرفق العام في العقد، وتضعف عندما تتناقص الصلة بالمرفق العام ذلك سنبحث حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز وعقود التوريد.

أولا: مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة في عقود الأشغال العامة

يمكن تعريف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأجزاء أو الشركات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد وبقصد تحقيق منفعة عامة.[1]

واتجهت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى تعريفه بأنه: " ...عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد".[2]

ويترتب في عقد الأشغال العامة نتيجة أساسية فيما يتعلق بسلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة على مقاول الأشغال العامة، تتمثل في وجوب قيام المقاول بتنفيذ التزاماته تحت إشراف وتوجيه الإدارة من بداية تنفيذ العقد وحتى نهايته.

والإدارة في عقد الأشغال العامة هي رب العمل وهذا الأمر يعطيها سلطة واسعة في الرقابة على المقاول وتوجيهه، والذي يتعين عليه الاستجابة لتعليمات الإدارة حيث أن حقها في رقابة تنفيذ العقد حق أصيل يمكن أن تبلغ فيه إلى أبعد مدى، وتأخذ الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة عدة صور:

1 -الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع

تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال وتبدأ مدة التنفيذ في السريان من التاريخ المحدد في العقد أما إذا لم ينص العقد على تحديد تاريخ البدء في التنفيذ، فإن هذا

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 46.

[2]- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، "دراسة تطبيقية"، دار الفكر الجامعي، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2014، ص:61.

الموعد يحسب من تاريخ إعلام المقاول بالأمر المصاحب بالبدء في تنفيذ الأشغال، [1] أو ابتداء من اليوم الموال لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول، طبقا لما جاء في المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية الجزائري التي تقضي بأنه: "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

ويتضح من نص المادة أن أمر الخدمة أو الأمر المصاحب هو أمر تنفيذي يتعين على المقاول احترامه والتقيد بما جاء فيه ورفض الرضوخ لقرارات المصلحة المتعلقة بآجال مباشرة الأشغال نجد خطأ تعاقدي يعطي للمصلحة المتعاقدة حقا في توقيع الجزاءات عليه.[2]

2 – تحديد خطوات سريان العمل و مواعيد تسليم الأشغال

في الغالب تنص عقود الأشغال العامة أو دفاتر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي يتم فيها تلك الأعمال وكذلك مواعيد التسليم، [3] أما إذا جاء العقد خاليا من تحديد خطوات الأشغال ومواعيد التسليم فإن مندوبي المصلحة تلزم المقاول بتنفيذ الأشغال خلال المدة المنصوص عليها حتى ولو تلقى أمرا بتغيير طرق أو وسائل التنفيذ، وذلك متى قدر الفنيون في الجهة الإدارية أو المعين من جانبها للإشراف على التنفيذ أي المقاول لا يستطيع الانتهاء من التنفيذ في المدة المحددة أصلا.

3 -الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بهام وقتا أو استبدال العمال

يحق لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف والتوجيه على تنفيذ عقد الأشغال العامة أن يرفضوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع رديء أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها فيجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد الأمر بهدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال على خلاف المتفق عليه في العقد المبرم وإعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المعتمد طبقا للمادة 513 من دفتر الشروط الخاصة بتهيئـــــة حي محمداتني على بلديـــــــة الفجوج دائــرة هيليوبوليس

[1]- الملحق 01.
[2]- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقد ة اتجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو،الجزائر، 2013، ص31.
[3]- الملحق 02.

ولايـــــــــة قالمـــــة لسنـــــــة 2013 حيث نصت على: " لا يحق لل متعامل المتعاقد إنجاز أي أشغال ومهما كانت الظروف، إلا بعد الموافقة المسبقـــــة للمصلحة المتعاقدة وتبليغه الأمر بالخدمة، كما أن الأشغـــــــال المنجزة مخالفة للأمر يمكن رفضها، ويكون تهديمها تحت مسؤولية وعلى نفقـــــــة المتعامل المتعاقد إلا إذا فضلت المصلحة المتعاقـــدة إبقـــــاء عليها على أن يتم تحقيــق سعرها عن السعــر العـــــــادي".

وقد تمتد سلطـــــــة المصلحة المتعاقدة في الرقابـــــــة فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثـــــال أن تطلب تغيير عمال المقـــــاول إما لعدم الكفاءة المهنية أو لنقص في النزاهـــــة أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيــذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفـــــة شروط العقد، [1] طبقا للمـــــادة 513 الفقرة 02 التي نصت على: "في حالـــــــة معاودة نفس الأحداث فإنـــه يمكن للمصلحة المتعاقــدة مطالبـــــــة المتعامل المتعاقد بتغييـــــر العمـــــال المتسببين في الحـــادث وحتى تسجيل ضعف المتعامـــل المتعاقــد بواسطة أمـــــــر المصلحـــــة".

إلا أن سلطـــة الرقابـــــة في عقد الأشغـــال العامـــــة ليست مطلقة بل تخضع لاعتبارات قوامها التوازن بين المصلحة العامة وحماية المقاول من تعسف الإدارة والالتزام بمبدأ المشروعية فإذا ما ترتب على تنفيذ المقاول لذلك الأوامر تكليفه بأعباء مالية جديدة غير المقررة، يكون للمقاول الحق في المطالبة بالتعويض.[2]

ثانيا: مظاهر سلطة الرقابة في عقود الامتياز

عرف جانب من الفقه في الجزائر عقد الامتياز بأنه: « عقد أو اتفاق تكلف الادارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص:74.
[2]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص:135.

تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق».[1]

فيما يتعلق بعقد التزام المرافق العامة فإن لمانح الالتزام أو الجهة الإدارية أن تراقب إنشاء المرفق موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية الإدارية والمالية ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات التي يقوم بإنشائها الملتزم لاستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام، ومن حق الإدارة استعمال سلطة التوجيه في عقد الامتياز استنادا إلى أن المرفق العام ما هو إلا مشروع يعمل بانتظام واضطراد لسد الاحتياجات العامة لجمهور المنتفعين، ومن مقتضى مراقبة الإدارة وسير المرفق العام أن يكون للإدارة تعيين مندوبين عنها في جميع الإدارات المرفقية مهمتهم دراسة كيفية قيام الملتزم بإدارة المرفق وتقديم توصياتها في هذا الشأن.[2]

ولا يعد قيام الدولة بإدارة أحد المرافق العامة عن طريق عقد الامتياز أو التزام المرافق العامة تنازلا أو تخليا منها عن ذلك المرفق بل تظل مسؤوليتها قائمة تجاه الأفراد عن إدارته واستغلاله وضمان انتظامه حيث تقتصر رقابة الإدارة على الملتزم بالتحقق من كفالة سير المرفق العام محل الالتزام بانتظام واضطراد، وتأخذ سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الامتياز ثلاث صور أساسية من الرقابة هي: فنية وإدارية ومالية.

1 -الرقابة الفنية

ويقصد بها الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية المتعاقدة على الشركة المكلفة بالمشروع، فيما يتعلق باستغلال المرفق موضوع العقد من أن هذا الاستغلال يتم وفقا للاشتراطات الفنية المتفق عليها، ولا يكون للإدارة هنا الحق في بسط رقابتها على هذه الشركة، والتأكد بنفسها من أن هذه الأخيرة "الشركة" تلتزم تلك المواصفات المتفق عليها والتأكد من أنها تقوم بالتنفيذ وفقا لما هو ثابت بالعقد ودفاتر الشروط، ويكون ذلك عن طريق فنيين تقوم الإدارة بإرسالهم إلى موقع المشروع للاطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسومات ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية.

1 -https://mega.co.nz/#!FcdwBRhQ!Brh_ix9yJfhVE8NEDWiUfEdnAVEm1AUuTacP0AraYck

2- بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية" دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، ريم للنشر والتوزيع، دون بلاد النشر، 2011، ص 516.

2 -الرقابـــــــة الماليـــــــــــــة

ويقصد بالرقابة المالية حق الجهة الإدارية المتعاقدة في التفتيش على حسابات الشركة المكلفة بالمشروع المتعلقة باستغلال المرفق العام موضوع العقد، فللجهة مانحة الالتزام حق إجراء التفتيش على حسابات الملتزم الخاصة على اختلاف أنواعها، لذا فإن عقود الالتزام تلزم الملتزم بمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها.

3 -الرقابـــــــة الإداريـــــــــــــــــــة

يعرفها البعض بأنها جهد منظم تقوم به الجهـــــة الإداريـــــة المتعاقدة بوضع معايير أداء، تنسجم مع الأهداف المبتغاة من إقامـــــة المشروعات العامـــة، ومقارنة الأداء الفعلي مع معايير الأداء الموضوعة سلفا، للتأكد من مدى انسجام ما يحدث في الواقع العملي مع ما هو وارد بالاتفاقيات الموقعة والقوانين واللوائح السارية، ومن ثم التعرف على نقاط الضعف والأخطاء لتصحيحها ومنع تكـــرار حدوثهـــــا.[1]

وسلطة رقابـــــة الإدارة للملتزم ليست مطلقـــة حيث يتعين ممارستها في إطـــار مبدأ المشروعية، وفي حدود ما يتطلبه ضمـــان حسن تنفيـــــذ العقـــــــد.

ثالثا: مظاهر سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقد التوريد

يعرف عقد التوريد بأنه اتفـــاق أحد الأشخاص المعنوية العامـــــة وأحد الأفراد أو الشركات بموجبـــه يلتزم الفرد أو الشركة بتوريد منقولات لازمـــة لم رفق عام مقابل ثمن، ومن نطـــاق عقد التوريد الإداري، وتتفـــاوت سلطة الإدارة في رقابـــــة وتوجيه المورد بحسب نوع عقد التوريد الإداري، فالرقابـــــة في عقود التوريد العاديـــــة لا تكون بذات القـــوة والصرامة كما هو الحـــال في عقود التوريد الصناعية أو الحربية، وذلك بالنظر لتفاوت وأهميـــة تلك العقود هذا من ناحية، وعلى ضوء حجم تدخل المورد في عملية التصنيع قبـــل التوريد من ناحيـــــــــة أخرى.[2]

1 -عقود التوريد العادية

---

[1]- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرافق العامة، "دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 شأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012 ص 555، نقلا عن أحمد محمد إبراهيم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ B.O.T ،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2008، ص: 167.

[2]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص: 814

تقوم عقود التوريد العادية على أساس حرية المورد في تحديد واختيار طرق تنفيذ هذا العقد، ومن ثم فإذا خلا عقد التوريد من نص يجيز للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذه فإن هذه السلطة لا تقوم وذلك على خلاف عقد الأشغال العامة والالتزام والتي تكون فيهما سلطة الرقابة حق أصيل للإدارة، حيث أن الإدارة في عقد التوريد تستمد سلطتها في الرقابة من نصوص العقد ذاته.[1]

فيكون للمصلحة المتعاقدة مثلا الإشراف على المتعاقد بمناسبة ما يستخدمه من عمال أو معاونين له في التنفيذ وكذلك على المصادر التي يحص منها على بضائعه كما تحتفظ الإدارة بحق فحص واختيار الأصناف المتفق على توريدها بهدف التأكد من مطابقتها للأوصاف المحددة في العقد، وتتميز عقود التوريد العادية بأن المورد يتمتع بحرية اختيار طريقة الحصول على المواد المطلوب توريدها فيستقل في تحديد واختيار طرق تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا يتقيد في ذلك إلا بنصوص العقد المبرم.[2]

2 -عقود التوريد الصناعية

حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في عقود التوريد الصناعية يقصد بها، أن الإدارة لا تتفق على مجرد التوريد العادي للأصناف – بمعنى الشراء لأصناف معينة- بل تتضمن قيام المورد بنفسه وبإمكانياته بتصنيع البضائع المتفق عليها ثم توريدها، وفي هذه الحالة لا تقتصر رقابة الإدارة كما هو الحال في عقود التوريد العادية على فحص الأصناف المتفق عليها عند التسليم، وبذلك تتجاوز الرقابة المحدودة، وبناء عليه تتمتع الإدارة بسلطات رقابية أكثر اتساعا من عقود التوريد العادية، نظرا للطابع الفني الخاص الذي تتميز به هذه الطائفة من عقود التوريد، فتشمل الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية.[3]

حيث تتمثل الرقابة الفنية في مراقبة عمليات تصنيع الأشياء محل التعاقد ، ويشمل ذلك التأكد من سلامة المواد المستخدمة في التصنيع ومطابقتها للمواصفات الفنية المتعارف عليها، أما الرقابة المالية فتتمثل في الرقابة المحاسبية التي تباشرها الإدارة على المورد بهدف التأكد من سلامة

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 74و 75.
[2]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص: 58.
[3]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص: 818 و819.

اقتصاديات مشروعـــة ويتم ذلك بواسطة مندوبي الإدارة والذين يلتزم المورد باطلاعهم على كافـــــة المستندات والدفاتـــر اللازمة لأداء عملهـــــم.[1]

أما الرقابـــة الإدارية فتتمثل في الإشراف على المورد بصدد استخدامه لموظفين أو عمال المصانع التي توكل لهم مهمـــــة تنفيذ موضوع العقد ومراقبـــة سيـــر العمـــل وفقا للخطط السابق الاتفـــاق عليها بين الإدارة والمورد، ورغم اتساع سلطات الرقابـــــــة الإداريـــــة فإن الأمر يستوجب ألا يصل إلى حد إعاقـــــــــة المورد في إدارة المشروع.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في تعديل العقود الإداريةِ

للإدارة سلطة تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية وحقها في ذلك مستمدة إما من العقد الإداري ذاته التي قد ينص فيه على إعطاء الإدارة المتعاقدة هذا الحق، وإما أن تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها، في ضوء ما يطرأ من متغيرات لم تكن قائمة وقت إبرام العقد، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي في الفرع الأول، وأساليب وتطبيقات السلطة في الفرع الثاني، ونطاق تطبيقها في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الادارة في تعديل العقود الإدارية

القاعدة الأساسية أن السلطة العامـــــة هي صاحبة الكلمة العليـــا في تنظيم وإدارة المرافق العامة رعايـــة للصالح العام،[2] فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأساس القانوني لهذا الحق يكمن في فكـــــرة السلطـــة العامـــــــة، بينما الرأي الغالب يميل إلى اعتنـــاق فكـــــــــرة المرفق العام.

أما بالنسبة للقضاء الإداري فقد كرس فكـــــرة سلطة الإدارة في التعديل على أنها من الخصائص المميزة لنظـــام العقود الإداريـــــــة عن نظام العقود المدنيـــــة، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية المصرية، وكذلك القضـــاء الإداري في الجزائـــــــر.

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 85، نقلا عن: محمد سعيد أمين، فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص: 189 وما بعدها.

[2]- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري "ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري"، درا الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلاد نشر، 2009، ص: 287.

أولا: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل

يرى جانب كبير من الفقه أن هذه الفكرة تشكل أساس القانون الإداري وهي المعيار لتحديد نطاق تطبيقه، وبالتالي اختصاص القضاء الإداري،[1] وأن حق التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة بحيث تباشر الإدارة سلطة التعديل بالإدارة المنفردة باستعمال امتياز من امتيازات السلطة العامة التي تملكها، بحيث تكون مكلفة دائما بأن تراعي الضرورات الملحة للمصلحة العامة، وإن كانت قد فوضت أحد الأفراد بأسلوب التعاقد الإداري للمساهمة في تحقيق الهدف، فإنها تبقى دائما صاحبة الحق الأصيل في أن تراعي تلك المصلحة.

وحق الإدارة في التعديل لا يكون بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة في مواجهة فرد من الأفراد، حيث تصدره الإدارة إلى المتعاقد لقرار إداري خارج عن العقد ومنفصل عنه détachable، فهو ليس ممارسة للسلطة العامة بل ممارسة للولاية العامة.

ويسير بعض الفقه المصري في هذا الاتجاه حيث يرى أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري يجد أساسه في فكرة السلطة العامة، فيلاحظ على سبيل المثال: الدكتور مصطفى كمال أن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون لها بصفتها متعاقدة بل باعتبارها سلطة عامة، فالإدارة وهي في موقف السلطة العامة تجاه المتعاقد تملك ما لا تستطيع أن تفعله كطرف متعاقد.[2]

كما اعتبر الدكتور " أحمد عثمان عياد " قيام الإدارة بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة مظهرا من مظاهر السلطة العامة تمارسه الإدارة في مجال العقود الإدارية.[3]

وعليه فإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون بصفتها متعاقدة بل باعتبارها سلطة عامة تواجه شخص قانوني معين.[4]

ولقد لقيت هذه الفكرة التأييد من طرف العديد من الفقهاء: فيرى الأستاذ « Péquignot. George » أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها هو

---

[1] - Georges Vedel, Droit Administratif, 4eme édition, Paris, 1968,P :40 .

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد ، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص: 191، نقلا عن: مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، العدد الأول، 1979، ص 108.

[3]- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص: 22.

[4]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 334.

مظهر من مظاهر السلطـــــة العامـــــة في العقود الإداريـــــة، تباشره باستعمال امتيـــاز التنفيذ المباشـــر.[1]

ومن جهته يشير فـــــلام « flamme » إلى أن: حق الإدارة في أن تعــدل شروط العقد من دون حاجـــة لرضا الطرف الآخر، وهو حق أصيل لها مستمد من صفعتها كسلطة عامـــة لا يمكنها النزول عنه وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقـــد.[2]

غير أنه تم انتقاد هذه الفكرة وذلك، على أساس أن السلطة العامة ليست الغايـــــة أو الأساس الذي تركز عليه الإدارة لتبرير حقها في التعديل إنما هي الوسيلـــــة لتحقيق غايـــــة النفع العام، فالإدارة تستطيع ممارسة سلطة التعديل في أي وقت تشـــاء دون حاجة لتوفر مستلزمات هذا التعديل وهذا يتنافى طبعا مع الغايـــــــة الأساسية التي تسعى إليها الإدارة دوما وهي المصلحة العامـــــــــــــــة.

ثانيا: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل

يتمثل أساس سلطة التعديل وفق أصحاب هذا الاتجـــــاه في أن التعديل الانفرادي من قبل الإدارة للعقد الإداري يجد أساسه القانوني في فكرة المرفق العام، ويتمثل أساس هذه السلطـــة في مبدأ قابليـــــة المرفق العام للتعديل والتأقلم مع المعطيات الجديدة، ويرى مجمل الفقه الفرنسي وخصوصا الحديث أنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامـــــة، وتغيراتها المفاجئة، من أمثلتهم يرى الأستاذ "دي لوباديـــــــر": أن قيام الإدارة المتعاقدة بتعديل عقودها لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة، والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق أو احتياجات الجمهور نفسه.[3]

وهو ما يؤكده الفقيـــــــه "جيـــــــــــر": غير أنه يجعله قاصرا على عقدي الأشغال العامـــــــة وكذا عقد الامتياز ومرد ذلك هو أن بعض شروط هذين العقدين لائحيـــــــــــــــــــة.

---

[1]- محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، الجزائر (مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام)، 2013، 2014، ص34.

[2]- سهام شقطمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون عام،كلية الحقوق، جامعة باجي مختار،2010-2011 ، ص: 23.

[3]- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص: 192.

كما أن أغلب الفقه المصري تبنى هذه الفكرة حيث يؤسس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على مقتضيات المرفق العام القابلة دائما للتغيير، فيؤكد "الدكتور سليمان محمد الطماوي": أن سلطة الإدارة في التعديل يقوم على احتياجات المرافق العامـــــــة، وليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.

وهو نفس الرأي الذي أيده الدكتور "فـــــؤاد العطـــــار" أيضا، وأكد أن سلطة الإدارة في التعديل تستمد كيانها وتتأسس على طبيعة استمرار سير المرفق العـــــام بانتظام واضطراد.[1]

وبنفس الاتجاه يمضي الدكتور: "توفيـــق شحاتـــــــة" ويؤكده، حيث ينبغي دائما الوفـــــاء بحاجات تلك المرافق حتى تكون متماشية مع التطور ات الحديثـــــــة التي قد يستلزمها مقتضى سير المرافق العامة.

يرى الأستاذ "بيكينيو" « Piquignot » أنه ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المر افق العامـــــة بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق، وبالتالي يكون للإدارة الحق في التعديـــل الانفرادي لشروط العقد المتعلقة بالمرفق العام، وأن هذه هي فكـــرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة المبدأ الأساسي في القانون الخاص، وهو مبدأ الثبات والقوة الملزمـــــة.[2]

وقد استقر قضاء مجلس الدولـــــــة المصري وإفتاؤه على هذا الرأي، حيث قضت محكمة القضـــاء الإداري بصراحة ووضوح بأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سيـــــــر المرفق، ومن شأن ذلك يكون لجهـــــة الإدارة، وهي صاحبـــــة الحق في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره من تعديـــــــل العقـــــد.[3]

وقضت المحكمة الإدارية العليـــــــا في مصر أيضا: " أن جهـــــــة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديـــــل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزاماتـــــه المتعاقد معها ... بشـــرط أن تقتضي حاجـــــــة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل." [4]

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 464.

[2]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص: 196.

[3]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص: 337.

[4]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص: 337، نقلا عن المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن 3985 س 35 ق جلسة 1992/11/15، موسوعة العقود الإدارية، حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص: 230.

إذن فسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري تجد أساسها في فكـــــرة المرفق العام، إذ يجب دائما الوفـــــاء باحتياجات تلك المرافق، حتى تكون متماشية مع التطورات الحديثـــــــة وهذا هو الرأي الراجح.

ومن خلال ما تناولناه نجد أن الفقه يرجح سلطة الإدارة في التعديل إلى أنها مزيج بين فكرتين هما احتياجات المرافق العامة وكذا سلطة الإدارة في تحقيق تلك الاحتياجات وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها العامة اقتضت حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات المرافق العامة، كما أن في نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة.[1]

كما نرى أن سلطة أو حق التعديل الانفرادي لشروط تنفيذ العقد ليست مبنية على فكـــــرة واحدة كأساس بالشكل الذي يراه البعض، بل هي مبينة على عـــدة أفكـــــار مرتبطة ببعضها البعض، ولا يمكن الفصل بينها ولا تصلح أي منها منفردة للاعتمـــــاد عليها كأساس.

ففكرة السلطة العامة، وفكرة المرفق العام كلاهما مجتمعة تشكل الأساس الذي تخول الإدارة حق التعديل الانفرادي، فعن طريق المرفق العام تعمل الإدارة على تحقيق الصالح العام، وهو هدفها الأساسي من إبرام العقد ومن أجله خولها المشرع استعمال السلطة العامـــــة.

كما أنهما فكرتان متلازمتان لأنه من الناحية العملية ليس هناك فرق بين التعريف الموضوعي للمرفق العام وفكـــــرة النفع العام باعتبار أن المرفق هو نشاط يهدف لتحقيق نفع عام، وحيثما وجدت المصلحة العامـــــة أمكن استخدام السلطة العامـــــة.

الفرع الثاني: أساليب ومظاهر سلطة التعديل

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى الأساليب والوسائل التي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة التعديل، ونماذج عن بعض العقود التي تتمكن الإدارة من تعديلها.

أولا: أساليب سلطة التعديـــــــل

[1]- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص: 220.

المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لقانون الصفقات العمومية عبر مراحل مختلفة أكد على أن الطبيعة القانونية للصفقة العمومية ، هي عقود إداريـــة وبالتالي فإن الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الإداري كسلطة التعديل، تباشر على الصفقة أيضا باعتبارها عقدا إداريا، ويتم التعديل عن طريق الملحق، كما يتم التعديل خارج الصفقة.

1 -التعديل عن طريق الملحق

يمكن أن تكون شروط الصفقة العمومية محل تعديل اتفاقي ينتج عن اتفاق جديد للإرادتين المتعاقدتين يطلق عليه اسم "الملحق".

يجسد المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، السالف الذكر، هذه الآلية في القسم الخامس منه، المتضمن المواد 102-106، إذ تنص المادة 102 منه على أنه: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم".

أ - تعريف ملحق الصفقة العمومية

لم يعرف الملحق من خلال النصوص الفقهية أو الاجتهادات القضائية، ولم يتم وضع تعريف له إلا من خلال قانون الصفقات العمومية وذلك سواء في التنظيم السابق من خلال المادة 88 من المرسوم التنفيذي 434/91، والمادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم: 250/02 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 301/03 والمرسوم الرئاسي 338/08، أو التنظيم الجديد، والمتمثل في المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر المـــــــادة 103 منه، والتي تنص على: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".[1]

فكل القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر تعرضت لتعريف الملحق، وقد أجمعت كلها على تعريف موحد للملحق في الصفقة ،[2] والمتمثل في أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وأن الدافع الجوهري من إبرامه هو التعديل في الالتزامات التعاقدية والتعديل يحتمل الزيادة، أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها اتصال مباشر لموضوع الصفقة.

[1] - عدلت بموجب المادة 12، المرسوم الرئاسي 23/12 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في: 2012/01/18، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 4، الصادرة بتاريخ: 2012/01/26، ص:15.

[2] - الملحق 03.

والجديد الذي أتت به التنظيمات في هذه المادة في الفقرة الثالثة والتي تنص على: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف".

ب -شروط إبرام الملحق

يستدعى تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر عدة شروط أهمها:

1 -يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية، مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من قبل السلطة المختصة، أي أنه لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد لتعديل البنود التعاقدية بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة لذلك.

2 -أن يخضع الملحق كأصل عام للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية.

3 -أن لا يؤثر الملحق على العقد بصفة جوهرية بتعديل محلها وقلب اقتصادياتها رأسا على عقب ،[1] وأن كل تعديل يمس بشروط الصفقة الأصلية بصفة جوهرية، و ذلك أثناء مدة سريانها يؤدي إلى انشاء صفقة جديدة.[2]

2 -التعديل خارج الصفقة

يمكن أن يحدث تعديل في شروط الصفقة أثناء تنفيذها، وذلك خارج الإطار التعاقدي، واتفاق الأطراف المتعاقدة على هذا التعديل، بل نتيجة تد ابير متخذة من قبل مصالح متعاقدة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى تغيير شروط تغيير الصفقة دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها، وترتبط هذه التعديلات بتطبيق نظرية فعل الأمير، كما يمكن أن تنتج بسبب نظرية الظروف الطارئة أثناء تنفيذ الصفقة الخارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وكذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهذا ما سنحاول التطرق له وتفسيره في الفصل الثاني.

ثانيا: مظاهر سلطة التعديل

[1] -Fabrics Gartner, « des rapports entre contras administrative et intérêt général », In RFDA, N°01, Dallas, 2006 P :22.

[2] -Jean David DREYFUS, « Lamodification d'un Marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? ».

يكمن أساس سلطة الإدارة في التعديل في مقتضيات سير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، وأن هذا التعديل يسري على جميع العقود الإدارية، لذا سنتناول بعض تطبيقات هذه السلطة على بعض العقود الإدارية للصفقات العمومية، وعقد الأشغال وعقود الامتياز.

1 -سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة

يجد عقد الأشغال العمومية أساسه القانوني في التشريع الجزائري في المادتين 4 و12 من قانون الصفقات العمومية، غير أن المشرع وإن اعتبر عقد الأشغال العمومية كعقد إداري، إلا أنه عزف عن تعريفه تاركا ذلك للفقه والقضاء.[1]

وهدف صفقة الأشغال العامة هو قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، فتتمتع المصلحة المتعاقدة في هذه الصفقة بسلطات واسعة فيما يتعلق بالتعديل نظرا للعمليات المعقدة التي تتضمنها والطبيعة الخاصة التي تتميز بها كونها تستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذها، وتتضمن دفاتر الشروط، ونصوص الصفقة، تفصيل سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل، إلا أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لها وليست منشأة، نظرا لأن المصلحة المتعاقدة تسهر على حماية الصالح العام، وهي لا تستطيع التحلل من هذا الواجب الذي يقتضيها البحث عن أفضل الأساليب الفنية والوسائل القانونية التي تساعد على تحقيق هذا الهدف، ومن هذا قام حق الإدارة في إدخال شروط جديدة تتضمن تعديلات في الشروط الواردة في الصفقة الأصلية.

تبدو سلطة التعديل في أبرز مظاهرها فيما يتعلق بصفقة الأشغال العامة، اعتبارا أن جهة الإدارة هي صاحبة المشروع، وهذا ما تؤكده المادة 5.4/12 من دفتر الشروط العامة [2] التي تنص أنه على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه "الأمر المصلحي: هو قرار إداري ويترتب على ذلك أن هذا الأمر ملزم للمقاول الذي يصدر إليه، ويلتزم بتنفيذه ويتعين عليه احترامه، وتنفيذ ما جاء به"، [3] وعليه أن يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل، وعادة ما تصدر تلك الأوامر من بعض

[1]- في حين عرفه المشرع الفرنسي في المادة 2 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي إذ جاء فيها:
« Les marches publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maitrise d'ouvrage ».

[2]- القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر، عدد 06، المؤرخة في 19 يناير 1965. النص بالفرنسية، ج ر المؤرخة في 11 ديسمبر 1964

[3]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 475.

الأعضاء الفنيين في الإدارة وخاصة المهندسين المكلفين بالإشراف على تنفيذ الأشغال العامة بقصد التعديل فيها أو تكملة الناقص منها.

أ -الأعمال "غير المتوقعة"

يقصد بها أعمال لم تظهر في الصفقة، لكنها ليست غريبة عنها، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الأعمال غير المتوقعة تكليف المقاول بنقل التربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض،[1] أو إعادة قناة تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور، ومثل هذه الأعمال جرى مجلس الدولة الفرنسي على السماح للإدارة بها وتستطيع تكليف المقاول للقيام بها ممارسة لحقها في التعديل.

هذا ما تنص عليه المادة 01/27 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر حيث تقضي أنه: "لا يجوز للمقاول بغية التنصل من التزامات صفقته أو بغية تقديم أية شكوى، الإدعاء بمطالب قد تكون ناجمة عن الاستغلال العادي للأملاك العمومية والمصالح العمومية ولاسيما وجود وحفظ شبكات القنوات والمجاري والأسلاك من كل نوع وكذا عن الورشات الضرورية لنقل أو تحويل تلك المنشآت، ما عدى الاستثناءات المنصوص عليتها بصفة خصوصية في دفتر الشروط الخاصة".

ب -الأعمال الإضافية

فهي أعمال لم تظهر في العقد، مثل تكليف المقاول بمد السد إلى مسافة إضافية نتيجة التغيير غير المتوقع لمجرى النهر ،[2] وقد عرفها القضاء الإداري المصري بالقول: "الأعمال الإضافية في عقود الأشغال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية...."[3].

ومما يمكن إشارته هو شروط دفع الأثمان وأسعار الإضافات التي قام بها المقاول، فالإدارة المتعاقدة مسؤولة عن نوع أثمان وكلفة الإضافات إلى المقاول، غير أن دفع هذه الأثمان يلزمه توفر عدة شروط منها:

- ضرورة تحرير أوامر التعديل

وهذا ما أكدته المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل من ضرورة إصدار أوامر المصلحة المتعاقدة للمقاول بانجاز أشغال إضافية، تكون بصورة كتابية.

---

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1932/12/23، أشار إليه سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص:485.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص:470.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص: 56.

وبالتالي حتى يستطيع المقاول أن يحصل على أثمان الأعمال الإضافية، يجب عليه أن يثبت وجود أمر تحريري بأعمال إضافية، صادرة إليه من الإدارة المتعاقدة، والهدف من فرض تحرير هذه الأوامر تجنب للمنازعات التي قد تثور بين الإدارة المتعاقدة والمقاول.[1]

ومن الشروط المطلوبة كذلك في الأمر التحريري هو ضرورة أن يكون الأمر مسبب ومعللا، أي لابد للإدارة المتعاقدة أن توضح الأسس التي جعلتها تلجأ إلى الأعمال الإضافية.

- **عدم إدراج كلفة وثمن الأعمال الإضافية في العقد الأصلي**

إن إدراج الأعمال الإضافية في العقد الأصلي يعتبر خروجا عن نطاق الأعمال الإضافية، فالأعمال الإضافية لا تدرج أصلا في العقد الأصلي وهذا حتى لا تكون أمام دفع كلفتين للأعمال الإضافية.

- **ضرورة إصدار أمر التعديل قبل إكمال الأعمال الأصلية وقبل مباشرة العمل الإضافي**

الأصل أن يصدر أمر العمل بالأعمال الإضافية قبل الانتهاء من الأعمال الأصلية المدرجة في العقد، ويجب أن يصدر قبل بداية إجراء الأعمال الإضافية.

- **عدم تنفيذ المقاول للعمل الإضافي من تلقاء نفسه**

لا بد للمقاول أن يحصل على أمر تحريري صادر عن الإدارة المتعاقدة تأمره بالقيام بالأعمال الإضافية، وبالتالي عند قيام المقاول بأعمال إضافية من تلقاء نفسه فالإدارة صاحبة الأشغال غير ملزمة بدفع كلفة الإضافات ولكن مجلس الدولة الفرنسي أجاز حصول المقاول على ثمن وكلفة هذه الإعمال الإضافية، رغم عدم حصوله على أمر تحريري من الإدارة في الحالات التالية:

- **الأعمال الإضافية**

هي الأعمال الغير منصوص عليها في العقد ولكنها ضرورية لحسن سير وسلامة الأعمال الأصلية، أي أن هذه الأعمال ضرورية للعمل الأساسي، وبالتالي يكون ثمن وكلفة هذه الأعمال الإضافية هو السعر المتفق عليه في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية، مجلس الدولة الفرنسي يشترط حالة الضرورة لإضافة هذه الأعمال.

- **الأعمال النافعة**

[1]- المادة 02 و05 من الملحق 03.

هي تلك التي تعود بالفائدة على الإدارة صاحبة الأشغال أي أنها أعمال ذات فائدة ونفع للمصلحة المتعاقدة.

ومن بين المبادئ التي أرستها المحكمة الإدارية العليا في مصر هو أن تكون التعديلات بالأعمال الإضافية من ذات النوع وحسب الأعمال الأصلية ، بحيث تكون بالزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة المالية مع المتعاقد الأساسي عليها في ذات الفئات والأسعار الخاصة لك ل نوع أو جنس الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية ، حيث إذا كانت الأعمال الإضافية مثبتة الصلة بالأعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة، وليس من الضرورة من إسنادها إلى ذات المقاول.

وتكمن التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية، في طريقة الثمن، ففي الأولى يقدم الثمن استقلالا عن الثمن المتفق عليه في العقد، أما الثانية فيقدم بناءا على السعر الوارد في العقد.[1]

ويجب على الإدارة ألا تستعمل حقها في فرض أعمال غير متوقعة أو إضافية إلا بحسن نية، وإلا أجاز للمقاول علاوة على حقه في استيفاء ثمن الأشغال المنجزة، أي يطلب بالتعويض عما أصابه من ضرر.

2 -سلطة التعديل في عقد الامتياز

عقد الامتياز هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم –فردا أو شركة– على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، من خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز.[2]

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في بعض النصوص، حيث نجد المادة 76 من الأمر 12/05 المتضمن قانون المياه،[3] عرفت باعتباره عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباري أو طبيعي، عام أو خاص، قصد خدمة ذات منفعة عمومية.

