

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون العام



مظاهر السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق

تخصص: قانون عام

تحت إشراف:

أ.د. دايم بلقاسم

من إعداد الطالب:

دحماني محمد

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	أستاذة محاضرة "أ"	د. دايم نوال
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ محاضر "أ"	د. بوزيدي خالد

السنة الجامعية: 2022-2023

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

شكر ونقابة

الحمد لله الذي تم بنعمته الصالحات،

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم والمعرفة ووفقي لإتمام هذه الرسالة المتواضعة

راجيا منه عز وجل التوفيق والسداد،

بمناسبة إنجاز هذا العمل المتواضع، أتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور دايم بلقاسم الذي قبل الإشراف على هذه المذكرة وعمل على الإلمام بأفكاري المبعثرة، والذي لم يتوانى ولو للحظة في إسدائي التوجيهات والنصائح القيمة في تقويم هذه الرسالة، وكذا الشكر الموصول لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة على رحابة صدرهم وتكبدهم عناء مناقشة وتصويب هذه الرسالة، أخص بالذكر كل من الأستاذ بدران مراد الذي وافق على رئاسة لجنة المناقشة، والأستاذين الفاضلين بوزيدي خالد ودايم نوال اللذان قبلان أن يكونا مناقشان في هذه اللجنة، كما أتقدم بالشكر كذلك إلى الأساتذة مقنافي إسمهان على مساعدتها القيمة، وإلى جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة تلمسان، ولكل من ساعدني من بعيد أو من قريب ولو بفكرة في إنجاز هذه المذكرة، وإلى كل من أمد لي يد العون ولو بالكلمة الطيبة أو بالدعاء.

الطالب الباحث :

دحماني محمد

الأمم

إلى من هما مسببات وجودي اللذان كرسا جهدهما المادي والمعنوي من أجل نجاحي في مشواري،
إلى من وضعتني على طريق الحياة وجعلتني ربط الجأش، وراعنتني حتى صرت كبيراً، إلى أحن قلب
عرفته البشرية أُمِّي العزيزة الغالية طيب الله ثراها وأسكنها فسيح جنانه.

إلى صاحب السيرة العطرة والفكر المستنير، لقد كان له الفضل الأول في بلوغي التعليم العالي
والذي الحبيب أطال الله في عمره،

إلى زوجتي العزيزة رفيقة دربي،

إلى أفضل وأجمل ما أملك في هذا الوجود إبنائي آدم ياسين وأمير.

إلى من قاسموني حلو الحياة ومرها، من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب إخوتي
جمال، أحمد وفاطمة

إلى كل العائلة الكريمة بدون إستثناء، وإلى الأصدقاء والأحبة كل باسمه،

إلى زميلاتي وزملائي في العمل، خاصة من كان لهم شديد الأثر في مساعدتي

بإسدائي النصائح القيمة وتشجيعي، والذين لم يتأخروا يوماً عن تقديم الدعم

والنصيحة والرأي السديد ولو بالكلمة الطيبة.

إلى جميع أساتذتي الكرام، ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي

أهدي إليكم هذا العمل المتواضع.



قائمة المختصرات

أولا/ -المختصرات باللغة العربية:

ب.س: بدون سنة.

ب.س.ن: بدون سنة نشر.

ت.ص.ع: تنظيم الصفقات العمومية.

ج : جزء.

ج.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

س : سنة.

س.ج: سنة جامعية.

س.ق: سنة قضائية.

ف: فقرة

ق: قسم.

ق.أ.ع.و.ع: القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية.

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

ق.م: القانون المدني.

ق.ع: قانون العقوبات.

ص: الصفحة

ط : الطبعة.

م : المادة.

م.د.ج: مجلس الدولة الجزائري.

م.د.ف: مجلس الدولة الفرنسي.

ثانيا/ - المختصرات باللغة الفرنسية :

AJDA: Actualité juridique du droit administratif.

BOAMP: le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics

CAA: Cour administrative d'appel.

CC: Conseil Constitutionnel.

CC: CODE CIVIL.

CE: Conseil d'Etat.

CP : Code penal.

Edi: édition.

ENA: Ecole Nationale d'Administration

JCA.Fasc: Juris-classeur administrative – Fascicule

JORADP: journal officiel de la republique algerienne

JORF: Journal Officiel de la République Française

G.A.J.A : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative

Ibid: meme ouvrage precedent

LG.D.J: Librairie Générale de droit de la Jurisprudence.

M.P: Marchés publics.

N°: Numéro

Op. Cit: Ovrage prés cite

P: Page

PUF: Presses universitaire de France

RCDSP: Revue de concession et de délégation de service public.

RDP: Revue de droit public.

R.F.D.A: Revue française de droit administratif.

R.P: Référence précédemment

T.A: Tribunal Administratif

Tc: Tribunal des conflits.

T: Tome.

V: Volume

مقدمة

لقد شهد القرن الماضي تطوراً هائلاً في مجال تدخل الدولة واتساع مجالات السلطة العامة، حيث بلغ نشاط الدولة وازدياد مجالاتها حداً كبيراً في جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فهي تقوم بدور الموجه والمخطط والمنظم والمنتج، فضلاً على أنها أصبحت تحتل مجالات عديدة من النشاطات الاقتصادية والتي اعتبرت سابقاً حكراً على الأفراد، فبعد أن كانت وظيفة الدولة تقتصر على حماية الأمن الداخلي والدفاع الخارجي والقضاء أصبحت وظيفتها اليوم واسعة، من خلال إشرافها على جميع نواحي الحياة، وبناء على ذلك فإن الحاجة الملحة للدولة تقتضي وجود مرافق مختلفة لأداء وظيفتها الجديدة، وتزداد حاجة الدولة إلى إقامة هذه المرافق كلما تعاظم دورها في النشاط الاقتصادي والاجتماعي والثقافي من خلال تأثير مختلف المفاهيم الاشتراكية وغيرها من المفاهيم الأخرى، وعلى ضوء خطط التنمية الاقتصادية.

إن تداخل وترابط العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع الواحد يحتم لضرورة ظهور سلطة أيا كان شكلها تتولى مهمة تنظيم وتحديد هذه الروابط والعلاقات، حتى ترسم لكل منهم الطريق الذي يجب أن يسلكه كل فرد ينتمي لذات المجتمع، ليؤمن الجميع شر المنازعات والفتن وحتى لا تنقلب الحياة داخل هذا المجتمع إلى فوضى تضيع في صخبها كل القيم، هذه السلطة التنظيمية تضم كافة الهيئات الحاكمة في الدولة، كتلك التي تتولى مسؤولية وضع القواعد القانونية اللازمة لترتيب سلوك الأفراد في الدولة وتنظيم أعمالهم وعلاقاتهم ببعضهم البعض، وكذلك علاقاتهم بالهيئات الحاكمة ذاتها، علاوة على علاقات هذه الهيئات فيها بينهما.

من هنا يتعين على أفراد كل المجتمع أن يرتضوا قيام سلطة تحكمهم، يدينون لها بالولاء والطاعة، ليس للأشخاص القائمين على هذه السلطة، وإنما لما يصدر عنهم من قواعد قانونية تستهدف الحفاظ على أهداف المجتمع وغاياته، حتى ولو استخدمت القوة في تنفيذ ذلك أحياناً، إيماناً منهم أنه من الصالح العام أن توجد سلطة عليا يخول لها مهمة التنظيم والتوجيه داخل الدولة ولا تستأثر السلطة العليا في الدولة هيئة واحدة، بل تتقاسم مظاهر هذه السلطة كلا من السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية، هذه الأخيرة التي تتولى ممارسة الوظيفة الإدارية يحكمها في ذلك القانون الإداري، والذي يعد أحد فروع القانون العام الداخلي، يتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق على الإدارة باعتبارها سلطة عامة، فقواعد القانون الإداري ترسم للإدارة الحدود التي يجب عليها أن لا تتخطاها حتى لا تتعسف في استعمال سلطاتها، كما تقرر هذه القواعد الجزاءات التي توقع على الإدارة حين تتجاوز حدود المشروعية،

إذ يمكن للأفراد أو الجهات ذات العلاقة الطعن في القرارات الإدارية غير المشروعة أمام القضاء الإداري بطلب إلغائها، أو التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من جرائها، وبالتالي يظهر جليا أهمية القانون الإداري باعتباره القانون الذي يحكم تكوين وتنظيم السلطة الإدارية، ويحدد اختصاصاتها، وعلاقتها بالأفراد ومدى تدخلها في تنظيم أنشطتهم وتوجيهها ضمن الأطر التي يرسمها القانون، دون تجاوز أو تعسف وهي تخضع في كل ذلك لرقابة القضاء.

ولكي تؤمن الدولة أداء وظيفتها وإشباع حاجات الجمهور وإنجاز المشروعات الاقتصادية خاصة مشروعات خطط التنمية، فإنها تلجأ إلى أهم الوسائل التي تكفل لها حسن أداء هذه المهمة بأفضل الطرق وأحسنها، ولعل أهمها العقود الإدارية التي يمكن اعتبارها من أنجع الأساليب التي تتبعها الإدارة لقيامها بهذه المهمة، بيد أن هذه الأخيرة كثيراً ما تلجأ عند ممارسة نشاطها إلى طريقة التعاقد، سواء كان ذلك التعاقد بين الهيئات الإدارية ذاتها أو بينها وبين الأفراد أو حتى الشركات الخاصة لغرض إدارة المرافق العامة وتسييره، أو لأجل إقامة المنشآت والأشغال العامة، فهي 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.¹

تجدر الإشارة أن الفقه والقضاء سلم كل منهما في الوقت الحاضر بأن روابط القانون الخاص تختلف بطبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ولا تطبق وجوبا على روابط القانون العام إلا إذا وجد نصا يقضي بذلك صراحة، وإن لم يوجد فلا يلزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما كما هي، وإنما تكون له حرية واستقلاله التام في إيجاد وابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها، كما له تطويرها بما يمكنه تحقيق هذا التلازم والترابط، من هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما، بل هو في أغلب الظن قضاء إنشائي لا مرد له من خلق الحلول المناسبة والملائمة، وبهذا أرسى القواعد لنظام قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط

¹ - نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص15.

القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها وإيجاد مركز التوازن والملائمة بين ذلك وبين المصالح الفردية.¹

وعليه فلا مجال للمقارنة بين الآثار التي يربتها العقد الإداري وبين آثار نظيرتها الخاصة، نظرا للتباين الشديد الحاصل بينهما، فالمبادئ التي ترتبط بالعقود الخاصة كمبدأ سلطان الإرادة والطابع الإلزامي للعقد وقاعدة ثبات العقد وعدم قابليته للتغيير وكذا مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة التي لا وجود لها في العقود الإدارية، فمجالها الطبيعي والصحيح هو العقود الخاصة، ولا يصح ولا يستقيم تطبيق تلك المبادئ في عقود تكون الإدارة العامة طرفا فيها، حيث يتقرر للمصلحة المتعاقدة كطرف في العقد جملة من السلطات غير المألوفة في العقود الخاصة، والتي تجعلها في مراكز أسمى وأقوى بالمقارنة مع شركائها في العقد.

فالعقود الإدارية بحسب الفقيه "جيز" تفترض متعاقدين يعرفون بل وهم على علم مسبقا أن العلاقات القائمة بينهما لا تخضع لمبدأ المساواة لأن الإدارات العامة وهي أحد طرفي العقد تتولى تسيير المرافق العامة من جهة وتأمين ديمومتها من جهة ثانية فهي بذلك تمثل المصلحة العامة، وبالتالي فالعقود الإدارية تختلف عن المدنية كليا وبصورة خاصة من حيث الآثار الناتجة عن كل منهما على حسب تعبير "جيز"، وفي مقابل ذلك وخوفا من الإضرار بمركز المتعاقدين مع الإدارة ومن تعسفها في مواجهتهم، فإنه قد تقر لهم حقوقا غير مألوفة في روابط القانون الخاص، وهي التي تمثل في واقعها قيودا والتزامات تقع على المصلحة المتعاقدة، حتى إذا كان بعض كبار القانونيين كالفقيه "ليون دوجي"² اعتبر أن لا فرق في العمق بين العقد الإداري والعقد المدني، إلا أن غالبية الفقهاء اختلف على استقلالية نظرية العقد الإداري (نظرية الفقيه جيز)³ لأن مفاعيل العقود الإدارية تختلف عن قرينتها في العقود المدنية، فمفهوم العقد هو نفسه سواء كان إداريا أم خاصا لأنه اتفاق بين إرادات تنتج أوضاع قانونية ذاتية، إلا أنهما يختلفان في النظام

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية وآثارها القانونية-دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق-، المؤسسة الحديثة للكتاب-طرابلس- لبنان-الطبعة الاولى-، 1998، ص05

² - ليون دوجي هو فقيه قانوني فرنسي، ولد في 04 فيفري 1859 وتوفي في 18 ديسمبر 1928، يعتبر من أوائل المفكرين المنظرين لدولة القانون

في أوروبا ليستحق بجدارة المكانة العلمية المرموقة في الأوساط الأكاديمية الحقوقية.

³ - الفقيه الفرنسي " جيز " الذي يعتبر من أوائل الفقهاء الذين عملوا على إبراز نظرية العقود الإدارية، وهو الأمر الذي دفع بعدة فقهاء ومن بينهم

الفقيه " فيدال " الذي نعتته بأب نظرية العقود الإدارية.

القانوني، حيث يخضع القانون الإداري لقواعد تختلف جوهريا عن القواعد التي تحكم عقود القانون الخاص، ونجد أن سبب هذا الاختلاف في متطلبات حسن سير المرفق العام، حيث يكمن التباين بينهما في أن العقود الخاصة تكون مصالح الأفراد متساوية ولا فرق بينهم، أما العقود الإدارية فالهدف منها تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجات الجمهور وإشباعه، مما يجعل من هذه المصالح غير متساوية البتة، إلا أنه لا بد ومن الضرورة معرفة ما إذا كنا أمام عقد إداري أم عقد مدني، حيث إن بعض هذه العقود هي دوما عقود إدارية خصوصا لما تكون طبيعة العقد محددة في القانون أو إذا كان موضوعها التزام مرفق عام، أما بالنسبة للعقود الأخرى كعقود الخدمات مثلا فهي تارة إدارية وطورا مدنية.¹

ومن هنا تظهر للعيان الاعتبارات الموجهة لعمل القضاء الإداري، حيث تكمن بصورة واضحة وجلية خاصة أن القواعد القضائية التي تظهر في نطاق العقود الإدارية هي من وجهة النظر الإبداعية تحمل طابع الخبرة التامة وتشكل في الوقت ذاته الصفات الخاصة لقواعد العقود الإدارية، هذه الصفات التي تعتبر من القيمة والأهمية بحيث لا يمكن إهمالها، بل يقتضي دائما الالتفاف إليها لبحث خصائصها واستعراض نتائجها، وإذا كان نظام العقود الإدارية بخصائصه المعترف له بها لا يزال مدعاة للجدل والمثير للاهتمام، فذلك لأن مفاعيل هذه العقود ليست هي ذاتها مفاعيل العقود المدنية، وكل ما يمكنه القول بهذا الصدد هو إن نظام العقود الإدارية القانوني بعيد عن دنيا النظام القانوني للعقود المدنية، ولتبيان هذه الخصائص في العقود الإدارية يلزم بحثها ليس فقط في العمق لتظهر ملامح جدتها، بل يتعين ترجمة هذه الخصائص في مراحل تنفيذ العقود الإدارية وملاحقة ومراقبة سلوك الإدارة المتعاقدة الذي يبدو غير مألوف باعتبارها تظهر عندما تبرم هذه العقود أنها مجردة عن وظيفتها كسلطة عامة آمرة وذات امتيازات ومظاهر خاصة.²

إن القاعدة التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة وأيا كان نوعها على حسب غالبية الفقه يخضع لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، المعمول بها في نطاق القانون الخاص، حيث تتمتع الإدارة فيها بمركز تعاقدية أفضل بكثير من المتعاقد معها، على أساس أن الإدارة هي المسؤول الأول والأخير عن إدارة المرافق العامة وتسييرها،³ بل هي تتميز عن غيرها من العقود

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع نفسه، ص 06 .

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع نفسه، ص 06 .

³ - نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 15 .

العادية بأنها تهدف إلى تحسين وتسهيل سير عمل المرافق العامة، وهذا ما يمنح الإدارة صلاحيات غير عادية على مستوى الرقابة التي تمارسها في إطار تنفيذ العقود الإدارية، بل وأكثر من ذلك يحق للإدارة تبديل أحادي ومن جانب واحد وبشكل انفرادي شروط العقد وتعديلها، إلا أن هذه الصلاحيات الخارقة لا تمر جانبا بلا قيود وضوابط ودون مقابل، بل على الإدارة التعويض ماليا المتعاقد الذي تحمل سلبات ممارسة الإدارة لهذه الصلاحيات، حيث تقع على المتعاقد مع الإدارة مسؤولية تنفيذ مندرجات العقد أما الإدارة فهي تفيد من هامش واسع من الحرية في الرقابة وتوقيع العقوبات وتعديل شروط العقد.¹

ومع ذلك فإن تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على عقود القانون العام التي تبرمها جهة الإدارة يجب ألا يتعارض مع المبادئ المهيمنة على نظام القانون العام، فمبادئ القانون الخاص الخاصة بالعقود وإن كانت تنطبق على عقود الإدارة باعتبارها جوهر هذه الاتفاقات، إلا أن هذا التطبيق يتعين ألا يتخطى حدودا معينة توجيها لمبادئ القانون العام، وهكذا يفرض تناسق النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية نوعا من المصالحة بين مبادئ القانون الخاص والعام، مما ينتج عن هذه المصالحة توليفة من الأحكام التي تنطبق على العقود الإدارية والتي تجد تفسيرها في المصالحة بين القانونين العام والخاص.

فالغرض من إبرام العقود الإدارية هو تنفيذها، ويترتب عن هذا التنفيذ آثار ونتائج بالنسبة للإدارة أو المتعامل معها، والحديث عن آثار العقد يجرنا بل ويفرض علينا التطرق بإطناب عن سلطات وامتيازات ومظاهر الإدارة وحقوقها، سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة المتمثلة في الإدارة، أو بالنسبة للمتعاقد معها وهو ما يسمى بالمتعامل المتعاقد، وهذه الآثار تختلف في نوعها ومن حيث مداها عن الآثار التي تترتب عن العقد المدني، فقد اعترف كل من التشريع والقضاء الإداريين للإدارة بعدد من السلطات والامتيازات المهمة في العقود الإدارية الذي يتميز بشروط غير مألوفة، لتعلقه بسير المرفق العام والمحافظة على المال العام، ولعل أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني مركز الإدارة فيه ويبرز ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام، وضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

¹ - جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، بيروت-لبنان، ص 309

فمتى نشأ العقد صحيحاً وجب تنفيذه وفقاً لبودته بطريقة تتفق مع حسن النية، ولا يفتأ قضاء المحكمة الإدارية العليا على ترديد هذه القاعدة بانتظام وإضطراد، ويسير قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن: "الأصل في العقود سواء كانت مدنية أم إدارية باعتبارها شريعة المتعاقدين أنه متى نشأ العقد صحيحاً تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصير ملزماً لهما باعتباره قانوناً حيث تقوم نصوصه مقام القانون في الدائرة التي يجيزها ويصبح هذا العقد هو المرجع في بيان نطاق التعاقد وشروطه وتحديد حقوق والتزامات طرفيه وأنه يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتملت عليه شروطه وبما يتفق مع ما يوجبه حسن النية، وكلما نشأ العقد صحيحاً وملزماً كان تنفيذه واجباً، فإذا لم يتم التعاقد بتنفيذ أي التزام من التزاماته التعاقدية كان خطأً عقدياً لأن العقد يقيد طرفيه ويعتبر شريعتهم في شأن تنفيذ الالتزامات الواردة به."¹

هذا وقد استقر الفقه الإداري إلى أن علاقة المتعاقدين لا تستند إلى شروط العقد فقط، وإنما إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام، وبذلك فإن الأفراد المتعاقدين مع الإدارة يخضعون للسلطة العامة في توجيه المرفق العام وتنظيمه، وهنا يكمن الاختلاف الجوهرى الموجود بين العقود الإدارية والعقود المدنية لا سيما أثناء تنفيذها لأمن وسلامة العقد الإداري الذي يستهدف حسن سير العمل في المرفق العام، مما يجعل المتعاقدين ليسوا على قدر من المساواة من خلال تغليب كفة المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تنفرد غالباً في وضع شروط العقد دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في مناقشتها، وليس لمن يرغب في التعاقد مع الإدارة إلا قبول هذه الشروط والرضوخ لها أو رفضها جملة وتفصيلاً من خلال عدم التعاقد أصلاً، وبالتالي فإن إرادة المتعاقد لا تظهر إلا عند قبوله للعقد بجميع شروطه، مما يجعل من شروط العقد أنه مظهر لالتزام المتعاقد وقبوله الخضوع لها، وهذا ما يعطي الإدارة حق فرض التأمين والجزاءات ثم سلطة التعديل من جانبها وحدها وإيرادتها المنفردة حسب مقتضيات المنفعة العامة²، والذي يعتبر من أهم وأخطر هذه الامتيازات والسلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية، فمثلاً نجد أن سلطة التعديل وهي ذلك الشرط الاستثنائي الذي يميز العقود الإدارية عن بقية العقود الأخرى والذي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بالتعديل ممارسة في ذلك لإحدى مظاهر امتياز السلطة العامة، وأداة الإدارة في تجسيدها

¹ - في هذا المعنى الطعنين رقم 1533، 1628 لسنة 45 ق. عليا بجملة 30 ماي 2006.

² - حسن محمود عوضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري - دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع، 1997،

هي الملحق، والذي هو عبارة عن تلك الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها طرفا العلاقة التعاقدية لأجل التعديل أو إتمام أو تصحيح العقد الأصلي.

فالمتعاقدين مع الإدارة لا يقف في مواجهة الإدارة التي رضيت بالتعاقد معه بل يبقى دائما وأبدا عنصرا مساعدا ومعاوناً في تسيير المرافق العامة ليس إلا، فعلى ضوء هذا المفهوم تحل المشكلات الناتجة عن تنفيذ العقود الإدارية، ومن هنا كان تنوع في النظريات والقواعد والأصول التي صاغها الفقه وأقامها القضاء الإداري وكانت دائما وليدة البحث والتقصي وثمره تطبيقات كثيرة ومتنوعة وخلاصة المنازعات التي قامت بين الإدارة المتعاقدة والأطراف معها.¹

وفي نفس السياق فإن موضوع الصفقات العمومية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقود الإدارية، نجد أن الإدارة بحكم أنها المصلحة المتعاقدة تحوز على سلطات استثنائية لا يتمتع بها الطرف الآخر، وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارة ملزمة بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقها والواردة في الصفقة العمومية التي أبرمتها²، مع أن العقود الإدارية تتفق مع عقود القانون الخاص في أنها تنشئ بين الأطراف حقوق والتزامات متبادلة، غير أنها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة ومبدأ المساواة بين المتعاقدين، فتمتع الإدارة بحقوق ومظاهر وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها ترجيح للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة بل هدفاً واجب التحقيق³، فالمصلحة العامة تقتضي أيضاً وتفرض حق الإدارة العامة في تغيير شروط العقد بالإضافة والحذف والتعديل وإنهاء العقد في أي وقت تراه مناسباً وضرورياً.

حيث اعترف المشرع الجزائري للإدارة العامة، بممارسة جملة من السلطات تتجلى في كافة مراحل العقد الإداري خاصة فيما يتعلق بمرحلة التنفيذ التي تظهر فيه هذه المظاهر بشكل واضح وجلي، وأن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني الذي يحكمها أهم ما يميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص وذلك راجع لاستعمال الإدارة لامتيازات ومظاهر السلطة العامة، ووسائل القانون العام، فالإدارة لها سلطات في العقد الإداري انطلاقاً من مرحلة إبرامه، حيث تتمتع خلال هذه المرحلة بسلطة إعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة، كما تتمتع كذلك بإحالة هذا الأخير للجان المختصة المكلفة بالرقابة عليه، أما أهم

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع نفسه، ص 03

² - كراش دحو، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، تلمسان-الجزائر، ص 11.

³ - مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2016، ص 217.

سلطاتها فوجدتها تظهر أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري المتمثلة في سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه إلى جانب سلطة تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة وهذه عبارة عن سلطات وقائية من طرف الإدارة، وأخطر هذه السلطات سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مع سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة وهي سلطات علاجية.

وبالتالي يمكننا أن نخلص إلى أن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني الذي يحكمها يعتبر من أهم مميزات العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى، لأن فكرة السلطة العامة تمنح للإدارة جملة من الامتيازات والسلطات الاستثنائية التي لا وجود لها في عقود القانون الخاص وتجعلها في مركز أسمى وأعلى من مركز المتعاقدين معها من بين هذه السلطات الممنوحة للجهة الإدارية سلطة الإعداد الانفرادي لدفتر الشروط وسلطة اختيار المتعامل المتعاقد ومشروعية أعمالها أعطاهها المشرع سلطة الرقابة السابقة على إجراءات اختيار هذا المتعامل إضافة إلى جملة من السلطات الممنوحة لها أثناء تنفيذ العقد والتي تظهر في سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة تعديل شروط العقد وسلطة فرض الجزاءات إلى أن تصل إلى أخطر سلطة وهي سلطة إنهاء العقد انطلاقاً من تمتعها بامتيازات السلطة العامة.

تدل الدراسات المقارنة على أن الإدارة العامة أو المصلحة المتعاقدة تتمتع بمظاهر وامتيازات السلطة العامة مما يخولها ممارسة سلطات وحقوق متعددة تهدف إلى حسن تنفيذ العقود الإدارية وفقاً لبنودها وفي آجالها تحقيقاً للمصلحة العامة، حيث تتجلى بوضوح في مرحلة التنفيذ مظاهر الشرط الاستثنائي غير المألوف،¹ ومن ثم فإن مركز ووضعية المصلحة المتعاقدة كإدارة عامة، يخولها ممارسة واستعمال السلطات الرئيسية، والمتمثلة في :

1- سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه.

2- سلطة التعديل.

3- سلطة توقيع الجزاءات.

4- سلطة الإنهاء.²

¹ - مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين القضاء والتشريع في اليمن-دراسة مقارنة- رسالة دكتوراة في الحقوق، كلية الحقوق، عين شمس- مصر،

2006، ص70.

² - محمد الصغير بعلبي، القرارات والعقود الإدارية، السداسي الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2017، ص265 و ص266.

وعليه فالحديث عن ذاتية مظاهر وسلطات الإدارة العامة في نطاق تنفيذ العقد الإداري هو في حد ذاته محاولة لإيجاد الملامح والآليات والميكانيزمات التي تعطي لهذا المفهوم كيانه الخاص مما يجعله مستقل عن نظيره المدني، فالقانون أعطى هامشا من الحرية كي تتصرف باعتبارها سلطة عامة وذلك بما خول لها من امتيازات ومظاهر في مواجهة المتعاقد معها، وبالتالي فإن أطراف العلاقة التعاقدية في مجال العقود الإدارية ليست متكافئة كما هو الحال بالنسبة لأطراف العلاقة التعاقدية في مجال القانون المدني.

إن أهمية العقود الإدارية تكمن بصورة واضحة وجليّة بالنظر لصلتها الوثيقة بالخزانة العامة، فالعقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية تكلف الدولة اعتمادات مالية ضخمة، بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة، وتنوع العقود الإدارية من جهة أخرى، ولما كان للعقود الإدارية علاقة وطيدة بالخزانة العامة وجب إخضاع الإدارة لإطار رقابي محدد ومتنوع يهدف إلى ترشيد النفقات العمومية والحد قدر الإمكان من الممارسات السلبية وهدر المال العام.

