

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام



الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد
الإداري - دراسة مقارنة -

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص: قانون عام

إشراف:

أ. د. دايم بلقاسم

إعداد الطالب:

مجدوب عبد الحليم

لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. د. بدران مراد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. د. دايم بلقاسم
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	أ. بلماحي زين العابدين
مناقشا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر "أ"	أ. عبد اللاوي جواد

السنة الجامعية : 2018 - 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قال ربي أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأعمل صالحا

ترضاه وأصلح لي في ذريتي إني تبت إليك وإني من المسلمين ﴾

بداية أشكر الله عز وجل كل الشكر وأثني عليه بما هو أهل له، وأحمده سبحانه وتعالى على أن من علي بإتمام هذه الرسالة، وأسأل الله العلي القدير أن ينفع بها... إنه هو السميع المجيب.

وإعمالا للحديث النبوي الشريف، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: « لا يشكر الله من لا يشكر الناس »، يشرفني أن أقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: دايم بلقاسم لما بذله من جهد كبير في تشجيعي وتوجيهي ومساعدتي من أجل إنجاز هذه الرسالة حتى ظهرت في صورتها النهائية هاته.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من أعضاء المناقشة : الأستاذ الدكتور بدران مراد، الدكتور بلماحي زين العابدين، الدكتور عبد اللاوي جواد على تجشمهم عناء قراءة وتقييم هذه الرسالة والمساهمة في إثرائها، فلهم كل الإحترام والتقدير، وجزاهم الله عني خير الجزاء.

وشكري موصول كذلك إلى كلية الحقوق بجامعة تلمسان بأقسامها عميدا وأساتذة وعمالا كما لا يفوتني أن أتقدم بشكري الخالص إلى كل من مدير وأساتذة وعمال معهد الحقوق بالمركز الجامعي مغنية.

وأخيرا أتوجه بالشكر والتقدير لكل من أسهم برأيه وتوجيهه وتشجيعه لي لاتمام هذا البحث، فلهم مني جميعا كل التقدير والاحترام

إهداء

الحمد لله الذي وفقني ونور قلبي بالعلم والمعرفة، فيارب لك الحمد والشكر كما
ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، وصلى الله على خير الأنام نبينا محمد عليه أفضل
الصلاة والسلام.

أما بعد

فإلى من نزلت في حقهما الأيتين الكريمتين بعد باسم الله الرحمن الرحيم: ﴿وقضى
ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل
لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما (23) واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل
ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا﴾ الإسراء (23 - 24) .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أعلى ما أمك في الوجود أبي وأمي الغاليين حفظهما الله
وأطال في عمرهما

إلى أخواتي إلى جميع العائلة والأقارب والأصدقاء

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد

مجدوب عبد الحليم

قائمة بأهم المختصرات

Liste des principales abrégés

أولاً: باللغة العربية

- ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .
ج. م. ع : جمهورية مصر العربية.
ج: الجزء.
د. ش. إ. ع. ج: دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
د. ج. ج: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع.
د. م. ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
د. س. ن: دون سنة نشر.
د. ب. ن: دون بلد نشر.
د. د. ن: دون دار نشر.
د. ج: دينار جزائري.
د. ط: دون طبعة.
ص: الصفحة.
ط: الطبعة.
ع: العدد.
ع. أ. ع: عقد الأشغال العامة .
ق. ص. ع. ت. م. ع: قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

م. د. ف: مجلس الدولة الفرنسي.

م: المادة.

ثانيا: باللغة الفرنسية

ART : article.

CE : consiel d'Etat.

Ed : édition.

Edit : éditeur.

Ibid : Meme ouvrage présédent.

L .G.D.J : Librairie générale de droit et de jurispendence.

O.P.U : Office des publications universitaires.

OP.CIT: ouvrage précité.

P : page.

RARJ : Revu Académique de la Recherche Juridique.

S.ED : sans éditeur.

S.L : sans lieu.

T ; Tome.

مقدمة

تمارس الإدارة أثناء مباشرة نشاطها نوعين مختلفين من الأعمال من حيث طبيعتهما ووصفهما القانوني، وهذه الأعمال قد تكون أعمالاً مادية، ويُرادُ بها تلك الأعمال التي تجريها الهيئات الإدارية دون أن تهدف من وراء إجرائها لها إحداث أي أثر قانوني مباشر سواء كان هذا التصرف إيجابياً أو سلبياً، كأن تباشر الإدارة عملية هدم مجموعة من السكنات الفوضوية، أو أن تقوم بنقل مجموعة من السكان من حيٍّ لآخر من خلال شاحنات مخصصة لهذا الغرض، كما قد تكون أعمالاً قانونية، ويراد بها تلك الأعمال التي تجريها الإدارة قصد إحداث آثار قانونية معينة إما بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل تلك المراكز القانونية التي كانت قائمة أو إنهائها¹، وتأخذ هذه الأعمال مظهرين رئيسيين هما:

- **المظهر الأول** : التصرفات التي تقوم بها جهة الإدارة من جانب واحد بإرادتها المنفردة، ومن ذلك القرارات² والأوامر الإدارية، والتي تعد من دون أدنى شك إحدى أنجح وأقوى الوسائل القانونية التي تنزود بها جهة الإدارة في مواجهة الأفراد، وبما يُمكنُها من إدارة وتسيير مرافقها العامة، وحماية النظام العام وحفظه .

غير أن هذا المظهر - القرار الإداري - والذي يقوم أساساً على الأمر والإلزام، قد يعجز في بعض الأحيان عن الوفاء ببعض الأهداف المنشودة والمسطرة من قبل الإدارة، لذا فإنه عادة ما تلجأ الإدارة إلى الأخذ بالمظهر الثاني.

¹ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2010، ص 10؛ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية - طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، ط 05، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية - الجزائر، 2017، ص 07.

² - جاء في تعريف القرار الإداري أنه : « كل عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة بغية إحداث آثار قانونية متعلقة بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم»، علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر، 2012، ص 268؛ وللتفصيل في الموضوع أكثر: بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية - دراسة تشريعية، فقهية وقضائية -، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2011، ص 10 وما بعدها.

- **المظهر الثاني:** الأعمال أو التصرفات القانونية التي تقوم بها الأجهزة الإدارية المختصة بالإشتراك مع بعض الأفراد أو الهيئات أو بينها وبين أشخاص إعتبارية عامة، عن طريق الاتفاق الودي معهم إذا ما قدرت أن هذه الطريقة تحقق لها أهدافها، ونعني بذلك العقد الإداري، وسائر الأعمال الإتفاقية¹.

ونشير هنا، إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست كلها من طبيعة واحدة، كما أنها لاتخضع لنظام قانوني واحد، وإنما تنقسم إلى قسمين²:

- **القسم الأول:** عقود مدنية **contrats civils** تخضع للقانون الخاص، وفيها تتخلى الإدارة عن جميع امتيازاتها كشخص عام لتتنزل إلى منزلة الأفراد العاديين وتتعامل معهم بنفس الأسلوب الذي يتعاملون به فيما بينهم، ويختص القضاء العادي في المنازعات الناشئة عنها.

- **القسم الثاني:** عقود إدارية **contrats administratifs** تخضع لأحكام القانون العام، حيث تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد المتعاقدين معها، وماتحويه من ضمانات لا وجود لها في مجال القانون الخاص، كما لا يمكن أن تسري عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيها بمركز تعاقدى أفضل بكثير من المتعاقد معها، على أساس أن الإدارة هي المسؤول الأول والأخير عن إدارة المرافق العامة وتسييرها، ويختص القضاء الإداري - وحده - بالفصل في المنازعات الناشئة عنها³.

¹ - مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص 09.
² - يعتبر الفقيه الفرنسي " جيز " من أوائل الفقهاء الذين عملوا على إبراز هذا التقسيم وعنو به، وهو الأمر الذي دفع بالفقيه " فيدال " إلى نعته بأب نظرية العقود الإدارية. « Le père de la théorie des contrats administratifs ».
- مشار إليه لدى : محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997، ص 165.

³ - نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 01، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 15؛ محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2017، ص 177.

والجدير بالذكر أن نشأة العقود الإدارية ومراحل تطورها تميزت بطبيعة خاصة، ففكرة العقود الإدارية هي فكرة حديثة نسبياً، لم تكن معروفة منذ عهد بعيد؛ قياساً بموضوعات القانون الإداري الأخرى كالقرارات الإدارية والضبط الإداري، بل كانت نتاجاً لتطور قضاء م. د. ف، فهو من قام بتشديد وإرساء قواعدها ومبادئها شأنها شأن باقي نظريات ومبادئ القانون الإداري، وذلك بعد أن كانت تعتبر من التصرفات العادية التي يفصل في منازعاتها القضاء العادي، ليعود بعدها م. د. ف من جديد ويقرر الأخذ بفكرة العقود الإدارية في قراراته اللاحقة¹.

هذا ويعتبر حكم تيرييه " **Terrier** " الصادر بتاريخ 1903/02/06 الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها²، بعد أن كانت تركز في السابق على فكرة السلطة العامة، حيث تقرر بموجب هذا الحكم أن : إختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة وطنية كانت أو محلية، سواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا

¹ - لمزيد من التفاصيل حول نشأة وتطور فكرة العقود الإدارية:

-FRIEDRICH Clemmy, Histoire doctorinale d'une mise en discours : Des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), Doctorat de l'université de TOULOUSE, 2016.

-كمال محمد توم حسين محمد، العقد الإداري بين النظرية والتطبيق في المملكة العربية السعودية - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، جمهورية السودان، 2012، ص 06 ومابعداها.

² - تتلخص وقائع هاته القضية في قيام أحد المجالس البلدية بفرنسا بالإعلان عن منح مكافأة لكل شخص قام بالمشاركة في الحملة التي نظمتها البلدية من أجل التخلص من الأفاعي السامة التي اجتاحت المدينة، بعد أن أصبحت تشكل خطراً حقيقياً على قاطنيها، وقام المجلس بتخصيص مبلغ من المال لذلك، ونظراً للمبلغ المغربي الذي خصصه المجلس البلدي للمشاركين، فقد أدى ذلك بالمشاركين إلى بذل جهودهم للمشاركة في هاته الحملة، مما أدى إلى نفاذ المبلغ المخصص للمكافأة، ولما تقدم السيد تيرييه / **Terrier** لاستلام مكافأته باعتباره أحد المشاركين في الحملة، فوجئ برفض المجلس لطلبه بحجة نفاذ مبلغ المكافأة، الأمر الذي دفعه إلى رفع دعوى أمام القضاء ضد المجلس البلدي، لينتهي مجلس الدولة إلى تقرير اختصاصه بالنظر في المنازعة على أساس أن الوعد بالمكافأة من قبل المجلس البلدي يتضمن إيجاباً وقيام السيد تيرييه باصطياد الأفاعي بشكل قبولا، وهو ما يشكل عقداً بينهما يتعلق بمرفق عام، ومن ثمة رأى مجلس الدولة أن المنازعات التي يثيرها هي من اختصاص القضاء الإداري.

- C.E. 06 février 1903, Recueil Lebon, Arrêt Terrier 06 Février 1903.

الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل عن ماينجم عنها من منازعات¹.

غير أنه وفي حقيقة الأمر، وإن بدت فكرة المرفق العام ملازمة للعقد الإداري في هذا الحكم، إلا أنها لم تعد كذلك فيما بعد، كما لم تعد تتصف بالضرورة لإسباغ الصفة الإدارية على عقود الإدارة بصفة دائمة، إذ سرعان ما عمّد القضاء الإداري الفرنسي إلى بلورة وتطوير نظرية العقود الإدارية، ووضع معايير أخرى للترقية بينها وبين العقود المدنية، عقب صدور حكم مجلس الدولة بخصوص قضية شركة الجرانيت " Société des granits " بتاريخ 31 جوان 1912، والذي اشترط على جهة الإدارة أن تأخذ بأسلوب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في مجال القانون الخاص حتى يكتسب العقد صفته الإدارية².

وبذلك أصبح معيار الشروط الإستثنائية من المعايير المميزة للعقد الإداري جنباً إلى جنب هو ومعيار المرفق العام³.

ليعمد بعدها م. د. ف في تعريفه للعقد الإداري، إلى القول عنه أنه : « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، مع أحد الأشخاص الخاصة، بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر فيه نيّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً إستثنائيةً غير مألوفة في القانون الخاص »⁴.

¹ - مقتبس عن : أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973 ، ص 14 وما بعدها.

² - C.E.31 Juillet 1912, GRANITES DES VOSGES, N^o 30701.

³ - مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين القضاء والتشريع في اليمن - دراسة مقارنة- ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006 ، ص 70.

⁴ - خالد خليل الظاهر، القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان - الأردن، 1998 ، ص 284؛ مأل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري - دراسة مقارنة-، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، 2014 ، ص 13.

وهو ذات المسلك الذي أخذ به القضاء الإداري المصري، حينما ذهب المحكمة الإدارية العليا، في تعريفها للعقد الإداري بالقول عنه أنه: « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص »¹.

أما بالنسبة للوضع في الجزائر، فإنه وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري قد جعل النظر في المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، من اختصاص المحاكم الإدارية وبشكل خاص بالنسبة لدعاوى القضاء الكامل التي تعتبر الإدارة طرفا فيها²، على

¹ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشرة بند 06 ، ص 493، مشار إليها لدى : مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (BOT)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 31 ، وأنظر كذلك : قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 599 الصادر بتاريخ 24 /02/ 1968 السنة 13 قضائية المجموعة ص 557 والذي جاء في منطوقه : « ... مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط مرفق عام... وأن يأخذ بأسلوب القانون العام، وماينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص...»، مشار إليه لدى: علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص 04.

² - نصت المادة 800 من ق . إ . م . إ على أنه: « المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها »، القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، ج. ر. ج. عدد 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أفريل 2008 .

كما نصت المادة 801 من ذات التقنين المشار إليه أعلاه، على أنه: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- ✓ دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:
- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية ،
- البلدية والمصالح الأخرى للبلدية ،
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية ،
- ✓ - دعاوى القضاء الكامل".

اعتبار أن الدعاوى المتعلقة بالعقود جزء لا يتجزأ من دعاوى القضاء الكامل¹، وهو ما ذهب إليه أيضا المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حينما نصت على أنه: « لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات محل نفقات: الدولة، الجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري...»².

وذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للعقد الإداري، في قرار له غير منشور بتاريخ 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليو بيسكرة ضد (ق. أ) تحت رقم 6215 فهرس 873، إلى القول أنه: « عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات... »، غير أن ما يعاب على هذا التعريف، هو أنه قام بحصر مفهوم العقد الإداري على أنه رباط عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن العقد الإداري يمكن أن يجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلاً في الولاية أو البلدية أو المؤسسات الإدارية، كما أن إستعماله لمصطلح المقولة جاء في غير موضعه، على اعتبار هذا الأخير أحد المصطلحات التي يؤخذ بها في المفهوم المدني، إذ كان من الأجدر أن يقتصر على مصطلح إنجاز أو تنفيذ أشغال لينصرف المفهوم لعقد الأشغال العامة باعتباره أحد العقود الإدارية الرئيسية، وأن لا ينصرف لعقد المقولة وهو عقد مدني، لما للعقدين من اختلافات كبيرة وجوهرية سواء على مستوى طرق وكيفيات إبرامها أو على مستوى إمتيازات الإدارة السلطوية والتي تشكل في مجملها نظرية العقد الإداري³.

¹ - شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013 - 2014، ص 04.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، ج، ر.ج. عدد 50 الصادرة بتاريخ 06 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 20 سبتمبر 2015.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 94.

- نصت المادة 549 من القانون المدني الجزائري في تعريفها لعقد المقولة على أنه: « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر »، الأمر 75-58 مؤرخ في 20 =

وعلى ضوء ما تقدم ذكره من تعاريف، يمكننا القول أنها اتفقت جميعها على أنه حتى نكون أمام عقد إداري؛ يجب أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بالضرورة، وأن يتوافر فيه أحد الشرطين الآتيين: أن يكون متصلاً بنشاط مرفق عام، أو متضمناً لشروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وبناءً على هذه القواعد، تظهر لنا المكانة الهامة التي تعتري العقد الإداري عن غيره من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة أثناء تأدية مهامها، نظراً لما توفره هذه العقود للإدارة من امتيازات و ضمانات لها لا مثيل لها في عقود القانون الخاص مثلما أشرنا إليه أعلاه، فبالرغم من أن المبدأ السائد في العقد الإداري كما هو الشأن في كل عقد أنه يقوم على توافق إرادتين بقصد إحداث أو إنشاء آثار قانونية، إلا أن نية كل طرف من أطرافه لا تنصرف إلى تحقيق الغاية ذاتها، فبينما تنصرف نية المتعاقد من وراء عملية تعاقد مع جهة الإدارة إلى تحقيق مصلحته الخاصة ومآربه الشخصية المتمثلة في الحصول على المقابل المالي وغيرها من الحقوق والامتيازات، تسعى الإدارة وعلى عكس المتعاقد معها إلى تحقيق الصالح العام.

وطالما أن إرادة الإدارة ترسخت في تحقيق المصلحة العامة، وكانت العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة متصلة بتنظيم وتسيير المرافق العامة، فإنه كان لزاماً على المشرع تزويد جهة الإدارة وإحاطتها بمجموعة من الضمانات القانونية التي تكفل لها ذلك وتحققه لها على أحسن وجه، وخصوصاً أثناء مرحلة التنفيذ، ذلك أنه من بين الأمور المسلم بها في القانون الإداري أن الإدارة هي المسؤول الأول والأخير عن إدارة وتسيير المرافق العامة، فإذا ما عهدت إلى غيرها بتولي هذا الدور فإن ذلك لا يعدو أن يكون معاوناً لها، حتى تضمن بذلك تسيير المرافق التي تديرها بانتظام واضطراد، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

ومن هذا المنطلق تتحدد مسألة بحثنا؛ بحيث ستكون دراستنا مخصصة للكشف عن أهم الضمانات القانونية التي قام المشرع برصدها لجهة الإدارة وهي بصدد تنفيذ عقد من عقودها

=رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج . ر . ج . ج عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 .

الإدارية التي تبرمها مع أشخاص القانون الخاص؛ ومعرفة مدى فاعليتها في مواجهة هذا الأخير.

وعن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع، فهو مدى أهميته التي تعتبر سببا موضوعيا للبحث فيه؛ كون أنه يعتبر أحد أهم الموضوعات الشائكة في القانون الإداري بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، إضافة إلى أن الميول إلى مثل هذه المواضيع يعد سببا ذاتيا لتناول محتوياته، وكذا حاجة المكتبة القانونية في الجزائر إلى البحوث والدراسات المتخصصة المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة، والصفقات العمومية بصفة خاصة، وذلك لأهميتها في عصرنا الحاضر وكونها أضحت تشكل القناة الرئيسية لصرف المال العام.

أما عن الصعوبات التي واجهتنا ونحن بصدد إعدادنا لهذا البحث، فلقد كان أهمها اتساع الموضوع وتشعب أجزائه، وكذا قلة المراجع الحديثة المتخصصة فيه بالجزائر، إذ أن ماتم التعرض إليه عبارة عن كتابات متناثرة لم تعالج الموضوع معالجة كافية، فضلا عن ندرة الأحكام القضائية في الجانب المقصود من هذه الرسالة، وقد شكل هذا الأمر صعوبة بالغة في الاستعانة بالكم والنوع المطلوب من هاته الأحكام، الأمر الذي دفعنا إلى الاستعانة بصفة أساسية على كل من الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري، باعتبارهما الرائدان ضمن هذا المجال على كل من المستوى العالمي بالنسبة لفرنسا والمستوى العربي بالنسبة لجمهورية مصر العربية.

وتتبع أهمية دراسة هذا الموضوع من جانبين رئيسيين:

- **جانب نظري:** يتمثل في البحث عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الضمانات، وموقف كل من الفقه والقضاء والتشريع منها، وكذا بيان حدودها وأوجه الضمان التي يمكن أن تأخذها في شتى العقود الإدارية.

- **جانب علمي:** يتمثل في استظهار مدى فاعلية هذه الضمانات في حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية على أحسن وجه، ومواجهة أي انحراف قد يقع فيه وهو بصدد تنفيذه للعقد الإداري.

وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية: فيم تتمثل أهم الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري؟

وتتولد عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية، والتي تتمحور أساسا حول:

- ما موقف كل من الفقه والإجتهد والتشريع اتجاه هذه الضمانات؟

- ماهو الأساس القانوني الذي تقوم عليه كل ضمانات؟

- ماهي الحدود التي تقف عندها الإدارة أثناء استخدامها لهذه الضمانات؟

- ماهي أبرز المظاهر التي يمكن أن تتخذها هذه الضمانات في الطوائف الرئيسية للعقود الإدارية الرئيسية الثلاث (عقد الأشغال العامة، عقد الإمتياز الإداري، عقد التوريد الإداري)؟

إجابةً على هذه التساؤلات اتبعنا مجموعة من المناهج هي كالتالي:

أ / **منهج تحليلي:** يعتمد على تحليل النصوص القانونية والأنظمة والتعليمات ذات الصلة بموضوع الأطروحة، وذلك عن طريق تحليل واستقراء مضامين تلك النصوص وتدعيمها بالآراء الفقهية، فضلا عن الإستعانة ببعض الأحكام والتطبيقات القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية لترجيح الأفكار، والخروج باستنتاجات ترتبط بموضوع بحثنا.

ب / **منهج مقارنة:** ذلك أننا لن نتناول موضوعات البحث وفق نظام قانوني واحد، وإنما وفق نطاق واسع ضم الأنظمة التشريعية المختلفة في كل من فرنسا ومصر والجزائر والتي سيأتي ذكرها في هذا البحث بنفس الترتيب المذكور، وكذلك جل الآراء الفقهية والأحكام القضائية الصادرة عنها، فضلا عن الإشارة إلى بعض التشريعات والأحكام القضائية والتي جاءت بصفة ثانوية على سبيل المقارنة، وكذا بعض أحكام وقواعد القانون الخاص التي جاء ذكرها في بعض المواطن من هذا البحث.

زيادة على ذلك، سيتم الإستعانة بالمنهج الوصفي لشرح كل المفاهيم والعناصر التي ينبغي منا شرحها لكشف الغموض وإزالة اللبس عنها، فضلا عن استعمال المنهج التاريخي في بعض مواطن هذه الدراسة التي استوجبت منا ذلك .

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية التي يثيرها الموضوع، فقد تعين علينا تقسيم الموضوع إلى بابين:

الباب الأول: الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة أثناء التنفيذ العادي للعقد الإداري.

الباب الثاني: الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري.

الباب الأول

الضمانات القانونية المخولة لجهة
الإدارة أثناء التنفيذ العادي للعقد الإداري

إذا كان من الأمور المسلم بها في مجال عقود القانون الخاص إرتباط هذه الأخيرة كوسيلة للتعامل فيما بين الأشخاص بمبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عليها من نتائج أهمها قاعدة « **العقد شريعة المتعاقدين** » مما يعني سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه - و بالتالي عدم جواز إدخال أية تعديلات على بنوده أو فسخه إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، كما نصت عليه المادة **106** من القانون المدني الجزائري¹ - فإن هذه القاعدة يتعذر إعمالها في مجال العقود الإدارية التي هي بخلاف ذلك تمامًا، كون أن هذه الأخيرة تتميز بطابع خاص، مناطه سد احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره والتي تتطلب تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة²، ذلك أن الإدارة لدى تنظيمها و تسييرها للمرافق العامة لا يمكن معاملتها بنفس المعاملة التي يتم بها معاملة الأفراد في تنظيم و تسيير شؤونهم الخاصة³، إذ من شأنها - الإدارة - التدخل في مراقبة تنفيذ هذه العقود وتوجيهها؛ وذلك حتى تضمن عملية تنفيذها على نحو مرض من ناحية، ومن مواجهة أي انحراف أو تقصير قد يقع فيه المتعاقد أثناء تأديته للالتزامات التعاقدية من ناحية أخرى، من خلال ما يعرف بسلطة الرقابة والتوجيه (**الفصل الأول**) كما أن لها الحق في إضفاء ما يلزم من تعديلات عليها - العقود - وفقا لما تتطلبه المتغيرات الظرفية التي تطرأ أثناء تنفيذها؛ وبما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقًا مع الصالح العام (**الفصل الثاني**).

¹ - الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

² - حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص 301.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، د. ج . ج . ن، الإسكندرية، 2006، ص 248.

الفصل الأول

سلطة الرقابة و التوجيه كضمانة على التنفيذ السليم للعقد الإداري

بالنظر إلى أن العقد الإداري متصلٌ دومًا بنشاط المرفق العام، وما يقتضيه هذا الأخير من متطلبات تضمن حسن تسييره، وتحقيقًا للمصلحة العامة، كان لابد على الإدارة باعتبارها طرفًا في العقد الإداري، أن تسعى جاهدة إلى مراقبة تنفيذه على النحو المطلوب، ذلك أن الإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا يعني تخليها عن مسؤوليتها للمتعاقد معها وتركه يقوم بتسيير وإدارة المرفق وحده¹، وإنما يكون عليها لِرُأْمًا إِسْبَاقُ رقابتها على كيفية تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية والطرق والوسائل المستعملة لذات الغرض²، مستهدفة في ذلك التأكد من سلامة التنفيذ ومطابقته للشروط والمواصفات المنصوص عليها ضمن البنود التعاقدية، وأن كل شيء يسير على ما يرام، لتحاشي وقوع أي اختلال في المشروع ذاته نتيجة التنفيذ السيء، وذلك من خلال ما يعرف سلطة الرقابة والتوجيه.

وفي سبيل توضيح المقصود بسلطة الرقابة والأساس القانوني الذي تركز عليه ومعرفة كل من الأحكام والقواعد القانونية النازمة لهذه السلطة بصورة أكثر تفصيلاً، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم سلطة الرقابة والأساس القانوني الذي تقوم عليه.

المبحث الثاني: القواعد النازمة لسلطة الرقابة والتوجيه كإحدى الضمانات القانونية

المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

المبحث الأول

ماهية سلطة الرقابة والتوجيه

تُعَدُّ سلطة الرقابة والتوجيه من أولى السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وإحدى أهم الآثار التي تترتب على تنفيذ العقد الإداري، والتي تجسد المبدأ السائد في نظرية العقد الإداري، الذي مفاده بأنه لا يمكن أن تلتزم الإدارة بموجب

¹ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط 01، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 141.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية - الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 237.

العقود التي تبرمها في سبيل إدارة وتسيير مرافقها العامة بنفس الطريقة التي يلتزم بها طرفا العقد في العقود المدنية¹.

وإذا كانت الإدارة تسعى إلى تحقيق متطلبات الصالح العام الذي تستهدفه من وراء إبرامها للعقود، فإنه لضمان تحقيق هذا الهدف لا يمكنها أن تعتمد بشكل كلي على المتعاقد معها والذي يسعى عادة إلى تحقيق ربحه الخاص، لذا تقوم الإدارة بفرض رقابتها عليه - المتعاقد - حرصاً على تفادي الإضرار بالصالح العام².

فما مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه؟ و ماهو الأساس القانوني الذي يمكن لجهة الإدارة أن تركز عليه عند إعمالها لهذه السلطة؟
للإجابة على هاته التساؤلات، إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: ندرس فيهما المفهوم القانوني لسلطة الرقابة (المطلب الأول) وكذا التعرف على الأساس القانوني لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم سلطة الرقابة

تُمثِّل سلطة الرقابة بمفهومها العام وظيفة إدارية مهمة للغاية من حيث أنها تعني قياس وتصحيح أساليب الأداء للمرؤوسين من أجل التأكد من أهداف المؤسسة³.
وعلى ضوء ذلك، تتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري بسلطة الرقابة والتوجيه بوصفها القوامة على خدمة المرافق العامة وتسييرها بانتظام وإضطراد⁴.

¹ - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 18.

² - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 410.

³ - محمد شريط، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 2016 - 2017، ص 209.

⁴ - André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA , Yves GAUDEMET, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, 15^e édition, Tome 01, LGDJ, Paris, 1999 , P 822.

ويقصد بها - أي الرقابة - تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية تنفيذًا صحيحًا على النحو المتفق عليه وذلك ضمانًا لسلامة تنفيذ العقد¹.

كما يُراد بها من جانب آخر، التنبُّت من صحة وسلامة تنفيذ العقد من طرف المتعاقد أو السهر على حسن تنفيذه بالرجوع إلى الشروط التي تم ضبطها بالعقد².

وفي تعريفٍ آخر، عُرِّفت سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه؛ على أنها: «مجموعة من الطرق والوسائل القانونية التي تملكها الإدارة فيما يتعلق بإجراءات تنفيذ العقد، والتي تستعين بها لضمان تطبيق القوانين والأنظمة والتعليمات وحماية الأموال العامة من الإعتداء عليها وضمان الإلتزام بالخطة السنوية الموضوعة من قبل الجهات المختصة»³.

وغير بعيدٍ عن المفاهيم المشار إليها أعلاه، يمكننا القول، بأن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه عبارة عن ضمانة مخولة لجهة الإدارة، من شأنها أن تكفل لها تنفيذ العقد تنفيذًا سليمًا على النحو المتفق عليه، وبما يمكنها من مواجهة أي إخلال صادر عن المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد.

وتجد هذه السلطة أساسها في التشريع، ومن ذلك ما خصه المشرع الجزائري - على سبيل المثال لا الحصر - بالنص عليه في القسم الأول من الفصل الخامس المدرج في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتحديدًا في نص المادة 156 منه والتي نصت على أنه: «تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل تنفيذها و بعده،

¹ - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص 433.

² - عصام بنحسن، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، جامعة باجي مختار، عنابة - الجزائر، يوم : 2013/02/15، ص 206.

³ - هنادي فوزي حسين، رقابة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2015، ص 43.

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية و رقابة خارجية و رقابة الوصاية»¹.

كما نصت المادة 157 من ذات المرسوم على أنه: «تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام الأخرى التي تطبق عليها»².
ويبدو لنا، من إستقراء نص هاتين المادتين، أن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري قد تكون سابقة للتعاقد³ ومزامنة له ولاحقة لعملية إبرامه - وهو موضوع دراستنا - وحتى لحين الإنتهاء من تنفيذه .

كما يتأكد لنا من جانب آخر، مدى حرص المشرع على توفير ما يلزم لجهة الإدارة من ضمانات تمكّنها من التصدي لأي انحراف عن ماتم التعاقد عليه من قبل المتعاقد معها، وتكفل لها تنفيذ العقد تنفيذا سليما على النحو المتفق عليه، والتي لا يمكن أن تتأتى لها إلا من خلال تخويلها حق ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري.

ويرى بعض الفقهاء⁴، أن لهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص، غير أنها تأخذ مدى أوسع منها في العقود الإدارية نظرا لما تمتلكه الإدارة من سلطة تخويلها منح وإصدار أوامر وتعليمات للمتعاقد معها وتوجيهه إلى كيفية التنفيذ والتدخل بإختيار الطريقة أو

¹ - المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المشار إليه سابقا.

² - المادة 157 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المشار إليه سابقا.

³ - لمعرفة المزيد من التفاصيل عن الرقابة التي تمارسها الإدارة أثناء مرحلة الإبرام، أنظر: خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 - 2015، ص 132 - 194؛ بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017 - 2018، ص 11 - 56؛ صادقي عباس، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة ماجستير، تخصص: القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016 - 2017، ص 11 - 74؛ فاطمة الزهرة فرقان، رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 - 2007، ص 10 - 58.

⁴ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 115؛ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 100؛ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري - نشاط الإدارة ووسائلها -، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 193.

الكيفية الملائمة للتنفيذ، ذلك أن الإدارة عندما تبرم عقدا من أجل تسيير مرفق عام، فإنها تحدد بدقة وعناية تامة مضمون الأداءات التي يجب تأديتها وتنفيذها¹، ومبررها في ذلك هو ضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام، وضمان سيره بانتظام وإضطراد .

كما يذهب معظم شراح القانون الإداري²، إلى أن القول بأن مفهوم سلطة الرقابة ينصرف إلى معنيين: أحدهما ضيق يتناول سلطة الإشراف على تنفيذ العقد "الإشراف الدوري" والآخر وهو المعنى الواسع والذي يشمل ويتجاوز المعنى الضيق سلطة التوجيه كضمانة على حسن تسيير المرفق العام الذي تديره "الإشراف الدائم" .

ومن هذا المنطلق، سيتم معالجة كل معنى في فرع مستقل عن الآخر، المعنى الضيق (الفرع الأول) والمعنى الواسع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعنى الضيق

ويقصد بالمعنى الضيق حق الإدارة في مراقبة التنفيذ خطوة بخطوة والتأكد من أنه يسير وفقا لما تضمنته بنود العقد من شروط و مواصفات³.

ووفقاً لهذا المعنى - المعنى الضيق "stricto sensu" - يكون حق الرقابة مرادفاً لحق الإشراف "contrôle surveillance"، إذ أنه غالباً ما تترجم الرقابة ضمن هذا النطاق - وعلى وجه العموم - في صورة أعمال مادية تباشرها الإدارة⁴، كالقيام بزيارات ميدانية لمواقع

¹ - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثالث، د. د. ن، 2003، ص 233.

² - حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 300؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 285؛ كمال محمد توم حسين محمد، المرجع السابق، ص 202؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 237؛ حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007 ، ص 139؛ علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 01 ، ط 01 ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت - لبنان، 2011، ص 374؛ هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 805؛ أبو بكر أحمد عثمان، عقود تقويض المرفق العام - دراسة تحليلية مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 198؛ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، د. س. ن، 631.

³ - راجحي أحسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2013، ص 77.

⁴ - حمدي سليمان القبيلات، القانون الإداري، ج 02، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 145.

الأشغال من قبل مهندسين مختصين، بغية التحقق من سلامة المواد المستعملة في تنفيذ العقد؛ وذلك بواسطة الفحص والإختبار والتأكد من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد من حيث نوعيتها وجودتها¹، وكذا دخول أماكن استغلال المرفق محل العقد والمخازن والمصانع، وإستلام بعض الوثائق من المتعاقد بنية الإطلاع عليها وفحصها- وتكون هذه الخطوة أكثر إعمالا في عقود إمتياز المرافق العامة - ناهيك عن مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والكفاءة المطلوبة لإنجاز بعض الأشغال²، والتأكد من مدى تناسب معدلات التنفيذ مع المدد المحددة في العقد، وهذا حتى تأمن الإدارة أي خطأ صادر من المتعاقد معها في إدارة وتسيير المرفق العام، وتطمئن لتنفيذ العقد على الوجه الذي يحقق الهدف المرجو منه³.

كما وقد تتم ترجمة الرقابة ضمن هذا النطاق أيضا، في صورة أعمال قانونية، من خلال إصدار الإدارة لأوامر وتعليمات تنفيذية للمتعاقد معها لحثه على تنفيذ التزاماته على

¹ - علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط 01، دار وائل للنشر، الأردن، 2003 ، ص 714؛ محمد علي عارف جلعوك، أعمال المقاولات، ط 01، دار الراتب الجامعية، بيروت - لبنان، 1999، ص 142؛ عصام أحمد البهجي، عقود البوت **B.O.T** الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، د. ج. ج ، مصر، 2008.

² - محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني (الوظيفة العامة - القرارات الإدارية - العقود الإدارية - الأموال العامة)، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ، 2012، ص 305.

³ - مولود ديدان، القانون الإداري، (التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر ، د. س. ن ، ص 184. و يظهر هذا النوع من الرقابة كذلك بشكل رئيسي في صفقات الإنجاز والتي عادة ما تمارس بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه بمتابعة تنفيذ الصفقة " **Bureau d'études** " وفقا لما أشارت له المادة 36 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 والتي نصت على أنه : « كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة التي يعينها » .

- هذا ولقد حددت المادة 06 من ذات المرسوم قائمة الأشخاص المعنوية وفقا للنحو الآتي:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية (الولاية - البلدية).

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

نحو معين¹، ويكون تدخل الإدارة هنا في حقيقة الأمر بمثابة عمل تمهيدي لتسلم العمل عند إتمام عملية إنجازه، فهو مُكْمِلٌ لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم².

ويُسلّمُ العديد من شُراح القانون الإداري، أن حق الإشراف والرقابة هو أحد تطبيقات قواعد القانون العام، ولا يمكن للإدارة التنازل عنه حتى ولو لم يتم النص عليه في العقد³، بوصفه سلطةً عامة، وما تمثله من ضمانات أساسية وفعالة أقرها لها المشرع ليضمن لها بذلك سلامة تنفيذ عقودها من ناحية، وتحقيق الصالح العام و حسن سير مرافقها بانتظام وإضطراد من ناحية أخرى⁴.

غير أننا نجد في المقابل، ومن خلال ماسبق، أن حق الرقابة قد يتجاوز المعنى الضيق بدوره ليتداه بذلك إلى درجة تزيد إلى حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء هذه المرحلة وأن كل شيء يسير على ما يرام⁵، وهو ما يعرف بسلطة التوجيه.

الفرع الثاني: المعنى الواسع

ويتناول المعنى الواسع سلطة التوجيه "**pouvoir de direction**" ويقصد به حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، والتي تضمن لها حسن

¹ - نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، د. طه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2007، ص 354؛ علي يوسف الشكري، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة، المجلد الثامن، العدد 25، العراق، 2015، ص 08.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 433.

³ - Le pouvoire de contrôle , dans la mesure ou il nécessaire à la bonne excution du contrat existe même le silence de celui-ci et l'administration ne sourait y renoncer, Laurent RICHER , Les contrats administratifs , 1^{ère} édition ,Daloz , paris,1991,p 77.

محمد رضا جنبح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، د . ب . ن ، 2004، ص 250 .

محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، 2017، المرجع السابق، ص 268.

حمدي سليمان القبيلات، المرجع السابق، ص 145.

حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 296.

محمد علي الخليلية، المرجع السابق، ص 305 .

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ...، القسم الثاني، ط05، المرجع السابق، ص 08.

⁵ - جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 198.

تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية على أكمل وجه كما هو منصوص عليه في العقد¹، إذ لا تقتصر مهمة الإدارة طبقاً لهذا المعنى على التأكد من تنفيذ العقد وفقاً للشروط المدرجة فيه وحسب كما هو الشأن في سلطة الإشراف، بل تتعداه في بعض الأحيان وبحسب طبيعة العقد وموضوعه - وخلافاً لما يجري عليه العمل في عقود القانون الخاص أيضاً- لتتدخل بدرجةٍ تزيد إلى حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به²، وتوجيه أعمال التنفيذ؛ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها ملائمة لحسن تسيير المرفق العام وذلك بحسب تقديرها³، ويكون لها أن تحتج أو ترفض أي تغيير بشأن ما تم الإتفاق عليه في العقد وملاحقه، أو أي تعديل في مواصفات البناء خاصة بالنسبة لعقد الأشغال العامة⁴، كما أن

¹- Jean Marie AUBY, Robert DUCOS-ADER, DROIT ADMINISTRATIF, 4ème édition, DALLOZ, PARIS, 1977, P.463.

²- محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 2011، ص 274. ولقد أخذ **المشرع المصري** بذات المعنى، حينما نص في المادة 77 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أنه: « يكون المقاول مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل، وتنفيذ أوامر جهة الإدارة، بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط، ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو الحوادث أو الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الإضرار بملكات الحكومة أو الأفراد، وتعتبر الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الإدارة، وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الإدارة الحق في تنفيذها على نفقته»، أنظر: اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر بتاريخ 1998/05/08 ج. ر، عدد 19 مكرر في 1998/05/08، المنشورة على الموقع الإلكتروني: www.monofeya.gov.eg، أضطلع عليه بتاريخ: 2016/02/05 على الساعة 14:20.

³- محمد سليمان نايف شبيب، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، ج 02، سلطات الإدارة ووسائل النشاط الإداري، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 315؛ عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعاً و فقهاً وإجتهداً - دراسة مقارنة -، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2013، ص 119.

⁴- إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 245. وتجدر بنا الإشارة هنا؛ إلى أن الجهات أو الهيئات التي تمارس سلطة الرقابة والتوجيه على عقد الأشغال العامة ليست واحدة، بل تختلف طبيعتها بحسب طبيعة ونوع المشاريع المراد إنجازها، فإذا كنا بصدد مشروع يتعلق بأشغال (TRAVEAUX) مثلاً : كمشروع بناء مستشفى أو جامعة، فإن هيئة المراقبة التقنية (CTC : Contrôle technique de construction) هي من تتولى إعطاء توجيهات للمتعاقد ومراقبة المواد المستعملة في البناء مثلما أشرنا إليه أعلاه، أما إذا ما كنا بصدد أشغال متعلقة بالري، فإن الرقابة هنا تتم من قبل هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري (CTH : Contrôle technique hydraulique)، كما قد تكون هذه الرقابة من قبل هيئة المراقبة التقنية لأشغال العمومية (CTTP : Contrôle technique du travaux publics).

لها الحق في رفض الأعمال المعيبة غير المطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، عبر إصدارها أوامر للعمل إلى المتعاقد معها¹ - سواء شفوية كانت أو كتابية - لحثه وإجباره على تنفيذ التزاماته وتصحيح أخطائه على نحو معين والإنصياح لها، تحت طائلة العقوبات كالإستبدال²، بشرط أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل³.

وبهدف إجراء نوع من الموازنة الفعلية بين سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وضمان حقوق المتعاقد معها، أجاز المشرع للمتعاقد الحق بالطعن في تلك الأوامر⁴، سواء عن طريق

¹ - ومما ينبغي التنويه إليه هنا، أن هناك من الفقهاء من يندد بالزامية أن تكون أوامر العمل الموجهة إلى المتعاقد في صورة كتابية فقط وأنكر إمكانية جواز توجيه أوامر شفوية له؛ حتى يكون بإستطاعته الإستناد إلى طلب التعويض، وهو ما نصت عليه المادة 08/12 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج، ر، ج، ج عدد 06 الصادرة بتاريخ 1965/01/19، إلا أننا نجد وفي المقابل أن البعض الآخر من الفقهاء إن لم نقل غالبيتهم يسلّمون أنه بإمكان العقود الإدارية أن تتحرر من هذه الشكلية بإجازة الأمر الشفهي صراحة، مثلما هو سار عليه العمل بمجلس الدولة الفرنسي والذي إحترم هو الآخر جواز إصدار الإدارة لأوامر شفوية للمقاول، للمزيد من التفاصيل، راجع : سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 461.

² - مورييس نخلة، العقود الإدارية - إلتزامات الأشغال العامة والإمتيازات صفقات اللوازم والأشغال العامة -، دار المنشورات الحقوقية، د . ب . ن، 1986، ص 404؛ خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص 97.

³ - وبهذا الصدد ذهبت المحكمة العليا ب: ج. م. ع في قرارها الصادر بتاريخ : 1978/02/16 إلى القول : « وإن كانت المادتان 11 و 12 من عقد حفر الآبار المبرم بين جهة الإدارة والمقاول تخولان الإدارة إصدار الأوامر والتعليمات، إلا انه يشترط لذلك أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل على الوجه الصحيح...»، قرار المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1978/02/16 طعن إداري 14 - 23 من 14 ع 3 ق أبريل 1973، أشار إليه: مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 100.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، ط05، المرجع السابق، ص 09.

ولقد قضى م. د. ف ضمن هذا الصدد، في إحدى القرارات الصادرة عنه سنة 1982 بخصوص إحدى الشكاوي المتعلقة بتجاوز السلطة ضد دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات الفكرية، أن : « هذه الوثائق تعتبر أعمالا قابلة للطعن فيها، وبذلك فإن دفاتر الشروط الإدارية العامة لا تعتبر إلا مجرد تدابير داخلية ليس لها أية قوة قانونية إتجاه الغير، بل هذه النماذج تعتبر في حد ذاتها قرارات يمكن التحقيق فيها من طرف مجلس الدولة » ، نقلا عن: قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط 03، د.م.ج، الجزائر، 2008، ص 123.

دعوى الإلغاء، أو دعوى التعويض - كونها تعد في حقيقة الأمر قرارات إدارية منفصلة " les actes detachable"¹ - وذلك متى تبين له خروج هذه الأوامر عن نطاق المشروعية².
ومما يجدر بنا الإشارة إليه أيضاً، ونحن ضمن هذا المقام، أن الإدارة لدى ممارستها لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري بالمعنى الواسع؛ ما هو إلا وجه من أوجه أعمال إمتياز التنفيذ المباشر **action d'office** التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن ثم فإنها غير ملزمة باللجوء إلى القضاء لإجباره على الإنصياع لتعليماتها التي يمكن أن تصدرها بخصوص أوضاع وكيفية التنفيذ³، فالأصل العام أن المتعاقد له حرية إختيار وسائل التنفيذ، إلا أنه يبقى في بعض أنواع العقود خاضعاً لتعليمات وتوجيهات مندوبي الإدارة وبالخصوص في عقد الأشغال العامة؛ حيث تحتفظ الإدارة بكامل سلطاتها بصفتها صاحبة المشروع **Maitre de L'ouvrage** وأن المتعاقد نائب عنها في

¹ - من الملاحظ أن الترجمة الدقيقة لهذا المصطلح باللغة الفرنسية هي الأعمال أو القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، ومن ثم فلم تكن التسمية المتعارف عليها لدى فقهاء القانون الإداري بالقرارات المنفصلة تتسم بنوع من الدقة على أساس أن هذه القرارات لو كانت منفصلة عن العقد بحد ذاتها فإن ذلك لا يثير أي إشكال، إذ يبقى بالإمكان إخضاعها للطعن فيها بالإلغاء دون أن يؤثر ذلك على مسيرة العقد كلها، وهو ما يخالف الدافع من وراء اتخاذ القضاء الإداري الفرنسي لهذه النظرية والمتمثل في مد اختصاصه إلى نطاق لا يدخل حسبما هو متعارف عليه في اختصاصه، إضافة لما يمكن أن يرتبه الغاء القرار على العقد الإداري، وفقاً لما هو متفق عليه بالإجماع لدى فقهاء القانون الإداري، لمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر: حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد الإداري - دراسة مقارنة -، ط1، دار الرياحين للنشر والتوزيع، العراق، 2016، ص 43؛ طالب بن دياب إكرام، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016 - 2017، ص 20 وما بعدها.

ويشير الدكتور عادل الطبطباني ضمن هذا الصدد، إلى أنه: « إذا كان العقد الإداري يتكون من سلسلة من العمليات المركبة، بعضها يصدر بإرادة الإدارة المنفردة، وبعضها يعتمد على التقاء هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد معها، فإنه لا شيء يمنع من الطعن فيها بتجاوز السلطة، طالما اتخذت شكل القرارات الإدارية »، عادل الطبطباني، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية - دراسة مقارنة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي -، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 11، جامعة الكويت، 1987، ص 15.

² - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 73.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 289؛ هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 807؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 238.

هذا، لذا يتعين عليه إتباع تعليماتها وتوجيهاتها بدقة كما أشرنا إليه سابقاً¹، ذلك أنه لو انطوى مفهوم سلطة الرقابة على معنى الإشراف فقط، فإنها قد تصبح سلطة عادية ومألوفة، ومن ثم يصبح استعمالها لا يثير أية إشكالات أو نزاعات بين الإدارة والمتعاقد معها.

وعلى ضوء ذلك، فإن الفائدة الحقيقية من تخويل جهة الإدارة سلطة الرقابة، يتضح حينما تتجاوز مدلولها الضيق "الإشراف" إلى الحد الذي يسمح لها بتوجيه المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد²، وتوضيح كفيات ذلك بما يخدم الصالح العام، وبما يمكن أن يشكله من ضمان لجهة الإدارة.

كما أنه ومن جهةٍ أخرى، فإن حق الرقابة والتوجيه ليس مقرراً كمبدأ عام في جميع العقود الإدارية، فهو مبدأ عام في عقد الأشغال العامة حتى وإن لم ينص عليه العقد؛ بإعتبار أن الإدارة هي صاحبة المشروع في هذا النوع من العقود وما المقاول إلا منفذ لتعليماتها وتوجيهاتها³، عكس عقود الإمتياز أو التوريد؛ حيث لا يتقرر للإدارة هذا الحق إذا لم تنص عليه بنود العقد، وهو ما يوضح لنا أن حق الرقابة و التوجيه يتفاوت ضيقاً وإتساعاً من عقدٍ إلى آخر وبحسب طبيعته كما سيتم توضيحه لاحقاً .

وعلى كُلي، فإن سلطة الإدارة في الرقابة وفقاً لهذا المعنى على تنفيذ العقد الإداري - سواء تلك المنصوص عليها في العقد أو في دفا تر الشروط - لا يمكن أن يفهم عنها بأنها سلطة مطلقة، بحيث يبقى من شأن الإدارة ممارستها كيفما تشاء دون حدود أو قيود، وإنما يتعين عليها الوقوف عند الحدود التي رسمها لها المشرع، وإلا أصبحت مظهرًا آخر لسلطة أخرى⁴، وذلك بالرغم مما تشكله من ضمان لجهة الإدارة.

وكخلاصة لما سبق منا بيانه، يتضح لنا بأن الرقابة بكلا معنييها - الإشراف والتوجيه - لا تعتبر هدفا في حد ذاتها بقدر ما تعتبر ضماناً لتحقيق غاية، أو أداة من الأدوات التي

¹ - André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, Op. CIT, p.822.

² - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 201؛ علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 09.

³ - عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري " الصفقات العمومية في الجزائر"، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008 - 2009، ص 226.

⁴ - حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها - دراسة مقارنة -، ط 01، المركز العربي للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 2017، ص 69.

تملكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وهي بصدد تنفيذ عقد من عقودها الإدارية¹، للتأكد من أن مستوى الأداء المطلوب والطرق المتبعة في التنفيذ سوف تؤدي حتماً إلى تحقيق الأهداف المرجوة منها، كما أنها لا تقتصر على إكتشاف الإنحرافات والإختلافات بين المعايير والأداءات وحسب، بل تقوم بتبيين وسائل وطرق إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي²، وذلك كله بهدف ضمان تنفيذ مضمون ومحتوى العقد الإداري بكامل حذافيره، والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب، وتحقيق المصلحة العامة.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا في هذه الحالة هو أنه : إذا كان لجهة الإدارة فعلاً الحق في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، فهل بإمكانها التمسك بها حتى وإن لم ينص العقد عليها أم لا ؟ وهو ما سنجيب عنه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه

سبق منا الإشارة، إلى أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على كفاءات تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية، قصد ضمان سلامة تنفيذ العقد من العيوب التي قد تشوبه، هي سلطة أصلية قائمة بذاتها، حيث تمتلكها الإدارة بحكم سهرها على تنظيم وتسيير المرافق العامة، لذا فقد يرد النص عليها عادة في دفا تر الشروط³ - وما تحويه هذه الأخيرة من ضمانات لصالح جهة الإدارة - أو حتى في مضمون العقد ذاته، لتطبق القواعد العامة في مثل هذه الحالة، إذ يكون حق ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه في هذه الحالة مستنداً إلى النص الوارد في

¹ - مأل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري - دراسة مقارنة - ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 445.

² - حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام - دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية -، د.ج.ج، الإسكندرية، 2012، ص 541.

³ - عبارة عن وثائق إدارية مكتوبة تنقسم إلى 3 أنواع حسبما وضحت المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر إلى:

- دفا تر البنود الإدارية العامة .

- دفا تر التعليمات التقنية المشتركة .

- دفا تر التعليمات الخاصة.

العقد أو القانون، كما قد يغفل العقد النص على مثل هذا الحق وقد لا تقرره أية نصوص قانونية أو لائحية، وهنا نكون بصدد سلطة الرقابة والتوجيه وهي من أولى السلطات التي تمتلكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري.

و للبحث عن الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه كإحدى الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها والإحاطة بذلك، يتوجب علينا الوقوف على أهم القواعد والنقاط التي تركز عليها والسند القانوني لها في ذلك، عبر تقسيمنا لهذا المطلب إلى فرعين، نعالج فيهما أهم النصوص القانونية التي جاءت بخصوص سلطة الرقابة والتوجيه (الفرع الأول) وكذا التطرق إلى فكرة المرفق العام كأساس قانوني لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة الرقابة المنصوص عليها

عادة ما تنص العقود الإدارية ضمن بنودها أو دفاتر الشروط الملحقة بها على حق الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، على نحوٍ دقيق يوضح كفاءات وطرق ممارستها لهذه السلطة والوسائل القانونية المتاحة لها استعمالها في مباشرة هذا الحق، وتحدد الضمانات القانونية المقررة لصالح المتعامل المتعاقد في مقابل ما تتمتع به الإدارة من سلطة رقابة وتوجيه للعقد¹، كما وقد تبين بعض النصوص التشريعية الأخرى (لائحية أو قانونية) المتعلقة بموضوع الرقابة إلتزامات المتعاقد مع الإدارة، ليبقى من شأن هذا الإلتزام بهذه النصوص سواء العقدية أو تلك التي في النصوص التشريعية هو ضمان التنفيذ السليم للعقود المبرمة والمسخرة في تسيير المرفق العام على وجهٍ أصح².

ويظهر ذلك جلياً في العديد من النصوص والبنود التي يحتويها العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به، وكذا النصوص التشريعية التي تبين كفاءات وشروط ممارسة سلطة الإدارة في الرقابة، وهو ما سيتم توضيحه عبر الآتي:

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 291.

² - سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارية الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه ، تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2007 - 2008، ص 132.

أولاً: الأساس العقدي " دفاتر الشروط "

تعتبر النصوص التي تقررها دفاتر الشروط إحدى الشروط الإستثنائية التي تضيفي على العقد الصفة الإدارية، ويقتصر دورها على تقرير أحكام سلطة الرقابة والتوجيه وبيان وسائل وشروط مباشرتها فقط دون إنشاءها، إذ أنها توجد حتى خارج نطاق العقد أو دفاتر الشروط، كما أن النص عليها لا يمكنه إلا أن يضيق أو يوسع من نطاقها لا غير¹، مما يمكن إعتباره بأن هذه النصوص تعد قيوداً على جهة الإدارة و ضمانات أساسية للمتعاقد معها في نفس الوقت².

هذا ويتجسد لنا الأساس التعاقدى لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري بصورة أكثر وضوحاً - وذلك على سبيل المثال لا الحصر - في ما نصت عليه المادة 16 من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد العادية المتعلقة بوزارة الحربية الفرنسية³، والتي أعطت الحق لجهة الإدارة في أن تحتفظ لنفسها القيام بالإشراف الدائم على المتعاقد طوال فترة تنفيذ العقد، حيث تستوجب بنود هذا الدفتر أن يخضع المتعاقد معها لرقابتها وهو بصدد استخدامه لعمالٍ أو معاونين له في التنفيذ، كما عليه أن يلتزم بتوضيح وتبرير المصادر التي يحصل منها على بضائعه، وتسهيل عملية تأكد الإدارة من أعمال الإختبارات اللازمة وفحصها بغية التحقق من مطابقتها للمواصفات و الشروط المطلوبة⁴.

¹ - C.E.27 juillet 1932, Sieur Léonard, précité.

C.E. 22 juin 1952, Sté par l'Exploitation des Produits ; Ingrand, précité.

مشار إليهما لدى : هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 824.

² - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 294.

³ - تجدر بنا الإشارة هنا، إلى أن المشرع الفرنسي قد أفرد دفتر شروط نموذجي لكل عقد من العقود الإدارية الشائعة، ومن أمثلة ذلك دفتر الشروط الخاص بعقد الأشغال العامة الصادر بموجب المرسوم الصادر سنة 1976، وكذا دفتر الشروط الخاصة بعقد التوريد الصادرة بموجب المرسوم رقم 77 - 699 الصادر بتاريخ 27 ماي 1977 والذي تم تعديله بموجب المرسوم رقم 89 - 80 الصادر بتاريخ 04 أكتوبر 1980، حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري - دراسة تطبيقية مقارنة - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 342 وما بعدها.

⁴ - **Le C.C.G (fournisseur) de la guerre, Art 16** : « L'administration a le droit de faire surveiller tous les détails de la fabrication des matières ou objets et de la confection des effets toutefois,... cette surveillance est exercée par les personnes que le Ministre commet à cet effet , Celles - ci ont libre accès de jour et de nuit dans les usines et les ateliers de l'entrepreneure - elles peuvent procéder à toutes les vérifications et à toutes les expériences qu'elles jugent nécessaires ...».

و نصت المادة 47 من دفتر الشروط العامة السارية على عقود التوريد للقوات البحرية كذلك على أنه : « تمارس الإدارة هذه الرقابة بالدخول إلى ورش ومواقع المورد بمعرفة ضباط وموظفين مهمتهم التأكد من النوعية الجيدة للمواد المستخدمة والعناية بالتصنيع، ورغم ذلك يظل المورد مسؤولاً عن تنفيذ التوريد فيما يتعلق بالمقارنة وحسن التصنيع وحسن التشغيل، فإن المورد لا يستطيع أن يحتج بسبق ممارسة القوات البحرية للرقابة حال تصنيع الأصناف المرفوضة»¹.

كما أنه من بين أمثلة شروط الرقابة التي عادة ما يتم النص عليها ضمن العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به بفرنسا أيضاً، حق الإدارة في الرقابة على تعريفه الرسوم المفروضة على المنتفعين من خدمات المرفق محل عقد الإمتياز، وحققها في توجيه طرق التنفيذ في عقود الأشغال العامة، وكذا تحديد وسائل الإشراف على تنفيذ عقود التوريد².

أما بالجزائر فقد نصت المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة في فقرتها الأولى؛ وعلى سبيل المثال لا الحصر؛ على أنه : « يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الأجل المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري»، وأضافت الفقرة الرابعة (04) من نفس المادة أنه : « فإنه - أي المقاول - ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه»، كما نصت المادة 02/13 من ذات الدفتر كذلك بخصوص إختيار معاونين ورؤساء الورش أو المعامل والعُمَّال، على

- نقلا عن : هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 820.

¹ - **Les C.C.G de la Marine Art 47** : « cite sur veillance est exercée dans les ateliers et chantiers du fournisseur par un officier et des agents placés sous ses ordres, qui s'assurent de la bonne qualité des matériaux employés et des soins apportés à la Fabrication ... le fournisseur conserve la responsabilité de l'exécution de la fourniture pour tout ce qui concerne la solidité , la bonne confection et la bon fonctionnement , Les Parties de la fourniture , Reconnues défectives au moment de la recette peuvent ,en conséquence , être Reboutées sans que le fournisseur ait le droit d'invoquer ,pour leur maintien surveillance exercée par la marine » .

- نقلا عن : هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع نفسه، ص 820 .

² -C.E.20 Juillet 1917, Cie Générale des automobiles, Rec.P.595.

- مشار إليه لدى :

سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 135.

أنه : « يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيائهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم ».

وهو ما نجده مطابقاً لما ورد في نص المادة 10 من دفتر الشروط العامة للأشغال العامة - القسم العام - اللبناني والتي أعطت هي الأخرى كذلك الحق لجهة الإدارة في إصدار أوامر خدمة للمتعهد خلال تنفيذ الأشغال، والمتعهد ملزم، وفقاً لأحكام هذه المادة بالإمتثال لأوامر الخدمة التي يوجهها إليه المهندس المختص وفقاً للأصول، و يمكن أن تكون أوامر الخدمة استناداً للمادة العاشرة تعديلاً في طبيعة الأشغال¹.

وخاصةً لذلك، يمكننا القول، أنه في الحالات التي يُنص فيها العقد صراحةً على سلطة الإدارة في الرقابة من حيث مداها ووسائلها، أو في دفاतर الشروط الملحقه به، فإن هذه السلطة تكون مرتكزة بشكل رئيسي على ما تضمنته هذه النصوص من شروط².

ثانياً: الأساس التشريعي " النصوص التشريعية "

باعتبارها إحدى أهم الضمانات القانونية المقررة لصالح جهة الإدارة وأولاهها، تبنت العديد من التشريعات المقارنة تنظيم أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في العديد من النصوص التشريعية الصادرة عنها³، ومن بين الأمثلة التي يمكن أن نصوغها ضمن هذا الصدد، ما

¹ - قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 6 تاريخ 1938/2/2 الجزء 4، ص 146، مشار إليه لدى: نصري منصور النابلسي في كتابه العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 118.

² - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 201.

³ - من بين هذه التشريعات نذكر :

- في اليمن : قنن المشرع اليمني سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري في العديد من المواد من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية رقم (23) لسنة 2007 ومن ذلك المادة 40 والتي جاء فيها : « يتم فحص وإستلام التوريدات أو أعمال الأشغال أو الخدمات الإستشارية أو الخدمات الأخرى أو أعمال الصيانة والإصلاح للتأكد من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية التي على أساسها تم طرح المناقصة وذلك عن طرق لجنة الفحص والإستلام الإبتدائي والنهائي لا يقل عدد اعضائها عن ثلاثة يصدر بتشكيلها قرار من رئيس الجهة على أن يكونوا من ذوي الإختصاص من الجهة ذاتها أو من أي جهة أخرى وفقاً لطبيعة المناقصة ».

-أنظر: قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية باليمن رقم (23) لسنة 2007 ، منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.yemen-nic.info> ، تاريخ الزيارة : 2016/01/07 ، على الساعة : 21:30.

- في أبو ظبي: نصت الفقرة 02 من المادة 38 من دليل المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات الصادر بموجب أحكام القانون رقم (06) لسنة 2008 المعدل بالقانون رقم (11) لسنة 2014 على أنه: « يكون مسئول إدارة العقد

جاء عن **المشرع الفرنسي** والذي نبدأ به بادئ ذي بدء¹، حيث تولى هذا الأخير تنظيم أحكام سلطة الرقابة والتوجيه مبينا الأساليب المتبعة في ذلك والجهات التي تمارسها في العديد من القوانين الصادرة عنه، ومن ذلك : القانون الصادر في 16 جوان 1948 والذي تضمن تنظيمات وشروط تفصيلية لقواعد الرقابة على شركة الخطوط الجوية الفرنسية "Air France"².

كما أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بتاريخ 13/12/1908 الخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجاري المياه؛ إلى أن : « الحكومة وهي شخص معنوي عام تمتلك في مادة الإلتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقررها قانون أو لائحة مستقلة لها بقوة القانون »³.

= ممثلا للجهة الحكومية ومفوضا عنها للتعامل مع المقاول. ويجوز أن يكلف مسئول إدارة العقد بأكثر من عقد خدمات كما يجوز أن يكون لأي عقد من عقود الخدمات أكثر من مسئول إدارة عقد واحد وفي هذه الحالة يجب إختيار أحدهم ليكون ممثلا عنهم لإدارة وتنسيق جميع الأعمال المتعلقة بالعقد « أنظر: دليل المشتريات والمناقصات والمزيدات والمستودعات بمملكة أبو ظبي الصادر بموجب أحكام القانون رقم (06) لسنة 2008 المعدل بالقانون رقم (11) لسنة 2014، منشور على الموقع الإلكتروني : <https://dmat.abudhabi.ae> ، تاريخ الزيارة : 2016/01/07، على الساعة : 21:35.

- في ليبيا: نصت المادة 132 من لائحة العقود الإدارية الليبية على أنه : « يقوم مشرف الجهة الإدارية المتعاقدة بالإشتراك مع المقاول أو من ينوب عنه في نهاية كل شهر بقياس أو وزن الأعمال التي تم تنفيذها خلال الشهر مطابقة للشروط والمواصفات وتقدير قيمة هذه الاعمال طبقا للفئات الواردة بجدول الاسعار المرفق بالعقد وتحرير كشوف مؤقتة بهذا الشأن يوقعها مندوب كل من الطرفين ... »، المادة 132 من لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية رقم (132) لسنة 2005، منشور على الموقع الإلكتروني : <https://ssf.ly/wp-content/uploads/2012> ، تاريخ الزيارة : 2016/01/07 ، على الساعة : 21:50.

¹- على أن تكريس هذه السلطة في فقه قضاء م. د. ف كان منذ سنة 1906 :

- C.E.21 décembre 1906, Syndicat propriétaires et contribuables quartier Croix-de Seguey, Tivoli, Rec, Lebon, P.969.

- مشار إليه لدى : عصام بنحسن، المرجع السابق، ص 206 .

²- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 13 .

³- مشار إليه لدى : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 133.

وكذلك ماورد في نص المادة 10 و 11 من القانون الصادر بتاريخ 1978/01/04 المتعلق بالمسؤولية والضمان في مجال التشييد والبناء، والتي فرضت نوعا من الرقابة الفنية **Contrôle technique** على المقاول بهدف التأكد من متانة المباني ومدى صلابة وصلحية الأساس الذي يتم تشييدها عليه، وكذا التحقق من عوامل الأمان بالنسبة للعاملين في المنشآت، ناهيك عما خوله المشرع ضمن هذا القانون لجهة الإدارة من رقابة على عناصر فنية أخرى في المنشآت والورش¹.

أما بالنسبة لعقود التوريد فقد حددت المادة 119 كذلك من قانون الصفقات العمومية رقم 16 - 2006 المعدل بموجب القانون رقم 2007-2016 القواعد والأسس اللازمة لضمان شفافية إجراءات الإشراف على عمليات الشراء الداخلية والتعاقدات الخارجية وذلك عن طريق تشكيل لجنة وزارية مختصة تتشكل من عدة وزارات لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد².

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد تولى مهمة تنظيم أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في كل عقد من العقود الإدارية الرئيسية: عقد الأشغال العامة، عقد الإمتياز، عقد التوريد الإداري، مبينا أساليب وطرق ممارستها والجهات التي تمارسها كذلك.

وهو ماعلق عليه سليمان محمد الطماوي بقوله: « إن العقود الإدارية في فرنسا تتناول بالشرح مدى سلطة الإدارة في أوضاع تنفيذ العقد، و كذلك قد ينص على مدى

¹-« Le contrôle technique peut, par décret en Conseil d'Etat, être rendu obligatoire pour certaines constructions qui, en raison de leur nature ou de leur importance, présentent des risques particuliers pour la sécurité d es personnes » .

- Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction .

² - **Art 119**:« Les membres de la mission interministérielle d'enquête, instituée par l'article 1ere de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, sont désignés pour une période de quatre ans renouvelable » .

- Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marchés publics www.legifrance.fr dernière modification du texte le 12/01/2016.

سلطات الإدارة في بعض القوانين أو اللوائح التي تنظم الموضوع، وحينئذ لا صعوبة في الأمر، إذ تنفذ الشروط الواردة في العقود والنصوص التشريعية¹.

هذا ولقد حذى كل من **المشرع الجزائري والمصري** حذو المشرع الفرنسي بخصوص ما يتعلق بأحكام سلطة الرقابة والتوجيه في العديد من النصوص القانونية والتشريعية الصادرة عنهما، نتطرق إليها بالتفصيل في الآتي:

نظم المشرع الجزائري - هو الآخر - أحكام سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري في العديد من التشريعات الصادرة عنه بما في ذلك القوانين المنظمة للصفقات العمومية، نظرًا لما يمكن أن يحتله موضوع الرقابة من مكانة هامة في الحفاظ على المال العام، وبما يكفل حسن توظيفه في تنفيذ هذا النوع من العقود.

ومن جملة المواد التي جاءت لتضبط وتنظم أحكام سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، ما جاءت به أحكام الفصل الخامس العامة المتعلقة برقابة الصفقات العمومية والتي ذكرناها سابقًا من المرسوم الرئاسي رقم **247/15** المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث وضحت كل من هذه المواد²، طريقة ممارسة سلطة الرقابة و أنواعها و الحدود التي تقف عندها.

كما بينت كل من المادة **211** والمادة **212** من ذات المرسوم في الفصل السادس من الباب الثالث، الشروط والمؤهلات التي يتوجب توافرها في الأعوان المكلفين بممارسة هذه السلطة والتكوين الذي يجب أن يتلقونه قبل توليهم هذه المهمة بصرف النظر عن طبيعة ونوع الرقابة، حيث نصت المادة **211** على أنه: « يجب أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكوينًا مؤهلاً في هذا المجال ».

كما نصت المادة **212** على أنه: « يستفيد الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط

¹ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 433.

² - المادة 156 - 157 المشار إليها سابقًا من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم»¹.

ويتضح لنا، من خلال نص هاتين المادتين مدى حرص المشرع الجزائري على أهمية تكوين الأعوان المكلفين بالرقابة باعتبار أن موضوع هذه الأخيرة حساس جدا، ذلك أنه قد يتغاضى في بعض الأحيان الأعوان المكلفون بالرقابة عن بعض الأخطاء التي قد يقع فيها المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو بوقوعهم في المحاباة معه، بما يمكن أن يعرض سلامة المرفق للخطر مستقبلاً.

وفي سياق متصل، نصت المادة 82 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 المؤرخ بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، على أنه: « تتابع السلطة المفوضة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام وتقوم بهذه الصفة، بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له .

ويلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة، في ظل إحترام الكيفيات والأجال المنصوص عليها في إتفاقية تفويض المرفق العام »².

هذا ولقد لقي موضوع سلطة الرقابة بالغ الاهتمام من طرف المشرع المصري هو الآخر، حيث نصت المادة 82 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه:«... يقوم مهندس الجهة الإدارية بعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل بالإشتراك مع المقاول أو مهندسه أو مندوبه ويتم التوقيع بصحة المقاسات والأوزان من

¹ - ونشير ضمن هذا الصدد - من باب المقارنة - أن محكمة القضاء الإداري المصرية قد أشارت أيضا هي الأخرى في العديد من قراراتها ومنها قرارها الصادر في 08 نوفمبر 1955 إلى أنه:« يبقى من حق الإدارة أن تضع الشروط التي تراها ملائمة لظروف العمل محل التعاقد في حدود القانون والمصلحة العامة، ومنها أن يكون المهندس المعين من قبله حاصلًا على بكالوريوس الهندسة ... فإذا لم يتم المقاول بتعيين مهندس تتوفر فيه هذه الشروط ، كان للمصلحة أن لا توافق على تعيينه، وكان على المقاول أن يستبدل به غيره ممن تتوفر فيه هذه الشروط ، وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض، ما دام أن المصلحة العامة قد إستهدفت من ذلك صالح العمل...»، لمزيد من التفاصيل؛ راجع: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 465 .

² - المرسوم المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 المؤرخ بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج . ر.ج. عدد 48 الصادرة بتاريخ : 23 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 05 أوت 2018.

الإثنين فإذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد إخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس الجهة الإدارية، على أنه بالنسبة للجهات التي لا يتوافر فيها العنصر الفني اللازم فينتدب مهندس من مديرية الإسكان المختصة ويكون مهندس الجهة الإدارية أو مديرية الإسكان مسئولاً عن صحة وسلامة ما يثبته من بيانات في هذا الشأن»¹.

كما نص **المشروع المصري** من جانب آخر، على أن يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما في ذلك استخراج الرخصة، كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر جهة الإدارة بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات، أو أي محاولة غش منه، ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أي شخص آخر، وإذا لم يمتثل المقاول لهذه الأوامر يكون للإدارة صاحبة المشروع الحق في تنفيذ ذلك وهذا على حساب نفقات المقاول مع المصروفات الإدارية².

وعلى ضوء ما سبق، يمكننا القول، أن هذا الأساس يتفق مع المبادئ التي قررها **القضاء الإداري المصري**، ومنها ما جاء في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا الصادرة بتاريخ **1968/01/06** والذي جاء في منطوقه أن: «القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفترض، فإن قبلوا - حال قيامها - على التعاقد مع الإدارة فقد ارتضوا كل ماورد بها من أحكام ومن ثم تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزءاً منها لا مناص من الالتزام به»³.

واستناد إلى النصوص التي ذكرناها، والمتعلقة بكل من **المشروع الفرنسي والجزائري** و **المصري**، فإننا نجد أن كل منهما قد أولى لسلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية إهتماماً بالغاً، عبر تزويد الإدارة بصلاحيات واسعة في هذا المجال تجعلها دائمة الحضور في

¹ - المادة 82 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

² - المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

³ - قرار المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1968/01/06، المجموعة رقم 50 السنة 13، أشار إليه: حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 137.

المشروع، وذلك بغية الحفاظ على المال العام من التصرفات الطائشة التي قد تعتريه، و تسييره بطريقة عقلانية و متحضرة، و ضمان تنفيذ العقود التي تبرمها الإدارة تنفيذاً سليماً.

الفرع الثاني

المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة الرقابية

يعرف **المرفق العام** على أنه: « كل نشاط أو مشروع يهدف إلى سد حاجة عامة تتولاه الإدارة بنفسها أو تعهد به إلى شخص خاص تحت إشرافها ورقابتها في نطاق القانون العام»¹.

وعلى ضوء ذلك، يرى بعض فقهاء القانون الإداري، أن أصالة العقود الإدارية تؤدي إلى نتيجة حتمية، مفادها أنه في حالة خلو نصوص العقد عما يشير إلى ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة، فإن ضرورة مبدأ الحفاظ على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطرار يخولها هذا الحق²، وهو ما يميز العقود الإدارية عن غيرها من عقود القانون الخاص، إذ

¹ - مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول - مبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2012، ص 320.

² - ومع ذلك فقد عارض هذا الإتجاه العديد من الفقهاء بعدم تسليمهم بأن الطبيعة القانونية للمرافق العامة يمكن أن تكون هي وحدها الأساس القانوني للسلطات الممنوحة لجهة الإدارة، و من بينها سلطة الرقابة والتوجيه، وانقسم الفقه بهذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات، وهذا ماسوف يتم بحثه بشيء من التفصيل من خلال الآتي:

الإتجاه الأول: حاول أنصار هذا الإتجاه رد سلطة الرقابة والسلطات الأخرى التي تتمتع بها في نطاق تنفيذ العقد الإداري (سلطة التعديل الإفرادي، سلطة توقيع الجزاءات...) إلى فكرة النية المشتركة للطرفين، حيث يرون أن الإدارة عندما تمارس تلك السلطات فإنها تجد أساسها في نصوص صريحة أو ضمنية من نصوص العقد ذاته، فالنصوص الصريحة كثيراً ما توجد في دفا تر الشروط ونتيجة لكثرة تكرار النص عليها في العقود الإدارية فإن القضاء افترض وجودها وقررها حتى في حالة سكوت العقد عنها.

الإتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه يرتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في نشاطها التعاقدية، ويوضح أنصار هذا الإتجاه صحة طرحهم بالقول أن: « إن أساس سلطة الرقابة يجد أساسه خارج نطاق النصوص التعاقدية والتنظيمية في فكرة المصلحة العامة، إذ أن الإدارة مسؤولة عن أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة بشكل منتظم، وبذلك فإن معاونة الأفراد لها لا يفي عنها تلك المسؤولية، إذا ما أشبعت تلك الحاجيات على نحو سيء، ولمواجهة تلك المسؤولية اعترف لها بحق الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقودها، حتى في حالة سكوت العقد عنها، فهي سلطة أصلية، ولا يجوز لها التنازل عنها بأي حال من الأحوال، أو الإتفاق على مخالفتها» .

بإستطاعة الإدارة ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه حتى في حالة سكوت العقد عنها¹، بخلاف ما يسري عليه العمل في عقود القانون الخاص والتي لا يمكن لأي طرف من أطراف العقد ممارسة حق الرقابة على الطرف الآخر إذا لم يتضمن العقد نصاً يخوله ذلك .

كما إستقر كل من **الفقه والقضاء الإداري** من جانب آخر في كل من فرنسا ومصر وغيرهما، على أن صلاحيات الإدارة في الرقابة والتوجيه توجد حتى بدون نص²، كونها تعد حقاً أصيلاً مقررًا لها ولا تحتاج الإدارة في ممارستها له إلى النص عليه صراحة في العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به، كما لا يمكنها التنازل عنها أو تقييد حقها في ممارستها لها باعتبارها سلطة أصيلة تركز على المبادئ العامة في القانون الإداري³، وقد يقتصر دور النص في هذا الشأن حتى وإن وجد عن الكشف على حق الإدارة في إستعمال هذه السلطة من خلال توضيح كفاءات ممارستها له وطرق ذلك⁴.

ونجد من جملة الفقهاء المؤيدين لفكرة - المرفق العام - في **الفقه الفرنسي** ضمن هذا الصدد، كلا من لورنت ريشر⁵ **Laurent RICHER**، وبيكينيو **Péquignot**، و **أندري دي لوبادير De Laubadère** .

= **الاتجاه الثالث**: يزعم أنصار هذا الاتجاه أن حق الرقابة المقرر لجهة الإدارة في مجال مسكوت عنه، ما هو إلا تطبيق لأساليب السلطة العامة وامتيازاتها في التنفيذ المباشر، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة، فسلطة الإدارة في الرقابة التي تمارسها على المتعاقد معها تركز على أساس مزدوج يتكون من فكرة تحقيق الصالح العام وماتشمله من تحقيق مقتضيات سير المرافق العامة كهدف ومبرر لوجود هذه السلطة، ومن فكرة إمتيازات السلطة العامة التي تعد سلطة الرقابة إحدى تطبيقاتها .

- هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 832؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 299؛ رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1975، ص 119 .

¹- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 296 .

²- ومع ذلك يرى البعض أنه - باستثناء عقد الأشغال العامة - من الخطأ تعميم سلطة الرقابة في حالة عدم النص عليها في العقد، لمزيد من التفاصيل؛ أنظر : محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 214.

³- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 414.

⁴- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 295 .

⁵ - Laurent RICHER, OP.CIT.P.77.

- أنظر الصفحة رقم 19 من هاته الدراسة .

حيث يشير أندري دي لوبادير **Andrée De LAUBADERE** في قوله إلى أن هذه السلطات الخاصة كثيرا ما ينص عليها في دفا تر الشروط العامة أو في العقود ذاتها، إلا أن هذه السلطات مرتبطة بالطبيعة الخاصة للعقد الإداري ومن ثم فإنها توجد بذاتها وبصفة عامة حتى في حالة سكوت العقد¹.

كما جاء على لسان بيكينيو **PEQUIGNOT** أن سلطة الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فاحتياجات المرفق العام وضمان سيره، هي من يبرر لجهة الإدارة التمتع بسلطات استثنائية وعلى رأسها سلطة الرقابة والتوجيه².

أما عن مؤيدي هذا الرأي في **الفقه العربي**، فيزعم **محمود عاطف البنا** بأن: «لإدارة أن تراقب التنفيذ حتى إذا لم ينص على ذلك في العقد أو في القوانين واللوائح، بل حتى إذا نص على ما يخالفها، ذلك أن الرقابة لا تجد أساسها القانوني في النصوص التعاقدية أو القانونية، وإنما تستمد الرقابة أساسها من فكرة المرفق العام ذلك أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العام، الكفيلة لحسن سيره، حتى إذا لم تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق، وتقتضي وظيفتها أن تشرف وأن توجه النشاط الفردي حين يسهم في تسيير المرفق العام»³.

وإلى ذات المعنى يذهب **أحمد عثمان عياد** إلى القول بأن: «سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها الإدارية توجد بذاتها دون إستناد إلى نص خاص، بإعتبارها سلطة أصلية تقوم على المبادئ العامة في القانون الإداري، وأن العقد إذا تضمن النص على هذه السلطة فإنه لا ينشئها، بل يقتصر دوره على تنظيمها وبيان وسائل وشروط ممارستها»⁴.

¹- Aiad SHWEKAT ,les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits Français et Libyen étude comparative , thèse de doctorat en science politique, universite de TOULOUSE ,France,4 juin 2016,P. 69 et suite .

- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 295.

²-PEQUIGNOT George, Théorie générale du contrat administratif, thèse, Montpellier, Paris, 1945, P .308.

³- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط 01، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2007، ص215.

⁴- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 295.

كما يذهب **نصري منصور النابلسي** إلى القول أن : « سلطة الرقابة بدون نص يمكن أن تجد أساسها القانوني في فكرة المحافظة على المرافق العامة و ضمان تسييرها بانتظام واضطراد باعتبارها تطبيقا لسلطة التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة، وعليه فإن سلطة الرقابة يختلف مداها باختلاف العقود، كون نطاقها يتسع كلما زادت صلته بالمرفق العام ويضعف تدريجيا كلما تدنت صلة العقد بالمرفق العام»¹.

ومن جهته يشير **طعيمة الجرف** إلى أن سلطة الرقابة وإن كانت تقررها بعض النصوص أو الشروط في العقود الإدارية، إلا أن الإدارة ليست بحاجة إلى هذه النصوص، ولا إلى هذه الشروط ليكون لها حق الرقابة، فهي تستمد حقها فيها من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد².

أما في **الجزائر فيري عمار بوضياف** أن : « سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تجد أساسها النظري في فكرة المرفق العام، وما تفرضه من سلطات يتمتع بها المرفق، مستوحاة من طبيعته، وهي في مجملها ثابتة للإدارة ولو لم ينص عليها العقد»³.

وهو ما يذهب إليه **عمار عوابدي** باعتباره هو الآخر كذلك أحد مناصري فكرة وجود سلطة الرقابة حيثما وجد المرفق العام سواء تم النص عليها في العقد أو لم ينص، بالقول أنه : « مهما كان الجدل والخلاف الفقهي حول تحديد أساس قواعد القانون الإداري و هل هو فكرة السلطة العامة أم فكرة المرفق العام، أما هو فكرة الكفاية في الوظيفة العامة أو فكرة النفع العام، فإن القضاء الإداري في القانون المقارن يصر حاليا في أن تقام وتؤسس قواعد القانون الإداري على فكرة المرفق العام، لارتباطه بالصالح العام للمجتمع في الدولة، وهو ما حتم وجود قواعد قانونية خاصة بالمرفق العام ومتميزة عن قواعد القانون الخاص لتنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهذه القواعد تعد بدورها فرعا من فروع القانون العام، وذلك حتى يوفر القانون الإداري الذي يحكم وينظم هذه المرافق العامة لها عدة

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 123 .

² - طعيمة الجرف، القانون الإداري - دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة-، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، 1970، ص 434 .

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، ط 05، المرجع السابق، ص 07 وما بعدها.

ضمانات لتحقيق الصالح العام على أحسن وجه، بما يتضمنه هذا القانون من امتيازات وسلطات عامة وشروط استثنائية غير مألوفة»¹.

ويضفي ناصر لباد بخصوص هذا الشأن قائلاً: «تمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات للمتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف»².

ولعل ما يدعم صحة طرح جمهور هؤلاء الفقهاء، هو تأكيد القضاء الإداري في العديد من الأحكام الصادرة عنه بوجود هذه السلطة مستقلة عن العقد ودفاتر الشروط الملحقة به واعتبارها من النظام العام، وليس بمقدور الإدارة التنازل عنها، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا بجمهورية مصر العربية في جلستها رقم 983 بتاريخ 1957/06/30 إلى التسليم بقولها أن: «شروط العقد الموضوعة هي مظهر لإرادة لها سلطة الزام ممن يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها - وهو دستور العقود الإدارية - يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد ... وهي تتمتع بهذه السلطات ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام»³.

بل وذهبت ذات المحكمة إلى أبعد من ذلك في حكم حديث آخر لها صادر بتاريخ 1992/04/28 وبصورة أعم وأشمل عما ورد ذكره، بقولها أن: «العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه إحتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية...»⁴.

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري - النشاط الإداري - ج 02، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 193 وما بعدها.

² - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 02، لباد للنشر، الجزائر، 2007 - 2008، ص 294.

³ - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 983 لسنة 09 ق، جلسة 1957/06/30، أشار إليه: هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 835 .

⁴ - راجع قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 156 لسنة 35 ق، بتاريخ 1992/04/28، باستقاضة للدكتور: مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، د . م . ج، الإسكندرية، 2007، ص 185.

وفي سِيَّاقٍ متصل، اعتبر **مجلس شورى الدولة اللبناني** أن: «مشروعية الرقابة على الامتياز خارج النصوص النظامية أو التعاقدية، تجد أساسها في حق الإدارة و واجبها في الحفاظ على ديمومة سير المرافق العامة وتكييفها مع الصالح العام»¹.

أما تشريعياً، فقد حسم **المشروع المصري** مسألة الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة وهي بصدد ممارسة حقها في الرقابة والتوجيه، برده إلى فكرة المرفق العام، وذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم **185** لسنة **1958** المتعلقة بقانون التزام المرافق العامة، حيث نص على أن: «حق الرقابة على الملتزم هو حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام»².

ومما يمكن إستخلاصه؛ وتحديداً من المذكرة المشار إليها أعلاه، أن حق الإدارة مانحة الامتياز في الرقابة على إعداد المرفق العام وإدارته في هذه الحالة مستوحى من طبيعة المرفق العام بذاته.

لذا فإنه وترتياً على ماسبق، يمكننا القول بأن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تجد أساسها القانوني بالضرورة في فكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام وإضطراب؛ وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، وبإمكان الإدارة ممارستها حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به، بإعتبارها صورة من صور تطبيقات إمتياز التنفيذ المباشر التي تتمتع بها جهة الإدارة في نطاق تنفيذ العقد الإداري، وإحدى أهم الضمانات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها وأولاهها، إذ أنه من غير المستصاغ تصور أن يتم ترك المرفق موضوع العقد تحت تصرف المتعاقد وحده وتركه يقوم بتسييره كيفما يشاء، لما في ذلك من ضرر قد يلحق بسلامة وأمن المرفق العام.

¹ - قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 98-99/731 بتاريخ 1999/07/08 م . ق . أ . 2003. عدد 15 ، مشار

إليه لدى: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 123.

² - مشار إليه لدى : علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 16.

كما يمكننا القول، أن حق الإدارة في الإشراف على تنفيذ العقد ومراقبته، بات يعد من صميم التعاقد الإداري بقدر ما ترتضيه ماهية العقد، حيث ما وجد وأينما كان، ودون حاجة إلى نص يقرره¹.

المبحث الثاني

القواعد الناظمة لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

بالرغم من سعي المشرع إلى إيجاد وتوفير الضمانات الضرورية والكافية لجهة الإدارة التي تكفل لها تنفيذ العقد على نحو مرض وبما يمكنها من مواجهة المتعاقد معها وهو بصدد تنفيذه للعقد الإداري، والتي يأتي في مقدمتها سلطة الرقابة والتوجيه، إلا أن ذلك لم يمنعه من وضع قواعد وأسس لتحكم هذه الأخيرة، حتى تكون هناك موازنة بين حقوق طرفي العقد، وذلك عبر رسم المعالم والحدود التي تقف عندها جهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لهذه السلطة (المطلب الأول) وتحديد المظاهر والصور التي يمكن أن تتخذها في العقود الإدارية الرئيسية الثلاثة² (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مميزات وضوابط سلطة الرقابة

قبل الحديث عن أهم الضوابط التي تحكم سلطة الرقابة والتوجيه، لا بد من إلقاء الضوء عن أهم المميزات التي تميز سلطة الرقابة عن غيرها من التصرفات القانونية المشابهة لها حتى تكشف بعض اللبس والغموض الذي يكتنفها (الفرع الأول) ومن ثمة التطرق إلى أهم الضوابط والقيود التي وضعها المشرع لجهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لهاته السلطة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مميزات سلطة الرقابة عن غيرها من التصرفات القانونية المشابهة لها

سنعالج تحت هذا العنوان موضوع مميزات سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري عما يشبهها من تصرفات أو سلطات أخرى تصدى لإيجادها وتأصيلها كل من الفقه

¹ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 372.

² - عقد الأشغال العامة، عقد الإمتياز، عقد التوريد الإداري.

والقضاء الإداري، على أن نتطرق إلى أوجه الاختلاف فقط دون التطرق إلى أوجه التشابه باستثناء سلطة الإدارة في ممارسة سلطة الضبط الإداري، وذلك لتجنب الوقوع في التكرار، باعتبار أننا سنتطرق لباقي التصرفات المشابهة لها في الفصول والأبواب اللاحقة، والمقصود بهذه التصرفات أو السلطات المشابهة لها في نطاق تنفيذ العقد الإداري سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري وكذا سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وفيما يلي بيان ذلك :

أولاً: تمييز سلطة الرقابة و التوجيه عن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد

الإداري

تتميز سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه عن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، في العديد من النقاط، نورد ذكرها على النحو التالي :

1- تقتصر مهمة الإدارة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه على التأكد من سلامة التنفيذ و توجيه الأعمال، باختيار أنسب الطرق و أصلح الأوضاع التي تراها ملائمة لسير المرفق العام فقط دون المساس بمضمون العقد، في حين أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة **pouvoir de modification unilatéral** تتعداها بذلك لتزيد إلى حد التدخل في تغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما زيادة أو نقصاناً¹، وبمعنى آخر ينصب مفهوم سلطة الرقابة على الكيفية التي يتم تنفيذ العقد بها في حين ينصرف مفهوم سلطة التعديل إلى الكم².

¹ - محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة- ، دار الفكر العربي، د . ب. ن ، 1996، ص 635 .

² - ومن الأمثلة الدالة على ذلك، طلب الإدارة على سبيل المثال لا الحصر من الملتزم استعمال طريقة فنية معينة في التنفيذ بالرغم من عدم إحتواء العقد على مايشير إلى هذه الطريقة، أو بأن تتخذ إجراء معيناً للتأكد من تنفيذ الملتزم لالتزاماته التعاقدية على أحسن وجه، ففي هذه الحالة يكون تدخل الإدارة في حقيقة الأمر مندرجاً ضمن نطاق سلطة الرقابة بمعناها المزدوج (الإشراف والتوجيه) كونه ينصب على الكيفية أو الطريقة التي يتم تنفيذ العقد بها، في حين أنه لو قامت الإدارة بإرادتها المنفردة إجبار الملتزم على تقديم خدمات أكثر اتساعاً أو تطوراً من تلك المنصوص عليها في وثيقة الإلتزام أثناء مرحلة الإبرام، فإنها تكون بذلك قد تجاوزت حقها في الرقابة والتوجيه إلى حد التعديل باعتبار أنها اتجهت إلى كم الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد معها، وهو الشيء نفسه بالنسبة لعقد الأشغال العامة، فإذا ما وجهت الإدارة إلى المقاول أوامر تقضي بالبداية في تنفيذ الأشغال أو وقف تنفيذها، أو وقف وفصل بعض العمال لعدم كفاءتهم أو نزاهتهم فإنها

2- تمارس الإدارة سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد في مجال مسكوت عنه في العقد، كتحديد المواد المستعملة في التنفيذ في حالة لم يرد النص عليها بالعقد ضمن حدود وضوابط تخضع لها، في حين أنه لا يكون لجوء الإدارة لسلطة التعديل إلا في حالة وجود ظروف مستجدة تستدعي تعديل العقد بما قد يترأى لها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام¹.

3- لا يمكن للمتعاقد إستحقاق أية تعويضات عما تقوم به الإدارة من رقابة و توجيهه²، عكس سلطة التعديل و التي يستحق المتعاقد من جراء ممارسة الإدارة لها تعويضاً كاملاً³.

ثانياً : التمييز بين سلطتي الإدارة الرقابية و الجزائية

تختلف سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه عن سلطتها الجزائية هي الأخرى، في العديد من النقاط، هي كالاتي :

- 1- لا يترتب عن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد إنهاء هذا الأخير، في حين أنه قد ينجم عن ممارستها لبعض الجزاءات إنهاء للعلاقة التعاقدية القائمة⁴.
- 2- تتخذ سلطة الرقابة صوراً و أحكاماً أضيق من تلك التي قد نجدها في سلطة الإدارة الجزائية إذا ما قمنا بمقارنتها بها؛ و التي تأخذ أحكامها مدى أوسع من ذلك⁵.
- 3- تمارس الإدارة سلطتها الرقابية في كافة الأحوال وفق ضوابط و حدود معينة تقيدها كما أشرنا إليه سابقاً، بينما لا يكون لجوء الإدارة في إستعمال سلطتها الجزائية إلا في حالة ما إذا أخل المتعاقد بالتزاماته أو قصر في أدائها.