كما عرف القضاء الإداري الجزائري عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة، بكونه "عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، للاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد وتواصل، مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت، وقابل للرجوع فيه... ".[1]

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 470 و471.

[2] - للمزيد من التفاصيل حول عقد الامتياز، أنظر: حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص: 2012.

[3]- الأمر رقم 12/05: المؤرخ في 2005/07/24، ج.ر 60 صادرة في 2009/09/04، ص: 03.

تبرز سلطة التعديل الانفرادي بصفـــــة خاصة في عقد الامتياز، لك ونها تجد أساسها في فكـــرة المرافق العامـــة، وانتظام سيرها وقابلية العقد للتعديل، ومن أمثلـــة ذلك حالة اتساع العمران، وهذا يتطلب مسايرة لحركة العمران من قبل مرافق الميـــــاه والنور والنقل، فمسايرة حركة العمران بالنسبـــــة لمرافق النقل معناه إضافـــــة وإنشاء خطوط جديدة وزيـــــادة عدد العربات، أم بالنسبة لمرفق الميـــــاه والنور فمعناه تزويد المساكن الجديدة بالمـــــاء والنـــــــور.

ولقد نصت المادة 05 من القانون رقم 129 سنة 1974 المتعلق بتنظيم التزام المرافق العامة في مصر على أنه: "لمانح الالتزام دائما ومتى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

ومن خلال هاته المادة: فإن الجهة مانحة الالتزام لها سلطة التعديل وهذا التعديل يشمل إما قواعد تنظيم استغلال المرفق أو تعديل قوائم الأسعار، ويمكن تعديل العناصر التالية: صاحب الامتياز، مدة الامتياز، نطاقه، الإتاوة التي يدفعها الملتزم للخزينة العامة.

أما في الجزائر وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي 323/95 المتضمن استغلال المواد المرجانية، نجد أن سلطة الإدارة في التعديل مقررة بموجب المادة 07 منه التي تنص على أنه: "لا ينبغي استغلال مناطق صيد المرجان مدة تفوق خمس سنوات متتالية.

ويمنع استغلالها بعد انتهاء الأجل المحدد في الفترة السابقة مدة دنيا قدرها خمسة عشرة سنة حتى يمكن المرجان من أن يتكاثر طبيعيا ضمنها.

ويتعين في هذه الحالة على الإدارة المكلفة بالصيد البحري أن تغلق هذه المناطق رسميا بحضور السلطات المدنية والعسكرية المعنية.

وتظهر سلطة التعديل من خلال هذه المادة في مدة تنفيذ العقد، والتي يمكن أن تعدل من أجل التكاثر الطبيعي للمرجان."

والجدير بالذكر أن الإدارة وإن كانت تملك سلطة تعديل عقد الامتياز ليست حقا مجرد، بل هي في الواقع تحمل طابع الواجب، إذ يتعين على الإدارة أحيانا أن تتدخل للحفاظ على السير الحسن للمرفق العام.

---

[1]- قرار مجلس الدولة الجزائري، صادر في 2004/03/09، قضية رقم 1195، نقلا عن:عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص: 98.

الفرع الثالث: نطاق سلطة التعديل

تستطيع الإدارة تعديل بنود العقود الإدارية التي تبرمها، لكنها لا تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية مطلقة، حتى لا يترك المتعاقد في حالة خضوع تام إلى تعسف الإدارة، وتختلف سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة تباعا لاختلاف نوع العقد ومدى صلته بنشاط المرفق.

أولا: أن يتصل التعديل بموضوع العقد وأن يكون جزئي

من الطبيعي أن يقتصر حق الإدارة في التعديل الانفرادي على الشروط والالتزامات المتصلة بموضوع العقد، وخارج هذا النطاق فإن التعاقد لا تربطه أي علاقة تعاقدية بالإدارة، ومن ثم لا يجوز لها أن تفرض عليه التزامات خارج نطاق موضوع العقد، أي بأداء التزامات أجنبية عن العقد المبرم معه، بحيث يجوز للمتعاقد في هذه الحالة الامتناع عن تنفيذه دون أن تملك الإدارة حق توقيع جزاءات عليه، إضافة إلى أنه بإمكان المتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء لإلغاء قراراتها الصادرة في هذا الشأن.

كما أن الإدارة لا تستطيع أن تعدل في أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، وإلا كنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، والتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية، فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، قد لا يناسب ذلك المتعاقد معها، ومن هنا وجب على العقد الأصلي، [1] كما أن التعاقد تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية يجب عليه الوفاء بالتزاماته في إطارها.

فتعديل شروط العقد حتى يكتسب المشروعية يجب أن يدور حول موضوعه، فإذا كان موضوع العقد مثلا توريد علف حيوانات فلا يجوز للإدارة تعديل شروطه بإلزام المتعاقد معها بتوريد مواد الوقود اللازمة للسيارات بحجة أن الجيش قد استبدل الخيول بسيارات النقل، فمثل هذا التعديل فيه تغيير لموضوع العقد في جملته، وهو أمر غير جائز.[2]

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الخصوص إلى أن الأعمال الإضافية في عقود الأعمال يجب أن تكون من ذات نوع وحسب الأعمال الأصلية، بحيث تكون الزيادة في كمية أو

[1]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص: 147.
[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 252 نقلا عن ثروت بدوي، حق الإدارة في تعديل عقودها، المرجع السابق، ص:83.

حجم العقد قابلة للتنفيذ، والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية.

وتتميز بعض العقود بطبيعة خاصة ، إذ لا تملك الإدارة سلطة التعديل الانفرادي فيها نظرا لطبيعتها التي تميزها عن باقي العقود الإدارية والتي تتمثل في: عقد تقديم معونة، العقود المبرمة بين الأشخاص العامة.

1 عقد تقديم المعونة

وهو العقد الذي يمكن من خلاله لشخص خاص أو عام أن يقدم للإدارة مساهمة مالية أو أحيانا خدمات شخصية لأجل تمكين الإدارة من تنفيذ أشغال عامة.[1]

ويكمن الالتزام الرئيسي في هذه العقود بأن يدفع الطرف الذي يقدم المعونة مبلغا من المال، وأن كل تعديل انفرادي للعقد من شأنه أن يغير في التوازن المالي للعقد دون ريب، وهذا مخالف لما أقره مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن، من عدم جواز المساس بالمعادلة المالية لعقد المعونة، وكل خرق لذلك عن طريق التعديل الانفرادي للعقد يقود إلى عدم مشروعية القرارات الصادرة بالتعديل.

2 - العقود المبرمة بين الأشخاص العامة

يبرم العقد الإداري عادة بين الإدارة وهي من أشخاص القانون العام وبين المتعاقد وهو شخص طبيعي أو معنوي خاص، ولكن قد يبرم العقد الإداري بين شخصين من أشخاص القانون العام كالعقد المبرم بين الدولة والجماعات المحلية بهدف توزيع الاختصاص بين المحليات والسلطة المركزية، أو التنسيق في ممارسة الاختصاص ضمن نطاق المرافق ذات الطبيعة الواحدة.

فقرر مجلس الدولة الفرنسي أن الأطراف في هذه العقود لا يمكن أن يتمتعوا بالسلطات المعروفة للإدارة في نطاق عقودها الإدارية، وأن سلطة التعديل الانفرادي في هذا النوع من العقود لا يملكها أي من الطرفين المتعاقدين.

ويكمن الأساس القانوني الذي يمنع التعديل الانفرادي في هذه العقود أن محل هذه العقود هو تقسيم الاختصاص للنهوض بعبء مرافق معينة، أو تحقيق الانسجام في ممارسة الاختصاص ضمن

[1]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص: 357.

المرافق المتشابهة، فـــإن هذا يعني أ ن مجال هذه العقود يتعلق بتنظيم مرفق عـــام، وأن تدخل أحد أطراف العقد بالتعديل الانفرادي لشروطـــه سوف يأتي على عكس مصلحـــة هذا التعـــــاون.[1]

ثانيا: التعديل في مدة تنفيذ العقد

يمكن للإدارة أن تعـــدل مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد سواء بتقصيرها أو تمديدها وفقـــــــــا لمقتضيات ومتطلبات الصالح العـــــام، فتستطيع الإدارة أن تطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو أن تتم الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد، كما تستطيع الإدارة أن تطلب وقف الأعمال أو تأجيلها أو تأخير تنفيذها عن المدة المتفق عليها في العقد كلما استوجبت الظروف والمصلحة العامـــــة ذلك، بل أن الإدارة تستطيع أن تنهي العقد بنفسه دون خط أ من جانب المتعاقد إذا ما تطلبت المصلحة العامـــــــــة ذلك.

أما بالنسبة لمدة الالتزام في عقد امتياز المرافق العامـــة، فتعد من الشروط التعاقدية التي لا تستطيع الإدارة أن تستقل بتعديلها، ولابد من موافقة الملتزم صراحة على زيادتها بما لا يجاوز المدة المقررة قانونا، فإذا ما تعاقدت الإدارة مع الملتزم على أســـــاس استغلال المرفق لمدة معينـــــة، فانه ليس للإدارة أن تستقل بتعديل المدة، بمعنى أنها إذا ما رغبت في أن يدار المرفق بطريقة الامتياز فليس لها أن تسحب المرفق من الملتزم الأصلي لتمنحه إلى ملتزم جديد قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد، ولكن شرط المدة لا يحول بين الإدارة وبين استرداد المرفق قبل نهاية المدة، إذا ما رأت أن تغير طريقة الإدارة من الالتزام إلى الإدارة المباشرة مثلا، أو المؤسسات العامة " الهيئـــــات العامـــــــــة".

ثالثا: احترام القواعد العامة للمشروعية

الإدارة في سعيها لتحقيق الصالح العام لابد أن تخضع لقواعد المشروعية، ويظهر ذلك جليا في لجوءها لسلطة التعديل الإداري، ليس سوى سعيا منها تحقيق الصالح العام، باعتبار احتياجات المرفق العام هي الأساس القانوني الذي تتأسس عليه هذه السلطة والذي تتجسد ميدانيا في قرار التعديل، فان هذا الأخير لابد من أن يحترم مبدأ المشروعية، شأنه في ذلك شأن باقي أعمال الإدارة.

إذ يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية، إذ لابد أن يصدر قرار التعديل "الملحق" من سلطة مختصة به، وفق الصيغة التي حددها القانون، [2] وذلك وفقا

---

[1]- نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص: 358 نقلا عن: F.Rolin, Accord de volontés et contrats dans les relations entre personnes publique, université panthéon- Assas (paris II) 1997.p 434.

[2]- مازن راضي ليلو، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص: 112.

للمادة 04 من المرسوم الرئاسي 131/88 التي جاء فيها: "يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها."[1]

ففي الحالات التي يجوز للإدارة فيها تعديل العقد الإداري، يرى الأستاذ سليمان الطماوي أن عليها أن تحترم مبدأ المشروعية.[2] Le Principe de la legality administrative

أما إذا خرج قرار التعديل عن مبدأ المشروعية وقع باطلا، وفي هذه الحالة بوسع المتعاقد مع الإدارة الطعن عليه أمام قاضي الإلغاء إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال المنفصلة، أو أمام قاضي العقد إذا كانت سلطة الإدارة في التعديل قد تناولها بالتنظيم نصوص صحيحة بالعقد أو دفاتر الشروط الملتحقة به.

رابعا: التعديل في مقدار التزام العقد

إذا كان توافر الاعتماد المالي يشكل قيدا على إبرام العقد الإداري بدا يق على نحو ما رأينا من أنه لا يجوز إبرام عقد إداري لا يتوافر مصدر تمويله، فإن الحكم ذاته يسري على تعديل العقود الإدارية حيث أن التعديل يترتب زيادة في النفقات فلا بد له من توافر اعتماد مالي لمواجهة تلك الزيادة، وذلك حتى لا يكون في التعديل إرهاقا للخزينة العامة، الأمر الذي قد يؤثر على أولويات وخطط التنمية.

فإذا كان تعديل العقد الإداري حقا للإدارة تستعمله في إطار مبدأ المشروعية حينما يتوافر لديها ما يقتضيه فإن هذا الحق يجب ألا يتعارض مع واجب الإدارة في ضمان التوازن المالي للعقد، بمعنى أن هذا التعديل يتعين ألا يحدث خللا بهذا التوازن، بأن يجعل التزامات المتعاقد لا تتناسب مع حقوقه.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في حالة عدم التزام المتعاقد شروط العقد

اعترف المشرع والقضاء الفاصل في المواد الإدارية للإدارة بمجموعة من السلطات تمارسها على المتعاقد معها، حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ولا يجوز للإدارة التنازل عنها أو الامتناع عن استعمالها إذا توفرت مبرراتها، خاصة وأنها تستهدف تحقيق الصالح العام من خلال ضمان استمرار المرافق العامة في أداء وظائفها بانتظام واضطراد.

---

[1]- انظر المرسوم 131/88، الصادر بتاريخ 1988/07/04، المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج.ر 27 صادرة بتاريخ: 1988/07/06، ص: 759.

[2]- يقصد بمبدأ المشروعية الإدارية: تطابق أعمال الإدارة مع القانون ولابد أن يفهم القانون بمفهومه العام أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية.

إلا أنه إذا توقع المتعاقدان خطأ معين وحدد له في العقد جزاء معين فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه العقد، إذ ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا، إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معين ووضع له جزاء بعينه أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد

أجاز القانون للإدارة أن توقع على المتعاقد معها عدة أنواع من الجزاءات الإدارية، في حالة إخلاله أو إهماله أو تقصيره عند تنفيذ العقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون انتظار لحكم القضاء، كون هذا الإخلال لا يعد فقط إخلال بالالتزام التعاقدي، وإنها يمس المرفق العام.

الفرع الأول: أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن للإدارة حق توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد معها، إلا أنهم اختلفوا في بيان الأساس الذي تستند إليه في ممارسة هذه السلطة فمنهم من يرى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات هي سلطة العمل المنفردة، ومنهم من يرى أن أساس ذلك هو معيار السلطة العامة، وجانب آخر أسس سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد لأن المتعاقد مع الإدارة هو متعاون في إدارة المرفق العام، ويعتبر أي إخلال منه لالتزاماته التعاقدية ليس خطأ عقدي فقط، ولكنه أيضا خطأ ضد المرفق العام ذاته، ولمواجهة هذا الإخلال يعترف للإدارة في مجال

التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على ال متعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال وكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء إلى القضاء.

أولا: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة توقيع الجزاءات

تعرف فكرة السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات التي تمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة، وتهدف فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الشخصية وهي تمثل إهدار لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية.[1]

1 موقف الفقـــــــه من فكرة السلطة العامة

حيث يرى بعض الفقهاء أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بنفسها باستعمال امتيازه في التنفيذ المباشر يكمن في فكرة السلطة العامة، [2] ودليلهم في ذلك ارتباط العقد الإداري بسير المرفق العام مما يخضع العقد لظروف استثنائية، حتى ولم يكن منصوص عليها، لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تدمغ بها العقود التي تظهر فيها.

وقد أيد هذا الرأي جانب آخر من الفقهاء إذ يرون أن الأساس القانوني لأهم امتيازات الإدارة المتمثل في امتياز التنفيذ المباشر هو السلطة العامة، ولذلك تستعمل السلطة العامة امتيازاتها لضمان احترام المتعاقد لالتزاماته وتوقيع الجزاء عليه كلما أخل بإحداها دون حاجة للجوء إلى القضاء.[3]

ومن الفقهاء الفرنسيين المعترفين بفكرة السلطة العامة نجد "ميشل روسيه" الذي يعتبر العقد الإداري هو تصرف قانوني يتضمن سلطات غير مألوفة، و أن السلطة العامة تظهر بوضوح في هذا المجال من القانون الإداري العقدي الذي يحكم تنفيذ العقد، وتتمثل السلطة هنا بممارسة حق التصرف المنفرد المعترف به للإدارة المتعاقدة، ويكون في ثلاث مظاهر هي: سلطة الإدارة في الرقابة وسلطة التعديل وسلطة توقيع الجزاء من جانب واحد تعبر عن فكرة أن المتعاقد الآخر قد تحمل بعض الالتزامات،

---

[1]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص:341.
[2]- ثروة بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص: 135.
[3]- محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014، ص: 25-26.

وأي تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه، وهذا هو الهدف المطلق نفسه الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة.[1]

ويذهب "فيـــــــدل" إلى أنه من الامتيازات الرئيسية التي تملكها الإدارة في تطبيق الجزاءات على متعاقدها المقصر بنفسها تنتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة.

كما يرى "فـــــــــــلام" أن حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد يعد امتيازا أصيلا للسلطة العامة موجودا من تلقاء نفسه لصالح الإدارة واختصاصا متعلقا بالنظام العام.[2]

2 –موقف القضاء الإداري من فكرة السلطة العامة

أيد القضاء الإداري في عدد من أحكامه سواء في فرنسا أم في مصر فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

ومن قرار مجلس الدولة الفرنسي قرار الصادر في: 1926/11/27 في قضية « Monot » التي قضى فيها بأن الإدارة في الكثير من الحالات بالاستثناء إلى سلطتها العامة أن تلجأ لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقا لأهم امتيازاتها.

وفي تحليل بسيط لهذا القرار نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أثار سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس سلطتها العامة باستخدام أهم امتيازاتها المتمثل بالتنفيذ المباشر.[3]

كما يظهر هذا الأساس من خلال ما كرمه القضاء الإداري المصري بموجب الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ: 1963/05/25 والذي أكد أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها تغليب المصلحة العامة وضمان استمرار المرافق العامة ولا تحتاج إلى نص يقررها.

ولقد جاء في حيثيات هذا الحكم: "إن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها السلطة العامة التي تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وبذلك يقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة أو مرفق من المرافق العامة".[4]

---

[1] -Geoges Dupuis, Droit administratif, em édition – Dalloz, Paris, 1999, p.406.

[2]- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص:25.

[3]- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع نفسه، ص 27، نقلا عن سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1975، ص:504.

[4] - عبد الله النواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص:8.

فقد اعترف لها بإمكانية توقيعها بشكل مباشر وبغير حاجة للرجوع إلى القضاء على النحو المألوف في عقود القانون الخاص، بمعنى أن الإدارة تمارس هذا الحق إعمالا لما لها من سلطة في التنفيذ المباشر، ولا تحتاج في ممارستها إلى حكم قضائي، وهي سلطة يحكمها مبرر منطقي، أعلنه المفوض الفرنسي **روميو**، في تقريره في قضية **سان جوست** العقارية، أوائل القرن الماضي، أنه لا يعقل إذا احترق منزل أن ينتظر حتى يرخص القضاء باستدعاء رجال الإطفاء.

كما اتبع القضاء العراقي نفس المنهج ولو بصفة قليلة في بعض أحكامه ومنها: قضاء محكمة التمييز بتاريخ 1966/11/26: "أن عقود الإدارة هي عقود السلطة العامة التي من أجلها صدرت التشريعات العديدة لحمايتها من قانون جباية الديون المستحقة للحكومة والنص على عدم جواز الحجز على الأموال العامة....."[1].

وكذلك طبقت المحكمة قاعدة فرض جزاء مصادرة التأمين على المتعهد الذي يخل بتنفيذ التزاماته في تسليم الأشياء في الموعد المحدد حتى لو لم يحصل ضرر للإدارة بالاستناد لسلطة الإدارة العامة.

ثانيا: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة توقيع الجزاءات

يعرف المرفق العام بأنه: نشاط تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به شخص من أشخاص القانون الخاص تحت إشرافها المباشر لإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام،[2] بحيث يتمتع المرفق العام بحقوق وامتيازات خاصة، أي أن السلطة التي يتبعها المرفق تتمتع في إدارته وتسييره باللجوء إلى وسائل القانون العام، والرأي الغالب في الفقه والقضاء أن ما يميز العقد الإداري هو اتصاله بنشاط المرفق العام، وأساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته معها هو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وهو ما سنبينه في الآراء الفقهية وموقف القضاء.

1 -موقف الفقه

ذهب أغلب فقهاء القانون الإداري الفرنسيين إلى القول أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها هو السير المستمر والمنتظم للمرفق العام.

على رأسهم: الفقيه "جيـــــــز" الذي يرى بأن دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، لذلك فمن المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة

---

[1]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص: 28.

[2]- ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1996، ص:91.

جزاءات حازمة، وفي هذا الموضوع لا يقدم القانون الخاص حلا ملائما بالجزاءات المناسبة التي تحث بها الإدارة، لما يتميز به نظام الجزاءات في هذا القانون من ضرورة تدخل القاضي ابتداء مع سلطته التقديرية في قياس الأفعال وما يسمح به من الوسائل البطيئة في الإجراءات يجعل من المستحيل بالنسبة للدائن أن يحصل على تنفيذ فوري للالتزام.[1]

أما في العقد الإداري فإن استخدام طريقة القانون العام تظهر بوضوح إرادة طريقه (العقد الإداري) السماح للإدارة بتطبيق الجزاءات التي تهدف إلى أن تجعل من الممكن ومن السهل السير المنتظم والمستمر للمرفق العام، فاحتياجات المرفق العام هي الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

ومن مؤيدي هذا الرأي أيضا الفقيه "دو لوبادير" والفقيه "بكينو" اللذان يريان أن من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي والتنفيذ المباشر عندما تطبق الجزاء على المتعاقد المقصر بدون الحاجة لشرط صريح في العقد، فهذه الامتيازات هي ما تتعدى العقد استجابة لحاجات ومستلزمات المرفق العام في سبيل دوام سيره بانتظام واضطراد.[2]

كما ذهب أغلب فقهاء القانون الإداري في مصر: أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها قائم على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وأن حقها في فرض الجزاءات من أهم النتائج المترتبة على هذا المبدأ، نظرا للصلة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة، بحيث تكون الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن دوام سير هذا المرفق، ويعد من حقها وواجبها اتخاذ الإجراءات الكافة لحسن سيره بشكل مستمر، أيضا يعتبر فقهاء القانون الإداري العراقي مبدأ سير المرفق هو الأساس والمبرر القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وقد ذهب فقهاء القانون الإداري العراقي أيضا إلى اعتبار مبدأ دوام سير المرفق العام هو الأساس والمبرر القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، (منهم: د.علي محمد بدير، د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، د. مهدي السلامي).

كذلك د. ماهر صلاح علاوي الجبوري الذي يرى أن السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية يسوغها اتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها، لذلك فهي مقررة لها بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية وهي تتمتع بها سواء وردت في العقد أو لم ينص

[1]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص: 30.
[2]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص: 30.

عليها فيه ولا يمكن للمتعاقد معها أن يحتج بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لأنها لا تنطبق على العقود الإدارية.[1]

ويرى د. محمود خلف الجبوري أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية بل تشمل ضمان وتامين دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فضلا عن ذلك أن الالتزامات المتقابلة وضمان الدفع لعدم التنفيذ كقاعدة متبعة في عقود القانون الخاص لا وجود لها في العقود الإدارية، إذ تخضع هذه الأخيرة لنظام قانوني خاص بها يخول الإدارة اقتضاء حقوقها بصورة مباشرة دون عرض النزاع على القاضي لتلافي تعطيل سير المرفق العام وتلبية احتياجاته.[2]

2 - **موقف القضاء الإداري من فكرة المرفق العام.**

تعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء وقد عد القضاء الإداري في فرنسا ومصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطا استثنائية باعتبارها امتيازا من امتيازات السلطة العامة.

وفي ذلك قررت المحكمة التنازع الفرنسية في قرارها بتاريخ: 1960/11/14 في قضية « societe vandroy– jaspar » "أن النص على الجزاءات في العقد يعد في حد ذاته شروطا استثنائية ..."[3]

كما أخذ المجلس الفرنسي في العديد من قراراته بفكرة المرفق العام كأساس قانوني لإمكانية الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ونذكر في ذلك على سبيل المثال قراره في: 1921/05/30، الذي أقر فيه أن للإدارة أن تصدر قرارا إداريا بوضع المرفق تحت الحراسة إذا أختل سيره اختلالا جزئيا أو كليا وتستطيع الحكومة اتخاذ هذا الإجراء ولو لم يرد بدفتر الشروط إشارة إليه إذ أنه إجراء في المقام الأول من النظام العام ويصدر به في الغالب قرار من الإدارة مباشرة، وهذه الحراسة تفرض دائما وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار المرفق وانتظامه للخلل

[1] - ماهر صالح علاوي الجبوري، المرجع السابق، ص: 91.
[2]- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص: 113.
[3]- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص: 104.

وهو إجراء يصدر من الإدارة دون التجاء سابق إلى القضاء ويترتب على هذا الإجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم.[1]

كذلك قراره الصادر بتاريخ 1926/10/29، إذ ذكر فيه للإدارة أن تضع المرفق العام المدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة إذا قصر الملتزم في تسيير المرفق العام، وتضعه تحت الحراسة أيضا إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم كإضراب لا ذنب له فيه.[2]

ومن أمثلة ذلك أيضا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ: 1963/11/30 الذي يبين أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، تستهدف أساس تأمين دوام سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه في العقد ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت بها الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهو اتفاق ملزم لا يحصل الترخيص في أعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه.[3]

وأيضا حكمها بتاريخ: 1963/12/28 الذي وضح فيه أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدها ومنها فسخ العقد ومصادرة التأمينات وشطب الاسم وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملا بالقواعد الأصولية الذي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة دوام سير المرافق العامة.

أما بالنسبة للقضاء العراقي: أن بقية العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي على الرغم من إنشاء قضاء إداري فيه، إلا أنه وبالرغم من ذلك كان القضاء العراقي وفي الكثير من أحكامه يسند الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري إلى فكرة المرفق العام وضرورة دوام سيره بانتظام واضطراد، ومن أحكامه: حكم محكمة التمييز الصادر بتاريخ: 1973/06/16 إذ ذكرت فيه: (ولما كان العقد المذكور هو من العقود الإدارية وأن الضرر يعد واقعا بمجرد التأخير من تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول....).[4]

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص:525.

[2]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص:33، نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص:523.

[3]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم: 1086، في 63/11/30 مشار إليه لدى محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص: 34.

[4]- حكمها رقم 622/ مدينة أولى 972، في 1973/06/06 مشار إليه في حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص:35.

وأيضا حكمها الصادر في: 1965/04/11 الذي وضحت فيه (... أن العقود الإدارية قائمة على أساس المرفق العام ويتحقق فيها الضرر بمجرد التأخير في تنفيذها لحرمان المواطنين من الفائدة المتوخاة ولا لزوم لإثبات الضرر).[1]

الفرع الثاني: صـــور الجـــــزاءات

تملك جهة الإدارة باعتبارها سلطة عامة جزاءات إدارية على المتعاقد معها، الممتنع عن تنفيذ التزامه التعاقدي أو المتأخر في أدائه أو الذي نفذه بصورة لا تتفق وشروط العقد، كما تهدف تلك الجزاءات إلى تأمين سير المرفق العام بضمان تنفيذ العقد المرتبط به بدقة بإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزامه التعاقدي على الوجه الأمثل.

ورغم سلطتها في التنفيذ المباشر إلا أنها تستلزم كأصل عام اعذار المتعاقد قبل توقيعها عليه، إلى جانب القرارات المتعلقة بها تخضع في كافة الأحوال لرقابة القضاء اللاحقة، كما تتعدد الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها.

أولا: الجزاءات المالية

الجزاءات المالية هي "عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطلب بها المتعاقد إن أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها على وجه غير مرض بالكامل أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة".[2]

كما عرفها الفقه بأنها: "عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية في أثناء تنفيذ العقود الإدارية".[3]

تتخذ صورة الجزاءات المالية إما صورة تعويضات أو غرامات أو مصادرة مبالغ الضمان، كما أقرت المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 التي نصت على:

"تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة..."

---

[1]- حكمها المرقم 1130/ حقوقية/ 964 في 1965/04/11 منشور في مجلة محكمة التمييز التي يصدرها المكتب الفني في المحكمة، مجلد 3، 1969، ص 73، نقلا عن حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص: 36.

[2]- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص: 106.

[3]- ينظر في الفقه بهذا المعنى: أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت BOT، ص: 18، وسامي جمال الدين: أصول القانون الإداري، الجزء 2، ص: 156، عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، ص: 548، عوابدي عمار، القانون الإداري،المرجع السابق، ص: 219.

1 -التعويضات

هي المبالغ التي يحق للإدارة الحصول عليها من المتعاقد معها جبرا للضرر الذي لحق بها نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.[1]

حيث أن التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، لذلك فإن التعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل معها وهو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني.

فحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول، أي الإخلال بأحد التزاماته، وأن يتسبب ذلك في ضرر للإدارة وتكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة، لذلك فالتعويض يكون بقدر الضرر وقت الحادث، أما كيفية التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قراره الصادر في 1907 يسمح للإدارة بتقدير التعويض بنفسها مقدما، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إن شاء.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت عنوان "الضمانات" أحكاما لضمان حسن تنفيذ الصفقة حيث أوجب على المتعامل المتعاقد "أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة زيادة على كفالة رد التسبيقات....."[2]

ويحدد مبلغ الكفالة بحسب أهمية العقد، ويتراوح ما بين 5% و 10% من قيمة العقد وللمقاول حق استرداد هذا المبلغ بعد شهر من تاريخ التسليم النهائي للأشغال ،[3] وبذلك يكون المشرع قد وفر للإدارة صاحبة الأشغال مصدر لاقتطاع التعويضات (المادة 48 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائرية السالف الذكر) التي تستحقها بمناسبة إخلال المقاول بحسن التنفيذ، وبذلك يكون المشرع قد وفر عليها إجراءات اللجوء إلى القضاء سواء للمطالبة بفرض التعويض أو تقديره، كما تحرص الإدارة على أن تتضمن عقودها بندا بهذا الخصوص.

كما أن التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا في الصفقة (على عكس القانون الخاص فإنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وهذا طبقا لنص

---

[1]- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الشتات للنشر والبرمجيات، بدون بلاد النشر، 2011، ص:45، نقلا عن الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص: 503، والملحق رقم: 04.

[2]- المادة 92 من المرسوم 236/10، السالف الذكر، ص:21.

[3]- المادة 100 من المرسوم 236/10، السالف الذكر، ص:100.

المادة 183 من القانون المدني)، وإلا أصبح في حكم الغرامات، فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، لم تتطرق ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض، فقد اكتفت بالحث على وجوب تعويض المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي تلحقها من جراء الأخطاء التي ارتكبها المتعامل المتعاقد معها لجبر هذه الأضرار، وهذا ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن: "يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترف به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة".

وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقت بها، من جراء تقصير المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وحسب المادة 03/112 مرسوم 236/10: التي نصت على: " لا يمكن الاعتراض"، فقد أشير من خلال هذه الفقرة الى التعويض الذي توقعه المصلحة المتعاقدة، إلا انه لا يمكن التأكد ب أن رغبة المشرع الجزائري أن يفصح بوضوح عن حق الادارة في تحصيل التعويض من تلقاء نفسها أو تترك الأمر للقضاء حتى يزول أي لبس بهذا الصدد.

أما في مصر فإن القضاء المصري استقر على عدم السماح للإدارة بأن تقدر قيمة التعويض بنفسها، إلا إذا وجد نص في العقد يسمح بذلك، وهو ما يمثل خللا بنظرية الجزاءات في العقود الإدارية، لذلك فقد تدارك المشرع المصري هذا الخطأ وحاول إصلاحه تشريعيا بإعطاء الحق لجهة الإدارة في تقدير التعويض بنفسها وإلزام المتعاقد معها بأدائه وهذا واضح من نصوص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المتعلقة بتنفيذ عقود التوريد وعقود مقاولات الأعمال، فعند إخلال المتعاقد بالتزاماته يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية.[1]

ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية من مستحقات المتعاقد لدى الجهة المتعاقدة، أو لدى أي جهة إدارية أخرى دون الحاجة لاتخاذ أي إجراءات قانونية.

[1]- حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص: 618 و 619.

2 -الغرامات

تتعدد وتتنوع صور إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية سواء كانت صفقة أشغال عمومية أو صفقة لوازم، فقد يخالف الأحكام الخاصة بمدة التنفيذ أي لا ينفذ الصفقة في المواعيد المحددة أو يخالف الشروط المتفق عليها.

أ -تعريف الغرامة التأخيرية

تعددت التعريفات الفقهيـة للغرام ـة التأخيرية لكنها تبرر جميعها طبيع ـــة هذا الجزاء المالي وغايتـــــــــــــه.

فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد.[1]

وعرفت أيضا بأنها: المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية.[2]

ويفهم من التعريف أن غرامات التأخير هي عبارة عن تعويضات جزافية، منصوص عليها مقدما في العقد الإداري، [3] توقعها الإدارة تلقائيا جراء وقوع الإخلال من جانب المتعاقد معها وبصرف النظر عما أصابها ضرر من ذلك أو عدمه، كما أنها تستحق دون الرجوع إلى القضاء مادام التأخير حصل بسبب المقاول.

والجدير بالذكر أن هذه العقوبة المالية تكون عادة في شكل غرامات التأخير ولا تطبق على المتعامل المتعاقد الوطني فحسب، بل يمكن تطبيقاتها حتى على المتعهد الأجنبي إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد حسب الرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورة لخطأ من المتعامل الأجنبي طبقا لنص المادة 14/24.

خول المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبـــات ماليـــــة في شكل غرامـــة بموجب المـــــــادة،[4] والتي جاء فيها: "يمكن أن ينجـــر عن عدم تنفيـــــذ التزامات المتعاقد عليها في

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 506.

[2]- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري) الجزء 2، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص: 219.

[3]- الملاحظ عدم وجود تعريف محدد لغرامة التأخير في التشريع المقارن للصفقات والمناقصات والمزايدات، ومن ناحية أخرى المشرع الجزائري اكتفى بعبارة " الغرامات المالية" على عكس المشرع المصري الذي استخدم عبارة " غرامة التأخير " وهو الصحيح والأدق كونها تعبر بضوح عن أحكام هذا النوع من الغرامات.

[4]- المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 6، ونفس المعنى المادة 08 من المرسوم الرئاسي 250/02، ص:5، الملغى.

الآجـــــال المقرة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبـــات ماليـــــة دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمـــول به.

تحدد الأحكام التعاقديـــة للصفقة نسبة العقوبات الماليـــة وكيفيات فرضها أو الإعفـــاء منها طبقـــا لدفاتـــر الشروط...."

وتجد الغرامة أساسها القانوني أيضا في المادة 24 من المرسوم الجديد والتي التزمت الإدارة في حال إعدادها لدفاتر شروط المناقصات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة، وذكر المشرع الغرامة المالية أيضا في المادة 62 من نفس المرسوم كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة.

إلا أن الإدارة لا تستطيع مطالبة المتعاقد معها بتعويض يزيد عن مقدارها المحدد، وذلك حتى في حالة إذا جاوز الضرر الذي أصابها فعلا التعويض الجزافي المنصوص عليه في العقد، ومع ذلك تستطيع اللجوء إلى القضاء مطالبة التعويض عما أصابها من ضرر،[1] لاسيما إذا لم ينص في العقد عن غرامات التأخير، وهكذا خول المشرع الجزائري بموجب النصوص المذكورة أعلاه للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة، وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق المادة 09.