من هنا تبرز أماننا الأهمية القصوى للعقود الإدارية من حيث اعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية الموضوعة من قبل السلطات المركزية أو الهيئات الإدارية المختصة، إنما يقع تنفيذها من طرف الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق العقود الإدارية والصفقات العمومية منها، وبالتالي فإن تنفيذ سائر البرامج التنموية يستوجب المرور بإطار اتفاقي يرم بالكيفية التي حدده القانون والتنظيم المعمول به، بل وتشكل هذه الدراسة أحدث نواحي القانون الإداري، وأن الجهود لا تزال تبذل على نذرتها لتوضيح الغموض الذي يعترئها لا سيما ما يتعرض له تنفيذ العقود الإدارية من مواجهات تكاد تكون دائمة مع السلطات العامة، وإذا كانت العقود الإدارية قد اكتست محلا كبيرا في معالجة أزمات النهوض الاقتصادي وإقامة الإنماء والإعمار مع تزايد التعاطي والتعامل معها كوسيلة مساعدة لاستكمال مهمات الإدارة في هذا المجال عندما تعجز هذه الأخيرة عن القيام مباشرة بأدائها، كانت الحاجة كبيرة وماسة إلى جلاء واضح للحالات التي تجعل المتعاقد مع الإدارة بحاجة ماسة إلى إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، فكثير هي العقود الإدارية التي يجريها الملتزم مع الإدارة تظهر بعد إبرامها غير واضحة الحدود والمعالم.¹

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع نفسه، ص 07

وتتجلى أهمية هذا الموضوع باعتباره جديرا بالبحث والدراسة، من خلال أهميته المتزايدة بالنظر إلى التعديلات المتتالية التي عرفتها المنظومة القانونية للعقود الإدارية عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، والتي كانت تؤدي في كل مرة إلى رفع السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، بهدف الحد قدر الإمكان من هدر المال العام من قبل المتعامل المتعاقد، والحد من السلوكيات السلبية خاصة فيما يتعلق بتعسفها وانحراف استعمالها للسلطات الممنوحة لها بغية تحقيق المصلحة العامة، وهو الهدف المنشود من وراء منح القانون لجهة الإدارة هذه الامتيازات والمظاهر مما جعلها أسمى مراكز وأعلى من الأفراد العاديين والأشخاص الخاصة، كما تسعى هذه الدراسة إلى الكشف عن الآليات والميكانيزمات وكذا الإجراءات القانونية التي رصدتها المشرع لضمان تنفيذ الصفقة العمومية على أحسن وجه، وذلك من خلال التطرق إلى القوانين المنظمة للعقود الإدارية والصفقات العمومية، وكذا القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

كما يكتسي موضوع مظاهر السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية تجاه المتعامل المتعاقد معها أهميتها النظرية باعتبار نظرية العقد الإداري اليوم تحتل أهمية بالغة في تسيير المرافق العامة للدولة سواء في العلاقات الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو حتى في العلاقات التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها، إلى جانب أنه لا يمكن الاستغناء عن الدخول في علاقات عقدية بهدف خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة.

وبالنظر لخطورة هذه السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة العامة التي قد تتعسف في استعمالها على حساب المتعامل المتعاقد معها، الأمر الذي يتطلب إيلاء أهمية خاصة لهذا الموضوع لرسم الحدود الفاصلة للامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، حفاظا على الغاية التي أقرت لأجلها هذه المظاهر والسلطات.

ولعل أهم الأسباب التي قادتني إلى اختيار هذا الموضوع بالدراسة تعود إلى ما هو موجود من تشعب للمنظومة القانونية وكثرة التعديلات للقوانين المتعلقة بالعقود الإدارية وكذا قانون الصفقات العمومية من قبل المشرع، ولعل أهمية موضوع مظاهر وامتيازات السلطة العامة خصوصا في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وكذا الميول الشخصي للمواضيع الإدارية من خلال دراسة الجانب القانوني لها، الأمر الذي جعلني أنظر لهذا الموضوع وأخذه بعين الاعتبار من أجل دراسته والتوسع فيه مع الاجتهاد في صلبه قدر الإمكان.

هذا وتمثل أهداف هذه الدراسة التي نسعى للوصول إليها، وجعلها إضافة حقيقية في مجال البحث القانوني من خلال:

* إبراز أهم المظاهر والسلطات التي اعترف بها الفقه والقضاء للإدارة العامة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

* التطرق لأهم الدراسات وكذا اتجاهات وآراء المشرعين والقضاة والفقهاء في كل من الجزائر، فرنسا، مصر، والعراق وغيرها من الدول الأخرى، من خلال الاعتراف بهذه السلطات والامتيازات الممنوحة لجهة الإدارة على حساب المتعاقد معها، وكذا مطالبة هذا الأخير بحقوقه المشروعة المكفولة قانونيا كالتعويض في حالة التعسف أو انحراف الإدارة.

* إبراز مظاهر وامتيازات السلطة العامة وبيان أسسها القانونية وأهدافها والحكمة من إقرارها وفقا لأحكام القانون الإداري والقوانين والتشريعات المنظمة لها، مع الاستدلال بآراء الفقهاء والكتاب، وكذا توضيحا ما يترتب عليها من آثار ونتائج.

* إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة التي تعترف للإدارة بسلطات وامتيازات في نطاق تنفيذ العقد الإداري من جانب واحد، وبين مصلحة المتعاقد مع الإدارة التي يستوجب ويقتضي المحافظة على حقوقه، خاصة إذا تعسفت الإدارة في استخدام هذه السلطات وممارستها بشكل غير مشروع، وأن إيجاد هذا التوازن يقود إلى تشجيع الأفراد للدخول في العلاقات التعاقدية مع الإدارة، مع طمأننتهم على مصالحهم الخاصة والفردية في مواجهة الإدارة وسلطاتها الممنوحة لها.

ومن بين أهم الصعوبات التي وجدتها أثناء تطريقي لموضوع مظاهر السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، هو حداثة الدراسة طبقا للتعديلات الجديدة، حيث بالرغم من وجود بعض الدراسات السابقة في هذا المجال، إلا أن هناك نقصا فادحا وكبيرا لهذا النوع من المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، وحتى ما هو موجود من هذه المراجع القانونية فهي عبارة عن مصادر أغلبيتها عامة، هذا وقد حاولت جاهدا التعمق أكثر في هذا الموضوع من خلال التطرق بناء على التعديلات وكذا الممارسات القضائية من قبل الجهات المختصة، والتي لم تكن كافية للاعتماد عليها بالشكل المنشود بوجود دراسات عامة غير متخصصة في اعتمادنا لما بحثنا ودرسنا في المواد القانونية والأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال محاول الإمام بهذا الموضوع قدر المستطاع.

وعلى أساس هذه الدراسة ومن هذا المنطلق، ومن خلال عنوان بحثنا هذا المتمثل في مظاهر السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية فإنني أحاول في دراستي هذه طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

فيم تتمثل مظاهر السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية لمجموعة من التساؤلات الفرعية على الشكل التالي :

- ما مدى قدرة الإدارة العامة على التحكم في سيرورة العقد الإداري في مواجهة المتعاقد معها؟
- ما هي أهم الأسس القانونية التي تستند لها المصلحة المتعاقدة في ممارسة السلطات الممنوحة لها؟
- هل تعد سلطات المصلحة المتعاقدة مطلقة في مواجهة المتعاقد معها، أم أن هناك قيودا وضوابط تحد منها؟

- ما هي أهم النتائج المترتبة على سلطات الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية ؟

- كيف كانت نظرة الفقه والقضاء لسلطة الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية ؟

إن أية دراسة قانونية مهما كان نوعها أو هدفها أو الغرض منها، تتطلب اتباع مناهج معينة يتم على أساسها الإحاطة بكافة الجوانب القانونية التي تنطرق لها المسألة موضوع البحث، حيث تتم معالجة هذه الإشكالية وفقا للمناهج التالية :

1- المنهج التحليلي، والذي من خلاله تحلل النصوص القانونية والأحكام القضائية لغرض الوصول إلى المعيار الحاكم لهذه النصوص والأحكام، وكذا تحليل مختلف المعلومات المتحصل عليها واستخلاص الأفكار والنتائج.

2- المنهج المقارن، والذي يتم من خلاله مقارنة موضوع الدراسة الذي نحن بصدد البحث فيها، بينها وبين الأنظمة القانونية، لأن الكثير من الدول كانت سباقة بالأخذ بهذا الموضوع وقامت بمعالجته، ونجد أهم هذه الدول فرنسا بلد المنشأ والمصدر الرئيسي لكافة العقود الإدارية بما فيها موضوع دراستنا هذه، بالإضافة إلى مصر، العراق والجزائر وغيرها من الدول الأخرى.

3- المنهج التاريخي، والذي يتم من خلاله دراسة تاريخية للموضوع بين الفينة والأخرى، وكذا تتبع تطور فكرة مظاهر وامتيازات السلطة العامة خاصة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

لا شك في أن الإجابة عن التساؤلات المطروحة والإشكاليات التي تثيرها هذه الدراسة إنما تقتضي معالجة موضوعها من خلال عرض لطبيعة مظاهر الإدارة الممنوحة لها، والتي تتمتع بها

مما يجعلها أعلى وأسمى مراكز مع التعاقد معها، والحكمة من إقرارها فقها وقضاء، مع التعرض لأسسها القانونية، وصولاً إلى اعتبارها سلطات لها قيود وضوابط تحكمها تجعل منها ضمانات حقيقية لحماية حقوق التعاقد مع الإدارة والحفاظ عليها، مع عدم تعسف الإدارة وانحرافها في استعمال هذه المظاهر والامتيازات، وتستند تلك السلطات الإستثنائية إلى أن نية طرفي العقد الإداري انصرفت إلى ضرورة الوفاء باحتياجات المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة.¹

وتأسيساً على ذلك، ومن البديهي سأحاول التطرق في هذه المذكرة من خلال تقسيم معالجة الموضوع إلى باين، هما :

1- الباب الأول: سلطتنا الرقابة والتعديل في مجال تنفيذ العقد الإداري.

2- الباب الثاني: سلطتنا توقيع الجزاءات والإنهاء في نطاق تنفيذ العقد الإداري.

وكتمهيد لدراستنا هذه كان لزاماً علينا التطرق إلى فصل تمهيدي يكون بمثابة مقدمة وتمهيد لبحثنا، أتناول على إثره الإطار المفاهيمي لمظاهر وامتيازات السلطة العامة.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2017، ص12.

الفصل التمهيدي :

الإطار المفاهيمي لمظاهر وامتيازات

السلطة العامة

مقدمة الفصل التمهيدي:

تقوم الإدارة العامة بالعديد من النشاطات والتصرفات الإدارية التي تختلف في طبيعتها وآثارها، حيث ترد أساسا إلى أعمال مادية وأخرى قانونية، وبعبارة أدق هي بمثابة أداة لتجسيد أهدافها عن طريق ما تتخذه من أعمال مادية وتصرفات قانونية قصد إشباع حاجات الجمهور وتحقيق المنفعة العامة، ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف كان لزاما على الدولة إيجاد طرق ووضع ميكانيزمات من خلال إسناد مظاهر وامتيازات السلطة العامة للإدارة يجعلها تتمتع بمركز أعلى وأسمى من مركز المتعاقد معها ويرجع ذلك إلى سمو الصالح العام على الصالح الخاص، إلا أن هذا لا يعطيها حق السمو على القانون بتاتا بل لا بد من خضوعها إلى الرقابة القضائية تجسيدا لمبدأ المشروعية ودولة القانون وحماية لحقوق وحرريات المواطنين، وقد اتفق معظم الفقهاء على أن أعمال الإدارة يمكن تقسيمها إلى قسمين أساسيين، هما :

الأعمال المادية وهي كل ما تجريه الإدارة دون إحداث من ورائه أي أثر قانوني سواء كان تصرفا إيجابيا أو سلبيا، أما **الأعمال القانونية** فهي التي تفصح الإدارة فيها عن إرادتها ونيتها في ترتيب وإحداث أثر قانوني معين سواء إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه.

والتصرفات القانونية بدورها تنقسم إلى نوعين:¹

- الأعمال القانونية الانفرادية، وهي الأعمال الصادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة وتسمى "القرارات الإدارية".²

¹ - مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2012، ص09.

² - القرار الإداري هو عمل إداري قانوني يصدر في صورة انفرادية له الطابع التنفيذي، ويستهدف إحداث آثار قانونية إما بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديله أو إلغائه وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة، يختلف عن العقد الإداري في أنه: تقوم القرارات الإدارية على مبدأ الانفرادية بينما العقود الإدارية الأصل أنها تقوم على الاتفاق، إلى جانب ذلك أن نطاق القرارات الإدارية أوسع من نطاق العقود الإدارية، أما من حيث الغاية، فغاية القرارات الإدارية هو إحداث آثار قانونية، بينما العقود الإدارية، الغرض منها تلبية الحاجات العامة للمواطنين أو تقديم الخدمات العمومية الضرورية بصفة مستمرة، أو إدارة، أو استغلال، أو تسيير مرفق عمومي تحقيقا للمصلحة العامة، يشترط لصحة القرارات الإدارية أن تكون مشروعة وجائزة قانونا، وتدخل ضمن الموضوعات التي أجازها القانون، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب والأخلاق العامة، وأن تكون ممكنة عملا، يعد ركن الإرادة المنفردة الركن الوحيد لوجود القرار الإداري مرتبطا أساسا باتجاه إرادة الإدارة المنفردة إلى إحداث آثار قانونية والتغيير في الأوضاع القانونية، يؤدي انعدامه إلى انعدام القرار الإداري.

- الأعمال القانونية الاتفاقية، وهي الأعمال الصادرة بناء على إتفاق إرادتين وتبادل الرضا بين الطرفين وتسمى "العقود الإدارية"، إلا أنها لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين :

✓ العقود المبرمة من قبل الإدارة باعتبارها ذات سلطة عامة تلجأ إلى استعمال مظاهر وامتيازات حولها لها القانون وتسمى "العقود الإدارية" خاضعة للقانون العام ويختص في منازعاتها القضاء الإداري.

✓ عقود القانون الخاص والذي ترمه الإدارة مع الأفراد وفقا لقواعد القانون الخاص وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة ويختص في منازعاتها القضاء العادي.¹ وتعد التصرفات القانونية إحدى أبرز الآليات والطرق التي لا تستطيع الإدارة التحرك من دونها، فالإدارة في حد ذاتها تعبر عن إرادتها من خلال ما يصدر عنها من قرارات ودور القرار الإداري فاعل وهام في منظومة الإدارة ككل بكل جزئياتها ونشاطاتها من خلال تنظيم المرافق العامة وحفظ النظام العام عن طريق قرارات ضبئية تصدر من أجل حماية الأمن والصحة والسكينة العامة.

إضافة إلى القرار الإداري فالإدارة العامة تلجأ إلى إبرام عقود إدارية لا تأخذ شكلا انفراديا كما هو الحال في القرار الإداري وإنما يأخذ شكلا إتفاقيا رضائيا خصوصا إذا علمنا أن العقد الإداري يحتل مكانة مهمة و متميزة ويمثل الأداة الفاعلة في تنفيذ البرامج وتسيير مرافقها العامة وتنظيم الخطط التنموية المسطرة من قبل الدولة، فالقانون المطبق في العقود الإدارية مستقل بالنسبة للقواعد المنظمة لموضوع العقود لا سيما في القانون الخاص ولعل ما يفسر ذلك هو التفاوت الموجود بين المصلحة العامة التي ما فتئت الدولة في سبيله القيام بوظائفها وتقديم الخدمات العامة للمواطنين بقصد إشباع الحاجات العامة والتي تخضع في أحكامها كافة لقواعد القانون العام وينعقد فيها الاختصاص للقضاء الإداري في حالة الفصل في منازعاتها، وبين مصلحة الأفراد التي تغلب عليها المصالح الشخصية والخاصة تعبر عن عقود ضمن القانون الخاص، ويختص القضاء العادي في النظر للمنازعات المتعلقة بها، فبينما تكون مصالح الطرفين في عقود القانون الخاص متساوية ومتوازية يختلف الأمر في العقود الإدارية خاصة في طبيعتها عن العقود المدنية

¹ - محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، د.د، الطبعة الأولى، 1993، ص1 وص2 .

لأنها تعقد بين شخص من الأشخاص العامة وشخص من الأشخاص الخاصة بغية تحقيق الغاية المرجوة متمثلة في المصلحة العامة ويكون فيها مركز المتعاقدين غير متكافئ يصب في الصالح العام دون مصلحة الأفراد وهذا لضمان استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد، فوجه المغايرة بين العقود الإدارية والعقود المدنية يرتبط أساساً بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في المقام الأول دون الربح الشخصي، لذا كان من الطبيعي تمتع الإدارة في هذه العقود ببعض امتيازات القانون العام خصوصاً في مرحلة التنفيذ¹، وهذا المركز المتميز الذي تتمتع به الإدارة يتمثل بما تملكه من سلطات واسعة بصدد تنفيذ العقود الإدارية والذي لا ينفي طبيعتها التعاقدية وإنما يعني تميزها بخصائص ذاتية مستقلة عن العقود المدنية، فالعقود الإدارية ترتب عنها حقوقاً وامتيازات تختلف في نوعها وفي مداها عن الحقوق والالتزامات المترتبة عن باقي العقود، وفي سبيل تمييز العقد الإداري عن غيره من عقود الإدارة، يجب توافر ثلاثة شروط في العقد، وهي :

- ✓ وجود الإدارة طرفاً في العقد باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام.
- ✓ أن يكون محل أو موضوع العقد متصلاً بإدارة وتسيير المرفق العام.
- ✓ أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

هذا وقد هيمنت فكرة السلطة العامة على المعيار المميز للعقد الإداري ويستند إليها كل من الضابط الموضوعي والشكلي الذي يحكمانه، ونتيجة لهذه الفكرة الجوهرية المسيطرة على أحكام العقود الإدارية وخاصة آثارها فقد اعترف القضاء الإداري الجزائري والفرنسي وكذا المصري للإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية بمجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مجال عقود القانون الخاص في مواجهة متعاقديها والكل يهدف إلى تغليب المصلحة العامة، فوجود هذه السلطة في العقود الإدارية هو ما يميزها عن عقود قانون الخاص ويضفي عليها طابع خاص ومستقل تماماً عن باقي العقود.

وقد اختلطت فيما معنى فكرة السلطة العامة بفكرة السيادة إلا أنها سرعان ما انفصلت فيما بعد واستقرت كفكرة مستقلة يتميز بها نشاط السلطة العامة كمجموعة من الامتيازات التي

¹ - عزوي عبدالرحمان، مقال بعنوان : "خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها في مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها - حالة العقد الإداري-"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 01، مارس 2012، ص394 وص395

تتمتع بها الإدارة واستخدامها في سبيل إشباع حاجات المنفعة العامة، وعليه فإن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة تنقسم إلى طائفتين:

الطائفة الأولى يطلق عليها عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، والطائفة الثانية يطلق عليها وهي العقود التي تخضع للقانون العام.

وتتجلى إمتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد من خلال تمتعها بمركز أسمى من مركز المتعاقد معها وذلك لسمو الصالح العام على الصالح الخاص.¹

هذا وقد اعترف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والعراق وحتى الجزائر للإدارة بالعديد من السلطات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.²

إلا أن ما يثير التساؤل عن ماهية وطبيعة ومضمون هذه الامتيازات ؟ وما هو الأساس

القانوني لهذه المظاهر المتمثلة في السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات لا بد من التطرق في هذا المجال إلى دراسة مفهوم السلطة العامة من خلال تعريفها وإبراز مضمون هذه الامتيازات وأساس فكرة مظاهر السلطة العامة وتمييزها عن غيرها من المفاهيم الأخرى، مروراً بموقف الفقه والقضاء من فكرة السلطة العامة ولن يتأتى ذلك إلا من خلال دراسة العقود الإدارية كمفهوم عام والعلاقة ما بين السلطة العامة وغيرها من المفاهيم الأخرى، وعليه ومن أجل التعرض لمعالجة هذا الموضوع قمت بتقسيمه إلى مبحثين، على الشكل التالي :

1-المبحث الأول: ماهية فكرة السلطة العامة.

2-المبحث الثاني: ماهية مظاهر السلطة العامة.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-

الإمارات، 2015، ص10 وص11.

² - ذنون سليمان يونس العبادي ، المرجع نفسه، ص.12.

المبحث الأول: ماهية السلطة العامة

إن المبادئ التي ترتبط بالعقود الخاصة كمبدأ سلطان الإرادة والطابع الإلزامي للعقد وقاعدة ثبات العقد وعدم قابليته للتغيير، ومبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة لا وجود لها في العقود الإدارية، فمجالها الطبيعي هي العقود الخاصة فلا يصح ولا يستقيم تطبيق تلك المبادئ في عقود تكون الإدارة العامة طرفاً فيها، حيث يتقرر للمصلحة المتعاقدة كطرف في العقد مجموعة من السلطات غير المألوفة في العقود الخاصة، والتي تجعلها في مراكز أسمى وأقوى بالمقارنة مع شركائها في العقد، فالعقود الإدارية على حسب الفقيه "جيز" تفترض متعاقدين يعرفون مسبقاً أن العلاقات القائمة بينهما لا تخضع لمبدأ المساواة لأن الإدارات العامة وهي أحد طرفي العقد تتولى تسيير المرافق العامة من جهة وتأمين ديمومتها من جهة ثانية، وبالتالي فهي تمثل المصلحة العامة.

إلا أنه وخوفاً من الإضرار بمراكز المتعاقدين مع الإدارة ومن تعسفها واستعمالها تلك المظاهر والسلطات في مواجعتهم، فإنه تقرر لهم حقوقاً غير مألوفة في روابط القانون الخاص، وهي بذلك تمثل في واقعها قيوداً والتزامات تقع على المصلحة المتعاقدة.¹

فالدولة غالباً لا تتعاقد بصفتها فرداً عادياً، لأنها لا تبحث عن تحقيق مصلحة فردية، وإنما الهدف من تعاقدها لمصلحة المجتمعات كافة ومن أجل المنتفعين بالمرفق العام، ففي كل مرة ترم فيها عقد متعلق بالمرفق العام إلا وكان الهدف من ورائه شيئاً مختلف عما يصبوا إليه المتعاقد الخاضع للقانون الخاص، وفي سبيل تحقيق الإدارة العامة أهدافها وطموحاتها في تسيير المرافق العامة، تتمتع بجرية اختيار نوع التعاقد الذي تراه مناسباً وملائماً لتحقيق وتلبية احتياجات المرافق العامة، واتخاذ قواعد الالتزامات والحقوق أساساً لهذا التعاقد، وإن غيرت فيها وعدلت على النحو الذي تقتضيه طبيعة تلك العلاقات، من حيث وجود الإدارة طرفاً فيها، ذلك أن الغاية التي يستهدفها التعاقد تسيير المرفق العام، مما يعني أن الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية ليست حرة في إبرام ما تشاء من العقود أي كانت، بل يجب ابتغاء ومراعاة المصلحة العامة دائماً وأبداً بغية ضمان سير المرافق العامة وانتظامها، حتى تقوم بالأعباء الملقاة على عاتقها، من حيث إشباع حاجات المواطنين، وتقديم الخدمات اللازمة لهم، وهذا ما يبرر جملة السلطات والامتيازات

¹ - بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية - دراسة فقهية، تشريعية وقضائية، طبعة جديدة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر، السداسي الأول، 2018، ص 185.

الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في عقودها الإدارية عكس العقود المدنية، وهذا أهم ما يميز عقود الإدارة عن بعضها البعض من حيث القواعد والأحكام التي تخضع لها، فالعقود الإدارية تخضع لنظام قانوني مستقل، وتختلف عن عقود الأفراد في شروطها، حيث تتضمن شروطا استثنائية نادرة الوجود في عقود الأفراد، أو حتى شروط تظهر وتبرز بوضوح طابع السلطة العامة.¹

فوجود السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني لهذه العقود هو الذي يميزها عن عقود القانون الخاص ويضفي عليها طابع مستقل تماما عن هذه العقود، وقد اختلطت هذه الفكرة فيما مضى بفكرة السيادة، وطبقها القضاء والفقهاء على روابط القانون العام من خلال نظرية أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، وأصبحت أعمال السلطة التي تظهر فيها الإدارة بمراكز أقوى وأسمى عن الأفراد هي المجال الوحيد لإعمال أحكام القانون الإداري، أما أعمال الإدارة العادية ومنها إبرام العقود فهي ليست من مجالات القانون العام، بل تخضع لأحكام القانون الخاص وقواعده، ومن ثم فلم يكن من الممكن وفقا لهذه النظرية أن يوجد مكان لفكرة السلطة العامة في عقود الإدارة، إلا أن فكرة السلطة العامة ما لبثت أن تحددت معالمها حينما انفصلت عن فكرة السيادة، واستقرت كفكرة فنية مستقلة يتميز بها نشاط السلطة الإدارية التي يستهدف تحقيق أغراض عامة.²

ولأجل ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، هما :

1- المطلب الأول: مفهوم فكرة السلطة العامة.

2- المطلب الثاني: مواقف الفقه من فكرة السلطة العامة.

المطلب الأول: مفهوم فكرة السلطة العامة

تحتل فكرة السلطة العامة مكانا بارزا في القانون الإداري، ولا سيما في نظرية العقود الإدارية، فهذه الأخيرة تقوم أهم أسسها على هذه الفكرة، حيث تستمد منها الكثير من الأحكام والقواعد، وبموجبها تميز هذه العقود عن غيرها في القانون الخاص، حيث تستخدم الإدارة وسائل القانون العام في ممارسة نشاطاتها وأعمالها، ومن الشروط المميزة للعقود الإدارية ما ذكرناه آنفا، هي أن تكون الإدارة طرفا للعقد بصفتها سلطة عامة، وأن تنطبق هذه العقود بطابع السلطة العامة فوجود هذه السلطة يؤدي إلى إخضاع العقد لقواعد خاصة مختلفة عن القواعد

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 8 و ص 9.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 9 و ص 10.

المدنية، فالإدارة بموجب السلطة التي تتمتع بها، فإنها تستخدم أساليب واختصاصات مختلفة عن تلك الموجودة في القانون الخاص، هذه الأساليب والاختصاصات لا تقتصر على الإمتيازات التي تجعلها في مركز أعلى وأسمى من مراكز الأفراد المتعاملين معها، كما تضم أيضا القيود والالتزامات المفروضة من قبل القوانين والنظم الإدارية على نشاط الإدارة، وهي أشد إحكاما من القيود والالتزامات المفروضة على النشاط الخاص.¹

قد تتحدد فكرة السلطة العامة بمجموعة من الامتيازات تتمتع بها الإدارة وتستخدمها في تنفيذ أحكام القانون العام، ومن ثم فقد أمكن لهذه الفكرة أن تجد مكانا بارزا في نظرية العقود الإدارية، وبعد تطور هذه الفكرة على يد "فيدال" و"ريفيرو" وتحدد معناها كنظام قانوني خارج عن القانون الخاص، أصبحت الإدارة بمقتضاها يمكنها من الحصول على اختصاصات أوسع مدى من تلك التي يملكها الأفراد، وأصبح من الممكن رد جميع أحكام نظرية العقود الإدارية إلى هذه الفكرة، وإذا كان للإدارة الحق في إخضاع علاقاتها التعاقدية لنظام السلطة العامة، فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة امتيازات السلطة العامة مع المتعاقدين معها، ويكون ذلك عن طريق تضمين العقود التي تبرمها الإدارة شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص، حيث إن فكرة السلطة العامة تكمن في العقد ذاته، وتكون هي المعيار الذي يميزه عن غيره من العقود المدنية التي تبرمها الإدارة.

إن فكرة السلطة العامة تشغل مكانا بارزا في نظرية العقود الإدارية لدرجة يمكن معها القول بأنها نظرية تقوم في أهم أسسها على فكرة السلطة العامة، ومنها تستمد كثيرا من القواعد والأحكام الخارجة عن القانون الخاص والتي تميز هذه النظرية عن مثلتها في القانون بما تتضمنه من إبراز مدى ارتباط نظرية العقود الإدارية بفكرة السلطة العامة وتأثرها بها، حيث تعتبر من الأمور اللازمة لتوضيح الأحكام الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية وتحديد القواعد التي تحكمها.²

وتأسيسا على ذلك، يتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة (04) فروع، أتطرق في الفرع الأول إلى تعريف السلطة العامة، أما الفرع الثاني أتعرض فيه إلى معايير السلطة العامة

¹ - فارس علي جنكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص30.

² - أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، 1973، ب.ص

وامتيازاتها، وفي الفرع الثالث قمت بدراسة عناصر فكرة السلطة العامة، وكفرع رابع قمت بالتطرق إلى تقدير فكرة السلطة العامة.

الفرع الأول: تعريف السلطة العامة

يعتبر "موريس هوريو Maurice Hauriou"¹ رائد هذه المدرسة التي أطلق عليها بمدرسة السلطة العامة أو مدرسة تولوز، وتبعه في ذلك بعض الفقهاء ويأتي على رأسهم برتملي، وفيدال وريفرو.. وغيرهم.

لقد تطور معيار السلطة العامة من معيار السلطة الآمرة إلى معيار التمييز بين أساليب الإدارة العامة وأساليب الإدارة الخاصة إلى أن وصل إلى معيار السلطة العامة الحديث، حيث انطلق القائلون بمعيار السلطة الآمرة، بأن إدارة الدولة تعلق على إرادة الأفراد، ويكون لها أن تستعمل وسائل السلطة العامة كأن تترع ملكية فرد أو تغلق محلا أو طريقا أو تنظم حركة المرور، فهي إن قامت بهذه الأعمال وجب أن تخضع لمبادئ وأحكام القانون الإداري، وتختص بمنازعتها القضاء الإداري، أمّا إذا باشرت أعمالا مدنية أو ما يسمّى بأعمال الإدارة العادية فإنها تخضع للقانون الخاص، وترفع منازعتها أمام القضاء العادي،² ومثالها: إدارة أملاك الدولة الخاصة وإبرام العقود التجارية.

