وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلـــية الحقوق والعلوم السياسية

العنوان:

النظام القانوني لتنفيذ العقد الإداري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: إدارة ومالية

من تقديم الطالبة:

- سلمان مريم

تحت إشراف الأستاذ:

- لعريض لمين

السنة الدراسية: 2017/2016

شكر

قال تعالى" وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم"

سورة إبراهيم الآية 07.

لايسعني في هذا المقام إلا أن أحمَد المولى عزو جل وأشكره على توفيقي لإنجاز هذا العمل، فالحمد لله رب العالمين أحمده حمد الشاكرين، وأشكره شكر الحامدين.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف لعريض لمين على ما قدمه لي من نصائح وتوجيهات، مهدت لي الطريق لإتمام هذا العمل.

وفي الأخير أوجه الشكر لكل من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بكلمة محفزة.

إهداء:

أهدي هذا العمل إلى:

أمي و جدتي وجدي وخالي مع حبي واحترامي وتقديري لهم

مريم

تمارس الإدارة العامة نشاطاتها الإدارية باستعمال وسائل وأساليب متعددة ومتنوعة، تسعى من خلالها لتحقيق أهم أهدافها وهو تحقيق الصالح العام، فهي تقوم بالعديد من التصرفات والأعمال الإدارية عن طريق وسائل قانونية، تفصح من خلالها الإدارة عن إرادتها في إحداث أثر قانوني، سواء بإنشاء أو تعديل مركز قانوني أو إلغاؤه، حيث تتمثل الوسيلة الأولى في التصرفات التي يتم إصدارها بالإرادة المنفردة للإدارة بما لها من امتيازات السلطة العامة وهي القرارات الإدارية، في حين تتمثل الوسيلة الثانية في التصرفات التي تتم بتوافق إرادتين هما إرادة الإدارة المتعاقدة وإرادة المتعاقد معها، سواء كان هذا الأخير خاضعًا لأحكام القانون العام أو لأحكام القانون الخاص، وهذا ما يسمى بالعقود الإدارية.

حيث تعتبر العقود الإدارية عنصرا من العناصر الأساسية والمهمة، فهي إحدى أهم الوسائل التي تستعملها الإدارة العمومية من أجل تحسين وتطوير أي قطاع لها، وقد توجهت الجزائر نحوها في بداية التسعينات، خاصة بعد تبنيها التوجه الاقتصادي الجديد، الذي يتطلب المرونة والشفافية وتشجيع الاستثمار وذلك عن طريق العقود الإدارية كأسلوب إداري، زادت الحاجة إليه بفعل زيادة نشاط الإدارة المؤسس على زيادة متطلبات المجتمع.

فإذا كانت للعقود الإدارية طبيعة خاصة فرضت أن يكون لها نظاما قانونيا خاصا يحكمها ويبين كيفية إبرامها، والإجراءات اللازمة لانعقادها، فإنه من البديهي أن يجري تنفيذها على وجه معين يختلف عن ما يجري عليه العمل في تنفيذ عقود القانون الخاص، ومنه فإن تنفيذ العقود الإدارية هو ما سنتطرق إليه في هذا الموضوع، باعتبار أن تنفيذ العقد مسألة جوهرية فيه، وعنصرا رئيسيا في تمييزه.

فالعقد الإداري كأي تصرف قانوني وكغيره من العقود يرتب آثارا منذ إبرامه، تنصرف على الخصوص إلى طرفي العلاقة التعاقدية، إلا أنه يتميز عن باقي عقود القانون الخاص في كونه يسمح للإدارة بأن تمارس سلطات وامتيازات لا نجد لها مثيل في عقود القانون الخاص، وهذا ما يجعل الإدارة والطرف المتعاقد معها في مركز قانوني غير متكافئ عند تنفيذ العقد، ويُبرَر ذلك بمقتضيات الصالح العام وحسن سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد، وإلى جانب هذه الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد الإداري، فإن تنفيذ هذا الأخير يُنشئ حقوقاً والتزامات في ذمة الطرف المتعاقد مع الإدارة كذلك.

وعليه فإن تنفيذ العقد الإداري يعني قيام كل طرف بأداء التزاماته التعاقدية التي يرتبها العقد في ذمته، فما يعتبر حق بالنسبة لطرف هو التزام بالنسبة للطرف الآخر.

ويستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية العقود الإدارية في حد ذاتها، حيث تستمد العقود الإدارية أهميتها بالدرجة الأولى كونها تتعلق بالمرفق العام الذي يعتبر من أهم ركائز القانون الإداري، وكذلك لاتصالها بتحقيق المصلحة العامة، خاصة أن الغرض من إبرام هذه العقود هو تحقيق النفع العام، كما تعتبر

العقود الإدارية عنصرا من العناصر الأساسية، فهي إحدى أهم الوسائل المستعملة من أجل تحسين وتطوير أي قطاع.

أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع فهي تتنوع بين أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، وتتمثل الأسباب الذاتية في الرغبة النفسية الملحة في تناول موضوع تنفيذ العقود الإدارية، لأني وجدت نفسي أمام موضوع حيوي ومهم، ذلك أن النظام القانوني لتنفيذ العقد الإداري موضوع يستحق الدراسة والاهتمام، ذلك لأن المواضيع المتعلقة بمجال العقود الإدارية مواضيع أحب دراستها والبحث فيها، وقد وقع اختياري عليه ليكون محلا للبحث الذي أتقدم به للحصول على شهادة الماستر؛ أما الأسباب الموضوعية فتكمن في العديد من الاعتبارات منها أهمية الموضوع ذاتهُ، وكذلك ندرة الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع، ذلك لأن معظم الأبحاث والمذكرات السابقة تناولت موضوع العقود الإدارية بصفة عامة ولم تتخصص في دراسة تنفيذها.

أما بالنسبة للهدف من دراستي لهذا الموضوع فهو محاولة إيجاد نوع من التوفيق بين المصلحة العامة التي تقتضي الاعتراف للإدارة بسلطاتها الواسعة في مجال تنفيذ العقود، وكذلك التوفيق بين المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، والتي تقتضي المحافظة على حقوقه.

ولمعرفة امتيازات وسلطات الإدارة المتعاقدة وكذا حقوق والتزامات الطرف المتعاقد معها، ودراستها بالتفصيل اعتمدت على عدة مراجع، منها مراجع مشرقية وأخرى جزائرية، إلا أن الصعوبات التي اعترضتني تمثلت في قلة المراجع الجزائرية، وعدم تفصيلها في الموضوع، وهذا ما جعلني أبحث في هذا الموضوع بشيئ من التفصيل، معتمدةً في ذلك على مراجع أغلبها مشرقية وإسقاطها على ما جاء به المشرع الجزائري فيما يتعلق بهذا الموضوع وفقا لقانون الصفقات العمومية.

وبناء على ما سبق أطرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل السلطات الممنوحة للإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذها العقد الإداري؟ وما هي الحقوق والالتزامات المترتبة عن تنفيذه في ذمة المتعاقد مع الإدارة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت إتباع المنهج الوصفي لمعرفة سلطات الإدارة والامتيازات الممنوحة لها، وإبراز حقوق والتزامات المتعاقد معها، كما اعتمدت المنهج التحليلي لتحليل بعض النصوص القانونية التي تناولت هذا الجانب من العقود الإدارية.

ولمعالجة هذا الموضوع قسمت بحثي هذا إلى فصلين، بحيث تناولت في الفصل الأول سلطات الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث تطرقت في البداية لسلطات الإدارة في حالة التزام المتعاقد بتنفيذ

العقد الإداري، كسلطة الرقابة والتعديل، وكذا سلطة إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد، ثم تطرقت لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلال المتعاقد تنفيذ العقد الإداري.

أما في الفصل الثاني فتناولت حقوق والتزامات المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث تتمثل حقوق المتعاقد مع الإدارة في كل من التسوية المالية، وإعادة التوازن المالي للعقد، أما بالنسبة لالتزامات المتعاقد مع الإدارة، فتتمثل على الخصوص في احترام الشروط المتفق عليها في ظل المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، وكذا التنفيذ الشخصي للعقد الإداري في ظل احترام التشريع المعمول به.

الفصل الأول:

سلطات الإدارة المتعاقدة عند تنفيذ العقد الإداري

تتمتع الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري بامتيازات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، ومردُ ذلك مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من أجل تحقيق المصلحة العامة، ولعل من أبرز هذه الامتيازات التي تمنحها الشروط الاستثنائية في العقد الإداري تتمثل في الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله، ولها أن تمارسها على نحو مستقل أو بصورة مجتمعة، ما لم تكن هناك عقبات عملية في إمكانية جمع هذه السلطات، على أن لا تتعسف في ممارسة هذه القدرة القانونية اتجاه المتعاقد معها.

ويمكن إجمال هذه السلطات في سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل، وكذا سلطة الإنهاء بدون خطأ من المتعاقد وذلك في حال الالتزام بتنفيذ العقد الإداري، كما تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاء في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري.

وعليه فإننا سنتناول في هذا الفصل ما يلي:

المبحث الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في حالة احترام المتعاقد لالتزاماته التعاقدية.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

المبحث الأول:

سلطات الإدارة المتعاقدة في حالة احترام المتعاقد لالتزاماته التعاقدية

للإدارة مجموعة من السلطات اتجاه المتعاقد معها خلال تنفيذ العقد الإداري، إذ أنها تتمتع بحق الرقابة والتوجيه وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لتنفيذ العقد الإداري، وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها حقها في إصدار القرارات التنفيذية، والتي من خلالها تقوم الإدارة بتوجيه ومراقبة المتعاقد معها عند تنفيذه لالتزاماته، كما تملك الإدارة الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية، وحقها هذا مستمد من العقد الإداري ذاته الذي ينص فيه على إعطاء الإدارة المتعاقدة هذا الحق أو أن تفرضه المصلحة العامة، بالإضافة إلى سلطتها في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد معها وذلك وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، وبناءً على ما سبق فإننا سنتطرق لسلطة الإدارة في الرقابة في المطلب الأول، ولسلطة التعديل في المطلب الثاني، بالإضافة لسلطتها في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد في المطلب الأخير.

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

من أجل إدارة المرافق العامة وبغية سيرها بانتظام، تملك الإدارة المتعاقدة حق الرقابة على تنفيذ العقد الإداري باستعمال مجموعة من الوسائل تساعدها في ممارسة سلطتها الرقابية، حيث تستطيع توسيع حقها في الرقابة تحقيقا للمصلحة العامة دون التقيد بما تم الاتفاق عليه، غير أن هذا لا يعني أن هذه سلطة الرقابة مطلقة، وعليه سنبين مفهوم هذه السلطة في الفرع الأول، ونحدد أساسها القانوني ووسائل ممارستها في الفرع الثاني، مع الإشارة إلى القيود الواردة على هذه السلطة وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

يقصد بها تحقق الإدارة أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه عن طريق تدخلها بالإشراف والتوجيه في عملية تنفيذ العقد، كما تختلف هذه السلطة في مداها باختلاف وتنوع العقود الإدارية.

أولا: تعريف سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

لا يترتب على إبرام العقد الإداري ترك المتعاقد ينفذ العقد بأي طريقة أو وسيلة كانت، وإنما تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة على تنفيذه، وبهذا الصدد يذهب الفقه والقضاء إلى أن هذه السلطة تأخذ معنيين أحدهما ضيق والآخر واسع.[1]

(1)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص72.

ويتمثل المعنى الضيق في فكرة الإشراف، فمن المسلم به أن للإدارة سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، وهذا حق ثابت لها في جميع أنواع العقود الإدارية باعتبارها طرفا في العقد.[1]

حيث ينحصر حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها بهذا المعنى في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه، وتكون سلطة الرقابة من جانب الإدارة مرادفة لمعنى الإشراف ولا جدال في هذا الحق الذي لا نجد له مرادفا حتى في عقود القانون الخاص، وقد تأخذ الرقابة وفقا لهذا المعنى إما صورة أعمال مادية وإما صورة أعمال قانونية.[2]

وعليه يفهم من ذلك أن الإدارة وهي تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق إيفاد مهندسيها ومندوبيها بقصد الإشراف على تنفيذ العقد، والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته، إنما تهدف إلى التأكد من أن كل شيء يسير وفق مقتضيات الصالح العام، وجهد ما يقال في هذا المضمار أن حق الإدارة في الرقابة والإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد بالمعنى الضيق –كما يراه الفقه– لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عامة.[3]

أما المعنى الواسع للرقابة فيتناول سلطة التوجيه، ويقصد به قيام الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة.[4]

وعليه فإن هذا المعنى ينطوي على تدخل من الإدارة هو أعمق من تدخلها كسلطة إشراف، فالإدارة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق مع الشروط الواردة به كما هو الشأن في سلطة الإشراف، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق، ويكون ذلك في الحالات المنصوص عليها صراحة في العقد، وإلا تعدى الأمر إلى تعديل شروط العقد، وأصبحنا أمام سلطة أخرى هي سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة لشروط العقد.[5]

وهذا يعني أن سلطة الرقابة بمعناها الواسع تمتد إلى توجيه أعمال تنفيذ العقد، عن طريق اختيار وتحديد وسائل وطرق التنفيذ في حالة عدم النص عليها في العقد، أما إذا نص على استعمالها فإن التدخل بتوجيه التنفيذ على خلاف ما هو متفق عليه فيعتبر تعديل في شروط العقد، وبالتالي نكون أمام استعمال سلطة أخرى.[6]

(1)- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991، ص543.
(2)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة،2011، ص433.
(3)- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،2011، ص201.
(4)- نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001 - 2004، ص29.
(5)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- بن عكنون، 2007- 2008، ص126.
(6)- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص20.

والرقابة بهذا المعنى تتم بأعمال قانونية فقط كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة للتنفيذ أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه الأشغال العامة وتوقيتها.[1]

ثانيا: مجال تطبيق سلطة الرقابة ومداها

حق الإدارة في الرقابة يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر، نظرا لتفاوت عقود الإدارة في درجة اتصالها بالمرفق العام، ومن أهم الأمثلة في هذا الصدد نجد عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز وعقود التوريد.

أ. الرقابة في عقود الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص طبيعي أو معنوي بمقتضاهُ يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن يحدد في العقد.[2]

والرقابة على عقود الأشغال العامة تكون أشد من الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية الأخرى، حيث يكون للموظفين الفنيين المنتدبين للإشراف والرقابة أو الشركات الاستشارية المنوط بها هذه المهمة، الحق في الأمر بالقيام بالأشغال والتنفيذ وتحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال، إّذا لم يتضمن العقد أو دفتر الشروط الملحق به جداول سير العمال ومواعيد تسليم الأشغال، وكقاعدة عامة يجب على المقاول أن يقوم بتنفيذ التزاماته في خلال مدة العقد الأصلية حتى ولو صدر إليه أمر بتغيير طرق أو وسائل التنفيذ، إلا إذا كان هذا التكليف بالتغيير قد صدر في موعد لا يسمح بالتنفيذ خلال تلك المدة، فيكون من حق المقاول المطالبة بمدّ العقد المدة المناسبة، وإذا كانت القاعدة أن الإدارة المتعاقدة تملك إصدار الأوامر المتعلقة بالبدء في التنفيذ في حالة عدم وجود نص قانوني أو اتفاق، على أنه يلاحظ أن القانون ينص أن تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خاليا من الموانع، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، كما أنه يلاحظ حق الجهة المتعاقدة في تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال، إنما يعني حقها في تحديد جدول زمني للتنفيذ في حدود هذه المدة.[3]

ب . الرقابة في عقود الامتياز

يعدّ عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية، لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة.[4]

ويعرف عقد الامتياز بأنه عقد إداري يتم بين شخصين معنوي عام وأحد الأفراد أو الشركات، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بإدارة وتشغيل مرفق عام، تحت إشراف وإدارة

(1)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص126.
(2)- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء والتشريع، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص101.
(3)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص216 و 217.
(4)- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص99.

الشخص المعنوي العام طبقا للشروط الموضوعة له مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، وتحصيل الربح من المقابل الذي يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق العام محل الامتياز.[1]

وللإدارة حق الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد التزام المرافق، سواء كانت رقابة فنية أو إدارية أو مالية للتأكد من سلامة تنفيذ العقد وتوجيه أوضاع التنفيذ، ويعني هذا أن لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرافق موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، حيث يختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير لمانح الامتياز، ويجوز أن يعهد إلى جهاز المحاسبات بالرقابة المالية أو لجان لتتولى أمرا من أمور الرقابة.[2]

ومن المسلم به أن الإدارة تملك سلطات غير قليلة في مراقبة تنفيذ عقد امتياز المرافق العامة، ذلك أنه إذا كان صحيحا أن الإدارة في عقد الامتياز تراقب ولا تدير، إلا أن الصحيح كذلك أن موضوع عقد الامتياز هو إدارة مرفق عام، وأن الإدارة هي المكلفة أصلا بإدارة المرفق العام، وأنها إذا عهدت إلى غيرها القيام بهذه العملية فإن الملتزم لا يخرج عن أن يكون معاونا لها ونائبا عنها في أمر هو أخص خصائصها، وهذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله، ولها في سبيل القيام بهذا الواجب أن تتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغير بعض هذه الأوضاع، وتمارس الإدارة سلطات رقابة فنية وإدارية ومالية في مواجهة الملتزم، وهذه الرقابة لا تقتصر على معناها الضيق وإنما تمتد إلى مراقبة وتوجيه أوضاع التنفيذ، أي تمتد إلى معناها الواسع، خاصة أن عقد الالتزام يتضمن نوعين من الشروط هما شروط تعاقدية وأخرى لائحية تتصل بتنظيم المرفق العام، وسلطة الرقابة هذه تعتبر سلطة لائحية تستند إلى الجانب اللائحي في عقد الالتزام بقدر استهدافها لتنظيم المرفق العام وتوجيه أوضاع إدارته.[3]

ج . الرقابة في عقود التوريد

يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.[4]

والرقابة في عقود التوريد تكون أقل شدة بل تكاد تكون محدودة، لأن مثل هذه العقود أقل صلة وارتباطا بسير المرافق العامة من عقود الأشغال العامة وعقود امتياز المرافق العامة، ولذلك فإن الإشراف والرقابة على تنفيذ

(1)ـ نواف كنعان، القانون الإداري،الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص222 و223.
(2)ـ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص218.
(3)ـ المرجع ذاته، ص 219.
(4)ـ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 97.

هذه العقود تكون لاحقة عند تسليم اللوازم محل العقد، للتحقق من مطابقة اللوازم الموردة للشروط والمواصفات من حيث العدد والوزن والنوع وسلامة الأصناف.[1]

وعليه فإن سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية تقتصر كقاعدة عامة على المعنى الضيق، للتأكد من توريد الأصناف طبقا لشروط العقد ومواصفاته، إلا إذا قرر العقد للإدارة سلطات رقابية أبعد، كما قد تتسع سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد الصناعية كاستثناء، وهذه الأخيرة هي التي يلتزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بتوريد منتجاته الصناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما، فالمتعاقد هنا لا يقوم بتوريد منتجات أيا كان مصدرها، وإنما يقوم بتصنيعها وفق المواصفات التي طلبتها الجهة الإدارية، ولذا يكون التصنيع عادة تحت إشراف وتوجيه جهة الإدارة أي الرقابة بمعناها الواسع، ويقترب نظام الرقابة هنا من نظام الرقابة في عقود الأشغال العامة، حيث تحتوي عقود التوريد الصناعية على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد.[2]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ووسائل ممارستها

حتى تقوم الإدارة بممارسة سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، فإنه ينبغي معرفة الأساس القانوني الذي تستند عليه، وكذا تحديد وسائل وطرق ممارستها.

أولا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة

اختلف الفقهاء حول حق الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية، من حيث كونها تقتصر على الحالات المنصوص عليها في العقود أو دفاتر الشروط أو في التشريعات باختلافها، أم أن هذه السلطة توجد أيضا حتى في الحالات غير المنصوص عليها، وعليه ما هو الأساس الذي تستند عليه هذه السلطة؟

أ. حالة النص على سلطة الرقابة

قد يرد النص في العقد الإداري أو دفاتر شروطه على إعطاء الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، كما قد يرد النص على ذلك في بعض القوانين المتعلقة بطائفة معينة من العقود.[3]

حيث أنه قد ينص العقد أو الشروط الملحقة به على السلطات الممنوحة للإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد وفي عقود الأشغال العامة بصفة خاصة، إذ كثيرا ما تنص دفاتر الشروط العامة على السلطات المخولة للموظفين المندوبين للرقابة والإشراف على تنفيذ الأشغال، وكذلك في عقود استغلال الثروة البترولية، وقد تنص القوانين واللوائح على مدى سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود معينة كقانون التزام المرافق.[4]

(1)- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 355.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 219 و 220.
(3)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص 258.
(4)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 215.

ب . حالة عدم النص على سلطة الرقابة

إن خلو العقد الإداري من نص يعطي للإدارة حقا في الرقابة والإشراف على تنفيذه، لا يحرم الإدارة من هذا الحق، كونه حق أصيل مقرر لها كسلطة عامة تستمده من المبادئ العامة للقانون الإداري، وليس من نصوص العقد، ويقتصر دور النص إذا وجد على الكشف عن حق الإدارة في استعمال هذا الحق، وتنظيم وبيان وسائل وشروط مباشرة الإدارة له، وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في هذا الشأن إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد حتى ولو لم ينص عليها فيه، لأنها تتعلق بالنظام العام.[1]

ويرى بعض الفقهاء أن أساس سلطة الرقابة يتجسد في فكرة المرفق العام، حيث يؤكدون على أن مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، هو الذي يعطي الإدارة المتعاقدة الحق في ممارسة سلطة الرقابة، حتى في حالة سكوت العقد والأنظمة والقوانين، وقد أكدت هذا الرأي أحكام المحاكم الإدارية بفرنسا، وحاول آخرون ردّ سلطة الرقابة إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، غير أن هذا الرأي يمكن نقده من حيث أن هذه الفكرة هي طريقة لتفسير العقود وأن اعتبارها أساسا لسلطة الرقابة فيه إهدار لخصائص العقد الإداري، خاصة وأن هذه السلطة تمارس حتى ولو لم ينص عليها في العقد بل تمارس دون حاجة إلى موافقة المتعاقد مع الإدارة، وهنا يتعطل العمل بفكرة النية المشتركة للمتعاقدين التي تفترض رضا المتعاقد على ممارسة تلك السلطة من قبل الإدارة، أضف إلى ذلك أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها لا تستند دائما إلى شروط العقد، وإنما تستند إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالإدارة والتي ليس للمتعاقد دور في وضعها.[2]

ثانيا: وسائل ممارسة سلطة الرقابة

تتجسد وسائل ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة من خلال صورتين هما:

أ . الأعمال المادية

وذلك من خلال زيارة مواقع العمل ومن خلال التحقق من سلامة المواد المستعملة بواسطة الفحص والاختبار، كدخول ممثلي الإدارة المتعاقدة أماكن استغلال المرفق محل العقد والمخازن والمصانع، وخاصة في عقود امتياز المرافق العامة، أو استلام بعض الوثائق من المتعاقد والاطلاع عليها وفحصها، أو إجراء التحريات، أو الشكاوى من المنتفعين بخدمات المرفق العام والبث فيها.[3]

(1)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص258.
(2)- سايح سهام، امتيازات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007-2010، ص47.
(3)- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 354.

ب . الأعمال القانونية

وذلك بإصدار أوامر تنفيذية إلى المتعاقد معها، تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ أو التعديل فيها، وتعتبر هذه الأوامر من قبيل القرارات الإدارية باعتبارها أعمالا قانونية صادرة من جانب واحد هو الإدارة، ينتج عنه أثراً قانونيا هو تحديد أوضاع التنفيذ أو التعديل في العقد، حيث يلزم المتعاقد بتنفيذ مضمونها حال صدورها، وإلا فإنه يعرض نفسه للمسؤولية القانونية، وعلى هذا الأساس تبقى الأوامر نافذة.[1]

الفرع الثالث: القيود الواردة على الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

إن القول بحق الإدارة في الرقابة كمبدأ عام يعني عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ، فلا يمكن للإدارة أن تتنازل عن استعمال سلطتها لأنها من النظام العام، ومع ذلك فسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد ليست مطلقة، بل تحدها اعتبارات تتمثل فيما يلي:

أولا: وجوب توفير ضمانات للمتعاقد مع الإدارة

ويكون ذلك في حالة تعسفها أو انحرافها في استعمال السلطة، بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.[2]

حيث يتعين ألا يشوب استعمال الإدارة لهذه السلطة تعسف، فالإدارة منحت هذه السلطة لتحقيق هدف محدد وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإذا استعملت بغية تحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك عد ذلك إساءة لاستعمال السلطة، وبالتالي تكون الإدارة قد انحرفت في استعمال سلطتها عن الغرض المخصص لها، الأمر الذي يخرج قرارها عن إطار المشروعية.[3]

ثانيا: عدم تدخل الإدارة في الأعمال الداخلية للمرفق العام

لا يجوز للإدارة أن تؤدي سلطتها في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام، وإلا انقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى استغلال مباشر.[4]

إذ أن تدخلها المبالغ فيه في تنفيذ العقد بحجة الرقابة على التنفيذ، يؤدي إلى عكس الهدف من تقرير هذا الامتياز للإدارة، فلا يجوز مثلا للإدارة أن تتدخل في الإدارة الداخلية للمشروع محل عقد الامتياز، وإلا تحولت إدارة المرفق العام إلى أسلوب الاستغلال المباشر بدلا من أسلوب عقد الامتياز.[5]

(1)- سايح سهام، المرجع السابق، ص47 و 48.
(2)- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص127.
(3)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 260.
(4)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ، ص 127.
(5)- نواف كنعان، المرجع السابق ، ص 355.