- **في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه**

لاشك أن الادارة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال الى جزء أخر...، فلا يكمن من حيث الأصل إغفال عنصر المصلحة العامة.

ومن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالمدة المقررة لتنفيذ الصفقة، خاصة أن هذه المدة من اقتراح المتعامل المتعاقد حينما أقبل على ايداع ملف المناقصة وتعهد باحترام المدة المتفق عليها، وفي هذه الحالة فان العقد الإداري يقترب من العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن: "العقد شريعة التعاقدين"، فالمتعاقد التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الالتزام، فالوضع الطبيعي أن تخضع لجزاء وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون حاجة للجوء للقضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة.

---

[1]- ونكون حينئذ أمام التعويض كجزاء يفرض على المتعاقد وليس غرامات تأخيرية.

ومثال ذلك ما جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 2014/04/03: "حيث أن المستأنف يذكر أن انجاز الاتفاق كان متأخرا عن الموعد المتفق عليه وعليه على المتعاقد عقوبة التأخير".[1]

- **في حالة التنفيذ غير المطابق**

توقع هذه الجزاءات في حالة عدم الالتزام بتنفيذ الصفقة طبقا للمواصفات المتفق عليها، مثل الإخلال ببعض الجوانب الفنية والكمية في الأشغال العامة تتعلق بشق طريق أو بناء سد.

وتجدر الإشارة أن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لإثبات الضرر بمجرد تحقق المخالفة التي تقررت الغرامة لمواجهتها، [2] وينبغي الإشارة إلى أن الجزاء المالي و إن كان مقررا بموجب أحكام المرسوم الرئاسي الجديد، "حسب المادة 09،24،62 منه"، وإلا أن له أيضا أساس عقدي ويستمد قوته من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية، ذلك أن المادة 09 المذكورة في فقرتها الثانية ورد فيها أن نسبة الجزاء المالي أو العقوبات المالية تحدد في الصفقة، وقد أكدته المادة 62 من نفس المرسوم الرئاسي، التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة، وعلى هذا الأساس تميزت بخصائص معينة.

ب خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز الغرامة التأخيرية بطابع خاص تنفرد به عن غيرها من أنواع الجزاءات المالية الأخرى، فهي ذات طبيعية اتفاقية، تلقائية.

- **الطابع الإتفاقي**

الغرامة التأخيرية ذات طبيعة اتفاقية بمعنى أن عملية تطبيقاتها متوقفة على إرادة الطرفين ومقدارها يحدد في الصفقة، فإذا لم يكن قد وصى عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى في تطبيقها على المتعاقد وإذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بحالة عدم التنفيذ لأحكام الالتزام فإن للإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد ومصادرة التأمين، وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعاقد المقصر.[3]

---

[1]- قرار مجلس الدولة رقم :081316، الصادر بتاريخ :2014/04/03، في قضية : "والي ولاية تلمسان ومن معه" ضد : "ورثة خديم منير"، ص: 03، ملحق رقم:13.

[2]- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص:77.

[3]- مثال ذلك: المادة 17من دفتر الشروط الخاص بمشروع " تهيئة الطريق المزدوج 11 ديسمبر 1960"، بولاية قالمة، بلدية بلخير، ص:15.

- **الطابق التلقائي**

تطبق غرامة التأخير بصفة تلقائيـــــــة بمجرد التأخير، [1] حتى ولو لم يثبت أن هذا التأخير قد ألحقت ضررا بجهة الإدارة المتعاقدة فللجهـــــة الإدارية الحق في استيفاء غرامة التأخير دون التزام عليها بإثبات أنه قد أصابها من التأخيـــــر ضرر، وذلك بمقتضى قرار إداري من دون حاجـــــة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها[2].

كما توقع أيضا بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو اتخاذ أي إجراء آخر، وهو ما نصت عليه المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلق بصفقات الأشغال العامة، ويعود سبب ذلك أنها اتفاقية وقد حددت آجال محددة في العقد المبرم لاقتضائها، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة، نظرا إلى أن غرامة التأخير تشكل جزاء عن خطأ تعاقدي توقعه الإدارة على المتعاقد معها لإخلاله بواجب الوفاء بالتزاماته التعاقدية في الميعاد، فـإن حق الإدارة في استفاء تلك الغرامة يسقط إذا ما انتفى الخطأ عن المتعاقد.

وفي ذلك قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ :2014/04/03 "أن المستأنف عليها قامت بخصم مبالغ مالية من الوضعيات المسددة بحجة تأخر في الانجازات، مع العلم أن التأخر المسجل (193) يوما كان بسبب المستأنف عليه، أوامر بوقف الأشغال أن المستأنفة رفعت هذه الدعوى مطالبة بحقوقها فصدر القرار المذكور أعلاه والذي تعيب عليه الخطأ في تطبيق القانون وسوء تقدير الوقائع مضيفة أنه صدر قرار عن غرفة الحال قضى لها بمبلغ الوضعية رقم (4) وأن دعواها الحالية تتعلق بالفوائد التأخيرية الناتجة عن الوضعية رقم (4) وحساب المبالغ التي اقتطعت من الوضعيات الأولى، الثانية، الثالثة".[3]

ج -الإعفاء من غرامة التأخيـــــــر

الأصل أنه لا يجوز النص في العقد على الإعفاء من هذه الغرامة ومع ذلك فـإن لجهة الإدارة حق إعفاء المتعاقد معها من أداء الغرامة وقد قضى المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم

مثال 02: المادة 19 من العقد الخاص بإعادة تأهيـل طريق حضري شارع: 20 أوت وحي عقون عبد الحميد، المبرم بين رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بلخير، ومقاولة، لأشغال البناء في مختلفة مراحله، ولاية قالمـــة، بلديـة بلخيـــر، ص 05.

[1]- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص:135.

[2]- أمير فرج يوسف، موسوعة المبادئ والأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، العدد 11، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010، ص: 172.

[3]- قرار مجلس الدولة رقم : 080694، الصادر بتاريخ : 2014/04/03، في قضية : "شركة تنمية تكنولوجيا الرياضة دي تي اس" ضد بلدية" الرمشي"، ص: 4-5 ، الملحق رقم: 14.

الصفقات العمومية في مادته 90 التي تنص على: "... يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة..."

ما يستشف من هاتين الفقرتين: أن الإعفاء يتم في الحالة التي تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة وحدها عن توقف التنفيذ، أو تأخيره عن الوفاء بالتزاماته في الميعاد، [1] وإذا ثبت تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية راجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إرادته، ولم يكن في إمكانه توقع حدوثها وقت التعاقد.

وفي الحالتين يترتب على المصلحة المتعاقدة، تحرير شهادة إدارية، [2] وكذلك تسليم أوامر بتوقيف الأشغال واستئناف حسب الحالة.[3]

كما يعفى المتعاقد أيضا: إذا طلب مهلة جديدة بصفة رسمية، والإدارة المختصة وافقت على ذلك من دون أي تحفظ.

إذا مارست الإدارة سلطتها في تعديل العقد بما يحدث زيادة جسيمة في أعباء المتعاقد معها دون أن تحدد له أجلا للتنفيذ أو قررت له أجلا جديدا لا يتناسب مع جسامة الأعمال الجديدة.

3 -مصادرة التأمين

تعتبر التأمينات مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة، تتوقى بها آثار الأخطار التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية، وقصد ضمان العرض، وقدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن تقصيره من جراء إخلاله بالتنفيذ.[4]

والتأمين لا يمثل الحد الأقصى، وإنما هو الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة الإخلال بالشروط، لهذا يقتضي تنظيم الصفقات العمومية أن تسند الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها،

---

[1]- هو ما يقابله في المادة: 78 من المرسوم رقم 250/02، السالف الذكر، ص: 13.
[2]- الفقرة الأخيرة من المادة 90 من المرسوم 236/10، السالف الذكر، ص: 21.
[3]- الملحق رقم 04.
[4]- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 144،143.

كما يجب أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية أو التقنية أو التجارية، وتستعلم بكل الوسائل القانونية عن المتعاقد.[1]

وحتى تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما، يتعين أولا وجوده بين يديها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ، وهو ما يميز الصفقة العمومية عن سائر العقود المدنية، وكما أن شرط إيداع التأمين أو الضمان شرطا و جوبيا للمتعامل المتعاقد، وهو ما يجعل الإدارة في وضعية مالية حسنة بما يكفل حين تنفيذ الصفقة، وذلك لا يكون إلا بفرض مبالغ مالية بعنوان "كفالة حسن التنفيذ" وهو ما نصت عليه المادة 97 من المرسوم الرئاسي 250/02 التي تنص على: "زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن التنفيذ".[2]

كما يمكن للإدارة إعفاء المتعاقد من تحمل عبء إيداع كفالة حسن التنفيذ في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، حسب ما نصت عليه المادة 02/97 السابقة الذكر.

وذكرت الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر.

كما أعفى المشرع أيضا حسب المادة 100 من ذات المرسوم فئة الحرفيين من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

وحسب المادة 92 وما بعدها من المرسوم الجديد أكدت أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعاقد الأجنبي، إذ لم يدعم عن طريق حكومة دولته، وفي هذه الحالة وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطية المبلغ بكفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص، أما مبلغ الكفالة فحددته المادة 100.

خصائص مصادرة التأمين

- حق الإدارة في مصادرة التأمين عند التقصير في التنفيذ يقوم حتى لو لم ينص عليه صراحة في العقد، ودون انتظار حكم قضائي.

---

[1]- المادة 35،36، 38 من المرسوم الرئاسي 360/10 السالف الذكر، ص:11.

[2]- ورد أيضا بالمادة: 91، 92، 95، من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص:21.

- يتم بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية.
- تقوم به الإدارة من غير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضرر قد لحق بها بسبب التقصير.
- التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، ولا يمثل الحد الأقصى.
- حق الإدارة في مصادرة التأمين لا يجوز لها أن تتنازل عنه مقدما، وهو يرتبط بسلطتها التقديرية، فلها أن تعفي المتعاقد منه إذا قدرت مثلا أنها لم يلحق بها ضررا ما.[1]

ثانيا: الجزاءات الضاغطة

تتمتع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة التي تمكنها من إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته دون إ خلال الرابطة التعاقدية معها خاصة من الجانب المالي.

وتعرف الجزاءات الضاغطة على أنها: جزاءات مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزامه التعاقدي،[2] وهذه الإجراءات القهرية لا تعني إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقهر بل يظهر المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة المتعاقدة حيث تتم العملية على حسابه وتحت مسؤوليته،[3] كما لا يستهدف هذا النوع من الجزاءات تحميل الملتزم أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إنما تسعى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ.

وصور ووسائل الضغط والإكراه في نطاق العقود الإدارية تتمثل في:

1 وضع المشروع موضوع التعاقد تحت الحراسة إذا كان العقد الإداري عقد امتياز المرفق العام.

2 حلول السلطة الإدارية محل الطرف المتعاقد معها في تنفيذ الأشغال العامة على حساب ه ومسؤوليته، وذلك في حالة عقد أشغال عامة.

3 الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد مع الإدارة المخل بالتزاماته في عقد التوريد.

ثالثا: الجزاءات الفاسخة

---

[1]- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، المرجع السابق، ص: 204.

[2]- الملحق رقم: 05.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 289.

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة، وهنا بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفتر الشروط المتعلقة بها.

ويعتبر الفسخ الانفرادي أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة ويتمثل أثرها في وضع نهاية للعقد،[1] إذ يفترض ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما أو تقصيرا أو إخلالا خطيرا بالتزاماته فتقوم الإدارة بفسخ العقد، أي إنهاؤه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم.

ومن أمثلة الخطأ المؤدي إلى الفسخ التي تشير إليها أحكام القضاء ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة إليه من قبل عمال الإدارة، وترك موقع العمل وإيقاف تنفيذه من قبيل الأخطاء المبررة للفسخ التي لا يمكن أن يقبل أي عذر عنها من جانب المتعاقد، ومنها أيضا عدم مراعاة المواعيد من جانب المتعاقد في تسليم الأعمال أو الأصناف الموردة.[2]

وهو ما أقره مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 2001/07/30 بين بوخشم لمين ووالي ولاية جيجل ومن معه، والذي جاء فيه: "... تنازل المستأنف عن أجزاء من الأرض تقصير في الدفاع عنها بعدم ممارسته للإجراءات القانونية المؤدية إلى حمايتها وعدم استغلاله لها فلاحيا، كلا هذه الأمور تبين فرق المستأنف الثالث لمقتضيات العقد الإداري، وعليه فإن القرار المعاد أصاب فيما قضى بفسخ العقد الإداري..."[3]

وقد قيد فسخ العقد بمجموعة من الشروط تحت طائلة بطلانه، نظرا للمخاطر التي قد تنجم عنه لرفع يد الملتزم قبل استهلاك مدته، خاصة وأن هذه الأخيرة عنصرا مهما في العقد نظرا لما تخول الملتزم من فرصة استعادة ما أنفقه في سبيل إعداد وتسيير المرفق العام، ما يفرض حتمية توفر بعض الشروط تبرر قيامه، وتتمثل في:

- ضرورة ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم: يتعذر معه الوصول إلى حل من خلال وسائل الضغط التي تتمتع بها الإدارة.
- ضرورة إعذار المتعاقد.

---

[1]- الملحق رقم: 06.

[2]- اسماعيل بحري ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خنة، الجزائر، 2009،2008،ص 109، نقلا عن الفياض ابراهيم طه، ص: 226، وكذا الطماوي محمد سليمان، العقود الإدارية، ص: 554.

[3]- قرار غير منشور.

الفرع الثالث: حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

إن عدم المساواة التي يقوم عليها العقد الإداري بين الإدارة والطرف المتعاقد معها الذي يبرر سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لا يعني أن لها الحق في القضاء على إرادة الطرف المتعاقد معها من أجل ذلك وضعت قيود وضوابط تقيد من حريتها في فرض تلك العقوبات، هذه القيود تعد بمثابة شروط لممارسة هذا الامتياز بالإضافة إلى خضوع قرار الإدارة والمتعلق بتوقيع الجزاءات إلى رقابة القضاء وحق المتعاقد مع الإدارة في المطالبة بالتعويض متى كان القرار الصادر عن الإدارة غير مشروع.

أيا كان مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فإن ذلك لا يمكن أن يصل إلى حد توقيع جزاءات جزائية حتى لو كان إخلاله بالتزاماته يشكل جريمة، كما أن الإدارة لا تستطيع من ناحية أخرى استعمال سلطتها العامة كسلطة الضبط الإداري لضمان تنفيذ العقود الإدارية عن طريق النص على عقوبة جزائية، فقد أبطل مجلس الدولة الفرنسي لعيب الانحراف بالسلطة لائحة بوليس أصدرتها الجهة الإدارية المتعاقدة وضمنتها عقوبة جزائية لضمان تنفيذ عقد إداري.

ضرورة إعذار الإدارة للمتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، من أجل تنبيهه إلى خطئه وهو إجراء جوهري يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء، وقد نصت المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد".[1]

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...." وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية « grenouiller »: لا يمكن أن يكون هناك نص في العقد يمكن أن يؤدي إلى السماح للإدارة في حالة عدم قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزامه، أن تقوم بفرض الجزاء عليه قبل اعذاره.

استعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها يخضع لرقابة قاضي العقد للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف وذلك من ناحيتين: من ناحية مشروعية الجزاء في ذاته، ومن ناحية مدى تناسبه من درجة إخلال المتعاقد بالتزاماته على أن القاضي وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يستطيع هنا أن يقضي بإبطال الجزاء الذي وقعته الإدارة، وإنما تنحصر سلطته في مراعاة الصالح الفردي في

[1]- الملحق رقم : 05.

تقرير تعويض المتعاقد المضرور إن كان لذلك محل ويستثني القضاء الفرنسي من هذه القاعدة عقود التزام المرافق العامة إذ يستطيع القاضي فيها أن يقضي ببطلان الجزاء وليس فقط بمجرد التعويض.[1]

إلا أنه قد يحدث وأن يكون المتعاقد هو السبب في الفسخ، وهو ما قضى به مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ : 2014/05/08 : "حيث أن طلب التعويض المبني حسب زعم المدعي المستأنف على كون فسخ الصفقة كان تعسفيا من المستأنف عليه، مما رتب له أضرارا وفوت عليه كسب قدره بمبلغ (60.000.000 دج).

حيث أن المدعي كان المتسبب في توقيف المشروع بعدم اخطار الديوان بالدعوى الإستعجالية التي أقيمت عليه، كما أنه تهاون في استئناف الأمر الإستعجالي، مما أدى الى توقيف المشروع ومن تم إلى فسخ الصفقة عملا بأحكام المادة 34 من دفتر الشروط العامة الإدارية السالف الذكر، زيادة على ذلك أنه لم يثبت مدى الأضرار ولا الفرص التي فوتت عنه وبذلك فطلبه يفتقر للدليل يتعين رفضه".[2]

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية، كون الأطراف في العقد المدني يؤدون ما عليهم من التزامات وما يتمتعون به من حقوق في العقد المبرم بينهما، إلا أن هذه الحقوق والالتزامات لا تمنح لأي منهما الحرية في إنهائه أو فسخه أو إلغائه بالإ رادة المنفردة، إلا أن العقد الإداري يتيح حقا للإدارة حيث تعتبر سلطتها في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة إحدى الخصائص المميزة للعقود الإدارية، فهي توجد في كل طوائف العقود الإدارية ولو أغفل العقد النص عليها، وذلك باعتبارها أهم الشروط الغير مألوفة المسلم بتوافرها في طائفة العقود الإدارية العامة دون العقود العادية الدائرة في فلك القانون الخاص.

وبالرغم من تلك الخصوصية المميزة للعقود الإدارية، فإن السلطة الإدارية المنفردة في إنهاء العقد الإداري ليست مطلقة بل ترد عليها قيود عديدة فيتعين على الإدارة وهي تمارس هذه السلطة التقديرية أن تسعى إلى صالح المرفق وتحقيق المصلحة العامة، وقمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: نطاق تطبيق سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

[1]- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مقومات إجراءات آثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2006، ص: 286، 287.

[2] - قرار مجلس الدولة رقم: 081794، الصادر بتاريخ: 2014/05/08، في قضية :" بركة فؤاد" ضد:" ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية تلمسان"، ص: 4-5، ملحق رقم: 15.

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينهما وبين المتعاقد معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، حتى لو لم يتضمن العقد صراحة هذه السلطة تبقى قائمة وثابتة للإدارة بشكل انفرادي، وقد اختلف الفقه حول تحديد نطاق هذه السلطة.

أولا: سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

تمارس الإدارة سلطة الإنهاء دون النص عليها في العقد ودون إعذار سابق للمتعاقد وبالتالي تستطيع استعمال هذه السلطة حتى في غياب نصوص أو بنود خاصة في العقد، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية حيث قررت أن: "إن العقد الإداري ... فقد تحتفظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بامتيازات تفرغ على مبدأ المساواة بين المتعاقدين كأن تشترط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء بل وبدون خطأ من جانب المتعاقد الآخر، وحق الإجارة في هذا الصدد تتمتع بدون حاجة للنص عليه في العقد".[1]

فقد ترى الإدارة في عقد الأشغال العامة إنهاء العقد إذا ما اقتضت ذلك المصلحة العامة وتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المقاول في عقد الأشغال العامة.[2]

أما في عقد الامتياز قد يتضمن أسبابا على سبيل الحصر لممارسة الاسترداد، حينئذ يتعين على الإدارة أن تحترم هذا الشرط، أما إذا خلا العقد على نص من هذا القبيل، فقد اختلف الفقه الفرنسي في هذا الشأن إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان هناك سببا يبرر استرداد الالتزام من عدمه.

الرأي الثاني: وهو رأي غالبية الفقه الفرنسي، ويرى أن الإدارة لا تستطيع استرداد الالتزام إلا لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة.[3]

أما إذا كانت الأسباب لا تتعلق بالمصلحة العامة، فإن قرار الاسترداد يعد قرارا تعسفيا من جانب مانح الالتزام، كأن يسترد مانح الالتزام المرفق من أجل تحقيق أغراض مالية، كالرغبة في حرمان الملتزم

---

[1]- عادل قرانة، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، جانفي 2005، ص: 87.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 67.

[3]- حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، صفحة: 816، و817.

من الأرباح أو الرغبة في إحلال ملتزم جديد محل الملتزم القديم، وهذا يرتب للملتزم الحق في التعويض كما أحدثه هذا الإنهاء من أضرار.

أما بالنسبة لسلطة الإدارة المنفردة في إنهاء عقد التوريد بالاستغلال عن أي خطأ لدواعي المصلحة العامة، حتى وإن لن ينص العقد على هذا الحق فالإدارة بوصفها مسؤولة عن حسن سير المرفق العام الذي ابرم العقد من أجل المساهمة في تسييره تملك سلطة إنهاء العقد الإداري بقرار انفرادي من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء أجله أو تنفيذ الالتزامات التي تشكل موضوعه متى اقتضت المصلحة العامة مثل هذا الإنهاء، فمن غير المعقول أن تستمر الإدارة لمدة طويلة في تسيير مرفق عام أصبح غير مفيد أو في الإبقاء على عقد أصبح غير متلائم أو متكيف مع احتياجات المرفق العام، أو أن تستمر في استلام توريدات غير مفيدة للمرفق العام، وسلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري ليست مطلقة، بل يجب أن تبتغي تحقيق الصالح العام، ومن جانب آخر يجب ألا تتجاوز على المصلحة الخاصة للمورد.[1]

فهذه المصلحة مشروعة وجديرة بالحماية، ولذلك فإنه من أجل إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المورد الخاصة أقر بالاعتراف لجهة الإدارة بإنهاء العقد بالإ رادة المنفردة قبل النهاية العادية للعقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك على أن يستحق المورد في مثل هذه الحالة تعويضا كاملا لما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.[2]

وقد كرست الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي سلطة الإنهاء الانفرادي لعقد التوريد، حيث جاء في قرار صادر عنه: Distillerie de Megnac – laval.

"يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حقوق المتعاقد في التعويض، أن تنهي في أي وقت عقود التوريد التي أبرمتها".

وليس للإدارة التنازل عن هذه السلطة وكل بند في العقد نص على هذا التنازل فهو باطل حسب الاجتهادات القضائية الفرنسية، الصادر في 06 ماي 1985.

لأنه من العناصر الأساسية من قانون العقود الإدارية، فتستطيع الإدارة المتعاقدة في أي وقت أن تفسخ وتنهي العقد الإداري بسبب المصلحة العامة أو كلما اقتضت واستدعت المصلحة العامة ذلك، حتى في حالة غياب نصوص تشير إلى ذلك في العقد الإداري، وحتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ، وهذا ما جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي الصادر في: 02 ماي 1958.

---

[1]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص:1285.

[2]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص:1285.

ثانيا: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لمقتضيات المرفق العام

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مصلحة المرفق الذي يرتكز عليه العقد هي التي تبرر إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لاحتياجاته أو يشكل عبئا ثقيلا عليه، و أن الإدارة دائما تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام.[1]

ويتحقق ذلك في عقد الأشغال العامة فمثلا ففي حالة إنهاء عقد أشغال عامة مخصص لإصلاح وتحسين منشأة توصيل المياه في إحدى المدن نتيجة انضمام هذه المدينة لمشروع عام لتوصيل المياه، حيث تصبح الأشغال المنصوص عليها في العقد غير ذي فائدة، أو إنهاء عقد التزام المرفق العام عن طريق استرداد الالتزام قبل نهاية مدة العقد المتفق عليها بقصد تحويل نظام إدارة المرفق إلى نظام الإدارة المباشرة، أو إلى شركة ذات اقتصاد مختلط بدلا من الالتزام، أو لرغبة السلطة مانحة الالتزام في أن تتعهد بتسييره إلى مؤسسة عامة محلية بدون قصد الربح أو لإتباع الملتزم في إدارة المرفق سياسة مختلفة عن التي تريدها السلطة مانحة الالتزام.[2]

فسلطة الإدارة في إنهاء العقد تعتبر نتيجة لفكرة المرفق العام الذي يرتكز عليه العقد الإداري، فإذا أصبح عقد التوريد الإداري يمثل عقبة أمام تحقيق أهداف الإدارة وغايتها، فإنه لا ينبغي أن يبقى العقد قائما، وعليه تستند هذه السلطة على ضرورة إلغاء العقود التي لم تعد تفي باحتياجات الإدارة والجمهور، لأن العقد يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بدوره بقابليته للتغيير والتبديل فظروف العمل قابلة للتطوير مما يعني ضرورة تمتع جهة الإدارة بسلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة اقتضت ذلك مقتضيات المرفق العام، فالإدارة يجب ألا تتقيد بشكل محدد بعقود صارت غير نافعة أو غير متكيفة مع حاجات المرفق العام وإلا أدى جمود العقد إلى جمود المرفق وانقلب العقد الذي كان وسيلة تسيير مهمة المرفق إلى قيد عليه.[3]

وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص للعقد بل من النظام العام لسير المرفق العام، فهي سلطة مقررة بغير حاجة إلى النص عليها في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليها، ونظرا لاتصال هذه السلطة بالنظام العام للمرافق العامة من المقرر أنه لا يجوز لجهة الإدارة نفسها أن تتنازل عن

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 711.
[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص: 182و186.
[3]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص: 1288.

ممارسة هذه السلطة فالإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ظروفا استجدت تستدعي هذا الإنهاء، كما إذا أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام.[1]

غير أنه لم يوجد للإدارة السبب الشرعي الذي تستند إليه في إنهائها العقد الإداري أو ما كانت تستهدف من وراء هذا الإلغاء والإنهاء إلا تحقيق مآرب خاصة ذاتية لا تتفق والصالح العام ومقتضيات المرفق العام فإن قرار ذلك يكون غير مشروع ويعد تعسفا في استعمال السلطة يمكن للمتعاقد معها الطعن فيه ومطالبتها بالتعويض جراء الأضرار المادية والأدبية الناتجة عن خطئها بإصدار مثل هذا القرار وكذلك الخسائر والمصروفات التي تكبدها في سبيل الوصول إلى إبرام هذا العقد.[2]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

يترتب على إنهاء العقد الإداري بسلطة الإدارية المنفردة أثرين هما: انحلال الرابطة العقدية بين الإدارية والمتعاقد معها، والتزام الإدارة مقابل هذه السلطة بتعويض المتعاقد معها.

أولا: انحلال الرابطة العقدية

إذا كان العقد المدني يقوم على شريعة المتعاقدين، أنه لا يجوز للأطراف نقضه أو تعديله أو إنهاؤه إلا بموافقة الطرف الثاني، فإن العقود الإدارية تتمتع الإدارة فيها بسلطة واسعة تصل إلى درجة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد، أي من جانب الإدارة، حتى في حالة عدم موافقة المتعاقد معها، ويترتب على هذه السلطة أثر وهو انحلال الرابطة العقدية، أي انقضاء وزوال العقد الإداري وبالتالي ينتج عن هذا الانحلال عودة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن الأمثلة التي يمكن تقديمها في هذا المجال هي إنهاء عقد التوريد، فإن الإدارة تقوم بتسليم المتعاقد الأصناف التي قام بتوريدها، والمتعاقد يقدم للإدارة ما كان قد تحصل عليه منها.[3]

ويترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة من جانب الإدارة انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد وضرورة تصفية هذا العقد وتسوية المبالغ الناشئة بالتالي عن إنهاء العقد، وهذه التصفية تستند إلى المبالغ المستحقة للمقاول أو على العكس للإدارة صاحبة الأشغال، وإنهاء العقد بصفة قطعية وانقضاء

---

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص: 77 و78.
[2]- بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص: 469.
[3]- عادل قرانة، المرجع السابق، ص: 89.

العلاقة القائمة بين مانح الالتزام والملتزم، ولا يجب أن يؤدي إجراء إسقاط الالتزام إلى إنهاء وجود المرفق على الرغم من استبعاد الملتزم.[1]

ثانيا: حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض عن إنهاء عقده

لا يستساغ عقلا ولا منطقا أن تبق ي الإدارة على عقد بشروط معينة لا تتواءم البتة مع ظروف المرفق العام، ولا يؤتي نفعا لما في ذلك من إهدار للمال العام، والقول بغير ذلك ليس من ش أنه إيقاع الضرر على الإدارة فقط المكلفة برعاية المصلحة العامة، وإنما من ش أنه أيضا الإضرار بالمنتفعين بخدمات المرفق العام، وقد يكون من بينهم المتعاقد نفسه، وعليه فلا ضير من أن تنهي الإدارة العامة العقد بالإرادة المنفردة طالما يتم بتعويض المتعاقد معها نتيجة هذا الإنهاء.[2]

فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه من حق الإدارة عندما تقرر أن العقد لم يتفق مع حاجات المرفق العام أن تقوم بإنهائه بإرادتها المنفردة وهي في ذلك سلطة ثابتة لها في جميع الأحوال بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية مع مراعاة حقوق المتعاقد صاحب الشأن في التعويض.[3]

فالجدير بالذكر أنه إذا استعملت الإدارة سلطة الإنهاء بالإ رادة المنفردة وبدون خطأ من المتعاقد معها يستحق هذا الأخير التعويض ما فاته من كسب وهذا ما تقتضيه العدالة، وضرورة موافقة المصالح المالية على إنهاء العقد.

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار الفسخ يجب أن يتضمن قيمة التعويض حتى لو لم يكن المتعاقد قد تلقى أو طالب بهذا التعويض وحتى دون خطأ منه ، كما جاء في قراره Distillerie du megnac Laval الصادر في 02 ماي 1958، وهذا المبدأ الثابت يكون دقيق التطبيق في شأن عقود التزامات الأشغال العامة نظرا لأهمية النفقات التي يتم التصرف بها خلال العقد ونظرا لمدة العقد ، لذلك فإن الملتزم يعوض من الأموال الهالكة أو المستهلكة أو التي تعود الإدارة.

وقد ينظم العقد ذاته أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن إنهاء عقده وعناصره، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القوانين واللوائح حتى ولو تضمنت

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخديره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008، ص: 306.

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص: 191.

[3]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص: 1288.

حرمان المتعاقد من أي تعويض ، أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مدى استحقاق التعويض ومقدار عناصره فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق.

وفي جميع الأحوال يكون التعويض الذي يستحقه المتعاقد في هذه الحالة هو تعويض كامل ، أي يراعي في تقديره حق المتعاقد من خسارة ما فاته من كسب ، وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته دون موافقة المتعاقد معها أو خطئه يقابلها حقا لهذا المتعاقد في الحصول على تعويض لجبر الأضرار التي أوجدها هذا الإنهاء، وهذا ما أقرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر في 1967/11/08، من أنه إذا فسخ العقد من قبل الإدارة، حتى ولو حصل للمصلحة العامة يتضمن بالمقابل حق المتعاقد بالتعويض الذي ينبغي أن يأخذ بالاعتبار كل الفوائد التي كان سيحصل عليها فيما لو نفذ العقد"[1]

وكذلك ما جاء في قرار مجلس الدولة الصادر في 2014/09/04:"حيث أن المدعي المستأنف يطالب بمبلغ (17.474.452.06 دج) قيمة الأشغال المنجزة غير المسددة، ورفع اليد عن الرهن وكفالة حسن التنفيذ بما قيمته (4.916.199.62 دج) مع تعويض قدره (10.000.000 دج).

وحيث أن المستأنف عليها تعترض على ذلك وتدفع بأنه لم يبق في ذمتها ...

حيث أنه من المقرر قانونا أن الإدارة المتعامل العمومي: عند فسخ الصفقة ملزمة بإعداد كشف الحسابات بحضور المتعامل معها أو دعوته إلى ذلك قانونا..."[2]

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد

تخضع سلطة الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري عندما تقوم بإنهاء عقدها بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقد معها لرقابة القضاء الإداري ويجب التفرقة هنا بشأن تحديد القاضي المختص بالرقابة القضائية ومعرفة مدى سلطة القضاء في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري.

أولا: تحديد القاضي الإداري المختص بالرقابة القضائية

من النتائج المترتبة على الاعتراف للعقد الإداري بالطبقة الإدارية هي اختصاص القضاء الإداري وحده ودون غيره بالرقابة على العقود الإدارية فعلى أساس تحديد طبيعة العقد تحدد جهة الاختصاص القضائي، فإذا كان العقد إداريا اختص القضاء الإداري، وإذا كان مدنيا اختص به القضاء العادي، وهذا ما

---

[1]- عادل قرانة، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص: 86.

[2]- قرار مجلس الدولة رقم : 081446، الصادر بتاريخ :2014/09/04، في قضية : "مؤسسة البناء حمراس موسى" ضد : "الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره عدل"، ص: 5، ملحق رقم: 16.

استقر عليه القضاء الإداري في مصر وفرنسا على أن القاعدة العامة هي أن قاضي العقد المختص للفصل في مشروعية قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري انفراديا لدواعي المصلحة العامة عن طريق دعوى القضاء الكامل "دعوى العقد"، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن: "إن دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يمتلكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري انفراديا، وليس دعوى الإلغاء".

هذا فـــي حـــــــالة إذا تم الطعن في قرار الإدارة بالإنهاء من قبل المتعاقد معها، فإن القضاء الكامل هو المختص، بينما إذا ما تم رفع الطعن من قبل الغير "الطرف الأجنبي" الغريب عن العلاقات التعاقدية بين أطراف العقد الإداري، فان قضاء الالغاء هو المختص، وطالما أنه ليس في استطاعتهم (الغير) أن يقيموا دعوى القضاء الكامل .إلا أنهم ليسوا كذلك بالنسبة لآثار هذا العقد حيث أن تنفيذ هذا العقد أو إنهائه يمكن أن يؤثر على الغير وعلى مصالحهم وطالما أنه ليس في استطاعتهم أن يقيموا دعوى القضاء

الكامل، فإنه من الواجب و الضروري إذن أن يتاح لهم طريق للطعن يسمح لهم أن يطعنوا في القرارات التي تتعلق بعقد ما ليسوا طرفا فيه أو لكونها تؤثر عليهم وتصيبهم بضرر في مصالحهم المتحصلة من وراء ذلك العقد، ومن هنا فقد تعين قبول دعوى الإلغاء من قبل الغير أمام قاضي الإلغاء في جميع الحالات التي يكون فيها الدعوى ضرورية للمحافظة على مصالح الغير وحمايتها، وفي هذا قرار مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 24 أفريل 1964 الذي جاء فيه: "سوف يقبل من الغير من الآن فصاعدا أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في جميع قرارات الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيته على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة عن هذا العقد بالنسبة للغير.[1]

أما في الجزائر فإن القضاء الإداري مختص بالرقابة على العقد الإداري وهذا ما جاء في قرار مجلس الدولة، المؤرخ في : 2004/02/10، قضية ذات المسؤولية المحدودة "ساق الهناء" ضد وزير الداخلية والجماعات المحلية: "... حيث أن كل عقد إداري يخضع إلى رقابة القاضي الإداري الذي يخول له القانون كل صلاحيات مراقبة شرعية...." ، وأن القضاء الكامل هو المختص حيث يدخل تحت هذا

[1]- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص: 257و258.