= تباشر بذلك سلطتها في الرقابة، اما إذا ما طلبت من المفاوض إحلال مواد جديدة أو مختلفة، أو إنقاص أوزيادة كمية الأعمال التي تم الإتفاق بشأنها لحظة إبرام العقد، فإن مثل هذا التصرف يمكن أن يدخل في نطاق سلطة التعديل الإفرادي لشروط العقد، للمزيد من التفاصيل، أنظر : محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها .

¹- مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة و التحكيم في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 445 .

²- باستثناء حالة تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة كأن تتقل كاهل المتعاقد معها، ودون أن تصل معه الى حد التعديل، أو زيادة الأعباء الاقتصادية و الفنية.

³- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، المجلد 9، عدد 17، جامعة النهرين، 2006، ص 19.

⁴- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 149.

⁵- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع نفسه، ص 149.

4- تعد كلتا السلطتين من السلطات المقررة لجهة الإدارة، غير أنه يمكننا القول بأن سلطة الإدارة الرقابية هي سلطة وقائية هدفها متابعة تنفيذ المتعاقد للالتزامات التعاقدية على أحسن وجه، ومنع وقوع أية أخطاء مستقبلية أو أثناء التنفيذ، بينما تكون سلطة الإدارة الجزائية لاحقة أي بعد وقوع المتعاقد في الخطأ، وبالتالي يكون هدفها في هذه الحالة تقويمي يتمثل في معاقبة المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية المتفق عليها في العقد¹.

ثالثا : التمييز بين سلطة الرقابة و إجراءات الضبط الإدارية

حتى يتسنى لنا أولاً التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وتدابير الضبط الإداري ومعرفة أهم الفروقات الجوهرية بين كل من السلطتين، لا بد لنا من إعطاء تعريف لهذا الأخير - أي الضبط الإداري-، دون الاسترسال في تقديم شروحات تفصيلية عنه، بالنظر إلى أنه موضوع خارج عن نطاق دراستنا، وعلى ذلك نحيل شرح مضمون سلطة الضبط الإداري إلى مؤلفات الفقه الإداري التي عالجت الموضوع من جميع جوانبه².

هذا ولقد تباينت تعريفات الفقهاء لوظيفة الضبط الإداري كما تباينت آراؤهم حول مدلولاتها وحدود سلطاتها، فذهب البعض منهم إلى اعتبارها وظيفة إدارية في حين إعتبرها البعض الآخر وظيفة سياسية، وعلى ضوء هذين الإتجاهين الرئيسيين نتعرض لبعض التعريفات التي جاءت بشأن هذه السلطة دون التوغل والتفصيل فيها، على إعتبار أن مايهما في موضع دراستنا هذه هو مفهوم الضبط الإداري بصفة خاصة .

ومن جملة التعريفات التي جاءت بشأن سلطة الضبط الإداري، نذكر تعريف الأستاذ فالين VALIN والذي عرفه على أنه : « مجموعة من السلطات الممنوحة لهيئات البوليس الإداري من أجل المحافظة على النظام العام »³.

¹ - حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 74.

² - عبد الرؤف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ط 01 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، دايماً بلقاسم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003 - 2004 ، ص 45 وما بعدها.

³ - حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 215 وما بعدها .

كما عرفه أندريه دي لوبادير **André de LAUBADERE** بقوله أنه : «
صورة من صور التدخل من جانب السلطات الإدارية تتمخض عن فرض قيود على حريات
الأفراد بهدف المحافظة على النظام العام»¹.

أما **F.P.Bonoit** فيمضي إلى القول أنه :

« IL y'a procédé administratif de police lorsqu'une autorité administrative est investie d'une compétence lui permettant soit de réglementer certaines activités ou rapports de particuliers, soit d'intervenir à leur occasion par le moyen de décisions individuelles la police administrative, c'est l'usage de la prohibition pas une autorité administrative »².

وعرفه **عمار بوضياف** كذلك بأنه: « مجموعة الإجراءات و التدابير القانونية التي تقوم بها الهيئات العامة المكلفة بالحفاظ على النظام العام، أو النشاط الذي تقوم به السلطات العامة مع أجل المحافظة على النظام العام»³.

في حين أننا نجد أن **طعيمة الجرف** قد توسع في تعريفه للضبط الإداري بكثير عن التعريفات السابقة، حيث جاء فيه : « يقصد بالضبط الإداري (البوليس الإداري) مجموعة ماتفرضه السلطة العامة من أوامر ونواهي وتوجيهات ملزمة للأفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة، أو بمناسبة ممارستهم لنشاط معين، بقصد صيانة النظام العام في المجتمع...»⁴.

ومما هو مستخلص من التعاريف الفقهية التي جاءت بشأن سلطة الضبط الإداري، يتضح لنا بأنه عبارة عن نشاط تسعى الإدارة من خلاله إلى فرض قيود على جانب معين من حريات الأفراد بهدف الحفاظ على النظام العام وتوفير السكنية العامة، ومن هنا تظهر لنا أوجه الخلاف القائمة بين سلطة الرقابة و تدابير الضبط الإداري، وذلك من حيث الهدف المرجو منهما، فإذا كانت سلطة الرقابة تهدف إلى ضمان تنفيذ العقد، فإن تدابير الضبط الإداري تهدف بالأساس إلى حفظ النظام العام بعناصره الثلاث (الأمن والصحة العامة والسكنية العامة).

¹ - عبد الرؤف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص 20.

² - France – PAUL BENOIT, Le Droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968, P. 746 .

³ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري ، ط 03، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013 ، ص 478.

⁴ - طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 214.

ومما هو ثابت لدى كل من الفقه والقضاء الإداريين؛ أن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لا يشكل حاجزا أو مانعا دون ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة، واختصاصاتها من النصوص التشريعية أو اللائحية التي تهدف إلى حفظ النظام العام بعناصره الثلاثة المشار إليها أعلاه، كأن تمنع المتعاقد من العمل في أوقات معينة في الأماكن المأهولة بالسكان، أو منعه من استخدام مواد ملوثة للبيئة، إلا أن ذلك لا يعني أنه يجوز للإدارة أن تستفيد من وضعها كسلطة عامة لكي تفرض على المتعاقد معها إجراءات الضبط الإداري في ممارستها لسلطة الرقابة بموجب العقد¹.

كما تجدر بنا الإشارة، إلى أن النصوص التي تقرر وتنظم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري تختلف عن تلك التي تنظم سلطات الضبط الإداري خارج النطاق التعاقدية، إذ أن النصوص التي تنظم هذا الأخير - الضبط الإداري - هي مجرد تطبيق لامتيازات وسلطات الدولة التي تتمتع بها على وجه العموم في مجال تنظيم وإدارة المرافق العامة، وتكون على شكل قرارات إدارية عادية لا صلة لها بالرابطة العقدية على أرض الواقع، وبالتالي تخضع النزاعات الناجمة عنها لقاضي الإلغاء، في حين أن النصوص المتعلقة بتنظيم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ضمن النطاق التعاقدية تندمج مع شروط العقد المتصلة به، وتصبح جزءا منه، ومن ثم يبقى إختصاص المنازعات التي تتولد عنها لقاضي العقد².

ومن جانب آخر، فإن السلطات التي تمارس الضبط الإداري ليست هي نفسها السلطات التي تباشر التدخل في تنفيذ العقد الإداري، وغالبا ما تقترن لوائح الضبط أو البوليس بعقوبات جنائية بخلاف إجراءات التدخل التي تملكها جهة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري³، والتي غالبا ما تكون على شكل أوامر مصلحية يتم توجيهها إلى المتعاقد لحثه على تنفيذ التزاماته على نحو معين كما تمت الإشارة إليه سابقا.

¹ - إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، ط 01، مؤسسة الطويجي، القاهرة، 2003، ص 244.

² - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 214 وما بعدها.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 305.

ونظرًا لصعوبة التفرقة بين القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء ممارستها لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وبين قراراتها في الضبط الإداري، فإن ذلك يدفع بالمشرع في العديد من الحالات إلى التدخل من أجل ضبط وتنظيم العلاقة بين المجالين بقواعد مشتركة¹. وما يمكننا استخلاصه في الأخير، ونحن بصدد التمييز بين سلطة الرقابة والتصرفات القانونية المشابهة لها، فإنه يمكننا القول على أنها جميعها ضمانات تم تسخيرها لجهة الإدارة، سواء ضمن نطاق العقد الإداري (سلطة التعديل وتوقيع الجزاءات) أو حتى خارجه (سلطة الضبط الإداري)، إلا أن الفرق الرئيسي بين هاتاه السلطات يكمن في الجهة التي تواجهها الإدارة، ففي نطاق ممارسة الإدارة لسلطة الضبط الإداري - وهو موضوع خارج عن نطاق دراستنا لعدم تعلقه بالعقد الإداري - يتمثل في تحويل جهة الإدارة ضمانًا يمكننا من مواجهة الأفراد كافة، في حين ينحصر وجه الضمان في سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات المخولتان لجهة الإدارة ضد المتعاقد معها فقط.

الفرع الثاني

ضوابط ممارسة سلطة الرقابة

بالرغم من إقرار كل من الفقه والتشريع والقضاء لجهة الإدارة، بحقها في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، كأحدى الضمانات القانونية المقررة لصالحها في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري وأولاهها، إلا أن استعمال هذه السلطة ليس مطلقًا، بل تحده في ذلك عدة اعتبارات تقضي بحماية الطرف الآخر المتعاقد مع جهة الإدارة من تعسفها في استعمال هذه السلطة، كإستخدامها لتحقيق أغراض أخرى خاصة لا تتعلق بالغرض التي تم تحويلها لها من أجله، أو بالمغالاة في استعمالها إلى الحد الذي يؤدي إلى تغيير طبيعة العقد.

ولضمان عدم وقوع ذلك، فقد قام المشرع بإخضاع سلطة الرقابة والتوجيه سواء كانت سابقة أم لاحقة، إلى مجموعة من الضوابط والأحكام إحداهما عام (أولاً) والثاني خاص (ثانياً) نستعرضهما بالتفصيل في الآتي:

¹ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 419.

أولاً: الضابط العام

وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود القواعد العامة للمشروعية

ومؤدى هذا الشرط، أنه يتعين على جهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه، أن تصدر قراراتها المتعلقة بهذا الصدد ضمن نطاق وقواعد مبدأ المشروعية¹ شأنها في ذلك شأن باقي الأعمال الإدارية الأخرى والتي يستوجب عليها التقيد والعمل بها²، ما يلزمها في ذلك أن لا تتعسف في استخدام سلطتها والمغالاة فيها بغية تحقيق أغراض أخرى خاصة غير تلك التي سخرت لأجلها، والتي لا تمت بصلة مع مقتضيات المصلحة العامة³، فالإدارة قد تم تخويلها هذه السلطة بغرض تحقيق الصالح العام، وضمن استمرارية سير المرافق العامة التي تديرها بانتظام وإضطراب، وعليه فإنه يجب أن تكون فكرة تحقيق المصلحة العامة هي الباعث الرئيسي أو الغاية المنشودة التي يجب أن تصبو الإدارة إلى تحقيقها من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات أو أعمال وإلا شاب تصرفها أثناء ممارستها

¹ يقصد بمبدأ المشروعية، بمعناه الواسع، سيادة القانون أي خضوع جميع الأشخاص، بما فيها السلطة العامة بمختلف هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية الساري العمل بها في الدولة.

أما المشروعية الإدارية؛ فيراد بها : خضوع جميع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة العامة (الإدارة العامة) للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف قواعده، للتفصيل في الموضوع أكثر، أنظر: محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2005، ص 08.

² وفي ذلك نصت المادة 04 من المرسوم 88-131 على أنه: « يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، وبهذه الصفة، يجب أن تصدر التعليمات والمنشورات والمذكرات والاراءات ضمن احترام النصوص التي تقتضيها » راجع المرسوم 88-131 الصادر بتاريخ 20 ذي القعدة 1408 الموافق لـ 04 يوليو 1988 المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج . ر . ج . ج عدد 27 المؤرخة في 22 ذو القعدة 1408 الموافق لـ 06 يوليو 1988.

³ محمد أنس جعفر قاسم، العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم 1998/89 الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر -، ط 04، دار النهضة العربية، د. ب. ن، 2007، ص 221.

- هذا ولقد عمد المشرع الدستوري الجزائري إلى تقييد الإدارة وعدم إطلاق العنان لها وهي بصدد استخدام السلطات المخولة لها قانونا، حيث نصت المادة 24 من الدستور الجزائري على أنه : " يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة "، المادة 24 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق لـ 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج . ر . ج . ج عدد 14 ، الصادرة بتاريخ 27 جمادى الأولى الموافق لـ 07 مارس 2016 .

لهذا الحق عيب إساءة استعمال السلطة¹، إذا ما سعت من وراء ذلك إلى تحقيق غرض يتجافى مع ما ذكرناه، كأن تقوم بتمليك أحد مهندسيها الموكل إليهم مهمة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد إحدى سيارات المقاول، ووضعها تحت تصرفه²، أو بإصداره - المهندس - أوامر للمقاول إذا كنا بصدد تنفيذ عقد أشغال عامة، تقضي بفصل بعض العمال الذين هم على خلاف معه.

كما تجدر بنا الإشارة، إلى أن مسؤولية الإدارة قد تتولد حتى ولو كانت تقصد من وراء ذلك تحقيق صالح المرفق في الإضرار بالمتعاقدين معها باعتبار أن مثل هذه السلوكيات قد يتعارض مع واجب حسن النية المفترض في إطار تنفيذ العقود الإدارية، كأن تأمره بوقف الأشغال لمدة تجاوز المدة القانونية المسموح بها دون إستنادها لمبرر، بما يمكن أن يؤثر سلبا على تنفيذ العقد³.

غير أننا نجدُ وفي مقابل ذلك، أن المشرع قد أجاز للمتعاقدين مع جهة الإدارة في مثل هذه الحالة؛ حق الاحتفاظ بالطعن في القرارات الصادرة عنها ضمن هذا الصدد، مثلما أشرنا إليه سابقا، باعتبارها قرارات إدارية منفصلة **les actes détachables** يجوز له الطعن فيها متى تيقن من تجاوز الإدارة لسلطتها المقررة قانونا.

وصفوة القول، فإنه يتعين على جهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، أن تتمسك بالمبادئ العامة للمشروعية وذلك بمراعاة النصوص القانونية التي تنظم أحكامها و التقيد بها، بما تقتضيه متطلبات الصالح العام.

¹ - محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، كتاب إلكتروني منشور على الموقع www.pdf.factory تاريخ الزيارة : 2016/ 02/19، على الساعة : 15:20، ولمزيد من التفاصيل حول موضوع عيب الإنحراف في استعمال السلطة يراجع: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن، ص 17 وما بعدها.

² - خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة (إبرام- تنفيذ- انتهاء) - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2017، ص 151.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 110.

ثانياً: الضابط الخاص

ويتعلق هذا الضابط بالعقد الإداري موضوع الرقابة، على نحو يتعين أن لا يترتب عنه الوصول إلى حد تعديل شروط العقد وتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة لسلطة الرقابة، بالخروج عن موضوعه، بحيث يصبح كأننا أمام عقد جديد، فسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه سواء كانت مستمدة من القوانين أو اللوائح أو حتى ولم يرد نص عليها في العقد، هي سلطة استثنائية، يجب أن تستعمل في إطار محدود دون أن تزيد على ذلك، فإذا ما تجاوزت الإدارة نطاقها في ذلك واتخذت منه ستارا لتعديل نصوص العقد، فإنها تكون قد انتهكت بذلك المدى المقرر لها، ما يتيح للمتعاقد معها المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء ذلك التعديل¹.

ذلك أن تدخلها المبالغ فيه في الرقابة على تنفيذ العقد قد يؤدي إلى عكس الهدف الذي خولت من أجله هذا الإمتياز، وعلى سبيل المثال فإنه لا يجوز لهذه الأخيرة التدخل في الإدارة الداخلية للمشاريع محل عقد الامتياز، وتحولها من مانح إلى مستغل في إدارة المرافق العامة².

وفي ذلك نصت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد القرارات الصادرة عنها حديثاً بتاريخ 2006/02/21 أنه: «في حين أن المادتين 147، 148 من القانون المدني المصري قد نصتا على أن العقد شريعة المتعاقدين، كما أنه من المقرر في قضاء ومجلس الدولة أن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته تتحدد وفقاً لنصوص العقد»³.

فالفقه والقضاء، حينما يعترفان للإدارة بسلطات غير مألوفة في مواجهة المتعاقد معها، فإن ذلك يرجع في حقيقة الأمر إلى الصلة الوطيدة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام، وبالتالي فإنه لا بد من أن ينصرف استعمال الإدارة لهذه السلطات وعلى رأسها سلطة

¹ - زكرياء المصري، أسس الإدارة العامة (التنظيم الإداري - النشاط الإداري) - دراسة مقارنة -، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 615؛ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية -، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 14 .

² - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 355 .

³ - قرار المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 6744 لسنة 46 ق عليا بتاريخ 2006/02/21، أشار إليه: خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 152 .

الرقابة والتوجيه بالأساس إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، وحسن سير أداء الخدمات والأعمال المنوطة بها وسرعة إنجازها¹.

وانطلاقاً مما ذكرناه آنفاً، يتضح لنا أن استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية كضمانة على التنفيذ السليم و المطابق للمواصفات و الشروط المذكورة في البنود التعاقدية و دفاتر الشروط، يجب أن يكون ضمن الحدود التي بينها وأن أي خروج عنها يترتب عنه حق المتعاقد في طلب التعويض.

المطلب الثاني

دراسة تطبيقية لسلطة الإدارة القانونية في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية

ولئن كان من المسلم به على أحقية جهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها ولو لم ينص على ذلك في العقد باعتبارها سلطة أصلية قائمة بذاتها، إلا أن مظاهر هذه السلطة - سلطة الرقابة والإشراف- قد تختلف ممارستها من عقد إلى آخر، بحيث تزداد هذه السلطة وتكون في أوجها بالنسبة لعقود الأشغال العامة نظراً إلى الأغلفة المالية الضخمة المرصودة لتنفيذ هذا النوع من العقود²، والصلة الوطيدة التي تربطها بالمرفق العام (الفرع الأول)، كما تكون كذلك أشد وأكثر شمولاً في عقد إلتزام المرافق العامة، ذلك أن الإدارة هي المكلفة بواجب تسيير هاته المرافق وتوجيهها³ (الفرع الثاني)، و تتناقص تدريجياً كلما ضعفت و نقصت صلة العقد بالمرفق، كما هو الحال بالنسبة لعقود التوريد والخدمات (الفرع الثالث)، مما يبرز تنوع مظاهر وصور الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وذلك تماشياً مع طبيعة ونوع العقد.

و لتقصي ذلك، ينبغي علينا البحث عن المظاهر التي تتخذها سلطة الرقابة و التوجيه لكل نوع من هذه العقود، وإبراز أهم أوجه الضمان فيها، وفقاً للنحو الآتي:

¹ - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 237.

² - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري - النشاط الإداري، أعمال الإدارة -، ج 02، د. ط 01، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 148.

³ - إعاد حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 334.

الفرع الأول

سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة

يعد عقد الأشغال العامة من أقدم العقود الإدارية التي أرسى القضاء الإداري مبادئها وأحكامها، هذا ويرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي بصفة خاصة لما لعبه من دور كبير في وضع العديد من المبادئ والأحكام التي يقوم عليها عقد الأشغال العامة¹. وقبل التطرق إلى مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة لابد من إعطاء تعريفات موجزة له، حتى يتسنى لنا معرفة أهم النقاط والقواعد الأساسية التي يركز عليها (أولا) ومن ثمة التطرق إلى المظاهر التي يمكن أن تتخذها سلطة الرقابة على تنفيذه وتبيان أوجه الضمان فيها (ثانيا).

أولا

تعريف عقد الأشغال العامة

كون أن التعريف التشريعي يسمو على بقية التعريفات الأخرى، سنتطرق إلى كل من التعريف التشريعي لعقد الأشغال العامة (أ) ثم نتبعه بالتعريف القضائي (ب) والتعريف الفقهي له أخيرا (ج).

أ- التعريف التشريعي

عرفت الفقرة 03 من المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الفرنسي عقد الأشغال العامة بأنه: « ذلك العقد الذي ينصب موضوعه على إنجاز أشغال البناء أو الهندسة المدنية بناء على طلب أحد الأشخاص العامة التي تمارس سلطة صاحبة المشروع »². وفي محاولة منه، عرّف المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة وذلك عبر الإشارة إلى الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من وراء إبرامها لهذا النوع من العقود في نص المادة

¹ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 194 .

² - « Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage » , Art 01/03 Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marchés publics www.legifrance FR dernière modification du texte le 02/01/2016.

29 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقوله: «تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول ... تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو تدعيم أو إصلاح أو هدم منشأة أو جزء منها»¹.

وجل ما يلحظ على هذا التعريف، هو إكتفاء المشرع الجزائري بذكر الهدف الذي تسعى إليه الإدارة كما أشرنا إليه أعلاه من وراء إبرامها لهذا النوع من العقود، دون ذكر التفاصيل التي يحتويها والأسس التي يقوم عليها، تاركًا المجال خصبًا للفقهاء والقضاء في تحديد مفهومه.

ب- التعريف القضائي

حرص القضاء الإداري على محاولة منه لوضع تعريف شامل لعقد الأشغال العامة في العديد من الأحكام القضائية الصادرة عنه، ومن ذلك ما درجت عليه محكمة القضاء الإداري بمصر في تعريفها لعقد الأشغال العامة بأنه: «... عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد»².

كما عرفه قسم الرأي في مجلس الدولة مجتمعا في إحدى الفتاوى الصادرة عنه، بأنه: «عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسؤوليته وبإشرافها، مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد، والعنصران الأساسيان في عقد المقاول هما: قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه، دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول»³.

¹ - الفقرة 03 - 04 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المشار إليه سابقا.

² - قرار محكمة القضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ 1956/12/23، أشار إليه: مي محمد عزت علي شرياش، المرجع السابق، ص 31.

³ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 19.

وفي ليبيا عرفت المحكمة العليا عقد الأشغال العامة بالقول عنه أنه: « عقد مقولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاها يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة، مقابل ثمن يحدد في العقد »¹.

ج- التعريف الفقهي

نظرًا لأن صياغة التعاريف هي في العادة من أهم الوظائف المنوطة بالفقه، فإن هذا الأخير لم يتوان عن القيام بعدة محاولات - حتى وإن اختلفت طريقة صياغتها - لإعطاء تعريف جامع ومتمانع لعقد الأشغال العامة، حيث عرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بأنه: « اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير - بمقابل - ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقًا لمنفعة عامة »².

كما عرفه الدكتور محمد سليمان الطماوي على أنه : « عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المتفق عليه، ووفقًا للشروط الواردة بالعقد »³. وعُرف كذلك على أنه: « عقد تبرمه الإدارة ويخضع لنظام القانون العام للقيام بأداء أشغال عامة في عقار لحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام »⁴.

ومن خلال إستقراء التعاريف السابقة التي قيلت بشأن عقد الأشغال العامة، فإن جل ما يلاحظ عليها، هو أن كلاً من التشريع والفقه والقضاء؛ قد أجمع على توفر ثلاثة أركان أساسية لقيام هذا النوع من العقود، هي كالاتي :

- أن يكون موضوع الأشغال متعلقًا بعقار.
- أن يتم تنفيذ الأشغال لحساب شخص من أشخاص القانون العام.
- أن تستهدف الأشغال تحقيق الصالح العام.

¹- قرار المحكمة الليبية الصادر بتاريخ : 1970/04/05 طعن إداري رقم 17، أشار إليه : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، د. م. ج، الإسكندرية، 2013، ص 19.

²- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 211.

³- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 06، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 103.

⁴- خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 17 .

ثانيا

مضمون ومظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة

للرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة مظاهر وصور عديدة لا يمكن حصرها في نطاق معين، ويترتب على ذلك نتيجة أساسية فيما يخص ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه على تنفيذ هذا النوع من العقود، مفادها أن الإدارة هنا ممثلة في مهندسها، هي المدير الفعلي للمشروع وما المقاول إلا منفذ لتعليماتها في هذا الشأن¹، وبالتالي فإن لها صلاحيات واسعة تتمتع بها في مواجهته منذ البدء في تنفيذه للعقد وحتى إستلامها له نهائياً²، وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري المصري في أحد القرارات الصادرة عنها بتاريخ 08 أبريل 1952 بقولها: « يعتبر المقاول قانوناً نائباً عن الحكومة في القيام بأعمال المنشآت العامة، باعتبار مسؤولية القيام بهذه الإنشاءات واقعة أولاً على عاتق الحكومة، وهي إذ تنيب عنها مقاولين في مزايدة أو مناقصة عامة...»³.

هذا ويُعدُّ عقد الأشغال العامة أحد أبرز أنواع العقود الإدارية التي تتجلى فيها مظاهر سلطة الرقابة على طريقة التنفيذ بمختلف معانيها الإشراف **surveillance** والتوجيه **direction**⁴ و ذلك نظراً للخصائص الذاتية التي يمتاز بها هذا النوع من العقود عن غيره من العقود الإدارية الأخرى، كونه يستغرق مدة زمنية أطول لتنفيذه⁵، فضلاً عن

¹ - C, E.22/ fev / 1952 ,Ingrand ,Rec ,p.799.

- مشار إليه لدى : علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 373 .

² - علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 17.

³ - قرار محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ 08 أبريل 1952، أشار إليه : مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق ، ص 423.

⁴ - وقد أكد مجلس الدولة المصري في قراره الصادر بتاريخ 2004/12/14 في الطعن 9437 لسنة 46، ق.ع، على أن: « جهة الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطات واسعة على مقاول الأشغال العامة، لذا فإنه يخضع في تنفيذ التزاماته التعاقدية لرقابة وتوجيه الإدارة والتي هي من أهم سلطات وحقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في مجال تنفيذ العقد الإداري، ولانقتصرت تلك السلطات على الرقابة بمعناها الضيق والتي تنحصر في الإشراف على المقاول للتأكد من سلامة تنفيذ العقد طبقاً لشروطه المتفق عليها، وإنما تمتد لتشمل الرقابة بمعناها الواسع، حيث يسمح لجهة الإدارة بالتدخل بدرجات تزيد على الإشراف لتشمل مدة تنفيذ العقد، ومن ثم تمتد تلك السلطة إلى التدخل أيضاً في أوضاع هذا التنفيذ، بشرط أن لا تصل إلى حد التعديل الإفرادي للعقد»، مشار إليه لدى: خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 147 وما بعدها.

⁵ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 01 ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 21.

تكلفه لخزينة الدولة مبالغ مالية ضخمة في سبيل إنجازه، وهو الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى اتساع نطاق الرقابة فيه على طريقة التنفيذ بشكل كبير، وما يمكن أن يتطلبه من متابعات ميدانية مستمرة تبدأ منذ اللحظة الأولى لإبرامه حتى لنهايته؛ تقاديا لوقوع أي خروج عن ما تم التعاقد عليه من طرف المقاول أو المؤسسة المكلفة بتنفيذه¹.

ويترتب عن الصفات التي ذكرناها والتي تميز ع ، أ ، ع عن غيره من العقود الإدارية الأخرى كعقد الإمتياز وعقد التوريد الإداري نتيجة هامة فيما يتعلق بسلطة الرقابة التوجيه التي تمارسها جهة الإدارة على المتعاقد (المقاول) ، مفادها أنه من حق الإدارة و هي تقوم بالرقابة إصدار أوامر للمقاول، كأن تأمره بالبدء في تنفيذ الأشغال (أ) و لها أن تحدد له خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال (ب) كما أن بإمكانها أن تأمره باستبدال عمال المقاول في حالة ما إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك (ج) و كذا إعطاءه أوامر تقضي بهدم الأشغال (د) أو وقف العمل بها مؤقتا (هـ) .

أ- الأمر بالبدء في تنفيذ الأشغال

إن المقاول في عقود الأشغال العامة ملزم منذ اللحظة الأولى للبدء في تنفيذ العقد وإلى غاية إنتهائه؛ بالخضوع بشكل كامل لسلطة الإدارة، وذلك بوصف هذه الأخيرة سيدة العمل وصاحبة المشروع الحقيقي وما المتعاقد معها - المقاول - إلا منفذ لتعليماتها².

ونتيجةً لذلك، فقد حَوَّلَ المُشْرِعُ لمندوبي الإدارة العديد من المهام، وعلى رأسها مهمة إعطاء أوامر لهذا الأخير - أي المقاول - بغية البدء في تنفيذ الأشغال المكلف بتنفيذها لتبدأ بذلك مدة سريان تنفيذها من التاريخ المحدد في موضوع العقد صراحةً، أو من تاريخ تسليم موقع العمل، إذ أنه غالبا ما يتم تحديد الآجال التي يتوجب على المقاول البدء فيها بتنفيذ الأشغال والتدابير العامة التي ينوي إتخاذها ضمن دفاتر الشروط المشتركة أو دفاتر الشروط الخصوصية، وطبقا لذلك، نصت المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة

¹ - قريشي أنيسة سعاد، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير في القانون - فرع المؤسسات - ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001 - 2002، ص 120.

² - محمد موسى علي الشيخ نيب، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في الأردن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان - الأردن، 2015 ، ص 56 .

الجزائري في فقرتها الأولى، على أنه: « يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الأجل المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري»¹.
وغير بعيدٍ عن ذلك، ما قرره **المشرع المصري** في نص المادة 02 / 74 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، والتي جاء فيها: «... تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع خالياً من الموانع - إلا إذا اتفق على خلاف ذلك - ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم إحداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الإدارية بالنسخة الأخرى، وإذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدد له في أمر الإسناد فيحضر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل»².

أما في حالة ما لم يتضمن موضوع العقد موعد البدء في التنفيذ بالتحديد، فإن هذا الموعد يحسب مبدئياً من التاريخ الذي تم فيه إبلاغ المقاول بالأمر المصلي³، أو من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة⁴، غير أن ذلك لا يمكن أن يفهم عنه بأن المتعاقد ليس ملزماً باحترام أية مدة ويستطيع تأجيل تنفيذ العقد كيفما يشاء، إذ في مثل هذه الحالة تقدر

¹ - المادة 12 فقرة 01 من : د . ش . إ . ع ، ج .

² - المادة 02/74 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

- كما أشارت المادة 10 من دفتر الشروط العامة للأشغال العامة ببلبان بخصوص الأوامر المصلحية و التي تعطي الحق للإدارة بإصدار أوامر خدمة للمتعهد خلال تنفيذ الأشغال والتي يتعين على المتعهد الالتزام بها وفقاً لأحكام هذه المادة بالإمتثال للأوامر التي يوجهها إليه المهندس المختص، و في حالة ما إذا لم يتقيد الملتزم بهذه الأوامر يمكن لإدارة الأشغال العامة أن تصدر قراراً بإرغامه على الاستجابة في مهلة محددة لا تقل عن 10 أيام كما وضحته المادة 35 من نفس الدفتر، و عليه إذا لم تتلق أي استجابة لذلك فإنه يتم عرض المجريات على مدير الأشغال الذي يمكنه وفقاً للأوضاع إما أن يأمر بإجراء مناقصة جديدة على نمة الملتزم، أو أن يعلن عن إلغاء الصفقة دون قيد أو شروط و له أن يأمر بمتابعة الأشغال بالأمانة"، أشار إليه : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها .

³ - راجع على سبيل المثال :

-C.E. 12 mai 1905, Ville de Traves, Rec, p 432.

-C.E. 05 juin 1942, Badcel, Rec.p. 191.

- مشار إليهما لدى : محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 221.

⁴ - نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة - دراسة في القانون المقارن-، ط 03، د . د . ن ، د.ب. ن، 2001، ص 353، أنظر الملحق رقم (1) ص 335 وما بعدها.

المدة العادية للتنفيذ بمراعاة الظروف المحيطة وقدرات المتعاقد، وفي هذا الشأن فإنه لا يجوز لجهة الإدارة إحتساب هذه المدة من تاريخ التصديق على العقد، ولا يمكن أن يؤخذ التأخير الذي صادفه هذا التصديق بعين الإعتبار، كما أن الإدارة في حالة لم تعط الأمر بالبدء مطلقاً، فإنه ليس بإستطاعتها أن تنسب تنفيذ العقد إلى المقاول، لتبقى مسؤوليتها بهذا الشأن قائمة عن عدم إصدارها لأمر البدء في المدة المعقولة بتعويض المقاول عن الخسائر التي تحملها جراء هذا التأخير غير المبرر¹، وعليه يجب على المقاول أن يلتزم بالبدء في التنفيذ و مباشرة الأشغال فور تلقيه الأمر المصلي القاضي بذلك²، وأن أي تخلف عن تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية والمتعلقة بالبدء في التنفيذ يعتبر خطأ عقدياً يبرر توقيع الجزاء عليه، وغالبا ما يكون في شكل غرامات مالية منصوص عليها في العقد كما سيتم توضيحه لاحقاً.

غير أن ذلك، قد ترد عليه عدة استثناءات تتمثل في منح الإدارة المتعاقد مهلة لمدة زمنية معينة ومحددة، تختلف بحسب أهمية ونوع الأشغال، حتى تمكنه من تجميع الآلات ووسائل العمل، وتوظيف اليد العاملة اللازمة ذات الخبرة والكفاءة المطلوبة لإنجاز بعض

¹ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ - دراسة مقارنة - د، ج، ج، الإسكندرية، 2001، ص 146 وما بعدها.

² - جاء في تعريف الأمر المصلي أنه : « قرار اداري يترتب عنه أوامر تصدرها الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها و تصدر تلك الأوامر عادة من بعض الفنيين في الإدارة لا سيما المهندسون المنوط بهم الاشراف على تنفيذ أ.ع، على أن يتكون - الأمر المصلي- من عدة نسخ كما يجب أن يحتوي إجبارياً على :

* تاريخ الإنشاء موقع من طرف المصلحة المتعاقدة.

* تاريخ التبليغ موقع من طرف المتعاقد.

* رقم الترتيب التسلسلي بالنسبة للصفحة .

* رقم التسجيل في السجل الخاص بالأوامر بالخدمة .

* مواصفات الصفحة أو الملحق.

* تحديد الموضوع والمحتوى الدقيق للصفحة .

* الوضع الإجتماعي ومحل إقامة الشريك المتعاقد معه الموجه إليه الأمر بالخدمة، للمزيد من التفاصيل، أنظر : عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، جامعة تلمسان، 2013- 2014 ، ص 90 .

الأشغال، أو بتلقيه لأعمال مادية من جهة الإدارة المتعاقدة كتسلم بعض النماذج والتصاميم اللازمة لإنجاز المشروع ومواقع العمل¹.

وقد يكون تسليم موقع تنفيذ الأشغال فعليًا بحضوره أو حكميًا في حالة عدم حضوره في التاريخ المحدد من قبل الإدارة²، وفي هذه الحالة لا يسأل المتعاقد عن البدء في التنفيذ إذا تأخرت الإدارة في إتيان هذا العمل المادي، لتتولد بذلك مسؤولية الإدارة التعاقدية بسبب تأخرها عن تسليم المتعاقد لموقع العمل وتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا التأخير³.

أما بالنسبة لوقت ممارسة سلطة الإدارة على تنفيذ العقد وبعد إعطاء أمر البدء في تنفيذ المشروع، فإنه عادة ما تتضمن دفاتر الشروط الخصوصية قواعد تنظيم ممارستها في كل عقد و التي قد تكون يومية أو أسبوعية⁴.

ب- تحديد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال

يعد إحتزام خطوات سير العمل ومدة التنفيذ من أهم الالتزامات والأولويات التي تقع على عاتق المقاول⁵، وإحدى أهم أوجه الضمان المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لدى تنفيذه لهذا النوع من العقود، والتي تهدف في هذا الموطن إلى ضمان التزام المقاول بالتنفيذ حسب الشروط الواردة بالعقد، وضمن مواعيدها المحددة فيه.

وغالبا ما تحتوي دفاتر الشروط العامة في صلبها على نصوص يتم تحديد خطوات سير الأشغال فيها و كذلك الطريقة التي يتم تنفيذها بها، عبر وضع جداول أعمال خاصة بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال (أعمال الحفر - الخرسانة - البناء) والمواعيد المتعلقة

¹ - ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 32.

² - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 222.

³ - علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الرابعة و العشرون، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص 91.

⁴ - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص 49.

⁵ - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 223.

بتسليم المشروع¹، ويتم تقدير هذه المدة بناءً على خبرة الجهة الإدارية، وقياسًا على التجارب السابقة لها ضمن هذا المجال، على أن تكون مدة إنجاز العقد متناسبة مع حجم الأشغال المراد تنفيذها بصورة تقريبية، بحيث لا يكون هناك فارق زمني كبير بين المدة المطلوبة لإنجاز الأشغال وكمية الأعمال المراد تنفيذها².

وفي حالة لم يرد نصٌّ بشأن ذلك، فإنه يتعين على مندوبي الإدارة المتعاقدة تولي إصدار الأوامر؛ وتحديد جداول الأعمال وفقًا للخطة التي تحددها الإدارة بناءً على سلطتها التقديرية، شريطة عدم المساس بطبيعة جوهر ومضمون العقد، و بالتالي يجب على المقاول الإمتثال لهذه الأوامر والالتزام بإنجاز الأعمال المكلف بها، في المدد المنصوص عليها في العقد **Un délai normal d'exécution** حتى ولو تلقى أمرًا بتغيير طرق أو وسائل التنفيذ، على أن تضاف في مثل هذه الحالة مدة زمنية أخرى مناسبة للمدة الأصلية لإتمام التنفيذ و ذلك متى رأت جهة الإدارة ممثلة في فنيها أو المهندس المعين من جانبها للإشراف على تنفيذ العقد أن المقاول لا يستطيع إنهاء تنفيذ العقد في المدة المحددة أصلاً³، مع جواز توقيع غرامة مالية عليه عن المدة التي تأخر عنها في إنهاء أعماله، كما وضحته المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصري و التي جاء فيها : « يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تمامًا للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإن تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة التأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة و إلى أن يتم التسليم الابتدائي و ذلك بواقع 1% عن كل أسبوع أو جزء منه؛ بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 10% من قيمة العقد ».

كما يجب أن يلتزم المقاول باحترام لوائح الضبط والمحافظة على النظام في مواقع العمل، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام يكون لجهة الإدارة الحق في تنفيذها على حسابه.

¹ - علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 19.

² - إبراهيم محمد الحديثي، الغرامات في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي - دراسة مقارنة -، مجلة جامعة الملك سعود، المجلد 23، العدد 02، السعودية، جوان 2012، ص 212.

³ - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 223.

ج- الأمر باستبدال عمال المقاوله و اتخاذ معاونين و رؤساء ورش أكفاء لمعاونة

المقاول في تنفيذ الأشغال

نصت المادة 02/13 من د . ش . إ . ع . ج المطبق على صفقات الأشغال الخاصة على أنه « يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعدوان و العمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم»¹.

من خلال نص هذه المادة؛ يتضح للقارئ أن مظاهر سلطة الرقابة لا تقف عند حد الأمر بالبده في تنفيذ المشروع وتحديد خطوات سير عمله فقط، بل قد تمتد في بعض الحالات لتصل إلى غاية إصدار الإدارة لأوامر وتعليمات للمقاول تقضي باستبدال العمال الذين يستعين بهم في تنفيذ الأشغال، لعدم كفاءتهم المهنية وكذا نقص الخبرة لديهم والمهارة المطلوبة في إنجاز بعض الأنواع من الأشغال، أو لعدم نزاهتهم وامتثالهم لتعليمات مندوبي الإدارة، وإبعادهم عن موقع العمل .

ويتحقق وجه الضمان في هذه الحالة في إجبار المقاول وهو بصدد تنفيذه للأشغال محل العقد على اتخاذ معاونين و رؤساء ورش أكفاء لمعاونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه، قصد تنفيذ العقد على نحو سليم²، وإلا توجب عليه تحمل المسؤولية التي قد يرتكبها هؤلاء معاونون من أعمال غش، كإستبدالهم لمواد بناء مطابقة للمواصفات وذات نوعية رفيعة ب مواد أخرى أقل جودة منها في البناء بغرض الربح.

وفي نفس السياق، نصت المادة 13 من ذات الدفتر في فقرتها الأولى على أنه : « لا يجوز للمقاول اتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الاكفاء لمعاونته والحلول محله في الشغل والقياس »³.

¹ - المادة 02 / 13 من د . ش . إ . ع . ج .

² - نصت المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المشار إليه سابقا، على أنه: « لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة ».

- كما نصت المادة 54 من ذات المرسوم؛ على أنه : « يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المترشحين المتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية » .

³ - المادة 01/13 من د . ش . إ . ع . ج .

كما يتوجب على مقاول الأشغال العامة وقبل بدءه في تنفيذ الأشغال إبلاغ المصلحة العمالية لليد العاملة والمختصة ضمن نطاق المكان الذي يتم فيه تنفيذ الأشغال في ظرف زمني مقدر بـ 08 أيام على الأقل عن مقدار حاجته لليد العاملة؛ والذي يكفي لتسريع وتيرة العمل وإنجاز الأشغال المتفق عليها ضمن مواعيدها المحددة في العقد¹، على أن لا يتجاوز عدد العمال الأجانب النسبة المحددة في دفتر شروط الخصوصية، وإرسال قائمة تتضمن عدد وأسماء العاملين بصورة دورية إلى المهندس أو المهندس المعماري في نطاق زمني يتم تحديده من قبل هذا الأخير، حتى يتسنى له مراقبة إكمال الشروط المذكورة أعلاه².

وفضلا عما سبق، يحق للمصلحة المتعاقدة أيضا التدخل بما لها من سلطة رقابة لضمان إحترام المقاول للقوانين المعمول بها ذات الصلة بتنفيذ العقد، التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه و عماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم³، مع مراعاة قوانين التأمين التي تستلزم حماية العمال ضد الإصابات والحوادث التي قد يتعرضون لها أثناء ممارستهم للأشغال المكلفين بإنجازها في الورش ومواقع العمل؛ وهو ما أكدته المادة 17 من د . ش . إ . ع . ج والتي جاء فيها : « يقع على المقاول تمام العبء المتعلق بتطبيق مجموع تشريع ونظام العمل على موظفي المقاول ولا سيما ما يخص منها الأنظمة الصحية وضمان العمال وكذلك التشريع والنظام الإجتماعي وتستطيع الإدارة في حال المخالفة تطبيق التدابير الجزية المنصوص عليها في المادة 35»⁴ .

¹ - المادة 01/14 من د . ش . إ . ع . ج .

² - المادة 01/16 من د . ش . إ . ع . ج .

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 136.

⁴ - ولقد جاء في مضمون المادة 35 من د . ش . إ . ع . ج أنه : « إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر العمل التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري يعمد المهندس إلى انذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري ابلاغه له بموجب المصلحة ... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا...» .

كما نصت المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه : « يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

ويلتزم المقاول أيضاً، بإتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة العمال أو أي شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية...».

د- الأمر بهدم الأشغال المعيبة

إضافة إلى أوجه الضمان المشار إليها سابقاً والتي تتضح من ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه على مقاول عقد الأشغال العامة، قد يمتد حق الإدارة المتعاقدة في الرقابة على الأشغال المنجزة من قبل المتعاقد معها في بعض الأحيان، إلى حد إصدارها أوامر لهذا الأخير (أي المتعاقد) تقضي بهدم الأشغال التي قام بإنجازها، في حالة ما اكتشف مهندسوها المختصون عيوباً تشوب هذه الأشغال أو مخالفتها للشروط و المواصفات التي تم الاتفاق عليها أثناء إبرام العقد، و إعادة إنجازها من جديد وذلك على حسابه ومسؤوليته¹، سواء كان ذلك قيد الإنجاز أو حتى قبل الاستلام النهائي بعد استدعائه لذلك رسمياً، على أن يتحمل المقاول جميع النفقات التي قد تتجم عن عملية الهدم، كما يتحمل مسؤولية أي تلف أو خسارة أو هلاك ناشئ عن إهماله، أو عن عيب في المواد و الأيدي العاملة ناقصة الكفاءة²، وهو ما وضحته المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، والتي نصت على أنه: « إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء يجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي

¹ - المادة 26 من د ، ش ، إ ، ع ، ج.

² - على أنه يجب أن يكون من شأن العيب تهديد متانة البناء وسلامته، إلا أنه ونظراً لتعدد وتداخل العمليات المعمارية في عصرنا الحالي فإنه من الصعب حصر العيوب التي يتوافر فيها هذا الوصف، الأمر الذي يرى عنه بعض الفقهاء أنه من المستحسن ترك تقدير طبيعة العيب للقضاء، للمزيد من التفاصيل؛ أنظر: محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، د. ج. ج. الإسكندرية، 2011، ص 116.

أو بالهدم و إعادة بناء الأشغال فتباشر بحضوره أو بدعوته رسمياً لذلك، ويتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عند ما يكون فساد البناء محققاً و معترفاً به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة»، وهو نفس الموقف الذي جاء به المشرع الفرنسي من ناحية الأمر بالهدم وإعادة البناء من طرف المقاول نفسه أو من الغير و لكن على نفقته الخاصة أو في إمكانية الإدارة المطالبة بالتعويض¹.

غير أن ما يعاب على كل من المشرع الجزائري والفرنسي في هذه الحالة، إقرارهما جواز الأمر بالهدم لمجرد شك المهندس في فساد البناء، إذ كان حرّاً بهما أن يتركاً مسألة الهدم لما بعد مرحلة التأكد من عدم سلامة المبنى²، وإن كان في حقيقة الأمر قد قام كلاهما بتقدير مدة الضمان أو ما يعرف بالضمان العشري مدة عشر سنوات لإختبار متانة البناء وسلامته، بما في ذلك حسن تنفيذ الأعمال المتعلقة به ومدى صلاحيته لأداء الغرض الذي أنشئ من أجله³، وهو ما يعد ضماناً أخرى تم وضعها بيد الإدارة والتي يمكن أن تمتد إلى ما بعد إنتهاء مرحلة تنفيذ العقد.

هـ - الأمر بوقف الأعمال بصفة مؤقتة

للإدارة الحق كذلك، وهي بصدد ممارسة سلطتها في الرقابة أن تتدخل أيضاً قبل الشروع في التنفيذ، بإعطاء أوامر للمتعاقد معها تقضي بتأجيل البدء في إنجاز الأشغال وتوقيف تنفيذها بصفة مؤقتة⁴، إذا استدعت الظروف حصول ذلك، ويكون ذلك لأسباب فنية أو نتيجة لتطورات غير متوقعة تجعل وقف التنفيذ أمراً ضرورياً لحماية المصلحة العامة، ولضمان تنفيذ العقد على نحو سليم⁵.

¹ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 61.

² - بن شعبان علي، المرجع نفسه، ص 61.

³ - لمعرفة المزيد من التفاصيل حول مفهوم الضمان العشري، أنظر: بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 - 2009، ص 91 وما بعدها .

⁴ - أنظر الملحق رقم (2) ص 337 وما بعدها .

⁵ - يجوز للجنة الإدارة من خلال مندوبيها المكلفين اصدار أوامر تقضي بوقف الأشغال و تأجيلها إلى غاية اشعار لاحق وبصفة مؤقتة و ذلك لدواعي المصلحة العامة و الحفاظ على سلامة و أمن المواطنين من الأخطار التي قد تتجز عن

ويحق للإدارة استخدام هذا الحق بصورة إستثنائية بغية تحقيق مصلحة عامة؛ حتى ولو لم يكن قرار التوقيف ملحوظا بالعقد، إلا أنه يتعين على المقاول الإنصياح له لتعلقه بالنظام العام، الأمر الذي لا يمكن إعتبره عقوبة تنزل بالمتعهد¹.

غير أن الأمر بتوقيف الأشغال لا ينبغي أن يكون بصفة مطلقة وإلا تم فسخ المقاوله فوراً؛ طبقاً لما نصت عليه المادة 01/34 من دفتر الشروط الإدارية الخاصة والتي جاء فيها: «**عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاوله فوراً**»².

أما إذا لم تتجاوز فترة إيقاف الأشغال المذكورة أعلاه عن سنة فإنه لا يحق للمقاول فسخ الصفقة، و إنما يجوز له المطالبة بالحصول على التعويض في حالة ما تبين وقوع أضرار لحقت به بصفة محققة جراء هذا التوقيف³.

كما أنه بإمكان المقاول في حالة ما قررت الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة، سواء كانت قبل التنفيذ أو بعده، فسخ الصفقة مثلما أشرنا إليه أعلاه في نص المادة 34 من د . ش . إ . ع ، شريطة أن يطلب ذلك كتابياً، مع تخويله حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار جراء الأوامر الصادرة إليه من قبل الإدارة في إطار ممارستها لسلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة⁴.

كما يترتب عن ذلك قيام مسؤولية الإدارة إذا نتج عما تصدره من قرارات للمتعاقد معها والتي تدخل في إطار التوجيه و الرقابة عرقلة في تنفيذ المشاريع إذا لم يكن هناك مبرر لها⁵.

وتأسيساً على ماتقدم، يمكننا القول بأن سلطة الرقابة على تنفيذ ع.أ.ع ومن غير شك باتت تعد ضماناً لجهة الإدارة بغية تمكينها من الحصول على أداء أمثل وأكفاً في إنجاز

الاستمرار في تنفيذ الأشغال كتجنب إضطرابات جوية خطيرة قادمة إلى غاية إعطاء أمر لاستئناف العمل فور زوال السبب الذي أدى إلى توقيفها، لمزيد من التفاصيل أنظر : رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص 158 .

¹ - نعيم مغيبغ، المرجع السابق، ص 361 .

² - المادة 01/34 من د ، ش ، إ ، ع .

³ - المادة 03/34 من د ، ش ، إ ، ع .

⁴ - المادة 02/34 من د ، ش ، إ ، ع .

⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص 110.

مشاريعها، من خلال توخي الدقة في التنفيذ، وبما يمكنها من مواجهة المتعاقد معها -
المقاول - وهو بصدد تنفيذه لهذا النوع من العقود، ويضمن لها تحقيق الصالح العام
والمحافظة على سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراب.

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه على عقود الامتياز

يُعد عقد الامتياز أو ما يطلق عليه عادة التزام المرافق العامة **la concession des service publics** من أشهر العقود الإدارية المسماة وأقدمها نشأة في كل من فرنسا
ومصر، وذلك نظراً للصلة الوطيدة التي تجمعها بالمرفق العمومي.
ولتوضيح ماهية هذا العقد بصورة أكثر تفصيلاً، لابد علينا، من التطرق إلى تعريفه
(أولاً) ومن ثمة تحديد المظاهر التي يمكن أن تتخذها سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه عليه
(ثانياً).

أولاً: تعريف عقد الامتياز

سننتظر ضمن هذه الفقرة إلى كل من التعريف التشريعي لعقد الإمتياز (أ) وكذا
التعريف القضائي (ب) وصولاً إلى أهم التعريفات الفقهية التي جاءت بشأنه (ج).

أ - التعريف التشريعي

تناول **المشرع الجزائري** وعلى غير عادته تعريف عقد الامتياز في العديد من
النصوص القانونية الصادرة عنه¹، وعلى رأسها ماجاء في نص المادة 21 من القانون رقم

¹ - لمزيد من التعريفات التشريعية، أنظر :

- المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 17 شعبان 1414 الموافق لـ 29/01/1994 المتضمن
تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج. ر. ج. ج. عدد 07 الصادرة بتاريخ 25 شعبان
1414 الموافق لـ 06 فيفري 1994 .

- المادة 04 من الأمر رقم 96 - 13 المؤرخ في 28 محرم 1417 الموافق لـ 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه،
ج. ر. ج. ج. عدد 37 الصادرة بتاريخ 29 محرم 1417 الموافق لـ 16 يونيو 1996 .

- البند الأول من المرسوم التنفيذي رقم 152/09 المؤرخ في 02/05/2009 الموافق لـ 7 جمادى عام 1430 ، يحدد
شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.
ر. ج. ج. عدد 27، الصادرة بتاريخ 11 جمادى الأولى عام 1430 الموافق لـ 06 ماي 2009.

17/83 المتعلق بالمياه والتي عرفته على أنه: « عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الإمتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية»¹. كما عرفته المادة 05 من المرسوم التنفيذي 94 - 322 في فقرتها الأولى بأنه: « ذلك العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون الخاص مقيم أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية إقتصادية لتستعمل تلك الأرض أساسا في إقامة مشروع استثمار في منطقة خاصة، في إطار المرسوم التشريعي رقم 93 / 12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار»².

وما يلاحظ هنا على هذا التعريف، أنه تبني نفس الأفكار التي تبناها فقهاء القانون الإداري، من ناحية إعتبره لعقود الإمتياز إحدى أبرز الصور التي يتم تسيير المرافق العمومية بها، حينما عرفها بأنها: « تصرف قانوني يجد أساسه في دفتر شروط تعدة سلطة عمومية مؤهلة لهذا الغرض»³.

كما أنه ولأول مرة، قام **المشرع الجزائري** بتعريف عقد الامتياز في القوانين المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، و ذلك في الفقرة رقم 02 من المادة 210 من المرسوم الرئاسي

= المادة 64 (مكرر) من القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الموافق لـ 17 رجب عام 1429 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج، ر. ج. ج عدد 44 المؤرخة في 03 أوت 2008 الموافق لـ 01 شعبان 1429.

- التعلية الوزارية المؤرخة في 07 سبتمبر 1994 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها للسيد وزير الداخلية عبد الرحمن مزيان الشريف.

¹ - القانون رقم 17/83 المؤرخ في 05 شوال 1403 الموافق لـ 16 يوليو 1983 يتضمن قانون المياه، ج، ر. ج. ج عدد 30 الصادرة بتاريخ 08 شوال 1403 الموافق لـ 19 يوليو 1983 .

² - المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 17 أكتوبر 1994 يتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار، ج. ر. ج. ج عدد 67 الصادرة بتاريخ 14 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 19 أكتوبر 1994 .

³ - لكحل مخلوف، عقد الإمتياز ودوره في تطوير الإستثمار - دراسة حالة العقار الصناعي -، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، 2017 - 2018، ص 64 .

رقم 15 / 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا، بقوله: « الإمتياز تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمى المرفق العام، يمول المفوض له الإنجاز وإقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه ».

وبذلك يكون **المشروع الجزائري** قد وفق في تعريفه لعقد الإمتياز، لإحتواء هذا التعريف على جميع الخصائص والعناصر الأساسية التي يجب أن تتوفر في هذا النوع من العقود، وذلك كما سيتم الإشارة إليه لاحقا في موطنه من هذه الدراسة.

ب - التعريف القضائي

لم يخرج القضاء بدوره عما رسمه كل من التشريع والفقهاء في تعريفهما لعقد الإمتياز، حيث درجت أحكام القضاء الإداري على تعريف عقد الإمتياز في العديد من الأحكام الصادرة عنها، ومنها ما جاء عن **محكمة القضاء الإداري المصري** في حكم لها صادر بتاريخ 25 مارس 1956 قضت فيه أن: « التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الافراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية إما بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح...»¹.

ويُعَدُّ هذا التعريف من أكثر التعريفات التي جاءت جامعة ومانعة في تعريفها لعقد الإمتياز (التزام المرافق العامة) لكونها تطرقت إلى جميع العناصر التي يتعين توافرها في هذا النوع من العقود .

ومن التعريفات الحديثة لعقد التزام المرافق العامة الصادرة عن **القضاء الإداري المصري** كذلك، ما جاء عن المحكمة الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ 1990/02/20 بالقول أن: « إلتزام المرافق العامة هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة، موضوعه إدارة مرفق عام عام

¹ - أشار إليه: عمار بوضياف، عقد الإمتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لإمتياز المرافق المحلية، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، المغرب، يوليو 2014، ص 08 .

لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضا يحصله من المنتفعين»¹.

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي وبعد تصفح بعض الإجتهاادات القضائية الصادرة عنه، وعلى رأسها القرار الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 الفاصل بين شركة الإنارة العمومية ومدينة بوردو **Bordeaux** آنذاك، نجد أنه عرف عقد الإمتياز، على أنه : « ذلك العقد الذي الذي يخول لفرد أو شركة تسيير وإدارة مرفق عام، مقابل جمع الإتاوات عن المستفيدين من خدمات المرفق»².

كما عرّف مجلس الدولة الجزائري عقد الإمتياز التابع لأملك الدولة في قرار صادر عنه بتاريخ 2004/03/09 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 بأنه : « لما كان عقد الإمتياز عقدا إداريا تمنح بموجبه السلطة الإمتياز للمستغل بشكل إستثنائي مؤقت وقابل للرجوع عنه، فإنه لا حق دائما للمستفيد بما في ذلك حق تجديد الامتياز»³.
ومن خلال هذا التعريف، يمكننا أن نستنتج أن مجلس الدولة الجزائري قد اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الإمتياز بما يخوله من سلطات إستثنائية تمارسها جهة الإدارة اتجاه المتعاقد معها (الملتزم)⁴.

ج - التعريف الفقهي

بما أن وظيفة المشرع هي سن النصوص والقواعد القانونية عادة، بينما تنحصر مهمة القضاء في تطبيق هذه الأخيرة على المنازعات المعروضة عليه، فإنه من الطبيعي أن تكون مهمة الفقه أشمل وأعم منهما، فالفقيه لا يتقيد بظاهر النص التشريعي، أو القضائي، بل يقوم

¹- قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا، رقم 397، لسنة 19 ق، جلسة 1990/02/20، أشار إليه : حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 539.

² -C.E.30 Mars 1916, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contra la commune de de Bordeaux.

³- قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 11950، فهرس 11952، بتاريخ 2004/03/09، قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2004، ص 67 وما بعدها.

⁴- عمار بوضياف، عقد الإمتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لإمتياز المرافق المحلية، المرجع السابق، ص 08.

بابتكار حلول لها، وتقديم آرائه وتفسير القواعد التشريعية¹، ونتيجة لذلك عرف الفقه عقد الإمتياز الإداري وعلى رأسهم أندري دي لوبادير **André DE LAUBADERE** على أنه: « اتفاق يكلف فيه شخص عام شخصا آخر باستغلال " مرفق عام" مقابل " مكافأة" تتحدد بناءا على النتائج المالية لاستغلال المرفق ».

« La concession de service public est une convention par la quelle une personne publique dcharge une outre personne de l' exploitation d'un service public moyennant une rémunération de terminée par les résultats financiers de l' exploitation ²».

ويُعرّفه **Vedel** على أنه : « عبارة عن إجراء يقوم بموجبه شخص عام يدعى الهيئة المانحة للإمتياز بمنح شخص طبيعي أو معنوي يدعى صاحب الإمتياز، الحق في تسيير مرفق عام تحت رقابة الهيئة المانحة للإمتيازات مقابل إتاوة، والتي يتحصل عليها صاحب الإمتياز من مستعملي المرفق العام ³».

كما يُعرّفه **علي خطر شطناوي** على أنه: « عبارة عن طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة مختلطة يتعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فردًا طبيعيًا كانَ أو شركة) بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء و تسيير مرفق عام على نفقته الخاصة و على مسؤوليته لقاء تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين و لكن تحت إشراف و رقابة الإدارة المتعاقدة (مانحة الامتياز) ⁴» .

أما **أحمد محيو** فيمضي إلى القول أن : « الإمتياز هو إتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، مثال : استثمار النقل العام، دور السينما، المسارح وباعتباره أسلوبا للتسيير يمكن الإمتياز بتولي شخص يسمى صاحب

¹ - محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، القسم العام، د. ط ، د. ج . ج . ن، الإسكندرية، 1996، ص 205 وما بعدها.

² - André DE LAUBADERE – Frank Modere – Pierre Delvolvé, Traite des contrats administratives,T 01, L.G.D.J , Paris,, 1983 , P 285.

³ -BENNADJI chrerif.La Concession de services publics en algerie.ENA ,1996 - 1997, p.08.

⁴ - علي خطر شطناوي، المرجع السابق، ص 271 .

الإمتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق»¹.

ويعقب البعض على هذا التعريف؛ بأنه أهمل الطابع التعاقدى للإمتياز، كما لم يركز على طبيعة مهام مسير المرفق (الاستغلال، البناء، التجهيز)². وفي تعريف آخر، يمكن القول عنه أنه احتوى على جميع عناصر عقد الإمتياز، عرفت نادبة ضريفي عقد الإمتياز، على أنه : « إمتياز المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يخول شخص من القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية) تسيير واستغلال مرفق بكل مسؤولياته ومايحملة من أرباح وخسائر، يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي، ويتحصل صاحب الإمتياز على المقابل المالي للتسيير والاستغلال من اتاوات المرتفقين، مقابل أداء الخدمة، ويجب أن يكون هذا المقابل مرتبطا باستغلال المرفق ونتاجا عن تشغيله، ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة ... »³.

ومما يمكن إستخلاصه من التعاريف المصّاعة أعلاه، يتضح لنا أن عقد الإمتياز هو عبارة عن عقد إداري تتعهد فيه الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام على حسابه ومسؤوليته لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين . وحتى نكون أمام عقد إمتياز لابد من توافر مجموعة من الخصائص التي تميزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى، والتي يمكننا سردها على النحو التالي:

1/ الإمتياز طريقة من طرق إدارة تسيير المرافق العامة التي تلجأ إليها الدولة إذا ماتبين لها أنها الطريقة الأنسب لإدارة مرافقها .

2/ أن يتضمن الإمتياز مساهمة احد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام .

¹ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة مع ملحق 1986، د . م . ج ،الجزائر، 1986، ص 363 .

² - نادبة ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية - حالة عقود الإمتياز-، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2011 - 2012، ص 124 .

³ - نادبة ضريفي، المرجع نفسه، ص 129 .

- 3/ أن تولي أحد أشخاص القانون الخاص إدارة مرفق عام عن طريق الإمتياز لا يمنع الإدارة من ممارسة مهامها في الإشراف والتوجيه على المرفق.
- 4/ أن يتولى الملتزم إدارة المرفق العام على نفقته الخاصة .
- 5/ أن يدفع المنتفعون من خدمات هذا المرفق مقابلًا نقدياً بما يشكل العائد المادي الذي ينتظره الملتزم لقاء الإستثمار المالي¹.

ثانيا

مضمون سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقد الإمتياز

يُمنح الملتزم حق استغلال مرفقٍ عامٍ لمدة معينة محددة مسبقاً²، ولما كان موضوع عقد الإمتياز ينصب على إدارة وتسيير مرفق عام، فإن ذلك قد أوجب على الإدارة إخضاع الملتزم لقدر كبير من الرقابة³، بما يستهدف ضمان حسن سير المرفق العام المُدارِ عن طريق الإمتياز، وأدائه لخدماته على أكمل وجه، ذلك أنه وإن كان لجهة الإدارة القدرة في أن تعهد للملتزم مهمة إدارة المرفق العام واستغلاله بموجب عقد مبرم بينهما، إلا أن ذلك لا يعني تخليها عن مسؤوليتها في مراقبة تسييره واستغلاله، بل تبقى ضامنة ومسؤولة عنه أمام المنتفعين من خدمات هذا المرفق⁴، لذا فإن تتمتع جهة الإدارة مانحة الإمتياز في هذا النوع

¹ - علي الخطار، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 07 ، العدد 05، الأردن، 1992 ، ص 17 وما بعدها.

² - نعيمة أكلي، عقد الإمتياز في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 199.

³ - وهو ما أبرزه مفوضو الدولة أمام م. د. ف منذ تاريخ مضي، ومن أشهر مذكراتهم ضمن هذا الصدد ما كتبه مفوض الحكومة ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الفرنسي في 11 مارس 1910 في قضية **Compagnies génér, francais des tramways** يقول فيه بعبارات قاطعة وصريحة أن :

« L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public une fois concédé . Il est concédé sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public La concession ... n'équivant pas à un abandon. à un délaissement »

«L'Etat reste garant de l'exécution du service vis – à – vis de l'universalité des citoyens ...»

- قرار مجلس الدولة الصادر في 1910/03/11 ، مشار إليه لدى: وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة - دراسة مقارنة-، ط 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص 341.

⁴ - وعلى ضوء ذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصري أن: « حق السلطة مانحة الإلتزام في مراقبة إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره ومراقبة إدارة الملتزم المالية ... وهي أن الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة إذا ما

من العقود بمجموعة من السلطات وعلى رأسها سلطة الرقابة والإشراف مستمد من ضرورات ومقتضيات دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد¹، والتي لولاها لبقى المرفق العام مشلولاً حركياً، لعدم توفره على الوسائل القانونية الضرورية التي تمكنه من القيام بمهمته في توفير متطلبات حاجيات الجماهير المتزايدة على أتم وجه².

وباعتبار تنفيذ الامتياز إحدى الأشكال التي تتخذها اللامركزية المصلحية فإن الملتزم يخضع للرقابة الوصائية، والتي تعتبر في نفس الوقت حقا للسلطة مانحة الإمتياز في مواجهة الملتزم و واجبا عليها اتجاه المنتفعين من خدمة المرفق العام³، فلا يجوز لها التنازل الجزئي أو الكلي عنها، كما لا يمكن للملتزم الإحتجاج على السلطة المانحة للإمتياز عند ممارستها لسلطة الرقابة باعتبارها حقا ثابتا لها ولو لم تتضمن نصوص العقد ذلك⁴، وحتى ولو احتوى العقد نصوصا تدل عليها ضمن طياته فإنها لا تستمد وجودها منه، ذلك أنه في مثل هذه الحالة يصبح دور النص كاشفا عنها وليس منشئا لها⁵.

Les pouvoirs de contrôle de L'administration concédante trouvent un fondement général dans le rôle de l'administration à l'égard du

= عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة، أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام- لاتعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام- بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته وإستغلاله...»، قرارها في الدعوى رقم 485 و 1367 / 7 ق - (1957/01/27) أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 208.

¹- نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 191.

²- سعاد بن جيلالي، النظام القانوني لعقد الإمتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تسمسليت، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 177.

³- وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي يثيرها عقد البوت BOT وما يماثلها - دراسة مقارنة-، د. ج. ج، الإسكندرية، 2011، ص 278؛ لعماري أمال، بالة زهرة، عقد الإمتياز كطريقة لتسيير المرفق العام، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 01، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2018، ص 136.

⁴- Muhannad AJJOUR, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon -Assas Paris 02, p.460.

- بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل - ، 2009 - 2010، ص 52.

⁵- نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتطبيقاته في النظام الأردني، دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 01، 2013، ص 1055.

fonctionnement du service public .On peut dire que la définition même de la concession du service public implique l'existence de pouvoirs de contrôle¹.

هذا وتقتصر رقابة الإدارة مانحة الإمتياز على التحقق من كفالة سير المرفق العام محل الإلتزام بانتظام وإضطراد، من خلال الإشراف على عمليات إستغلاله - المرفق العام - والإطلاع والمناظرة والتفتيش فقط، دون أن تمتد بذلك إلى توجيه المتعاقد والتدخل في إدارة المرفق العام على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه² - مالم تكن الطريقة التي يعمل بها غير كفيلة بالإدارة الحسنة - على أساس أن حقها في الرقابة تنظيمي³؛ وليس تعاقدية كسائر المصالح العامة⁴، مما ينبغي عنه على جهة الإدارة مانحة الإمتياز أن تراعي دوماً كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق العام محل عقد الإمتياز وضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد⁵.

أما عن النصوص القانونية التي جاءت منظمة لصلاحيات جهة الإدارة أثناء ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه على هذا النوع من العقود، فقد نصت المادة 05 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للماء الشروب ونطاق الخدمة المتعلق به بالجزائر، على أنه : « تراقب السلطة المانحة للإمتياز تسيير وإستغلال الخدمة العمومية

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 123.

² - نعيمة أكلي، عقد الإمتياز في الجزائر، المرجع السابق، ص 200.

³ - إلا أن هناك بعضا من الفقهاء من يرى أنه بالرغم من أن هذه الشروط ذات طبيعة لائحية، إلا أنها ذات مصدر تعاقدية على إعتبار أنها صادفت قبولا من جانب الملتزم، حيث يجب التمييز بين أمرين جوهرين في مثل هذه الحالة :

- الأول يتعلق بمصدر الشروط المتعلقة بسلطة الرقابة، والثاني يتعلق بالطبيعة القانونية لتلك الشروط، فإذا كانت الشروط المتصلة بسلطة الرقابة واردة في صلب وثيقة الإمتياز أو في كراسة الشروط الملحقة بها فإنها تكون ذات مصدر أو منشأ تعاقدية وإن كان هذا لا يمنع من الاعتراف لها في مقام تحديد الطبيعة القانونية بالصفة اللائحية نظرا لاتصالها بسير المرفق العام، للمزيد من التفاصيل، أنظر : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 316؛ محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 207.

⁴ - نصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة لعقود إمتياز الإدارة في فرنسا، على أنه : « ليس لموظفي الرقابة الحق في التدخل بأي حال في إدارة الإستغلال »، إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 253 ؛ علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 373.

⁵ - هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 813.

للتزويد بالماء الشروب بطريقة مباشرة أو بواسطة هيئات مراقبة تعيينها، خلال عمليات المراقبة يتعين على صاحب الإمتياز تقديم المساعدة للسلطة مانحة الإمتياز، أو لأعوان هيئات المراقبة التي ستعينها لتسهيل الدخول لهم إلى المنشآت والهياكل وتوفير جميع المعلومات و/ أو الملفات المطلوبة»¹.

وفي ج. م. ع تولى قانون التزام المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 158 لسنة 1958 بتنظيم سلطة الرقابة على إنشاء وتنفيذ عقود الإلتزام، حيث نصت المادة 07 منه على أنه: « لمانح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لإستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الإلتزام.

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على إقتراح الوزير مانح الإلتزام أو المشرف على الجهة مانحة الإلتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزي للمحاسبات) بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة.

كما يجوز للوزير المختص ان يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمر من أمور الرقابة على إلتزامات المرافق العامة وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي ني طبها رقابتها، ووتقديم تقرير إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الإلتزام، وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ماقد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الإلتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت»².

¹ - المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 08 / 54 المؤرخ في 09 فيفري 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونطاق الخدمة المتعلق به، ج ، ر ، ج ، ج عدد 08 الصادرة بتاريخ 13 فيفري 2008 .

² - مشار إليه لدى: مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، د. ج. ج ، الإسكندرية، 2005 .

ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 158 لسنة 1958 أسباب تعديل المادة السابعة بقولها: « حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام، ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجوداً، طالما وجد المرفق العام ... ».

وقد تضمن المشروع المقترح لتعديل نص المادة 07 من القانون 129 لسنة 1947 والذي سبق وأن أشرنا إليها أعلاه، ما يكفل لجهة الإدارة تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم للحفاظ على سير المرفق العام بشكل منتظم، وبما يسمح لجهة الإدارة المانحة الامتياز حق تعيين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، بخلاف الصورة المتقدمة التي كانت عليها سلطة الرقابة في النص الأول وما اعترافاً من قصور¹.

هذا وتتخذ سلطة الرقابة على تنفيذ عقود الإمتياز ثلاث صور رئيسية، رقابة تقنية (أ) ورقابة مالية (ب) ورقابة إدارية (ج) .

أ - الرقابة التقنية : Le contrôle technique

غالبًا ما يكون دور الإدارة الرقابي في هذه الحالة متمحورًا بشكل رئيسي كما هو ملحوظ حول الطريقة التي يتم تسيير المرفق العام بها، للتأكد من مدى إحترام الملتزم لقواعد سير المرفق العام المنصوص عليها في وثيقة الإلتزام، وضمان أن كل شيء يسير على مايرام، وذلك عبر الإطلاع على مختلف الوثائق والخرائط والرسومات والمستندات الفنية المستعملة في ذلك من كفاءة معدلات الإستغلال ومراقبة الآلات والأجهزة المسخرة لهذا الغرض من قبل مندوبي الإدارة والذين يحق لهم إصدار تعليمات ونواهي وأوامر تنفيذية للملتزم بخصوص هذا الشأن².

إذ أنه عادة ما تنظم دفاتر الشروط الملحقة بعقود الإلتزام سلطة الإدارة في ممارسة هذا النوع من الرقابة وتبين حدودها وأهدافها، ومن ذلك وعلى سبيل المثال لا الحصر، منح

¹ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 421 .

² - جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الإمتياز - دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء -، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 175.

موظفي الإدارة المتعاقدة في عقود الإمتياز الهيدروليكية بفرنسا صلاحيات الدخول إلى مناطق الإستغلال والإطلاع على مختلف الوثائق التقنية والفنية من رسومات وخرائط، والقيام بإجراء الإختبارات والفحوصات اللازمة على منسوب القوى والتأكد من كفاءة معدلات الإستغلال¹ .

ولقد كفل القانون بـ ج ، م ، ع لجهة الإدارة هذا الحق، وذلك بالنص عليه في المادة الخامسة من القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص، والتي نصت على أنه: « تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، متابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة، والتأكد من مستويات الجودة المقررة قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ، وذلك طبقاً للأحكام والشروط المنصوص عليها في العقد وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً...»².

أما في الجزائر فقد نصت المادة 18 من المرسوم التنفيذي 96-308 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، على أنه: « يتم ضمان المراقبة في مرحلة الإستغلال بها فيها المراقبة التقنية للمنشآت الكبرى من طرف السلطات و المصالح المعنية لهذا الغرض من طرف مانح الامتياز بحيث على صاحب الامتياز أن يقدم لهذه السلطات و المصالح، الوثائق و التقارير المحددة بتعليمة من مانح الامتياز»³.

¹ - مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقدين مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 447.

² - أنظر: حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة - في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة - د . م . ج، الإسكندرية، 2013، ص 215 وما بعدها.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1417 الموافق لـ 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتياز الطرف السريعة ج . ر . ج . ج عدد 55 الصادر بتاريخ 12 جمادى الأولى 1417 الموافق لـ 25 سبتمبر 1996.

وكذلك ما جاءت به المادة 109 / 01 من الأمر رقم 12/05 المتعلق بالمياه والتي نصت على أنه: « يجب على صاحب الإمتياز تقديم تقرير سنوي للسلطة المانحة للإمتياز يسمح لها بمراقبة شروط تنفيذ تفويض الخدمة العمومية »¹.
وصفوة القول، أن هذا النوع من أنواع الرقابة ما هو إلا ضمانات تم تخويلها لجهة الإدارة بهدف تمكينها من مراقبة تنفيذ عقد الإمتياز عن كثب، حتى لا يتم الخروج عما هو متفق عليه بالعقد.

ب- الرقابة المالية : Le contrôle financier

يقصد بالرقابة المالية حق الجهة المانحة للإمتياز في فحص ودراسة الحصيلة المالية الخاصة بإستغلال المرفق العام؛ والتي يقوم صاحب الامتياز بإعدادها سنويًا²، فالمتعاقد في نطاق عقود الإمتياز ملزم دومًا بإمسك دفاتر حسابات منظمة وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها والمعمول بها³، وهو ما أكدته المادة 110 من قانون المياه حينما نصت على أنه : « يتعين على المفوض له أن يضع تحت تصرف صاحب الإمتياز كل الوثائق التقنية والمالية والمحاسبية الضرورية لتقييم تفويض الخدمة العمومية »⁴.
فضلاً عن ذلك يحق لجهة الإدارة مانحة الإمتياز الإضطلاع على كافة تفاصيل النفقات وتطورها بالمقارنة مع السنة الماضية⁵.

ولضمان ممارسة هذا النوع من الرقابة على أحسن وجه، أوجب القانون على الملتزم أن يقدم إلى مندوبي أعوان الإدارة المكلفين بالرقابة كل ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات

¹ - القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 . يتعلق بالمياه، ج ، ر ، ج ، ج ، عدد 60 صادر بتاريخ 30 رجب 1426 الموافق لـ 04 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 ج ، ر . ج . ج ، عدد 04 ، الصادرة بتاريخ 19 محرم 1429 الموافق لـ 27 جانفي 2008 والقانون 02/09 المؤرخ في 09 جويلية 2009 ، ج ، ر ، ج ، ج عدد 44 الصادرة بتاريخ 04 شعبان 1430 الموافق لـ 26 جويلية 2009 .
² - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 100.

³ -Muhannad AJJOUR, OP.CIT.p.458.

- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 200.

⁴ - الأمر رقم 12/05 المتعلق بالمياه المشار إليه سابقا.

⁵ - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز ...، المرجع السابق، ص 100.

وإحصاءات تسهيلات لهذه العملية، دون الإخلال بحق مانح الإلتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق متى طلب منه ذلك¹.

هذا ولقد أقرّ القضاء الإداري الفرنسي، حق الإدارة في مباشرة الرقابة المالية قبل الملتزم، وما تمثله من ضمانات أساسية وفعالة في حماية المال العام وصيانتها، في حكمه الصادر بتاريخ 1930/07/18 في قضية شركات السكك الحديدية P.L.M. ولقد تضمن تقرير مفوض الحكومة (جوس) الصادر آنذاك بشأن هاته القضية، أن الرقابة المالية تنقسم إلى نوعين :

1- رقابة لاحقة: تتضمن تسوية الحسابات بقرار صادر من الوزير المختص؛ عبر تخويل الإدارة حق الاطلاع على المستندات التي ترى ضرورة الإطلاع عليها، مع الإحتفاظ بقبول أو رفض المصروفات المفتعلة أو التخفيضات الواردة على المداخل .

2- رقابة سابقة: تنصب على الميزانيات التي يقدمها الملتزم وكذلك على العقود التي يبرمها مع الغير وكذا تنبيه الملتزم إلى الأعمال التي قد تضر بالمصالح المالية للدولة، فضلا عن القيام بإجراء الفحوصات اللازمة للتأكد من معدلات الإنتاج وكفاءة الاستغلال ومدى مطابقتها للشروط المتفق عليها في العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة به².

وبذلك، تبقى الغاية من الرقابة المالية إكتشاف الأرباح الضخمة التي قد يجنيها الملتزم بطريقة غير قانونية أثناء إدارته للمرفق، ويتعين على جهة الإدارة مانحة الإلتزام في مثل هاته الحالة إستدعاء الملتزم للتفاوض بشأن التسعيرة التي ينقاضها عن المنتفعين وتخفيضها إلى الحد المعقول الذي يتماشى مع مبادئ العدالة والأخلاق الفاضلة، حتى لا يصبح هذا

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 245، مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 390، حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 632.

- Muhannad AJJOUR, OP.cit.p.458.

-ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public à la lumière présidentiel du 16 septembre 2015, RARJ, n 01,2016, p.26 et suite.

²- C.E. 18-07-1930 SOCIETE, P.L.M. R. D.P.1931, P.173 concl Joss.

- مشار إليه لدى: جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة و تطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المكتبة العربية الحديثة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 386 وما بعدها.

النوع من العقود مغنما لتحقيق الأرباح على حساب المواطنين البسطاء¹، بما يمكننا القول عنه أن هذا النوع من الرقابة يشكل ضمانا لجهة الإدارة وللمنتفعين من خدمات المرفق العمومي محل عقد الإمتياز على حد سواء .

ج - الرقابة الإدارية:

يرتبط العديد من فقهاء القانون الإداري وجود إمتياز المرفق العام بوجود سلطة الرقابة الإدارية²، وذلك بتعريفهم للإمتياز من خلال وجود سلطة الرقابة التي تمارسها جهة الإدارة على المتعاقد، وهو ما عبر عنه³ A.De LAUBADERE بقوله :

« On peut dire que la définition même de la concession du service public implique l'existence de pouvoir de contrôle du concédent »

ويتم هذا النوع من الرقابة عبر الإشراف عن طريق مندوبي الإدارة مانحة الإمتياز على تسيير المرفق العام للتأكد من كفاءته ومدى فعاليته في تقديم الخدمات التي يستهدفها⁴، والتأكد من مدى انسجام ما يحدث على أرض الواقع مع ما هو وارد في القوانين واللوائح الساري العمل بها⁵، وكذا المشاركة في إصدار القرارات الداخلية، ويكون ذلك عبر طريقتين : إما من خلال تعيين مندوبين عنها لحضور اجتماعات مجلس الإدارة، مع إعطاءهم الحق في التصويت والاعتراض على الموضوعات المطروحة والمتعلقة بإدارة المرفق، أو عن طريق تعيين مدير للمنشأة أو بعض أفراد وأعضاء مجلس الإدارة⁶.

¹ - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 205.

² - بخصوص الرقابة الإدارية، فقد خول مجلس المنافسة لجهة الإدارة سلطة التأكد من سلامة إستعمال المرافق العمومية للوسائل والأموال الموضوعة تحت سلطتها والمرصودة لتحقيق الأهداف المسطرة لها، ويغلب الطابع الإقتصادي أو المحاسبي على رقابة المجلس في هذه الخطوة، إذ تنصب على تقييم نوعية تسيير أموال هذه المرافق ومدى فاعليتها عن طريق إجراء مقارنة بين تناسب النتائج المحققة مع الأساليب المعتمدة في التسيير، لمزيد من التفاصيل أنظر : بوقطة فاطمة الزهراء، رقابة الدولة على تسيير أموال المرافق العمومية، الملتقى الوطني حول : أثر التحولات الإقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جيجل، 2011، ص 208.

³ - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 342.

⁴ - هاني علي الطهراوي، القانون الإداري ، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 286.

⁵ - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 217.

⁶ - جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 175.

ويشكل هذا النوع من الرقابة إحدى خصائص تقنية التفويض التي تستعملها الإدارة أثناء تعاملاتها في هذا النوع من العقود، فالإدارة وبالرغم من تفويضها إدارة وإستثمار المرفق العام، تبقى هي القيمة وصاحبة الكلمة الأخيرة في تنظيم وتسيير المرفق وكيفية إستمراره¹.
ومما يجدر بنا الإشارة إليه، هو أن حق مراقبة الملتزم سواء كان فردًا أو شركة لا يمكن أن ينحصر على مجرد ما هو منصوص عليه صراحة في العقد، وإنما يتعداه بذلك تطبيقا للمبادئ القانونية العامة التي تخول لجهة الإدارة حق الإشراف والرقابة على سير المرفق العام²، وهو ما أولاه المشرع أهمية بالغة بهدف تجنب الآثار السلبية التي قد تتجم عنه والتي قد تهدد السير الحسن للمرفق كالإختلاس والإفلاس³.

ويُعد هذا النوع من الرقابة؛ ضمانا أخرى تضاف إلى ماسبق من ضمانات تم تخويلها لجهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطة الرقابة على الملتزم أثناء تسييره للمرفق العام المدار عن طريق الإمتياز.

الفرع الثالث

سلطة الرقابة على عقود التوريد والخدمات

قبل البدء في تحديد المظاهر التي يمكن أن تتخذها سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد والخدمات⁴ وتبيان أوجه الضمان فيها، نرى أنه من الأجدر بنا تعريف هذا النوع من العقود (أولا) ومن ثمة التطرق للمظاهر والصور التي تتخذها سلطة الرقابة فيه (ثانيا).

¹ -Muhannad AJJOUR, OP.Cit, p.460 et suite.

- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 340 وما بعدها.

² - هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 287.

³ - زيتوني بارة، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائري، الدفعة السابعة عشر، 2006- 2009، ص 45.

⁴ - لقد أصبح يطلق على هذا النوع من العقود بهذا الإسم حديثا فقط ، بعد أن كان يطلق عليها عقود التوريد والنقل، كون أن عقود الخدمات كانت تدخل ضمن إصطلاح عقود التوريد، في حين كان عقد النقل مستقلا بذاته، بجوار عقود التوريد، إلى أن تم إدراج هذا الأخير ضمن إصطلاح الخدمات، ليصبح التعبير السائد الآن هو: عقود التوريد والخدمات، للمزيد من التفاصيل راجع : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص329.

أولاً: تعريف عقد التوريد الإداري

سنتطرق ضمن هذا البند إلى كل من التعريف التشريعي لعقد التوريد الإداري (أ) والتعريف القضائي (ب) والتعريف الفقهي (ج) .

أ - التعريف التشريعي

الأصل أن المشرع عادة مايعزف عن إعطاء تعاريف تاركاً مهمة ذلك للفقهاء والقضاء، إلا أننا نجد بعضاً من التشريعات¹ من تناولت تعريف عقد التوريد الإداري في العديد من النصوص القانونية الصادرة عنها، حيث عرّف المشرع الفرنسي في قانون الصفقات رقم 2007 / 2016 الصادر بتاريخ 2016/01/12 عقود التوريد العامة بأنها : « تلك العقود التي تبرم مع الموردين بحيث يكون محل تلك العقود الشراء، أو التأجير التمويلي، أو الإيجار، أو الإيجار البيعي للمنتجات، أو - المعدات - »².

كما قام المشرع الجزائري بتعريفه -وذلك على غرار عقد الأشغال العامة- من خلال إبراز الأهداف المتوخاة من وراء عملية إبرامه هو الآخر، في نص المادة 29 الفقرة 06 بالقول أنه : « تهدف الصفقة العمومية للوالم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد »³ .

كما نجد من بين التشريعات الأخرى والتي تولت مهمة إعطاء تعريف لعقد التوريد الإداري، ماجاء عن المشرع التونسي كذلك حينما عرفه، بالقول عنه: « صفقة عمومية

¹ - باستثناء المشرع المصري، والذي لم يعط تعريفاً واضحاً لعقد التوريد الإداري تاركاً مهمة ذلك للفقهاء والقضاء، كما أشرنا إليه أعلاه.

²-Art 01 / 03/ 02 : « Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat , la prise en crédit-bail , la location ou la location – vente de produits ou matériels», Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marchés publics www.legifrance FR derniere modification du texte le 02/01/2016.

³ - المادة 29 / 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المشار إليه سابقاً .

للتزود بمواد: صفقة تبرم مع مزود أو مجموعة من المزودين يكون موضوعها اقتناء مواد أو معدات أو تجهيزات متنوعة وكذلك الخدمات المتصلة بها¹.

ب - التعريف القضائي

بالنسبة للقضاء، عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 02 ديسمبر 1952 عقد التوريد بأنه: «إتفاق 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»².

ولعل أهم ما يميّز هذا التعريف هو إظهاره للعناصر التي يقوم عليها عقد التوريد، كما ميز بين عقد التوريد والإستيلاء على المنقولات والذي يتم دون مقابل³. فهذا النوع من العقود لا يمكن أن يردّ إلا على منقول، ومثال ذلك: توريد مستلزمات مكتبية لإحدى المدارس، أو مواد غذائية لإحدى الإقامات الجامعية ... ، و هو ما يمكن أن يميزه عن عقد الأشغال العامة والذي لا يمكن أن ينصب إلا على عقار، كما تم الإشارة إليه سابقاً.

ج - التعريف الفقهي

اتجه غالبية الفقه الإداري في تعريفهم لعقد التوريد الإداري في بادئ الأمر إلى تبني التعريف القضائي، معتبرين أن عقد التوريد الإداري عبارة عن اتفاق بين جهة إدارية عامة ومنشأة خاصة، على توريد أصناف/ سلع أو مواد/ محدودة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء أثمان معينة تدفع على شكل أقساط⁴.

وسرعان ما تدارك جانب من الفقه العديد من العيوب التي لحقت بالتعريف القضائي، منها عدم توضيح القضاء في تعريفه لعقد التوريد ما إذا كان العقد المراد تعريفه عقد توريد

¹ - الفصل 11/02 من الأمر عدد 1039 المؤرخ في 20 / 03 / 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الصادر بتاريخ 18/03/2014، ص 629.

² - محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، د. ط، دار الكتب المصرية، الإسكندرية، 2002، ص 289.

³ - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 32.

⁴ - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية - عقود التوريد وعقود الأشغال العامة - ، ط 01، دار المكتبي، دمشق، 1999، ص 29.

خاص أم عقد توريد إداري، إذ من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن عقد التوريد ليس عقداً إدارياً في ذاته إلا إذا توافرت فيه شروط وأركان العقد الإداري، وليس في طبيعته ما يجعله عقداً إدارياً، فإذا كان عقد توريد خاص فقد عرفه بأنه اتفاق بين الإدارة وفرد أو شركة على منقول لازم لقاء ثمن معلوم، في حين أن عقد التوريد الإداري عبارة عن اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام بما له من سلطة وبين شخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين على أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو كان دور المتعاقد معها فيه هو القيام بتنفيذ مرفق عام¹.

ونميل إلى هذا التعريف، على إعتبار أنه قام بتوضيح ماهية هذا العقد بصورة أكثر تفصيلاً عما جاء في التعريف القضائي، كما أنه أشار إلى نقطة هامة وحساسة بما يتلائم مع موضوع دراستنا، ألا وهي تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وما يمكن أن توفره هذه الأخيرة - الشروط الإستثنائية - من ضمانات لجهة الإدارة أثناء إبرامها وتنفيذها لهذا النوع من العقود في مواجهة المورد.

وعلى ضوء ذلك، يمكننا إعطاء تعريف لعقد التوريد الإداري بالقول أنه : ذلك العقد الذي تبرمه جهة إدارية عامة مع أحد أشخاص القانون الخاص بغية تقديم خدمة معينة كتقديم بعض الخدمات المنقولة أو التجهيزات، خلال مدة زمنية معينة، ومقابل ثمن معلوم، على أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير معهودة في العقود المدنية، بما يمكن أن يكفل لجهة الإدارة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ثانياً

مضمون سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقود التوريد الإدارية

مما هو مسلم به لدى فقهاء القانون الإداري أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ هذا النوع من العقود مظهرًا آخر و أقل شدة من العقود الأخرى، كون أنه يقوم على

¹ - لمزيد من التفاصيل راجع : هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها .

أساس حرية المتعاقد في تحديد واختيار الطرق في تنفيذ العقد¹، كما أنها تكون متفاوتة من نوع لآخر كما سيتم تبيينه.

وتتخذ عقود التوريد في نظر م، د، ف صورتين مختلفتين، فالعقود التي يتم التوريد فيها مرة واحدة تسمى هنا " **Marchés de Levraison** " ، في حين تسمى عقود التوريد التي يتم التوريد فيها على دفعات متعددة " **Marchés de fournitures multiples successives** " ويصنف النوع الأول ضمن خانة عقود القانون الخاص، في حين يتم تصنيف النوع الثاني إما ضمن نطاق عقود القانون الخاص أو عقود القانون العام. ومايعاب على هذا التصنيف هو قابلية أن يكون النوع الأول عقداً إدارياً هو الآخر إذا ماتضمن شروطاً إستثنائية².

كما أنه ومن جانب، آخر وقبل الغوص في المظاهر التي يمكن أن تتخذها سلطة الرقابة على تنفيذ عقد التوريد الإداري، وجب منا الإشارة إلى أن الفقه الحديث يميز أيضا ضمن هذا النطاق بين نوعين من عقود التوريد الإدارية هما : عقود التوريد العادية **les marches ordinaires de fourniture** وعقود التوريد الصناعية **les marches industriels ou de fabrication** كما يميز بين المظاهر التي تتخذها سلطة الإدارة في الرقابة عليهما في كلتا الحالتين³، ولقد تم الأخذ بهذا التقسيم ابتداءً من سنة 1958 بعد أن تم إصدار قرارين في فرنسا إحتوتهما دفاتر الشروط الإدارية العامة، أحدهما خاص

1- Dans les marchés fournitures, les pouvoirs de surveillance , de contrôle et de direction de l'administration sont beaucoup moins importantes que dans les marchés de travaux publics .Alors qu'en ce qui concède ces derniers , l'idée direction et que l'administration reste le maitre de l'ouvrage , dans les marchés de fournitures ,l'idée dominante est que le fournisseur garde l'initiative et le choix des Mony d'exécution , Mohamed KOBTAN , Le régime juridique des contrats du secteur public, OPU , Alger ,1984,p.57 et suite.