بمعنى أنه يتعين ألا ينطوي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تعديل في شروط العقد، فسلطة الإدارة في الرقابة بمعناها المزدوج لها نطاق معين لابد أن تقف عنده، حيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وبين سلطة تعديل نصوص العقد، فإذا تجاوزت رقابة الإدارة هذا النطاق، فإننا نصبح بصدد سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه، ومن هنا يتضح أن حدود استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة يخضع لضابطين، أولهما ضابط عام يتمثل في ضرورة اتخاذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية تحقيقا للمصلحة العامة، وثانيهما ضابط خاص بالعقد الإداري، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديلا في شروطه.[1]

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

إن الطبيعة الخاصة بالعقود الإدارية وعدم المساواة بين المتعاقدين، كون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة، بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد، ومن مستلزمات ذلك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها الإدارية من أجل تلبية التغير المستمر في المرافق التي تديرها، وحتى نتعرف على سلطة الإدارة في تعديل عقودها، فلابد من التطرق لمفهومها وتحديد أساسها القانوني الذي تستند إليه، بالإضافة إلى ذكر أهم القيود الواردة عليها.

الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

تملك الإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ودون أن يحتج عليها بالقاعدة المدنية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، كما تختلف هذه السلطة باختلاف العقود الإدارية.

أولا: تعريف سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

في البداية كان ينظر للإدارة بوصفها مقيدة بما تعهدت به ولا تستطيع تعديله بإرادتها المنفردة، إلا بموجب نص صريح يجيز لها ذلك تماشيا مع القوة الإلزامية للعقد المعمول به في نطاق القانون الخاص، وقد ساد هذا الاتجاه حتى مطلع القرن العشرين، وإن كان تم التخفيف منه بإيراد بعض التحفظات عليه، مثال ذلك القول بأنه إذا كانت الإدارة المتعاقدة لا تملك بصفتها هذه إدخال أي تعديل على نصوص العقد، إلا أنها وبوصفها سلطة ضبط إداري مكلفة بالمحافظة على الأمن والسكينة تستطيع اتخاذ ما تشاء من إجراءات.[2]

(1)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 260 و 261.
(2)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 136 و 137.

وقد نشأ جدل فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة بهذه السلطة، إذ أن هناك جانب من الفقه أنكر على الإدارة هذه السلطة ولكن غالبية الفقه يعترف لها بهذا الحق، ورأي ثالث اتخذ موقفا وسطا بين الموقفين.[1]

أ . الرأي المنكر لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

في نهاية القرن التاسع عشر كان فقهاء القانون العام يرون –وفقا للرأي السائد آنذاك– التزام الإدارة باحترام العقد شأنها شأن المتعاقدين معها، ذلك إن لم ينص القانون بنصوص خاصة، وبالتالي لا يكون لها مركز متميز عن مركز المتعاقدين معها.[2]

وفي هذا الصدد ينص القانون المدني الجزائري على أن" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".[3]

وعليه فإن الفقه التقليدي أنكر على الإدارة هذه السلطة وعلى رأسهم الأستاذ لُوليبيه، والأستاذ فرَنسيس بنو، والأستاذ جَان ديغُو، وملخص الرأي المنكر يتمثل في موقف الفقيه الفرنسي لُوليبيه السلبي من نظرية تعديل العقد الإداري.[4]

حيث يرى أن سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة في عقودها الإدارية، ترتكز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء وأنها لم تتأثر بقضاء مجلس الدولة، إذ أن الأحكام التي قررت وجود هذه السلطة يمكن تفسيرها دون حاجة للقول بأن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة الأساسية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، كما أنه توجد أحكام متعددة تنكر صراحة على الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي من بينها:[5]

–حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في1941 في موضوع مستشفى شُوني، والذي قرر فيه أنه ليس للسلطة الإدارية أن تعدل من جانب واحد شروط التوكيل المبرم مع المهندس المعماري.

– الحكمين الصادرين عام 1936 وعام 1946 واللذين قضى المجلس فيهما، بأنه لا يمكن للمصلحة الإدعاء بحقها في أن تفرض على الملتزمين تعديل التعريفة المنصوص عليها في عقد الالتزام.[6]

وعلى ذلك فإن لُوليبيه يرى بأن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ما هي إلا وهم، إنما توجد بعض عناصرها في العمليات الإدارية المركبة كامتياز استغلال المرفق العام، حيث أن التعديل إن وجد فإنما يوجد في

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص 243.
(2)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 137.
(3)- انظر المادة 106 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، لسنة 1975.
(4)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 165.
(5)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 138.
(6)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 166.

الجانب التنظيمي لمثل تلك الأعمال، غير أن الملاحظ في رأي لُوليبه هذا إنما يقع في تناقض، فهو بعد أن أنكر ذلك كلية عاد واعترف بوجود سلطة في بعض أنواع العقود الإدارية كعقد التزام المرافق العامة، وفي هذا يلتقي الفقيه الفرنسي لُوليبه مع الرأي الآخر الذي يعترف بسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.[1]

ب . الرأي المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

يذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي و العربي إلى وجود سلطة تعديل الإدارة لعقودها الإدارية كقاعدة عامة، مقتضاها أن الإدارة تملك أثناء تنفيذها للعقد سلطة تغيير شروطه و تعديل مدى التزامات المتقاعد بالزيادة أو بالنقصان.[2]

حيث أن أول من نادى به الفقيه الفرنسي جِيز، بالإضافة إلى الفقيه بكِينُو الذي يرى أنه لا يمكن التمسك بوجود حقوق مكتسبة، يمكن أن تحول بين الإدارة و بين تعديل المرفق العام، بقصد الوصول إلي أداء أحسن أو إلي تطوير المرفق ليساير أهدافه، وبالتالي يكون للإدارة سلطة التعديل الانفرادي، وهي سلطة عامة تشمل جميع العقود والاشتراطات، فالإدارة وهي تبرم عقدا إداريا لا ينظر إليها باعتبارها متعاقدا عاديا ذلك أنها تسعى إلى تحقيق الصالح العام، وفكرة المصلحة العامة متغيرة تبعا للظروف الاجتماعية والاقتصادية في المجال المعني.[3]

وخلاصة القول أن الرأي السائد في الفقه الفرنسي، يقر بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة في غياب نص بنود العقد، وذلك من خلال قرار مجلس الدولة الشهير الذي تتلخص وقائعه في قيام الإدارة بإبرام عقد مع أحد الخواص لتأمين النقل العمومي بواسطة التزام في مدينة مرسيليا الفرنسية في عام 1910، لكنها اتخذت بعد ذلك قرارا يفرض علي الشركة صاحبة الامتياز الزيادة في عدد السفرات المخصصة لفصل الصيف لمواجهة تزايد الطلب خلال هذه الفترة، فقامت هذه الشركة بدعوى قضائية ضد قرار الإدارة نظرا لتعارضه مع بنود العقد، ولكن مجلس الدولة الفرنسي رفض الدعوى وأقر حق الإدارة في إدخال التعديلات اللازمة لمواجهة المتطلبات الجديدة للمرفق العام، اعتمادا على نص قانوني يسند للإدارة اختصاص تحديد السفرات وأوقاتها، ولقد استنتج معظم الفقهاء من هذا القرار وجود قاعدة قضائية عامة تطبق علي جميع العقود الإدارية، يمكن بمقتضاها تغيير بنود العقد لملاءمته بمقتضيات المرفق العام، وأن هذا الموقف تعرض للنقد الشديد، حيث أقر الفقيه لُوليه أنه لا يمكن استنتاج مبدأ عام يقر للإدارة حق التعديل من خلال قرار مجلس الدولة الذي ارتكز على نص قانوني خاص، واعتبر أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ينطبق على الإدارة تماما مثلما هو الشأن بالنسبة للمتعاقدين معها.[4]

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 166 و 167.
(2)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 160.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 164.
(4)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 140 و 141.

ج . الرأي الوسط بين الرأيين السابقين لسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية

ومفاد هذا الرأي هو الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل، لكن فقط حينما يتعلق بالشروط العامة في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، أي أن التعديل لا يشمل كل نصوص العقد بل قسما منها فقط وهو النصوص التنظيمية للعقد، وهذا الرأي يسمى بنظرية جِيز التحديدية، حيث أنه وإن كان يعترف للإدارة بهذه السلطة، إلا أنه يحدد شروطها ويقيدها، كما أن وجهة نظر جِيز هذه تنطلق من خلال التأكيد على فكرة القوة الملزمة للعقد ومحاولة جعل هذه القوة في القانون العام على ما هي عليه في القانون الخاص.[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في قانون الصفقات العمومية على أنه" 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".[2]

ثانيا: صور سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية

ويمكن إجمال صور سلطة الإدارة في تعديلها للعقد الإداري فيما يلي:

أ . التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بزيادتها أو إنقاصها، فالتعديل في كميات العمل أثناء تنفيذ المقاولات يبدو ضرورة لابد منها، نظرا لكون العمل يختلف في أثناء التنفيذ عما هو مرسوم في الخرائط والتصاميم، لأن الكثير من التفاصيل تكون غير واضحة بالنسبة للإدارة في أثناء وضع التصاميم وصياغة الوثائق، وهو الأمر الذي ينكشف عندما تطرأ تغيرات وتعديلات على كميات العمل عند البدء بالتنفيذ.[3]

إضافة إلى ذلك فإن التعديلات الطارئة على كميات العمل تبررها عوامل عديدة، كأن يكون عدم التغيير أو الإضافة من شأنه أن يؤدي إلى وجود ضرر كبير بالعمل من الناحية الاقتصادية والفنية، أو إذا كان عدم التغيير أو الإضافة يؤدي إلى عدم إمكان الاستفادة في أعمال المقاولة على الوجه المطلوب عند انجازها، إذ يحدث في كثير من الأحيان اختلاف بين الكميات الحقيقية والضرورية لإكمال العمل وفق لشروط المقاولة، وبين الكميات التي قدرت ورسمت في جدول الكميات الملحق بأعمال المقاولة، لذلك يلاحظ أن الإدارة كثيرا ما تلجأ إلى حماية نفسها عن طريق النص في دفتر الشروط، على اعتبار الكميات المدونة في جداول الكميات، هي كميات تقديرية للعمل الواجب تنفيذه وليست الكميات الحقيقية، وعليه فإن الجدير بالذكر أن سلطة الإدارة في

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص167.
(2)- انظر المادة 136 فقرة 01،من المرسوم الرئاسي 15– 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، لسنة 2015.
(3)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 164.

تعديل الكميات سواء بالزيادة أو بالنقصان لم يرد الاختلاف عليه، إلا من حيث مقدار وحدود النسب المسموح للإدارة إعمالها بالزيادة أو بالنقصان.[1]

ب . التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها

يمكن للإدارة التدخل في تعديل طرق وأساليب التنفيذ المتفق عليها في العقد، وذلك كأن تقوم الإدارة بإحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها، أو استعمال أسلوب مغاير لذلك الأسلوب المتفق عليه لإنجاز المباني مثلا، كما يمكن للإدارة التدخل لتعديل كيفية تسيير المرفق.[2]

والقصد من هذا الحق هو إصلاح الأخطاء التي قد تكون ضرورية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، بهدف مواجهة ومسايرة الوسائل الحديثة – من اختراعات وسواها – التي تقتضي استعمال وسائل وطرق فنية جديدة وحديثة أكثر تقدما من تلك التي تم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط.[3]

بحيث أن سلطة الإدارة في تعديل طرق التنفيذ يقترب من سلطتها في الرقابة بمعناها الواسع، المتمثلة في التوجيه، إلا أن هناك اختلاف واضح وجلي بينهما يتمثل في أن سلطة التعديل تنصب على تعديل تلك الطرق المنصوص عليها في العقد، أما سلطة التوجيه فتكون على طرق التنفيذ غير المنصوص عليها في العقد.[4]

ج . التعديل في مدة تنفيذ العقد

هو التعديل في البرنامج الزمني،ويتم ذلك بتعديل برنامج سير الأعمال أو التوريد كالاستعجال أو وقف الأعمال أو الإبطاء في إنجاز الأعمال أو توريد اللوازم.[5]

ويكون كذلك بالزيادة أو النقصان أو وضع نظام أولويات في تنفيذ الالتزامات، على أنه في حالة قيام الإدارة بالتعديل في مدة العقد لا يمكنها أن توقع جزاء الغرامة التأخيرية عن المدة التي تم تعديلها، فهذا لا يعتبر تأخيرا بالنسبة للمتعاقد، بل هو حق للإدارة في تعديل مدة العقد بما استهدفه حسن سير المرفق العام، سواء كان قبل أو بعد انتهاء المدة المتفق عليها وبموافقة المتعاقد أو عدم موافقته.[6]

(1)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 164 و 165.
(2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 456.
(3)- سعيد عبد الرزاق باخبيره ، المرجع السابق، ص 166.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 241 و 242.
(5)- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 356.
(6)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 255.

وتمارس الإدارة هذه الصورة عندما تلزمها الظروف وتقتضيها مصلحة المرفق العام، كوجود حالة حرب أو عدم كفاية اعتماد الميزانية مثلا، أو إذا رأت أن حاجات الجماعة تستوجب انجاز المشاريع بأقصر مدة ممكنة، فعندئذ تطلب من المقاول إنقاص مدة التنفيذ بما يتفق مع حاجات الجمهور.[1]

ثالثا: مجال تطبيق سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية

سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية تشمل جميع العقود الإدارية، وإن كانت لا تطبق بقدر واحد فيها جميعا، فإنها تختلف باختلاف العقود على أساس درجة اتصالها بالمرفق العام، ومدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسييره، كذلك لا يشمل التعديل –وفق القاعدة العامة– كل شروط العقد، وإذا كان الرأي قد اختلف حول المعيار الذي يتخذ أساسا لتحديد الشروط التي يجوز تعديلها وتلك التي لا يجوز فيها التعديل، فإن الفقه والقضاء يذهب بصفة عامة إلى قصر سلطة التعديل على نصوص العقد المتصلة بالصالح العام، أو بسير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته، أما المزايا المالية المتفق عليها في العقد، فلا تملك الإدارة تعديل النصوص المتعلقة بها، وبالتالي فإن حق الإدارة في التعديل يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر، ومن أهم الأمثلة في هذا الصدد نجد عقود امتياز المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وكذا عقود التوريد.[2]

أ . سلطة التعديل في عقود امتياز المرافق العامة

تبرز سلطة التعديل بصفة خاصة في عقد امتياز المرافق العامة، باعتبار أن موضوع عقد الالتزام هو تسيير المرفق العام، كما أنه يتضمن شروط تعاقدية وشروط لائحية تتعلق بتنظيم المرفق، وإدارته وكيفية أداء الخدمات للمنتفعين، ولذلك تقتصر سلطة التعديل على شروط تتصل بسير المرفق وحاجاته ومقتضياته، فهذه الشروط اللائحية تعتبر من صنع الإدارة، ويكون لها حق تعديلها دون موافقة الملتزم إذا استدعت لذلك المنفعة العامة، على أن للملتزم الحق في التعويض إذا أخلت هذه التعديلات بالتوازن المالي للعقد، ويكون له حق طلب فسخ العقد إذا تناولت التعديلات موضوع العقد ذاته أو نوعه أو قلبت اقتصاديات العقد.[3]

كما أن التعديل الذي تفرضه الإدارة يرد على مقدار التزامات المتعاقد، وقد يرد على طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، حيث يمكن للإدارة أن تطلب من المتعاقد معها مثلا استعمال وسائل فنية جديدة بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية له، ومثال ذلك استبدال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز.[4]

(1)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 168.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 225 و 226.
(3)- المرجع ذاته، ص 226.
(4)- سعيد عبد الرزاق باخبيره ، المرجع السابق، ص 165 و 166.

أما بالنسبة للشروط المالية التي تتصل بالعلاقات المالية بين الملتزم والإدارة، فإنها شروط تعاقدية لا يجوز تعديلها إلا بموافقة الملتزم أو التعويض تعويضا كاملا عنه ومن هذه الشروط مدة الالتزام.[1]

ب . سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة

تملك الإدارة في عقد الأشغال العامة تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ولها كذلك أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، فتفرض وسائل حديثة أكثر تطورا لمسايرة التقدم واحتياجات المرفق العام، كما يمكن أن يرد التعديل على مدة تنفيذ العقد بتقصيرها أو إطالتها، فقد تتطلب حاجة المرفق الانتهاء من الأشغال في مدة أقصر، وقد يقتضي الأمر إطالة مدة التنفيذ أو وقف العمل لفترة لظروف خاصة كصعوبة مادية أو مالية.[2]

ج . سلطة التعديل في عقود التوريد

تملك الإدارة تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها في عقود التوريد، متى اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل، فمن حقا لإدارة أن تلزم المورد بزيادة كمية التوريدات أو إنقاصها، أما التعديل في طرق ووسائل التنفيذ فليست له أهمية تذكر في عقود التوريد العادية، وهذا بعكس عقود التوريد الصناعية، حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد أو أصناف يقوم بتصنيعها بناءً على طلب الإدارة، وهي عقود تشبه إلى حد كبير مقاولة الأشغال العامة، ولذا يكون للإدارة سلطة الرقابة وتوجيه التنفيذ، وكذا سلطة تعديل طرق التنفيذ.[3]

الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل، فالبعض يرى أنها السلطة الضابطة للعقد والمتصلة بالمصلحة العامة، والبعض الآخر يرى بأنها السلطة المستمدة من امتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه الإدارة في جميع العقود، ويرى آخرون أيضا بأنها السلطة النابعة من مبدأ دوام سير المرافق العامة وقابلية المرافق العامة للتغيير، وتتمثل هذه الآراء في الآتي:

هناك من يرى أن سلطة التعديل ما هي إلا ضابط للعقد فيما يتصل بالمصلحة العامة، ولا يعترف للإدارة بهذه السلطة إلا من خارج العقد، وفي هذا مخالفة لما يجري عليه القضاء في الوقت الحاضر، حيث يعترف للإدارة بسلطة التعديل من خارج العقد ومن داخله، أما الرأي الثاني فيرجع سلطة الإدارة في التعديل إلى امتياز التنفيذ المباشر، فهو على قوته بحاجة إلى سند آخر لكي يتقلص حجم التعميم بصدد هذه الفكرة، ولكي لا تكون سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري جزء من سلطتها في الضبط الإداري بصفة عامة وهذه ناحية بعيدة

(1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص227.
(2)- المرجع ذاته، ص229 و 230.
(3)- المرجع ذاته، ص 230 و231.

عن العقد، ولذلك فإن الرأي الذي يقيم هذه السلطة على أساس مبدأ دوام سير المرافق العامة هو الرأي الأقرب للصواب.[1]

ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تقتضي حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام، ويقال أحيانا تفسيرا وتبريرا لهذه السلطة بالاستناد إلى نصوص العقد الصريحة أو الضمنية، أن التعاقد فيها على أساس نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة.[2]

ومهما يكون الأمر في شأن تأسيس فكرة التعديل، فإننا يمكن أن نلاحظ من الناحية العلمية وجود أكثر من أساس لهذه الفكرة، فقد تستند الإدارة إلى نصوص العقد إذا ما تضمن النص عليها، وكذلك المبادئ العامة في القانون الإداري تكون سببا مبررا لإجراء التعديل على مضمون العقود الإدارية، وعليه فإن محاولة تأسيس سلطة الإدارة في التعديل على أساس واحد من تلك الأسس إنما يخلق جدلا حول أهمية كل منها على انفراد دون جدوى، ولهذا فإننا لا يمكن أن نقول بأن هناك أساسا وحيدا لسلطة الإدارة في التعديل، ولكن نقول بأن هناك أساسا سائدا على غيره من الأسس.[3]

الفرع الثالث: القيود الواردة على الإدارة في ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري

استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة، وإنما تخضع لمجموعة من الضوابط والقيود التي يتوجب على الإدارة مراعاتها عندما تنوي ممارسة هذه السلطة ويمكن إجمالها فيما يلي:

أولا: القيود العامة للتعديل

هناك ضوابط عامة واجبة التوافر لاستعمال هذا الحق وهي كالآتي:

أ . استهداف المصلحة العامة

منحت الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بهدف تسيير سير المرفق العام موضوع العقد بما يحقق المصلحة العامة في نهاية الأمر، فللإدارة حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة إليه، إذا تراءى لها أن ذلك أكثر اتفاقا مع الصالح العام، أو إذا كانت المصلحة العامة المنشود تحقيقها من العقد تستلزم ذلك، أو إذا اقتضت هذا التعديل اعتبارات الصالح العام.[4]

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 168 و 169.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 224 و 225.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 170.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 267 و 268.

ب . توافر مبرر التعديل

يقصد بها ظهور مستجدات تبرر التعديل، حيث ظهر جدل فقهي حول ما إذا كانت الظروف المستجدة تبرر تعديل بنود العقد، إذ يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن للإدارة التعديل في بنود العقد، إلا إذا كانت الظروف استجدت بعد إبرام العقد والشروع في التنفيذ، أما إذا ظهرت قبل إبرام العقد وأخطأت الإدارة في تقديرها فلا يمكن لها التعديل، في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن للإدارة أن تستعمل هذه السلطة حتى وإن كانت الظروف المستجدة قبل إبرام العقد الإداري رغم خطأ الإدارة في تقديرها في ذلك الوقت.[1]

كما أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتعديل على أن تكون هناك ظروف مستجدة ظهرت ولم يكن في الحسبان توقعها، فنص قانون الصفقات العمومية على أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام... ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق ثلاثة أشهر والكميات بالزيادة، نسبة 10بالمائة...".[2]

ج . أن يتصل التعديل بموضوع العقد ويكون جزئيا

يجب أن يدور تعديل شروط العقد الإداري حول موضوع هذا العقد، فإذا كان موضوع هذا العقد مثلا توريد علف للحيوانات، فلا يجوز للإدارة تعديل شروطه بإلزام المتعاقد توريد مواد الوقود اللازمة للسيارات، فمثل هذا التعديل فيه تغيير لموضوع العقد في جملته، كما يجب أن يكون التعديل جزئيا بحيث لا ينصب على كافة شروط العقد، فالتعديل الكلي وإن كان يسمى مجازا تعديلا، إلا أنه في حقيقته عقد جديد يجد المتعاقد نفسه أمامه دون أن تكون لإرادته دور في إيجاده.[3]

د . وجوب احترام القواعد العامة للمشروعية الإدارية

قرار تعديل العقد هو قرار إداري، ومن ثمة يتعين أن تتوافر به مقومات وأركان هذا القرار، من حيث صدوره عن شخص مختص بإصداره وفقا للشكل والإجراءات المقررة، وفي إطار القواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن يكون دافع قرار التعديل تحقيق المصلحة العامة، وأن يستند إلى سبب قائم يبرره يتمثل في تغيير الظروف التي أبرم في كنفها العقد، فإذا خرج قرار التعديل عن مبدأ المشروعية وقع باطلا.[4]

(1)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 110.
(2)- انظر المادة 136 فقرة 07، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(3)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 270.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 271.

هـ . أن تكون حدود التعديل خلال مدة العقد

هذا الضابط منطقي وما كانت هناك حاجة للنص عليه، فالعقد متى انتهت مدته انقضت التزامات المتعاقد مع الإدارة، بحيث يكون طلبها تعديله بمثابة تعاقد جديد، ذلك لأن التعديل هو امتداد لعقد قائم بزيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها، ومن تم فإن طلب تعديل عقد انقضى هو طلب يرد على غير محل.[1]

و . ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للعقد الإداري

يجب ألا يتعارض حق الإدارة في التعديل مع واجبها في ضمان التوازن المالي للعقد، بمعنى أن هذا التعديل يتعين ألا يحدث خللا بهذا التوازن، بأن يجعل التزامات المتعاقد لا تتناسب مع حقوقه، ومن ثمة فلا تملك جهة الإدارة المتعاقدة أن تتناول بالتعديل النصوص المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد والتي يستفيد منها حرصا على مصلحته الخاصة.[2]

ثانيا: القيود التشريعية للتعديل

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست حقا مطلقا، وإنما يتعين إخضاعه للضوابط التالية:

أ . موافقة السلطة المختصة

يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد الإداري أن تحترم مبدأ المشروعية، إذ لابد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة النافذة.[3]

وعليه فإن موافقة السلطة المختصة بمفردها كاف على تعديل العقد الإداري، بما لا يجاوز 25 بالمائة من الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في تأكيدها على هذا الضابط على أنه"... لا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج غير ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه"، والسلطة المختصة حسب المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات تتمثل في الوزير ومن له سلطاته، أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في نطاق اختصاصه.[4]

(1)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 266- 267.
(2)- المرجع ذاته، ص 272.
(3)- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص47.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 266.