النوع من القضاء الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة وهي كثيرة جدا، وتكاد أن تطغى على بقية أنواع المنازعات الأخرى.[1]

ثانيا: نطاق سلطة القضاء في مراقبة قرار الإدارة بإنهاء العقد

تخضع الإدارة في ممارسة سلطة الإنهاء لرقابة القضاء الإداري، الذي من جه ته التحري في الأسباب الحقيقة التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، فإذا تبين للقاضي أن الإنهاء قام على سبب غير مشروع أو أن الإدارة استهدفت غير المصلحة العامة من إنهاء العقد فله أن يحكم بعدم مشروعية هذا الإنهاء، وفي مثل هذه الحالة للمتعاقد مع الإدارة أن يحصل على التعويض اللازم، إذا ترتب على الإنهاء حصول أضرار أو خسائر له، ويراقب القاضي الإداري في كل من مصر وفرنسا، قرار إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة من ناحية المشروعية دون الملائمة، بمعنى أن الرقابة القضائية هذه الحالة تقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة الذي يبرز إنهاء العقد، ولكنها لا تتضمن تقدير مدى ملائمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد، أي مدى كفالة السبب لإنهاء العقد، وهذا على خلاف ما هو مستقر في حالة فسخ العقد نتيجة خطأ المورد حيث يتسع نطاق الرقابة القضائية لتشمل على زاويتي المشروعية والملائمة، واستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة مورديها، ومن بينها قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي لعقود التوريد، حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعية إنما تقتصر سلطته على البحث عما إذا كانت هذه القرارات ... المورد الحق في التعويض.

ففي حالة قيام الإدارة بإنهاء العقد وكان السبب غير مشروع، أو كانت المصلحة التي من أجلها قامت بالإنهاء غير المصلحة العامة، فإن قراراها غير مشروع وكان دور القاضي الإداري هو التصدي لمواجهة هذا القرار، أي أن القاضي الإداري يكون دوره مراقبة الانحراف بالسلطة، وفي حالة ما إذا استهدفت الإدارة من سلطة الإنهاء مصلحة غير المصلحة العامة ، فالقاضي الإداري يحكم بعدم مشروعية وقانونية هذا الإنهاء.[2]

ولا يجوز للقاضي الإداري إلغاء الفسخ مهما شابه من عيوب وإنما تقتصر ولايته على بحث الحق في التعويض عنه، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة في فرنسا، وكذلك أنه ليس لقاضي العقد

---

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص: 332.
[2]- عادل قرانة، المرجع السابق، ص: 165.

إبطال القرار الصادر بإعادة طرح الأشغال في من اقصة جديدة في عقد الأشغال العامة، حالة الفسخ على مسؤولية المقاول تعويضا إن كان له محل، لكن في مصر فإن للقضاء حق الحكم بالتعويض وله الحق بالإلغاء أيضا.[1]

خلاصة الفصل

نستنتج مما سبق أن الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقود الإدارية تملك سلطات وامتيازات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص.

حيث أن الطبيعة الخاصة بالعقد الإداري وعدم مساواة المتعاقدين فيه، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلها أن تقوم بمراقبة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته المنصوص عليها في العقد أو في دفتر الشروط، وهذه الرقابة والتوجيه تكون في حدود تنفيذ العقد وضمانا لسير المرفق العام بانتظام واضطراد وتحقيقا للصالح العام، لذلك فهي ليست مطلقة بل مضبوطة بمجموعة من الحدود، وأن تتمكن كذلك من تعديل عقودها لتلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها، وتعد سلطة التعديل من أحد أهم مظاهر تمييز العقد

[1]- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية "في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم"، مدرسة الدكتوراه للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص: 308.

الإداري عن الأعباء الجديدة على عاتق المتعاقد في الحدود المعقولة من حيث نوعها وأهميتها ولا تخرج عن طبيعة العقد.

أما في حالة عدم التزام المتعاقد بشروط العقد، فإن للجهة الإدارية الحق في أن توقع من تلقاء نفسها ودون الالتجاء إلى القضاء بتوقيع مجموعة من الإجراءات ليقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولها كذلك القيام بإنهاء العقد في أي وقت تشاء ودون وقوع خطأ من المتعاقد إذا اقتضى ذلك الصالح العام، بشرط تعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا.

الفصل الثاني

حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة

يتمتع المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الحقوق وهذا حسب ما ينص عليه العقد الملزم بينهما. وهي حقوق اعترف بها الفقه والقضاء الإداريين بهدف تمكينه من الاستمرار بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، وحتى يستطيع المرفق العام الاستمرار في أداء خدماته... وتمثل هذه الحقوق المعترف بها، التزامات بالنسبة للإدارة المتعاقدة التي تسعى دائما إلى فرض منطقها الخاص وهو تحقيق المنفعة العامة في مقابل سعي المتعامل المتعاقد لتحصيل منفعته الخاصة وتتمثل هذه الحقوق في حقه في الحصول على المقابل المالي والحق في إعادة التوازن المالي للعقد وفي مقابل هذه الحقوق تقع عليهم جملة من الالتزامات تتمثل في الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد والالتزام خلال الآجال المتفق عليه لذلك سوف نتطرق في هذا الفصل إلى تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني: التزامات المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول

حقوق المتعاقد مع الإدارة

إذا كان قد تقرر للإدارة جملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها تحت تبرير اتصال عقودها بالمرفق العام، فإن القضاء الإداري وخوفا منه من تعسف الإدارة ومن افتقادها لأحد أهم وسائل تسيير وتشغيل المرافق العامة بنفور وعزوف الأفراد عن المتعاقد معها، فقد أقر وفي مقابل تلك الامتيازات الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة جملة من الحقوق والتي لا مثيل لها في العقود الخاصة والمنحصرة في مجملها في الحق في الحصول على المقابل المالي (المطلب الأول)، وحق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحق في الحصول على المقابل المالي

يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة ، ويتمثل هذا الحق فيما يحصل عليه من عائد مادي مقابل تنفيذه للعقد ولتغطية التكاليف والنفقات التي يتحملها لتنفيذ العقد ... ، ويأخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة صورا متعددة تختلف باختلاف العقود الإدارية ، فهو في عقد امتياز المرافق العامة ما يتقاضاه حامل الامتياز من مبالغ من المستفيدين من خدمات المرفق العام، وبهذا سنتناول في هذا المطلب العناصر التالية: التسبيق، الدفع على الحساب، التسوية على حساب الرصيد.

الفــرع الأول: التســبيق

يعد أول تنظيم صدر في هذا المجال هو المرسوم رقم 108/64 المؤرخ في 1964/03/26 المتضمن إنشاء اللجنة المركزية لهذه الصفقات، وتلاه القرار الوزاري المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة (CCAG) السالف الذكر.[1]

أعد من أجل تنظيم صفقة الأشغال العمومية وتنفيذها والذي تطرق في المادة 44 منه إلى نظام التسبيقات، ولم يورد بدوره أي تعريف للتسبيق،[1] ولكن بعد صدور المرسوم 145/82 وإلى غاية صدور

[1]- القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطابقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، السالف الذكر.

المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الحالي، ورد التعريف ذاته في كل نصوص هذه المراسيم، [2] حيث يعرف التسبيق على أنه: "هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة".[3]

بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة.

وبذلك فإن المشرع الجزائري ربط دفع التسبيق على خدمة لم تنجز بعد بوجود ضمان لذلك، وهذا حرصا منه على المحافظة على المال العام، فنص قانون الصفقات العمومية في المادة 75 منه على: "لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية ... ".

وهكذا فإن المقاول حتى يحصل على تسبيق مالي يمكنه من تمويل الأشغال، عليه أن يجد مؤسسة مالية يحكمها القانون الوطني، تكفله للإدارة صاحبة المشروع استرجاع الأموال التي تدفعها.

ويأخذ التسبيق شكلين نصت عليهما المادة 76 من المرسوم الرئاسي 236/10 السابق الذكر، والتي نصت على: "تسمى التسبيقات حسب الحالة، "جزافية" أو "على التموين" .

وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى التسبيق الجزافي : أولا، التسبيق على التموين: ثانيا.

أولا: التسبيق الجزافي

التسبيق الجزافي هو ذلك المبلغ المدفوع من قبل المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أداء الخدمة موضوع الصفقة للمقاول أو المورد بناء على نسبة محددة في الصفقة والتي يجب ألا تتجاوز العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة بـــ 15% من سعر الصفقة.

ومنه فإن سعر الصفقة الأولى هو الوعاء لتحديد التسبيق الجزافي، والذي لا يتجاوز نسبة 15 % حسب المادة 77 من المرسوم 236/10، وبصفة استثنائية يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا

---

[1]- المادة 01/44 من نفس المرجع، ص 1300.

[2]- المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، السالف الذكر، ص: 2210-2218، المعدل والمتمم بمرسوم تنفيذي رقم 93-97، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.2 ر. العدد 13 الصادرة في 11.03.1998، ص:12.

[3]- المادة 62 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، السالف الذكر، ص: 11.

يفوق نسبة 15% إذا كانت قواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي، يترتب عن رفضها ضررا أكيدا لها بمناسبة التفاوض على صفقة، لكن بعد الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو الوالي حسب الحالة، وبعد استشارة لجنة الصفقات المختصة.

1 مدى إلزامية التسبيق الجزافي

هل هو حق مكفول للمتعامل المتعاقد يمكن أن يطلب به حتى في غياب بند صريح في شأنه؟.

الحقيقة أن صياغة أحكام التسبيق الجزافي في تنظيم الصفقات العمومية لا تقدم أية إجابة لهذا السؤال، فلم تحدد لا طابعه الإلزامي ولا الجوازي، وبناء عليه إذا ضمن هذا النوع من التسبيق في الصفقة بشكل صريح، فإنه يفتح المجال واسعا للمتعامل المتعاقد للمطالبة به، أما إذا لم ينص عليه في بنود الصفقة فإنه من المنطقي ألا يشكل حق من حقوق المتعامل المتعاقد.

لم ترد أي نص سواء في التنظيم الحالي أو التنظيمات السابقة لصفقة الأشغال العمومية يضفي الصفقة الإلزامية لدفع التسبيق الجزافي ولكن تضمن دفتر الشروط الإدارية العامة (CCAG) السالف الذكر الخاص بصفقات الأشغال العمومية نص صريحا يعالج هذه المسألة، بموجب المادة 1/44 منه والواردة كالتالي:

"..... يجوز بقطع النظر على أحوال التسبيق الإجمالي الذي يكون أداؤه إجباريا للمقاول بموجب المادة 09 من المرسوم رقم: 59-167 المؤرخ في: 1959/01/07 المعدل، أن ينص على التسبيق في دفتر الشروط المشتركة أو في دفتر الشروط الخصوصية المتعلقة بصفقات يقل مبلغها عن 20.000 دج أو بالصفقات المبرمة بالمناقصة المفتوحة ... "[1]

نستشف من نص المادة أن في صفقات يكون دفع التسبيق الجزافي الإلزامي إلا إذا تعلق الأمر:

- بصفقات يقل مبلغها عن: 200.000 دج.
- بصفقة مبرمة بالمناقصة المفتوحة.

أي لا يكون دفع التسبيق إلزامي من هاتين الحالتين للمقاول، بل يمكن أن ينص عليه دفتر الشروط المشتركة أو في دفتر الشروط الخصوصية فقط.

---

[1]- استعملت المادة 01/44 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، باللغة الفرنسية مصطلح « l'avance forfaitaire » والذي يقابله في نص هذه المادة باللغة العربية "التسبيق الإجمالي" والذي يراد به "التسبيق الجزافي".

Voir : Art 44/01 de l'arrété du 21/11/1946, portant appobation du cahier des clauses administratives, p1300.

نستخلص مما سبق أن دفع التسبيق الجزافي للمقاول إلزامي في صفقات الأشغال العمومية، بحكم ما تضمنته المادة 01/44 من دفتر الشروط العامة السالف الذكر.

2 -كيفية دفع التسبيق الجزافي

فرض المرسوم الرئاسي 236/10 المطبق حاليا والمذكور سالفا، نسبة معينة لدفع التسبيق الجزافي كحد أقصى، كما نصت عليه المادة 77 من المرسوم أعلاه، [1] "يحدد التسبيق الجزافي نسبة أقصاها خمسة عشرة في المائة (15 %) من السعر الأولي للصفقة".

لذلك تعد نسبة 15% كحد أقصى في دفع التسبيق الجزافي من السعر الأولي للصفقة، حيث هذا الأخير هو الوعاء الذي يحدد التسبيق الجزافي.

ولكن هذا التحديد لا يؤخذ على إطلاقه، بل يرد عليه استثناءات، تتجاوز هذه النسبة في حالة الدفع أو التمويل على الصعيد الدولي، إذا كانت قواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي تلحق ضرر أكبر للمصلحة المتعاقد ،ة يمكن أن تقدم هذه الأخيرة تسبيقا جزافيا استثنائيا يفوق 15 % ولكن بعد الموافقة الصريحة وليس الضمنية من الوزير الوصي، أو مسؤولي الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي حسب الحالة، وتمنح هذه الموافقة بعد استشارة لجنة الصفقات المختصة، وهذا ما جاءت به المادة 66 من المرسوم الملغى (والذي لم يتضمن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة)، والمادة 78 من المرسوم المطبق حاليا.[2]

يمكن أن يدفع التسبيق الجزافي مرة واحدة كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط، تنص الصفقة على تعاقبها الزمني وذلك حسب المادة 79.

أ -دفع التسبيق الجزافي مرة واحدة

أنه في هذه الحالة، وبموجب دفتر الأعباء الخاصة يمكن النص على دفع التسبيق الجزافي مرة واحدة، وذلك بناء على طلب المتعامل المتعاقد وبناء على تقديمه مسبقا لكفالة رد التسبيقات الجزافية، وهي إحدى التزامات المتعامل المتعاقد والمنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم المطبق حاليا، والمعدلة

[1]- تقابلها المادة 65 من المرسوم 250/02 الملغى، السالف الذكر، ص : 11.

[2]- نص المادة يشير فقط إلى الوزير الوصي ومسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، والوالي كسلطات المخول لها قانونا الموافقة على الصفقات، فنتساءل عن باقي السلطات المخول لها قانونا أيضا حق الموافقة والمنصوص عليها في المادة 08 من المرسوم الرئاسي 236/10، المطبق حاليا والتي كان تعدادها حصري ثم استشارة اللجنة الوطنية المختصة اختياراي ثم إجباريا.

بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي 23/12 والمذكور سالفا، حيث أصبحت تحرر كفالة رد التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية، حيث كانت تحرر قبل تعديل هذه المادة حسب الصيغ التي تلاءم المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه، فتم توحيد نموذج الكفالة والسلطة المخول لها تحريرها.

ب -دفع التسبيقات في عدة أقساط

يشترط التنظيم الحالي في هذه الحالة، أن تنص الصفقة على التعاقب الزمني وقيمة كل قسط مسبقا، بما أنه يجب الاتفاق على كيفية الدفع مسبقا.

ثانيا: التسبيق على التموين

خُصص فقط لصفقات الأشغال والتوريد حتى يمكن المتعاقد من الحصول على تسبيق على التموين إلى جانب التسبيق الجزافي، إذا ما أثبتوا إبرام عقود أو تقديم طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها تعهدا صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلاءم تنفيذ موضوع الصفقة، وفي حالة عدم قيامه بذلك يلزم بإعادة التسبيق، [1] ولهذا التسبيق خطورة تظهر في الأحوال التي يقوم فيها المتعاقد بالتصرف أو باستخدام تلك المواد أو المنتجات لأغراض غير مخصصة لموضوع الصفقة المتعاقد عليها، لاسيما أمام سكوت المشرع في هذه المسألة.

لم يحدد قانون الصفقات العمومية نسبة معينة من التسبيق على التموين كما هو الشأن بالنسبة للتسبيق الجزافي، ولكنه أفاد بعدم إمكانية تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين في أي وقت من الأوقات نسبة 50 % من المبلغ الإجمالي للصفقة، وهذا حسب نص المادة 70 من قانون الصفقات العمومية.

ومنه فإن التسبيقات على التموين والمعرفة أيضا بالتسبيقات على المنتوجات والمواد محددة بـــ: 35% من سعر الصفقة إذا كان التسبيق الجزافي محدد بـــ 15% مقسم عموما إلى حصص.

1 -مدى إلزامية دفع التسبيق على التموين

يعد التسبيق على التموين النوع الثاني الذي تطرق إليه المرسوم الحالي، دون أن يعرفه، وجاءت المادة 01/88 من المرسوم الرئاسي 236/10 المطبق حاليا، التي تنص على: "يمكن أصحاب صفقات

[1] - المادة 68 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، السالف الذكر، ص: 12.

الأشغال ..... أن يقبضوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي تسبيقا على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد .... الضرورية لتنفيذ الصفقة".

وباستقراء هذه المادة تستشف الجزافي في صفقات الأشغال العمومية أمر جوازي، وذلك من خلال استعمال لمصطلح " يمكن " أي بمفهوم المخالفة يمكن أن لا يتحصل أصحاب الأشغال على مثل هذا التسبيق.

يضاف إلى ذلك، أن المادة المذكورة أوردت حكمان:

الأول: يدفع التسبيق على التموين بعد أن يتم دفع التسبيق الجزافي، وذلك من خلال العبارة المستعملة في النص: " ... أن يقبضوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي ...."، وعليه فلا دفع على التمويل دون دفع على التسبيق مسبقا.

الثاني: حصرت المادة الأشخاص المخول لهم قانونا الحصول على هذا التسبيق وهما أصحاب صفقات الأشغال وأصحاب صفقات التوريد فقط.

ولكن يجب على أصحاب الأشغال أن يكونوا فعلا بحاجة للمواد الضرورية لتنفيذ صفقات الأشغال العمومية، لذلك أقرت المادة المذكورة سابقا، شروطا لكي تت ألكد المصلحة المتعاقدة من صحة طلب التسبيقات وهي:

1 -أن يكون المتعامل المتعاقد صاحب صفقة أشغال قد بلغ بالأمر بالخدمة.

2 -أن يقدم هذا المتعاقد ما يثبت حيازتهم عقودا مؤكدة للمواد والضرورية لتنفيذ الصفقة، هذه المواد التي يكون المتعاقد قام بتموين الورشة بها فور تبليغه بالأمر بالخدمة.

3 -أن يلتزم بتقديم التزاما صريحا بإيداع المواد في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق على التموين.[1]

4 -أضافت المادة 01/81 من المرسوم الرئاسي 236/10، أنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد والمتعامل الثانوي... أن يتصرفوا في التموينات التي حظيت بالتسبيقات –التسبيق على التموين– بالنسبة للأشغال غير تلك المنصوص عليها في الصفقة (وتقابلها المادة 01/69 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى).

[1]- المادة 01/68 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، السالف الذكر، ص : 12، والمادة 01/80 من المرسوم الرئاسي 236/10 المطبق حاليا، ص: 19.

والجدير بالذكر أن أحكام المرسوم 145/82 المادة 74 منه، نصت على عكس ما جاء به النص في المرسوم الرئاسي 236/10، حيث كان يجيز التصرف في التموينات واستعمالها في أشغال أخرى غير تلك المنصوص عليها في الصفقة، كما نص المرسوم التنفيذي 434/91 على الأحكام ذاتها، أي التي جاء بها المرسوم 145/82 لكن قبل تعديله، أما بعد تعديله [1] فلقد نص على الأحكام ذاتها التي جاء بها المرسوم رقم 250/02 في المادة 01/69 منه، وكذلك المادة 01/81 من المرسوم الرئاسي 236/10.

ويتبين مما سبق أن دفع التسبيق على التموين ليس ملزما يتم دفعه متى توفرت الشروط المقررة في التنظيم الحالي الذي جعل دفعه ممكنا، أما دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر فلم يتطرق إلى التسبيق على التموين، مما يوحي لنا الاكتفاء بما نص عليه التنظيم الحالي.

2- كيفية دفع مبلغ التسبيق على التموين

من خلال المادة 80 من المرسوم الرئاسي 236/10،[2] يتضح أن له طابع جوازي فهو مجرد إمكانية وليس التزاما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، ومنه لابد أن يتضمن في بند تعاقدي أثناء إبرام الصفقة، وبذلك لا يجوز دفعه إلا إذا تم دفع التسبيق الجزافي، وباستقراء المادة 77 من نفس المرسوم،[3] نجد أن مبلغ التسبيق الجزافي محدد بنسبة أقصاها 15% من السعر الأول، وعليه جاءت المادة 83 من قانون الصفقات العمومية بحكم مشترك بين كلا من النوعين من التسبيقات، حيث حددت المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين لا يتجاوز 15%، وبهذا فإن نسبة المبلغ الواجب دفعه من التسبيق على التموين هو: 50%- 15% =35% فلا يجب أن يتعدى في مبلغ التسبيق على التموين 35%.

وتقل هذه النسبية، عندما يترتب ضرر يلحق بالمصلحة المتعاقدة نتيجة رفضها بقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي، أنها يمكن لها استثنائيا أن تقدم تسبيقا جزافيا استثنائيا يفوق 15% من السعر الأولي، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من المرسوم الرئاسي 250/02 والمذكور سابقا، والمادة 78 من المرسوم الرئاسي 236/10 الحالي.

---

[1]- المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 السالف الذكر، ص: 2219. والتي عدلت وتممت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/98، المؤرخ في 1998/03/07، السالف الذكر.

[2]- تقابله المادة 68 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، السالف ذكره، ص: 12.

[3]- تقابلها المادة 65 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، السالف ذكره، ص: 11.

ثالثا: استرداد التسبيقات

قرر المشرع الجزائري – حفاظا على المال العام – وجوب استرداد المبالغ المدفوعة على شكل تسبيقات جزافية أو على التموين في أقرب أجل، وفي أول فرصة تتاح للإدارة، وذلك بمناسبة صرف مبالغ مالية تحت الحساب للمقاول عن التنفيذ الجزافي للأشغال موضوع العقد، حيث أوجب على الإدارة اقتطاع تلك المبالغ التي تسبقها من المبالغ التي يطالب بها المقاول التنفيذ الجزافي، وذلك وفقا لوتيرة يحددها الطرفان في العقد، على أن تسترد الإدارة مجموع ما دفعته كتسبيقات متى بلغ مجموع ما دفعت للمقاول من مبالغ في شكل دفعات على الحساب نسبة 80% من مبالغ العقد أو الصفقة.[1]

الفرع الثاني: الدفع على الحساب

وسنتاول من خلال هذا الفرع، تعريف الدفع على الحساب(أولا)، وأنواعه(ثانيا)

أولا: تعريف الدفع على الحساب

بالرجوع الى قوانين الصفقات العمومية، نجد أن الأمر رقم 90/67 تطرق إلى الدفع على الحساب من خلال المواد 90، 91، 92، وكذلك أيضا دفتر الشروط العامة " C.C.A.G" السالف الذكر في المادة 45 منه، تحت عنوان الدفعات، ولكن دون أن يقدم أي منهما تعريفا له.

أما التنظيمات التي صدرت بعد ذلك وابتداءا من المرسوم 145/82 السالف الذكر إلى المرسوم 236/10،[2] فتطرقت إلى الدفع على الحساب وقدمت تعريفا له، من خلال المادة 02/74 والتي نصت على: " الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة".

ويختلف الدفع على الحساب عن التسبيق، إذا كان هذا الأخير وكما بيّنا سابقا هو عبارة عن قسط من المال يدفع قبل بدء الأعمال موضوع الصفقة، ومن خلال التعريف الوارد للدفع على الحساب يجعلنا نتصور أن المتعامل نفذ 30% من موضوع الصفقة ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القمة، [3] بمعنى هو

---

[1]- المادة 85 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 19.

[2]- المادة 02/67 من المرسوم 145/82 السالف الذكر، ص : والمادة63 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 والمعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/98 المؤرخ في 1998/03/07، السالف الذكر، ص : حيث حذفت مصطلحات كانت واردة في المرسوم 145/82 ومنها، "ماعدا التسبيقات"، "ويطابق تنفيذ موضوع الصفقة جزئيا"، والتي كانت تثير التساؤل، كيف يتطابق الدفع للتنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة لذلك عوضت كلمة "يطابق" بكلمة "مقابل".
ونلاحظ أيضا استبدال المتعامل العمومي الذي كان وارد في المرسوم 145/82، وهذا النص بمصطلح "المصلحة المتعاقدة"، أما المادة 02/62 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، تطرقت للدفع على الحساب وجاءت بنفس الصيغة التي تضمنتها المادة 02/71 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر ص: 18.

[3]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص، 233.

تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق في الصفقة، ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا، لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح بالصفقة.

من خلال التعريف نستخلص أن المشرع قد اعتمد على معايير لتعريف الدفع على الحساب والتي تتمثل في:

1 -المعيار المـــــــالي

من خلال استعمال المشرع لمصطلح " كل دفع... مقابل تنفيذ " فما هو إلى مقابل مالي، والذي يمثل جزءا من السعر المتفق عليه في الصفقة " أشغال العمومية" ، بالرغم من أن المشرع لم يحدد مبلغه إلا أنه فيما يخص الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين، يجوز لحائزي صفقات الأشغال العمومية أن يستفيدوا على الأكثر من نسبة 80% كعتبة، وذلك حسب نص المادة 02/84،[1] ولا يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأحوال من هذا الدفع إلا إذا فيما يخص التموينات المقتناة من الجزائر،[2] ولا يمكن أن يتجاوز مبلغه ما يقابل تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة جزئيا.[3]

2- المعيار الزمني

يحق للمتعامل المتعاقد الاستفادة من الدفع على الحساب، إذا باشر بتنفيذ وانجاز الأشغال خلال المدة المتفق عليها في الصفقة، ولا يشترط أن يكون هذا التنفيذ كليا، وإنما يكفي أن يكون قد نفذ جزء من موضوع الصفقة.

3- المعيار المـــــــادي

يكون الدفع على الحساب مقابل التنفيذ جزئي للصفقة، فلا يجوز الاستفادة منه قبل البدء في تنفيذ الصفقة، أو بعد التنفيذ الكامل والمطابق لموضوع الصفقة، وهكذا نجد أن المشرع خالف المبدأ العام، وهو "الدفع مقابل تأدية الخدمة"، وجعل "الدفع على الحساب" يخضع لمبدأ الدفع مقابل خدمة في طور الإنجاز versement pour un service en cours d'exécution.[4]

---

[1]- يقابلها نص المادة 01/72 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02، السالف الذكر ص: 18.

[2]- المادة 03/84 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 19، ويقابلها نص المادة 02/72 من المرسوم الرئاسي رقم: 250/02 الملغى، السالف الذكر، ص: 18.

[3]- المادة 02/74 من المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع نفسه، ص: 19.

[4]- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص: 196.

ثانيا: أنواع الدفع على الحساب

من نص المادتين 84 و85 من المرسوم الرئاسي 236/10 نستنتج أن الدفع على الحساب يتم على نوعين:

1 -الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات

من خلال مضمون نص المادة 02/84 نجد أن الدفع يخص فقط عقد الأشغال والتي تنص على: "... يجوز لحائزي صفقة أشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين..."

فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضع تحت ذمة المشروع منتوجات معينة وتم استلامها في الورشة بإمكانية الحصول على دفع على الحساب يقدر بـــــ 80% من مبلغ هذه المنتوجات.

غير أن ذات الفقرة اشترطت لإتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتموين سابق الإشارة إليه، لذا ورد فيها عبارة "والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين..."، وهذا شرط معقول حتى لا يؤدي الأمر إلى إهدار المال العام، كما أضافت الفقرة 03 من ذات المادة أن يكون مصدر المنتوجات من الجزائر، وهو ما يعني عدم إمكانية الاستفادة من هذا النوع من الدفع لو تعلق الأمر بمنتوجات جلبها المشروع من الخارج.

2- الدفع على الحساب على أساس دفع الأعباء الاجتماعية

هذا النوع مكرس ضمنيا بموجب المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02، والتي تنص بشكل صريح على وجوب تقديم المتعامل المتعاقد جدول التكاليف الاجتماعية مؤشرة عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص وإثبات صرفه بهذه الأعباء.

3- الدفع على الحساب الشهري

وتم النص عليه في المادة 85 من المرسوم الجديد والتي نصت على الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة، ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافقة عليه من المصلحة المتعاقدة.

- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشرا عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

وتعد هذه خطوة نوعية من جانب المشرع لدفع المتعاملين على تطبيق التشريعات ذات الطابع الاجتماعي.[1]

4- الدفع على الحساب على أثر القيام بعمليات جوهرية

أشارت المادة 01/84 من المرسوم الرئاسي 236/10 إلى: "يمكن أن تقدم دفع على الحساب لكل من حاز صفقة، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة"، فيدفع للمتعامل المتعاقد مبلغ الدفع على الحساب، إذا ما أثبت أنه قام بعمليات جوهرية وأساسية في إطار إنجاز وتنفيذ صفقة الأشغال العمومية، ويتوقف هذا الدفع على أساس تقديم المتعاقد لمحاضر وكشوف وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها، وهذا ما جاءت به المادة 01/85 من المرسوم ذاته.

وقد خالف المشرع في هذه المادة الصياغة التي جاءت في نصوص التنظيمات السابقة فنجد أن المادة 01/72 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى والمذكور سالفا تنص على: "يمكن أن يقدم الدفع على الحساب من حاز صفقة أشغال أو خدمات إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة"، فالتنظيم حصرها في هذين النوعين من الصفقات، وجاءت أحكام المرسوم التنفيذي رقم 434/91 الملغى بالمرسوم الرئاسي 250/02 المذكور أعلاه، في المادة 01/73 منه بالصياغة ذاتها، على عكس المرسوم الحالي لم يحصرها في صفقات الأشغال أو الخدمات، وهكذا يكون بذلك زال التناقض الذي بين المادة 1/72 والمادة 2/73 بحيث هذه الأخيرة نصت على: "جدول تفصيلي للوزام"، أي صفقات توريد اللوازم غير المذكورة في المادة 1/72 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى.

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب

وسنتطرق إلى تعريف التسوية على رصيد الحساب (أولا)، وكيفية تسديد رصيد الحساب (ثانيا).

أولا: تعريف التسوية على رصيد الحساب

عرفه المشرع الجزائري على أنه: "هو كل الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها" وهذا من خلال نص المادة 3/74 من المرسوم الرئاسي 236/10.[2]

---

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص:234.

[2]- تقابلها المادة 62 من المرسوم 250/02 الملغى، السالف الذكر، ص : 11.

ويتضح من النص أن التسوية على رصيد الحساب تأخذ في الواقع صورتين:[1]

1 -التسوية على رصيد الحساب المؤقت

إن الدفع في هذه الحالة ليس إلزامي، بحيث لا يمكن تطبيق هذه التسوية ولا يسدد للمقاول إلا إذا كان منصوص عليه في العقد كما يوضح ذلك نص المادة 3/74 من قانون الصفقات، وهي ترمي لدفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها، مع اقتطاع ما يأتي:

- اقتطاع الضمان المحتمل،
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل، عند الاقتضاء.
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد.[2]

حيث بعد أن يتم التسليم المؤقت للأشغال، يقوم المقاول أو مكتب الدراسات "صاحب الأشغال" بتحرير الكشوف الختامية بقيمة كل الأشغال التي نفذها المقاول فعلا، وبناء عليها تصرف له الإدارة صاحبة المشروع المبالغ المستحقة مقابل ذلك بعد خصم المبالغ التي يسبق صرفها له على الحساب أو في شكل تسبيقات أو أيةِ مبالغ أخرى مستحقة، كاقتطاع مبالغ الضمان المحتمل، والغرامات المالية التي تبقى على عاتق المقاول عند الاقتضاء.

2 -التسوية على رصيد الحساب النهائي

تتم هذه التسوية بعد إعداد الحساب التفصيلي الإجمالي والنهائي، والذي يقوم بإعداده صاحب الأشغال بعد أن يكون قد سهر على حسن تنفيذ المقاول لالتزاماته العقدية وعاين حسن التنفيذ عبر مراحله، وهو ما وضحه المشرع في نص المادة 87 من المرسوم الرئاسي 236/10، والتي نصت على: "يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان، وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد، عند الاقتضاء."[3]

ثم يقدم هذا الحساب الاجمالي للمقاول في المواعيد التي حددها المشرع، ويحتوي الحساب الإجمالي النهائي تفاصيل الأشغال المنفذة والمبالغ المستحقة للمقاول على الإدارة صاحبة المشروع مقابل ذلك، وتكون هذه التفاصيل والبيانات مستمدة من كشوف البيانات " Situations" واللوائح

---

[1]- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ نشر، ص: 86.
[2]- المادة 86 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص:20.
[3]- تقابلها المادة 75 من المرسوم 250/02، الملغى، السالف الذكر، ص: 12.

"Attachements" المقدمة سابقا والتي وافقت عليها الإدارة، وحتى تتم التسوية الإجمالية والنهائية لرصيد الحساب، يجب أن تكون كل الاقتطاعات قد تمت، وأن يسترد المقاول كل المبالغ التي أودعها في شكل كفالات، وقد حدد المشرع أحكامها في المواد 87 وما بعدها من المرسوم الجديد.

ثانيا: تسديد رصيد الحساب

جاءت المادة 88 من التنظيم الحالي بما يلي: "يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع، ويبدأ سريان الآجال اعتبار من تقديم حائز الصفقة طلبا مدعما بالمبررات الضرورية"، ويعني ذلك أن يتوقف التسديد النهائي لثمن الصفقة على إتمام إنجاز العمل الذي تم التعاقد من أجله، بحيث تقوم المصلحة المتعاقدة بمعاينة العمل المنجز وتتأكد من مدى مطابقة ذلك العمل لشروط العقد.

وبعد عملية إثبات أداء الخدمات المتعاقد عليها في الصفقة ألزمت المادة 89 الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من استلام الكشف أو الفاتورة، وأجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذا بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل بتاريخ الدفع و إصدار الحوالة.

واعترفت الفقرة 04 من المادة 89 للمتعامل بحق الحصول على الفوائد التأخيرية في حالة تجاوز الآجال المذكورة، وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى، غير أن المشرع قيد منح التسبيقات بمختلف أنواعها بالتزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة مالية من شأنها أن تضمن حقوق الإدارة، فمثل هذه المبالغ المدفوعة والموضوعة تحت تصرفها بمثابة احتياط مالي يلجأ إليه كوسيلة ضغط مالي على المتعامل المتعاقد لجبره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية.[1]

والجدير بالذكر أن بعض الصفقات العمومية يتوجب تنفيذها زمنا طويلا بما يمكن أن ينجر عنه ارتفاع أسعار بعض المواد لذلك نصف المادة 64 من المرسوم الرئاسي الجديد على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابل للمراجعة.

السعر الثابت: ويتم تحديد في بنود الصفقة ويذكر بالأرقام والأحرف فلا يشار في الصفقة لإمكانية مراجعته.

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص: 236.

السعر القابل للمراجعة: قد تتضمن الصفقة بندا يخول أطرافها مراجعة الأحكام المقررة في المواد من 64 إلى 71 من المرسوم الجديد.

ومما سبق عرضه، يمكن القول بأن التنظيم الأخير للصفقات العمومية قد كان حريص على تحديد التزامات المصلحة المتعاقدة خصوصا مسألة احترام آجال الدفع، حيث يلاحظ في الواقع العملي تأخر هذه العملية الحسابية وهو ما لا يشجع المتعاملين المتعاقدين الذين لا يملكون إمكانيات أو لا تسمح لهم إمكانياتهم المالية المحدودة بتحمل تأخر الدفع لمدة طويلة.