² - للمزيد من التفاصيل، أنظر : مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 - 2008 ، ص 46.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 471.

بتنظيم عقود التوريد العادية، فيما يختص الثاني بتنظيم عقود التوريد الصناعية الخاصة بمصلحة الدفاع الوطني¹، نتطرق إليهما بالتفصيل على النحو الآتي:

أ- عقود التوريد العادية

تقتصر مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على عقود التوريد العادية على معناها الضيق "الإشراف" فقط، إذ يرى غالبية الفقهاء أن الرقابة بمعناها الواسع - التوجيه - هو أمر محجوب على جهة الإدارة في مثل هذا النوع من العقود نهائياً لضعف صلته بنشاط المرفق العام²، كما أن الأصل في مثل هذا النوع من العقود أن المورد يستقل بطريقة التنفيذ ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد، ومن ثم يكون للمورد الحق في اختيار طريقة الحصول على المواد المطلوب توريدها³، لتقتصر مهمة الإدارة في مثل هاته الحالة على تزويد المورد ببعض المواد التي يمكن من خلالها تسهيل عملية سير المرفق بشكل منتظم، كما ينحصر دور الإدارة في الإشراف على التنفيذ بشكل واضح فيما يتعلق بفحص البضائع تمهيدا لإستلامها نهائياً **réception** كون أن المتعاقد ملزم في هذه الحالة بأن يضعها تحت تصرف الإدارة، و من حق مندوب الإدارة رفض استلامها في حالة ما لم تنطبق عليها الشروط و المواصفات المتفق عليها في العقد مسبقاً⁴.

ومما هو جدير بالذكر أيضا، ونحن ضمن هذا المقام، أنه في حال ما رفضت الإدارة مواد وكانت مدرجة بالعقد أو دفتر الشروط، فإنه يحق للمورد حينئذ التعويض، حتى تكون هناك موازنة بين حقوق الإدارة و المتعاقد⁵.

ولقد ورد في دفتر الشروط العامة لعقود التوريد العادية المتعلقة بوزارة الحربية الفرنسية، أنه للإدارة الحق في أن تحتفظ لنفسها بموجب دفتر الشروط بالحق في الإشراف الدائم على المتعاقد في فترة تنفيذ العقد، حيث يخضع هذا الأخير لرقابتها، وهو بصدد استخدامه لعمال أو معاونين في التنفيذ، كما أنه يلتزم بايضاح وتبرير المصادر التي

1- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 330.

2- هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 814.

3- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 429.

4- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 12.

5- نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 355.

يتحصل منها على بضائعه، كما يلتزم بأن يمكن الإدارة من إعمال كافة الاختبارات اللازمة على المواد التي يقوم بتوريدها، وذلك بهدف التأكد من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه¹. كما تولى **المشروع المصري** كذلك²، تنظيم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد التوريد الإداري بشكل واضح، وذلك في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات للقانون رقم **89 لسنة 1998**، حيث نصت المادة **90** على أن: « يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، ويتسلم أمين مخزن الإستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه ويعطى عنه إيصالاً مؤقتاً مختوماً بخاتم الجهة الإدارية موضحاً به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين إخطار المورد بميعاد إجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والإستلام النهائي، ويجب أن يتم ذلك الإخطار في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالي لصدور الإيصال المؤقت وعلى أمين مخزن الإستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة إخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لإتخاذ اللازم»³.

كما نصت المادة **92** منه على أنه: « إذ رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض و بوجوب سحب الأصناف المرفوضة و توريد به لا عنها وجب أن يتم ذلك الأخطار في صدور قرار اللجنة في ذات اليوم التالي على الأكثر»⁴.

و خلاصةً لذلك، يمكننا القول أن إعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية ينحصر في الإشراف لا غير بمناسبة ما يستخدمه المورد من عمال أو

¹ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 429.

² - بخلاف **المشروع الجزائري** الذي أغفل تنظيم هذا النوع من العقود، إذ تلتزم الإدارة المتعاقدة باتباع القواعد العامة المتعارف عليها في هذه الحالة، والتي تقوم على عملية المعاينة والفحص للمواد التي يتم توريدها من قبل المتعاقد معها (المورد) تمهيدا لعملية الاستلام النهائي.

³ - المادة 90 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات للقانون رقم 89 لسنة 1998، المشار إليها سابقا .

⁴ - المادة 92 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات للقانون رقم 89 لسنة 1998، المشار إليها سابقا .

معاونين له في التنفيذ والمصادر التي يتحصل منها على البضائع الموردة والتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات المطلوبة والتي تم تحديدها مسبقاً بالعقد¹، مع اشتراط تقديم بلد المنشأ أو المصنع للتأكد من سلامة الأصناف الموردة²، دون أن يمتد ذلك إلى حد توجيه المتعاقد معها.

ب- عقود التوريد الصناعية

وهي العقود التي يكون موضوعها عادة عبارة عن تسليم منقولات يصنعها المورد و منها ما يكون خاصاً و منها ما يكون إدارياً³، ويتميز هذا النوع من العقود بميزة أساسية تميزه عن النوع الأول وهي أن الإدارة لا تتفق على مجرد توريد الأصناف محل التعاقد فقط؛ بل تتضمن وجوب قيام المورد بنفسه وبإمكانياته بتصنيع البضائع المتفق على توريدها وفقاً للمواصفات المطلوبة - وهو ما ساهم إلى حد كبير في إبراز أهمية سلطة الرقابة على هذا النوع من عقود التوريد- ويحدث ذلك عندما تحتاج جهة الإدارة إلى أجهزة متطورة وعصرية معقدة كالرادارات الحربية وأجهزة التنصت أو الطائرات وما شابهها، ليكون للإدارة في مثل هذه الحالة سلطات أوسع في الرقابة وأشد صرامةً ممّا هي عليه في عقود التوريد العادية نظراً إلى الطابع الفني الخاص الذي يمتاز به هذا النوع من عقود التوريد⁴.

كما ينبغي علينا، أن لا نغفل عن الإشارة إلى أن هذا النوع من عقود التوريد يشمل

نوعين من العقود هو الآخر أيضاً هما : عقود التصنيع **Marchés de fabrication**

¹ - محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 233.

² - خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة بين القانونين الأردني و الكويتي -، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 24 .

³ - أحمد دياب شويح، عقد التوريد و المقابلة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، المؤتمر العلمي الدولي الثاني الإسلامي حول التحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص 05 .

- نشير هنا، إلى أن فكرة عقود التوريد الصناعية لم تخضع لتعريف محدد متفق عليه، وذلك بالنظر إلى مرونة معيار تحديد هذا النوع من العقود إذا أنه عادة ما يترك للإدارة الحرية الواسعة في التصرف، ومن جملة التعريفات التي جاءت بشأنه ماجاء عن الفقيه **André Homont** بقوله: "عقد التوريد الصناعي هو عقد التصنيع والتوريد الذي بسبب تقنيته الخاصة، يستدعي رقابة دائمة من الإدارة على التصنيع ذاته"، للمزيد من التفاصيل، أنظر: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 139 .

⁴ - علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 12 .

وعقود التحويل **Marches de conversion ou de transformation** ¹ على أن الفرق بينهما يكمن في أن الإدارة ملزمة بتقديم المادة الأولية للتصنيع إلى المورد في عقود التحويل، في حين أنها ليست ملزمة بذلك في عقود التصنيع ².

وتأخذ الرقابة على عقود التوريد الصناعية جميع الصور بما فيها الرقابة الفنية والمالية والإدارية، وفي كافة الفروض يقع على عاتق جهة الإدارة الإلتزام بمباشرة مثل هذه الصلاحية بصورة شرعية، وإلا فلا مهرب من أن تتعدّد مسؤوليتها العقدية³، وهو ما سيتم شرحه عبر الآتي:

- **الرقابة الفنية** : وتنحصر سلطة الإدارة في هذا النوع من الرقابة في مراقبة عمليات التصنيع والإشراف الفني على المواد المستعملة، بهدف التأكد من سلامتها وأمنها ومدى مطابقتها للمعايير والمواصفات المتعارف عليها، وهو ما حرصت **دفاتر الشروط العامة** في فرنسا المتعلقة بتوريدات الحرب على تضمينه، بالنص في المادة **16** منها على حق الإدارة في مراقبة كافة تفاصيل تصنيع الموارد أو الأشياء أو تصنيع المعدات الحربية من خلال من ينتدبهم الوزير المختص لهذا الغرض ويكون لهم الحق في دخول مصانع المورد صباحاً أو ليلاً للقيام بكافة المراجعات و الاختبارات التي يرونها لازمة، كما يحق لهم أخذ عينات أو أشياء مصنوعة في أي وقت كان وفي الوضع الذي تكون عليه هذه الأشياء مالم يتعلق الأمر بمنتجات مسجلة باسم المورد، ويلتزم المورد في كافة الاحوال بتقديم جميع المعلومات التي يطلبها منه رجال الإدارة بخصوص تنفيذ العقد⁴.

¹ - وجب منا الإشارة هنا إلى أن الرقابة على عقود التحويل تختلف عنها في عقود التصنيع أيضاً، وذلك لأن الإدارة ملزمة في النوع الأول - أي عقود التحويل - بتسليم المورد مواد أولية لتحويلها إلى مادة أخرى، لذا فإنه وخشية من قيام المورد باختلاس المواد الأولية، فإنها تلجأ إلى أسلوب الكفالة، وذلك بإلزام المورد بدفع كفالة تساوي قيمة الحد الأقصى لكمية المواد المسلمة إليه، وفي حال ماتم فسخ العقد يبقى المورد ملزماً برد هذه المواد أو دفع قيمتها المحسوبة على أساس الأسعار الواردة في السوق، كما تحرص جهة الإدارة على النص في عقود التحويل على عدم جواز رهن المواد المشار إليها أو التنازل عنها لأغراض أخرى ليس لها أي صلة بتنفيذ العقد؛ مأل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات التعاقد مع الإدارة ...، المرجع السابق، ص 451 وما بعدها.

² - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 332 .

³ - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 819 .

⁴ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 429 .

كما نصت المادة 475 من نفس القانون على أنه: «تمارس الإدارة هذه الرقابة بالدخول إلى ورش ومواقع المورد بمعرفة ضباط وموظفين مهمتهم التأكد من النوعية الجيدة للمواد المستخدمة والعناية بالتصنيع...»¹.

- **الرقابة المالية** : وهي شأنها شأن الرقابة المالية التي تمارسها الإدارة في عقود الإمتياز، وتكون باضطلاع مندوبي الإدارة المكلفين بذلك على كافة الوثائق والدفاتر المحاسبية والفواتير التي يستعملها المورد وهو بصدد قيامه بعملية التوريد، وكذا معرفة الجهات التي يتعامل معها.

- **الرقابة الإدارية** : وتتمثل في الإشراف على المتعاقد وهو بصدد استخدامه لعمال ومعاونين له في المصنع، وكذا مراقبة سير ظروف العمل داخله وفق ما تم الإتفاق عليه في العقد².

و مما هو جدير بالذكر، أنه مهما كانت الصلة التي تربط عقد التوريد بالمرفق العام والتي تتمثل في المساهمة في تسييره، ومهما كان سعي الإدارة في حالة التعاقد مع المورد لتحقيق الصالح العام، إلا أنه ليس بإمكانها الإعتماد عليه؛ كونه غالباً ما يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة لا غير، وهو الأمر الذي جعل المشرع يحرص على إيجاد وتوفير الضمانات الضرورية واللازمة لتقادي وقوع ذلك؛ بتحويل الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه، حتى تكون أكثر اطمئناناً لضمان حسن التنفيذ .

وخاصةً، يمكننا أن نجزم القول، بأن المشرع قد خول لجهة الإدارة الحق في مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه، ورسم لها الحدود التي تقف عندها، والمظاهر التي يمكن أن تتخذها في مختلف العقود الإدارية وإن كانت تختلف من عقد لآخر، غير أن تمتع الإدارة بحق الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد لا يمنعها من اكتساب حقوق وسلطات أخرى كضمانات خولها لها المشرع لتسهر على تنفيذ عقودها، وتمكينها من مواجهة المتعاقد معها والظروف المستجدة التي قد تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، و ذلك ما يعرف بسلطة التعديل.

¹- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 141.

²- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 431.

الفصل الثاني

سلطة التعديل الإداري كضمانة على مواجهة ومجابهة التغيرات التي تطرأ على

العقد الإداري أثناء التنفيذ

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، و تمتاز هذه الأخيرة - المرافق العامة- بعدد من المبادئ التي تضمن عملية سيرها بانتظام واضطراد، قصد مواكبة التطورات الحاصلة فيها وبأنواعها المختلفة بما يمكن أن يخدم الصالح العام ويلبي حاجيات الجماهير المتزايدة¹، وهو الأمر الذي ينبغي عنه أن يراعى فيها دوماً وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد خاصة، وترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، باعتبار أن أحدهما وهو المتعاقد مع الإدارة يسعى دوماً إلى تحقيق مصلحته الخاصة بخلاف الإدارة والتي تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة.

فالإدارة وعلى غرار سلطة الرقابة بما لها من مركز أسمى منحه لها المشرع من حقها تعديل شروط العقد أثناء التنفيذ بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد معها، ودون حاجة لأخذ موافقتها، والذي لا يتعين عليه إلا قبولها وتنفيذها إحتراماً لاحتياجات المرفق التي تستدعي إجراء مثل هذه التعديلات مسايرة لمتطلباته والتطورات الحاصلة فيه²، ذلك أن الإدارة قد ترى في بعض الأحيان أن مبدأ ثبات العقد والالتزام بنصوصه المتفق عليها لحظة إبرامه، لم تعد تتفق مع ما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة التي هي في تغير مستمر مع مرور الوقت وتغير الظروف، لذا فإنه يبقى من شأنها بل من واجبها التدخل في مثل هذه

¹-محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004 (دراسة تحليلية لأراء الفقهاء وأحكام وفتاوى مجلس الدولة) الكتاب الثاني - تنفيذ العقد الإداري - ج 02، د . ط ، دار المجد للطباعة د . ب . ن . ص 103، محمد أنس جعفر، المرجع السابق، ص 219.

²- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري - تنظيم القانون الإداري والإدارة المحلية / التنظيم القانوني للوظيفة العامة / نظرية العمل الإداري -، ج 02، د . ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 760. وأنظر كذلك:

-Michel ROUSSET et Olivier ROUSSET, Droit administratif, 2^{ème} édition, Presses Universitaires de Grenoble, S.L.2004 .p187.

الحالة لتعديل نصوص العقد، بما يكفل حسن تنفيذ العقد ويضمن حسن سير المرفق العام موضوعه بانتظام واضطراد¹.

وللتعرض لماهية هذه السلطة كأحدى الضمانات القانونية المخولة لصالح الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري، لا بد من التطرق إلى مفهومها أولاً وذلك بإستعراض جميع الآراء الفقهية التي قيلت بهذا الشأن ودور كل من القضاء والتشريع في تكريس هذه السلطة وتبيين الأساس القانوني الذي تقوم عليه (المبحث الأول) ومن ثمة التطرق إلى أهم القواعد الناظمة التي تحكمها وتضبط استخدامها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

خلافًا للوضع المعمول به في القانون الخاص والذي تسري أحكامه في مجال العقود كما أشرنا إليه آنفاً؛ على أن: "العقد شريعة المتعاقدين" فإن هذه القاعدة يتعذر إعمالها في مجال عقود القانون العام، إذ يمكن للإدارة وبإرادتها المنفردة أن تقوم بتعديل شروط العقد الإداري أثناء مرحلة تنفيذه، ودونما حاجة للنص على ذلك في العقد، وحتى ولو انطوى العقد على نص يحظره يبقى حق الإدارة في ممارسة هذا الحق قائماً وذلك متى إقتضت المصلحة العامة هذا التعديل².

هذا وتعتبر سلطة التعديل إحدى أهم الميزات التي تستأثر بها الإدارة كطرف في العقد الإداري، وإحدى أبرز الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص وأخطرها ولو وردت على عقد منها لأبطلته³، كما تعد إحدى أهم الضمانات التي تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، لاسيما أنه من القواعد الضابطة للمرافق العامة هو قابليتها للتعديل والتغيير؛ وهو ما لا يقبل أن تقف الإدارة مكتوفة الأيدي بعجزها عن تنفيذ واجباتها نحو تعديل نظام

¹ مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 432 .

² نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2001-2004، ص 21.

³ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط 02، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، 1998، ص 140 .

سير المرفق العام لمجرد أن التعاقد معها فرض عليها بمقتضى العقد أن تقف جامدة أمام الحاجة إلى التغيير¹.

ويقصد بسلطة التعديل حق الإدارة في تغيير التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها، كما لها أن تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة والنقص، على خلاف ما ينص عليه العقد، كلما اقتضت حاجة المرفق العام ذلك، ودون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص². وعلى ضوء ذلك، وللتعرف على المفهوم القانوني لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري بصورة أكثر تفصيلاً وجب علينا التطرق إلى مدى وجود هذه السلطة ومالاقته من ردود أفعال سواء من طرف الفقه أو القضاء (المطلب الأول) والأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

موقف كل من الفقه و القضاء والتشريع من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادى للعقد

الإدارى

لم تكن فكرة العقد الإدارى فى بادئ الأمر قد تبلورت بالقدر الكافى كما هى عليه اليوم، حيث كان ينظر لجهة الإدارة أنها مقيدة فى تصرفاتها وأعمالها، وبالتالى ليس باستطاعتها تعديل العقود التى تبرمها بإرادتها المنفردة إلا إذا وجد نص صريح فى العقد يجيز لها ذلك تماشياً مع القوة الإلزامية للعقد المعمول بها فى نطاق القانون الخاص، غير أنه وبمطلع شمس القرن العشرين تغيرت هاتى النظرة وأصبح ينظر لجهة الإدارة على أنها سلطة ضبط إدارى تستطيع إدخال ماتشاء من إجراءات، ولو أسفر ذلك عن تعديل العقد³.

¹ - جوادى نبيل، دفاثر الشروط فى القانون الإدارى الجزائرى، دراسة متعلقة بعقود الإدارة العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 156.

² - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثانى، المرجع السابق، ص 103؛ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإدارى (تنظيم الإدارة - نشاط الإدارة

- وسائل الإدارة)، د، ج، ج، للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2013، ص 545.

³ - حمد محمد حمد الشلمانى، المرجع السابق، ص 145.

وهو الأمر الذي قد شهد خلافا وإحتداما فقهيًا واسعًا بل وحتى قضائيا حول ما إذا كان باستطاعة الإدارة أن تعدل العقد انفراديا في حال لم تتضمن نصوصه ما يشير إلى ذلك، أم لا؟

ولاستعراض أهم الآراء الفقهية التي جاءت بين مؤيدة ومقيدة ومعارضة (الفرع الأول) وكذا أهم الأحكام القضائية (الفرع الثاني) والتكريسات التشريعية (الفرع الثالث) التي قيلت بهذا الشأن، لا بد لنا من الوقوف عليها كلا على حدى على النحو التالي :

الفرع الأول

موقف الفقه من سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

تعتبر سلطة التعديل الإنفرادي من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة والتي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، ونظرا لكون أن جهة الإدارة تستهدف من وراء تنفيذ عقودها تحقيق الصالح العام وتلبية حاجيات المرفق بما يكفل سيره بانتظام وإضطراد، فإن لها الحق في تغيير التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها بما يتماشى مع مصلحة المرفق، ولا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذا ما وجد نص صريح يبيح لها ذلك، لأن المتعاقد قد أقر بذلك مسبقا، إلا أن الأمر يدق إذا لم يرد بالعقد نص يخول للإدارة هذا الحق¹، فما هو موقف الفقه من ذلك؟

قبل الإجابة على هذا السؤال، وجب منا الإشارة إلى أن الفقه الإداري سواء الفرنسي أو العربي لم يُسلم جميعهم بسلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري من قبل الإدارة، بل انقسم إلى ثلاثة اتجاهات : منها من أيد أحقية ممارسة جهة الإدارة لهذه السلطة (أولا) و منهم من إتخذ مذهباً وسطاً وقام بتقييدها و حصرها في عقدي الأشغال العامة و الإمتياز (ثانيا) في حين ذهب الإتجاه الثالث إلى إنكار وجود هذه السلطة مستندا في ذلك على دلائل لتدعيم رأيه وتثبيته (ثالثا).

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 243.

أولاً: الإتجاه المؤيد

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى الإعتراف لجهة الإدارة بأحققتها في ممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، ومن شأن الإدارة ممارستها حتى مع عدم وجود نص قانوني يجيز لها ذلك، فهي تعتبر إحدى عناصر النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، وإحدى أبرز السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ناهيك عما تمثله من ضمانات لجهة الإدارة موجّهة لذات الغرض؛ والتي من شأنها أن تكفل لها حسن سير مرافقها العامة، ومواكبة الظروف والتطورات الحاصلة فيها، كما أنها تسري على جميع العقود الإدارية دون إستثناء، وليست محصورة في نوع معين كما يرى بعض الفقهاء، وهو ما سيتم التعرض له بشيء من التفصيل على النحو التالي:

✓ في الفقه الفرنسي:

يجد هذا الإتجاه أصوله في الملاحظات الشهيرة التي أدلى بها هوريو **Hauriou** أثناء تعليقه على أحد الأحكام الصادرة عن م. د. ف في قضية **Ville de Toulous** والتي يرى فيها بأن: كل عملية إدارية تعتبر احتمالية، بمعنى أنه من الممكن أثناء تنفيذها تأجيلها أو تعديلها أو حتى وقفها لأسباب تتعلق بالصالح العام و هو ما يفهم منه أن كل اتفاق يتعلق بعملية إدارية يبقى حقا احتماليا قابلا للتعديل فيه¹.

« toute opération administrative est aléatoire en ce sens qu'elle peut, en cour d'exécution, être interrompue, retardée ou modifiée pour des raisons d'intérêt public, Par conséquent, toute convention relative à une opération administrative est un contrat aléatoire » .

لنُقرّ بعدها الأغلبية الساحقة من الفقه الفرنسي² بوجود سلطة التعديل الإفرادي، كسلطة أصلية تتمتع بها الإدارة حتى مع عدم وجود نص صريح يشير إليها، وكسلطة مطبقة

¹- أشار إليه كل من: علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 118 وما بعدها، وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 551، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 195 وما بعدها، رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص 176، عبد القادر محفوظ، المرجع السابق، ص 20.

²- من جملة الفقهاء المؤيدين لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري إفراديا بفرنسا كذلك، نجد:

❖ ريفيرو **Rivero** حيث يلاحظ أن سلطة التعديل الإفرادي قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استنادا لمبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة، كما يلاحظ أنه هذه القاعدة وإن

على جميع العقود الإدارية دون استثناء¹، حيث يجزم موريس أندري فلام Mourice André FLAMME القول بأن: حق الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة ومن دون حاجة لرضا الطرف الآخر هو حق أصيل لها، مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها النزول عنه وليس بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد².

ويرى ريشر L.Richer هو الآخر أنه: إذا كانت مصلحة المرفق تبرر تعديل العقد الإداري، فإنه باستطاعة الإدارة حينئذ أن تقوم بذلك مع مراعاة تعويض المتعاقد معها إذا ما تسبب هذا التعديل في ضرر له³.

ومن جهته يذهب غويبال Guibal إلى القول بأن: « للسلطة الإدارية حق التعديل الانفرادي، وهو حق معترف به لها بقوة القانون حتى في نطاق العقود الإدارية ... »⁴. أما بيكينو Péquignot فيزعم في قوله أنه: « لا يوجد حقوق مكتسبة يمكنها أن تحول بين الإدارة و بين تعديل المرافق العامة بنية تحسين أداءها و مسايرتها للتطورات الحاصلة، ما يتيح للإدارة التدخل في ذلك و يخول لها الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة

=وضعت موضع التنفيذ بالنسبة لعقود الإمتياز، إلا أن تطبيقها يشمل جميع العقود الإداري، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 197.

❖ بييري Bruère والذي سلم هو الآخر بحق التعديل الإفرادي باعتباره من قبيل القواعد العامة للعقود الإدارية المستندة على مبدأ المصلحة العامة، وإنه إذا كان التعديل الإفرادي يحمل تجاوزا خطيرا على مبدأ الرضائية الذي هو حجة المتعاقدين الأساسية في محتوى حقوقهما والتزامتهما، فإن هذا التجاوز يوازن فورا عن طريق الاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بالحق في التعويض المناسب، مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 125.

❖ دي لوبادير De Laubadère والذي يرى أن حق جهة الإدارة في التعديل الإفرادي يبقى قائما، إذ لا يجوز للمتعاقد أن يتدرع بالضرر اللاحق به من جراء أعباء إضافية ناتجة عن التعديل، فالأخير يمكنه رفض التكيف مع النتائج الجديدة، وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 552.

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 123.

² - مشار إليه لدى كل من:

- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 195، سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 176.

³ - L.RICHER, op,cit , p 61 et Suite.

⁴ - GUIBAL ,M, Mémento des marches publics , moniteur, paris, 1998, p 203.

- مشار إليه لدى:

مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 125.

المتصلة بالمرفق العام، وهو ما يثبت فكرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة المبدأ الخاص و الأساسي السائد في القانون الخاص ألا و هو مبدأ الثبات و القوة الملزمة للعقد¹.

وفي ذات السياق يلاحظ **بونار Bonnard** بأنه: «... في نطاق جميع العقود الإدارية، لا يطبق مبدأ قدسية الإتفاقات العقدية أو ما يعرف بقاعدة الإستقرار العقدي **Immutabilité contractuelle** تطبيقًا دقيقًا، كما هو الحال عليه في نطاق العقود المدنية والتي لا يمكن أن تعدل إلا باتفاق جديد بين أطرافها، إذ من المقرر أنه يجوز لجهة الإدارة في أية لحظة الخروج عن الأصل التعاقدية، لتفرض انفراديا تعديلات على شروط العقد...»².

و خلاصةً لما جاء عن موقف **الفقه الفرنسي**، يمكننا أن نجزم القول، بأن الاتجاه المعتمد حاليا في فرنسا - بالرغم مما سيتم التطرق إليه لاحقا من آراء منكرة - هو التسليم بأحقية جهة الإدارة في ممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري حتى في حالة غياب نص يدل عليها، وذلك وفق ضوابط معينة³، فما هو موقف **الفقه العربي** اتجاه ذلك؟

✓ في الفقه العربي:

أكدت الغالبية العظمى من **الفقه العربي** على أحقية جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وأجمعت على ذلك⁴، باعتباره حقا ثابتا لها ولا تحتاج إلى النص

¹- PEQUIGNOT George, OP.CIT, P. 365 et Suite.

² - BONNARD Roger ,précise de droit administratifs ,04 éme édition ,Librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris , 1943, p 620 et suite.

³- تقتضي ضرورة هذه الضوابط المحافظة على حقوق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض في حالة ما ألحق تعديل العقد ضررا ماليا بالمتعاقد، لمزيد من التفاصيل أنظر: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 327.

⁴- باستثناء **الدكتور مصطفى كمال وصفي** والذي يمكن القول عنه بأنه خرج عن إجماع هؤلاء الفقهاء وذهب إلى انكار سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي لعقودها الإدارية، حيث اعتبر أن **عقد الالتزام** هو نظام تنتقي عنه صفة العقد من كل ناحية و **عقد الأشغال العامة** أيضا فيه هذا الجانب التنظيمي و هما بهذه الصفة يجوز تعديلها دون المساس بالحقوق المالية للمتعاقد أما **عقود التوريد** فهي أعمال ذاتية ليس بإمكان الإدارة تعديلها و أن العقود الإدارية كالعقود المدنية لا يمكن تعديلها بإرادة أحد الطرفين فقط و لو كان هذا الطرف هو الإدارة العامة، أشار إلى ذلك كل من : الدكتور نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 328؛ علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 135؛ فؤاد نصر الله عوض، سلطة

عليه صراحة في العقد¹، ومن أبرز الفقهاء المؤيدين لهذه السلطة في الفقه العربي نجد سليمان الطماوي والذي يرى بأن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مناطقها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها جهة الإدارة و إنما هي نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري².

و من جهته يرى محمود خلف الجبوري هو الآخر أن : سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة؛ هي القاعدة العامة في جميع العقود الإدارية وتستطيع الإدارة ممارستها حتى مع عدم وجود نص قانوني يخولها هذا الحق³.

كما يذهب حسن محمد علي حسن البنان إلى القول بأن : « حق الإدارة في تعديل العقد عمل مشروع، لا ينطوي على خطأ من جانبها وبالتالي يحق لها حتى خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط أن تجري تعديلا من جانب واحد لمعطيات العقد الإداري، لكي يتفق مع احتياجات المرافق العامة »⁴.

ويشير أحمد عثمان عياد إلى أن: « سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط هي سلطة أصلية وموجودة، وأن أحكام القضاء ونصوص التشريع التي جاءت بشأنها لا تترك مجالاً للجدل »⁵.

أمّا محمد فؤاد مهنا فيحسم الموقف بقوله أن : « حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء، وهو حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة لكل العقود الإدارية ولو لم ينص عليه في العقد، وليس معنى ثبوت حق الإدارة

=الإدارة صاحبة المناقصة في تعديل العقود الإدارية وحق التعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، ع 55، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، أبريل 2014، ص 402.

¹ - شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ص 203.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 442.

³ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

⁴ - حسن محمد حسن علي البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير - دراسة مقارنة -، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 103.

⁵ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 215 .

في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة أنها غير ملزمة بإحترام العقود التي تبرمها ولكن معنى ذلك أن مبدأ عدم جواز تعديل العقد إلا برضا الطرفين - وهو المبدأ المقرر في القانون المدني بالنسبة لعقود القانون الخاص - هذا المبدأ ليس واجب التطبيق بصفة مطلقة في العقود الإدارية، لأن الإدارة تملك - طبقاً للمبادئ المسلم بها في القانون الإداري حق تعديل شروط العقود الإدارية بضوابط معينة والإتفاق يكاد يكون تاماً بين فقهاء القانون العام في فرنسا على أن الشروط التي تقرر حقوق المتعاقد المالية لا يتناولها حق التعديل، أما عدا ذلك من شروط وهي الشروط التي تتعلق بسير المرفق وتنظيمه - فتخضع لقاعدة التعديل»¹.

ونود أن نشير هنا، إلى أن هناك بعضاً من فقهاء القانون الخاص ب.ج.م.ع من يؤكدون بدورهم أيضاً على أحقية استعمال الإدارة لسلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، و من بينهم **عبد الرزاق السنهوري** والذي يرى أنه: «يمكن اعتبار سلطة الإدارة في تعديل بعض نصوص العقد بإرادتها المنفردة من أهم الخصائص التي يمتاز بها العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي لا تجيز لأي من المتعاقدين تعديله بالإرادة المنفردة»².

هذا ولقد تبنى شراح القانون الإداري في **الجزائر**³، نفس الموقف الذي جاء عن فقهاء القانون الإداري في كل من **فرنسا** و**مصر**، حيث جاء على لسان **أحمد محيو** أنه: إن تمتع

¹ - حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 142.

² - مقتبس عن : سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 156 .

³ - من أبرز المناصرين لسلطة التعديل الإفرادي في الفقه الجزائري، نجد كذلك :

- **علاء الدين عشي** والذي يرى بأنه: «تبعاً للظروف التي قد تطرأ للإدارة سلطة تعديل العقد بصورة منفردة، على العكس من القاعدة المعمول بها في العقود المدنية والتي تقضي بوجود تراضي طرفي العقد على أي تعديل في فحواه...»، **علاء الدين عشي**، المرجع السابق ، ص 309 .

- **محمد الصغير بعلي** حيث يرى هو الآخر بأنه: «بإمكان الإدارة المتعاقدة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة خاصة من خلال آلية الملحق»، **محمد الصغير بعلي**، المرجع السابق، ص 74.

الإدارة إلى حد ما، بسلطة تعديل أحكام العقد وبصورة لم تكن معروفة، هي أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بناء على إتفاق إرادي بين الفرقاء¹. كما يؤكد **عمار بوضياف** بدوره هو الآخر قائلاً أنه: « ما دام أن الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وجب أن تتمتع بإمكانيات اتجاه المتعاقد معها وعلى رأسها سلطة التعديل دون أن يحتج المتعاقد معها على ذلك أو الاعتراض عليه، طالما أن المصلحة العامة و ضمان حسن سير المرافق العامة يستوجبان ذلك »².

وقد كتب **عادل بوعمران** ضمن هذا الصدد قائلاً : « إذا كان من الأمور المتفق عليها في عقود القانون الخاص أن تعديل العقد لا يتم إلا بناء على اتفاق إرادي بين الأطراف عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنه للإدارة وعلى خلاف ذلك سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها، وهي سلطة ثابتة لها حتى ولو لم يرد نص بشأنها في العقد أو النصوص القانونية... »³.

وصفوة القول، هي أن الفقه الراجح سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر يؤيد بدوره فكرة أحقية ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة حتى مع عدم وجود نص يؤول عليها في العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به، وأن هذه السلطة تمس جميع العقود الإدارية دون إستثناء، بخلاف ما يراه الفقيه جيز والذي حصر مجال تطبيق سلطة التعديل الإفرادي على عقود الإمتياز والأشغال العامة فقط كما سيتم التعرض له.

ثانياً : الإتجاه التقييدي

يعترف أنصار هذا الاتجاه بوجود سلطة التعديل بشكل جزئي تقييدي⁴، وعلى رأسهم **جيز JEZE** والذي تبني هذا الاتجاه بعد أن كان في بداية الأمر من مؤيدي فكرة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي لكافة العقود التي تبرمها الإدارة بقوله : « بإمكان الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري تعديل مدى التزامات المتعاقد بالزيادة والنقصان، فالقاعدة

¹- Ahmed MAHIOU, COURS D INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, 3 édi, OPU, 1981, P. 249.

²- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، ط 05، المرجع السابق، ص 146.

³- بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 101 .

⁴ - محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 17.

عامة تطبق على جميع العقود الإدارية¹، إلا أنه عدّل عن ذلك، وقام بحصرها في عقدي الإمتياز والأشغال العامة فقط، دون غيرهما من العقود الإدارية الأخرى التي تبرمها الإدارة وذلك بالنظر للطبيعة الخاصة التي يتصف بها هذين النوعين من العقود، وما يتضمنانه من نصوص لأئحية يمكن تعديلها في كل وقت بالاستناد لسلطة الإدارة اللائحية في تنظيم المرافق العامة²، دون المساس في الشروط العقدية والقيام بإجراءات تعديلية فيها، لكونها تمس بالمركز التنظيمي للمتعاقد دون مركزه التعاقدية³، وعليه فإنه لا يجوز من وجهة نظره للإدارة أن تستقل بتعديل شروط عقد تمت الموافقة عليه من كلا الطرفين بحرية، وبالتالي فإنه لا يمكن الأخذ بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري كمبدأ عام في جميع العقود الإدارية⁴.

« IL n'appartient pas à l'administration de modifier les clauses d'un contrat librement acceptés par les parties ».

وما يؤخذ على هذا الاتجاه، أنه لم يستند إلى أي سند قانوني، كما أنه وقع في خلطٍ شديد حين اعتبر أن عقد الأشغال العامة ذو طبيعة مركبة، إضافة إلى أنه لم يلق تأييداً واسعاً من قبل القضاء⁵.

وتماشياً مع الإتجاهين المؤيد والمقيد، فإن بعض الفقه من ينكر تماماً على جهة الإدارة أحقية تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهو ماسيتم شرحه بنوع من التفصيل، في الفقرة الموالية.

ثالثاً: الإتجاه المنكر

بالرغم من تأكيد جانبٍ كبيرٍ من الفقه الحديث على أحقية جهة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، إلا أن البعض الآخر من رجال الفقه التقليدي، لم يعترف بوجود هذه السلطة وأنكر ذلك تماماً، بل وتطرف بعض الفقهاء المحدثين في هجومهم على

¹ - علي الخطار، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، المرجع السابق، ص 42.

² - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 378؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 23.

³ - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 427.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06، المرجع السابق، ص 377.

⁵ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 436.

فكرة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة¹، بالقول على أنها فكرة زائفة من ابتداع الفقهاء، " بدليل أنها لم تلق تأييدًا من قبل مجلس الدولة الفرنسي وبالتالي فإنها لا تعدو أن تكون وهمًا تم منحه للإدارة وصدفته مع مرور الأيام " ².

ومن أبرز الفقهاء الذين عارضوا فكرة تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري بصفة انفرادية نجد **جون لوليه j. L'HUILLIER** والذي يرى بأن جهة الإدارة لا تملك الحق في تعديل العقد الإداري دون موافقة مسبقة من طرف المتعاقد معها³، وبالتالي ليس باستطاعتها المساس في شروط العقد وإجراء تعديلات عليه إلا إذا وجد نص في قانون أو لائحة أو عقد يوضح ذلك، وذهب في ذلك إلى الإستناد على مجموعة من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي لإثبات وجهة نظره والدفاع عنها بالقول أن كل الأحكام التي صدرت عن مجلس الدولة قررت وجود هذه السلطة كمجرد حل ظرفي لحالة خاصة ⁴.

ويرى لوليه **j. L'HUILLIER** أن الحكم الرئيسي الذي بنى عليه مؤيدو سلطة التعديل الانفرادي فكرتهم والذي فصل في النزاع الذي كان قائمًا آنذاك بين وزارة الأشغال العمومية وشركة **ترام مرسيليا Tramways de Mersielle** لا يمنح بدوره هو الآخر سلطة عامة لجهة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة بل سمح لها بذلك في قضية الحال باستناده إلى وجود نص صريح ينص على ذلك⁵، وهو ما أكده مفوض الحكومة

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 438 و للمزيد من التفاصيل أنظر : علي عبد العزيز علي الفحام، المرجع السابق، ص 66 .

² - بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري الجوانب القانونية والإدارية والأدبية - دراسة تحليلية و حلول مقترحة -، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2015، ص 57.

³ - j. L'HUILLIER, les contrats administratifs tiennent - ils lieu de loi à l'administration, chronique Dalloz.1953 chronique, P.87 et suite.

مشار إليه لدى:

- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 322 .

⁴ - أنظر : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 200 ، حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 146.

⁵ - حيث قرر هذا الحكم أن **مدير مقاطعة الرون** يجوز له قانونًا أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مرسيليا جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من العدد المنصوص عليه في دفتر الشروط ، وبالتالي فإن حكم مجلس الدولة لم يبرر الحل بوجود سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد تعديلًا إنفراديًا، بل أنه قد إستند إلى نص المادة 33 من المرسوم

commissaire du gouvernement BLUM حينما لم يقر هو الآخر بوجود سلطة عامة للإدارة بل سلطة لائحية تصدر عن القانون ولايجوز إعمالها إلا وفق حدود قانونية لا غير¹.

وإلى جانب هذا، يرى كذلك لوليه **J. L'HUILLIER** في تعليق له على أحد الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة أنها قد أنكرت هي الأخرى كذلك سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ومنها حكمه في القرار الصادر بتاريخ **1941/07/11** حول قضية مستشفى شوني **Hopital Hospice Chauny** والمتعلق بصفقة عهدتها الإدارة إلى أحد المهندسين لوضع بعض الرسومات والتصاميم الخاصة بإعادة بناء المستشفى، ونظرا لأن المهندس المتعاقد معها قد اضطرته الظروف أثناء تنفيذ الصفقة إلى الإقامة خارج المدينة، فقد عمد إلى إختيار مهندس آخر لمشاركته في الأعمال المكلف بها، فعرض ذلك على الإدارة وأبدت موافقتها شريطة أن يتم توزيع الأجر المتفق عليه بموجب العقد الأصلي مناصفة بينهما، إلا أن المتعاقد رفض ذلك وقام بعرض نزاعه على القضاء، ليقتضي هذا الأخير بأن: « السلطة الإدارية لا تملك ان تعدل بصفة منفردة شروط الوكالة المسموح بها للمتعاقد »، و حكم مجلس الدولة بإلزام إدارة المستشفى بدفع جميع أتعاب المهندس المتعاقد حيث جاء في نص القرار الصادر عن م. د. ف مايلي²:

1881/08/06 الخاص بالسكك الحديدية والتي تحدد حقوق الدولة قبل الملتزم، وتحويل للمديرين القائمين على ذلك سلطة تحديد جداول مواعيد القطارات، وأن مجلس الدولة قد فسر في نظر لوليه هذا النص على أساس أنه لا يعطي للمديرين سلطة تحديد مواعيد سير القطارات فقط بل أيضا فرض التعديلات الإضافية الضرورية لتأمين سير المرفق .

- C.E ,11 mars 1910, Compagnie Général Francaise Des Tramways, concl .Blum.

- مشار إليه لدى:

Marie- Christine ROUAULT, Droit administratif, Gualino éditeur, EJA – Paris, 2005, p333.

¹- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 200-201 .

² - C.E.11 Juillet 1941, Hopital – Hospice de Chauny, S, 1942.3.15.

- أشار إليه كل من : علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 75 ، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 202 ، هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 838، محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 13، فؤاد نصر الله عوض، المرجع السابق، ص 394.

« Il n'appartentait pas à l'administration de modifier unilatéralement les conditions d'un mandat conclu avec un architecte... »

ومن ثمة رأى لولييه **j. L'HUILLIER** أن مجلس الدولة قد حرم الإدارة من مكنة التعديل الانفرادي للعقد الإداري¹، باعتبار أن ما جاء في هذا الحكم يتناقض مع حق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، وهو الأمر عينه بالنسبة إلى القرار الصادر عن م. د. ف بتاريخ **1946/01/19** في قضية **Ville de Limoges**، و الذي أنكر التعديل الانفرادي هو الآخر²، و كذلك حكم **Ville de Vésinet** الصادر بتاريخ **1936/05/23** حول ملحق عقد أبرم في فبراير سنة **1923** أدى إلى نشوب نزاع بين هذه القرية و الشركة الملتزمة بتوزيع الغاز في أرجاءها، والذي تم عرضه على مجلس الدولة ليقرّ بأن هذه المدينة لها من دون شك السلطة في حالة ما إذا اعترض المنتفعون على طريقة الحساب؛ أن تتدخل في علاقتهم مع الملتزم لتأكيد احترام النصوص المدرجة في العقد، وليس بهدف فرض تعريفٍ جديدةٍ لا تتفق مع بنوده وهو ما يتناقض تمامًا مع فكرة التعديل الانفرادي³.

و عُموماً فقد خُصَّ لولييه **j. L'HUILLIER** إلى أن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة لها و المنصوص عليها في العقد أو دفاتر الشروط، و مع كثرة تكرارها إفترض القضاء وجودها، علما بأن هذه الحلول القضائية ليست إلا تطبيقاً للمادة **1135** من القانون المدني الفرنسي التي يتم تطبيقها على عقود القانون الخاص، التي تقضي بأن الاتفاقات

¹ - عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن والعشرون، فبراير، المغرب، 2015، ص 52.

² - وتتلخص وقائع هذه القضية حول مرسوم بقانون صدر في 16 جوان 1935 يفرض تخفيضا على أسعار الشريحة الأولى من التيار الكهربائي المورد للمنتفعين الخواص بنسبة 10% فطبقت مدينة ليمودج نفس التخفيض على أسعار التيار الكهربائي الخاص بالإضاءة العمومية، إلا أن م. د. ف رفض هذا الإجراء، إستنادا إلى أنه: « إذا كانت هذه التعريفية يجب أن تخضع للتغييرات والمراجعات المنصوص عليها في العقد بصدد تعريفية الإضاءة الخاصة، فإن ذلك لا يترتب عليه خضوعها للتعريفات الغير المنصوص عليها في العقد كذلك التعريفات التي يفرضها المشرع على الملتزم بالنسبة للإضاءة الخاصة »، مقتبس عن: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 203 .

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 203.

المبرمة بين طرفي العقد لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها فقط، بل تشمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف و العدالة والقانون، بحسب طبيعة الالتزام وأن ذلك يترجم في القانون الإداري إلى العادات الإدارية أو العرف الإداري **pratique administrative**¹. هذا وقد انتقد بعض الفقهاء² هذا الرأي معتبرين إيّاه أمراً متطرفاً؛ لإنكاره طبيعة العقد الإداري من ناحية؛ ووقوعه في التناقض من ناحية أخرى، حينما أقر لجهة الإدارة ممارسة سلطة التعديل الإفرادي إذا ما تم النص عليها في العقد، إذ أنه من الأمور المسلم بها أن طبيعة العقد الإداري تآبى مثل هذا الشرط، وأن شرط التعديل لا يمكن أن يكتسب شرعيته إلا في العقود الإدارية نظراً للطبيعة الخاصة التي تمتاز بها عن غيرها من العقود، ومن ثم يكون للإدارة الحق في ممارسة هذه السلطة حتى مع عدم وجود نص قانوني يخولها هذا الحق، من حيث كونها ضماناً أقرها لها المشرع ليضمن لها بذلك مواجهة ومجابهة التغيرات التي تطرأ على العقود التي تبرمها.

وبالعودة إلى القول أن م. د. ف لا يؤيد هذا الحق، فإن هذا القول مبالغ فيه، ذلك أن الحقيقة التي أكدّها الفقهاء هي أن سلطة التعديل تستند إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ أصبح من النادر في الوقت الحاضر أن تستند الإدارة أثناء ممارستها لسلطة التعديل الإفرادي إلى أحكام القضاء، بحيث أصبحت العقود الإدارية في الوقت الراهن تتضمن ضمن طيات صفحاتها النص على سلطة التعديل، وتقوم بترسيم حدودها، مما ضيق من مجال القضاء في هذا الصدد³.

كما تجدر بنا الإشارة ونحن ضمن هذا المقام، إلى أن بنوا **F.P.BENOIT** قد أكد هو الآخر بأن مجلس الدولة لم يرقم في حقيقة الأمر إلا بتطبيق المبدأ الذي بمقتضاه لا يجوز التنازل عن سلطات الضبط الإداري بموجب عقد، وأن الإقرار بهذا المبدأ من المؤكد أنه سيؤدي في نهاية المطاف إلى إنكار فكرة العقد من أساسها⁴.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 138 .

² - لمزيد من الإيضاح حول الآراء الفقهية التي تعارض حق التعديل والانتقادات الموجهة له، راجع كلا من : علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 62، فؤاد نصر الله عوض، المرجع السابق، ص 398 وما بعدها .

³ - مطيع علي حمود جببير، المرجع السابق، ص 436 .

⁴ - France – PAUL BENOIT, OP.CIT, P. 616.

ويستطرد بنوا **BENOIT** قائلاً: إن سلطة التعديل لا وجود لها أساساً، وإنما هي مجرد تطبيق لنظرية عمل الأمير.

Ce pouvoir n'existe pas, il s'agit tout simplement de l'application de la théorie du fait du prince.¹

ويضيف **Dufeu** في ذات السياق؛ قائلاً: « إن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الإنفرادي يتطلب وجود نص يجيزها، وعند عدم وجود هذا الأخير، فإن على جهة الإدارة أن تدعو المتعاقد إلى توقيع ملحق معها، يتضمن القيام بأعمال جديدة، وفي حالة ما رفض المتعاقد ذلك، جاز للإدارة حينئذ اللجوء إلى استعمال أسلوب الإدارة المباشر إلى التعاقد مع شخص آخر لتحقيق النشاط الجديد مع الإبقاء على العلاقة التعاقدية الأولى قائماً...»². وانطلاقاً من جميع الآراء الفقهية التي استعرضناها، يتضح لنا بجلاء، أن الفقه لم يسلم كلية بوجود سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري إلا بعد نشوء جدالاتٍ فقهيةٍ كبيرة و آراء متناقضة بين مؤيدة ومقيدة ومعارضة .

غير أن ما نخلص إليه في الأخير، هو أن هذه السلطة- سلطة التعديل الإنفرادي- باتت أمراً مسلماً به لا مجال للشك في وجوده، وتستطيع الإدارة ممارستها دون حاجة للنص عليها في العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به، نتيجة الاجتهادات القضائية التي فصلت في هذا الأمر، وكذا النصوص التشريعية التي جاءت مكرسة لها، وهو ما يدفعنا إلى القول هل فعلاً قامت هاته الأجهزة بالاعتراف بهذه السلطة و كيف ذلك ؟

الفرع الثاني

موقف الاجتهادات القضائية من سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

أبدت العديد من الاجتهادات القضائية³ تأييدها لسلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري من خلال العديد من الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية، ففي فرنسا

¹ -- France – PAUL BENOIT, OP.CIT, P .617 .

²– J.DUFEAU, le pouvoir de modification unilatéral de l'administration et les contrats de concession de service public,Act .Jur.DA.1955.P.65 .

- مشار إليه لدى : وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 550 .

³- من بين الأحكام والفتاوى المؤيدة لسلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري أيضاً، نشير إلى مايلي:

خطى م. د. ف والذي كان له الفضل في إثراء المنظومة التشريعية لموضوع سلطة التعديل¹، أول خطوة نحو قبول فكرة إمكانية تعديل العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بإرادتها المنفردة، وذلك في قرار صادر عنه بتاريخ 1902/01/10 بخصوص نزاع تم عرضه عليه حول قضية الشركة الجديدة للغاز² – *Compagnie nouvelle du gaze de Déville*

= في لبنان: أكد مجلس الشورى اللبناني في قرار له صادر بتاريخ 1956/11/21 على أنه: « حيث أن النصوص التي يتألف منها دفتر شروط الإمتياز تنطوي على أحكام تنظيمية وهي التي تتعلق بسير وتنظيم المصلحة العامة موضوع الإمتياز وهذه الأحكام كأى أحكام تنظيمية أخرى قابلة للتعديل والتبديل من جانب الإدارة وحدها وفي نطاق القوانين والأنظمة وفقا لما تمليه الحاجات التي وجدت المصلحة لأجلها...»، أورده: وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 549 وما بعدها .

- في سوريا: أقر مجلس الدولة السوري بحق التعديل الإفرادي لجهة الإدارة في إحدى القرارات الصادرة عنه ، والتي جاء فيها : « يثبت حق الإدارة في التعديل، باعتبار أن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب عن ذلك، يضاف إلى ذلك أن الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام »، رأي مجلس الدولة السوري رقم 23 / 1968 ، أورده : مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 129 .

- في ليبيا: أكدت المحكمة العليا الليبية هي الأخرى في جلسة لها بتاريخ 1978/02/16 أن: « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص أساسه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد، وإن الأصل فيها ألا تتكافأ مصالح الطرفين، حيث تعلق المصلحة العامة تمثلها الإدارة على مصلحة المتعاقد معها، وأن للإدارة سلطة تعديل العقد تعديلا مناطه احتياجات المرفق العام »، قرار صادر عن المحكمة الليبية جلسة 1978/03/16 طعن إداري 13 / 23 ق، أشار إليه : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 145 .

¹ - نشير هنا إلى أن م. د. ف كان يرفض في بادئ الأمر منح الحق لجهة الإدارة في تعديل العقود التي تبرمها مع أشخاص القانون الخاص، ولم يعترف بذلك إلا إذا ما وجد نص صريح في القانون أو العقد ذاته يخولها هذا الحق، ففي حكمه الصادر بتاريخ 23 ماي 1890 بخصوص قضية *société des chemines dr fer économiques* قضى مجلس الدولة بأن *préfet* لا يملك الحق في أن يفرض على الشركة صاحبة الإمتياز إنشاء محطات جديدة طالما أن هذا الحق لم يكن مشارا إليه في دفاتر الشروط، للمزيد من الأحكام القضائية التي أنكر فيها م. د. ف أحقية جهة الإدارة في ممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، للمزيد من التفاصيل؛ أنظر: شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 197 وما بعدها.

² - C.E.10 janv.1902, Cie nouvelle du gaz Déville – lés –Rouen.

- مشار إليه لدى:

-Marie- Christine ROUAULT, OP.CITE, P.333, Michel ROUSSET et Olivier ROUSSET, OP.CIT.p.187.

les -Rouen ، غير أن ما لوحظ على هذا الحكم أنه مسّ عقود الإمتياز فقط، مما دَل على أن مجلس الدولة الفرنسي قد قام بحصر سلطة التعديل هو الآخر في أول خرجة له على هذا النوع من العقود دون غيره.

كما قضى في قرار آخر صادر عنه بتاريخ **09 فبراير 1951** حول قضية " **ville de nice** " بأحقية استعمال الإدارة سلطة التعديل وذلك من خلال التصريح لها بإضفاء شروط جديدة إلى شروط تنفيذ الأشغال المنصوص عليها أصلا فيه¹.

ليقضي بعدها بتطبيق حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة على كافة العقود الإدارية، ولأول مرة في تاريخه في قراره الصادر بتاريخ **02 فبراير 1983** حول قضية **Union des transports publics urbains et régionaux** ؛ حيث أجاز المجلس لجهة الإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة سواء تم النص عليها في العقد أم لم يتم، بإعتبار ذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة في العقود الإدارية، و لا تحتاج إلى نص لتقريرها².

= وتتخلص وقائع هذه القضية حول حصول الشركة الجديدة للغاز في سنة 1874 على الإمتياز المانح من طرف بلدية **ديفيل ليروان Deville – les -Rouen** لإنارة المدينة عن طريق الغاز، وأمام تطور الإنارة الكهربائية فإن البلدية حاولت إقناع الشركة بإستعمال هذه التقنية الجديدة لكن دون جدوى، وأمام رفض الشركة توجهت البلدية نحو شركة كهرباء فطالبت شركة الغاز بالتعويض مقابل الضرر الحاصل لها جراء خرق البلدية الإحتكار الممنوح سابقا للشركة ، ووصل الأمر للقضاء .

مجلس الدولة فسر العقد الرابط بين البلدية وشركة الغاز بأنه يعطي إحتكار الإنارة ولكن بأية وسيلة من الوسائل لأن بعض البلديات كانت تستعمل الكهرباء وفي المقابل إعتبر أن من حق البلدية أن تضمن هذه الخدمة عن طريق الكهرباء ولو بتسليمه إلى شركة أخرى إذا رفضت شركة الغاز ذلك رغم إنذارها، وبذلك أقر مجلس الدولة أن من حق الإدارة تعديل العقد من جانب واحد.

قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1902/01/10 المنشور على الموقع الإلكتروني باللغة العربية : <http://www.lawjo.net/vb/printthread.php?t=25098> شوهد بتاريخ : 2016/10/22، على الساعة : 18:00 .

¹ - قرار م. د. ف الصادر بتاريخ 1951/02/09، أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 211.

² - C.E ,2 février 1983, Union des transports publics urbains : Rec, p.33.

- مشار إليه لدى :

- Marie- Christine ROUAULT ,OP.CIT.p.333.

وفي قرار آخر له صادر بتاريخ 2006/03/24 أقرّ م. د. ف: بأن النصوص التشريعية أو التنظيمية الجديدة لا يمكن أن تطبق على أوضاع تعاقدية جارية بتاريخ وضعه موضع التنفيذ، دون أن يرتدي بفعل هذا صفة المفعول الرجعي - دون أن ينص صراحةً على أن ينطبق على الحالات السابقة - إلا أن هذا الحكم تحفظ حول إستثنائين :

الإستثناء الأول : وهو مايتعلق بالقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية حيث يتم الإستناد إلى إنتقالية العقود الإدارية لمصلحة المرفق العام الذي من أجله عقدت مثل هذه العقود تبرر تعديلها بموجب تدابير يمكن ان تتخذها السلطة المتعاقدة كما السلطات التي تمارس الوظيفة التشريعية أو السلطة التنظيمية مع التعويض عن العبء الجديد المترتب عن ذلك للمتعاقد .

الإستثناء الثاني : وهو ما تعلق بالتدابير التشريعية، والتي تمكن للمشرع ولأسباب تتعلق بالنظام العام، ولو ضمناً أن يجيز تطبيق القاعدة الجديدة على مثل هذه التعاقدات¹.

= وحزّي بنا الإشارة هنا، إلى أن هناك اختلافاً بين الفقهاء حول مسألة إعراف م. د. ف بتطبيق الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي وتاريخ ذلك، إذ أن هناك بعض الدراسات من قد أشارت إلى أن م. د. ف إعترف لأول مرة بسلطة التعديل وذلك بتاريخ 1910/02/21 بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا والتي سبق وأن أشرنا إليها، طعيمة الجرف، المرجع السابق، 448، إلا أن هناك دراسات أخرى من أكدت بأن م. د. ف طبق سلطة التعديل لأول مرة بتاريخ 1902/01/10 في قضية غاز دوفيل كما أشرنا إليه أعلاه، ولعل مرد إعتقادنا لهذا الحكم الأخير - حكم غاز دوفيل gaz Devile - على أنه أول حكم أبدى فيه م. د. ف نيته نحو قبول فكرة التعديل، كثرة توارده في العديد من المؤلفات، وعلى رأسها مؤلف : الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ... ، ط 03، المرجع السابق، ص 149.

¹ - هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 842 .

- لمعرفة المزيد عن المواقف التي جاءت عن م. د. ف اتجاه سلطة التعديل الإفرادي، أنظر :

- قراره بتاريخ 13 ماي 1933 في قضية **Compagnie générale des eaux** ، والذي أقر فيه بصحة تعديل العقد بزيادة كمية المياه التي يقدمها الملتزم .

- قراره بتاريخ 15 ماي 1943 في قضية **Caisse des dépôts et consignatoinis** ، والذي قضى فيه بأن الطبيعة الجزافية للعقد لا تحول دون تعديله.

- قراره بتاريخ 14 أبريل 1948 في قضية **Ministre des armées** حيث قضى فيها بصحة قيام الإدارة بتغيير طبيعة الأشغال وموقع العمل المنصوص عليهما في العقد، مجموعة أحكام صادرة عن م. د. ف مشار إليها لدى كل من: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 211، ناصر لباد، المرجع السابق، ص 294.

- ومن جملة القرارات التي يمكن الاستشهاد بها ضمن هذا الصدد أيضاً، ماجاء عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والذي اعترفت من خلاله لجهة الإدارة بأحققتها في ممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري بقولها :

أما حديثاً، فإنه من بين القرارات الصادرة عن م. د. ف أيضاً والتي يمكن الاستشهاد بها ضمن هذا الصدد، قراره الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 2010 والذي أكد فيه بصفة قاطعة أحقية جهة الإدارة في ممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة، وإعمالاً للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية .

Qu'en vertu des règles générale applicable aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt générale des modifications a ces contrats¹.

أمّا بالنسبة للقضاء الإداري المصري، فقد كان أكثر جرأة عن نظيره الفرنسي، حيث أرست المحكمة الإدارية العليا سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري في العديد من القرارات الصادرة عنها بصورة واضحة، ومنها قرارها الصادر بتاريخ 1992 جاء فيه: «... تملك جهة الإدارة من جانبها وحدها و بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه و تعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزويد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر، أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة والنقص، على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام، وأنّ التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن الإدارة وهي صاحبة الإختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره، تملك حق التعديل، بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق المصلحة العامة .

=« Le pouvoir de modification unilatéral existe donc, Sur ce point le droit français ne se singularise pas, aussi bien les droits nationaux que la jurisprudence internationale admettent l'existence d'un – pouvoir souverain pour modifier, voir résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers – ainsi le veulent la prééminence des intérêts supérieure de l'état sur les obligations contractuelles est la nécessité de sauvegarder l'équilibre de contrat »

- مقتبس عن : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 326 وما بعدها.

¹ -Christophe GUETTIER, Droit des Contrats Administratifs, 2ème edi, PUF, Paris, 2011, P.435.

ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لامن نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري وضرورة الحرص على انتظام سيره، ووجوب استدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه، بما يحقق الصالح العام، ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد، أو موافقة الطرف الآخر عليه، اعتباراً بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصل بالصالح العام، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها¹.

كما رسخت المحكمة الإدارية العليا في مصر بشكل قاطع ذات المبدأ في قرار صادر عنها بتاريخ 1992/12/16 قضت فيه بأن: «... سلطة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة مستهدفة تحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات على النحو الذي يحقق الصالح العام، تملك من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة - وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد...»².

ونشير ضمن هذا الصدد أيضاً، إلى بعض تطبيقات المبادئ الإيجابية التي جاءت عن القضاء الإداري الجزائري، وعلى الرغم من قلتها إلا أنها لها دلالات معينة، ومن ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 جوان 1975 الفاصل في النزاع الذي كان قائماً بين وزير الأشغال العمومية آنذاك ضد (أ.أ) حول صفقة بناء مجموعة من السكنات تم إبرامها سنة 1963 ضمت مجموعتين من المساكن؛ تحتوي المجموعة الأولى على 90

¹ - قرار محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ: 1992/11/15، أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 230.

² - قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق، المجموعة، السنة 36، ص 302، أشار إليه كل من: مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة ...، المرجع السابق، ص 453؛ حمدي سليمان القبيلات، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها؛ بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية في مصر وفرنسا - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 520.

مسكنا بقرية تازودة، أما المجموعة الثانية ضمت 50 سكنا بقرية كافالو، وبعد مرور سنة من إبرام الصفقة؛ والشروع في تنفيذها قررت المصلحة المتعاقدة سحب رخصة بناء 10 سكنات من كل مجموعة، وتحويلها إلى قرية زيامة منصورية، مما اتضح عنه أن قرار المصلحة المتعاقدة ضمن هذا الشأن فيه تعديل واضح لبنود العقد وتغيير طريقة التنفيذ، وعلى الرغم من أن موضوع القرار تعلق بدفع مستحقات قيمة المنجزات، إلا أنه دل على اعترافه بصورة مباشرة على أحقية جهة الإدارة في ممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري حينما أوجب على المفاوض إنجاز ما تطلبه المصلحة المتعاقدة منه¹.

ومنها ما جاء أيضا في إحدى القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16 حول قضية (ع.ط) ضد والي قالمة بسلطة التعديل من خلال إصدارها قرار يقضي بتغيير موقع التنفيذ، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن السيد (ع.ط) قد قام بإبرام صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة من أجل تشييد 198 مسكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية الواقعة بتراب دائرة وادي الزناتي و بمجرد توجيهه وإعطاء أمر بالخدمة رقم 01 باشر السيد (ع.ط) إنجاز الأعمال التي تم تكليفه بها إلا أنه بعد مرور شهرين و بالتحديد في 1980/04/19 تلقى أمرا بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع وعدم إثارة ذلك أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا².

كما اعترف مجلس الدولة الجزائري هو الآخر لجهة الإدارة بسلطة التعديل الإفرادي - مع عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد - في إحدى القرارات الحديثة الصادرة عنه، قضى فيه أن : « حيث أنه خلال الإجتماع الذي تقرر بالولاية بشأن التعديل الذي طرأ على البطاقة التقنية بأن مصالح المستأنف عليها - ولاية برج بوعريج - قد وافقت على مراجعة وتعديل مساحة الشقة والتي تؤخذ بعين الاعتبار خلال إعادة البطاقة التقنية كما هو ثابت من

¹- قرار صادر عن المجلس الأعلى الجزائري بتاريخ 1975/06/25، (دون رقم) نشرة القضاة، العدد الأول، 1978، ص 42.

²- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145 قضية (ع . ط) ضد (و. ق حرف) المجلة القضائية الجزائرية العدد الأول، 1991، ص 133-135 .

المراسلة رقم 2006/1385 المؤرخة في 2006/12/09 دون تعديل سعر المتر المربع للشقة»¹.

أخيراً، وبعد إستقراء الأحكام السابقة، الصادرة عن كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري، يمكننا القول، أن القضاء قد أقر هو الآخر لجهة الإدارة بأحققتها في ممارسة سلطة التعديل الإفرادى للعقد الإدارى، فما هو موقف التشريع من هاته السلطة ؟

الفرع الثالث

موقف التشريع من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادى للعقد الإدارى

كرست العديد من التشريعات المقارنة سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإراداتها المنفردة وعنيت بذلك في العديد من النصوص التشريعية الصادرة عنها، والتي جاءت موضحة في مجملها لطريقة ممارسة هذه السلطة والآليات المستعملة في ذلك. ومن بين الأمثلة التي يمكن أن نصوغها ضمن هذا الصدد ما نصت عليه المادة 20 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2016 والتي جاء فيها أنه : « في حالة ظهور صعوبات تقنية غير متوقعة وغير ناتجة عن فعل أطراف العقد أو بسببهم ففي هذه الحالة يلزم وضع ملحق أو قرار متابعة للعقد، وذلك دون النظر إلى القيمة المالية للتعديل الناتج عن هذه التغييرات ...»².

كما نصت المادة 118 من ذات القانون على أنه بإمكان الإدارة المتعاقدة إدخال تعديلات إضافية على الصفقة أثناء التنفيذ³.

¹ - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم 042784، فهرس رقم 77، المؤرخ في 2009/02/11، قضية مؤسسة الترقية العقارية ضد مدير السكن والتجهيزات العمومية ومن معها (غير منشور)، مشار إليه لدى: هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير في القانون العام الإقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2016/2017، ص 19.

² - En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. Art 20 Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marches publics www.legifrance FR dernière modification du texte le 12/01/2016.

³-Dans le cas particulier ou le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indique au

وهو الأمر عينه الذي جاءت به العديد من التشريعات العربية¹، حيث نصت المادة 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بـ : ج . م . ع على أنه : « يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط و الأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات المطالبة بأي تعويض عن ذلك ، و يجوز في حالة الضرورة القصوى الطارئة و بموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة حيث أصبحت سلطة الإدارة في تعديل عقودها وفقا لهذه المادة من اللائحة التنفيذية بقدر متساو بالنسبة لجميع أنواع العقود الإدارية ». ولقد اشترطت هذه المادة عدّة شروط لإجراء التعديل، وهي:

- 1- الحصول على موافقة السلطة المختصة.
- 2- وجود الإعتماد المالي اللازم.
- 3- أن يصدر التعديل خلال مدة سريان العقد.

marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit a une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur.OP.CITE.

¹ - من بين هذه التشريعات نجد :

* في اليمن: نصت المادة 27 من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية رقم (23) لسنة 2007 المشار إليه سابقا، على أنه : « للجهة بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة أن تعدل العقد بالزيادة أو النقص في ظاي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد شريطة ألا تتجاوز قيمة التعديل مانسبته 10% من قيمة العقد الأصلي في عقود التوريد أو الخدمات وما نسبته 20% من قيمة العقد الأصلي في عقود مقاولات أعمال الأشغال...».

* في ليبيا: أجاز المشرع الليبي ذلك في المادة العاشرة من لائحة المزايدات والمناقصات الصادرة في 1976/06/08 حيث نصت هذه المادة على أنه: « يكون للجهة المتعاقدة الحق في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو بالنقص في حدود نسبة مئوية تحددها شروط العقد دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعديل في الأسعار...»، أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 188.

* في سوريا: أشار المشرع السوري إلى مبدأ التعديل الإفرادي للعقد، في نص المادة 62 من قانون العقود رقم 51 لعام 2004 والتي جاء فيها : « يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة على حده، وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد، ودون حاجة إلى عقد جديد على أن لا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقصان النسب التالية : 25% من القيمة الإجمالية لكل من القيمة الإجمالية للعقد ؛ يُعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط »، أشار إليه: بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد 38، العدد 19، كلية الحقوق، سوريا، 2016، ص 77.

4- أن لايؤثر التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه¹.

غير أن مايؤخذ على نص هذه المادة، هو أنها حملت ضمن سطورها تجاوزاً واضحاً على حقوق المتعاقد مع الإدارة في التوازن المالي للعقد، حيث أعطت لجهة الإدارة رخصةً تمكنها من زيادة كميات عقودها وفقاً لنسب محددة وبذات الأسعار المتفق عليها مسبقاً، دون الأخذ بعين الاعتبار لما يمكن أن يحصل من متغيرات ظرفية في المعطيات السوقية للأداءات التي تكون محلاً للعقد، فقد ترتفع الأسعار بين لحظة وأخرى، فتصبح عند التنفيذ على عكس ماكانت عليه وقت إبرام العقد، فتزيد من الاعباء الملقاة على عاتق المتعاقد مع جهة الإدارة ، بما يمكن أن يشكل تجاوزاً حقيقياً على رضاه²، ليبقى له في مثل هذا الموقف سوى المطالبة بالتعويض مستندا على نظرية فعل الأمير³ .

وقد حاول مجلس الدولة المصري من خلال الأحكام والفتاوى الصادرة عنه أن يضع شروطاً وقواعد لاستعمال الإدارة سلطتها في تعديل العقد، منها عدم جواز الإخلال بالتوازن المالي للعقد وألا يؤدي استعمال هذه السلطة إلى قلب اقتصاديات العقد⁴ .
كما تفتن لذلك المشرع المصري لاحقاً بتداركه لهذا الأمر بعد الانتقادات الموجهة إليه من قبل فقهاء القانون الإداري، وذلك بإعادة صياغته لنص المادة 78 من قانون تنظيم

¹ - المادة (78) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

² - محمد ماهر أبو العينين، - الكتاب الثاني- تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، المرجع السابق، ص 108.

³ - يعرف فعل الأمير على أنه: « كل عمل مشروع يصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة من سلطة عامة أثناء تنفيذ العقد الإداري ودون خطأ من جانبها، بما يمكن أن يترتب عنه إختلال بالمركز المالي للمتعاقد مع جهة الإدارة، وينشئ فعل الأمير التزام على عاتق الإدارة المتعاقد بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال بما يعيد التوازن المالي للعقد »، عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص 08، وللتفصيل في الموضوع أكثر، أنظر : لمياء هاشم سالم قبيع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 47 - 102، هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015 ، ص 65 - 96 ، محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية - دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق - ، ط01 ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 1998 ، ص 78 - 125 .

⁴ - قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (954) لسنة 12 ق جلسة 1970/04/11 - وفتوى الجمعية العمومية رقم (984) في 1973/12/09 ملف رقم 35/30/28 - مشار إليه لدى الدكتور : محمد ماهر أبو العينين ، - الكتاب الثاني- تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998 ، المرجع السابق، ص 108.

المناقصات والمزايدات الحالي، والتي جاء النص فيها كما يلي: « في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية، أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقا لمعاملات يحددها المقاول في عطاءه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين، ويقع باطلا كل تفاهق يخالف ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة»¹.

ونصت المادة 82 من ذات اللائحة على أن: « المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعا لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والأثمان التي تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا، سواءا أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الواردة في المقايسة أو الرسومات، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقا لأحكام العقد، ويجب في جميع الحالات ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطاءه»².

ومن جانب آخر، لم يشأ المشرع الجزائري الثانوي أن يخرج عن المسار الذي اتبعته أغلب التشريعات بشأن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، فقد أولى - هو الآخر- هذا الأمر بالغ الاهتمام، واعترف لجهة الإدارة بممارسة هذه السلطة أثناء تنفيذ عقودها الإدارية في العدي من النصوص القانونية الصادرة عنه، وخروجًا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في عقود القانون الخاص مثلما ألمحنا لذلك سابقا، حيث ورد النص عليها في قانون الصفقات العمومية الجديد في القسم الخامس منه تحت عنوان: الملحق "L'avnant" وتحديدًا في المواد 135، 136، 137، 138، 139، أين نصت

¹ - المادة 55 مكرر من القرار رقم 219 لسنة 2006 المتضمن تعديل بعض أحكام القرار رقم 1967 لسنة 1998 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://pal-lp.net>، تاريخ الزيارة: 2016/03/04 على الساعة: 14:00 مساء.

² - المادة 82 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

المادة **135** منه على أنه « يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق في إطار أحكام هذا المرسوم »¹.

ويشكل الملحق حسب نص المادة **136** ف1 من نفس المرسوم وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفحة².

كما يعرفه **الفقه** على أنه : « عبارة عن عقد يتم إبرامه مع متهد تم التعاقد معه مسبقا، على تنفيذ أعمال أو توريد مواد أو تقديم خدمات، بعد بروز أعمال جديدة ليست في العقد المنفذ واعتبرت الإدارة ضرورة إستكمال المشروع جميع مقوماته »³.

غير أن ما ينبغي التنويه له، ونحن ضمن هذا الصدد، هو رؤية بعض الفقهاء الإداريين بالجزائر أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني فيما يعرف بالملحق - **وذلك قبل تعديل 2012** - متجاهلين الخاصية الأساسية التي تمتاز بها سلطة التعديل الإفرادي، وهي أنها إفرادية أي صادرة بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة دون الإتفاق مع المتعاقد معها حول هذا التعديل، خلافا للملحق والذي يعتبر وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة منبثقة عن الإرادة المزدوجة لطرفي العقد، إذ أن أبرز دليل يثبت وجود حق التعديل الإفرادي كسلطة - **شرط تغير الظروف** - لم يعد له وجود منذ أول قانون للصفقات العمومية بالجزائر⁴ بعد أن تم حذفه لاعتبارات معينة، غير أنه سرعان ما انتبه المشرع لذلك، وقام بإدراجه من جديد وذلك في الفقرة **03** من المادة **103** من المرسوم الرئاسي لسنة **2012** ، والتي أشارت إليه بنفس محتوى ومضمون المادة **135** المشار إليها أعلاه من المرسوم الرئاسي رقم **247/15**، وهو ما نلمس فيه نوعا من الإختلاف - **ذكر شرط تغير الظروف** - الذي يمكن أن يميز سلطة

¹ - المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

² - المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

³ - محمد علي عارف جعلوك، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - الأمر رقم 67 - 90 المؤرخ في 17/06/1967 ج . ر . ج . ج عدد 52 الصادرة بتاريخ 27/06/1967 .

التعديل الإفرادي عن الملحق، بما يمكننا القول عنه أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي بات يجد حالياً نفسه وبشكل قاطع في الملحق¹.

كما جاء النص على حق الإدارة في التعديل بالإرادة المنفردة في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة الجزائري بشكل صريح، وذلك في نص المادة 05/12 والذي جاء فيه أنه: «... يخضع (المقاول) للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته ...»².

كما أشارت إلى ذلك كل من المادة 30 و 31 و 32 من ذات الدفتر، حيث نصت م 32 في الفقرة الأولى منها على أنه: «عندما تتضمن الصفقة تفصيلاً تقديرياً يبين أهمية مختلف أنواع الأشغال، وعندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأنية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق الخمسة والثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقدير...»³.

ونجد من جملة التشريعات التي أقرت هي الأخرى لجهة الإدارة بحق ممارسة سلطة التعديل، ما جاء عن المشرع الأردني حينما قام بتحديد نطاق وحدود هذه السلطة في تعديل بعض شروط العقد إذا ما اقتضت ظروف تنفيذ المشروع ذلك⁴.

وهكذا يتضح لنا وبجلاء، أن التشريع قد اعترف هو الآخر بسلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقود الإدارية بإرادتها المنفردة وعلى اختلاف أنواعها، لنكون بذلك قد انتهينا من دراسة موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع في كل من فرنسا ومصر والجزائر والتي أيدت أحقية جهة الإدارة في إدخال ماتراه مناسبة من تعديلات على العقد، وما ذلك إلا ضماناً تم تحويلها لصالحها قصد تمكينها من مواجهة التغييرات الظرفية التي تطرأ على العقد

¹ - عبد القادر محفوظ، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها، ولمعرفة المزيد من التفاصيل حول أهم الفروقات الجوهرية بين الملحق وسلطة التعديل الإفرادى راجع: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 843 وما بعدها.

² - المادة 12 / 01 من: د، ش، إ، ع، ج.

³ - المادة 32 / 01 من: د، ش، إ، ع، ج.

⁴ - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 356.

الإداري أثناء تنفيذه، وبما يمكنها من مواجهة المتعاقد معها في آن واحد، ليبقى السؤال المطروح في هاته الحالة: إذا كانت الإدارة تملك فعلا سلطة التعديل، فما هو الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند عليه أثناء ممارستها لهاته السلطة ؟

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

يذهب الرأي الراجح في كل من الفقه الفرنسي والعربي إلى أحقية جهة الإدارة في تعديل العقود الإدارية التي تبرمها مع أشخاص القانون الخاص بإرادتها المنفردة؛ كون أنه حق ثابت لها لا تحتاج إلى النص عليه صراحة في العقد أو في القانون أو اللائحة، وباعتباره مظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تمتاز بها جهة الإدارة في تنفيذ عقودها، وإحدى أهم الضمانات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري، والتي تستلزمها المرافق العامة لتضمن بذلك إستمراريتها وسيرها بانتظام وإضطراب، وكذلك الحال نفسه بالنسبة لأحكام القضاء الإداري والنصوص التشريعية الحديثة والتي استقرت أحكامها هي الأخرى على أحقية الإدارة في استعمال هذه السلطة وكرست ذلك.

غير أنه وبالرغم من ثبوت الفقه على أحقية استعمال الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي حتى مع عدم وجود نص في العقد يخولها هذا الحق وإستقرارهم على ذلك، إلا أنهم قد اختلفوا حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، فبينما ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس هذا الحق على أساس فكرة السلطة العامة (الفرع الأول) ذهب الفريق الآخر إلى القول بأن أساس سلطة التعديل يقوم على فكرة احتياجات المرافق العامة (الفرع الثاني) ففيم يتمثل الأساس القانوني لسلطة الإدارة في ممارسة حق التعديل ؟ وأي من الاتجاهات الفقهية على صواب ؟

الفرع الأول

السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

تشمل السلطة العامة كل نشاط إداري تمارسه الإدارة، مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة مكلفة خارج

وفوق كل عقد بأن تراعي دائما ضرورات المصلحة العامة، وترجيحها على مصلحة الأفراد الخاصة¹.

وعلى ضوء ذلك، يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية التي تبرمها تنبثق من أعمال السلطة المخولة لها، باعتبارها أنها هي القوامة على خدمة المرفق العام وتسييره بانتظام و اضطراد، ومظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تمتاز بها العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى، ومن ثمة فإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يتم بصفتها كطرف متعاقد بل بصفتها سلطة عامة في مواجهة الأفراد، لذا فإن الأمر الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد معها يعتبر قرارًا إداريًا خارجًا عن العقد ومنفصلا عنه « **detachable** » فهو ليس ممارسة للسلطة التعاقدية وإنما هو ممارسة للولاية العامة، وبالتالي فإنها تملك ما لا تستطيع أن تفعله كطرف متعاقد².

ومن بين الفقهاء الذين يميلون لهذا الإتجاه بفرنسا نجد **بيرنييه Bernier** ، والذي يؤكد في قوله بأن: « الإدارة إذا كانت تلجأ إلى وسيلة التعاقد من أجل تسيير المرافق العامة، فإن إرتباطها بالعقد لا يمنع عليها ممارسة صلاحياتها كسلطة عامة، لاتخاذ الإجراءات والتدابير المخولة لها بموجب القوانين والأنظمة، ومن ضمنها إصدار الأوامر بتعديل شروط العقد الذي ترتبط به كلما فرضت ذلك متطلبات المصلحة العامة، فالإدارة تمارس سلطتها العامة حتى في مجال العقود الإدارية، لأن العقد لا يمكنه أن يعطل ممارسة تلك السلطة»³.

كما يرى **بيكينيو Péquignot** أن : « حق الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري ما هو إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تمتاز بها جهة الإدارة في نطاق العقود الإدارية، تباشره باستعمال أهم امتيازات السلطة العامة التي بحوزتها وهو امتياز التنفيذ المباشر»⁴.

¹ - علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 148.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 334 ، وأنظر بذات المعنى كلا من: علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 148؛ حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 161 .

³ - عبد الرزاق عريش، صلاحية الإدارة في التعديل الإفرادي لعقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة - ، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1998 ، ص 81 .

⁴ - G.PEQUIGNOT, OP.CIT.P.367 et suite.

وهو ما حسم فيه م. د. ف رأيه في حكمه الصادر بتاريخ 1983/03/02 حينما أقر
لجهة الإدارة بممارسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري بإعتبارها سلطة عامة مقررة
لها، ومنوها إلى أن هذه السلطة تعد من الأسس العامة للعقود الإدارية وتطبق دون نص
عقدي أو تشريعي¹.

أما بالنسبة للفقهاء المصري فيرى أحمد عثمان عياد أن: « حق الإدارة في تعديل عقودها
الإدارية بإرادتها المنفردة ما هو إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية،
تباشره الإدارة بإستعمال إمتياز من أهم إمتيازات السلطة العامة التي تملكها وهو إمتياز
التنفيذ المباشر»².

كما يذهب مصطفى كمال وصفي إلى القول أن: « ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل
الإفرادي لا يكون بصفتها متعاقدة، بل كسلطة عامة، تملك مالا تستطيع فعله كمتعاقد»³.
ولعل ما يدعم موقف الفقهاء المصري ضمن هذا الطرح، هو تأسيس القضاء الإداري
المصري بدوره هو الآخر، حق ممارسة الإدارة لسلطة التعديل على فكرة السلطة العامة في
بعض الأحكام الصادرة عنه، ومن ذلك قرار محكمة القضاء الإداري الصادر في
1951/12/26 والذي جاء فيه: « إن حق الإدارة في تعديل شروط عقودها الإدارية، هو
مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وأن هذا الحق يركز على سلطتها
الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام»⁴.

وبالرغم مما قدمه أنصار هذا الرأي من أدلة، إلا أن غالبية الفقهاء لم يسلم بذلك، لأنه لا
يمكن تأسيس حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إلا على أساس
مستلزمات سير المرافق العامة و ما يحدث من متغيرات ظرفية تستوجب ذلك، كما قد عيب
على هذا الإتجاه بأنه وقع في خلط شديد بين الوسيلة في العقد الإداري والغاية منه، فالسلطة
العامة ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق المصلحة العامة، وأن الأخذ بهذا

¹ - محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 106.

² - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 220 .

³ - حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 161 .

⁴ - قرار صادر عن محكمة الإداري المصرية بتاريخ 1951/12/26، السنة السادسة، رقم 83، أورده: أحمد عثمان عياد،
المرجع السابق، ص 220 .

الرأي قد يؤدي إلى بروز نتائج غير مرغوب فيها، منها أنه يبقى بإستطاعة جهة الإدارة ممارسة سلطة التعديل في أي وقت تشاء دون إستنادها لمبرر، بما قد يؤدي إلى إحجام الأفراد عن التعاقد معها، وبالتالي الإضرار بالصالح العام¹.

كما يرى بعض الفقهاء الذين إنتقدوا هذه النظرية " الفكرة " من جانب آخر، أنها ساوت بين جميع العقود الإدارية من حيث المظاهر والصور التي يمكن أن تتخذها سلطة التعديل الانفرادي في الطوائف الرئيسة الثلاثة للعقود الإدارية، بالرغم من الاختلافات الموجودة فيها، وذلك ما دامت الإدارة بوصفها صاحبة السلطة العامة تستطيع التدخل فيها.

وكفكرة عامة عن هذا الموقف، يجب على الإدارة أن لا تتقيد بطريقة محدودة بعقود غير نافعة أو بشروط عقدية لا تتلائم مع حاجات المرفق العام و متطلبات الصالح العام².

الفرع الثاني

المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

نتيجةً للإنتقادات الموجهة إلى الإتجاه السابق، والذي يستند إلى تأسيس سلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري على فكرة السلطة العامة، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن أساس سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة يكمن في مبدأ سير المرافق العامة و ما تتطلبه مقتضياتها- من حيث ضمان استمرارية سيرها بانتظام وإضطراب وقابليتها للتطوير والتغيير بصورة دائمة ومستمرة لمواكبة الظروف المستجدة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية و تحقيق النفع العام- وكون أن الإدارة هي صاحبة الإختصاص الوحيد الذي يسهر على تنظيم المرافق العامة و تحديد قواعدها العملية، فمن حقها أن تتخذ جميع الإجراءات الهامة والضرورية التي تراها مناسبة لذلك³.

ومن جملة الفقهاء الذين يميلون لهذا الطرح في الفقه الإداري الفرنسي نجد دي لوبادير **De Laubadère** والذي يرى بخصوص هذا الشأن أنه: « إذا كانت سلطة التعديل الإنفرادي حقيقة واقعة فإنها لا يمكن أن تقوم من ناحية إلا على أساس مقتضيات المرافق

¹- خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 171.

²- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 334.

³- بشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص 58.

العامّة، والتغييرات التي تطرأ على هذه المقتضيات، فالإدارة يجب ألا تتقيد بعقود أصبحت غير ذات فائدة، أو بنصوص تعاقدية لم تعد تتفق مع حاجات المرفق»¹.

ويسانده الرأي موريس أندريه فلام **Mourice André FLAMME** بقوله أن: «الأساس القانوني الوحيد الذي يمكن أن تركز عليه الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري يظهر بصورة واضحة في الإختصاص الذي تتمتع به الإدارة في مجال تنظيم وتسيير المرفق العام»².

كما يرى لورنت ريتشر **Laurent Richer** أنه: «لا يمكننا تأسيس حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري إلا على أساس مستلزمات المرافق العامة، وتغييراتها المتفاجئة، والمغزى من ذلك أنه يتوجب على جهة الإدارة ألا تتقيد بشكل غير محدود بعقود لاتعود بمنفعة، أو بشروط عقدية أصبحت غير متكيفة مع حاجات المرفق العام»³.

وهو الرأي الراجح لدى الفقه العربي⁴، ففي ج.م.ع يرى سليمان محمد الطماوي مثلما أشرنا إليه سابقاً، أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها يرجع إلى احتياجات المرافق العامة وليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة؛ وإنما هي نتيجة ملازمة للمرافق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.

ويضفي في ذات السياق قائلاً بأن القضاء الإداري المصري قد أحسن في إبراز العلاقة بين هذه السلطة الخطيرة سلطة التعديل الانفرادي وبين مقتضيات سير المرافق العامة وإرجاع سلطات الإدارة الخطيرة في التعديل إلى فكرة المرفق العام يسمح بتحديد ظروف استعمال هذه السلطة وتعيين الشروط الواجب توافرها لشرعية ذلك الإستعمال⁵.

¹ - أشار إليه : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 219.

² - أشار إليه: علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 152.

³ - Laurent RICHER, OP. CIT.P.64 et suite.

⁴ - زيادة على الآراء التي سيأتي ذكرها، أنظر كذلك: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 531 ، جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 203 ، نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 338.

⁵ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 443 وما بعدها .

ويلاحظ **محمد فؤاد عبد الباسط** بهذا الصدد بأن: « حق ممارسة الإدارة لسلطة التعديل يجد سنده وأساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد، وقابليته للتعديل والتغيير في أي وقت لمواجهة الظروف المتغيرة بما يحقق المصلحة العامة»¹.

وإلى ذات المعنى يذهب **جمال عباس أحمد عثمان** إلى القول أن: « الأساس القانوني الذي تستند إليه جهة الإدارة في ممارسة سلطتها في تعديل بعض نصوص العقد الإداري راجع إلى مبادئ القانون العام ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري وما يقتضيه حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وما يستلزمه ذلك من مسايرة متطلبات التغيير والتطوير بالإضافة إلى توافر المصلحة العامة التي قد تستلزم أن يفرض على المتعاقد التزامات لم يحويها العقد»².

وتجد هذه الأراء سندها القانوني الذي اعتمدت عليه في تحليلها وتفسيرها له، فيما صدر عن القضاء الإداري من أحكام قضائية بهذا الشأن، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1992/11/15 والذي جاء فيه أن: « جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها، على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها، بشرط أن تقضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل...»³.

وبالعودة إلى الفقه اللبناني يؤكد **مهند مختار نوح** في قوله بأنه: « لا يمكننا تأسيس حق التعديل الإفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة، وتغييراتها المفاجئة، والفكرة العامة في ذلك تتمثل في أن الإدارة يجب أن لا تنقيد بشكل غير محدود بعقود صارت غير نافعة، أو بشروط عقدية صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق العام»⁴.

كما يرى **حسين عثمان محمد عثمان** أن: « سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري ثابتة حتى ولو لم يرد بشأنها نص في العقد أو القوانين أو اللوائح... والسبب في

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 253.

² - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 432 وما بعدها.

³ - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 3986 س 35 ق جلسة 1992/11/15، مشار إليه لدى: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 230.

⁴ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 131.

ذلك أن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة المرفق العام وضرورة مسابره للتطورات التي تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة»¹ .

ويضيف **جورج سعد** ضمن هذا الصدد قائلاً أن: «سلطة التعديل الإداري هي إستثناء عن القواعد العامة، يكمن جوهره في مفهوم المرفق العام، وضرورة استمراريته»² أما **بالجزائر**، فيرى **عمران بوعادل** أن سلطة التعديل تجد أساسها في فكرة المرفق العام وضرورة مسابره للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام³.

كما يؤكد **عمار بوضياف** في العديد من مؤلفاته، أن تأصيل سلطة الإدارة في التعديل الإداري للعقد الإداري، راجع إلى حسن سير المرافق العامة، إذ باستطاعة الإدارة إذا ما اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها زيادة ونقصانا، وهذا الحق ثابت لجهة الإدارة ولو لم ينص عليه في العقد⁴ .

وترتيباً على ماسبق منا الإشارة إليه، يتضح لنا أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة راجع إلى ارتباط العقد الإداري بفكرة المرفق العام، وضرورة مسابره لمتطلبات المرافق العامة واحتياجاتها التي قد تقتضي مثل هذه التغييرات، مما يتعين على المتعاقد مع الإدارة قبولها وتنفيذها احتراماً لاحتياجات المرفق العام، ذلك أن نية كل من الطرفين أثناء إبرام العقد انصرفت في الواقع إلى ضرورة الوفاء بواجبات المرفق العام وتحقيق المنفعة العامة التي يقوم عليها المرفق، بما يجعل العقد يتلائم مع المستجدات التي تطرأ على احتياجاته⁵، وهو الإتجاه الغالب والمعتمد حالياً في كل من فرنسا والدول العربية، إلا أن ما يدفعنا للتساؤل في مثل هذه الحالة هو أن: هل هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة وبالرغم من اعتبارها إحدى الضمانات القانونية التي تملكها الإدارة العامة وأجهزتها الإدارية المتعاقدة اتجاه تعديل بعض نصوص أو شروط العقد الإداري هي سلطة مطلقة لا

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 634.

² - جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، ج 01 ، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2011، ص 314 .

³ - بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 101 .

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (القسم الثاني)، ط 06، المرجع السابق، ص 12 .

⁵ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 252.

قيود عليها ولا ضوابط أم لا؟ وهل تتخذ مظهرا واحد في سائر أنواع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة؛ أم تختلف من عقد لآخر؟ وهو ما سوف نجيب عنه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

القواعد الناظمة لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

تعتبر سلطة التعديل إحدى أهم الميزات التي يستأثر بها العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى كالعقود المدنية والتجارية، وتملك الإدارة هذه السلطة دونما حاجة للنص عليها في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به إذا ما اقتضى التعديل ضمان سير المرفق العام بانتظام وإضطراد أو ضرورة ملحة تقضي مسايرته ومواكبته للتطورات والمتغيرات الحاصلة فيه.

وبموجب هذه السلطة يكون بإمكان الجهة الإدارية أن تقوم بتعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو نقصانا أو تعديلات تمس الجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد وفق ضوابط وحدود معينة، وبحسب طبيعة وموضوع العقد .