ب . توافر الاعتماد المالي

إذا كان توافر الاعتماد المالي يشكل قيدا على إبرام العقد الإداري، فإنه لا يجوز إبرام عقد إداري لا يتوافر مصدر تمويله، وعليه فالحكم ذاته يسري على تعديل العقود الإدارية، حيث أن التعديل الذي يترتب على الزيادة في النفقات لابد من توافر اعتماد مالي لمواجهة تلك الزيادة، وذلك حتى لا يكون في التعدي إرهاقا للخزينة العامة، الأمر الذي قد يؤثر في أولويات وخطط التنمية.[1]

المطلب الثالث: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

يسري حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة على كافة طوائف العقود الإدارية، فبوسعها إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد، وذلك إذا رأت مقتضيات المصلحة العامة تقتضي ذلك، على اعتبار أنه يمكن للإدارة المتعاقدة بما لها من امتيازات السلطة العامة أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري، وتفك الرابطة التعاقدية لضرورات المصلحة العامة، إلا أن هذه السلطة ليست بالمطلقة بل تقف عند حدود تقيدها.

الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري وبدون خطأ من المتعاقد، حتى ولو لم يرد به نصا يخولها ذلك.

أولا: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

تملك الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام مدة العقد ودون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها، طالما أن هذا الإجراء يستند إلى مقتضيات المصلحة العامة ويضمن حسن سير المرافق العامة.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على هذه السلطة بقوله" يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، وبدون خطأ من المتعامل المتعاقد".[3]

حيث أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه

(1)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 266.
(2)- محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 313.
(3)- انظر المادة 150، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

حق، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر.[1]

وسلطة الإنهاء هذه تسمى في عقود الامتياز باسترداد المرفق من الجهة مانحة الامتياز، كما أن البعض يطلق على سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة بالفسخ التقديري.[2]

كما تختلف سلطة الإدارة في إنهاء الرابطة التعاقدية بدون خطأ من المتعاقد عن الفسخ الإتفاقي في القانون الخاص، وعن الفسخ كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يرتكب أخطاء جسيمة أو متكررة في تنفيذ العقد، وحق الإدارة في الإنهاء قائم حتى بالنسبة لتلك العقود التي لا تنص صراحة على هذا الحق، باعتباره حقا مقررا لحماية المصلحة العامة ولضمان سير المرافق العامة، ولا تملك الإدارة التنازل عنه بالاتفاق مع المتعاقد.[3]

وللمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض الكامل عما فاته من كسب وعما لحقه من خسارة بسبب إنهاء العقد، كما يراقب القضاء الإداري انحراف السلطة الذي يقع من جانب الإدارة في ذلك.[4]

ثانيا: أحكام سلطة إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

يمكن إجمال القواعد التي تحكم سلطة الإنهاء الانفرادي دون خطأ من المتعاقد حسب مقتضيات المصلحة العامة، في أنها حق ثابت دون النص عليها مع ضرورة تعويض المتعاقد من طرف الإدارة، إضافة لمراعاة حقوق الغير اتجاه المتعاقد وهي كالآتي:

أ. إنهاء العقد حق ثابت دون نص

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقد معها من خصائص العقد الإداري، نظرا لما تستهدفه من مصلحة عامة وحسن سير المرافق العامة، لذا هذه السلطة ثابتة للجهة الإدارية ولو لم ينص عليها في العقد أو في القانون، والإدارة عند ممارستها لسلطة الإنهاء إنما تستعمل حقا تستمده لا من نصوص العقد أو القانون، بل تستمده من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به، ولذلك يثبت هذا الحق للإدارة دون حاجة إلى نص عليه، بل رغم ما قد ينص عليه في العقد من حظر استعمال هذا الحق الذي لا يجوز التنازل عليه.[5]

(1)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 165.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص237.
(3)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق،ص 313.
(4)- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 594 و595.
(5)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 238 و 239 .

حيث أن أغلب الفقهاء يرون أن هذه السلطة هي من النظام العام، باعتبارها حقا ثابتا للإدارة في جميع العقود، سواء وجد نص يجيز لها ذلك أو لم يوجد، في حين يرى قلة منهم أن هذه السلطة ليست من النظام العام ولا توجد، إلا إذا كانت مدرجة صراحة في شروط العقد أو بمقتضى نص قانوني، كذلك بالنسبة لموقف القضاء، فقد استقر على أن الإدارة تتمتع بهذه السلطة ولو لم ينص عليها صراحة في العقد ذاته.[1]

ب . ضرورة تعويض المتعاقد من طرف الإدارة

من مقتضيات العدالة والتوفيق بين حق الإدارة في إنهاء العقد والمصالح المالية للمتعاقد، أن يتم تعويضه عما قد يلحقه من أضرار نتيجة إنهاء العقد تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.[2]

حيث أنه قد ينظم العقد مدى استحقاق هذا التعويض وعناصره في حالة الإنهاء الانفرادي، وهنا يجب إعمال شروط العقد، ولكن إذا لم ينظم العقد أو القوانين واللوائح أوضاع منح التعويض عن هذا الإنهاء، فيقوم القاضي بتقدير ما يستحقه المتعاقد من تعويض وفقا للقواعد العامة، وفي جميع الأحوال يكون التعويض الذي يستحقه المتعاقد في هذه الحالة هو تعويض كامل، أي يراعي في تقديره ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.[3]

والمثال البارز لإنهاء العقد الإداري قبل مدته الطبيعية ودون خطأ من المتعاقد، نجده في استخدام الجهة مانحة الالتزام عدة أنواع من الأموال، فهي من جهة تسترد المنشآت والتجهيزات التي جهزت بها المرفق، ومن جهة أخرى يقوم الملتزم بأشغال قد تتطلب منه استثمارات مالية كبيرة لتشغيل المرفق طيلة مدة الالتزام، وعلى ذلك فإذا تم استرداد المرفق قبل انتهاء مدته الطبيعية، فإنه يلزم تعويضه عن هذه النفقات الرأسمالية التي لم يتم استهلاكها بالكامل بعد، كما أن هناك نفقات جارية تحملها الملتزم في سبيل تشغيل المرفق واستغلاله، يتعين تعويضه عنها، إضافة إلى أنه يستحق التعويض عما فاته من كسب نتيجة استرداد المرفق قبل نهاية العقد.[4]

ج . حقوق الغير اتجاه المتعاقد

يثور التساؤل حول حقوق الغير اتجاه المتعاقد، خاصة في عقود امتياز المرافق العامة بعد استرداد المرفق، والقاعدة العامة في هذا الشأن أن المرفق يعود خاليا من الالتزامات التي على الملتزم، حيث يبقى هذا الأخير مسؤولا وحده عن كافة التزاماته قبل الغير، غير أن تطبيق هذا المبدأ على عمال الملتزم قد يؤدي إلى ضياع حقوقهم لتعذر رجوعهم على الملتزم، خاصة إذا كان أجنبيا وأمواله بالخارج، وهو ما أدى بقسم التشريع أن يدعو إلى استصدار قانون بأن تتولى الدولة أداء هذه المبالغ، على أن ترجع بها على الملتزم، ويبدو أن البعض

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع سابق، ص 175 و176.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 239.
(3)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 277 و 278.
(4)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 239 - 241.

يحاول أن يجد أساسا لأداء الدولة حقوق العمال ثم رجوعها على الملتزم بمقولة أن العمال المذكورين حين يقاضون الملتزم، فإنهم يختصمون جهة الإدارة التي قامت باسترداد المرفق الملتزم به ليصدر الحكم في مواجهتها، ومن هنا تستطيع الإدارة أن تقوم بالوفاء للعمال على أن ترجع عل الملتزم فيما بعد.[1]

الفرع الثاني : أساس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد، إلا أن أغلبهم ذهب إلى أن هذه السلطة ما هي إلا صورة من صور التعديل، باعتبار أن الإنهاء هو تعديل بالشرط الخاص بالمدة، وفي ذلك ذهب هذا الرأي إلى أن حق الإنهاء الانفرادي هو امتداد طبيعي لسلطة الإدارة في التعديل.[2]

بينما ذهب رأي آخر إلى أن حق الإدارة في الإنهاء هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل، إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشتمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي لالتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها.[3]

ويرى آخرون أن الأساس القانوني لهذه السلطة هو مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، والذي يستلزم إنهاء العقود الإدارية التي لم تعد متماشية مع المصلحة العامة ومع حسن سير المرفق العام.[4]

الفرع الثالث : القيود الواردة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

إذا قدرت الجهة الإدارية أن الصالح العام يقتضي إنهاء العقد، فليس للمتعاقد إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق، كما تخضع هذه السلطة لرقابة القضاء في حالة انحراف السلطة، وعليه فإن هذا الحق المخول للجهة الإدارة ليس بالحق المطلق وإنما ترد عليه قيود.

أولا: ضرورة تحقيق المصلحة العامة

قد تستدعي المصلحة العامة ومتطلبات تسيير المرافق العامة، أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد قبل انتهاء مدته، وذلك لانعدام الفائدة من الاستمرار في هذا العقد، ودون حاجة إلى إثبات

(1)-محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 242.
(2)- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 48.
(3)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 166.
(4)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 314.

خطأ من جانب المتعاقد معها، ومن ثمة فهو من أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.[1]

حيث يقصد بالمصلحة العامة في هذا المجال مصلحة المرفق العام والتجاوب مع حاجاته ومقوماته، وما يصلح من شأنه.[2]

ثانيا: مشروعية قرار إنهاء العقد الإداري

يجب أن يتوفر في قرار الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد جميع الشروط اللازمة لصحة هذا القرار، بحيث يتضمن هذا الأخير كافة الشروط المشروعية للقرار من إجراءات واختصاص وشكل وإلى غير ذلك من شروط، ومن خلال هذا يتضح أن قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد وبإرادتها المنفردة، يكون مشوبا بعدم المشروعية إذا صدر من سلطة غير مختصة، أو صدر من سلطة مختصة ولكنها لم تراع اتخاذ الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين واللوائح، كما أن القرار يكون بلا مبرر إذا كان مشوبا بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الإدارية الصادرة بناء على سلطة تقديرية، كالغلط في الواقع إذا سببت الإدارة قرارها بإنهاء العقد الإداري تسبيبا معيبا.[3]

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 180.
(2)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص171.
(3)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 187 و 190.

المبحث الثاني:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية

إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقد الإداري، فيكون للإدارة المتعاقدة الحق في توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون اعتراض هذا الأخير، وعليه فإننا سنتناول في هذا المبحث النظام القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء في المطلب الأول، ثم نتطرق لأنواع الجزاء في المطلب الثاني، إضافة إلى أهم القيود الواردة على هذه السلطة والتي تحد منها، وذلك من خلال المطلب الثالث.

المطلب الأول: النظام القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

سنتطرق فيه لتعريف الجزاء في مجال العقود الإدارية في الفرع الأول، ثم لخصائصه المميزة في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث والرابع فسنتناول الأساس والتكييف القانوني له على التوالي.

الفرع الأول: تعريف الجزاء في مجال العقد الإداري

الجزاء في المعنى اللغوي مصدره جازى وهو الثواب، العقاب، المكافأة عن العمل، أما في الاصطلاح القانوني بصفة عامة هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قواعده.[1]

فالجزاءات التي تستخدمها الإدارة في العقود الإدارية تختلف عن الجزاءات في العقود المدنية، ومرجع هذا الاختلاف إلى اتصال الجزاءات الإدارية بالمرفق العام، هذا ما يوجب أن تكون هذه الأخيرة شديدة، وبالتالي للإدارة الحق في اتخاذ إجراءات شديدة ضد المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته بنفسها دون الالتجاء إلى القاضي.[2]

وعليه فإن هذا الحق يعد من أهم الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، والتي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، حيث تستطيع هذه الإدارة توقيع هذه الجزاءات طالما وجدت الأسباب والمبررات التي تستوجب ذلك.[3]

كما تخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد مها لنظام قانوني خاص، إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة وتحقيقا للمصلحة العامة، وقد درجت الإدارة على النص في عقودها وفي الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطتها بتوقيع الجزاءات.[4]

(1)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 37.
(2)- محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 41 و 42.
(3)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 306.
(4)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 143.

وأخيرا يمكن تعريف سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، بأنها ذلك الامتياز الذي يسمح للإدارة بتوقيع الجزاءات المختلفة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية على المتعاقد معها في حال إخلاله ببنود العقد أو دفتر الشروط أو غيرها من المخالفات التي تمثل خطأ تعاقديا من جانبه، وعليه فإن الهدف من ممارسة سلطة توقيع الجزاء في مجال العقود الإدارية هو ضمان الالتزام المتعلق بسير المرفق العام بانتظام واطراد.[1]

الفرع الثاني: الخصائص المميزة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

تنفرد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بعدد من السمات تميزها عن تلك التي توقع في إطار تنفيذ العقود المدنية، وعليه نظرا لأهمية الجزاءات في العقود الإدارية كان لها خصائص ذاتية غير معروفة في قواعد القانون الخاص، وسنعمد إلى بيان هذه الخصائص فيما يلي:

أولا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

المبدأ المستقر فقها وقضاءً أن للإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر بنفسها، ودون انتظار حكم القضاء، ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص، ومبرر السلطة الإدارية هو ضمان حسن التنفيذ المتصل بدوام سير المرافق العامة تحقيقا للصالح العام، ولا تستند الإدارة في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد، بل إلى سلطتها الضابطة لضمان حسن سير المرافق العامة.[2]

وهذا الحق يغطي كقاعدة عامة جميع أنواع الجزاءات التي توقع على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من هذه القاعدة العامة عقوبة واحدة من العقوبات وهي عقوبة إسقاط الالتزام فيجعل توقيعها للقضاء.[3]

أما بالنسبة لأحكام القضاء الإداري المصري في هذا المجال فهي قليلة، إذ يقرر مجلس الدولة المصري في أحكامه حق الإدارة في إسقاط الالتزام في حالة إخلال الملتزم إخلالا جسيما بشروط العقد.[4]

وبالتالي فإن حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها، مشروط بأن يتناسب مع الخطأ المنسوب للمتعاقد مع جهة الإدارة، وإلا اعتبر تصرفها بتوقيع الجزاء من قبيل الانحراف وإساءة استعمال السلطة.[5]

(1)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 42.
(2)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 50 و51.
(3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 478.
(4)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 247.
(5)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 281.

ثانيا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون الحاجة لنص خاص

تملك الإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ولو لم ينص على ذلك في العقد، ويرجع ذلك إلى صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة، بحيث لا يجوز أن يحمي سكوت العقد المتعاقد مع الإدارة من إخلاله بالتزاماته، وإذا نص العقد على بعض الجزاءات، فإن ذلك لا يعني أن تقتصر الجزاءات التي يجوز توقيعها على تلك المنصوص عليها في العقد، بل تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة ماعدا جزاء الغرامة التأخيرية.[1]

ذلك لأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية مستمدة من امتيازات السلطة العامة، التي تتمتع بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وبالتالي فإن استعمال الإدارة لتلك السلطة لا يحتاج لنص يقررها.[2]

ثالثا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لإثبات وقوع الضرر

لما كان من الثابت والمستقر أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وكان الضرر مفترضا كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، فإنه ترتيبا على ذلك تقتضي أحكام وقواعد النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقد الإداري بعدم إلزام الإدارة إثبات أن إخلال المتعاقد بالتزاماته قد أصابها بضرر، وذلك كمبرر لتوقيع الجزاء عليه، ونشير بهذا الصدد إلى أن أحكام القضاء الإداري جاءت مؤكدة لمسلكه المستقر بهذا الشأن، وقد عبر القاضي الإداري عن ذلك بقوله أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، إنما تستهدف تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق.[3]

هذا كله كقاعدة عامة، إلا أنه وبطبيعة الحال تم استثناء منها جزاء التعويض الذي يشترط لقيامه تحقق ركن الضرر فيه.[4]

رابعا: حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء

تتسم الجزاءات الإدارية بأن ميقات توقيعها يكون وفقا لإرادة الإدارة، وعليه يكون لهذه الأخيرة حق اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء وفق ما تراه محققا لضمان سير المرفق العام.[5]

(1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 248 و 249.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 281 و 282.
(3)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 53 و 54.
(4)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 54.
(5)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 282.

حيث تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاء في حالة عدم وجود نص صريح في العقد، يحدد وقتا معينا لتوقيعه في الوقت الذي تراه مناسبا، كما تجدر الإشارة إلى أنه يفضل ألا تطول الفترة التي تسبق توقيع الجزاء بحجة أن للإدارة حق تقدير الوقت المناسب من ناحية، وعدم وجود وقت محدد في العقد يلزمها بذلك من ناحية ثانية، وذلك تفاديا للضرر الذي يمكن أن يصيب المرفق العام جراء التأخر.[1]

خامسا: حق الإدارة في توقيع الجزاء عن طريق القضاء وخضوعها لرقابته

حيث يعد ذلك ضمانة ضرورية لحماية حقوق المتعاقد من تجاوز الإدارة لحدود سلطتها الجزائية، فهو يراقب الإدارة في توقيع الجزاء من حيث مشروعيته ومدى تناسبه مع حجم الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد.[2]

الفرع الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

بالرغم من أن الفقه والقضاء مستقران على ثبوت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري، إلا أن هناك اختلافا في أساسها القانوني، فجانب يؤسسها على مبدأ استمرار و انتظام المرفق العام، وجانب آخر يؤسسها على فكرة السلطة ذاتها، والحقيقة أن كلا الفكرتين تلتقيان في نقطة واحدة هي تحقيق المصلحة العامة من خلال السيرة المنتظمة للمرفق المتعلق بالعقد.[3]

وللوصول إلى معرفة الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري، يجب التطرق إلى آراء الفقهاء والقضاء وذلك على النحو التالي:

أولا: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

تعرف السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات، تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة، وعليه تهدف فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الشخصية، حيث يرى أنصار هذا الفريق بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته معها، يكمن في فكرة السلطة العامة، ويبررون ذلك بالارتباط الوثيق بين العقد الإداري والسلطة العامة، إذ تلعب هذه الأخيرة دورا أساسيا في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد استثنائية حتى ولو لم يكن منصوصا عليها، وذلك لأن السلطة العامة تتميز بخصائص معينة تطبع بها العقود التي تعقدها، كما أن هذه الجزاءات التي توقعها الإدارة من تلقاء نفسها على المتعاقد ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة.[4]

(1)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 63 و 64.
(2)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 55.
(3) - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 132.
(4) - محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 23.

ويعتبر الفقيه (هُوريو) من مؤيدي هذا الاتجاه، إذ يقول" بأنه من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة"، إضافة إلى رأي الفقيه (فيدل) الذي يرى بأن" سلطة الإدارة في مجازاة المتعاقد معها بمقتضى عقد إداري في حالة سكوت نصوص العقد، ينبع من فكرة السلطة العامة".[1]

ثانيا: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

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، ويتمتع المرفق العام بحقوق وامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص، حيث يذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى أن ما يميز العقد الإداري هو اتصاله بنشاط المرفق العام، ذلك أن مقتضيات دوام سير المرافق العامة هي وحدها تبرر ما يخوله النظام القانوني لهذه العقود، وعلى ضوء ذلك يؤسسون فكرتهم على أن أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته معها هو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد.[2]

وقد ذهب الفقيه (جيز) بهذا الشأن للقول" أن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام، يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد، ولذلك فمن المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة...فاحتياجات المرافق العامة هي أساس جزاءات القانون العام"، كما يقول سليمان الطماوي بأن" حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، مردها إلى فكرة أن هذا العقد يستهدف تسيير مرفق عام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي".[3]

حيث أن واقع الحال يبين أن تباين وجهات النظر في بيان الأساس القانوني لهذا الحق، سواء كان يقوم على فكرة السلطة العامة التي يرتبط بها العقد، أم على أساس مبدأ دوام سير وانتظام المرفق العام، إنما يرجع إلى خلاف أعم وأشمل يدور حول تحديد أساس القانون الإداري كله، أي بمعرفة ما إذا كان القانون يجب أن يفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة.[4]

وفي الأخير يتبين لنا أن سلطة توقيع الجزاء تقوم على أساس فكرة المرفق العام لا على أساس فكرة السلطة العامة، هذا لأن جهة الإدارة عندما تفرض الجزاء، فإنما تفرضه خدمة للمصلحة العامة في سير المرافق

(1) ـ حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 75 و 76.
(2) ـ محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 29.
(3) ـ حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 76 و 77.
(4) ـ محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 36.

العامة بانتظام واضطراد، وبذلك يمكن لنا قياس تلك السلطة وانحرافها، بينما في ظل الأخذ بفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء، فإنه يصعب علينا تحديدها مما قد يؤدي إلى تعسف الإدارة.[1]

الفرع الرابع: التكييف القانوني للجزاء في العقود الإدارية

من أجل تحديد الوصف الذي تتطبع به الجزاءات في العقود الإدارية، يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبارها تعويضا جزافيا لجبر الضرر الحاصل للإدارة، أما البعض الآخر فاعتبرها عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، في حين ذهب اتجاه آخر إلى أنها وسيلة الإدارة لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

أولا: الجزاء في العقود الإدارية تعويض للإدارة

يرى جانب من الفقه أن الجزاء في العقود الإدارية هو تعويض للإدارة، نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وإذا كانت القاعدة العامة هي وجوب إثبات الضرر، فإنه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترضا بالمرفق العام، حيث أن القاعدة المسلم بها –وفقا لهذا الرأي– أن كل خطأ، سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أم بالتزام فرضه القانون سبب ضررا لغيره، يلزم من ارتكبه بالتعويض، لذلك فإن التسليم بأن الجزاء في العقود الإدارية هو جبر للأضرار التي لحقت بالإدارة يقودنا إلى أنه ليس تعويضا ذا طابع مالي فقط، بل قد يتخذ صورا متعددة نتيجة للأنواع المتعددة التي يتخذها الجزاء.[2]

ثانيا: الجزاء في العقود الإدارية عقوبة على المتعاقد

إن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، يقتضي توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة من أجل ردعه وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث يتماثل الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي في أن لهما خاصية ردع تقع على مرتكب السلوك الآثم، لذا فمن الضروري أن تكون المصلحة الواقع عليها العدوان بالنسبة للجزاء الإداري مصلحة تستوجب حمايتها، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الجزاءات تختلف من حيث هدفها عن الجزاءات التي تطبق في العقود المدنية، فبينما تستهدف هذه الأخيرة إصلاح الأخطاء والمخالفات التعاقدية وتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به، فإن الجزاء في العقد الإداري يستهدف بالإضافة إلى معنى العقوبة ضمان دوام سير المرافق وانتظامها.[3]

(1) ـ حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 78.
(2) ـ محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 44- 46.
(3)- المرجع ذاته، ص 46 و 47.

ثالثا: الجزاء في العقود الإدارية وسيلة لإجبار المتعاقد على التنفيذ

يرى جانب آخر من الفقه الإداري أن الجزاء المفروض من قبل الإدارة، هو إجراء يحمل بين طياته وسيلة لحمل المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته، وأساس هذا الاختصاص يرجع إلى ضرورة ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن هذا المنطلق يرى أنصار هذا الرأي بأن الإدارة تتمتع بصلاحية فرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يرجع أساسه إلى ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، نظرا للعلاقة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة، ولما كانت الإدارة هي المسؤولة عن إدارتها والإشراف عليها فمن حقها أن تتمتع بسلطة فرض الجزاءات الإدارية، ذلك لإجبار المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته على أفضل وجه.[1]

المطلب الثّاني: أنواع الجزاءات الإداريّة

تختلف الجزاءات التي توقعها الإدارة في العقود الإدارية عن الجزاءات في العقود المدنية، إذ تملك الإدارة المتعاقدة توقيع العديد من أشكال وصور الجزاءات على المتعاقد معها، فقد تكون جزاءات مالية أو جزاءات غير مالية وهذا ما سنبيّنه في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: الجزاءات المالية

هي عبارة عن مبالغ المال الّتي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخلّ بالتزاماته التّعاقدية، سواء امتنع أو تأخر عن تنفيذ التزاماته، أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل، أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة، فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق بالإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، وقد تكون نوعا من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه، وتتمثل أهم هذه الجزاءات في الآتي:[2]

أولا: غرامة التنفيذ غير المطابق (التعويض)

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام عقدي أو التزام يفرضه القانون ويسبب ضررا للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض، إذ أن التعويض في العقود الإدارية يتميز بأن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة، وهي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيل قيمته، ويضاف إلى ذلك أن التعويض في العقود الإدارية لا يعد دائما تعويضا عن ضرر، إذ غالبا ما يمثل إجراءً ضاغطا على المتعاقد توخيا لتنفيذ التزاماتهم على الوجه الأكمل.[3]

(1) ـ محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 48 و 49.
(2)ـ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 145.
(3)ـ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، 38.