ولقد ظهر بعد هذا المعيار، معيار التمييز بين أساليب الإدارة العامة وأساليب الإدارة الخاصة والذي بموجبه يطبق القانون الإداري ويختص القضاء الإداري في حالة إتباع الإدارة إلى أساليب مغايرة للأساليب المتبعة في النشاطات الخاصة، أمّا إذا استخدمت نفس الأساليب التي يستعين بها الأفراد عند ممارستها لأعمالهم، فلا مبرر لتطبيق القانون الإداري المتميز عن القانون الخاص.

ولم يكتب لهذا المعيار الانتشار نظرا للتشابه الواضح بينه وبين المعيار السابق، كما تعرّض لنفس الانتقادات التي وجهت لمعيار السلطة الآمرة والتي مفادها أن هذا المعيار يؤدي إلى جمود

¹ - الفقيه موريس هوريو عالم إجتماع فرنسي ولد في 17 أوت 1856 و توفي في 12 مارس 1929، إشرط لوجود القانون الإداري أو النظام الإداري شرطين أساسين هما:

أ - وجود محاكم تختص بالفصل في المنازعات الإدارية وتكون مستقلة عن المحاكم العادية.

ب- وجود قواعد وأحكام خاصة يتمثل بها إعطاء الإدارة سلطات وامتيازات أوسع بكثير مما يملكه الأفراد في تعاملهم فيما بينهم ، بسبب أن الإدارة تعمل للمصلحة العامة.

² - محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة-الجزائر، 2017، ص177.

وتضييق نطاق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري لإخراجه الأعمال القانونية المختلطة، والتي تشمل على أساليب ووسائل السلطة الآمرة من جهة وأساليب ووسائل الإدارة الخاصة من جهة أخرى، ومثالها العقود الإدارية التي تقوم على أساس الرضا مثل العقود المدنية، ومع ذلك تتضمن شروطا استثنائية تميز الإدارة عن المتعاقد معها وتجعلها في مركز أسمى من مركزه كتعديل العقد بإرادة الإدارة المنفردة أو توقيع الجزاءات على المتعاقد معها... وغيرها.

ونظرا لهذه الانتقادات، عمل أصحاب مدرسة السلطة العامة على تطوير مفهوم السلطة العامة، حيث يرى كلا من "فيدال" و"ريفيرو"¹ أن قواعد القانون الإداري تمنح وتقرر للإدارة امتيازات من جانب وتفرض عليها قيود أو شروطا محددة من جانب آخر، كما قال العميد "موريس هوريو": "إن السلطة العادية ليست عبارة عن امتيازات وحقوق استثنائية فقط بل هي سلطة منظمة بحدود معينة وتحكمها ضوابط وقيود لا تسير وفق إرادة الحكام ومشيتهم وإنما تهدف إلى تحقيق أهداف معينة".

ومن بين هذه الالتزامات والقيود، الشروط التي يفرضها القانون للتعين في الوظائف العامة، ضرورة إتباع أسلوب المناقصة أو المزايدة في إبرام العقود الإدارية، وعدم جواز التصرف في الأموال العامة.

ولأجل تحديد مفهوم السلطة العامة، سنقوم أولا بتعريف السلطة وعلاقتها بالسيادة وما يميزها عنها ثم نتناول تعريف السلطة العامة.

أولا /- المقصود من السلطة وعلاقتها بالسيادة :

1- تعريف السلطة :

لقد أصبح مفهوم السلطة اليوم من أهم المفاهيم السياسية وأكثرها شيوعا وتداولاً في العالم، إلا أنه في الحقيقة وعلى الرغم من شيوع هذا المصطلح، فلا يزال غامضا وغير واضح المعالم خصوصا في الدول النامية، وبالرغم من أهميته وضرورته في تكوين وبناء المجتمعات إلا أنه لا ينال حقه من البحث والدراسة العلمية المتخصصة في الفكر الإسلامي المعاصر، وهذا الأمر قاد وللأسف الشديد إلى الخلط المقصود بين معنى هذا المصطلح ومصطلحات سياسية أخرى سهلت

¹ -جون ريفيرو أستاذ وقانوني فرنسي ولد في 19 مارس 1910 وتوفي في 19 جوان 2001.

عملية استغلاله وتوظيفه لخدمة النخب الحاكمة في هذه الدول، وعليه قد أصبح من الضروري الاهتمام به ومحاولة فهم مكوناته وطبيعته ووظائفه وضوابطه لكي يسهل استخدامه العلمي.

أ- المدلول اللغوي: ورد الحديث في معاجم اللغة العربية عن معنى كلمة "السُّلْطَةُ" في مادة "سَلَطَ"، فيقال في اللغة: سَلَطَ يُسَلِّطُ تَسْلِيْطًا وَسَلَاطَةً، و(السَّلَاطَةُ): الْقَهْرُ، وَقِيلَ: هُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الْقَهْرِ، وَالاسْمُ سُلْطَةٌ بِالضَّمِّ، و(السُّلْطَةُ) هِيَ التَّسْلُطُ وَالسَّيْطَرَةُ وَالتَّحَكُّمُ، فيقال: (سَلَطَهُ): أَي أَطْلَقَ لَهُ السُّلْطَانَ وَالْقُدْرَةَ، و(سَلَطَهُ عَلَيْهِ): أَي مَكَّنَهُ مِنْهُ وَحَكَّمَهُ فِيهِ، و(تَسَلَّطَ عَلَيْهِ): تَحَكَّمَ وَتَمَكَّنَ وَسَيْطَرَ، وَمِنْهُ: تَسَلَّطَ الْأَمِيرُ عَلَى الْبِلَادِ: أَي حَكَمَهَا وَسَيْطَرَ عَلَيْهَا، وَتَسَلَّطَ الْقَوِيُّ عَلَى الضَّعْفَاءِ: تَغَلَّبَ عَلَيْهِمْ وَقَهَرَهُمْ. و(التَّسْلِيْطُ): التَّغْلِيْبُ وَإِطْلَاقُ الْقَهْرِ وَالْقُدْرَةَ، يُقَالُ: سَلَطَهُ اللَّهُ فَتَسَلَّطَ عَلَيْهِمْ، أَي جَعَلَ لَهُ عَلَيْهِمْ قُوَّةً وَقَهْرًا، وَفِي التَّزْوِيلِ الْعَزِيزُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يُقَاتِلُوكُمْ أَوْ يُقَاتِلُوا قَوْمَهُمْ ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتِلُوكُمْ ۚ فَإِنْ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْفَوْا إِلَيْكُمْ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا ۗ﴾¹ (النساء 90)،

و(السُّلْطَانُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ): شِدَّتُهُ وَحِدَّتُهُ وَسَطْوَتُهُ، وَمِنْهُ اشْتِقَاقُ السُّلْطَانِ، و(السُّلْطَانُ): الْوَالِي ذُو السَّلَاطَةِ، وَالتَّنُونُ فِي السُّلْطَانِ زَائِدَةٌ، وَأَصْلُهُ مِنَ التَّسْلِيْطِ، و(السُّلْطَانُ وَالسُّلْطَانُ): قُدْرَةُ الْمَلِكِ وَقُدْرَةُ مَنْ جُعِلَ ذَلِكَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَلِكًا، كَقَوْلِكَ قَدْ جَعَلْتَ لَهُ سُلْطَانًا عَلَىٰ أَخِي حَتَّىٰ مِنْ فُلَانٍ، وَالسُّلْطَانُ أَيْضًا: الْقُوَّةُ وَالْقَهْرُ، أَوْ الْحُجَّةُ وَالْبُرْهَانُ.²

وبناءً على ما تقدم، فإنَّ المدلول اللغوي لمصطلح "السُّلْطَةُ" يتمثل في المعاني الآتية: القُوَّةُ والقَهْرُ والغَلْبَةُ، والقُدْرَةُ والمُلْكُ والسُّلْطَانُ، والتَّسْلُطُ والتَّغْلِبُ، والتَّمَكُّنُ والتَّحَكُّمُ والسَّيْطَرَةُ.³

ب- مدلول الاصطلاح: لما كان مفهوم السلطة يعدُّ من أكثر المفاهيم السوسولوجية استخداماً في إطار علم الاجتماع بصفة عامة، وعلم الاجتماع السياسي بصفة خاصة، فإنَّ الدارسين والعلماء والمتخصصين، على الرغم من كثرة الاجتهادات في هذا المجال، لم يتفقوا على

¹ - سورة النساء الآية رقم 90.

² - ابن منظور، لسان العرب، عامر أحمد حيدر تحقيق، مجلد 08، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 361 و 362.

³ - الموسوعة القانونية المتخصصة، جزء السلطة - مقدمة -، المجلد الرابع - الرضا - الضمان المصري، القانون العام، الموسوعة العربية للطبع والنشر،

دمشق - سوريا، 1981، ص 143

تحديد هذا المفهوم اصطلاحاً، بل إنَّ الكثير من الآراء والاجتهادات تتباين أحياناً، وقد تتضارب أحياناً أخرى.

وعلى أي حال يمكن القول إنَّ "السُّلْطَةَ" في معناها الاصطلاحي تعني قدرة شخص على فرض إرادته على الآخرين أو التأثير فيهم، أو هي على حد تعبير الفقيه الفرنسي "جورج بيردو": قدرة شخص على أن يحصل من آخر على سلوك ما كان ليأتيه هذا الأخير بشكل عفوي ومن تلقاء نفسه، وهذا ما عبر عنه أيضاً الأمريكي "روبرت دال"¹ بقوله: إنَّ قدرة شخص (أ) على شخص (ب)، هي إمكانية (أ) على حمل (ب) على القيام بعمل لم يكن ينوي القيام به لولا تدخل (أ).

ويعرّف "قاموس أكسفورد الإنكليزي" السُّلْطَةَ Authority بأنها تعني: الحق أو القدرة على إعطاء الأوامر، وصنْع أو اتخاذ القرارات، وفرض الطاعة، وهي سلطة، حكم، سطوة، نفوذ، هيمنة، وكذا "Authoritarian" ونعني: إستبدادي، دكتاتوري، مؤيد لمبدأ تحكم الدولة في الأفراد وحرّيّاتهم².

ويمكن الإشارة في هذا السياق إلى بعض المحاولات الجادة التي يقدمها بعض المفكرين العرب، ولا سيما هذه التي حمل لوائها "جميل صليبا"³، إذ حاول في معجمه الفلسفي أن يقدم تعريفاً للسلطة على النحو الآتي: السلطة في اللغة القدرة والقوّة على الشيء، والسلطان الذي يكون للإنسان على غيره، ولها عدة معانٍ:

* **السلطة النفسية**: ويطلق عليها إسم السلطان الشخصي، أي قدرة الإنسان على فرض إرادته على الآخرين، لقوّة شخصيته، وثبات جنانه، وحُسن إشارته، وسحر بيانه.

* **السلطة الشرعية**: وهي السلطة المُعترف بها في القانون، كسلطة الحاكم، والوالد، والقائد، وهي مختلفة عن القوة؛ لأنَّ صاحب السلطة الشرعية يوحى بالاحترام والثقة، على حين أنَّ صاحب القوة يوحى بالخوف والحذر، لذلك قيل إنَّ سلطة الدولة في النظام الديمقراطي مستمدة من إرادة الشعب، لأنَّ الغرض منها حفظ حقوق الناس، وصيانة مصالحهم لا تسخيرهم لإرادة

¹ - روبرت دال عالم إجتماع وسياسي أمريكي ولد في 17 ديسمبر 1915 وتوفي في 05 فيفري 2014

² - جون سيمبسون، إدموند وينر، جيمس موراي قاموس أكسفورد الإنكليزي، دار نشر جامعة أكسفورد، المملكة المتحدة، 30 مارس 1989، تاريخ الإنشاء 31 ديسمبر 2019، ص78.

³ - جميل صليبا فيلسوف وكاتب لبناني ولد في 1902 وتوفي في 1976 يعتبر أحد الثلاثة شاميين الذين عرفوا بتفوقهم العلمي في العصر الحديث.

مستبدٍ ظالم، ومنَ فَرَضَ سلطانه على الناس بالقوة، ولم يَقْلِبْ قوّته إلى حقّ لم يضمن بقاءَ سلطانه.

* **السلطة الدينية:** وهي مستمدّة من الوحي الذي أنزله الله على أنبيائه، ومن سنن الرسل، وقرارات المجامع الدينيّة المقدّسة، واجتهادات الأئمة.

* **سلطة الأجهزة الاجتماعيّة:** التي تمارس السلطات السياسيّة، والسلطات التربويّة، والسلطات الدينية، والسلطات القضائيّة، وغيرها¹.

يعرّف "أحمد زكي بدوي"² السلطة Authority " بأنها القوة الطبيعية أو الحق الشرعي في التصرف وإصدار الأوامر في مجتمع معين، ويرتبط هذا الشكل من القوة بمركز اجتماعي يقبله أعضاء المجتمع بوصفه شرعياً، ومن ثم يخضعون لتوجيهاته وأوامره وقراراته، إلا أنه يشير إلى أن التركيز المفرط للسلطة، أو عدم وجود رقابة شديدة على ممارستها، يؤدي إلى إساءة استعمالها، ويطلق على من يتصف بهذا الاتجاه أنه مستبد، أي أنه لا يستمد سلطته من إرادة الشعب، بل يفرضها على الناس بالقوة.

ومن المحاولات الجادة أيضاً، يمكن الإشارة إلى الموسوعة العربية العالمية، التي اشتملت على مفهوم أكثر جدة ومعاصرة للسلطة، وقد جاء في هذه الموسوعة أن: السُّلْطَة في العلوم الاجتماعيّة، تعني قدرة أشخاصٍ أو مجموعاتٍ على فرض إرادتهم على الآخرين، إذ يستطيع الأشخاص ذوو النفوذ فرض قراراتهم بوساطة إنزال عقوبات أو التّهديد بها على أولئك الذين لا يطيعون أوامرهم أو طلباتهم، وتكاد السُّلْطَة تكون موجودة في كلّ العلاقات الإنسانيّة، إذ يتمتع المعلّمون بسلطة على الطّلاب، وأربابُ العمل على المستخدمين، والآباء على الأبناء، والأقوياء على الضّعفاء، والدُّول القوية عسكرياً على الدول الضعيفة.

كما جاء في المعجم الفلسفي الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة أن كلمة "سلطة Autorité" تطلق على كلّ ما يحدّد سلوكاً أو رأياً لاعتباراتٍ خارجة عن القيمة الذاتية للأمر أو القضية المعروضة، وتطلق أيضاً على الشخص الحجّة، وهو كلّ من يصبح مصدراً يُعوّل عليه في رأيٍ وعلمٍ معين مثل حجّة الإسلام للغزالي، ومن أقدم صورها في تاريخ البشرية السلطة

¹ - الموسوعة القانونية المتخصصة، جزء السلطة - مقدمة -، المجلد الرابع - الرضا - الضمان المصري، القانون العام، الموسوعة العربية للطبع والنشر، دمشق - سوريا، 1981، ص 143 وما يليها.

² - أحمد زكي بدوي عالم مصري في الاجتماع السياسي ولد في 1910.

الأبوية التي ضاقت شيئاً فشيئاً وحلَّ محلَّها سلطة شيخ القبيلة، ثم سلطة حاكم المدينة، وخضع الفرد اليوم بوجه خاص لسلطة الدولة.

ويرى "أندريه لالاند" ANDRE LELAND¹ صاحب الموسوعة الفلسفية الشهيرة أن كلمة Autorité تعني: القدرة الشرعية أو القانونية على فرض الطاعة، ويشير في موسوعته إلى أن هذه الكلمة تعني الآتي:

- في علم النفس: تفوق أو صعود شخصيَّان، بموجبهما يُصدَّق المرء، يُطاع، يُحترم، فيفرضُ حكمه على إرادة الآخر ومشاعره.

- في علم الاجتماع: حقّ أو على الأقل قدرة قائمة على التقرير أو الإمرة.²

- في الموضوع الديني بنحو خاص: المرجع هو الوحي المتزل، المصوغ في الكتب بأمرٍ من الله، والمنقول بالسنة والأحاديث عن الرُّسل.

- السلطة أو السلطات: الأشخاص الذين يمارسون السلطان.

بهذا الصدد، لا بد من الإشارة إلى أن الفيلسوف الفرنسي "جاك ماريتان" JAQUES MARITAIN يميّز عند معالجته لقضية السلطة في إطار الديمقراطية بين السلطة Authority والقوة Power، ويرى - بحقّ أنهما أمران مختلفان، فالقوة هي التي بواسطتها تستطيع أن تُجبر الآخرين على إطاعتك، والسلطة هي الحق في أن توجه الآخرين أو تأمرهم بالاستماع إليك وطاعتك، والسلطة تتطلب قوّة، أما القوّة بلا سلطة فظلم واستبداد، وهكذا فإن السلطة تعني الحق، وما دامت السلطة حقاً فيجب أن تُطاع بوازعٍ من ضمير، أي على سنة الناس والأحرار، ومن أجل المصلحة العامة.

كما تعرف "السلطة" باللغة الإنجليزية بمصطلح "Authrity" وهي التأثير باستخدام القوة على مجموعة من الأفراد أو الجهات من خلال التحكم بإصدار القرارات النهائية وفق مجموعة من القواعد القانونية.

¹ - أندريه لالاند فيلسوف فرنسي ولد في 19 جويلية 1889 وتوفي في 17 نوفمبر 1963 هو من أبرز ممثلي العقلانية الكانطية في ظل الجمهورية الثالثة في فرنسا.

² - الموسوعة القانونية المتخصصة، جزء السلطة - مقدمة-، المجلد الرابع: الرضاع-الضمان المصرفي، القانون العام، الموسوعة العربية للطبع والنشر، دمشق-سوريا، 1981، ص143 وما يليها

وتعرف أيضا بأنها توجيه السلوك لمجموعة من الأشخاص من خلال التأثير عليهم وفقا لتطبيقات وأحكام تشريعية تحصل عليها السلطة بناء على موقعها في قمة الهرم الإداري.¹ كما يمكن تعريفها على أنها مجموعة من الأفراد تتمتع بالشخصية المعنوية وبولاية عامة لإدارة شؤون البلاد واستعمال القوة المادية لفرض تلك الولاية، وتظهر طاعة الأفراد من الشعب للسلطة العامة بوسيلتين هما، استعمال القوة المادية دون الاستناد إلى أي مسوغ، وهذا ما يعبر عنه بالحكم الاستبدادي الظالم، والوسيلة الثانية هو وجود هذا المسوغ الذي تستند إليه السلطة وهو احترام الرأي العام لها، الذي هو بمثابة التعبير عن رأي أغلبية الأفراد من الشعب في فترة زمنية معينة، واعتقاده بأنها تقوم على نظام مشروع.

إن السلطة بمعناها الواسع، هي شكل من أشكال القوة ، فهي الوسيلة التي من خلالها يستطيع شخص ما أن يؤثر على سلوك شخص آخر، إلا أن القوة تتميز عن السلطة ، بسبب الوسائل المتباينة التي من خلالها يتحقق الإذعان أو الطاعة، لأن السلطة تعتمد على الحق في الحكم مدرك ومفهوم، ويحدث الإذعان من خلال التزام أخلاقي ومعنوي من قبل المحكوم بأن يطيع، ورغم اختلاف الفلاسفة السياسيين حول الأسس التي تركز عليها السلطة ، فإنهم مع ذلك اتفقوا على أنها ذات طابع اخلاقي ومعنوي (السلطة يجب أن تطاع).²

قد تعد السلطة غير مشروعة في حال استخدامها للإجبار والإكراه والعنف أثناء تعاملها مع الأفراد الآخرين وخصوصا في حالات الحروب والتي تسيطر فيها السلطة العسكرية على المجتمع الذي تحتله فيخضع كافة الأفراد والمؤسسات لسلطتها وهذا ما يخالف القانون الدولي العام، لأن أساس السلطة هو وجود شرعية لها بناء على دستور الدولة أو القانون المتبع في مكان وجودها، لذلك من واجب السلطة أن تحترم الحقوق الإنسانية للأفراد وتضمن تطبيق كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية بأسلوب صحيح.

وتأسيسا على ما سبق فإن السلطة العامة مجالها القانون الإداري وتتعلق بالدولة والأشخاص العمومية الأخرى، أما السيادة فمجالها القانون الدستوري وتتعلق بالدولة فقط.

وبالتالي فالسيادة مقتصرة على الدولة دون غيرها وكنتيجه لذلك لا يجوز تفويضها للغير فهي مطلقة وأصلية مرتبطة بالدولة ارتباطا وثيقا، لكن السلطة العامة يمكن تفويضها وذلك

¹ - مجد خضر ، مقالة قانونية حول مفهوم السلطة ، 22 مارس 2016.

² - أندرو هيود، النظرية السياسية مقدمة، ترجمة لينة الريدي، المركز القومي للترجمة، القاهرة-مصر، 2013، ص225.

بالتنازل عن جزء من صلاحياتها بأن تعهد بعض من اختصاصاتها المسندة إليها إلى أحد المرؤوسين الإداريين ويكون مصدرها القانون الإداري وهذا بغية تخفيف العبء الإداري عنها بنص قانوني صريح، وذلك بتفويض بعض المرافق العامة وبالتالي تفويض بعض امتيازات السلطة العامة، وهذا لا يعني خصوصية ولا حتى إمكانية ذلك للمرافق العامة خصوصاً ذات الطابع السيادي أو التي هي في الأصل من الوظائف الأساسية للدولة.

2- تعريف السيادة :

السيادة لغة: من سود، يقال: فلان سيّد قومه إذا أُريد به الحال، وسائِدٌ إذا أُريد به الاستقبال، والجمع سَادَةٌ¹، ويقال: سادهم سُوداً سُوداً سيادةً سيّدودةً استادهم كسادهم وسودّهم هو المَسُودُ الذي سادته غيره فالْمُسَوِّدُ السَّيِّدُ.

والسَيِّدُ يطلق على الرب والمالك والشريف والفاضل والكريم والحليم ومُحْتَمِلٌ أذى قومه والزوج والرئيس والمقدّم، وأصله من سادَ يَسُودُ فهو سَيِّودٌ، والزَّعامةُ السَّيادةُ والرياسة².

وفي الحديث قال صلى الله عليه وسلم: "أنا سيّدُ الناسِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"³، فالمعنى اللغوي للسيادة أنها تدل على المُقدم على غيره جاهاً أو مكانةً أو منزلةً أو غلبةً وقوةً ورأياً وأمراً.

أما **السيادة اصطلاحاً:** فهي السلطة العليا التي لا تعرف فيما تنظم من علاقات سلطة عليا أخرى إلى جانبها⁴ وهو من المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها النظام الدولي المعاصر، وعرفت بأنها: وصف للدولة الحديثة يعني أن يكون لها الكلمة العليا واليد الطولى على إقليمها وعلى ما يوجد فوقه أو فيه، وعرفت أيضاً بأنها: السلطة العليا المطلقة التي تفردت وحدها بالحق في إنشاء الخطاب الملزم المتعلق بالحكم على الأشياء والأفعال.

والتعريفات السابقة متقاربة، ولعل أشملها لمفهوم السيادة هو التعريف الأخير؛ لوصفه السيادة بأنها: سلطة عليا ومطلقة، وإفرادها بالإلزام وشمولها بالحكم لكل الأمور والعلاقات سواء التي تجري داخل الدولة أو خارجها.

¹ - محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 2017، تاريخ الإنشاء 30 نوفمبر 2008، أنظر مادة سود.

² - إسماعيل بن حماد الجوهري أبونصر، صحاح اللغة، تاريخ الإنشاء 06 مارس 2011، أنظر مادة سود.

³ - أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب في كراهية التمداح، رقم: 4806، قال الألباني في صحيح سنن أبي داود، 180/3: صحيح، قال في عون المعبود، 112/13: إسناده صحيح، والمعنى: أي هو الحقيق بهذا الاسم والذي تحقّق له السيادةُ المالك لتواصي الخلق، وهذا لا ينافي سيادته صلى الله عليه وسلم مجازيةً إضافيةً المخصوصة بالأفراد الإنسانية، حيث قال: أنا سيد ولد آدم ولا فخر.

⁴ - أنظر معجم القانون، مجمع اللغة العربية، 2014، ص 637.

وجدير بالذكر أن فكرة السيادة هي فكرة قديمة ظهرت أول مرة في عهد الرومان، وقد عبّروا عنها باصطلاح "Imperium" الذي كان يطلق على سلطة بعض الحكام في عهد الإمبراطورية الرومانية، غير أنّ الفضل في إبرازها في الفكر السياسي الحديث، ولا سيما الفكر السياسي الغربي، يرجع إلى الفكر الفرنسي، وخاصة إلى الفقيه الفرنسي "جان بودان JEAN BODIN"¹ الذي طرح نظرية السيادة في ثوبها الجديد في مؤلفه الشهير "ستة كتب عن الجمهورية" Les Six livres de la République الذي أصدره في باريس عام 1576م.

(عاصر بودان جانباً من الصراع الديني الذي ساد وطنه بسبب الانقلاب الذي قام به "مارتن لوثر MARTIN LUTHER"² و"جون كالفن JOHN CALVIN"³ في النصف الأول من القرن السادس عشر. وترتّب على ذلك صراعات وحروب داخلية في فرنسا مزّقت أواصر الوحدة الوطنية التي كان يفضلها بودان ولاسيما إن كانت مصحوبة بالتسامح الديني، وفي سبيل تحقيق ذلك وضع بودان نظريته في السيادة، التي يجب أن تتركز في يد الملك دون سواه.

وعرض "جان بودان" أفكاره الرئيسية حول «نظرية السيادة» التي أضحت فيما بعد محور القانون العام والعلوم السياسية— في الفصلين الثامن والعاشر من الكتاب الأول من مؤلفه المذكور.

وقد عرّف "جان بودان" السيادة بأها: "السلطة العليا المطلقة الأبدية في الجمهورية (الكومنولث)" وتفصيل ذلك في نظره، أن الشعب في الدولة يتجرد من كل سلطة لمصلحة الأمير بوصفه صاحب السيادة، ومردّد ذلك إلى أن الأمير هو "ظِلُّ الله The image of God" على الأرض، فهو في سيطرته على الجسم السياسي يشبه الله في هيئته على لكون ومن ثمّ، فكلاهما يحوز سلطة مطلقة لا تحدّها أي مسؤولية تجاه أحد على الأرض.

يقول "جان بودان": وكما أنّ الله، وهو الربُّ العظيم، لا يخلق إلهاً آخر يكون ندّاً له، لأنه متفرد بالملكوت والجبروت، وطالما أنه لا يمكن لاثنين من الآلهة يشتركان بنفس تلك الصفات أن يتعايشا معاً ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: {لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ

¹ - جان بودان فيلسوف وقانوني فرنسي ولد في 1530 وتوفي في 1596 صاحب نظرية السيادة وهو من فلاسفة المذهب التجاري.

² - مارتن لوثر قسيس وراهب وأستاذ ألماني ولد في 10 نوفمبر 1483 وتوفي في 18 فيفري 1546 يعتبر مطلق الإصلاح في أوروبا.

³ - جون كالفن عالم ومصلح فرنسي ولد في 10 جويلية 1509 وتوفي في 27 ماي 1567 .

لَفَسَدَتَا¹ { (الأنبياء22)، فإنه من الطبيعي أن الأمير الذي قلنا بأنه ظل الله، لا يمكنه أن يجعل واحداً من أفراد رعيته مساوياً له، وألا يكون قد حكم على نفسه بالهلاك أو الانتحار. وترتيباً على هذا النظر، إتجه بودان صوب القول إن الشعب حين يتجرّد من كل سلطة لمصلحة الأمير الذي أصبح مقرأً ومستودعاً لكل سلطة " All power is conveyed to him and vested in him"، فإنه يكون قد تخلّى عن كل حق في أن يحكم نفسه. وبذلك نشأ للأمير السيد حقا طبيعيا ومطلقا في حكم أتباعه، لا يجوز التصرف فيه أو التزول عنه، ولذا قيل إن ملك فرنسا لا يتزل عن العرش، ويستتبع ذلك أن كل قيد يرد على سلطة الملك لا يُتصور أن يصدر إلا منه في صورة تبرّع كريمٍ لأتباعه.

ورمت هذه النظرية إلى خدمة أغراضٍ ثلاثة، أولها تأكيد استقلال الملكية في مواجهة سلطة البابا، وثانيها دعم هذا الاستقلال في مواجهة الإمبراطورية الرومانية الجرمانية المقدسة، وثالثها تعزيز مركز الملك إزاء سلطان أمراء الإقطاع، فكانت وسيلة لتوثيق الوحدة الوطنية في إطار الحكم الملكي.

وعلى هذا الأساس، فقد تميزت فكرة السيادة، في نشأتها الأولى، بخاصيتين اثنتين: الأولى أنها ارتبطت بشخص الملك، والثانية أنها اصطبغت بطابعٍ سلبي تحصّل في معنى انتفاء الخضوع لأي سلطة أخرى، غير أنه سرعان ما تحوّل مفهوم هاتين الخاصيتين، إذ أضحي غير سائغٍ ربط هذه السلطة العليا والمطلقة بفردٍ بذاته على سبيل الامتياز الشخصي له، لتعارض ذلك وضعف القدرات البشرية.