ومن ثمة فإن إبراز الأحكام القانونية والمبادئ العامة التي تحكم سلطة التعديل لا يتأتى لنا إلا من خلال إبراز أهم الضوابط والشروط التي يتعين على الإدارة مراعاتها عندما تنوي إجراء أي تعديل (المطلب الأول) والمظاهر التي تتخذها في ذلك وتبيان أوجه الضمان فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضوابط ممارسة سلطة التعديل

تستمد الإدارة حقها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة كما أشرنا إليه آنفا إما من نصوص العقد ذاته أو دفاتر الشروط وإما من مقتضيات المصلحة العامة والتي تتطلب تعديلا في العقد ليكون أكثر تحقيقا لها في ضوء مستجدات الأمور التي تلي عملية التعاقد¹. ولقد استقر كل من الفقه والقضاء الإداريين، على أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري ليست بالسلطة المطلقة التي تستخدمها كيفما تشاء ومع من تشاء

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص 14.

وفي أي وقت تشاء؛ ولئن كانت من الملائمات المتروكة لها¹، كما أنها ليست سلطة تقديرية، وإنما تتبع من دوافع الاستجابة لمتطلبات المرافق العامة وضرورة إدامة سيرها²، وهو ما يوجب إخضاعها لمجموعة من الضوابط والقيود - حتى يُضمن عقلنة استعمالها- والتي يتوجب على الإدارة مراعاتها عندما تنوي ممارسة هذه السلطة، وإلا أدى ذلك حتماً إلى عزوف الأفراد عن التعاقد معها، فلا يجب أن يشمل التعديل الجوانب والبنود التعاقدية المتعلقة بالامتيازات المالية للمتعاقد³ (الفرع الأول) وأن يكون وفقاً لأمر مستجدة تستدعي ذلك انطلاقاً من قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل وكلما كان هذا التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة العمومية (الفرع الثاني) فضلاً على أن يكون قرار التعديل هذا صادراً من السلطة الإدارية المختصة بذلك وإلا عد قراراً غير مشروع (الفرع الثالث) كما يجب أن يكون هذا التعديل أثناء مدة سريان العقد (الفرع الرابع) وأن لا يصل إلى حد تغيير موضوع العقد (الفرع الخامس).

الفرع الأول

وجوب عدم المساس بالإميازات المالية للمتعاقد

القاعدة العامة أنه متى اتفق طرفا العقد على سعر معين فإنه لا يصوغ لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر، ويعبر عن ذلك بمبدأ " عدم المساس بالسعر"، والذي يعتبر إحدى تطبيقات القوة الملزمة للعقد⁴. ومن ثم فإنه لا يجوز لجهة الإدارة بأي حال من الأحوال المساس بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد وإضفاء تعديلات عليها؛ والتي لولاها لما فكر إطلاقاً في التعاقد مع الإدارة⁵، إذ يجب عليها أن تراعي قدرات المتعاقد وإمكانياته المالية والفنية التي

¹ - بشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص 59.

² - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 151.

³ - إلا أن قراءة قرار 02 فيفري 1983 **union des transport publics urban et regionaux** قد توحي بأن التعديل يمكن أن يشمل الجوانب المالية، لمزيد من التفاصيل أنظر : عصام بنحسن، المرجع السابق، ص 217 .

⁴ - خضري حمزة، المرجع السابق، ص 332.

⁵ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 124 و أنظر في ذات المعنى كلا من : نسرين شريفي، القانون الإداري، دار بلقيس، الجزائر، د . س . ن، ص 182؛ أيوب بن منصور الجربوع، ضوابط

قبل على أساسها الارتباط بالعقد¹، ويفهم من ذلك أنه: يجب أن يكون التعديل الذي تجريه الإدارة مقتصرًا على الشروط التنظيمية المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العام واحتياجاته فقط، دون المساس بالشروط اللائحية المذكورة أعلاه، وإلا جاز للمتعاقد طلب التعويض أو حتى فسخ العقد في حال ما فاقت نسبة خسارته الحدود المعقولة²، وهذا القيد ليس إلا نتيجة للفكرة الأساسية ذاتها التي يقوم عليها الأساس القانوني لسلطة التعديل، والتي تقتضي ضرورة أن يتكيف العقد مع حاجات المرفق العام، حيث يستطاع في الواقع التمييز بين شروط العقد المتعلقة بتسيير المرفق وحاجاته؛ وتلك التي تتعلق بالأفضليات والميزات المعطاة للمتعاقد، وخصوصًا المزايا المالية لاتصافها بالثبات، وبالتالي فإنه لا يتم تطبيق سلطة التعديل من قبل الإدارة إلا على النوع الأول فقط دون النوع الثاني³، وهو ما نصت عليه المادة 41/10 من د.ش.إ.ع الفرنسي والتي جاء فيها: « يفترض في الأثمان الواردة في العقد أنها ثابتة إلا إذا نص العقد بأنها قابلة للمراجعة »⁴.

Le Couteur et sloan كما كرّس القضاء الإداري الفرنسي هذا المبدأ في قرار

حينما نص على أنه ليس بإمكان الإدارة أن تعدل انفراديا الثمن المتفق عليه بالعقد .

"L'administration n'a pas le droit de modifier unilatéralement le prix convenu."⁵

=سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة - دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية -، مجلة جامعة الملك سعود، فرع العلوم الإدارية، المجلد 20، عدد 01، السعودية، يناير 2008، ص 78.

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 349.

² - أنظر كلام من :

- André DE LAUBADERE, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, OP CIT, P827 .

- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 635 .

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 340 .

⁴ - عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص 121 .

⁵ - CE ,02/06/1937, Chouval, rec 546.

CE, MARS 1946, Michelin, rec, 89.

- مشار إليهما لدى: علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 252.

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فقد كرس هو الآخر هذا المبدأ، حينما قضت محكمة القضاء الإداري بأن جهة الإدارة لا تملك أو تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد، والتي يتمتع بها المتعاقد معها¹.

كما قضت من جانب آخر، المحكمة الإدارية العليا ب: ج . م . ع ، بأنه: « ... من الأمور المستقرة في العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد مع الإدارة عملاً أو خدمة لتسيير المرافق العامة أن من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المادي الذي قد يكون ثمناً للبضائع المورد أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري»².

ومما هو مستفاد من هذا الحكم، أن التعديل الذي يمكن أن تدخله الإدارة على العقد محل التنفيذ؛ لا يمكن أن يمسّ بأي حال من الأحوال بالحقوق المالية للمتعاقد كإدخال تعديلات على قيمة بنود أو فئات ووحدات العقد مثلاً، لأن ذلك في الأخير سينجر عنه زعزعة الثقة في تعامل الأفراد مع الإدارة³، وكون أن المقابل النقدي يتم تحديده بدقة عند التعاقد، فإنه لا يحق لأي طرف من أطراف العقد سواء الإدارة أم المتعاقد معها تعديله إلا من خلال الحصول على موافقة الطرف الآخر⁴، أو في بعض الأحوال المعينة التي إستثنتها الشروط العامة الملحقة بالعقود الإدارية في بعض الدول والتي أجازت لجهة الإدارة القيام بتعديل أجور السلع وأسعارها في عقود إتزام المرافق العامة مع مراعاة التوازن المالي للعقد⁵.

¹ - قرار محكمة القضاء الإداري الصادر في 1957/06/30، السنة 11 رقم 377 ص 607، مشار إليه لدى: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 340 .

² - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 232 .

³ - شقطي سهام، النظام القانوني للمحلل في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع : قانون عام، شعبة : قانون إداري، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010 - 2011 ، ص 40.

⁴ - ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص 129.

⁵ - علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 61.

غير أن ماتجدر بنا الإشارة إليه ونحن ضمن هذا الصدد، هو أنه بالرغم من تواتر آراء الفقه على عدم جواز إدخال تعديلات على المزايا المالية للمتعاقد، إلا أن هناك خلافاً واسعاً ظل بينهم، حول ما إذا كان بإمكان مانح الإمتياز ممثلاً في جهة الإدارة إدخال تعديل على الرسم بإرادتها المنفردة أم لا؟

اختلف الفقه في إجابته على هذا التساؤل، حيث ذهب الفريق الأول إلى تأييد هذه الفكرة - تعديل الرسم انفرادياً - بينما أنكر الجانب الآخر من الفقه ذلك، وعلى ضوء هاتين المعطيات ستتم معالجة هذه المسألة، على النحو التالي :

الفريق الأول : يسلم أنصار هذا الإتجاه بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم، وبالتالي الاعتراف لجهة الإدارة بممارسة مكنتها في تعديله بإرادتها المنفردة، وعلى رأسهم الفقيه **Jéze** و **Bonnard** ، حيث يريان أن عقد الإمتياز عقد مركب وذو طبيعة مختلطة، كما أنه يمكن أن يمتد تنفيذه لمدة طويلة نسبياً، ونظراً لكون الرسم الذي يدفعه المنتفعون مقابل الخدمات التي يقدمها المرفق المدار عن طريق الإمتياز كمرفق المياه، أو الكهرباء، قد يكون له انعكاس مباشر (أي قيمة الرسم) على الإقتصاد الوطني نظراً لتأثيراته على أسعار التكاليف، ونسق المبادلات والمعاملات التجارية، فإنه من حق جهة الإدارة حينئذ أن تتدخل لتعدل من قيمة الرسم بإرادتها المنفردة وذلك في إطار تدخلها في الإقتصاد الوطني، شريطة حصول المتعاقد على تعويض مجزي مباشر¹، وهو مانمىل إليه بدورنا، وذلك نظراً لما يمكن أن يشكله هذا الإجراء من ضمانة لجهة الإدارة؛ تجعلها آمنة من تقلب الأسعار والتكاليف التي يتم تسيير المرفق بها.

الفريق الثاني : ذهب أنصار هذا الفريق إلى القول بعكس ماجاء به الفريق الأول، منكرين بذلك أحقية جهة الإدارة في تعديل الرسم، على أساس أن المتعاقد كان قد تعاقد مع جهة الإدارة بغرض الحصول على بعض المزايا المالية، فلولا هذه الأخيرة ورغبته الجامحة في الحصول على الرسم من الخدمة التي يقدمها للمنتفعين، لما أقدم على هذا التعاقد

¹ - للمزيد من التفاصيل، راجع كلا من: حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 157؛ علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 253 ومابعدها؛ محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الإفرادى للعقد الإداري، المرجع السابق ، ص 64 .

إطلاقاً، وبالتالي فإنه من الواضح أن نية المتعاقد انصرفت لذلك منذ اللحظة الأولى لإبرام العقد، بما يمكن أن نعتبره - أي الرسم - من الشروط التعاقدية والتي ليس بإمكان الإدارة تعديلها إلا بعد الحصول على موافقته.

وبناء على ما ذكرناه، يتضح لنا أنه لا بد على الإدارة عندما تنوي ممارستها لسلطة التعديل الإفرادي، أن يكون التعديل الذي تجريه مقتصرًا على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق العام فقط، دون المساس بالحقوق المالية للمتعاقد وشروط العقد الأخرى الغير المتصلة بالمرفق العام التي ليس بإستطاعتها تعديلها.

الفرع الثاني

وجود ظروف مستجدة تستدعي التعديل

من المبادئ المستقر عليها في فقه القانون الإداري، والتي تحكم تنظيم سير المرافق العامة، هو مبدأ قابليتها للتغيير والتطوير، وبناء على ذلك يتعين لصحة قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري أن تستجد ظروف لاحقة لإبرامه لم تكن موجودة وقتها تستوجب قيام الإدارة بممارسة هذه السلطة¹، ومرد ذلك يتمثل في ضمان إستمرارية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإنه إذا ما تغيرت الظروف التي أبرم العقد في كنفها ولم تعد الشروط التي تقررت أثناء إبرامه مواكبة لحسن سير المرفق العام، فإنه يكون من حق الإدارة ممارسة هذه السلطة لتعديل بعض شروط العقد بما يتلائم مع المصلحة العامة؛ ووفقا لما قد يُستجَدُّ من ظروف تستدعي التعديل²، أما إذا لم تتغير الظروف فإنه ليس باستطاعة جهة الإدارة إجراء أي تعديل لأن الإعتراف بخلاف ذلك يعتبر تهرباً من جهة الإدارة عن تأدية التزاماتها الناشئة عن العقود التي سبق إبرامها³.

وفي مدلول تغير الظروف يرى **علي عبد العزيز الفحام** أنه: « لا يمكن اعتبار سلطة التعديل كأنها سلطة تقديرية للإدارة، تمكنها عندما تشاء من أن تتخلص من التزاماتها التعاقدية ولكن استعمال هذه السلطة يفترض أن تغيرات في الظروف قد حدثت، وأن تلك

¹ - محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 313 .

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 43.

³ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 446 .

الظروف تبرر استعمال حق التعديل، وبذلك يمكن القول أن مفهوم تغير الظروف له وظيفة معروفة في نظرية العقود الإدارية¹.

ولكن ماذا إذا لم تتغير الظروف، ومع ذلك رأت الإدارة أنها قد أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، فهل يكون لها أن تقوم بتعديل العقد انفراديا بما يمكن أن يتفق ومقتضيات سير المرفق محل العقد أم لا ؟

ظهر في المسألة رأيان رأي منكر وآخر مؤيد، ولقد كان ثروت بدوي أول الرافضين لهذه الفكرة، وذهب إلى الإجابة بالنفي، حيث لاحظ أنه : يتوجب على جهة الإدارة تحمل الخطأ الذي وقعت فيه، لأنها لا تستطيع أن تتدارك خطأها وتفرض على المتعاقد معها تعديل العقد لتلبية احتياجات الجماعة بصورة أفضل، إذ كان يتوجب عليها دراسة مشاريعها بصورة كاملة، وذلك قبل عرضها على المتعاقد معها².

ويستطرد قائلاً : ليس بإمكان جهة الإدارة ممارسة سلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري إلا إذا ما أستجبت ظروف بعد عملية إبرام العقد تستوجب ذلك، ومن ثمة فإن هذه الفكرة تصلح كشرط لاستعمال سلطة التعديل أكثر منها أساسا لهذه السلطة³.

وفيما عدًا ذلك، يُسلم ثروت بدوي بأن فكرة السلطة العامة وما تتمتع به الإدارة من امتياز اتخاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها وامتياز تنفيذها بطريقة جبرية إذا لم ينفذها الأفراد إختياريا، هي التي تجعل سلطة التعديل سلطة فعلية لها أثارها العملية، فالإدارة بمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، من شأنها أن تدخل تعديلات على شروط العقد، وتجعلها نافذة من تلقاء نفسها رغما عن المتعاقد ولو كرها، إبتغاء تحقيق المصلحة العامة⁴.

ويوافقه مهند مختار نوح الطرح بقوله: « إن سلطة التعديل الإنفرادي ميزة إستثنائية تتمتع بها الإدارة، وقد تم تخويلها لها لغرض مجابهة ظروف طارئة وغير متوقعة في أوضاع المرفق الذي يتصل به العقد، وإن سوء تقدير أوضاع المرفق لا توازي إطلاقا الظروف

¹ - علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 270.

² - أنس جعفر، المرجع السابق، ص 223.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 240.

⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 144 .

الطارئة التي تمر بالمرفق، وأن القول بغير ذلك، وإعطاء الإدارة مكنة التعديل بسبب خطأ مردود عليها، يمكنها من الاستفادة من خطئها مما يخالف القاعدة الأصولية (لايُضَعَى إلى قول من يستفيد من سوء عمله)، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى مخالفة قواعد حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، التي حرص القضاء الإداري على صيانتها وتكريس مبدئها¹. كما وقد أكد صحة ذلك، بعض الفقهاء الفرنسيين، بالقول على أن التعديل الإفرادي للعقد الإداري رهين بغاية التكيف مع الظروف الجديدة، وبالتالي فإذا ما حاولت الإدارة إنتهاك القوة الإلزامية لبنود العقد فإنها سوف تتحرف عن المسار الصحيح بدون أدنى شك².

غير أن هذا الرأى قد لاقى العديد من الإنتقادات والتي من جملتها تعقيب سليمان محمد الطماوي والذي علق عليه قائلا : « إن هذا الرأى يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير، والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين، وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، وسواء أكانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تتمكن من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة...»³.

ويؤيده في ذلك محمود خلف الجبوري بقوله أن: تقدير مقتضيات سير المرافق العامة بالرغم مما فيه توسيع لسلطة التعديل التي تمتلكها الإدارة في العقد، فإنه لا يخل بمشروعية التعديل ما دام أنه يستجيب للقواعد التي تنظم وتحكم المرافق العامة فتغير الظروف ليس شرطا لازما للتعديل وإنما هو شرط يمهد للتعديل الذي إما أن يكون ضروريا حسب ما يستجد من متغيرات بقدر ما تزيد الإدارة الأدلة من مواصفات جديدة على العقد بما قد ينعكس ذلك على إحداث تغييرات اقتصادية على العقد وقد لا يكون ضروريا⁴.

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 134.

² - هنادي فوزي حسين، المرجع السابق، ص 201 .

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 444 .

⁴ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 153 .

هذا ولقد أخذ كل من القضاء والتشريع بالرأي الأول، حيث جرت المحكمة الإدارية العليا بـ.ج.م.ع في العديد من أحكامها على أن يكون التعديل الذي تجريه الإدارة على العقد الإداري يستهدف تحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في ظل الظروف الجديدة، والتي لم تكن قائمة وقت إبرام العقد، وعليه فإنه إذا لم يثبت أن الظروف التي تدعي الإدارة أنها قد استجبت وكانت موجودة أثناء إبرام العقد أو أن الإدارة تسعى لتحقيق مصالحها الخاصة دون أن تستهدف من التغيير تحقيق المصلحة العامة فإن للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء لإقتضاء التعويضات المناسبة التي مسته جراء ذلك¹.

كما نصت المادة **136 / 07** من المرسوم الرئاسي رقم **15 / 247** على أنه: « بإمكان المصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها ... شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي إستدعت هذا التمديد، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق **03** أشهر والكميات بالزيادة، نسبة **10 %** في المائة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة **139**»².

وفي رأينا، نرى وبتحفظ أنه من حق الإدارة تعديل العقد إنفرادياً دون التقييد بهذا الشرط، وذلك لتنافيه مع مبدأ قابلية المرافق العامة للتطوير والتغيير، والتي تعد إحدى أوجه الضمان المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وهو بصدد تنفيذه للعقد، وسواء كان هذا التعديل في تقديرها لمتطلبات المصلحة العامة مبنياً على خطأ من جهتها أم لا، فإنه يبقى من حقها تعديل العقد طالما كان يتماشى هذا الأخير هو والصالح العام، وذلك حتى يتحقق لها وجه الضمان المرجو أعلاه.

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

² - ولقد جاء في نص المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المشار إليها أعلاه أنه : « لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا، نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة، ويخضع الملحق للرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه . »

الفرع الثالث

وجوب احترام قواعد المشروعية أثناء ممارسة سلطة التعديل الإفرادي

استقرت أحكام القضاء الإداري على أنه لا يحق لجهة الإدارة إجراء أية تعديلات على شروط العقد إلا إذا اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل، ذلك أن هنالك بعض القواعد الخاصة بالنظام القانوني للعقود الإدارية، قد تم وضعها عن طريق القوانين واللوائح المتعلقة بهذا النوع من العقود، فإذا ما قامت الإدارة بالمساس فيها وإضفاء تعديلات عليها فإنها سوف ترتكب خرقاً لمبدأ المشروعية¹.

وبناءً على ذلك، وحتى لا يشكل إستعمال الإدارة لحقها في تعديل العقد الإداري خطأ فإنه يتعين عليها ممارستها في إطار المبادئ العامة للمشروعية الإدارية².
وباعتبار قرار التعديل الصادر عن جهة الإدارة قراراً إدارياً، فإنه يتعين أن تتوافى فيه مقومات وأركان هذا الأخير، من حيث صدوره عن جهة مختصة بإصداره وفقاً للأشكال والإجراءات المقررة في القوانين واللوائح، والتي ينبغي أن يكون قرارها موافقاً للأنظمة النافذة³، كما لو أوجب المشرع على جهة الإدارة عرض التعديل على لجنة إستشارية أو مجلس الدولة⁴، وفي ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول بأنه : « ... ومن حيث أن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته تتعدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة وما قد يطرأ من التعديلات، وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة، إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من يناط بهم قانوناً هذا الإختصاص ... »⁵.

¹ - مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 138.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، المرجع السابق، ص 116.

³ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 164.

⁴ - وفي ذلك نصت المادة 139 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 على أنه : " لايجوز إضافة أو حذف أو تعديل أي شرط أو مادة في الاشتراطات العامة أو الخاصة التي يتعين إقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وبموافقتها".

⁵ - قرار المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 845 لسنة 39 ق، جلسة 1980/01/22 أورده كل من: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 247، مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 445.

ويشير محمد سليمان الطماوي ضمن هذا الصدد إلى أنه: « في الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، يجب عليها أن تحترم في إجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية **le principe de la legalite administrative** فيصدر التعديل من السلطة المختصة بإجرائه، ووفقا للإجراءات الشكلية المقررة بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم خلافا للقواعد المقررة »¹.

ومن جانبٍ آخر، فإنه يتعين على جهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطتها في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، أن يستهدف التعديل الذي تجريه على شروط العقد تحقيق الصالح العام²، وإلا جاز للمتعاقد المطالبة بإبطال العقد لمخالفته أحكام القانون، والطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري، إذا ما أمكن تطبيق نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة أو باللجوء إلى القضاء الكامل³، و إثبات العيوب التي انطوى عليها هذا الأخير والتي من جملتها عيب السبب، وعيب مخالفة قواعد الاختصاص⁴.

الفرع الرابع

وجوب صدور قرار التعديل خلال فترة سريان العقد

وتقتضي ضرورة هذا الشرط كأحد الشروط التي ينبغي على جهة الإدارة مراعاتها وهي بصدد ممارستها لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، أن تمارس الإدارة سلطتها هاته خلال الفترة الزمنية لتنفيذ العقد، والمقصود من ذلك، أن يصدر قرار التعديل خلال هذه

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 445 .

² - وحول ضرورة أن يهدف التعديل الذي تجريه الإدارة على شروط العقد الإداري إلى تحقيق المصلحة العامة، قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه: « ... لا يقيد سلطة الإدارة في تعديل العقد سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة ... » ، قرارها في الطعن رقم 156 لسنة 35 ق جلسة 1992/04/28، أورده : هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 871 .

³ - خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص 99 ؛ سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 50.

⁴ - وهنا تثار مشكلة توزيع الاختصاص بين الإدارات المعنية، فعندما يكون الاختصاص بالتعاقد من صلاحية جهة ما فإنه لا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل لاحق على ذلك العقد، ولو تعلق الأمر بشؤونها المالية فإنها تفوض بذلك من قبل الإدارة المتعاقدة كما أن السلطة الرئاسية للإدارة المتعاقدة لا تعطى صلاحية الحل محل الإدارة المتعاقدة وتجري تعديلات على العقد المبرم من قبلها لان الحل لا يكون إلا بقانون، للمزيد من التفاصيل أنظر: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 154 .

الفترة أو المدّة الفعلية وليس المدة الزمنية التي يتضمنها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد، لأن المتعاقد قد يتأخر في التنفيذ¹، وبالتالي تملك الإدارة حق التعديل حتى انتهاء التزامات المتعاقد؛ وذلك فقا لما تحدده الشروط المنصوص عليها في دفاآر الشروط الإدارية، فالعقد متى انتهى تنقضي معه التزامات المتعاقد مع الإدارة، وأن محاولآها إدخال أي تعديلات سيكون بمثابة تعاقد جديد، باعتباره امتدادا لعقد قائم بالزيادة في التزامات المتعاقد أو إنقاصها، ومن ثم فان أي طلب لتعديل عقد انقضى هو طلب وارد على غير محل².

وفي هذا الصدد؛ قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد الأحكام القضائية الصادرة عنها أنه: «... من الطبيعي أن يكون استعمال الإدارة لهذا الحق في الوقت المناسب سواء كان التعديل بالزيادة أم النقصان حتى يتمكن المقاول من تنفيذ الأعمال الإضافية المطلوبة أو عدم تنفيذ الأعمال التي طلب منه حذفها من العملية، ومن ثم لا يجوز طلب انقاص الأعمال في وقت كان المقاول قد أتم فيه جميع الأعمال المطلوبة منه...»³.

وهو مانصت عليه المادة 78 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لسنة 1998 والتي جاء فيها: «... يجب في جميع حالات تعديل العقد أن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد».

كما لم يغفل المشرع الجزائري بدوره هو الآخر عن ذلك، بتضمينه هذا الشرط في قانون الصفقات العمومية، والنص عليه بموجب نص المادة 138 ف (1) من المرسوم الرئاسي رقم 147/15 والتي جاء فيها ما يلي: « لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية »⁴.

¹ - أيوب بن منصور الجربوع، المرجع السابق، ص 89 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 248.

³ - قرارها في الطعن رقم 556 لسنة 31 ق، جلسة 1986/03/01، أشار إليه : هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 886 .

⁴ - غير أن هذا الحكم لا يطبق في الحالات التالية:

✓ عندما يكون الملحق في مفهوم المادة 136 من نفس المرسوم عديم الأآر المالي ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

✓ إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا يعتبر أو أدى الى تأخير الأآل التعاقدى الأصلي.

الفرع الخامس

وجوب إقتصار التعديل على موضوع العقد

لما كان أساس سلطة التعديل يقوم على فكرة المرفق العام؛ وما يتطلبه هذا الأخير من مستلزمات تكفل سيره، وكان استعمال الإدارة لهذه السلطة مقتصرًا على الشروط المتعلقة باشباع الحاجيات العامة، فإنه لا يجوز بحال من الأحوال لجهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطة التعديل أن تؤدي بذلك إلى تغيير موضوع وطبيعة العقد أو محله بما يختلف عن المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف أثناء إبرامه¹، فلا يجب أن يؤدي التعديل إلى جعل المتعاقد أمام عمل جديد لا صلة له بموضوع العقد الأصلي، بحيث يعني ذلك طلب أعمال جديدة ما كان ليقبلها لو عرضت عليه أثناء إبرام العقد²، كأن تأمر منه ببناء مركز جامعي أو مركز للتكوين المهني بدل سكنات إجتماعية لاختلاف تصاميم كل منهما، إذ أنه كان قد اتفق مع الإدارة على معاونتها في موضوع معين - بناء سكنات إجتماعية - وهو ما يجعله يلتزم ببذل هذه المعاونة على أوسع مدى في إطار موضوع العقد، كما أنه لم يقبل

✓ إذا لم يكن من الممكن، وبصفة استثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، في الأجل التعاقدية، ويمكن إبرام هذا الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، لكن ومهما كان الأمر، قبل إمضاء الحساب العام والنهائي.

¹ - نصت المادة 29 من د، ش، إ، ع، ج على أنه: «عندما يرثي دون إجراء تغيير في موضوع الصفقة ضرورة تنفيذ الأشغال غير المدرجة في الجدول أو في التسلسل، أو تعديل منشأ الأدوات كما هي مبينة في دفتر الشروط الخصوصية، يعتمد المقاول فوراً إلى تطبيق أوامر المصلحة التي يتلقاها بهذا الشأن ويجرى بدون تأخير تحضير الأسعار الجديدة، وذلك بالاستناد لأسعار الصفقة أو بما يماثل الأشغال الأكثر مطابقة وفي حالة عدم الإمكانية المطلقة للمائلة تجرى المقارنة على الأسعار المألوفة في البلد.»

² - أحمد محيو، المرجع السابق، ص 383؛ أيوب بن منصور الجربوع، المرجع السابق، ص 87؛ محمد سليمان نايف شبير، المرجع السابق، ص 320.

- من بين الأشغال التي إعتبرها مجلس الدولة الفرنسي " أعمالاً جديدة " خارجة عن نطاق العقد الأصلي، مايلي :

✓ الأمر بأشغال تختلف نهائياً عن تلك الأشغال المتفق عليها مسبقاً في العقد أثناء إبرامه، وفي مكان يبعد عن موقع تنفيذ الأشغال الأصلي بـ 3 كيلومترات .

✓ الأمر بتنفيذ أعمال ترميم وصيانة، في حين كان موضوع العقد الأصلي يتضمن القيام بإنجاز قنوات لمياه الصرف الصحي.

✓ الأمر بأعمال جديدة تتمثل في صيانة وترميم طرق عامة بالرغم من عدم احتواء دفتر الشروط الأصلي على ذلك، لمزيد من التفاصيل يراجع : عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص 127 .

التعاقد مع الإدارة إلا على أساس إمكانياته المالية والفنية¹، لذا ينبغي عليها مراعاة الدقة لمعرفة ماذا تريد من التعديل على النحو الذي لا يفضي الى الدخول في موضوع جديد للتعاقد².

ولقد عبر م. د. ف عن هذا القيد في العديد من القرارات والأحكام القضائية الصادرة عنه، ورتب على خرقه أثرا خطيرا؛ يتجلى في منح المتعاقد حق المطالبة بالفسخ، ومن ذلك قراره الصادر بتاريخ 1914/07/01 والذي جاء في منطوقه بأن المتعاقد له: «الحق في الاحتجاج بأن موضوع العقد كما هو ناتج عن التوقعات المشتركة لطرفيه أثناء تقديم المناقصة، يختلف عما فرضته الإدارة من أشغال أثناء سير التنفيذ، وعليه يكون هناك مبرر لفسخ العقد»³.

كما قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بأن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ليست سلطة مطلقة بل هي مقيدة بنصوص العقد التي تكون متعلقة بتنظيم وتسيير المرفق العام، واستطردت قائلة: «... يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد وسلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية ومنها عقود التوريد إلا أنها ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته»⁴.

¹ - شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 41 .

- أو كأن تطلب منه توريد مستلزمات مكتبية بدل مواد غذائية.

² - عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص 38.

³ - C.E.01/07/1914 Monim.R.p.801.

- مشار إليه لدى : عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص 135 .

⁴ - قرار محكمة القضاء الإداري المصري رقم 741 صادر بتاريخ 1970/03/22، أشار إليه: علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 238.

كما قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في قرار حديث آخر صادر عنها بتاريخ 2004/04/30 أن : «... سلطة التعديل ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها ومن هذه القيود مايتصل بمقدار أو نطاق التعديل إذ يتعين أن تكون هذه الاعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد، بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن تكون من شأنها أن تقلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب، أو تغيير موقع العملية بعد أكثر سنة على التعاقد ورفض جهة الإدارة أن تتحمل مايرتبه الموقع الجديد من نفقات وتكاليف تختلف عن الموقع الأصلي يجيز للمتعاقد فسخ العقد ومطالبة الجهة

وعلى الصعيد التشريعي، فقد نصت المادة 20 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي أيضا؛ والتي جاء فيها أنه: « في حالة ظهور صعوبات تقنية غير متوقعة، وغير ناتجة عن فعل أطراف العقد، أو بسببهم، ففي هذه الحالة يلزم وضع ملحق أو قرار متابعة للعقد ... وفي جميع الحالات يجب ألا يترتب على وضع ملحق العقد قلب إقتصاديات العقد، وأن لا يترتب عليه تغيير موضوع العقد»¹.

كما نصت المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 في الفقرة الخامسة على أنه: «مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن صفقة، ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها»².

وإضافة لما سبق، فإنه يجب أن يكون التعديل الذي تدخله الإدارة على شروط العقد جزئيا بحيث لا يجب أن ينصب على جميع الشروط التعاقدية، ذلك أن التعديل الكلي وإن كان يطلق عليه مجازا بالتعديل، إلا أنه في واقع الأمر عقد جديد مثلما ألمحنا إليه سابقا، يمكن أن يصادف المتعاقد، دون أن يكون لإرادته دور في ذلك، وفي هذا إجماع للمتعاقد على تنفيذ عقد يفوق طاقاته وإمكانياته الفنية والمالية، الأمر الذي يجعل من تنفيذ العقد شبه مستحيل³.

=الإدارية بكافة النفقات وما فاتته من كسب ومالحقه من خسارة من جراء عدم تنفيذه للعملية بسبب يرجع إلى خطأ الجهة الإدارية»، قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6456 لسنة 46 ق، جلسة 2004/04/30، مشار إليه لدى: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 864.

¹-En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. Art 20 Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marchés publics www.legifrance FR dernière modification du texte le 12/01/2016.

²- المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

³-C.E.6 mai 1991.Syndicat intercommunal du Bocage .Rec.Leb.P.170.

- مشار إليه لدى: وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 553.

كان هذا بخصوص أهم الضوابط والإجراءات التي يجب على الإدارة مراعاتها أثناء ممارستها لسلطة التعديل الإفرادي، فما هي أهم مظاهر وصور الضمان التي تتخذها هذه السلطة على الطوائف الرئيسية للعقود الإدارية ؟

المطلب الثاني

دراسة تطبيقية لسلطة الإدارة القانونية

في تعديل عقد الأشغال العامة وعقد إمتياز المرفق العام وعقد التوريد

من المسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها إحتياجات المرافق العامة، وما تمليه هذه الأخيرة من متطلبات تكفل سيرها بانتظام واضطراد وذلك تحقيقا للصالح العام، فهي بذلك ليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة الإدارية التي تتمتع بها جهة الإدارة وحسب، وإنما نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري¹.

و بموجب هذه السلطة يكون بإمكان جهة الإدارة تعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو نقصانا في التزامات المتعاقد معها²، بغض النظر عما إذا كان العقد عقد أشغال عامة أو عقد توريد أو عقد إمتياز، على أن لا يتعدى التعديل حدودا معينة، كما أنه بإمكانها تعديل الجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، ودون أن يكون للمتعاقد معها الحق في الإحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص، كون أن هذا الحق والمقرر لجهة الإدارة يجد أساسه بالضرورة في قواعد تنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد وقابليتها للتعديل والتغيير، وعليه فإن الإعتراف للإدارة بهذا الإمتياز ما هو إلا تغليب للمصلحة العامة ومتطلبات سير المرفق العام على حساب الطابع الإلزامي للعقد، كما أنه ضمان شرع لمصلحتها لكي تستطيع من خلاله مواجهة المتعاقد معها.

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005، المرجع السابق، ص 443 .

² - على أنه يجب أن يرد التعديل في هذه الحالة على مقدار الالتزامات و ليس على نوعها كما أشرنا إلى ذلك آنفا دون المساس بالمزايا المالية للمتعاقد.

ولقد ضبط المشرع الجزائري عملية التعديل والصور التي تتخذها هذه السلطة بالنسبة لبعض أنواع العقود الإدارية، وخاصة عقد الأشغال العامة؛ وذلك بإمكانية تدخل الإدارة المتعاقدة في إضفاء التعديلات اللازمة والضرورية على عقد الأشغال العامة خاصة والعقود الأخرى عامة، والتي تنطبق عليها أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية؛ وذلك من خلال آلية الملحق المنصوص عليها في المادة 135 و التي سبق وأن أشرنا إليها في هذه الدراسة، وأيضا من خلال التنظيم كالمرسوم التنفيذي رقم 434/91¹، وكذا د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العامة².

ومن هذا المنطلق لابد من إبراز أهم المظاهر والصور التي يمكن أن تتخذها سلطة التعديل الإفرادي على كل من عقد الأشغال العامة (الفرع الأول) وعقد الإمتياز الإداري (الفرع الثاني) وعقد التوريد الإداري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مظاهر و صور سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة

تهدف عقود الأشغال العامة كما أشرنا إليه آنفا إلى قيام المتعاقد مع الإدارة - المقاول - بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار ما لحساب شخص معنوي عام قصد تحقيق منفعة عامة، ويعتبر عقد الأشغال العامة من أبرز العقود الإدارية التي تتجلى فيها مظاهر سلطة التعديل بصورة أوسع مما هو عليه في العقود الأخرى، بالنظر إلى الطابع الخاص الذي يتميز به هذا النوع من العقود وكثرة التفصيلات الواردة في فقرات دفا تر الشروط الملحقة به ومراحله المتعددة التي يمر بها³، وكذا لاستغراقه مدة زمنية أطول في

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 12 جمادى عام 1412 الموافق لـ 9 نوفمبر سنة 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج عدد 57.

² - المادة 28، 29، 30، 31 من د.ش.إ.ع.

³ - وهو ما أبرزته محكمة القضاء الإداري المصرية في قرارها الصادر بتاريخ: 1957/06/30 والذي جاء فيه: «... وسلطة التعديل، وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية، بما فيها عقود الأشغال العامة، فإنها تبدو في أبرز مظاهرها فيما يتعلق بالعقد المذكور اعتبارا بان جهة الإدارة هي صاحبة الإختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال...»، أورده الدكتور سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، 460، وللتفصيل في الموضوع أكثر، أنظر: كمال العطاوي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، الوادي، جانفي 2018.

تنفيذه، وما يمكن أن يرافقها من تغييرات في الأسعار والمواد المستخدمة في عملية تنفيذه، فضلا عما يكلفه لخزينة الدولة من مبالغ مالية ضخمة مرصودة له قصد إنجازه.

ونظرًا لأن الإدارة تسهر بدورها على حماية وتحقيق المصلحة العامة، فإنه ليس باستطاعتها التحلل من هذا الواجب ما يدفعها إلى البحث عن أفضل الأساليب الفنية والوسائل القانونية التي ترمي إلى تحقيق هذا الهدف¹، حيث تمارس الإدارة هذه السلطة باعتبارها **(صاحب العمل)** فتحفظ دائما بصلاحيه تنظيم المرفق²، و ذلك لضمان سيره بانتظام واضطراد، حيث يكون تدخل الإدارة بخصوص هذا الشأن بمقتضى أوامر مصلحة لتحديد أوضاع تنفيذ العقد.

هذا ولقد لاقت سلطة التعديل لعقد الأشغال العامة ترحيبًا واسعًا من الفقهاء كما بيناه سابقا من مؤيد ومقيد، فإذا كانت مواقف الفقهاء قد تباينت في مجملها بشأن مدى وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، إلا أن هناك إجماعًا على مدى وجود هذه السلطة في عقد الأشغال العامة، فحتى الفقيه **G. jeze** والمعروف بإنكاره لهذه السلطة، قد اعترف بها هو الآخر في عقدي الأشغال العامة والإماتياز مستثنيا في ذلك أحقية جهة الادرة في ممارسة سلطة التعديل على باقي العقود الإدارية الأخرى³.

وعلى ضوء ذلك، حرصت مختلف التشريعات المقارنة على تضمين أحكامها نصوصا تنظيمية كما أشرنا إليه أعلاه بخصوص موضوع سلطة التعديل الإفرادي في عقد الأشغال العامة وعنيت بذلك، حيث نصت كل من الفقرة الرابعة والخامسة من المادة 12 من د.ش.إ.ع.ج على أنه : « يجب على المقاول تنفيذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه بدقة، كما يجب عليه أن يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة والتي لا يثبت حصولها إلا بموجب أمر صادر عنهما »⁴.

¹ - ربيعة سبكي، المرجع السابق، ص 79 وما بعدها .

² - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 140 .

³ - محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - الفقرة 04 من المادة 12 من د . ش . إ . ع . ج .

وغالبًا ما ينصب التعديل الإفرادي الذي تدخله الإدارة المتعاقدة على شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة على الجوانب التالية:

- التعديل في مقدار وحجم التزامات المقاول (التعديل الكمي).
 - التعديل في طرق ووسائل التنفيذ (التعديل النوعي).
 - التعديل في مدة التنفيذ (التعديل الزمني).
- أ - التعديل في مقدار التزامات المقاول

تستطيع جهة الإدارة بما لها من سلطة عامة ومركز سيادي منحه لها المشرع تعديل التزامات المقاول وكميات العمل الواردة في عقود الأشغال العامة، ويمكن أن ينصب التعديل الذي تدخله الإدارة المتعاقدة على مقادير العمل بما في ذلك الأعمال الإضافية¹ مادامت المصلحة العامة تتطلب ذلك، حيث تستطيع الإدارة أن تأمر المتعاقد بزيادة أو إنقاص حجم الأشغال المتفق عليها خلاف ما تم النص عليه بالعقد وذلك بمقتضى أمر مصلحي، شريطة أن يرد التعديل على مقادير الالتزامات وليس على نوعها - بمعنى أن تكون الأعمال الإضافية المشار إليها أعلاه من ذات جنس ونوع الأعمال الأصلية - مع مراعاة القدرات المالية والفنية للمتعاقد؛ والتي على أساسها قبل التعاقد مع الإدارة².

¹ - ويقصد بالأعمال الإضافية تلك الأعمال التي لم تظهر في العقد ولكن قائمة الأسعار توقعتها وقامت بتحديد أسعارها مسبقاً، أما بالنسبة لفكرة الأعمال الجديدة فهي تلك الأعمال الغريبة عن الأعمال التي تضمنها العقد الأصلي والتي لا تربطها أية صلة بها على الإطلاق، أو تلك الأعمال التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي نص عليها العقد، ويكمن جوهر التفرقة بين الحالتين في الثمن ففي الحالة الأولى يقدر الثمن إستقلالاً عن الثمن المتفق عليه في العقد، في حين يقدر الثمن في الحالة الثانية على أساس السعر الوارد في العقد.

- ويميز الفقه الحديث بهذا الصدد بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة، باعتبار أن الاعمال غير المتوقعة هي أعمال لم تظهر وقت العقد، غير أنها ليست غريبة عنه، غير أن ذلك لا يمكن أن يعطينا معياراً دقيقاً للتمييز بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة، فكلاهما أعمال لم تظهر في العقد ابتداءً، لكنهما يختلفان في تحديد سعر كل منهما، ففي حالة الاعمال غير المتوقعة يتم تحديد الثمن استقلالاً عن الثمن المتفق عليه بالعقد، أما في حالة الأعمال الإضافية يتم تقدير الثمن على أساس السعر الوارد في العقد، للمزيد من التفاصيل أنظر كلا من : رياض عيسى، أحكام العقود الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة الحقوق، المجلد 11، العدد 04، الكويت، 1987، ص 117 - 128، شمس الدين قاسم الخزاعلة، إشكاليات تنفيذ الأوامر التعبيرية في عقود الفيديك وآليات تسويتها، ط 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2016، ص 45 وما بعدها .

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 349؛ علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 218.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد في أحد الأحكام الصادرة عنه جاء فيه: «... من حق الإدارة أن تفرض على المقاول الزيادة في الأشغال المعهود إليه القيام بها»¹.

أما على الصعيد التشريعي، فقد نصت المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات المصري رقم 89 لسنة 1998 على أنه: «... يحق لجهة الإدارة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة والنقصان في حدود 25 % بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك...».

وأوضحت المادة 82 من ذات اللائحة أن المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعاً لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والأثمان التي تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلاً، سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الواردة في المقاييس أو الرسومات، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقاييس الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقاً لأحكام العقد، ويجب في جميع الحالات ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه².

أمّا في الجزائر، فقد تناولت كل من المادتين 30 و 31 من د.ش.إ.ع النسب المقررة قانوناً للإدارة فيما يخص تعديل حجم الأشغال على أن لا يتجاوز التعديل المفروض في حالة الزيادة أو الإنقاص نسبة 20% بالمائة من قيمة الصفقة الإجمالية بالأسعار الأولية وبنسبة 50% بالمائة فيما يخص الصيانة أو التصليح ويكون ذلك في حالة الزيادة في حجم الأشغال، و35% بالمائة في حالة النقص من جملة الأشغال، ولا يجوز حينئذ للمقاول رفع أية مطالبة إذا ما طابقت هذه الإضافات النسب المقررة لها³، كما نصت المادة 32 على

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها.

² - المادة 82 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

³ - في حالة ما تجاوزت الزيادة أو النقصان النسب المئوية المحددة المذكورة أعلاه أجاز المشرع للمقاول رفع طلب بالتعويض على أساس الضرر الذي ألحقته به هذه التعديلات المدخلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع وفي حالة التفاهم الودي يجرى التعويض من قبل المحكمة الإدارية دون الإخلال بحق الفسخ الفوري، المادة 31 من د.ش.إ.ع.ج .

أنه في حالة ما تضمنت الصفقة تفصيلات تقديرية لتبيين أهمية مختلف أنواع الأشغال، و عندما ما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة و الناتجة عن ظروف ليست من فعل المقاول أو خطأ ناجم عنه طبيعة الأشغال بشكل مختلف بحيث إذا صارت الكميات الواردة في المقادير بما يفوق 35% بالمائة مختلفة سواء زيادة أو نقصانا عن المقادير الواردة في التفصيل التقديري فإنه باستطاعة المقاول حينئذ أن يقوم كذلك في هذه الحالة وعند انتهاء الحساب المطالبة بالتعويض مرتكزا في ذلك على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الصدد في احتياطات المشروع، إلا أنه ليس بإمكانه الإدعاء بالتعويض بمناسبة تنفيذ أنواع الأشغال غير المبينة في التفصيل التقديري والتي ورد النص على أسعارها في الصفقة¹.

هذا ويبقى الغرض الرئيسي والوحيد من تحديد المعدلات التي يمكن لجهة الإدارة إدخالها على عملية تنفيذ ع، أ، ع هو ضرورة إبقاء العقد قابلا للتنفيذ، و إلا تعلق الأمر بعقد جديد وجب إبرامه وفق شروط جديدة، وذلك راجع لعدة إعتبارات منها أن الإدارة هي صاحبة الإختصاص الوحيد الذي يسهر على ضمان سير المرفق العام بانتظام وإضطراب، و أنها هي الأدرى بمتطلباته وضرورياته بما يوائم تحقيق المصلحة العامة، ما يخول لها إدخال جميع ما تراه ضروريا لذلك بما في ذلك طريقة ووسيلة التنفيذ كما سيتم التعرض له².

ب - التعديل في طرق و وسائل التنفيذ

إذا كان بإمكان الإدارة أن تعدل في عقودها الإدارية من حجم الأداءات المطلوبة زيادة و نقصانا، فإن هذا المظهر لسلطة الإدارة في التعديل يُمكنُها من إستكمالها بمظهر سيادي آخر وهو أن تقوم بإدخال تعديلات على طريقة ووسائل تنفيذ الأداءات المطلوبة من المقاول؛ بإتباع أسلوب معين في التنفيذ على خلاف الأسلوب المتفق عليه في العقد، ذلك أن هناك العديد من الصعوبات و الأسباب التي تفرض نفسها بقوة على الإدارة ذاتها بما

¹- أنظر المادة 32 من د . ش . إ . ع . ج .

²- شريطة إحترام طبيعة العقد الأصلي، دون تحويل التعديل العقد الأصلي إلى عقد آخر، سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 467.

يستدعي إدخال بعض التغييرات على شروط العقد؛ كحدوث صعوبات مادية أو ظروف فنية مستجدة وغيرها، أو لأسباب تتعلق بالأمن العام.

فأوضاع ووسائل التنفيذ حتى إذا كان غير منصوص عليها في العقد فإنها تدخل ضمن سلطة الرقابة بمفهومها الواسع والتي تمارسها الإدارة على مقاول الأشغال العامة، فإذا ما اتضح للإدارة من قبل مهندسها بعد مباشرة الأشغال بأن الموقع غير صالح لإقامته جاز للمهندس أو الجهة المكلفة بمتابعة صاحب المشروع أن تأمره بتغيير مكان التنفيذ بعد أخذ رأيه وإن كان هذا الأمر قبل الحدوث¹.

وعلاوةً على ذلك، يمكن للتعديل أن يطال حتى نوعية المواد المستعملة سواء كانت مواد بناء أو ترصيص أو أي شيء آخر، لأن الغاية من ذلك كله تبقى هي إستعمال مواد من النوعية الممتازة المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة وطنياً وعالمياً والتي تستجيب للمتطلبات المسطرة في دفتر الشروط العامة².

كما تبقى الغاية من تخويل الإدارة هذه الإمكانية؛ هو ضرورة تدارك الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية وإصلاحها أثناء فترة تنفيذ العقد، والتي قد تتسبب عن إنجاز

¹ - وعلى ذلك يبقى من شأن الإدارة وعلى سبيل المثال لا الحصر تغيير مواقع العمل إذا ما اكتشف مهندسوها عدم صلاحية الأرضية المعدة لإنجاز المشروع كأن تجد طبقة صخرية صلبة تعيق ذلك، أو باكتشاف وجود شبكة لمياه الصرف الصحي تمر بمحاذاة موقع التنفيذ.

- على أننا نجد وفي مقابل ذلك أن مجلس الدولة المصري لا يصنف موقع التنفيذ ضمن وسائل وطرق التنفيذ، ومن ثم يتعذر على جهة الإدارة إضفاء تعديل عليه لخروجه عن النطاق الجائز له قانوناً، ولأنه من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد، حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى القول: «... إن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إلى موقع التنفيذ لخروجه عن النطاق الجائز لها قانوناً فهو من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسابه وتقديره، ومن ثم فلا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد، وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مكانه الأصلي إلى مكان آخر يبعد عنه 40 كلم يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقدره للإدارة»، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 984، بتاريخ 1973/11/18، مشار إليها لدى: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 866، ولمزيد من التفاصيل بخصوص هذا الشأن؛ أنظر كلا من: رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص 207؛ خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 163؛ علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 225.

² - أنظر الصفقات العمومية و امتيازات التعديل: [http:// www.droit-marocblogspot.com/ 2012/ 05 blog post 1680.html](http://www.droit-marocblogspot.com/2012/05/blog-post/1680.html), voir le 24/03/2016.

المشروع قبل إخراجهم إلى حيز الوجود وهو دون المستوى المطلوب، مما قد ينجر عنه تذيير للمال العام وخسائر اقتصادية فادحة¹.

وتفادياً لذلك، وحتى تصل الإدارة إلى الدقة والعناية المطلوبة في تنفيذ وإنجاز مشاريعها؛ يبقى من شأنها التدخل عندما يبدأ المتعاقد في تنفيذ العقد لتفرض عليه إستعمال وسائل وأليات أكثر تطوراً وحدائثاً والتي تسمح ببلوغ نتائج مرضية ترقى إلى المستوى المطلوب وذلك مسايرة للتقدم وإحتياجات المرفق العام².

ج - التعديل في فترة التنفيذ

لا تقتصر سلطة التعديل الانفرادي على تعديل مقدار الالتزامات التعاقدية و طرق تنفيذ هذا النوع من العقود وحسب، بل تمتد بذلك في بعض الأحيان لتشمل تعديل مدة التنفيذ الواردة بالعقد أيضاً، ولإدارة كامل السلطة التقديرية في أن تعدل من فترة التنفيذ بتقصيرها أو تمديدتها أو حتى بإنهائها ويكون لها ذلك بفسخ العقد دون خطأ من المقاول³.

وتعد هذه الصورة إحدى أكثر الصور شيوعاً في عقد الأشغال العامة والناجمة عن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الإنفرادي على شروطه، تحت ضغط ضرورة إدامة السير الحسن للمرفق العام، حيث يحق لجهة الإدارة إصدار أوامر للمقاول تقضي بتسريع وتيرة الإنجاز وتقصير آجاله، وأن تطلب من المقاول إنجاز الأشغال المكلف بها في ظرف قياسي وجيز أقل مما هو متفق عليه في العقد⁴، كأن تتدخل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي مثلاً لتطلب من مقاول عقد الأشغال العامة إنهاء الأشغال في ظرف زمني أقل مما هو متفق عليه في العقد؛ والمتمثلة في بناء قطب جامعي أو إقامة جامعية وذلك على سبيل المثال لا الحصر قبل حلول موسم الدخول الجامعي.

كما أن لها الحق في تمديد مدة تنفيذ العقد صراحة أو ضمناً، ويكون ذلك بإفصاح جهة الإدارة عن إرادتها صراحة؛ عبر منح المتعاقد مهلة إضافية لتنفيذ ما تبقى من أشغال، ذلك

¹ - ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 76.

² - خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 260 ؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 225؛ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 229 ؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 52.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 227.

⁴ - محمد موسى علي الشيخ ذيب، المرجع السابق، ص 57.

أنه قد يتعرض المتعاقد مثلما أشرنا إليه سابقا إلى صعوبات قد لا ترقى إلى درجة تصنيفها على أساس أنها قوة قاهرة أو ظرف طارئ، لكنها تشكل صعوبات جدية تعرقل من عملية تنفيذ العقد الإداري ضمن مواعيده المحددة في العقد، كما وقد يكون هذا التمديد من الناحية الشكلية ضمينا في حال ما التزمت جهة الإدارة الصمت في حال إنتهاء مدد التنفيذ¹.

ولقد كرس **المشرع الجزائري** هذه الصورة من صور التعديل الإفرادي؛ في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتحديدًا في نص المادة 7/136 والتي نصت على أنه بإمكان جهة الإدارة تمديد فترة التنفيذ لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقد توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد لحظة إبرام العقد، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من قبلها، على أن لا تتجاوز فترة التمديد ثلاثة (3) أشهر.

وتبعًا لذلك، فإن مدة تنفيذ العقد تعتبر إحدى العناصر الأساسية والجوهرية التي تمارس الإدارة بشأنها سلطة تقديرية واسعة، ولذلك يعتبر مندوب الإدارة والمكلف من قبلها بمتابعة ومراقبة الأشغال الموجه الحقيقي والمدير الفعلي للمشروع، أما بالنسبة للمقاول فهو مجرد منفذ للتعليمات الصادرة عن هذا الأخير ويأخذ حكم عمال الإدارة الذين يخضعون لتعليماتها ويلتزمون بتوجيهاتها².

ومما ذكرناه يتضح لنا بجلاء أن سلطة التعديل باتت من الأمور المسلم بها والمعترف بها لجهة الإدارة في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة، فما هو الحال عليه في عقود الإمتياز؟

الفرع الثاني

مظاهر وصور سلطة التعديل في عقود الإمتياز

تسري القاعدة التعام التي تحكم عقود الإمتياز أن الإدارة هي الأمر والناهي في تنظيم وإدارة المرفق العام محل عقد الإمتياز، فإذا ما حصل تغيير في الظروف المحيطة به مثلما

¹ - لمزيد من التفاصيل، أنظر: علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها .

² - خضري حمزة، المرجع السابق، ص 331.

ألمحنا لذلك سابقًا عكس تلك التي كانت وقت إبرام العقد، وأصبح النظام الذي تم التعاقد عليه لا يتماشى مع الظروف الجديدة ولا يحقق المنفعة العامة التي أنشئ لأجلها، جاز للسلطة مانحة الإمتياز تعديل وتغيير هذا النظام بنظام آخر تراه مناسبًا لتحقيق المصلحة العامة¹.

وبناء على ذلك تأخذ سلطة التعديل في عقود إمتياز المرافق العامة طابعًا خاصًا، مناطه أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة يجد نفسه في فكرة المرافق العامة وإنتظام سيرها؛ بإعتبار هذه الأخيرة تشكل موضوع عقد الإمتياز في حد ذاته²، إذ يمتاز عقد الإمتياز بأن موضوعه ينصب على إدارة مرفق عام، وهو بهذه الخاصية يجعل من الفرد المتعاقد بمثابة النائب عن جهة الإدارة في إدارة وتسيير المرفق العام محل عقد الإمتياز³. والرأي الراجح لدى كل من الفقه والقضاء⁴ يؤكد أن عقد الإمتياز ذو طابع مختلط؛ يحتوي على نوعين من الشروط⁵ :

➤ **شروط تعاقدية** : وهي تلك الشروط التي تتعلق بالمزايا المالية للمتعاقد أو صاحب الإمتياز والتي تضيف على الإمتياز صفة العقد، وبالتالي ليس بإستطاعة مانح

¹ - هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 287 .

² - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 226.

³ - عبد القادر محفوظ، التعديل الإفرادي لعقدي إمتياز المرفق العام والأشغال العامة - دراسة مقارنة -، مجلة جيل الدراسات المقارنة، العدد 02، أكتوبر، 2016، ص 61.

⁴ - حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1977/12/31 أنه : « المسلم فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم...»، قرار المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1977/12/31 رقم 110 لسنة 17 ق، أشار إليه : مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 444.

⁵ - وهو ما عبر عنه مفوض الحكومة **Odent** بصريح العبارة بقوله:

«... Le cahier des charges est un acte mixte qui a un double caractère du a ce qu' il est imprégné de cette notion du service public qui domine toute une partie de notre droit public , qui lui confere un aspect tres particulier et qui rend vaine toute tentative de rapprochement avec les regles habituelles du droit privé ...»

-C.E.5mai 1943, Cie Générale des eaux, D.C, 1944, J, 121 Concl.Odent.

- مشار إليه لدى : محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 208.

الإمتياز تعديلها إلا بعد أخذ موافقة من المتعاقد، وهي خاضعة لإرادة الطرفين كما تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

➤ **شروط لائحية (تنظيمية)** : وهي تلك الشروط المتعلقة بقواعد تنظيم وتسيير المرفق محل عقد الإمتياز والتي يكون بإستطاعة مانح الإلتزام تعديلها بإرادته المنفردة وقت ما شاء وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ودون أخذ موافقة أو قبول من الملتزم¹، ولقد جاء في قضية " **Département de la Moselle** " أن البند التنظيمي هو الذي يتحدد بمفاعيله وليس بطبيعته²، وعلى ذلك يمكن حصر هذه الشروط وفقا للنحو التالي³ :

- مدّة الإمتياز .
- الضمان اللازم.
- شروط إنتهاء المدة .
- اختيار موطن لصاحب الإمتياز .
- منع التنازل عن الإمتياز دون ترخيص مسبق .
- الرسوم التي يدفعها المنتفعون للملتزم مقابل خدمات المرفق .
- التزام صاحب الإمتياز بالقيام بالتأمينات اللازمة ضد الحرائق والحوادث.
- الجزاءات والعقوبات الناجمة عن اخلال الملتزم في تنفيذ التزاماته التعاقدية .
- الإتاوة التي يتعين على صاحب الإمتياز دفعها للإدارة مانحة الإمتياز وشروط مراجعتها.

وسلطة التعديل، وإن كانت تأخذ مدى أوسع في هذا النوع من العقود إلا أنها تقتصر على تعديل الشروط اللائحية فقط المتصلة بالمرفق العام كما أشرنا إليه أعلاه، والتي تمس تنظيم المرفق العام وإحتياجاته وكيفية إشباع إحتياجات الأفراد، بما يكفل السير الحسن

¹ - جورج فوديل، بيار ديلفوفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، ج 02، ط 01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2008، ص 575 وما بعدها .

² - للمزيد من التفاصيل، أنظر : نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 192 .

³ - سعاد بن جيلالي، المرجع السابق، ص 175 .

والمنتظم للمرفق محل عقد الإمتياز، دون المساس بالشروط التعاقدية والمتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد، والتي ليس بإستطاعة الإدارة تعديلها إلا بعد أخذ موافقة المتعاقد معها، وهو ما أشار إليه القسم الإستشاري للفتوى والتشريع ب: ج ، م ، ع في الفتوى رقم 92 الصادرة بتاريخ 1956/02/04 والتي جاء فيها : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الإلتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد إلتزام في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام، إذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هي صاحبة الكلمة العليا في تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام، فإذا ماتغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذي تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ولا يحقق المنفعة العامة التي أنشئ لتحقيقها، كان للسلطة العامة مانحة الإلتزام أن تغير هذا النظام»¹.

وفي هذا الصدد يرى jeze أن: «... حق التعديل المعطى لجهة الإدارة لا ينبغي له أن يتجاوز الشروط التنظيمية للعقد، إلى الشروط التعاقدية الخاصة التي يجب أن تبقى شريعة المتعاقدين»².

كما أنه من الملاحظ، أن هذا النوع من الشروط - الشروط اللائحية - لا يرد في وثيقة الإلتزام فقط، وإنما يرد بعضها في القوانين واللوائح المتعلقة بالإلتزام بخلاف الشروط التعاقدية والتي لا تظهر إلا بسبب إدارة المرفق العام عن طريق الإلتزام³.
ومن جملة التعديلات التي بإمكان جهة الإدارة إدخالها على عقد الإمتياز، ما يلي :

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 452 ومابعدھا.

- كما قضت في قرار آخر لها بتاريخ 1976/01/29 أن: « إلتزام المرافق العامة هو عمل قانوني مركب يحتوي على نصوص تعاقدية وأخرى لائحية، والنصوص التعاقدية تنظم الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الإلتزام والملتزم، أما النصوص اللائحية فإن أثرها لا يقتصر على الملتزم ومانح الإلتزام، وإنما يمتد إلى المنتفعين بخدمات المرفق، وهي الخاصة بتنظيم المرفق وسيره، وهذه يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة، ولاطبق عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين»،
طعن إداري رقم 13، لسنة 22 ق، بتاريخ 1976/01/29، مشار إليه لدى: مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص 190 .

² - عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص 122.

³ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 227.

أ- التعديل في حجم أو مقدار الخدمات المتفق عليها

كما هو معلوم أن للإدارة القدرة القانونية في أن تعدل مقدار التزامات المتعاقد معها المنصوص عليها في العقد سواء بزيادتها أو بإنقاصها، ويقع التعديل في مثل هذا النوع من العقود على مقدار الإلتزامات وليس على نوعها، فهي تملك هذا الحق سواء ورد النص عليه في العقد أم لم يرد¹، فلها أن تأمر بالتوسع في المرفق المدار عن طريق الإلتزام، أو زيادة حجم الخدمات المتفق عليها أو إنقاصها، فإذا حدث مثلاً أن اتسع حجم العمران في مدينة ما، وجب أن تكون المرافق الضرورية كمرفق الكهرباء والغاز والمياه مسايرةً له، وأن تمتد على طول اتساع العمران الذي تشهده المدينة².

ولقد قضى م. د. ف بهذا الصدد، أن للإدارة الحق في أن تفرض على ملتزم النقل تسيير عدد من العربات أكبر من الحد الأقصى المتفق عليه في العقد³، كما أن لها أن تفرض على الشركات الملتزمة بالإضاءة بالكهرباء أو المختصة في توزيع المياه زيادة عدد الخدمات لمواجهة عدد السكان وذلك لإتساع العمران⁴، وتعديل قوائم الأسعار بالزيادة والنقص دون تدخل الملتزم في ذلك - مع مراعاة حقه في التعويض - كونه يتمتع بمركز مستمد من صفة المصلحة العامة التي يبني عليها المرفق العام، بما لا يسمح له أن يجني أرباحاً ينصب عليها ضرر ناتج عن إستغلالها على المنتفعين بالدرجة الأولى⁵، حيث جاء في إجتها م، د، ف الصادر بتاريخ 27 تشرين الأول 1978 قضية (بلدية سان مالو) أنه: « لا يجوز للشخص العام أن يحول طريقة إدارة المرفق العام من " إدارة بالشراكة " إلى " إدارة بالواسطة " وبالتالي فإن كل زيادة في الأداء يتسبب بها التعديل من طرف واحد يؤدي بالتأكيد إلى قيام مسؤولية الشخص العام صاحب العلاقة والتزامه بالتعويض المناسب ».

¹ - جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 183.

² - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 392.

³ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 211.

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 223.

⁵ - نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الإمتياز...، المرجع السابق، ص 102.

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ 1961/01/24 إلى القول أنه: «متى تبين مراجعة العقد أن الإدارة العامة للغاز والكهرباء تملك تعديل سعر التيار الكهربائي الوارد بالعقد المبرم مع المتعاقد طبقاً لما تراه متفقاً مع الصالح العام دون أن يتحداها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...»¹.

أما الصعيد التشريعي، فقد نصت المادة 5 من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن إلتزامات المرافق العامة في مصر على أنه: «لمانح الإلتزام دائماً متى إقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الإلتزام، أو قواعد إستغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل»².

وهو نفس الشيء، بالنسبة لما جاءت به المادة 86 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه في الجزائر، والتي نصت على أنه: «يمكن في أي وقت كان تعديل رخصة، أو إمتياز الموارد المائية أو تقليصها أو إلغائها من أجل المنفعة العامة مع منح تعويض، في حالة ما إذا تعرض صاحب الرخصة أو الإمتياز لضرر مباشر حسب الكيفيات المحددة في الرخصة أو دفتر الشروط»³.

ونود أن نشير هنا، إلى أنه يبقى من حق صاحب الإمتياز فسخ الإمتياز ضد الإدارة عبر اللجوء إلى القضاء إذا ما أدى التعديل إلى جعل شروط الإستثمار شبه مستحيلة، وخاصة إذا حصلت وقائع كان من شأنها زيادة الكلفة الإقتصادية للعقد غير التي كان متفقاً عليها أو قامت جهة الإدارة بإدخال تغييرات من شأنها تغيير موضوع العقد⁴.

غير أنه ومن جانبٍ آخر، وجب منا التنويه إلى أن تطبيق هذا المبدأ بطريقة مغالى فيها قد يؤدي إلى عدم مسايرة المرفق العام للتقدم العلمي والتطورات التكنولوجية الحاصلة،

¹ - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 415.

² - مشار إليه لدى كل من : وائل محمد السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 288 ، حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد إمتياز المرافق العامة، المرجع السابق، ص 568 ، نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 1055.

³ - الأمر رقم 12/ 05 المتعلق بالمياه المشار إليه سابقاً.

⁴ - نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 480 .

والتي تفرض في بعض الأحيان إدخال تغييرات جذرية على موضوع العقد إستجابة لحاجات المنتفعين¹.

ب - التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

من المبادئ المستقر عليها في نظرية العقد الإداري، أن لجهة الإدارة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة وإضفاء تعديلات على مدى إلتزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، بما يضمن سير المرفق بانتظام وإضطراب وتحقيقا للمصلحة العامة، ومن ضمن التغييرات التي بإستطاعة الإدارة إضفاءها على شروط عقد إلتزام المرافق العامة تعديل طرق ووسائل التنفيذ التي يستعملها المتعاقد في تسييره للمرفق المدار عن طريق الإلتزام، مع مراعاة عدم تغيير جوهر ولب العقد.

ومن الأمثلة الدالة على ذلك، طلب الإدارة من المتعاقد إستعمال وسائل فنية جديدة مغايرة لتلك التي تم الإتفاق عليها في العقد أثناء إبرامه ومسايرة للإكتشافات الحديثة، شرط أن لا تتجاوز هاته التعديلات إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية بما يؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب²، كأن تطلب الإدارة مانحة الإمتياز من الملتزم في مجال النقل وذلك على سبيل المثال لا الحصر تغيير وسيلة النقل، على اعتبار أن الوسيلة التي كان يتم التنقل بها لم تعد مسايرة للوقت الراهن واستبدالها بوسيلة نقل أكثر تطورا وراحة للمسافرين، كاستبدال سيارات أو حافلات قديمة جدا بأخرى جديدة ومتطورة نوعا ما.

ولقد نصت المادة 06 من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن إلتزامات المرافق العامة في ج.م.ع المشار إليه سابقا على أنه : « إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الإلتزام فيها، أو أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للإلتزام، أو إلى تعديل كيانه الإقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الإلتزام، جاز لمانح الإلتزام ... أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام، وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في إستغلاله، أو خفض الخسائر الباهضة إلى القدر المقبول »³.

¹ - حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 158 .

² - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 415؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 52.

³ - جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

ومما هو جدير بالذكر، أن تعديل طرق ووسائل التنفيذ التي يتبعها الملتزم والتي لم تتضمنها وثيقة الالتزام، قد تدخل في إطار مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه وليس سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري¹.

ج - التعديل في مدة التنفيذ

يعتبر عقد الإمتياز من العقود الزمنية والتي تفرض منح الإمتياز لمدة طويلة نسبياً، بما يتيح للملتزم تعويض ما قام بصرفه في إدارة و إستغلال المرفق المدار عن طريق الإمتياز بتحقيق الأرباح المتفق عليها، إلا أن ذلك لا يفهم عنه أنه منح الإمتياز للأبد، ذلك أنه من شأن هذا التصرف أن يدفع بالدولة إلى التنازل عن سلطتها في تسيير المرفق العام، وهو الأمر الذي لا يمكن إستصاغته².

هذا وتعد مدة الإلتزام في عقود إمتياز المرافق العامة والتي عادة ما تكون في حدود 30 سنة وفق ما نص عليه القانون المصري رقم 129 لسنة 1947 من قبيل الشروط التعاقدية والتي ليس بإستطاعة مانح الإلتزام أن يستقل بتعديلها إلا بعد أخذ موافقة الملتزم صراحة على زيادتها بما لا يجاوز المدة التي إحتوتها وثيقة الإلتزام³، ذلك أنه من شأن هذه

¹ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 227 .

² - عبد القادر محفوظ ، التعديل الإفرادي لعقدي إمتياز المرفق العام والأشغال العامة، المرجع السابق، ص 65 .

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 455 ، محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 54 .

- وجدير بالذكر أن كل من قانون الولاية ولا البلدية لم يحدد مدة امتياز المرافق العام المحلية، القانون رقم 10 / 11 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق لـ 22 جوان 2011 ، يتعلق بالبلدية، ج . ر . ج . ج . عدد 37 الصادرة بتاريخ 01 شعبان 1432 الموافق لـ 03 جوان 2011 ، غير أن إمتياز هذه المرافق لا يكون مؤبدا بل يكون لمدة معينة تحدد في عقد الإمتياز، بما يمكن أن تمتد من 30 إلى 50 سنة بحسب الأحوال، وهي مدة كافية بحسب وزير الداخلية لتغطية ماأنفقه صاحب الإمتياز من مصاريف في إنشاء المرفق العام وتجهيزه ، وبما يسمح له بتحقيق أرباح معتبرة، أنظر : التعليم رقم 842/ 94.3 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، سبق الإشارة منا إليها، وكذا نص المادة 71 من القانون رقم 07 / 05 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 28 أبريل 2005 يتعلق بالمحروقات، ج . ر . ج . ج . ع 50 الصادرة بتاريخ 12 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 19 يوليو 2005 .

- غير أننا نجد ومن جانب آخر بعض القوانين الأخرى التي قامت بمنح مدة الإمتياز هي الأخرى لمدة تفوق المدة التي أشارت إليها التعليم أعلاه بما يفهم عنه أن المشرع الجزائري لم يستقر على تحديد مدة معينة لمنح الإمتياز، ومن ذلك الأمر رقم 04 / 08 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لاستقبال مشاريع إستثمارية، والذي جاء في نص المادة رقم 04 منه أنه :«... تكون الأراضي التابعة لأمالك الدولة

التعديلات المساس بالمزايا المالية للمتعاقد، فإذا ما تعاقدت الإدارة مع الملتزم على تسيير المرفق وإستغلاله لمدة معينة، فإنه ليس من حقها أن تنفرد بتعديل المدة¹. غير أن ذلك، لا يعني تجريد الإدارة من هذا الحق بل يبقى من حقها إعفاء الملتزم من مهمته لتحل محله في تسيير المرفق العام بطريقة مباشرة، تمكنها من وضع نهاية للعقد قبل نهاية مدته بشكل إنفرادي عن طريق ما يعرف بالإسترداد²، كما سيتم التطرق إليه لاحقاً في موطنه من هذه الدراسة.

الفرع الثالث

مظاهر وصور سلطة التعديل الإنفرادي في عقود التوريد

تقوم عقود التوريد عادة على أساس تسليم منقولات محل التعاقد للإدارة، وعليه فإنه لما كانت سلطة التعديل تستند أساساً إلى صلة العقد بالمرفق العام وكانت صلة التوريد أقل وضوحاً مما هو عليه في العقود الأخرى، فإنه قد جرى من الشائع أن سلطة التعديل تمارس ضمن نطاق أضيق³، ففيم تتمثل أهم صور ومظاهر سلطة التعديل في عقود التوريد؟

أ- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

حفاظاً منها على ضمان سير المرفق العام بانتظام و إضطراباً وسعيًا منها على إشباع حاجيات الجماهير المتزايدة؛ للإدارة الحق في أن تقوم بإدخال تعديلات بإرادتها المنفردة زيادة أو نقصاناً فيما يتعلق بالوسائل المتعلقة بتنفيذ عقودها، كلما تبين لها أثناء تنفيذ العقد ما يستوجب إصلاح وتصويب الأخطاء التي إحتوتها المشروعات الأصلية، أو مواجهة ومسايرة الإكتشافات الحديثة التي تتطلب إستعمال وسائل فنية أكثر حداثة و أكثر إقتصاداً من تلك المنصوص عليها في العقد⁴.

=الموجهة لمشاريع إستثمارية محل منح إمتياز لمدة أدها ثلاثة وثلاثون سنة (33) قابلة للتجديد مرتين ، وأقصاها تسعة وتسعون (99) «، ج . ر . ج . ج . ع 49 الصادرة بتاريخ 03 رمضان 1429 الموافق لـ 03 سبتمبر 2008 .

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 54.

² - عبد القادر محفوظ ، التعديل الإنفرادي لعقدي إمتياز المرفق العام والأشغال العامة، المرجع السابق، ص 65 .

³ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 471 .

⁴ - علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 226.

غير أن ما يجب التنويه له بدايةً، هو أن الأمر يختلف بعض الشيء في عقود التوريد، ذلك أن التعديل في طرق ووسائل تنفيذ هذا النوع من العقود يبدو أقل إعمالاً مما هو عليه في عقود الإلتزام والأشغال العامة، وخصوصاً عقود التوريد العادية والتي لا تستطيع الإدارة فيها أن تطلب من المورد توريد نوع آخر من السلع أو البضائع غير النوع الذي تم الاتفاق عليه¹، بينما يحق لها ذلك في عقود التوريد ذات الحجم الكبير - كعقود التوريد الصناعية حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد وأصناف يقوم بتصنيعها بنفسه بناءً على طلب الإدارة - التدخل في مثل هذا الوضع لتقوم بتعديل وسائل وطرق تنفيذ هذه العقود مثلما قضى بذلك مجلس الدولة الفرنسي².

ب- التعديل في مقدار والتزامات المتعاقد

للإدارة في عقود التوريد تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها متى اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة ذلك، فمن حق الإدارة أن تلزم المورد بزيادة كمية التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها.

وتمارس الإدارة هذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد عنها، لتفرض بذلك ما تراه محققاً للصالح العام، شريطة أن ينصب التعديل الذي تجريه على كمية أو حجم الأصناف المتفق عليها دون أن يتضمن تعديلاً أو تغييراً في نوعها، فالأمر لا يعدو أن يكون تعديل في مظهر الكم وحده³، كأن تطلب الإدارة المكلفة بالسهر على خدمة الطلبة المقيمين بإحدى إقاماتها الجامعية من المورد تخفيض توريد السلع والمواد الغذائية الموجهة للإطعام في نهاية الموسم الجامعي والذي يشهد إنخفاضاً في نسبة الطلبة المتوافدين على الإقامة، أو بزيادتها في بعض الحالات والتي تتطلب كمّاً يفوق ما هو متفق عليه في العقد، وفي هذا المجال

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 52.

² - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 231.

³ - ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا ب: ج . م . ع ، أن : « الوعاء الذي يحسب على أساسه حق الجهة الإدارية في تعديل العقد زيادة أو نقصاً هو حجم أو كمية العقد المبرم مع المقاول الذي سيرد عليه التعديل لانصراف آثاره إلى المتعاقد باعتباره قد أخذها في حسبانها وارتضاها عند تقديم العطاء وإبرام العقد لعلمه المفترض بحكم المادة 76 مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات ... »، قرارها في الطعن رقم 5959 لسنة 44 ق، جلسة 2001/01/26، مشار إليه لدى: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 853.

نصت المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على أنه: « يحق للجهة الإدارة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بالتعويض ». .

كما أجاز م. د. ف هو الآخر لجهة الإدارة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها¹، وإستثناء على ذلك فإن المشرع لم يخول جهة الإدارة بالنسبة لعقود بيع الأصناف- على خلاف عقود التوريد و الأعمال- حق تعديلها بالزيادة أو بالنقص، ومن ثم أوجب عليها تسليم الأصناف المباعة كمًا وكيفًا ونوعًا ووصفًا بالحالة التي كانت عليها وقت التعاقد، ومرد ذلك أن المشرع إفترض في الإدارة أنها قامت بمناسبة مدى حاجتها لتلك الأصناف مع المورد وقررت عدم حاجتها إلى شيء منها².

ج- التعديل في فترة التنفيذ

من الأمور المسلم بها كذلك لجهة الإدارة في عقود التوريد، وفي أي وقت بعد البدء في التنفيذ، تعديل مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد أو دفتر الشروط، وذلك إما بتقصيرها أو تمديدتها وفقا لمقتضيات ومتطلبات الصالح العام، إذ بإستطاعة الإدارة أن تطلب من المورد أن يتم التوريد في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد، كما أن لها الحق في وقف التوريدات أو تأخيرها عن المدة المتفق عليها في العقد بسبب نفاذ إعماداتها المالية أو لظروف تستوجب ذلك³، أو بإطالة مدة التوريد في حال ماطلبت الإدارة من المورد توريدات إضافية إذا ما رأت جهة الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية أن أمر التكليف قد صدر في وقت متأخر بما لايسمح بأدائها في ماتبقى من المدة المتفق عليها في العقد، أو بوضع نظام أولويات في تنفيذ بعض التوريدات قبل غيرها وفقا لما يتماشى مع مصلحة المرفق العام⁴.

1- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 234 .

2- ماجد راغب الحلوى، المرجع السابق، ص 130.

3- هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 859 .

4- جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 415.

ومما سبق منا ذكره، يتضح لنا أن الإعتراف للإدارة بهذا الإمتياز ما هو إلا تغليب للمصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام على حساب الطابع الإلزامي للعقد، كما أنه حق مسلم به ولو لم ينص عليه في العقد، طالما أن مبدأ استمرارية المرافق العامة محل التجهيز وقابليتها للتغيير يتطلب أحيانا تحيين الخدمة المقدمة للمرتفقين، لذلك قد تملي مقتضيات المصلحة العامة التي تتغير باستمرار وفقا لحاجيات المنتفعين بالمرفق، إدخال تعديلات على كفاءات تنفيذ العقد¹.

¹ - عصام بنحسن، المرجع السابق، ص 220.

الباب الثاني

الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري

سبق وأن تمت منا الإشارة في الباب الأول إلى أن الإدارة تتمتع بمجموعة من الضمانات القانونية؛ والتي تم تخويلها لها من قبل المشرع؛ لتسهر بذلك على حسن تنفيذ عقودها وسيرورة المرافق العامة التي تديرها بانتظام اضطراد؛ كما بينا أن الإدارة لدى إبرامها للعقود وعلى عكس عقود القانون الخاص التي يصبو فيها كل من طرفي العقد إلى تحقيق مصالحه الخاصة تسعى الإدارة وبخلاف ذلك إلى تحقيق الصالح العام، من خلال ضمان إستمرارية سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد وإشباع حاجيات الجماهير المتزايدة، إلا أنه وإستثناءاً فإن تنفيذ هذا النوع من العقود قد تشوبه بعض الخروقات التي قد يكون فيها المتعاقد مع الإدارة هو المتسبب بها من خلال تقاعسه أو تقصيره عن أداء وتنفيذ إلتزاماته التعاقدية على الوجه الأكمل، أو التأخير في تنفيذها أو بإحلاله شخصاً آخر محله دون أخذ موافقة صريحة من جهة الإدارة، بما قد يعطل سير المرفق العام بطريقة نظامية وبالتالي المساس بالمصلحة العامة، الأمر الذي يتيح للإدارة إستعمال سلطات أوسع في ذلك على غرار سلطتي الرقابة والتوجيه، وسلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، وذلك من خلال تخويل جهة الإدارة صلاحية فرض بعض الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية (الفصل الأول) فضلاً عن حقها في إنهاء العقد الإداري إذا ما ارتكب المتعاقد معها خطأ في غاية الجسامه؛ أو قدرت بأن إنهاء العقد يقتضيه الصالح العام (الفصل الثاني).

الفصل الأول : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات كضمانة على مواجهة تقصير ونكول المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية

إن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد آخر يربط بين طرفين ويتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات التي يتوجب على كل من طرفي العقد إحترامها والتقييد بها، ومن هذا المبدأ يمكننا القول بأن المتعاقد يتحتم عليه وأثناء تنفيذه للعقد الإداري مراعاة وإحترام جميع الشروط التعاقدية التي تم الإتفاق عليها في العقد بشكل كامل وصحيح وشخصي، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، حيث ينتج عن هذا أن المتعاقد لا يستطيع التنازل عن العقد للغير، أو التنازل عن تنفيذ إلتزاماته كليا أو جزئيا دون أخذ موافقة من جهة الإدارة¹، كما يتعين عليه ومن جانب آخر الحرص على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بدقة وحرص شديد ضمن مواعيدها المحددة المتفق عليها في العقد.

وبناءً على ذلك، فإن أي إخلال من جانبه في تسيير المرفق العام يعد بدوره إخلالاً جسيماً بالمرفق محل العقد، قد تنتج عنه اضطرابات اقتصادية واجتماعية بالغة الخطورة²، بما يحتم على المشرع التدخل في مثل هذه الحالة لإيجاد وتوفير الضمانات الضرورية واللازمة لمعالجة مثل هذه الانزلاقات التي قد يقع فيها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد وزجره عنها، بتحويل جهة الإدارة سلطة فرض عقوبات عليه، تتناسب طبيعتها مع طبيعة وحجم التقصير أو الخطأ الذي قد يقع فيه المتعاقد .

هذا وتهدف نظرية الجزاءات في العقود الإدارية بمفهومها العام إلى تأمين سير المرفق العام بضمان تنفيذ العقد المرتبط به بدقة وذلك من خلال إجبار المتعاقد مع الإدارة

¹ - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 753.

² - وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري بقولها: « إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بإلتزام تعاقدي فحسب، وإنما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، وإتصال العقد الإداري بالمرفق العام، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بإنتظام وإضطراب»، قرارها الصادر بتاريخ : 1957/11/23 ، أشار إليه كل من : سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 476؛ جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص 186.

على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الأمثل¹، كما تعتبر إجراء هاماً وضرورياً نظراً لما توفره من ضمانات مالية وغير مالية لجهة الإدارة .

وحتى يتأتى لنا الأمر للإحاطة بهذه السلطة وجب علينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين لمعرفة مفهومها وذلك عبر التطرق إلى المبادئ القانونية التي تحكمها (المبحث الأول) وأهم أنواعها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : المبادئ والأسس العامة التي تحكم النظام القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

إذا أخل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد أو القيام بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات الواردة في العقد أودفاتر الشروط الملحقة به، التأخر عن تنفيذها واستعمال أساليب الغش والتلاعب في معاملته مع الإدارة، جاز لجهة الإدارة كأصل عام توقيع جزاءات عليه².

ولا يوجد ثمة خلاف على كل من الصعيدين الفقهي والقضائي حول أحقية جهة الإدارة في توقيع الجزاء المناسب على كل متعاقد معها مقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية ودون

¹ - لم تظهر سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية مرة واحدة بالصورة المعروفة عليها حالياً، وإنما جاء ذلك تدريجياً عبر ثلاث مراحل يمكننا سردها على النحو الآتي :

1 / مرحلة الائتفاء بالجزاءات التعاقدية : وكان معمولاً بهاته الفكرة حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ومؤدى هذه الفكرة أن العقد الإداري مستقل وحده بتبنيين جزاءاته، ومن ثمة لم يكن بإستطاعة الإدارة بتطبيق جزاءات خارجة عن نصوص العقد بإستثناء جزاء الفسخ .

2 / مرحلة توقيع الجزاء غير العقدي بواسطة القضاء : وقد قرر م. د. ف هذا المبدأ في حكمه الصادر بخصوص قضية ديبلانك Déplanque كما سيتم التطرق إليه لاحقاً في موطنه من هاته الدراسة .

3 / مرحلة الإعتراف للإدارة بحق تطبيق الجزاء غير العقدي بنفسها : ولقد بدأت هذه المرحلة في إحدى القرارات الصادرة عن م. د. ف في قضية شركة ملاحه جنوب الأطنطي بتاريخ : 11 / 10 / 1929 والتي أقر فيها مجلس الدولة ولأول مرة بسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لمزيد من التفاصيل أنظر : أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 212 ومابعدها.

² - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 456.

حاجة للإلتجاء إلى القضاء، أو إلى نص يجيز لها ذلك، بما يمكن أن يضمن لها تنفيذ العقود التي تبرمها على نحو سليم، ووفقا لمواعيدها المحددة والمتفق عليها.

غير أن الخلاف في الفقه يكمن في السند أو الأساس القانوني الذي يضيف على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها صفة الشرعية.

مما يستدعي منا البحث عن الأساس القانوني الذي تركز عليه الإدارة المتعاقدة أثناء أعمالها لسلطتها الجزائية (المطلب الأول) ومن ثم البحث عن أهم الخصائص التي تميزها عن غيرها من الجزاءات المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص والحدود التي تقف عندها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية

من المبادئ المستقر عليها في كل من الفقه¹ والقضاء الإداري²، أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات الإدارية بصورة مباشرة على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو المتأخر في تنفيذها؛ دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء³، أو الإستناد إلى نص قانوني يجيز لها استعمالها، ويكون لها ذلك بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر بطبيعة الحال⁴، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراريته وانتظامه بما يحقق الصالح العام⁵.

¹ - من جملة هؤلاء الفقهاء :- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005، المرجع السابق، ص 475؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 334؛ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 237؛ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 112.

² - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 04 نوفمبر 1957 القضية رقم 4186 لسنة 01 ق، السنة 12 بند 17، ص 23، مشار إليه لدى : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 145.

³ - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 358.

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 334 وما بعدها .

⁵ - محمد سليمان نايف شبير، المرجع السابق، ص 322 .

إلا أنه وبالرغم من تسليم العديد من فقهاء القانون الإداري على ثبوت هذه السلطة واستقرارهم على ذلك، إلا أن هناك اختلافاً ظل قائماً بينهم حول تحديد الأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه هذه السلطة، فبينما ذهب البعض إلى إعتقاد فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لها (الفرع الأول) ظل الإتجاه الأخر متمسكاً بفكرة أنه لا يمكن إسناد سلطة توقيع الإدارة للجزاءات إلا على أساس فكرة الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية

يرى أصحاب هذا الإتجاه، أن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، في حالة سكوت العقد يَكْمُنُ في فكرة السلطة العامة، على أساس أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، كما أنها تطبيق لنظرية إمتياز التنفيذ المباشر **Privilège d'action d'office**¹ وهو ما يعني أن للإدارة كامل السلطة في إصدار قرارات لمواجهة الأفراد وتنفيذها بنفسها دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء .

وعلى ضوء ذلك، سنتعرض لأبرز الآراء والمواقف التي جاءت عن هذا الاتجاه من خلال الآتي:

¹ - طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين في العقود الإدارية، المجلة الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني، د.ب.ن، د.س.ن، ص 21 .

1- موقف الفقه في فرنسا

يذهب جانب من الفقه الفرنسي¹ إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وكما أشرنا إليه أعلاه، يكمن في فكرة السلطة العامة أو ما يعرف بامتياز التنفيذ المباشر، ومن جملة هؤلاء الفقهاء هوريو Houriou والذي يرى أنه: « من حق الإدارة استعمال إمتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم، بخصوص المرافق العامة للدولة، وانطلاقاً من ذلك يحق للإدارة أن تفرض أي جزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته، وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليقضي لها بهذه الإجراءات »².

أما موريس أندري فلام Mourice André FLAMME فيرى بأن: « السلطة العامة تظهر فقط في مجال تنفيذ العقد الإداري، ولذلك فإن سلطة إتخاذ القرار من جانب الإدارة -لوحدها - هو تعبير عن فكرة قبول الطرف الآخر المتعاقد معها تحمل بعض الإلتزامات، بحيث يعاقب عند إرتكابه لأية مخالفة، وهو ما تسعى إليه الإدارة من فرض الجزاءات عند ممارستها لهذه السلطة، إستناداً إلى فكرة السلطة العامة، فإن الإدارة ليست مقيدة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد، بل لها أن تفرض الجزاءات حتى وإن لم ينص عليها العقد، ما عدا ما يتعلق بجزاء إسقاط الإلتزام »³.

وهو الشيء نفسه الذي يراه فيدال Vidal حيث جاء على لسانه: « إن إمتياز الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها هو من بين أهم إمتيازات التنفيذ المباشر التي تملكها جهة

¹ - في حين يذهب البعض الآخر من الفقه إلى معارضة هذا الحق، ومن بينهم " شينو" و الذي يرى بأنه ليس للإدارة الحق في أن تقوم باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، إلا في حالات معينة، يكون فيها استعمال هذا الحق مبرراً وفي حالات خاصة، إما بنص قانوني أو لأسباب خاصة كما في حالة الضرورة، أو عند استحالة وجود وسيلة قانونية، كما أننا نجد من بين المعارضين لهذا الاتجاه كذلك كلا من الفقيهين " لافيرير و بريتلمي" وللذان يريان بأنه ليس باستطاعة الإدارة ممارسة سلطاتها إلا في الحدود الممنوحة لها من المشرع فقط، للمزيد من التفاصيل، أنظر: فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 40

² - مقتبس عن: رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة-، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010، ص 202 .

³ - مقتبس عن: فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 40.

الإدارة، وبالتالي يمكن للإدارة تطبيق الجزاءات على المتعاقد معها متى دعت ضرورة ضمان السير الحسن للمرفق العام، وهذا دون الحاجة منها إلى تضمين نصوص العقد ذلك»¹.

ومن جانب آخر، يجزم بيكينيو **Péquignot** القول مستشهدا بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الأطنطي في 12/10/1929 أنه: «من حق الإدارة إستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر عندما تطبق جزاء ضد المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون حاجة إلى وجود نص صريح في العقد يخولها هذا الحق، فهذه الإمتيازات هي ما يميز العقد الإداري»².

وجديرٌ بالذكر، أن القضاء الإداري الفرنسي، قد أقر هو الآخر لجهة الإدارة الحق في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية دون حاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء أو ما يعرف بإمتياز التنفيذ المباشر، لأول مرة في قراره الخاص بدعوى السيد **Deplanque** سنة 1907 كما سيتم توضيحه لاحقا من هذه الدراسة، تلاه حكمه في قضية شركة ملاحه جنوب الأطنطي والذي أقر بصفة صريحة للإدارة الحق في توقيع الجزاء دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء³.

كما نجد من بين القرارات التي أيد فيها القضاء الإداري الفرنسي فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أيضا، قراره الصادر بتاريخ 27/11/1926 في قضية (**Monot**) والذي قضى فيه بأن للإدارة في الكثير من الحالات بالاستناد إلى سلطتها العامة أن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدر عنها بإرادتها المنفردة، كإعمال لإحدى أهم الامتيازات التي تملكها ألا وهو امتياز التنفيذ المباشر⁴.

¹ - G.VEDEL, Droit administratif, 5^{ème} édi, Paris, 1973, P.251.

² -G. PEQUIGNOT.OP.CITE.P 85.

³ - لمزيد من التفاصيل أنظر : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 337 وما بعدها.

⁴ - مقتبس عن : محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، د . ج . ن، الاسكندرية، 2014، ص 26 وما بعدها.

كان هذا موقف كل من الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي، فما موقف الفقه والقضاء العربي من ذلك ؟

2- موقف الفقه العربي

يرى جانب من فقهاء القانون الإداري العربي¹، وعلى رأسهم أحمد عثمان عياد أن: « الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، يكمن في فكرة السلطة العامة فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها في حالة ما إذا قصر أو أخل في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ما هو إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال لإمتياز التنفيذ المباشر الذي يعد بدوره أحد أهم الإمتيازات التي تمتلكها الإدارة قبل الأفراد»².

ويؤيده في ذلك كل من محمد كامل ليلة والذي يرى هو الآخر بأن فكرة السلطة العامة هي المعيار الأساسي و (السليم) لتحديد قواعد القانون الإداري وإختصاص القضاء الإداري، فالإمتيازات والقيود التي تمتاز بها الإدارة هي في حقيقة الأمر مرتبطة بفكرة السلطة العامة³.

وكذا ثروت بدوي بقوله أنه: « للسلطة العامة خصائصها المميزة التي تظهر بوضوح في مجال العقود الإدارية، وأن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، هي من أهم إمتيازاتها المتمثلة في إمتياز التنفيذ المباشر»⁴.