إذن فالتعويض في مجال العقود الإدارية هو عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط على النص عن جزاء مالي آخر، كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال مثلا.[1]

مما يعني أن التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص العقد على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال، ومن خصائصه أنّه يهدف إلى جبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير الطرف الآخر، وذلك على العكس من الجزاءات المالية الأخرى، كما أن التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا مقدما في العقد، وإلا أصبح في حكم الغرامات.[2]

كذلك باعتبار العقود الإدارية تستهدف المرافق العامة، فمن مقتضيات ذلك التسيير إعطاء الإدارة سلطة التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها، على ألا تتعسف في الحصول على التعويض من المتعاقد معها وأن تقدره بإنصاف.[3]

وللمتعاقد أن يطعن بالتعويض أمام القضاء، ويجوز للقاضي أن يقرر إعفاؤه منه متى تبين له عدم صحة الأساس الذي يبنى عليه، كما يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغا فيه.[4]

وقد أشار المشرع الجزائري على جزاء غرامة التنفيذ غير المطابق في قانون الصفقات العمومية فنص على أنه" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".[5]

ثانيا: الغرامة التأخيرية

يختلف جزاء الغرامة التأخيرية عن تعويض الأضرار التي تلحق بأحد المتعاقدين، نتيجة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية.[6]

فهي توقع في حالة تأخر المتعاقد عن تنفيذ هذه الالتزامات في الآجال المقررة.[7]

(1)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 119.
(2)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، 227.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 134 و 135.
(4)- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 38.
(5)- انظر المادة 147 فقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(6)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 135.
(7)- حيث تنص المادة 147 فقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر على أنه" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة...فرض عقوبات مالية...".

أ . مفهوم الغرامة التأخيرية

هي مبالغ محددة من المال تقدرها الإدارة مسبقا وتتضمنها نصوص العقد بصفتها جزاءً، يفرض على المتعاقد معها إذا تراخى أو تأخر في تنفيذ التزاماته، وعليه فهي امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد، لأن الضرر يكون مفترضا لتعلقه بتسيير مرفق عام، وفي الغالب تنص العقود التي تبرمها الإدارة على اشتراط الغرامة التأخيرية، حيث تملك الإدارة توقيعها دون حاجة إلى إنذار مسبق أو اللّجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتطبيقها.[1]

وبالتالي فإن الغرامة التأخيرية تعدّ ضمانا لتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها، حرصا على ضمان استمرار سير المرفق العام، ولذلك فإن الغرامات التي ينص عليها في العقد توقعها الإدارة من تلقاء نفسها دونما حاجة إلى استصدار حكم بها متى توفرت شروط استحقاقها.[2]

وتتسم الغرامة التأخيرية بخصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات تتمثل فيما يلي:

- أنها اتفاقية، أي يتفق عليها المتعاقدان حال التعاقد، بحيث إذا خلا منها العقد لا تستطيع الإدارة مطالبة المتعاقد بأدائها إذا توافر تستوجبها، فيشترط لتوقيع غرامة التأخير أن يكون منصوصا عليها في العقد، إذ قضى في هذا الصدد بأن شرط تطبيقها هو أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء أو التعويض المقدر مقدما والذي يلزم به المتعاقد الذي أخل بالتزامه.[3]
- أنها تلقائية، أي تكون بمجرد التأخير، بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصاب الإدارة، بل لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول ضررٍ، وليس للمتعاقد أن يطلب إنقاصها إذا كان الضرر الذي أصاب الإدارة أقل، كما لا يمكن زيادتها حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها، على أن توقيع الغرامة التأخيرية لا يخل بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير، أما إذا خلا العقد والقانون من هذا التقدير الجزافي، فإن القاضي يُعمِل سلطته في تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عن إخلال المتعاقد بالتزاماته.[4]
- أنها تطبق بمقتضى قرار إداري، وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء، وهو إجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص، فجهات الإدارة تخرج على هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار إداري منها.[5]

(1)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 147و 148.
(2)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 150.
(3)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 288 و 289.
(4)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 252.
(5)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495.

- أنها مستحقة، يتم استحقاقها بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد، دونما حاجة إلى التنبيه باستحقاقها.[1]

ب . كيفية احتساب الغرامة التأخيرية وحالات سقوطها

سنتطرق أولا لكيفية حساب الغرامة التأخيرية ثم أذكر الحالات التي تؤدي لسقوطها، وذلك على النحو التالي:

1. كيفية احتساب الغرامة التأخيرية

تختلف الغرامة بحسب نوع العقد، فبالنسبة لعقود مقاولات الأعمال إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة عن التسليم المؤقت في المواعيد المحددة، جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة تأخير، اعتبارا من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي، وتحتسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها، إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر تنفيذه يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط، أما بالنسبة لعقود التوريد، فإنه إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد، فيجوز للسلطة المختصة إعطاؤه مهلة إضافية للتوريد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة، وفي جميع الأحوال يسري حساب غرامة التأخير من بداية المدة المحددة لتنفيذ الالتزام أو من بداية المدة الإضافية التي رأت الإدارة منحها للمتعاقد في ضوء مقتضيات الصالح العام.[2]

أما عن نسبة الغرامة فتحددها الأحكام التعاقدية طبقا لدفاتر الشروط.[3]

2. حالات سقوط الغرامة التأخيرية

بداية لا يجوز النص في العقد على الإعفاء من غرامة التأخير، حيث أن لهذا الإعفاء موجبات في إطار الأحكام العقدية والقانونية واجبة الإتباع، ومع ذلك فإن لجهة الإدارة إعفاء المتعاقد معها من أداء غرامة التأخير، إذا قدّرت أنه لم يترتب على هذا التأخير إلحاق ضرر بها، وذلك استعمالا لحقها في إعفاء المتعاقد معها من كل أو بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد بما في ذلك غرامة التأخير.[4]

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 152.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 285 - 287.
(3)- انظر المادة 147 فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 271.

حيث تسقط غرامة التأخير متى اقتنعت الجهة المتعاقدة أن التأخير نشأ عن أسباب خارجة عن إرادة المتعاقد، وعليه فإن حق الإدارة في استيفاء تلك الغرامة يسقط إذا ما انتفى الخطأ عن المتعاقد.[1]

ويمكن حصر أهم الحالات التي تسقط فيها الغرامة التأخيرية فيما يلي:

2. 1 . حالة حصول التأخير بسبب الإدارة

إذا كانت جهة الإدارة المتعاقدة هي التي تسببت في تأخير المتعاقد عن الوفاء بالتزامه في الميعاد المحدد، فلا يكون لها الحق في فرض الغرامات التأخيرية عليه، ويترتب هذا الأمر سواء كان فعل الإدارة يشكل خطأ من جانبها، أو إهمالا أو كان استعمالا منها بحق غير منازع فيه كإجراء تعديل في طبيعة العمل أو في كميته مثلا.[2]

2. 2 . حالة حصول التأخير بسبب الظروف القاهرة

إذا حالت بين المتعاقد وبين أدائه لالتزاماته التعاقدية في المعتاد قوة قاهرة لم يكن في إمكانه توقع حدوثها وقت التعاقد، فيشترط لاستفادة المتعاقد بهذا الظرف في إسقاط غرامة التأخير أن يقوم بإبلاغ الإدارة فورا عند حدوث ظرف يرى أنه سيكون سببا في تأخير إنهاء الأعمال.[3]

وعليه فإنه متى توافرت شروط القوة القاهرة، المتمثلة في أن يكون الظرف غير متوقع من الطرفين ولا يمكن دفعه، وأن يكون مستقلا عن إرادتهما، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فإنه يعفى المتعاقد من مدة التوقف عن التنفيذ حتى زوالها، ومن ثم يعفى من الغرامة التأخيرية.[4]

2. 3 . حالة حصول التأخير بفعل الغير

يعفى المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا كان التأخير حصل بفعل الغير، كما لو كان تنفيذ العقد مناطا بعدة متعاقدين، وكان تأخر أحدهم في تنفيذ التزامه في الوقت المقرر يعود إلى عدم قيام المتعاقد الآخر بإنجاز العمل المنوط به أو لتأخره بتنفيذه، وكان عمل المتعاقد الأول يعتمد على إكمال عمل المتعاقد الثاني.[5]

2. 4 . حالة موافقة الإدارة على منح المتعاقد معها مهلة إضافية دون تحفظ

من حق المتعاقد أن يطلب من الإدارة مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته، إذ يعد ذلك طلبا لتعديل شروط العقد والمدة المقررة لتنفيذه، وبتحقق موافقة جهة الإدارة عليه يعد رسميا، على ألا تبدي هذه الأخيرة أي تحفظ على

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 153.
(2)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 134.
(3)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 291.
(4)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 136.
(5)- المرجع ذاته، ص137.

ذلك، ومن ثم لا يحق لها فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد إذا تأخر في تنفيذ العقد عن المدة المحددة لذلك قبل التعديل، إذ يعتبر منح الإدارة مهلة مدة معينة سندا قانونيا يعيقه في تحقق مسؤوليته من جانبه، وتأخر المتعاقد خلال هذه المدة اكتسى شرعيته بهذه الموافقة، ولكن يجب أن لا يتأخر عن مدة المهلة وإلا تحققت مسؤوليته واستحقت الغرامة في ذمته.[1]

ونص قانون الصفقات العمومية على حالات الإعفاء على أنه" يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعاقد وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا تفرض العقوبات المالية بسبب التأخير".[2]

ثالثا:مصادرة الكفالة

تعتبر مصادرة الكفالة إحدى الجزاءات ذات الطابع المالي التي توقعها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وعليه فإن جزاء مصادرة الكفالة تحكمه جملة من الأحكام والقواعد القانونية التي ينفرد بها النظام العام للجزاءات عن غيره من الأنظمة القانونية، وتأسيسا عليه يمكننا معالجته من خلال الآتي:

أ . مفهوم الكفالة

يُصطلح على الكفالة بالتأمين، وعليه فالتأمينات هي مبالغ مالية تودع من قبل المتعاقد لدى جهة الإدارة لتتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، حيث يقدم المتعاقد مع الإدارة تأمينا لضمان الوفاء بالتزاماته طبقا للعقد في مواعيدها، وللإدارة أن تصادر هذا التأمين أو جزء منه من تلقاء نفسها، إذا أخل المتعاقد بالتزاماته دون حاجة لأن تثبت الإدارة أن ثمة ضررا قد أصابها.[3]

ومصادرة الكفالة هي عبارة عن شرط جزائي من شروط العقود الإدارية يتم الاتفاق عليه مع المتعاقد جزاءً لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلا أنه يختلف عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص، في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة دون حاجة لصدور حكم من القضاء بذلك ودون أن تستلزم تحقق ضرر ما، وبهذا يكتسب هذا الشرط طبيعته الإدارية.[4]

ويتمتع جزاء مصادرة الكفالة بمجموعة من الخصائص منها:

(1)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 138.
(2)- انظر المادة 147 فقرة 04 و05، من المرسوم الرئاسي 247/15، السابق الذكر.
(3)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 308.
(4)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 150.

- أن الإدارة تتمتع به حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد.
- أن يكون بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية المختصة دون حاجة إلى القضاء مسبقا،كما أن الإدارة لا تلزم حينما تتخذ قرار المصادرة بإثبات أن ضررا ما قد أصابها، فيكفي بذلك أن يتخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة طبقا لشروط العقد.[1]

حيث اتجهت أحكام القضاء في بداية الأمر إلى عدم جواز الجمع بين مصادر التأمين والتعويض، وذلك على أساس أنه لا يحق للإدارة أن تجمع بين أكثر من تعويض، وقد وجد لهذا المسلك تأييد من قبل جانب من الفقه لاسيما في فرنسا ومصر،غير أنه لوحظ أن هذا المسلك قد عدل لاحقا فصدرت أحكام قضائية قضت بإمكانية الجمع بينهما وذلك عند توفر الشروط الآتية:[2]

- ألا يكون العقد أو دفتر الشروط قد حظر على جواز الجمع بين جزائي مصادرة الكفالة والتعويض.
- أن يكون الضرر الذي أصاب الإدارة فعلا قد تجاوز قيمة التأمين النهائي المحدد سلفا في العقد أو دفتر الشروط.

أما بالنسبة للإعفاء من هذه المصادرة، فإنه يكون حق الإدارة في الإعفاء منها فقط في حالة الإعفاء من غرامة التأخير، إذا لم يكن هناك سببا آخر لاستحقاقه، ولها أن تعفي المتعاقد معها من هذا الجزاء إذا ما قدرت أنه لم يلحق بها ضرر ما، وقد يكون الإعفاء صراحة أو ضمنا.[3]

والمشرع الجزائري عرفها في مجال الصفقات العمومية، بوصفها ضمانات ملزمة يؤديها المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة، فنص على أنه" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية...التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة".[4]

ب . أنواع الكفالة حسب المرسوم الرئاسي 15-247

للكفالة عدة أشكال تتمثل فيما يلي:

1. كفالة ردّ التسبيقات

كفالة التسبيقات هي التزامات بنكية بالدرجة الأولى تضمن من ناحية حق المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التموين، وفي المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة استرجاع التسبيق.[5]

(1)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 224 و 225.
(2)- حسن عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 226.
(3)- محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 146.
(4)- انظر المادة 124، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(5)- إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 –2009، ص 84.

وقد نص عليها المشرع الجزائري بقوله" لا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم، وإذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، للمتعهدين الجزائريين... وتحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".[1]

2. كفالة التعهّد

تطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية، فنص على أنه" يجب على المتعهدين، فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق واحدا في المائة من مبلغ العرض...".[2]

3. كفالة حسن التنفيذ

تعد من أهم الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية، يصدها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص، وهي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة.[3]

حيث نص عليها قانون الصفقات العمومية بأنها" زيادة على كفالة ردّ التسبيقات، يتعين على المتعاقد أن يقدم حسب الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة...ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر".[4]

أما بالنسبة لمبلغ كفالة حسن التنفيذ فإنه" يُحدَّد بنسبة تتراوح بين 05 بالمائة و10 بالمائة من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها".[5]

4. كفالة الضمان

وذلك" عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه، عند التسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان".[6]

(1)- انظر المادة110، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(2)- انظر المادة 125 فقرة 01، من نفس القانون.
(3)- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 85.
(4)- انظر المادة 130 فقرة 01 و 03، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(5)- انظر المادة 133 فقرة 01، من نفس القانون.
(6)- انظر المادة 131، من نفس القانون.

كذلك نص المشرع على أجل استرجاع كفالة الضمان على أنه" تسترجع كفالة الضمان...كليا في أجل شهر واحد من تاريخ التسليم النهائي للصفقة".[1]

الفرع الثاني: الجزاءات غير المالية

تملك الإدارة وسائل أخرى تستطيع من خلالها إرغام المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، بما يؤمن حسن سير المرافق العامة المتعلقة بها، وهذه الوسائل أو الجزاءات قد تكون جزاءات ضغط مؤقتة وقد تكون جزاءات منهية للعقد، وسنتناول نوعي الجزاءات غير المالية على النحو الآتي:

أولا: جزاءات الضغط

هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها، لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو ما ينبغي، وهي لا تعني إنهاء العقد بل يظل المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة المتعاقدة، ولوسائل الإكراه المستخدمة في الجزاءات الضاغطة صور عدة تختلف بحسب نوع العقد وهي:[2]

أ. وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز

يكون الالتجاء إلى هذه الوسيلة في عقود التزام المرافق العامة، وذلك بأن تضع الإدارة المرفق تحت الحراسة في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حيث يلاحظ بأنه يمكن الالتجاء إلى هذه الوسيلة دون وجود خطأ من جانب الملتزم، كأن يكون التوقف راجعا إلى القوة القاهرة، وهذا الإجراء لا ينهي عقد الالتزام ولا يؤدي إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي، وإنما كل ما يترتب عليه هو رفع يدّ الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع، وحينها تضع الإدارة المرفق تحت الحراسة، فإما أن تديره بنفسها وإما أن تعهد بتلك الإدارة لحارس مؤقت تختاره، كذلك يجب التفريق بينما إذا فرضت الحراسة دون خطأ منسوب للملتزم، وبين الحراسة كجزاء على تقصير الملتزم وإخلاله بالتزاماته، ففي الحالة الأولى لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية التي ترتبت على إدارة المرفق، في حين يدار المشروع على حسابه وتحت مسؤوليته في الحالة الثانية، وتعتبر سلطة الإدارة في وضع المشروع تحت الحراسة من النظام العام، إلا أنه مادامت الحراسة لا تفرض إلا بقرار إداري، فإنه يجوز النظر في إلغاء ذلك القرار من قبل القضاء إذا كان غير مشروع وليس له ما يبرره، فتلتزم الإدارة بالتعويض الشامل عن الربح والخسارة، عكس حالة الحلول محل المتعاقد في عقود الأشغال العامة، حيث لا يكون في هذه الحالة أمام المتعاقد سوى طلبه التعويض من قبل القضاء.[3]

(1)- انظر المادة 134، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 278 و 279.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 157 و 158.

وعليه فإن هذا النوع من الوسائل الضاغطة كما يشير الفقه، تستهدف تنفيذ العقد تنفيذا عينيا مستهدفا حسن سير المرافق العامة، فهو جزاء مؤقت تستعمله الإدارة لضمان التنفيذ وليس لإنهاء الرابطة العقدية.[1]

ويترتب على وضع المرفق تحت الحراسة بعض الآثار القانونية منها:

- استبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق لحين انتهاء فترة الحراسة.
- تقوم الإدارة بنفسها أو بتعيين حارس محلها بإدارة المرفق محل العقد ويبقى الملتزم مسؤولا عن المرفق.
- يكون من حق الإدارة الإستلاء مؤقتاً على الأدوات اللازمة لاستغلال المرفق والمملوكة للملتزم، على أن تعادله فيما بعد بحالة سليمة.
- تفرض الحراسة على حساب الملتزم حينما يكون الخطأ بسببه، أما إذا لم يكن وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ الملتزم فإن الإدارة تتحمل وحدها مصروفات استغلال المرفق العام.[2]

ب . سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يقصد بهذا الإجراء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وحسابه، وغالبا ما يتطلب قيام الإدارة بهذا الإجراء وجود تقصير أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد، وتنص دفاتر الشروط العامة غالبا على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء.[3]

ومن أسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال ما يلي:

- إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه، على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك برغم تنبيهه كتابة.
- إذا أوقف العمل إيقافا تاما دون سبب معقول.
- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك التنفيذ.
- إذا أعسر أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه.[4]

ويلاحظ أن الإدارة لما تستخدم إجراء السحب، فإنها تملك احتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات ومواد وغير ذلك، وأن تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسؤولة لدى المقاول عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما تملك حجز هذه الأدوات بعد انتهاء العمل

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 163.
(2)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 158 و 159.
(3)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 152.
(4)- المرجع ذاته، ص 153.

ضمانا لحقوقها قبل المقاول، كذلك تجدر الإشارة إلى أنه من المهم التفرقة بين سحب العمل وبين قيام الإدارة بالاتفاق معه، على أن تنجز جزء من المقاولة بنفسها أو بالاستعانة بمقاول آخر، فالمقاول يتحمل النفقات الإدارية في الحالة الأولى ولا يتحملها في الحالة الثانية.[1]

كما يجب على الإدارة حينما تسحب العمل لأي سبب كان احتساب قيمته عند تاريخ سحب العمل، وذلك لأخذه بعين الاعتبار عند تسوية الحساب النهائي للعمل، فعلى المقاول أن يدفع للإدارة عند طلبها منه مبلغ الزيادة والتي تعتبر دينا مستحقا بذمته، كما أنه يجب عليها أن تتوقف عن فرض الغرامات التأخيرية على المقاول وذلك من تاريخ السحب، حيث لا يجوز الجمع بين الغرامات التأخيرية وسحب العمل، وذلك لأن المقاول لم يعد حرًا في إكمال العمل والسيطرة عليه.[2]

وقرار الإدارة المتعاقدة بسحب الأعمال وتنفيذها على حسابه وتحت مسؤوليته خاضع لرقابة القضاء، إذ يكون بوسع المتعاقد في هذه الحالة اللجوء إلى قاضي العقد ليطعن في هذا القرار، مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جرائه.[3]

ج . الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد

يرتبط هذا الجزاء في الغالب بعقود التوريد، فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بالتوريد تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته، فالمتعهد المقصر في عدم توريد ما التزم به، كأن يقدم بضاعة على خلاف المواصفات المتفق عليها أو تأخر في التوريد، يكون قد أخل بدوام سير المرفق العام وهنا يكون على الإدارة إتباع الإجراءات التالية قبل القيام بالشراء على حساب المورد وهي:

- إعطاء المورد مهلة أولية، وذلك بإخطاره عن إهماله لتنفيذ التزاماته التعاقدية مع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا أنه يمكن النص على عدم الإعذار بالعقد.
- تقوم الإدارة بشراء المواد أو الأصناف التي لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على نفقته.

أما ما ينتج من زيادة في الثمن والمصاريف الإدارية، وما يستحق على المتعاقد المقصر من غرامة عن مدة التأخير، فيخصم من مبلغ التأمين المودع ابتداء لدى الجهة الإدارية أو من أي مبلغ آخر يكون مستحقا للمتعاقد لديها، أما إذا كان سعر الشراء لأي صنف من الأصناف المتعهد بها يقل عن السعر الذي كان يجهز بموجبه المتعاقد الأول، فلا يحق له المطالبة بالفرق بينهما.[4]

(1)- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 41 و 42.
(2)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 154- 156.
(3)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 301.
(4)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 171 و 172.

حيث تكون الإدارة المتعاقدة في حالة قيامها بالشراء على حساب المتعهد المقصر، بمثابة وكيل عنه تلتزم بالتزامات الوكيل على النحو الوارد بالقانون المدني، ومن ثم فإذا تسببت بتصرفها في زيادة الأعباء عليه فإن المورد لا يتحمل من الفروق في الأسعار إلا تلك التي ترجع لخطئه.[1]

ثانيا: الجزاءات المنهية للعقد الإداري

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها، قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد، واصطلح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة و" الإسقاط" عندما يتعلق الأمر بإنهاء عقود الالتزام.

أ . فسخ العقد

وفقا لقانون الصفقات العمومية فإنه" إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".[2]

وعليه فإن فسخ العقد الإداري يعد أشد جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها، وعلى نحو تنتهي معه الرابطة التعاقدية، وتترتب عليه آثار خطيرة بحيث يفقد المتعاقد كافة حقوقه، لذلك لا يتم فرض هذا الجزاء إلا في حالة الخطأ الجسيم والمتكرر من قبل المتعاقد وإلى الحد الذي تفقد الإدارة الثقة به تماما، ويصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم.[3]

حيث يفسخ العقد إذا ثبت استعمال المتعاقد للغش في تعامله مع الإدارة أو في الحصول على العقد الإداري، وذلك بأن يقدم المتعاقد بضائع مغشوشة على أنها البضائع الأصلية، مع علمه التام بأنها بضائع مغشوشة لا تصلح للاستعمال، وإنهاء العقد وفقا لهذه الحالة يقع بقوة القانون دون أن يكون للجهة الإدارية أي سلطة تقديرية في الإنهاء.[4]

وعليه فإن فسخ العقد للغش والتلاعب، يجد مبرره في أن المتعاقد بسلوكه هذا قد فقد ثقة الإدارة المفترض توافرها فيه، إضافة إلى افتقاده لشرط تنفيذ العقد بحسن نية، وهو الأمر الذي يجب أن يسود تنفيذ كافة العقود الإدارية.[5]

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 303.
(2)- انظر المادة 149 فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(3)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 311.
(4)- عاطف محمود عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 583 و 584.
(5)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 310.