كما أن مفهوم السيادة، إكتسب مضموناً إيجابياً، نأى بها عن مجرد كونها رمزاً لاستقلال الدولة، بل أضحت عنصراً أساسياً في تكوين الدولة ذاتها، ومظهراً من مظاهر سلطانتها، فاتسع مضمون السيادة، وشمل جميع السلطات التي تمارسها الدولة، فاتسمت بطابعٍ إيجابي مؤداه مجموع القدرات التي تملكها الدولة، كما يمكن القول أنها سلطة الدولة العليا على رعاياها، واستقلالها عن أية سلطة أجنبية، بذلك نستطيع أن نستخلص قاسم مشترك ظهر في النظر إلى هذه التعريفات

¹ - الآية رقم 22 من سورة الأنبياء.

وهو أن جميعها ركزت بالأساس على اعتبار السيادة سلطة عليا ضمنت للمتمتع بها الإستقلالية وعدم الخضوع كما انتفت كونه معرضاً للنقد أو أيّاً من أوجه الرفض¹.

وتأسيساً على هذا النظر؛ عدّد "جان بودان" تحت عنوان "الخصائص المميزة للسيادة The True Attributes of Sovereignty"، السلطات المختلفة التي تمارسها السلطة ذات السيادة "Sovereign Power" أي أن: الأمير باعتباره هو صاحب السيادة The Sovereign Prince، من سن وإلغاء التشريعات، وإعلان الحرب، وإقرار السلام، وتعيين وإقالة كبار موظفي الدولة، وإقامة العدل بين المواطنين من خلال النظر فيما يعرض عليه من شكاوى واعتراضات والتماسات تتعلق بالأحكام والعقوبات الصادرة عن جميع المحاكم، ونقض الأحكام الصادرة عن محاكمه الخاصة، وإصدار العفو الخاص... إلخ.

وترتّب على هذا التكييف الجديد أن جنى رئيس الدولة ثمرة المضمون الإيجابي للسيادة، ويبدو كما أوضح "جورج بيردو"² في مؤلّفه مطوّل العلوم السياسية، أن هذين المظهرين للسيادة، المجرّدة للدولة والملموسة للأمير، شكّلا الأساس الذي قامت عليه نظرية الملكية المطلقة، ثم على أساس هذا النظر ذاته، استمدت الثورة الفرنسية، بعد ذلك، فكرة سيادة الأمة La souveraineté nationale.

وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى أن الفيلسوف الفرنسي "جاك ماريستان"³، بعد أن تناول بالشرح والتحليل الدقيق مفهوم نظرية السيادة، كما عبّر عنها كل من "جان بودان" و"توماس هوبز"⁴ و"جان جاك روسو"⁵، وذلك في الفصل الثاني من كتابه القيم "الفرد والدولة"، خلص إلى نتيجة جوهرية مردها أن: مفهوم السيادة لا يختلف عن مفهوم مذهب الحكم المطلق "Absolutisme" في شيء، ومثل هذه الخاصة أي السيادة لا تعود إلى الدولة، فإذا ما نسبناها إلى الدولة أفسدناها، إنّ الدول ذات السيادة، حسب منطق فكرة السيادة إنما تجنح

¹ - طلال ياسين العيسى، السيادة بين مفهومها التقليدي والمعاصر - دراسة في مدى تدويل السيادة في العصر الحاضر -، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، دمشق - سوريا، 2010.

² - جورج بيردو سياسي وفقيه فرنسي ولد في 1899 وتوفي في 1983.

³ - جاك ماريستان فيلسوف ومؤرخ فرنسي ولد في 18 نوفمبر 1882 وتوفي في 28 أبريل 1973.

⁴ - توماس هوبز عالم رياضيات وفيلسوف إنجليزي ولد في 05 أبريل 1588 وتوفي في 04 ديسمبر 1679 يعتبر من أكبر الفلاسفة في المجال القانوني.

⁵ - جون جاك روسو عالم وفيلسوف فرنسي ولد في 28 جوان 1712 وتوفي في 02 جوان 1778 يعد من أهم كتاب عصر التنوير ساعدت فلسفته في قيام الثورة الفرنسية.

إلى الدكتاتورية، فمفهوم سيادة ومذهب الحكم المطلق قد طُرِقا على سندان واحد، ومن ثمَّ فإنه يجب إسقاطهما معاً.

3- علاقة السلطة بالسيادة :

كثيراً ما يتم الخلط بين مفهوم السلطة والسيادة حتى أن البعض يجعلهما فكرة واحدة، إلا أن مفهوم السيادة هو مفهوم معقد ولديه من الغموض واللبس ما يستعصي على الفهم كما أنه يفتقد الثبات والبنية التي تجعله متماسكاً، بينما السلطة يمكن القول بأنها الممارسة الفعلية للهيئة الحاكمة في الدولة كما أنها تعد من المفاهيم التي تمتلك قدراً من الثبات كونها هي مصدر ممارسة السيادة وتشكل مظهراً من مظاهرها.¹

إن كل شخص يشعر بوطأة السُّلطة في مناحي الحياة المختلفة، خاصةً وقد تزايدت واتسعت مجالات تدخل الدولة، حتى أن بعض علماء السياسة المعاصرين يدرسون العصر الحديث على أنه "عصر السلطة **The Age of Power**"، وتلازم السلطة حياة كل جماعةٍ سياسية، ذلك أن الانتماء إلى أيِّ مجتمعٍ ينطوي على معنى الخضوع لسلطته، أي لتلك القوة التي ترسم لأعضاء المجتمع إطاراً محدداً لسلوكهم ونشاطهم يخدم الأهداف الاجتماعية المقررة، فيلتزم الأفراد الإحترام في هذا الإطار بغية الحفاظ على الرابطة الاجتماعية ودرءاً لتفكُّكها وانحلالها.

وهكذا فالمجتمع السياسي لا يُتصور بغير سلطة حاكمة تُنظِّمه وتضع القواعد التي تحكمه؛ وإبرازاً لأهمية وجود قوة تنفرد بالسلطة في الجماعة، يقول الكاتب الإنجليزي "تشيسترتون Chesterton"²: لو افترضنا مجتمعاً يكون جميع أعضائه قادةً أبطالاً على شاكلة حنبعل أو نابليون، فإنه من الخير لمثل هذا المجتمع، إذا ما هوجم على غرة، ألا يشترك الجميع في قيادته، في آن واحد.

ولما كان النظام السياسي يفترض حتماً وجود سلطة تتولى إدارة الجماعة وتسيير شؤونها، فقد نشأت داخل كل جماعة إنسانية تفرقة بين طائفتين من الأشخاص: الأولى هي صاحبة الإرادة الأقوى التي تحكم وتأمّر، والطائفة الثانية هي المحكومة الملزمة بالطاعة، أي أن الجماعة الإنسانية تفترض دائماً وجود طائفة الرؤساء وطائفة المرؤوسين، أو بعبارة أخرى طائفة الحُكَّام وطائفة المحكومين؛ إذ لا يُتصور أن يكون جميع الأفراد حكّاماً في الوقت نفسه، وهذه التفرقة بين

¹ - إسماعيل نوري الربيعي، في أصول السلطة والسيادة "بودان، هوبز، ستراوس، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجامعة الأهلية، العدد العاشر، البحرين، 2014.

² - جيلبيرت كيث تشيسترتون كاتب وناقد وفيلسوف إنجليزي ولد في 29 أبريل 1874 وتوفي في 14 جوان 1936 ناقد ومفكر سياسي.

الحكام والمحكومين قائمة داخل الأسرة والقبيلة والجمعية والنقابة ومن باب أولى يقوم عليها كل تنظيم سياسي.

إذا كان وجود "السلطة" يكون ركناً من الأركان الأساسية التي تقوم عليها الدولة، فالدولة لا تختلف في ذلك عن الكيانات الاجتماعية الأخرى، لأنها تفترض جميعاً قيام سلطة تُنظّمها.

ولكن السلطة التي تتمتع بها الدولة لها طابع خاص وصفات ذاتية تميّزها من غيرها من السلطات العامة والخاصة على السواء، فالسلطة كما عرفتها موسوعة السياسة هي المرجع الأعلى المُسلّم له بالنفوذ، أو الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض إرادتها على الإرادات الأخرى، بحيث تعترف الهيئات الأخرى لها بالقيادة والفصل، وبقدرتها وبحقها في المحاكمة وإنزال العقوبات، وبكل ما يضيفي عليها الشرعية ويوجب الاحترام لاعتباراتها والالتزام بقراراتها، وتمثل الدولة السلطة التي لا تعلوها سلطة في الكيان السياسي، ويتجسد ذلك من خلال امتلاك الدولة لسمة السيادة.

وهكذا، نظراً لما تتمتع به السلطة السياسية في الدولة من صفات ذاتية خاصة، فقد أطلق عليها الفقه الفرنسي التقليدي إسماً "السيادة Le Souveraineté" وفي هذا على حسب ما يرى بعضهم، فإنها - خلطاً بين السلطة السياسية ذاتها وأوصافها؛ فالسيادة ليست في الواقع إلا مجموع الصفات التي تتصف بها السلطة السياسية في الدولة؛ لأن السلطة ركن من أركان الجماعة أيّاً كانت هذه الجماعة، تستوي في تلك الدولة والأشخاص العامة الأخرى والجماعات الخاصة، أما السيادة فهي وصفٌ أو خاصيةٌ تنفرد بها السلطة السياسية "Le pouvoir politique" في الدولة، وعلى ذلك يلزم التمييز بين سلطة الدولة وسيادتها.

3- خصائص السلطة :

إن قيام الدولة يفترض وجود سلطة عليا يخضع لها جميع الأفراد المكونين للجماعة، سلطة أمرة تملك وسائل القهر والإكراه المادي اللازمة لفرض سيطرتها وتأمين تنفيذ أوامرها، امتزجت السلطة بكل أوجه العلاقات الإنسانية في الحياة الاجتماعية المشتركة، فهي مرتبطة بكل تنظيم مؤسسي، إذ أن التعاون أو الصراع الناجم عن العلاقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي

تقوم بين الأفراد والجماعات، تعتبر نتيجة مباشرة لوضع السلطة في المجتمع،¹ وتتميز هذه السلطة بالسمات والخصائص الآتية:

أ- سلطة أصلية غير مشتقة ولا مفوضة من أي سلطة أخرى، على عكس السلطات التأديبية أو المسلكية للنقابات والجمعيات، فهي كلها مشتقة من سلطة الدولة.

ب- سلطة عليا، فليس فوقها سلطة، بل ليس مثلها سلطة داخل الدولة، وكل من في الدولة من أفراد وجماعات خاضع لها تابع لأوامرها، ولهذا قد يسمى المواطنين تبعه الدولة ورعاياها لأنهم ملزمون بتنفيذ أوامرها.

ج- سلطة متفردة أو مانعة، فلا يكفي أن تكون السلطة السياسية هي العليا، بل يجب إضافة إلى ذلك أن تملك وحدها، من الناحية القانونية، امتياز إصدار الأوامر وفرض الطاعة داخل إقليم الدولة، ويمتنع على أية سلطة أخرى إصدار القواعد القانونية ومباشرة الإكراه المؤيد لها، ويترتب على ذلك نتائج وآثار نذكر منها:

* تقوم الدولة بفضل هذه السلطة، بدور حاسم في إحداث القواعد القانونية الإلزامية، فهي وحدها التي تسن القوانين وتوجب العمل بها، وليس غيرها قادراً على فرض القواعد الصادرة عنه إلا بمقدار ما تجيزه له.

* وتأييداً لسلطتها هذه، تستأثر الدولة بأدوات القهر المادي المتمثلة في القوات المسلحة وقوات الشرطة، وأجهزة ومؤسسات العقاب المختلفة، وتحتكرها وتملك تحريكها لتأييد نفاذ أوامرها وقراراتها. وهذا الاحتكار يقتضي أن الجماعات الأخرى الموجودة على إقليم الدولة، كالأحزاب السياسية والجماعات الضاغطة (جماعات المصالح) وغيرها، لا يجوز أن تكون لها أي تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية، ويومَ تسمحُ الدولةُ لمثل هذه الجماعات بإنشاء وحداتٍ عسكرية، فإنها بذلك تكون قد سمحت بالصراع الفوضوي، الذي قد يؤدي إلى انهيار الدولة وزوالها، والتاريخ مليء بالأمثلة، فسماع جمهورية ألمانيا للحزب النازي بإنشاء منظمات عسكرية أدى إلى استيلاء هذا الحزب على السلطة، وسماع حكومة لبنان للأحزاب السياسية بالاحتفاظ بقوات عسكرية بما يسمى بالميليشيات أدى إلى الفوضى وفقدان السلام المدني، ونشوب حرب أهلية منذ عام 1972 كادت تؤدي ببلبنان ذاتها.

¹ - صادق الأسود، علم الاجتماع السياسي - أسسه وأبعاده -، مطابع وزارة التعليم العراقية، بغداد - العراق، 1990، ص 125.

د- سلطة دائمة ومستمرة، فما دامت السلطة تتصف بأنها سلطة أصلية، فهي تقوم بذاتها، ومن ثم لا توجد سلطة أخرى تنهي حياتها أو تقضي عليها، من هنا تتميز السلطة بأنها دائمة الوجود. وتتمثل دائمية السلطة في بقائها واستمرارها على الرغم من زوال الحكام الذين يمارسونها، كما أنها تبقى بعد انهيار نظامها الدستوري الذي تعمل في إطاره، ذلك أن بقاء السلطة، هو مظهر ونتيجة لتمتع هذه السلطة بالسيادة.

ه- سلطة مؤسَّساتية، أي إنها تقوم على الفصل بين الحاكم بصفته سلطة عامة، أو هيئة تملك شخصية قانونية اعتبارية، والحاكم بصفته فرداً عادياً، إذ إنَّ سلطة الدولة بالمفهوم الحديث أصبحت وظيفة وواجباً يقوم به الحاكم وليس امتيازاً شخصياً له يكتسبه بفضل قدراته ومواهبه.¹

ثانياً/- المقصود من السلطة العامة :

تعرف السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، وتستخدمها في تنفيذ أحكام القانون العام من أجل إشباع الحاجات العامة والجماعية لأفراد الدولة. وتعرف أيضاً بأنها الامتيازات التي تجعل الإدارة في مركز أعلى من مراكز الأفراد، والتي من شأنها منح الإدارة حرية أوسع من حريتهم في العمل، ومن أهم هذه الامتيازات، اتخاذ القرارات الإدارية، السلطة التقديرية، امتياز التنفيذ المباشر، نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، الضبط الإداري، سلطات الإدارة في حماية المال العام وسلطاتها في مجال العقود الإدارية، وحسب هذه الفكرة فإن الدولة عندما تقوم بممارسة نشاطها، فهي تمارس مظاهر السلطة العامة التي تختلف عن بقية الأشخاص القانونية والمتمثلة بقدرتها على الأمر والنهي وإلزام الأفراد بهذه النواهي والأوامر.

وكما يقول الدكتور "ماجد الحلو"² فإن الإدارة وهي تتمتع بهذه السلطة تجعل لها أن تشترط لنفسها ببعض الامتيازات التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين وتعلو من شأن الإدارة، مما ينبئ عن رغبتها في استخدام أساليب السلطة العامة ووسائل القانون العام، مع وضع المتعاقد معها

¹ - الموسوعة القانونية المتخصصة، جزء السلطة - مقدمة-، المجلد الرابع: الرضاغ-الضمان المصرفي، القانون العام، الموسوعة العربية للطبع والنشر، دمشق-سوريا، 1981، ص143 وما يليها.

² - ماجد راغب الحلو كاتب وقانوني مصري ولد في 20 ماي 1940 .

تحت رقابتها¹، كما أن الإدارة تستند إلى وسائل السلطة العامة، عند قيامها بنشاط إداري لضمان علو إرادة الإدارة وظهورها بمظهر القوة والسلطة، وإن عدلت الإدارة عن استخدام هذه الامتيازات بإرادتها فإنها تتجرد من هذه الصفة وتترل إلى مرتبة ومستوى الأفراد العاديين، وعندئذ لا تكون هناك منازعة إدارية وتخرج القضية من نطاق اختصاص القضاء الإداري.

إن القانون الإداري في فرنسا كان مبنيا على فكرة السلطة العامة ومرتبطا بها ارتباطا وثيقا، وقد عرفها أنصاره على أنها مجموعة من الامتيازات والسلطات والاختصاصات والأساليب الفنية من خلال مجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة وذلك يجعل من هذه الإدارة ذات مراكز أسمى ولا تتساوى مع الأفراد، وبالتالي تفرض بل وتحتّم وجود قواعد القانون الإداري مع تلك الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القوانين الأخرى، ففكرة السلطة العامة هي التي تحدد مجال التطبيق القانوني، حيث كل تصرف يتضمن مظهرا من مظاهر السلطة العامة يعد بمثابة عمل إداري يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري.²

إن فكرة السلطة العامة ظهرت كميّار لتعريف القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه، فالإدارة حين مباشرة وظيفتها قد تظهر أعمالها في صورة أمرّة نظرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة التي تجعل من إرادتها تعلو فوق إرادة الأفراد، وفي أحيان أخرى قد تظهر في صورة مغايرة تماما حيث تتجرد وبمحض إرادتها من تلك الامتيازات لتقف مع الأفراد على قدم المساواة وتكون بذلك أعمالها وتصرفاتها القانونية عادية تخضع فيها لأحكام القانون الخاص أو العادي وليس القانون الإداري، كما أن الفصل في المنازعات الناجمة عن هذا النوع من الأعمال يكون من اختصاص القضاء العادي لا القضاء الإداري ولعل أهم إنتقاد وجه للسلطة العامة هو كيفية التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة لكونهما متداخلين مع بعضهما؟ مما يؤدي إلى صعوبة تحديد صفة كل عمل على حدى، فتطبيق نظرية السلطة العامة يؤدي حتما إلى نتائج غير سليمة تعمل على التضييق من نطاق القانون الإداري، فعلى سبيل المثال، لا يعتبر الشخص موظفا عموما يخضع للقانون الإداري إلا إذا كان له الحق في إصدار الأوامر والنواهي ملزمة، ومن لا يتمتع بهذا الحق فلا يوصف بالموظف العام ويخضع للقانون المدني، بل حتى العقود في هذه الحالة

¹ - فارس علي جنكيز، المرجع نفسه، ص 32.

² - عمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 146.

تعتبر عقود مدنية، وتخضع بالتالي لأحكام العقود المدنية على الرغم مما تحتوي عليه العقود الإدارية من أحكام خاصة تميزها عن العقود المدنية.¹

لذلك كان من نتيجة الأخذ بنظرية السلطة هي حصر نطاق القانون الإداري في نطاق ضيق، مما يترتب عليه تضيق اختصاص القضاء الإداري باعتبار أن هذه النظرية بمفهومها التقليدي الذي تركز فيه على شكل العمل الذي تقوم به الإدارة، فإذا كان العمل يصدر في صورة أوامر ونواه اعتبر عملا من أعمال السلطة وذلك على خلاف عمل الإدارة المدني الذي تباشره الإدارة بشكل عادي شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين.

وإزاء ما تعرضت إليه نظرية السلطة العامة في صورتها التقليدية من نقد تطورت بحيث استند أنصارها على الأساس الموضوعي غير الشكلي وهو الأساس الثاني المتمثل في طبيعة العمل ذاته وطبيعة الوسائل التي يستخدمها من قام بالعمل يشكلا مع أساس تحدي نطاق القانون الإداري وبالتالي تحديد اختصاص القضاء الإداري، وعليه فالعمل يعد إداريا محضا، إذا كانت طبيعة العمل تقوم على أساس فكرة السلطة أو إذا ما استخدمت الإدارة لبعض الامتيازات المقررة للسلطة العامة.

وهكذا ظهرت نظرية السلطة العامة في صورتها الحديثة كأساس لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري، والتي يقودها كل من العميد "موريس هوريو" و"جورج فيدال"، تتجسد في امتيازات تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد لا نظير لها في القانون الخاص، مقابل قيود غير مألوفة هي الأخرى في القانون الخاص، حتى لا تتعسف الإدارة في استعمال هذه الامتيازات.²

وبناء على هذا التصور كان للنظرية إيجابياتها فقد قدمت تفسيرا مقنعا للعديد من نظريات القانون الإداري، وبررت ذلك بمنطق خروج بعض التصرفات عن نطاقه، فمن الناحية العضوية أخرجت عن نطاق هذا القانون نشاط السلطات الأخرى كالسلطتين القضائية والتشريعية ومن الناحية الموضوعية كذا نشاط الإدارة الذي تلجأ في إدارته إلى أساليب عادية، أي الأعمال التي تتبع لأجل القيام بها أساليب القانون العادي كإدارة أموالها الخاصة وإبرامها للعقود المدنية اللازمة لتسيير نشاطها، وأدخلت نظريات لحمل جانبا من الامتيازات العامة كالقرارات الإدارية وكذا العقود الإدارية، الأموال العامة، إلا أنه قد تؤدي إلى إطلاق يد السلطة

¹ - جبار جميلة، دروس في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الحمديّة، الجزائر، 2014، ص38.

² - جبار جميلة، المرجع نفسه، ص39.

العامة في مباشرة نشاطها على أساس فكرة السلطة في استخدام وسائلها لأداء وظائفها ويترتب عن ذلك الإسراف في مباشرة أعمال السلطة والتعسف تجاه الأفراد مع فرض الكثير من القيود على حقوقهم وحررياتهم العامة.

هذا وقد حاول زعيم مدرسة السلطة العامة "موريس هوريو" أن يجعل من السلطة العامة معيارا للفصل بين قواعد القانون الإداري والقانون الخاص¹.

ورغم أن معيار السلطة العامة والذي استعمل لفترة طويلة من القرن التاسع عشر، يعتبر حاليا من أكثر المعايير استعمالا خصوصا في القضاء الإداري الفرنسي بل ومن أهمها، إلا أنه وبالنظر إلى التحول الجذري في فلسفة دور الدولة فإنه تعرض إلى عدة انتقادات لأنه غير كاف لتأسيس وتبرير القانون الإداري، كما أنه يبدو قريبا من معيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العامة، إلا أنه في الواقع هناك تمييز أساسي بينهما فأعمال السلطة تقتضي أن تكون هناك إرادة آمرة للدولة، أما التسيير الإداري العادي فإنه لا يقتضي أن يكون هناك أي شكل من الأشكال التي تظهر فيها الدولة كجهة آمرة، وإنما تتميز باختلافها عن القانون العام².

إلا أنه من المهم أن نشير إلى أنه وفقا لنظرية الدولة فإن فكرة السلطة العامة تمثل سلطة الأمر الانفرادي الذي يسمح للدولة أن تفرض قراراتها على الخاضعين لسلطتها وله أن تفرض تطبيق قراراتها بالقوة، وبالتالي فإن امتيازات السلطة العامة ليست حصرا على السلطات الإدارية، بل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية تملك مظاهر وامتيازات السلطة العامة، لذلك يمكننا القول إن امتيازات السلطة العامة ملازمة للسلطة العامة في حد ذاتها.

فمفهوم السلطة العامة وبالنظر لعدة تعاريف أصبح يحدها فكرة دولة القانون التي تفرض أن تكون وظائف الدولة في خدمة الحقوق الأساسية للأفراد، إلى جانب ممارسة السلطة العامة وظائف متعددة ومتنوعة بعضها سياسي وبعضها إداري والبعض الآخر قضائي، حيث تمثل السلطات الأساسية للدولة بمقتضى نص الدستور.

إن هذه السلطات ترتبط بسيادة الدولة فلا يمكن تفويضها لغيرها ولا يجوز تجزئتها فهي سلطة مطلقة أصلية دائمة ومتفردة بوضع القوانين ووحدها من يملك قوة الإكراه المادي.³

¹ - عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص146.

² - ETIENNE PICARD, puissance publique ou impuissance publique? in AJDA, 1999, p17.

³ - JAQUES KRYNEN, Aux origines historiques de l'idée de puissance publique, acte de colloque.la puissance publique, organisé du 22 au 24 juin 2011, par AFDA, faculté de

وما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة، لا بد من إعادة وضع مفاهيم جديدة للسلطة العامة مع الأخذ بعين الاعتبار ظهور وتطور مصطلحات ومفاهيم جديدة على غرار دولة القانون التي تقتضي أن تكون وظائف الدولة وهيئاتها في خدمة الحقوق الأساسية للأفراد لا ضدها، مع فرض إكراهات على السلطة العامة تكون عبارة عن قيود تحد من تعسفها واستعمالها في تجاوز السلطة. إن هذه المفاهيم وإن كان لها صدى على مستوى الفقه الإداري لم يكن كذلك وبذلك التأثير على مستوى فقهاء القانون الدستوري، حيث لم يستسغ معظمهم إن لم نقل كلهم فكرة قابلية إعادة النظر في مفاهيم أساسية كالسلطة العامة أو السيادة، فبالنسبة إليهم الأمر يتعلق بأمور لا يمكن المساس بها أو حتى إعادة تعريفها وفق التحولات الجارية ولا يمكن تجزئتها أو حتى تفويضها.

الفرع الثاني: معايير السلطة العامة وامتيازاتها

لقد طرح جانب من الفقه معيارا آخر بديلا هو معيار السلطة العامة، ومقتضاه أن فكرة السلطة هي الأقدر في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري، ذلك أن العنصر المهم في نظام القانون الإداري المميز له عن القانون الخاص لا يتعلق بالأهداف أو الغايات التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها متمثلة في المنفعة العامة، وإنما يقوم على أساس الوسائل التي تستعملها الإدارة في سبيل تحقيق تلك الأهداف، فإذا كانت هذه الوسائل تتميز بسلطات وامتيازات استثنائية لا نظير لها في علاقات الأفراد، كنا أمام نشاط يحكمه القانون الإداري ويختص المنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري.

وقد أسس هذا المعيار العميد "موريس هوريو HAURIOU" الذي أنشأ مدرسة مناهضة لمدرسة المرفق العام أطلق عليها "مدرسة السلطة العامة"، ومبادئ هذه النظرية متميزة عن نظرية السلطة العامة التقليدية والتي تفرق بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية.

فنظرية السلطة العامة كما ذهب "هوريو" لا تتعلق بالأوامر والنواهي إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، حيث اشترط لوجود القانون الإداري أو النظام الإداري شرطين أساسيين هما: وجود محاكم تختص بالفصل في المنازعات الإدارية وتكون مستقلة عن المحاكم العادية، وكذا وجود قواعد

وأحكام خاصة يتمثل بها إعطاء الإدارة سلطات وامتيازات أوسع بكثير مما يملكه الأفراد في تعاملهم فيما بينهم ، بسبب أن الإدارة تعمل للمصلحة العامة وليس لمصلحة الأفراد.¹

أولاً- معيار السلطة العامة التقليدي.

يعني معيار امتيازات السلطة العامة أن الإدارة حينما تضع نفسها في موضع متميز بالمقارنة للأفراد فإنها تخضع لأحكام القانون الإداري، ومثال ذلك عندما تقوم الإدارة بإبرام العقود الإدارية وتضع لنفسها في هذه العقود شروطاً استثنائية خارقة للشريعة العامة، ولا توجد في أحكام القانون الخاص، كسلطة الإدارة في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة.

ذلك أن العنصر المهم في هذا المعيار لا يتعلق بالأهداف أو الغايات التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها المتمثلة بالمصلحة العامة كما ذهبت نظرية أو معيار المرفق العام، وإنما يقوم على أساس الوسائل التي تستعملها الإدارة في سبيل تحقيق تلك الأهداف، فإذا كانت هذه الوسائل تتميز بسلطات وامتيازات استثنائية لا نظير لها في علاقات الأفراد، كنا أمام نشاط يحكمه القانون الإداري ويختص بالمنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري ونظرية السلطة العامة وامتيازاتها، كما ذهب "هوريو" لا تتعلق بالأوامر والنواهي إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، ومن الجدير بالذكر أن "هوريو" لم ينكر فكرة المرفق العام، إنما جعلها ثانوية بالمقارنة مع دور السلطة العامة كأساس للقانون الإداري ومعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، فهو غلب عنصر الوسائل التي تستخدمها الإدارة على عنصر الغاية أو الهدف.

ثانياً- معيار السلطة العامة الحديث

حاول جانب من الفقه إحياء فكرة السلطة العامة وتجديدها لتصلح أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، ومن هؤلاء الأستاذ "جورج فيدل GEORGE VEDEL"² الذي ذهب إلى أن فكرة السلطة العامة لا تعني فقط استخدام الإدارة لامتيازات وسلطات القانون العام باعتبارها سلطة أمرة وإنما تشمل أيضاً القيود التي تحد من

¹ - أمين رحيم حميد الحجامي، المحاضرة الثالثة بعنوان: تعريف القانون الإداري، كلية الحقوق، قسم القانون العام، المرحلة الثانية، شبكة جامعة بابل، العراق، 04 ديسمبر 2018، (موقع الكلية - نظام التعليم الإلكتروني).