كما أن إقرار المشروع بدفع فوائد عن التأخير في حالة عدم احترام مهلة الدفع المنصوص عليها في المادة 77 من المرسوم الرئاسي 250/02 هو ضمان حقيقي لحقوق المتعامل المتعاقد وفي المقابل ألزم الإدارة المتعاقدة بتوفير الجو المناسب لتنفيذ الصفقة،[1] وتقابلها في المرسوم الجديد 236/10 في مادته 89 السالفة الذكر.

وتسترجع كفالة الضمان المنصوص عليها في هذه المادة (89) أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 99 و100 أعلاه كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.[2]

والتسوية على رصيد الحساب النهائي تكون بعد إتمام عملية التسليم النهائي للأشغال على النحو السابق التطرق إليه، وهنا تبدأ فترة الضمان العشري في السريان وتصدر الإدارة قرارا بإنهاء أو غلق العملية.

تبين من خلال دراسة التسوية المالية الإدارية، أنها تتم إما عن طريق التسوية الجزئية أو عن طريق التسوية النهائية ، فتتم التسوية الجزئية بتطبيق نظامان هما التسبيقات أو الدفع على الحساب، وكلاهما يشتركان في عدة أحكام تضمنها التنظيم الحالي، وعلى رأسها أن كلاهما لا يعتبران تسديد نهائي لمبلغ الصفقة، وهذا من شأنه أن يخفف من مسؤولية من حيث التنفيذ الكامل والمطابق للأشغال المتفق عليه، كما يجوز للمتعامل المتعاقد الثانوي التصرف في التموينات والتي حظيت بإحدى هذين النظامين بالنسبة للأشغال غير تلك التي تضمنها الصفقة، كما يتم استرجاع المبالغ في شكل هذين النظامين والتي لم يتم استرجاعها عن طريق التسوية على رصيد الحساب المؤقت.

---

[1]- ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2004، ص: 416.

[2]- المادة 101 من المرسوم الرئاسي 10/ 236، السالف الذكر، ص: 22.

وتتم التسوية النهائية عن التسوية على رصيد الحساب، إما بشكل مؤقت، والذي لا يتم إلا إذا نصت عليه الصفقة أو نهائي والذي يتم بعد إنجاز الأشغال وبعد معاينتها من حيث مطابقتها لما تم الاتفاق عليه وبشكل مرض.

ولكن أثبتت الممارسة العلمية تباطؤ المصلحة المتعاقدة في تسديد ما عليها من التزامات تجاه المتعاقدين معها مما أدى بالمساس بخزينة هؤلاء المتعاقدين والناتج خاصة عن عدم الانسجام بين الأمر بالصرف والمحاسب العمومي، ولإيجاد حل لضمان إتمام إنجاز الأشغال التي من أجلها أُبرمت الصفقة والتي قد ترتبط بها مخططات تنموية أخرى تساهم في تطوير الاقتصاد الوطني، عمد المشرع الجزائري على إيجاد حل يتم بواسطته حصول المتعامل المتعاقد على مستحقاته ويتمثل هذا الحل في التمويل البنكي عن طريق إنشائه الصندوق ضمان الصفقات العمومية.[1]

المطلب الثاني

حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

يعد التوازن المالي للعقد الإداري من أهم خصائص النظرية العامة للعقود الإدارية وتقوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري على تحقيق توازن بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المزايا التي ينتفع بها على اعتبار أن العقد الإداري يقوم على وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وذلك بتعويض المتعاقد مع الإدارة حتى في حالة عدم ارتكابها لأي خطأ، نتيجة ضرر لحقه من إجراء اتخذته الإدارة وكان مشروعا، أو من جراء عمل خارج عن إطار التعاقد ولا دخل للإدارة فيه، وفي جميع الحالات يكون لزاما على الإدارة التعويض إما استنادا لنظرية فعل الأمير (الفرع الأول)، أو لنظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، أو للصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

هي من نتاج قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الأضرار التي أصابته من جراء إصدارها لبعض الإجراءات الإدارية وفقا لشروط محددة.

---

[1]- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص: 206 ، نقلا عن عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع : قانون الأعمال جامعة يوسف بن خدة كلية الحقوق الجزائر 2007-2008 ص 68-69.

أولا : تعريف نظرية فعل الأمير

تعددت التعريفات الفقهية لهذه النظرية، فقد عرف الدكتور سليمان الطماوي "عمل الأمير" بأنه: "عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوي مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، ربما يعيد التوازن المالي للعقد."[1]

وعرفها الدكتور "محمد فؤاد مهنا" بأنها:"يقصد أفعال الأمير الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة العامة التي أبرمت العقد ويكون لها على تنفيذ العقد أثر يضر بمصالح المتعاقد".[2]

كما عرفها المستشار " سمير عثمان اليوسف" بقوله :" المقصود بهذه النظرية بصفة عامة كل إجراء صادر من السلطات العامة في الدولة يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وهذا الإجراء قد يصدر من السلطة الإدارية المتعاقدة أو من أية سلطة عامة أخرى في الدولة، وقد يكون بإجراء فردي أو إجراء لائحي، وقد ينصب على العقد الإداري مباشرة كأن تعدل الإدارة بعض شروطه، وقد يؤثر في التزامات المتعاقد بطريق غير مباشر كتعديل القوانين المالية أو قوانين العمال مما يزيد في أعباء المتعاقد نتيجة تطبيق هذه القوانين الجديدة ".[3]

هذا بالنسبة للتعريفات الفقهية، أما بالنسبة للقضاء، فإن النظرية هي من منشأ قضائي فرنسي ، فقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته: " كل عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد التوازن المالي للعقد."

أما محكمة القضاء الإداري فقد عرفت "عمل الأمير" بأنه : "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية أو في الالتزامات التي ينصبه عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص، أو أن تكون بقواعد تنظيمية عامة ".

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 624 .

[2]- محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1973، ص: 759.

[3]- سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان، 2009، ص: 67.

هذا التعريف جاء بمعنى واسع لنظرية فعل الأمير إذا أنها تكتفي بصدوره عن سلطة عامة وليس لازما أن تكون هذه الأخيرة هي الجهة الإدارية المتعاقدة.

أما المحكمة الإدارية العليا، فتأخذ فكرة عمل الأمير وذلك أنها في حكمها الصادر بتاريخ 11 جانفي سنة 1969، تقرر: "أن شروط نظرية فعل الأمير هي:

1. أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.
2. أن ينشأ عنه ضرر لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة
3. أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.
4. افتراض أن الإدارة لم تخطأ حيث اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ.
5. أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.
6. أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام".[1]

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فقد أخذ بتطبيق نظرية فعل الأمير في حكم له صادر عن المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر، الصادر بتاريخ : 1964/12/11 في قضية بلدية فوكة و شركة كهرباء غاز الجزائر ولم يلجأ هذا القضاء إلى تعريف النظرية غير أنه يمكن استنتاجه من خلال هذا الحكم الذي لا يختلف عما استقر عليه الاجتهاد الإداري.

ومن هذه التعاريف، يمكن تعريف " نظرية فعل الأمير " ، بأنها: الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجأة ويترتب عليها تسوية المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة وينشئ فعل الأمير التزام على عاتق الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال بما يعيد التوازن المالي وفقا الأسس التي قام عليها وقت إبرامه.

ثانيا : شروط تطبيق النظرية

لتطبيق نظرية فعل الأمير، لابد من توافر جملة من الشروط، تتمثل فيما يلي:

1ــ أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية

للقول بأنه هناك عقد إداري فلابد من أن تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة، والتي لا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم، نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة، ففكرة السلطة العامة قد تكمن في العقد ذاته وتكون هي المعيار الذي يميزه عن غيره من العقود المدنية التي تبرمها الإدارة، لاحتوائه على

[1]- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص: 689- 690.

شروط استثنائية خارجة على القانون الخاص، ووجوب أن تكون الإدارة طرفا في العقد، فيكون للإدارة الحق في تعديل شروط العقد وفي إنهائه بإرادتها المنفردة على خلاف القاعدة المستقرة في القانون الخاص والتي تنص بأن العقد شريعة للمتعاقدين.

وبناء عليه إذا لم يكن هناك عقد إداري بالمعنى السابق ذكره فلا مجال لتطبيق النظرية.[1]

2 ــ أن يكون الفعل الضار صادر عن الإدارة العامة

فمن شروط تطبيق هذه النظرية أن تكون الجهة التي أصدرت الأمر أو الإجراء طرفا في العقد، كما أن صفة الجهة الإدارية كطرف في العقد لا تتنافى مع اعتبارها سلطة عامة لها أن تعيد النظر في المشروع المتعاقد عليه من أساسه أو توقيف العمل فيه، فذلك يعد من حقها وداخل في سلطتها، إلا أنها تدخل بذلك تحت طائلة فعل الأمير ويجب عليها أن تعوض المتعاقد معها تعويضا كاملا.

فالتصرف الصادر عن غير جهة الإدارة المتعاقدة قد يكون موضوع تطبيق لنظرية أخرى غير فعل الأمير، فهذه الفكرة (الفعل الصادر عن الإدارة المتعاقدة) تحدد الخط الفاصل بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي موقفه هنا، في قرار صادر عنه بتاريخ 1949/03/04، لمدينة طولون، حيث صرح أنه لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير إلا بالنسبة للتدابير والإجراءات المتخذة من جهة الإدارة والمتعاقدة نفسها.[2]

3- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت

وقت اتخاذ التصرف الصادر في سبيل تحقيق الصالح العام، أما إذا انطوى تصرفها على خطأ فإنها لا تسأل وفق نظرية فعل الأمير إنما تسأل وفق أحكام المسؤولية العقدية، والغرض أن الإدارة قد قامت بإجراءات سليمة بقصد تحقيق الصالح العام وفي حدود الصلاحيات المنصوص عليها في القانون، إلا أنه إذا لحق بالمتعاقد من جراء هذه الإجراءات المشروعة ضررا فإنها ملزمة بالتعويض.[3]

---

[1]- محمد علي الرشدان، دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع عمان، الأردن،2014، ص:134.
[2]- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص: 288.
[3]- محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص: 136-137.

ويشترط هنا أن يكون الفعل المسبب للضرر غير متوقع ، وفي هذا الشرط تشارك نظرية فعل الأمير نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا كان الإجراء متوقفا من قبل الإدارة، فإن نظرية أحكام نظرية فعل الأمير تستبعد من التطبيق وتطبق نصوص العقد، وهذا الإجراء غير المتوقع من شأنه التأثير في ظروف تنفيذ العقد مما يتعين على الإدارة أن تلتزم بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحقه من جرائه بما يعيد التوازن المالي للعقد.

ثالثا: نتائج نظرية فعل الأمير وتمييزها عن سلطة التعديل

1 ــ النتائج المترتبة عن النظرية

من أهم النتائج التزام السلطات العامة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المتعهد نتيجة هذا الفعل، إلى جانب هذه النتيجة تتولد نتائج أخرى فرعية لهذه النظرية.

فإنه من شأن نظرية فعل الأمير أن تعطي الحق للمتعاقد في التعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه باعتبارها وسيلة من وسائل إعادة التوازن المالي للعقد، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر عنه بتاريخ 148/04/23، في قضية " مدينة أجاكسيو"، حيث قال: "أن قيمة النفقات الأصيلة يجب أن تتحملها البلدية كلها"، ولهذا تتميز نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تعطي فقط الحق في التعويض الجزئي.

أما التعويض على أساس فعل الأمير فإن الإدارة لا تستطيع أن تقديره باعتبار ناشئ عن تكاليف غير متوقعة خارجة عن نطاق العقد ويستقل بتقديره قاضي العدل (القضاء الكامل).

ويشتمل التعويض هنا على عنصرين هما: ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

يتضمن العنصر الأول، المصروفات (المقابل المالي)، التي تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثل ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تعويض هذه الخسائر مادامت العلاقة السيئة بينها وبين الأجراء التي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

أما العنصر الثاني، ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبارا بأنه من حقه أن يعوض عن ربعه الحلال عن عمله ورأس ماله.

فمتى توافرت الشروط السابق ذكرها فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة من خلال القضاء بالتعويض الكامل عما فاته من كسب وما لحقه من ضرر، لإعادة التوازن المالي للعقد.[1]

كما يجوز له المطالبة بعدم توقيع غرامات مالية عليه في حالة التأخير: متى أثبت أن التأخير كان سببه فعل الأمير، كما يمكن للمتعاقد التحرر من الالتزامات التنفيذ والتمسك بفسخ العقد متى بات تنفيذه مستحيلا.

ويترتب أيضا على تطبيق النظرية فعل الأمير إعفاء المتعاقد من التزامه بالتنفيذ إذا أصبح تنفيذه مستحيلا، فإن هذه الحالة تعد بمثابة قوة قاهرة، ويترتب عليها أيضا نتيجة مهمة هي حق الملتزم في المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير في التنفيذ ولو لم يؤدي إلى استحالة تنفيذه.[2]

ويملك المتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد وذلك إذا ما ترتب على فعل الأمير أن زادت أعباؤه بدرجة كبيرة لا يستطيع تخطيها بأن كانت تجاوز قدراته الاقتصادية أو الفنية.

2- التمييز بين نظرية فعل الأمير وسلطة التعديل

يرى جانب من الفقه أننا نكون بصدد "فعل الأمير" عندما تكون تصرفات الإدارة مقتصرة على ممارسات بعيدة عن نطاق الالتزامات التعاقدية التي ترتبط بها.

أي أن التصرف الذي يصدر من الإدارة لا تصدره بصفتها المتعاقدة صاحبة المشروع، وإنما لا علاقة له بسلطتها التعاقدية، أما سلطة التعديل فهي سلطة مستمدة من العقد وتمارسها بصفتها الإدارة المتعاقدة.

فبحسب أصحاب هذا الاتجاه، فإن مجال تطبيق نظرية فعل الأمير هو الاختصاصات غير المتعلقة بالتعاقد: كإجراءات الضبط، وإجراءات تنظيم المرفق العام التي تتخذها الإدارة المتعاقدة، والتي قد تكون انعكاساتها مؤثرة على شروط تنفيذ العقد الذي أبرمته.

بينما يرى جانب أخر من الفقه بأن سلطة التعديل هي إحدى صور فعل الأمير على أساس أن الإدارة يمكنها أن تعدل العقد بشكل مباشر، أو بشكل غير مباشر وذلك باتخاذ إجراءات تتعلق بموضوع أخر ولكنها تؤثـــــــــــــــر على موضوع العقد سواء بالزيـــــادة أو بالنقصان في التزامات المقاول المتعاقد معها، فهي تعتبـــر (سلطة التعديل) تطبيقا لنظرية عمل الأمير، وإن التعويض يحكمه نظام

---

[1]- عادل بوعمران، المرجع السابق، ص:112.

[2]- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص:231.

قانوني واحد بغض النظر عن موجباته، سواء كان المساس شروط العقد مباشر أو بشكل غير مباشر، فشروط التعويض هي واحدة في كلتا الحالتين، لذلك فإن تدخل الإدارة المتعاقدة والذي يكون له تأثير على شروط تنفيذ العقد يعد عملا من أعمال الأمير.[1]

إلا أنه هناك اتجاه آخر يرى بأن نظرية فعل الأمير وسلطة التعديل يختلفان من حيث تأثير كل منهما على تنفيذ العقد، فسلطة التعديل تؤثر على تنفيذ العقد بشكل مباشر، في حين أن نظرية فعل الأمير تؤثر بشكل غير مباشر.

والاختلاف الثاني، هو أن التعويض عن فعل الأمير يكون عن عمل مشروع، أما في التعديل فإنه يكون بناء على خطأ من الإدارة، إلا أن هذا الاختلاف هو اختلاف نسبي، حيث أن التعويض يكون كمبدأ عام بدون خطأ إلا إذا حدث عدم مشروعية عمل الإدارة.[2]

الفرع الثاني: التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

رأينا فيما سبق النظرية فعل الأمير، جاءت لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد نتيجة سلطات الإدارة الخطيرة، وتلتزم بتعويض المتعاقد عن الأخطار التي تسببت فيها الإدارة، إلا أنه في حالة ما حدث الضرر للمتعاقد نتيجة ظرف خارج عن سلطات الإدارة، فإن التعويض هنا لا يكون على أساس فعل الأمير، بل على أساس الظرف الطارئ الخارج عن إرادة المصلحة المتعاقدة.

وتقتضي دراسة نظرية الظروف الطارئة التطرق لمفهومها، والأساس القانوني للتعويض نطاق تطبيقها والآثار المترتبة عنها.

أولا: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

1- تعريف النظرية

عرفها الدكتور سليمان الطماوي: " إن مفاد نظرية الظروف الطارئة أو الطوارئ غير المتوقعة حسبما وضع أصولها وقواعدها فقه القضاء الإداري ، أنه إذا حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، فقلبت اقتصادياته وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، فنشأت عنها خسائر جسيمة تجاوزت في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، فإن من

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 574.
[2]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 68.

حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن اتفاق بينهما..." [1] ومؤدى هذه النظرية أنه يفرض على الدائن التزاما ينشأ عن العقد الإداري ويولده هذا العقد، وغالبا ما يكون الدائن هو جهة الإدارة، وهذا الالتزام هو أن يدفع الدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد.

ونجد الدكتور "محمد ياسين عكاشة"، قد عرفها: " فمفاد النظرية وتطبيقها في مجال العقود الإدارية أنه إذا طرأت بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظروف وأحداث طبيعية أو اقتصادية أو سياسية ولو كانت من عمل الجهة الإدارية غير المتعاقدة ولم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا وكان من شأن تلك الحوادث أو الظروف أن تلحق بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما فإن المتعاقد يكون له الحق في التعويض وذلك بأن تشاركه جهة الإدارة في تحمل نصيب من الخسارة".[2]

كما عرفها الدكتور:" حسن محمد هند": " أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري- متراخي التنفيذ- حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية من شأنها إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسائر المادية المحتملة وتخل باقتصاديات العقد إخلالا جسيما، ومؤداها ليس امتناع المتعاقد فور عن تنفيذ التزاماته ولكن للمتعاقد أن يدعو جهة الإدارة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسائر التي لحقت به أثناء تنفيذ العقد، فإذا قضت فله أن يلجأ إلى القضاء، ويقتصر دور القاضي على إلزام الإدارة بالتعويض".[3]

ويتلخص محتوى هذه النظرية أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، ولا يَد لأحد المتعاقدين فيها، وترتب عن حدوثها أن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمتعاقد، فإنه يجوز للمتعاقد المضرور مطالبة الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته بمنحه تعويضا جزئيا.

2ـ شروط تطبيق النظرية

---

[1]- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص: 38- 39.

[2]- محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص :118، نقلا عن: حمدي ياسين عكاشة موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص:329.

[3]- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص:60-61.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الادارية لابد من توافر الشروط التالية:

أ ــ أن يكون العقد إداريا

ليس كل عقد تكون الإدارة طرفا فيه عقدا إداريا ويخضع لأحكام القانون العام بل يقتصر ذلك على أنواع خاصة من العقود ، وقد عرف الدكتور سليمان الطماوي، العقد الإداري هو: " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك أن يتضمن العقد بشروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير ال مرفق العام"،[1] وبذلك يمكن القول بأن العقد الإداري عندما تكون الإدارة طرفا في العقد، واتصال العقد بالمرفق العام، واستعماله لوسائل القانون العام.

ب ــ أن تطرأ ظروف أثناء التنفيذ لا يمكن توقعها

بحيث يجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد، ومعنى الظرف الطارئ ذلك الحادث الاستثنائي العام، والصفة الاستثنائية للظرف الطارئ معناها أن يندرج الحادث في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم، وليس معنى اشتراط كون الحادث الطارئ عاما أن يشمل كل إقليم الدولة أو عامة للشعب بل يكفي أن يصيب المتعاقد بضرر.

وقد يكون هذا الظرف راجع لعدة أسباب وصادر عن سلطة أخرى غير الإدارة المتعاقدة.[2]

ومن ذلك الالتزامات الاقتصادية التي تؤدي إلى رفع الأسعار أو هبوط العملة أو ن درة المواد والأزمات الاجتماعية والسياسية والحروب والانتفاضات، أو تعرقل عملية تنفيذ العقد، فلقد وسع مجلس الدولة الفرنسي وابتداءا من حكمه في 15 جويلية 1949 في قضية: " ville d'Elbeuf " من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بحيث أصبحت تشمل أيضا الأفعال التي تصدر عن السلطات الإدارية، (نظرية فعل الأمير).

وبناء عليه فإن الظرف الطارئ يجب أن يكون ظرفا غير عادي وغير متوقع، فالظرف العادي يمثل جزاء من مخاطر العقد يجب أن يتحملها المتعاقد، أما الظرف غير العادي فهو وحده الذي يفسح المجال لإعمال النظرية.[1]

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص:59.

[2]- عبد الغني بسيوني، القانون الإداري (أعمال السلطة الإدارية، أموال السلطة الإدارية، امتيازات السلطة الإدارية)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993،ص:209.

ج ــ أن يكون الظرف الطارئ خارج عن دائرة التعاقد ويحدث اختلال في التوازن المالي للعقد

وهذا يعني أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة أحد المتعاقدين سواء عن عمد أو إهمال، لأنه عندئذ يتحمل وحده نتيجة تقصيره أو إهماله... أو إذا كان لإرادة الإدارة أو تصرفها دخل في وقوع الظرف الطارئ فإن الأمر في مثل هذه الحالة يتعلق بنظرية عمل الأمير.[2]

وأن يحدث هذا الظرف الطارئ اختلالا في التوازن المالي للعقد، فلابد لتطبيق النظرية أن يحدث خسارة جسيمة للمتعاقد، فالخسارة العادية أي البسيطة المتمثلة في نقص الأرباح لا تكون سببا لتطبيق النظرية، وإنما لابد من أن تكون الخسارة فادحة بحيث تتجاوز المألوف، وأن تؤدي إلى انقلاب في العقد، بحيث يختل توازنه اختلالا خطير لا يمكن تنفيذه إلا بخسارة جسيمة، بحيث تفوق كل التوقعات المتعاقد.[3]

ثانيا: الأساس القانوني لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة

لم يتفق الفقهاء على أساس موحد يقوم عليه التعويض، حيث تدور الأسس التي يقوم عليها التعويض حول الأفكار التالية:

1 ــ النية المشتركة لأطراف العقد كأساس للنظرية

يرى بعض الفقهاء، أن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة إنما يرجع إلى ما انصرفت إليه نية المتعاقدين ضمنيا أثناء إبرام العقد، فالنية المشتركة لأطراف العقد هي أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة حسب هذا الرأي إلا أنه كان محل انتقاد من قبل العديد من الفقهاء، وتركز نقدهم في أنه إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تؤسس حقا على فكرة النية المشتركة لأطراف للعقد، فإن هذه النية يمكن أن تتصرف إلى استبعاد تطبيق تلك النظرية صراحة أو ضمنا، إلا أن تلك النظرية تطبق على الرغم من وجود شروط بالتنازل عن تطبيقها، حيث أن الأحكام المتعلقة بتلك النظرية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، إلا أن النية المشتركة لأطراف العقد لا تصلح أساسا لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة .[4]

2 ــ التوازن المالي للعقد كأساس للنظرية

---

[1]- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،1998، ص: 202.

[2]- Voir,Cherif Bennhadj, Réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie, in Le débat juridique au Maghreb, Publisud- Iremam, Paris, 2009

[3]- نواف كنعان، القانون الإداري (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة)، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، 2009، ص: 370.

[4]- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص: 48-49، نقلا عن: عبد العال السناري، وسائل العقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة معها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص: 469وما بعدها.

إن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة إنما يرجع إلى مبدأ التوازن المالي للعقد، ذلك المبدأ الذي يعتبر أمرا مفتوضا في كل عقد إداري دون حاجة للنص عليه.

ولقد أنتقد هذا الرأي أيضا حيث أن فكرة التوازن المالي للعقد، تؤدي إلى التعويض الكامل، وإعادة مركز المتعاقد إلى حالته قبل حلو ل الظروف الطارئة، في حين أن التعويض الذي يناله المتعاقد وفق لنظرية الظروف الطارئة، هو تعويض جزئي ومؤقت.

وأن فكرة التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبرر حق المتعاقد في طلب التعويض للظروف الطارئة، عندما يستخدم حقه في طلب فسخ العقد قضائيا في حالة قلب اقتصاديات العقد نهائيا، فمن المفروض أنه لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد الذي لا يعدله وجود.

وأخيرا فإن فكرة التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة، في حين أن التعويض طبقا لنظرية الظروف الطارئة يتم على الرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة، وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا.

وبذلك فإن مبدأ التوازن المالي للعقد لا يصلح كأساس لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة.[1]

3 ــ مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد و قواعد العادلة كأساس للنظرية

تستند نظرية الظروف الطارئة حسب هذا الرأي إلى فكرة العدالة التي تقتضي مشاركة جهة الإدارة للمتعاقد معها في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي يتكبدها نتيجة الظرف الطارئ، وهدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناءا على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الادارة ومن يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شؤون المرافق العامة، وهذا ما قررته محكمة القضاء الإداري بمصر في حكم لها صادر بتاريخ: 30 جويلية1957: " أن يترك.... المتعاقد ضحية لظروف لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استنادا إلى نصوص العقد الحرفية، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على الأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار لأن معنى ذلك استباحة الإضرار به.

[1]- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص: 50.

ومن ناحية ثانية، فإن عدم تعويض المتعاقد في حالة الظروف الطارئة لا يتفق والمصلحة العامة، إذ ينتهي الأمر إلى إحدى النتيجتين:

إما إلى خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلا، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء وتقع المنازعات والإشكالات التي لا تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة..."[1]

ثالثا: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة

من أهم مجالات تطبيق النظرية، عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة، حيث تتضمن هذه العقود تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة وتحديدا إجماليا لما تلتزم بدفعه للإدارة من ثمن يقابلها، ويمكن مد تطبيق هذه النظرية ليشمل عقود التوريد بحيث يتم إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ.

وأن أول من طبق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الغربي هم الكنسيون تماشيا مع نزعة العدالة التي سادت في أفكارهم أين يتوسعون في فكرة الغبن في العودة المدنية فلا يقصرونه على الغبن المعاصر لإبرام العقد وهو الغبن بمعناه الدقيق الذي تأخذ به التشريعات الحديثة وإنما يمدونه إلى الغبن اللاحق لإبرام العقد والذي يسوغ تدخل القاضي لتعديل العقد.

وقد برزت هذه النظرية في النظام القانوني البرجوازي على أثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وتعود جذورها التاريخية إلى نظرية فوات غرض العقد التي استند عليها القضاء والنصيب منها الحلول لإعادة النظر في الالتزامات المتقابلة عند تغيير الظروف بهدف تقليل الأضرار التي أصابت المتعاقدين الرأسماليين جراء ارتفاع أسعار المواد الأولية أثناء فترة الحرب.

حيث أنه وبعد نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم الحجري ارتفاع فاحشا مما أدى إلى ارتفاع أسعار الغاز الذي كان حينذاك استخراج من الفحم من (28) فرنكا للطن في عام 1913 إلى (73) فرنكا من عام 1915 فوجت شركة الإضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التي تتقاضاها هي أبعد بكثير من أن تغطي نفقات الإنارة، فتقدمت الشركة إلى الإدارة لرفع تلك الأسعار ولكن السلطة الإدارية رفضت ذلك، وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام، ومن منطلق القاعدة المدنية: "العقد شريعة المتعاقدين" وأن تنفيذ العقد لم يصل إلى درجة الاستحالة، لأن مادة الفحم موجودة بغض النظر من ارتفاع أسعاره، مما أدى

[1]- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص: 693.

بالطرفين اللجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي، وأصدر قراره الشهير حيث نظمت في حيثياته مبدءا جديدا مستمدا من قاعدة دوام سير المرافق العامة، وذلك أنه إذا وجدت ظروف لم تكن في الحسبان وكا ن من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما، فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة ولو مؤقتا المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به.[1]

وعلى الرغم من اعتراف القضاء الاداري الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد أحبطت كل المحاولات التي أقدمت عليها المحاكم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص.

أما بالنسبة في مصر، فنجد أن محكمة النقض في البداية كانت ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك استنادا إلى أنه مادام تنفيذ العقد ممكنا فإنه ينبغي على المتعاقد مع جهة الإدارة القيام به، ولو صار تنفيذ مرهقا.

إلا أنه ومع صدور القانون 129 لسنة 1947، بشأن المرافق العامة، حيث نصت المادة السادسة منه على أنه: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استقلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر استقلاله أو تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول"،[2] وبهذا يكون المشرع المصري قد أجاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية.

ومن تطبيقات النظرية في التشريع الجزائري نجد نص المادة 02/551 من القانون المدني، تنص: "... إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من المقاول ورب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد... أجاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو فسخ العقد."

---

[1]- محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص: 116-117، نقلا عن: عزيزة الشريف، نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص: 232.

[2]- محمد أبو بكر عبد المقصود، بحث بعنوان، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية "نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر "الجوانب القانونية والاقتصاديةة للأزمة المالية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة في الفترة الممتدة من 1 إلى 2 أفريل 2009.

إضافة إلى المادة 3/107 من ق.م التي تنص على : "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام مرهقا الى حد المعقول ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك".

أما بالنسبة للتنظيم فنجد نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 250/02 (الملغى) تنص على: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العامل.

غير أنه يجب على الهيئة المتعاقدة أن تجد حلا ودي للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة وهذا عن طريق ... ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين".[1]

وتقابلها المادة 2/115 من لمرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر، بنصها: "... غير أنه يجب على المصلحة المتعاقد، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث ع ن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كما سمح هذا الحل بمأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين."

الفرع الثالث: التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي من النظريات التي خلقها مجلس الدولة الفرنسية بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وعليه فدراسة هذا الفرع تكون في ثلاثة عناصر، أولا: مفهوم النظرية، وثانيا: شروطها، وثالثا: النتائج المترتبة عنها.

أولا: مفهوم نظرية الصعوبات المادية

وسنحاول تقديم تعريف لنظرية الصعوبات المادية، والأساس القانوني لها.

1 تعريف النظرية

مؤدى هذه النظرية أنه إذا صادف المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خاصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا،

[1] - أنظر المادة 107 من القانون 07-05، السالف الذكر، ص: 23.

فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عن الأضرار التي أصابته، [1] ويعود أصل هذه النظرية إلى القضاء الفرنسي لمجلس الدولة الفرنسي في النصف الأول من القرن 19م.

وتظهر هذه النظرية خاصة في مجال عقود الأشغال العامة، حيث يقصد بها هنا مصادفة المتعاقد (المقاول) عند الأشغال موضوع العقد لصعوبات مادية لم يتوقعها، ولم يكن من الممكن توقعها عند ابرام العقد، يكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، مما يجعل تنفيذ العقد مرهقا.

بل ويذهب بعض الفقه بأنه لا تطبيق لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامية.

وإن توفر شروطها بالنسبة لعقود أخرى كالتوريد وعقود الامتياز أمرا نادرا ولكن لا توجد أساب قاطعة تحول دون تطبيقها إذا توافرت شروطها.

في مجال العقود الإدارية الأخرى، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لا يشجع على تسليم تطبيق هذه النظرية في مجال عقود الامتياز حيث سبق له وأن رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في إحدى القضايا التي تتلخص أحداثها أنه: "في حدوث زلزال شديد حطم الأسلاك الممدودة تحت الماء، والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام، وعند مطالبة الملتزم بنفقات إصلاح هذه الأسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، قابل المجلس الموقف بالرفض، في حكمه الصادر في 21 أفريل 1944م." [2]

2- الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية

لقد ثار خلاف حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية لاقتضاء التعويض، فيرجع إلى البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما يقصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية، أما الصعوبات الغير متوقعة والتي لم يتم العلم بها، فتقدر بطريقة خاصة، ويجب من باب العدالة تعويض المتعاقد مع الإدارة عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، فهذه هي نية الطرفين المشتركة.

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص: 174.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 715.

بينما الرأي الراجح في الفقه بخصوص أساس التعويض بناءا على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ذلك الذي يرجعه إلى اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وما تمليه المصلحة العامة من ضرورة استمرار سير المرفق العام.[1]

ثانيا: شروط تطبيق النظرية

لكي تطبق الصعوبات المادية غير المتوقعة لابد من توفر شروط في الصعوبات التي تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1 -أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية وغير متوقعة

يقصد بالصعوبات المادية أن يعترض تنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي بحت، وترجع في أغلب الأحيان إلى ظواهر طبيعية مثل الطبيعة الجيولوجية للأراضي التي يجري عليها تنفيذ المشروع محل العقد، كأن تكتشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة.

أو أن يتبين وجود خزانات مجاري أومياه تحت الأرض في موقع الأشغال العامة من ش أنها أن تعرقل التنفيذ، حيث تخرج عن تطبيق هذه النظرية الصعوبات ذات طبيعة اقتصادية أو إدارية.

ويجب أن تكون الصعوبة المادية التي تؤهل المتعاقد الاستفادة من تطبيق النظرية، ذات طابع استثنائي، وينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناءا على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع.[2]

والمتعاقد لم يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعه وقت التعاقد، فإذا ما ثبت تقصير المتعاقد وكان بمقدوره تبيين الصعوبات المادية عند ابرام العقد فإن القاضي يرفض التعويض.

ومن جهة أخرى وإعمالا لمبدأ حسن النية في التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد معها، كافة ما لديها من معلومات ومستندات من ش أنها أن تساعده في دراسة العقد دراسة صحيحة، ومتى ثبت تقصيرها في هذا الخصوص فإن المتعاقد يستحق التعويض كاملا.

---

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 228.

[2]- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص: 294 .

فسلطة تحديد ما إذا كانت الصعوبات متوقعة أو بالإمكان توقعها، سلطة مخولة للقاضي.[1]

2 أن تكون الصعوبات خارجة عن إدارة الطرفين المتعاقدين

فالصعوبات المادية التي تعترض تنفيذ العقد لابد ألا تكون من عمل الإدارة، فإذا كانت هذه الصعوبات وليدة عن عمل الإدارة فإنه لا مجال لإعمال نظرية الصعوبات المادية عن المتوقعة، بل تطبق مسؤولية الإدارة على أساس نظرية عمل الأمير إذا توفرت شروطها الأخرى.

وكذلك الأمر بالنسبة للمتعاقد فإنه يجب ألا يكون له دور في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة، وأن لا يكون في وسعه دفع آثار تلك الصعوبات بالوسائل المتاحة له، ويجب أن لا يكون المتعاقد قد خرج عن الشروط المتفق عليها في العقد أثناء التنفيذ.