ب . الإسقاط

وهو مصطلح أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام، وعليه فالإسقاط هو طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعية، وما هو إلا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها في إدارته للمرفق، ولا يستحق الملتزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه، وبهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد، الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة الامتياز حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانب الملتزم، مقابل تعويض يكون واجبا على الإدارة لقاءً على حرمان الملتزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة الالتزام، كما تملك الإدارة هذا الحق حتى لو لم ينص عليه، لكن المعتاد أن عقود الامتياز تتضمن نصا خاصا ينظم هذه الحالة لأهمية هذه العقود، ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر مجلس الدولة الفرنسي على اعتبارها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط هي التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، والإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال، أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة مانحة الالتزام أو إخلاله بالتزام جوهري في العقد، ويتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تحذر الملتزم ولو لم ينص العقد أو الشروط على ذلك.[1]

المطلب الثالث: القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

أشرنا سلفا إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر معها أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، تمثل امتيازا كبيرا لا تعرفه مبادئ عقود القانون الخاص، ولكن بالرغم من ذلك فإنها تبقى مقيدة بالقاعدة العامة، التي توجب أن تكون جميع تصرفاتها بقصد تحقيق الصالح العام، وقد عدت تلك الحدود بمثابة ضمانات للطرف الآخر اتجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، وتمثل تلك الضمانات بحسب الفقه قيودا مفروضة على الإدارة وأبرزها:

الفرع الأول: وجوب وجود خطأ من المتعاقد

كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية، تمثل خطا عقديا، حيث يأخذ هذا الأخير أشكال مختلفة تتفق مع طبيعة العقد محل الإجراء، ففي عقد التزام المرافق العامة يتمثلهذا الخطأ في تعطيل المرفق كليا أو جزئيا بفعل المتعاقد، الأمر الذي يدفع بالإدارة إلى وضع هذا المرفق تحت الحراسة على نحو ما رأينا سابقا، وفي عقد الأشغال العامة يأخذ الخطأ التعاقدي صورتين أولهما إخلال المقاول بأي شرط من شروط التعاقد، وثانيهما عدم احترامه للأوامر المصلحية.

(1)- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 43 و 44.

أولا:الإخلال بشروط العقد

للإدارة المتعاقدة حق سحب العمل من المقاول في حالة إخلاله بأي من شروط التعاقد، ومن هنا فإن الإخلال بأي من شروط التعاقد أيًا كانت أهمية هذا الشرط، يعد خطأ تعاقديا يرتب أثرا هاما وهو سحب العمل من المقاول، ويأخذ حكم هذا الإخلال إهمال المتعاقد أو إغفاله القيام بأحد التزاماته التعاقدية.[1]

ثانيا: عدم احترام الأوامر المصلحية

إذا ما خالف المتعاقد الأوامر المصلحية التي توجهها له الإدارة والمتعلقة بالتعاقد، فإن هذه الأخيرة يكون بوسعها إما إلغاء التعاقد، وإما تنفيذه على حساب المتعاقد المخالف للأوامر المصلحية وتحت مسؤوليته، ولا يقتصر التزام المقاول بالخضوع للأوامر المصلحية على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكن يمتد أيضا ليشمل التعديلات التي قد تفرضها الإدارة، مثال ذلك أعمال ضرورية تقتضيها قوة قاهرة، فإذا رفض المقاول تنفيذها، اعتبر ذلك عدم احترام لأمر مصلحي يجيز للإدارة وضع وتنفيذ العقد تحت إدارتها المباشرة، أما إذا تضمن الأمر المصلحي أعمالا لا يشملها العقد وتنطوي على مساس بتوازنه المالي.[2]

أما بالنسبة لعقود التوريد فقد يكون الخطأ في عدم التوريد في المهلة المحددة في العقد، وهذا ما يعرض المتعاقد إلى جزاء الغرامة التأخيرية أو الشراء على حساب المورد، كما يشترط أن الإدارة لا يمكنها توقيع جزاء الفسخ، إلا بارتكاب المتعاقد لخطأ على درجة كبيرة من الجسامة، وبالتالي يجب أن يتلاءم الجزاء وجسامة الخطأ.[3]

الفرع الثاني: وجوب إعذار المتعاقد

وهو أن تقوم الإدارة بتنبيه المتعاقد معها أنه إذا استمر في الإخلال بالتزاماته، فإنها ستوقع عليه جزاء من الجزاءات السابقة، وشرط الإعذار لا نجده في كل الجزاءات، حيث أن جزاء الغرامة التأخيرية لا يشترط فيها الإعذار، وإلا فقد الغاية من توقيعها، أما بالنسبة للجزاءات الضاغطة الأخرى فتلتزم الإدارة قبل توقيعها بإعذار المتعاقد معها، وهذا الإعذار أيضا يجب القيام به قبل توقيع جزاء الفسخ، ولا تعفى الإدارة من هذا الإعذار إلا إذا كان نص صريح في العقد أو القانون يقضي بذلك.[4]

(1)- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 304.
(2)- المرجع ذاته، ص 305.
(3)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 285 و 286..
(4)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 158 و 159.

حيث نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ على أنه" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد".[1]

الفرع الثالث: مشروعية قرار توقيع الجزاء

بما أن الإدارة عند توقيعها أي جزاء من الجزاءات السابقة يكون عن طريق إصدارها قرار، لذلك يجب أن يكون هذا القرار مشروع، كما يجب على الإدارة مراعاة ملائمة الجزاء المطبق والمخالفة المرتكبة وعدم التعسف والمغالاة في تطبيق هذا الجزاء وإلا تعرض قراره للإلغاء من طرف القضاء إذا ما طعن فيها المتعاقد.[2]

(1)- انظر المادة 149 فقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 247 و 248.

الفصل الثاني:

حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري

يترتب على تنفيذ العقد الإداري كغيره من مختلف العقود مجموعة من الحقوق والالتزامات في ذمة طرفي العلاقة التعاقدية، فما هو حق لأحد الطرفين يعتبر التزاما للطرف الآخر والعكس، حيث أن التزامات الإدارة المتعاقدة تعتبر حقوقا للطرف المتعاقد معها من جهة، وحقوقها تعتبر التزامات في ذمة المتعاقد من جهة أخرى.

حيث تحكم موضوع حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة قاعدتان أساسيتان، أولهما أن الطرف المتعاقد مع الإدارة يستمد حقوقه والتزاماته من العقد الإداري ذاته، أما القاعدة الثانية فتتمثل في أن الطرف المتعاقد مع الإدارة هو شخص عادي يسعى دوما لتحقيق الربح.

وعليه فإننا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الأول:

حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري

يتمتع المتعاقد مع الإدارة بمجموعة من الحقوق مقابل السلطات الواسعة التي تملكها الإدارة والتي سبق ذكرها، وهي حقوق اعترف بها الفقه والقضاء الإداري حتى يتمكن المتعاقد من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وحتى يستطيع المرفق العام الاستمرار في أداء خدماته، وهي أيضا مقررة بحكم القانون حتى ولو لم ينص عليها العقد، ومن ثمة يمكن تلخيص حقوق المتعاقد مع الإدارة في حقه في احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية، وحقه في التسوية المالية، وكذا حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

وسنتناول كلا من هذه الحقوق في المطالب الآتية:

المطلب الأول: حق المتعاقد في احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية

مثلما يتولد عن العقد الإداري من التزامات في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، فإنه يترتب على العقد التزامات عقدية في مواجهة الإدارة ذاتها، والحقيقة إذا كانت فكرة السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة دائما تضيف التزامات أخرى على المتعاقد –كما رأينا سابقا–، فإن تلك السلطة ليست مطلقة وإنما محددة بما تمليه ظروف تنفيذ العقد، وبقصد تحقيق أهداف مشروعة تتعلق بالمصلحة العامة.

كما يترتب على مخالفة الإدارة لالتزاماتها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيعه، وسنعرض فيما يلي بيان مدى التزام الإدارة بالعقد الإداري، وجزاء مخالفتها لالتزاماتها العقدية.

الفرع الأول: مدى التزام الإدارة بالعقد المبرم معها

إذا كان للإدارة حق التحرر من التزاماتها التعاقدية في بعض الحالات، فإن سلطة الإدارة في هذا الخصوص ليست سلطة مطلقة تمارسها وفقا لمحض اختيارها وترخصها، ولكنها سلطة محددة لا تُمَارَس إلا إذا توافرت شروط معينة وبقصد تحقيق أهداف المصلحة، ولم يسلم مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر للإدارة بتلك السلطة الخطيرة، إلا بقصد تمكين الإدارة من تحوير العقد بما يجعله ملائما للصالح العام، ولكن تلك السلطة لا تعني بأي حال من الأحوال عدم التزام الإدارة بعقودها.[1]

وتنحصر التزامات السلطة الإدارية المتعاقدة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، في أن تلتزم بالعقد الذي أبرمته، ولا يجوز لها التحلل والتخلص من الرابطة التعاقدية بالعدول كلية عن العقد الذي أبرمته، وأن تلتزم بتنفيذ

(1)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 542 و 543.

شروط العقد تنفيذا سليما وكاملا، وكذلك تلتزم بالامتناع عن القيام بأي عمل أو إجراء يتعارض مع التزاماتها التعاقدية إزاء الطرف المتعاقد معها.[1]

وعليه فإن أول التزامات الإدارة في هذا الصدد، هو أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه، مع مراعاة طبيعة العقد، وبالتالي لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات، وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية – كما سنرى في الفرع الثاني – وذلك مع مراعاة حقها في إنهاء العقود الإدارية إذا اقتضى الصالح العام ذلك، ولا يكفي أن تنفذ الإدارة العقد وإنما يتعين عليها عند تنفيذه احترام كافة الشروط الواردة به وفيما يتعلق بكافة الالتزامات، ومن أكثر الشروط التي تعرض لها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو شرط عدم المنافسة، إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة عن هذا الشرط، كما في حالة تغير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة مثل استعمال الكهرباء في الإنارة بدل الغاز...الخ، وقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تؤكد ذلك من خلال ضرورة احترام الإدارة لشرط الترخيص، وكذلك عدم وضع العقبات والمنافسات أو زيادة أعباء وتكاليف المتعاقد معها.[2]

كذلك مثلما يكون على المتعاقد الالتزام بالتنفيذ بحسن نية، فإنه يجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية أيضا، فلا يجوز لها أن تتعسف في عدم قبول بعض الأعمال التي قام بها المتعاقد في عقد شغل عام أو عدم قبول مواد وسلع في عقد توريد، إذا كانت الشوائب التي تلحق بهذه وتلك لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، وإزاء سلطة الإدارة في تعديل مضمون العقد فنيا أو زمنيا، كما أن الإدارة وقد التزمت بعقد مع أحد الأشخاص، فإنه ينبغي عليها أيضا أن تمهد وتوفر السبل الكفيلة لقيام أو لبدء المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، وقد نظمت الشروط العامة للأعمال الهندسية هذه الالتزامات على النحو التالي ومن ذلك:[3]

- الحق للمقاول بالكشف عن موقع العمل، لكي يقتنع بنفسه بحالة وطبيعة مكان العمل وما يحيط به وسبل الوصول إليه ووسائل الراحة التي قد يحتاج إليها هذا الأخير، وكميات وطبيعة العمل والمواد اللازمة لإكمال الأعمال، وله الحق في أن يحصل على جميع المعلومات الضرورية الخاصة بالمخاطر والاحتمالات الأخرى.
- على الإدارة المعنية أن تضع تحت تصرف المقاول حالما يصدر المهندس أمره التحريري بالمباشرة بالأعمال على ذلك الجزء من موقع العمل، الذي يتطلبه تمكين المقاول من المباشرة والسير في إنشاء الأعمال طبقا للمنهج الموضوع له، وعلى الإدارة من وقت لآخر حسب تقدم الأعمال، أن تضع تحت تصرف المقاول الأقسام الأخرى من الموقع على النحو المطلوب لتمكينه من تنفيذ التزاماته حسب المطلوب، وإذا تعرض

(1)- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2014، ص 220.
(2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 543 و 544.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 200 و201.

المقاول لتأخير أو تكبد مصروفات بسبب إخفاق الإدارة في السماح له بتسلم موقع العمل جاهزا، فعلى المهندس أن يمنح تمديدا في المدة لإكمال العمل وأن يقدم المبالغ التي يراها عادلة لتغطية المصروفات التي يطالب بها المقاول، والتي يجب أن تدفعها الإدارة إليه، وفي عقود التوريد على الإدارة أن توفر ما هو لازم من مخازن وأماكن طرح البضائع من قبل المورد، وفي عقود التزام المرفق العام على الإدارة أن لا تحجب على المتعاقد سلطاتها التي كانت مخولة بها أصلا في إدارة المرافق العامة، لأنه بدونها لا يستطيع إدامة سير المرفق الذي تحت إدارته.[1]

الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية

إن القاعدة الأساسية تتمثل في أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية يستتبع توقيع جزاء عليها، غير أنه إذا كانت الإدارة تستطيع أن تفرض بإرادتها المنفردة الجزاءات ضد المتعاقد معها، فإن هذا الأخير لا يملك بإرادته المنفردة هذه السلطة، وإنما عليه أن يعرض الأمر على القضاء ليتولى اقتضاء حقه له.[2]

فالجزاءات التي يمكن أن توقع على الإدارة، إذا قصرت في تنفيذ التزاماتها العقدية ليست بكثرة وتنوع الجزاءات التي توقع على المتعاقد معها، وهي لا تشمل على وجه الخصوص إجراءات الضغط ولا الجزاءات الجنائية، ومن ناحية أخرى فإن المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي، كما أن المتعاقد في هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص، وبالتالي لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرضه عليها من التزامات، إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ بطبيعة الحال.[3]

ويمكن إجمال هذه الجزاءات في التعويض المناسب للمتعاقد، الذي يعتبر المسلك الأصيل للقضاء الإداري في هذا المجال، ويتم تقديره وفقا لدرجة الضرر لا الخطأ ومع مراعاة دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركا تحمل كل منهما نصيبه فيه، بالإضافة إلى حكم القاضي بفسخ العقد لخطأ الإدارة بناء على طلب المتعاقد، وهذا هو أخطر الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة وتترتب عليه نتيجتان رئيسيتان هما:

- نهاية العقد، ويرتد أثر الحكم في هذا الخصوص إلى تاريخ رفع الدعوى.
- استحقاق المتعاقد للتعويض، وهنا التعويض كامل، يغطي كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة وما يفوته من كسب بسبب فسخ العقد.[4]

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 201.
(2)- المرجع ذاته، ص 202.
(3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 548.
(4)- المرجع ذاته، ص 551 و 553.

المطلب الثاني: حق المتعاقد في التسوية المالية

يمثل الهدف الأساسي الذي يسعى إليه المتعاقد مع الإدارة من عملية التعاقد، حصوله على مقابل مالي لقاء ما يقوم به من أعمال وما يقدمه من خدمات، كما يحق له الحصول على تعويض لجبر ما لحق به من أضرار أثناء وبسبب تنفيذه للعقد الإداري.

الفرع الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

يختلف المقابل المالي باختلاف العقود الإدارية، وتبعا لنوع الخدمة التي تقابله، فإن كان المتعاقد مع الإدارة يقدم الخدمة للمنتفعين مباشرة، فإن المقابل هو عبارة عن "رسم" يحصل عليه المتعاقد في عقود امتياز المرافق العامة من قبل الجمهور المنتفع مباشرة، وإن كان المتعاقد يقدم الخدمة مباشرة للإدارة، فإن المقابل هو ثمن، كما في عقود التوريد أو عقود الأشغال العامة.[1]

حيث يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة، لتغطية التكاليف والنفقات التي يتحملها لتنفيذ العقد.[2]

وقد يصاحب المقابل المالي المقرر للمتعاقد بصفة أصلية مزايا مالية أخرى، كضمان حد أدنى من الربح أو التزام الإدارة بإقراض الملتزم في حدود معينة، أو ضمانه في بعض القروض...الخ، ويلاحظ أن حق المتعاقد في الحصول على المقابل النقدي لا يظهر في كل العقود، فمن العقود ما يلتزم فيه المتعاقد بأداء مقابل نقدي للإدارة كعقد المساهمة في نفقات مشروع ذي نفع عام، وعقود بيع الإدارة أو إيجارها لبعض أموالها.[3]

وعلى أية حال وبغية توضيح حقوق المتعاقد في هذا المجال، فإن أغلبها يكون في صورتين هما الثمن والرسم.

أولا: الثمن

يتخذ المقابل المالي في معظم العقود الإدارية المعروفة صورة الثمن، وهو مقابل مادي لما أداه المتعاقد من أعمال في عقود الأشغال العامة أو ما ورده من أصناف في عقد التوريد وكذا عقود النقل، وفيما يلي نعرض كيفية تحديد الثمن ثم طريقة تسديده.[4]

(1)- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه الدولة، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري- قسنطينة، 2011- 2012، ص 148.
(2)- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 356.
(3)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 281.
(4)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 561

أ . تحديد الثمن

يُجمِع غالبية الفقهاء على أن الثمن الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد هو من الشروط التعاقدية، التي تخضع لتفاوض واتفاق إرادة طرفي العقد، ذلك لأن المتعاقد هو شخص يسعى لتحقيق الربح، ولا يمكن أن يبرم العقد إلا إذا كان راضيا على الثمن الذي سيحصل عليه مقابل الأشغال التي سينفذها، وهذا ما يستبعد إنفراد الإدارة بتحديد الثمن ثم إجبار المتعاقد على إبرام العقد، فهي حتى ولو اقترحت الثمن فإن للمتعاقد كامل الحرية في إبرام العقد.[1]

حيث يحدد الثمن بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد، والأصل أن يتم تحديده برقم محدد، لكن قد يحدد بطريقة أخرى كالإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساسا للمحاسبة، إضافة إلى أن طريقة تحديد السعر تختلف وفقا لطبيعة العقد المبرم، ففي عقد الأشغال العامة مثلا قد يحدد المتعاقدان سعرا إجماليا للعملية كلها، وقد يحدد سعرا لكل نوع من الأعمال التي يقوم عليها المشروع، وقد يحدد السعر بحسب وحدة معينة من وحدات القياس كالمتر المربع، وفي عقود التوريد قد يحدد السعر للكمية المطلوب توريدها بحيث يحدد سعر كل سلعة على حدة.[2]

ولذلك فإن كيفية تحديد ثمن العقد ليست واحدة بل هي متعددة، وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية بأنه" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفقا للكيفيات الآتية:

. بالسعر الإجمالي والجزافي.

. بناء على قائمة سعر الوحدة.

. بناء على نفقات المراقبة.

. بسعر مختلط.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة مراعاة لاحترام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزافي".[3]

(1)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 148 و 149.
(2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 561 و 562.
(3)- انظر المادة 96، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

وعليه فإن هذه الصفة التعاقدية لشرط الثمن هي ما تجعل الأخير خاضعا لمبدأ "الثبات"، فلا يجوز تعديله أو المساس به إلا بموافقة الطرف الآخر، وذلك لاعتبارات عملية وقانونية، فمن الناحية العملية لو أُعطيت الإدارة حرية تعديل الثمن بإرادتها المنفردة، لعزف الأفراد عن التعاقد معها، أما من الناحية القانونية فإن سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط عقدها، إنما يستند إلى اتصال العقد بالمرفق العام وكذا مقتضيات حسن سيره، أما بالنسبة للشروط المتصلة بالمقابل المالي أو ثمن تنفيذ الأشغال، فلا صلة لها بتسيير المرفق وبالتالي فلا أساس لتعديلها.[1]

لكن استقرار السعر المتفق عليه في العقد لا يعني جموده المطلق، بل يجوز تعديل السعر الأصلي إما باتفاق الإدارة والمتعاقد، وحينئذ يجب أن تكون نية التعديل قاطعة وأن توافق على التعديل السلطة المختصة بإبرام العقد الأصلي، وإما أن يصدر قانون بتعديل الأسعار أو بتخويل أحد الطرفين المتعاقدين، الحق في مطالبة تعديل السعر المتفق عليه أصلا.[2]

فإذا كان تحديد الثمن أساسه إرادة طرفي العقد، فإن المساس به أيضا يبقى رهن إرادتهما، وعمليا يتم تعديل ثمن العقد بإرادة الطرفين بعدة طرق منها:

1. إبرام ملحق للعقد، قد يلجأ المتعاقدان إلى إبرام اتفاق جديد، يكون ملحقا بالعقد الأصلي، وذلك بالتعبير الصريح من الجهة المختصة عن النية في تعديل ثمن العقد أو الصفقة.

2. مراجعة الأسعار، وهو شرط لا يتناقض مع مبدأ ثبات الثمن، ويتم وضعه مسبقا حتى لا يتأثر تنفيذ العقد في حال ظهور مستجدات جديدة، لأن طرفي العقد في شأن تحديد الثمن يتوقعان حدوث تطور أو ظهور عوامل ومعطيات تؤثر في الأسعار، كتقلب أسعار مواد الإنجاز مثلا.

3. تحيين السعر، يكون من أجل إعادة النظر في ثمن العقد المتفق عليه بغية مراعاة التغيرات الاقتصادية بين تاريخ تحديد الثمن وتاريخ معين لاحقا عليه.[3]

أي أنه استثناءً يمكن التحيين فيه أو المراجعة، حيث نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية على أنه" يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابل للمراجعة"، وفي الفقرة الأخيرة من نفس المادة نص على أنه" يمكن أن يحين السعر حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 98، 99، 100، 105 من هذا المرسوم". [4]

(1)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص149.
(2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 568 و 569.
(3)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 151 و 152.
(4)- انظر المادة97، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

ب . آليات دفع الثمن المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247

إن الإدارة عند تعاقدها تقوم بدفع المقابل المالي للمتعاقد معها بعد أداء الخدمة المطلوبة منه، ففي عقود التوريد مثلا لا يحصل المتعاقد على الثمن إلا بعد حصول الإدارة على التوريدات المطلوبة، وفي عقد الأشغال العامة لا يحصل على الثمن إلا بعد انجاز كل الأعمال المتفق عليها، ولا يحصل الموظف على راتبه إلا بعد شهر من أدائه للخدمة أو بطريقة دورية حسبما هو متفق عليه.[1]

وعليه فلا يستحق المتعاقد الثمن إلا إذا وفى بالتزامه كاملا وعلى الوجه السليم، وذلك وفقا للقاعدة العامة المتبعة، وهي أن الدفع لا يكون إلا بعد تنفيذ العقد وتسوية الحساب الختامي.[2]

غير أن المشرع الجزائري يدرك ما يترتب على تطبيق هذه القاعدة من سلبيات، ومنها صعوبات التمويل التي يتعرض لها المتعاقد خاصة في المشاريع الكبيرة التي يستغرق انجازها مدة طويلة، وعليه خرج المشرع عن القاعدة العامة وذلك بتخويل الإدارة إمكانية صرف مبالغ على شكل سلفة، أو دفع تحت الحساب قبل إتمام تنفيذ المشروع.[3]

وهذا يعني أنه يتم الحصول على الثمن بعدة طرق منها أن يكون عن طريق الدفع دفعة واحدة، كما يمكن أن يكون الدفع على نظام الأقساط، وإما عن طريق التسبيق المالي.[4]

فمن الأساليب التي وضعها المشرع، تلك المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، حيث نص على أنه" تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب وبالتسوية على رصيد الحساب".[5]

وهذه الطرق سنتعرض لها تباعا حسب الآتي:

1. التسبيقات

يعرف المشرع الجزائري التسبيق بأنه" كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة".[6]

(1)- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 537.
(2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص572- 575.
(3)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 178.
(4)- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف - الجزائر، 2010، ص 296.
(5)- انظر المادة 108، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(6)- انظر المادة 109 فقرة 01، من نفس القانون.