² - جورج فيدل شاعر وروائي ومناضل فرنسي ولد في 24 أبريل 1903 وتوفي في 13 نوفمبر 1964 بباريس.

حرية الإدارة وتفرض عليها التزامات أشد من الالتزامات المفروضة على الأفراد في ظل القانون الخاص.

ومن هذه القيود عدم إمكانية تعاقد الإدارة إلا بإتباع إجراءات وشروط معينة لا نظير لها في القانون الخاص كاتباعها أسلوب المناقصات أو المزايدات عند اختيار المتعاقد معها.

ومن ثم لا يكفي ممارسة النشاط من قبل سلطة إدارية عامة حتى تكون بصدد تطبيق القانون الإداري إنما يجب أن تكون الإدارة قد استخدمت في نشاطها امتيازات وسلطات استثنائية لا مثل لها في القانون الخاص أو التزمت بقيود وحدود غير مألوفة في هذا القانون، وفي الحالتين يختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن مباشرة هذا النشاط، وعلى العموم فالسلطة العامة لا تبرز من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة فحسب، وإنما تشمل القيود الاستثنائية المفروضة عليها في أحيان أخرى.

ثالثاً: تقدير هذا المعيار

إن مدرسة السلطة العامة أصابت في نظرها عندما ميزت بين أعمال السلطة العامة للأعمال المدنية الخاصة بالإدارة، وحينما أخضعت هذه الأعمال أحياناً لأحكام القانون الإداري، وأحياناً أخرى لقواعد القانون الخاص لأن الإدارة لا يمكن لها إخضاع كل تصرفاتها لأحكام القانون الإداري عند نزولها لمرتبة الأفراد فهي تفقد هذا الامتياز الممنوح لها.

إلا أن الفقيه "جون ريفيرو"¹ يرى أنه لا يمكن الاعتماد على فكرة السلطة العامة لتحديد ولاية اختصاص القانون الإداري لأن أعمال السلطة في حد ذاتها تبني على مظهرين أحياناً يظهر الجانب السلطوي في عمل الإدارة بشكل جلي وواضح، فقيام الإدارة بتزاع الملكية مثلاً أو تنظيم حركة المرور، يجعل الجانب السلطوي لها يبدو خفياً وبصورة سلبية فتظهر الإدارة أقل حرية من الأفراد.

الفرع الثالث: عناصر فكرة السلطة العامة.

لا تخضع الإدارة لأحكام القانون الإداري فحسب، بل تخضع أيضاً للقانون الخاص وتمثل منازعاتها أمام القضاء العادي، وذلك عندما تنزل إلى مرتبة الأفراد وتباشر أعمال مدنية ولاية

¹ - جون ريفيرو هو فقيه فرنسي وأستاذ القانون العام، ولد في 19 مارس 1910 وتوفي في 19 جوان 2001، وهو من أشد المنتقدين لفكرة الاعتماد على السلطة العامة كأساس لتحديد اختصاص القانون الإداري وهذا لعدة اعتبارات تم التطرق إليها في الموضوع.

القانون الإداري تم رسم معالمها استنادا لمعيار السلطة العامة، فهو بهذا الوصف قانون السلطة العامة، وفكرة السلطة العامة في مدلولها ومفهومها الحديث تتألف من عنصرين، هما :

عنصر إيجابي وسليبي أي للإدارة نشاطين وهما : أعمال السلطة وأعمال التسيير أو الإدارة.¹

أولا: العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة

والمتمثل في أعمال السلطة، وهي عبارة عن محور ومعيار النظام الإداري من حيث خضوعها لأحكام استثنائية غير مألوفة ومعهودة في روابط القانون الخاص، فهي تدل في نطاقها ضمن قواعد القانون الإداري ويختص في المنازعات المترتبة عنها القضاء الإداري كإصدار القرارات الإدارية، التنفيذ الجبري وامتياز نزع الملكية للمنفعة العامة، هذا وقد حاول الفقيه "بالمير" تحديد أعمال السلطة على أنها التصرفات التي تأتيها الإدارة بموجب سلطة الأمر والقيادة والتي تخرجها من نطاق القانون العام المشترك حيث لا يخول للأفراد القيام بتلك الأعمال كالقرارات وحضر التجوال.²

ثانيا: العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة

والمتمثل في أعمال التسيير، حيث حينما تقوم الإدارة العامة بأعمال التسيير فهي لا تخضع للنظام الإداري أي أنها تخضع في نشاطها للقانون العادي ويختص في المنازعات المترتبة عنها والتي تثار بشأنها للقضاء العادي، وهي مجموعة من القيود والالتزامات والحدود التي تقيد وتلزم السلطة الإدارية عند قيامها بوظائفها وأعمالها، من بين هذه القيود والالتزامات التي تحد و تقيد من حرية الإدارة العامة بشكل أكبر وأحكم وأثقل ضرورة احترام هذه المصلحة العامة هو أهمية الالتزام بقواعد حماية الأموال العامة.³

الفرع الرابع: تقدير فكرة السلطة العامة

لا شك في أن أنصار نظرية السلطة العامة قد أصابوا في توجهاتهم من خلال تمييز نوعين من أعمال الإدارة والمتمثلة في أعمال السلطة والأعمال المدنية، كما أنهم وفقوا إلى حد ما حينما أخضعوا أعمال الإدارة لمبادئ وأحكام القانون الإداري أحيانا، وكذا قواعد القانون الخاص في أحيان أخرى، حيث لا يعقل ولا يمكن بأي حال من الأحوال خضوع الإدارة في كل أعمالها

¹ - عمار عوايدي: القانون الإداري (النظام الإداري)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص146.

² - عمار عوايدي، المرجع نفسه، ص147.

³ - عمار عوايدي، المرجع نفسه، ص148.

وتصرفاتها لأحكام القانون الإداري، ففي حال ما نزلت إلى مستوى الأفراد فبالضرورة تفقد امتيازاتها وسلطاتها، وبالتالي فإنها تخضع لنفس القواعد والأحكام القانونية التي يخضعون لها الأفراد.

إلا أنه وعلى الرغم من دقة ونجاح هذه النظرية في جوانب عديدة، إلا أنها لم تسلم من النقد، ولعل أهم الانتقادات التي وجهت إليها، كانت من جانب الفقيه "جون ريفيرو" الذي يرى أنه لا يمكن الاستناد إلى فكرة السلطة العامة لتحديد ولاية واختصاص القانون الإداري، ويرجع ذلك لسبب أن أعمال السلطة تبني على مظهرين في حد ذاتها، فأحيانا يظهر الجانب السلطوي والسيادي في عمل الإدارة بشكل واضح وجلي، وخير مثال على ذلك هو أن تعمد الإدارة إلى تنظيم حركة المرور، أو نزع ملكية أحد الأفراد، إعلان حالة الطوارئ، غلق طريق، فرض تلقيح إجباري، أو حتى حصار أو حظر التجول، إلا أن الجانب السلطوي السيادي قد يبدو خفيا، حتى بصورة سلبية فتظهر الإدارة العامة بصفة أقل حرية من الأفراد فمثلا إذا أرادت الإدارة التوظيف لجأت إلى تنظيم مسابقة لانتقاء أحسن وأفضل الكفاءات، أما إذا أرادت التعاقد لجأت إلى الإعلان والإشهار وإعلام الغير المهتمين بذلك إلى غير ذلك من الإجراءات القانونية المتبعة في هذه الحالات من التعاقدات، ومن جهة أخرى فهي ليست حرة في التصرف في أموالها أو ممتلكاتها.

المطلب الثاني: مواقف الفقه من فكرة السلطة العامة

يرى جانب من الفقه الإداري بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة فهو مظهر من مظاهرها، فسلطة التنفيذ المباشر هي من أهم ما تملكه الإدارة العامة من مظاهر وامتيازات، وسنعرض تباعا مواقف الفقه في كل من الفقه الفرنسي والفقه المصري وكذا الفقه اللبناني لنعرج لموقف الفقه الجزائري.

الفرع الأول: الفقه الفرنسي

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض بعض المظاهر والامتيازات إلى فكرة السلطة العامة في حد ذاتها¹، وتقوم هذه الفكرة على أساس التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، حيث حظي باهتمام عدة فقهاء وخاصة

¹ - فارس علي جانكبير، المرجع نفسه، ص38.

"إدوارد لفييار"، وحسب هؤلاء الفقهاء فإن نشاطات الإدارة تتضمن نوعين من الأعمال، أعمال ترتكز على فكرة السلطة العمومية من خلال قيام الدولة بإصدار الأوامر والنواهي مستعملة في ذلك التشريع الانفرادي، وتمتاز هذه الأعمال بأنها تصدر عن الإرادة الآمرة للدولة وتظهر فيها الإدارة باعتبارها سلطة عمومية، فهذا النشاط تحكمه قواعد القانون الإداري ويختص في منازعاته القضاء الإداري.

إلا أن هناك نشاطات أخرى تقوم بها الإدارة العامة دون اللجوء لاستعمال إرادتها الآمرة أو امتيازات السلطة العامة، فتصرف كما يتصرف الأفراد عند القيام بتسيير أملاكهم الخاصة، فهذا النشاط يخضع لقواعد القانون العادي ويختص في منازعاته القضاء العادي، إلا أن هذا المعيار تعرض لانتقادات عديدة مما أدى إلى هجره والسبب في ذلك هو صعوبة التمييز في الواقع بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة¹

يرى الفقيه "موريس هوريبو" أن الإدارة لها الحق في تنفيذ العقد على حساب المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ التزاماته أو فسخه دون الحاجة باللجوء إلى القضاء، وقد أثار حق الإدارة في التنفيذ المباشر جدلا وخلافا بين بعض رجال الفقه في فرنسا، فذهب البعض منهم إلى إقرار وجود هذا الحق كقاعدة، بينما ذهب البعض الآخر إلى إنكار وجوده كقاعدة وهم يرون في استثناء بحيث يحتاج إلى نص صريح في القانون، فالفقيه "هوريبو موريس" يقول إن حق الإدارة في التنفيذ المباشر هو واجب عليها وليس حقا فقط، وذلك ضمانا لسير المرفق العام بانتظام واستمرار².

في حين يرى الفقيه "بونارد" أن امتياز التنفيذ المباشر يفترض فيه التزام سابق لوجوده، بحيث تكون الإدارة ملزمة بالتنفيذ المباشر، كما يسمح لها بالمطالبة بحقوقها باستخدام هذا الامتياز على الرغم من منازعات مدينيها، أما الفقيه "والين" فيرى بأن حق الإدارة بالتنفيذ المباشر يعتبر ضروريا لضممان تنفيذ القرارات العاجلة بشكل أسرع خاصة في مجال الأمن والصحة العامة، ومن بين هذه الامتيازات حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها والمقصر بتنفيذ التزاماته، حيث

¹ - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف-الجزائر، ص16.

² - فارس علي جانكبير، المرجع نفسه، ص39

تستمدّها من السلطة العامة، أما الفقيه "فيدال" فإنه يرى بأن ما تملكه الإدارة من امتيازات ناتج بقوة القانون المستمد من السلطة العامة.¹

ويرى "فلام" أم حق الإدارة في فرض الجزاءات هو حق أصيل ومُعترف به للسلطة العامة لأنه اختصاص يتعلق بالنظام العام ونتائج هذه السلطة يتعلق بالشرط الجزائي الجزائي. أما "ميشال روسيه"² فيرى بأن السلطة العامة تظهر فقط في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ولذلك فإن سلطة اتخاذ القرار من جانب الإدارة لوحدها هو تعبير عن فكرة قبول الطرف الآخر المتعاقد معها تحمل بعض الالتزامات، بحيث يعاقب عند ارتكابه لأية مخالفة وهو ما تسعى إليه الإدارة من فرض الجزاءات عندما تمارس السلطة سواء باستهداف معاينة المتعاقد أو التعويض عما ارتكب من أخطاء، وكذلك بإلزامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية، واستنادا لفكرة السلطة العامة، فإن الإدارة العامة ليست مقيدة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد، بل لها أن تفرض الجزاءات حتى وإن لم ينص عليها العقد، ما عدا ما يتعلق بجزاء إسقاط الالتزام.

*المعارضون للفكرة:

هناك من عارض هذا الحق ومن بينهم الفقيه "شينو" والذي يقول بأنه ليس للإدارة الحق بأن تقوم بالتنفيذ المباشر إلا في حالات معينة، بحيث يكون فيها هذا الحق مبررا في حالات خاصة إما بنص قانوني أو لأسباب الملحة أو عند استحالة وجود وسيلة قانونية. ويتجه الفقيهان "لافييرير" و"بيرتملي" بنفس الإتجاه حيث لا يعترفان بهذا الحق، ويرون بأن الإدارة ليس لها أن تمارس سلطاتها إلا في الحدود الممنوحة لها من المشرع فقط.³

الفرع الثاني: الفقه المصري

يتفق الفقه في مصر على حق الإدارة بفرض الجزاءات استعمال على المتعاقد معها، عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ودون الحاجة باللجوء إلى القضاء ودون أن ينص على ذلك في العقد، إلا أن مكن الاختلاف حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات. فيرى البعض بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واستمرار، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الأساس القانوني لسلطة

¹ - فارس علي جانكيز، المرجع نفسه، ص39

² - ميشال روسيه هو سياسي فرنسي ولد في 05 جانفي 1953.

³ - فارس علي جانكيز، المرجع نفسه، ص40.

الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة، وأن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المقصر في الوفاء بالتزاماته، هي تعبير عن ممارسة حقها وسلطتها لأهم إمتياز تملكه قبل الأفراد وهو مظهر من مظاهر السلطة العامة.¹

حيث يرى الدكتور "ثروت بدوي" بأن ما يميز العقد الإداري عن غيره من العقود هو تسليح الإدارة بصفة السلطة العامة بامتيازاتها ومظاهرها، والتي تتضح بإمتياز الشروط الاستثنائية، فهذه الشروط تعبر عن نية الإدارة باتباع أساليب القانون العام، وبموجبها تتمتع الإدارة العامة ببعض مظاهر السلطة العامة وذلك بتقرير امتيازات استثنائية لأحد طرفي العقد المتمثل في الإدارة، مع فرض قيود والتزامات خارقة وغير معهودة ولا مألوفة على الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة.²

أما الدكتور "محمد كامل ليلة"³ فيرى بأن فكرة السلطة العامة هي المعيار السليم والأساسي لتحديد قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، فالامتيازات والقيود التي تمتاز بها الإدارة هي في حقيقة الأمر مرتبطة بفكرة السلطة العامة.⁴

كما يرى الدكتور "سليمان محمد الطماوي"⁵ بأن للإدارة حرية التصرف في فرض الجزاءات على المتعاقد معها من جانب واحد دون حاجة اللجوء إلى القضاء وهو ما لا يمكن وجوده في القانون الخاص.⁶

أما الدكتور "محمد رفعت عبد الوهاب" فيرى بأن امتيازات السلطة العامة هي ما يميز الإدارة وتضعها في مركز أعلى وأسمى من الأفراد، وأن القيود الاستثنائية هي ملازمة ومتلاصقة مع الامتيازات الاستثنائية،⁷ وفيما يتعلق بامتياز التنفيذ المباشر، فيعتبر أغلب وأكثر الفقهاء في مصر أن هذا الامتياز هو إجراء استثنائي.⁸

¹ - فارس علي جانكبير، المرجع نفسه، ص42.

² - ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 243.

³ - محمد كامل ليلة سياسي وقانوني مصري ولد في 30 جانفي 1923 وتوفي في 30 أوت 1987 تقلد عدة مناصب عليا بمصر.

⁴ - محمد كامل ليلة، نظرية المؤسسات العامة، منشورات جامعة بيروت العربية، دار الأحد، بيروت-لبنان، 1991، ص60 وص61.

⁵ - سليمان محمد الطماوي الفقيه الدستوري والقانوني المصري ولد في 20 سبتمبر 1921 تقلد عدة مناصب عليا في الدولة.

⁶ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص500.

⁷ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2005، ص80.

⁸ - فارس علي جانكبير، المرجع نفسه، ص44.

الفرع الثالث: الفقه اللبناني

يذهب البعض الآخر وخاصة الفقهاء في لبنان إلى القول بأن شرط اتصال العقد بالمرفق العام وحده غير كاف لاعتباره عقدا إداريا، إذ يجب أن يؤدي المرفق العام نشاطه وعمله بأساليب القانون العام، فتظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة، وتمتلك الصلاحيات والامتيازات لتأمين سير المرفق العام بانتظام واستمرار، علاوة على ذلك فمن غير الممكن اعتبار مشروع ما مرفقا عاما إذا لم يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ويخضع للسلطة العامة في الوقت نفسه، فوجود السلطة العامة طرفا في العقد الإداري يؤدي إلى تضمين هذا العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص نابعة من القانون العام، مما يعني خروجها على مبدأ المساواة بين الطرفين.

وفي هذا الباب يرى الدكتور "جورج سعد"¹ بأن المرفق العام يهدف من نشاطه إلى تحقيق المصلحة العامة، والسلطة العامة في المرفق العام هي صاحبة الامتياز في أي قرار تتخذه، والأساس أو المعيار الذي تعتمد عليه الإدارة في اتخاذ القرارات غير واضح بسبب التطور السريع والمستمر لنشاط الإدارة.

ويرى آخرون بأن احتواء العقد على بنود خارقة وغير معهودة أو شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، يعتبر امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، والتي تمنح الإدارة سلطات خارقة على حساب المتعاقد معها، وبالتالي تختفي فكرة المساواة بين طرفي العقد، فهذا البند الخارق مستوحى من اعتبارات المصلحة العامة، ويعطي للإدارة حقوقاً وامتيازات واسعة لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وبالتالي يكون للإدارة فرض سلطاتها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بنود العقد.²

الفرع الرابع: الفقه الجزائري

يرى كل من الأستاذ "محمد الصغير بعلي" والأستاذ "عمار بوضياف" وكذا الأستاذ "ناصر لباد"، أن المشرع الجزائري قد كرّس المعيار العضوي لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وبين جهات القضاء الإداري ذاتها.

بينما يرى الأستاذ الدكتور "عمار عوابدي"، إن فكرة "الجمع بين الأهداف والوسائل" أو ما يسمّى بالمعيار المختلط أو المركب هي التي تؤسس القانون الإداري الجزائري لفكرة السلطة

¹ - جورج سعد قانوني وفقهه لبناني له عدة مؤلفات في القانون الإداري.

² - فارس علي جانكبير، المرجع نفسه، ص 41 و ص 42.

العامة عن طريق مظاهرها وامتيازاتها المختلطة التي تحدد مجال تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

كما أن الأستاذ "رشيد مخلوفي"¹ قد أكد أن المشرع الجزائري على أن المعيار العضوي هو معيار أساسي لتحديد الهيئات الإدارية واختصاص القضاء الإداري من خلال المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، ويكون المعيار المادي معيارا استثنائيا ومكملا لتحديد اختصاص القضاء الإداري.

الفرع الخامس: أمثلة تطبيقية من القانون الجزائري

أولا: في مجال التعاقد (الصفقات العمومية)

يشكل مبدأ حرية التعاقد أحد المبادئ الأساسية التي تسود العلاقات التعاقدية سواء في مجال القانون الخاص أم في مجال القانون العام، حيث يرتد هذا المبدأ خاصة في مجال القانون الخاص، إلى فكرة الإرادة الفردية باعتبارها صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، دون الالتزام بالعقود التي نظمها القانون، وفي تحديد مضمونها وما يترتب عليها من آثار وتعديلها وإنهاءها، ولا يحد من هذه الإرادة سوى اعتبارات النظام العام، فمبدأ سلطان الإرادة يعتبر من أقدم المبادئ وأهمها كأساس لحرية التعاقد في مجال القانون الخاص بصفة عامة، وفي مجال القانون بصفة محدودة.²

تعد الإرادة الحرة الأساس في الالتزامات التعاقدية، من خلال ترك تكوين العقد بكامله لإرادة أطرافه، وتجلى ذلك باختيار المتعاقد المحتمل معه، وحرية التفاوض، وتحديد مضمون العقد، وبالنتيجة فحرية التعاقد من عدمه، وقد بين الفقه مفهوم الحرية التعاقدية بأنها تقضي أن يكون العقد عملا إراديا وحرًا وواعيا من جانب كل متعاقد.³

إن إرادة الإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، بل هي مقيدة وملزمة وهذا ما جاء به معظم المراسيم الرئاسية المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية، ومنها ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بإبرام صفقات

¹ - محمد الصغير بعلي، عمار بوضياف، ناصر لباد، رشيد مخلوفي فقهاء وقانونيين جزائريين.

² - شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد- دراسة مقارنة -، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، مصر، 2013، ص5

³ - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، زهوي ترايدنغ أند سرفيس، بيروت لبنان،

الأشغال والتوريد والخدمات والدراسات تبعا لطريقة المناقصة. بما يفرض اللجوء إلى الإشهار عن طريق الصحافة بغرض الحصول على تعهدات وعروض من جانب المعنيين،¹ أو حتى في المراسيم الرئاسية التي تلت معدلة و متممة لما قبلها من المراسيم الأخرى والتي جاءت تقريبا في نفس المنوال بعد أن طرأت عليها بعض التعديلات وأتمت النقائص، ولعل أهمها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام² والذي ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية من خلال ترسيخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة وطرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون، مع التأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية، فالتعديلات المدرجة تدخل ضمن نظرة ديناميكية وفعالة تهدف إلى السماح لقطاع الصفقات العمومية أن يكون له إطار قانوني يتماشى مع الواقع وكفيلا بتكريس ميكانيزمات التنظيم والنجاعة الاقتصادية لإضفاء الشفافية على العمل الإداري والصفقات العمومية بالأخص مع ضمان الاستعمال الأمثل للأموال العامة، والذي كان خير بديل للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، الذي كشف عن محدوديته مقارنة بمقتضيات الحكامة الحديثة، والذي أظهر على ضوء تجارب المختصين والممارسين بعض العقبات في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، حيث كانت هذه الصعوبات المثارة من طرف المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين على حد سواء.³

وقد تبنت المادة 09 القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، على خمس مبادئ ينبغي مراعاتها على وجه الخصوص، وهي :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، من خلال ضرورة المصلحة المتعاقدة بتقديم البيانات والشروط اللازمة للدخول في المنافسة كإشهار الصحفي، بالإضافة إلى جملة من البيانات التي حددها المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.⁴

¹ - المادة 20 و39 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015

³ - مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء-الجزائر، السداسي الأول،

2017، ص.05.

⁴ - أنظر للمادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015

-الإعداد المسبق لدفاتر الشروط، حيث يتعين على الإدارة تحديد جميع الجوانب المرتبطة بالصفقة المراد إبرامها.

- إدراج التصريح بالتراهة عند إبرام الصفقات العمومية.

- المعايير الموضوعية والدقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.¹

ثانيا: في مجال نظام الأموال

إذا كان يجوز قانونا للفرد التصرف في أمواله من عقارات ومنقولات بكل أشكال التصرف المقررة قانونا سواء بالبيع أو الهبة أو حتى الوصية وغيرها، ولم يفرض المشرع عليه قيودا موضوعية بشأن حرية التصرف في ممتلكاته، وقام بإخضاعه لقيود وضوابط إجرائية فقط، الهدف منها تحقيق سلامة التصرف، وخلاف ذلك فرض قيودا على الإدارة ولم يجز لها التصرف في الأملاك العامة التي تستخدمها في تحقيق نشاطها، فلو تصورنا مثلا أن الجامعة أرادت التخلص والاستغناء عن بعض التجهيزات كالأدوات والعتاد القديم مثل الطاولة والكراسي وبعض السيارات القديمة، فإن إرادتها تكون مقيدة في مجال البيع، إذ يقع عليها عبء إتباع الإجراءات وإخطار الجهات المعنية متمثلة في مديرية أملاك الدولة، وكذلك أعوان القضاء.

وقد أعاب الفقه هذا المعيار لصعوبة وضع ضابط مميز بين أعمال السلطة والأعمال المدنية وذلك من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، كما يرى بعض الفقهاء أن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى الازدواجية في الشخصية القانونية للدولة، فهي كما هو معلوم تتصف بطابع أشخاص القانون العام وتخضع بذلك للقانون الإداري، وفي حالات أخرى تعد شخصا من أشخاص القانون الخاص وتخضع حينئذ لقواعد القانون الخاص.

ثالثا: في مجال التوظيف

إن الإدارة العامة في الجزائر ليست حرة في اختيار من تراه مناسبا لتولي وظيفة عامة مهما كانت صفتها، بل هي ملزمة إن أرادت التوظيف بإتباع جملة من الإجراءات القانونية، جاء

¹ - خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية، القبة-الجزائر، السداسي الأول، 2017، ص13 وص14 وص15.

تحديدها واضحا وجليا في كل المراسيم السابقة في هذا المجال، لا سيما الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.¹

¹ - الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

المبحث الثاني: ماهية مظاهر السلطة العامة

يعترف القانون الإداري للإدارة أو السلطات الإدارية بامتيازات استثنائية إزاء الأفراد ومجموعاتهم الخاصة، هذه الامتيازات لا يتمتع بها الأفراد فيما بينهم في القانون الخاص، لأن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص هي فكرة المساواة بين الأفراد الخاضعين لأحكامه وبالتالي عدم تمييز فرد عن هيئة خاصة بحقوق استثنائية إزاء فرد آخر أو هيئة خاصة أخرى، ولعل الحكمة من منح امتيازات استثنائية تجعلها في مراكز أسمى وأقوى من الأفراد، لأن الإدارة عليها واجب تحقيق المصالح العامة للمجتمع وخصوصا واجب حفظ النظام العام بعناصره ومكوناته الثلاث من أمن عام وسكينة عامة وصحة عمومية، وكذا واجب إدارة المرافق العامة الأساسية دون انقطاع واستمراريتها بانتظام واضطراد.

حيث تملك الإدارة العامة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، تستمدّها من تعاقدها بوصفها سلطة عامة، الأمر الذي يعطيها الحق في التمتع بامتيازات ومظاهر السلطة العامة من خلال ممارستها لتلك السلطات الممنوحة لها، ولربما يرجع سبب تمتع الإدارة بها إلى طبيعة العقود الإدارية وارتباطها الوثيق والمميز بتسيير المرافق العامة، الأمر الذي يتعين معه بل وينبغي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، دون أن يكون للمتعاقد الاعتراض على ممارسة الإدارة لتلك السلطات ما دامت تلك الممارسة في إطار المشروعية.¹

ومن بين هذه الامتيازات الاستثنائية للإدارة نجد امتياز اتخاذ قرارات إدارية ملزمة للأفراد ومؤثرة في مراكزهم القانونية وذلك بالإرادة المنفردة للإدارة، وكذلك امتيازات ومظاهر الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، تتمثل خصوصا في الإشراف والتوجيه على المتعاقد معها مع إصدار أوامر ملزمة له، وكذا سلطة توقيع جزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد في حالة حدوث تقصيرات منه في تنفيذ التزاماته العقدية، وأيضا سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بل وأيضا سلطتها في إلغاء العقد نهائيا وهذا لاعتبارات المصلحة العامة حتى دون أي خطأ أو تقصير من جانب المتعاقد معها.²

¹ - عبدالعزيز عبدالمعتم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2010، ص17.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2009، ص623 وص624.

إن فكرة مظاهر وامتيازات السلطة العامة هي إحدى الركائز الأساسية المعتمد عليها، حيث تعتبر من المواضيع المهمة في دراسة القانون الإداري، وهي تشغل مكانا بارزا في نظرية العقود الإدارية لدرجة أنه يمكن القول بأن هذه النظرية تقوم في أهم أسسها على فكرة السلطة العامة، ومنها تستمد كثيرا من القواعد والأحكام الخارجة على القانون الخاص لما تتضمنه من إبراز مدى ارتباطهما مع بعض.

لقد عرفت هذه الفكرة تطورا كبيرا في مفهومها حيث انتقلت من مفهوم تقليدي قديم يعني القوة وسلطة الإخضاع إلى مفهوم حديث يقوم على أساس مجموعة من الاحتياجات والسلطات والمظاهر والامتيازات الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القانون الخاص، بالإضافة إلى مجموعة من القيود والأساليب الفنية التي تعمل الإدارة العامة في حدودها من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وعليه، فما هو مفهوم مظاهر السلطة العامة؟

وللإجابة على هذا السؤال يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة (03) مطالب، على الشكل

الآتي:

1- المطلب الأول: مفهوم فكرة امتيازات السلطة العامة.

2- المطلب الثاني: مضمون نظرية امتيازات السلطة العامة ونقدها.

المطلب الثالث: مظاهر حرية الإدارة في التعاقد.