فإنه إذا تبين أن المتعاقد ارتكب خطأ ما كالتقصير في الحصول على المعلومات الضرورية اللازمة أثناء إعداد العقد، حرم من حقه في الاستفادة من التعويض عن نظرية الأعباء المادية غير المتوقعة.[2]

3 أن تلحق الصعوبات المادية ضررا بالمتعاقد

حيث لا تطبق الصعوبات المادية غير المتوقعة تلقائيا بمجرد اعتراض تنفيذ العقد صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، بل لابد من أن يلحق بالمتعاقد ضرر من جراء ذلك يستوي في أن يكون بسيطا أو جسيما ويتمثل هذا الضرر في النفقات التي تتجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد، وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.

لذلك يجب أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق أضرارا بالمتعاقد بحيث تقلب اقتصاديات العقد في غير صالح المتعاقد مع الإدارة وأن تزيد في أعبائه المالية، ويقدر هذا الإخلال باقتصاديات العقد بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية، منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد.

فإن توفرت هذه الشروط الثلاثة مجتمعة تسنى للقاضي تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.[3]

---

[1]- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/2012، ص: 132.

[2] - يوسف سعد الله الخوري، القانوني الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون دار النشر، دون بلاد النشر، 1998، ص: 490.

[3] - نعيمة أكلي، المرجع السابق، ص: 132.

ثالثا: النتائج المترتبة عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا، بشرط أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية كما اتفق عليها وذلك كالتالي:

1 حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض الكامل عن كافة الأضرار والنفقات الزائدة

وبذلك فإن هذه النتيجة تشارك فيها النظرية مع نظرية فعل الأمير، وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة.

ويقصد بالتعويض الكامل حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات، فيتعين على الإدارة متى توفرت شروط النظرية أن ترد إلى المتعاقد كافة النفقات الإضافية التي يحملها لمواجهة هذه الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد ، وهذا ما أخذت به محكمة القضاء الإدارية المصرية في حكمها الصادر في 20 جانفي 1956: ".... قد تطرأ صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل في حساب طرفي العقد عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر كلفة على المتعاقد ، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف".

أما عن الأسلوب الفني لحساب التعويض هو طبعا بالجزء الزائد عن السعر بحيث يلجأ مجلس الدولة الفرنسي في حساب التعويض الكامل عادة إلى السعر المتفق عليه في العقد ليقدر التعويض على أساسه، وهذا في حكمه الصادر في قضية min des armes، بتاريخ 27 جوان 1969.[1]

2 بقاء التزامات المتعاقد قائمة

رغم قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة ذلك أن هذه النظرية شأنها شأن نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير، حيث لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد مع الإدارة من التزاماته إلا إذا استحال عليه التنفيذ فنكون أمام قوة قاهرة تمنع المتعاقد من الالتزام، ويترتب على ذلك أن على المتعاقد مع الإدارة

[1]- يوسف سعد الله الخوري، المرجع السابق، ص: 490.

أن يستمر في تنفيذ التزاماته بالرغم من الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا توقف عن التنفيذ بحجة هذه الصعوبات فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات المنصوص عليها في العقد.

ولكن في المقابل وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير.[1]

المبحث الثاني

التزامات المتعاقد مع الإدارة

إذا كان للملتزم حقوقا عرضناها في المبحث السابق، فإن عليه في مقابل ذلك التزامات يجب عليه القيام بها بموجب العقد، حيث يلتزم بالتنفيذ شخصيا، فلا يتنازل عن العقد للغير سواء تنازل جزئي "تعاقد من الباطن"، أو تنازل كلي إلا بموافقة جهة الإدارة، ويقع على المتعاقد كذلك التزام آخر يتمثل في قيامه بتنفيذ ما عليه من التزامات خلال المواعيد المتفق عليها، وعادة ما تحدد جهة الإدارة مدة معينة للتنفيذ يجب أن يتم التنفيذ في مدة معقولة وفقا للعقد ذاته، وهذا ما ستناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد.

المطلب الثاني: الالتزام بالتنفيذ خلال الأجل المتفق عليه.

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص: 175.

المطلب الأول

الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد

اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة يخضع لإجراءات متكاملة ودقيقة للوصول للشخص الذي تتوفر فيه الشروط الفنية والمالية اللازمة قصد التعاقد معه، انطلاقا من ذلك يتعين على هذا الشخص الذي أرست عليه الإدارة المناقصة، أن ينفذ العمل المعهود عليه بنفسه حتى لو لم ينص العقد على ذلك صراحة، لأن الالتزام بالتنفيذ الشخصي من القواعد العامة للعقود الإدارية، ولا يجوز له التنازل عن جزء أو كل الأعمال المكلف للقيام بها، ما لم تسمح الإدارة بذلك، والتساؤل المطروح هنا: هل يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل عن العقد أو يتعاقد بشأنه من الباطن، وهل يلتزم الورثة بتنفيذ التزامات المتعاقد في حالة وفاته بالإضافة إلى بيان حكم القانون في مسألة إفلاس المتعاقد أو إعساره؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا هذا المطلب إلى العناصر التالية: مضمون فكرة الاعتبار الشخصي، التنازل عن العقد، إفلاس وموت المتعاقد.

الفرع الأول: مضمون فكرة الاعتبار الشخصي

التزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه من القواعد العامة في العقود الإدارية، ومن ثم يكون تنفيذ هذا الالتزام حتى لو لم ينص عليه في العقد شخصيا.

أولا: تعريف الاعتبار الشخصي

يقصد بالاعتبار الشخصي في التعاقد بصفة عامة هو: "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصرا جوهريا في التعاقد".[1]

أما فيما يتعلق بماهية الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية فهي تعني أن تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة بذاتها أو بصفة جوهرية من صفاته عنصرا جوهريا في التعاقد.[2]

ومن المسلم به أن مبدأ الاعتبار الشخصي يختلف من عقد إداري إلى آخر بحسب أهمية العقد، ومدى صلته بالمرفق العام محل التعاقد، وعلى ذلك فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق العام كلما ظهر هذا بوضوح، وهذا ما ذهب إليه الفقيه "جيز" حيث قال بأن القضاء الإداري يلتزم بقاعدة التزام المتعاقد

[1]- محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دون دار نشر،، دون بلاد نشر، 2008، ص: 56.

[2]- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص:682، نقلا عن: عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، دون بلاد نشر، 1997، ص: 119.

بالتنفيذ بنفسه بغاية الصرامة في عقد الامتياز نظرا لهيمنة الملتزم بنفسه على المرفق هيمنة تامة الذي يتولى شؤون إدارته.[1]

أما الفقيه "دولوبدير" فيرى عكس ذلك بأن العقد الإداري لا يؤيد رأي الفقيه " جيز" على الأقل فيما يتعلق بأعمال القاعدة في تنفيذ العقود الإدارية بمعنى أن القضاء يطبق قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ على جميع العقود دون أن يمنح عقد الامتياز أهمية خاصة.[2]

ويرى غالبية الفقه أن الأساس الذي يقوم عليه قاعدة قيام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا يؤكد رأي الفقيه "جيز" نظرا للإجراءات الطويلة والمعقدة في اختيار الملتزم "المتعاقد" في عقود البوت B.O.T، والتي تتم في إطار من المنافسة والعلانية، وحتى يتم اختيار متعاقد قادر على تنفيذ العقد، وتتوافر فيه شروط حسن السمعة و الكفاءة المالية والفنية.

غير أن هذا الرأي ليس محل إجماع بين الفقهاء، القائلين بأن فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دورا أساسيا في كل العقود الإدارية دون تمييز، ويعتمدون في ذلك على عدم وجود ما يثبت إعطاء المشرع أو القضاء أهمية خاصة للقاعدة في مجال عقد الامتياز دون غيره من العقود الأخرى، [3] ففي مجال عقد التوريد غاية النفع العام يكون لها الأثر الواضح في تحديد تلك الصفات الواجب توافرها في المورد لضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه، [4] ومن أمثلة الصفات التي تكون محلا للاعتبار الشخصي ما يتعلق بالمورد من الكفاية المالية، والمقدرة الفنية، وجنسية المورد، وأهمية التعاقد، وحسن السمعة، فالاعتبار الشخصي يلعب دورا مهما في عقود التوريد ولاسيما تلك التي يكون محلها توريدات الغاز والمياه...، حيث يكون المورد في هذه الحالات شريكا في إدارة المرفق بصورة واسعة، ويترتب على عدم تنفيذ المورد لالتزاماته نتائج خطيرة على سير المرفق العام.

كما يظهر هذا المبدأ في عقود الأشغال العامة، فلا يستطيع المقاول أن يترك مكان العمل إلا بعد تعيين نائب له مزود بالصلاحيات الكافية ليحل محله في مكان العمل، فتزداد أهمية هذا الاعتبار في عقد الأشغال العامة لاتصاله الوثيق بالمرفق العام، وقد حرص المشرع الجزائري على تأكيد فكرة أن الاعتبار الشخصي يلعب دورا هاما في مجال كافة العقود الإدارية نظرا لصلة هذه العقود بالمرافق العامة، فأصدر

[1]- حمادة عبد الرزاق، المرجع السابق، ص: 733.
[2]- المرجع نفسه، ص: 734.
[3]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 238.
[4]- محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص:288.

أحكاما تحقق مضمونها، فقد ألزم قانون الصفقات العمومية ذاته على الإدارة المتعاقدة أن تتحرى حسن اختيار المتعاقد معها، وذلك عن طريق الاستعلام على المرشحين للتعاقد لدى مختلف الجهات والمؤسسات لاسيما المؤسسات المالية أو الممثليات الجزائرية بالخارج حيث يتعلق الأمر بالمقاول الأجنبي،[1] أما بالنسبة للمقاولين الوطنيين أوجب على كل جهة إدارية متعاقدة أن تمسك بطاقية وطنية للمتعاملين وبطاقيات قطاعية، وبطاقية على مستوى كل مصلحة متعاقدة وتحين بانتظام ، ويحدد محتوى هذه البطاقيات وشروط تحيينها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.[2]

وأجبر المشرع على كل مقاول مرشح للتعاقد أن يقدم شهادة التخصص التي تعتبر وثيقة تنظيمية عند كل التزام بأشغال البناء، [3] وقد اعتبرها المشرع تنظيمية نظرا لإجراءات استصدارها والمعلومات الإجبارية التي يجب أن تحتوي عليها، [4] وقد قرر عقوبات على من يقدم معلومات خاطئة، أو يزور في بيانات يقدمها للحصول على هذه الشهادة، [5] وواضح أن الغاية من فرض هذه الأحكام هو التعريف الدقيق بهوية المقاول من أجل معرفة صفاته المهنية الشخصية من حيث مدى كفايته المالية ومقدرته الفنية وسمعته في السوق وجنسيته ان كان أجنبيا.

والهدف من وراء كل هذا هو تمكين الادارة من اختيار مقاول يستطيع تنفيذ المشروع بشكل يحقق ما يصبوا إليه المرفق العام من خلال انجازه.

وتأكيدا على الاعتبار الشخصي في اختيار مقاول الأشغال العامة، المشرع الجزائري قد أكد على بعض الالتزامات بالرغم من أنها لا تحتاج إلى النص عليها باعتبارها تتولد على المقاول معاونا للإدارة في تنفيذ المرفق العام محل الأشغال ومنها: التزام المقاول باختيار محل إقامة يكون مجاورا للأشغال وأن يعلم بذلك المكلف بالرقابة من قبل الإدارة في أجل لا يتعدى 15 يوما من تاريخ تبليغه بتوقيع الصفقة ، والغرض من هذا الالتزام هو السماح للإدارة بإمكانية إبلاغ المقاول بكل جديد وتمكينه من العلم بكل ما تصدره الإدارة من أوامر وما تتخذه من إجراءات حتى يتسنى له تنفيذها أو الطعن فيها.

---

[1]- المادة 38 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر، ص:11.

[2]- المادة 40 من نفس المرجع، ص: 11.

[3]- المادة 10 من دفتر الشروط الادارية العامة، السالف الذكر.

[4]- المادة 03 من المرسوم التنفيذي 114/05، مؤرخ في 27 صفر عام 1426 الموافق لـ 7 أبريل 2005، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 289/93 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414، الموافق لـ 28 نوفمبر 1993، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر عدد 26، الصادرة في: 10 أبريل 2005، ص:4.

[5]- المادة 04 من الملحق بنفس المرجع التي تحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التخصص، ص:5.

وفي حالة عدم الالتزام لهذا الالتزام (اختيار محل الإقامة) في المدة المحددة فإن مكتب البلدية "مقر الأشغال" محل إقامة بالنسبة للمقاول والقرار الذي يبلغ إليه، ويعتبر تبليغا صحيحا للمقاول، وينتج أثره.

والملاحظ أن ذات الأحكام قد تضمنها المشرع الفرنسي حيث ألزم المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار الأشغال بعد استلامه النهائي للأشغال، وإعلام المهندس المكلف بالرقابة بأي تغيير لهذا العنوان حتى يمكن بتبليغه بكل مستجد، وهذا ما أقره المشرع الجزائري بالتأكيد على حضور المقاول لعملية التنفيذ حيث ينص في ذات المادة 03/10 من دفتر الشروط العامة على: "لا يجوز للمقاول خلال مدة الأشغال الابتعاد عن الورشة إلا بعد قبول مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بممثل كفء يحل محله دون أن ينجم عن ذلك تأخير أية عمليه أو وقف ناشئ عن غيابه".

ثانيا: ضمان سلامة الأعمال

الالتزام بضمان سير العمل، هو التزام يبقى على عاتق المتعاقد حتى بعد تسليمه نهائيا وفق الإجراءات القانونية، وإلا أن هذا الالتزام لا يرتبط إلا ببعض العقود الإدارية، وهذا يعني أن مسؤولية المتعاقد تظل قائمة حتى بعد إنهاء انجاز العمل المطلوب وتسليمه وفق الإجراءات القانونية، فيتحمل الأضرار التي تصيب العمل المنجز، وحدود هذه المسؤولية ونطاقها، تنظمها نصوص العقد والقانون خاصة في عقود الأشغال العامة.[1]

ومن المسلم به أن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها، [2] فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فاطلع عليه وتعهد بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة حيث يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، [3] فوجب أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه وهذا ما نصت عليه المادة 551 من القانون المدني،[4] فإن كان الأمر يتعلق بعقد الأشغال التي تهدف الى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، [5] في حالة تم تنفيذ الأشغال المطلوبة يقوم

---

[1] - www.association-oeuvres-sociales-commune-agadi.

[2]- المادة 3 من الملحق رقم: 8، ص: 12-13.

[3]- المادة 550 من قانون رقم 05 - 07 مؤرّخ في: 25 ربيع الثاني لعام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم: 58 - 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ا لموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني ص: 107.

[4]- إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل.

[5]- المادة 02/13 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 07.

صاحب المشروع بالاستلام المؤقت للأشغال بناء على طلب مكتوب يقدم من طرف المقاول تطبيقا للقوانين السارية ويحرر له شهادة للاستلام المؤقت.

وحددت مدة الضمان بسنة واحدة (01) ابتداءا من تاريخ الاستلام المؤقت للمشروع يكون المتعامل المتعاقد خلالها مسؤولا عن المشروع وملزما بالصيانة إلى غاية الإعلان عن استلامه النهائي، ويمكن أن تمدد مدة الضمان إذا رفضت المصلحة المتعاقدة الاستلام النهائي للمشروع إذا لم ترفع العيوب التي تظهر خلال مدة الضمان من طرف المتعامل المتعاقد، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 1/11 و2 من دفتر الشروط الخاص بإعادة تأهيل طريق حضري شارع 20 أوت وحي عقون عبد الحميد، بلدية بلخير، قالمة، وبحيث أنه بعد إتمام إنجاز الأشغال يخطر المقاول الجهة الإدارية كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة، بعد انقضاء مدة الضمان، ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث نسخ يوقعه كل من مندوبي الجهة الإدارية والمقاولة، تعطى للمقاول نسخة منه يعترف فيه أن الأشغال موضوع العقد قد أنجزت طبقا للشروط المتفق عليها في العقد، وأن جميع التحفظات المسجلة من طرف المشروع بعد الاستلام المؤقت وطوال مدة الضمان قد رفعت إن وجدت.

كما يتعلق الأمر بعقد التوريد وحسب نص المادة 04/13 التي نصت على: "تهدف صفقة اللوازم الى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو ايجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد".

وتختلف مدة الضمان في صفقة التوريد عن الاشغال العمومية حيث تكون في صفقة التوريد (06) أشهر، وهذا ما نصت عليه المادة 01 من العقد الخاص بموضوع العملية: اقتناء لوازم المكتب لسنة 2014: لا يجب أن يقل أجل الضمان عن ستة (06) أشهر.

حددت مدة الضمان بـــــستة (06) أشهر ابتداءا من تاريخ الاستلام للوازم المكاتب، وخلال هذه المدة يلزم المتعامل المتعاقد بتصليح أو تبديل في أفضل آجال وعلى عاتقه كل لوازم المكاتب التي تظهر عليها العيوب.

الفرع الثاني: التنازل عن العقد

القاعدة العامة أن المتعامل المتعاقد يتولى شخصيا مهمة انجاز الصفقة المتعاقدة عليها، ذلك للاعتبارات العديدة التي تراعيها الإدارة في اختيارها للطرف المتعاقد كما تناولناها سالفا، غير أن لهذه

القاعدة استثناء بحيث يجوز أن يتولى هذه الالتزامات متعامل ثانوي، وهو أن يمنع على المتعامل المتعاقد وأن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات إلا بموافقة الادارة مقدما.[1]

أولا: التعاقد من الباطن

سنتطرق إلى تعريف التعاقد من الباطن، وتبيان آثاره

1 -تعريف التعاقد من الباطن

تم تعريفه من قبل بعض الفقهاء من بينهم : "أ. السنهوري" بحيث عرف أولا العقد الأصلي بأنه: "ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر، أما العقد التبعي فهو: ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله، ويضيف، أن العقد الأصلي له وجود مستقل، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستمد إليه فيكون صحيحا أو باطلا ويبقى أو ينقض تبعا للعقد الأصلي".[2]

ويعرف "الأستاذ ياسين محمد الجبوري" العقد الأصلي بأنه: "العقد الذي بذاته مستقلا دون الاستناد إلى عقد آخر، أما العقد التبعي: فهو العقد الذي يقوم بالاستناد إلى عقد آخر أي أنه يفرض وجود عقد لآخر يستند اليه ويرتبط به ويستهدف تنفيذه."[3]

كما عرفه المشرع الجزائري، والذي نص في قانون الصفقات العمومية، على أنه: "يشمل المتعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة."[4]

2 -شـــروط التعاقد من الباطن

لا يمكن تحديد طبيعة العقد من الباطن من خلال تحليل الالتزامات المتولدة عنه، إنما يتم ذلك عند توفير شروط معينة، وتتمثل في:

أ – وجود عقد أصلي سابق

من الضروري أن يستوفي العقد من الباطن كل الشروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة بشأن إبرام العقود من وجود إرادة حرة خالية من كل العيوب، ومحل وسبب مشروعيين، غير أن هذه

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 433.
[2]- عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، بيروت، دار إيحاء التراث العربي، دون سنة نشر، ص: 143.
[3]- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادرة الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، عمان، دار وائل للنشر والطباعة، الطبعة الأولى، 2002، ص: 162.
[4]- المادة 107 من المرسوم الرئاسي، 236/10، السالف الذكر، ص:23.

الإرادة غير قادرة لوحدها على إيجاد عقد من الباطن، إنما يشترط زيادة على ذلك وجود عقد أصلي، فلا وجود لعقد من الباطن في غياب عقد أصلي، فلا يجوز العقد من الباطن في غياب عقد أصلي لأن هذا الأخير يشكل سببا منشأ له، ومن ثم لا وجود لإيجاد العقد من الباطن في غياب العقد الأصلي.

ب-أن يتم النص على التعاقد الثانوي في أصل الصفقة أو الصفقة الأصلية وفي دفتر الشروط

فلا يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء لتقنية التعاقد الثانوي، إذا خلا عقد الصفقة من الإشارة إلى ذلك، وتبدو الحكمة من إيراد هذا الشرط، أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال التعاقد الثانوي في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ.[1]

ج -أن يحظى المتعامل الثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة

يستلزم الموافقة المسبقة من الإدارة بعد أن يتقدم لها المقاول الأصلي بطلب قصد إبرام تعاقد من الباطن مع مقاول فرعي، حتى لا تباغت المصلحة المتعاقدة بمتعاقد ثانوي قد لا تتوافر فيه الشروط اللازمة، وقد يكون في وضعية مخالفة للتشريع الجبائي، أو التشريع المحاسبي، أو التشريع الاجتماعي وأصدر ضده حكم قضائي يتعلق بجرم يمس النزاهة المهنية وغير ذلك من الوضعيات المشار إليها في المادة 52 من المرسوم الرئاسي الجديد، وحسب ما نصت عليه المادة 02/109 "... التأكد من مؤهلاته ومواصفاته المهنية ووسائله البشرية والمادية مطابقة للأعمال..."، [2] ثم تبدي الإدارة رأيها فيه، ونصت المادة 11 من دفتر الشروط العامة على أن التعاقد من الباطن أو إجراء المساهمة محظور بدون ترخيص، لذا لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يتنازل على جزء أو أكثر من مؤسسة إلى متعاقدين من الباطن أو المساهمة بها في شركة أو مجموعة شركات دون ترخيص صريح من الادارة.[3]

كما تنص المادة 02/109 من المرسوم الرئاسي 236/10 على ما يلي: "ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما..."، يستنتج من هذه المادة بأن المتعامل المتعاقد هو الذي يقترح المتعامل الثانوي أو المتعاقد من الباطن، والإدارة توافق على رغبة المتعامل المتعاقد في التنازل عن عقده أو التعاقد الثانوي، غير أن المشرع الجزائري لم ينص على الأشكال والإجراءات التي بمقتضاها تتم الموافقة على المتعامل من الباطن، غير أن هذه الموافقة تكون صريحة طبقا لنص المادة 01/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر المطبقة على صفقات الأشغال العامة.

---

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص: 245.
[2]- عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص:245.
[3]- المادة 11 من دفتر الشروط الادارية العامة، السالف الذكر.

والمسلم به أن السلطة التي تملك الموافقة على التعاقد الثانوي، هي السلطة التي تملك إبرام الصفقة الأصلية ما لم ينص المشرع على ذلك، ويشمل التعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة وهذا ما نصت عليه المادة 107 من المرسوم الرئاسي 236/10، ويقصد بهذا الشرط، أنه لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يتعاقد من الباطن على كل موضوع الصفقة، ويتعلق المجال الرئيسي لتدخل المتعامل من الباطن بالخدمات المحددة والمنصوص عليها صراحة في الصفقة، وكنتيجة لذلك، فان كل مخالفة لهذه القاعدة يجب أن تكون موضوع ملحق مصادق عليه من طرف لجنة الصفقات المختصة.

د- الدفع المباشر من جانب المصلحة المتعاقدة مرهون بشروط

ينبغي الانطلاق من قاعدة مفادها أن المتعامل الثانوي يحصل على مستحقاته من المتعامل المتعاقد لا من المصلحة المتعاقدة، غير أنه ومن باب الوفاء للمتعامل المتعاقد، وضمانا لحقوقه الثابتة والمكفولة في الصفقة اعترفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي، للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات المتعامل الثانوي، وعلقت ذلك على صدور قرار وزاري يبين الشروط والكيفيات، [1] بحيث نص في المادة 02 منه: "عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي ومبالغها القصوى منصوصا عليها في الصفقة، فانه يمكن لهذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة وذلك بشروط:

- يجب أن ينص في دفتر شروط المناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، فإن خلا دفتر الشروط من الإشارة لذلك فلا يستفيد المتعامل الثانوي من الدفع المباشر.
- يجب أن يكون التعامل الثانوي محل عقد بين المتعاقد الثانوي وصاحب الصفقة، وهذا طبقا لتكريس الجانب الشكلي في التعاقد وتحديد المسؤوليات.
- يجب أن لا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل مشمولا برهن حيازي للصفقة.
- يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المتعامل الثانوي والمعني بالدفع المباشر، وهذا حسب الفقرة 4 من المادة 02 من القرار الوزاري، السالف الذكر.
- يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها في إطار التعامل الثانوي محليا، وهذا حسب الفقرة الأخيرة من المادة 109 من قانون الصفقات العمومية".

[1]- القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية، المؤرخ في 2001/03/28، يحدد محتوى بطاقيات المتعاملين الاقتصاديين وشروط تحيينها، ج.ر، عدد: 24، الصادرة في: 2011/04/20، ص:25.

و- إقرار مسؤولية المتعامل المتعاقد الأصلي

يعتبر التزام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته بنفسه، التزام مطلق لا يعفيه من الوفاء بعدم احترام الإدارة لأي من التزاماتها، حتى ولو تعلق الأمر بأداء المقابل المالي للتعاقد، [1] وتبقى مسؤولية المتعامل المتعاقد الأصلي قائمة تجاه الإدارة حتى على الجزء الذي قام بتنفيذه المتعامل الثانوي، وهذا ما نصت عليه المادة 108 من المرسوم الرئاسي الجديد بقولها: " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه الإدارة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بصفة ثانوية"، فلا يمكن للمتعاقد الاحتجاج بأن العمل قام بتنفيذه المتعامل الثانوي، بل يسأل عن كل العمل، وأي تقصير من الطرف الثالث (المتعامل الثانوي) يسأل عنه المتعامل الأصلي.

3 -آثـــــــــار التعاقد من الباطن

يترتب عن التنازل الجزئي عن عقد الأشغال العامة، أي التعاقد من الباطن بشأن جزء من التزامات العقد نتائج تختلف بحسب ما إذا تم ذلك دون موافقة الإدارة أم كان بناء على موافقتها.

أ -التعاقد من الباطن بغير موافقة الادارة

نشير في البداية أن التعاقد من الباطن بدون موافقة الادارة يقع باطلا وفقا لنص القانون، وهو ما اتنهى إليه أيضا الفقه والقضاء، وبالتالي فهو لا يسري في مواجهة الإدارة ولا يحتج به في مواجهتها وأكثر من ذلك فهو يعتبر خطأ عقديا من قبل المقاول يعرضه لعقوبات لمخالفته لمبدأ التنفيذ الشخصي والتي تصل الى فسخ العقد.[2]

ب- التعاقد من الباطن بموافقة الادارة

اذا تم التعاقد من الباطن بموافقة الادارة فان ذلك ينتج أثرا بالنسبة لكل الأطراف.

- أثره على العقد الأصلي

في حال موافقة الإدارة صاحبة المشروع على التنازل الجزئي من قبل المتعامل الأصلي، فإن ذلك يعني أن يحل المتعاقد من الباطن محل ا -لمقاول صاحب العقد الأصلي في تنفيذ جزء من الالتزامات

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 193.
[2]- المرجع نفسه، ص: 200.

المنصوص عليها في العقد الأصلي، وذلك دون أن يصبح طرفا فيه، بل تبقى العلاقة التعاقدية كاملة بين طرفيه الأصليين أي الإدارة صاحبة المشروع من جهة، والمتعاقد الأصلي من جهة ثانية.

- أثره على علاقة المتعاقد مع الإدارة

وهو كما تطرقنا له سابقا أن المتعامل المتعاقد الاصلي هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة.

- أثره على علاقة الإدارة بالمتعامل الثانوي

لا توجد أي علاقة تعاقدية بين المتعامل الثانوي وبين الادارة مباشرة إلا ما يرد بنص صريح في القوانين أو اللوائح، غير أنه يمكن تحرير علاقات تعاقدية في الحالات السالفة الذكر، فكان على المشرع أن يقرر مسؤولية المتعاقد من الباطن على الأقل يكون مسؤولا بالتضامن مع المتعاقد الأصلي، إذ ليس من العدل أن يتحمل هذا الأخير المسؤولية الكاملة لوحده، ويعفى منها المتعاقد من الباطن بالرغم من أن الإدارة تضمن له حقوقه المالية.

كما أن عدم تحميله المسؤولية أمام صاحب المشروع قد يشجعه على عدم إعطاء الأهمية للتنفيذ مادام لا يسأل عن ذلك وإنما المشرع ضمن له من يسأل بدلا عنه ، ووجوب تأمينه عن كل المخاطر التي قد تعترضه.[1]

فهذا التعاقد الذي تم بموافقة الادارة رتب آثار ا، فوجود الإدارة بشكل ما أصبح واضحا في العقد، فمن اللحظة التي توافق فيها على المتعاقد من الباطن، يترتب على ذلك أن يدخل المتعامل من الباطن مع الادارة في علاقة قانونية، ولو أن هذا العقد يبقى خاضعا لأحكام القانون الخاص، و أن العلاقة التعاقدية الكاملة تبقى بين الإدارة والمتعامل الأصلي بحسب ما نص عليه المشرع الجزائري.

إذن فهناك علاقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة صاحبة المشروع، حتى و إن كانت هذه العلاقة تقصر على الجانب المالي، ومن ثم إن الإدارة المتعاقدة تملك أن تمارس حقها في الرقابة على تنفيذ المشروع، بما في ذلك الجزء الذي يتضمنه التعاقد من الباطن وذلك على النحو السابق دراسته في مطلب سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه.

- أثره على علاقة المتعامل المتعاقد مع المتعامل الثانوي

[1] - المادة :6/2 (تأمينات المتعامل الثانوي)، الملحق رقم :8، ص:11.

المتعامل الثانوي يفرض علاقة مباشرة بين المتعامل المتعاقد والمتعامل الثانوي، والعلاقة هنا تكون بين شخصين من أشخاص القانون الخاص فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص وقواعده.[1]

ثانيا: التنازل الكلي عن العقد

يقصد بالتنازل عن العقد حلول شخص ثان محل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد بشكل كلي، وهذا يتعارض مع مبدأ التنفيذ الشخصي في عقود الأشغال العامة، وبالتالي لابد من موافقة الادارة عليه، ففي حالة حدوث تنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة يعتبر بالنسبة للإدارة كأن لم يكن، ويتحمل المتعاقد معها مسؤولية تنازله عن العقد دون موافقة الإدارة.

ومن المسلم به ووفقا للقواعد العامة –وهو ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي– أنه لا توجد علاقة تبعية بين الادارة والمتنازل إليه، إذا لم توافق الادارة مقدما على التنازل، ومن ثم فليس للمتنازل إليه بدون موافقة الإدارة أن يرجع على الإدارة بأي حقوق تعاقدية، وإن كان له أن يرجع عليها على أساس آخر، لاسيما فكرة الإثراء بلا سبب، كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلي أن يطالب الإدارة بحقوق مدنية وفقا للقواعد المقررة في هذا الخصوص.[2]

ولا تخضع الموافقة على التنازل الكلي لشكل معين، والقاعدة في هذا الشأن هي تحرر الإدارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها وبالتالي لها أن توافق على التنازل في أي شكل تشاء، [3] مالم يوجد نص على خلاف ذلك.

ويترتب على موافقة الإدارة على التنازل عن العقد ظهور عقد جديد يحل محل العقد الأصلي المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها المتنازل عن العقد، وبالتالي يحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي مع الإدارة في تحمل الالتزامات وفي اكتساب الحقوق في مواجهة الإدارة معنى ذلك تنشأ علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد الجديد (المتنازل إليه)، ويترتب على ذلك أن هذا الأخير أي المتعاقد الجديد يتحمل أمام الإدارة مسؤولية تنفيذ العقد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك كأن ينص على المسؤولية المشتركة للمتعاقد الأصلي مع الإدارة والمتعاقد الجديد المتنازل إليه، في حين يتحرر المتعاقد مع الإدارة الأصلي من كافة الالتزامات، ولا يكتسب الحقوق المترتبة على العقد.

---

[1]-Laurent Richeri : Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J, Paris, 1995, P : 349.

[2]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،المرجع السابق، ص: 443.

[3]- المرجع نفسه، ص:444.

أما التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة فهو لا يسري في مواجهتها ولا يحتج به عليها، ولا تنشأ عنه أيه رابطة عقدية بين المتنازل إليه وبين الإدارة وعلى ذلك يظل المتعاقد الأصلي وحده مسؤولا في مواجهة الإدارة عن تنفيذ العقد كما لو كان التنازل غير قائم.[1]

الفرع الثالث: استحالة التنفيذ

رغم كل الاحتياطات التشريعية والعملية التي تتخذها الادارة اتجاه المتعاقد معا، وبعد أن تبرم العقد قد تطرأ ظروفا فتحدث تغييرات، مما قد يلحق شكوكا في مدى قدرته على التنفيذ، بل وقد يستحيل عليه مواصلة التنفيذ الشخصي، وبهذا سنتطرق إلى حالة إفلاس المتعاقد (أولا)، وحالة وفاته (ثانيا).

أولا: موت المتعاقد

الموت يحول بين المقاول المتعامل الاصلي وبين تنفيذ الاشغال محل العقد، لذلك نجد المشرع حريصا على أن يحتوي دفتر الشروط على الأحكام الواجبة التطبيق في هذه الحالة، خاصة وأن شخصية المتعاقد هي محل اعتبار، فيقرر استمرار أو انقضاء التعاقد، [2] وإذا كانت الدفاتر في حد ذاتها لا يستلزم حدا موحدا بحيث تختلف الأحكام باختلاف أنواع العقود.

ففي مجال عقود الأشغال العامة، تنص المادة 37 من دفتر الشروط العامة السالف ذكره، على أنه في حالة وفاة المقاول، فإن العقد يعتبر مفسوخا بقوة القانون، ودون تعويض، وإلا إذا قبلت الجهة الإدارية المتعاقدة العرض المقدم من ورثة المقاول بالاستمرار في تنفيذ الأشغال العامة.

أما بالنسبة لعقود التوريد، فان المادة 62 من دفتر الشروط العامة السالف ذكره تنص على أنه في حالة وفاة المتعاقد أو فقدانه أهليته، فان رثته أو من يتولون سلطة الوصاية عليه، يستمرون في تنفيذ العقد ومع ذلك يجوز للوزير المختص أن يصدر قرار بفسخ العقد بناء على طلب الورثة، أو إذا رأى أن حسن تنفيذ العقد إنما يستمد إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد.

وبخصوص عقود امتياز المرافق العامة، تنص دفاتر الشروط العامة السالفة الذكر على أن أي تغيير في شخص الملتزم لا يتم إلا بعد الحصول على موافقة جهة الإدارة.

يتبين لنا مما تقدم أن هذه الدفاتر لم تقدم تبيان الحكم الواجب الاتباع عند وفاة المتعاقد محل الاعتبار، والسبب في ذلك يرجع إلى تفاوت الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة، وذلك أن

[1]- ياقوتة عليوات ، المرجع السابق، ص:204.
[2]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 250.

الاعتبار الشخصي ليس هدف في حد ذاته، بل هو وسيلة في يد الجهة الادارية المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق.

وفي جميع الحالات تعطى السلطة التقديرية للإدارة لتقدير قبول حلول الورثة محل ورثهم أو عدم قبولها ذلك وفقا لما تقضيه المصلحة العامة.[1]

أما بالنسبة للوضع في قانون الصفقات العمومية الجزائري الجديد لم ينظم هذه المسألة، وإذا حدث مشكل من هذا النوع نرجع الى دفتر الشروط العامة، أو دفتر الشروط الخاصة.