حيث تعدّ التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن العقد، فهي مبالغ مالية تدفع من الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة.[1]

كما نص المشرع الجزائري على أنواع التسبيق في قانون الصفقات العمومية على أنه" تسمى التسبيقات حسب الحالة، جزافية أو على التموين".[2]

فالتسبيق الجزافي هو المبلغ المدفوع من قبل الإدارة للمتعاقد معها بناءً على نسبة محددة مسبقا في العقد، والتي يجب ألا تتجاوز العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة بـ 15 بالمائة من سعر العقد ككل، أما التسبيق على التموين فلم يحدد قانون الصفقات العمومية نسبته، كما هو الشأن بالنسبة للتسبيق الجزافي، ولكنه أفاد بعدم تجاوز المبلغ الجامع بينهما نسبة 50 بالمائة من المبلغ الإجمالي للعقد.[3]

2. الدفع على الحساب

نص المشرع الجزائري على أن" الدفع على الحساب تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة".[4]

حيث يمكن الإدارة المتعاقدة تسديد دفعات على الحساب للمتعاقد معها حسب الأعمال المنجزة خاصة في عقود الأشغال العامة، بحيث أنه كلما تم إنجاز جزء من تلك الأعمال يتقدم المتعاقد إلى ممثل الإدارة بتقرير حول هذا الإنجاز، ليتقاضى مقابل هذا الجزء المنجز من الأعمال، وهذا طبعا على أن تكون هذه الأعمال المنجزة توافق الشروط المتعاقد عليها مع الإدارة، كما أن هذه الدفعات تخصم من المبالغ النهائية للمتعاقد، أما بالنسبة لعقود التوريد فيمكن للإدارة دفع جزء من الثمن في مقابل جزء معين من التوريدات التي قام المتعاقد بتوريدها فعلا.[5]

أي أنه" يمكن أن يقدم الدفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة ".[6]

(1)- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 77.
(2)- انظر المادة 111، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(3)- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 78.
(4)- انظر المادة 109 فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(5)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 282 و 283.
(6)- انظر المادة 117، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

3. التسوية على رصيد الحساب

عرفها المشرع الجزائري بأنها" الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التوريد الكامل والمرضي لموضوعه".[1]

حيث يتضح من النص أعلاه أن التسوية على رصيد الحساب تتخذ صورتين، تتمثل الأولى في الدفع المؤقت، بحيث لا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا كان منصوص عليها في العقد.[2]

أما الصورة الثانية فتتمثل في الدفع النهائي، حيث تأتي التسوية النهائية في آخر مراحل التسديد، ويترتب عنها ردّ اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي يكون المتعاقد قد كونها بصدد العقد، إضافة إلى أن الإدارة ملزمة بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من استلام الكشف أو الفاتورة.[3]

ثانيا: الرسم

هو الصورة الثانية من المقابل المالي الذي تستقل الإدارة بتحديده ويحصل عليه الملتزم في عقد التزام المرافق العامة، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الالتزام، وبما أن هذا المقابل ليس أجرا وليس ثمنا، فإنه يختلف عن الشروط التعاقدية المتعلقة بالمزايا المالية الواردة في بقية العقود الإدارية، والتي لا يجوز أن تتناولها سلطة التعديل من جانب الإدارة كما أشرنا سابقا، وعليه فإن الرسوم في عقود التزام المرفق العام تعتبر الشروط المتعلقة بها من قبيل الشروط العامة التنظيمية، بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديلها من تلقاء نفسها.[4]

ولقد ذهب الفقه التقليدي في أول الأمر إلى أن الرسم من الشروط التعاقدية التي لا يمكن للإدارة أن تتناولها بالتعديل، ولكن هذا الرأي أصبح مهجورا في الوقت الحاضر فقها وقضاء وتشريعا، إذ يستثنى المقابل المالي في حالة عقد الامتياز، وتعتبر الشروط المتعلقة به من قبيل الشروط التنظيمية واللائحية، ومن ثم فإن هذا المقابل لا يسمي أجرا بل يسمى رسما، تمييزا له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة في العقود الأخرى، وعليه نميز بين حالتين بالنسبة للرسوم تتمثل الأولى في علاقة الإدارة والملتزم بالمنتفعين، وذلك باعتبار الشروط المتعلقة بالرسم ذات طبيعة تنظيمية لائحية، ومنه جواز إجراء تعديلات عليها، أما الحالة الثانية فتتمثل في

(1)- انظر المادة 109 فقرة 03، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(2)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 183.
(3)- مصطفى مبروكي، الرقابة على إبرام الصفقات العمومية، مذكرة نيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر – بسكرة، 2013 -2014، ص 103.
(4)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 220.

علاقة الإدارة بالملتزم نفسه، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن مسألة الرسم تعتبر من الشروط التعاقدية وبالتالي لا يجوز للإدارة تعديلها، وهكذا ينتهي هذا الرأي إلى ازدواج طبيعة هذه الشروط.[1]

حيث يتم تحديد الرسم المنتفع به في عقود الامتياز، إما بالنص عليه في العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة به، وتلجأ الإدارة إلى تحديدها للرسم إلى إحدى الطرق الآتية:

- أن تنفرد بتحديد الرسم بعد استشارة الملتزم.
- أن تحدد الرسم بصورة قطعية دون استشارة الملتزم.
- أن تكتفي الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسم، تاركة للملتزم حرية تقديره في حدود الحد الأقصى الذي حددته له الإدارة سلفا.[2]

وهناك بعض القيود الواردة على حرية الإدارة والملتزم فيما يتعلق بتحديد الأسعار، منها ضرورة أن يكون الرسم الذي يدفعه المنتفعون متساويا بالنسبة لجميع المنتفعين، وذلك تطبيقا لمبدأ المساواة في الانتفاع من المرافق العامة، ولكن هذه المساواة لا تحول دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيف في الأجور أو الإعفاء منها، كما تجدر الإشارة إلى أن تعريفات الأسعار لها قوة القانون والتي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها.[3]

وإذا كان الرسم المحدد بمقتضى عقد الالتزام يلزم المتعاقد، بحيث لا يجوز المطالبة بالحصول على أكثر منه، فإن من المسلم به أن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تتفق مع الملتزم على زيادة الرسم لمواجهة ظروف جديدة، بشرط مراعاة الإجراءات المقررة في هذا الصدد.[4]

الفرع الثاني: حق المتعاقد في اقتضاء التعويض

يستحق المتعامل المتعاقد بعض التعويضات إلى جانب حقه الأصيل في اقتضاء المقابل المالي، ويرجع ذلك لأسباب متعددة، فقد تكون على أساس قواعد المسؤولية للإدارة، وقد تكون على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب وذلك على النحو التالي:

أولا: اقتضاء التعويض على أساس قواعد المسؤولية

يكون التعويض في هذه الحالة بناءً على مسؤولية الإدارة التعاقدية أو التقصيرية، إذ هناك حالات معينة يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة بعض التعويضات من جهة المصلحة المتعاقدة، حيث يتمثل أهمها في

(1)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 578.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 208.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 213.
(4)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 282 و 283.

حصول المتعاقد على مبالغ مالية في حالة ما إذا لحقت أضرارا به، نتيجة وقوع خطأ من جانب الإدارة أو بسبب عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية، ومثال ذلك عدم تقديم التسهيلات التي التزمت بها إلى المتعاقد ليبدأ في تنفيذ العملية في عقود الأشغال العامة، أو التأخير في تسليم وسائل التوريد التي يرسلها المورد في عقود التوريد لمدة غير معقولة، وعليه تقوم مسؤولية الإدارة العقدية في هذه الحالة عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.[1]

وذلك عندما تقوم الإدارة بفسخ العقد أو سحب العمل في غير الحالات التي تنص عليها القوانين، وأيضا عندما تقوم بإجراء جزائي ضد المتعاقد دون إنذار في المجالات التي تستوجب الإنذار، حيث أن الفسخ التقديري للعقد الإداري قد يحرم المتعاقد من بعض المزايا المالية التي يجلبها له التنفيذ الكامل للعقد، سواء نتيجة ما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب، غير أن القضاء اعترف بقيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق المصلحة المتعاقدة، وعلى هذا الأساس فإن المتعاقد يستحق تعويضا كاملا عن إنهاء عقده لضرورة الصالح العام ودون حاجة لإثبات خطأ الإدارة، لأن هذه الأخيرة استعملت حقا خوله القانون لها، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن عدم قيام الإدارة بتنفيذ الأشغال التي التزمت بها في العقد يستوجب مسؤوليتها عن التأخير، وكذا التزامها بالتعويض.[2]

بالإضافة إلى ما سبق فقد نص المشرع الجزائري على حق المتعاقد في التعويض، عن التأخير في دفع مستحقات الإدارة المتعاقدة من خلال قانون الصفقات العمومية، حيث نص على أنه"... يخول عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه للمتعامل المتعاقد وبدون أي إجراء، الحق في الاستفادة من فوائد التأخير...".[3]

ثانيا: اقتضاء التعويض على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب

تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري فإنه ينص على أنه" كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيئ له منفعة ليس لها ما يبررها،يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيئ".[4]

حيث يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطالب المصلحة المتعاقدة على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب بالتعويض المناسب، وذلك في حالة قيام المتعاقد بأعمال إضافية من تلقاء نفسه وبدون تكليف من الإدارة بأداء

(1)- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 100.
(2)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 225 – 227.
(3)- انظر المادة 122 الفقرة 03، المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(4)- انظر المادة 141، من القانون المدني الجزائري.

أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها في العقد، على أن تكون هذه الأعمال ضرورية لسير المرفق العام وتعود عليه بالفائدة.[1]

وقد عرف بعض الفقهاء الأعمال الإضافية هذه، على أنها الأعمال التي لم تدرج صراحة أو ضمنا في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد، ونجد ذلك على وجه الخصوص في عقود الأشغال العامة.[2]

المطلب الثالث: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

تقتضي العدالة أن يكون هناك نوعا من التوازن، ما بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وما بين المزايا التي يحصل عليها، فالاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة على النحو الذي رأيناه، لابد أن يقابله من جانب آخر حق للمتعاقد في الحصول على امتيازات مالية وعلى نحو يوازي كل زيادة في التزاماته، ومن هنا ظهرت فكرة التوازن المالي في مجال العقود الإدارية، والتي تقوم على أساس أنه من الضروري أن تتناسب حقوق المتعاقد معه التزاماته زيادة أو نقصا، على الأقل إذا كان حصول هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة، وحق المتعاقد مع الإدارة في إعادة التوازن المالي للعقد يستند إلى ثلاث نظريات ابتدعها وطورها القضاء الإداري، وهي نظرية فعل الأمير والتي تسمى نظرية المخاطر الإدارية، ونظرية الظروف الطارئة وهي نظرية المخاطر الاقتصادية، وكذا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يطلق عليها المخاطر الطبيعية.[3]

الفرع الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية)

تعتبر نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها 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.[4]

ولعبارة فعل الأمير معنيان أحدهما معنى واسع والآخر ضيق، فأما المعنى الواسع لاصطلاح فعل الأمير هو كل تدخل من السلطات العامة تكون نتيجته التأثير بشكل أو بآخر في الآثار القانونية أو في الشروط الفعلية، أما المعنى الضيق فيمكن تحديده بآثاره القانونية، ففعل الأمير –أو كما يطلق عليه الاجتهاد فعل الإدارة– يولد لمصلحة المتعاقد مع الإدارة تعويضات شاملة، أي أنه يتعلق بمصدر العمل ويجب أن يكون صادرا من الإدارة المتعاقدة وله تأثير في تنفيذ العقد، وعليه يمكن تعريف فعل الأمير بصفة عامة بأنه كل عمل أو إجراء تتخذه السلطة العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، مما يطلق عليه بصفة

(1)- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 33.
(2)- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 82.
(3)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 316 و 317.
(4)- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 381.

عامة المخاطر الإدارية، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه مما يعيد التوازن للعقد.[1]

كما تتخذ نظرية فعل الأمير صورة إجراءات وأعمال قانونية، كصدور قوانين أو لوائح تنظيمية عامة من طرف السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤثر تأثيرا مباشرا أو غير مباشر على الطرف المتعاقد مع الإدارة، بحيث تزيد من أعبائه والتزاماته التعاقدية بشكل مرهق كأن تجري السلطة الإدارية المتعاقدة تعديلا في الشروط العقدية القابلة للتبديل، أو تصدر تشريعات جديدة من تكاليف وأعباء الرسوم الجمركية على خدمات أو مواد يحتاج إليها الطرف المتعاقد والمتفق عليه في العقد الإداري، وقد يتخذ فعل الأمير صورة قرار إداري فردي كالقرار الذي تصدره السلطة الإدارية التعاقدية، تنص فيه على تعديل شروط التعاقد أو تعديل أسعار الخدمات المحددة في عقد امتياز المرفق العام، ويشكل هذا الإجراء الخاص أعباء وتكاليف مالية مرهقة للطرف المتعاقد مع الإدارة لدرجة الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري.[2]

أولا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

يشترط الفقه والقضاء الإداريين لتطبيق هذه النظرية وتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته من جراء إصدار الإدارة المتعاقدة معه إجراءات عامة أو خاصة، توافر الشروط الآتية:

أ . وجود عقد إداري

وذلك لأن تطبيق هذه النظرية لا يسري على عقود القانون الخاص، حتى ولو تعاقدت الإدارة بأسلوب القانون الأخير.

ب . صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة

يجب أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية، أما إذا كان ذلك العمل صادرا من جهة إدارية أخرى غير متعاقدة، فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية فعل الأمير، وإنما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه.[3]

(1)- محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1998، ص 79-81.
(2)- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 224 و 225.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق،ص 217.

ج . أن يكون الإجراء غير متوقع

يشترط في الإجراء الذي اتخذته الإدارة والذي يعوض المتعاقد عنه استنادا لهذه النظرية، أن يكون غير متوقع وقت التعاقد، ومعيار عدم التوقع معيار موضوعي، بمعنى أنه ليس في مقدور الشخص العادي في مثل ظروف المتعاقد أن يتوقع عمل الإدارة الضار، وهو ما يخضع لرقابة القاضي لتقدير ما إذا كان المتعاقد قد بذل عناية الشخص العادي لتوقع ما قد يواجهه من صعوبات أو إجراءات أثناء التنفيذ.[1]

فإذا كان المتعاقد قد توقع حدوث مثل ذلك الفعل أثناء التقاعد، فلم يعد له الحق في طلب التوازن المالي، لأنه أقدم على التعاقد وهو مقدر لهذا الظرف.[2]

د- أن يخلق الإجراء ضررا خاصا بالمتعاقد

يشترط للمطالبة بالتعويض أن يتحقق ضرر من الفعل الضار، ولذلك من اللازم أن يؤدي عمل الأمير إلى إنزال خسارة واضحة بالمتعاقد مع الإدارة، ولا يشترط أن يكون الضرر خسارة، بل يجوز أن يتمثل فيما فات المتعاقد من ربح، كما يشترط أن يكون الضرر محددا و مباشرا.[3]

ولا يشترط في الضرر أن يكون على قدر معين من الجسامة، فأي ضرر يولد للمتعاقد حقا في التعويض استنادا إلى هذه النظرية، يستوي في ذلك أن يتمثل الضرر في زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو إنقاص ما توقعه من أرباح يدرها عليه العقد.[4]

هـ . أن يكون هذا الإجراء مشروعا

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتصرف الإدارة في حدود سلطتها المعترف بها، وأن لا تكون الإدارة قد أخطأت باتخاذ هذا العمل، فالإدارة تسأل في نطاق هذه النظرية بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية هنا تكون مسؤولية عقدية بلا خطأ، أما إذا انطوى تصرفها على خطأ فإنها تسأل على أساس الخطأ.[5]

(1)- محمود عاطف البنا ، المرجع السابق، ص 298.
(2)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 217.
(3)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 242.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 218.
(5)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 173 و 174.

ثانيا: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير

يترتب على قيام نظرية فعل الأمير عدة نتائج تتمثل فيما يلي:

أ . استحقاق التعويض

يعتبر من أهم الآثار المترتبة على تطبيق هذه النظرية إعادة التوازن،وذلك عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك العمل، ويكون التعويض كاملا عن الربح والخسارة على خلاف التعويض عن الظرف الطارئ الذي يكون إلا جزئيا وعن الخسارة فقط.[1]

والتعويض عن عمل الأمير يشمل عنصرين: أولهما ما لحق المتعاقد من خسارة، حيث يتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعاقد ونتائجه، ومثال ذلك إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور العمال، أما العنصر الثاني فيتمثل في ما فات المتعاقد من كسب، اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله.[2]

ويتم تقدير مبلغ التعويض الذي يستحقه المتعاقد باتفاق الطرفين، فإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن القضاء يتولى هذا التقدير.[3]

ب . سقوط الغرامة التأخيرية

إذا كان عمل الإدارة لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، فإنه يعرقل التنفيذ أو يزيد في أعبائه، ولذلك فهو يشكل عذرا يعفي المتعاقد كليا أو جزئيا من غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد، مثلا إذا كان إيقاف العمل حصل بناءً على طلب الجهة الإدارية لغرض الكشف على موقع العمل من قبل المهندسين، فلا يُسأَل المقاول عن الغرامات التأخيرية، حيث لا يكون من حق الإدارة المتعاقدة أن تفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها إذا ما أدى فعل الأمير إلى التأخر في التنفيذ، بل أن من حق المتعاقد أن يطالب بمد أجل التنفيذ المحدد في العقد، وذلك يُسقِط حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير.[4]

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 219.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 300.
(3)- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 321.
(4)- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013، ص 81 و 82.

ج . فسخ العقد

يستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما استحال تنفيذه بفعل الأمير، كصدور تشريع يمنع الاستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد، ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلاد، وكذلك إذا ما أدى فعل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية لدرجة لا تحتملها إمكانياته المالية.[1]

ومن الجدير بالذكر أن المتعاقد يحق له أن يجمع بين النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب، كالحصول على التعويض الكامل والفسخ، أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع الغرامات التأخيرية.[2]

الفرع الثاني:حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الظروف الطارئة

(المخاطر الاقتصادية)

نظرية الظروف الطارئة أنشأها وخلقها القضاء الإداري الفرنسي خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1916 في قضية غاز بوردو الشهيرة، وتتلخص هذه النظرية في أنه إذا ما وجدت وطرأت بعد إبرام العقد الإداري ظروف استثنائية خارجية لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الإمكان توقعها وقت إبرام العقد، بحيث يترتب على حدوث هذه الظروف اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، لدرجة يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف المتعاقد مع الإدارة أشد إرهاقا وأكثر تكليفا بكثير من القدر الذي توقعه المتعاقدان وقت إبرام العقد، فإذا ما طرأت هذه الظروف الطارئة والاستثنائية، جاز وحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب هذه الأخيرة بالمساهمة في تحمل جزء من التكاليف والأعباء المستجدة بتعويض جزئي عن الخسارة التي لحقت به، ومن أمثلة الظروف الطارئة وقوع حرب أو أزمة اقتصادية خطيرة.[3]

وكثيرا ما تحدث تطبيقات لهذه النظرية في العقود طويلة الأمد أو متراخية التنفيذ، كعقود التوريد والتزام المرافق العامة و الأشغال العامة، وتجدر الإشارة إلى أن أثر الظرف الاستثنائي إذا ما أدى إلى استحالة تنفيذ العقد بحيث ينقضي معه الالتزام الناشئ عنه، يخرج بنا من نظرية الظروف الطارئة هذه إلى ما يسمى بالقوة القاهرة التي تبرر الفسخ، في حين يصبح الالتزام بموجب الظروف الطارئة مرهقا للمدين، بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو يسبب له خسارة فادحة.[4]

وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة تسير إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة، فالظروف الطارئة هي حديث عام غير متوقع الحصول عند إبرام العقد، ولا يتحلل فيها المتعاقد من التزاماته، لأن هذه الظروف تجعل

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 219.
(2)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 82.
(3)- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 226 و 227.
(4)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 221.

تنفيذ الالتزام بالنسبة للمتعاقد مرهقا وليس مستحيلا، أما إذا صار تنفيذه مستحيلا فنكون أمام القوة القاهرة، وعليه فإن كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة أمرا غير متوقع الحصول ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون يعتبر الحادث الطارئ عاما خلافا للقوة القاهرة التي يمكن أن تكون حادثا فرديا، ومن حيث أثر القوة القاهرة تؤدي هذه الأخيرة إلى انقضاء الالتزام، في حين أن الظرف الطارئ هو تعديل العقد لرد الالتزام المرهق للحد المعقول، وعليه فهما يختلفان من حيث الطبيعة والأثر.[1]

وتستند نظرية الظروف الطارئة إلى فكرة العدالة، التي تقتضي مشاركة جهة الإدارة للمتعاقد معها في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي تكبدتها نتيجة الظرف الطارئ، كما تستند من ناحية أخرى إلى مقتضيات حسن سير المرافق العامة وانتظامها في أداء الخدمة العامة دون توقف، وهذا يتطلب من الإدارة عدم فسخ العقد والإبقاء عليه، على أن تقوم الإدارة بتمكين المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ العقد والتغلب على هذه الظروف الطارئة، وذلك عن طريق تعويضه بالدرجة التي تساعده على تنفيذ التزاماته التعاقدية وتعيد للعقد توازنه المالي، وهكذا تحقق هذه النظرية مصلحة المتعاقد مع الإدارة، كما تحقق المصلحة العامة من خلال ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام.[2]

أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، لابد من توافر مجموعة من الشروط حتى يكون للمتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي على أساس هذه النظرية، وهي تتمثل فيما يلي:

أ . وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه

ويعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية لتطبيق هذه النظرية، فالحادث الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد يجب أن يكون غير متوقع وقت إبرام العقد، حتى يمكن للمتعاقد الاستناد إلى هذه النظرية، ويشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الطارئ عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس، وترجع الحوادث الطارئة إلى أسباب متعددة اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة، ومن أمثلتها وقوع حرب والاضطرابات المفاجئة، والكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات غير المتوقعة، ووضع تسعيرة رسمية أو إلغاؤها، والارتفاع الباهظ في الأسعار أو التخفيض الفاحش فيها، وانتشار الأوبئة، وتخفيض قيمة العملة أو انخفاضها...الخ.[3]

(1)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 107 و 108.
(2)- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 368
(3)- المرجع ذاته، ص 369.

ب . أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن أطراف العقد

أي مستقلا عن إرادة الطرفين، لأنه متى ما كان الفعل راجعا إلى المتعاقد، فلا يمكن القضاء له بالتعويض، أما إذا كان راجعا للإدارة فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الفعل الضار صادرا من الإدارة المتعاقدة وهنا يطبق نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الفعل الضار صادرا من جهة إدارية أخرى غير المتعاقدة، فهنا لا تطبق نظرية فعل الأمير وإنما نظرية الظروف الطارئة.[1]

ج . أن يترتب على الظرف الطارئ اضطراب في توازن العقد

معناه أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة، تجاوز فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن أن يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد، فلا يكفي أن يترتب على الظرف الطارئ مجرد النقص في الربح أو فوات فرصة الربح، وإنما يجب أن يصيب المتعاقد خسارة فادحة، ومدى الفداحة يمكن تحديده بالنظر إلى العقد ككل لا إلى عنصر من عناصره فقط.[2]

د . أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد

ويشترط أخيرا لإمكان تطبيق هذه النظرية، أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ في تنفيذ العقد، وذلك حرصا على مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء هذه النظرية، فليس مؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة – بعد توافر شروطها – أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية، وإنما له أن يدعو الإدارة المتعاقدة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي نزلت به بسبب تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت الإدارة كان له الالتجاء إلى القضاء الذي يقتصر دوره على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب، وهذا التعويض لا يغطي إلا جزء من الخسارة التي أصابت المتعاقد، وليس لهذا الأخير أن يطالب بتعويض كامل بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه، أما إذا امتنع المتعاقد عن الاستمرار في تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة، فإنه يفقد حقه في المطالبة بتطبيق النظرية.[3]

ثانيا: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفي بالتزاماته التعاقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته، وهذه الفكرة تحكم الآثار

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 226.
(2)- المرجع ذاته، ص 226 و 227.
(3)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 187.

المترتبة على نظرية الظروف الطارئة، ويمكن إجمال هذه الآثار في بقاء التزامات المتعاقد نفسها، وحق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة.[1]

أ . استمرارية التزام المتعاقد بتنفيذ العقد

يتعين على طرفي العقد بالرغم من الظروف الطارئة، الاستمرار في تنفيذ التزاماتهما العقدية، وهذا الاستمرار أساسه ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن ثم لا يعفى المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته التعاقدية لوقوع ظرف طارئ، على الرغم من أن هذا الالتزام أصبح مرهقا له إلا أنه مازال ممكنا، فلا يعفى المتعاقد من التزاماته إلا عند حدوث القوى القاهرة التي تجعله مستحيلا ومن ثم يترتب على أن المتعاقد مع الإدارة إذا توقف عن ذلك سوف يتعرض للجزاءات التي تملكها الإدارة، كما أن هذا التوقف سوف يحرمه من حقه في المطالبة بتطبيق النظرية إذا توفرت شروطها وفي مد يد العون والمساعدة له، كما أنه سوف يتعرض لتوقيع غرامات التأخير ولا يجديه نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ، وقد يحدث في العمل أن يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن، حينئذ يكون من حق المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ العقد خلال تلك الفترة، ويتعين أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة، وإلا أمتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة.[2]

ب . حق المتعاقد في الحصول على معاونة من الإدارة

في حالة تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة، تلتزم الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد بتحمل جزء من الخسارة التي لحقت به، إلا أن التعويض في هذه الحالة ليس كاملا يشمل كل ما أصاب المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، وإنما هو تعويض جزئي تتحمل الإدارة جانبا من هذه الخسارة التي أصابته بسبب الظروف الطارئة، وهذا يعني أن الخسارة توزع بين طرفي العقد، كما أن هذا التعويض لا تحكمه قاعدة ثابتة، وإنما يراعي فيه القاضي مقتضى الحال وظروف العقد وحالة المتعاقد.[3]

ويلاحظ أخيرا أن النظرية تفترض توقيت الظروف الطارئة، فتمدّ الإدارة للمتعاقد معها يد العون مؤقتا ليتمكن من تنفيذ التزاماته لحين زوال الظروف التي كانت سببا في إرهاقه، أما إذا تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد أصبح نهائيا وأن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته بغير معاونة دائمة من الإدارة – خاصة في العقود طويلة المدة كعقود الالتزام – أو أن المرفق موضوع هذا العقد لم يعد يتفق مع حاجات الأفراد، ففي

(1)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 661.
(2)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق ، ص153- 155.
(3)- المرجع ذاته، ص 157.