المطلب الأول: مفهوم فكرة امتيازات السلطة العامة

تعرف فكرة السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة،¹ حيث تهدف إلى تحقيق الصالح العام وتغليبها على المصلحة الشخصية للأفراد، وهي بذلك تمثل إهدار لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية.²

فالعقود الإدارية لا تخضع للقاعدة التي تقول بأن العقد هو شريعة المتعاقدين، بل تتميز عن غيرها من العقود العادية بأنها تهدف إلى تحسين وتسهيل سير عمل المرافق العامة، وهذا ما يمنح الإدارة العامة صلاحيات غير عادية أو ما تسمى الخارقة على مستوى سلطاتها كالرقابة مثلا والتي تمارسها في إطار تنفيذ العقود الإدارية، وأكثر من ذلك يحق للإدارة تغيير أو تبديل أحادي

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 1

² - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 4

ومن طرف واحد شروط العقد، إلا أن هذه الصلاحيات لا تمر دون مقابل، فعلى الإدارة التعويض ماليا المتعاقد معها الذي تحمل سلبات ممارسة الإدارة لهذه الصلاحيات.¹

وتأسيسا على ذلك، يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين (02)، أتطرق في الفرع الأول إلى تعريف فكرة امتيازات السلطة العامة، أما الفرع الثاني أتناول فيه أصل كلمة امتيازات. الفرع الأول: تعريف فكرة امتيازات السلطة العامة.

تعتبر فكرة امتيازات السلطة العامة من بين المواضيع التي لا زالت تثير الكثير من التساؤلات والنقاشات الفقهية والقضائية، فهي عبارة عن طرق تستعملها السلطة العامة كما أنها تمثل الأساليب الخاصة غير المألوفة في القانون الخاص والتي تأخذ البعد العضوي من منطلق أن مظاهر امتيازات السلطة العامة ترتبط أساسا بالسلطات الإدارية فقط والتي تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات الجمهور، والتي لا يمكن للأشخاص الخاضعين للقانون الخاص القيام بها، ربما يرجع السبب إلى أنها لم تحظ بدراسات وافية ومعقدة رغم أنها ترتبط بمختلف الأفكار القانونية ذات الأهمية القصوى في القانون الإداري كالمرفق العام أو نظرية القرارات الإدارية أو العقود الإدارية أو حتى تصنيف وتمييز أنشطة الهيئات الخاصة عن غيرها من الهيئات الأخرى خصوصا إذا تعلق الأمر بالمؤسسات العامة ذات الصالح العام.

ويقول عنها "جون ريفيرو JEAN RIVERO" أن مظاهر السلطة العامة نجدها دائما في صميم البحث، تارة محددة، وتارة مهمشة، لكن لا يمكن الاستغناء عنها²، ورغم أنها متداولة الاستعمال إلا أنه ليس من السهل إيجاد تعريف دقيق لها، كما أنه لا يبدو مستحيلا تحديد قائمة لمختلف امتيازات السلطة العامة، فمعظم الدراسات المتعلقة بالمرفق العام تستخلص غالبا بأنه لا يوجد تعريف محدد ودقيق لها، ونفس الوضع بالنسبة لامتيازات السلطة العامة.

استنادا إلى ما سبق ومن خلال دراسة وتفحص مختلف المراجع والكتابات المتعلقة بموضوع امتيازات ومظاهر السلطة العامة، يتضح أن أغلبها يتفق على أنه لا يمكن إعطاء تعريف محدد ودقيق لامتيازات السلطة العامة، فلا وجود لمعيار عام يمكن أن يضبط هذا المفهوم الذي يتأثر ويتطور حسب تطور القانون الإداري، لذلك فإن مختلف التعريفات تنطلق أساسا من خلال أهم المميزات التي تجمع أغلب امتيازات السلطة العامة دون أن تكون بالأساس أغلبها، لذلك نجد أن

¹ - جورج سعد، المرجع نفسه، ص 380 وص 381.

² - JEAN RIVERO, existe-t-il un critère du droit administratif, RDP, 1953, p286

أغلبها يرتبط بمختلف الوسائل غير المألوفة في القانون الخاص والذي تستعمله الإدارات العمومية بغية تحقيق المصلحة العامة.

هذا وقد عرف بعض الباحثين امتيازات السلطة العامة على أنها: "إمكانية نشاط خاصة، تمكن الإدارة من خدمة مصالح الأفراد وهي في حد ذاتها تعتبر مصدر الشرعية لهذه الامتيازات."¹

أما بالنسبة للتعريف المستخلصة من الأحكام القضائية، فإن محافظ الحكومة "Schelck" عرفها بأنها إمكانية سلطة غير مألوفة في القانون الخاص، والتي تمارس بهدف تحقيق المنفعة العامة.²

ولكن على الرغم من الصعوبات الكبيرة والبحوث الحثيثة والمستمرة في إعطاء تعريف دقيق لامتيازات السلطة العامة إلا أنه واستنادا إلى ما سبق ذكره بخصوص المفاهيم القريبة والمشابهة لها، فإنه لا يمكن التفصيل أو التفريق ما بين السلطة العامة وامتيازاتها، وعليه فلا يمكن تعريفها إلا من خلال معيارين أساسيين وهما، المعيار العضوي والمعيار المادي.

1- المعيار العضوي :

وهو في الأصل معيار تقليدي، فسابقا كانت الدولة أو السلطات العمومية الوحيدة من تتمتع بهذا الحق والمحول لها باستعمال مظاهر وامتيازات السلطة العامة، إلا أن هذا المعيار عرف عدة تغيرات طرأت عليه، فلم تعد الأشخاص المعنوية العامة هي الوحيدة من لها الحق بالتمتع بامتيازات السلطة العامة، بل توجد إمكانية تمتع هيئات خاصة بامتيازات السلطة العامة، وهذا في ظل التطورات الحاصلة والتي يعرفها القانون الإداري خصوصا من خلال الاعتراف القضائي، وبالتالي لا يمكن لنا ربط مفهوم امتيازات السلطة العامة بالسلطة العمومية فقط.

2- المعيار المادي :

ويتمثل في مختلف الأساليب غير المألوفة في القانون الخاص والتي تستعمل بغية تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الجمهور، وعليه فإن السلطة العامة بما لها من صفة السيادة من خلال تمتعها بعدة امتيازات ومظاهر وصلاحيات تجعلها دائما في موضع أسمى عن باقي الأطراف الأخرى، إلا أنها لم تعد ذلك الشخص الوحيد والحصري الذي يملك مظاهر السلطة العامة

¹ - بوناب عبيدات الله، نظرية امتيازات السلطة العامة وتطبيقها في الإدارة الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2009، ص04

² - VOIR CE ,08 décembre 1969 ,safer de bourgogne C/epoux S VOIR m <http://COMPETENCES.GYMOPEDIE- JURIDIQUE.INFO> 4 DU 24-12-2008

وامتيازاتها، فهي تشمل مختلف الأساليب والطرق غير المألوفة في القانون الخاص والتي تهدف من ورائه تحقيق الغرض المتمثل في المصلحة العامة، وبالتالي وما يمكن استخلاصه من هذا فإن مفهوم امتيازات السلطة العامة ليست حكرا على أشخاص القانون العام ولا يمكن لها استعماله حصرا، بل تمتد لتشمل أطراف أخرى غير الأشخاص المعنوية العامة، وهذا ما يمكن اعتباره المفهوم الحديث لامتيازات السلطة العامة، ذلك فيمكن لنا تعريف مظاهر السلطة العامة بأها: "إمكانية استعمال الوسائل غير المألوفة في القانون الخاص بغرض تحقيق المصلحة العامة".

وتتجلى مظاهر السلطة العامة في النظام القانوني للعقد الإداري سواء عند إبرامه أو أثناء تنفيذه أو حين إنهائه، ففي تنفيذ العقد تغطي وتغلب فكرة مرونة العقود الإدارية على قاعدة القوة الملزمة للعقد والتي تعتبر من القواعد الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص،¹ وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية تملك الإدارة امتيازات ومظاهر وسلطات تفوق ما يتمتع به المتعاقد معها باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق المصلحة العامة.

فالقانون الإداري يعترف للإدارة بامتيازات بغية تمكينها من تحقيق الهدف الذي تسعى له وهو المصلحة العامة، وهذه الامتيازات هي امتيازات استثنائية اتجاه الأفراد بينهم في القانون الخاص، لأن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص هي فكرة المساواة بين الأفراد الخاضعين لأحكامه وبالتالي عدم تميز فرد أو هيئة خاصة بحقوق استثنائية اتجاه فرد أو هيئة خاصة أخرى، ونقصد بامتيازات السلطة العامة أن الإدارة تستخدم أساليب مغايرة للأساليب المألوفة في علاقات القانون الخاص، يكون من شأنها وضع هذه الأخيرة في مركز متميز وأقوى بالنسبة للأفراد، والحكمة من هذا أن الإدارة عليها واجب تحقيق المصالح العامة للمجتمع وبالذات واجب حفظ النظام العام والأمن العام، وأيضا واجب إدارة المرافق العامة الأساسية بانتظام واضطراد، وهذا الامتياز الممنوح للإدارة يجعلها في مركز أعلى من مراكز الأفراد والتي من شأنها منح الإدارة حرية أوسع من حريتهم في العمل.

الفرع الثاني: أصل كلمة امتيازات *prérogatives*:

وهي في ما معناه أنها تفيد دائما إقصاء المساواة وهو مصطلح مستنبط من اللاتينية "prerogative"²، وهذا المفهوم مستخلص من القانون الروماني ويسمح بتذكير الربط والعلاقة

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 11.

² - PECHEUL DAVID (t-m) la prérogative de puissance publique, thèse de doctorat,

الموجودة مع فكرة القيادة "imperum"¹ التي تعني سلطة القيادة الانفرادية للسلطات العسكرية والمدنية والقضائية، ورغم إبتعاد هذا المفهوم عن الحقائق القانونية الحالية، إلا أن فكرة القيادة الرومانية كثيرا ما استعملت من أجل توضيح فكرة الإنفرادية "l'unilatéralité".²

ووفقا للتطور الذي عرفته فكرة السلطة العامة فإن الدمج ما بين امتيازات السلطة العامة والدولة أمر حاسم، فهي تعتبر الميزة والعلامة الأولى لسيادة الدولة.

فعلى الرغم من أن امتيازات السلطة العامة ملازمة لفكرة السلطة العامة "puissance publique" فإن ظهورها كفكرة فلسفية كانت دائما مرتبطة بالسيادة، حيث كان السائد المتمثل في الملك أو الحاكم يملك حق السيادة بمفرده، ثم ما دأبت أن انتقلت إلى رجال الكنيسة فكانت سندا ودعما لمطامع البابا في السيطرة والهيمنة على السلطة، وفي القرن الخامس عشر قام الفرنسيون بصياغة نظرية السيادة، وقد ارتبطت فكرة السيادة بالمفكر الفرنسي "جان بودان JEAN BODIN"، وهي غير قابلة للتجزئة وما هي إلا وسيلة للتعبير في يد الشخصية العمومية حيث لم تعد ملكية شخصية في يد الملك بل أصبحت مثبطة بالمجموعة الوطنية كلها³، إلا أن مفهوم السيادة كفكرة مرتبطة بالملك عند بداية ظهورها بقيت سائدة إلى اليوم من خلال المصطلحات التي تطلق على مفهوم السيادة، بحيث يتم التعبير عنها بمصطلح "régalien" والتي تقابلها عدة استعمالات مثل الحقوق السيادية أو السلطات السيادية أو الوظائف السيادية، وهذه المصطلحات كلها تعبر عن وجود علامة السيادة التي تتمتع بها الدولة وتعبّر من خلالها عن سلطتها وقوتها، ونشير في هذا الصدد بأن بعض المرافق العامة يطلق عليها عبارة مرافق عامة سيادية لإحاطتها بحماية دستورية أو سبب إرتباطها العضوي بسيادة الدولة ووظائفها الأساسية، وقد برز مفهوم المرافق العامة السيادية من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 207 الصادر سنة 1986 حيث إعتبر أن هذه المرافق تستمد ضرورة وجودها من المبادئ والقواعد الدستورية⁴، كما أن الرأي الإستشاري للجنة الحقوق التابعة للجمعية الوطنية الفرنسية ميزت

L'université de lille II, 2002, p10-23

¹- IBID, p 24

²- IBID, p 24

³-JEAN BODIN, les six livres de la république , in corpus des œuvres1 philosophiques en langue française, fayard , 1986 , volume 1 , p222

⁴- CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 25-26 juin -

بين الوظائف السيادية للدولة وأطلقت عليها عبارة مهام الدولة والتي يقوم بها موظفوا الدولة على سبيل الحصر وبين المرافق العامة الأخرى التي يجوز تفويضها للقطاع الخاص.¹ إلا أن هذه المرافق السيادية تعتبر مرافق ذات طابع وطني لا بد من إبقائها تحت لواء الإدارة العامة لما لها من صفات السلطة العامة، إلا أنه كثيراً ما يتم التعبير عن السلطة العامة من خلال مظاهرها والمتمثلة في إمتيازات السلطة العامة، مما يقتضي تمييزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة له.

المطلب الثاني: مضمون نظرية إمتيازات السلطة العامة ونقدها

ظهر هذا المعيار ليتفادى ما وجه إلى معيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة من إنتقادات، والهدف من وراء ذلك هو التفرقة والتمييز بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة. ويقصد بالإدارة الخاصة في هذا الصدد، إستخدام الإدارة لنفس الطرق والأساليب من خلال الإستعانة بنفس الوسائل التي يعتمد عليها الأفراد في ممارستهم لشاغلهم الخاص وكذا إدارة الدولة لأموالها الخاصة وإبرامها للعقود على غرار عقود القانون الخاص. في هذه الحالة لا يوجد ثمة مبرر لتطبيق أحكام القانون الإداري على نشاط الإدارة، فهي تمارس نشاطها بأساليب ووسائل القانون الخاص، لذلك فهي تخضع لأحكام هذا القانون ويختص في هذا النوع من المنازعات القضاء العادي، أما حينما تلجأ إلى أسلوب الإدارة العامة من خلال إستعمالها مظاهر السلطة العامة، فإنها تستخدم أساليب مغايرة للأساليب المعروفة والمألوفة في علاقات القانون الخاص، حيث يكون من شأنها وضع هذه الإدارة في مركز أسمى ومتميز بالنسبة للأفراد، أي أن ثمة إخلالاً بمبدأ المساواة لصالح الإدارة،² وعلى ذلك فقد لجأت الإدارة إلى هذا الأسلوب أو بعبارة أخرى أدق، إذا استخدمت امتيازات أو مظاهر السلطة العامة فإنها تضع نفسها في مجال تطبيق القانون الإداري. بمعناه الضيق ومنازعاتها تكون من اختصاص القضاء الإداري.

ومن هذا المنطلق، يتم تقسيم هذا المطلب إلى ستة فروع (06)، أتطرق في الفرع الأول إلى مضمون نظرية إمتيازات السلطة العامة، أما الفرع الثاني أتناول فيه تمييز امتيازات السلطة

¹- AVIS N° 1296 de la commission des lois de l'assemblée national sur les projets de lois finance pour 2, 1980

²- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010، ص258.

العامة عن الشرط الاستثنائي غير المؤلف، وفي الفرع الثالث أحاول إبراز السمات والمميزات العامة لمظاهر السلطة في تنفيذ العقد الإداري، وفي الفرع الرابع أتناول أنواع وتقسيمات مظاهر السلطة العامة، وفي الفرع الخامس سأناقش آراء الفقه حول فكرة امتيازات السلطة العامة، أما الفرع السادس والأخير فسوف أدرس تمييز امتيازات السلطة العامة عن الشرط الاستثنائي غير المؤلف، على النحو الآتي :

الفرع الأول: مضمون نظرية امتيازات السلطة العامة

إن معيار امتيازات أو مظاهر السلطة العامة يعني أن الإدارة حينما تضع نفسها في موضع متميز وأسمى بالمقارنة للأفراد فإنها بديهي بل ومنطقيا تخضع لأحكام القانون الإداري، حيث إن تنفيذه ملزم بغض النظر عن موقف المخاطب به، سواء رضي بذلك أم لم يرض. وينطبق أيضا على العقود الإدارية التي تضم عادة شروط استثنائية خارقة للشريعة العامة، ولا توجد عادة في أحكام القانون الخاص، كسلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وسلطتها في فسخه أيضا بالإرادة المنفردة نفسها، أو حتى سلطتها في الإنهاء. كما ينطبق المعيار السابق في مجال الأموال العامة التي تتمتع بوسائل حماية لا مقابل لها في القانون الخاص، كعدم قابليتها للتصرف فيها، وعدم جواز الحجز عليها، أو عدم جواز تملكها بالتقادم، أو إزالة التعدي الواقع عليها بالطريق الإداري،¹ ونفس الشيء عند الحديث عن المسؤولية الإدارية، وهو ما سبقت الإشارة إليه من حيث إنها ليست عامة ولا مطلقة، ويقصد بمعيار السلطة العامة في هذه المرحلة تلك الامتيازات التي تجعل الإدارة في مراكز أعلى وأسمى من مراكز الأفراد والتي من شأنها منح الإدارة حرية أوسع من حريتهم في العمل، هذه القواعد هي القواعد التي قواعد القانون الإداري بمعناه الضيق، وإذا تعلق الأمر بتطبيقها، فإن القضاء المختص هو مجلس الدولة.

الفرع الثاني: نقد نظرية امتيازات السلطة العامة

نجح معيار السلطة العامة في تفسير الكثير من قواعد القانون الإداري التي تجعل الإدارة أقل حرية في العمل من الأفراد، لأنه يتضمن قيودا تنقل كاهلها وتجعلها في مركز أدنى من مراكز أفراد القانون الخاص، وعلى سبيل المثال فالأفراد لهم أن يحققوا ما يشاؤون من الأهداف

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، المرجع نفسه، ص 259.

والغايات، إلا أن القيد الوحيد الذي يرد على تصرفاتهم في هذا المجال هو احترام الشأن العام والآداب العامة، وبأن لا يقوم بتصرفات وأفعال تضر أو تخل بكل ما يمس النظام العام والآداب العامة.

في حين أن الإدارة لا تملك مثل هذه القدرة، فهي ليست حرة في اختيار هدفها من التصرف، وتعتبر دائما مقيدة هدفها تحقيق المصلحة العامة، حتى أن المشرع في أحيان كثيرة يفرض عليها تحقيق أهداف عامة معينة وليس لها في هذه الحالة أن تحقق أهدافا أخرى، حتى ولو اندرجت هذه الأخيرة تحت المنفعة أو المصلحة العامة، وكل ذلك يكون عملا بقاعدة قانونية معروفة وشهيرة في القانون الإداري وهي قاعدة تخصيص الأهداف، فسلطة الضبط الإداري مثلا لها هدف محدد وواضح من خلال قيامها بالمحافظة على النظام العام والآداب العامة، مما لا يجعلها تستطيع الخروج بسلطتها عن إطار تحقيق هذا الهدف، حتى ولو كان الغرض من كل ذلك تحقيق مصلحة عامة بغية إشباع الحاجات العامة للجمهور في مجال آخر، كإجبار الناس مثلا على التبرع لإقامة مشروع أي كان نوعه بشرط أن يكون ذي نفع عام.¹

إن الأفراد أحرار في اختيار ما يشاؤون لمعاونتهم ومساعدتهم في القيام بأعمالهم أيا كانت صفتهم ومؤهلاتهم العلمية والفنية، على العكس من ذلك، لا تملك الإدارة هذه الحرية، فالمشرع يفرض عليها في الكثير من الأحيان الأخذ بنظام المسابقة أو التقيد بدرجة النجاح في مؤهل دراسي معين، إلا أنه في كل الأحوال هناك التزام عام يتمثل في تعيين الأصلاح فنيا لمباشرة العمل، ونفس الشيء ينطبق أيضا في مجال العقود الإدارية التي يتضمن نظامها القانوني كثيرا من القيود الواردة عليه.

والأصل في هذا الموضوع هو أن الإدارة العامة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها على حسب أهوائها وما تريد، حيث هناك طرق وأساليب لا بد من إتباعها في هذا المجال بغية الوصول إلى المبتغى المرجو تحقيقه، ولا يمكن للإدارة تحقيق ذلك إلا بإقامة المشاريع المختلفة، ووسيلتها في ذلك هي الصفقات العمومية بأنواعها وأساليبها، حيث خصتها التشريعات المقارنة بقوانين وتنظيمات خاصة بها سماها المشرع الجزائري "تنظيم الصفقات العمومية"، ويسميتها المشرع الفرنسي "قانون الصفقات العمومية" والتي ظهرت بوادرها منذ أمد طويل وذلك لأجل حماية المال

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، المرجع نفسه، ص 261

العام، وقد جاءت المادة 22 من المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236¹ والتي جاء فيها أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام الصفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية، والتي عوضتها المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247² والتي جاء فيها بأنه يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/ أو المؤسسات الأجنبية، طبقاً لأحكام هذا المرسوم.

بينما يسميها المشرع المصري "لائحة المزايدات والمناقصات"، وهذا ما يوضح اهتمام السلطات العمومية في مختلف الدول بالصفقات العمومية لارتباطها بالطلب العمومي وبالتالي الحفاظ على المال العام من جهة أخرى، فإنها تسعى دائماً إلى تنفيذ الصفقة العمومية ضمن أحسن الظروف الممكنة.³

إن القانون أعطى الإدارة هامشاً من الحرية كي تتصرف باعتبارها سلطة عامة وذلك بما حول لها من امتيازات في مواجهة المتعاقد معها، وبالتالي فإن أطراف العلاقة التعاقدية في مجال العقود الإدارية ليست متكافئة كما هو الحال بالنسبة لأطراف العلاقة التعاقدية في مجال القانون المدني.

وبالتالي يمكن القول إن أحكام القانون الإداري لا تقتصر على تقرير امتيازات للسلطة العامة فهي تشمل أيضاً قيوداً لا نظير لها في علاقات القانون الخاص، ولذلك لا يمكننا القول أو حتى الجزم بصلاحية معيار السلطة العامة بصورته السابقة كمبرر لتطبيق أحكام القانون الإداري وكأساس لاختصاص القانون الإداري.

الفرع الثالث: السمات والمميزات العامة لمظاهر السلطة في تنفيذ العقد الإداري

تمتاز سلطات الإدارة الاستثنائية التي لها الحق في استعمالها في حالة تنفيذ العقود الإدارية بمجموعة من الخصائص والمميزات تبرز في مجملها مدى استثنائية هذه السلطات، حيث يمكن للإدارة إصدار قرار بشأنها وذلك بإرادتها المنفردة، مع ضرورة إحترام وانصياع المتعاقد معها لما

¹ - المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 المؤرخ في 07 سبتمبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الصادرة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 58 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010، ص3 وص30 .

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص03 وص48

³ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص10 وص11.

يفرضه عليه ممارسة الإدارة لتلك السلطات، وهذا بغية تحقيق المنفعة العامة بغرض إشباع حاجات الجمهور، حيث تخضع الإدارة بمناسبة استخدام تلك السلطات لولاية القضاء الكامل، ومن أهم هذه السمات، نذكر :

أولاً: استعمال السلطات الاستثنائية دون وجود أي نص يقرها

يحق للإدارة العامة المتعاقدة استعمال سلطاتها الإستثنائية في نطاق تنفيذ العقود الإدارية بإرادته المنفردة دون حاجتها لموافقة المتعاقد معها أو حتى إستصدار حكم قضائي يخول لها هذا الحق، كما أنه بوسعها استعمال هذه السلطات حتى ولو خلا العقد من نص قانوني يخولها ذلك أو تضمن العقد نصاً صريحاً وواضحاً يحظر على الإدارة استعمال أي من سلطاتها الاستثنائية، حيث لا يكون لمثل هذا النص من أثر في منع الإدارة من ذلك.¹

وإذا ورد العكس من خلال وجود نص بالعقد الإداري يخول للإدارة استعمال إحدى تلك السلطات، فلا يتعدى دوره في تنظيم ذلك الاستخدام أو الاستعمال والكشف عن حق الإدارة الجوهرية والأصيل في هذا الاستعمال دون إنشائه.

وترجع أصالة حق الإدارة في استعمال سلطاتها الاستثنائية في مجال تنفيذ العقود الإدارية من خلال ممارسوا الإدارة لمظاهر السلطة العامة في هذا النطاق، حيث كان طرفاً بالعقد الإداري بوصفها سلطة عامة.

ثانياً: إرتباط السلطات الاستثنائية بالنظام العام

تعتبر سلطات الإدارة الاستثنائية في نطاق تنفيذ العقود الإدارية إحدى أهم الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية من خلال ارتباطها بالمبادئ العامة لتلك العقود، وعلى هذا الأساس فإن استعمال الإدارة لها يتصل بالنظام العام، الأمر الذي لا يسمح ولا يجيز لها التنازل سواء بطريقة انفرادية أو حتى اتفاقية مع المتعاقد معها على عدم استعمال أي من تلك السلطات، وإلا فذلك التنازل أو الاتفاق يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ثالثاً: تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة

إذا كان تحقيق المصلحة العامة هو مبرر قانوني وشرعي لمنح الإدارة العامة سلطات استثنائية في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، فإن تحقيق هذه المنفعة يشكل في حد ذاته وفي نفس الوقت قيوداً

¹ - عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 23.

على استعمال الإدارة لتلك السلطات، بحيث تخرج تلك الممارسة عن إطار المشروعية متى كانت لتحقيق غرض وثيق الصلة والرباط بالمصلحة العامة والتي تعد محورا تدور حوله تلك المشروعية وجودا وعدما.

وفي حال توجه الإدارة في استعمالها لإحدى سلطاتها الاستثنائية تعسفا أو غير الهدف الذي تسعى لتحقيقه والمتمثل في تحقيق المصلحة العامة، يمكن للمتعاقد معها اللجوء لقاضي العقد طاعنا في مشروعية ذلك التصرف المشين والذي لا يمت بصلة للهدف الأسمى المزمع تحقيقه مطالباً بالتعويض عن الآثار المترتبة عن ذلك حتى ولو تطلب الأمر بفسخ العقد الإداري، إذا لم يعد داع أو لا يمكن الاستمرار في تنفيذه في ظل التعسف المححف والإستعمال غير المشروع لسلطات الإدارة.

فالهدف من إبرام العقود الإدارية غاية أشمل وأعم يتعين في مجملها تحقيق المنفعة العامة، حتى ولو في ذلك تضحية بمصالح المتعاقد مع الإدارة، ولا ضير ولا مانع في ذلك مادام المتعاقد مع الإدارة على علم ومطلع وقت إقدامه على التعاقد بجرته المطلقة، ولأن بلوغ تلك الغاية لن بتسنى إلا إذا قامت العلاقة بين أطراف العقد الإداري على التوازن، فلا بد من منح الإدارة العامة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها ليس لها نظير تحقيقاً للمصلحة العامة.¹

رابعا: خضوع منازعات استعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية لولاية القضاء الكامل

تخضع المنازعة في مشروعية ممارسة الإدارة لإحدى مظاهرها وسلطاتها الاستثنائية لولاية القضاء الكامل، حيث أن ما يصدر بشأن تلك الممارسة ليس قرارا إداريا يخضع لدعوى الإلغاء لفحص مدى مشروعيته، وليس من القرارات المنفصلة عن العقد الإداري والتي يختص قاضي الإلغاء بالنظر فيها، وهذا بالإضافة إلى أن تلك المنازعات تندرج ضمن المنازعات الحقوقية التي يختص قاضي العقد بالفصل فيها²، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أن: "ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد هي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن عليها على أساس إستدعاء ولاية القضاء الكائل دون ولاية قضاء الإلغاء."³

¹ - عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع نفسه، ص25.

² - عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع نفسه، ص26 وص27.

³ - المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 2248 الصادر سنة 1936 جلسة 07 مارس 1995 المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 605 الصادر سنة 1923، جلسة 29 أكتوبر 1980

خامسا: احترام المتعاقد للسلطات الاستثنائية للإدارة التزام تعاقدي.

يتعين على المتعاقد مع الإدارة الانصياع لإستعمال هذه الإدارة لأي من سلطاتها الاستثنائية تجاهه أمر وفعلية تنفيذها دون اعتراض حتى ولو مني بضرر جراء ذلك، لأن تلك السلطات هي من طبيعة العقد الإداري الذي وافق بإرادته الحرة والمطلقة على إبرامه فقد تعاقد على أساسها، وعدم جواز اعتراض المتعاقد مع الإدارة على استعمالها لسلطاتها الاستثنائية في مواجهته مفاده أن يكون إستعمال الإدارة لتلك السلطات قد تم في إطار المشروعية، وإلا أصبح استعمالها لها غير مشروع، الأمر الذي قد يعطي الحق في الاعتراض عليه والطعن فيه أمام قاضي العقد.¹

الفرع الرابع: أنواع وتقسيمات مظاهر السلطة العامة

حسب بعض الدراسات المتعلقة بامتيازات السلطة العامة وأهمها الدراسة التي قام بها الأستاذ "chapus René"²، فإنه يمكن تقسيم امتيازات السلطة العامة إلى جزأين :

الجزء الأول يتعلق بكل ما هو متسم بالنشاط "prérogatives d'action"، حيث تشمل سلطة إتخاذ القرار والتنفيذ "le pouvoir de décision et d'excution" والذي يكون الهدف منها تعديل أوضاع قانونية محددة بصفة انفرادية.