1- أنظر كذلك :

- علاء الدين عشي والذي يرى بأنه: « يمكن للإدارة المتعاقدة بما تملكه من امتيازات السلطة العامة، توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في حالة تقصيره في أداء التزاماته بالشكل المنصوص عليه في العقد، وذلك بصورة مباشرة ودون حاجة للجوء إلى القضاء لفرض هذا الجزاء»، علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 310.

- محمود أبو السعود حيث يرى هو الآخر أنه: « إذا أخل المتعاقد بالتزاماته (...) كان من حق الإدارة أن توقع عليه الجزاءات المناسبة لاستبعاد هذا الإخلال دون اللجوء إلى القضاء»، محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 193.

² أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

³ مقتبس عن: فارس علي جنكيز، المرجع السابق، ص 43 .

⁴ مقتبس عن: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 217.

كما يمضي في ذات الإتجاه **حمد محمد حمد الشلماني** قائلاً بأن: «الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة بسير المرفق العام، وإنه من حق الإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية واللازمة لسير المرفق العام، وبذلك يعتبر حق الإدارة في إصدار القرارات التنفيذية كأسلوب لممارسة نشاطها الإداري مظهراً من مظاهر السلطة العامة»¹.

ومما هو متضح لنا بعد إستعراض العديد من المواقف الفقهية والأحكام القضائية التي جاءت بخصوص هذا الشأن، أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها كإحدى ضمانات تنفيذ العقد الإداري المخولة لجهة الإدارة، يكمن حسبهم في فكرة السلطة العامة، والتي تعتبر إحدى تطبيقات إمتياز التنفيذ المباشر، حيث تكون الإدارة ملزمة باستخدام هذه السلطة، من خلال استخدامها لوسائل القانون العام، والتي تضمن لها عملية سير المرفق العام بطريقة نظامية²، غير أننا نجد أن جانباً من الفقه من ينتقد هذا الإتجاه، ويمضي إلى تأسيس رأيه على فكرة أخرى، ألا وهي فكرة مبدأ سير المرافق العامة.

الفرع الثاني

مبدأ انتظام سير المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية

فضلاً عما سبق، يذهب إتجاه آخر إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، لا يمكن أن يقوم إلا على أساس مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد نظراً للصلة الوطيدة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة³.

وكون أن الإدارة لدى إبرامها لهذا النوع من العقود تستهدف في ذلك تحقيق مصلحة عامة، من خلال ضمان سير المرافق العامة بشكل منتظم، فإنه يبقى من حقها وواجبها أن تتخذ كافة الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، لذلك فإن

¹ - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 172 .

² - فارس علي جنكيز، المرجع السابق، ص 44 .

³ - سواء من خلال عقد إمتياز، أو عقد أشغال عامة، أو عقد توريد .

استخدام أسلوب القانون العام يسمح للإدارة أن تقوم بمباشرة سلطتها في توقيع الجزاءات بنفسها، ومن دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، كلما رأت أن في إخلال المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية سواء بالتقصير في أدائها أو التأخير فيها والتقاعس عنها مساس بالسير المنتظم للمرفق العام، وإجباره على تنفيذ شروط العقد المتصلة بالمرفق العام على الوجه الأكمل، وهو ماسيتم معالجته عبر الآتي :

1- موقف الفقه في فرنسا

يرى أندري دي لوبادير **Andree de Laubadere** بأن : « الجزاءات التي تمتلكها جهة الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية لا تستهدف قمع أوجه الإخلال أو إعادة التوازن للإلتزامات التعاقدية فحسب، بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان كفالة حسن سير المرافق العامة »¹.

كما يزعم **Duguit** **ديجيه** والذي يعد بدوره من أكبر الفقهاء الذين أرسو دعائم مدرسة المرفق العام أن: « كافة نظريات القانون الإداري تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فلولا المرفق العام الذي يهتم بالمصلحة العامة، لما خولت جهة الإدارة سلطات إستثنائية لوجود لها في نطاق قواعد القانون الخاص، ووفقا لنظرية المرفق العام فإن نطاق تطبيق كل من القانون الإداري وإختصاص القضاء الإداري يتحدد بكل نشاط تقوم به الدولة ويستهدف مباشرة تحقيق الصالح العام للجميع »².

وهو نفس التصور الذي يذهب إليه جيز **JEZE** بقوله أن : « السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، وعليه فإنه من المهم أن تكون للإلتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حاسمة، وفي هذا المجال يعجز القانون الخاص عن تقديم نظام ملائم نظرا لما تميزت به وسائل القانون الخاص من حتمية اللجوء

¹ - «Les contrats administratifs, les Sanction n'ont pas seulement pour but de réprimer des manquements contractuel,mais aussi d'assurer la marche de service publics ».

مشار إليه لدى: جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014 - 2015، ص 52.

² - Deguit (L), Traite de Droit Constitutionnel, 3^{eme} ed, T 01, s.ed, s.l, 1927, P.680.

إلى القاضي وما يتمتع به من سلطة تقديرية في السماح بإجراءات تعرقل حصول الدائن على تنفيذ التزام فوري للإلزام، بينما استخدام وسائل القانون العام، يبين وبوضوح إرادة طرفي العقد الإداري في السماح للإدارة بتطبيق جزاءات القانون العام التي تهدف إلى أن تجعل من الممكن والسهل السير المستمر والمنتظم للمرافق العامة»¹.

أما شارلس ديباش **Charles DEBBASCH** فيذهب إلى القول بأن: « غاية المصلحة العامة لا تقيد الإدارة بالعقد إلا في نطاق محدد ولا يمكن أن تحول شروط العقد دون استخدام الإدارة للسلطات التي تراها ضرورية لتحقيق هذه الغاية »².

ولقد أخذ م. د. ف بذات الموقف الذي جاء عن الفقه في العديد من الأحكام الصادرة عنه، ومنها حكمه الصادر بتاريخ **1914 / 05 / 23** والذي جاء في منطوقه أن للإدارة الحق في أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، حتى ولو لم ينص عليه في العقد³.

2- موقف الفقه العربي

يرى فريق من الفقه⁴ هو الآخر في العديد من الدول العربية أن أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها يكمن في فكرة المصلحة العامة وضمن إستراتيجية

¹ - مقتبس عن: حسن محمد حسن علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة - ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54، العراق، 2012، ص 391 .

² - مقتبس عن: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 204.

³ - قراره في قضية (**VILL De Toulon**) مشار إليه لدى : محمد مرعي حسن الجبوري، المرجع السابق، ص 33 .

⁴ - للمزيد من الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة المرفق العام في الفقه العربي :

- ماهر صالح علاوي الجبوري : والذي يرى : « إن السلطات والإمكانيات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية يسوغها اتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها ، لذلك فهي مقرر لها بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية...» ، نقلا عن : محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية مقارنة- ، ط 01، المركز العربي للنشر والتوزيع، ج. م. ع. ، 2018، ص 31 .

سير المرافق العامة، ومن جملة هؤلاء الفقهاء **هارون عبد العزيز الجمل** والذي يرى أن : « الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بموجب العقد الإداري، ينبع أساساً من فكرة المرفق العام بأوسع معانيه »¹ .

كما يرى **حسان عبد السميع هاشم** أن تطلب إستمرارية سير المرافق العامة ووجوب مقابلة تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية يستلزم فرض الجزاءات².

في حين يذهب **محمد مرعي حسن الجبوري** إلى القول أن : الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية يكمن في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد الذي ينشأ لإشباع حاجات عامة وتحقيق نفع عام، وهذه الحاجات والمنافع هي في تزايد مستمر، الأمر الذي يقتضي منه استمرار سير المرفق العام في العمل بانتظام واضطراد بغية إشباعها دون انقطاع أو تلكؤ، لأن الأفراد قد رتبوا حياتهم على أساس وجود مرفق عام يؤدي لهم خدمة معينة، وبالتالي فإن أي انقطاع عن تقديم هذه الخدمة، سيؤدي حتماً إلى ارباك حياتهم اليومية³.

هذا وَيَزْعُمُ **عمار بوضياف** أن الأساس القانوني الذي يمكن للإدارة الإستناد إليه في تطبيقها لسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها يعود إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، بإعتبار أن هذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والإعتراف لها في

- **محمود خلف الجبوري** : حيث يرى هو الآخر: « إن الجزاءات في العقود الإدارية لا تنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية بل تشمل ضمان وتأمين دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد...»، محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص 113 .

= **أحمد محيو** : والذي يرى بأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات مستمدة من فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ذلك أن الجزاءات التي تقوم الإدارة المتعاقدة بتوقيعها على المتعاقد معها تهدف بالضرورة إلى تحقيق المصلحة العامة، وهو الباعث أو الغاية التي تسعى الإدارة إلى ضمان تحقيقها دوماً من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات.

- Ahmed MAHIOU, Op.CIT.P.249.

¹- نقلاً عن: بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 104.

²- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 60.

³- محمد مرعي حسن الجبوري، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية والجنائية في العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 39 .

مجال العقود الإدارية بممارسة جملة من السلطات والتي من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وجعله أكثر حرصا في تنفيذ التزاماته التعاقدية¹.

وتجد آراء هذا الإتجاه سندها القانوني الذي قامت بنهجه، في العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية، ومن بينها ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد الأحكام الصادرة عنها، جاء فيه : « للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الإسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعب في معلوماته، ولما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة، ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء »².

لنستخلص من الحكم أعلاه، أن القضاء الإداري المصري قد إعتبر هو الآخر السلطة العامة المعيار أو الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيعها للجزاءات وذلك تحقيقا للمصلحة العامة .

وهو الإتجاه ذاته الذي كرسته أيضا الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بالجزائر في عدة قرارات صادرة عنها، لا سيما قرارها الصادر بتاريخ 1990/07/28 المتعلق بخصوص قضية السيد (ت. ط) ضد والي ولاية عنابة³.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية... ، القسم الثاني، ط 05، المرجع السابق، ص 219.

² - هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 936 .

- كما قضت في قرار آخر لها بأنه : « سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها تغليب المصلحة العامة، وضمان إستمرارية سير المرافق العامة ، ولا تحتاج إلى نص يقررها»، قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1963/05/25، مجموعة مبادئ السنة التاسعة، مبدأ رقم 29، ص 324، أورده : مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 197 .

³ - وتتلخص حيثيات هاته القضية في أن الطرفين كانا قد أبرما صفقة عمومية من أجل تشييد مقر لبلدية الحجار، وبعد فترة من بداية الأشغال لاحظت الولاية تأخرا في إنجاز المشروع، علاوة على عدم مطابقته للشروط والمواصفات التي تم تحديدها بالعقد، فلجأت إلى فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة، وقامت بحجز كل العتاد الذي كان يستعمله المقاول في تنفيذ الأشغال، مقتبس عن : رابحي أحسن، المرجع السابق، ص 80.

وعلى ضوء ما تقدم، يمكننا أن نجزم القول، أنه بالرغم من إختلاف وجهات النظر في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، سواء إرتبط هذا الإختلاف بفكرة السلطة العامة أو فكرة المرفق العام، فكلاهما يدور في حلقة واحدة تجمع بين كلا من الإتجاهين ألا وهي تحقيق النفع العام وضمان إستمرارية سير المرافق العامة بإنتظام واضطراد.

المطلب الثاني : خصائص وضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية

سيشتمل هذا المطلب على أهم الخصائص التي تميز الجزاءات الإدارية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها عن غيرها من الجزاءات الإدارية الأخرى المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص (الفرع الأول) وكذا أهم الضوابط والقيود التي وضعها المشرع لجهة الإدارة أثناء ممارستها لهاته السلطة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الخصائص المشتركة للجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الاداري.

" لقد إستقر كل من الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر على صياغة نظرية مستقلة يختص بها نظام الجزاءات في العقود الإدارية وحده، لها مقوماتها وذاتيتها التي تتبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة بما يضمن حسن سيرها بإنتظام واضطراد تختلف عن نظرية الجزاءات المعمول بها في نطاق عقود الخاص"¹.

هذا وتنفرد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء بإمتناعه عن تنفيذها أو التأخر في ذلك، بعدد من السمات الخاصة بغير تلك الجزاءات المعمول بها في تنفيذ عقود القانون الخاص، إذ باستطاعتها توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر بنفسها ودون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء (أولاً) كما تستطيع توقيعها حتى مع عدم وجود نص صريح ينص عليها في العقد (ثانياً) فضلاً عن أحقيتها في الترخيص في اختيار الوقت المناسب لتوقيعها (ثالثاً) ودون حاجة منها إلى إثبات وقوع ضرر أصابها من جراء تقصير المتعاقد (رابعاً).

¹ - هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 896 وما بعدها.

أولاً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة " إمتياز المبادرة "

تتمتع الإدارة بحُرِّيَّة التصرف أو ما يعرف « بامتياز التنفيذ المباشر » التي لا مقابل لها في القانون الخاص¹، والتي يقصد بها في هذا المجال حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها، دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي يعطيها الحق في مباشرة سلطتها هذه على المتعاقد معها، إلا أن ذلك يكون تحت رقابته بطبيعة الحال- للتأكد من أن قرار إيقاع الجزاء مبني على قواعد وأسس صحيحة - وتغطي هاته الخاصية جميع صور الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته²، لتجد الإدارة تسويغها بخصوص ما تمتلكه من توقيع جزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة - والتي تعد

¹ - مدحت يوسف أبو غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - ، ط01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014، ص 13؛ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 478؛ بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 102؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 50.

² - حيث يرى الفقيه أندري دي لوبادير **De Laubadère** بخصوص هذا الشأن: « أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار إنفرادي من الإدارة، وأن الإدارة - بعكس الوضع في القانون الخاص - ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق إمتيازها في التنفيذ المباشر»، أشار إلى ذلك : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 343.

غير أنه يجب التنويه هنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يستثني من ضمن هذه الجزاءات عقوبة إسقاط الإلتزام، إذ يرى أنه يتوجب على الإدارة لتوقيعها استصدار حكم قضائي ما لم يوجد نص صريح بالعقد يخول لجهة الإدارة ذلك، نظرا لخطورة هذا الجزاء وتكبيده خسائر فادحة شديدة الوطأة على الملتزم والذي يتكبد نفقات ضخمة في إدارته وتسييره للمرفق المدار عن طريق الإمتياز، وذلك بخلاف ما هو معمول به في قضاء مجلس الدولة المصري والذي يقر لجهة الإدارة توقيع جميع أنواع الجزاءات بما في ذلك جزاء إسقاط الإمتياز في حالة ما إذا أخل المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ إلتزاماته إختلالا جسيما يستوجب منها هاته العقوبة (الإسقاط) ودون الرجوع إلى القضاء لإستصدار حكم يقضي لجهة الإدارة بتوقيعه، وهو ما أفصح عنه القضاء الإداري المصري في قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1977/12/30 بقوله: « ... ليس صحيحا في القانون، أن هذا الجزاء (سحب الإلتزام أو إسقاطه) ، لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة، إذ أن منح الإلتزام له سلطات عديدة يملك إستعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بإلتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها في العقد أو تنفيذ الإلتزام على حساب الملتزم، وكذلك له أن يتخذ مايراه كفيلا لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الإلتزام دائما - بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الإلتزام إذا إختل المرفق إختلالا جزئيا أو كليا أو إذا إرتكب الملتزم مخالفات جسيمة »، أشار إلى ذلك كل من : مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 197؛ أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 213؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 96 .

مظهرًا من مظاهر إمتياز التنفيذ المباشر التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة الأفراد العاديين، وإحدى أهم الضمانات القانونية المخولة لها في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري - في أهمية المحافظة على المرافق العامة وضمان سيرها بشكل منتظم¹.

وإذا كان الحكم بالجزاءات المنصوص عليها في مجال عقود القانون الخاص يستلزم صدور حكم قضائي عند إخلال المتعاقد بتنفيذ ما اتفق عليه هو ونظيره، فإن هذه القاعدة يتعذر إعمالها في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ذلك أنها تتطلب الكثير من الوقت وهو الأمر الذي قد لا يستقيم مع طبيعة نشاط وعمل الإدارة، والذي يتوجب منها السرعة والمرونة في علاج تقصير المتعاقد معها، ضمانًا لحسن سير المرفق العام بإنتظام وإضطراب².

و لقد أقر **المشرع المصري** لجهة الإدارة هذه الخاصية بالنص عليها صراحة في المادة **26** من القانون رقم **89** لسنة **1998** والمتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات بقوله: «... يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات، وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الإستحقاق ، دون حاجة للجوء إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية».

كما أكدت **المحكمة الإدارية العليا بمصر** خاصية حق توقيع الإدارة للجزاء بنفسها، بقولها : «... إن للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الإسم، وهذه ليست إلا أجزاء تملك توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 148 .

² - C.E, 5 févr .1919, lévy, 119,

-André de LAUBADERE et autres, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, OP. CIT, P.823.

- وهو ماقرته المحكمة الإدارية العليا ب : ج، م، ع، أيضا في أحد القرارات الصادرة عنها والذي جاء فيه : «... إن التنفيذ على حساب المتعاقد جزاء تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد المقصر ولا تتقيد الإدارة في ذلك بقواعد القانون المدني حتى يمكن تحقيق السرعة والمرونة التي يقتضيها سير المرفق العام»، مقتبس عن : هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 901 ، ولمزيد من التفاصيل أنظر: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 247، مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 458.

العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعب في معلوماته معها، ولما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة فمن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار حكم من القضاء...»¹.

ومن ثمة يتبين لنا، أن للإدارة الحق في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة وفرضه جبراً على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته بغض النظر عن نوع التقصير الذي قد يقع فيه، وطبيعة العقد الإداري محل التنفيذ، وهذا وإن دَلَّ إنما يُدَلُّ على جهد المشرع لتوفير الضمانات الضرورية والكافية التي تتيح لجهة الإدارة إقتضاء حقوقها مباشرة، وإزاحة كافة العراقيل التي قد تعرقل مسيرة العقد بما قد يعود على سير المرفق العام بشكل سلبي .

ثانياً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية دون حاجة إلى النص عليها في العقد

غالباً ما تحتوي العقود الإدارية نصوصاً تخول للإدارة سلطة فرض أنواع معينة من الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، تختلف طبيعتها باختلاف طبيعة ونوع العقد الإداري وكذا التقصير الذي يقع فيه المتعاقد، لكن السؤال الذي قد يطرح نفسه في مثل هذه الحالة، يتمحور حول الوضع الذي تلجأ إليه الإدارة في حال ما لم يتضمن العقد النص على بعض من هذه الجزاءات ؟

من المستقر عليه فقهاً و قضاءً، أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، هي سلطة أصلية مستقلة تماماً عن نصوص العقد الإداري، بحيث توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، على اعتبار أنها إحدى أبرز

¹ - وفي قرار حديث أخر لها ذهبت المحكمة الإدارية العليا ب: ج. م. ع إلى القول : « ... ومن حيث أنه من المستقر عليه أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة، وأنه إنما شرع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وبالتالي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه ومن ثم ليس شرطاً من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن هذا الجزاء شأنه الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية تملك الإدارة توقيعها دون حاجة للجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيع حدوث ضرر يصيب المرفق العام »، مقتبس عن : هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 899.

الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري، وحتى وإن تم النص عليها في العقد فإنه لا ينشئ لها هذا الحق وإنما يعد كاشفاً ومنظماً له، كما أن تضمين نصوص العقد على بعض الجزاءات لا يفهم منه تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه بحرمانها من ممارسة أنواع الجزاءات الأخرى¹، إذ أن الجزاء لا يرهن بمنطوق الإتفاق إلا من حيث أصول التطبيق²، وبالتالي فإنه بإمكانها توقيع جميع أنواع الجزاءات المقررة لها، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال.

هذا ولقد كان المبدأ السائد في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي، حتى عهد قريب، أن الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها القصر في تنفيذ التزاماته العقدية هي تلك المنصوص عليها في العقد فقط، أما ما عدا ذلك فليس بإمكانها توقيعها، وليس بيدها إلا إلغاء العقد، ولقد كان من نتائج ذلك عدم رغبة الإدارة في هذا الحل المتطرف، بأن تغض النظر عن بعض المخالفات التي قد يرتكبها المتعاقد والتي لا تكون على قدر كبير من الجسام، ليعدل الفقه والقضاء بعدها عن ذلك، ويظهر نوع آخر من الجزاءات غير العقدية، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الرئيسي الصادر بتاريخ 1907/05/31 في قضية³ **Déplanque**، وتستقر بعدها أحكامه على أن سلطة الإدارة

¹ - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 755.

² - André de LAUBADERE et autres, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, OP. CIT, P 823.

- أنظر كذلك : علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 405 .

³ - C,E,31 mai 1907, Deplanque, Rec.513, Concl. Romieu.

- مشار إليه لدى :

- Marie Christine ROULAULT, OP.CITE, P334.

- André de LAUBADERE et autres, TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF, OP. CIT, P823.

- ويتضمن قرار مجلس الدولة الفرنسي أن السيد **Déplanque** كان قد أبرم عقد إلتزام مع إحدى القرى لإضاءتها ، وقد نص في العقد على الفسخ كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته، وقد نسب بعد ذلك إلى السيد **Déplanque** التقصير في أداء بعض إلتزاماته المقررة في العقد، ليعرض الأمر على القضاء الإداري للبت فيه ، وكان على القاضي، إما أن يقيّد بنصوص العقد فيحكم بالإسقاط، أو يوقع جزاء آخر، وقد اقترح مفوض الحكومة **Romieu** في تقريره المقدم في هذه الدعوى المبادئ الجديدة التالية :

في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، أي أنها توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، وقد عبر عن هذه الفكرة بصورة أدق الفقيه الفرنسي **De Laubadère** بقوله : « يوجد بين يدي الإدارة صلاحية إيقاع الجزاء حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، وإذا نص في العقد الإداري على بعض الجزاءات المالية صراحة، فإن الجزاءات الأخرى توجد بحكم القانون ...»¹.

و كذلك أحكام مجلس الدولة المصري، والتي سلكت هي الأخرى نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي، حيث جاء في أحد الأحكام الصادرة عنه بخصوص جزاء رفعته الإدارة على أحد المتعاقدين، رغم عدم النص على ذلك في العقد، ما يلي: «... ومن ثم فليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم

1/ إذا كان العقد عند تحديده لإلتزامات الطرفين، قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة لتلك الإلتزامات أو الإخلال بها، فإنه يجب ألا يترتب على ذلك تقرير عدم وجود جزاءات .

2/ إذا كان العقد قد حدد صراحة وجود جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة، وأغفل تحديد الجزاءات المقابلة لباقي المخالفات ، فلا يترتب على ذلك بقاء هذه الأخيرة بدون جزاء .

3/ إن كل إلتزام تعاقدى يقابله جزاء، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصا صريحة على خلاف ذلك، أي أنه يجب على القاضي في الحالة المعروضة وإعمالا للقواعد العامة أن يقرر : إما فسخ العقد أو الحكم بالتعويضات .

وهو ما أخذ به مجلس الدولة ليقضي في الأخير بعد سماع إقتراح المفوض **Romieu** بتعويض الإدارة عن المخالفات التي إرتكبها الملتزم، السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية -، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1994، ص 110 وما بعدها، جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 399، حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 238.

¹ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 411 .

التنفيذ سواء نص عليه، أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلا لإشتراط دفع تأمين مع العطاء»¹.

وترتيباً على ما سبق ذكره، يمكننا القول أنه يبقى بإمكان الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، ولو لم يتضمن العقد نصاً يقر لها بذلك، وحتى وإن نص على بعضها وأغفل بعضها الآخر فإنه يبقى من حقها توقيع جزاءات على المخالفات التي لم ينص عليها في العقد²، ذلك أن الإدارة لا تستند في مباشرتها لهذا الحق إلى نصوص العقد الإداري، بل

¹-حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ: 1957 /11/17 مشار إليه لدى: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 26.

²- وهو ما أقر به م . د . ف في إحدى القرارات الصادرة عنه ، ومنها قراره الصادر بتاريخ 02 يوليو سنة 1924 في قضية **Girou** حيث قضى فيه أن : « وضع المرفق تحت الإدارة المباشرة المنصوص عليه في العقد بالنسبة لحالة توقف المرفق عن السير خلال ثمانية أيام متتالية، لايحول دون إسقاط الإلتزام بسبب عدم التنفيذ المستمر من جانب الملتزم» أورده : المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 245 ، غير أنه يجدر بنا التنويه إلى أن الأمر في كل من مصر والجزائر مخالف لذلك تماماً، إذ يجب على الإدارة في حالة ما إذا نص العقد على جزاء محدد عند وقوع خطأ معين، التقيد بهذا النص وعدم مخالفته بتطبيقها لجزء آخر ولو برضاء المتعاقد معها، كما ليس بإمكان القضاء أن يحكم بغير مقتضاه، مثلما وضحته المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها أنه : « ... إذا ماتوقع المتعاقدان خطأ معيناً ووضعوا له جزاء فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات »، هيثم حلبي غازي، المرجع السابق، ص 99 ، ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 113 .

- كما أكد القضاء الإداري الجزائري ذلك في إحدى القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ : 1968/12/13 في قضية شركة (V.B) ضد الدولة، جاء فيه أن : « بعض من هذه العقوبات قد يرد النص عليها في العقد الإداري، ومن ثم فلا يمكن ممارسة هذه السلطة إلا في هذا الإطار »، مشار إليه لدى : حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري - النشاط الإداري) ، - دراسة مقارنة - ، ط 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 ، ص 121 .

ومن جانب آخر أكد مفوض الدولة الفرنسي روميو **Romio** على أنه: « إننا لا نستطيع أن نستبدل الجزاء الذي اتفقت عليه الأطراف بجزاء آخر لم يرد النص عليه في العقد ».

- أنظر :

- C.E .04 Avril 1914, Départ De la Vendée, Rec, P.489.

إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، ومرجع ذلك كله ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمن استمراره و انتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة¹.

ثالثاً : سلطة الإدارة في إختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء

إن الإدارة وأثناء ممارستها لسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها غير ملزمة بتوقيع هذه الجزاءات في وقت معين، طالما لم يرد نص بالعقد يلزمها بذلك، فلها كامل السلطة التقديرية في إختيار الوقت المناسب لإيقاع الجزاء بما يتماشى مع مقتضيات سير المرفق العام، شريطة ألا يتضمن العقد الإداري ميعادا محددا لذلك، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد الأحكام الصادرة عنها بقولها : «... بإستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في إختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تثريب في إيقاع الجزاءات على المتعاقد المقصر حتى يفىء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ ...»².

هذا ويرى بعض الكُتاب، أنه بالرغم من منح جهة الإدارة رُخصةً تمكنها من إختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء على المتعاقد معها، إلا أنه يُفَضَّلُ ألا تَطُولَ المُدَّةُ التي تسبق توقيع الإدارة للجزاء، لما قد يشكله هذا التأخير من خطورة على سير المرفق العام بطريقة نظامية³.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، المرجع السابق، ص 146.

² - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 988 لسنة 09 ق، جلسة 1967/05/20 مجموعة مبادئ السنة الثانية عشر، مبدأ رقم 118، ص 1085، أشار إليه كل من : حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 239 ؛ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 531؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 21.

³ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 64.

رابعاً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر

تملك الإدارة من جانب آخر، سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها في حالة ما أخل بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية دون حاجة منها إلى إثبات وقوع ضرر معين قد أصابها كمبرر لذلك - باستثناء جزاء التعويض - فالضرر في هذه الحالة مفترض ناتج عن إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية كما أشرنا إليه أنفاً¹، إذ أن الغاية من فرض الجزاءات الإدارية في هذه الحالة ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما الغاية منها ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب وتحقيق النفع العام²، وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في جلسة لها بتاريخ 20 / 05 / 1967 بأن: «الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجبه إنما تستهدف أساساً تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب إستحقاقها المنصوص عليه في العقد...»³.

تأسيساً على ما تقدم، يمكننا القول، أن للإدارة الحق في أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ الإلتزامات العقدية، دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ صادر من جانب المتعاقد معها استناداً إلى الضرر المفترض، وذلك باستثناء جزاء التعويض والذي يرتبط مفهومه بحجم الضرر عدماً ووجوداً، كما أن عملية تقديره تخضع لمدى جسامة الخطأ الذي قد يقع المتعاقد فيه، وما يمكن أن يترتب عن من أضرار تضر بجهة الإدارة والمصلحة العامة على حد سواء.

¹ - محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 306.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 166 .

³ - قرار المحكمة الإدارية العليا - طعن 1086 لسنة 7 ق، الصادر بتاريخ 30 / 11 / 1963 ، مشار إليه لدى: محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقد الإدارية، المرجع السابق، ص 64، ولمراجعة نفس الحكم باستنفاضة أنظر : محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 278.

الفرع الثاني

حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

تملك الإدارة بإعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات إدارية على المتعاقد معها المخل بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية - ويستوي في ذلك أن يخل في تنفيذها، أو التقصير فيها، أو بالتأخير في تنفيذها- كإحدى الضمانات القانوني التي أقرها لها المشرع ليضمن لها بذلك سلامة تنفيذ عقودها المبرمة مع أشخاص القانون الخاص، وبما يمكنها من مواجهتهم، بغرض الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب .

لكن وبالرغم من إقرار المشرع لجهة الإدارة بهذه السلطة وبالرغم من كونها ضماننة في الوقت نفسه، إلا أن استخدام الإدارة لها (أي سلطة توقيع الجزاءات) ليس مطلقا، بل تحده في ذلك مجموعة من القيود والضوابط التي تخضع لها الإدارة وهي بصدد ممارستها لها، فهي مقيدة من ناحية بضرورة إنذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه (أولا) كما أنها تخضع مثل سائر السلطات لرقابة القضاء (ثانيا).

أولا : ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه

قبل الغوص في أحكام الإعدار بإعتباره أحد القيود المفروضة على جهة الإدارة أثناء ممارستها لسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وضمانة هامة من ضمانات هذا الأخير -المتعاقد-، لا بد لنا من إعطاء تعريف وجيز له، ويقصد بالإعدار في هذا المجال: ذلك التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد معها، لتوضح له الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وحثه على ضرورة الإلتزام بتنفيذ العقد وفقا للقواعد القانونية المعمول بها، خلال الميقات والمدة التي حددتها له، تحت طائلة إتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه¹.

¹ - الذي يتخذ في أغلب الحالات طابع الجزاء الإداري، للمزيد من التفاصيل أنظر : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 157 .

وفي تعريفٍ آخر مختصر للإعذار، عرفه عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه: «إنذار موجه للمتعاقد بورقة رسمية تطلب فيها الإدارة منه تنفيذ إلتزامه»¹.

وبذلك تتضح لنا الغاية التي تسعى إليها جهة الإدارة من وراء توجيهها إنذاراً إلى المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، ألا وهي تنبيهه وحثه على تصليح الخلل الذي وقع فيه، وتبيين الظروف الزمني المحدد له في ذلك²، وهو الأمر الذي يراه الدكتور جابر جاد نصار من الأمور المنطقية التي تفرضها قواعد العدالة، وذلك حتى يتأتى للمتعاقد مع الإدارة إستدراك وتصحيح مخالفاته بعد إنذاره³، إذ أنه من المبادئ المسلم بها في مجال تنفيذ العقود أنه لا عقاب بدون إنذار يسبقه، إلا إذا أعتيت منه الإدارة في العقد، أو وقعت الإدارة أمام مسألة تستدعي التنفيذ العاجل⁴، مثلما هو جاري العمل به في مجلس الدولة الفرنسي والذي يفرض على جهة الإدارة - كقاعدة عامة - إنذار المتعاقد المخطئ وتنبيهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء عليه⁵، سواء كان ذلك في عقود القانون الخاص أو العقود الإدارية، مستثنياً من ذلك الحالات الآتية:

- إذا تضمن العقد نصاً صريحاً يعفي الإدارة من إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه.

- حالات الضرورة الملحة التي تضيفها الظروف على تنفيذ العقد⁶.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 01، دار الفكر، د. ب. ن، د، س، ن، ص 1984 - 1985.

² - أنظر الملحق رقم (3) ص 339.

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - C.E. 10 juin 1953, Commune de Saint Denis en Val. Rec 276.

- مشار إليه لدى: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 248.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 484، وللمزيد من التفاصيل أنظر: حسن محمد علي حسن البنان، حسام محسن عبد العزيز، الضمانات الإجرائية والموضوعية في مواجهة الغرامة التأخيرية قبل وأثناء توقيعها في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 08، المجلد 06، العدد 20، العراق، حزيران 2016، ص 375.

⁶ - ضرار الفزاز، الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدية في العقود الإدارية - دراسة مقارنة بين سورية وفرنسا ومصر، مجلة جامعة البعث، المجلد 39 العدد 52، سوريا، 2017، ص 23.

كما نصت المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، على أنه: « إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة ولم يصلح ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح...».

وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري، والذي يرى هو الآخر بأنه يبقى من شأن الإدارة وبعد إنذارها الموجه للمتعاقد معها لتدارك أخطائه في حالة ما إذا ما تجاوز المدة المقررة لذلك أن تفسخ العقد من جانبها¹.

ليبقى إلتزام الإدارة بإنذار المتعاقد من الأمور الحتمية التي يتوجب على الإدارة مراعاتها بالنسبة إلى بعض الجزاءات مثل : غرامة التأخير (**Pénalités de retard**)² وحالة فسخ العقد (**Résiliation**)³ .

هذا و يمرُّ الإعذار بإجراءات خاصة يتعين على الإدارة إدراجها ضمن طيات صفحاته، إضافة إلى بعض الشروط الهامة بطريقة الإعلان عنه ونشره، وهو ماسيتم تناوله على النحو التالي :

- نصت المادة 03 من قرار وزير المالية المؤرخ في 28/03/2011 على أنه يجب أن يحتوي الإعذار على البيانات التالية⁴ :

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.

¹ - المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره.

² - المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 يتعلق بتفويض المرفق العام السالف ذكره.

³ - غير أن هناك بعضا من الفقهاء من يشكك في ضرورة الإعذار بالنسبة إلى بعض الجزاءات الأخرى كجزاء وضع المشروع تحت الحراسة، للمزيد من التفاصيل، أنظر : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 158 .

⁴ - المادة 02 من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، ج . ر . ج . ج . عدد 24 الصادرة بتاريخ 16 جمادى الأولى 1432 الموافق لـ 20 أبريل 2011.

- توضيح إذا ما كان أول أو ثاني إذار عند الإقتضاء.
- موضوع الإذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

أمّا من ناحية الشكل، فإن معظم التشريعات لا تشترط على الإدارة أثناء توجيهها للإذار بأن يتخذ شكلاً معيّناً، بإستثناء المشرع الجزائري والذي يفرض على جهة الإدارة وبالخصوص في عقد الأشغال العامة أن يتخذ الإذار شكل رسالة موصى عليها ترسل إلى المتعاقد مع إشعار بالإستلام ونشره وفق الشروط المحددة في القرار¹، والتي تستوجب أن ينشر الإذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو على مستوى جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين عبر كامل التراب الوطني، مع إشتراط أن يكون محرراً باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل².

وفي حالة ما لم تتضمن نصوص العقد ما يدل بشكل صريح على جدية توجيه إذار إلى المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، فإنه يتعين على جهة الإدارة في مثل هذه الحالة إعمال القاعدة الأصلية التي يقرها القانون المدني بالإذار في مجال العقود المدنية³.

وخلصاً يمكننا القول، بأن الإذار بات يعد ضماناً لكلا طرفي العقد سواء بالنسبة لجهة الإدارة أو المتعاقد معها، فبالنسبة للإدارة يعتبر الإذار ضماناً لها لكونها سلكت الطريق السليم لإيقاع الجزاء، أما بالنسبة للمتعاقد فيعتبر ضماناً له هو الآخر من ناحية تمكينه تدارك التقصير والعمل على إصلاحه قبل تعرضه للجزاء⁴.

¹ - المادة 04 من ذات القرار .

² - المادة 2/05 من نفس القرار .

³ - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 403.

⁴ - مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 468.

ثانيا : خضوع قرارات الإدارة الجزائية لرقابة القضاء

تعد رقابة القضاء اللاحقة على قرارات الإدارة القاضية بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إحدى أهم الضمانات الأساسية المقررة لحماية حقوقه - أي المتعاقد - والتي تأتي في مقابل ضمانة توقيع الجزاءات المخولة لجهة الإدارة.

ومن المسلم به، أن رقابة القضاء في هذا الصدد هي من قبيل القضاء الكامل، فهي رقابة واسعة تشمل مشروعية القرار الصادر بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل أو الإختصاص والإجراء ومخالفة أحكام القانون أو الإنحراف في إستعمال السلطة، كما قد تمتد لتصل بذلك إلى حد التأكد من مدى ملائمة الجزاء المتخذ بحق المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه، والبواعث التي دفعت الإدارة إلى ذلك¹، حيث يختص قاضي العقد وحده ضمن هذا الصدد بالنظر في المنازعات المتعلقة به، شريطة أن يكون الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد مستندا لنصوص العقد ذاته، أما إذا كان الجزاء الموقع بحق المتعاقد مع الإدارة قد استندت فيه هذه الأخيرة إلى النصوص القانونية أو اللائحية، فإن الإختصاص يعود في هذه الحالة لقاضي الإلغاء، إذا ما كان طلب المتعاقد مقتصرًا على إلغاء الجزاء، على أنه إذا ما رغب في التعويض عن الأضرار التي أصابته بالإضافة إلى إلغاء الجزاء المطعون فيه، فيبقى من شأنه أن يرفع دعوى القضاء الكامل مثلما أشرنا إليه أعلاه أمام قاضي العقد².

على أن القضاء المختص بالنظر في المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد الإداري هو القضاء الإداري، كون أن أحد أطراف النزاع فيه إدارة عامة، وهذا طبقا لما جاءت به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: « المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 486؛ علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 406؛ ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص 113؛ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 756؛ زكريا المصري، المرجع السابق، 617.

² - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 463 .

للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها»¹ .

وتظهر أهمية إخضاع قرارات الإدارة القاضية بتوقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها إلى رقابة القضاء؛ أنه إذا ما أخطأت الإدارة أو تعسفت في استعمال سلطة توقيع العقوبة، فإن للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري للحكم بإبطال قرار الإدارة الصادر في حقه، و بالتالي الحصول على التعويض المناسب².

وتجدر بنا الإشارة ضمن هذا المقام، إلى أن سلطة القاضي في مواجهة الجزاءات الإدارية الغير مشروعة يختلف مداها من جزاء لآخر، فبالنسبة للجزاءات المالية كغرامات التأخير أو مصادرة التأمين يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو تخفيضها أو حتى بالإعفاء منها، أما فيما يتعلق بالجزاءات الضاغطة فإن الأمر يجري بخلاف ذلك، إذ ليس بإستطاعة القاضي في مثل هذه الحالة سوى أن يحكم بالتعويض عنها دون أن يحكم بإلغاءها في جميع الحالات، وهذا ما هو مستقر عليه حالياً في القضاء الإداري الفرنسي³.

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فإن بإستطاعة القاضي وعلى خلاف نظيره الفرنسي إلغاء القرار الصادر بتوقيع الجزاء أياً كان نوعه، سواء أكان جزاءاً مالياً أو جزاءاً ضاغطاً، أو جزاءاً فاسخاً⁴.

هذا وتستطيع الإدارة التنازل عن توقيع الجزاء بنفسها باللجوء إلى القضاء وإن كان ذلك حقاً مقررًا لها، بغية تجنب تقرير مسؤوليتها فيما بعد، بمعنى أنه إذا ما قامت الإدارة بتوقيع جزاءات على المتعاقد معها، فإنها ستتحمل مسؤولية ذلك إذا ما ثبت بعدها عدم أحقيتها في توقيع الجزاء، وهو ما يؤكد جانب من الفقه العربي وعلى رأسهم محمد سليمان الطماوي بقوله : " أن الإدارة إذا كان لها أن توقع الجزاء بنفسها، فإنها تفعل ذلك على

¹ - المادة 800 من القانون رقم 08 - 09 المشار إليه سابقاً .

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 169 .

³ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 486 ؛ علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص 407 .

⁴ - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 602.

مسئوليتها تحت رقابة القضاء، وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية " ¹.

كما يشير **Bonnard** في ذات السِّيَاق إلى أنه: « بإمكان الإدارة اللجوء إلى قاضي العقد لتطلب منه توقيع الجزاء على المَقول المخل بدلاً عنها، وذلك لدرء المسؤولية عنها إذا ما نسب إليها خطأ ناجم عن إيقاع الجزاء على المتعاقد وكان في غير محله» ².

وتأسيساً على ما تقدم، نرى أن لجوء الإدارة لهذا المسلك - أي التجاءها إلى القاضي لتوقيع الجزاء بدلاً منها - أفضل وأحوط من أن تقوم هي بتوقيع الجزاء بنفسها، لما فيه من ضمانات لها وللمتعاقد معها، الأولى كي تدرء عن نفسها تقرير مسؤوليتها فيما بعد، والثانية حتى يضمن القضاء للمتعاقد معها حقوقه.

المبحث الثاني

أنواع الجزاءات المخول لجهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في نطاق تنفيذ

العقد الإداري

بوصفها سلطة عامة، فإن المشرع قد منح لجهة الإدارة العديد من الجزاءات التي بإمكانها توقيعها على المتعاقد معها الناكل عن تنفيذ التزاماته والمقصر في أدائها، كضمانات من شأنها أن تكفل لها - الإدارة - تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وضمن مواعيدها المحددة في العقد الإداري، وعلى ذلك تتنوع الجزاءات التي تملكها الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد باختلاف طبيعة ونوع العقد الإداري، وكذا وجه التقصير الذي يمكن أن يقع فيه المتعاقد .

ويتجلى هذا التنوع في الطبيعة التي يمكن أن يأخذها الجزاء الإداري، فمنها ما يمكن أن يأخذ طابعاً نقدياً (مالياً) كغرامة التأخير ومصادرة التأمين وكذا التعويض، ومنها ما يأخذ صفة جزاء ضاغط تستعمله الإدارة للضغط على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته دون

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 32.

² - Bonnard ROGER ,précise de droit administratifs ,op,cit,p.226.

إنهاءه للعقد محل التنفيذ، كسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة والتنفيذ على حسابه ومسؤوليته وفرض الحراسة على الملتزم ويكون أعمال هذا الجزاء في عقود الإمتياز بصفة خاصة، أو بالشراء على المورد في عقود التوريد الإدارية .

ولتقسي ماهية أنواع هذه الجزاءات وطبيعتها القانونية التي تتخذها، سيقضي منا الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج فيهما أهم الجزاءات المالية المخولة لجهة الإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء بالتقصير فيها أو التأخر عن تنفيذها (المطلب الأول) وكذا سلطتها في توقيع الجزاءات الضاغطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الجزاءات المالية - الضمانات المالية -

تعتبر الجزاءات المالية إحدى أبرز الجزاءات الإدارية التي تتمتع بها جهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، إذا ما ارتكب المتعاقد معها مخالفات عديدة أثناء تنفيذه للعقد - ويستوي في ذلك أن يكون قد إمتنع عن تنفيذ إلتزاماته أو تأخر في تنفيذها أو بعدم احترامه لتعليمات الإدارة - من حيث أنها ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في مثل هذا النوع من العقود وإن كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدني¹.

ويمكن تعريف الجزاءات المالية على أنها: « عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد في حالة ما أحل بإلتزاماته التعاقدية، كلية أو جزء منها سواء إمتنع عن تنفيذها بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو أحل غيره مكانه دون أخذ إستشارة من جهة الإدارة»².

هذا وتختلف الجزاءات المالية في العقود الإدارية عن تلك المعروفة عنها في عقود القانون الخاص، كالشرط الجزائي أو التعويض الإنفاقي، في أن الإدارة بإمكانها أن توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من جانب القضاء، أو بوجود إثبات ما لحقها من ضرر

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 476 .

² - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 145.

جراء إخلال المتعاقد معها بشروط العقد، ويكون لها ذلك في حالة إمتناع المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو التأخر في تنفيذها أو تنفيذها بشكل غير مرضٍ¹.

كما أن لهذا النوع من الجزاءات أهميةً بالغةً لَمَّا له من تأثير بالغٍ على الوضعية المآلية للمتعاقد، الأمر الذي يدفعه إلى الحرص على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بدقة ووفق الشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد²، تفادياً لأن يتم توقيع بعض من أنواع هذه الجزاءات عليه .

ومما هو جدير بالذكر أيضا، هو أن هذا النوع من الجزاءات لا ينحصر في ضمان تنفيذ الإلتزامات التعاقدية وحسب بقدر ما يصبو إلى ضمان تأمين وانتظام سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، بل إن الإلتزامات المتقابلة وضمن الدفع بعدم التنفيذ المعمول بها في عقود القانون الخاص³ لا يمكن الأخذ بها إطلاقا في العقود الإدارية لخضوع هاته الأخيرة لنظام قانوني متميز عنها، يخول لجهة الإدارة ضمان إقتضاء حقوقها اتجاه المتعاقد معها بطريقة مباشرة لا تتطلب إحالة النزاع على القضاء⁴.

هذا وتنقسم الجزاءات المالية التي تقوم الإدارة بتوقيعها على المتعاقد معها والمخل في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية على نحو يسير، إلى نوعين من الجزاءات :

النوع الأول: ويشمل العقوبات التي يتم توقيعها على المتعاقد نتيجة إخلال بإلتزاماته التعاقدية والتي من شأنها أن تشكل ضمانا لجهة الإدارة، بغض النظر عن صدور خطأ منه أو ضرر قد يلحق جهة الإدارة المتعاقدة من عدمه (الغرامات + التأمين).

¹ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 113.

² - حمدي سليمان القبيلات، المرجع السابق، ص 149.

³ - يعرف الدفع بعدم التنفيذ قضائيا على أنه: « ترابط الإلتزامات المتبادلة الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، الذي يعطي الحق لأحد الطرفين بأن يمتنع عن تنفيذ الإلتزاماته ، حينما يمتنع الطرف الآخر عن تنفيذ الإلتزامه »، هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 663 .

⁴ - خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة - ، مجلة بحوث مستقبلية، مركز الدراسات المستقبلية، كلية الحداثة، العدد 18، 2007 ، ص 164 وما بعدها.

النوع الثاني: ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي قد يلحق بالإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد (التعويض)¹.

مما يستدعي إبراز كل نوع على حدى، وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع مستقلة عن بعضها البعض، وفقا للنحو الآتي:

غرامة التأخير (الفرع الأول) مصادرة التأمين (الفرع الثاني) التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: غرامة التأخير

مما لاشك فيه أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على كل متعاقد مقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، تختلف طبيعتها باختلاف طبيعة ونوع التقصير الذي قد يرتكبه هذا الأخير -المتعاقد- وعلى رأسها غرامة التأخير، فما المقصود بغرامة التأخير؟ وماهي أهم الخصائص التي تميزها عن غيرها من الجزاءات المالية المعمول بها في نطاق تنفيذ العقد الإداري وكذا النظم القانونية الأخرى المشابهة لها؟ وكيفيات تحصيلها والإعفاء منها؟ كل ذلك سنحاول الإجابة عنه عبر الآتي:

أولاً: مفهوم غرامة التأخير

تعتبر غرامة التأخير إحدى أبرز الجزاءات المالية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية وأكثرها شيوعاً في نطاق تنفيذ العقد الإداري، وللتعرف على المفهوم القانوني لغرامة التأخير نرى أنه من الأجدر بنا التطرق إلى أهم التعريفات التي جاءت بشأنها (أ) ومن ثمة التطرق إلى أهم الخصائص التي تمتاز بها عن غيرها من الجزاءات المالية المعروفة في نطاق العقد الإداري (ب) وكذا التمييز بينها وبين النظم القانونية المشابهة لها والمعمول بها في نطاق العقود المدنية (ج).

¹ - يرى البعض أن هذا النوع من الجزاءات لا يعد من قبيل الجزاءات الإدارية على أساس عدم خروجها عن كونها مجرد تطبيق لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص، غير أن هناك من يرى العكس، وكل هذا سيتم توضيحه في موطنه لاحقاً من هاته الدراسة، أنظر الصفحة 222 ومابعدھا.

أ- تعريف غرامة التأخير وطبيعتها القانونية

جرى تعريف غرامة التأخير لدى فقهاء القانون العام على أنها: «عبارة عن مبلغ من المال محدد سلفاً في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية»¹.

كما لا يخرج عن هذا المعنى تعريف البعض الآخر لها بأنها: «مبلغ من المال محدد بنسبة معينة جزاء على التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية»².

وفي المقابل يذهب فريق آخر من الفقه في تعريفهم لغرامة التأخير على أنها: «تعويضات جزافية متفق عليها في العقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية».

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تكليف غرامة التأخير على أنها: «صورة من صور التعويض الاتفاقي تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون بأحكام خاصة، أهمها أن أحد أركانها هو أن الضرر يفترض وقت وقوعه بمجرد التأخير...»³.

ومن خلال التعاريف المشار إليها أعلاه، نجد أنها قد تعددت وتتنوعت؛ إلا أنها قد اتفقت جميعها على أن غرامة التأخير وسيلة ضغط على المتعاقد المتراخي عن تنفيذ التزاماته العقدية لحثه على تنفيذها بصورة مرضية تتماشى هي والصالح العام، وبحسب ما تشير إليه تسمية هذا الجزاء فإنه لا يكون لجوء الإدارة إليه إلا عندما يتأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، باعتبار أن الإدارة هي من يقوم بتحديد مواعيد تنفيذ العقد الإداري مسبقاً وبحسب حاجة المرفق، ما يضطرها إلى فرض هذا النوع من العقوبات على المتعاقد لإرغامه على تنفيذ التزاماته وفق مواعيدها المحددة ضماناً لحسن سير المرافق العامة ومجازاته على امتناعه أو تأخره عن التنفيذ تحقيقاً للغاية نفسها⁴.

¹ - محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 307.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 289.

³ - مشار إليه لدى: حمادة عبد الرزاق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص 227.

⁴ - علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، 2000، ص 69 وما بعدها؛ فهد بن ناصر بن سعد المسعدي، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في

ولقد جرى من الشائع تضمين الإدارة العقد بنودا تحدد بدقة الوقت أو المدة التي يجب أن ينفذ خلالها العقد والجزاء الذي يترتب عن الإخلال بها - مدة التنفيذ - للحفاظ على سير المرفق العام بشكل منتظم، بما يحقق المصلحة العامة وتلبية لحاجيات الجماهير المتزايدة¹. وبذلك تعد الغرامات التأخيرية إحدى أهم الضمانات المالية المخولة لصالح جهة الإدارة، كما أنها من بين أكثر الجزاءات المالية شيوعا في مجال تنفيذ العقود الإدارية². وهو ما نصت عليه أحكام القضاء الإداري المصري والتي جاء النص فيها على أنه: " إن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وإنها صورة من صور التعويض الإتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية فهي مقررة لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها"³.

هذا وتأخذ الغرامة في واقعها العملي صورتين:

- 1- غرامة تأخيرية ناتجة عن تأخر المتعاقد في إنجاز إلتزاماته التعاقدية وفق المواعيد و الأجال المحددة مسبقا في العقد وعدم بدءه في التنفيذ، مردها ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام وإضطراب، وتلبية الحاجات العامة للجمهور.
- 2 - غرامة ناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية توقع على المتعاقد في حالة عدم تنفيذه لأحكام وبنود العقد المتفق عليها طبقا للمواصفات المطلوبة⁴.

=النظام السعودي - دراسة تأصيلية مقارنة بدول مجلس التعاون الخليجي- ، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، المملكة العربية السعودية، 1434 - 1435 ، ص 76.

¹- مجدوب عبد الحليم، غرامات التأخير في العقود الإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسلت- الجزائر، ديسمبر 2017، ص 158.

² - Muhannad AJJOUR, OP.cit.p.479.

³- قرار المحكمة الإدارية المصرية الصادر في 20 / 04 / 1993 أشار إليه: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 44.

⁴- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 77.

ب- خصائص غرامة التأخير

تتميز غرامة التأخير بطابع خاص تتفرد به عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى كونها : محددة مسبقاً (1) كما أنها توقع تلقائياً (2) وقبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذ العقد (3) وذات طابع إداري (4).

1- الغرامات التأخيرية محددة مسبقاً " إتفاقية "

يعتبر التحديد المسبق للغرامة التأخيرية إحدى أهم الميزات التي تستأثر بها عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى، لكونها ذات طابع إتفاقي؛ إذ أنه غالباً ما يتم تحديدها في دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، أو بإحالتها إلى نص تشريعي ينظمها¹، وعليه فإذا لم يكن قد نُصَّ عليها في العقد، فإنه ليس بإمكان الإدارة السعي لتطبيقها وتوقيعها على المتعاقد، إذ ليس في إستطاعتها الزيادة في مقدارها المحدد مسبقاً حتى ولو لم ينتج عن التأخير أضرار تزيد في حدتها عما هو محدد في العقد، كما لا يجوز لها أن تترك القدر المحدد في العقد وتطبق ما نص عليه في قانون المزايدات والمناقصات².

وفي حالة ما لم يتم تحديدها مقدماً في الإتفاق، فعلى الإدارة اللجوء إلى فرض الجزاءات الأخرى على المتعاقد معها مثل : مصادرة التأمين أو بفسخ العقد أو التنفيذ على حسابه متى تأخر في تنفيذ إلتزامه³، وبهذا الصدد يشير الفقيه **jeze** إلى أن : " إن إنعدام شرط الغرامة في نصوص العقد، لا يعني تنازل من الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص

¹- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 50.

ولقد نصت المادة 18 من د . ش . إ . ع . ج على أنه: « يجب على المقاول... الإلمام بكل النظم الإدارية التي يجب عليه التقيد بها في تنفيذ الأشغال»، كما نصت المادة 2/147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه : « تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط ... » ، على أنه قد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري المصري طعن جلسة 2006/01/29 أنه : « إذا تضمن العقد الإداري شرطاً خاصاً ينظم غرامة التأخير من حيث موجب توقيعها ومقدارها فإن هذا الشرط يكون هو الواجب التطبيق دون حكم اللائحة»، أشار إليه : خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 179 .

²- ضرار القزاز ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية- دراسة مقارنة (فرنسا ، مصر ، سوريا)-، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 51، سوريا، 2017، ص 153.

³- فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 115.

عليها، وعن جزاء عدم الإلتزام بها، ولكن يعني فقط أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يطبق في حالة التأخير، وليس النظام الإستثنائي للتعويضات الجزافية¹.

كما أنه ليس بإمكان المتعاقد التملص منها بحجة أنها مبالغ فيها، وأن تأخيره في التنفيذ عن الآجال المحددة لم يترتب عنه وقوع ضرر لها، أو أن الضرر غير كبير لا يتناسب مع قيمة الغرامة، إذ أن العبرة في مثل هذه الحالة ليس في إشتراط وقوع ضرر بل في حصول التأخير².

2- ذات طبيعة تلقائية

تملك الإدارة سلطة توقيع هذا النوع من الجزاءات على المتعاقد معها بمجرد ثبوت تأخير من جانبه في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية خارج عن الآجال التعاقدية المتفق عليها، ودون حاجة إلى تنبيهه أو إعدار موجه إليه من قبلها، أو أي إجراء آخر أو إلى إثبات يوحي بأن ضررا قد أصابها جراء التأخير الذي وقع فيه المتعاقد³، بل إن هذا الضرر مفترض بقريئة قاطعة لا تقبل العكس⁴.

ولقد تطرق المشرع الجزائري لهاته الخاصية، في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 والتي نصت على أنه: « إذا وردت في عقد الصفقة نصوص

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 207.

² - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام - فرع مؤسسات الدولة و المؤسسات العمومية-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 - 2009، ص 102.

³ - عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، جامعة 20 أوت سكيكدة 1956، 2013، ص 180.

⁴ - Patrick SCHULTZ, OP.CIT.P,147.

غير أننا نجد في مقابل ذلك بعض التشريعات المقارنة من يلزم الإدارة على القيام بإعدار المتعاقد معها، قبل توقيع الغرامة عليه ولا تسري الغرامة إلا من يوم الإعدار بها وأي مخالفة لذلك لا يتم تسليم العمل بها مثلما هو معمول به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وفي حالة فرض الغرامة التي يتم إيقاعها على المتعاقد دون اتخاذ هذا الإجراء فتكون غير صحيحة ولا يمكن التسليم بها، وهذه القاعدة ليست مطلقة والقاضي عموما هو من يملك سلطة تقديرية بهذا الخصوص، لمزيد من التفاصيل أنظر: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 492.

تتضمن عقوبات (جزاءات) على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقتة».

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر على أن فرض غرامة التأخير هو لضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المحددة، وتملك جهة الإدارة حق توقيعها دون الحاجة إلى إنذاره أو تنبيهه أو اتخاذ أي إجراءات قضائية¹.

أما بالنسبة للفقهاء، فقد ذهب أندري دي لوبادير بهذا الصدد إلى القول بأن الغرامات تختلف عن التعويض من حيث أنها توجد بحكم القانون بمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية دون أن تكون الإدارة ملزمة بإثبات أن ضرراً قد أصابها من جراء ذلك².

وبالرغم مما تقدم ذكره، نرى بأنه من الأجدر أن تقوم الإدارة بإحاطة المتعاقد معها بما تنوي القيام به قبل أن توقع جزاء الغرامة عليه، وذلك حتى يقوم بتصحيح مخالفاته التي وقع فيها وإن كانت تتعلق بالتأخير، للموازنة بين سلطتها وحقوق المتعاقد معها .

3- لا محل للغرامة بعد إنتهاء مدة العقد

إن غرامة التأخير تدور وجوداً وعدمًا مع تأخير المتعاقد المتعهد، بحيث ينتفي أساس توقيعها إذا ثبت عدم تأخير المتعاقد في أداء التزاماته بموجب أحكام العقد³، كما أن تطبيقها لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية و تسليمها في الميعاد المحدد، لإقترانها بدخول العقد حيز التنفيذ وفوات مدته دون إتمامه⁴، إذ لا محل لتطبيق أو توقيع غرامة التأخير إن لم يبدأ جريان مدة التنفيذ، أو قام المتعاقد بإنهاء تنفيذ ما عليه من التزامات على الوجه المطلوب قبل إنتهاء المدة المتفق عليها ضمن بنود العقد⁵.

¹ - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 352 .

² - علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 81 .

³ - مدحت يوسف أبو غنايم، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - حسن محمد حسن علي النبان، المرجع السابق، ص 424.

⁵ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 299.

4- الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إدارية

ويُزاد بذلك أنها تطبق بصفة مباشرة وبمجرد حصول التأخير، بموجب قرار إداري صادر عن جهة الإدارة، ودون حاجة للجوء إلى إستصدار حكم قضائي لتوقيعها، وهاته الخاصية يمتاز بها العقد الإداري وحده عن غيره من عقود القانون الخاص، والتي تتطلب تدخل القضاء لتخفيض قيمة التهديد المالي إذا ما قدرت أنه مغالى فيه، فجهة الإدارة وأثناء تنفيذها للعقد الإداري تخرج عن هذا النظام عن طريق الغرامة بموجب قرار إداري صادر عنها¹.

ويلاحظ أندري دي لوبادير بهذا الشأن أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار إفرادي من الإدارة، وأن الإدارة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء فهي تباشر في هذا النطاق إمتيازها في التنفيذ المباشر، وإمتياز التنفيذ المباشر هو إصدار الإدارة لقرارات تأتي لمواجهة الأفراد وتنفيذها بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء².

وهو ما أبرزته المحكمة الإدارية العليا في مصر، وذلك في قرارها الصادر في 1960/09/21 والذي جاء فيه: « أن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط إستحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها»³.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أنه قام بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط وذلك في نص المادة 147 / 2 : « تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط...».

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 49 .

² - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 174 وما بعدها .

³ - نقلاً عن: حسن محمد علي البنان، المرجع السابق، ص 424.

ج- التمييز بين غرامة التأخير والنظم المشابهة لها

تتميز غرامة التأخير بصفات خاصة تميزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص كالغرامة التهديدية والشرط الجزائي في العديد من النقاط.

وفي سبيل توضيح المقصود بذلك سنحاول القيام بإبراز مختلف الفروقات الجوهرية التي تميز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي (1) وبينها وبين الغرامة التهديدية (2) على النحو التالي :

1- تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي في العقود المدنية على أنه تعويض إتفاقي، متفق عليه مسبقا يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته¹.

ومن خلال هذا التعريف، وبعد التطرق المسبق للتعريف الخاص بغرامة التأخير يتضح لنا أن كلا من المفهومين يعد إلزاما قانونيا يلزم بمقتضاه المتعاقد بدفع مبلغ مالي إلى الطرف الآخر² - غرامة التأخير - إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في النقاط التالية :

- يتم تحديد الشرط الجزائي ضمن شروط العقد سواء قبل إبرامه أو بعده في وقت لاحق على إبرامه من قبل المتعاقدين بالإتفاق على تحديد مقدار التعويض الذي يتوجب على المدين دفعه عادة في حالة عدم تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية أو التأخر عن تنفيذها، والذي عادة ما يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب المدين³، في حين أن الغرامة التأخيرية عبارة عن مسألة تعاقدية تحددها دفا تر الشروط مسبقا أو النظم القانونية المعمول بها في

¹ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 117.

² - حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 425.

³ - نصت المادة 183 من ق ، م ، ج ، المعدل والمتمم على أنه : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق » .

مجال تنفيذ العقود الإدارية وبالتالي فإنه لا يجوز الإتفاق عليها بعد إبرام العقد الإداري، كما أنها لا تستحق إلا في حالة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته والتأخر الناجم عنها¹.

- يكون الدائن في الشرط الجزائي ملزماً باللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم قضائي قصد الحصول على تعويض جزائي وذلك بنفس الشروط المقررة للحصول على التعويض بوجه عام من حصول ضرر للطرف الأخر المتضرر- المتعاقد- وإعذار الطرف المخل بالتزاماته²، بينما الغاية من الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد ضمان تنفيذه في المواعيد المتفق عليها، كما يتم استحقاقها بمجرد حدوث التأخير وإن لم يترتب عليه ضرر، ودون إعذار المتعاقد أو أية إجراءات قضائية أخرى³.

- يمكن للمدين في الشرط الجزائي اللجوء إلى القضاء والمطالبة بتخفيض مبلغ التعويض، في حالة ما إذا كان مغالى فيه أو لا يتناسب مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقد⁴، في حين أن مبلغ الغرامة التأخيرية لا يجوز تخفيضه أو التملص منه.

- لا يمكن إستحقاق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك⁵، في حين يكون تطبيق الغرامة التأخيرية دون سابق إنذار ويتم ذلك بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت⁶.

2- التمييز بين الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية

جاء في نص المادة 01/174 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم أنه: « إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن

¹ - جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 69.

² - المادة 179 من، ق . م، ج المعدل والمتمم.

³ - عبد الرحمن عباس إدعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد، 22 ، العدد 03 ، 2014 ، ص 557 .

⁴ - المادة 02/184 من ق، م، ج المعدل والمتمم.

⁵ - المادة 179 من ق، م، ج المعدل والمتمم.

⁶ - المادة 36 من د ، ش، إ، ع، ج.

إمتنع عن ذلك، وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة».

وتعرف **الغرامة التهديدية** على أنها : « حق الدائن في اللجوء إلى القضاء لإلزام المدين الممتنع أو المتأخر عنه بدفع غرامة تهديدية عن كل وحدة زمنية يمتنع فيها أو يتأخر عن تنفيذ التزاماته عيناً، أثناء النظر في النزاع أو بعد صدور حكم يتضمن الإلزام بالتنفيذ العيني»¹.

كما يعرفها جانب آخر من الفقه، على أنها: « مبلغ مالي يحكم به القاضي على سبيل تهديد المدين عن كل فترة زمنية سواءً كانت يوماً أو أسبوعاً أو شهراً، بغية إجباره ودفعه على تنفيذ حكم القضاء تنفيذاً عينياً»².

من خلال إستقراء نص كل من المادة والتعريفين المشار إليهما أعلاه، يتبين للقارئ أهم الفروقات الجوهرية التي تفصل بين كل من الغرامة التهديدية المعمول بها في نطاق القانون الخاص، والغرامة التأخيرية المعمول بها في نطاق تنفيذ العقد الإداري، من حيث أنه :

- يتم تطبيق الغرامة التهديدية عند إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزاماته عيناً، كما أنها من قبيل السلطة التقديرية للقاضي، الذي يفرضها عند إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزاماته وبطلب من الدائن، في حين أن الغرامة التأخيرية عبارة عن مبالغ مالية مدرجة مسبقاً في العقد أو دفاتر الشروط ومنتق عليها من قبل الإدارة والمتعاقد في حالة ما تأخر هذا الأخير في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية³.

¹ - بسام سعيد جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقد - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2001، ص 43 .

² -JULIEN Pierre et TARMINA Gilles,voies d'exécution et procédures de distribution, libraire générale du droit et de jurisprudence, 1^{ère} édition ,Paris , 2000,P.27 .

³ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 212.

- تصدر الغرامة التهديدية بموجب حكم قضائي مؤقت، وتنتهي علة فرضها بمجرد تنفيذ المدين لإلتزاماته تنفيذاً عينياً، في حين يكون إستحقاق الإدارة لغرامة التأخير بمجرد تأخير صادر عن المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ضمن الأجل المتفق عليها¹.

- تعد غرامة التأخير إحدى العقوبات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية في حالة التأخير فقط، في حين تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على إرادة المدين لحثه وإجباره على تنفيذ التزامه².

ثانياً : القواعد الناظمة لفرض غرامة التأخير وحالات الإعفاء منها

تقوم غرامة التأخير كما أشرنا إليه سابقاً، على تحميل المتعهد عبء دفع مبلغ من المال إلى الإدارة كونها ذات طابع جزائي تعاقدي، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد ضمن مواعيده المحددة والمتفق عليها فيه مسبقاً من ناحية، وضمناً لسير المرفق العام بانتظام وإضطراد من ناحية أخرى، لذا فقد تضمنت العديد من التشريعات المنظمة للعقود الإدارية تنظيمها ووضحت شروط توقيعها (أ) نصوصاً قانونية وأحكاماً صريحة للتكفل بمعالجة تقديرها واحتسابها (ب) وكذا الحالات التي يمكن إعفاء المتعاقد منها (ج) .

وبناء على ذلك نرى أنه من الواجب علينا تبيان ذلك من خلال الآتي:

أ- شروط إستحقاق غرامة التأخير

بالرغم من تخويل المشرع لجهة الإدارة صلاحية توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية، إلا أنه أناط توقيعها بجملة من الشروط حتى لا تتعسف الإدارة في استعمالها لهذا الحق، بحيث يجب أن يتضمن العقد الإداري نصاً يخول لجهة الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير (1) وأن يكون هناك تأخير صادر عن المتعاقد

¹- فتية حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المعدل والمتمم ، مذكرة ماجستير، قانون عام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص277.

²- حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 329.

في تنفيذ التزاماته العقدية (2) فضلا عن وجود ضرر من عدمه يكون قد أصابها جراء تأخير المتعاقد عن تنفيذ التزاماته (3) .

1 - أن يتضمن العقد الإداري نصا يخول لجهة الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير

سبق وأن أشرنا، إلى أن غرامة التأخير غالبا ما يتم تحديدها مسبقا في دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، أو بإحالتها إلى نص تشريعي ينظمها، ومفاد ذلك أنه يجب أن ينص العقد على حق جهة الإدارة في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به ضمن مواعيدها المحددة والمتفق عليها في العقد أو اللائحة، وهذا راجع إلى الخصائص التي تتسم بها عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى المعمول بها في نطاق العقد الإداري، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بمصر في قرارها الصادر بتاريخ 1961/06/01 والذي جاء في منطوقه بأن : « شرط تطبيق هذه القاعدة - فكرة الغرامة التأخيرية - أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء والذي يلتزم به المتعاقد الذي اخل بالتزاماته »¹.

وبناء على ذلك، ليس بمقدور الإدارة فرض غرامة التأخير على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية، في حال مالم تتضمن شروط العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به نصا يخولها هذا الحق، دون الإخلال بحقها في فرض الجزاءات الأخرى المعمول بها في تنفيذ العقد الإداري.

2- تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية

من الأمور المسلم بها لدى كل من الفقه والقضاء الإداري أن غرامة التأخير تستهدف كما هو معلوم كفالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد، فهي مقررة أصلا لضمان تنفيذ العقد ضمن مواعيده المتفق عليها في العقد، وحرصا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وبالتالي فإن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها والذي غالبا ما يقترن بالتأخير، وهو ما نصت عليه أحكام القضاء الإداري المصري والتي

¹- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 347.

جاء النص فيها على أنه : « إن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وإنها صورة من صور التعويض الإتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فهي مقررة لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها »¹.

3- الضرر

تُسْتَحَقُّ غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد بمجرد تحقق سببها ألا وهو حصول الضرر، إذ أن الإدارة ليست ملزمة في هذه الحالة إلى إثبات يوحى بأن ضرراً قد أصابها جراء التأخير الذي وقع فيه المتعاقد، بل إن هذا الضرر مفترض بقريضة قاطعة لا تقبل العكس، فإثبات الضرر ليس شرطاً لاستحقاق غرامة التأخير، كما أنه ليس للمتعاقد التحلل من دفعها بحجة أن المرفق العام لم يصبه أي ضرر ناتج عن التأخر في تنفيذ العقد².

ب- كيفية احتساب غرامة التأخير

الأصل في العقود الإدارية أن غرامة التأخير عبارة عن مبلغ من المال ينص عليه في العقد عادة، ويتحدد بمبلغ معين أو بنسبة مئوية معينة من قيمة العقد والتي يتوجب على المتعاقد أداءها عن كل يوم تأخير من قيمة ختامي تنفيذ الأشغال بالكامل، إذا ما رأت جهة الإدارة أن الجزء المتأخر في تنفيذه يحول دون الانتفاع بما تم من العمل وسواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على الوجه الأكمل وضمن مواعيده المحددة في العقد، أما إذا لم يمنع هذا الأخير - الجزء المتأخر في تنفيذه - من الإنتفاع بكامل العمل فإنه عادة ما يتم احتساب غرامة التأخير من قيمة الأعمال المتأخر في تنفيذها فقط³، ويستثنى في ذلك مدد التوقف التي قد تحدث خارج نطاق قدرة المتعاقد والتي قد لا يكون له يد فيها كما سيتم الإشارة إليه لاحقاً .

¹ - قرار المحكمة الإدارية المصرية الصادر في 20/03/1993 أورده: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 44.

² - مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 164.

³ - المادة 83 من قانون المناقصات والمزايدات المصري .

وجدير بالذكر، أن غرامة التأخير تختلف طريقة إحتسابها من تشريع إلى آخر، كما تختلف نسبتها بحسب طبيعة ونوع العقد الإداري، ففي فرنسا نصت المادة 105 من لائحة العقود الإدارية على أنه : « إذا تأخر المتعهد في توريد الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للوزارة أو المصلحة أو السلاح أو فروعها إذا ما رأت مصلحة في ذلك إعطاء المتعهد مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها 1% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون المتعهد قد تأخر في توريدها بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 4% من الأصناف المذكورة »¹ .

كما نص **المشروع المصري** على ذكر الكيفيات التي يتم إحتساب غرامة التأخير بها هو الآخر، وذلك تحديدا في نص المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم 05 لسنة 2006 والتي أجازت لجهة الإدارة فرض غرامات تاخيرية على كل متعاقد مقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية على الوجه الأكمل وخاصة فيما يخص التأخير، على أن لا يتجاوز مجموع الغرامات التأخيرية الموقعة عليه نسبة 3% من قيمة العقد الإجمالية وذلك بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الإستشارية وكذا الأعمال الفنية، وبنسبة مقدرة بـ 10% بالنسبة لعقود مقاولات الأعمال والنقل، ويتم ذلك بطريقة مباشرة دون حاجة إلى توجيه إعدار له أو تنبيهه أو أي إجراء آخر، على أن لا يتم

¹ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 539 .

- كما نصت المادة 14 من دفتر التوريدات الفرنسي على أنه :

14. 1. Pénalités pour retard

14. 1. 1. Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré, sous réserve des stipulations des articles 13. 3 et 20. 4.

Cette pénalité est calculée par application de la formule suivante :

$$P = V * R / 1 000 ;$$

dans laquelle :

P = le montant de la pénalité ;

V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant en prix de base, hors variations de prix et hors du champ d'application de la TVA, de la partie des prestations en retard, ou de l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable ;

R = le nombre de jours de retard.

إعفاءه منها إلا بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ما ثبت أن التأخير كان لأسباب خارجة عن إرادته، أو في حالة لم ينتج عن التأخير ضرر قد يصيب جهة الإدارة مع إحفاظها بحقها في الرجوع بكامل التعويض عما أصابها من أضرار بسبب التأخير¹ .

أما بالنسبة للوضع في الجزائر، فقد إكتفى المشرع الجزائري الفرعي في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15 - 247 بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة وذلك في نص المادة 147 ف 02 / 03 والتي جاء فيها: " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية و كفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط

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

هذا ويمنح النص على بند الغرامات المالية لجهة الإدارة الحق في إقتطاعها من الدفعات بموجب بنود الصفقة، فيتم إقتطاع مبلغ الغرامات من الدفعات على الحساب، أو التسوية على رصيد الحساب، على أن لا تتجاوز قيمتها عادة 10% من مبلغ الصفقة مع إدراج الملاحق، وفي حالة إذا ما تجاوزت المبلغ الأقصى المقدر بإمكان المصلحة المتعاقدة إستعمال الكفالة² .

لذا فإنه عادة ما يتم إحتساب غرامة التأخير بالجزائر وفقا للمعادلة التالية:

$$أ \times 7 / ت \times م = غ$$

ع: العقوبة المالية الإجمالية .

م: مبلغ الصفقة + مبالغ الملاحق الخاصة بالزيادة.

¹ - المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم 05 لسنة 2006.

² - مريم أكرور، الأجر في الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 ، 2014 / 2015 ، ص 158.

ت: التأخير المعبر عنه بعدد الأيام.

أ: الأجل التعاقدى المعبر عنه بعدد الأيام.

وتجدر بنا الإشارة، إلى أن إختلاف طريقة إحتساب غرامة التأخير في العديد من التشريعات العالمية، والكيفية التي إرتأتى من خلالها المشرع أنه يمكن إقتضاؤها، لم تمنع المشرعين في هذه الدول من الاتفاق على قواعدها العامة، من حيث عدم قدرة الإدارة على المطالبة بأكثر من المبلغ المحدد بالغرامة المتفق عليها مسبقاً، وكذا كيفية إقتطاعها وتقديم النص التعاقدى على النص التشريعي¹.

ج- حالات الإعفاء من غرامة التأخير

الأصل أن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أو التأخير في تنفيذها يعد بدوره خطأ موجبا لمسؤولية المتعاقد، لما له من تأثيرات وأضرار جانبية على سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بها لجمهور المنتفعين، الأمر الذي يوجب توقيع غرامات مالية عليه كتعويض جزافي لذلك، غير أنه يتوجب على الإدارة وقبل توقيعها لجزاء الغرامة على المتعاقد معها تحري الأسباب والدوافع التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته والتأخر في تنفيذها، وذلك إعمالاً لمبادئ العدالة والإنصاف .

كما أنه من بين الأمور المسلم به فقهاً وقضاءً، أن المتعاقد بالرغم من تأخره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ضمن الأجل والمواعيد المحددة لها، فإنه يعفى في العديد من الحالات من فرض الغرامات التأخيرية عليه²، والتي من جملتها ما سنورد ذكره في الآتي:

- إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب جهة الإدارة جراء تأخر المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية راجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إرادته لا يد له فيه¹.

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 218 .

² - ولقد قرر م. د. ف أنه يبقى من حق الإدارة تطبيق غرامة التأخير كلية أو جزئياً صراحة أو ضمناً لإتصاف هذه الأخيرة بطابع إختياري، وهو الأمر الذي لم يستسغه الفقه، حيث يرى الفقيه بوسك أنه ليس بإستطاعة الإدارة إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بإعتبارها ديناً لصالح الدولة ومتى نشأ ذلك فإن البرلمان وحده هو من له الحق في تبرئة المدين ومسح ديونه دون مقابل، للمزيد من التفاصيل أنظر : حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 431 .

- أن يكون سبب التأخير راجعا إلى فعل الإدارة المتعاقدة ذاتها، كأن يكون سبب التأخير في التنفيذ راجعا مثلا إلى توقيف الأشغال أو إستئنافها بناء على أمر صادر منها ضمن الحدود المسطرة لذلك، وهو الأمر الذي يمكن إعتباره مبررا قانونيا يعفي المتعاقد من توقيع الغرامة عليه في كلتا الحالتين على أن يتم تحرير شهادة إدارية لإثبات ذلك².

¹- على أن يتصف الحدث الذي يكون سببا في التأخير في تنفيذ الإلتزام من قبيل **القوة القاهرة** ، بما يلي:

* أن يكون الحادث الخارجي المدعى به كعذر لتبرير حالة التأخير غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به، ومثال ذلك ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي حادثا غير متوقع كهطول أمطار غزيرة ولمدة غير عادية تحول بين المتعاقد وبين الإلتزامات المنوط بتنفيذها، وكذا التقلبات الجوية غير الإعتيادية، غير أننا نجد في مقابل ذلك، أن مجلس الدولة المصري قد خرج عن هذه القاعدة في إحدى فتاويه بقوله : « سوء الأحوال الجوية الذي وقع أثناء تنفيذ العملية والمتمثل في هطول الأمطار في بعض الأيام وهبوب العواصف الرملية في بعضها الآخر ليس من الظروف الإستثنائية أو الحوادث الفجائية غير المتوقعة عند التنفيذ، إنما هي ظروف معتادة تحدث سنويا طبقا للظروف المناخية للمنطقة التي يقع في نطاقها مكان تنفيذ العملية لا يجوز حساب هذه المدة كمدة توقف تعفي من توقيع غرامة التأخير »، قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 61 لسنة 49 ق عليا، جلسة 2005/04/26 ، الدائرة الثالثة عليا، أورده : خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 183 .

* أن يكون السبب أو الحادث الذي دفع بالمتعاقدين إلى التأخر عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية مستقلا كلية عن إرادته، كما ليس في إمكانه دفعه أو درؤه .

* أن يؤدي **الفعل القاهر** إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة، للمزيد من التفاصيل : لحسن بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1 ، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 77؛ فريد رمضان، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، باتنة، الجزائر، جوان 2017، ص 519؛ صوفية عباد، عمار بوضياف، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 03، أدرار، الجزائر، 2018، ص 287.

²- أنظر نص المادة 4/147 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية رقم 247/15 السالف الذكر ، وكذلك حكم المحكمة العليا بالجزائر الصادر بتاريخ 1968/12/13 والذي تتلخص وقائعه في أن: « الإدارة كانت قد أعلنت عقوبات على المتعاقد معها بسبب التأخير وفقا لبنود العقد، فحجزت % 01.0 من المبلغ المتوجب لقاء كل يوم تأخير، ولكن نظرا لأن الإدارة كانت مسؤولة جزئيا عن التأخير ، فقد خفض القاضي قيمة العقوبة »، مشار إليه: أحمد محيو، المرجع السابق، ص 379.

- أن يكون التأخير بطلب رسمي موجه للإدارة من قبل المتعاقد لإعطاءه مهلة إضافية لإستكمال الأعمال في حالة تعرضه لصعوبات لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة إلا أنها تقوم بعرقلة التنفيذ، في المواعيد المحددة¹.

- إذا قدرت الإدارة أن تأخير المتعاقد معها في تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية لم يلحق بالمصلحة العامة أي ضرر².

- إذا قامت الإدارة بإدخال تعديلات في طبيعة الأشغال أو كمية التوريدات، فإن التأخير الذي قد يقع فيه المتعاقد في هذه الحالة مبرر قانوناً، إلا أنه إذا كان عدم تنفيذ العقد ناشئاً عن خطأ من جهة الإدارة أو عن تعديل أساسي يؤدي إلى قلب في إقتصاديات العقد ذاته، فلا يعفى المتعاقد في هذه الحالة من غرامة التأخير فحسب، وإنما يكون له الحق أيضاً في التعويض³.

و خلاصة، يمكننا القول، أن غرامة التأخير جزاء مالي تم وضعه في يد الإدارة من قبل المشرع كضمانة لها، الهدف منها ضمان تنفيذ العقد وفق مواعيده المحددة في العقد، وتأمين المرافق العامة بضمان حسن سيرها، وهذا كله تلبية لحاجيات الجماهير المتزايدة.

الفرع الثاني: مصادرة التأمين (ضمان حسن التنفيذ)

بعد انتهاء اللجنة المختصة بفحص العطاءات، ورسو الصفقة على أحد المشاركين في طلب العروض (المناقصة) ، وجب على هذا الأخير التقدم إلى الجهة الإدارية التي قامت بطرح طلب العروض لتوقيع عقد الصفقة معها، وأن يقدم خطاب ضمان مصرفي جديد لتغطية المخاطر الناجمة عن سوء التنفيذ أو التأخير فيه⁴.

¹- عادل قرانة، المرجع السابق، ص 184 .

²- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 526.

³- ريحة سبكي، المرجع السابق، ص 106 .

⁴- للتفصيل في الموضوع أكثر، أنظر : محمد حسين طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات - دراسة مقارنة- ، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، ج . م . ع ، 2017 ، ص 85 .

وعلى ضوء ذلك، يعد جزء مصادرة التأمين أو كفالة حسن التنفيذ كما سمّاها المشرع الجزائري¹، إحدى أبرز الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة أثناء مخالفة المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية كما ألمحنا إليه سابقا وأكثرها شيوعًا بعد غرامات التأخير، كما أنه من بين الجزاءات التي تتخذ طابعًا نقديًا، والتي ينظر إليها على أنها ضمانات لصالح جهة الإدارة ضد الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد والتي تستطيع فرضها دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي أو حدوث ضرر².

وبناء على ما سبق، وللتفصيل في موضوع جزاء مصادرة التأمين أكثر، لا بد لنا من تعريفه والتطرق إلى طبيعته القانونية (أولاً) وكيفية تحصيله (ثانياً) وذكر أهم الخصائص التي يتميز بها عن غيره من الجزاءات المالية الأخرى (ثالثاً) ومعرفة مدى إمكانية الجمع بينه وبين جزاء التعويض (رابعاً).

أولاً: تعريف جزاء مصادرة التأمين وطبيعته القانونية

يُعرّف التأمين على أنه: « ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره »³.

كما يعرفه البعض الآخر؛ على أنه: « إستيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد »¹.

¹ - إختلف كل من الفقه والتشريع في إضفاء صيغة موحدة لمصطلح التأمين إلا أن مجملها يدور في قالب واحد ومن جملة الصيغ التي أطلقت عليه : ضمان التنفيذ، ضمان نهائي، تأمين الإداء، الكفالة، ضمان الأداء.

² - إذ جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر بتاريخ 05 / 03 / 1985 أن التأمين في الحقيقة هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري ، فلا يمكن تصور هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين أي إقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء، أورد : مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المرجع السابق، ص 255 .

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 349؛ زكريا المصري، المرجع السابق، ص 616؛ حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 641 ؛ ضرار القزاز، المرجع السابق، ص 161.

هذا ويجد التأمين أساسه القانوني ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في نص كل من المادة 130 والمادة 124 من ت.ص.ع. ت.م.ع. ج ، حيث تنص المادة 130 على أنه :« زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة». كما نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف ذكره، على أنه :« يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لإختيار المتعاملين معها / أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة» .

ولقد أحسنَّ المشرع فعلا في إنقاء لفظ الضمانات، إلا أننا نرى أنه كان من المستحسن إضافة كلمة المالية وبالتالي الضمانات المالية حتى يكون المصطلح جامعا ومانعا في نفس الوقت، وهو مصطلح يصدق على كافة الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، لكونها في حقيقة الأمر إقتطاعات مالية بإمكان الإدارة تحصيلها كضمان من شأنه أن يكفل لها تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وضمن مواعيدها المحددة في العقد .

ومن جانبٍ آخر، فإنه يجدر بنا الإشارة، إلى وجوب التفرقة بين مصادرة التأمين كجزاء وبين الكفالات الأخرى التي تطرقت إليها العديد من التشريعات ككفالة الضمان وكفالة رد التسبيقات رغم إتحادهما في الدور، إذ أنها ضمانات أخرى نص عليها التشريع المقارن وأحكامها مختلفة عما هو معمول به في مصادرة التأمين والذي يعتبر كجزاء تملك جهة الإدارة توقيعه على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية²، كما ينطوي جزاء مصادرة

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 213 .

² - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 223 .

التأمين¹، على معنى العقوبة أو الجزاء المالي الذي بإمكان الإدارة توقيعه على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية².

اتصالاً بالفكرة نفسها، فقد إشتط التنظيم القانوني للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكما أشرنا إليه أعلاه، تقديم كفالة حسن التنفيذ، كضمان مالي من شأنه أن يكفل لجهة الإدارة التنفيذ الجدي والسليم للعقد، ولهذا يعتبر هذا النوع من الضمانات من أهم الضمانات المالية التي يتوجب على المتعاقد توفيرها لإثبات نيته وجديته في إتمام ما تم الإتفاق عليه في العقد³، فهي تعد بذلك حماية وضمانة في نفس الوقت تم تخويلها من قبل المشرع لجهة الإدارة بغية مواجهة تقصير المتعاقد معها في تنفيذ المهام المنوطة به، أو الإخلال بها، وحرصاً منها على مصلحة المرفق العام ودوام سيره، كما أنها تمثل ضماناً لجهة الإدارة لإستيفاء ما قد يستحق لها من مبالغ مالية مع المتعاقد معها، لذا يعتبر شرط إيداع التأمين أمراً وجوبياً على الإدارة لا تستطيع مجاوزته أو التنازل عنه⁴.

1- والتأمين نوعان :

أ- التأمين الإبتدائي (التأمين المؤقت - كفالة التعهد) : ويقصد به التأمين الذي يدفع من قبل المتقدم بالعطاء، وذلك لضمان مدى جديته بالعطاء والمساواة بين المتنافسين وعادة ما يتخذ نسبة قليلة مقارنة بالعطاء موضوع التعاقد، ويرد إليه بغير طلب إذا خسر عطائه ويفقد قيمته إذا عدل عن عطائه قبل فتح المظاريف.

ب- التأمين النهائي : وهو التأمين الذي يتم دفعه على من يرسو عليه العطاء، لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد ومعرفة ملاءة المتعاقد مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي تواجهه عند تنفيذه للعقد، فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 137، و للمزيد من التفاصيل أنظر: مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري (الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري / المناقصة العامة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 256 وما بعدها .

2- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 213.

3- المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

4- وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري المصرية بالقول أنه: « من المسلم في فقه القانون الإداري أن الغرض من التأمين الذي يقدمه من يرسو عليه العطاء هو ضمان قيامه بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد وفي المواعيد المحددة، بحيث إذا قصر في ذلك كان لجهة الإدارة مصادرة التأمين بغض النظر عن الأضرار التي تكون قد لحقت بها من جراء تخلفه عن التنفيذ، ولايلزم النص على هذا الحق في شروط المناقصة أو الزيادة مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان مالم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين مع العطاء »، قرار صادر عن محكمة =

ثانياً: كيفية مصادرة التأمين

بالنسبة لكيفية مصادرة الضمان أو ما يعرف بكفالة حسن التنفيذ فقد ألزم **المشرع الفرنسي** جهة الإدارة في القانون رقم 584 - 71 الصادر في 16 / 06 / 1971 بشأن البناء والسكن المقاول أن تفرض على المتعاقد دفع **خمسة بالمائة 5%** من قيمة عقد المقاوله كضمان للتنفيذ، وتقرر المادة 1779 / 3 مدني فرنسي أن هذا الضمان يتخذ إحدى الصورتين :

الأولى : وهي الوديعة، فإذا كانت قيمة الضمان غير كافية لوفاء المقاول بالتزاماته الناشئة عن العقد، التزم بدفع المتبقي من قيمة الضمان .

الثانية : كفالة بنكية، وذلك بتقديم المقاول لكفالة شخصية وتضامنية بالاتفاق مع أحد البنوك¹.

أما عن **المشرع المصري**، فقد أقر هو الآخر صراحةً الحق لجهة الإدارة في أن تصادر التأمين مباشرة وبنفسها؛ دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء، بالنص عليه في المادة 18 مكرر بالقانون 14 لسنة 2009 من قانون المناقصات والمزايدات الساري العمل به والتي بينت النسبة التي يمكن أن يتخذها التأمين ضمن شروط الإعلان إلى ما يساوي خمسة في المائة (5%) من قيمة العقد، يتم تأديتها خلال مدة وجيزة مقدرة بـ 10 أيام تبدأ من اليوم الموالي لإخطاره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول بقبول عطائه، و20 يوماً بالنسبة للمتعاقد المقيم خارج الوطن، مع إمكانية تمديد هذه المدة بما لا يجاوز 10 أيام وذلك بموافقة السلطة المختصة، على أن تُردّ الزيادة في حالة ما تجاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي، ويكون هذا بغير طلب².

=القضاء الإداري في القضية رقم 1198 لسنة 10 ق، جلسة 1957/11/17، أشار إليه: هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 971.

¹- مي محمد عزت علي شرياش، المرجع السابق، ص 162 .

²- المادة 18 من القانون رقم 14 لسنة 2009 المتعلق بتعديل أحكام قانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 السالف الذكر.

كما قَدَّرَ المشرع الفرعي الجزائري هو الآخر في ق.ص.ع.ت.م.ع رقم 247/15 قيمة كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح ما بين خمسة في المائة (5%) و عشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة، وتبعاً لذلك فإن قيمة التأمين يتم تحديدها بحسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها¹.

كما قام بتخفيض مبلغها بالنسبة للصفقات العمومية التي لم تبلغ الحدود المنصوص عليها بنسبة تتراوح بين واحد في المائة (1%) و خمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة والمشار إليها في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر²، وإضافة لذلك فقد قام المشرع بإعفاء الحرّفين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن التنفيذ في حالة تدخلهم في عمليات عمومية تهدف إلى ترميم ممتلكات ثقافية³، كما أقر لجهة الإدارة إمكانية استبدال كفالة حسن التنفيذ عندما تكون مطلوبة، بإقتطاع حسن تنفيذ إجمالي يساوي مبلغ الكفالة⁴.

¹ - الفقرة 01 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

² - الفقرة 02 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

نصت المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 على أنه: «تفصل اللجنة القطاعية للصفقات، في مجال الرقابة، في كل مشروع:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ، مليار دينار (1.000.000.000 دج) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين من المادة 139 من هذا المرسوم .
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمئة مليون دينار (300.000.000 دج) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين من المادة 139 من هذا المرسوم .
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين من المادة 139 من هذا المرسوم .
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين من المادة 139 من هذا المرسوم .

³ - الفقرة 04 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

⁴ - الفقرة 05 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

أما بالنسبة لآجال تأسيسها - أي كفالة حسن التنفيذ - فقد أوجب المشرع أن تكون في أجل لا يتجاوز تاريخ أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد¹.