مثل هذه الأحوال إذا لم يتوصل الطرفان إلى تعديل العقد، فإن القضاء الإداري يحكم بفسخ العقد بناء على طلب أي من طرفيه، كما يجوز للإدارة أن تقوم بفسخ العقد للمصلحة العامة.[1]

الفرع الثالث: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (المخاطر الطبيعية)

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات العامة، التي ابتدعها القضاء الفرنسي مثلها مثل النظريات السابقة، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرها عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، وعليه يجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي زيادة جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة، فالتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المتعاقد بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.[2]

وغالبا ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية، كما لو صادفت المتعاقد لحفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعه توقعها رغم ما اتخذه من حيطة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ.[3]

حيث تجد هذه النظرية تطبيقاتها خاصة في مجال عقود الأشغال العامة، غير أن هناك خلافا بين الفقهاء، فجانب منهم يحصر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال عقود الأشغال العامة، أما الجانب الثاني فيذكر الفقيه "دي لو بادير" بأنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة، لكن لا يوجد مانعا من تطبيقها قي مجال العقود الإدارية الأخرى متى توافرت شروطها، وهذا الرأي يتفق مع رأي جميع الفقهاء.[4]

أولا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

حتى يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من تطبيق هذه النظرية، يلزم أن تتوافر في الصعوبات التي يصادفها أثناء تنفيذه للعقد عدة شروط تتمثل في الآتي:

(1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 306.
(2)- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 59.
(3)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 182.
(4)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع سابق، ص 191.

أ . أن تكون الصعوبات مادية استثنائية

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذه للعقد صعوبات ذات طابع مادي، أما إذا كانت الصعوبات تتعلق بظروف أخرى إدارية أو اقتصادية، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، بل تطبق نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطهما.[1]

حيث تنتج هذه الصعوبات المادية عادة في ظواهر طبيعية والأمثلة على ذلك كثيرة، فغالبا ما نجدها ناتجة عن الصعوبات غير المنتظرة في الأشغال العامة، كما تتجلى عادة في مواقع العمل كظهور طبقات صخرية قاسية أو طبقات مياه للتصريف أو أنقاض بأحجام غير منتظرة تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ، كما يلاحظ أن هذه الصعوبة المادية قد لا تتولد دائما عن فعل الطبيعة، بل قد تنتج من صنع الإنسان بعيدا عن المتعاقدين أنفسهم كوجود قناة من المياه مملوكة لشخص ولم تسجل في العقد.[2]

كما يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي غير عادي، وتكون غير مألوفة بالنسبة للمتعاقد بحيث لا يمكنه تحملها، ولا يتوافر هذا الشرط لمجرد أن الطبقة الصخرية التي صادفت المتعاقد أثناء إنجازه للأشغال كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون الطبقة الصخرية امتدادا غير عاديا أيضا ولمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، أما بالنسبة لمسألة تحديد ما إذا كانت الصعوبات ذات طابع استثنائي أم لا فإنها تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويختلف ذلك حسب الحالات المعروضة كل على حدة.[3]

ب . أن تكون الصعوبات غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية طارئة وغير متوقعة وقت التعاقد، كأن يفاجأ المتعاقد بحالة لم يكن قد توقعها لا في دفتر الشروط ولا في الدراسات الأولية للمشروع.[4]

كما يفترض في الصعوبات المادية أن تكون أجنبية عن الأطراف المتعاقدين، بمعنى إذا كان للإدارة دخل فيها فلا تطبق هذه النظرية، وإنما تطبق نظرية فعل الأمير، ونفس الشيئ للمتعاقد يجب ألا يكون له دخل في إحداثها أو في زيادة أثرها، وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي تلك الصعوبات، كما يشترط ألا يكون المتعاقد قد خرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزامه.[5]

(1)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع سابق، ص 199.
(2)- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 65.
(3)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع سابق، ص 207.
(4)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 183- 184.
(5)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 284.

ج . أن تلحق الصعوبات اضطراب في التوازن المالي للعقد

إذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة، فإنه لا يسمح بالاستفادة من هذه النظرية، حيث يجب أن يصل مقدار الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقلب اقتصاديات العقد، ويتبين هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد زيادة على القيمة الإجمالية للعقد.[1]

ثانيا: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا توافرت شروطها، أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزامه، وأن يستحق تعويضا عن الأضرار الناتجة عن هذه الصعوبات.

أ . الاستمرار في التنفيذ

يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزامه التعاقدي رغم وجود الصعوبة المادية، مادام أثرها يقف عند حد جعل التنفيذ أكثر تكلفة وإرهاقا للمتعاقد وليس مستحيلا، حيث أن الاستحالة تؤدي إلى تطبيق نظرية القوة القاهرة، فإذا توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزامه فإنه يحرم من التعويض المستحق، كما يعطي للإدارة الحق في توقيع جزاءات عليه، كما يمكن أن يعفى المتعاقد من غرامات التأخير إذا تأخر في تنفيذ التزامه.[2]

ب . الحصول على التعويض

يحتم تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا ومعادلا لقيمة الضرر الذي أحدثته الصعوبات من زيادة التكاليف أو الأسعار، حيث يجب أن ترد له جميع النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.[3]

كما أن عدم التحري الجيد للمقاول في طبقات التربة والأرض التي سيجري عليها تنفيذ العقد، يؤدي إلى حرمانه من التعويض إذا ما تعرض لصعوبة مادية، لأن تحريه سيقلل من حصول هذه الصعوبات، كذلك تنبيه الإدارة للمتعاقد معها عن طبيعة التربة واحتمال وجود صعوبات مادية غير متوقعة، وقبول المتعاقد بتنفيذ العقد يعني تخليه عن حقه في التعويض وتنازل عنه ضمنيا.[4]

(1)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 184.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 246.
(3)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع سابق، ص 217.
(4)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 312 و313.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تختلف عن نظرية الظروف الطارئة، من حيث أن المتعاقد في حالة الصعوبات المادية يستحق تعويضا كاملا، بينما لا يستحق في حالة الظروف الطارئة إلا تعويضا جزئيا، وتختلف أيضا عن نظرية فعل الأمير في أن الصعوبات المادية أمر خارج عن إرادة المتعاقدين، بينما فعل الأمير صادر من السلطة الإدارية، وكذلك تختلف عن القوة القاهرة، حيث تجعل هذه الأخيرة تنفيذ العقد مستحيلا مما يؤدي إلى إيقاف التنفيذ أو فسخ العقد، أما الصعوبات المادية فتجعل العقد أشد عسرا وأكثر تكلفة بحيث يمكن الاستمرار في التنفيذ.[1]

(1)- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع سابق، ص 189 و190.

المبحث الثاني:

التزامات المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري

يلقي العقد الإداري على عاتق المتعاقد مع الإدارة كباقي العقود الأخرى التزامات عديدة، يجب عليه أداؤها وتنفيذها طبقا للقوة الملزمة للعقد، فالمتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية شأنه في ذلك شأن كل متعاقد في أي عقد كان، حيث لا يستمد هذا الأخير التزاماته من مصدر وحيد فقط هو العقد، وإنما يضاف إليه ما هو منصوص عليه في دفاتر الشروط العامة أو النصوص القانونية واللائحية وكذا التعليمات المنظمة للعقد، بالإضافة إلى ما يجري عليه العرف وما تقتضيه العادات المتبعة في العمل موضوع العقد.

وهذه الالتزامات كثيرة ومتنوعة، وبالتالي لا يمكن حصرها جميعا لأنها تتعلق بطبيعة كل عقد من العقود الإدارية، لكن يمكن إجمال بعض الالتزامات المشتركة في كافة العقود فيما يلي:

- التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي وعلى مسؤوليته الخاصة مع احترام الضمان.
- التزام المتعاقد بالشروط المنصوص عنها والمبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري.
- التزام المتعاقد بالتشريعات مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته في كل الأحوال.

وسأتناول هذه الالتزامات من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي وعلى مسؤوليته الخاصة مع احترام الضمان

نظرا لأهمية العقد الإداري فإن القواعد العامة ومقتضيات المصلحة العامة، تفرض على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية بنفسه وعلى مسؤوليته الشخصية حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد، إضافة إلى التزامه باحترام الضمان.

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد

إن شخص المتعاقد يكون محل اعتبار في العقود الإدارية، سواء عند اختيار المتعاقد مع الإدارة أو فيما يتعلق بتنفيذ العقد، وذلك نظرا لاتصال العقد بالمرافق العامة والحرص على تلبية احتياجاتها بانتظام، ففيما يتعلق باختيار المتعاقد تراعي الإدارة الاعتبارات الخاصة بالكفاية المالية والفنية وحسن السمعة...الخ، مما يجعل شخص المتعاقد محل اعتبار.[1]

وعليه فإذا كان الاعتبار الشخصي يراعى على هذا النحو في أغلب العقود الإدارية عند اختيار المتعاقد، فإن ذلك يستوجب قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه شخصيا، حيث أن الإدارة تملك عند التعاقد سلطة الامتناع عن

(1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 276.

التعاقد مع شخص لا ترتضيه، وتعاقدها مع شخص معين يعني موافقتها أو على الأقل عدم اعتراضها على التعاقد معه شخصيا، ولا شك أن إقدام شخص على التعاقد مع الإدارة في ضوء ما تقدم ثم تخليه عن العقد لغيره يعد نوعا من التلاعب أو التحايل، ويترتب على هذه القاعدة نتائج تتمثل في حظر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة، وجواز فسخ العقد في حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره.[1]

أولا: حالة التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد

إن المبدأ العام هو قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية تنفيذا شخصيا، إذ يمنع أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات إلا بموافقة الإدارة مسبقا، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي بعض أحكام محكمة القضاء المصرية بعد أن أكدت مبدأ شخصية التزامات المتعاقد مع الإدارة أنه لا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، وهذا يعني أن التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة لا يمكن أن يحتج به في مواجهتها، لأنه لا توجد أي علاقة بين الإدارة وبين المتعاقد من الباطن والمتنازل إليه كأنه غير قائم أصلا.[2]

ونستخلص من هذا أن التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد، هو استثناء عن المبدأ العام المتمثل في التنفيذ الشخصي للالتزامات التعاقدية، حيث أنه مثلا لكي يتم التعاقد من الباطن يجب الحصول على موافقة الإدارة كتابيا، غير أنه يرى البعض أن هذه الموافقة قد لا تكون ضرورية في بعض الأحيان، وذلك في اتفاقات التعاون المالي أو الفني التي يبرمها المتعاقد مع الغير، وكذلك في الطلبات الثانوية التي بموجبها يسمح بتنفيذ العقد لأن هذا النوع من الطلبات لا يخضع لموافقة الإدارة، إلا إذا اشترط العقد ذلك صراحة.[3]

حيث أطلق المشرع الجزائري على حالة التعاقد من الباطن مصطلح المناولة في قانون الصفقات العمومية، ونص عليها على أنه" يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم".[4]

ويجب التمييز بين التنازل عن العقد كليا أو جزئيا وبين الاتفاقات التي قد يبرمها المتعاقد، بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية أو المعونة الفنية أو شراء الأصناف المطلوب توريدها...الخ.[5]

(1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 276.
(2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 420 و 422.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 184.
(4)- انظر المادة 140، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(5)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 421.

وعليه فالمقصود بالتنازل الكلي عن العقد، هو أن يعهد به المتعاقد مع الإدارة إلى غيره ليحل محله في كافة حقوقه والتزاماته أي تنفيذ العقد كليا، حيث تنشأ علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والشخص المتنازل إليه ليصبح هو المسؤول أمام الإدارة، ويتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته، إلا إذا اشترطت الإدارة أو نص القانون على بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتعاقد الجديد في التزاماته.[1]

أما التنازل الجزئي فيقصد به التعاقد من الباطن، وهو أن يتفق المتعاقد مع الإدارة مع الغير لأجل تنفيذ جزء فقط من التزاماته العقدية، غير أن ذلك لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي، بل تبقى العلاقة العقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة قائمة ومباشرة، ويظل مسؤولا عن تنفيذ العقد، وقد توقع عليه حتى الجزاءات بسبب التأخير أو التقصير في أعمال المتعاقد من الباطن، كما لا يجوز لهذا الأخير أن يطالب الإدارة بمستحقات المتعاقد حتى عن الجزء الذي قام هو بتنفيذه.[2]

كما نص المشرع الجزائري على المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي مع الإدارة على أن" المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناول".[3]

وذلك لأن المتعاقد من الباطن ليس طرفا في العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، ومن ثم فليس بوسعه مطالبة الإدارة بالوفاء بالمقابل المادي لما أداه من أعمال لصالحها، إذا لم يُوفِ المتعاقد الأصلي له بهذا المقابل، غير أن بوسعه مطالبة الإدارة بالتعويض عما تحمله من نفقات تنفيذ العقد، على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.[4]

كما تجدر الإشارة إلى أن القاعدة المسلم بها هي أن السلطة التي تملك الموافقة على التنازل أو التعاقد من الباطن هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي، لكن هذه السلطة لا تملك مطلق الحرية في اتخاذ قرارها سواء برفض أو قبول الموافقة على تنازل المتعاقد عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن، حيث أنه في حالة تقدم المتعاقد إلى الإدارة بطلب التنازل عن عقده أو التعاقد من الباطن بخصوصه، فإنه يجب على الأخيرة أن ترد عليه في ميعاد مناسب، ومن ثم فإن سكوتها يعرضها للمسؤولية، أما في حالة رفضها للموافقة فيجب عليها أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، ومثال ذلك ضعف الكفالة المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد، أما إذا كانت الأسباب المتذرع إليها من جانب الإدارة غير وجيهة، فإنه باستطاعة المتعاقد اللجوء إلى القضاء لإلغاء قرار رفض الموافقة، كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة أو الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا الرفض.[5]

(1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 277.
(2)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 206 و 207.
(3)- انظر المادة 141، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 196.
(5)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 424 و 425.

ثانيا: حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره

يعد وفاة أو إعسار المتعامل المتعاقد استثناءً عن مبدا ضرورة الوفاء الشخصي لتنفيذ العقد الإداري.

أ. وفاة المتعاقد

استثناءً عن مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، فإنه يجوز لورثة المتعاقد المتوفى الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري إذا تأكدت جهة الإدارة من كفاءتهم المالية والفنية وقدرتهم على التنفيذ.[1]

حيث أنه في حالة وفاة المتعاقد يرجع مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى شروط العقد وإلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة، وتجدر الإشارة إلى أن دفاتر الشروط هي التي تحدد الأحكام الواجب تطبيقها في هذه الحالة، إذا كانت شخصيته محل اعتبار، خاصة الأحكام المتعلقة باستمرار أو انقضاء الرابطة العقدية.[2]

فإذا لم ينص عليها فإن الفقه يرجح حق الإدارة إما في فسخ العقد مع رد مبلغ التأمين، وإما التزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى إذا لم ترد الإدارة المتعاقدة فسخ العقد، لكن يشترط في الحالة الأخيرة أن يعين الورثة وكيلا عنهم توافق عليه السلطة المختصة، فمثلا في حالة وفاة المتعاقد الملتزم في عقود امتياز المرافق العامة، ونظرا للعلاقة الوثيقة التي تربط بينه وبين إدارة المرفق العام، فإنه يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون وهذا حسب الفقيه جيز، غير أن الفقيه "دي لو بادير" يعارض الفقيه جيز استنادا إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تقضي في وفاة المتعاقد الملتزم في عقود الامتياز والتي تترتب عليها النتائج التالية.[3]

- لا ينفسخ العقد بقوة القانون لمجرد موت الملتزم.
- يؤول الالتزام إلى الورثة دون حاجة لموافقة الإدارة إلا إذا نص العقد خلاف ذلك.

أما إذا كان العقد الإداري مبرما مع أكثر من متعهد وتوفي أحدهم، فيكون على جهة الإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري مع رد التأمين، أو مطالبة باقي المتعهدين بالاستمرار في تنفيذ العقد.[4]

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 207.
(2)- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2013، ص 251.
(3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 427 و 428.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 197.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذه الحالة في دفاتر الشروط المتعلقة بالأشغال العمومية، فنص على أنه "يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها الورثة لتكميل الأشغال".[1]

ب . إفلاس المتعاقد أو إعساره

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة إفلاس أو إعسار المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري إلا في القوانين السابقة، حيث أنه إذا غاب نص في العقد الإداري أو في دفتر الشروط، يبين الحكم الواجب إتباعه عند إفلاس أو إعسار المتعاقد، فإنه تطبق القاعدة العامة أن الإفلاس أو الإعسار لا يؤدي بذاته إلى إنهاء العقد المبرم بينهما، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك.[2]

وتقديرا من المشرع لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة، أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية وكذا الفنية، فإذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة إنهاء العقد.[3]

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على أنه" يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول إلا في حالة قبول الإدارة العرض المقدم من طرف دائني المدين بالاستمرار في تنفيذ العقد بدلا من دائنهم".[4]

ويرجع مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة أيضا إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجيدة على استمرار العقد، فإذا تم الاتفاق عن الحل في حالة الإفلاس، فإننا نطبق القاعدة المتعلقة بالإعسار والتي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد الإداري، لكن إذا لم يتم الاتفاق عن الحل في شروط العقد، فإن إفلاس المتعاقد أو إعساره لا يؤدي إلى إنهاء العقد بقوة القانون، ولكنه يكون سببا في تمكين الإدارة من الفسخ إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك.[5]

(1)- انظر المادة 37 فقرة 01، من 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، جريدة رسمية، عدد 06، الصادر 1964/01/19.

(2)- حابي فتيحة، المرجع السابق، ص 252 و 253.

(3)- عاطف محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 587.

(4)- انظر المادة 37 فقرة 02، من 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، السابق الذكر.

(5)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 429 و 430.

الفرع الثاني: التزام المتعاقد بالضمان

يستمد القانون الإداري أحكام التزام المتعاقد بالضمان، وكذا الأحكام المتعلقة بمسؤولية المتعاقد من القانون المدني، حيث هذا يطبق هذا الالتزام على كافة العقود الإدارية، لاسيما عقود الأشغال العامة التي يظهر فيها مفاد الالتزام بالضمان، حيث تترتب على عاتق المقاول التزامات عديدة أهمها أن يلتزم بتشييد عقار وترميمه أو هدمه أو إصلاحه، ويتعهد بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها عندما يكون مسؤولا عن جودتها وعليه بالتزام ضمانها للمصلحة المتعاقدة.[1]

وينص المشرع الجزائري في هذا الصدد على ضمان المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت، حتى ولو كان هذا التهدم ناشئًا عن عيب في الأرض، ويشمل هذا الضمان ما يوجد في المباني والمنشئات من عيوب، ويبدأ سريان مدة السنوات العشر هذه من وقت تسليم العمل نهائيا.[2]

كما يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه، غير أنه إذا تعلق الأمر بوضع تصاميم فقط، لم يكن المعني مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم.[3]

كذلك نص المشرع الجزائري على هذا الضمان في قانون الصفقات العمومية عندما تنص الصفقة على أجل الضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان، كذلك عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقات الدراسات أو الخدمات، فإن الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات يحول إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت.[4]

(1)- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 259-261.
(2)- انظر المادة 554، من القانون المدني الجزائري.
(3)- انظر المادة 555 و 556، من نفس القانون.
(4)- انظر المادة 131 و 132، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

المطلب الثاني: التزام المتعاقد بالشروط المنصوص عنها والمبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري

يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بتنفيذ العقد حسب الشروط المتفق عليها في العقد، وعلى وجه حسن يتفق مع تحقيق الأهداف المرجوة، وأن يقوم بتنفيذها بطريقة سليمة وعناية تامة وبحسن نية في المدة المحددة لتنفيذ هذه الالتزامات.

الفرع الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بطريقة سليمة وبعناية تامة

يجب على المتعاقد أن يكون متمكنا من الشؤون الفنية وعلى دراية كافية بها، وله خبرة في مجال الأعمال التي يمارسها على حسب طبيعة العقد، فإذا ما كان العقد منصبا على توريد مكنات ومعدات مثلا، فإن المورد يلتزم بتغليفها وتعبئتها في صناديق – خاصة في العقود التي تبرم مع شركات أجنبية – وذلك بغية تأمين إيصالها بحالة سليمة مع بيان أرقامها إذا كان عددها كبيرا، ووضع علامات أو تنبيهات على الصناديق مثل عبارة القسم العلوي، لا تقلب المادة، قابلة للكسر، تحمل بعناية، تحفظ في مكان جاف...الخ، كذلك يجب أن تكون نوعية المكنات والمعدات والمواد المجهزة طبقا للمواصفات الفنية المتعاقد عليها.[1]

أما بالنسبة لعقود الأشغال العامة، فعلى المقاول أن يهيئ ويوفر جميع مستلزمات العمل التي تمكنه من أداء عمله بشكل جيد، بما في ذلك استخدام مهندسين وعمال ماهرين ومساعدين فنيين للإشراف على العمل، وهنا يكون المتعاقد مسؤولا عن هؤلاء أمام الإدارة من كافة الوجوه، كما يكون مسؤولا ابتداء من المباشرة بالأعمال ولغاية إكمالها مسؤولية كاملة عن العناية بالأعمال، من حيث كفاية وسلامة أساليب العمل وطرق الإنشاء المستخدمة من قبله في تنفيذ الأعمال، وبصورة عامة فإن على المتعاقد مع الإدارة أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تنسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله، وكذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد، وإذا اقتضى الأمر توفير تأمين لمواد ومستلزمات العمل القائم به، وأيضا التأمين من المسؤولية عن الغير بما في ذلك التأمين عن الحوادث وإصابات العمل، ودون أخذه بالالتزامات المنصوص عليها في قوانين العمل والضمان الاجتماعي، ومع ذلك فإن النواقص الطفيفة التي تنتاب العقد في تنفيذه لا تستوجب فسخه.[2]

الفرع الثاني: التزام المتعاقد باحترام المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري

يجب أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد أو دفاتر الشروط، وذلك للاستفادة بالشيء موضوع التعاقد في الميعاد الذي تراه الإدارة مناسبا لتلك الاستفادة، إذ يجب عليه الالتزام بضرورة إنهاء جميع الأعمال المتعاقد عليها في المدة الزمنية المتفق عليها، حيث يتم تحديد مدة

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 189.
(2)- المرجع ذاته، ص 191 و 192.

تنفيذ العقد غالبا باتفاق الأطراف وينص على ذلك في العقد ذاته، فإذا خلا العقد من النص على هذه المدد، فلا يعني ذلك أن المتعاقد ليس ملزما باحترام أية مدة ويستطيع تنفيذ العقد إلى ما لا نهاية، إذ في مثل هذه الحالة تقدر المدة العادية للتنفيذ بمراعاة ظروف كل حالة حسب قدرات المتعاقد، وما يجري به العمل في العقود المماثلة، وفي حالة تخلف المتعاقد عن أداء التزاماته في الوقت المحدد يعتبر خطأ عقديا يبرر توقيع الجزاء عليه، وغالبا ما يكون الجزاء غرامة تأخيرية ينص عليها في العقد.[1]

والالتزام باحترام مدة تنفيذ العقد يختلف بحسب طبيعة كل عقد إداري، فيقصد بها في عقد امتياز المرافق العامة المواعيد الدورية، التي يلتزم بها المتعاقد لأداء الخدمات للمنتفعين بخدمات المرفق العام موضوع العقد الإداري، والمقصود بها في عقد الأشغال العامة المدة التي يلتزم خلالها المقاول بانجاز العمل المطلوب منه وفقا لشروط العقد أو دفاتر الشروط، سواء كان هذا العمل إقامة منشآت أو القيام بأعمال صيانة لمنشآت قائمة بالفعل.[2]

حيث أجد في عقود الأشغال العمومية أن بداية حساب المدة المحددة تختلف باختلاف اعتبارات عديدة لهذا العقد تتمثل فيما يلي:

- تتحدد بداية تنفيذ الأشغال العمومية بأوامر تحريرية من جهة الإدارة توجه إلى المتعاقد لوجوب البدء بالعمل، إذ تحتوي هذه الأوامر على الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ العقد.
- تبدأ من خلال ممارسة بعض الأعمال، مثل تسليم الرسوم والمقاسات أو تسليم موقع العمل إلى المتعاقد.
- تبدأ من يوم المباشرة الفعلية من قبل المتعاقد بالعمل موضوع العقد.
- تبدأ من اليوم التالي لانتهاء المدة التي تحدد بين الطرفين والتي يجب خلالها المباشرة بالأعمال، كأن يتفق الطرفان على البدء بالتنفيذ بعد ثلاثة أشهر من تاريخ الاتفاق.
- وقد تبدأ مدة أخرى للتنفيذ وهي مدة إضافية لتنفيذ عقد الأشغال العامة في حالة وجود بعض الظروف الاستثنائية أو تطرأ زيادة أو تغيير في الأعمال، بحيث لا يمكن إكمالها في المدة المتعاقد عليها، ففي مثل هذه الأحوال تبدأ من تاريخ الموافقة على التمديد.[3]

أما في عقود التوريد فيكون على المتعاقد أن يوفر للإدارة كل التجهيزات في مواعيدها، فأي تأخير يعطي للإدارة الحق في توقيع الغرامة التأخيرية دون توجيه إنذار، إلا إذا أثبت المجهز أن التأخير كان لأسباب قاهرة لا دخل لإرادته في وقوعها، كما قد يتضمن العقد تعهد المتعاقد بضمان نوعية وصلاحية استخدام وتشغيل المكنات والمعدات لمدة معينة، فهنا يلتزم المتعاقد بضمان العيوب في مثل هذه الأحوال ضمن المدة المذكورة، وقد

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 209.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 198.
(3)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 196 و 197.