أما الجزء الثاني فيتعلق بالحماية أي إمتيازات الحماية "prérogatives de protection" والتي تشمل الوسائل التي تحد بعض الأنشطة التي لا تكون لصالح الإدارة، ومن شأنها أن لا تحقق المصلحة العامة.³ في دراسة سابقة عن هذا الاستنتاج الذي به الأستاذ "RENE CHAPUS" فإن الأستاذ "FRANCK MODERNE"⁴ يعتبر بأن امتيازات السلطة العامة تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول، يشمل امتيازات الإكراه "privilège de contrainte" التي تمارس على الأفراد، وهذا من أجل تحقيق أهدافها، وعلى سبيل المثال نجد نزع الملكية للمصلحة العامة

¹ - عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع نفسه، ص26.

² -رينيه شايبس قانوني وأستاذ فرنسي ولد بالجزائر في 06 أكتوبر 1924 وتوفي في 28 جويلية 2017 إختصاصي في القانون العام خاصة القانون الإداري.

³ - RENE CHAPUS , Droit administratif général , montchrestien , 15ème edition , 2001 , tome1 , p.475.

⁴ -F.MODERNE, Recherche sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif -3français - -86thèse de Doctorat 59 université BordeauxIV , 1960 , tome1 , p.83

"L'expropriation"، المصادرة "Réquisition"، الجزاءات الإدارية "Les sanctions administratif"، وسلطة التعديل الانفرادي¹.

القسم الثاني، يشمل امتيازات الحماية "privilège de protection" التي تتمتع بها الإدارة، مع الإشارة أن هناك عدة دراسات أخرى تتعلق بامتيازات السلطة العامة قام بها مجموعة من الفقهاء والأساتذة، نذكر منهم على سبيل المثال الأستاذ "برونو جوفروي JOFFORY BRUNO"² في كتابه "امتيازات السلطة العامة" وكذا الأستاذ "أوريليان أنطوان- AURELIEN ANTOINE"³ في كتابه "امتيازات السلطة العامة وقانون المنافسة"، إضافة إلى الأستاذ "شارلوت دينيسو- CHARLOTTE DENISEAU"⁴ في كتابه "فكرة السلطة العامة والاتحاد الأوروبي".

الفرع الخامس: آراء الفقه حول فكرة امتيازات السلطة العامة

أولاً: الفقه المصري

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها تحت رقم 383 الصادر في 08 يناير 1995، أن البين من ظاهر الأوراق أن العقود الحالية التي أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين تضمنت شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص ومن ثم كون العقد المذكور قد تكاملت فيه العناصر الثلاثة باعتباره عقداً إدارياً، وفي حكم آخر ذهبت المحكمة نفسها إلى القول بأنه قد تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة العامة حيث تضمن البند الخامس على حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرع ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار.

ويرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية تكمن في فكرة السلطة العامة، فهي تطبيق لامتياز يعد من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة.⁵

¹ - « L'utilisation du pouvoir de décision unilatérale » voir M.Rousset , l'idée de puissance publique en droit administratif français -1984 ,op ,cit ,p.145

² -أستاذ وقانوني فرنسي ولد في 13 يسنبر 1641 متخصص في القانون العام.

³ -أوريليان أنطوان أستاذ وباحث فرنسي تخصص في القانون العام.

⁴ -شارلوت دينيسو أستاذة ودكتورة فرنسية تخصص في القانون العام.

⁵ - أنظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية-الطعن رقم 383 السنة 35 على جلسة 08 يناير 1995، الموسوعة الإدارية الحديث، ج49،

حتى ولو لم يكن منصوص عليها في العقد لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تطبع بها العقود التي تظهر فيها كما أن الجزاءات التي توقعها الإدارة مع المتعاقد المقصر ما هي إلا مظهر من مظاهرها.¹

ثانياً: الفقه الفرنسي

يذهب جانب من الفقه الفرنسي وبالأخص العميد "موريس هوريو" الذي يرى أن تمتع الإدارة باستعمال امتيازاتها يعتبر الدعامة الأساسية للسلطة العامة وانطلاقاً من ذلك يمكن للإدارة فسخ العقد خصوصاً عقود الأشغال وعقود التوريد وأن تحل نفسها محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته وذلك عن طريق قرار بسيط يصدر من قبلها دون اللجوء إلى القضاء.

أما "ميشال روسيه" فيذهب بالقول أن النتيجة المترتبة على اعتبار أن العقد الإداري هو تصرف قانوني فالسلطة العامة تظهر فقط في مجال القانون الإداري، ولذلك فسلطة الإدارة العامة في اتخاذ الجزاء من جانب واحد يعني بأن المتعاقد قد قبل تحمل بعض الالتزامات، فأى تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه، لذلك فالأصلالة تكمن في الوجود العام لهذه السلطة و تكون موجودة سواء كان منصوص عليها في العقد أم غير ذلك إستقلالاً، أي دون الحاجة للالتجاء للقضاء باستثناء إسقاط الالتزام.

أما "فلام FLAMME" فإنه فرق بين أساس السلطة والنتائج التي تترتب على استعمالها، حيث يذهب إلى القول أن سلطة الجزاء المعترف بها للإدارة يعد امتياز أصيل للسلطة العامة، أما فيما يتعلق بنتائجها الباهضة التي يتحملها المتعاقد المقصر فإنها تتعلق بالشرط الجزائي الجزائي².

كما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن الامتيازات الرئيسية التي تتمتع بها الإدارة هو فرض الجزاءات على المتعاقد معها التي تتمتع بها بقوة القانون استناداً إلى نظام السلطة العامة.

الفرع السادس: تمييز امتيازات السلطة العامة عن الشرط الاستثنائي غير المؤلف

إن مفهوم امتيازات السلطة العامة يختلط مع الكثير من المفاهيم المشابهة لها، مما يزيد من صعوبة إيجاد تعريف محدد ودقيق لها، ولعل أهم هذه المصطلحات هي السلطة العامة "la puissance publique"، الإمتيازات "privilège" والذي سبق وأن تطرقنا لهذين المصطلحين، والشرط الاستثنائي غير المؤلف "la clause exorbitante"، فإذا كان من الواجب لإضفاء الصفة

¹ - ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص341

² - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1975، ص53 وص56

الإدارية على عقد ما أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتصل بمرفق عام، -على نحو ما سبق ذكره- إلا أن هذين الضابطين غير كافيين لوصف العقد بأنه عقد إداري، حيث ينبغي إضافة لما تقدم اتباع الإدارة حال إبرامها للعقد الإداري أساليب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في العقود المدنية التي تقوم على أعمال مبدأ المساواة والتوازن بين أطرافه.

وتنطوي الشروط الاستثنائية على منح الإدارة مظاهر وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها كذلك التي تكفل لها حقاً في تعديل شروط العقد وتوقيع الجزاءات على المتعاقد بل وحتى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، ومن هذه الشروط ما يعطي للمتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير.

وليس من الضروري إحتواء العقود على أكثر من شرط استثنائي لكي يصبح عقداً إدارياً، فيكفي لإصباح تلك الصفة على العقد توفر فيه شرط إستثنائي واحد، كما يرى البعض أن هذه الشروط قد لا تتضمن بالضرورة منح امتيازات للإدارة، بل قد تنطوي على وضع قيود عليه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك،¹ لاعتبار العقد الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة "صفقة عمومية" يتعين تضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، بموجبها تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات ومظاهر وحقوق في مواجهة المتعاملين الإقتصاديين، ومن أبرزها سلطتها في الإشراف والرقابة وامتياز تعديل العقد وتوقيع الجزاءات المالية وحقها أيضاً في فسخ العقد بإرادتها المنفردة، ولعل هذا ما أراده المشرع من تعبير "تبرم.. وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم..". الوارد في الشق الثاني من نص المادة السادسة (06)² المذكورة أعلاه.³

¹ - عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص32 وص33.

² - أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 90، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص03.

³ - خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مطبوعة وموجهة إلى طلبة السنة الثالثة حقوق -القسم العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2015-2016، ص15.

أولاً: تعريف البند أو الشرط الاستثنائي غير المألوف.

لقد عرفت المحكمة الإدارية العليا الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية بأنه: "الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة"¹، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.² وعلى هذا الأساس جعلت المحكمة من تلك الشروط معياراً للفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية فمعيار الفرقة بين العقدين يكون بمدى انطواء العقد على شروط تميز جهة الإدارة بامتيازات وسلطات غير متعارف عليها عند التعاقد مع الأفراد.³

إن البنود أو الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون العام، كثيراً ما تستعمل للدلالة على السلطة العامة مما يطرح عدة تساؤلات حول العلاقة الموجودة بينهما؟ في الواقع أن آراء الفقهاء والأساتذة فيما يخص البنود غير المألوفة أو كما تسمى الشروط الاستثنائية غير المألوفة متباينة وغير دقيقة، ويعود ذلك أساساً إلى صعوبة تحديد مفهوم أو مضمون البند غير المألوف.⁴

لقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد ودقيق، فظهرت عدة تعريفات مختلفة إلا أنها جاءت غامضة ومبهمة إلى حد ما.⁵

حيث ذهب الأستاذ "WALLINE" إلى تعريف الشرط الاستثنائي غير المألوف بأنه البند الذي يعد باطلاً في عقود القانون العادي لمخالفته النظام العام، أما الأستاذ "RENE CHAPUS" فيعتبر بأن هذا الشرط يعد غير مشروع في القانون الخاص ولا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم.

أما فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن الشروط الاستثنائية هي تلك التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد ليس لإستحالتها أو إصطدامها بالنظام العام وإنما لإتسامها بطابع السلطة العامة.

¹ - المحكمة الإدارية العليا، جلسة 25 فيفري 1963 ن المجموعة، ص 1225.

² - المحكمة الإدارية العليا، جلسة 11 فيفري 1984، مجموعة الأحكام، ص 647. وكذلك حكمها بجلسته 24 نوفمبر 1995، مجموعة الأحكام، ص 40.

³ - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص 37.

⁴ - A.DELIAUBARDERE, J-C VENEZIA et GAUDEMMENT, traité de droit administratif, 9ème édition, T1 LGDJ, paris 6 1984, p389 et Elodie 95allant, la clause exorbitante du droit commun, Acte du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011, op-cit, p209

⁵ - حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية - مصر، 2008، ص 50.

أما الأستاذ "MICHEL ROUSSET" فإنه يعتبر بأن الشرط الإستثنائي غير المؤلف في القانون العام لا يتماثل مع إمتيازات السلطة العامة، لأن تحديد العقد الإداري يكون حسب الموقف الذي يتخذه القاضي، كما أنه لا يمكن الإعتماد عليه من أجل منح العقد صفة السلطة العامة¹، خاصة وأن لأطراف العقد الحرية الكاملة لاختيار الطبيعة القانونية للعقد.

وحسب "ميشال روسي" فإنها ليست معيارا حاسما للتعبير عن وجود السلطة العامة، وحسبه فإنها فكرة أكثر شمولية من حيث أنها لا تعبر بالضرورة تطبيق امتيازات السلطة العامة²، وأما بالنسبة لـ "جورج فدال" و"بيار ديلفولفيه"³، فإن التمييز بين العقود الإدارية والعقود الخاصة يكون من خلال وجود البنود غير المؤلف في القانون العام، بمعنى مدى إستعمال أسلوب السلطة العامة⁴.

ويعتبر "جورج فدال" بأن وجود الشروط الاستثنائية غير المؤلف في القانون العام هي المعيار الحقيقي للعقد الإداري، وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام⁵.

ويرى الأستاذ "أحمد محيو"، أنه ما يبرر وجود هذه البنود غير المؤلف في القانون الخاص لفائدة الأشخاص العمومية فقط هو وجود المصلحة العامة، وعلى أساس هذه المصلحة العامة تفرض على المتعاقدين بعض الإلتزامات التي تعطي الطابع الإداري والتي تعتبر إحدى المظاهر الأساسية لإمتيازات السلطة العامة⁶.

وقد عرفته محكمة النزاع في قرارها الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 1960 في قضية الشركة التعاونية للتخزين (SCS) بأنه: "بند لا يستعمل في العلاقات بين الأفراد"⁷.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرفه في قراره المؤرخ بتاريخ 20 أكتوبر 1950 في قضية "ستين-STEIN" على أنه: "ذلك البند أو الشرط الذي يخول محله للأطراف المعنية حقوق ويضع على

¹ - MICHEL ROUSSET l'idée de puissance publique en droit administratif français ,DALLOZ ,1960 , p145.

² -G.VEDEL , P , DEVOLVE , droit administratif , puf , tome1 , p36 et p 117.

³ -بيار ديلفولفيه أستاذ وقانوني فرنسي ولد في 16 سبتمبر 1940 صاحب مؤلف القانون الإداري المشهور دالوز (DALLOZ)

⁴ - J-F.BRISSON , A.ROUYERE , droit administratif , montchrétien , paris , France , 2004 , p.143.

⁵ - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة "سارب"، دالي ابراهيم، الجزائر، 2004، ص393.

⁶ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، 1996، ص348.

⁷ - ناصر لباد، المرجع نفسه، ص393 .

عاقبتهم التزامات أجنبية بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي كان في إطار القوانين المدنية والتجارية.¹

إن وجود الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص إشارة واضحة وكافية لاعتبار العقد المبرم من طرف الإدارة يتصف بطابع السلطة العامة بل وهو المعيار الكاشف عن نية الإدارة في اتباع طرق ووسائل القانون العام، لذلك فتعتبر هذه البنود إحدى السمات الأساسية التي تعبر صراحة عن السلطة العامة وهو يمثل بالفعل إحدى المظاهر الأساسية لامتيازات السلطة العامة.

ثانيا: صور ومجالات ظهور الشروط الإستثنائية غير المألوفة.

يمكن مقابلة الشروط الإستثنائية غير المألوفة في علاقات القانون الخاص في عدة مجالات، تتمتع الإدارة بامتيازات غير مألوفة في عقود القانون المدني أو القانون التجاري أو سلطات استثنائية يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير، واشتراك المتعاقد مع الإدارة في مباشرة تسيير المرفق العام وإدارته، كما أنه لا يلزم لتحقيق هذا العنصر أن يتضمن العقد شروطا متعددة من هذا النوع الاستثنائي،² وإنما يكفي أن يتضمن العقد شرطا استثنائيا واحدا، ليكتسب صفة العقد الإداري.

1- الشروط الإستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة :

وهي شروط غير مألوفة في مجال العقود المدنية لما تتضمنه من إخلال بمبدأ المساواة بين طرفي العقد، ولما تمنحه للمتعاقد مع الإدارة من استعمال لبعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير والذي لم يكن أصلا طرفا في العقد، وتستمد تلك الشروط وجودها مما تتمتع به الإدارة من سلطة عامة، فهي تثير أحد امتيازات تلك السلطة، وهذه الشروط إما تنطوي على منح الإدارة العامة لسلطات في مواجهة المتعاقد معها، وإما تمنح هذا المتعاقد سلطات في مواجهة الغير وذلك على النحو التالي :

أ- أن يتضمن العقد شروطا تحمل امتيازات للإدارة: هي إمتيازات يقررها العقد الإداري ولا يتمتع بها المتعاقد الآخر، مما يخل بمبدأ المساواة بين المتعاقدين، وتعتبر هذه الامتيازات أهم ما

¹ - أحمد محيو، المرجع نفسه، ص393

² - محمد الشافعي أبو راس، المرجع نفسه، ص34.

يُميز العقد الإداري، ذلك أنه بموجب هذه الامتيازات تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها وإرادتها المنفردة، التزامات تجعل طرفي العقد غير متساويين.¹

ومن أمثلة هذه الشروط أن يكون للإدارة حق تعديل شرط العقد بإرادتها، ودون انتظار لقبول من المتعاقد معها، وكذلك حق الإدارة في الإشراف على التنفيذ، وتغيير طريقة التنفيذ وأسلوبه بإرادتها المنفردة.²

وقد يتضمن العقد حق الإدارة في وقف العقد مؤقتاً أو فسخه أو إنهائه، بإرادتها المنفردة، ودون حاجة لرضاء الطرف المتعاقد.

ب- تضمن العقد شروطاً تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات عامة في مواجهة الغير:

الأصل أن المتعاقد مع الإدارة من أشخاص القانون الخاص لا يتمتعون بشيء من امتيازات السلطة العامة،³ ولكن العقد الإداري قد يتضمن شروطاً تمنح المتعاقد مع الإدارة، وهو من أشخاص القانون الخاص سلطات استثنائية وامتيازات السلطة العامة، كأن تجعل له حق التنفيذ المباشر أو حق نزع الملكية العامة أو حق إستخدام الدومين العام أو استخدام وشغل بعض العقارات الخاصة لمدة محددة دون الحاجة لرضاء ملاكها، أو تكييف وضع الملتزم في عقد الامتياز في مواجهة المنتفعين بخدمة المرفق العام حيث يصور الفقه الملتزم وكأنه يتلقى تفويضاً من السلطة مانحة الالتزام في تحصيل الرسوم من المنتفعين و المتمثلة له في المقابل المادي لقاء ما يؤديه من خدمات لهم وفي سبيل تلك الخدمات يمارس الملتزم سلطات الضبط أو البوليس.⁴

هذه وأمثالها امتيازات تتمتع بها الإدارة العامة فقط باعتبارها القائمة على تحقيق الصالح العام، فإذا ما تضمن العقد شروطاً تمنح هذه الامتيازات أو بعضها لواحد من أشخاص القانون الخاص، كان واضحاً أنها شروط غير مألوفة في مجالات القانون الخاص، ومن ثم فإن ظهور مثل هذه الشروط في العقد، تعلن أن العقد عقد إداري.

ج- أن يتيح العقد للمتعاقد مع الإدارة أن يباشر إدارة المرفق مشاركة مع الإدارة: الأصل

أن المرفق العام يقوم على أساس تقديم وتحقيق المصلحة العامة، كما أن الإدارة العامة هي من

¹ - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص 40 وص 41.

² - ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1999، ص 15.

³ - محمد الشافعي أبو راس، المرجع نفسه، ص 35.

⁴ - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص 42.

تقوم بإدارة المرافق العامة، والأصل أيضا أن أشخاص القانون الخاص هدفهم الأسمى هو تحقيق المصالح الخاصة لا المنفعة العامة بل ولا تتفق معها بتاتا، لأنه لكل هدفه يسعى وراء تحقيقه، ومن هنا نستخلص قطعا أنه لا يجوز لأشخاص القانون الخاص تولي إدارة المرافق العامة و هذا نظرا لتباين الأهداف المرجوة تحقيقها، إلا أنه وبالرغم من كل ما ذكر آنفا فإننا نجد في بعض الأحيان، بل وفي الكثير من المرات لجوء الإدارة إلى إبرام عقود تعطي للمتعاقد معها من أشخاص القانون الخاص حق مشاركة الإدارة العامة في تسيير المرفق العام، مثل هذا الشرط يمثل خروجاً عن المألوف والمتفق عليه، فهو بطبيعة الحال شرط استثنائي يعلن أن العقد يعتبر عقد إداري.

2- الشروط التي تحمل طابع القانون العام

هي شروط ينطوي عليها العقد الإداري، ولا يمكن تفسيرها إلا في كنف وضوء القانون العام، فهي مستنبطة ومستوحاة منه، وتحمل طابعه وفقا لمضمونها وأهدافها، ومن ثم فهي تخرج عن نطاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواجبة الإحترام في العقود المدنية التي تعقدها الإدارة، مثل تلك الشروط التي تعطي للإدارة حق تعديل شروط العقد.¹

ثالثا: الأساس القانوني للشروط الاستثنائية :

وتقوم على أساس ثلاثة أسس مختلفة، وهي :

1- الأساس الشخصي:

حيث يقوم على مبدأ حرية اختيار المتعاقدين باعتبار أنهما قد اختارا أسلوب القانون العام، أو أنهما عدلا عنه إلى وسائل القانون الخاص، وأن تضمين العقد شروطا استثنائية يعد أسلوبا غير مباشر في الكشف عن نية الإدارة، وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الأساس في بعض أحكامه.

2- الأساس الموضوعي :

يرى أنصار هذا الأساس بأن دور الروط الاستثنائية لا يكتفي بالكشف عن نية الطرفين في إبرام العقود الإدارية، وإنما تضيف على العقد الطابع الإداري مجرد كونها شروطا استثنائية تطبيقا للقواعد العامة في القانون الإداري، وهي نوعين :

¹ - عبد المنعم عبدالعزيز خليفة، المرجع نفسه، ص 43.

النوع الأول: الشروط الإستثنائية التي تتسم بطابع السلطة العامة، وهي تعتبر حقيقية لأنها تعطي الطابع الإداري والصورة الواضحة للعقد وذلك بصورة مباشرة.

النوع الثاني: ويتضمن الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص والتي لا تضيف عليها صفة الطابع الإداري بصورة مباشرة¹

على هذا الأساس تكون شروط التي تتسم بطابع السلطة العامة هي وحدها التي تكون مخالفة لنصوص القانون الخاص ثم تقوم بدور المعيار الموضوعي للعقود الإدارية فهي التي تحدد بصورة مباشرة الطبيعة الإدارية لها.

3- الأساس العملي :

يرى أنصار هذا الأساس أن الشروط الإستثنائية تقوم على إعتبرات عملية لكونها غريبة عن القاضي المدني، وأن القاضي الإداري قد اكتسب خبرة واسعة في تحديدها وبيانها، لهذا السبب يكون من الأحسن أن تنظر المنازعات المتعلقة بالعقود المنظمة لمثل هذه الشروط في المحاكم الإدارية، وتبرز أهمية هذا الأساس فيما يتعلق بالعقود التي تحتوي على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص على أساس أن هذه الشروط لا تحدد بصورة قطعية طبيعة العقود الإدارية.²

إن الشروط الاستثنائية تكون على نوعين، فأما النوع الأول يتعلق بالشروط الاستثنائية التي تعبر عن امتياز من امتيازات السلطة العامة من خلال منح الإدارة امتياز تجاه المتعاقد معها كاشتراط تمتع الإدارة بسلطة التنفيذ المباشر أو سلطة توقيع الجزاءات على الطرف الآخر أو تكون بصورة منح المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير كالشروط الخاصة بمنح الملتزم سلطة نزع الملكية، وأما النوع الثاني فيتمثل في الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص كتلك المتعلقة بمبدأ من المبادئ التي أوجدها القانون العام كشروط إعادة التوازن المالي للعقد أو سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أو الشروط النابعة من المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد الخاص.

إن الأساس القانوني لهذين النوعين من الشروط الاستثنائية يتمثل فقط في فكرة السلطة العامة التي تبرز بصورة واضحة في النوع الأول من الشروط الاستثنائية المتمثلة في جملة من الإمتيازات

¹ - مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص 160 .

² - مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص 161.

المستخدمة في عقود الإدارة والتي تهدف إلى إشباع حاجات الجمهور العامة، بينما تبدو بصورة أقل وضوحاً في النوع الثاني من الشروط الاستثنائية والتي تعبر بطريقة غير مباشرة عن الوجود الحقيقي للسلطة العامة في العقد الإداري.¹

رابعاً: تقدير نظرية الشروط الإستثنائية.

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن معيار الشرط غير المؤلف أثار صعوبات كثيرة ساعد عليها القضاء الإداري في عجزه عن تعريف الشرط غير المؤلف واتساع مفهومه ليشمل أنواع عديدة من الشروط كالشروط المانحة للإدارة العامة امتيازات ومظاهر في مواجهة المتعاقد معها كحق الإدارة في الرقابة والتوجيه، فهي وإن كانت من الشروط غير المؤلفه فإنها لا تعد مجهولة في عقود الأفراد العاديين وهي ليست حكراً على عقود القانون العام، حيث من الممكن أن تتضمنها عقود الإذعان ذلك وعقود المبرمة بين الشركات متفاوتة القدرة والإتساع مما يتيح لأحد الأطراف أن يملئ شروطه وذلك من جانب واحد، فالإنتقادات لم تقضي نهائياً على معيار الشروط غير المؤلفه، إنما جعل لها دوراً ثانوياً، خاصة في حالة ما إذا كان العقد إدارياً في مضمونه باتصاله بالمرفق العام، إذ يتم البحث عن الشروط غير المؤلفه في حالة عدم القدرة على حسم ما إذا كان العقد يتضمن مشاركة في تنفيذ المرفق ذاته وهو ما عرف بالمعيار المتناوب، وهذا ماجاء به القول عدة أساتذة من بينهم "لامارك" وكذا "شابيس"، الذي أكد أنه لا يجب الإعتقاد أن معيار البند أو الشروط المخالفة دائماً معيار مساعد، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معيار مبدأ، وفي الكثير من الأحيان، وفي معظم الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المؤلف، بحيث يمكن أن يكون أكثر تناسبا من غيره، وهو بمفرده يستطيع إعطاء صفة وطابع إداري لكل عقد، إلا أنه وبالرغم من كل هذا فإن المعيار المتناوب لم يسلم هو الآخر من النقد إذ أدى تطبيقه في القضاء الإداري الفرنسي إلى نتائج غير مقبولة في بعض الأحيان.²

ومن خلال كل ما ذكر سابقاً فيمكن القول أنه لا مانع أن نرى معيار التمييز للمبادئ الثلاث التي توصل إليها القضاء الإداري في سنوات تطوره، وهذا المعيار الإختياري يوكل به قاضي الموضوع إذ يتفحص العقد ويطبق كل مبدأ من هذه المبادئ، بمجرد ما يتحقق توافر

¹ -مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص162 وص163.

² - مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص164.

أحدها فيه، كان العقد إداريا دون الرجوع أو الحاجة للبحث عن توافرها معا، وتعتبر هذه المبادئ متساوية في أهميتها، فالمعيار المتناوب لا يعد كافيا لتمييز العقد الإداري، وهذه المبادئ هي :

-المبدأ الأول والمتمثل في الاشتراك المباشر في تنفيذ المرفق العام ذاته، إذ يعتبر العقد الذي يتضمن تنفيذ التعاقد للمرفق العام ذاته عقدا إداريا دون الحاجة لوجود الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

-المبدأ الثاني يتضمن الشروط الإستثنائية غير المألوفة، فعدم تنفيذ التعاقد للمرفق العام ذاته لا يجعل العقد من عقود القانون الخاص.

- المبدأ الثالث العقود الإدارية تبعا لأنظمتها، وهذا من خلال قيام العقد على نظام قانوني غير مألوف، والذي أصبح فيما بعد ركن ومبدأ مهم في تمييز العقود الإدارية.¹

المطلب الثالث: مظاهر حرية الإدارة في التعاقد

إذا كان للإدارة دور كبير في إنشاء العقود المدنية، فإن دورها يكون محدودا في حالة إنشاء العقود الإدارية لما تتمتع به بقدر من الخصوصية، حيث يتدخل المشرع لتنظيم تعاقد الجهة الإدارية، وذلك لاعتبارات تتعلق بالاعتماد المالي وضمان تنفيذ المشروعات العامة، وما يتطلبه ذلك من اختيار التعاقد على أساس المقدرة الفنية والقدرة المالية لتحقيق أحسن وأفضل النتائج، كما أن هناك اعتبارات أخرى تتعلق باختيار التعاقد على أساس المنافسة والعلانية والشفافية، حيث يضع المشرع ضوابط وأحكام لضمان المنافسة بين المتعاملين جميعا، ومن ثم تعتبر هذه الاعتبارات قيودا على حرية الإدارة في التعاقد.

إن الأصل في التعاقدات الإدارية هو تقييد الإدارة بضوابط المشروعية الإدارية، أي تمتع الإدارة بسلطة مقيدة ضمانا لحماية مصالح المجتمع من احتمالات تعسف الإدارة، وأنه في الحالات التي تستوجب حماية المصالح الجماعية فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية على أن تمارسها في إطار من الضوابط التشريعية والقضائية، هذه السلطة التقديرية أو ما يطلق عليها مجازا الحرية التعاقدية، قد تتسع أحيانا وتضيق أحيانا أخرى على حسب ظروف التعاقد ونوع العقد ومدى تأثيره على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.²

¹ - مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص168.

² - شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص137 وص138.

سأطرق في هذا المطلب إلى دراسة تطبيقية لبعض مظاهر حرية الإدارة في التعاقد، وذلك من أجل بيان مدى تمتع الإدارة بحرية اللجوء إلى التعاقد من عدمه، وحريتها في اختيار التعاقد معها وتحديد مضمون وشكل التعاقد ومدى حرية الإدارة في إستمرارها في تنفيذ التعاقد إلى غاية نهاية المدة أو اتمام العمل رغم تغيير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.