ويتساءل بعض الفقهاء[2] عن حال لم يرد دفتر الشروط مثل هذا النص، ويغفل المشرع معالجة احتمال وفاة المقاول المتعاقد، كما أن العقد ذاته لم ينص على الحكم الواجب تطبيقه في حالة الوفاة، فما مصير الرابطة العقدية في حال خلت النصوص من فرض الحل؟

ويرى هؤلاء الفقهاء بأن واقعة الوفاة في حد ذاتها لا يترتب عنها انقضاء الرابطة العقدية بقوة القانون، ولكن اذا تحقق.

وفي جميع الحالات كما أشرنا سابقا، تعطى السلطة التقديرية للإدارة العامة المتعاقدة لتقدير استمرار تنفيذ العقد المبرم مع الورثة إذا توفرت فيهم الشروط القانونية اللازمة، أو تقدير فسخ أو إنهاء العقد إن لم تتوافر فيهم الشروط اللازمة للتعاقد وذلك بالنسبة للإدارة تحقيقا للصالح العام.

ثانيا: إفلاس المتعاقد

تكفل المشرع الجزائري قد تكفل بمعالجة حالة الرابطة العقدية بين المقاول والإدارة في حالة إفلاس المقاول المتعاقد أو التسوية القضائية، وذلك حرصا على قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، فقرر المشرع بنصه التالي: "... يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض في حالة إفلاس

[1]- ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص:205.
[2]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 215، نقلا عن:
ANDRE DE LAUBADERE, Traite Elementaire de Droit Administratif, 5emme edition, 1970, P 118.

المقاول، وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاولة وذاك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل.

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله..."[1]

وفي كلتا الحالتين سواء حالة الوفاة أو الإفلاس ف إن الإجراء المتبع هو تصفية حسابات المتعاقد معها.[2]

فقرر المشرع في الحالتين جعل مصير الرابطة العقدية بيد الإدارة صاحبة المشروع، وراعية الصالح العام لتقرر ما تراه كفيلا بتحقيق النفع هو هدفها من خلال المرافق العامة، فإن رأت أن شخصية المقاول لها دور جوهري في تنفيذ الأشغال ولا يمكن تعويضه بوكيل دائن المقاول تقرر فسخ العقد على حساب المقاول المفلس وإلا فيمكن لها أن تقرر مواصلة تنفيذ العقد مع وكيل الدائنين متى توفرت فيه الشروط، خاصة في ضرورة الحصول على إذن من المحكمة من قبل الدائنين بمواصلة مقاولة المتعاقد المفلس، متى رأت أن الإفلاس نتيجة غش أو تدليس من المقاول لأن الإفلاس لهذه الأسباب يعتبره المشرع الجزائري جريمة يعاقب عليها القانون.[3]

المطلب الثاني

الالتزام بالتنفيذ خلال الأجل المتفق عليه

لا يكفي الوفاء الشخصي بالالتزام التعاقدي في العقد الإداري، بل يلزم أن يتم ذلك في المواعيد المحددة، وذلك للاستفادة بالشيء موضوع التعاقد في الميعاد الذي ترى الإدارة أنه مناسب لتلك الاستفادة، لذلك نصت على تحديده في عقدها أو في دفتر الشروط.

ويكون الالتزام هنا باحترام المدة المحددة للتنفيذ من حيث مدى الزاميتها، ويتم تمديد هذا الأجل حسب ظروف معينة، وبانقضاء هذه المدة تنتهي الأشغال ويتم تسليمها، وسنتناول في هذا المطلب العناصر التالية:

---

[1] - المادة 02/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة، السالف الذكر.

[2] - الملحق رقم :9.

[3] - المادة 215 وما بعدها، من الأمر رقم : 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، ص: 67-68.

مدى إلزامية احترام مدة التنفيذ، تمديد مدة التنفيذ وأسبابه القانونية، نهاية الأشغال وتسليمها.

الفرع الأول: مدى إلزامية احترام مدة التنفيذ

يلزم المتعامل كما هو الحال في العقود المدنية، بالوفاء بالتزاماته العقدية خلال المدة المحددة في العقد وفي دفاتر الشروط العامة، حيث نصت المادة 56 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر على أنه: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على نظام تنقيط مؤسس لاسيما ما يأتي: ...

- السعر والنوعية وآجال التنفيذ".[1]

وتحرص المصلحة المتعاقدة على إدراج هذا الالتزام، [2] وتوقع جزاءات على هذا المتعاقد في حالة عدم احترامه الموعد كما سبق تبيانه في الفصل الأول، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات)، فماذا يقصد بمدة التنفيذ؟ وكيف يتم تحديدها؟

أولا: المقصود بمدى التنفيذ

يختلف تحديد المقصود بمدة التنفيذ باختلاف العقد، ويقصد بها بصفة عامة الموعد أو المواعيد التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط لإنجاز الأداءات المتفق عليها وفقا لطبيعة العقد ونوعه.[3]

معناها في عقد الأشغال العامة يختلف باختلاف العقد فإذا كان هذا العقد عبارة عن إقامة منشآت أو تحسينات فيقصد بمدة التنفيذ الفترة من الوقت التي يلزم خلالها المقاول ب إنجاز العمل المطلوب وفقا للمقاييس المتفق عليها، وأما إذا كانت هذه الصفقة عبارة عن القيام بأعمال الصيانة الدورية، فيقصد بمدة التنفيذ المدة التي يكون المقاول ملتزما خلالها بالقيام بأعمال الصيانة التي تطلبها من جهة الإدارة.[4]

واحترام هذه المدة يبدو أكثر أهمية في عقود الامتياز بصفة عامة وعقود البوت بصفة خاصة، نظرا لأن محل هذه العقود هو إنشاء واستغلال وإدارة مرافق عامة حيوية، لذا تحرص غالبية هذه العقود على النص على جدول زمني للتنفيذ يجب على الملتزم احترامه، وفي نطاق عقد التوريد يميز الفقه في خصوص مدة التنفيذ حسب محل العقد بين نوعين من العقود:[5]

---

[1]- المادة 56 من المرسوم الرئاسي: 236/10، السابق الذكر، ص: 15.

[2]- تفرض المادة 62، من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص :16-17، أن كل صفقة يجب أن تشير إلى بيانات إلزامية وأخرى تكميلية، ومن بين البيانات الإلزامية يجب تحديد أجل تنفيذ الصفقة.

[3]- محمد سعيد حسن أمين، المرجع السابق، ص: 129.

[4] - ياقوتة عليوات ، المرجع السابق، ص: 209.

[5] - هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص: 742.

أ – العقود التي يكون محلها أداء واحد ويقصد بمدة التنفيذ في هذا النوع من عقود التوريد المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بتسليم السلع محل العقد.

ب –العقود التي يكون محلها آداءات متعددة ويتم تنفيذها بصورة متعاقبة.

وفي هذه الحالة فإن مدة التنفيذ يكون لها معنيين كما هو الحال في عقود التوريد الصناعية، الأول: ويقصد به المدة التي يلتزم المورد خلالها بإعداد وتصنيع السلع المطلوبة، أما المعنى الثاني: فيقصد به الموعد المحدد لتسليم السلع المطلوب توريدها للإدارة بمجرد الطلب.

ويقصد بمدة التنفيذ في عقد امتياز المرافق العامة المواعيد الدورية التي يلتزم بها المتعاقد لأداء الخدمات للمنتفعين بخدمات المرفق موضوع التعاقد.[1]

ثانيا: تحديد مدة التنفيذ

الأصل أن ينص في العقد الإداري على تحديد تاريخ بداية تنفيذه والذي تحتسب منه مدة تنفيذ العقد، فإذا خلا العقد من تحديد لتاريخ بداية التنفيذ، فإن تلك البداية تحتسب من تاريخ إخطار المتعاقد بالأمر الإداري بالبدء في تنفيذ الأعمال، حيث يقع على المتعاقد التزام بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد في المواعيد المحددة.[2]

وهذا الالتزام ناتج عن التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام، فإذا كان المواطنون يبتغون الاستفادة من المرفق العام فإنهم في حاجة إلى مرفق يقدم عملا وخدمة، ذات جودة، سواء من حيث إنشائه أو تسييره أو تنظيمه، ولذلك يبقى واجبا على المتعاقد تنفيذ عمله في الميعاد المحدد، وتبقى مخالفة ذلك تقتضي توقيع الجزاء عليه من طرف الإدارة.

لكن إذا كانت الإدارة تحدد هذه المدة فقد يقع أن يفوتها تضمينا في العقد، وهنا تكون قد أغفلت دورا مهما لذلك تبقى الإدارة عاجزة عن فرض مدة لم يتفق عليها، مما يبقى القضاء الإداري وحده القادر على فرض تقدير المدة العادية للتنفيذ بناء على إمكانياته.

وليس للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد، ولا أن يتباطئ في ذلك التنفيذ، ويدخل في مضمون العقد كل ما تستلزمه ظروف العمل ما دامت تلك المستلزمات ليست غريبة عن جوهر العقد وليست فيها إساءة إلى حقوقه، فإن امتنع عن توفيرها كان مخطأ في عدم أدائه لها.[3]

---

[1] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 187.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق ص: 179.

[3]- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص: 173.

ويجد هذا الالتزام أساسه في العقد ودفاتر الشروط، إلا أن تناول نصوص دفاتر الشروط العامة لهذا الالتزام وتأييده بجزاءات يعتبر من قبيل زيادة العرض على التأكيد عليه نظرا لأهميته، لأنه التزام يستمد أساسه من مقتضيات الصالح العام، [1] لأنه يرتبط بالمال العام من جهة، حيث أن كل تأخير في الإنجاز يزيد في قيمة الالتزام، مما ينعكس مباشرة على حسن سير المرفق العام موضوع الالتزام.

لذلك فإن لمدة التنفيذ أهمية أساسية بالنسبة للإدارة والمقاول على حد سواء فكلاهما ملزم بانجاز التزاماته في التاريخ المحدد، وقد أكد القضاء الإداري هذا الالتزام سواء في مجلس الدولة الفرنسي أو مجلس الدولة المصري، حيث يؤكد بأن تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته في موعدها المحدد يشكل خطأ عقديا يستوجب توقع جزاء التأخير، حتى ولو منحت له الإدارة مدة إضافية لإكمال الإنجاز، والإخلال بذلك الموعد من قبل المتعاقد، يتيح تطبيق الغرامات عليه مباشرة دون اللجوء إلى القضاء.[2]

وقد كان المشرع الجزائري حريصا على تأكيد ذات الموقف القاضي بوجوب احترام مواعيد الإنجاز تحت طائلة توقيع عقوبات، حيث نصت المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر على: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ..."[3]

إن نص المشرع على هذا الالتزام وجعله سببا في إمكانية توقيع الجزاء على المقاول إنما هو التأكيد عليه، ذلك أن من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد".

ويختلف هذا الالتزام من عقد إلى آخر، ففي عقد الأشغال العامة كون تنفيذ الأشغال وتسليمها في أجلها المحدد يكتسي أهمية كبيرة، لارتباطه بالمرفق العام وحسن سيره، فإن العقد غالبا ما يتضمن تحديد مدة إنجازها، غير أن عدم تعرض العقد لتحديد هذه المدة لا يعني ترك هذا الأجل مفتوحا على إطلاقه، بل لابد من إنهاء الأشغال وتسليمها في أجل معقول.

وحتى في حال تحديد مدة الإنجاز، فلابد من تحديد نقطة، انطلاق هذه المدة، أي لابد من تحديد بدء سريان ميعاد الإنجاز، لأن تحديد تاريخ الانطلاق ضروري لتحديد أجل الانتهاء وما يترتب عن ذلك

[1]- محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص: 120
[2]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 270.
[3]- المادة 9 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 06.

من نتائج، والتي من أهمها وضع المقاول وضع المتأخر إذ لم يلتزم بذلك الميعاد، وما ينجر عن هذه الوضعية من نتائج أقلها إمكانية توقيع الغرامات التأخيرية عليه.

حتى وإن كان العقد لم يحدد تاريخ بداية تنفيذ الأشغال، فإن ذلك لا يطرح صعوبات، أو إشكالات، نظرا لما تتمتع به الإدارة من سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقد الأشغال العامة، والتي تملك بموجبها إصدار الأوامر المصلحية، إذ تصدر له أمر البدء في التنفيذ.[1]

وإذا لم يحدد العقد أصلا مدة لتنفيذ الأشغال، فإن للإدارة الحق في أن تحدد مدة لذلك على أن تكون هذه المدة معقولة بالنسبة للمقاول من حيث إمكانياته وإلا فله أن يعترض على هذه المدة أمام القاضي، الذي يفصل في هذا النزاع مراعيا في ذلك عدة عوامل منها نية أطراف العقد (الإدارة والمقاول) وإمكانيات المقاول بالنسبة لحجم الأشغال.

ولما كانت الإدارة تخضع لرقابة القاضي في موضوع تحديد مدة التنفيذ، حيث لا يتضمن العقد تحديد مدة معينة، فإن البعض من الفقه سمى هذا التحديد بالتحديد القضائي لمدة التنفيذ، كون القاضي يسلم بأن عدم إفصاح المتعاقدين عن مدة التنفيذ من خلال نصوص العقد، فإن ذلك لا يعني أن مدة التنفيذ غير مقيدة بحدود، بل المنطق والواجب أن يتم ذلك في مدة معقولة بالنظر للهدف من إنجاز الأشغال وطبيعية هذه الأخيرة ونية المتعاقدين إضافة إلى ما جرى عليه العرف في الحالات المشابهة.

وبالنسبة للجزائر فإن هذا الاحتمال غير وارد، نظرا لأن المشرع الجزائري قد نص على وجوب تحديد مدة التنفيذ ضمن بنود العقد.[2]

أما بالنسبة لعقد الامتياز فإن القاعدة العامة في عقود امتياز المرافق العامة أن يتولى المتعاقد مع الإدارة، إدارة المرفق العام على حسابه، فيتحمل كافة النفقات اللازمة للتشغيل والتطوير والتحديث والإدارة بوجه عام، وعادة ما يتحمل الملتزم في سنواته الأولى الكثير من النفقات والتي قد لا تكفي عائدات التشغيل لتعويضها، ومن هنا كان لابد من منح الملتزم مدة يستطيع من خلالها تعويض نفقاته، وتحقيق عائد مناسب لرأسماله وجهده، ومن هذا أصبح عنصر المدة عنصرا مميزا لعقد امتياز المرافق العامة.[3]

---

[1]- الملحق رقم: 10، ص: 11.

[2]- المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، التي تنص على جملة من البيانات التي يجب الإشارة إليها في العقد: "يجب أن تشير كل صفقة.... أجل تنفيذ الصفقة ..."

[3] - www.pdffactory.com

وعقد التوريد الإداري قد تكون له مدة إجمالية يتم بانقضائها تنفيذ العقد ، وقد ينقسم العقد إلى مراحل متعددة لكل مرحلة مدة محددة وللمشروع بكامله مدة إجمالية، وذلك سواء كانت كل مرحلة على حدى تمثل إنجازا جزئيا من عقد التوريد يمكن الاستفادة منه باستلامه، أو كانت مدة المراحل قد حددت من قبل الإدارة لحث المورد على إنجاز العقد في ميعاده المقرر بوسيلة إنجاز كل مرحلة فيما حدد لها من ميعاد، ومن ثم فإن خطأ المورد في عدم التنفيذ في الموعد المحدد تتحقق في حالة تجاوزه إجمالي مدة العقد، كما قد تحدد عن التأخير الحاصل عن مدة كل مرحلة على حدى حتى ولو تم إنجاز التوريد وتسليم الأصناف محل العقد ضمن المدة الكلية لمجموع المراحل ، وتجدر الإشارة إلى أن مدة تنفيذ العقد يجب ألا تختلط بمدة العقد ، بمعنى أن مدة تنفيذ العقد تنتهي بتسليم الأصناف المتفق عليها، في حين أن مدة العقد تعني مدة سريانه بين أطراف الرابطة التعاقدية بحيث يتحدد بداية ونهاية نشاط المورد مع الإدارة بأجل معين.[1]

ومثال ذلك أن مدة تنفيذ عقد توريد أجهزة كهربائية للإدارة تنتهي باستلامها لتلك الأجهزة، في حين تستمر مدة العقد لحين انتهاء فترة الضمان المتفق عليها.

ثالثا: بدء سريان مدة التنفيذ

إن مجرد تحديد مدة إنجاز الالتزام موضوع العقد، لا يكفي لتحديد تاريخ إنهائها وتسليمها، لذلك يتعين تحديد تاريخ انطلاق سريانها من أجل حصر هذه المدة وتجنب الاختلاف بالنسبة لتحديد المواعيد.

ففي عقد الأشغال العامة فإن الإدارة صاحبة الأشغال ونظرا لدورها في تحديد المواعيد المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة عموما، عليها أثناء تحديد تاريخ بدء سريان مدة التنفيذ الأخذ بعين الاعتبار جملة من المعطيات التي يستدعيها البدء في التنفيذ حتى يتمكن المقاول من الانطلاق في الأشغال، إذ لابد من منحه فرصة إعداد الإمكانات المادية والبشرية من سلع وتجهيزات وعمال، وإنجاز الأعمال التمهيدية التي يتطلبها الشروع في التنفيذ، وهذا حرصا على جعل بدء سريان مدة التنفيذ، بدءا فعليا للتنفيذ، لا مجرد إجراء نظري.

إلا أن الإدارة صاحبة الأشغال ليست لها السلطة أو الحرية المطلقة في تأخير إصدار الأمر المصلحي بالشروع في التنفيذ بدون أي قيد، بل يجب على الإدارة تبليغ المقاول بالأمر بالشروع في التنفيذ

[1] - هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص: 743، نقلا عن: عادل عبد الرحمان خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، بدون بلاد النشر، 1997، ص: 168.

في مدة معقولة لأن عدم الشروع في التنفيذ قد يسبب للمقاول أضرارا مادية، وتجنبا لذلك فإن له حق طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض[1]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإن سريان مدة التنفيذ يكون من اليوم الموالي لتاريخ صدور الأمر المصلحي لمباشرة الأشغال، [2] لذلك فعلى مهندس الإدارة أن يمكن المقاول من المستندات من رسوم ومخططات والتي تتعلق بالتنفيذ.

فقد جاء في المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفقرة الأولى: "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري..."، وفي الفقرة الثانية: ".... يتلقى المقاول مجانا من المهندس أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة في التنفيذ..."[3].

وقبل هذه المادة كانت المادة 2 من ذات الدفتر قد نصت على: "كل أجل يجري تحديده في الصفقة سواء كان للإدارة أو المقاول يبدأ سريانه من غداة اليوم الذي أبرم فيه العقد أو نص عليه فيه لابتداء سريان ذلك الأجل..."[4].

أما عقد الامتياز فإنه غالبا ما يحدد العقد نقطة البداية التي يبدأ منها حساب مدة التنفيذ، وهي غالبا تبدأ من تاريخ التوقيع على العقد أو من تاريخ الأمر بالموافقة على البدء في التنفيذ، أو من تاريخ بدء العمل بالاتفاقية.

وأما بالنسبة لعقد التوريد، فقد اختلف الفقه حول تحديد بداية سريان مدة التنفيذ، حيث ساوى جانب من الفقه بين "الإخطار بأمر التوريد" و"إخطار المتعهد بقبول عطائه"، وعليه ذهب إلى أن: "تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالي لإخطار المتعهد بقبول عطائه ..."[5].

وذهب رأي آخر بأن تحسب مدة التوريد من اليوم التالي لاستلام المورد الإخطار بأمر التوريد بمعنى إخطار المتعاقد بالأمر الإداري بالبدء في تنفيذ الأعمال.[6]

---

[1]- محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص: 118.

[2]- المادة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، لسنة 1964، حيث جاءت هذه المادة تحت عنوان "الآجال" وفيها يبين المشرع بدقة زمن انطلاق احتساب المواعيد المختلفة بالنسبة للصفقة.

[3]- المادة 12 من نفس المرجع.

[4]- المادة 2 من نفس المرجع.

[5]- هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص: 746، نقلا عن: عليوة مصطفى فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، القاهرة، 1999، ص: 256.

[6]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 179.

والرأي الراجح حسب الدكتور "هاني عبد الرحمان إسماعيل" هو الرأي الثاني، فإخطار المتعهد بقبول عطائه هي بداية انعقاد العقد ومن ثم يستتبعها إجراءات أخرى كدفع التأمين النهائي والتوقيع على العقد إذ كان ذلك لازما، والحصول على إذن الاستيراد في الحالات التي تتطلب محل العقد ذلك.

أما المقصود بعبارة "الإخطار بأمر التنفيذ" فتعني: أمر مباشرة التوريد من قبل المتعاقد أو أمر التكليف بالتوريد.

والمقصود بعبارة "الإخطار بأمر التوريد" فتعني أمر مباشرة التورد أو أمر التكليف بالتوريد أي إخطار المورد بالأمر الإداري بالبدء في تنفيذ التزاماته، والأصل أنه لا تستطيع الإدارة أن تفرض بإرادتها المنفردة بداية مدة التوريد إذ لم يتفق عليها سابقا في العقد أو دفتر الشروط بل يلزم أن تبدأ المدة في كل عقد على حدى بمراعاة ظروف كل حالة وما يجري عليه العمل في المماثلة، وما كانت تقصده نية الطرفين عند التعاقد، مما يساعد على تحديد بداية التنفيذ على أن يتم ذلك في مدة معقولة تختلف باختلاف طبيعة الأعمال أو الأصناف محل العقد.[1]

وأخيرا فإنه وإن كان الأصل أن المدة المقررة في العقود الإدارية عموما، يقصد بها عادة المتعاقدون مع الإدارة، إلا أنه قد يحدث ويتضمن العقد ما يفيد بإلزامية المدة للطرفين أي الإدارة والمتعاقد معها، وفي هذه الحالة على الإدارة أن تلتزم باحترام المدة باعتبار ذلك من الالتزامات التعاقدية التي تجد أساسها في فكرة رضا الأطراف، واحترام مدة التنفيذ من جانب الإدارة، يقصد به أيضا المدة المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية إلى جانب المدة الإجمالية.

الفرع الثاني: تمديد مدة التنفيذ وأسبابه القانونية

وهو ما يطلق عليه أيضا أسباب الإعفاء من مسؤولية التأخير، و أن المتعاقد ملزم مبدئيا بإكمال تنفيذ الالتزامات محل العقد في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة، وفي حال عدم وجود الاثنان، حتى يتجنب الجزاءات المقررة لذلك، لكن يمكن أن يستفيد المتعاقد من تمديد أجل التنفيذ في حالات معينة، وهي على الخصوص حال تدخل الإدارة المتعاقدة أو كال التأخير بسبب فعلها، أو في حالة كان السبب وراء ذلك هو قوة قاهرة أو حادث فجائي.

أولا: التمديد بسبب فعل الإدارة المتعاقدة

[1]- هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص: 746.

فقد يحدث وأن تتدخل الإدارة ذاتها عن طريق قيامها بتصرف لا يكون متوقعا أثناء ابرام العقد، ويكون لهذا التصرف علاقة بالتزام المتعاقد بالتنفيذ، مما يؤثر مباشرة عليه، والأمثلة على أنواع تدخلات الإدارة المتعاقدة التي يكون لها تأثير على التزام المقاول بالتنفيذ في المدة المحددة كثيرة ومنها:[1]

- إصدار أمر مصلحي في إطار ما تملكه الإدارة صاحبة المشروع من صلاحيات في تنفيذ المشروع باعتبارها من يدير التنفيذ كما أسلفنا ذكره، ويتضمن هذا الأمر إنجاز منشأة أخرى غير منصوص عليها في العقد.
- تأخر الإدارة في إنجاز أشغال أخرى ضرورية لانطلاق المقاول في تنفيذ التزاماته العقدية، كعدم قيامها بنزع ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع مثلا، ومنع التعرض للمقاول.

الزيادة في حجم الأشغال عن ذلك المتفق عليه في العقد.

- تأخر الإدارة في تسليم المقاول المخططات والوثائق والمستندات المتعلقة بإنجاز الأشغال وفقا لما ينص عليه القانون.[2]
- تأخر الإدارة في إصدار الأمر بالبدء في التنفيذ.

ولما كان المقاول ملزم بتنفيذ الأشغال في مدة محددة، فإن عدم امتثاله لهذا الالتزام وفوات المدة المحددة لذلك يعد إخلالا ببنود العقد يكون الأثر المباشر لذلك هو قيام مسؤوليته العقدية تجاه الإدارة صاحبة المشروع والمتمثلة خاصة في توقيع جزاءات عقدية هي دفع الغرامات التأخيرية، وأحكام المسؤولية كقاعدة عامة تقتضي توافر أركانها المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقته السببية بينهما.

وركن السبب هنا يعتبر ركنا جوهريا في كافة صور المسؤولية، لذلك فإن المقاول إذا أراد دفع مسؤولية التأخير عن نفسه، يجب أن يثبت بأن عدم الالتزام بالمدة المحددة يعود إلى سبب أجنبي عنه لايد له فيه.

ولما كانت الالتزامات الناشئة عن عقد الأشغال العامة ، بالنسبة للمقاول، هي التزامات لتحقيق الغاية، وذلك لارتباطه بالسير الحسن للمرفق العام.

لذلك فإن ركن الخطأ والضرر قد يجتمعان في شيء واحد، فيكون عدم تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب وفي الوقت المحدد (ركن الخطأ) هو ذاته الضرر الذي أصاب الإدارة، لذلك إذا اتضح أن عدم تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب ليس هو السبب في حدوث الضرر، هنا تنتفي مسؤولية المقاول، ولكن

---

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص: 278 و279.

[2]- المادة 8 من دفتر الشروط العامة الجزائري التي تنص على المستندات التي تسلم للمقاول وأيضا المادة 12 التي تشير إلى المخططات والرسوم التي يتلقاها المقاول من المهندس المختص، وهي العملية التي يجب أن تتم مجانا وبدون مقابل.

إذا كان الخطأ والضرر منفصلان، أي يقتصر خطأ المقاول في التأخير في تحقيق الغاية أو النتيجة، فهنا تبقى مسؤوليته قائمة مع بقاء الخطأ قائما.

ويشمل السبب الأجنبي كل أمر غير منسوب للمقاول وأدى إلى إلحاق ضرر بالإدارة صاحبة المشروع، وهو أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية وفقا للمشرع المدني الجزائري الذي ينص على: "إذا أثبت الشخص أن الضرر الذي نشأ عن سبب لابد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطا من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".[1]

ثانيا: التمديد بسبب القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون حادث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين ويترتب عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية.

وقد نصت المادة 95 من الأمر 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية عن جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث غير المتوقعة والتي لا يمكن مقاومتها ومن شأنها منع صاحب الصفقة من التقيد بآجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد، [2] وغالبا ما يتم ضمن كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة يتضمن بند في الصفقة يتعلق بذلك (بند تكميلي).[3]

وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على اعتماد الشروط السابقة للاعتداد بنظرية القوة القاهرة وقد سايرها في ذلك مجلس الدولة الجزائري من خلال قراره الصادر بتاريخ: 1999/03/08 في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة تتلخص فيما يلي:

1- المادة 127 من قانون رقم 05 - 07 مؤرّخ في 25 ربيع الثاني لعام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ا لموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.

[2]- المادة 95 من الأمر 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ص: 725- 726.
[3]- المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر.

"أنه بتاريخ: 1989/03/09 أبرم السيد بلارة توفيق صفقة مع بلدية سكيكدة قصد بناء مكتبة ونظرا لكون البناية لم تتم في الآجال المنصوص عليها في العقد أنذرت البلدية المتعاقد بتاريخ: 1991/03/09 الإسراع في الأشغال غير أن هذا الأخير برر التأخير بعدم تقديم المخطط والبطاقات التقنية وكذا من أجل زيادة أسعار البناء وعدم تطبيق التعليمة الوزارية المشتركة المؤرخة في: 1990/11/06 وكذا بأن هناك قوة قاهرة نظرا للوضعية الاقتصادية للبلد وأن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار.

رفعت البلدية دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة فأصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ: 1995/04/22 قضت فيه بالتزامه أن يدفع لرئيس بلدية سكيكدة مبلغ قدره 83 255.80 دج الممثل لـــ: 10% من مبلغ الصفقة بعد استئناف المتعامل المتعاقد أمام مجلس الدولة بتاريخ: 1995/08/26 طالب هذا الأخير بإلغاء القرار وتعويضه بمبلغ: 69 712.90 دج، إلا أن قرار مجلس الدولة جاء مؤيدا للقرار المستأنف على أساس:

مرور أكثر من سنتين ما بين تاريخ ابرام الصفقة وتاريخ الإنجاز بينما حدد أجل الإنجاز بـــ: (6) أشهر.

لا وجود لحالة القوة القاهرة، لكون الوضعية ليس لها طابع عدم التوقع أو الاستثناء.[1]

وتتمثل أهم تطبيقات القوة القاهرة في الآتي:[2]

1 -حالة الظواهر الطبيعية

تمثل الحدث الطبيعي لمفهوم القوة القاهرة الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه كالسيول، العواصف والفيضانات، الجفاف غير العادي أو الصقيع....الخ.

2 -حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة

يظهر دور القوة القاهرة إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير المتوقعة والقاضي هو من يقدرها.

3 -تأخر وإخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن

[1]- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص: 98.

[2]- صوفية عباد، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011، ص: 141 وما بعده ا.

لا يعتبر بحسب الأصل العام من قبيل القوة ولكنه يبرر الإخلال بالالتزامات من جانب المقاول أو المتعهد الأصلي إذا تم قبول المتعهدين من الباطن من جانب الإدارة.

4 – الحوادث وفعل الغير

ومدى اعتبارها من قبيل القوة القاهرة بتطبيق القواعد المقررة بالنسبة لما يعتبر من القوة القاهرة.

5 – الحروب

إن اعتبار الحروب من قبيل القوة القاهرة نادر الحدوث، بحيث يبحث القاضي في مدى توفر شروط القوة القاهرة فقد يمكن اعتبار الحروب وما تحمله من خراب ودمار من قبيل القوة القاهرة.

وترتب على توافر شروط القوة القاهرة نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفقة يمكن إجماله في:

- إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته

وذلك في حالة الاستحالة المطلقة للتنفيذ حيث يترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من التزاماته اتجاه الإدارة.

وقد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة مطلقة وعندها يتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدي لهذا الوقف، وعندما تتلاشى تلك الأفعال فإن الالتزام بتنفيذ العقد يعود إلى طبيعته الأولى فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الالتزام إلا إذا حالت بين المتعامل المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته.

- الحق في الحصول على التعويض

لا يقتصر التعويض على الأضرار المادية فحسب وإنما يشمل الخسائر الناجمة عن وقوع حادث القوة القاهرة، وقد تمت الإشارة إليه فيما سبق بيانه.

- فسخ العقد

إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة جاز للمتعامل المتعاقد فسخ العقد على أساس القوة القاهرة عكس الاستحالة النسبية التي لا تعطي المتعامل المتعاقد الحق في طلب الفسخ.[1]

ومن جانب آخر قد تتضمن بعض العقود الإدارية نصوصا تسمح بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إذا أصبح تنفيذه مستحيلا بصفة نهائية.

[1]- المادة 23، الملحق رقم : 10، ص:10.

ويجب هنا على المتعامل المتعاقد الذي يدعي باستحالة تنفيذ التزاماته بسبب القوة القاهرة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد، إذ لا يمكن للأفراد حرية تقدير توافر حالة القوة القاهرة من عدمها، وهذا الحل يعتبر في صالح الإدارة وفي صالح المتعاقد معها فما يمكن اعتباره قوة قاهرة قد لا يعتبره القضاء كذلك، فإذا ما توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته قد يتعرض لتطبيق الجزاءات التعاقدية عليه وهو ما تم التطرق له في الفصل الأول.[1]

الفرع الثالث: نهاية الأشغال وتسليمها

نجد في عقود الأشغال العامة أن الوضع الغالب عليها، أنها عقود فورية تنقضي بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماته المترتبة عن العقد، ولكن هناك طائفة من عقود الأشغال العمومية تعتبر عقود زمنية وهي عقود الالتزام بالصيانة، وتنتهي هذه العقود بانتهاء المدة المقررة في العقد، ويتحرر المتعاقد من التزاماته قبل تسليم الإدارة الأعمال التي قام بتنفيذها.

أولا: أسباب نهاية الأشغال

قد تكون نهاية عقد الأشغال العامة بإتمام تنفيذها، وهذه هي النهاية الطبيعة له، وقد ينتهي قبل الوصول إلى هذه المرحلة، أي انهاءه قبل اتمام تنفيذه أو انتهاء مدته، بحيث لا يرتب العقد جميع آثاره تجاه طرفيه، ولذلك يسمى بالنهاية غير الطبيعية للعقد.[2]

وهذه الأخيرة تكون عندما ينقضي عقد الأشغال العامة قبل ميعاده الطبيعي وذلك عن طريق فسخ العقد الذي يأخذ أشكالا متعددة منها: الفسخ باتفاق الطرفين، أو الفسخ الاتفاقي الذي يتم بناء على الإدارة المشتركة للطرفين، طبقا للمادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر: "... يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.

وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها، وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة.[3]

---

[1]- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص: 99 و 100.

[2]- المادة 43 من دفتر الشروط العامة الجزائري التي يشير فيها المشرع إلى المواد التي تتضمن حالات الفسخ في أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة، وهي المواد 9، 11، 18، 30، 31، 34، 35، 37.

[3]- المادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 24.

بالإضافة الى ذلك نجد الفسخ من جانب الإدارة السالف بيانه، والفسخ من جانب القضاء إذ قد ينقضي العقد بحكم في حالة خط أ الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل ، بأن تجاوزت الحد المسموح به فعملت على تغيير موضوع العقد، كأن تعدل في التزامات المقاول بما يقلب اقتصاديات العقد بشكل كبير ، والفسخ بقوة القانون إذا توفرت شروط معينة كهلاك الشيء موضوع التعاقد نتيجة الزلازل مثلا أو الحرب.

ومتى تم فسخ العقد لأي سبب كان ، فإنه يتوجب تصفية أثاره وذلك بناء على تعديل مقدار ما تم تنفيذه من الأشغال.[1]

وتقتضي التزامات الإدارة طبيعيا بالوفاء بالثمن المتفق عليه، وتنقضي التزامات المقاول بتنفيذ الأشغال محل العقد ويتحرر من التزاماته بتسليم الأشغال التي قام بانجازها.

ثانيا : تسليم الاشغال

لم يقدم المشرع أي تعريف للتسليم أو الاستلام إذ أن تسليم المشروع التزام يقع على عاتق المقاول وحق من حقوق المصلحة المتعاقدة، ويقابل حقها في ذلك التزامها باستلام الاعمال المنجزة.

فإذا كان استلام الاعمال قبل نهاية مدة التنفيذ أو في التاريخ المحدد لنهايتها ، فقد تخطى المتعاقد الخطأ العقدي الموجب لتوقيع غرامة التأخير وهذا على أساس أن المتعاقد مع الإدارة سلم الأعمال في الميعاد المحدد وهي مطابقة للمواصفات الفنية المتعاقد عليها.

ويعتبر تسليم الأشغال معاينة حضورية للأشغال بعد انجازها، تسمح للمصلحة المتعاقدة بتقرير أن المقاول قد أوفى بالتزاماته التعاقدية وفقا لشروط العقد ودفاتر الشروط العامة ، بحيث أنه بعد إتمام إنجاز الأشغال، يخطر المقاول الجهة الإدارية كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة، ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة ، فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث (3) نسخ يوقعه كل من مندوبي الجهة الإدارية والمقاول، تعطى للمقاول نسخة منه وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الإلتزامات فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب إليه من إعمال.[2]

ثالثا: مراحل التسليم وأثاره

[1]- المادة 100 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 22.
[2]- ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص: 211.