يتضمن العقد تحديد فترة عامة للتنفيذ بحيث يجب أن ينتهي مجمل العمل تماما وأن تسلم كمية التوريد بالكامل في تاريخ معين...الخ.[1]

وفي بعض العقود الإدارية يمكن النص في العقد على تجزئة مدة التنفيذ، من ذلك تحديد مراحل بتواريخ محددة تسلم فيها بعض المنجزات في عقد الأشغال العامة أو الأصناف في عقد التوريد.[2]

الفرع الثالث: التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد على أساس مبدأ حسن النية

يلتزم المتعاقد مع الإدارة ككل طرف في عقد ما، بأن يوفي بالتزاماته التعاقدية وفقا لشروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد.[3]

فبموجب العقد يتحدد موضوع الالتزام على عاتق المتعاقد مع الإدارة، وبموجبه أيضا تتحدد أوصافه ومقاديره ومواعيد تنفيذه، وعليه فإن العقد يتضمن التزامات متقابلة، فيعتبر وثيقة واجبة الاحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن اتفاق إرادتهما، فعلى سبيل المثال إذا كان محل العقد بين إدارة ما وأحد المقاولين بناء مستشفى، فإن تعيين هذا الأخير يكون بمقتضى مواصفات وخرائط وتصاميم تفصيلية، تتضمن بيان حجم وعدد الغرف والمرافق والصالات وغيرها، مما يسمح بتوافق الإرادتين عليه، وتبعا لذلك تتحدد التزامات وحقوق كل من الطرفين، أما إذا لم تذكر الإدارة المعنية حجم ومواصفات المستشفى، فإنه يكون من السهولة على المتعاقد أن يتحلل من التزاماته.[4]

كما لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فقط، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقواعد العامة بحسب طبيعة الالتزام محل العقد الإداري، وعليه يتعين في تنفيذ العقد التزام المتعاقد بكافة الشروط الواردة به، وبدفاتر الشروط وفي النصوص القانونية التي تحكم التعاقد، وأيضا فيما يتعلق بكافة الالتزامات وليس الالتزامات الأصلية فحسب.[5]

بالإضافة إلى قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمبدأ حسن النية، حيث أن هذا الالتزام يعتبر هو الآخر تطبيقا للقواعد العامة في القانون، وذلك لأن حسن النية يجمع العقود جميعا، سواء في تكوينها أو في تنفيذها.[6]

يعني أنه من يتعاقد مع الإدارة يجب أن يكون أمينا على المصلحة العامة المراد تحقيقها بواسطة العقد، وأن لا يكون مغاليا في الإفادة من العقد بأرباح طائلة، مثلا إذا كان له الحق في أن يطلب تمديد مدة العقد

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 195.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 199.
(3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 416.
(4)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 187 و 188.
(5)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 275.
(6)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 193.

نتيجة وجود ظروف طارئة أو لأسباب تعود إلى الإدارة أو غير ذلك، عليه أن يبذل ما في وسعه لتفادي التأخير قدر الإمكان، وعليه أيضا أن يكون أمينا ويذكر ما صرفه فعلا لتنفيذ العقد، فيما لو كان عليه تقديم قائمة بالحساب فيما بعد، وأن لا يحاول إخفاء أي جزء من أعماله في أثناء تنفيذ العقد، وأن لا يبالغ في احتساب كلف رفع المواد والمعدات أو مصروفات المقاولة عندما يجري العمل عليها، ولذلك يجب على المتعاقد أن يؤدي التزامه على هذا الأساس، ولا يجوز له الاعتماد على شكل ومظاهر العقد، بل يجب الاهتمام بكافة الظروف الموضوعية التي صاحبت العقد لاسيما القصد الذي عقد من أجله العقد، وهذا ما يزيد على الواجب الأصلي للمتعاقد، حيث أنه يكون ملزما ببذل عناية اعتيادية يتطلبها تنفيذ التزامه العقدي من ناحية، ويكون ملزما ببذل عناية حريصة يتطلبها اشتراكه في تنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق العام من ناحية أخرى.[1]

ومن خلال هذا فإنه يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزاماته التعاقدية، طبقا لما اشتمل عليه العقد الإداري من مستلزمات وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.[2]

المطلب الثالث: التزام المتعاقد بالتشريع مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته في كل الأحوال

بالإضافة إلى التزامات المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذه العقد الإداري التي سبق ذكرها، يستوجب عليه تنفيذ التزامات أخرى تتمثل في التزامه بالتشريعات المعمول بها، وكذا التزامه بالاستمرار في تنفيذ العقد حتى في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها.

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالتشريع المعمول به

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأن يتبع في تنفيذ العقد التشريعات المعمول بها، خاصة فيما يتعلق بالعمل ومستحقات العاملين، حيث يكون المتعاقد مسؤولا عن حفظ النظام بمكان تنفيذ العقد الإداري، وعليه أن يراعي متطلبات الأمن ويبعد من مستخدميه كل مَن تطلب الإدارة المتعاقدة إبعاده عن مجال تنفيذ العقد، سواء كان ذلك لإهماله أو لغشه في التنفيذ أو لرفضه التعليمات الصادرة إليه من هذه الجهة، أو مخالفته للأحكام المنصوص عليها في العقد أو في دفتر الشروط، وعلى المتعاقد كذلك أن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع أضرار أو إصابات للعاملين لديه أو لأي شخص آخر عند تنفيذ العقد، وإلا كان المسؤول عن التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن خطئه هو أو مندوبيه أو مستخدميه.[3]

كما يلتزم المتعاقد مع الإدارة بضرورة تدريب العمال ونقل حقوق المعرفة لكافة التقنيات المتعلقة بالمشروع، كذلك يلتزم بتسليم ما يعثر عليه أثناء قيامه بتنفيذ العمل من آثار ومعادن وغيرها من الأشياء ذات القيمة إلى الجهة المتعاقدة، مع اتخاذ جميع الاحتياطات للحفاظ عليها من التلف، وفي حال كانت هذه الأشياء

(1)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 193 و 194.
(2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 275.
(3)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 207 و 208.

غير قابلة للنقل أو يصعب نقلها، فعلى المتعاقد أن يوقف العمل في مكان وجودها إلى حين صدور تعليمات من الإدارة المتعاقدة مع أن يؤخذ في الاعتبار هذا التوقف على مدة تنفيذ العقد.[1]

الفرع الثاني: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سدّ حاجته وتغليب المصلحة العامة على الخاصة، على عكس العقود المدنية التي تكون فيها مصلحة الطرفين متساوية ومتوازنة في حين أنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، وبالاستناد إلى هذه الفكرة، فإنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى إذا تأخرت الإدارة في تنفيذ التزاماتها المقابلة، وهذا يعني أنه يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يلتزم بكفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وعدم تعريض هذا السير المستمر والمنتظم للخطر.[2]

وبالتالي لا يمكن للمتعاقد أن يتحلل من الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية حالت دون ذلك، بل يتعين عليه في هذه الحالة أن يستمر في التنفيذ مادام هذا الوفاء ممكنا، ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية إن كان لذلك مقتضى، ومن ثم فإن تأخير جهة الإدارة في صرف قيمة مستخلصات المقاول مثلا ليس مبررا لامتناعه عن تنفيذ التزامه، باعتبار أن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني، بحيث لا يجوز للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ بحجة تقصير الإدارة في تنفيذها التزاماتها التعاقدية.[3]

وعلى نحو ما سبق فإن التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ التزاماته في حال إخلال الإدارة بالتزاماتها، هو التزام مطلق لا يعفيه من الوفاء به عدم احترام الإدارة لالتزاماتها، حيث أن كل إخلال بأحد التزامات الإدارة يعتبر حقا للمتعاقد في المطالبة بالتعويض.[4]

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 208 و209.
(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 193.
(3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 418.
(4)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 193.

إن موضوع النظام القانوني لتنفيذ العقد الإداري يعتبر بالفعل جانبا مهما، وموضوعا عمليا من موضوعات القانون الإداري، لأن العقود الإدارية أثناء تنفيذها ترتب آثارا على طرفي العلاقة التعاقدية، بحيث تجعل هذه الآثار العقد الإداري مختلفا عن العقود الأخرى في القانون الخاص، كونه يمنح للإدارة المتعاقدة سلطات في مواجهة المتعاقد معها، وقد خول المشرع الجزائري هذه السلطات للإدارة تثبيتا منه لقاعدة المصلحة العامة، التي تسعى الإدارة المتعاقدة لتحقيقها أثناء ممارستها لنشاطها من خلال المرافق العامة.

وعليه نستنتج من خلال هذه الدراسة أن الإدارة المتعاقدة، تتمتع بمجموعة من الامتيازات والسلطات أثناء مزاولتها لنشاط المرافق العامة وخلال تنفيذ عقودها الإدارية، وذلك إذا رأت المصلحة المتعاقدة أنه من أجل الوصول إلى تحقيق النفع العام، لابد من أن تستعمل الامتيازات المخولة لها دون موافقة الطرف المتعاقد معها، أو أن يعترض هذا الأخير على ذلك؛ وعليه فإن هذه السلطات تتمثل أساساً في سلطة مراقبة تنفيذ العقد، إذ تتمتع الإدارة بحق الرقابة وتوجيه وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لتنفيذ العقد ، حيث تأخذ الرقابة معنى ضيق هو الإشراف، ومعنى واسع هو توجيه من يقوم بعملية التنفيذ، حتى تضمن السير الحسن للمشروع محل العقد، وذلك عن طريق استعمالها لوسائل تساعدها في ممارسة سلطة الرقابة، والتي تتجلى في الوسائل المادية وكذا الوسائل القانونية؛ إضافة إلى سلطتها في التعديل التي تلجأ إليها متى رأت أن بنود العقد أو الإجراءات التي اتبعتها الإدارة بداية في إبرامها للعقد قد تؤثر سلبا على المصلحة العامة، وهذا التعديل قد يكون في الكم سواء بالزيادة أو بالنقصان، وقد يكون في تعديل المدة المحددة في العقد أو في تعديل طرق ووسائل التنفيذ؛ وبالتالي فإن التعديل يعتبر تصرف قانوني يقتصر على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد دون المساس بالعناصر الأساسية، فهو من جهة يعتبر وسيلة للتعاون بين الأطراف، ومن جهة ثانية يبقي على العقد في مواجهته للظروف المتوقعة أو غير المتوقعة؛ كما تملك الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد،إذا رأت أن مقتضيات الصالح العام ومقتضيات حسن سير المرفق العام بانتظام وباضطراد تقتضي الإنهاء الانفرادي للعقد.

حيث تمارس الإدارة المتعاقدة هذه السلطات الثلاث في حالة التنفيذ المطابق والسليم للشروط الواردة في العقد الإداري، أما في حالة التنفيذ غير المطابق، فإن القانون قد خول للإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة تقصيره في القيام بالتزاماته التعاقدية، باعتبار أن الجزاء هو إحدى الامتيازات التي تسمح للإدارة بتوقيع مختلف أنواع الجزاءات المتمثلة في الجزاءات المالية، والتي تشتمل على الغرامات المالية وهي غرامة التنفيذ غير المطابق والغرامة التأخيرية في حال التأخر عن التنفيذ في المدة المحددة، كما تشتمل على جزاء مصادرة الكفالة كضمان للإدارة في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، إضافة للنوع الثاني المتمثل في الجزاءات غير المالية والتي تشتمل على الجزاءات الضاغطة كوضع المشروع تحت الحراسة في عقود الامتياز أو جزاء سحب المشروع في عقود الأشغال العامة، أو الشراء حلى حساب المورد

في عقود التوريد، كما يشتمل على الجزاءات المنهية للعقد الإداري وهي الفسخ نتيجة خطأ جسيم من المتعاقد مع الإدارة، ويطلق عليه الإسقاط في عقود الامتياز.

كما تجدر الإشارة إلى أن سلطات الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري وإن كانت ضرورية، إلا أنها ليست مطلقة، بل تقف على قيود لا يمكن لها تجاوزها وهي بصفة عامة تتجسد في احترام مبدأ المشروعية وأيضا مراعاة المصلحة العامة.

بالإضافة إلى أن تنفيذ العقد يولد حقوقا والتزامات تقع على عاتق طرفي العلاقة التعاقدية فما هو حق لطرف هو التزام لآخر، وعليه فإن الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد تتمثل في حق هذا الأخير في التسوية المالية سواء في حصوله على المقابل المالي من خلال اقتضائه للثمن في عقود التوريد وعقود الأشغال، أو من خلال الرسوم في عقد الامتياز، وإما حقه في استحقاق بعض التعويضات من خلال المسؤولية العقدية أو التقصيرية للإدارة، أو استحقاقه على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، كما له حق في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إذا اختل توازنه بفعل المخاطر الإدارية التي تسببها الإدارة وهي ما تعرف بنظرية فعل الأمير، أو بفعل مخاطر اقتصادية خارجة عن إرادة الطرفين وهي ما تعرف بنظرية الظروف الطارئة، أو بسبب مخاطر طبيعية تسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إضافة إلى حقه في احترام الإدارة لالتزاماتها التعاقدية.

وبمقابل هذه الحقوق يتوجب على المتعامل المتعاقد احترامه لمجموعة من الالتزامات، أهمها أن يلتزم بتنفيذ العقد شخصيا ماعدا في الحالات الاستثنائية كالتعاقد من الباطن مع الغير لكن على مسؤوليته الخاصة، مع التزامه بضمان العمل الذي قام به، وكذا التزامه بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها وفقا للشروط المنصوص عليها مسبقا وبحسن نية.

قائمة المراجع:

أ . الكتب

1- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991.

2- محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1998.

2- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

3- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

4- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع، منشأة المعارف، مصر،2003.

6- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.

7- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.

8- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

9- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.

10- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.

11- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008.

12- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

13- عاطف محمود عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

14- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

15-ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف – الجزائر،2010.

16- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،2011.

17- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة،2011.

18- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن،2011.

19- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013.

20- محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.

21- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2014.

22- محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

ب . الرسائل والمذكرات

1-نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004.

2- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005.

3-سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري،أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن عكنون، 2007-2008.

4- سايح سهام، امتيازات الإدارة في العقد الإداري،مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر، 2007- 2010،

5- اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 -2009.

6- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه الدولة، القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري- قسنطينة، 2011- 2012.

7- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2013.

8- مصطفى مبروكي، الرقابة على إبرام الصفقات العمومية، مذكرة نيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر – بسكرة، 2013 -2014.

ج . النصوص القانونية والتنظيمية

1-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 78، لسنة 1975.

2- المرسوم الرئاسي 15 – 247، المِؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، لسنة 2015.

3- قرار وزاري مؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية، عدد 06، الصادر 1964/01/19.

المحتويات	الصفحة
شكر	
إهداء	
مقدمة	**04**
الفصل الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة عند تنفيذ العقد الإداري	**08**
المبحث الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة في حالة احترام المتعاقد لالتزاماته التعاقدية.....	**09**
المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري	**09**
الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري.....	**09**
أولا: تعريف سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري.....	**09**
ثانيا: مجال تطبيق سلطة الرقابة ومداها	**11**
أ. الرقابة في عقود الأشغال العامة	**11**
ب . الرقابة في عقود الامتياز	**11**
ج . الرقابة في عقود التوريد	**12**
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ووسائل ممارستها	**13**
أولا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة	**13**
أ. حالة النص على سلطة الرقابة	**13**
ب . حالة عدم النص على سلطة الرقابة	**14**
ثانيا: وسائل ممارسة سلطة الرقابة	**14**
أ . الأعمال المادية	14
ب . الأعمال القانونية	15
الفرع الثالث: القيود الواردة على الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري	**15**
أولا: وجوب توفير ضمانات للمتعاقد مع الإدارة	**15**
ثانيا: عدم تدخل الإدارة في الأعمال الداخلية للمرفق العام	**15**
المطلب الثاني : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	**16**
الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	**16**
أولا: تعريف سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	**16**

أ . الرأي المنكر لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	**17**
ب . الرأي المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	**18**
ج . الرأي الوسط بين الرأيين السابقين لسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية	**19**
ثانيا: صور سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية	**19**
أ . التعديل في مقدار التزامات المتعاقد.....	**19**
ب . التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها	**20**
ج . التعديل في مدة تنفيذ العقد	**20**
ثالثا: مجال تطبيق سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية	**21**
أ . سلطة التعديل في عقود امتياز المرافق العامة	**21**
ب . سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة	**22**
ج . سلطة التعديل في عقود التوريد	**22**
الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	22
الفرع الثالث: القيود الواردة على الإدارة في ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري	**23**
أولا: القيود العامة للتعديل	23
أ . استهداف المصلحة العامة	23
ب . توافر مبرر التعديل	24
ج . أن يتصل التعديل بموضوع العقد ويكون جزئيا	**24**
د . وجوب احترام القواعد العامة للمشروعية الإدارية	**24**
هـ . أن تكون حدود التعديل خلال مدة العقد	**25**
و . ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للعقد الإداري	**25**
ثانيا: القيود التشريعية للتعديل	**25**
أ . موافقة السلطة المختصة	**25**
ب . توافر الاعتماد المالي	**26**
المطلب الثالث:سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد	26
الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد	**26**
أولا: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد	**26**
ثانيا: أحكام سلطة إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد	**27**
أ . إنهاء العقد حق ثابت دون نص	27

ب . ضرورة تعويض المتعاقد من طرف الإدارة	**28**
ج . حقوق الغير اتجاه المتعاقد	**28**
الفرع الثاني : أساس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد	29
الفرع الثالث : القيود الواردة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد	**29**
أولا: ضرورة تحقيق المصلحة العامة	**29**
ثانيا: مشروعية قرار إنهاء العقد الإداري	**30**
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية	**31**
المطلب الأول: النظام القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها	31
الفرع الأول: تعريف الجزاء في مجال العقد الإداري	**31**
الفرع الثاني: الخصائص المميزة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها	**32**
أولا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها	**32**
ثانيا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون الحاجة لنص خاص	**33**
ثالثا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لإثبات وقوع الضرر.....	**33**
رابعا: حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء	**33**
خامسا: حق الإدارة في توقيع الجزاء عن طريق القضاء وخضوعها لرقابته	**34**
الفرع الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها	**34**
أولا: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها	**34**
ثانيا:فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها	**35**
الفرع الرابع: التكييف القانوني للجزاء في العقود الإدارية	**36**
أولا: الجزاء في العقود الإدارية تعويض للإدارة	**36**
ثانيا: الجزاء في العقود الإدارية عقوبة على المتعاقد.....	**36**
ثالثا: الجزاء في العقود الإدارية وسيلة لإجبار المتعاقد على التنفيذ.....	**37**
المطلب الثّاني: أنواع الجزاءات الإداريّة	**37**
الفرع الأوّل: الجزاءات المالية	**37**
أولا: غرامة التنفيذ غير المطابق (التعويض).....	37
ثانيا: الغرامة التأخيرية	**38**
أ . مفهوم الغرامة التأخيرية	**39**

ب . كيفية احتساب الغرامة التأخيرية وحالات سقوطها	40
1. كيفية احتساب الغرامة التأخيرية	40
2. حالات سقوط الغرامة التأخيرية	40
2. 1 . حالة حصول التأخير بسبب الإدارة	41
2. 2 . حالة حصول التأخير بسبب الظروف القاهرة	41
2. 3 حالة حصول التأخير بفعل الغير.....	41
2. 4 . حالة موافقة الإدارة على منح المتعاقد معها مهلة إضافية دون تحفظ	41
ثالثا:مصادرة الكفالة	42
أ . مفهوم الكفالة	42
ب . أنواع الكفالة حسب المرسوم الرئاسي 15-247.....	43
1- كفالة رد التسبيقات	43
2- كفالة التعهّد	44
3- كفالة حسن التنفيذ	44
4- كفالة الضمانات	44
الفرع الثاني: الجزاءات غير المالية	45
أولا: جزاءات الضغط.....	45
أ . وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز.....	45
ب . سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة	46
ج . الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد	47
ثانيا: الجزاءات المنهية للعقد الإداري	48
أ . فسخ العقد	48
ب . الإسقاط	49
المطلب الثالث: القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها	49
الفرع الأول: وجوب وجود خطأ من المتعاقد	49
أولا: الإخلال بشروط العقد	50
ثانيا: عدم احترام الأوامر المصلحية	50
الفرع الثاني: وجوب إعذار المتعاقد	50
الفرع الثالث: مشروعية قرار توقيع الجزاء	51

الفصل الثاني: حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري	**53**
المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري	**54**
المطلب الأول: حق المتعاقد في احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية	**54**
الفرع الأول: مدى التزام الإدارة بالعقد المبرم معها	**54**
الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية	**56**
المطلب الثاني: حق المتعاقد في التسوية المالية.....	**57**
الفرع الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي	**57**
أولا: الثمن	**57**
أ . تحديد الثمن	**58**
ب . آليات دفع الثمن المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247.....	**60**
1. التسبيقات	**60**
2. الدفع على الحساب	**61**
3. التسوية على رصيد الحساب	**62**
ثانيا: الرسم	**62**
الفرع الثاني: حق المتعاقد في اقتضاء التعويض	**63**
أولا: اقتضاء التعويض على أساس قواعد المسؤولية	**63**
ثانيا: اقتضاء التعويض على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب	**64**
المطلب الثالث: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد	**65**
الفرع الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية)	65
أولا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير	66
أ . وجود عقد إداري	**66**
ب . صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة	**66**
ج . أن يكون الإجراء غير متوقع	**67**
د- أن يخلق الإجراء ضررا خاصا بالمتعاقد	**67**
هـ . أن يكون هذا الإجراء مشروعا	**67**
ثانيا: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير.....	68

أ . استحقاق التعويض	**68**
ب . سقوط الغرامة التأخيرية	**68**
ج . فسخ العقد	**69**
الفرع الثاني: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الظروف الطارئة (المخاطر الاقتصادية)	69
أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	**70**
أ . وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه	**70**
ب . أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن أطراف العقد	**71**
ج . أن يترتب على الظرف الطارئ اضطراب في توازن العقد	**71**
د . أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد	71
ثانيا: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة	**71**
أ . استمرارية التزام المتعاقد بتنفيذ العقد	**72**
ب . حق المتعاقد في الحصول على معاونة من الإدارة	**72**
الفرع الثالث: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (المخاطر الطبيعية)	73
أولا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	**73**
أ . أن تكون الصعوبات مادية استثنائية	**74**
ب . أن تكون الصعوبات غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين	**74**
ج . أن تلحق الصعوبات اضطراب في التوازن المالي للعقد	75
ثانيا: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	**75**
أ . الاستمرار في التنفيذ	75
ب . الحصول على التعويض	**75**
المبحث الثاني: التزامات المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري	**77**
المطلب الأول: التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي وعلى مسؤوليته الخاصة مع احترام الضمان.....	77

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد	**77**
أولا: حالة التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد.....	78
ثانيا: حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره.....	80
أ. وفاة المتعاقد.....	**80**
ب . إفلاس المتعاقد أو إعساره.....	**81**
الفرع الثاني: التزام المتعاقد بالضمان.....	82
المطلب الثاني: التزام المتعاقد بالشروط المنصوص عنها والمبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري.....	83
الفرع الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بطريقة سليمة وبعناية تامة.....	**83**
الفرع الثاني: التزام المتعاقد باحترام المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري.....	**83**
الفرع الثالث: التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد على أساس مبدأ حسن النية.....	85
المطلب الثالث: التزام المتعاقد بالتشريع مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته في كل الأحوال.....	**86**
الفرع الأول: التزام المتعاقد بالتشريع المعمول به	**86**
الفرع الثاني: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية	**87**
خاتمة	**89**
قائمة المراجع	**92**
الفهرس	**96**