و هو ما يمكننا القول عنه، بأن الغاية من التأمين هي ضمان تنفيذ العقد لا غير، ومن ثمة يتعين على الإدارة رد مبلغ التأمين فور إتمام تنفيذ العقد دون توقف على طلب يقدم ضمن هذا الشأن.

ثالثا: خصائص جزاء مصادرة التأمين.

يتميز هذا النوع من الجزاءات عن غيره من الجزاءات المالية الأخرى بمجموعة من الخصائص التي تميزه عنها، والتي يمكننا حصرها على النحو الآتي:

- يكون تطبيق جزاء مصادرة التأمين كضمانة لمواجهة مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، في حين تطبق غرامة التأخير عادة لضمان ومواجهة أي تأخير قد يقع فيه المتعاقد بإجباره على تنفيذه في المواعيد المتفق عليها في العقد (ينصب جزاء مصادرة التأمين على محل العقد بينما جزاء توقيع غرامة التأخير ينصب على مدة التنفيذ)².

- بإمكان الإدارة المتعاقدة وبناء على سلطتها التقديرية أن لا تصدر الضمان في حالة ما إرتأت وعلى سبيل المثال لا الحصر أنه لم يلحقها ضرر ناجم عن إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، إلا أنه ليس بإستطاعتها التنازل عنه مسبقا³.

- تستطيع الإدارة مصادرة التأمين في حالة تقصير المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية من دون حاجة إلى نص قانوني يخول لها ذلك بناء على إمتيازها في التنفيذ المباشر مثلما أشرنا إليه سابقا.

- التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضاؤه، ولكنه لا يمثل الحد الأقصى¹.

¹ - الفقرة 04 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 217.

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 204.

- من حق الإدارة المطالبة بما تبقى من التأمين إذا لم يكن قد تم دفعه كاملاً، ويكون ذلك في حالة إذا ما ألغي العقد لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته باعتبار أنه شرط جزائي يحدد مسبقاً قيمة التعويض عن الإخلال بشروط العقد².

رابعاً: إمكانية جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض.

سنجيب في هذه النقطة على سؤال مفاده : هل بإمكان جهة الإدارة الجمع بين

مصادرة التأمين والتعويض، أم لا ؟

إتجه كل من الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر في بادئ الأمر إلى أنه في حالة ما نص العقد على مصادرة التأمين كجزء في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنه لا يجوز لجهة الإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ولو فاقت نسبة الأضرار قيمة التعويض³، إلا أنهما عدلا عن رأيهما ليرتئي كل منهما إلى أنه ليس هناك مانع من أن تجمع الإدارة بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض، في حالة ما إذا تجاوزت نسبة الأضرار قيمة التأمين النهائي ولم يحظر نص هذا الجمع في العقد الإداري صراحة⁴، وذلك باعتبار أن هذا التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة دون الحد الأقصى منه⁵، فإذا لم تكن مصادرة التأمين النهائي كافية لجبر الضرر الحاصل من المتعاقد جاز لجهة الإدارة فرض التعويض، أما إذا كانت مصادرة التأمين النهائي كافية فلا حاجة لفرض التعويض⁶، علماً أن التعويض (التكميلي المستحق

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 641.

² - مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المرجع السابق، ص 277.

³ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 128.

⁴ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 119.

⁵ - وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المعنى بقولها : « إن قضاء هذه المحكمة قد اعتبر مصادرة التأمين النهائي هو الحد الأدنى للتعويض، ومعنى ذلك أنه إذا كانت مصادرة التأمين النهائي قد جبرت الضرر الذي وقع على جهة الإدارة فلا يمكن المطالبة بالتعويض، أما إذا لم يكن كافياً فإنه يتعين الحكم بالتعويض لجبر الضرر»، قرارها في الطعن رقم 327 ق جلسة 1994/10/25، المجموعة الأربعون، المبدأ رقم 14، مشار إليه لدى : خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

⁶ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 194 .

للإدارة) يستند إلى القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية¹، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر عنها جاء فيه: « إن التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد الإداري إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضائه، وبحيث لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التأمين إلا أنه يمثل يقينا الحد الأقصى...»².

كما أخذ بذلك **المشروع الجزائري** في قانون الصفقات العمومية المعمول به حالياً، حينما نص في المادة 152 على أنه: « لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها للبنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ».

الأمر الذي يتضح عنه، أن **المشروع الجزائري** لم يمنع هو الآخر أحقية جهة الإدارة في إمكانية الجمع بين التعويض و مصادرة التأمين، وإن كان ذلك في حقيقة الأمر بصورة غير واضحة أو مباشرة، إلا أن ما يمكن أن نلمسه من نص المادة المشار إليها أعلاه يثبت ذلك.

غير أنه تجدر بنا الإشارة، إلى أنه حتى يتسنى للإدارة الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض، فإن كلاً من الفقه والقضاء يشترط على الإدارة توافر الشروط الآتي ذكرها للقيام بذلك:

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 527.

² - قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 508 لسنة 9 ق جلسة 1967/11/18، أشار إليه: فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 140، كما قضت في قرار آخر لها وبصورة واضحة عما هي عليه في الحكم الأول ما يلي: «... ومادامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة، فلا تثريب إن إجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين إستحقاق التعويض، إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض محظوراً، حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على إستحقاق التعويض حيث أن هذا الإستحقاق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة، على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالأ يخطر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر مجاوزاً قيمة التأمين المصادر، أما إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك»، قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 2074 لسنة 32 ق، جلسة 1991/1/7، مشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 276 وما بعدها .

- ألا يكون قد ورد نص أو بند يحضّر إمكانية جواز الجمع بين جزائي مصادرة التأمين والتعويض في العقد أو دفتر الشروط¹، غير أنه في حالة ما إذا كانت مصادرة التأمين جارية للضرر كله، فإنه ليس بإمكان الإدارة في مثل هذه الحالة أن تجمع بينهما ما لم يتفق على خلاف ذلك.

- أن يكون الضرر الذي لحق الإدارة والناجم عن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أكبر من قيمة التأمين بإعتبار أن التأمين يمثل كما سبقت منا الإشارة إليه الحد الأدنى للتعويض، ولذا إذا كانت قيمته أقل من التعويض فحينئذ يتوجب الأمر على الإدارة مصادرته وإلزام المتعاقد بفرق القيمة²، كما أن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى التي تمتلكها على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين لا يستند إلى أحكام العقد بل إلى المبادئ القانونية العامة - أحكام القانون الخاص - والتي تقضي بأن كل خطأ يترتب عنه ضرر يلزم من إرتكبه بالتعويض، وهذه القواعد لا تتعارض مع فكرة التأمين في العقود الإدارية³.

وبالتالي يمكننا القول، ومن خلال كل ما ذكرناه آنفاً، أنه ليس هناك مانع في حالة توافر الشروط يمنع الإدارة من جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض، بإعتباره هو الآخر أحد الضمانات المالية المخولة لجهة الإدارة فماذا يقصد بجزاء التعويض؟ و ماهي شروط و كفيات تحصيله ؟ وأهم الخصائص التي تميزه عن غيره من الجزاءات المالية الأخرى؟

الفرع الثالث: التعويض

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بإلتزام عقدي أو بإلتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض.

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 226.

² - عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، د . ج . ج ، الإسكندرية - مصر، 2010، ص 115.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 351.

هذا وتستمد نظرية التعويض وفقا للقانون الإداري مجمل أحكامها من القانون الخاص خاصة فيما يتعلق بكيفية تقديره، وفي إشتراط ركن الضرر، إلا أن التعويض في عقود القانون الخاص يختلف عنه في العقود الإدارية في كيفية إفتراضه وطريقة تحصيله¹.

وللإلمام بموضوع جزاء التعويض بصورة أكثر تفصيلا؛ لابد من إعطاء تعريف له (أولا) والتطرق إلى أبرز الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى لجهة الإدارة توقيعه على المتعاقد المقصر (ثانيا) وكذا كيفية تحصيله (ثالثا).

أولا: تعريف جزاء التعويض وطبيعته القانونية

يتفق غالبية فقهاء القانون العام في تعريفهم للتعويض على أنه: «عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد لجبر الأضرار الناتجة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية، في حالة سكوت العقد أو دفاثر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال»²، أو بعبارة أخرى هو عبارة عن مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية في حالة سكوت العقد أو دفاثر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر مثل الغرامات لمواجهة هذا الإخلال³، وهو ما يؤكد أصالته كجزاء إداري تستطيع الإدارة توقيعه على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وذلك إذا لم تنص بنود العقد أو دفاثر الشروط على جزاءات مالية أخرى لمواجهة هذا الإخلال، وجبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير الطرف الآخر⁴، بإعتبارها السمة أو الخاصية الأساسية التي يمتاز بها عن غيره من الضمانات المالية الأخرى، وبالتالي فإن التعويض في مثل هذه الحالة يستتبع بالضرورة قيام المسؤولية العقدية للمتعاقد والناتجة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية .

¹ - مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 03، الأردن، 2016، ص 1343.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 487.

³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 31.

⁴ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 227.

ويتشابه جزاء التعويض في نظرية العقود الإدارية إلى حدٍ كبير مع فكرة التعويض في عقود القانون الخاص، الأمر الذي دفع بعض فقهاء القانون الإداري إلى القول بأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة المعمول بها في نطاق القانون الخاص وبالتالي ليس بالإمكان الأخذ بفكرة أنه من بين أنواع الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية¹، وذلك لتقارب فكرة التعويض في العقود الإدارية منها في قواعد القانون الخاص مثلما أشرنا إليه، ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أن هناك فارقاً بينهما دفع البعض الآخر من الفقهاء إلى تصنيفه ضمن حلقة الجزاءات الإدارية التي تحوزها جهة الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري يكمن في طريقة تحديد قيمته وكيفية تحصيله، بما يبرز أحد أوجه الضمان المخولة لجهة الإدارة فيه، وهو ما عبّر عنه سليمان محمد الطماوي قائلاً: « إن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بطريقة تحديده وكيفية تحصيله »².

ومما هو مستفاد فيما ذكرناه من هذا القول، وتحديدًا في الفقرة الأولى يتضح لنا أن التعويض الذي يحكم به القضاء للمتعاقد المتضرر، يتطلب قيام الخطأ التعاقدية والضرر الناشئ عنه، ومن ثم العلاقة السببية بينهما كما أنه ليس في إمكان الإدارة أن تستحق التعويض عما لحقها من ضرر إلا بعد إعدار المدين، ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد أو دفتر الشروط³.

إلا أنه وبالرغم من ذلك، فإن هناك بعضاً من الفقهاء من يرى أنه من الصعب جداً تقدير الأضرار التي تصيب الإدارة المتعاقدة لعدة إعتبارات منها أن الضرر الذي قد يصيب الإدارة قد لا يقتصر أثره على المرفق محل التعاقد فحسب، وإنما قد يمتد إلى التأثير بشكل

¹ - أنظر كلا من : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 345 ، نواف كنعان، المرجع السابق، ص 359.

² - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 487 وما بعدها .

³ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 228 .

سلبى على قدرة الإدارة ذاتها في أدائها لمهمتها في تسيير المرافق العامة، ناهيك عن امتداد الآثار التي قد تصيبها إلى مرافق أخرى¹.

ثانياً: شروط الحكم بالتعويض

لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها الجزائية بطريق التعويض، لابد من توافر عدة شروط، وإن كانت هذه الشروط المعمول بها في العقود الإدارية شأنها شأن تلك الشروط المعمول بها في عقود القانون الخاص باستثناء شرط السبب، إلا أننا نرى أنه لابد علينا من توضيحها وذلك على النحو التالي:

1- الخطأ العقدي

من المبادئ المستقر عليها للحكم بالتعويض إشتراط حدوث خطأ عقدي من المتعاقد يترتب عليه ضرر مباشر لجهة الإدارة المتعاقدة، ويعرف الخطأ العقدي على أنه: " إخلال بالالتزام عقدي أي إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام الناشئ عن العقد، وهذا الإلتزام إما أن يكون إيجابياً أو أن يكون إلتزاماً ببذل عناية، أي بمعنى هو إنحراف إيجابي أو سلبى في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته"².

ومما هو متوجب على الإدارة مراعاته للأخذ بهذا الشرط أن يكون الضرر الناجم عن الخطأ العقدي متوقفاً في سببه ومقداره ومداه طبقاً للمجرى العادي للأمر³، إذ لا توجد في نظرية الجزاءات العقدية في القانون الإداري ما يفيد عن السبب كشرط للتعويض في القواعد العامة⁴.

¹ - عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، ص 98.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، ط01، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 735 وما بعدها.

³ - عبد الرزاق حماده، المرجع السابق، ص 619.

⁴ - عبد الله نواف العنزى، المرجع السابق، ص 92.

2- تحقق الضرر

يعتبر الضرر أحد الأركان الأساسية الذي تقوم عليها المسؤولية العقدية، لذا يشترط لإستحقاق التعويض أن يكون الضرر محققاً؛ بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة، فلا مسؤولية حيث لا ضرر¹، وسواء إنصرفت إليه نية المتعاقد أم لا، إذ يكفي في ذلك لقيام المسؤولية تحققه بذاته، شريطة أن يكون مباشراً، كونه يعد نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه المتعاقد وبين الضرر الذي لحق بالإدارة²، وهو ما يجعله يختلف عن الجزاءات المالية الأخرى، إذ باستطاعة جهة الإدارة توقيع أي من الجزاءات المالية الأخرى سواء غرامات التأخير أو مصادرة التأمين النهائي إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، دون حاجة منها لإثبات حصول ضرر قد أصابها جراء ذلك .

3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

يكاد يكون الإتفاق شبه تام في المسؤولية العقدية أنه لكي يتم الحكم بالتعويض لا بد من توافر عناصر المسؤولية الثلاثة، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، كما يجب على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه، ويجب للحكم بالتعويض بيان العناصر المكونة للضرر ومقداره، فلا يصح القضاء بالتعويض بصورة مجملة من دون بيان عناصر الضرر التي هي أساس التعويض، كأن يكون الضرر راجعاً إلى سبب خارجي³ .

ثالثاً: كفاءات تقدير وتحصيل التعويض

وفقاً للقانون المدني الجزائري إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقوم بعملية تقديره، ويشمل التعويض مالحق من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة لعدم وفاء أطراف العقد بالتزاماته التعاقدية أو تأخر في

¹ - علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 411.

² - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 92 .

³ - ضرار القزاز، المرجع السابق، ص 164.

تنفيذها¹، كما يمكن للقاضي تعيين الطريقة التي يتم التعويض بها وذلك تبعا للظروف²، فهل يمكن العمل بهذا المبدأ في مجال العقود الإدارية أم لا ؟

يذهب غالبية الفقهاء، وكما قلنا سابقا إلى القول بأن النظام القانوني للتعويضات في العقود الإدارية يتشابه مع النظام القانوني المعمول به في القانون المدني، وذلك من حيث توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وحتى يثبت للإدارة الحق في الحصول على التعويض كما أشرنا إليه، وجب أن يكون هناك خطأ مباشر من جانب المتعاقد معها يتسبب عنه ضرر فعلي للإدارة، وأن تكون هناك علاقة سببية بينهما - بين الإخلال والضرر - غير أن التساؤل الذي يمكن أن يثار هنا أيضا في مثل هذه الحالة يتعلق بالكيفية التي تتبعها الإدارة في تحصيل التعويض ؟ وهو ما سنجيب عنه في الأتي:

يشارك التعويض غيره من الجزاءات التعاقدية مجال القانون العام، خاصة حق الإدارة في اقتضائه مباشرة، وبغير حاجة إلى اللجوء للقضاء، ومما هو جار عليه العمل في مجلس الدولة الفرنسي أن عملية تحصيل قيمة مبلغ التعويض تكون بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة « **Les procédés de l'arrêté de débet** » دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء³، مع منح المتعاقد الحق في الاعتراض على عملية التقدير، كما أنه لا يجوز لها أن تخصص مبالغ التعويضات من التأمين المالي المقدم من قبل المتعاقد معها إلا إذا وجد نص صريح في العقد يسمح لها بذلك⁴.

وهو ما أشارت إليه المادة 100 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، والتي نصت على أنه: « في حالة فسخ العقد وترتب على ذلك تعويض فإن عجز أطراف العقد

1- المادة 182 من ق ، م ، ج .

2- المادة 132 من ق ، م ، ج .

3- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 352؛ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 488؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق ، ص 31.

4- حسن محمد حسن علي البنان، المرجع السابق، ص 412.

عن التوصل إلى اتفاق حول مبلغ التعويض في غضون ستة أشهر من تاريخ فسخ العقد ، فيحق للسلطة المتعاقدة إقتراح مبلغ التعويض ¹.

أما بالنسبة للوضع لدى المشرّع المَصْرِي وبخلاف نظيره الفرنسي، يرى بعض الفقهاء بأن الإدارة ملزمة باللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها، لأنه لا يوجد نص يعطي الحق للإدارة في تقدير التعويض وخصمه من مستحقات المتعاقد أو التأمينات التي قام بإيداعها لديها من دون الرجوع إلى القضاء.²

كما نجدُ وبالعودة للمشرع الجزائري، أنه قد أغفل هو الآخر ذكر ذلك صراحة سواء في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية أو دفاتر الشروط، وإن ألمحت هذه الأخيرة إلى ذلك بعض الشيء، واكتفى بالنص على حق الإدارة في الحصول على التعويض دون ذكر الكيفية التي يتم اقتضائه وتحصيله بها³، بالرغم من تعقيب البعض على ذلك

¹- En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation sur le montant de l'indemnité, le pouvoir adjudicateur verse au titulaire, qui en fait la demande, le montant qu'il a proposé. Art 100 Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marches publics www.legifrance FR dernière modification du texte le 12/01/2016.

²- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005، المرجع السابق، ص 489؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 150 .

إلا أننا نجد وبالعودة لقانون المناقصات والمزايدات المصري خلاف ذلك، حيث نصت المادة 26 من القانون رقم 89 لسنة 1998 أنه: « في جميع حالات فسخ العقد... وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاتها لدى أي جهة إدارية أخرى لديها أيا كان سبب الإستحقاق، دون حاجة للجوء إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية »، وبذلك يكون المشرع المصري قد أجاز لجهة الإدارة تحديد قيمة التعويض بنفسها دون حاجة منها إلى إستصدار حكم قضائي.

³- حيث نصت المادة 152 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15 على أنه: « لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديدة »، فاستعمل المشرع لعبارة " والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها " تلميح من المشرع إلى التعويض الذي توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها، وإن لم يكن ذلك بطريقة واضحة، غير أنه لا يمكننا الجزم بأن نية المشرع انصرفت إلى ذلك بشكل قاطع، (تم التسطير على بعض العبارات وكتابتها بخط ثخين من قبلنا في

بالإشارة إلى ضرورة الإستفادة من نصوص دفاतर الشروط الإدارية العامة، على أن تقتطع قيمة التعويض من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، وبخلاف ذلك فمن ضمانة، ولا يحول ذلك من دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد، وأن تقوم الإدارة نفسها بتقدير نسبته مع إتاحة الطريق للمتعاقد معها إلى منازعتها في ذلك أمام القضاء في حالة ما إذا أراد ذلك¹.

وخالصة، يمكننا أن نجزم القول، بأن الكيفية التي إرتأى كل تشريع طريقة اقتضاء التعويض وتحصيله بها تختلف من تشريع إلى آخر، فبينما نجد أن بعض التشريعات - المشرع الفرنسي - من يخول بصفة مباشرة لجهة الإدارة الحق في تحصيل التعويض بنفسها دون اللجوء إلى القضاء، نجد أن هناك من عزف عن الإشارة إلى ذلك صراحة مثلما هو معمول به لدى كل من المشرع المصري و المشرع الجزائري.

هذا وبعد أن تناولنا بالتفصيل مختلف الجزاءات المالية التي بإستطاعة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، وما تمثله من ضمانات ذات صبغة مالية لجهة الإدارة، نتناول بالشرح نوعا آخر من الضمانات وإن كانت غير ذات طابع مالي 100 % إلا أنها تساهم في حماية المشروع وأمواله من التبذير، بإعتبار أن الأموال التي يتم تسييره بها أموالا عامة، ويتصف هذا النوع من الضمانات وعلى خلاف النوع الأول بطابع رُدعي لذى جرى من الشائع أن يطلق عليها إسم الجزاءات الضاغطة، وهو ما سيتم شرحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الجزاءات الضاغطة - الضمانات غير المالية -

تتمتع الإدارة إلى جانب سلطة توقيع الجزاءات المالية، بسلطات أوسع تتجلى في فرض جزاءات أشد قساوة منها على المتعاقد معها إذا ما قورنت بها، وهي ذات طبيعة غير

= نص هذه المادة، لتوضيح المعاني التي لها علاقة بالموضوع أعلاه، ولا وجود لهذا النوع من الرموز في النص الأصلي للمادة).

¹- أنيسة سعاد قريشي، المرجع السابق، ص 116.

مالية، بخلاف نظيرتها الأولى، حيث تستخدمها الإدارة كوسيلة لإرغام المتعاقد معها على الوفاء بتنفيذ التزاماته التعاقدية، والتقيد بالأجال المحددة في العقد¹، وضمان تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً من خلال التنفيذ على حسابها وتحت مسؤوليته، أو بأن تعهد إلى غيره ليتولى تنفيذه وتحت مسؤوليته أيضاً في حالة حصول خطأ جسيم من المتعاقد معها، وذلك بعد القيام بإستبعاده مؤقتاً، حفاظاً على إستمرارية سير المرفق العام بانتظام وإضطراب.

وتعتبر وسائل الضغط هاته والتي تلجأ إليها الإدارة في حالة إذا ما قصر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو عجز عن ذلك، جزاءات مؤقتة " **Des sanctions temporaires** " لا تنهي العقد² كما سيتم التطرق إليه لاحقاً، بل تفرضها إعتبارات الصالح العام قصد ضمان تنفيذ العقد، والحفاظ على حسن سير المرفق العام ودوام إنتظامه، فأحلال الإدارة نفسها أو غيرها محل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على حسابها وتحت مسؤوليته، يجعلها في هاته الحالة بمثابة الوكيل عنه في تنفيذ العقد مع بقاءه - المتعاقد الأصلي - مسؤولاً أمام جهة الإدارة في تحمل المصاريف والمخاسير معاً، مع إعطائه حق مراقبة التنفيذ من ناحية³، ومن ناحية أخرى فإن سلطة الإدارة في إتخاذ مثل هذه الإجراءات الضاغطة والمؤقتة حق أصيل لا يمكنها التنازل عنه تملكه حتى وإن لم ينص عليها في العقد ذلك أنها مستمدة من إمتيازات السلطة العامة⁴.

ونظراً لإتصاف إجراءات الضغط هاته وكما أشرنا إليه سابقاً بقساوتها، فإنه لا يجوز للإدارة اللجوء إليها إلا في حالة ما إذا أخل المتعاقد معها إخلالاً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية - بما قد يعرض المرفق للخطر - كتأخره في ذلك مدة طويلة رغم توجيه عدد معين

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 253 .

² - محمد جمال الذنبيات، المرجع السابق، ص 269 ، وأنظر في ذات المعنى كلاً من : سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 503، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 353 .

³ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 235 .

⁴ - Christophe LAJOYE .Droit de marches publiques .op. Cit .p174.

من الإنذارت إليه، أو بإهماله في تنفيذه للعمل بشكل لا ينم عن حرص وأمانة من جانبه بالرغم من تنبيه الإدارة له بواسطة " أوامر العمل " ¹.

و تختلف الجزاءات الضاغطة² التي تقوم الإدارة بتوقيعها على المتعاقد معها باختلاف طبيعة ونوع العقد الإداري المبرم، كما تتخذ صوراً خاصة في كل عقد من العقود الرئيسية الثلاثة³، وهو ما سيتم معالجته في ثلاثة فروع مستقلة عن بعضها البعض، على النحو الآتي:

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

الفرع الثاني: وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة لعقد الإمتياز.

الفرع الثالث: الشراء على المورد بالنسبة لعقد التوريد.

الفرع الأول

سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يعتبر جزء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة إحدى أهم وسائل الضغط التي تستعملها الإدارة للضغط على المتعاقد معها - المقاول - قصد إرغامه على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وفقاً لما تم النص عليه في العقد، ويقصد بجزء السحب في عقد الأشغال العامة : « إحلال الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ إلتزاماته، وقيامها بتنفيذ

¹ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 133 .

² - يرى البعض "عدم دقة ماجرى عليه جمهور الفقه من إطلاق إصطلاح " الجزاءات الضاغطة " على هذا النوع من الجزاءات، إذ من الأنسب أن تسمى بـ " الجزاءات التنفيذية " باعتبار أن الإدارة في هذه المرحلة تكون قد تجاوزت مرحلة الضغط إلى مرحلة ضمان التنفيذ العيني للالتزام بواسطتها وعلى حساب المتعاقد المقصر "، للمزيد من التفاصيل أنظر : محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 250 .

كما يمكننا الإشارة هنا إلى هناك بعضاً من الفقه من يطلق عليها إسماً آخر، وخاصة في الفقه الإداري الفرنسي، ألا وهو " الجزاءات القسرية " .

-Muhannad AJJOUR,OP.cit.p.487 .

³ - عقد الأشغال العامة، عقد الإمتياز، عقد التوريد .

العمل بنفسها على حسابه، أو أن تعهد به إلى متعاقد غيره لتكفل تنفيذ الأشغال على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته»¹.

ولقد نصت المادة 03/35 من د . ش . إ . ع . ج على أنه : « ... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئياً »².

هذا ويعتبر حق الإدارة في ممارسة هذا الجزاء مرتبطاً بالنظام العام، والذي ليس بمقدور الإدارة التنازل عنه، كما لا يشترط عليها لتوقيعه أن تلجأ إلى القضاء للحصول على سند تنفيذي³، أو إلى نص قانوني يبرر لها ذلك⁴.

¹ - سامع عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة - دراسة مقارنة - ، ط01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 98 .

² - تجدر الإشارة هنا إلى أن نص المادة 35 من د. ش . إ . ع . ج ، المحرر باللغة العربية جاء غير مطابق للنص المحرر باللغة الفرنسية من نفس المادة، حيث جاء فيه مايلي :

« ... si l'entrepreneur n' a pas exécuté les disposition prescrites , l'ingénieur en chef après en avoir, sauf cas d'urgence, référé au ministre, peut ordonner l'établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur, cette régie peut n'être que partielle ».

والملاحظ من خلال نص هذه المادة، أن المشرع قد قام بضبط مفهوم أو مصطلح سحب العمل من المقاول على نحو دقيق، بخلاف النص باللغة العربية أين استعمل عبارة النظام المباشر، والتي يمكن أن تأخذ مفهومين واسعا مما هي عليه كما يراه البعض، للمزيد من التفاصيل: عباد صوفية، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد 02، الوادي، 2018، ص 589 ؛ سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 247 .

³ - وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بمصر بالقول أنه: « حين يرتكب المقاول أيا من الأخطاء الجسيمة أثناء التنفيذ، تستطيع جهة الإدارة فسخ العقد بقرار صادر منها دون اللجوء إلى القضاء باعتبارها صاحبتها، والجهة المنوط بها الحرص على تنفيذ العقد على النحو المطلوب لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد»، قرار المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 5790 لسنة 49 ق عليا - بتاريخ 2007/01/23، أشار إليه: خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 202 .

⁴ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 133 .

ولكي يتأتى لنا البحث في مسألة سحب العمل من المقاول، لا بد علينا من التعرض إلى كل من الطبيعة القانونية لهذا النوع من الجزاءات (أولاً) وكذا الشروط القانونية الواجب توافرها لتوقيعه (ثانياً) وأهم الآثار القانونية التي تترتب عنه (ثالثاً).

أولاً : الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول المقصر

يسلم فريق كبير من الفقهاء¹، أن جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة مرتبط بالنظام العام، بإعتباره ضماناً أساسية مخولة لجهة الإدارة، الغاية منها الضغط على المقاول قصد إتمام الأشغال محل التعاقد، كما يعد ضماناً أخرى وفي نفس الوقت لسير المرفق العام بإنتظام وإضطراب.

ولقد نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر بخصوص هذا الشأن، على أنه: «لا يعتبر التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر وتطبيق لقاعدة التنفيذ العيني للإلتزام تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراب ويتحمل المقاول فروق الأسعار المترتبة على هذا التنفيذ»².

هذا وتمارس الإدارة جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة من دون إشتراط وجود نص يشير عليه في العقد³، إلا أن هناك بعضاً من الفقهاء من يشير إلى أنه في حالة إتفاق أطراف العلاقة التعاقدية بإستبعاد هذا الجزاء فإنه من الملزم أن تفسر إرادتهم هذه على أساس أن حق الإدارة في توقيعه، لا بد أن يكون إلا في حالات التقصير الشديدة التي تبقي المرفق العام في خطر إذا لم يتم تداركها، بحيث يقتصر تطبيق هذا الإتفاق على حالات الخطأ الثانوية، على أن يختص قاضي العقد بتقدير هذه الحالة أو الحالة الأولى

¹ - من جملة هؤلاء الفقهاء : مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 488، نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 251 .

² - قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر قرار رقم 26-922-5843 (1982/11/20) 86/18/28، أشار إليه : ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 158

³ - فاضل جبير لفته، سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 07، العراق، 2017، ص 178.

التي ذكرناها¹، كما يجوز للإدارة الجمع بين وسائل الضغط والعقوبات المالية الأخرى التي لا تتنافى مع طبيعتها القانونية، ومن ذلك حق الإدارة في توقيع الغرامات المالية ثم التنفيذ على حساب المقاول².

وحرّبي بنا الإشارة هنا، إلى أن جزء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ما هو إلا إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، بل يبقى العقد الأصلي قائماً، وينفذ على حساب المقاول الأصلي مع تحميل هذا الأخير المخاطر التي قد تتجر عنه³.

مما يمكن أن يفهم عنه بأن سلطة الإدارة في سحب العمل من المقاول ووضعه تحت الإدارة المباشرة للإدارة ما هي إلا أعمال لإمتيازها في التنفيذ المباشر وتطبيق للقواعد العامة التي يخضع لها نظام الجزاءات في مجال العقود الإدارية، والتي تقتضيها المصلحة العامة ونظام سير المرافق العامة.

ثانياً : شروط سحب العمل من المقاول

حتى يتسنى للإدارة القيام بسحب العمل من المقاول؛ لابد من توافر مجموعة من الشروط القانونية التي تستند إليها لإعمال هذا النوع من الجزاءات، بحيث يجب أن يكون هناك خطأ صادر من جانبه - المقاول - يتصف بالجسامة (أ) مع ضرورة توجيه إعدار له قبل سحب العمل منه (ب).

أ- وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول

يسلم كل من الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري على أنه حتى يتسنى للإدارة القيام بوضع المقاول تحت الإدارة المباشرة لها بعد سحب العمل من المقاول ارتكاب هذا الأخير لخطأ في غاية الجسامة، فالأخطاء البسيطة والتي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي لتبرير هذا الجزاء، حيث يكون بإستطاعة المقاول في حالة ما تم وضع المقاول تحت الإدارة

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 248.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 145.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 512.

المباشرة وسحب العمل منه دون وجه حق، أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب عن ذلك من نتائج بما في ذلك حقه في المطالبة بالتعويض¹، ومن الأمثلة التي تنطبق على الخطأ الجسيم الذي قد يرتكبه المقاول في نظر الفقه أثناء تنفيذه للعقد وعلى سبيل المثال لا الحصر، ما يلي:

- ترك موقع العمل أو وقف الأعمال لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً دون سبب معقول².
- عدم إستجابة المقاول للأوامر المصلحية الموجهة إليه من قبل الإدارة³.
- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بإستخدام وسيلة من وسائل الغش والتدليس في تنفيذ العقد .
- تواجد المقاول في مركز مالي سيء يحول بينه وبين تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، أو بتقديمه لطلب خطي يُعلن فيه عن إشهار إفلاسه⁴.
- إذا أهمل إهمالاً جسيماً في تنفيذ العقد؛ أو أغفل القيام بإحدى إلتزاماته الجوهرية المقررة في العقد، ولم يباشر بإصلاح أثار ذلك⁵.
- إذا تنازل المقاول عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، دون الحصول على موافقة محررة كتابياً من جانب الإدارة، أو صدر حكم بحقه من محكمة ذات إختصاص يقضي بحجز أمواله وكان من شأن هذا الحجز أن يؤدي إلى عجزه عن الإيفاء بإلتزاماته¹.

¹- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 243 .

²- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 113.

³- المادة 35 / 01 من : د ، ش ، إ ، ع ، ج .

ولقد إستقر م. د. ف هو الآخر على أن: « عدم إمتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الإمتناع عن تنفيذه الأوامر من إضطراب خطير من الناحية الإقتصادية ، مما يعوق حسن سير المرافق العامة، وعلى ذلك فإن رفض المقاول الإذعان لهذه الأوامر يعطي الحق للإدارة الحق في أن تسحب العمل منه أو أن تلجأ لفسخ الصفقة»، سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 122 .

⁴- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 250.

⁵- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 134.

- عدم تسديد صاحب العطاء المقبول مبلغ التأمين النهائي ضمن موعده المحدد².

ومن ثمة يتضح لنا وبجلاء، أن أي إخلال من جانب المتعاقد بأي شرط من الشروط التعاقدية يعد بدوره سببا وجيها لسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه ومسؤوليته، بما يمكننا القول عنه، أن هذا النوع الإجراءات يعد ضمانا هامة لجهة الإدارة تمكنها من التعاقد مع أشخاص (مقاولين) ذوي كفاءات وقدرات عالية عن أقرانهم الذين تم سحب العمل منهم، شريطة أن يصدر ذلك بقرار من السلطة المختصة وبعد خضوعه لرقابة قاضي العقد، الذي ليس بإمكانه إلغاؤه، وإن كان بوسعه تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الإجراء، مع إمكانية إقتضاء الإدارة المتعاقدة مالها من حقوق لدى المتعاقد، خلفها التنفيذ المباشر على حسابه من ممتلكاته بالموقع، أو ماله من مستحقات لدى أية جهة حكومية أخرى³.

ب - ضرورة إعدار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه

من حيث المبدأ فإنه لاعتقاب بدون إنذار يسبقه، وعليه يسلم كل من الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والجزائر على ضرورة توجيه إعدار إلى المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية قبل سحب العمل منه، ومنحه المهلة الكافية لإصلاح مخلفاته، وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيبا⁴.

إلا أنه وبالرغم من التزام الإدارة بتوجيه إنذار إلى المقاول المقصر قبل توقيع الجزاء عليه مثلما هو منصوص عليه عادة في عقود الأشغال العامة، أو كراسات الشروط المطبقة على هذا النوع من العقود، إلا أن سكوت العقد عن اشتراط الإعدار أو عدم إدراج شرط في كراسة الشروط يقضي بالزامية توجيه الإدارة إنذارات إلى المتعاقد معها لا يعني عدم

1- فاضل جبير لفته، المرجع السابق، ص 175.

2- حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 37.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 284.

4- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 148.

ضرورتها والإستغناء عنها، وإنما يبقى الإنذار شرطاً مفروضاً على الإدارة يتحتم عليها التقيد به¹.

ووفقاً لذلك فقد إشتطت المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على الإدارة قبل قيامها بوضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة، ضرورة توجيه إعدار إلى المقاول، وذلك بإنذاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره، مع مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك سوى عيب الإنحراف بالسلطة².

وهو نفس الشيء الذي جاءت به المادة 01/ 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة الجزائري في الفقرة الأولى منها والتي جاء النص فيها على أنه: « إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر الصفقة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر مصلحة».

وبالتالي فإن مخالفة الإدارة لأحكام المادتين المذكورتين أعلاه سواء في مصر أو الجزائر، بعدم إعدار المقاول قبل توقيع جزاء السحب عليه، ووضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة لجهة الإدارة، يجعل هذا القرار معيباً من الناحية الشكلية - بإستثناء حالات خاصة³ - أو في حالة ما إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط نص يقضي بإعفاء الإدارة من القيام بإعدار المتعاقد معها في حالة ما أرادت توقيع الجزاء عليه⁴.

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 247.

² - المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

³ - نصت المادة 18/ ب / 01/ ب من ، د ، ش ، إ ، ع لسنة 1964 على أنه: « عندما يكشف المقاولون والمقاولون الفرعيون عمل سوء النية المشهود فيتبعين عليهم أن يندروا فوراً مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وإلا فتقع عليهم المتابعة عند الإقتضاء طبقاً للمادة 100 من قانون العقوبات، وذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق...».

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 359 .

ثالثا : الآثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

- يترتب على توافر الشروط السالف ذكرها لسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة مجموعة من الآثار القانونية الهامة، والتي سنوجز ذكرها على النحو التالي :
- إن جزاء سحب العمل من المقاول إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، بل يبقى العقد قائما، كما يبقى المقاول المعذر ملزما به¹.
 - إن جزاء سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية يحمله كافة الآثار القانونية التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته، إما عن طريق تولي الإدارة بنفسها تنفيذ العقد أو بواسطة مقاول آخر تعهد إليه بذلك، تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة².
 - حق الإدارة في إحتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات مستعملة في تنفيذ المشروع ... إلخ بغية إستخدامها لإتمام العمل، ليكون بذلك هذا التصرف ضمانا لحقوقها قبل حقوق المقاول³.
 - يجوز للإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال أثناء وضع المرفق تحت التنفيذ المباشر عقد أو إبرام صفقات جزئية متعلقة بحسن تنفيذ الأعمال، إلا أنه ليس بإمكانها عقد صفقات شاملة بالعمليات المنصوص عليها في العقد الأصلي⁴.
 - بإمكان الإدارة بيع ما تم الحجز عليه من طرفها كضمان من شأنه أن يكفل لها إستيفاء حقوقها، وما يترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل⁵.

¹- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 125، صوفية عباد، المرجع السابق، ص 593.

²- المادة 35 / 03 من د . ش . إ . ع . ج .

³- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 513.

⁴- المادة 35 / 05 من د . ش . إ . ع . ج .

⁵- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 154.

- منع المتعاقد المقصر من إعتراض طريق المتعاقد المنفذ أثناء تنفيذه للعقد، أو التدخل في طريقة تنفيذه للأعمال الموكلة إليه، مع إحتفاظه بحق المراقبة والمتابعة في تنفيذ الأشغال¹.

- يمكن للإدارة صاحبة الأشغال رفع جزء سحب العمل وإعادة العمل للمقاول المستبعد، لإكمال وإنجاز ما قد تم البدء فيه من قبله من أشغال بصورة مرضية، في حالة ما أثبت قدرته على ذلك، والضمانات اللازمة لتنفيذ العمل وفق مواعده المحدد، بما ينطبق مع شروط ومواصفات عقد الأشغال العامة، ولها أن تستعمل في ذلك كامل سلطتها التقديرية، إما بالموافقة على طلبه أو رفضه².

- عدم تحمل الإدارة مسؤولية ما أصاب مباني وأدوات وآلات ومواد العمل التي تم الحجز عليها من قبلها، من تلف أو عطب لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق أيضا في الإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء العمل بها³.

وصفوة القول، إن إستبعاد جهة الإدارة للمتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته العقدية والتنفيذ على حسابه سواء بتنفيذها في محله بإعتبارها هي المسؤول الوحيد عن تحقيق الصالح العام، أو بإعطائه لمندوب آخر عنها أكثر ثقةً من المتعاقد الأصلي، يعد ضمانا بحد ذاتها على التنفيذ السليم للمشروع، كما يعد ضمانا إلى حد كبير لجهة الإدارة لإيقاظ الحرص لدى العديد من المقاولين المتعاقدين معها، وبالتالي ضمان تنفيذ المشروع على الوجه الأكمل .

¹ - تنص المادة 06/35 من د . ش . إ.ع لسنة 1964 على أنه: « في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر وخلال مدته، يسمح للمقاول بمتابعة العمليات، ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين ...».

² - فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 180 .

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 167 .

الفرع الثاني

وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز الإداري

ويقصد بفرض الحراسة في هذا النوع من العقود أن تقوم الإدارة برفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لمدة محددة، وقيامها بإعتبارها السلطة المانحة للامتياز (الإلتزام) بتولي إدارة وتسيير المرفق بنفسها، أو بتعيين شخص آخر وكيل عنها في ذلك، وذلك ضمانا منها وحفاظا على سيورة المرفق العام بانتظام وإضطراب¹، ويقتصر هذا النوع من الجزاءات على عقود الامتياز فقط، بحيث يحق للإدارة أن تضع المرفق في حالة ما إذا قصر الملتزم تقصيرا جسيما في إدارة المرفق، كتوقف المرفق كليا أو جزئيا عن العمل نتيجة لعجز الملتزم أو عدم قدرته على إدارته²، وبهذا الصدد نصت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في 1977/12/30 على أن: «القص من سحب الإلتزام هو توقيع جزاء رادع على الملتزم لإخلاله الجسيم بشروط الإلتزام ... ورفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل إنتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام مانح الإلتزام في هذه الحالة بالإستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم»³.

كما أنه بإمكانها وضع المرفق تحت الحراسة وإن لم يكن هناك خطأ صادر عن الملتزم أثناء إدارته للمرفق إذا كان ثمة ما يهدد هذا الأخير كإضراب أو قوة قاهرة⁴، ووضع المشروع تحت الحراسة إجراء مؤقت لا يفرض إلا بقرار إداري يجوز النظر في إلغائه إن لم يكن له مبرر تستند إليه الإدارة لتوقيعه، كما يتقرر عنه إعادة العقد مستقبلا إلى الملتزم الأصلي من ناحية، أو باللجوء إلى القضاء بغية إستصدار حكم فسخه من ناحية أخرى،

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 233 .

² - حمادة عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 620 وما بعدها.

³ - قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1977/12/30، أشار إليه : سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 758.

⁴ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 138.

كون أن الإدارة ليس باستطاعتها أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة وفق ما نصت عليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي¹.

ويتفق جزاء وضع المرفق العام محل الإلتزام تحت الحراسة مع جزاء الإسقاط في أن كليهما يوجدان دائما لصالح الإدارة، كما أن بإمكانها تقرير أي منهما، في حالة ما ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أثناء تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية في إدارة المرفق، إلا أنه يترتب عن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإستبعاد المؤقت للملتزم من إدارة المرفق وتسييره وإحلال حارس مؤقت محله، كما لا يترتب عنه إنهاء العقد، في حين أنه يترتب على جزاء الإسقاط إستبعاد الملتزم نهائيا من إدارة وتسيير المرفق محل الإلتزام، وإنهاء عقد الإلتزام بصفة قطعية².

ولكي يتأتى لنا البحث في مسألة وضع المرفق المدار عن طريق الإمتياز تحت الحراسة، لا بد علينا من التعرض إلى كل من الطبيعة القانونية لهذا النوع من الجزاءات (أولا) وكذا الشروط القانونية الواجب توافرها لتوقيعه (ثانيا) وأهم الآثار القانونية التي تترتب عنه (ثالثا).

أولا : الطبيعة القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة

يجمع غالبية فقهاء القانون العام على أنه بإمكان الإدارة وضع المرفق تحت الحراسة وإن لم يوجد نص صريح يدل على ذلك في العقد³، كونه إحدى الضمانات القانونية التي حولها المشرع لجهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري لتسهر بذلك على حسن سير المرافق التي تديرها بانتظام وإضطراد، وبشكل يتفق مع الصالح العام وبما يمكنها من مواجهة الملتزم وهو بصدد تسييره للمرفق محل عقد الإمتياز في آن واحد.

¹ - لمزيد من التفاصيل؛ أنظر: نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الإمتياز...، المرجع السابق، ص 111.

² - C.E.29 Octobre 1926, Ville de St.Etienne.

مشار إليه لدى: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 233 وما بعدها.

³ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 134.

وتعد سلطة الإدارة في وضع المشروع تحت الحراسة من النظام العام، ولا يجوز للإدارة التنازل عنها كونها ذات طبيعة لائحية وليست عقدية، حيث يشير جيز JEZE في هذا الصدد بقوله : « إن سلطة وضع المرفق تحت الحراسة من طبيعة لائحية، وليست تعاقدية، لأن مضمون هذه السلطة داخل في تنظيم أي مرفق عام يدار بطريقة الإلتزام، ويرتبط بضمان سير المرفق العام على نحو مرضٍ، ومن ثم لا يجوز الإلتفاق على إستبعادها»¹.

وتجدر بنا الإشارة، ونحن بصدد دراسة الطبيعة القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة إلى التفريق بين فرض الحراسة دون خطأ منسوب إلى الملتزم، وبين فرض الحراسة كجزاء على تقصير الملتزم وإخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ففي الحالة الأولى لا يتحمل الملتزم تبعيات المخاطر المالية التي قد تترتب عن إدارة الإدارة أو الحارس المخير من قبلها في ذلك، كأن يكون التوقف راجعا لقوة القاهرة²، في حين يدار المشروع على حسابه وتحت مسؤوليته في الحالة الثانية دون إنهاء العقد³.

وقد ذهب قسم الرأي ومجلس الدولة إلى التأكيد على أن الحكومة بصفتها مانحة الإلتزام لها سلطات عديدة تملك إستعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بإلتزاماته التعاقدية المفروضة عليه بموجب العقد، فلها تنفيذ هذه الإلتزامات على حسابه مثلا⁴، ودون اللجوء إلى إستصدار حكم قضائي يقضي لها بذلك، شريطة أن تقوم بإعذار الملتزم، وإعطائه حق الطعن في قرار الإدارة، بغية التأكد والتحقق من أن الحراسة قد تم فرضها لضمان سير المرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة وليس لدواعي أخرى⁵.

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 238 وما بعدها .

² - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 112 .

³ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 138 .

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 281 .

⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 163 .

ثانياً: الأفعال المبررة لوضع المرفق تحت الحراسة

يستلزم كل من الفقه والقضاء الإداري على أنه حتى يتسنى للإدارة توقيع جزاء فرض الحراسة على المتعاقد معها (الملتزم) لا بد من وقوع مخالفات جسيمة من قبله، يكون من شأنها تعريض استمرار وسير المرفق العام المدار عن طريق الإمتياز للخطر، ويتحقق ذلك في الحالات التالية :

- حالة التوقف الكلي أو الجزئي لخدمات المرفق، كعجزه عن أداء التزاماته التعاقدية لعدم قدرته وكفايته على ذلك.

- عدم امتثال واتباع الملتزم للتعليمات والأوامر الصادرة إليه من قبل الإدارة المانحة الإمتياز¹.

- وجود قوة قاهرة يستحيل معها على صاحب الإمتياز ضمان سير المرفق العام بإنتظام وإضطراب²، كعزوف العاملين بالمرفق ودخولهم في إضراب عام، ما ينجر عنه شلل في تقديم الخدمات للجمهور.

وعليه فإذا ما توافرت الشروط التي ذكرناها والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، جاز لجهة الإدارة أن تحل محل الملتزم بنفسها والقيام بإدارة وتسيير المرفق أو أن تعهد إلى غيره بذلك.

ثالثاً: الآثار القانونية لجزاء فرض الحراسة

يترتب على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة مجموعة من الآثار القانونية نورد ذكرها على النحو التالي:

- إستبعاد الملتزم مؤقتاً من إدارة المرفق لحين الإنتهاء من الحراسة، دون أن يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، ما يخول لدائني الملتزم أثناء مدة فرض الحراسة على

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135.

المرفق التمسك بحق الضمان العام على القيمة المالية لهذا الحق، بالرغم من الحراسة المفروضة على المرفق¹.

- التزام الإدارة بتنظيم وإستغلال المرفق أثناء فترة فرض الحراسة، بالشروط المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط²، وعدم مساسها برسوم الإنتفاع كتخفيضها لها أو بزيادة التكاليف³.

- إستيلاء الإدارة بصفة مؤقتة على جميع المنشآت والأدوات اللازمة لإستغلال المرفق، والإلتزام بالعناية بها وصيانتها وذلك بعد أن تقوم بإجراء جرد تفصيلي لها بحضور صاحب الإمتياز أو من ينوب عنه في ذلك، على أن لا يترتب عن هذا الإستيلاء المؤقت نقل ملكية الأدوات والمنشآت إلى جهة الإدارة مانحة الإمتياز، بل تظل ملكا خاصا لصاحب الإمتياز المستبعد⁴، و بإمكانه إستعادتها بعد إنتهاء فترة الحراسة، مما يجعل الإدارة مسؤولة عن كل ما يلحقها من تلف بسبب إهمالها⁵.

- تحمل المتعاقد (الملتزم) كافة المصاريف اللازمة تحت مسؤوليته لضمان سير المرفق في حالة ما إذا وقع خطأ جسيم من جانبه، أدى إلى وضع المرفق تحت الحراسة أما إذا كان وضع الحراسة بغير خطأ الملتزم، فإن الإدارة في هذه الحالة هي من يقع عليها عبء تحمل مخاطر الإدارة المالية للمرفق⁶.

- تولى الإدارة مهمة الإستغلال المؤقت للمرفق بنفسها عن طريق أحد وكلائها، أو أن تعهد بذلك إلى ملتزم آخر تعينه حارسا على المرفق في حال ما ارتأت أفضلية ذلك⁷.

¹- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 236 .

²- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 244.

³- وهذا لا ينفي حقها في تحصيل رسوم الإنتفاع وإيراداته كافة، لمزيد من التفاصيل أنظر: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 510.

⁴- بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 92.

⁵- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 136.

⁶- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 237.

⁷- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 244.

- إن عقد الالتزام لا ينتهي بمجرد فرض هذا الإجراء، بل يبقى العقد قائماً، ما يعطي الحق لدائني الملتزم التمسك بحق الضمان العام على القيمة المالية لحق الإلتزام¹.

ومن جملة ما نخلص إليه، وبعد أن تطرقنا لكل من الطبيعة القانونية لجزاء فرض الحراسة وأسباب توقيعه وكذا أهم الآثار القانونية الناجمة عنه، يتضح لنا أن وضع المرفق تحت الحراسة كجزاء، ما هو إلا ضماناً لجهة الإدارة الهدف منها الضغط على حامل الإمتياز ودفعه إلى تعديل مواقفه وإصلاح أخطائه التي وقع فيها، باعتباره يدير مرفقا حساسا.

الفرع الثالث

الشراء على حساب المورد المقصر

يرتبط هذا النوع من الجزاءات في غالب الأحيان بعقود التوريد، فإذا ما تخلف المتعاقد عن توريد كل الكميات المتفق عليها بالعقد أو جزء منها في المواعيد المتفق عليها أو خلال المهلة الإضافية التي تم منحها له، فإنه بإمكان الإدارة في هذه الحالة الشراء على حسابه ومسؤوليته²، ويعرف جزء الشراء على حساب المورد؛ على أنه : « عبارة عن إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها (المورد) الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها مع الإدارة بموجب العقد المبرم بينه وبين هذه الأخيرة في المدة المحددة لذلك، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه، وتحت مسؤوليته »³.

ومما هو مستنتج من هذا التعريف، أن إجراء الإدارة القاضي بالشراء على حساب المتعاقد معها في عقود التوريد لا يتم إلا في حالة تأخير المتعهد في التسليم أو الإمتناع عن توريد الأصناف المتفق عليها وعجزه عن ذلك، أو بإهماله تنفيذ التزاماته على وجه يعرض

¹- فارس علي جنكيز، المرجع السابق، ص 218.

²- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 116.

³- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 262.

المرفق للخطر، ويعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاءا والمعتمدة فقها، نظرا للصلة الوثيقة التي تربط موضوع التوريد بفكرة إستمرارية سير المرفق العام وتقديم الخدمات للجمهور، إذ ليس بالإمكان التسليم بتوقف نشاط المرفق، وتأثر حركة مردوديته، بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة، بل من الأجدر الاعتراف للإدارة باللجوء إلى شخص آخر تختاره لتزويدها بالمادة موضوع العقد، لضمان أداء الخدمة وعدم توقفها، مع تحميل الطرف المقصر للنتائج المالية الناتجة عن هذا التنفيذ¹.

ولكي يتأتى لنا البحث في مسألة الشراء على حساب المورد المقصر، لا بد علينا من التعرض إلى كل من الطبيعة القانونية لهذا النوع من الجزاءات (أولا) وكذا الشروط القانونية الواجب توافرها لتوقيعه (ثانيا) وأهم الآثار القانونية التي تترتب عنه (ثالثا).

أولا : الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد المقصر

الأصل أن المورد ملزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها طبقا للقواعد الواردة في دفاتر الشروط أو العقد، وفي مواعيدها المحددة، فإن عجز المورد عن تنفيذ العقد أو أخل بذلك إخلالا جسيما، جاز لجهة الإدارة أن تحل محله في تنفيذ التزاماته أو أن تعهد بذلك إلى غيره².

ويعتبر جزاء الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته إحدى تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام³، وأبرز الجزاءات المقررة بقوة القانون و المتعلقة بالنظام العام، التي

¹ - وفي ذلك تنص المادة 94/2 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه : « في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية، فيكون لجهة الإدارة أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعد إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد: - أ- شراء الأصناف التي لم يتم بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة - ب- إنهاء التعاقد فيما يخص هذه الأصناف ». »

² - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 994.

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 263.

ليس في إستطاعة كل من طرفي العقد الإتفاق على إستبعادها أثناء إبرام هذا النوع من العقود¹.

ويقتصر هذا الإجراء على تنفيذ الإلتزام الذي قصر المورد في تنفيذه، كما هو مقرر في العقد، دون أن يتناول الإلتزامات الأخرى التي يتطلب على المورد تنفيذها في وقت لاحق، ولم يحن موعدها وقت إتخاذ الإدارة لهذا الإجراء²، كما أنه إجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة، مثلما هو معمول به في كل من جزائي فرض الحراسة على المرفق المدار عن طريق الإمتياز، وسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، ليبقى المورد المقصر بذلك ملتزماً أمام جهة الإدارة على تنفيذ كافة الإلتزامات الناشئة عن العقد³.

ويرى جيز أنه: «إذا كان المبدأ العام الذي تنص عليه المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي حيث يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له - في حالة عدم التنفيذ - أن يقوم بذلك على نفقة المدين، فإنه - من باب أولى - وفي دائرة المصلحة العامة أن تملك الإدارة هذه القدرة، ضماناً لسير المرافق العامة على أحسن وجه، فيكون لها الحق أن تقرر تنفيذ عقد التوريد - على نفقة ومسئولية المتعهد - دون وساطة القضاء ودون إشتراط النص على مثل هذه السلطة في العقد»⁴.

ومما هو جارٍ العمل به، أنه يتوجب على جهة الإدارة قبل توقيع جزاء الشراء على حساب المورد منح هذا الأخير مهلة أولية بعد إخطار موجه له من قبلها بوجوب تنفيذ التزاماته، وتوقيع غرامة مالية عليه في حالة ما اقتضى منها الأمر ذلك، إلا إذا إشتراط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه إنذار له⁵.

¹ - لمزيد من التفاصيل؛ أنظر: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 263؛ هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 998 .

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 263 وما بعدها .

³ - بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 107 .

⁴ - نقلاً عن : فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 194.

⁵ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 155.

هذا ويتشابه جزء الشراء على حساب المورد المقصر في عقود التوريد مع حالة التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر في عقود الأشغال العامة، بحيث يحق للجهة الإدارية شراء الأصناف - محل التعاقد - على حساب المورد المخل بتنفيذ إلتزاماته، في كونهما أن لهما نفس الهدف والغاية وهي الحفاظ على السير المنتظم والمستمر للمرفق العام لأداء خدماته للجُمهور¹.

كما يقتضي تطبيق الإدارة لجزء الشراء على حساب المتعاقد المتخلف عن تنفيذ إلتزاماته أن تشتري الإدارة أصناف تتطابق مع المواصفات المنصوص عليها في العقد وبنفس الجودة، كما هو مقرر لمصلحة الإدارة بالذات مع مصلحة المرفق العام، ومن ثمة فإنه بإمكان الإدارة أن تتنازل عن شرط الأصناف المطابقة، وقبول أو شراء أصناف أقل جودة أو أكثر جودة منها، في حالة لم تتحقق الأصناف المطابقة للعقد في السوق، مع بقاء المتعاقد الذي تم التنفيذ (الشراء) على حسابه ملزماً بأداء فارق الثمن والجودة حتى لا يستفيد المقصر من تقصيره².

كما أن الشراء على حساب المتعاقد لا يعد بذاته عقوبة توقع عليه، وإنما تطبيق لقاعدة تنفيذ الإلتزام عينا تلجأ إليه الإدارة في حالات معينة كإمتناع المتعاقد عن تنفيذ الإلتزام أو الإخلال به³.

ثانياً: شروط توقيع الإدارة لجزء الشراء على حساب المورد المقصر

بالرغم من تمكين الإدارة سلطة فرض جزء الشراء على حساب المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته، من تلقاء نفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء، إلا أنه يجب عليها وقبل توقيعها لهذا الإجراء على المتعاقد معها مراعاة الشروط الواجب توافرها لذلك، حتى يكون إجراء الشراء على حساب المورد متفقاً مع الأحكام القانونية المعمول بها.

¹ - فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 193.

² - قرار المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1961/12/16، أشار إليه : محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 529.

³ - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر : سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 519 .

هذا ويشترط الفقه لصحة قيام الإدارة بالشراء على حساب المورد أن يكون المتعاقد قد ارتكب أخطاء جسيمة أثناء تنفيذ التزاماته تبرر الشراء على حسابه ومسؤوليته¹، ولا يجوز لجهة الإدارة أن تلجأ إلى تنفيذ مثل هذا النوع من الإجراءات المستعملة للضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته المستقبلية التي لم يحل ميعاد الوفاء بها².

وطبقاً لأحكام قضاء م. د. ف، فإنه من بين الحالات التي يمكن أن تعد من قبيل الإخلال الجسيم والتي تبرر إتخاذ هذا الإجراء، ما يلي:

تقاعس المورد عن التسليم في حدود الآجال المتفق عليها في العقد، بالرغم من إمهاله مدة إضافية على المدة المقررة لذلك، أو بسبب تنفيذ العقد على وجه غير مرض؛ أو بإحلال المتعهد لشخص آخر غيره محله دون أخذ موافقة من الجهة الإدارية³، مع الأخذ بعين الاعتبار أن ليس كل خطأ يمكن للمورد أن يقع فيه يكون موجبا لفرض هذا الإجراء، فمجرد التأخير ليس بالخطأ الجسيم الذي يمكن للإدارة على أساسه تبرير هذا الإجراء، بل يجب أن يترجم التأخير على أنه سبب في تخلف المورد عن تنفيذ شروط العقد⁴.

ثالثاً : الآثار القانونية المترتبة عن جزاء الشراء على حساب المورد المقصر

يترتب على إستعمال الإدارة لجزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد مجموعة من الآثار القانونية نورد ذكرها على النحو الآتي :

- الشراء على حساب المورد المقصر إجراء مؤقت؛ لا ينجر عنه إنهاء عملية التوريد المتعاقد عليها من قبل الإدارة والمورد، بل يبقى العقد قائماً بين أطرافه ويتم هذا الإجراء على حساب المورد الأصلي وتحت مسؤوليته⁵.

¹- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 264 .

²- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 150.

³- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 359 .

⁴- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 264 .

⁵- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 272 .

- يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد المقصر تحمل هذا الأخير جميع الآثار المالية الناجمة عن هذا الإجراء مثل فارق إرتفاع الأسعار والمصاريف الإدارية والتعويضات وغيرها، على أنه بإمكان المورد المقصر والمستبعد المطالبة بإستبعاد المصاريف الزائدة إذا ما كان مبالغاً فيها كأن تكون الزيادة ناتجة عن خطأ صادر من جهة الإدارة¹، على أنه ليس بإمكانه الإستفادة من النقص في الأسعار إذا إشترت الإدارة الأصناف التي قصر في توريدها من مورد آخر بسعر أقل².

- التزام الإدارة عند الشراء على حساب المورد المقصر والمستبعد بشروط العقد الأصلي المتفق عليها مع إعطاء حق مراقبة تنفيذ العقد للمورد المقصر بغية التأكد من ذلك كون أن العقد في هذه الحالة يتم تنفيذه على مسؤوليته كما هو معمول به مجلس الدولة الفرنسي؛ والذي يلزم جهة الإدارة على تمكين المورد من مراقبة عملية إختيار المورد الجديد ومتابعة العمليات المنفذة بواسطة هذا الأخير³.

- تعتبر الإدارة عند إجرائها للشراء على حساب المتعاقد المقصر وكيلًا عنه فتلتزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها⁴.

- تمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في إجراء الشراء على حساب المورد المقصر، فلها أن تتولى ذلك بنفسها أو أن تعهد بالشراء إلى مورد آخر تتعاقد معه، مع أنه من الأفضل أن تقوم الإدارة قبل قيامها بإجراء الشراء إتباع أسلوب المناقصة حتى تتيح الفرصة لكل من يشاء أن يتقدم لها بأسعاره⁵، قصد الحصول على ما يلزمها بأنسب الأسعار⁶.

¹- محمود خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 206 وما بعدها.

²- محمد رفعت عبدالوهاب، المرجع السابق، ص 529 .

³-C.E.16.6.1978 .Sté dachats et de consignation .R.D.P.1980.P.1484.

مشار إليه: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 270 .

⁴- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في الفانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 118.

⁵- يتيح أسلوب المناقصة في هاته الحالة إيداع عدد كبير من المتناقسين للأسعار ما قد يؤدي إلى خفضها، وذلك كله لصالح جهة الإدارة .

⁶- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 108.

- عدم جواز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته وبين إنهاء التعاقد فيما يخص الأصناف المقصر عن توريدها، كون أن جزاء الشراء على حساب المورد المقصر يعد من قبيل الجزاءات التي تؤدي إلى فسخ العقد¹.

وكخلاصة لما تم ذكره، يتضح لنا أن للإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويكون لها أن تفرض جزاءات عديدة ومتنوعة على المتعاقد معها بحسب درجة جسامة الخطأ الذي قد يرتكبه المتعاقد، فلها أن تفرض عليه جزاءات مالية إذا ما كان التقصير الناجم عنه غير ذا جسامة كالتأخير وما شابه، كما أن لها أن تحل محله في تنفيذ العقد بنفسها أو عن طريق إيكال مهمة تنفيذ العقد لها شخصياً أو لشخص آخر غيرها تحت مسؤوليته، أو بالشراء على حسابه أو وضع المرفق تحت الحراسة، وكلها في حقيقة الأمر عبارة عن ضمانات تم تخويلها لجهة الإدارة لتسهر بها على حسن تنفيذ عقودها.

¹- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 274.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري كضمانة تتطلبها مقتضيات الصالح العام

إن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تسود النظام القانوني للعقود في القانون الخاص كما أشرنا إليه سابقا لا يمكن أن تسري بأي حال من الأحوال على العقود الإدارية، فإذا كانت إرادة أحد الأطراف غير كافية وحدها لإنهاء العقد في القانون الخاص ولا تتم إلا بإتفاق أطرافه، فإن النظام القانوني للعقود الإدارية وعلى عكس ذلك يعطي الحق لجهة الإدارة وبإرادتها المنفردة سلطة إنهاء العقد في حالة ما أخل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما، أو حتى بدون صدور خطأ من جانبه إذا ما إقتضت المصلحة العامة هذا الإنهاء، وذلك وفقا لتقديرها وحدها¹.

وتعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من أهم الخصائص والمميزات التي تتميز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، وإحدى أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها²، حيث تستطيع ممارستها حتى ولو لم يتم النص عليها ضمن شروط العقد صراحة، فالإدارة بإعتبارها هي القوامة على خدمة المرفق العام والحفاظ على سيره بإنتظام وإضطراب على النحو الذي يكفل الصالح العام ومواكبة لتطوراتها، قد ترى وفقا لسلطتها التقديرية أن العقد لم يعد ذا نفع بعد أن أصبح في مرحلة معينة - لا يتلائم مع إحتياجات المرفق العام الذي أبرم لأجله، أو قد يصبح الإستمرار في تنفيذه يشكل خطرا على المصلحة العامة، لما في ذلك من تبديد للمال العام، ما يخول لها سلطة إنهاءه بإرادتها المنفردة، وذلك لإعتبارات الصالح العام.

¹ - هند أحمد موسى أبو مراد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير في القانون العام، الجامعة الاردنية، 1999، ص 80 .

² - André de LAUBADERE, et autre, OP CIT, P825.

كما وقد يتم هذا الإنهاء أو ما يعرف بالفسخ الجزائي¹ في هاته الحالة حتى قبل نهاية العقد الطبيعية²، لارتكاب المتعاقد معها أخطاءا جسيمة قد تؤثر على مسيرة العقد³، كأن يصبح غير قادر على أداء إلتزاماته، بعد أن أصبحت جميع الجزاءات التي ذكرناها سابقا، لا تجدي نفعا في تقويم إعوجاجه، بما قد يؤثر بشكل سلبي على سير المرفق العام .

وبناءً على ذلك، فإن التساؤل الذي قد يتبادر لأذهاننا لأول وهلة يدور حول ما إذا كانت الإدارة تملك فعلا سلطة إنهاء تنفيذ العقد الإداري في أي وقت تشاء حتى قبل إنتهاء مدته ؟ وإذا كان لها ذلك فما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة ؟ وهل

¹ - يعرف الإنهاء الجزائي على أنه : « ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيعه على المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، حيث يترتب على ذلك إستبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد » ، السلال جمعة الهويدي، المرجع السابق ، ص 122.

² - يقصد بالنهاية الطبيعية إنقضاء العقد بالطريقة العادية التي تنقضي بها سائر العقود بصفة عامة، وذلك بتنفيذ الإلتزامات المنصوص عليها بالعقد تنفيذا كاملا في عقود الأشغال العامة، أو بإنقضاء المدة المحددة بالعقد كعقود إلتزام المرافق العامة، لمزيد من التفاصيل؛ أنظر : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 250.

³ - كما قد ينتهي العقد نهاية مبسترة قبل أوانه، وفقا للأشكال التالية :

- **الفسخ بإتفاق الطرفين** : ويقصد به إتفاق طرفي العقد على إنهاء العقد الإداري قبل إنتهاء مدة تنفيذه، ويكون الفسخ في هاته الحالة مستندا إلى رضا الطرفين، كما يكون مصحوبا بتعويض المتعاقد مع الإدارة عما فاتته من كسب، أو بدون تعويض في حالة ما اتفقا على ذلك أنظر الملحق رقم (4) ص 340.

- **الفسخ بقوة القانون** : ويأخذ هذا النوع صورتين :

1/ إذا استحال تنفيذ العقد بسبب قوة قاهرة أو بسبب هلاك موضوعه وبالتالي يعتبر العقد مفسوخا تلقائيا من يوم حدوثها ، ولا يكون للمتعاقد الحق في التعويض في مثل هاته الحالة طالما أن سبب فسخ العقد كان أجنبيا عن جهة الإدارة ، كما يمكن أن يكون بفعل الإدارة نفسها أو ما يعرف بالفسخ الإداري ويكون نتيجة لإجراء عام أصدرته في مواجهة عدد غير معين من الأفراد ويستحق المتعاقد معها في مثل هاته الحالة تعويضا كاملا، أنظر الملحق رقم (5) ص 341.

2/ إذا نص العقد أو القانون على إعتبار العقد مفسوخا إذا ما حصلت وقائع معينة ويعتبر العقد مفسوخا منذ يوم حدوث هذه الوقائع .

- **الفسخ القضائي**: ويكون الفسخ في هاته الحالة بحكم من القاضي الإداري وذلك بناء على طلب من المتعاقد أو من طرف الإدارة . لمزيد من التفاصيل : أنظر : إسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 30 ومابعداها، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 250 ومابعداها، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06، المرجع السابق، ص 637 ومابعداها، بن عبد المالك بوفلجة، تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، ع 53، المغرب، مارس، 2017.

بإمكان الإدارة ممارستها وإستخدامها حتى ولو لم تتضمن نصوص العقد ذلك؟ وما هي أهم الأحكام والمبادئ التي تضبطها ؟

قبل البدء في الإجابة على هاته التساؤلات، وجب منا أن ننوه إلى نقطة هامة وهي توضيح ماتم التعرض إليه في مقدمة هذا الفصل عن الصور الجوهرية التي يمكن أن تتخذها سلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري بصورة واضحة، وهي :

* **الصورة الأولى: حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة:** وهو إجراء يبقى من شأن الإدارة اتخاذه في كل وقت ودون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها، شريطة أن يكون من أجل تحقيق مصلحة عامة¹.

* **الصورة الثانية : حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم :** ويكون إنهاء العقد في هاته الحالة في حقيقة الأمر كنتيجة لإخلال المتعاقد في تأدية التزاماته التعاقدية بقدر كبير من الجسامه وبناءا على سلطتها التقديرية كما سيتم توضيحه .

وللإجابة على السؤال المصاغ أعلاه، سنتطرق بالتفصيل إلى كل من المواقف الفقهية التي جاءت بشأن أحقية ممارسة جهة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة والأساس القانوني الذي تقوم عليه، وما يمكن أن تمثله من ضمانة لجهة الإدارة (المبحث الأول) وكذا أهم الأحكام والمبادئ القانونية التي تقوم عليها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مدى وجود سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري وأساسها القانوني

تعتبر سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري من أخطر السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهذه السلطة الخطيرة قد يرد النص عليها في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به وهذا أمر مسلم به، غير أن الخلاف الفقهي الحاصل في

¹ - وقع منا إدراج هذا العنصر ضمن الضمانات القانونية التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري عمدا، على أساس أن الإستمرار في تنفيذ عقد دون فائدة مرجوة منه يجعله معيبا من الناحية الشكلية وحتى الموضوعية، وهذا أمر غير مستساغ منطقيا .

هذا الصدد هو مدى تمتع جهة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة في حالة عدم وجود نص يشير إليه في العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به؟ والأساس القانوني الذي تقوم عليه؟

للإجابة عن هذا التساؤل؛ سيتم في هذا المبحث معالجة موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع اتجاه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة (المطلب الأول) وكذا الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة لدى استخدامها لهاته السلطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : موقف الفقه والتشريع والإجتها د من سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة

لقد بات من الأمور المسلم بها أن الإدارة لدى تسييرها للمرافق العامة تسعى من خلال ذلك لهدف واحد ألا وهو تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الجماهير المتزايدة من خلال العقود التي تبرمها، غير أنه وبالرغم من الصلة الوطيدة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام، فإنه قد يصبح في العديد من الأحيان تنفيذ غير ذي جدوى أو فائدة تعود على سير المرفق العام، مما يتنافى هو والمصلحة العامة، الأمر الذي يحتم على جهة الإدارة المتعاقدة التدخل لوضع حد نهائي له، لما قد يترتب عليه من أضرار تمس المرفق العام والمصلحة العامة على حد سواء إذا ما استمر الوضع على هاته الحالة، حتى ولو خلت نصوص العقد على تضمين حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة¹.

كما لا يخفى عنا، أنه في بعض الأحيان قد لا تقلح جميع الجزاءات التي تملكها جهة الإدارة مثلما أشرنا إليه سابقا في تقويم إعوجاج المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية لإرتكابه أخطاءا جسيمة في غاية الخطورة بما قد يهدد سلامة المرفق العام، والتي تدفع بالإدارة إلى إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة كجزاء على خطأ المتعاقد الجسيم حتى دون وجود نص يخول لها ذلك .

¹ - مجدوب عبد الحليم، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد الرابع، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2017، ص 259 .

فما هو موقف كل من الفقه والإجتهد والتشريع من سلطة الإدارة في الإنهاء
الإنفرادي للعقد الإداري ؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنقوم باستعراض أهم الآراء الفقهية التي جاءت بين مؤيدة
ومعارضة (الفرع الأول) وكذا أهم الأحكام القضائية (الفرع الثاني) والتكريسات التشريعية
(الفرع الثالث) التي قيلت بهذا الشأن؛ على النحو التالي :

الفرع الأول: موقف الفقه الإداري من سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري

درج فقهاء القانون الإداري على الإعتراف لجهة الإدارة بمجموعة من الضمانات في
نطاق تنفيذ العقد الإداري، بما يمكن أن يضمن لها تنفيذ عقودها على نحو سليم، والوصول
إلى الغايات التي أبرمت لأجلها، كسلطة الرقابة والتوجيه، وسلطة التعديل، وكذا سلطة توقيع
الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية .

هذا وتعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من أخطر السلطات التي تتمتع بها
جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، لما يمكن أن تشكله من خرق لأحد أبرز المبادئ
الرئيسية التي تقوم عليها العقود بصفة عامة، ألا وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي
تتمخض عنه نتيجة أساسية في غاية الأهمية وهي عدم جواز فسخ أو إنهاء العقد من جانب
واحد، وهو المبدأ الذي طالما تم خرقه في نطاق العقود الإدارية، وذلك بتحويل جهة الإدارة
صلاحية إنهاء العقد بإرادتها المنفردة .

وإزاء ذلك، وبالنظر إلى الخطورة التي يمكن أن تشكلها سلطة الإدارة في الإنهاء
الإنفرادي للعقد الإداري، وما يمكن أن تشكله من ضمانات لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد
معها في الوقت ذاته، فقد أدى ذلك إلى تضارب آراء فقهاء القانون الإداري اتجاهها، فبينما
ذهب جانب منهم إن لم نقل غالبيتهم إلى الإعتراف لجهة الإدارة بأحققتها في ممارسة سلطة
الإنهاء الإنفرادي (أولاً) ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى إنكار ذلك (ثانياً).

أولاً: الإتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في إنهاء العقد حتى في حالة عدم النص عليها في العقد

سيتم في هذه الفقرة معالجة آراء الفقهاء التي جاءت مؤيدة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري، حتى مع عدم وجود نص في العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به يخول لجهة الإدارة هذا الحق، وسواء كان هذا الإنهاء لمتطلبات تقتضيها المصلحة العامة (أ) أو لارتكاب المتعاقد مع جهة الإدارة خطأ في غاية الجسامة (ب)

أ - حالة الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة

لقد استقر العديد من فقهاء القانون الإداري في كل من فرنسا ومصر وغيرهما على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، ولا يمكن للإدارة التنازل عنها أو تقييد حقها في ممارستها لها، باعتبارها حقاً ثابتاً لها في جميع العقود الإدارية التي تبرمها، وسواء تم النص عليها في العقد أو لم ينص¹.

✓ في فرنسا:

نجد من أبرز الفقهاء الذين يؤيدون أحقية ممارسة جهة الإدارة لسلطتها في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة بفرنسا² أندري دي لوبادير والذي يرى بخصوص هذا الشأن أن القضاء قد أقر بطريقة واضحة وجود تلك السلطة العامة للإدارة في إنهاء عقودها الإدارية إنهاءً إفرادياً³.

ويرى بنوا Benoit بدوره هو الآخر أنه : « إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة تعتبر امتيازاً استثنائياً من امتيازات السلطة العامة المخولة لجهة الإدارة، كما أنها إحدى أهم السمات المميزة للعقود الإدارية، وبإمكان الإدارة ممارستها حتى رغم معارضة

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 370؛ السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 33.

² - اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال : (جان ريفيرو، ميشيل روسيه) أن سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة ما هي إلا صورة من صور التعديل الإفرادي، والسبب في ذلك هو أن الإنهاء ليس إلا تعديلاً للشرط الخاص بمدة العقد، لمزيد من التفاصيل: خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 166 .

³ - مقتبس عن : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 355.

المتعاقد معها على ذلك، فهي تستند إلى مصلحة المرفق التي تقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير متلائمة مع احتياجاته أو أصبحت تشكل عبئا ثقيلا عليه»¹.

✓ في الفقه العربي :

يأخذ الرأي الراجح في الفقه العربي هو الآخر كذلك على إمكانية إستعمال الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة حتى ولو لم يتم إدراج ذلك في العقد، طالما أن الأمر يتعلق بتحقيق الصالح العام، ومن جملة هؤلاء الفقهاء نجد **محمد علي الخلايلة** والذي يرى بأن: « حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري قائم حتى لتلك العقود التي لا تنص صراحة على هذا الحق باعتباره حقا مقررًا لحماية المصلحة العامة ولضمان سير المرافق العامة ولا تملك الإدارة التنازل عنه بالاتفاق مع المتعاقد معها»².

ومن جهته يرى **محمود عاطف البنا** أنه: « لما كانت سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية وإبرادتها المنفردة، وغيرها من السلطات التي تمتلكها في مواجهة المتعاقد معها، هي من خصائص العقد الإداري نظرا لما تستهدفه من مصلحة عامة وحسن سير المرافق العامة، لذا كانت هذه السلطة ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة، 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 من طبيعة المرفق العام وإتصال العقد به، ولذا يثبت هذا الحق للإدارة دون حاجة إلى النص عليه، بل رغم ما قد ينص عليه في العقد من حظر إستعمال هذا الحق الذي لا يجوز التنازل عنه»³.

كما يشير **محمد ماهر أبو العينين** أيضا في قوله إلى أن: « الإدارة لدى ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقا وهذه السلطة لاستتمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة، والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد

¹- F. BENOIT, Op.CIT, P.661.

²- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 313 .

³- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 238 ومابعدها .

الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه ... فللإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ظروفها استجدت تستدعي هذا الإنهاء كما إذا أصبح المرفق أو أضحي لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد من المنتفع»¹.

ويضيف **ماجد راغب الحلو** قائلاً أن: «بإستطاعة الإدارة ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري حتى ولو لم يتم النص على ذلك صراحة ضمن شروط العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنها»².

وفي نفس السياق، يذهب **نصري منصور النابلسي** إلى القول بأن: «سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، هي ميزة تمتاز بها الإدارة في العقود الإدارية، وهذه الميزة تحرر الإدارة من بنود العقد فلها تعديل العقد وانهاؤه وفق مقتضيات المصلحة العامة وضمن القواعد القانونية المعمول بها، ولا ضير في ذلك على الطرف المتعاقد مع الإدارة لأنه يحصل على التعويض الذي يجبر الضرر اللاحق به في حال وجوده عند الإنهاء المبستر للعقد الإداري من قبل الإدارة لدواعي المصلحة العامة»³.

وصفوة القول، هي أنه في حالة عدم النص على حق الإدارة بإنهاء العقد الإداري، فإن ذلك لن يعيق جهة الإدارة من ممارسة حقها في الإنهاء الإفرادي، كونه حقا أصيلاً مقرر لها ولا تستطيع التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام، وبالنظر لما يمكن أن يشكله من ضمانات لجهة الإدارة تمكّنها من إنهاء عقودها إذا مارأت أنه لأفائدة ترجى من الإستمرار في تنفيذها.

¹ - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات - الكتاب الثالث - المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

² - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 209.

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 376 .

ب - حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم

من الأمور المسلم بها وكما رأينا سابقاً لدى كل من الفقه والقضاء الإداري، أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات الإدارية على كل متعاقد معها يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك بإرادتها المنفردة بطبيعة الحال ودون حاجة إلى نص قانوني يبرر لها ذلك، أو اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم يسمح لها بتوقيعها - بإستثناء جزاء الإسقاط - بناء على إمتيازها في التنفيذ المباشر، وتحت مبرر تحقيق الصالح العام والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وإضطراب .

ومن جملة الجزاءات التي تمتلكها جهة الإدارة الفسخ الجزائي وهو من أخطر الجزاءات وقعا على المتعاقد معها لما ينجم عنه من إنهاء للرابطة التعاقدية¹، وذلك لإرتكاب هذا الأخير - أي المتعاقد - أخطاءً في غاية الجسامة بما قد يهدد سلامة المرافق العامة ويعرضها للخطر، لذا يجمع غالبية الفقهاء الفرنسيين أن جزاء الفسخ في العقود الإدارية على غرار سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يعتبر من النظام العام، و تستطيع الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص يخول لها ذلك .

ونجد من أشهر الفقهاء المؤيدين لهذا الإتجاه في الفقه الإداري الفرنسي الفقيه جيز JEZE والذي يعتبر بحسب رأيه أن الإنهاء الجزائي للعقد الإداري جزء من النظام العام، و تستطيع الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص قانوني يخول لها ذلك².

ويشاطره في ذلك كل من بلومان BLUMANN والذي يرى هو الآخر بأن سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي هي من النظام العام تم تخويلها لصالح جهة الإدارة المتعاقدة بغية ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب¹.

¹ - ويجعل هذا النوع من الفسخ المتعامل المتعاقد في قائمة المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في المطة 08: « يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية الإقتصاديون : ... »

- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤولياتهم من أصحاب المشاريع ... » .

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 157 .

و **Bonnard** بقوله أن: « جزاء الفسخ في العقود الإدارية موجود بقوة القانون، وبإمكان الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص في العقد أو دفتر الشروط يخولها هذا الحق، وذلك تماشياً مع ضرورات المرفق العام وضمان تنفيذ الالتزامات محل التعاقد »².

أما بالنسبة **للفقه العربي**، فيرى **أحمد عثمان عياد** بدوره هو الآخر أنه إذا لم يوجد نص في العقد أو دفاتر الشروط فإن حق الإدارة في فسخ العقد يوجد قائماً بذاته بإعتباره حقاً أصيلاً للإدارة مستقلاً عن العقد ودفاتر الشروط، فالإدارة تستطيع إصدار قرار الفسخ إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد³.

ويضيف **خالد خليل الظاهر** قائلاً أنه بإمكان جهة الإدارة توقيع جزاء فسخ العقد الإداري في جميع أنواع العقود الإدارية - بإستثناء عقد الإمتياز - دون حاجة للنص عليه في العقد، أو الإلتجاء للقضاء⁴.

ثانياً: الإتجاه المعارض لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بدون نص.

بعد أن تطرقنا في الفقرة السابقة إلى الآراء التي جاءت مؤيدة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري، سيتم في هذه الفقرة معالجة نقيض ذلك، عبر التطرق إلى بعض الآراء التي جاءت معارضة لهذه السلطة بكلا شقيها على النحو التالي :

أ - حالة الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة

نجد من جملة الفقهاء الذين ينكرون وجود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري في حالة عدم النص عليها في العقد، الفقيه الفرنسي **لولييه j.lhuillier** والذي يرفض إعمال الإدارة لهذه السلطة في حالة عدم ورود نص صريح ينص عليها في العقد، وهو يرى أن حق

¹ - السلال جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 127.

² - Bonnard ROGER, OP.CITE, P.633.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 362.

⁴ - خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 267.

الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة مبدأ عام مقرر بواسطة القضاء¹، كما يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانبها وحدها لدواعي المصلحة العامة، لا توجد كقاعدة من قواعد القانون العام، ولكنها في الواقع مجرد تطبيق للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة (1135) من القانون المدني الفرنسي بالنسبة لعقود القانون الخاص، والتي تقضي بأن الإتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها، بل تشمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون حسب طبيعة الإلتزام، وأن ذلك يترجم في القانون الإداري تحت إسم العادات الإدارية أو العرف الإداري².

كما نجد من الفقهاء من يحصر رفضه لممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة في حالة لم يرد نص في العقد يسمح لها بممارسة هذا الحق في عقد الإلتزام فقط، وعلى رأسهم **ديفو Dufau** الذي يرى بأن: «الإدارة لا تملك فقط القدرة على التعديل من جانب واحد أثناء تنفيذ العقد للإلتزامات والأداءات المنفذة بواسطة الملتزم، ولكنه محظور عليها أيضا أن تنتهي عقد الإلتزام قبل التاريخ المحدد في العقد، فالملتزم له حق مكتسب في استغلال المرفق العام طوال مدة عقد الإلتزام، وإنهاء عقد الإلتزام لا يمكن أن يمارس إلا عندما يكون منصوصا عليه في كراسة الشروط الخاصة بعقد الإلتزام، باستثناء الإسترداد القانوني المنظم بنص خاص»³.

ب - حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم

ذهب جانب من الفقه إلى رفض الإعتراف للإدارة بسلطة توقيع الفسخ الجزائي، في حالة ما لم تتضمن نصوص العقد أو دفاتر الشروط ما يقر لها بذلك .

وعلى هذا الأساس، يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه في حالة عدم النص صراحة على جزاء الفسخ فإنه يجب على الإدارة وأثناء محاولتها لتوقيعه اللجوء إلى قاضي العقد ليقرر لها ذلك، أسوة بالطرف الآخر وذلك تطبيقا لنص المادة (1794) من القانون المدني الفرنسي

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 261.

² - نقلا عن: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 95 .

³ - نقلا عن: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع نفسه، ص 96 .

والتي تنص على أنه: « يستطيع رب العمل أن يفسخ العقد بإرادته عقد المقاولة ولو كان العمل قد تم البدء فيه من قبل، على أن يتم تعويض المقاول عن كل نفقاته وعن كل الأشغال التي قام بتنفيذها والأرباح التي يمكن أن يجنيها من عقد المقاولة »¹.

لكن وبالرغم من إنكار جانب من الفقه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون نص وتمسكهم بذلك، نرى أنه بإمكان الإدارة ممارسة هذه السلطة بشقيها، حتى ولو لم يرد نص صريح ينص عليها في العقد، لتعلق ذلك بالصالح العام وما يمكن أن يشكله من ضمان لجهة الإدارة يمكنها من إنهاء عقودها بطريقة تتفق معه - الصالح العام - ، وهو الرأي الغالب لدى جمهور فقهاء القانون الإداري والمكرس من قبل كل من التشريع والقضاء الإداري كما سيتم توضيحه ضمن الفرع الموالي.

الفرع الثاني

موقف القضاء من سلطة الإنهاء الفردي للعقد الإداري

ستتم ضمن هذا الفرع معالجة بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية في كل من فرنسا ومصر والجزائر؛ فضلا عن الاستعانة ببعض الأحكام القضائية والتي سيأتي ذكرها بصفة ثانوية على سبيل المقارنة، والمتعلقة بمدى وجود سلطة الإدارة في الإنهاء الفردي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة (أولا) أو لارتكاب المتعاقد مع جهة الإدارة أخطاء في غاية الجسام (ثانيا).

أولا : حالة الإنهاء الفردي لدواعي المصلحة العامة

أبدت العديد من الإجتهاادات القضائية² تأييدها لسلطة الإنهاء الفردي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في العديد من الأحكام الصادرة عنها، حيث أكد الإجتهااد القضائي

¹ - « Le maitre peut résilier , par sa seule volonté le marché forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé , en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses , de tous ses travaux , et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise » Art 1794 portant code civil-Derniere modification le 01 janvier 2017 – Document généré le 05 janvier 2017 copyright (C) 2007 - 2017 Legi France .

² - من بين الأحكام والفتاوى المؤيدة لسلطة الانهاء الفردي للعقد الإداري كذلك مايلي :

الفرنسي في العديد من الأحكام والقرارات الصادرة عنه¹ بشكل حاسم على أن كل عقد إداري بإمكان الإدارة إنهائه إذا ما ارتأت عدم فائدته أو لم يعد مطابقاً لسياستها الحالية وذلك حفاظاً على المصلحة العامة .

= في ليبيا: أكدت المحكمة العليا الليبية في جلسة لها بتاريخ 1975/03/06 أنه : « يجوز للإدارة دائماً إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات »، قرار صادر عن المحكمة الإدارية =العليا بتاريخ 1975/03/06 موسوعة المبادئ القانونية. يوليو 1979 ، أشار إليه : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 177 .

- في العراق: أكدت المحكمة الإدارية بإقليم كردستان العراقي في قرار صادر عنها بتاريخ : 2013/04/02 على أنه : « حيث إن موضوع الدعوى يتعلق بإلغاء العقد المبرم مع المدعي، وحيث إن المستقر في المبادئ العامة للعقود الإدارية أن الإدارة تتمتع بامتياز مهم، وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، ودون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد، مادامت لم تتعسف في استعمال سلطتها، ومناطق ذلك احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ... » ، قرار صادر عن المحكمة الإدارية بأربيل، رقم الدعوى (29 / ك / 2012) ، جلسة 02 أبريل 2013 ، مشار إليه لدى : يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 56 .

- في عمان: أقرت محكمة القضاء الإداري العماني في قرار لها صادر بتاريخ 2009/06/22 لجهة الإدارة الحق في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة، جاء فيه : « للإدارة الحق في إنهاء عقودها الإدارية حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ وللإدارة سلطتها في إنهاء العقد متى قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة، ويبقى للطرف الآخر في العقد الحق في التعويض إن كان له وجه حق» ، قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري العماني في الاستئناف رقم 13 لسنة 4 ق ، بتاريخ 2004/11/27 ، مشار إليه لدى: محمد بن سعيد بن حمد محمد المعمري، المرجع السابق، ص 286 وما بعدها.

¹- من بين هذه القرارات :

(أ) قراره الصادر في 09 ديسمبر 1927 في قضية **Gaigiulo** والذي جاء في منطوقه مايلي :

La résiliation ... n'a pu intervenir qu'en vertu de pouvoir général appartenant a l'administration de rompre, si elle le juge utile, les marches passez par elle pur les services publics sous reserve d'indemniser l'entrepeneur.

(ب) قراره الصادر في 13 فبراير 1930 في قضية **Min de la gurre** والذي أكد فيه بأن:

La résiliation a été la consequence de l'exercice par l'administration militaire de pouvoir qui lui appartient en vertu de droit commun.

(ج) قراره الصادر في 03 يوليو 1925 في قضية **De Mestral** والذي يقول فيه :

IL appartenait a l'adminisration, en vertu de ses pouvoirs généraux, de mettre fin, moyennant une compensation venntuelle, Al'application du contrat.

- مجموعة قرارات صادرة عن م. د . ف ، مشار إليها لدى : سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06 ، المرجع السابق، ص 647 .

وتجدر بنا الإشارة في البداية إلى أن م. د. ف يعتبر أن العقد الإداري القائم على سبب غير مشروع ودون فائدة ترجى منه، لا يمكن أن يحتاج حتى إلى قرار صادر عن الإدارة لإنهائه، لأن هذا العقد باطل أصلاً¹.

وهو ما أقرَّ به صراحة في إحدى الأحكام الصادرة عنه بتاريخ 1964/12/14 والتي جاء فيها: « إن البلدة تملك الحق في أن تنتهي عقد إلتزام المرافق العامة عندما ترى فائدة ذلك للمصلحة العامة »².

كما اعترف م. د. ف صراحة لجهة بممارسة سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي على كافة العقود الإدارية، وذلك في حكم صادر عنه بتاريخ 29 جوان 1953 جاء فيه: «...إن عملية الإنهاء تتبع هنا عن الاختصاص المنفرد للسلطات الإدارية المسؤولة عن العقد الإداري...»³.

أما في مصر فقد إستقرت أحكام مجلس الدولة هي الأخرى في العديد من الأحكام على التسليم بحق الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية وإبرادتها المنفردة، رغم عدم إرتكاب المتعاقد خطأ جسيم يستدعي هذا الإنهاء، وذلك تحقيقاً للصالح العام، واعتبارها طابعا مميزا للعقود الإدارية.

ومن ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في إحدى القرارات الصادرة عنها بتاريخ 1958/06/30 أكدت فيه بأن: «... العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه إحتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على

¹ - C.E. 20 October 2000, Sic.Citécable Est, Rec, 457, RFDA 2001,359, concl, Savaie.

- مشار إليه لدى:

- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 376 .

² - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 238 .

³ -C.E.29 juin 1953 .Entreprise Duval.Rec. Lebon .P 421 .R .D.P.1954. P .198 .

- مشار إليه لدى : السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 26 .

المصلحة الفردية الخاصة (...). ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر»¹.

كما أكدت ذات المحكمة في قرار آخر لها صادر عنها بتاريخ 15/11/1992 أنه : « إن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقا، وهذه السلطة لا تستمدتها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والذي يحكم كفاءة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه...»².