تتمثل مراحل التسليم في تحديد ومعرفة المشاريع المنجزة والعقبات الممكنة والمتوقعة، معاينة عدم التنفيذ أو عدم الانجاز على غير ما اتفق عليه، أو انجاز سيء معاينة شتى التجهيزات وإعداد الورشة وكذا تهيئة الأراضي كما تتم المعاينة المتعلقة بإنهاء الأشغال .

ويقوم صاحب المشروع أو مسؤول الأشغال ، بمراجعة هذه الأشغال وبحضور الشريك المتعاقد معه ويثبت ذلك في محضر.

1- مرحلة الاستلام المؤقت

يتم الاستلام المؤقت، [1] بطلب من المقاول عن طريق رسالة موصى عليها عند انتهاء إنجاز الأشغال،[2] ويكون وفقا لما حرر في الصفقة حيث يجب :

- تحديد المهلة التي من خلالها يعلم المقاول المصلحة المتعاقدة.
- يتم برسالة موصى عليها بانتهاء الأشغال ومطالبة الإدارة باستلام الانجاز.
- تحديد الأجل الذي يجب على الإدارة الرد من خلاله.[3]

ويكون ذلك بحضور المقاول الذي يجب دعوته لحضور التسليم.[4]

ولابد أن يبن العقد صلاحيات مسؤول الأشغال إن وجدت ، وتتعلق بالاستلام فيجوز للمصلحة المتعاقدة إجراء استلامات جزئية إذا ما أرادت أن تستعمل حقها في آخر حيازة مسبقة لبعض المشاريع ، وتنتهي معاينة الاستلام المؤقت بمحضر مؤقت من أطراف العقد ، ويرتب آثارا تتمثل في: تسديد حقوق المقاول، بداية فترة الضمان، يتحرر المقاول من التزاماته التعاقدية باستثناء التي لها علاقة بفترة الضمان.[5] ولقد حرص المشرع الجزائري على تأكيد هذا الالتزام المتمثل في صيانة الأشغال أثناء فترة الضمان وهذا بنصه في الفقرة ما قبل الأخيرة من نص المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

ومن آثار التسليم المؤقت أن تنتقل مسؤولية تبعة الهلاك والمخاطر إلى الإدارة صاحبة المشروع ابتداء من تاريخه ، وهذا بحسب الفقه والتشريع الفرنسي و إن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى تبعة

[1]-Bouziane Mansoura, "Marchés publics", Conférence en matière marché publics, 2eme année, 2eme promotion, direction de formation de base, 2cole supérieure de la magistrature, 2010-2011,P:58, in: montada.echoroukonline.com/showthread.php?t=84550.

[2]- ملحق رقم :11.

[3]- المادة 24، الملحق رقم: 10، ص:10.

[4]- Phillippe Godfrin, Droit Administratif des Biens, 3eme Ed, Paris, 1987, P: 206.

[5]- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص: 259

الهلاك بأنها تعتبر تقصيرا يجب تداركه ونرى أنه من العدل بالنسبة لتبعة الهلاك بعد التسليم المؤقت أن يضعها المشرع على عاتق الإدارة صاحبة المشروع.

ومن آثار إتمام التسليم المؤقت أيضا هو حق المقاول في استرداد المبالغ المالية التي دفعها أثناء إبرام الصفقة وبالضبط عند ما أرسى عليه العطاء والذي تم تحت مسميات مختلفة ضمان الصفقة وكفالة حسن تنفيذها.

وفي هذا ينص المشرع الجزائري تحت عنوان (رد الضمان) : "يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أتم لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذ أثبت المقاول تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها طبقا ....." .[1]

وإذا نص العقد على أجل خاص للضمان فإن المبلغ المدفوع كضمان حسن التنفيذ والذي يتراوح بين 5% و 10 % من قيمة الصفقة بحسب أهمية موضوع الصفقة هذا المبلغ لا يسترده المقاول وإنما يتحول إلى كفالة الضمان عند التسليم المؤقت بحسب ما ينص عليه المشرع الجزائري.[2]

وبعد إتمام التسليم المؤقت ترد للمقاول تلك المبالغ شرط ألا يكون مدينا بأية مبالغ أو مطالبات من قبل الادارة أو يرد إليه ما زاد عن قيمة ذلك الدين أو المطالبات مع الاحتفاظ بقيمة الضمان لحين انتهاء مدته اذا كان ذلك منصوص عليه في العقد، وفي هذا ينص المشرع الجزائري على : " تسترد الكفالة المنصوص عليها في المادة 99 أو الاقتطاعات المذكورة في المادة 100 أعلاه كليا في مدة شهر واحد 1 ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة ".[3]

2- مرحلة الاستلام النهائي

يقصد به الإجراء الذي تستلم بموجبه الإدارة الأشغال، [4] وتمتلكها نهائيا بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أنجزها على نحو ما هو متفق عليه في العقد، [1] وهو إجراء يأتي بعد فترة الضمان التي تلت التسليم المؤقت.

[1]- المادة 48 من دفتر الشروط الادارية العامة الجزائري، السالف الذكر.
[2]- المواد 99 و 100 من المرسوم الرئاسي 236/10، السالف الذكر، ص: 22.
[3]- المادة 101 من نفس المرجع، ص:22.
[4]- Bouziane Mansoura, Op.Cit, P: 532.

ويتم مبدئيا بشكل صريح حيث يتم تحرير محضر بذلك مثلما هو الشأن بالنسبة للتسليم المؤقت.[2]

ويمكن الخروج عن مبدأ التسليم النهائي الصريح وذلك في حالة حيازة الإدارة للأشغال أو جزء منها واستعمالها ومرور فترة الضمان اذا كانت هذه الأشغال في وضعية تسمح بتسليمها ، وليس بها عيوب، أو أن المقاول أصلح العيوب التي أشارت إليها الإدارة ، فإن التسليم النهائي في هذه الحالة يكون ضمنيا. وقد نص المشرع الجزائري على المرحلة الثانية من التسليم (التسليم النهائي) في دفتر الشروط الإدارية العامة حيث نص على " يتبع نفس الإجراء فيما يخص الاستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان ..."[3]

وتقدر مدة الضمان بسنة كاملة ابتداءا من تاريخ الاستلام المؤقت ويحرر محضر موافقة عند الاستلام النهائي للأشغال .[4]

بما يعني أن التسليم النهائي يتم في حضور المقاول بعد استدعائه لذلك وجوبا ، فان لم يستجب لدعوة الحضور للتسليم النهائي تم ذلك في غيبته مع التأشير على محضر تسليم بذلك.

ويترتب على التسليم النهائي نتائج هامة تتمثل خاصة في انقضاء العلاقة العقدية بين المقابل والإدارة صاحبة المشروع وما يتولد عن ذلك من آثار أهمها:[5]

- انتقال ملكية الأشغال محل العقد الى ذمة الإدارة وما يتبع ذلك من نقل تحمل تبعة الهلاك.
- تحرر المقاول من الالتزام بالصيانة الذي كان على عاتقه أثناء فترة الضمان.
- ومن النتائج الحاسمة أيضا إلى جانب انقضاء العلاقة العقدية هي بدء سريان مدة الضمان العشري التي تنطلق من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو من تاريخ حيازة الإدارة للأشغال المنجزة عندما تلجأ الإدارة إلى ذلك قبل التسليم النهائي.

ويكون التسليم في عقد التوريد بتسليم المورد، وفي عقد الامتياز بنهاية الامتياز الممنوح للملتزم.

---

[1]- علي عوض حسن، موسوعة الصيغ النموذجية للعقود والأوراق القضائية، الجزء الرابع "العقود والتصرفات القانونية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص:594.

[2]- المادة25، الملحق رقم :10، ص: 10.

[3]- المادة 47 من دفتر الشروط الادارية العامة الجزائري.

[4]- المادة17، الملحق رقم: 12.

[5]- علي بن شعبان، المرجع السابق ص: 301 وما بعدها

خلاصة الفصل

مما سبق تبيانه يمكن القول بأن للمتعاقد مع الإدارة حقوق وامتيازات يتمتع بها في مواجهة الإدارة التي يتعاقد معها، فقد حرص المشرع الجزائري على ضبط هذه الحقوق والالتزامات بحيث نظم حقه في اقتضاء المقابل المالي سواء تحصل عليه بالطريق الإداري أو عن طريق التمويل من طرف هيئة مالية كصندوق ضمان الصفقات العمومية، والى جانب ذلك ضمن حقه في التوازن المالي عن طريق تنظيم حالة فعل الأمير، وحالة الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تقتضي حصوله على التعويض.

وما يشكل ضمانة كذلك للمتعاقد في مواجهة الإدارة، أن التزاماته محددة مسبقا، فيلتزم بتنفيذ بنود العقد بكل إخلاص وطبقا للمواصفات والشوط المتفق عليها في العقد، وأن ينفذها شخصيا بحيث لا يمكنه التنازل عن التنفيذ سواء كليا أو جزئيا إلا بعد موافقة الإدارة المتعاقد معها، وأن يحترم الآجال المتفق عليها في العقد للوفاء بالتزاماته، فلا يمكن تأجيل التنفيذ إلا بناءا على ظروف معينة إما بسبب خطأ

الإدارة أو بسبب فعل خارج عن إرادة الطرفين (حالة القوة القاهرة)، وتنتهي الأشغال أو التزامات المتعاقد بتمام الأشغال، ويتم تسليمها على مرحلتين التسليم المؤقت والتسليم النهائي وما يترتب عليه من آثار.

الخاتمة

اتضح لنا من خلال دراسة موضوع تنفيذ العقود الإدارية، مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، باعتبارها المشرفة على كل مراحل إبرام العقود الإدارية وتنفيذها.

وبناءا على ذلك فالعقد الإداري يرتب بعد إبرامه مجموعة من الآثار مرتبطة بكل طرف فيه، بحيث ينشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها، فللمصلحة المتعاقدة سلطات وامتيازات أثناء تنفيذ العقد بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء، وليست بحاجة إلى تضمين العقد بند يسمح لها بممارسة هذه السلطات، فهي تستمدها من الخصائص التي تميز العقود الإدارية والتي تراعي دائما في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص. وتتمثل هذه الامتيازات في سلطة الرقابة والتعديل، وسلطة توقيع الجزاءات وسلطة إنهاء العقد، وهي حق ثابت ومؤكد لها في كافة العقود الإدارية غير أن استعمالها يكثر بصدد عقود الأشغال العامة، وعقود الامتياز، وعقود التوريد الإدارية، حيث تظل المصلحة المتعاقدة الطرف المهيمن في العقد مما يتعين على المتعاقد ليس فقط الالتزام ببنود وشروط العقد وإنما أيضا احترام الأوامر التي تصدرها إليه المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل من سلطتي الرقابة والتعديل، وبهذا فان الامتيازات المخولة للإدارة هي أكثر بكثير مما يتمتع به المتعاقد معها، إذ تملك الإدارة دوما وفي كل وقت تغيير مسار الاتفاق المبرم بينها وبين الأفراد بما يخدم مصالح المرفق الذي تخدمه ولا يملك المتعاقد في مواجهة هذه السلطات الواسعة إلا الخضوع لهذه القرارات والتي تبدوا في شكل أوامر، مما يجعله لا يجسد العدالة القانونية فالكفة دائما في جهة الإدارة.

ومن بين النتائج التي تم التوصل إليها في هذا الموضوع نذكر :

ارتباط العقد بالمرفق العام عنصرا أساسيا لتكييف العقد بأن له الصفة الإدارية، وقد يأخذ هذا الاتصال صورة أخرى تتمثل في مدى المساهمة في ادارته في حال عقود الامتياز.

استقر الأمر على أنه يجب على الإدارة تحقيق التوازن المالي لعقودها حتى يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد وتحقيق أهدافه (المرفق العام، والصالح العام) بحيث تلتزم الإدارة بتحمل زيادة الأعباء (الأعباء الإضافية)، تطبيقا وتحقيقا للتوازن المالي للعقد.

في حالة استحالة وفاء الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، فان المتعاقد معها يسلك طريق القضاء الإداري، عكس الإدارة التي تصل الى حقها بنفسها.

أجاز القانون للإدارة حق تعديل العقد، ومن ناحية أخرى لم يترك المتعاقد يتحمل نتائج الإجراءات التي اتخذتها الإدارة بل أخذ بعين الاعتبار ما قد يلحقه من ضرر.

أن القضاء الإداري حاول أن يحد من سلطات وامتيازات الإدارة في مواجهة الطرف الآخر، ذلك لتحقيق الأهداف المنشودة ويعطيها صفة صاحب السيادة والأولوية في عقودها مع الأفراد في اطار حدود القانون وفي المقابل احترام حقوق المتعاقد معها بما يفرضه عليها العقد خاصة في حال إلحاق الضرر وبالتالي التعويض على حسب نص العقد المتفق عليه.

على الرغم من أهمية دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 إلا أنه لم يتم تعديله بعد بالرغم من مرور فترة زمنية طويلة وتعارضه مع التنظيم الحالي.

رغم ضرورة الرقابة القضائية في مجال العقود الإدارية إجمالا إلا أنه هناك نقص كبير في الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا المجال.

ومن بين الاقتراحات والتوصيات التي يمكن الخروج بها في هذه الدراسة:

-على المشرع وضع ضمانات خاصة في مجال الصفقات العمومية تصب في صالح المتعاقدين.

-ضمانا لاستمرارية المرافق العامة وتحقيقا للمصلحة العامة، يتعين على الإدارة إعمال دورها في تنفيذ العقد والتمسك ببنوده وعدم الخروج عنها لضبط حصيلة الأخطاء مع المتعاقد معها.

-لابد على المشرع الجزائري التضييق من سلطة الادارة في توقيع جزاء الفسخ، حيث يجب أن لا يكون إلا في حالات محددة حصرا، ووفقا لشروط منصوص عليها في التنظيم المنظم للصفقات العمومية، أو في دفتر الشروط الإدارية العامة، والذي ينتظر تعديله بما يتماشى والمستجدات التي تمس الصفقات، وبما يتماشى وأحكام التنظيم الحالي والتشريعات التي يحيلنا اليها.

-سد الثغرات التشريعية المتعلقة بعملية تنفيذ العقود الادارية،خاصة انها اهم مرحلة اين تبرز فيها سلطات المصلحة سواء التي تهدف الى تنفيذها اوفي حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك بان يحرص المشرع النص على السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة اثناء هذه المرحلة وتخصيص لها قسم خاص بها في قانون الصفقات العمومية.

-يتعين تعديل دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964 بما يتلاءم والمعطيات الحالية لتنفيذ العقود الادارية خاصة ان القانون يتطلب صدور هذه الدفاتر بموجب مرسوم تنفيذي، طبقا لنص المادة 1/10 من المرسوم الرئاسي 236/10، المعدل والمتمم.

-يجب أن تمارس المصلحة المتعاقدة سلطاتها في الحدود المعقولة حتى يمكن الحفاظ على الحد الأدنى من حقوق ومصالح المتعاقد معها.

ولقد حاولنا من خلال هذا الموضوع إفادة الباحث به وجعله مرجعا يستفيد منه في دراسته، إلا أن هذا لا يعني توقف البحث فيه عند هذا الحد، بل هو قابل للبحث مستقبلا من طرف باحثين آخرين ومن جوانب مختلفة، لأن أي بحث علمي قانوني هو قابل للتغيير نظرا لكون القوانين ليست ثابتة ومستمرة بل هي في تطور مستمر وتعدل من فترة الى أخرى.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1 -القوانين والأوامر والمراسيم

أ - القوانين

✓ قانون رقم 05 - 07 مؤرّخ في 25 ربيع الثاني لعام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 58 - 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ا لموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني

ب - الأوامر والمراسيم

✓ الأمر 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية.

✓ الأمر رقم: 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005.

✓ المرسوم الرئاسي 250/02، مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52، الصادرة في 28 يوليو 2002. (الملغى).

✓ المرسوم الرئاسي رقم 236/10، مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد: 58 الصادرة في: 2010/10/07 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 11/222، المؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في: 2012/01/18، ج ر عدد 4، الصادرة بتاريخ: 2012/01/26، والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج ر عدد 2، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013.

✓ المرسوم الرئاسي 23/12 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في: 2012/01/18،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 4، الصادرة بتاريخ: 2012/01/26.

✓ المرسوم التنفيذي 131/88، الصادر بتاريخ 1988/07/04، المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج.ر 27، الصادرة بتاريخ: 1988/07/06.

✓ المرسوم التنفيذي رقم 91-434 والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-97، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية .ج ر العدد 13 الصادرة في: 11.03.1998

✓ المرسوم التنفيذي 114/05، المؤرخ في 27 صفر عام 1426 الموافق لـ 7 أبريل 2005، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 289/93 المؤرخ في: 14 جمادى الثانية عام 1414، الموافق لـ 28 نوفمبر 1993، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر عدد 26، الصادرة في: 10 أبريل 2005.

✓ القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر، عدد 06، المؤرخة في 19 يناير 1965. النص بالفرنسية، ج ر المؤرخة في 11 ديسمبر 1964.

✓ القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2001، يحدد محتوى بطاقيات المتعاملين الاقتصاديين وشروط تحيينها، ج.ر، عدد: 24، الصادرة في: 20 أفريل 2011.

2 - المذكرات

✓ سعيد عبد الرزاق باخديره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008.

✓ علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية: 2011-2012.

✓ ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية، 2009/2008.

✓

✓ نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية، 2013/2012.

✓ اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خنة، الجزائر، 2008-2009.

✓ فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية "في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم"، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، مدرسة الدكتوراه للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

✓ ربيحة سبكي ، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2013.

✓ سهام شقطمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، 2010-2011.

✓ صوفية عباد، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011.

✓ عادل قرانة ، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 7جانفي 2005.

✓ عبد القادر محفوظ ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، الجزائر (مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، 2013، 2014،

✓ نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، الجزائر.

3 - المؤلفات

أ/ المؤلفات العامة

✓ عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، بيروت، دار ايحاء التراث العربي، دون سنه نشر.

✓ بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية" دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، ريم للنشر و التوزيع، بدون بلاد النشر، 2011.

✓ ثروة بدري، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

✓ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري (أعمال السلطة الإدارية، أموال السلطة الإدارية، إمتيازات السلطة الإدارية)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993.

- ✓ محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- ✓ مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- ✓ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1998.
- ✓ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- ✓ بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية قضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- ✓ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادرة الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، عمان، دار وائل للنشر والطباعة، الطبعة الأولى، 2002.
- ✓ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المنقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
- ✓ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- ✓ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- ✓ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- ✓ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري "ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري"، درا الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلاد نشر، 2009.
- ✓ محمد علي الرشدان، دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2014.
- ✓ عمار عوابدي ، القانون الإداري (النشاط الإداري) الجزء 2، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- ✓ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

- ✓ يوسف **سعد الله الخوري** ، القانوني الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، بدون بلاد النشر، 1998.
- ✓ أحمد **سلامة بدر** ، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- ✓ ماهر **صالح علاوي الجبوري** ، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1996.
- ✓ محمد **فؤاد عبد الباسط**، العقد الإداري، مقومات إجراءات آثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2006.
- ✓ محمد **فؤاد مهنا** ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1973.
- ✓ نواف **كنعان**، القانون الإداري (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة)، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن 2009.
- ✓ ناصر **لباد**، القانون الاداري. الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، دون بلاد نشر، 2004.
- ✓ مازن **ليلو**، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقران، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

ب/ المؤلفات الخاصة

- ✓ عبد الله **النواف العنزي** ، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة النشر.
- ✓ محمد الصغير **بعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- ✓ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوريع، الطبعة الأولى، الجزائري، 2007.
- ✓ عمار **بوضياف** ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الرابعة ، جسور للنشر والتوزيع، ، الجزائر، 2014.

- ✓ محمد **حسن مرعى الجبوري**، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014.
- ✓ .هيثم **حليم غازي**، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، "دراسة تطبيقية"، دار الفكر الجامعي، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2014.
- ✓ سليمان **محمد الطماوي** ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991.
- ✓ حمد **محمد حمد الشلماني**، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- ✓ نصري **منصور النابلسي**، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الثانية، 2012.
- ✓ هاني **عبد الرحمن اسماعيل**، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- ✓ حمادة **عبد الرزاق حمادة**، النظام القانوني لعقد امتياز المرافق العامة، "دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 شأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- ✓ عبد العزيز **عبد المنعم خليفة**، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، دار الجامعة الجديدة، 2009.
- ✓ سمير **عثمان اليوسف**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- ✓ احمد **عثمان عياد** ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- ✓ عبد اللطيف **قطيش**، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا، "دراسة مقارنة"، منشورات الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
- ✓ محمد **سعيد حسين أمين**، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، بدون دار نشر، 2008.
- ✓ بلاوي **ياسين بلاوي** ، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الشتات للنشر والبرمجيات، بدون بلاد النشر، 2011.

4 - مقالات ومداخــلات

- ✓ محمد **أبو بكر عبد المقصود** ، بحث بعنوان، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية "نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر "الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة في الفترة الممتدة من 1 إلى 2 أفريل 2009.

5 - الموســوعات

- ✓ علي **عوض حسن**، موسوعة الصيغ النموذجية للعقود والأوراق القضائية، الجزء الرابع "العقود والتوصرفات القانونية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- ✓ أمير **فرج يوسف**، موسوعة المبادئ والأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، العدد 11، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010.

6 - المواقع الالكترونية

- ✓ https://mega.co.nz/#!FcdwBRhQ!Brh_ix9yJfhVE8NEDWiUfEdnAVEm1AUuTacP0AraYck
- ✓ httpwww.4shared.comgetWH0xAB_Oba__online.html
- ✓ www.pdffactory.com
- ✓ www.univ-medea.dz/.../p.13pdf

ثانيا: المراجع الأجنبية

1-Ouvrages

- ✓ Geoges **Dupuis**, Droit administratif, édition – Dulloz, Paris, 1999.
- ✓ Phillippe **Godfrin**, Droit Administratif des Biens, 3eme ed, Paris, 1987.
- ✓ Laurent **Richeri**, Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J, Paris , 1995.

✓ Georges **Vedel**, Droit Administratif, 4eme édition, Paris, 1968.

2-Articles

✓ Jean David DREYFUS, « La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? », In AJDA, N°36, Dalloz, 200

✓ Fabrice Gartner, « des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », In RFDA, N°01, Dalloz, 2006, in,

✓ Cherif Bennhadj, Réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie, in Le débat juridique au Maghreb, Publisud- Iremam, Paris, 2009

Les communications 3-

✓ Mansoura **Bouziane**, "Marchés publics", Conférence en matière marchés publics, 2eme année, 2eme promotion, direction de formation de base, 2cole supérieure de la magistrature, 2010-2011 .

الفهرس

مقدمة:.....ص:01

الفصل الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها..... ص:10

المبحث الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد..... ص:11

المطلب الأول سلطة الإدارة في الرقابة..... ص:11

الفرع الأول: مدلول سلطة الرقابة..... ص:11

أولا: المعنى الضيق والواسع للرقابة.....ص: 11

1 -المعنى الضيق للرقابة (الإشراف)..... ص:11

2 -المعنى الواسع للرقابة (التوجيه)..... ص:12

ثانيا: التمييز بين سلطة الرقابة والتصرفات المشابهة لها..... ص:13

1 - التمييز بين سلطة الرقابة والتعديل ص:13

2 -التمييز بين سلطة الرقابة وسلطة الضبط الإداري.....ص:14

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة.....ص:15

أولا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة عند وجود نص بشأنها.....ص:15

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بدون نص.....ص: 18

الفرع الثالث: مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة..... ص:19

أولا: مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة في عقود الأشغال العامة.....ص:19

1 -الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع.....ص:20

2 - تحديد خطوات سريان العمل و مواعيد تسليم الأشغال..... ص:21

3 -الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بهام وقتا أو استبدال العمال..... ص:21

ثانيا: مظاهر سلطة الرقابة في عقود الامتياز.....ص:22

1 -الرقابـــــــــــــــــــة الفنيـــــــة..... ص:23

2 -الرقابـــــــة الماليـــــــــــــــة.....ص:23

3- الرقابـــــــة

الإداريـــــــــــــــــــــة.....ص:23

ثالثا: مظاهر سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقد التوريد..... ص:23

1 -عقود التوريد العادية..... ص:24

2 -عقود التوريد الصناعية.....ص:24

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية..... ص:25

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الادارة في تعديل العقود الإدارية.....ص:25

أولا: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل ص:26

ثانيا: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل ص:27

الفرع الثاني: أساليب ومظاهر سلطة التعديل.....ص: 29

أولا: أساليب سلطة التعديـــــل.....ص:29

1 -التعديل عن طريق الملحق..... ص:29

أ - تعريف ملحق الصفقة العمومية..... ص:30

ب -شروط إبرام الملحق..... ص:3

2 -التعديل خارج الصفقة..... ص:31

ثانيا: مظاهر سلطة التعديل.....ص: 31

1 -سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة.....ص:31

أ - الأعمال "غير المتوقعة"..... ص:32

ب -الأعمال الإضافية..... ص:33

- ضرورة تحرير أوامر التعديل..... ص:33

- عدم إدراج كلفة وثمن الأعمال الإضافية في العقد الأصلي..... ص:33

- ضرورة إصدار أمر التعديل قبل إكمال الأعمال الأصلية وقبل مباشرة العمل الإضافي..... ص:33
- عدم تنفيذ المقاول للعمل الإضافي من تلقاء نفسه..... ص:34
- الأعمال الإضافية.....ص:34
- الأعمال النافعة.....ص:34
2 –سلطة التعديل في عقد الامتياز.....ص:35
الفرع الثالث: نطاق سلطة التعديل.....ص:36
أولا: أن يتصل التعديل بموضوع العقد وأن يكون جزئي.....ص:36
1 –عقد تقديم المعونة.....ص:37
2 – العقود المبرمة بين الأشخاص العامة.....ص:38
ثانيا: التعديل في مدة تنفيذ العقد.....ص:38
ثالثا: احترام القواعد العامة للمشروعية.....ص: 39
رابعا: التعديل في مقدار التزام العقد.....ص:39
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في حالة عدم التزام المتعاقد شروط العقد..... ص:40
المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد..... ص:40
الفرع الأول: أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....ص:40
أولا: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة توقيع الجزاءات.....ص:41
1 –موقف الفقـــــــه من فكرة السلطة العامة.....ص:41
2 –موقف القضاء الإداري من فكرة السلطة العامة.....ص:42
ثانيا: فكرة الرفق العام كأساس لسلطة توقيع الجزاءات.....ص:43
1 –موقف الفقه.....ص:43
2 –موقف القضاء الإداري من فكرة المرفق العام.....ص:45
الفرع الثاني: صـــور الجـــــزاءات.....ص:47

أولا: الجزاءات المالية.....ص:47

1 -التعويضات ص:48

2- الغرامات.....ص:50

أ - تعريف الغرامة التأخيرية.....ص:50

- في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه.....ص:51

- في حالة التنفيذ غير المطابق.....ص:52

ب -خصائص الغرامة التأخيرية.....ص:52

- الطابع الإتفاقي.....ص:52

- الطابق التلقائي.....ص:53

ج -الإعفاء من غرامة التاخيـــــــر.....ص:53

3-مصادرة التأمين.....ص:54

خصائص مصادرة التأمين.....ص:55

ثانيا: الجزاءات الضاغطة ص:56

ثالثا: الجزاءات الفاسخة.....ص:57

الفرع الثالث: حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات..... ص:57

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....ص:59

الفرع الأول: نطاق تطبيق سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....ص:59

أولا: سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.....ص:59

ثانيا: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لمقتضيات المرفق العام.....ص:61

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....ص:63

أولا: انحلال الرابطة العقدية.....ص:63

ثانيا: حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض عن إنهاء عقده.....ص:64

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد.....ص:65

أولا:تحديد القاضي الإداري المختص بالرقابة القضائية.....ص:65

ثانيا: نطاق سلطة القضاء في مراقبة قرار الإدارة بإنهاء العقد.....ص:66

خلاصة الفصل.....ص:68

الفصل الثاني: حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة.....ص:69

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة..... .ص:71

المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي.....ص:71

الفــرع الأول: التســـبيق.....ص:71

أولا: التسبيق الجزافي ص:72

1 -مدى إلزامية التسبيق الجزافي.....ص:73

2 -كيفية دفع التسبيق الجزافي.....ص:74

أ -دفع التسبيق الجزافي مرة واحدة.....ص:75

ب -دفع التسبيقات في عدة أقساط.....ص:75

ثانيا: التسبيق على التموين ص:75

1 -مدى إلزامية دفع التسبيق على التموين.....ص:75

2- كيفية دفع مبلغ التسبيق على التموين.....ص:77

ثالثا: استرداد التسبيقات.....ص:78

الفرع الثاني: الدفع على الحساب.....ص:78

أولا: تعريف الدفع على الحساب.....ص:78

1 -المعيار المـــــــــالي.....ص:79

2- المعيار الزمني.....ص:79

3- المعيار المـــــــادي.....ص:79

ثانيا: أنواع الدفع على الحساب.....ص:80

1 -الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات.....ص:80

2- الدفع على الحساب على أساس دفع الأعباء الاجتماعية.....ص:80

3- الدفع على الحساب الشهري.....ص:80

4- الدفع على الحساب على أثر القيام بعمليات جوهرية.....ص:81

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب.....ص:81

أولا: تعريف التسوية على رصيد الحساب.....ص:81

1 -التسوية على رصيد الحساب المؤقت.....ص:82

2 -التسوية على رصيد الحساب النهائي.....ص:82

ثانيا: تسديد رصيد الحساب.....ص:83

السعر الثابت: ص:83

السعر القابل للمراجعة: ص:84

المطلب الثاني: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد..... ص:85

الفرع الأول: التعويض على أساس نظرية فعل الأمير.....ص:85

أولا : تعريف نظرية فعل الأمير ص:85

ثانيا : شروط تطبيق النظرية ص:87

1ــ أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية ص:87

2 ــ أن يكون الفعل الضار صادر عن الإدارة العامة.....ص:88

3- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت ص:88

ثالثا: نتائج نظرية فعل الأمير وتمييزها عن سلطة التعديل.....ص:89

1 ــ النتائج المترتبة عن النظرية ص:89

2- التمييز بين نظرية فعل الأمير وسلطة التعديل.....ص:90

الفرع الثاني: التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.....ص:91

أولا: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....ص:91

1- تعريف النظرية ص:91

2ــ شروط تطبيق النظرية ص:92

أ ــ أن يكون العقد إداريا.....ص:92

ب ــ أن تطرأ ظروف أثناء التنفيذ لا يمكن توقعها.....ص:93

ج ــ أن يكون الظرف الطارئ خارج عن دائرة التعاقد ويحدث اختلال في التوازن المالي للعق...ص:93

ثانيا: الأساس القانوني لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة..... ص:94

1 ــ النية المشتركة لأطراف العقد كأساس للنظرية.....ص:94

2 ــ التوازن المالي للعقد كأساس للنظرية.....ص:94

3 ــ مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد و قواعد العادلة كأساس للنظرية.....ص:95

ثالثا: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ص:95

الفرع الثالث: التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....ص: 98

أولا: مفهوم نظرية الصعوبات المادية.....ص:98

1 -تعريف النظرية.....ص:98

2- الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية.....ص:99

ثانيا: شروط تطبيق النظرية.....ص:99

1 –أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية وغير متوقعة.....ص:99

2 –أن تكون الصعوبات خارجة عن إدارة الطرفين المتعاقدين.....ص:100

3 –أن تلحق الصعوبات المادية ضررا بالمتعاقد.....ص:101

ثالثا: النتائج المترتبة عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....ص:101

1 –حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض الكامل عن كافة الأضرار والنفقات الزائدة ص....:101

2 –بقاء التزامات المتعاقد قائمة.....ص:102

المبحث الثاني: التزامات المتعاقد مع الإدارة..... ص:102

المطلب الأول: الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد..... ص:103

الفرع الأول: مضمون فكرة الاعتبار الشخصي.....ص:103

أولا: تعريف الاعتبار الشخصي.....ص:103

ثانيا: ضمان سلامة الأعمال.....ص:106

الفرع الثاني: التنازل عن العقد ص:107

أولا: التعاقد من الباطن.....ص:108

1 – تعريف التعاقد من الباطن.....ص:108

2 –شـــروط التعاقد من الباطن.....ص:108

أ – وجود عقد أصلي سابق.....ص:108

ب–أن يتم النص على التعاقد الثانوي في أصل الصفقة أو الصفقة الأصلية وفي دفتر الشروط.....ص:109

ج –أن يحظى المتعامل الثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة.....ص:109

د– الدفع المباشر من جانب المصلحة المتعاقدة مرهون بشروط.....ص:110

و– إقرار مسؤولية المتعامل المتعاقد الأصلي.....ص:111

3 -آثـــــــــار التعاقد من الباطن.....ص: 111
أ - التعاقد من الباطن بغير موافقة الادارة.....ص:111
ب- التعاقد من الباطن بموافقة الادارة.....ص:111
- أثره على العقد الأصلي.....ص:111
- أثره على علاقة المتعاقد مع الإدارة.....ص:112
- أثره على علاقة الإدارة بالمتعامل الثانوي.....ص:112
- أثره على علاقة المتعامل المتعاقد مع المتعامل الثانوي.....ص:112
ثانيا: التنازل الكلي عن العقد.....ص: 113
الفرع الثالث: استحالة التنفيذ.....ص: 114
أولا: موت المتعاقد.....ص:114
ثانيا: إفلاس المتعاقد.....ص:115
المطلب الثاني: الالتزام بالتنفيذ خلال الأجل المتفق عليه..... ص:116
الفرع الأول: مدى إلزامية احترام مدة التنفيذ.....ص:116
أولا: المقصود بمدى التنفيذ.....ص:117
ثانيا: تحديد مدة التنفيذ.....ص:118
ثالثا: بدء سريان مدة التنفيذ.....ص:121
الفرع الثاني: تمديد مدة التنفيذ وأسبابه القانونية.....ص:123
أولا: التمديد بسبب فعل الإدارة المتعاقدة.....ص:123
ثانيا: التمديد بسبب القوة القاهرة.....ص:125
1 -حالة الظواهر الطبيعية.....ص:126
2 -حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة.....ص:126

3 -تأخر وإخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن.....ص:126

4 -الحوادث وفعل الغير.....ص:126

5 -الحروب.....ص:126

- إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته.....ص:126
- الحق في الحصول على التعويض.....ص:127
- فسخ العقد.....ص:127

الفرع الثالث: نهاية الأشغال وتسليمها.....ص:127

أولا: أسباب نهاية الأشغال.....ص:128

ثانيا : تسليم الاشغال.....ص:128

ثالثا: مراحل التسليم وأثاره ص:129

1- مرحلة الاستلام المؤقت.....ص:129

2- مرحلة الاستلام النهائي ص:131

خلاصة الفصل.....ص:133

خاتمة: ص:135

الملاحق.....ص:147