أما حديثا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا ب : ج . م . ع في قرار لها صادر بتاريخ 15/05/2001 أنه: « للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل فوات الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام (...). وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية »³.

ولم يشأ القضاء الإداري الجزائري أن يخرج عمّا سار عليه كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري، حينما اعترف هو الآخر لجهة الإدارة بحقها في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، حيث جاء في إحدى القرارات الصادرة عنه بتاريخ 21-01-2003 بخصوص قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المحمدية ضد (ر. م) أنه : «... حيث أن رئيس المجلس الشعبي البلدي المستأنف تمسك بأن المادة 10 من عقد

¹ - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية رقم 983 بتاريخ 30/06/1958، أشار إليه كل من: الدكتور محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 313؛ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 209.

² - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق - جلسة 15/11/1992 بإستفاضة للمستشار : حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 252.

³ - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3562 لسنة 44 ق، جلسة 15/05/2001، مشار إليه لدى : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 68.

الإيجار أجاز للبلدية فسخ العقد إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، وبالفعل هناك مصلحة عامة أكيدة من حيث أن السوق المركزي بدأ يخلق مشاكل أمنية وصحية في وسط المدينة وبقرّب دائرة الأمن وأن السوق ذا مصلحة محلية قد تم إنجازها عند الخروج من المدينة...»¹.

ثانيا : حالة إنهاء العقد لخطأ المتعاقد الجسيم:

شأنه شأن الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، عرف الإنهاء الجزائي للعقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم تأييدا قضائيا واسعا من قبل القضاء، ففي فرنسا وباستقراء أهم الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة نجد أنه قد اعترف لجهة الإدارة بحقها في فسخ العقد في حالة عدم إمكان المتعاقد معها على تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد بطريقة فعالة ومرضية، وفي هذه الحالة تستطيع الإدارة توقيع جزاء الفسخ بنفسها دون حاجة منها لاستصدار قرار قضائي مسبق يمنحها ذلك الحق، كما أن لها أن تمارس هذه السلطة حتى مع عدم وجود نص في العقد أو دفتري الشروط².

كما ذهب المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرار لها صادر بتاريخ 2000/11/21 إلى القول بأن: «... لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الإلتجاء إلى القضاء بإعتباره إمتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية»³.

¹ - قرار محكمة القضاء الإداري الجزائري بخصوص قضية ر. م . ش . ب ضد (ر. م) الصادر بتاريخ 2003/01/21، أشار إليه : سليمان السعيد، محاضرات في مقياس القانون الإداري (العقود الإدارية) السنة الثانية حقوق ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2012-2013، ص 29 .

² - C.E.04 JANVIER .1956 .Ville De paris, P.11.

- مشار إلبدي : يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 25 .

³ - نقلا عن : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

كما إستقر مجلس الدولة المصري هو الآخر في مجمل أحكامه على أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بصورها المختلفة ضد متعاقيها والتي من بينها سلطة الفسخ الجزائي للعقود الإدارية، إنما وجدت لصالح الإدارة وبالتالي تستطيع ممارستها حتى ولو لم ينص عليها في العقد¹.

أما بالجزائر، فقد أقر مجلس الدولة الجزائري في إحدى القرارات الصادرة عنه بتاريخ 2005/11/19 بخصوص قضية (م. ن) ضد رئيس البلدية، أنه : «... حيث أنه بالنسبة للقرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بجاية في 2003/06/17 المستشهد به من طرف المعارض في مذكرته الإضافية المؤرخة في 2010/10/04 ، فإنه يتعلق بفسخ العقد من طرف البلدية نتيجة عدم تسديد مبلغ الإيجار وذلك دون إرسال إنذار بالدفع طبقا للقانون ولاعلاقة له بنزاع الحال الذي يتعلق بإعفائه من دفع مستحقات الإيجار...»².

أخيراً وبعد الإطلاع على مختلف الأحكام القضائية في كل من فرنسا ومصر والجزائر والتي جاءت مؤيدة لحق الإدارة في ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بكلا شقيها، تدخل المشرع بدوره للتأكيد على وجود هذه السلطة من خلال سنّ العديد من القوانين التي جاءت منظمة لها، ليكون ذلك بمثابة تكريس منه لهذه السلطة كما سيتم توضيحه.

الفرع الثالث: موقف المشرع من سلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري

أبدت العديد من التشريعات تأييدها لسلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري وقامت بتنظيم أحكامها ومبادئها في العديد من النصوص القانونية الصادرة عنها، وسواء أكان هذا الإنهاء لدواعي الصالح العام (أولاً) أم لخطأ ارتكبه المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية (ثانياً) وعلى ضوء ذلك، سنستعرض مختلف التشريعات التي فصلت في الأمر، وذلك على النحو الآتي:

¹ - السلال جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 124.

² - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/11/19 قضية (م . ن) ضد رئيس البلدية، أشار إليه : سليمان السعيد، المرجع السابق، ص 29.

أولاً : حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

عرفت العديد من التشريعات المقارنة التي تأخذ بالقانون الإداري النص على سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة¹، وذلك لقطع جميع الشكوك التي كانت سائدة بين فقهاء القانون الإداري بخصوص فحوى هذه السلطة، حيث نصت المادة 42 من المرسوم رقم 71/50 المتضمن قانون الأشغال العامة الفرنسي الصادر بتاريخ 1971/01/18 على أنه: « يمكن بموجب قرار صادر من السلطة المختصة ودون إعدار مسبق من فسخ العقد سواء بسبب إنشاء نظام الإدارة المباشرة، أو بإبرام عقد جديد أو بسبب فسخ العقد، بعد توقيع عقد مماثل أو حتى بدون توقيع جديد، وذلك مع مراعاة أداء المبالغ المستحقة للمقاول في كافة الأحوال، ودون إلحاق أية أضرار بحقوقه التعاقدية »².

كما نص **المشروع الجزائري** من جانبه هو الآخر صراحة على سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة حيث نصت المادة 150 من تنظيم الصفقات العمومية؛ على أنه: « يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد »

¹ - من بين هذه التشريعات، نشير إلى مايلي :

- في ليبيا: نصت المادة 107 من لائحة العقود الإدارية الليبية على أنه: « يجوز للجهة المتعاقدة أن تنهي العقد في أي وقت تشاء دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد، إذا اقتضى ذلك الصالح العام، بشرط موافقة الجهة المختصة باعتماد اجراءات التعاقد، وفي هذه الحالة تصرف للمتعاقد مستحقاته عما تم تنفيذه من أعمال وترد إليه التأمينات التي قدمها مع تعويض عن ذلك عند الاقتضاء»، لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية رقم (132) لسنة 2005.

- في لبنان: نصت المادة 01 من المرسوم رقم 15770 الصادر بتاريخ 1964/03/13 على أنه: « تطبق في استرداد الامتيازات التي تقرر الدولة استردادها أو التي قررت استردادها قبل صدور هذا القانون ولم يتفق بعد على تمديد بدل هذا الاسترداد أحكام دفتر الشروط الملحقه بكل امتياز»، نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 385 ، جانب التهميش (59) ، غير أن ما يلاحظ على نص هذه المادة أنها لم تشر إلى باعث المصلحة العامة بصفة صريحة وعلى النحو الذي نطمح إليه، إلا أنها أبرزت إحدى صور الإنهاء لدواعي المصلحة العامة المتعلقة بعقود الإمتياز (الاسترداد).

² - أشار إليه : حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 242 .

¹، وكذلك ماورد في نص المادة 02/34 من د . ش . إ . ع . ج حينما نصت على أنه: «عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال تفسخ المقاوله مباشرة».

أما بالنسبة للمشرع المصري، وبعد إطلاعنا على اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، وجدنا أنه لم يشر صراحة إلى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وإنما بين جميع الحالات التي يجوز للإدارة أن تنهي فيها عقودها الإدارية دون حصرها على باعث المصلحة العامة .

ثانيا : حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم

نظرا للخطورة التي يتصف بها الفسخ الجزائي للعقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم، تكفلت العديد من التشريعات المقارنة بتنظيمه²، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 42 من المرسوم رقم 71/50 بفرنسا على أنه، «يمكن بموجب قرار صادر من السلطة المختصة، ودون اعدار مسبق، فسخ العقد سواء بسبب تقرير نظام الإدارة المباشر أو...»³.

كما نصت المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات المصري، على أنه: «يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه، ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة، ويعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إلى عنوانه المبين في العقد»⁴.

¹ - المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر .

² - من بين هذه التشريعات نجد :

- في فلسطين: نصت المادة 30 من قانون عطاءات الأشغال العامة على أنه: «يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي في حال استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب أو ثبت قيامه برشوة أحد موظفي الإدارة كذلك في حال أفلس المتعاقد أو أعسر إفسارا لايمكنه من تنفيذ العقد»، محمد سليمان نايف شبير، المرجع السابق، ص 326 .

- في لبنان: نصت المادة 136 من قانون المحاسبة العمومية رقم 14969 الصادر في 1963/12/30 أنه: «يفسخ العقد حكما بين الإدارة والملتزم الذي يعلن إفلاسه، وتتبع فوراً الإجراءات التالية : 1- تصادر الكفالة مؤقتا لحساب الخزينة...»، فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 226.

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلثاني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.

⁴ - المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المشار إليه سابقا.

كما نص **المشرع الجزائري** بدوره هو الآخر في القسم العاشر من الباب الأول من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15، في المادة 149 منه على أنه: « إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها ان تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة ».

وهكذا يتضح لنا بجلاء، أن التشريع قد اعترف هو الآخر بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة وعلى اختلاف أنواعها، لنكون بذلك قد انتهينا من دراسة موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع في كل من فرنسا ومصر والجزائر والتي أيدت وجودها بشكل قاطع، ليبقى السؤال المطروح في هاته الحالة : إذا كانت الإدارة تملك فعلا سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، فما هو الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند عليه الإدارة أثناء ممارستها لهاته السلطة؟

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

إذا كان فقهاء القانون الإداري يجمعون في أغلبهم كما أشرنا إليه سابقا، على أحقية جهة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حتى مع عدم وجود نص قانوني يخولها ذلك، إلا أن آرائهم لم تكن موحدة بخصوص الأساس القانوني الذي تقوم عليه هاته السلطة، وذلك من ناحية رؤيتها وتفسيرها لأحكام القضاء الإداري التي استندت عليها.

- كما نصت المادة 77 من ذات التقنين على أنه: « إذا توفي المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيفا بتوكيل مصادق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة... » .

- ونصت كذلك المادة 24 على أنه: " يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين التاليتين:

(أ) إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره في الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية أو في حصوله على العقد .

(ب) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر..."

وكنتيجة لذلك؛ انقسم الفقه الإداري إلى ثلاثة اتجاهات، اتجاه يعدد بفكرة الصالح العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (الفرع الأول) واتجاه ثان يرى أن الأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية يكمن في فكرة السلطة العامة (الفرع الثاني) بينما رأى اتجاه آخر أن الأساس القانوني لهذه السلطة مزدوج يستند إلى فكرة الصالح العام وامتيازات السلطة العامة في آن واحد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأساس القانوني القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل، وانتظامه بالمرافق العامة، ذلك أنه قد يظهر في بعض الحالات وبعد التعاقد أن المرفق لم يعد بحاجة إلى هذا العقد، كونه لم يعد يلائم احتياجاته، أو أصبح يشكل عبئاً ثقيلاً عليه، لذا فإنه من المصلحة العامة إزالة مثل هذا العبء عن طريق إلغاء العقد¹.

ومن جملة الفقهاء الذين يؤيدون قيام الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري على فكرة الصالح العام و مقتضيات سير المرافق العامة في الفقه الإداري الفرنسي بيكينيو PEQUIGNOT والذي يرى في إحدى تعليقاته أن: « سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ما هي إلا نتيجة حتمية لاعتناق فكرة المرفق العام التي يركز عليها العقد الإداري، فإذا ما أصبح المرفق العام موضوع العقد يشكل عبئاً على جهة الإدارة، فإنه من المصلحة العامة إزالة هذا العبء عن طريق إلغاء العقد، ذلك أنه من غير المقبول أن يصبح العقد حاجزاً بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها...»².

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 74.

² - G. PEQUIGNOT, OP.CITE.P. 391.

والى جانب ذلك يرى بنوا **F.P. BONOIT** أن : « سلطة الإدارة في إنهاء العقد تستند بالضرورة إلى فكرة مبدأ الحفاظ على سير المرفق العام، التي تقتضي إنهاء بعض العقود التي أصبحت لا تتلائم مع احتياجاته، أو تلك التي تشكل عبئاً ثقيلاً عليه »¹.

ويضيف في ذات السياق قائلاً: « إن سلطة الإنهاء الإفرادي للعقد المعترف بها لجهة الإدارة تعتبر قاعدة ناتجة عن احتياجات المرافق العامة، وصادرة في الوقت نفسه عن عدة اعتبارات وعلى رأسها حماية المصلحة المالية للدولة ».

كما يجيب عن أحد الأسئلة التي طرحت عليه عن كيفية تبريره لقيام السلطة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد معها على أساس فكرة احتياج المرفق العام قائلاً: « إن من البديهي أن يتوقف الأمر على مصلحة المرفق العام إذا تبين عدم فائدته أو جدواه أو إن تكاليف إنجازه كانت باهضة »².

وهو ما يذهب إليه **ريفيرو Rivero** بقوله أن : « سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد بدون خطأ من المتعاقد تجد تبريرها في ضرورة توافق العمل الإداري مع الظروف القابلة للتطور، وإن الإدارة تستطيع أن تنهي العقود التي أبرمتها عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك »³.

ويرى جانب من الفقه العربي، ممثلاً في **الدكتور محمد سليمان الطماوي** أن : « للإدارة دائماً أن تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة »⁴.

ويؤيده في ذلك كل من **محمد رفعت عبد الوهاب** بقوله أن : « للإدارة أن تنهي العقد أثناء فترة سريانه أو قبل انتهاءها بالرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ يستدعي ذلك، كلما اقتضت المصلحة العامة هذا الإنهاء من وجهة نظر الإدارة »¹.

¹ - F.P. BONOIT, OP. CITE, P. 662.

² -ibid , P. 663.

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 364 .

⁴ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06 ، المرجع السابق، ص 649 .

و كذا نصري منصور النابلسي والذي يرى هو الآخر بأن : « الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد معها يقوم على أساس فكرة المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام ، لأنه حتى في حال الأخذ بفكرة إمتياز السلطة العامة فإن إنهاء العقد طبقاً لهذه الفكرة يجب تقييده أيضاً بالمصلحة العامة وحاجات المرفق العام، فالمنبت والأساس هو المصلحة العامة وحاجات المرفق العام والوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول أجله دون خطأ من المتعاقد هو السلطة العامة وإمميزات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة »².

ويذهب جورج سعد إلى القول بأن : الركيزة التبريرية لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تكمن في مصلحة المرفق العام التي تستدعي أحياناً وضع حد للإلتزامات التعاقدية، وسلطة الإدارة في هذا المجال هي إستثنائية، كما أنها من النظام العام³.

وتجد هذه الآراء سندها القانوني الذي اعتمدت عليه في تحليلها وتفسيرها، فيما صدر عن القضاء الإداري من أحكام قضائية ضمن هذا الصدد، ومن ذلك ما ذهب إليه أحكام المحكمة الإدارية العليا ب.ج.م.ع والتي جاء في أحد القرارات الصادرة عنها أنه : « ... والإدارة في ممارستها لسلطتها في تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً، وهذه السلطة لا تستمدّها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والذي يحكم كفاءة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ... »⁴.

لكن على الرغم من تأسيس العديد من الآراء الفقهية مبادئها على فكرة المصلحة العامة، فقد ذهب جانب من الفقه إلى البحث عن أساس قانوني آخر يقوم على فكرة السلطة

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 534.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 369 .

³ - جورج سعد، المرجع السابق، ص 387 وما بعدها .

⁴ - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق، جلسة 1992/11/15 ، مشار إليه لدى : هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1291 .

العامة و إمتيازات القانون العام وقد كان لهذا الرأي أسانيد و حججه في ذلك نورد ذكرها في الآتي.

الفرع الثاني: الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة و امتيازات القانون العام

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإمتيازات الإستثنائية المخولة لجهة الإدارة، والتي من بينها سلطة إنهاء العقد الإداري، هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة، إستقلالاً عن اشتراطات أطراف العقد¹، وأن الأساس القانوني لسلطة الإنهاء الإفرادي يكمن في هاته الفكرة، و يتصدر أنصار هذا الاتجاه **فيدال Vedel** والذي يرى أن: « سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق»².

كما يرى **ديلفولفي DELVOLVE** بهذا الشأن أن: « الإدارة المتعاقدة تملك دائماً حصانات و إمتيازات واختصاصات سيادية أو سلطوية عامة لا يمكنها أن تتنازل عنها أو أن تتصرف فيها تعاقدياً إلا بمقتضى نص اتفاقي في العقد الإداري إذ هي عندما تبرم عقدا بقصد استغلال مرفق عام فإنها تحتفظ دائماً بكل المسؤولية والسلطة الأساسية المقابلة لها في تنظيم وتسيير هذا المرفق العام، وعلى ذلك فإن العقد لا يمكن أن يفقدها السيطرة والسيادة على المرفق العام»³.

ويشاطرهما الرأي **أحمد عثمان عياد** بقوله أن: « سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال إمتيازها

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 366 .

² - نقلا عن: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 69 .

³ - نقلا عن : حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة - دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي - ، رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، 2015، ص 29 .

في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطاً لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساساً قانونياً لها»¹.

ومما سبق ذكره من آراء فقهية قيلت بشأن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة أثناء استعمالها لسلطة إنهاء العقد الإداري، بين مرجع لهذا الأساس إلى فكرة السلطة العامة، وبين قائل بأن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يكمن في فكرة المصلحة العامة، اتجه البعض الآخر إلى الجمع بين كل من الفكرتين، وذهب إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد مزدوج يجمع بين الفكرتين في وقت واحد هما : فكرة إمتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد من ناحية، وفكرة الاحتياجات الخاصة بالمرافق العام من ناحية أخرى.

الفرع الثالث: الأساس القانوني المزدوج القائم على فكرة المصلحة العامة وإمتيازات السلطة العامة

يرى أنصار هذا الإتجاه بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لا يمكن أن يقوم إلا على أساس الجمع بين الفكرتين كما أشرنا إليه أعلاه، وعلى رأسهم أندري دي لوبادير و تيرينيه واللذان يريان أن الشخص العام المتعاقد يحكم رسالته في المصلحة العامة وحسن تنفيذ المرافق العامة، وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها أن ينهي من جانب واحد العقود التي هو طرف فيها ولو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدية².

وهو الشيء نفسه الذي يراه محمد صلاح عبد البديع بقوله أن: « سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند إلى الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وعلى فكرة السلطة العامة من ناحية أخرى »³.

كما يمضي السلال سعيد جمعة الهويدي إلى ذات الإتجاه قائلاً بأن : « سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد، تقوم على أساس قانون مزدوج يستند في

¹- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 266 .

²- نقلاً عن : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 69 .

³- نقلاً عن : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 368 .

نفس الوقت على كل من فكري الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وإلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى...»¹.

ومن جهته يرى محمد الصغير بعلي أنه : « يمكن للإدارة المتعاقدة، بما لها من امتيازات السلطة العامة، أن تضع حداً نهائياً للعقد الإداري وتفك الرابطة التعاقدية لضرورات المصلحة العامة، وذلك إعمالاً لمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة »².

وعلى ضوء ما سبق ذكره، ومن خلال جميع الآراء الفقهية التي جاءت بشأن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة في استعمالها لسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، بين مرجع لهذا الأساس إلى فكرة السلطة العامة، وبين قائل بأن الأساس القانوني لسلطة الإنهاء يكمن في فكرة المصلحة العامة، فإننا بدورنا نؤيد هذا الأخير، كون أن الإدارة انصرفت نيتها منذ أول وهلة وأثناء إبرامها للعقد الإداري إلى تحقيق الصالح العام ومتطلبات سير المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وما إمتيازات السلطة العامة إلا أداة تم وضعها بيد الإدارة لضمان تحقيق ذلك.

غير أن السؤال الذي يمكن أن يطرح نفسه هنا هو: إذا كان للإدارة فعلاً سلطة إنهاء العقد الإداري وإيرادتها المنفردة، فهل يعني ذلك أنها سلطة مطلقة لا قيود عليها ولا ضوابط أم لا؟ وهل تأخذ مظهرها واحداً في جميع العقود الإدارية؟

المبحث الثاني

القواعد الناظمة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري

سبق وأن أشرنا، إلى أنه بإمكان جهة الإدارة بما لها من إمتيازات السلطة العامة، أن تضع حداً نهائياً للعقد الإداري وتفك الرابطة التعاقدية لضرورات تنمashi هي والمصلحة العامة، فهي توجد بذاتها في جميع أنواع العقود الإدارية، حتى ولو أغفل النص ذكرها.

¹ - السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 105 .

² - محمد الصغير بعلي، 2005، المرجع السابق، ص 79.

هذا ولقد إستقر كل من الفقه والقضاء الإداريين على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد ليست سلطة مطلقة تستخدمها كيفما تشاء دون قيّد أو شرط- سواءً كان هذا الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، أو نتيجة لخطأ جسيم من قبل المتعاقد مع الإدارة- بل تخضع لضوابط في ممارستها لها قبل إقدامها على عملية إنهاء عقودها (المطلب الأول) كما أنه وبالرغم من إعتراف غالبية الفقهاء لجهة الإدارة بممارستها على مختلف أنواع العقود الإدارية التي تبرمها إلا أنها تختلف من عقد لآخر؛ كما سيتم التعرض له (المطلب الثاني)

المطلب الأول

شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري

تخضع الإدارة لدى ممارستها لسلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري لمجموعة من الشروط التي تضبط وتضمن عقلنة إستعمالها، سواءا كان هذا الإنهاء صادرا لدواعي المصلحة العامة (الفرع الأول) أو نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

إذا كانت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي تتعلق بالصالح العام تمثل إمتيازاً كبيراً للإدارة؛ وفي الوقت نفسه ضمانة أصلية معترف بها لها - أي أنها توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو ملحقاته - إلا أنها ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها بعض القيود، وذلك عبر وضع نظام قانوني يحكمها حتى لا تسيء الإدارة استخدامها، ويمكن حصر هذه الشروط في شرطين أساسيين هما: أن يكون إنهاء العقد الإداري صادرا من أجل تحقيق المصلحة العامة (أولاً) ، وأن يكون قرار الإنهاء قراراً مشروعاً (ثانياً).

أولاً: أن يكون إنهاء العقد الإداري صادرا من أجل تحقيق المصلحة العامة

إن السلطة الممنوحة لجهة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ليست بالسلطة المطلقة التي يمكن للإدارة أن تلجأ إلى ممارستها كيفما تشاء وحيثما تشاء، وإنما

يتوجب أن تكون هذه السلطة قائمة على أساس معين، وهو ضرورة تمكين جهة الإدارة من إنهاء عقودها الإدارية إذا لم تعد هذه العقود تتفق ومتطلبات المصلحة العامة، و سيرورة المرفق العام، ودون حاجة لإثبات خطأ من جانب المتعاقد معها، ذلك أن استهداف المصلحة العامة يعتبر من الشروط الموضوعية لمشروعية الأعمال التي تقوم بها الإدارة.

وعلى عكس نشاط الأفراد الذين يستطيعون العمل في حدود الشرعية والأخلاق ومن أجل غايات مختلفة تشمل مصالحهم الشخصية، فإن الإدارة لا تعمل إلا على ضوء تحقيق متطلبات المصلحة العامة وحدها، وإلا شاب قراراتها عيب الإنحراف بالسلطة¹.

ولقد أجمع كل من الفقه والقضاء الإداريين² في كل من فرنسا ومصر على ضرورة توفر شرط المصلحة العامة³، من أجل أن تقوم الإدارة بإستعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وإلا كان قرارها الصادر بهذا الشأن تعسفيا يفتقد لمبررات توجبه⁴.

حيث أكد القضاء الإداري الفرنسي على ضرورة توافر هذا الشرط في حكمه الصادر بتاريخ 23 يناير 1956 بخصوص قضية **chambouvet**، والذي قرر فيه بأنه: «... في هذه الظروف الخاصة فإن الفسخ الذي تقرر كأن مستندا إلى باعث من بواعث الصالح العام العام وليس تعسفيا»⁵.

¹ - محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 246.

² - C.E 11/07/1913, Compagnie des chemins de fer du sud de la France, Rec, p.895.

C.E 26/02/1975, Société du port de pêche de l'orient, Rec, p.155.

C.E 29/04/1994, Colombani, R.F.D.A, 1994.p.479.

C.E. 04/05/2011, CCL de Nimes, req n 334280, lebon.p205.

- وفي الفقه : - محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 245 ومابعدها؛ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 386.

³ - ويقصد بالمصلحة العامة في هذا المجال؛ مصلحة المرفق العام والتجاوب مع حاجاته ومقوماته وما يصلح من شأنه، وليس مجرد الحصول على مقابل مالي يفوق المبلغ الذي قام المتعاقد بدفعه إلى جهة الإدارة عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد إنهاء العقد الأول بإرادتها المنفردة، لمزيد من التفاصيل يراجع في ذلك : ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 209.

⁴ - محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 245.

⁵ - C.E 18 Dec 1936, Touche – Viuex, P.1428.

C.E 23 Janv 1953 chambouvet, P.50.

وهو نفس النهج الذي سار عليه القضاء الإداري المصري في حكم صادر عنه بتاريخ **1970/12/06** جاء فيه: « ولكي يكون قرار الإنهاء محققاً للمصلحة العامة يجب أن يكون بعيداً عن الأسباب الشخصية كالعداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة لأسباب دينية أو سياسية أو لإعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الدولة دون يكون هناك مصلحة عامة كإلغاء عقود إيجار المحل المؤجر رغبته في زيادة بدلات الإيجار أو إسترداد الإلتزام لغرض مالي»¹.

كما قضت المحكمة العليا الليبية بأنه: «... يجوز للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات»². ويرى الأستاذ **دي لوبادير** أن: «الإدارة لا تستطيع إنهاء العقد إلا إذا كان إستمراره غير متلائم مع مقتضيات الصالح العام ومع إحتياجات المرافق العامة»³.

وإذا كان تحقق شرط المصلحة العامة يعتبر أحد الشروط الرئيسية التي يجب توافرها في قرار الإدارة القاضي بإنهاء العقد الإداري دون خطأ صادر من المتعاقد، فإنه لا بد من خضوع هذا الشرط الراجع لتقدير الإدارة إلى رقابة القضاء الإداري الذي يفصل في مدى توفر هذا الشرط من عدمه⁴.

وحرّى بنا الإشارة، إلى أن الحالات التي يمكن أن تتحقق فيها المصلحة العامة شديدة التنوع ولا يمكن حصرها بدقة، ومع ذلك فقد قام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بتحديد بعض من هذه الحالات؛ والتي جاء إعترافه فيها بتوافر شروط المصلحة العامة

- مشار إليهما لدى:

- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 267.

¹- نقلا عن: عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 49.

²- قرار صادر عن المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1975/03/06، موسوعة المبادئ القانونية، يوليو 1979، مشار إليه لدى: مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 128.

³- نقلا عن: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 268.

⁴- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 386.

كمبرر تستند إليه جهة الإدارة لدى إعمالها لسلطة إنهاء العقد الإداري، كما قام برفض الإعتراف بتوافر هذه المصلحة في بعض الحالات الأخرى.

ومن بين الحالات التي أقر بها القضاء الإداري بتوافر شرط المصلحة العامة، أو صالح المرفق العام، نذكر على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي:

- حالة فسخ العقد بسبب إنقضاء إحتياجات المرفق التي أبرم العقد بغرض تحقيقها، مثل : فسخ عقد إصلاح وتحسين توصيل المياه في إحدى المدن لإنعدام الفائدة من هذا العقد بعد إنضمام المدينة إلى أحد المشاريع الكبرى المختصة في توصيل المياه، ما يجعل سيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة¹.

- حالة إنهاء عقد إمتياز المرفق العام عن طريق إسترداد الإلتزام قبل إنتهاء المدة القانونية المحددة في العقد، بقصد تحويل نظام إدارة المرفق العام إلى نظام الإدارة المباشرة أو إلى شركة ذات إقتصاد مختلط بدلا من نظام الإلتزام الذي كان معمولاً به في السابق، أو رغبة من جهة الإدارة مانحة الإلتزام في أن تعهد بتسيير المرفق العام إلى مؤسسة محلية دون أن تقصد من وراء هذه العملية جني أرباح مالية، أو لإتباع الملتزم في إدارة المرفق طريقة مختلفة عن الطريقة التي تريدها السلطة مانحة الإلتزام².

- فسخ عقود التوريد بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية، والمتعلقة بالمجهود الحربي لتوفرها على شرط المصلحة العامة، ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بهذا المسلك في الاعتراف للإدارة أيضا بسلطة إنهاء عقودها التي أبرمت أثناء الحرب العالمية الثانية لتوفر شروط المصلحة العامة المتمثلة في عدم فائدة هذه العقود، وزوال الإحتياج إليها بعد توقف القتال في أعقاب الحرب وزوال الحاجة إلى هذه العقود³.

¹- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 269.

²- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 260.

³- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 182 .

كما جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر بخصوص التعاقد على بويه لطلاء أحذية الجيش بعد تغيير شكل ونوع الأحذية والجلد المستعمل في صناعتها والذي أصبح لا يتماشى مع نظام الأحذية القديم، ما يلي : « إذا ثبت أن البويه المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود فلإدارة أن تتحلل من تعاقدتها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد وتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر...»¹.

كما أقرت ذات المحكمة في حكم آخر لها صادر بتاريخ 1968/03/03 بسلطة الإدارة في إنهاء عقد توريد بعدما تحقق لها أن الأصناف الموردة التي تم التعاقد عليها لا تفي بالغرض المطلوب من أجله².

وفي ذات السياق، قضى مجلس الشورى اللبناني أنه : « يتبين من ملف المراجعة أن الإدارة وقبل تنفيذ المستدعي لموجباته عمدت إلى إنهائه -إنهاء العقد- لأنها قدرت مدى الفائدة المرجوة من استمرار تنفيذه وبالتالي قدرت أن الصالح العام يتطلب هذا الإنهاء...»³.

وانطلاقاً من جميع الأحكام القضائية التي تمت صياغتها ضمن هذا الصدد، يتضح لنا بأنه في حالة ما إذا صدر قرار الفسخ من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة دون أن يقتضي هذا الفسخ أو الإنهاء الصالح العام أو استلزمته احتياجات المرفق العام المتصل بالعقد، فإن قرار الفسخ يكون بلا مبرر، كونه لا يقوم على سبب مشروع، ما يعطي الحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغائه⁴.

¹ - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1957/04/20 ، س 2، رقم 97، ص 927، أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 269.

² - لمزيد من التفاصيل حول وقائع هذه القضية أنظر: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 249.

³ - مراجعة حكم مجلس شوري الدولة اللبناني، قرار رقم 418 الصادر بتاريخ 2004/02/24، م.ق.أ، 2008 عدد 20، باستفاضة أنظر : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 389 .

⁴ - إلا أن رقابة القضاء في هذه الحالة لا يمكن إعمالها إلا إذا كان قرار الإدارة القاضي بإنهاء العقد - مسببا تسبباً غير سليم - فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارات الإنهاء ومن ثمة فإذا أصدر قرار الإنهاء دون أن تسببه الإدارة فإن

* الحالات التي رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي والمصري الاعتراف بتوافر شرط المصلحة الذي يبرر الإدارة على أساسه إنهاء العقد:

- نذكر من بين أهم هذه الحالات؛ مايلي :

✓ إنهاء العقد لأسباب شخصية أو تحكيمية :

نفى مجلس الدولة الفرنسي أحقية جهة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لأسباب شخصية بحتة لا تتعلق بالمصلحة العامة¹، كأن يكون أحد الأعضاء المؤثرين في الإدارة المتعاقدة أو ذوي النفوذ فيها مكنوا عداوة شخصية للمتعاقد، فيقوم بتحريض زملائه في الإدارة بإنهاء العقد، وعلى ذلك فإن قرار الإنهاء في هذا الموطن غير مشروع، لكونه لم يبنى على تحقيق المصلحة العامة، وإنما تم اتخاذه بدافع الانتقام، والذي يعد من العيوب البارزة في الانحراف في استعمال السلطة².

✓ الإنهاء لأسباب عقائدية :

من ضمن أهم الحالات كذلك والتي أبدى فيها مجلس الدولة الفرنسي رفضه الاعتراف بتوافر شرط المصلحة الذي يبرر قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد معها، الحالات التي يكون فيها قرار الإلغاء متعلقاً بأسباب تتعلق بحرية العقيدة الدينية، كونه في هذه الحالة يكون قرارها مشوباً بعيب تجاوز السلطة، لصدوره من أجل أسباب أجنبية لا صلة لها بالمصلحة العامة، ومخالفاً لحرية العقائد الدينية³.

=القاضي الإداري ليس باستطاعته فعل شيء أمام السلطة التقديرية للإدارية، إذ لا يستطيع حينئذ مناقشة الأسباب التي دفعت الإدارة إلى فسخ العقد ولا بواعثه. لمزيد من التفاصيل : أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 271 .

¹- C.E 24 Nov 1982 Commune de Bouxwiller.

مشار إليه لدى:

- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 391 .

²- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص 136 .

³- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 185 .

✓ الإنهاء لأسباب ذات طابع سياسي أو للنشاط النقابي للمتعاقد:

قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة القاضية بفصل العمال المتعاقدين، لإستنادها على أسباب ذات طابع سياسي وعلى النشاط النقابي للمتعاقد¹.

✓ إنهاء العقد لأسباب مالية :

يرى بعض من الفقهاء الفرنسيين وحتى المصريين أنه يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري لأسباب مالية متعلقة بالإدارة مثل : تحقيق مصلحة مالية للإدارة²، ومع ذلك فإن الفقه الراجح يرى العكس، وكذلك نفس الحال بالنسبة للقضاء، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد القضايا المطروحة عليه بعدم مشروعية إستناد سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري على إعتبارات المصلحة المالية للإدارة³، وهو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور ثروت بدوي بقوله أن : « إنهاء العقد الإداري ليس له محل بالتأكيد إلا من أجل تحقيق الصالح العام، وليس من أجل تحقيق مصلحة مالية للإدارة »⁴.

ويترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، إنحلال العقد بكافة آثاره، وعودة المتعاقدين إلى الوضعية التي كانا عليها سابقا قبل العقد، ليعيد كل

¹ - C.E. 26 oct 1960, Sieur Rioux, Rec, P.558.

- مشار إليه لدى : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 392 .

² - ولقد ذهب الفقيه الفرنسي جيز إلى القول بخصوص هذا الشأن أنه : « من حق الإدارة ان تقوم بإنهاء الأشغال موضوع عقد الأشغال العامة في أي وقت سواء أثناء تنفيذها أو حتى قبل التنفيذ وهو حق مطلق تستطيع الإدارة أن تنتازل عن تنفيذ الأشغال سواء لأنها تقدر أن العمل متعذر تحقيقه أو لأسباب مالية، فالإدارة ليست في حاجة إلى إعطاء أسباب في هذا الشأن فحقها يعتبر حقا مطلقا»، نقلا عن : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 185 .

³ - C.E.26 Fev 1975, Sté du port de pêche de lorient, Rec, P.155.

- مشار إليه لدى : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 393 .

⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 112 .

طرف للأخر ما استلمه منه، فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض في هذه الحالة عما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب¹.

ومما هو مستفاد مما ذكرناه آنفاً، أنه لا يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري لأي سبب كان، إلا إذا كان هذا الإنهاء متعلقاً بالمصلحة العامة، كون هذه الأخيرة هي الباعث الوحيد والدافع الرئيسي الذي يمكن للإدارة الإستناد إليه لإنهاء عقودها الإدارية، فإذا ما كان سبب إنهاء العقد لا يمت بصلة مع أسباب خارجة عن المصلحة العامة، فإنه في هذه الحالة نكون أمام ما يعرف بعيب الإنحراف بالسلطة .

ثانياً: يجب أن يكون قرار الإنهاء قراراً مشروعاً

والمُرَاد بذلك أنه يتوجب على الإدارة أن لا يشوب قراراتها القاضية بإنهاء العقد الإداري عيبٌ من عيوب القرار الإداري بصفة عامة كعيب الإنحراف بالسلطة، وتوفره على جميع الشروط الضرورية واللازمة لصحة الأعمال المبنية على سلطة تقديرية والمتمثلة في (الإختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية) مما يتعين على جهة الإدارة أثناء قيامها بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو اللوائح، وإلا كان قرار الفسخ غير مشروع²، وبصفة خاصة أن يكون القرار القاضي بإنهاء العقد صادراً عن السلطة المختصة بذلك، وأن يستهدف صالح المرفق العام³.

غير أنه وإن كان إنهاء العقد يقتضي أن يصدر عن نفس الجهة الإدارية المتعاقدة والمخولة بذلك قانوناً، إلا أن المشرع بإمكانه وبصفة إستثنائية أن ينهي العقد لدواعي المصلحة العامة، وإذا كان بإستطاعة المشرع إنهاء العقود محل التنفيذ، فإنه من البديهي أن الحكومة تملك نفس السلطات بالنسبة لعقود الإلتزام بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية، وتنازل الحكومة عن القيام بإنهاء العقد وطلبها من المشرع القيام بذلك، لا يمنعها

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 76.

² - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 271 .

³ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 242 .

بطبيعة الحال من أن تباشر إنهاء العقد بنفسها مستوفية بعض الشروط التي من المحتم عليها مراعاتها أثناء إصدارها لقرار الإنهاء¹.

ولقد أقر م. د. ف بخصوص هذا الشأن في حكمة الشهير الصادر في 1988/04/22 للحكومة بسلطة إنهاء عقد التزام المرفق العام تجاوبا لدواعي المصلحة العامة، والذي جاء فيه: «... استنادا على هذه الأسباب: " فإن الحكومة قد قامت في هذه الحالة باستخدام قانوني لسلطتها في إنهاء عقد الالتزام من أجل أسباب المصلحة العامة »².

أما من حيث تسبب قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة³، فالأصل لدى م. د. ف أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها ومنها قرار إنهاء العقد الإداري، طالما أن هذا الإنهاء قد جاء لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من جانب المتعاقد، بخلاف قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري في حالة الخطأ الجسيم المرتكب من قبل المتعاقد.

إلا أنه عدل عن ذلك وصار يحتم على الإدارة تسبب قراراتها والتي من ضمنها بالطبع قرار إنهاء العقد الإداري.

كما سار على النهج ذاته القضاء الإداري المصري والذي استلزم على الإدارة ضرورة وجوب توافر هذا الشرط في قراراتها القاضية بإنهاء العقد الإداري، حيث أقرت محكمة القضاء الإداري أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد وإن كانت سلطة تقديرية تصبو إلى أعمالها متى رأت أن الصالح العام يتطلب منها ذلك، إلا أن مناطها هو عدم الانحراف بالسلطة⁴.

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 396 .

² - نقلا عن : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، المرجع السابق ، ص 188.

³ - ويقصد بالتسبب في هذه الحالة، وكما يعرفه البعض أنه: « إفصاح الإدارة عن الأسباب القانونية والواقعية التي تبرر إصدارها للقرار، فالتسبب هو التعبير الشكلي عن أسباب القرار ومن ثم فإنه ينتمي للمشروعية الخارجية للقرار»، لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى بداية القرن 21، د . د . ن ، 2002، ص 153 وما بعدها .

⁴ - ولقد جاء في قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 25 يونيو 1961 السنة 15 رقم 199 ص 269 بصريح العبارة النص التالي : « أن الإدارة تتمتع بالحق في إنهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية متى قدرت أن الصالح العام يقتضي إنهاء العقد، حتى في حالة عدم النص على ذلك في صلب العقد، و حتى ولو لم يقع الخطأ من جانب

ومما يجدر بنا الإشارة إليه، أن سلطة القاضي في هذه الحالة محددة وفق نطاق ضيق، وهو التحقق من مدى جدية السبب الذي قامت على أساسه الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، ولا تتعداه إلى فحص ملائمة الإنهاء للسبب الذي قام عليه، وولاية القضاء في قرارات الإنهاء ولاية قضاء كاملة¹، ذلك أنه في حال عدم ثبوت صحة الأسباب وجديتها فإن القرار الإداري في هذه الحالة يكون مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وبالتالي عدم مشروعيته ما يؤدي إلى إبطال هذا القرار والحكم بالتعويض للمتعاقد المتضرر².

وهو ما استقر عليه قضاء م. د. ف والذي يملك إمكانية إلغاء قرار الإنهاء، إذا ما تبين له أنه لم يؤسس على سبب مشروع، بالإضافة إلى الحكم بالتعويض المناسب للمتعاقد عن كل ما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه³، بإستثناء القرارات الصادرة بخصوص إنهاء عقد الأشغال العامة، والتي لا يجوز للقاضي إلغاؤها، بل الأمر بالتعويض عنها فقط، وذلك لإعتبارات منها أن الإدارة هي سيدة العمل ما يخول لها الكلمة العليا في شأنه⁴، إلا أن ذلك قد لقي إنتقادات واسعة من بعض الفقهاء معتبرين تفسيره مجاوزاً لحدود سلطة الإدارة في إنهاء عقود الأشغال العامة في كل وقت، ما يعود بالضرر على الإدارة نفسها⁵.

=المستغل، فإن سلطتها التقديرية في ذلك مناطها عدم الانحراف بالسلطة»، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 272، ولمزيد من التفاصيل حول عيب الإنحراف بالسلطة يراجع: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 28.

¹ - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 53.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 401 .

³ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 131.

⁴ - حكم م. د. ف الصادر في 1944/02/25 في قضية بروك والذي جاء فيه: « إن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة ليست له سلطة إلغاء الإجراءات الصادرة من صاحب العمل في مواجهة المفاوض وإنما يختص فقط بفحص ما إذا كانت هذه الإجراءات قد صدرت في أوضاع تبرر حق المفاوض في التعويض»، مشار إليه لدى: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 273.

⁵ - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 274 .

الفرع الثاني : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري خطأ المتعاقد الجسيم " الفسخ الجزائي "

يُشترط على جهة الإدارة أثناء ممارستها لسلطة إنهاء العقد الإداري إنفراديا في حالة صدور خطأ من جانب المتعاقد معها، وعدم إيفائه بالتزاماته التعاقدية، مجموعة من الشروط التي يتعين عليها الوقوف عندها أثناء ممارستها لهذه السلطة، وذلك ضمنا لعدم تعسفها في إستعمالها، كونها ليست بالسلطة المطلقة التي تستطيع الإدارة ممارستها كيفما تشاء، ومع من تشاء، إذ لا بد من وقوع خطأ جسيم صادر من قبل المتعاقد حتى يتسنى لها إنهاء العقد (أولا) كما يتعين عليها إعداره قبل إنهاءها للعقد محل التنفيذ (ثانيا) .

أولا : مخالفة المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية "الخطأ الجسيم"

ليس كل مخالفة أو خطأ قد يقع فيه المتعاقد أثناء تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية يعد من قبيل الخطأ الجسيم الذي يستدعي الإدارة إلى إستعمال سلطتها في الإنهاء الجزائي للعقد الإداري، وإنما يتوجب على جهة الإدارة وقبل ممارستها لهذه السلطة أن تتأكد من وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها يكون على قدر كبير من الخطورة والجسامة التي قد تعرض المرفق العام للخطر، حتى يكون مبررا تستند إليه أثناء ممارستها لهذه السلطة .

ويُعرف الخطأ الجسيم على أنه : « عبارة عن إخلال من جانب المتعاقد بالالتزام تعاقدية أو قانونية، مما يمكن أن يؤدي إلى فسخ العقد، سواء عن طريق الإدارة بقرار صادر عنها بإرادتها المنفردة تحت رقابة القضاء أم عن طريق القضاء وفق القواعد القانونية المنصوص على تلك الحالات بها»¹.

ما يمكننا القول عنه بأنه من الأفعال المبررة لممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالة خطأ المتعاقد معها، أو ما يعرف بالفسخ الجزائي، تلك الأفعال التي تكون على قدر كبير من الجسامة يفوق تلك الأخطاء المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة، والتي

¹ - يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 199 .

تجعل إستمرار الرابطة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة والمتعاقد معها في هذه الحالة غير ممكن، وشبهه مستحيل .

ومن بين الأخطاء التي تدخل ضمن مفهوم الخطأ الجسيم في كل من فرنسا ومصر والجزائر، والتي يمكن أن تصدق على جميع أنواع العقود الإدارية على سبيل المثال لا الحصر¹، ما يلي:

- عدم مباشرة المقاول للأشغال المتفق على إنجازها ضمن المواعيد والآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة إليه عن كل من مهندس الدائرة والمهندس المعماري²، أو عدم قيام المورد بالتوريد في المواعيد المحددة في العقد.

- تنازل المتعاقد سواء كان مقاول عقد أشغال عامة أو ملتزما عن عقده إلى الغير بدون أخذ ترخيص مسبق من جهة الإدارة صاحبة العمل³.

- رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية والتغييرات المفروضة عليه من قبل المهندس المختص، وعدم الإلتزام والتقييد بها، وهو ما إعتبره مجلس الدولة الفرنسي خطأ جسيما يبرر توقيع الإدارة للفسخ الجزائي للعقد⁴.

¹ - على أن نتطرق إليها بالتفصيل لاحقا من هذه الدراسة في كل نوع من العقود على حدى .

² - نصت المادة 01/12 من: د . ش . إ . ع . ج على أنه : « يجب على المقاول مباشرة الاشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري».

³ - وهو تصرف يقوم به المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن جزء محدد من التزاماته لشخص آخر ويسميه المشرع الجزائري بـ " المقاول الفرعي " أو " المتعامل الثانوي " لقاء مقابل مالي، للمزيد من التفاصيل حول الموضوع : بن شعبان علي، عقد الأشغال العامة بين الإلتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، العدد 41 ، الجزائر، جوان 2014 ، ص 449 .

⁴ - C.E 18 Oct, 1935, pasquelin, Rec, P.952.

- مشار إليه لدى: محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 271.

- يقابلها : نص المادة 12 فقرة 04 و 05 من: د . ش . إ . ع . ج، والذي جاء فيه أنه: « فإنه (أي المقاول) ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل...».

- قيام المقاول في عقد الأشغال العامة بتنفيذ الأعمال المنوطة به على وجه غير مرض، أو قيام المورد بتسليم أصناف رديئة جدا ومخالفة لما تم الاتفاق عليها في عقد التوريد¹ .

- إستعمال المتعاقد للغش والتدليس والتلاعب في تعامله مع الإدارة، أو ثبوت شروعه بنفسه أو بواسطة غيره في رشوة أحد موظفي الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ معه، إضراراً بجهة الإدارة² .

- التعاقد من الباطن دون أخذ موافقة مسبقة من جهة الإدارة، والتي من المفروض ألا تحجب بدون سبب معقول، وحتى وإن تم أخذ هذه الموافقة من جهة الإدارة إلا أن ذلك لا يعني المقاول من أية مسؤولية أو إلتزام بموجب المقابلة، ليبقى بذلك المتعاقد مسؤولاً عن أي خطأ أو تقصير ناجم عن المتعاقد الفرعي أو وكلائه أو مستخدميه أو عماله³ .

- صدور حكم جنائي بالإدانة على مدير الشركة المتعاقدة بالإضافة إلى تخلف المتعاقد عن دفع مبالغ التأمين النهائي خلال المواعيد المقررة لذلك⁴ .

- ترك المتعاقد مواقع العمل، وإيقاف تنفيذ الأشغال محل العقد .

- حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه، وكذا تعرضه للتسوية القضائية⁵ .

¹- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 331 .

²- المادة 11/35 من : د . ش . إ . ع . ج ، يقابلها نص المادة 24 / أ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

³- C.E 18 Juin 1975, Malamaire, R.D.P.1975, P.1737.

- مشار إليه لدى : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 174 .
- يقابلها نص المادة 11 / 01 من د . ش . إ . ع . ج ، والتي تنص على أنه : « لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أوكل من مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة " ، وكذا نص المادة 143 / 02 من المرسوم رقم 247/15 والتي تنص على أنه : " ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوباً، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدماً وكتابياً » .

⁴- حذيفة عادل عبد الكريم، المرجع السابق، ص 55 .

⁵- المادة 37 من : د . ش . إ . ع . ج .

- عجز المتعاقد عن تكملة التأمين النهائي خلال مواعيده المحددة في العقد.

- عدم احترام المتعاقد للشروط القانونية المدرجة بالعقد والمتعلقة بالأشخاص العاملين معه ، مثل : الضرائب و المرتبات وأيام العطل والراحة الأسبوعية.

ولا بأس أن نضيف فضلا عما قلناه، عن الحالات التي يمكن أن تدخل ضمن مفهوم الخطأ الجسيم، تعليقا تقدم به أحد الفقهاء، يرى فيه أنه من بين الحالات التي يمكن أن يوصف بها الخطأ بالجسامة سوء نية المتعاقد، أو إهمال يبلغ من الجسامة حدًا يجعل له أهمية خاصة، كما أن تقدير مدى جسامة الخطأ يعود إلى تقدير جهة الإدارة له وحدها، لتقرر ما إذا كان هذا الخطأ موجبا للفسخ أم لا وذلك تحت رقابة القضاء¹.

هذا وتجدر بنا الإشارة هنا، إلى أنه عندما يتم تحديد الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري والموجبة للفسخ الجزائي، فإن ذلك لا يفهم عنه أن الأخطاء الجسيمة الأخرى خلاف المنصوص عليها في العقد، لن يتم معاقبة المتعاقد عليها بتسليط عقوبة الإنهاء الجزائي عليه، بل يكفي أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما يدفع الإدارة إلى فسخ عقده جزائيا، حتى ولو كان الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد ليس من بين الأخطاء المشار إليها في العقد².

ثانيا : إعدار المتعاقد بالإنهاء

نظرا لجسامة جزاء الفسخ بإعتباره أقسى وأعنف العقوبات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها وأشدّها أثرا ووقعا عليه، لما يمكن أن يترتب عنه من إنهاء للرابطة التعاقدية، فإن العديد من التشريعات المقارنة تفرض على جهة الإدارة المتعاقدة قبل إقدامها على إنهاء العقد جزائيا، توجيه إخطارات للمتعاقد معها، بخصوص المخالفات التي

¹- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص 358 .

²- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 143 .

وقع فيها، وإمهاله مدة زمنية معينة لإصلاح ما تم الوقوع فيه من أخطاء¹، إلا في حالة إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء².

ولقد استقرت أحكام م. د. ف بخصوص سلطة الإنهاء الجزائي للعقود الإدارية، على أن يكون إستخدام ومباشرة الإدارة لهذه السلطة مسبقا بإعذار المتعاقد من جانبها³، إلا أن ذلك قد تقع عليه جملة من الإستثناءات يترتب على وجود إحداها إعفاء الإدارة من إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء الفسخ عليه، نورد ذكرها في الأتي:

- تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقد قدرته نهائيا على إتمام التنفيذ.

- النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار مسبقا .

- قيام المتعاقد بأعمال غش أثناء التنفيذ.

- ثبوت عدم جدوى وفائدة الإعذار.

- تنازل المتعاقد عن العقد للغير.

- حالات الضرورة والإستعجال⁴.

وبالعودة للقضاء الإداري الجزائري، فنجد ثمة بعض الأحكام القضائية التي تشير إلى ضرورة توجيه الإدارة إنذارات للمتعاقد قبل فسخ العقد، ومنها ما جاء عن المحكمة العليا بالجزائر في قرار لها صادر بتاريخ 1990/07/28 في قضية (توهامي الطاهر) ضد (والي ولاية عنابة) أن الإدارة لم توجه إنذارا للمتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، ولا سيما أن المادة (06) وكذا المادة (35) من العقد تستوجبان على جهة الإدارة توجيه إنذار مسبق قبل توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد، كما أن نص المادة (102) من المرسوم رقم

¹- أنظر الملحق رقم (6) ص 342.

²- أو كان الفسخ مواليا لإجراء من إجراءات الضغط المؤقتة، وكان هذا الإجراء قد سبقه إعذار، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 364 .

³- حذيفة عادل عبد الكريم، المرجع السابق، ص 58 .

⁴- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 186.

145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، يقضي صراحة بضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه¹.

أما تشريعياً فقد نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: «إذا لم ينفذ المتعاقد في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك بفسخ جزئي للصفقة».

وبالعودة إلى القانون المصري، فقد نصت المادة 84 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، والتي سبق وأن أشرنا إليها، نصت على أنه: «... إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ... كان للسلطة المختصة الحق في إتخاذ أحد الإجراءات التالية:

أ- فسخ العقد

ب- سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها.

غير أن ما ينبغي منا التنويه إليه، هو أن أحكام القضاء الإداري لا توجب مثل هذا الإجراء على الإدارة².

المطلب الثاني

صور وتطبيقات سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري

بعد أن بينا سابقاً المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد والأساس القانوني الذي تقوم عليه، وكذا الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للإدارة ممارستها، فإنه وإستكمالاً

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 350 .

² - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 364 .

لدراستنا هذه؛ سنتطرق في هذه المطلب إلى تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية والتي تتجسد فيها سلطة الإنهاء بشقيها بشكل واضح، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

سلطة الإدارة في إنهاء عقد الإمتياز

ينتهي عقد الإمتياز نهاية طبيعية بانتهاء المدة القانونية المحددة له - لأنه من العقود الزمنية التي يتم ابرامها لمدة زمنية معلومة¹ أو بإنهاء جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد تنفيذًا كاملاً، ويكون ذلك بتسليم الملتزم كل ما يخص وسائل تسيير المرفق من آلات وأدوات بحالة جيدة إلى جهة الإدارة مانحة الإمتياز، طبقاً للعمر الافتراضي لهذه الآلات².

إلا أنه واستثناءً على هذه القاعدة، فإنه قد ينتهي عقد إمتياز المرافق العامة نهايةً غير طبيعية قبل انتهاء المدة القانونية لذلك، أو حتى قبل تنفيذ جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ويكون ذلك في حالتين : إما لارتكاب الملتزم خطأً جسيماً يدفع بالإدارة إلى إنهاء العقد أو ما يعرف بالإسقاط (أولاً) أو لدواعي تقتضيها المصلحة العامة الإسترداد (ثانياً).

أولاً : الإسقاط كصورة من صور الإنهاء الانفرادي لخطأ المتعاقد الجسيم في عقد الإمتياز

تستطيع الجهة مانحة الإمتياز بما لها من سلطة إنهاء عقد إمتياز المرفق العام بإرادتها المنفردة حتى قبل نهاية مدته، وتعرف هذه الخطوة بإسقاط الإمتياز³ أو سحب

¹ - والتي غالباً ما تكون في حدود 33 سنة مثلما نص عليه كل من قانون البلدية والولاية بالجزائر (باستثناء بعض الاتفاقيات والتي جاء فيها أنه يمكن تمديد هذه الفترة أي (33) إلى مرتين).

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 30 .

³ - غير أن هناك من الفقهاء من يستعمل مصطلح الإقصاء للدلالة على الإسقاط ويصفها بأنها عقوبة فاسخة تضع حداً نهائياً لعقد الإمتياز، وهي تشبه الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقد الأشغال العامة إلى حد كبير، لكحل مخلوف، المرجع السابق، ص 173.

الإمتياز (**déchéance du concessionnaire**)¹، ويعتبر جزء الإسقاط من أقصى العقوبات الي يمكن أن تتخذها الإدارة في حق الملتزم، وذلك بإقصائه نهائياً من إدارة المرفق العام محل التعاقد²، على أن تكون هذه الخطوة في سبيل تحقيق الصالح العام .

ويعرف الفقه الإنهاء الجزائي لعقد الإمتياز (**الإسقاط**) ومن ضمنهم الفقيه جيز JEZE بأنه: « فسخ عقد التزام المرافق العامة على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه »³.

كما يعرفه بلندو **Blondeau** بأنه: « فسخ عقد الالتزام من جانب الإدارة من تلقاء نفسها، ويؤدي إلى إعادة طرح الالتزام في مناقصة عامة على مسؤولية الملتزم، ويؤدي كذلك إلى مصادرة التأمين »⁴.

في حين عرفته المحكمة الإدارية العليا ب: ج. م. ع بأنه: « غل يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل إنتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الإلتزام في هذه الحالة بالإستيلاء على الادوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً »⁵ .

وعلى ضوء ماسبق من تعاريف، يمكننا تعريف الإسقاط على أنه: طريقة من طرق إنهاء عقد الإلتزام بصورة مبسترة، وجزء توقعه السلطة مانحة الإلتزام على الملتزم نتيجة إخلاله إخلالاً جسيماً في تنفيذ التزاماته العقدية.

وغالباً، ما تنص بنود العقد ودفاتر الشروط ضمن طيات صفحاتها على جزاء الإسقاط، كما أنه من المسلم به أن حق الإدارة في فسخ العقد حق أصيل لجهة الإدارة لا يمكنها التنازل عنه، حتى ولو لم ينص عليه في العقد⁶، إستناداً لسلطتها في تنظيم وتسيير

¹ - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 106.

² - أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 152.

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 202.

⁴ - يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 58.

⁵ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص 250.

⁶ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 366 .

المرافق العامة، إلا أنه من المفضل وهو المعتاد أن يتم إدراج نص في العقد ينظم هذه الحالة نظراً لأهمية موضوع العقد الذي هو تنظيم مرفق عام¹.

ومن الجدير بالذكر، الإشارة إلى أن هناك بعضاً من الفقهاء من يرى تباعداً بين إسقاط الإلتزام وبين الفسخ في العقود الإدارية الأخرى، من ناحية الجهة المختصة بتوقيعه، ذلك أن الفسخ في العقود الإدارية يكون بقرار صادر عن جهة الإدارة وإرادتها المنفردة أو ما يعرف بإمتياز التنفيذ المباشر، في حين يتم توقيع جزاء الإسقاط بعد توجيه طلب إلى قاضي العقد، إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها في العقد بتوقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة مباشرة دون اللجوء إلى القضاء².

وبالنظر إلى حجم التكاليف والخسائر التي قد بتكبدها الملتزم أثناء توقيع الإدارة لهذا النوع من الجزاءات والتي تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، والإضطراب الذي قد يترتب على إسقاط الإلتزام، فإنه تم إحاطته بمجموعة من الشروط التي يتوجب على الجهة مانحة الإلتزام مراعاتها قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه، هي كالتالي:

1- أن يرتكب الملتزم خطأ جسيماً

يتعين على الإدارة وقبل توقيعها لجزاء الإسقاط التحقق من مدى جسامه الخطأ الذي ارتكبه الملتزم أثناء تسييره للمرفق، والتي تعرض هذا الأخير لمخاطر جمة .

ومن تطبيقات الأخطاء التي تبرر الإنهاء الجزائي لعقد الإمتياز الإداري (الإسقاط) في نظر مجلس الدولة الفرنسي³، والتي سنورد ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي :

¹- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 218.

²- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 366 .

³- يجري م. د. ف على نعت الخطأ المبرر لجزاء الإسقاط بنوعيات متنوعة وعديدة ومن ذلك قوله: « إن الخطأ على درجة خاصة من الجسامه (**une particulière gravité**) » أو أن الملتزم « ... قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الإلتزام ».

« Méconnaissance systématique de ses obligations par le concessionnaire dans l'organisation technique et financière du service concédé ».

- وقف إستغلال المرفق بما يؤدي إلى عدم إنتظام المرفق في تأدية خدماته للجمهور وخاصة إذا كان من المرافق الحيوية كالمياه والغاز والكهرباء .
- التنازل عن إدارة وتسيير المرفق المدار عن طريق الإلتزام دون أخذ موافقة من جهة الإدارة .
- عدم تسديد المستحقات المالية التي تقع على عاتق الملتزم قبل الإدارة.
- مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الإلتزام .
- عدم احترام الملتزم للأوامر المصلحية .
- إفلاس الملتزم.

وفي مصر نص القانون رقم 169 لسنة 1954 المتعلق بعملية النقل العام للركاب بالسيارات المعدل والمتمم بالقانون رقم 24 لسنة 1956 على المخالفات التي تبرر إسقاط الإلتزام¹، والتي نذكر من بينها :

- تأخر الملتزم في أداء الإتاوة الشهرية أو أي جزء منها عن الموعد المقرر لاستحقاقها
- امتناع الملتزم عن تسيير سيارات في جزء من منطقته أو خط الإلتزام .
- تسيير سيارات أقل من العدد المقرر وفق شروط الإلتزام.
- مخالفة الملتزم السير المحدد في وثيقة الإلتزام .

كما أشارت محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 03 مارس لسنة 1957 بخصوص هذا الشأن، إلى أنه: «... وإذا كان سحب الإلتزام ... يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن إلتجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء خدماته المطلوبة».

أما بالجزائر، فمن بين الأخطاء التي تتدرج ضمن مفهوم الخطأ الجسيم، وعلى سبيل المثال لا الحصر، ما نصت عليه المادة 30 / 01 من دفتر الأعباء النموذجي

للمزيد من التفاصيل : سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 525 .

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 91.

لامتياز الطرق السريعة، والتي جاء فيها : « يتحمل صاحب الإمتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ماتوقفت، وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء...»¹.

2- إعدار الملتزم : la mise en demeure préalable

بالرغم من وجود خطأ جسيم من قبل الملتزم والذي يستوجب على جهة الإدارة مانحة الإمتياز إنهاء العقد وفسخه (الإسقاط) إلا أن الإدارة ملزمة بإعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، ومنحه فرصة أخرى ليتوخى بذلك توقيع هذا الجزاء ومواجهته وحتى يعلم بنية الإدارة اتجاهه².

لذا فإنه غالباً ما تنص وثائق الإلتزام على تضمين هذا الشرط ضمن طيات صفحاتها³، كما إستقرت أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة ووجوب توافر هذا الشرط، سواء تم النص عليه صراحة في العقد أم لم ينص، ولا يمكن للإدارة التحرر منه إلا بناء على شرط صحيح في العقد، أو تبين لها أنه لا ضرورة من إعدار المتعاقد⁴، لعدم وجود فائدة مرجوة منه، كأن يكون الملتزم قد أعلن بنفسه عن عجزه التام في إدارة وتسيير المرفق⁵، كما يمكن للإدارة أن تعفى أيضاً من الإعدار في حالات الإستعجال أو الضرورة، التي تسمح لها بإسقاط عقد الإلتزام دون توجيه أعدار إلى الملتزم، كحالة إفلاس هذا الأخير أو تعرضه للتصفية القضائية⁶.

ولقد أكدت أحكام القضاء الإداري بمصر في أحد الأحكام الصادرة عنها على وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه، مشترطاً توافر شرطين للقيام بذلك :

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 96 / 308 المتعلق بامتياز الطرق السريعة، سابق الإشارة إليه.

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 222 .

³ - المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 09 - 152 ، سابق الإشارة إليه .

⁴ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 219.

⁵ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 367 .

⁶ - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 104 .

أولاً: أن يرتكب الملتزم مخالفات متكررة وجسيمة، أو يفقد المقدرة على تسيير المرفق العام بصورة منتظمة.

ثانياً : إعدار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء عليه¹.

كما نصت المادة 87 من قانون المياه الجزائري لسنة 2005 على أنه: « تلغى الرخصة أو إمتياز استعمال الموارد المائية بدون تعويض، بعد إعدار يوجه لصاحب الرخصة أو الامتياز، في حالة عدم مراعاة الشروط والالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه وكذا الرخصة أو دفتر الشروط»².

وخلاصة لذلك، يبقى الإعدار إحدى أهم الضمانات المقررة للملتزم حتى ينتبه إلى الأخطاء التي وقع فيها ويتداركها.

3- أن يتم الإسقاط بحكم قضائي

خلافًا للقاعدة المعمول بها، والتي تجيز للإدارة حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها بنفسها ودون حاجة للإلتجاء إلى القضاء، فإنه يتوجب على الإدارة إسقاط الإلتزام إستصدار حكم قضائي يجيز لها ذلك، فالإدارة في فرنسا لا تتمتع بمباشرة إمتياز التنفيذ المباشر في هذه الحالة، ذلك أن القاضي وحده هو من يحكم بإسقاط الإلتزام ماعدا الحالات التي تم النص عليها صراحة في العقد، والتي تعطي الحق للإدارة بتوقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء³، وفي هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ (الإسقاط) الصادر من الإدارة دون تبرير، أو بطريقة غير مشروعة، والحكم بالتعويض عنه إذا ترتب على القرار أضرار⁴.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 223.

² - المادة 87 من القانون رقم 05 / 12 المتعلق بالمياه، سابق الإشارة إليه، وأنظر كذلك: نص المادة 10 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09 / 152، سابق الإشارة إليه.

³ - André de LAUBADERE et autres ,TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF,15^e édition,Tome 01, ,op.cit.p 825.

⁴ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 526.

كما نجد أنه وبالعودة إلى نص المادة 12 من الأمر رقم 08 - 04 المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة بالجزائر، أنها قد نصت على أنه: « يترتب عن كل إخلال من المستفيد من الإمتياز للتشريع الساري المفعول وللإلتزامات التي يتضمنها دفتر الاعباء اتخاذ كافة الإجراءات من أجل إسقاط حق الإمتياز، لدى الجهات القضائية المختصة بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً»¹.

إلا أننا نجد الأمر مخالفا لما هو عليه الحال بـ. ج. م. ع، حيث بإستطاعة الإدارة أن تنتهي العقد بإرادتها المنفردة أو ما يعرف بالإسقاط في هذه الحالة، وذلك بقرار صادر عنها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لإستصدار حكم بإنهاء العقد².

ويرى الدكتور أحمد عثمان عياد ضمن هذا الصدد أن: « قرار الإسقاط شأنه شأن الفسخ تطبق بصدده كافة القواعد المتعلقة بقرار الفسخ، ومن ثمة فإن إسقاط الإلتزام لا يستوجب منه على الإدارة إعدار المتعاقد، كما لا يستلزم إستصدار حكم قضائي لذلك، بل يصدر- شأنه شأن الفسخ في العقود الإدارية الأخرى- بقرار إنفرادي من الجهة مانحة الإلتزام، وذلك إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر»³.

ثانيا : الإسترداد كصورة من صور الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة في عقد الإمتياز

رأينا فيما سبق، أن للإدارة كمبدأ عام مسلم به لدى كل من الفقه والقضاء الإداريين الحق في إنهاء عقودها ومن دون خطأ صادر من المتعاقد معها، متى إقتضى الصالح العام منها ذلك، بما في ذلك عقد الإلتزام، ويطلق على حق الإدارة في إنهاء عقد إلتزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة إصطلاح " إسترداد الإلتزام"، ولقد جرى تعريفه على أنه: «

¹ - الأمر رقم 08 - 04 المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، المؤرخ في 01 رمضان 1429 الموافق لـ 01 سبتمبر 2008 ، ج ، ر ، ج ، ج ، 49 ، الصادرة بتاريخ 03 سبتمبر 2008 .

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 227 .

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 368 .

قيام الإدارة بإنهاء عقد الإمتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم، شريطة أن يتم تعويضه تعويضا عادلا، وبإجراء إداري صادر عن جهتها دون اللجوء إلى استصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك»¹.

كما يعرفه بُونَّار **BONNARD** بأنه: « ذلك القرار الإفرادي والتقديري الذي تمتلكه جهة الإدارة والذي من شأنه إنهاء إدارة الإلتزام قبل التاريخ المحدد في العقد لإنقضائه ، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة »².

بينما يذهب ليكومت **LECOMTE** في تعريفه للاسترداد إلى القول بأنه عبارة عن: « طريق استثنائي لإنهاء الإلتزام ينتج عن سلطة إنهاء الإلتزام التي تملكها السلطة مانحة الإلتزام، وهذا الطريق يسمح لها بإنهاء الإلتزام حتى قبل انقضاء مدته، وفضلا عن ذلك فإن الاسترداد ليس له صفة الجزاء الذي يمكن توقيعه على الملتزم في حالة مارتكب خطأ جسيما، فهو يصدر من الإدارة لمصلحة المرفق العام، وعندما يبدو مناسبا لجهة الإدارة ألا تنتظر انتهاء مدة الإلتزام من أجل استرجاع المرفق ووضعه تحت الإدارة المباشرة لجهة الإدارة»³.

ولقد أكدّ م. د. ف أن للإدارة مانحة الإلتزام سلطة إنهاء عقد إلتزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة والتي تأخذ كما أشرنا إليه أعلاه شكل إسترداد الإلتزام، حيث قرر أنه: « يحق السلطة مانحة الإلتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، ومع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن تنتهي عقد الإلتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة»⁴.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص123.

² - BONNARD (R) , Précis de droit administratifs ,op ,cit .p.773.

³ - يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 69 .

⁴ - C.E.16 fev 1987, sté, TV.6.Rec, P.20.

- C.E.22 Avril, 1988, Sté, France, R.D.P, 1988.P.1436.

هذا ويعد حق الإسترداد حقا من الحقوق الأصلية التي تتمتع بها جهة الإدارة وفقا للنظرية التقليدية المعمول بها في عقود الإلتزام¹، وبناءا على ذلك فإنه يحق لجهة الإدارة مانحة الإلتزام أن تلجأ إليه حتى وإن لم ينص على ذلك في صلب العقد²، وذلك متى إقتضى الصالح العام منها هذا الإنهاء، على أن تراعي الإدارة أثناء قيامها بإسترداد الإلتزام الحقوق المالية المشروعة للملتزم، وذلك بالتوفيق بين سلطتها في تحقيق الصالح العام، التي لا يمكن لها التنازل عنها في إنهاء الإلتزام وبين المصالح المالية للملتزم³، أو ما يقابله من حقوق مخولة لهذا الأخير؛ تتجلى في تعويضه تعويضا كاملا يغطي ما لحقه من ضرر ومافاته من كسب وفقا للقواعد العامة⁴، مثلما قضى بذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ : **1987/02/02** والذي جاء فيه : « للسلطة مانحة الإلتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن تنهي عقد الإلتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة »⁵.

وقد ذهب بعض الأراء الفقهية، إلى تكييف الإسترداد بأنه من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة، في حين نفى البعض الآخر هذا الرأي لإختلاف النظام القانوني لكل من الإجراءين، ناهيك على أن الإسترداد ينصب على منقولات و أموال ليست ملكا للملتزم، إلا

¹ - ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية الحديثة، القاهرة، 2005، ص 290.

² - بولكور عبد الغني، المرجع السابق، ص 53 .

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 276 .

⁴ - وهو ما حكمت به المحكمة السلفادورية في قضية الشركة التجارية للسلفادور والتي قام بها النزاع بين حكومتي الولايات المتحدة الأمريكية والسلفادور بسبب قيام حكومة السلفادور بإغلاق الميناء في وجه حركة الإستيراد مما تسبب في إهدار حقوق صاحب الإمتياز (منح صاحب الإمتياز أحد الرعايا الأمريكيين إمتياز بإحتكار الملاحة التجارية وتطوير الميناء لمدة 25 سنة من طرف حكومة السلفادور، وكانت غالبية رأسمال الشركة مملوكة لشركة السلفادور الأمريكية التجارية رغم تأسيسها في السلفادور)، وقد حكم في النزاع أن شركة السلفادور الأمريكية ورعايا الولايات المتحدة الأمريكية المساهمين في الشركة أن لهم الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة إنهاء الإمتياز بطريقة غير مباشرة، نقلا عن نعيمة أكلي، المرجع السابق، ص 153 .

⁵ - إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 55 .

أنه في واقع الأمر أن الإسترداد ليس سوى صورة من صور الفسخ الخاصة بعقد التزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة¹.

ويأخذ استرداد الإلتزام في الواقع العملي ثلاث صور يمكننا إجمالها في الآتي :

1- الإسترداد التعاقدي Le rachat contractuel

وهو الإسترداد المنصوص عليه في وثيقة الإمتياز، على نحو ينظم كيفية مباشرة الإدارة لهذا الحق والذي تقرره بإرادتها المنفردة، وعلى ضوء ذلك تعد إجراءات تحقيقه من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها قبل توقيعه².

ويفرق الفقه بين الفسخ الاتفاقي والاسترداد التعاقدي، من حيث أن هذا الأخير عبارة عن حق تمارسه الإدارة إذا اقتضى الصالح العام منها ذلك، مع كفالة وضمان الحقوق المشروعة للملتزم، فهو نوع من التوفيق بين حق الإدارة في إنهاء عقودها وبين حقوق المتعاقد معها، كما أنه إذا تضمن العقد حصر الأسباب التي تجيز للإدارة إسترداد الإلتزام فإنه ينبغي عليها التقيد بها، في حين أن الفسخ الاتفاقي ينقضي معه العقد باتفاق طرفيه قبل تنفيذ موضوعه بالكامل أو حتى قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في العقد، على أن يتضمن اتفاق الطرفين تعويض المتعاقد من عدمه، وهو بذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة³.

ويُعتبر الإسترداد التعاقدي، من أكثر الأوضاع شيوعاً في عقود إلتزام المرافق العامة في كل من فرنسا ومصر، وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الضوابط والشروط

¹ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 662.

² - لذا نجد بعض التشريعات تنص على ذلك، ففي فرنسا فإنه غالباً ماتتضمن دفاتر الشروط المتعلقة بعقد الإمتياز شروطاً تنظم كيفية إسترداد الإدارة للمرفق المدار عن طريق الإمتياز، كما أنه وبالعودة إلى التشريع المصري فإننا نجد أن المشرع المصري قد ألزم جهة الإدارة هو الآخر على تضمين عقودها كيفية استرداد المرفق، ومن ذلك القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص باللتزام المرافق العامة في مادته الرابعة على أنه: « تحدد وثيقة الإلتزام شروط وأوضاع استرداد المامتياز قبل انتهاء مدته »، نور عيسى الهندي، النظام القانوني للإسترداد في عقد الإمتياز، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 03، الأردن، 2017، ص 40.

³ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 277.

الواجب توافرها حتى يتسنى للإدارة ممارسة هذا الحق بطريقة قانونية، والتي سنورد بعضها منها في الأتي:

- تقيد الإدارة بأسباب الإسترداد المنصوص عليها في العقد¹.

- أن تقوم الإدارة بإبداء نيتها في إسترداد المرفق كونه لم يعد يتماشى ومتطلبات الصالح العام عن طريق توجيه إنذارات إلى الملتزم، وذلك بوقت كاف قبل القيام بهذا الإجراء، أو في المدة المحددة في العقد أو دفاتر الشروط²، ويعتبر الإنذار في مثل هاته الحالة ضروريا جدا حتى يستطيع الملتزم ترتيب أوضاعه طبقا لنية الجهة مانحة الإمتياز في استرداد المرفق .

- أن يصدر قرار الإدارة بالإسترداد التعاقدى من قبل السلطة المختصة بإصداره، أو بمعنى آخر أن يصدر من نفس الجهة التي قامت بإبرام عقد الإلتزام³.

ومما تجدر بنا الإشارة إليه، أن هذه الأسباب جاءت هنا على سبيل المثال لا الحصر، وهي أمثلة معترف بها لدى مجلس الدولة الفرنسي وتبرر لجهة الإدارة مانحة الإمتياز باسترداده قبل نهاية مدته، أما إذا ما قامت الإدارة باسترداد الإمتياز بغية تحقيق أغراض مالية فإن تصرفها سيكون معيبا بعبء الانحراف بالسلطة، لعدم تعلقه بأسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁴.

2- الإسترداد التشريعي Le rachat légal

عادة ما يتدخل المشرع في مجال عقود الإمتياز ليقوم بإصدار قوانين خاصة ينظم بموجبها كفيات وطرق إسترداد بعض المرافق العامة، " إذ ليس من المستغرب ذلك، طالما أن عقد إمتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون، لذا فإنه ومن الطبيعي أن يقرر المشرع لإعتبارات عديدة وبحسب تقديره إسترداد أحد المرافق العامة، أو إلغاء الإمتياز الممنوح

¹- أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 278 .

²- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 141 .

³- يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 73 .

⁴- نور عيسى الهندي، المرجع السابق، ص 41.

لها¹، ولقد تدخل **المشرع الفرنسي** في مجال عقود الإلتزام في العديد من المرات، بإصداره مجموعة من القوانين الخاصة التي تنظم عملية إسترداد المرافق العامة وتوضح كفاءات ممارستها، منها قانون 29 ماي 1845 الخاص بإسترداد المرافق الخاصة بقنوات الملاحة، وقانون 17 أفريل 1919 الذي أباح لجهة الإدارة بإسترداد بعض المرافق المدارة عن طريق الإمتياز في حالات معينة²، كما لجأ **المشرع المصري** إلى هذه الوسيلة لإنهاء إمتياز شركة قناة السويس البحرية وذلك بمقتضى القانون رقم 285 لسنة 1956 الصادر في 26 جويلية سنة 1956 بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية، وهذا القانون بالرغم من تسميته بقانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية فإنه في حقيقته ليس تأميما بل هو مجرد إسترداد قانوني لمرفق المياه³، لأن التأميم ينصرف بمعناه الفني إلى نزع المشروعات الخاصة الحيوية، من الأفراد أو الشركات لصالح الجماعة، وبالنسبة لقناة السويس، فإنها لم تمتلك قط، وإنما كانت تتولى إدارة المرفق عن الدولة، بما يمكننا القول عنه أن هذا الإجراء مجرد استرداد قانوني **Rachat légal** لمرفق القناة⁴.

أما في الجزائر، فإنه ومن بين أبرز الأمثلة التي يمكننا أن نصوغها ضمن هذا الصدد ما حصل في قضية " **الخليفة للطيران** " عندما تم بموجب أمر رئاسي إلغاء المصادقة

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 149.

² - من بين هذه القوانين كذلك :

(أ) قانون 30 جوان 1880 المتعلق باسترداد الكبارى التي يتعين دفع عوائد للمرور عليها .

(ب) قانونا 11 جويلية 1888 و 31 جوان 1913 المتعلقان بانتهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة الترام.

(ج) قانون 13 جوان 1908 المتعلق بانتهاء عقد امتياز شركة حديد الغرب.

(د) قانون 31 يوليو 1947 المتعلق بتحويل الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من تاريخ صدوره، بقصد تمكين تلك الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة أو الإقتصاد المختلط. مجموعة قوانين مشار إليها لدى : سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06 ، المرجع السابق، ص 669 .

³ - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها .

⁴ - للمزيد من التفاصيل أنظر : سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06، المرجع السابق، ص

على إتفاقية استغلال المرفق العمومي للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران المشار إليها أعلاه، وكذا دفتر الشروط المرافق لها¹.

3- الإسترداد غير التعاقدى Le rachat non contractuel

وهو الإسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الإلتزام دون تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الإمتياز، أو وجود نصٍ صريحٍ يجيزُ لها ذلك، ولقد كان هذا النوع من الإسترداد محل خلاف بين الفقهاء كما أن بعضاً منهم لم يقر بوجوده صراحةً، معتبراً أن للإدارة الحق في الإنهاء المبستر لعقد الإلتزام حتى في حالة إفتقاد العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به لنص يجيز إسترداده، إلا أن هذا الإنهاء يعد إنهاء لعقد الإمتياز طبقاً للقواعد العامة الجاري العمل بها، وليس إسترداداً للإلتزام².

الفرع الثاني: مظاهر سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة

تنتهي عقود الأشغال العامة نهايةً طبيعيةً شأنها شأن باقي العقود الأخرى بتنفيذ الأشغال محل الإلتزام، ويكون ذلك بإعلام المتعاقد لجهة الإدارة عن تاريخ إنهائها كتابياً³،

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 03 - 404 المؤرخ في 10 رمضان عام 1424 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال المرفق للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " الخليفة للطيران " وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج. ر. ج. ج. عدد 68 الصادرة بتاريخ 14 رمضان 1424 الموافق لـ 09 نوفمبر 2003 . وأنظر كذلك :

- المرسوم الرئاسي رقم 03 - 404 المؤرخ في 10 رمضان عام 1424 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 2003 ، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " أنتينيا للطيران " وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج. ر. ج. ج. عدد 68 الصادرة بتاريخ 14 رمضان 1424 الموافق لـ 09 نوفمبر 2003 .

- المرسوم الرئاسي رقم 03 - 404 المؤرخ في 10 رمضان عام 1424 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 2003 ، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " إيكو إير الدولية " وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج. ر. ج. ج. عدد 68 الصادرة بتاريخ 14 رمضان 1424 الموافق لـ 09 نوفمبر 2003 .

² - يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 74 .

³ - تنص المادة 01/ 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 على أنه: « عند انتهاء الخدمات موضوع الصفقة، يجب على المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابياً بتاريخ انتهائها ».

وتسليمه للأشغال تسليمًا مبدئيًا (مؤقتًا)¹ أو نهائيًا²، مع استيفاء كامل حقوقه المالية من جهة الإدارة، أو بانتهاء المدة المحددة لذلك.

إلا أنه واستثناءً على هاتين الحالتين، قد ينتهي عقد الأشغال العامة نهايةً غير طبيعية، إما بفسخ العقد كجزء موقوع على المتعاقد لارتكابه خطأ جسيماً (أولاً) أو لمصلحة عامة تدعو الإدارة إلى ذلك³ (ثانياً).

أولاً : سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة بسبب خطأ المقاول الجسيم

من المبادئ المسلم بها في العقود الإدارية أن للإدارة الحق في فسخ عقودها الإدارية إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً يستوجب منها هذه العقوبة القاسية، أو إذا وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد⁴.

ويعرف الفسخ الجزائي أو ما يطلق عليه بالإنهاء الجزائي لعقد الأشغال العامة عادة على أنه : « ذلك الجزاء شديد الجسامه الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل توقيعه على

¹ - التسليم المبدئي " **La reception provisoire** " : ويتم هذا النوع من الاستلام عادة بعد إتمام المقاول للأشغال موضوع التعاقد، وإخلائه لمواقع العمل من جميع المعدات والأثربة والبقايا، وإخطار الإدارة المتعاقدة بإنهاء العمل، ودعوته إليها، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 46 من د . ش . إ . ع . ج والتي جاء فيها أنه : « يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال ، ويقوم عند ذاك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالاستلام المؤقت بحضور المقاول، أو بعد دعوته للحضور رسمياً، وفي حالة تغيب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر، يجب أن يتم الاستلام المؤقت الجزئي عندما تستعمل الإدارة حق الحيابة المسبقة على بعض الأشغال »، يقابلها نص المادة 87 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

² - التسليم النهائي " **La reception definitive** " : وهو الإجراء الذي تملك الإدارة بمقتضاه تسلم الأعمال بصفة نهائية بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أوفى بالتزاماته العقدية على أحسن وجه، وقد بينت المادة 47 من د . ش . إ . ع . ج ذلك، حيث نصت أنه : « يتبع نفس الإجراء فيما يخص التسليم النهائي بعد انقضاء أجل الضمان، وفي حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخصوصية، يحدد هذا الأجل بستة أشهر ابتداءً من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية، وبسنة واحدة للأشغال الأخرى، يظل المقاول مسؤولاً عن أشغاله ويتعين عليه صيانتها خلال مدة ذلك الأجل »، يقابلها نص المادة 89 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

³ - أو في الحالات التي سبق وأن أشرنا إليها في مقدمة هذا الفصل - أنظر الصفحة 252.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 522 .

المقاول المقصر في تنفيذ إلتزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك إستبعاده نهائياً من تنفيذ العمل موضوع العقد، أو الاستمرار في تنفيذها»¹.

وعلى ضوء ذلك، تتمتع الإدارة في عقد الأشغال العامة بسلطة الإنهاء الإفرادي على غرار بقية العقود الإدارية الأخرى، وذلك في حالة ما أخل المتعاقد معها (المقاول) في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بارتكابه لخطأ جسيم بالغ الخطورة، ولم تفلح جميع الجزاءات التي تملكها جهة الإدارة في تقويمه².

ويعتبر جزاء فسخ عقد الأشغال العامة من أعنف الجزاءات وأخطرها وقعا على المتعامل المتعاقد، حيث تستطيع الإدارة توقيع هذا النوع من الجزاءات بقرار إداري صادر عنها فقط دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي يجيز لها ذلك، أو إلى نص يخولها هذا الحق³، وبالتالي لا يمكنها اللجوء إليه إلا في حالة وقوع إخلال من جانب المقاول أثناء تأديته للإلتزاماته، شريطة أن يكون هذا الإخلال على قدر كبير من الخطورة والجسامة التي تستدعي إستبعاد المقاول نهائياً من تنفيذ العقد.

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين، أن منح الإدارة لسلطة الفسخ " الإنهاء الجزائي " يقوم على اعتبار مفاده أنه من حق الإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية بصفة قطعية ونهائية عندما يتبين لها بصورة واضحة أن المتعاقد معها أصبح غير قادر على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، بما يمكن أن ينتج عنه إضطرابات في سير المرفق العام على نحو منتظم ومضطرد، وهو ما يعرضه للخطر إذا ما استمر على هاته الحالة⁴.

¹ - السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 122 ؛ حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 207 .

² - كغرامات التأخير ومصادرة التأمين، أو التنفيذ على حسابه.

³ - ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن الإدارة لا تستطيع اللجوء إلى فسخ العقد عند عدم النص عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به، وإنما يتعين عليها في مثل هاته اللجوء إلى قاضي العقد لكي يحكم لها بفسخ العقد، إلا أنه وعلى أية حال، فإنه غالباً ما يتم النص صراحة في العقد أو دفاتر الشروط على أحقية الإدارة في استخدام سلطة الفسخ الجزائي، أنظر: محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 265.

⁴ - R. BONNARD, OP.CIT.P.633.

غير أن هناك اختلافا في الفقه الفرنسي حول طبيعة جزاء فسخ عقد الأشغال العامة،
وجب منا الإشارة إليه، فهل هو تطبيق للقواعد العامة المعمول بها في القانون المدني، أم أن
لهذا الجزاء طبيعة خاصة ينفرد بها عنها، وهو ماسنجيب عنه وفقا للنحو الآتي :

انقسم الفقه في معالجته للطبيعة التي يمكن أن يأخذها الفسخ الجزائي ل: ع. أ . ع ،
إلى اتجاهين :

الإتجاه الأول (رأي الأقلية) : ويمثله الفقيه هوريو HAURIU حيث يزعم أن فسخ
عقد الأشغال العامة ما هو إلا تطبيق للمبدأ الذي قرره المادة 1794 من القانون المدني
الفرنسي كما أشرنا إليه سابقا، شأنه شأن الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، والتي تنص على
أن رب العمل يستطيع أن يفسخ عقد المقاولة بإرادته المنفردة ولو تم البدء في تنفيذ العقد،
على أن يعوض المقاول عن كافة نفقاته، والأموال التي يمكن أن يتحصل عليها من هذه
المقاولة .

الإتجاه الثاني (رأي الأغلبية) : ويتزعمه الفقيه جيز JEZE والذي رفض تطبيق نص
المادة المشار إليها أعلاه في مجال الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، بحجة أنه لا يمكن
تطبيق مبادئ الفسخ المعمول بها في القانون المدني بصفة قاطعة على جزاء فسخ عقد
الأشغال العامة، ذلك أن هذا الأخير سببه خطأ المتعاقد مع الإدارة الثابت فعلا، ومن ثم فإنه
لا يوجد أي علاقة تربط بينه وبين الفسخ الانفرادي المقرر بنص المادة 1794 المشار إليها
أعلاه من القانون المدني الفرنسي¹.

أ- أنواع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة

يجري الفقه والقضاء على التمييز بين نوعين من الفسخ الجزائي في عقود الأشغال
العامة هما : الفسخ المجرد (1) والفسخ على حساب ومسؤولية المقاول (2) نستعرضهما
بالتفصيل في الآتي:

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 231 وما بعدها .

1- الفسخ المجرد

La résiliation aux torts pure et simple

تكتفي الإدارة المتعاقدة فيه باستبعاد المقاول المقصر نهائياً بلا قيد ولا شرط، دون أن تلزمه بتحمل الأعباء الناتجة عن الفسخ، مع اشتراط أن تضع الإدارة صراحةً في إعلان المناقصة بأنه فسخ مجرد، وإلا جاز له التعويض¹، في حالة لم يدرج ذلك في الإعلان².

وفضلاً عن قيام الإدارة بفسخ العقد الأصلي، فإنه يبقى من حقها توقيع غرامات التأخير على المقاول، أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي قد تلحق بها جراء فسخ العقد لخطأ المتعاقد معها³، وهو ما جرى تأكيده من قبل **المشروع الجزائري** في نص المادة **152** من المرسوم الرئاسي رقم **15 / 247** والتي جاء فيها : « لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة » .

وحبذا لو أشار **المشروع الجزائري** في نص هذه المادة إلى نوع الفسخ، في ما إذا كان الفسخ في هذه الحالة مجرداً أم راجعاً لسلطة الإدارة التقديرية، بما يغلق أبواب الشك في وجه المتعاقد، وحتى لا يبقى من شأنه المطالبة بالتعويض، على أساس عدم وضوح نوع الفسخ في هذه الحالة .

¹ - حابي فتيحة، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد 09 ، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، سبتمبر 2015، ص 82 .

² - ويحدث هذا النوع من الفسخ حسب ما نصت عليه المادة 21 والمادة 24/ب من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية في الحالات التالي ذكرها (ونود أن نشير هنا إلى أن هذه الحالات جاءت على سبيل المثال لا الحصر) :

- تراخي المتعاقد عن دفع مبلغ التأمين في المدد المحددة في العقد
- حالة إفلاس المفاول أو تنازله عن العقد دون أخذ موافقة من جهة الإدارة
- وفاة المقاول

³ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 06 ، المرجع السابق، ص 495 .

وغالبا ماتلجأ الإدارة إلى تطبيق هذا النوع من أنواع الفسخ الجزائي، إلا في الحالات التي لا تكون على قدر كبير من الجسامة وبما يجاوز الحالات التي يمكن أن تدفعها إلى سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه، كما في حالة إفلاس المقاول وتصفية ذمته المالية.

كما أنه غالبا ما ينص العقد على الفسخ المجرد في مثل هذه الحالة، حيث تقوم الإدارة باستبعاد المقاول المفلس دون تحميله مخاطر عملية إبرام عقد جديد، وهنا تبدو سلطة الإدارة أقل قساوة مما هي عليه في ممارستها لسلطة الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد¹.

2- الفسخ على حساب مسؤولية المقاول

La résiliation aux torts et risques du contractant

ويعتبر هذا النوع أخطر من النوع الأول - الفسخ المجرد-، إذ يكون الفسخ في هذه الحالة فضلاً عن إنهاء العقد الأصلي، مصحوباً بإعادة طرح الأشغال محل التنفيذ في مناقصة عامة لإتمام تنفيذها على حساب ومسؤولية المقاول المقصر²، حيث يجد المقاول نفسه بناء على هذا النوع من الفسخ مستبعداً بصفة نهائية من تنفيذ الأشغال موضوع العقد، ذلك أن الفسخ في مثل هذه الحالة لا يكون إلا أثناء فترة سريان العقد³.

وتستند الإدارة في هذا النوع من الفسخ إلى النصوص المنظمة لعقود الأشغال العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة، بالنظر لما تخوله هذه الأخيرة من سلطات و ضمانات لصالحها.

¹ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 39.

² - محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص 267.

- وجدير بنا الإشارة هنا، إلى أن هناك بعضاً من الفقهاء من يرى بأن جهة الإدارة غير ملزمة باتباع أسلوب المناقصة العامة عند إعادة طرح الأشغال من جديد حتى في حالة النص على ذلك، وإنما يمكن للإدارة أن تقوم بإنهاء تنفيذ الأشغال عن طريق المناقصة أو الممارسة (التراضي) **marché de gré a gré** أو بواسطة شخص تابع لها **Exécution par un préposé** ، للمزيد من التفاصيل : محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 268 .

³ - C.E. 5 Juill .1950, Sté française de construction, Rec.P.416.

- مشار إليه لدى : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 295 .

فالفسخ وفقا لهاته الصورة معروف تماما في فرنسا، حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة ممثلة في جهة الإدارة إلى إعادة طرح الأشغال في مناقصة عامة على حساب المقاول المقصر.

هذا ويتضمن هذا النوع من أنواع الفسخ قراراتين :

(1) قرار فسخ العقد على مسؤولية العقد كجزاء.

(2) قرار اختيار مقاول جديد.

إذ أنه غالبا ما يحدث هذا النوع من الفسخ في الأحوال التي ينسب فيها إلى المقاول تصرف من التصرفات التي تنطوي على أعمال غش أو تدليس أو ترك المقاول لمواقع العمل أو عدم خضوعه للأوامر المصلحية الموجهة إليه من قبل الإدارة¹.

وَحَرِيٌّ بنا الإشارة، إلى أن الفسخ على مسؤولية المتعاقد يقترب في مفهومه من سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه، من ناحية الآثار التي قد تنتج عنهما، فالفسخ على حساب المقاول ومسؤوليته يترتب عليه كما هو في التنفيذ على حسابه تحمل المقاول النفقات الزائدة عن قيمة العقد الأصلي، ولكنهما يختلفان في العديد من النقاط، منها أن العقد يبقى ضمن هذا الأخير (سحب العمل) قائما بالرغم من استبعاد المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، في حين يستبعد نهائيا وكما أشرنا إليه أعلاه في حالة الفسخ على حسابه ومسؤوليته².

ونظراً لإتصاف هذا النوع من الإجراءات بالخطورة³، وما يمكن أن يترتب عليه من آثار هامة من الناحية القانونية والمالية، فقد إشتراط مجلس الدولة الفرنسي على عدم السماح

¹ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص 268.

² - فاضل جبير لفته، المرجع السابق، ص 179 .

³ - غالبا ما يتم توقيع هذا النوع من الجزاءات في الحالات التي ينسب فيها إلى المقاول تصرف من التصرفات التي تنطوي على غش أو تدليس، وكذا حالة تركه للعمل أو عدم خضوعه للأوامر المصلحية، أنظر نص المادة : 24 فقرة - أ- من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

لجهة الإدارة بإستخدام هذا النوع من الجزاءات إلا إذا كان منصوصا عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به¹.

ويتعين على جهة الإدارة بعد اتخاذها لقرار الفسخ على حساب ومسؤولية المقاول الأصلي وإعلامه به، أن تقوم أيضا بإخباره بإبرام العقد الجديد على مسؤوليته، وأن تعين له إسم المقاول الجديد الذي سيحل مكانه، حتى يكون باستطاعته - أي المقاول الأصلي - مباشرة حقه في متابعة العمليات المنفذة على حسابه ومسؤوليته بواسطة المقاول الجديد وذلك من أجل الحفاظ على مصالحه وحقوقه المالية².

كما يتعين على جهة الإدارة من جانب آخر، أن تقوم بإجراء مناقصة جديدة في أقرب وقت ممكن، وأن تتم طبقا لقواعد المناقصة الأصلية من ناحية توافر جميع الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لإجرائها، وإلا جاز للمتعاقد أن يطعن في قرار الفسخ بحجة عدم مشروعيته لتجنب المصاريف المالية التي تترتب على إبرام العقد الجديد³.

ونشير هنا، إلى أن تنظيم هذا النوع من الفسخ قد جاء في فرنسا جنبا إلى جنب هو والفسخ المجرد، لاسيما في دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية، حيث نصت المادة 04/49 منه على أنه: « في حالة الفسخ الجزائي للعقد على حساب ومسؤولية المقاول، فإنه يتم إبرام عقد مع مقاول آخر من أجل إكمال الأشغال»⁴.

كما نجد بعض التلميحات إلى هذا النوع من أنواع الفسخ في التشريع الجزائري، وذلك في نص المادة 35 / 05 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة، والتي نصت على أنه: «... يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه أن ... يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف»، علما بأن هذا

¹ - C.E. 17 dec .1909, Doublé, Rec. p .1001.

- مشار إليه لدى: محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 269.

² - حمد محمد حمد الشلmani، إمتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 227 .

³ - حمد محمد حمد الشلmani، المرجع نفسه، ص 227 .

⁴ - سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 320 وما بعدها .

الدفتّر لم يشر إلى أية إشارة واضحة وصريحة عن هذا النوع من الفسخ في أي مادة أخرى غير هاته .

ونصت المادة 02/149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه : « وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعداز المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد».

ولعل مايؤكد صحة أخذ المشرع الجزائري بنظام الفسخ على حساب المقاول، هو وُروُد العديد من قرارات الفسخ التي يتم نشرها في الجرائد اليومية من طرف الإدارة المتعاقدة، والتي تختتمها بعبارة « نظرا للإعذارات التي وجهت للمقاول تفسخ الصفقة على عاتق المقاول»¹.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري اتجاه الفسخ الجزائري على مسؤولية المتعاقد، فإننا نجد أنه لم يشر صراحة إلى ذلك في أي من القوانين الصادرة عنه، سواء المتعلقة بتنظيم المناقصات والمزايدات، ولا حتى في اللوائح التنفيذية الملحقة بهذه القوانين، وهو ما يفسر عدم إقرار المشرع المصري بنظام الفسخ الجزائري على مسؤولية المتعاقد، عكس ما لمسناه لدى كل من المشرعين الفرنسي والجزائري .

ب- شروط استخدام جزاء فسخ عقد الأشغال العامة

نظراً لخطورة جزاء فسخ عقد الأشغال العامة، فإن كل من الفقه والقضاء يشترط على جهة الإدارة لدى توقيعها له، توافر مجموعة من الشروط والتي سبق وأن أشرنا إليها، حتى يتسنى لها فعل ذلك، والتي من جملتها مايلي:

1- ارتكاب المقاول لخطأ جسيم

ينبغي على جهة الإدارة قبل إقدامها على فسخ عقد الأشغال العامة، التحقق من ارتكاب المقاول لأخطاء تكون على قدر كبير من الجسامة كما بيناه سابقا، ذلك أن هناك

¹- سبكي ربيحة، المرجع السابق، 158.

بعض الأخطاء التي تبرر توقيع الجزاءات الضاغطة، إذا ما ظهرت خطورتها بدرجة كافية، يمكن أن تكون مبررا للفسخ الجزائي ذاته¹، ومن بين الأخطاء التي يمكن تصنيفها ضمن الخطأ الجسيم في عقود الأشغال العامة وبصفة خاصة، في نظر كل من الفقه والقضاء، مايلي :

- عدم مباشرة المقاول في تنفيذ الأشغال موضوع العقد ضمن مواعيدها المحددة².
- رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة إليه³.
- ترك المقاول لموقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد⁴.
- تنازل المقاول عن تنفيذ العقد دون أخذ موافقة من جهة الإدارة⁵.
- تعاقد المقاول من الباطن لتنفيذ بعض الأعمال الموكلة إليه تنفيذها دون أخذ موافقة صريحة من جهة الإدارة⁶.
- تحايل المقاول واستعماله لأساليب الغش في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁷.
- عدم دفع مستحقات التأمين في مواعيدها المقررة في العقد⁸.
- إعلان المقاول عن إفلاسه بصفة رسمية أو تعرضه للتسوية القضائية¹.

¹ - حابي فتيحة، فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية، المرجع السابق، ص 83.

² - المادة 12 / 01 من : د . ش . إ . ع . ج ، يقابلها نص المادة 25 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المشار إليه سابقا .

³ - C.E.18 octobre 1935. Pasquelin .Rec.P.952 .

مشار إليه لدى : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 249.

⁴ - C.E. 17 mars 1972. Figaroli, Rec.P. 224.

مشار إليه لدى : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 249.

⁵ - المادة 11 / 01 من : د . ش . إ . ع . ج ، يقابلها نص المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المشار إليه سابقا .

⁶ - المادة 11 / 03 من : د . ش . إ . ع . ج .

⁷ - المادة 11/35 من : د . ش . إ . ع . ج ، يقابلها نص المادة : 24 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المشار إليه سابقا .

⁸ - المادة 53 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لسنة 1998 المشار إليه سابقا .

2- إعدار المقاول

من المبادئ المسلم بها لدى كل من الفقه والقضاء الإداري، أنه لا يمكن لجهة الإدارة فسخ عقد الأشغال العامة إلا بعد إعدار المقاول²، وتحديد مدة زمنية معقولة؛ حتى يتسنى له تنفيذ شروط العقد، وذلك بالنظر إلى الخطورة التي يمكن أن يشكلها جزاء فسخ عقد الأشغال العامة على الحقوق المالية للمقاول، وأن أي مخالفة من جهة الإدارة لهذا الشرط يترتب عنه تعويض عادل ومنصف للمقاول الذي تم فسخ عقده دون مراعاة هذا الشرط³.

ومن ذلك مانص عليه م. د. ف. في إحدى القرارات الصادرة عنه، حينما اشترط على جهة الإدارة ضرورة توجيه إعدار للمقاول قبل أن تقوم بفسخ عقد الأشغال العامة، إذ أنه غالباً ما تتضمن نصوص العقد أو دفاتر الشروط نصوصاً تشير إليه، وحتى وإن لم تحتوي هذه الأخيرة على اشتراط الإعدار ضمن طيات صفحاتها فإن ذلك لا يغير من الوضع، بل تبقى الإدارة ملزمة بإعدار المقاول قبل توقيع هذا الجزاء الصارم عليه، وفي حال ما قامت الإدارة بفسخ العقد دون توجيه إعدار للمقاول، عُدَّ هذا الإجراء مخالفاً للقانون، وبالتالي يعفى المقاول من النتائج الباهظة المترتبة عن هذا الفسخ⁴.

¹ - المادة 37 / 02 من : د . ش . إ . ع . ج . يقابلها نص المادة: 24 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لسنة 1998 المشار إليه سابقاً.

² - تشير هنا إلى أن هناك إستثناءات قد ترد على هذا المبدأ، والتي نذكر من بينها:

- النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعدار المسبق.

- تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقده النهائي للقدرة عليه.

- غش المتعاقد .

- ثبوت عدم جدوى الأعدار.

- تنازل المتعاقد عن العقد لغيره.

- حالات الضرورة والاستعجال.

- عدم تكرار الأعدار المسبق.

للمزيد من التفاصيل، أنظر: حمد محمد حمد الشلحاني، إمتيازات السلطة العامة، المرجع السابق، ص 220 وما بعدها .

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 252 .

⁴ - C.E. 06 Mai 1988 Mabileau – R.D.P.1988 .P.1429.

C.E. 08 Novembre 1985, Entreprise Ozilou, R.D.P.1986 .P.1738.

أما بالعودة إلى التشريع فقد نصت المادة رقم 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 على أنه : « إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجراءين التاليين :

(أ) فسخ العقد .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها».

ومن جانبه نص المشرع الجزائري بدوره هو الآخر أيضا على توجيه إذار إلى المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، وفي حالة ما لم يتدارك المقاول تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار جاز لجهة الإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد¹.

كما نصت المادة 02 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار السالف ذكره، على أنه: « إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة لا يتم إلا بعد إعدارين قانونيين المتعامل المتعاقد العاجز».

ثانيا : سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة

من الأمور المستقر عليها فقها وقضاء، أن لجهة الإدارة وكما هو الشأن بالنسبة لجميع العقود الإدارية الحق في إنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة إذا مرتأت الإدارة عدم وجود فائدة مرجوة من الاستمرار في تنفيذه، حتى مع عدم وجود نص قانوني يخولها هذا الحق، إذا ماتوفرت شروط ممارستها.

- مشار إليهما لدى : مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 253 .

¹ - المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المشار إليها سابقا .

هذا ولقد عرف الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة، تأييدا قضائيا واسعا، حيث استقر م. د. ف في بادئ الأمر على تطبيق قواعد القانون المدني بشأن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي لعقود الأشغال العامة، إذ كان يؤسس ذلك صراحة على نص المادة **1794** من القانون المدني المشار إليها سابقا، والتي تعطي الحق لرب العمل أن يفسخ بارادته المنفردة عقد المقاولة مع تعويض عادل للمتعاقد، وهو ما حظي بتأييد واسع من قبل مفوض الحكومة روميو **Romieu**¹.

غير أنه عدل عن ذلك، باعترافه صراحة لجهة الإدارة بممارسة حقها في إنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة؛ وذلك لأول مرة في حكمه الصادر بتاريخ 06 فبراير 1925 مقرر فيه بأنه: «يستطيع الحاكم العام (الإدارة) أن يستند على المادة **33** من كراسة الشروط من أجل تقرير إنهاء العقد، كما أن المادة **1794** من القانون المدني غير قابلة للتطبيق على عقود الأشغال العامة، ولكن يمكن بمقتضى السلطة الممنوحة للإدارة مع مراعاة تعويض المقاول عن الخسائر التي لحقت به بسبب ذلك الإنهاء، ومنحه عند اللزوم تعويضا عادلا عن الأرباح التي فاتته الحصول عليها وبحيث يمكنه أن يطالب بها»².

ثم تواترت بعد ذلك أحكام م. د. ف ضمن هذا الصدد، حيث جاءت في معظمها مقرة لجهة الإدارة بحقها في ممارسة سلطة الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة، استنادا إلى سلطتها العامة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية في أي وقت لدواعي المصلحة العامة، حتى ولو يتم النص عليها صراحة في العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به³.

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري، فقد أخذ هو الآخر بنفس الموقف الذي أخذ به القضاء الإداري الفرنسي اتجاه أحقية إستعمال جهة الإدارة لسلطتها في إنهاء عقد الأشغال العامة، حيث أقرت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم صادر عنها بتاريخ

¹ – C.E 20/01/1905, Rec, p.60. Conclusion « romieu ».

² – C.E 06/02/1925, Gouverneur Générale L'Algérie, Rec, p.121.

³ – C.E 23/01/1952, Secrétaire d'ETAT aux Force Armées, Rec, p.50.

C.E 04/01/1957, Ville de Paris, Rec, p.11.

C.E 06/06/1986, Callin et Vincent, RDP, 1986, p.1742.

1957/06/30 بسلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة ليس استنادا إلى سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية، ولكن لاعتبارات المصلحة العامة، وكون أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري¹.

كما أقرت ذات المحكمة في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1978/01/28 بأن: «فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض»².

على أنه، وإن كان لجهة الإدارة الحق في إنهاء عقد الأشغال لدواعي المصلحة العامة أمرا مسلما به لدى القضاء، إلا أن ذلك يقتضي توافر مجموعة من الشروط، ينبغي على الإدارة مراعاتها قبل إقدامها على ذلك، بحيث يجب أن يكون قرار الإنهاء صادرا قبل إنجاز العمل المتفق عليه (أ) فضلا عن وجود مصلحة عامة تقتضي هذا الإنهاء (ب).

أ- أن يكون قرار الإنهاء صادرا قبل إنجاز العمل المتفق عليه في العقد

ومفاد ذلك، أن تُصدر الإدارة قرارها بإنهاء عقد الأشغال العامة قبل إتمام تنفيذه، فإذا ماتم إنهاء الأشغال التي تم تكليف المقاول بتنفيذها، لم تعد هناك فائدة من إنهاء العقد حتى ولو كانت هنالك مصلحة عامة تقتضي هذا الإنهاء، ذلك أن الإدارة وبعد إتمام المقاول تنفيذ التزاماته العقدية تكون ملزمة بدفع الأجر المتفق عليه معه في العقد .

هذا ويثبت للإدارة الحق في إنهاء العقد منذ لحظة إبرامه، حتى وإن لم يبدأ المقاول بإنجاز الأشغال المكلف بها، وهو ما نصت عليه المادة 1146 من نموذج كراسة الشروط الإدارية العامة المطبق على عقود الأشغال العامة في فرنسا، والتي جاء فيها: «يستطيع

¹ - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1957/06/30، المجموعة س 11 رقم 377، مشار إليه لدى : نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 379.

² - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري في الطعن رقم 1125 لسنة 15 ق، جلسة 28 يناير 1978، مشار إليه لدى : حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 257 .

رب العمل أن ينهي تنفيذ الأعمال موضوع العقد قبل إنجاز هذه الأشغال بواسطة قرار الإنهاء والذي يحدد فيه تاريخ النفاذ»¹.

2- وجود مصلحة عامة تقتضي إنهاء عقد الأشغال العامة

حتى يكون قرار الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة مشروعاً، وجب أن تكون هناك مصلحة عامة تقتضي من الإدارة هذا الإنهاء.

ذلك أن هنالك بعض الحالات قد يصبح تنفيذ العقد فيها غير ضروري، وبالتالي يبقى من شأنها أن تفسخ العقد لعدم وجود فائدة ترجى من الاستمرار في تنفيذه، شريطة أن يتم تعويض المقاول تعويضاً عادلاً عما أصابه من أضرار نتيجة لهذا الإنهاء، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: «أن للإدارة الحق في إنهاء عقد الأشغال العامة استناداً إلى سلطتها العامة في العقود الإدارية إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري»².

ومما هو مستفاد من الحكم أعلاه، هو ضرورة أن يتوافر قرار الإنهاء على شرط المصلحة العامة حتى تتمكن الإدارة من إنهاء العقد إنفرادياً، فالمصلحة العامة شرط موضوعي لمشروعية القرار الإداري، وإلا كان قرارها بإنهاء العقد تعسفياً.

وخلاصة يمكننا القول، بأن سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة إنفرادياً لدواعي المصلحة العامة ليست إلا تطبيقاً لأحدى أهم الإمتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ألا وهو إمتياز التنفيذ المباشر، و ضمانات هامة تضاف إلى ماسبق من ضمانات تم تخويلها لجهة الإدارة بغرض الحفاظ على المال العام من التبذير، في ظل عقود أصبح تنفيذها غير ذي فائدة.

¹ - السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 44 .

² - حذيفة عادل عبد الكريم، المرجع السابق، ص 74 .

الفرع الثالث: مظاهر سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري

ينتهي عقد التوريد نهاية طبيعية، شأنه شأن سائر العقود الإدارية الأخرى، وذلك بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها العقد تنفيذا كاملا، ويكون ذلك بتسليم البضائع المتفق عليها للجهة المتعاقدة¹.

ولكن قد تنتهي عقود التوريد الإدارية في بعض الحالات نهاية غير طبيعية أيضا، قد تكون ناجمة عن صدور خطأ جسيم من قبل المورد في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد (أولا) أو لدواعي تقتضيها المصلحة العامة (ثانيا) وهو ما سيتم التطرق إليه بشيء من التفصيل على النحو التالي :

أولا : سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري نتيجة لخطأ المورد الجسيم

قد ينتهي عقد التوريد مثلما أشرنا إليه آنفا قبل حلول أجله، أي قبل تنفيذ المورد لكامل الالتزامات التي تعاقد بشأنها مع جهة الإدارة والتي تشكل موضوع العقد في حد ذاته، وذلك بسبب ارتكابه لخطأ في غاية الجسامه، ما يخول لجهة الإدارة حق إنهاء العقد إنفراديا. ويعرف الإنهاء الجزائي أو ما يطلق عليه بالفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري على أنه : « ذلك الجزاء الجسيم الذي يترتب عليه إنهاء عقد التوريد بصورة فورية، واستبعاد المورد من توريد باقي التوريدات محل عقد التوريد نتيجة لإخلاله الجسيم بالبنود المتفق عليها فيه»².

ويعتبر جزاء فسخ عقد التوريد من أقسى العقوبات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المورد لاستهدافه إنهاء الرابطة التعاقدية³، لذا فإن إقدام جهة الإدارة على إستعمال هذه السلطة لا يتم إلا عند ارتكاب المورد خطأ خطيرا يكون على قدر كبير من الجسامه، وبما يجعل من متابعة العلاقة العقدية أمرا شبه مستحيل، حيث تتيقن جهة الإدارة أن خطأ المورد

¹ - وجب منا الإشارة هنا، إلى أن هناك نوعين من الإستلام أيضا في هذا النوع من العقود: إستلام مؤقت وإستلام نهائي، إلا أنهما لا يأخذان قدرا من الأهمية التي يأخذانها في عقود الأشغال العامة .

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 257 .

³ - Pénalités et autres modes de sanction (www.isere.pref.gouv.fr).

لم يعد مؤمنا- مما يخل من سير المرفق العام بطريقة نظامية- فتقرر الإدارة استبعاده نهائيا من تنفيذ الأداءات محل العقد¹.

وبالتالي، فإن استخدام الإدارة لجزاء الفسخ يعتبر الورقة الأخيرة التي يمكن أن تلوح بها جهة الإدارة في وجه المورد المقصر، وهو مايفترض معه أن التقصير الصادر عن المورد ينطوي على قدر كبير من الجسامة².

هذا وتستطيع الإدارة ممارسة سلطة الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري، حتى في حالة عدم ورود نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به يخولها ذلك، ودون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء، غير أنه في أغلب الأحيان ما يكون الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري منظما بنصوص صريحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به³.

ولقد نصت المادة 94 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على أنه: «إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها محدد بالعقد... وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات التالية طبقا لما تقرره السلطة المختصة ووفقا لما تقتضيه مصلحة العمل و ذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إلى عنوانه المبين على العقد :

(أ) شراء الأصناف التي لم يتم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف...»⁴.

¹ - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1258 .

² - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع نفسه، ص 1259 .

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، إنقضاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 257 .

⁴ - المادة 94 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المشار إليه سابقا.

أ- أنواع الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري

شأنه شأن الفسخ الجزائي المعمول به في عقد الأشغال العامة، يأخذ الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري صورتين هما: الفسخ الجزائي البسيط -المجرد- (1) و الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد (2) .

1- الفسخ الجزائي البسيط (المجرد)

حيث تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيعه على المورد بمجرد اخلال صادر من جهته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أين تبدي رغبتها في عدم إتمام عملية التوريد، وتكتفي بفسخ العقد فقط، باستبعاد المورد عن إتمام ما بقي عليه من التزامات .

كما تقوم جهة الإدارة في هذا النوع من الفسخ، بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، والتأمينات التي دفعها، وفي مقابل ذلك يتعين على المورد بدوره هو الآخر رد جميع ماتحصل عليه من الإدارة -وسائل ومعدات- تنفيذاً للعقد¹.

2- الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

وفي هذه الحالة تقوم الإدارة بتحميل المورد فضلا عن إنهاء العقد؛ إعادة شراء المواد التي لم تورد على حسابه، ويعتبر هذا النوع من أنواع الفسخ أشد جسامة من الفسخ المجرد، وهو مادفع بالعديد من الفقهاء إلى التأكيد على وجوب إدراج نص في العقد يشير إليه .

كما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي، أنه لا بد من استعمال عبارات وألفاظ واضحة بما لا يفتح مجالاً للشك في عقد التوريد أو دفا تر الشروط الملحقة به، حتى يتم تطبيق هذا النوع من الفسخ على المورد ودون اعتراض منه على ذلك².

¹ - مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 498 .

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 262 .

ب- أسباب توقيع جزاء فسخ عقد التوريد الإداري

يتطلب كل من الفقه والقضاء الإداريين على جهة الإدارة لتوقيع عقوبة فسخ عقد التوريد الإداري؛ التأكد من صدور خطأ جسيم من قبل المورد، بما لا يكفي معه توقيع الجزاءات الأخرى التي تحوزها الإدارة المتعاقدة على حث المورد لتنفيذ العقد تنفيذًا سليماً، إذ أن تقدير جسامته الخطأ الذي قد يقع فيه المورد أثناء تأديته لالتزاماته التعاقدية يتم بالنظر إلى الآثار التي تنعكس على المرفق ذاته¹.

ومن جملة الأخطاء التي يمكن تصنيفها ضمن الأخطاء الجسيمة بشأن عقود التوريد، في نظر كل من الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا ومصر، مايلي²:

- توقف المورد عن تسليم التوريدات أو عن تصنيع البضاعة المتفق عليها.
- قيام المورد بتسليم جهة الإدارة المتعاقدة معها أصنافاً رديئة غير تلك التي تم الاتفاق عليها في العقد.
- عدم تسليم المورد للأصناف المطلوبة منه ضمن مواعيدها المتفق عليها في عقد التوريد.
- قيام المورد بأعمال الغش والتدليس في تنفيذ التزاماته التعاقدية .
- عدم إعادة المورد للأدوات والمؤن المسلمة إليه أو اتلافها أو الإسراف في استعمالها .
- عدم صحة التقرير المقدم من المورد لتأييد العطاء المقدم منه عند تحرير العقد.
- إعلان المورد عن عدم قدرته على إتمام تنفيذ ما تبقى من التزامات كان قد تعاقد بشأنها مع جهة الإدارة .

¹ - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1261 وما بعدها .

² - سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 331 وما بعدها، ولإيضاح على مزيد من الأخطاء الجسيمة والتي توجب فسخ عقد التوريد الإداري: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1262؛ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 264.

ثانيا : سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة

فضلا عما سبق، بإمكان جهة الإدارة أن تنتهي عقد التوريد الإداري إنفراديا حتى مع عدم صدور خطأ من جانب المورد المتعاقد معها، وذلك لدواعي تقتضيها المصلحة العامة، كأن ترى الإدارة ووفقا لسلطتها التقديرية أن الاستمرار في استلام بعض التوريدات لم تعد في حاجة إليها، لكونها لم تعد تلائم سياستها الحالية المتبعة في إدارة وتسيير المرفق العام¹.

وبالرغم من أن هذه الصورة من صور الإنهاء الإنفرادي لعقد التوريد الإداري مكلفة جدا بالنسبة لجهة الإدارة، إلا أن الاستمرار في العقد بما يتعارض مع المصلحة العامة أكثر كلفة منها²، ذلك أن الإدارة هي من يقوم بدفع مبلغ التعويض للمورد وهو في جميع الحالات أقل من ثمن الأصناف المتفق عليها في العقد وعلى وجه الخصوص إذا لم تكن هناك حاجة لها³.

وحرى بنا الإشارة ضمن هذا الموقف، إلى أن مجلس الدولة الفرنسي كان يؤسس في بادئ الأمر سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة، على نص المادة **1794** من القانون المدني⁴ - شأنه شأن عقد الأشغال العامة-، غير أنه عدل عن ذلك لاحقا وقام بتأسيسها على السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة لنقض العقود التي أبرمتها من أجل المرافق العامة عندما ترى الإدارة عدم فائدة ذلك⁵، على أن تقوم بتعويض المورد المتعاقد معها تعويضا عادلا، ويرى الفقيه مالديديار **MALDIDIER** أن هذا المسلك من جانب م ، د ، ف ، ليس إلا تطبيقا لأحكام النظرية العامة للعقود الإدارية، ذلك

¹ - C.E 09/12/1927, Consort Gargiulo, Rec, p.1198.

² - PEQUIGNOT, OP.CIT, P .391 .

³ - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1285 .

⁴ - « Le maitre peut résilier, par sa seule volonté le marché forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ». Article 1794 portants code civil- Dernière modification le 01 janvier 2017 – Document généré le 05 janvier 2017 copyright (C) 2007 - 2017 Legi France.

⁵ - C.E 02/05/1958, Distillerie de Magnac – Laval, rec, p.282.

C.E 25/01/1963, Société des Alcools du Vexin, rec, p.50.

أنه من المقرر في حالة عدم وجود نص خاص يتعلق بموضوع محدد، مثل الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري دون وجود خطأ من جانب المتعاقد مع جهة الإدارة، فإن ذلك يقود إلى تطبيق النظرية العامة للقانون الخاص والمتعلقة بهذا الموضوع¹.

وقد قرر في إجتهاادات لاحقة عنه؛ أنه: « يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حقوق المتعاقد في التعويض أن تنهي في أي وقت عقود التوريد التي أبرمتها »².

وكننتيجة لهذا الاستقرار القضائي الذي جاء مكرسا لسلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإن المشرع الفرنسي أقر صراحة في المادة 24/01 من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد الإدارية في فرنسا سلطة الإدارة بإنهاء عقد التوريد حتى مع عدم وجود خطأ من جانب المتعاقد، وبذلك أرسى مبدأ هاماً من المبادئ الرئيسية لقانون العقود الإدارية³.

وبالنسبة للقضاء الإداري المصري، فقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا هي الأخرى؛ على أنه: « لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم منه بذلك، وأساس ذلك أن فسخ العقد كأصل عام أمر تترخص فيه الإدارة ضماناً لحسن سير المرافق العامة، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في الطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى »⁴.

أما عن الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للإدارة إنهاء عقد التوريد إنفرادياً؛ هي نفسها المتعارف عليها بالنسبة لجميع العقود الإدارية الأخرى، من ضرورة توافر شرط

¹ - السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 45.

² - C.E. 02 Mai 1958, Distillierie de megnac – laval, Rec, P.282.

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 381.

⁴ - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا ب: ج . م . ع ، بتاريخ 1978/01/28 ، طعن رقم 1128 س 15 ق . م ، أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 257.

المصلحة العامة، وتوفر قرار الإنهاء على كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية.

الختامة

بعد انتهائنا من دراستنا هاته والموسومة بعنوان : " الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري "، لاحظنا سعي كل من التشريع والقضاء الإداري إلى توفير ما يلزم لجهة الإدارة من ضمانات بغية تمكينها من مواجهة أي إنحراف صادر من المتعاقد معها عما تم التعاقد عليه، لتنفيذ العقد على نحو سليم ومرض، ولم يتأتى لنا ذلك إلا من خلال البحث عن مدى وجود هذه الضمانات والأساس القانوني الذي تقوم عليه، وكذا معرفة أهم القواعد الناظمة التي تحكمها وتضمن عقلنة استعمالها، كما لاحظنا أن هذه الضمانات تنقسم إلى نوعين وذلك بحسب المرحلة التي يمر بها العقد، وكذلك الطريقة التي ينفذ بها، وعليه لابد أن نشير إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها، والإقتراحات التي نراها ضرورية للأخذ بها.

أولاً: النتائج

- تجد هذه الضمانات أساسها في فكرة المرفق العام، غير أن إمتياز التنفيذ المباشر المخول لجهة الإدارة يعتبر سلاحاً فعالاً لتجسيدها على أرض الواقع .
- تعد هذه الضمانات في مجملها من النظام العام وليس بمقدور جهة الإدارة التنازل عنها أو تقييد حقها في ممارستها لها حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد.
- تعد سلطة الرقابة والتوجيه من أولى السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهي تأخذ معنيين : معنى ضيق وينحصر في الإشراف على تنفيذ العقد، والتأكد من أنه يسير وفقاً لما نص عليه العقد، ومعنى واسع يعطي لجهة الإدارة الحق في التدخل بطريقة التنفيذ وتوجيهها بطريقة أوسع مما هي عليه في الصورة الأولى دون إحداث تغييرات على العقد.
- تتضح الفائدة الحقيقية من تحويل جهة الإدارة سلطة الرقابة، حينما تتجاوز مدلولها الضيق "الإشراف" إلى الحد الذي يسمح لها بتوجيه المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد، وتوضيح كيفيات ذلك بما يخدم الصالح العام، وبما يمكن أن يشكله من ضمان لجهة الإدارة.

- تتفاوت مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على العقود الإدارية ضيقا واتساعا وبحسب طبيعة ونوع العقد المبرم، فبينما تكون في أوجها في عقود الأشغال العامة وعقود الإمتياز، نجد أنها تأخذ مظهرا أقل في عقود التوريد مما هو عليه في العقدين السابقين .

- تقتصر رقابة الإدارة مانحة الإمتياز على التحقق من كفالة سير المرفق العام محل الالتزام بإنظام وإضطراب، من خلال الإشراف على عمليات إستغلال المرافق العامة والإطلاع والمناظرة والتفتيش، دون أن تمتد بذلك إلى توجيه المتعاقد والتدخل في إدارة المرفق العام على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه على أساس أن حقها في الرقابة تنظيمي وليس تعاقدية كسائر المصالح العامة .

- أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف وبالرغم مما تشكله من ضمان لجهة الإدارة إلا أنها ليست سلطة مطلقة بل تبقى الإدارة أثناء استخدامها لها مقيدة ببعض القيود هما : قيد المشروعية وقيد عدم الغلو .

- لجهة الإدارة الحق في تعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو نقصانا في إلتزامات المتعاقد معها بغض النظر عما إذا كان العقد عقد أشغال عامة أو عقد توريد أو عقد إمتياز.

- إستعمال الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي مرهون بمجموعة من الضوابط والقيود التي يتعين على جهة الإدارة التقيد بها ومراعاتها عندما تنوي ممارستها .

- تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري مظهر من مظاهر السلطة العامة، وإحدى أهم الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة لمواجهة التغيرات التي تطرأ على العقد أثناء تنفيذه .

- تعد سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مجالا خصبا يحتوي على العديد من الضمانات المالية وحتى غير المالية المخولة لجهة الإدارة .

- بالرغم من إختلاف وجهات النظر في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، إلا أن كلها يدور في حلقة واحدة تجمع بين كلا من

الإتجاهين - السلطة العامة والمصلحة العامة - ألا وهي تحقيق النفع العام وضمان إستمرارية سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراد.

- للإدارة الحق في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة وفرضه جبرا على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته بغض النظر عن نوع التقصير الذي قد يقع فيه، وطبيعة العقد الإداري محل التنفيذ، وذلك وإن دل إنما يدل على جهد المشرع لتوفير الضمانات الضرورية والكافية لجهة الإدارة التي تسمح لها باقتضاء حقها مباشرة والضغط على المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته بشكل مرض، وإزاحة كافة العراقيل التي قد تعرقل مسيرة العقد بما قد يعود على سير المرفق العام بشكل سلبي .

- بإمكان الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، ولو لم يتضمن العقد نصا يقر لها بذلك، وحتى وإن نص على بعضها وأغفل بعضها الآخر فإنه يبقى من حقها توقيع جزاءات على المخالفات التي لم ينص عليها في العقد، ذلك أن الإدارة لا تستند في مباشرتها لهذا الحق إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، ومرجع ذلك كله ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره و انتظامه تحقيقا للمصلحة العامة.

- بإمكان جهة الإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ صادر من جانب المتعاقد معها استنادا إلى الضرر المفترض، باستثناء جزاء التعويض والذي يرتبط مفهومه بحجم الضرر عدما ووجودا.

- لاتزال إشكالية تحصيل التعويض تثير جدلا وسط الفقه، فبالرغم من اعتراف بعض التشريعات المقارنة لجهة الإدارة حق تحصيل التعويض بإرادتها المنفردة عن طريق أوامر بالدفع تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة مثلما هو معمول به في التشريع الفرنسي، نجد أن هناك من أعرض عن ذلك وأوجب على جهة الإدارة اللجوء إلى القضاء لتحصيله، وعلى الرغم من وجود إشارات دالة على أحقية جهة الإدارة في تحصيلها بإرادتها المنفردة إلا أنها لم تأتي بصفة واضحة وصريحة .

- إستعمال الإدارة للجزاءات الضاغطة مرهون بوقوع خطأ يكون على قدر كبير من الجسامة من جانب المتعاقد سواء كان مقاولاً أو مورداً أو صاحب إمتياز .

- تعتبر الجزاءات الضاغطة جزاءات مؤقتة، لا ينجر عنها إنهاء العقد الإداري محل التنفيذ بصفة نهائية.

- تعد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري هي الأخرى إحدى أهم الضمانات التي تم تخويلها لجهة الإدارة قصد تمكينها من مواجهة المتعاقد معها، كما أن أوجه الضمان فيها تتصف بالازدواجية :

الأول: تمكين جهة الإدارة من إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

الثاني : تمكين جهة الإدارة من إنهاء العقد في حال ما ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيماً، يفوق تلك الأضرار التي تخولها توقيع الجزاءات المالية أو الضاغطة .

وما لاحظناه على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري أيضاً هو أنه:

- لا يكون لجوء الإدارة إلى استعمال سلطتها في الإنهاء الجزائي (الصورة الثانية) إلا عند اقتراف المتعاقد معها لخطأ في غاية الجسامة، في حين يكون إنهاءها للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لمقتضيات تتطلبها هذه الأخيرة ودون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد.

- لا يمكن للمتعاقد إستحقاق أية تعويضات في حالة ماتم إنهاء العقد جزائياً لصدور خطأ من جانبه، بل على العكس يبقى من شأن الإدارة مطالبته بالتعويض، في حين يستحق تعويضاً كاملاً في حالة ما قامت الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، يشمل مالهقه من خسارة ومافاته من كسب .

- تخضع سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لشرطين أساسيين: أولهما أن يتوفر قرار الإنهاء على شرط المصلحة العامة، وثانيهما أن تتوافر فيه كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية.

- لا يمكن للإدارة فسخ العقد جزائياً إلا بعد ارتكاب المتعاقد معها خطأ في غاية الجسام، وبعد توجيه إعدار له توضح له فيه أوجه القصور على أمل أن يتداركها .

ثانياً : الاقتراحات

إن أهم الاقتراحات التي نرى ضرورة الأخذ بها في نهاية هاته الرسالة، مايلي :

- ينبغي على جهة الإدارة وهي بصدد استخدامها لهاته الضمانات " السلطات " ألا تتعدى الحدود التي رسمها لها المشرع أثناء ممارستها لها، وإلا كان ذلك منها تعسفا في استعمال السلطة.

- عقود الإدارة كثيرة ومتنوعة، وهو ما يستدعي المشرع إلى تقنين كل نوع على حدى دون الإكتفاء بعقد الأشغال العامة وبعض التعليمات الخاصة بعقود الإمتياز.

- ضرورة توضيح النسب التي يمكن أن تتخذها بعض أنواع الجزاءات المالية وشروط توقيعها وكذا حالات الإعفاء منها في مختلف العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة و دفاتر الشروط الملحقة بها وعلى رأسها غرامة التأخير شرحا وتفصيلا.

- إن المتأمل في دفاتر الشروط الإدارية العامة أو قانون الصفقات العمومية رقم 15 - 247 الجديد ولا حتى المراسيم التي سبقته، يجد أنها لم تشر صراحة إلى الجزاءات الضاغطة التي تملك جهة الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها، والتي لا يمكن إستنباطها إلا بعد القيام بمجهود فكري، بعكس التشريعات الأخرى والتي فصلت ونظمت أحكامها كلا على حدى بصورة مباشرة، وعلى ذلك نرى ضرورة نهج الطريق الذي اتخذه كل من المشرع الفرنسي والمصري ضمن هذا الصدد.

- وجوب التمييز بين إنهاء العقد الإداري كجزاء على خطأ المتعاقد الجسيم، وإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، و توضيح الحالات التي تدفع بالإدارة إلى ذلك، حتى لا تتعسف الإدارة في استعمالها لهذا الحق.

- إعادة النظر في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة وإضفاء بعض التعديلات عليه، أو حتى إلغائه، كون أن مواده لم تعد مسايرة لقوانين الصفقات العمومية التي تلت عملية إصداره والمعمول بها حالياً.

وختاماً أحمد الله عز وجل على توفيقني في إنجاز هذا العمل المتواضع، الذي هو عسارة مجهود بشري يعتريه النقص، فالكمال لله عز وجل وحده، فإن أصبت فمن الله، ومن جهود المشرف الذي لم يبخل على تقديم النصح والإرشاد لتصويب هذا العمل، وإن أخطأت فمن نفسي، وعلى الله التكلان .

قائمة الملحق

الملحق رقم (1) : أمر بالخدمة رقم 01 (تبليغ العقد وبداية الأشغال+إشعار)

الملحق رقم (2) : أمر بالخدمة رقم 02 (إيقاف الأشغال + إشعار)

الملحق رقم (3) : الإعذار 01

الملحق رقم (4) : فسخ تعاقدي لصفقة إنجاز مشروع

الملحق رقم (5) : فسخ بقوة القانون

الملحق رقم (6): الإعذار 02

الملحق رقم (1) : أمر بالخدمة رقم 01 (تبليغ العقد وبداية الأشغال)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :

دائرة :

بلدية:

رقم ترتيب التسجيل بالسجل :/2019.

رقم العملية :.....NE .

مقرر التسجيل رقم: .../م.ت.ع /2018 المؤرخ في/2018

الموضوع : الاتفاقية رقم :.../2018، مؤرخة في/2018، مبلغ الإتفاقية :

.....دج، تأشيرة المراقب المالي رقم ... مؤرخة في :/2018

مدة الإنجاز ستة (..) أشهر ابتداء من/2018.

أمر بالخدمة

السيد/

مدعو

إلى تنصيب الورشة والانطلاق في مشروع :

حرر، في/2019 .

رئيس المجلس الشعبي البلدي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :

دائرة :

بلدية:

رقم ترتيب التسجيل بالسجل :/2019.

رقم العملية : NE.....

مقرر التسجيل رقم: .../م.ت.ع/2018 المؤرخ في/2018

الموضوع: الاتفاقية رقم :.../2018، مؤرخة في/.../2018، مبلغ الإتفاقية :
.....دج ، تأشيرة المراقب المالي رقم ... مؤرخة في :/.. 2018 مدة
الإنتاج ستة (..) أشهر ابتداء من/.. 2018.

إشعار

أنا الممضي أسفله السيد/ رئيس الفرع الإقليمي.....

أصرح :

بأنني سلمت للسيد / ، نسخة مطابقة للأصل للأمر بالخدمة رقم
2019/ المؤرخ في/ 2019 المسجل بالسجل تحت رقم: 2019/

حرر في/.. 2019

المهندس الإقليمي

المؤسسة

الملحق رقم (2) : أمر بالخدمة رقم 02 (إيقاف الأشغال)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :

دائرة :

بلدية:

رقم ترتيب التسجيل بالسجل :/2019.

رقم العملية : NE..... .

مقرر التسجيل رقم: .../م.ت.ع 2018/ المؤرخ في/2018

الموضوع: الاتفاقية رقم :.../2018، مؤرخة في/.../2018، مبلغ الإتفاقية :

..... دج ، تأشيرة المراقب المالي رقم (...) مؤرخة في :

...../2018 مدة الإنجاز ستة (06) أشهر ابتداء من/.../2018.

أمر بالخدمة (للتوقف عن الأشغال)

السيد/

مدعو

إلى التوقف عن الأشغال لمشروع :..... وذلك للأسباب المبينة في

محضر المعاينة.

حرر في/.../2018

رئيس المجلس الشعبي البلدي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :

دائرة :

بلدية:

رقم ترتيب التسجيل بالسجل : /2019.

رقم العملية : NE.....

مقرر التسجيل رقم: .../م.ت.ع /2018 المؤرخ في/2018

الموضوع : الاتفاقية رقم :.../2018، مؤرخة في:/.../2018، مبلغ الإتفاقية :
..... دج ، تأشيرة المراقب المالي رقم ... مؤرخة في:/.../2018 مدة الإنجاز
سنة (06) أشهر ابتداء من/.../2018.

إشعار

أنا الممضي أسفله السيد/ رئيس الفرع الإقليمي

أصح :

بأنني سلمت للسيد / :.....، نسخة مطابقة للأصل للأمر بالخدمة للتوقف
عن الاشغال رقم /2018 المؤرخ في/2018 المسجل بالسجل تحت رقم: /2018 .

حرر في/09/2018

المهندس الإقليمي

المؤسسة

الملحق رقم (3) الإعدار رقم 01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بني شعيب، في _____
رئيس المجلس الشعبي البلدي
إلى
السيد/ دحمان رابح فرقة أولاد قويدر

ولاية : تيسمسيلت
دائرة : برج بونعامة
بلدية : بني شعيب
رقم :-2018
رقم 29 سيدي عنصري ولاية تيسمسيلت

الموضوع: ف/ ي اعذرا رقم 01

تبعاً للصفحة رقم 2017/03 المبرمة مع مؤسسة دحمان رابح للأشغال العمومية بسيدي العنصري ولاية تيسمسيلت من ا جل مشروع توسيع وتهيئة مسالك بدوار المكبرتة على مسافة 2300 م.ط والذي تم انطلاق الأشغال به بتاريخ 2017/08/23.

يؤسفني أن أوجه لكم اعذرا أولاً قصد :

- رفع وتيرة سير الأشغال.

- تزويد الورشة بالمواد المخصصة لنوعية الأشغال وفقاً للمميزات التقنية.

في حالة عدم الاستجابة للتوصيات المذكورة أعلاه في غضون 48 ساعة من تاريخ صدور هذا الأعدار ، سنتخذ كل الإجراء القانونية ضدكم بما فيها فسخ الصفقة .

رئيس المجلس الشعبي البلدي

نسخة للإعلام للسيد:

-رئيس الفرع الإقليمي للأشغال العمومية ببرج بونعامة.

الملحق رقم (4) وثيقة الفسخ التعاقدى

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :

دائرة :

بلدية :

وثيقة الفسخ التعاقدى لصفقة إنجاز مشروع

.....

بين السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المتصرف بإسم ولحساب البلدية المذكورة، من جهة و المؤسسة من جهة اخرى، اللذان قررا واتفقا على مايلي:

- بمقتضى القانون رقم 10-11 ، المؤرخ في 2011/06/22 ، المتعلق بالبلدية - بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لاسيما المادة 151 منه.

- بموجب الصفقة رقم 2018/././، المؤرخة في 2018/././، المتضمنة تنفيذ أشغال مشروع والمؤشر عليها من طرف المراقب المالي تحت رقم 2018/././، بتاريخ 2018/././.

- بناء على محضر الإجتماع ، المنعقد بتاريخ 2018/././ ،

المادة الأولى: تفسخ فسحا تعاقديا بالتراضي الصفقة رقم 2018/././ المؤرخة في 2018/././ ، المتضمنة تنفيذ أشغال مشروع

لأسباب التالية :

-

-

المادة الثانية: تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة

رئيس المجلس الشعبي البلدي

مؤسسة الإنجاز

الملحق رقم (5) فسخ بقوة القانون
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :

دائرة :

بلدية :

محضر إجتماع

في عام ألفين وثمانية عشر وفي اليوم الثالث من شهر جويلية على العاشرة صباحا إنعقد

بمقر البلدية إجتماع برئاسة السيد : رئيس المجلس الشعبي البلدي وبحضور السادة :

- :رئيس الفرع الإقليمي للأشغال العمومية .

- :مؤسسة الإنجاز .

جدول الأعمال : - دراسة وضعية مشروع :

السيد/ رئيس المجلس الشعبي البلدي يعلن عن افتتاح الجلسة، ويرحب بالحاضرين معه هذا

الاجتماع، ويذكرهم بمشروع : (.....) الذي إستقادت منه البلدية في إطار

برنامج المخططات البلدية للتنمية شريحة 2018 والذي أسند إنجازه لمؤسسة

ونظرا لتدهور الطريق في عدة أجزاء أخرى بسبب سوء الأحوال الجوية التي شهدتها المنطقة بتاريخ 24 و25

أفريل 2018 وهذا حسب محضر المعاينة التي قامت به المصالح التقنية ، وكذا طلب الفسخ الذي تقدمت

به مؤسسة الإنجاز مبررة إستحالة إنجازه بسبب التدهور الكلي للطريق، وعليه إتفق الأعضاء الحاضرين

على الفسخ الودي للإتفاقية الخاصة بالمشروع المذكور أعلاه.

أقفل هذا المحضر في حدود الساعة الحادية عشر من نفس اليوم والشهر والسنة المذكورين

أعلاه .

رئيس المجلس الشعبي البلدي

رئيس الفرع الإقليمي للأشغال

العمومية

مؤسسة الإنجاز

الملحق رقم (6) الإصدار رقم 2
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بني شعيب في _____
رئيس المجلس الشعبي البلدي
إلى
السيد/ زجار محمد عبد البديع تجزئة 106

ولاية : تيسمسيلت
دائرة : برج بونعامة
بلدية : بني شعيب
رقم : 2017-

قطعة عين الحجر رقم 365 بلدية
تيسمسيلت ولاية تيسمسيلت

الموضوع: إصدار رقم 02

تبعاً لدعواتنا لكم لاستئناف اشغال مشروع إعادة الاعتبار للممر الرابط بين طو رقم 05 ومدرسة المناعة
مسافة 300 م، ببلدية بني شعيب .

يؤسفني أن أوجه لكم إذاراً ثانياً وأخيراً قصد استئناف أشغال المشروع في أجل أقصاه 72 ساعة وإلا
سنضطر إلى القيام بالإجراءات القانونية المناسبة ضدكم مع تحملكم كافة الأضرار الناجمة عن ذلك.

رئيس المجلس الشعبي البلدي

نسخة للإعلام للسادة :

- رئيس دائرة برج بونعامة
- رئيس الفرع الإقليمي للأشغال
العمومية ببرج بونعامة

قائمة المراجع

أولا : الكتب

أ: المؤلفات العامة

1- باللغة العربية

- (1) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام - دراسة تحليلية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- (2) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة مع ملحق 1986، د . م . ج، الجزائر، 1986.
- (3) إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT ، ط 01، مؤسسة الطويجي، القاهرة، 2003.
- (4) إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006
- (5) إعاد محمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- (6) بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري الجوانب القانونية و الإدارية و الأدبية، - دراسة تحليلية و حلول مقترحة -، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2015
- (7) بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية في مصر وفرنسا - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- (8) جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- (9) جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة و تطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المكتبة العربية الحديثة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- (10) جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الإمتياز - دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء - ، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.

- (11) جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، ج 01، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2011.
- (12) جورج فوديل، بيار ديلفوفيه، القانون الإداري، ج 02، ترجمة منصور القاضي، ط 01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2008.
- (13) حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد الإداري - دراسة مقارنة -، ط 01، دار الرياحين للنشر والتوزيع، العراق، 2016 .
- (14) حسن محمد حسن علي البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير - دراسة مقارنة-، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- (15) حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري - النشاط الإداري) ، -دراسة مقارنة- ، ط 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- (16) حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015.
- (17) حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، دون سنة نشر .
- (18) حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري - دراسة تطبيقية مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 .
- (19) حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام - دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية - د.ج.ج، الإسكندرية، 2012 .
- (20) حمدي سليمان القبيلات، القانون الإداري، الجزء 02، الطبعة 01، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- (21) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية - العقود الإدارية في التطبيق العملي -، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

- (22) خالد خليل الظاهر، القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان - الأردن ، 1997.
- (23) خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة،- إبرام، تنفيذ، انتهاء-، - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2017.
- (24) خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017 .
- (25) رابحي أحسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2013.
- (26) رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية - عقود التوريد وعقود الأشغال العامة ، ط 01، دار المكتبي، دمشق، 1999.
- (27) زكرياء المصري، أسس الإدارة العامة (التنظيم الإداري - النشاط الإداري (، - دراسة مقارنة -، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- (28) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري - تنظيم القانون الإداري والإدارة المحلية / التنظيم القانوني للوظيفة العامة / نظرية العمل الإداري - ج 02، د . ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 .
- (29) شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، ط 01، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2013.
- (30) شمس الدين قاسم الخزاعلة، إشكاليات تنفيذ الأوامر التغييرية في عقود الفيديك وآلية تسويتها، ط 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2016 .
- (31) ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- (32) طعيمة الجرف، القانون الإداري - دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة - ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة - مصر، 1970 .
- (33) عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية - دراسة تشريعية ، فقهية وقضائية -، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2011 .

- (34) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية- الإبرام / التنفيذ / المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- (35) عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا و فقها وإجتهدا - دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، ط 02، بيروت- لبنان، 2013 .
- (36) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، د . س . ن.
- (37) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- (38) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، ط 01 ، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- (39) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 01 ، د . ط ، دار الفكر، د . س . ن ، د، ب، ن .
- (40) عبد الرؤف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ط 01 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- (41) عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري - نشاط الإدارة ووسائلها -، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- (42) عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، د . ج . ج ، مصر، 2008.
- (43) علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري - النشاط الإداري- أعمال الإدارة -، ج 02، د . ط 01، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- (44) علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر، 2012.

- (45) علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 01، دار وائل للنشر، الأردن، 2003 .
- (46) علي عبد الأمير قبيلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 01 ، ط 01، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت - لبنان، 2011.
- (47) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 01، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- (48) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط 03، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
- (49) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية - طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، الطبعة 05، جسور للنشر والتوزيع ، المحمدية - الجزائر، 2017 .
- (50) عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 02، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- (51) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط 03 ، د. م . ج، الجزائر، 2008.
- (52) لحسن بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج 1 ، د . ط ، دار هومة، الجزائر، 2002 .
- (53) لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية ، مصر، 2013 .
- (54) مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- (55) مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة 01، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- (56) مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.

- (57) مأل الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري -دراسة مقارنة-، ط 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
- (58) مأل الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري،- الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري / المناقصة العامة -، د . ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- (59) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط 02، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، 1998 .
- (60) محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- (61) محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، ط01، دار الراتب الجامعية، بيروت - لبنان، 1999.
- (62) محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني -الوظيفة العامة - القرارات الإدارية - العقود الإدارية - الأموال العامة -، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2012.
- (63) محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، دون بلد نشر، 2004.
- (64) محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلد نشر، 2011.
- (65) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة - الجزائر، 2005.
- (66) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2005.
- (67) محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2017.

- (68) محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط 01، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- (69) محمد أنس جعفر قاسم، العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم 1998/89 الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر - ، ط 04، دار النهضة العربية، د. ب . ن، 2007.
- (70) محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري -دراسة مقارنة- ، دار الفكر العربي، د . ب . ن، 1996 .
- (71) محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005 .
- (72) محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 06، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012.
- (73) محمد سليمان نايف شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، ج 02، سلطات الإدارة ووسائل النشاط الإداري، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- (74) محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ - دراسة مقارنة - ، د، ج ، ج ، الإسكندرية، 2001.
- (75) محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، د. ج. ج، الإسكندرية، 2011.
- (76) محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، القسم العام، د. ط ، د. ج . ج . ن، الإسكندرية، 1996.
- (77) محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية ، د . ط، دار الكتب المصرية، الإسكندرية، 2002 .
- (78) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004 (دراسة تحليلية لأراء الفقهاء وأحكام

وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الثاني - تنفيذ العقد الإداري، الجزء الثاني، دار المجد للطباعة، د . ب . ن، 2003.

(79) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثالث، دون دار نشر، د. ب. ن، 2003.

(80) محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى بداية القرن 21، د . د . ن، 2002.

(81) محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري - تنظيم الإدارة - نشاط الإدارة - وسائل الإدارة -، د، ج، ج، للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2013.

(82) محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية -دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق -، ط01، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 1998.

(83) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2010 .

(84) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

(85) مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، د . ج . ج ، الإسكندرية، 2005.

(86) مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، د . م . ج، الإسكندرية، 2007.

(87) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

(88) مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.

- (89) محمد حسين طاليلان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات -دراسة مقارنة-، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- (90) موريس نخلة، العقود الإدارية - إلتزامات الأشغال العامة والإمتيازات صفقات اللوازم والأشغال العامة -، دار المنشورات الحقوقية، د. ب. ن، 1986.
- (91) مولود ديدان، القانون الإداري -التنظيم الإداري - النشاط الإداري-، دار بلقيس، الجزائر، دون سنة نشر.
- (92) مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام - BOOT - ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- (93) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 02، لباد للنشر، الجزائر، 2007 - 2008.
- (94) نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة - دراسة في القانون المقارن- ، ط 03، د . د . ن ، د. ب. ن، 2001.
- (95) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2007 .
- (96) نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية -دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية ، لبنان، 2010 .
- (97) هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- (98) هاني علي الطهراوي، القانون الإداري ، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006 .
- (99) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015 .
- (100) وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي يثيرها عقد البوت BOT وما يماثلها - دراسة مقارنة-، د . ج . ج، الإسكندرية، 2011 .

(101) وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة -دراسة مقارنة-، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

2- باللغة الفرنسية

1) André de LAUBADERE, Jean-Claude VENZIA, Yves GAUDEMET ,TRAITE__DE DROIT ADMINISTRATIF,15^e édition,Tome 01 ,L.G.D.J,Paris,1999.

2) André DE LAUBAD2RE – Frank MODERE – Pierre DELVOLVE, Traite des contrats administratifs, Tome 01, L.G.D.J, 1983.

3) Ahmed MAHIOU, COURS D INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, 3 éditions, OPU, 1981.

4) Bonnard ROGER, préise de droit administratifs ,04 éme édition, L.G.D.J, Paris, 1943.

5) BENNADJI chrerif.La Concession de services publics en algerie.E N A ,1996 /1997.

6) Christophe GUETTIER, Droit des Contrats Adminstratifs,2éme edi,PUF,Paris,2011.

7) Deguit (L), Traite de Droit Constitutionnel, 3^{eme} ed, Tome 01 ,S.L.1927.

8) France – PAUL BENOIT, Le Droit administratif francais, Dalloz, Paris ,1968.

9) G.VEDEL ,Droit administratif, 5 éme édition ,Paris ,1973.

10) Jean- Marie AUBY, Robert DUCOS-ADER, DROIT. ADMINISTRATIF, 4éme édition, DALLOZ, PARIS , 1977.

11) jean- Marie AUBY & jean Bernard AUBY ‘Institutions Administrative’,7^{éme} édition. Dalloz.

12) JULIEN Pierre et TARMINA Gilles, voies d’exécution et procédures de distribution, L .G.D.J ,1^{ere} édition, Paris, 2000.

13) Laurent RICHER, Les contrats administratifs, 1^{ere} édition, Dalloz, paris, 1991.

14) Mohamed KOBTAN, Le régime juridique des contrats du secteur public, OPU, Alger ,1984.

- 15) Michel ROUSSET et Olivier Rousset ,Droit administratif,2^{ème}edition, Presses Universitaires de Grenoble,2004.
- 16) Marie- Christine ROUAULT, Droit administratif, Gualino éditeur, EJA – Paris ,2005 .

ب: المؤلفات المتخصصة

- (1) إسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- (2) حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماداتها - دراسة مقارنة - ، ط 01، المركز العربي للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 2017.
- (3) حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة - في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة - د . م . ج، الإسكندرية، 2013.
- (4) حمد محمد حمد الشلmani، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007.
- (5) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة -، ط 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010.
- (6) سامع عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة -دراسة مقارنة-، ط01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- (7) عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، د . ج . ج ، الإسكندرية - مصر، 2010
- (8) علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 1976.

- (9) فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
- (10) محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، د . ج . ن ، الإسكندرية، 2014.
- (11) محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية مقارنة-، ط 01، المركز العربي للنشر والتوزيع، ج . م . ع ، 2018 .
- (12) مدحت يوسف أبو غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014.
- (13) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، د . م . ج، الإسكندرية، 2013 .
- (14) هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية -، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

ثانيا : أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير

1- باللغة العربية

أ / أطروحات الدكتوراه

- (1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973 .
- (2) أكلي نعيمة، عقد الإمتياز في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 .
- (3) بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018.

- (4) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2011-2012 .
- (5) بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في العلوم، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 - 2009 .
- (6) خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 - 2015 .
- (7) دايم بلقاسم، النظام العام الوضعي والشرعي لحماية البيئة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003 - 2004 .
- (8) سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارية الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 - 2008 .
- (9) شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013 - 2014 .
- (10) ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية - حالة عقود الامتياز -، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2011 - 2012 .
- (11) محمد شريط، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 2016 - 2017 .

12) محمد موسى علي الشيخ ذيب، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في الأردن، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان - الأردن، 2015 .

13) مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين القضاء والتشريع في اليمن - دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006 .

14) محمد كمال توم حسين محمد، العقد الإداري بين النظرية والتطبيق في المملكة العربية السعودية - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، جمهورية السودان، 2012.

15) ميريام أكرور، الأجر في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1) ، 2014 - 2015 .

16) لكل مخلوف، عقد الإمتياز ودوره في تطوير الإستثمار - دراسة حالة العقار الصناعي -، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، 2017 - 2018 .

17) هنادي فوزي حسين، رقابة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2015.

18) ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري " الصفقات العمومية في الجزائر "، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008 - 2009 .

2- باللغة الفرنسية

1) Aiad SHWEKAT ,les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits Français et Libyen étude comparative , thèse de doctorat en science politique, universite de TOULOUSE , France,4 juin 2016.

2) FRIEDRICH Clemmy, Histoire doctrinale d'une mise en discours : Des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), Doctorat de l'université de TOULOUSE ,2016.

3) PEQUIGNOT George, Théorie générale du contrat administratif, thèse de doctorat, Montpellier, Paris, 1945.

4) Muhannad AJJOUR, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon –Assas Paris 02.

ب- المذكرات

- 1) أنيسة سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير في القانون- فرع المؤسسات -، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001 - 2002.
- 2) آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .
- 3) إكرام طالب بن دياب، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016 - 2017 .
- 4) بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل - ، 2009 - 2010 .
- 5) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام - فرع مؤسسات الدولة و المؤسسات العمومية-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 - 2009.
- 6) بسام سعيد جبير، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقد - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2001 .

- (7) بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، 2014 - 2015 .
- (8) جوادي نبيل، دفا تر الشروط في القانون الإداري الجزائري، دراسة متعلقة بعقود الإدارة العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
- (9) حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة - دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي -، رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015 .
- (10) حابي فتيحة، النظام القانوني لإنجاز صفقة الأشغال العمومية - في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المعدل والمتمم -، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .
- (11) خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة بين القانونين الأردني و الكويتي -، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012 .
- (12) رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1975 .
- (13) زيتوني بارة، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائري، الدفعة السابعة عشر، 2006 - 2009 .
- (14) سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .
- (15) شقطني سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع : قانون عام، شعبة : قانون إداري، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010 - 2011 .

- 16) عباس صادقي، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016 - 2017.
- 17) عبد الرزاق عريش، صلاحية الإدارة في التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1998 .
- 18) السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية -، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1994 .
- 19) عبد الحميد نصر الشريف، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2001-2004.
- 20) فهد بن ناصر بن سعد المسيعيد، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي - دراسة تأصيلية مقارنة بدول مجلس التعاون الخليجي -، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 1434 - 1435 .
- 21) فاطمة الزهرة فرقان، رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 - 2007.
- 22) محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ، - دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة تلمسان، 2013-2014.
- 23) مانع عبد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 - 2008.

24) هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارج عليها، مذكرة ماجستير في القانون العام الإقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017/2016.

25) هند أحمد موسى أبو مراد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون العام، الجامعة الأردنية، 1999.

ثالثاً: المقالات والمدخلات

أ / المقالات

1- باللغة العربية:

- 1) أيوب بن منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة - دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية -، مجلة جامعة الملك سعود، فرع العلوم الإدارية، المجلد 20، عدد 01، السعودية، يناير 2008 .
- 2) أيمن فتحي محمد عفيفي، غرامات التأخير في العقود الإدارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 01، العدد 02، جامعة الإسكندرية، مصر، 2016 .
- 3) إبراهيم محمد الحديثي، الغرامات في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي - دراسة مقارنة -، مجلة جامعة الملك سعود، المجلد 23 ، العدد 02، السعودية، جوان 2012 .
- 4) بن عبد المالك بوفلجة، تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، العدد 53، المغرب، مارس 2017.
- 5) بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد 38، العدد 19، كلية الحقوق، سوريا، 2016 .
- 6) بن جيلالي سعاد، النظام القانوني لعقد الإمتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، معهد العلوم القانونية

والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تسميلت، الجزائر، ديسمبر 2017 .

(7) بن شعبان علي، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، العدد 41، الجزائر، جوان 2014 .

(8) حسن محمد حسن علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة- ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54، العراق، 2012 .

(9) حسن محمد حسن علي البنان، حسام محسن عبد العزيز، الضمانات الإجرائية والموضوعية في مواجهة الغرامة التأخيرية قبل وأثناء توقيعها في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 06، العدد 20، العراق، حزيران 2016 .

(10) حابي فتيحة، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد 09، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، سبتمبر 2015 .

(11) خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة- ، مجلة بحوث مستقبلية، مركز الدراسات المستقبلية، كلية الحداية، العدد 18، 2007 .

(12) رياض عيسى، أحكام العقود الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة الحقوق، المجلد 11، العدد 04، الكويت، 1987.

(13) رمضان فريد ، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، باتنة، الجزائر، جوان 2017 .

(14) ضرار القزاز، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضغطية في العقود الإدارية ، - دراسة مقارنة- (فرنسا - مصر - سوريا)، مجلة جامعة البعث، المجلد 39 ، العدد 51، سوريا، 2017 .

(15) ضرار القزاز، الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدية في العقود الإدارية- دراسة مقارنة بين سورية وفرنسا ومصر -، مجلة جامعة البعث، المجلد 39 العدد 52، سوريا، 2017.

- 16) طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين في العقود الإدارية، المجلة الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني، د.س.ن .
- 17) علي يوسف الشكري، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة، المجلد الثامن، العدد 25، العراق، 2015 .
- 18) عادل الطبطباني، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية - دراسة مقارنة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي-، مجلة الحقوق، ع 3، س 11، جامعة الكويت، 1987.
- 19) عباد صوفية، عمار بوضياف، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 03، أدرار، الجزائر، 2018.
- 20) عباد صوفية، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد 02، الوادي، 2018.
- 21) عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، المجلد 09، عدد 17، جامعة النهرين، 2006.
- 22) علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الرابعة و العشرين، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000 .
- 23) عمار بوضياف، عقد الإمتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لإمتياز المرافق المحلية، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، المغرب، يوليو 2014 .
- 24) علي الخطار، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 07، العدد 05، الأردن، 1992 .
- 25) عبد الرحمن عباس إدعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 03، 2014 .

- (26) عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الإدارة والإقتصاد والقانون، عدد 35، جامعة 20 أوت سكيكدة 1956، 2013 .
- (27) عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014 .
- (28) فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة صاحبة المناقصة في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، ع 55، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، أبريل 2014 .
- (29) فاضل جبير لفته، سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 07، العراق، 2017 .
- (30) كمال العطرابي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، الوادي، جانفي 2018 .
- (31) لعماري أمال، بالة زهرة، عقد الإمتياز كطريقة لتسيير المرفق العام، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 01، جامعة الجبلاي بونعامة، خميس مليانة، 2018 .
- (32) محفوظ عبد القادر، التعديل الإفرادي لعقدي إمتياز المرفق العام والأشغال العامة - دراسة مقارنة -، مجلة جيل الدراسات المقارنة، العدد 2، أكتوبر، 2016 .
- (33) محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن والعشرون، المغرب، فبراير 2015 .
- (34) مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، العقود الإدارية وجزائها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 03، الأردن، 2016 .
- (35) محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997 .

- (36) منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة تحليلية مقارنة -، مجلة الشريعة والقانون، العدد 53، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013 .
- (37) مجدوب عبد الحليم، غرامات التأخير في العقود الإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت- الجزائر، ديسمبر 2017.
- (38) مجدوب عبد الحليم، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد الرابع، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2017.
- (39) نور عيسى الهندي، النظام القانوني للإسترداد في عقد الإمتياز، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 03، الأردن، 2017 .
- (40) نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتطبيقاته في النظام الأردني، دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 01، 2013.

2- باللغة الفرنسية :

1) -ZOUAIMIA Rachid, la délégation conventionnelle de service public à la lumière présidentiel du 16 septembre 2015,RARJ,n 01,2016.

ب/ المداخلات:

- (1) أحمد دياب شويديح، عقد التوريد و المقاوله في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، المؤتمر العلمي الدولي الثاني الإسلامي حول التحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007 .

(2) بوقطة فاطمة الزهراء، رقابة الدولة على تسيير أموال المرافق العمومية، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الإقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جيجل، 2011 .

(3) عصام بنحسن، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، جامعة عنابة، 2013 .

رابعاً: المحاضرات:

(1) سليمان السعيد، محاضرات في مقياس القانون الإداري - العقود الإدارية - ملقاة على طلبة السنة الثانية ل. م. د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012-2013.

خامساً : النصوص القانونية:

1- الوطنية

أ- الدساتير:

(1) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق لـ 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. ج. ج عدد 14 الصادرة بتاريخ 27 جمادى الأولى 1437 الموافق لـ 07 مارس 2016 .

ب- القوانين العادية :

(1) القانون رقم 17/83 المؤرخ في 05 شوال 1403 الموافق لـ 16 يوليو 1983 يتضمن قانون المياه، ج، ر، ج، ج عدد 30 الصادرة بتاريخ 08 شوال 1403 الموافق لـ 19 يوليو 1983.

(2) القانون رقم 05 / 07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 28 أبريل 2005 يتعلق بالمحروقات ، ج، ر، ج، ج. ع 50 الصادرة بتاريخ 12 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 19 يوليو 2005 .

(3) القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، ج، ر، ج، ج عدد 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أبريل 2008 .

(4) القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20/07/2008 الموافق لـ 17 رجب عام 1429 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 /12/1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج، ر، ج، ج عدد 44 المؤرخة في 03/08/2008 الموافق لـ 01 شعبان 1429.

(5) القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 . يتعلق بالمياه ، ج ، ر، ج، ج، عدد 60 صادر بتاريخ 30 رجب 1426 الموافق لـ 04 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 ، ج، ر، ج، ج ، عدد 04 ، الصادرة بتاريخ 19 محرم 1429 الموافق لـ 27 جانفي 2008 والقانون 02/09 المؤرخ في 09 جويلية 2009 ، ج، ر، ج، ج ، عدد 44 الصادرة بتاريخ 04 شعبان 1430 الموافق لـ 26 جويلية 2009 .

(6) القانون رقم 11 / 10 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق لـ 22 جوان 2011 ، يتعلق بالبلدية، ج، ر، ج، ج عدد 37 الصادرة بتاريخ 01 شعبان 1432 الموافق لـ 03 جوان 2011 .

ج - الأوامر:

(1) الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، ج. ر. ج. ج عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج، ر، ج، ج عدد 40، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

(2) الأمر رقم 08 - 04 المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، المؤرخ في 01 رمضان 1429 الموافق لـ 01 سبتمبر 2008 ، ج، ر، ج، ج ، 49 ، الصادرة بتاريخ 03 رمضان 1429 الموافق لـ: 03 سبتمبر 2008 .

(3) الأمر رقم 96 - 13 المؤرخ في 28 محرم 1417 الموافق لـ 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه، ج، ر، ج، ج عدد 37 الصادرة بتاريخ 29 محرم 1417 الموافق لـ 16 يونيو 1996.

د- المراسيم الرئاسية :

(1) المرسوم الرئاسي رقم 03 - 404 المؤرخ في 10 رمضان عام 1424 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال المرفق للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " الخليفة للطيران " وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج، ر، ج، ج. عدد 68 الصادرة بتاريخ 14 رمضان 1424 الموافق لـ 09 نوفمبر 2003 .

(2) المرسوم الرئاسي رقم 03 - 404 المؤرخ في 10 رمضان عام 1424 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 2003 ، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " آنتينيا للطيران " وكذا دفتر الشروط المرافق لها ، ج، ر، ج، ج. عدد 68 الصادرة بتاريخ 14 رمضان 1424 الموافق لـ 09 نوفمبر 2003 .

(3) المرسوم الرئاسي رقم 03 - 404 المؤرخ في 10 رمضان عام 1424 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 2003 ، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوح لشركة الطيران " إيكو إير الدولية " وكذا دفتر الشروط المرافق لها ، ج، ر، ج، ج. عدد 68 الصادرة بتاريخ 14 رمضان 1424 الموافق لـ 09 نوفمبر 2003.

4) المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، ج، ر، ج، ج عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

هـ - المراسيم التنفيذية:

1) المرسوم 88-131 الصادر بتاريخ 20 ذي القعدة 1408 الموافق لـ 04-07-1988 المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج، ر، ج، ج عدد 27 المؤرخة في 22 ذو القعدة 1408 الموافق لـ 06 يوليو 1988.

2) المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 17 شعبان 1414 الموافق لـ 29/01/1994 المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج، ر، ج، ج عدد 07 الصادرة بتاريخ 25 شعبان 1414 الموافق لـ 06 فيفري 1994 .

3) المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 17 أكتوبر 1994 يتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار، ج، ر، ج، ج عدد 67 الصادرة بتاريخ 14 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 19 أكتوبر 1994 .

4) المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1417 الموافق لـ 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتياز الطرف السريعة ج، ر، ج، ج عدد 55 الصادر بتاريخ 12 جمادى الأولى 1417 الموافق لـ 25 سبتمبر 1996.

5) المرسوم التنفيذي رقم 54 /08 المؤرخ في 2 صفر 1429 الموافق لـ 09 فيفري 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونطاق الخدمة المتعلق به، ج، ر، ج، ج عدد 08 الصادرة بتاريخ 6 صفر 1429 الموافق لـ 13 فيفري 2008.

6) المرسوم التنفيذي رقم 152/09 المؤرخ في 02/05/2009 الموافق لـ 7 جمادى عام 1430، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل على الأراضي

التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج، ر، ج، ج عدد 27، الصادرة بتاريخ 11 جمادى الأولى عام 1430 الموافق لـ 06 ماي 2009 .

(7) المرسوم المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 المؤرخ بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 02 أوت 2018 يتعلق بتقويض المرفق العام ، ج، ر، ج، ج عدد 48 الصادرة بتاريخ : 23 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 05 أوت 2018 .

و- القرارات :

(1) القرار المؤرخ في 1964/11/21 ج، ر، ج، ج عدد 06 الصادرة بتاريخ 19/01/1965 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

(2) القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس 2011 ، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وأجال نشره ، ج، ر، ج، ج. عدد 24 الصادرة بتاريخ 16 جمادى الأولى 1432 الموافق لـ 20 أبريل 2011 .

ز- التعليمات :

(1) التعليمات الوزارية المؤرخة في 1994/09/07 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها للسيد وزير الداخلية عبد الرحمن مزيان الشريف.

2-النصوص القانونية المقارنة

- في فرنسا :

1) Décret n 2007-2016 du 01 janvier 2016 portant code des marches publics [www.legifrance](http://www.legifrance.fr) FR dernière modification du texte le 02/01/2016.

2) Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

- في جمهورية مصر العربية :

(1) القانون رقم 14 لسنة 2009 المتعلق بتعديل أحكام قانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 منشور على الموقع الإلكتروني: <https://pal-lp.net> ، تاريخ الزيارة : 2017/03/02.

(2) القرار رقم 219 لسنة 2006 المتضمن تعديل بعض أحكام القرار رقم 1967 لسنة 1998 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://pal-lp.net>، تاريخ الزيارة: 2016/03/04.

(3) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بتاريخ 1998/05/08 ج. ر ، عدد 19 مكرر في 1998/05/08، منشور على الموقع الإلكتروني : www.monofeya.gov.eg تاريخ الزيارة : 2016/01/07.

- في ليبيا :

(1) لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية الليبية رقم (132) لسنة 2005، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://ssf.ly/wp-content/uploads/2012> ، تاريخ الزيارة : 2016/01/07.

- في اليمن :

(1) قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية باليمن رقم (23) لسنة 2007 ، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.yemen-nic.info> ، تاريخ الزيارة : 2016/01/07.

- في أبو ظبي :

(1) دليل المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات بمملكة أبو ظبي الصادر بموجب أحكام القانون رقم (06) لسنة 2008 المعدل بالقانون رقم (11) لسنة

2014 ، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://dmat.abudhabi.ae> ، تاريخ الزيارة: 2016/01/07.

- في تونس:

(1) الأمر عدد 1039 المؤرخ في 20 / 03 / 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الصادر بتاريخ 2014/03/18، منشور على الموقع الإلكتروني: www.google.com .

خامسا: الأحكام والإجتهادات القضائية

(1) قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145 قضية (ع. ط) ضد (و. ق حرف) المجلة القضائية الجزائرية العدد الأول ، 1991.

(2) قرار المجلس الأعلى الجزائري بتاريخ 1975/06/25، (دون رقم) نشرة القضاة، العدد الأول، 1978.

(3) قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 11950، فهرس 11952، المؤرخ في 2004/03/09، قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2004.

سادسا: المواقع الإلكترونية

[www.jora dp.dz](http://www.jora.dp.dz)

www.legifrance.gouv.fr

[www.consiel- etat.fr](http://www.consiel-etat.fr)

- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1902/01/10 المنشور على الموقع

الإلكتروني باللغة العربية : <http://www.lawjo.net> : شوهده بتاريخ : 2016/10/22

- محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، كتاب إلكتروني منشور على الموقع

www.pdf.factory تاريخ الزيارة : 2016/ 02/19.

- الصفقات العمومية و امتيازات التعديل: [www.droit-](http://www.droit-marocblogspot.com/2012/05/blog-post-1680.html)
marocblogspot.com/ 2012/ 05 blog post 1680.html, voir le
.24/03/2016

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
11	الباب الأول: الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة أثناء التنفيذ العادي للعقد الإداري
13	الفصل الأول: سلطة الرقابة و التوجيه كضمانة على التنفيذ السليم للعقد الإداري
13	المبحث الأول: ماهية سلطة الرقابة والتوجيه
14	المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه
17	الفرع الأول: المعنى الضيق
19	الفرع الثاني: المعنى الواسع
24	المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة و التوجيه
25	الفرع الأول: سلطة الرقابة المنصوص عليها
25	أولاً: الأساس التعاقدي " دفا تر الشروط "
28	ثانياً: الأساس التشريعي " النصوص التشريعية "
34	الفرع الثاني: المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة الرقابية
40	المبحث الثاني: القواعد الناظمة لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه
40	المطلب الأول: ضوابط ومميزات سلطة الرقابة والتوجيه
40	الفرع الأول: تمييز سلطة الرقابة عن غيرها من التصرفات القانونية المشابهة لها
41	أولاً: تمييز سلطة الرقابة و التوجيه عن سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري
42	ثانياً : التمييز بين سلطتي الإدارة الرقابية و الجزائية
43	ثالثاً : التمييز بين سلطة الرقابة و إجراءات الضبط الإدارية
46	الفرع الأول: ضوابط سلطة الرقابة
47	أولاً : الضابط العام
48	ثانياً: الضابط الخاص
50	المطلب الثاني: دراسة تطبيقية لسلطة الإدارة القانونية في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية

51	الفرع الأول: سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة
51	أولا : تعريف عقد الأشغال العامة
51	أ: التعريف التشريعي
52	ب: التعريف القضائي
53	ج : التعريف الفقهي
54	ثانيا: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة
55	أ: الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع
58	ب: تحديد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال
60	ج: الأمر باستبدال عمال المقاولة و اتخاذ معاونين و رؤساء ورش أكفاء لمعاونة المقاول في تنفيذ الأشغال
62	د : الأمر بهدم الأشغال المعيبة
63	هـ : الأمر بوقف الأعمال بصفة مؤقتة
65	الفرع الثاني : سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه على عقود الامتياز
65	أولا : تعريف عقد الامتياز
65	أ- التعريف التشريعي
67	ب-التعريف القضائي
68	ج- التعريف التشريعي
75	ثانيا : مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود الامتياز
75	أ- الرقابة التقنية
77	ب-الرقابة المالية
79	ج- الرقابة الإدارية
81	الفرع الثالث: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد والخدمات
81	أولا: تعريف عقد التوريد
81	أ- التعريف التشريعي
82	ب-التعريف القضائي
82	ج- التعريف الفقهي
84	ثانيا : مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد
85	أ- عقود التوريد العادية

87	ب- عقود التوريد الصناعية
88	1- الرقابة الفنية
88	2- الرقابة المالية
89	3- الرقابة الإدارية
91	الفصل الثاني: سلطة التعديل الإفرادي كضمانة على مواجهة ومجابهة التغيرات التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري
92	المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
93	المطلب الأول: موقف كل من الفقه و التشريع و القضاء من سلطة التعديل الإفرادي
94	الفرع الأول : موقف الفقه من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
95	أولاً: الاتجاه المؤيد
95	أ- في الفقه الفرنسي
98	ب- في الفقه العربي
100	ثانياً : الاتجاه التقييدي
101	ثالثاً: الاتجاه المنكر
107	الفرع الثاني : موقف الاجتهاد من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
113	الفرع الثالث: موقف التشريع من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
119	المطلب الثاني :الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
120	الفرع الأول: السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
122	الفرع الثاني : المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
126	المبحث الثاني: القواعد الناظمة لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
127	المطلب الأول : ضوابط ممارسة سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري
128	الفرع الأول: وجوب عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد
132	الفرع الثاني: وجود ظروف مستجدة تستدعي التعديل
135	الفرع الثالث: وجوب احترام قواعد المشروعية أثناء ممارسة سلطة التعديل
137	الفرع الرابع: وجوب صدور قرار التعديل خلال فترة سريان العقد
139	الفرع الخامس: وجوب إقتصار التعديل على موضوع العقد
142	المطلب الثاني: دراسة تطبيقية لسلطة الإدارة القانونية في تعديل العقود الإدارية
143	الفرع الأول : مظاهر و صور سلطة التعديل الإفرادي في عقود الأشغال العامة

145	أولاً- التعديل في مقدار و حجم التزامات المقاول
147	ثانياً- التعديل في طرق و وسائل التنفيذ
149	ثالثاً- التعديل في فترة التنفيذ
150	الفرع الثاني : مظاهر وصور سلطة التعديل الإفرادي في عقود الامتياز
154	أولاً: التعديل في حجم أو نوعية الخدمات المتفق عليها
156	ثانياً : التعديل في طرق ووسائل التنفيذ
157	ثالثاً : التعديل في مدة التنفيذ
158	الفرع الثالث: مظاهر وصور سلطة التعديل في عقود التوريد
158	أولاً: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ
159	ثانياً: التعديل في مقدار والتزامات المتعاقد
160	ثالثاً: التعديل في فترة التنفيذ
162	الباب الثاني: الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري
164	الفصل الأول : سلطة توقيع الجزاءات كضمانة على مواجهة تقصير ونكول المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية
165	المبحث الأول : المبادئ والأسس العامة التي تحكم النظام القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية
166	المطلب الأول: الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري
167	الفرع الأول : فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية
168	1- موقف الفقه في فرنسا
170	2- موقف الفقه العربي
172	الفرع الثاني : مبدأ انتظام سير المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية
172	1- موقف الفقه في فرنسا
174	2- موقف الفقه العربي
176	المطلب الثاني : خصائص وحدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية
177	الفرع الأول : الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الإداري
177	أولاً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة " امتياز التنفيذ المباشر "

180	ثانيا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية دون حاجة إلى النص عليها في العقد
183	ثالثا : سلطة الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء
184	رابعا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر
185	الفرع الثاني : حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها
186	أولا :ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه
189	ثانيا : خضوع قرارات الإدارة الفاضية إلى توقيع الجزاء لرقابة القضاء
192	المبحث الثاني : أنواع الجزاءات المخول لجهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في نطاق تنفيذ العقد الإداري
192	المطلب الأول : الجزاءات المالية
194	الفرع الأول : غرامة التأخير
195	أولا : مفهوم غرامة التأخير
195	أ:تعريف غرامة التأخير
197	ب: خصائص غرامة التأخير
197	1- الغرامات التأخيرية تحدد مسبقا"اتفاقية"
199	2-ذات طبيعة تلقائية
200	3- لا محل للغرامة قبل انتهاء مدة العقد
200	4-الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إدارية
201	ج: التمييز بين غرامة التأخير والنظم المشابهة لها
202	1- تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي
203	2- التمييز بين الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية
205	ثانيا: القواعد الناظمة لفرض غرامة التأخير وحالات الإعفاء منها
205	أ - شروط استحقاق غرامة التأخير
205	1- أن يتضمن العقد الإداري نصا يخول لجهة الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير
206	2- تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية
207	3- الضرر
207	ب- كيفيات احتساب غرامة التأخير
210	ج- حالات الإعفاء من غرامة التأخير
212	الفرع الثاني: مصادرة التأمين (ضمان حسن التنفيذ)

213	أولاً: تعريف جزاء مصادرة التأمين
215	ثانياً: كيفيات وطرق مصادرة التأمين
217	ثالثاً: خصائص جزاء مصادرة التأمين
218	رابعاً: جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض
221	الفرع الثالث: التعويض
221	أولاً: تعريف جزاء التعويض
223	ثانياً: شروط الحكم بالتعويض
223	1- الخطأ العقدي
224	2- تحقق الضرر
224	3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر
225	ثانياً : كيفيات تقدير وتحصيل التعويض
228	المطلب الثاني: الجزاءات الضاغطة - الضمانات غير المالية -
230	الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة
231	أولاً : الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول المقصر
233	ثانياً : شروط سحب العمل من المقاول
233	1- وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول
235	2- ضرورة إعدار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه
236	ثالثاً: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة
238	الفرع الثاني: وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز الإداري
240	أولاً : الطبيعة القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة
241	ثانياً : الأفعال المبررة لوضع المرفق تحت الحراسة
242	ثالثاً : الآثار القانونية لجزاء فرض الحراسة
243	الفرع الثالث: الشراء على حساب المورد المقصر
245	أولاً : الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد المقصر
247	ثانياً: شروط توقيع الإدارة لجزاء الشراء على حساب المورد
248	ثالثاً: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد
250	الفصل الثاني: سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري كضمانة تتطلبها مقتضيات الصالح العام

250	المبحث الأول: موقف الفقه والتشريع والاجتهاد من سلطة الإدارة في الإنهاء الإداري للعقد الإداري بإرادتها المنفردة وأساسها القانوني
251	المطلب الأول: موقف الفقه والتشريع والاجتهاد من سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة
254	الفرع الأول: موقف الفقه من سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة
254	أولاً: الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في إنهاء العقد حتى بدون نص
255	1- حالة الإنهاء الإداري لدواعي المصلحة العامة
258	2- حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم
259	ثانياً : الاتجاه المعارض لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بدون نص
260	1- حالة الإنهاء الإداري لدواعي المصلحة العامة
261	2- حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم
261	الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإنهاء الإداري للعقد الإداري
262	أولاً : حالة الإنهاء الإداري لدواعي المصلحة العامة
265	ثانياً : حالة إنهاء العقد لخطأ المتعاقد الجسيم
267	الفرع الثالث: موقف المشرع من سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري
267	أولاً : حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة
268	ثانياً : حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم
270	المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري
270	الفرع الأول: الأساس القانوني القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة
273	الفرع الثاني: الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام
274	الفرع الثالث: الأساس القانوني المزدوج القائم على فكرة المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة
276	المبحث الثاني : القواعد الناظمة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري
276	المطلب الأول : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإداري للعقد الإداري
277	الفرع الأول : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة
277	أولاً: أن يكون إنهاء العقد الإداري صادراً من أجل تحقيق المصلحة العامة
284	ثانياً : يجب أن يكون قرار الإنهاء قرراً
286	الفرع الثاني : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإداري للعقد الإداري لخطأ المتعاقد

	الجسيم " الفسخ الجزائي "
287	أولاً : مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية "الخطأ الجسيم"
290	ثانياً : إعدار المتعاقد بالإنتهاء
292	المطلب الثاني : صور وتطبيقات سلطة إنهاء الإدارة للعقد الإداري
293	الفرع الأول : سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز
293	أولاً : الإسقاط كصورة من صور الإنهاء الانفرادي لخطأ المتعاقد الجسيم في عقد الامتياز
295	1-أن يرتكب الملتزم خطأ جسيماً
297	2- إعدار الملتزم
298	3- أن يتم الإسقاط بحكم قضائي
299	ثانياً : الاسترداد كصورة من صور الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة في عقد الامتياز
302	1- الاسترداد التعاقدية
303	2- الاسترداد التشريعي
305	3-الاسترداد غير التعاقدية
305	الفرع الثاني : مظاهر سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة
306	أولاً : سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة بسبب خطأ المقاول الجسيم
309	أ-أنواع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة
309	1- الفسخ المجرد
310	2 - الفسخ على حساب مسؤولية المقاول
313	ب- شروط استخدام جزاء فسخ عقد الأشغال العامة
314	1- ارتكاب المقاول لخطأ جسيم
315	2- إعدار المقاول
317	ثانياً: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة
318	أ-أن يكون الإنهاء صادراً قبل إنهاء العمل المنتق عليه بالعقد
319	ب- وجود مصلحة عامة تقتضي إنهاء عقد الأشغال العامة
320	الفرع الثالث : مظاهر سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري
320	أولاً : سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري نتيجة لخطأ المورد الجسيم
322	أ- أنواع الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري
322	1- الفسخ الجزائي البسيط (المجرد)

322	2- الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد
323	ب- أسباب توقيع جزاء فسخ عقد التوريد الإداري
324	ثانيا : سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة
327	الخاتمة
334	الملاحق
343	المراجع
374	الفهرس

تم بتوفيق الله وعونه

الملخص :

تعتبر العقود الإدارية من أهم الأعمال القانونية التي تقوم بها جهة الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على سير المرافق العامة التي تديرها بانتظام واضطراد، ولما تجلى هدف الإدارة في تحقيق ذلك، فإنه كان لزاما على المشرع إحاطة عملية تنفيذ هذه العقود بمجموعة من الضمانات القانونية التي تكفل لها ذلك وتحققه لها على أحسن وجه، من خلال السماح لها بالتدخل في عملية مراقبة تنفيذ العقد، وإضفاء ما يلزم من تعديلات عليه بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، وكذا توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، فضلا عن تخويلها حق إنهاء العقد الإداري إذا ما ارتكب المتعاقد معها خطأ في غاية الجسامه أو قدرت بأن إنهاء العقد يقتضيه الصالح العام .

الكلمات المفتاحية: العقود الإدارية، المصلحة العامة، مرفق عام، الضمانات المالية، الجزاءات الضاغطة، التعديل الانفرادي، سلطة الرقابة والتوجيه، سلطة الإنهاء.

Résumé:

Les contrats administratifs sont l'un des actes juridiques les plus importants accomplis par l'administration afin de réaliser l'intérêt public et de maintenir le fonctionnement des installations publiques qu'elle administre régulièrement, ce qui a obligé le législateur à informer de la mise en œuvre de ces contrats moyennant un ensemble de garanties juridiques. Afin de pouvoir intervenir dans le processus de suivi de l'exécution du contrat et d'apporter les modifications jugées plus conformes à l'intérêt public, ainsi que par l'imposition de sanctions au contractant qui manquerait à ses obligations, Pour leur droit Résiliation du contrat administratif si le contractant commet une grave erreur ou estime que la résiliation du contrat est requise par l'intérêt public.

Mots-clés: Les contrats administratifs, avantage publics, utilitaires publics, garanties financières, sanctions à la pression, modification unilatérale, autorité de contrôle et de direction, Le pouvoir de résilier.

Summary:

Administrative contracts are one of the most important legal acts performed by the administration in order to achieve the public interest and to maintain the operation of the public facilities it administers regularly, which obliged the legislator to inform of the implementation of these contracts with a set of legal guarantees. In order to be able to intervene in the process of monitoring the execution of the contract and to make the modifications judged more in accordance with the public interest, as well as by the imposition

of sanctions to the contractor who would fail in his obligations, For their right Termination of the administrative contract if the contractor makes a serious mistake or considers that the termination of the contract is required by the public interest.

Keywords: Administrative contracts, Public Interest, Public Sphere, Financial garanties, pressure sanctions, unilateral amendement, supervisor and management autorité, The Finishing Power.