وبغية التطرق لهذا المطلب بشكل مفصل، يتم تقسيمه إلى فرعين (02)، أتطرق في الفرع الأول إلى مرحلة إبرام العقد، أما الفرع الثاني فقامت بالتعرض لمرحلة تنفيذ العقد الإداري.

الفرع الأول: في مرحلة إبرام العقد الإداري.

تتمتع الجهة الإدارية في نطاق إبرام عقودها الإدارية ببعض مظاهر حرية التعاقد، ونظرا لأن حرية الإدارة في التعاقد ليست مطلقة، حيث يرد عليها كثير من القيود التشريعية، من خلال الخضوع للنصوص القانونية الملزمة وحتى القيود القضائية التي تخضع للرقابة القضائية، لذا فإن الجهة الإدارية باعتبارها طرف في العقد الإداري تتمتع ببعض مظاهر الحرية أو السلطة التقديرية في مرحلة التعاقد.¹

أولاً- طرق وإجراءات اللجوء إلى التعاقد:

لقد فرض المشرع جملة من القيود والإجراءات تلتزم الإدارة باتباعها حفاظا على المصلحة العامة والمال العام، ولعل الأصل في كيفية إبرام الصفقات العمومية والتي يشتد فيها القيد على حرية الإدارة هو السعي إلى إدراك هدفين، الأول تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العمومية وهذا يستلزم بدهة التزام من جهة الإدارة لاختيار التعاقد الذي يقدم أحسن العروض والضمانات، والثاني مراعاة المصلحة المتعاقدة من خلال اختيار الكفء لأداء الخدمة التي تحرص على تحقيقها²، فالإدارة العامة ملزمة بإبرام الصفقات العمومية وفق كفاءات وطرق رسمها التشريع مسبقا، حيث لا توجد طريقة عامة وموحدة لإبرام جميع العقود الإدارية في التشريع الجزائري، إلا ما أورده المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنظم لمجموعة محددة من العقود الإدارية المسماة بالصفقات العمومية، وهي العقود التي أشارت إليها خاصة المواد 02 و29 من المرسوم الرئاسي السابق³، والمتمثلة في

¹ - شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص139

² - مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية -مصر، ص197.

³ - أنظر المادتين 02 و29 من المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236، المذكور سالفا.

الصفقات العمومية للأشغال، اللوازم، الخدمات، الدراسات، هذا وقد نص تشريع الصفقات العمومية بموجب المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،¹ على أن "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".

لقد ذهب التنظيم الجزائري إتجاه البحث عن أقصى ما يمكن من درجات الشفافية والعدالة بين المتنافسين وحرية الوصول للطلبية العمومية تطبيقا للمبادئ التي أعلن عنها في المادة 05 من النص، حيث جعل صيغ المنافسة هي الصيغ الأصلية والصيغ التفاوضية والمتمثلة في التراضي هي الصيغ الاستثنائية، وحتى لما ذكر الصيغ المتاحة، عمد إلى ترتيب طلب العروض كصيغة تنافسية قبل صيغة التراضي، وذهب أبعد من ذلك، فحرص على التذكير بأن طلب العروض هو الأصل والقاعدة العامة، ما يفيد ضمنا أن إجراء التراضي هو الاستثناء.

ويقابل المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 25 في المرسوم الرئاسي السابق 10-236 الملغى،² غير أن مصطلح المناقصة الذي عمر من بداية الإستقلال، استبدل بمصطلح طلب العروض، وقد أحسن التنظيم في تصحيح هذا المصطلح.³

وبالتالي فإن الصفقات العمومية تبرم وفق إحدى الطريقتين: طلب العروض أو التراضي.⁴

1- أسلوب ابرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض:

في ظل محاولة ابراز اهم التعديلات الجديدة المتعلقة بالصفقات العمومية عن طريق طلب العروض، سيتم الحديث عن مفهوم طلب العروض ثم التطرق إلى أشكال طلب العروض. * مفهوم طلب العروض: لقد أعطى قانون الصفقات العمومية الجديد تعريفا أوسع لطلب العروض متداركا التناقض الذي تضمنته مختلف التشريعات السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر، فنجد مثلا أن المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يطلق على تسمية طلب العروض بالمناقصة وهو ما يشكل خطأ في التسمية أو الترجمة، هذا وقد عرف المشرع الجزائري طلب العروض في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 كالتالي: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص

¹ - أنظر المادة 39 من المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247، المذكور سالفًا.

² - أنظر المادة 25 من المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236، المذكور سالفًا.

³ - خرشى النوي، الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، السادس الأول، 2018، ص148.

⁴ - محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة-الجزائر، 2017، ص2019.

الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.¹

أما عن حالات عدم جدوى إجراء طلب العروض هي:

- عندما لا يتم استلام أي عرض.

- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط.

- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.¹

مما يعني أنه يمكن تقييم العرض الوحيد بعدما كانت تعلن حالات عدم الجدوى عند استلام عرض وحيد في القانون السابق.

فتعريف طلب العروض مقارنة بتعريف المناقصة سابقا توسع من جهة المعايير التي ينبغي الاعتماد عليها في منح الصفقات العمومية، خصوصا تلك المتعلقة بالمزايا الاقتصادية، مع استبعاد كل أشكال المفاوضات، ومن ثم فإن طريقة طلب العروض تستند إلى:

- المنافسة بين عدة عارضين.

- مراعاة أحسن وأفضل عرض.

ومن خلال استقراءنا لنص المادة نضيف أن المشرع الجزائري أخذ طلب العروض كأصل عام بصورة صريحة لا ضمنية وهذا بنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247²، كما انتقل من مصطلح أفضل العروض إلى مصطلح أحسن العروض.

وبهذه الأحكام التي حملها المرسوم الجديد يكون المشرع قد ضبط مصطلح طلب العروض تفاديا لأي إشكالية في فهم معناه الحقيقي لو أدرج بعنوان مناقصة، وحسنا فعل، ومن جهة أخرى ترك للجهة المعنية مجالا لاختيار المتعاقد معها لا على أساس العرض المالي لوحده، بل وعلى أساس موضوعية أخرى. ومن هنا اعترف لها بسلطة التقدير والاختيار، والجمع بين أكبر من معيار بحثا عن العرض الأفضل، وليس الأقل ثمنا بالضرورة كما كان الوضع في مرحلة سابقة.³

¹ - أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

³ - عمار بوضيف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-2047، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، القسم الأول، الجزائر، 2017، ص 196.

ب * أشكال طلب العروض.

إن المشرع وإن جاء محمدا لطرق التعاقد، فإنه من جهة أخرى ذكر أكثر من أسلوب أو طريقة للتعاقد بما يعني أنه فسح مجال الحرية للإدارة لاختيار الأسلوب والنمط الذي يليق بها حسب ظروف كل عملية تعاقدية، مع إلزامها بتحمل المسؤولية كاملة في حال اختيار طريقة من التعاقد دون الأخرى خاصة حين يتم تفضيل أسلوب التراضي على طلب العروض.

هذا ونصت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح.

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

- طلب العروض المحدود.

- المسابقة.¹

ورجوعا لنفس المادة نجدها أنها قد بينت بوضوح أشكال طلب العروض، وأشارت أنه يمكن أن يكون وطنيا و/ أو دوليا، وهو ما يتيح الفرصة للمنافسة التي قد تتسع أو تضيق على حسب إذا كان طلب العروض وطنيا ودوليا، فمنطوق الإعلان المتضمن طلب العروض هو من يتحكم في مجال المنافسة والمشاركة، ولكل صفقة خصوصياتها، فلا يعقل في صفقات الأشغال العادية والتي تتطلب إمكانات بسيطة أن يكون طلب العروض دوليا والعكس صحيح، فالأمر كله يتوقف على طبيعة الصفقة.²

- طلب العروض المفتوح:

لقد عرفته المادة 43 من القانون الجديد رقم 15-247 على أنه: "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا."³

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، 2015

² -عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص197.

³ - أنظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

ويضمن هذا الشكل بسبب عدم محدوديته أكبر قدر من المشاركة، فيضمن بالتالي احترام المبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسعتها وسهولة المشاركة للوصول إلى الطلبية العامة.

وجاء تعريف طلب العروض المفتوح كذلك مشابها لما أورده قانون الصفقات العمومية الوضعي الفرنسي، إلا أنه بالمقابل فإن ما تضمنته هذه الصيغة من سعة مشاركة لا يؤدي بالضرورة إلى أكبر قدر من المنافسة، ذلك أن هذه العروض قد لا تكون كلها مطابقة أو تستجيب كلية لمتطلبات المشروع، أو صادرة عن مؤسسات تملك القدرات التقنية والمالية الضرورية لإنجاز المشروع.¹

إن الترشح لطلب العروض المفتوح يتوقف على الاستجابة للشروط والكيفيات التي تحددها الإدارة من خلال الإعلان المنشور طبقا للتنظيم الجاري العمل به، فعبارة العرض المفتوح لا تعن أبداً أن مجال المنافسة والمشاركة يفتح لكل عارض، بل فقط العارض المؤهل التي تنطبق عليه الأوصاف والشروط المحددة في الإعلان.

- طلب العروض المحدود مع اشتراط قدرات دنيا:

وهو ما جاءت به نص المادة 44 من المرسوم رقم 15-247 بقولها: "هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ولا يتم إنتقاء قبلي من طرف المصلحة المتعاقدة. تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع."²

وما يلاحظ أن هذا المصطلح لم يسبق التطرق فيه ولم تشر إليه مختلف التنظيمات السابقة، هذا وقد تضمن هذا الشكل من أشكال طلب العروض ضرورة إدراج بعض المؤهلات والشروط المسبقة حتى يقدم المتعهد عرضه لإبرام الصفقة العمومية.³

وحددت الفقرة الثانية من نفس المادة 44 طبيعة الشروط المفروضة من قبل المصلحة المتعاقدة، من قدرات تقنية تتعلق بالوسائل المخصصة لتنفيذ موضوع الصفقة فلا يقدم أي عرض

¹ -خالد خليفة، طرق واجراءات ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص08 و ص09.

² -أنظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع المذكور آنفا.

³ -خالد خليفة، المرجع نفسه، ص10.

إلا من توفرت فيه الشروط التقنية المحددة في الإعلان، وكذا قدرات مالية تفرضها الإدارة على المترشح من وسائل مادية وبشرية يتطلبها المشروع، وقدرات مهنية من شهادات تأهيل أو أي شهادات أخرى.

وقد اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بموجب المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 44-247 بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة، مع وضع معايير خاصة بغية تحقيق الغرض من العملية التعاقدية، فأسلوب التعاقد عن طريق طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في المترشح يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات محل طلب العروض، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتها أيضا أن تقدر ما تراه صالحا لها من شروط خاصة وتعلن عبر إعلان طلب العروض ما تطلبه وما تشترطه في المتعاقد معها¹.

- طلب العروض المحدود:

تلجأ الإدارة إلى طلب العروض المفتوح (الإستشارة الإنتقائية) في العمليات المعقدة وذات الأهمية الخاصة والتميزة، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.² ففي هذا الأسلوب يقوم على انتقاء أولي يقتصر فيه تقديم التعهدات والعطاءات والترشح على من تتوافر فيهم شروط ومواصفات محددة تضعها المصلحة المتعاقدة مسبقا وذلك نظرا لأهمية وصعوبة العملية التي تتطلب مبدئيا الخبرة والإمكانات اللازمة ضمانا لحسن التنفيذ. ووفقا لهذا فإن هذا الشكل مخصص لاجراء إستشارة إنتقائية، بحيث يكون المترشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، حيث يتم وضع قائمة معينة لمؤسسات مؤهلة بين يدي المصلحة المتعاقدة للمشاركة في استشارة انتقائية. تنفذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المترشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة.

واللجوء إلى طلب العروض المحدود محدد على سبيل الحصر إذ تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو

¹ - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 201.

² - أنظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.¹

وما يلاحظ من خلال نص المادتين 45 و46² من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أن المشرع الجزائري قد منح للإدارة قدر واسع من الحرية بالسماح لها بالاتصال بالتعاملين وانتقائهم بكل حرية مع التأكيد على ضرورة احترام مبادئ الصفقة العمومية، كما أعطى الحيز القانوني للعملية الإجرائية من خلال بيان اللجوء إليها إما على مرحلتين أو على مرحلة واحدة مع بيان المتطلبات وكيفيات الانتقاء الأولي بصورة تبعد الإدارة عن التهم والشكوك، إضافة إلى ذلك حدد المجال المغلق للاستشارة ببيانه لعدد المنافسين ولم يحدد العدد الأدنى للعارضين.

- المسابقة :

وهو ما نصت عليه المادة 47 من القانون الجديد على أنها: "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة."³، كوضع لحن لنشيد لمناسبة وطنية معينة أو تصميم وإعداد أوراق نقدية أو إعداد شارات ورموز فنية.. الخ، لأن المسابقة عبارة عن منافسة تتعلق بالفكر والمعلومات والمخططات والهندسة، وتمنح الصفقة للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض.

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لا سيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية أو معالجة المعلومات، وهذا ما حددته الفقرة الثانية من المادة 47 من نفس المرسوم الجديد.

أما عن أسلوب المسابقة فقد فصلت فيه الفقرة الأولى من نص المادة 48 من المرسوم الرئاسي الجديد⁴ فقد أعطى لها طريقتين أسلوب المسابقة المحدودة وأسلوب المسابقة المحدودة مع اشتراط قدرات دنيا.

¹ - خالد خليفة، المرجع نفسه، ص11.

² - أنظر المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور سالفًا.

⁴ - أنظر المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفاً.

وما يلاحظ، فإن المسابقة فهي إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنها تركز على الجوانب الفنية والجمالية مما يجعل المادة مفيدة جدا مقارنة بالغرض المرجو لإجراءه. والجدير بالذكر أن تنظيم الصفقات العمومية الجديد ألغى شكل المزايدة الذي تضمنته بعض القوانين السابقة الخاصة بالصفقات العمومية على غرار المرسوم الرئاسي رقم 10-263.

2- أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي:

لقد جعل المشرع الجزائري أسلوب طلب العروض هو القاعدة العامة بما كفل به حق المشاركة لكل العارضين وضمانا لشفافية الصفقة ونزاهتها مما يحد من مظاهر الفساد وتبديد المال العام، غير أنه استثناءا ولأسباب موضوعية يمكن للإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر دون أدنى داع لإعلام الغير وهو ما أطلق عليه بأسلوب التراضي في إبرام الصفقة.¹

أ- مفهوم التراضي.

وهو ما جاءت به نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: "هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة."²

هذا وقد اكتفى المشرع بتعريف التراضي على أنه إجراء يتضمن منح صفقة لمعامل متعاقد دون الحاجة لاتباع تلك الإجراءات الشكلية، حيث اهتم بعنصر الشكل من خلال التصريح بإعفاء المصلحة المتعاقدة من جانب التقيد بالإجراءات، وهو عبارة عن طريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية دون الدعوة الشكلية للمنافسة مختلفا بذلك اختلافا جذريا عن أسلوب طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية مستندا في ذلك إلى مبدأ المنافسة.³

¹-عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص220.

²-أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور سالفًا.

³ - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص223.

ولعل القصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية المتبعة في أسلوب طلب العروض بأشكاله المختلفة من خلال حرية اختيار التعاقد معها دون التقييد بهذه الإجراءات كما سبق وذكرنا.

ب- أنواع التراضي

بالرجوع لنص المادة 41 من القانون الجديد نجد أن المشرع الجزائري قسم التراضي إلى نوعين أو شكلين، هما: التراضي البسيط، وكذا التراضي بعد الاستشارة.

* التراضي البسيط:

وهو ما جاءت به المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹ يشكل التراضي البسيط طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية حينما تكون مراعاة مبدأ المنافسة غير مجدية ولا طائل من ورائها وغير متعارضة مع مقتضيات المصلحة العامة، ويتم وفق نسق تنظيمي دقيق، وتتوفر هذه الصيغة على بساطة الإجراءات وسرعة تلبية الحاجات مع ربح الوقت لما لعامل الزمن من أهمية قصوى في هذا النمط، وتستدعي هذه الصيغة لرقابة أكبر وأخلاقيات أعمق، ويلاحظ أنه في حالة التراضي البسيط تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد مباشرة مما يوحى بتحررها من بعض الإجراءات المتبعة، إلا أن هذا لا يعني تصرف الإدارة كما تشاء في هذا النوع من صيغ الإبرام، إذ ينبغي أن تبرر سبب لجوءها إلى إبرام صفقاتها العمومية عن طريق التراضي البسيط²، وقد فرض المشرع الجزائري تقييد الإدارة بحالات اللجوء للتراضي البسيط، أين تم تأطير وتحديد حالات هذه الصيغة بدقة ووضوح أكثر، ولذا نجد الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إليه مقيدة بشروط، وقد حددتها المادة 49 من المرسوم الرئاسي الجديد حصريا في ست (06) حالات³، وهي :

- حالة الإحتكار أو حالة المتعامل المحتكر :

عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارها المصلحة المتعاقدة، فالطابع الاحتكاري هو مبرر

¹ - أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور سالفًا.

² - خالد خليفة، المرجع نفسه، ص17.

³ - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص139، سالف الذكر.

بذاته للجوء للتراضي فالخدمة المطلوبة لا تلي إلا من طرف متعامل احتكاري وحيد تتوفر فيه الشروط المطلوبة والقدرات التقنية التي تشترطها المصلحة المتعاقدة.

- الخطر الداهم أو الإستعجال الملح:

وهي تلك الحالة التي تبرر الخروج عن القواعد العامة الواجب اتباعها في الأحوال العادية أو في حالات الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار أو الأمن العمومي قد يتجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال طلب العروض، ويشترط في الاستعجال عدم إمكانية توقع المصلحة المتعاقدة الظروف المسببة لحالات الاستعجال والا تكون نتيجة لمناورات للمماطلة من طرفها أي تكون خارجة عن نطاقها.¹

- التموين المستعجل أو التموين المستعجل بشروط:

وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط وذلك لضمان توفير الحاجيات الأساسية كالأدوية مثلا أو لضمان سير الاقتصاد فلو ألزمت المصلحة المتعاقدة بالخضوع لإجراءات الإبرام لأثر ذلك سلبا، ويشترط في هذه الحالة، أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.²

- مشروع ذو أهمية وطنية:

وذلك عندما يتعلق الأمر بمشاريع ذات أولوية وأهمية وطنية كأن يتعلق بمشروع بناء السكنات، ويشترط في هذه الحالة الموافقة المسبقة من قبل مجلس الوزراء برئاسة رئيس الجمهورية إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة برئاسة الوزير الأول إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

- ترقية الإنتاج الوطني

أو الأداة الوطنية للإنتاج، وتبرم الصفقات العمومية من أجل دعم المنتج المحلي أو إنقاذ بعض المؤسسات التي تعاني عجزا ماليا، ويشترط فيها الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء أو اجتماع مجلس الحكومة حسب الحد المالي للصفقة، مثلما جاء ذكره في الفقرة الرابعة وبنفس الشروط.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص224.

² - خالد خليفة، المرجع نفسه، ص22

- عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يمنح مؤسسة عمومي ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بالخدمة أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

فالمشرع أراد من خلال هذه الفقرة إعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويكون مصدرها نص تشريعي أو تنظيمي¹، ومن بين الأمثلة على ذلك منح معهد باستور والصيدلية المركزية للمستشفيات حقا حصريا لتمويل المؤسسات الاستشفائية بالمنتجات الصيدلانية مثل اللقاحات والأمصال.

وإذا ما رجعنا للمادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247² نلاحظ أنها وضعت الأطر والضوابط الواجب إحترامها من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط.³

* التراضي بعد الإستشارة :

يمكن للإدارة المتعاقدة أن تسند الصفقة أيضا إلى متعامل واحد وهذا ماجاء في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تلجأ الإدارة إلى التراضي بعد الإستشارة في الحالات التالية :

***الحالة الأولى:** عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، عندما لا يتم استلام أي عرض فلا يوجد أي مترشح أو متعامل تقدم لطلب العروض، وكذا عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة من خلال إقصاء العروض التي لم تحترم دفتر الشروط وجاءت غير مطابقة، وعندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات حيث لا تتوفر المصلحة المتعاقدة على الاعتمادات المالية اللازمة لدفع المقابل المالي لتنفيذ الصفقة.

***الحالة الثانية:** في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وقد حددت جميع العمليات ما عدا عملية إنجاز الأشغال، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.⁴

¹ - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص230

² - أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص139، سالف الذكر.

³ - مونية جليل، المرجع نفسه، ص32.

⁴ - خالد خليفة، المرجع نفسه، ص24 و ص25

***الحالة الثالثة:** في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، حيث يسمح فقط بإبرام صفقات الأشغال وفق هذا الإجراء دون غيرها من الصفقات ويرجع ذلك إلى أهمية هذا النوع من الصفقات في الحفاظ على أسرار الدولة بحيث يمنح للمصلحة المتعاقدة حرية إستشارة من تتوفر فيهم الثقة من المتعاملين الإقتصاديين لا سيما المؤسسات العمومية.

***الحالة الرابعة:** في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد، في ظل القانون الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يمكن إبرام صفقة عمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة إذا كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد ويتعلق فقط بصفقة الأشغال.

***الحالة الخامسة:** في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات وتتجلى الحكمة من ذكر هذه الحالة من حالات اللجوء إلى التراضي تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي.¹

هذا وحسب نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247²، يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة محل نشر وفي ذلك تكريس لمبدأ الشفافية، أما في التراضي البسيط فلا تلزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان المنح المؤقت نظرا لطابعه الخاص.

ثانيا- ضوابط اللجوء إلى التعاقد :

ترد على حرية التعاقد في مجال العقود الإدارية العديد من القيود التي تلزم الجهة الإدارية باستيفائها قبل إتمام عملية التعاقد، وإن كان عدم استيفاء بعضها لا يترتب في حد ذاته البطلان، مما يدل على أن لجهة الإدارة قدر من الحرية والسلطة التقديرية في مجال التعاقد المالي فإذا ما أبرمت الإدارة عقدا يتضمن شراء منقولات أو عقارات أو توريد أجهزة أو معدات أو إنشاء وتشيد أشغال عامة، فإن ذلك يترتب عليه إخراج جزء من ميزانية الدولة يتمثل في المقابل الذي تدفعه جهة الإدارة للمتعاقد معها، لذلك لا بد من توافر الاعتماد المالي حتى يتم تغطية عملية التعاقد، حتى تستطيع جهة الإدارة الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، وتوفر الاعتماد المالي يعني إدراجه

¹ - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص236.

² - أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

في الميزانية العامة التي يصدر بها تشريع، فأى عقد يترتب إلتزامات مالية على عاتق الدولة يتطلب ضرورة توفر الإعتماد المالي قبل إبرام العقد.

ومن المسلم به في الوقت الحالي أن علم المالية العامة مستقل عن القانون الإداري، ويترتب عن هذا الاستقلال عدة نتائج، أهمها¹:

- عدم حصول جهة الإدارة على الإعتماد المالي لا يترتب عليه بطلان العقد.

- إذا توفر الإعتماد المالي فإن جهة الإدارة لا تكون ملزمة بالتعاقد.

الفرع الثاني: في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

تتمتع الإدارة العامة بالعديد من المظاهر والامتيازات في مواجهة المتعاقدين معها، والتي تعد شرطا استثنائيا ومعيارا مميزا للعقد الإداري، ومن خلال هذه الامتيازات تظهر الإدارة في وضع أفضل من المتعاقد معها، وهذا يعد خروجاً على مبدأ المساواة بين المتعاقدين المنصوص عليه في القانون الخاص.²

نجد أن للإدارة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية مظاهر وامتيازات قبل المتعاقد على خلاف العقد شريعة المتعاقدين فلها الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، ولها الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة اختلاله بالتزاماته، كما يمكنها إنهاء العقد ويرجع أساس تمتع الإدارة بكافة هذه الامتيازات إلى مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهذا يقتضي تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة،³ وتتجلى ممارسة جهة الإدارة لسلطاتها بصدد تنفيذ العقد الإداري فيما يلي :

- سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد والإشراف عليه.

- سلطة تعديل بعض نصوص العقد وشروطه.

- سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد.

- سلطة الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد.

¹- شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 154 وص 155.

²- شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 196.

³- مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية - مصر، 2018، ص 215.

ولقد حرصت محكمة القضاء الإداري المصري في معظم أحكامها الصادرة في هذا الخصوص سواء القديم منها أو الحديث على إبراز مظاهر وامتيازات تلك السلطات، ونذكر على سبيل المثال حكمها الذي أبرز خصائص العقد الإداري وفقا للمبادئ المقررة في القانون الإداري¹: ". وهذا القانون يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها بل أن لها حق إنهاء العقد إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة - أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليهما في العقد لأنهما تتعلق بالنظام العام، وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك في القانون المدني، ومن هنا يبدوا واضحا أن كفتي المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة على خلاف الأمر في العقود المدنية حيث يكون التعاقد ثمرة مناقشة حرة بين الطرفين، وحيث تضبط حقوق الطرفين والتزاماتهما بما تنتهي إليه هذه المناقشة، وعلى ذلك هو تباين الأهداف عند كل من طرفي العقد الإداري، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا أيضا، ومن أحكامها في هذا الصدد بعد أن أبرزت صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة، ومقتضيات هذه الصلة."²

ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها الحق في تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له الحق في ذلك، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية.³

وانطلاقا من طبيعة العقد الإداري واتصاله بالصالح العام فإن للإدارة أن تتمتع بمظاهر كثيرة دون الحاجة للنص على ذلك في العقد، ويترتب على ما سبق النتائج الآتية :

✓ أن لا يتضمن العقد أي سلطة من السلطات السابقة لا يعني ذلك عدم أحقية الإدارة في ممارسة هذه السلطات حيث أن مرجع حق الإدارة في ممارسة هذه السلطات هو طبيعة العقد، وما للإدارة أن تمارس حقوقا تدعوا إليها حاجة العقد وتستمد سلطاتها في ذلك من مبادئ القانون الإداري.

✓ للإدارة ممارسة السلطات المنصوص عليه في العقد، وكذلك غير المنصوص عليها فيه.

¹ - مجدي الشامي، المرجع نفسه، ص216.

² - أنظر حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 982 لسنة 7 ق جلسة 30 جوان 1957.

³ - أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته 02 مارس 1968 سنة 13 ق صفحة رقم 625.

✓ لا تستطيع الإدارة أن تتفق في عقد تبرمه بينها وبين الأفراد على التنازل في لاستعمال تلك الحقوق كلها أو بعضها ولا أن تقيد الإدارة حقها في ممارستها لأن هذه الحقوق لا يمكن أن تكون محلاً للتعاقد أو التصالح بينها وبين الأفراد وكل اتفاق يبني على خلاف المبادئ السابقة فهو باطل.¹

¹ - مجدي الشامي، المرجع نفسه، ص217 و ص218.

خلاصة الفصل التمهيدي:

إذا كنا بصدد أداة العقود التي قد تلجأ لها الإدارة لتحقيق أهدافها، نجد أن العقد لا ينعقد ولا يكون له وجود، إلا بالتقاء إرادة الإدارة مع إرادات أخرى، منفردة كانت أو في شكل تجمعات قانونية، سواء كانت تنتمي لأشخاص القانون الخاص، أو حتى من أشخاص القانون العام، وباعتبار ما تعقده الإدارة عقداً، فإنه يخضع في تكوينه للقواعد العامة في العقود، حسبما تنظمها النظرية العامة في العقود في القانون الخاص، والتي تعلن أن عناصر العقد - أي عقد كان - تكاد تنحصر في الرضا والسبب والمحل، حيث تتميز عقود أشخاص القانون الخاص، بأنها يتم انعقادها بين أطراف ذوي إرادات متساوية، مما يجعل تطبيق القانون عليها ميسوراً، فضلاً عن أنها عقود قديمة، وأما تخضع لقواعد القانون الخاص القديمة كذلك، وفي الجانب الآخر فإن العقد الإداري، عقد يتم عقده بين الإدارة العامة وأطراف آخرين، فالقاعدة أن للإدارة العامة هدف متفق عليه، تسعى لتحقيقه، وهو هدف الصالح العام، في حين أن المتعاقد مع الإدارة - وهو في الغالب الأعم من أفراد القانون الخاص - يسعى لتحقيق الصالح الخاص، وأنه لا يهتم بالمنفعة العامة، ولا يسعى لتحقيق احتياجات الجمهور والمتفاعلين، من هنا كان العقد الذي تبرمه الإدارة، بين طرفين يسعى أحدهما لتحقيق الصالح العام، ويسعى الآخر لتحقيق صالحه الخاص.

ولما كان المنطق على أن يكون الصالح العام أفضل وأهم وأولى بالرعاية من الصالح الخاص، فقد ترتب على ذلك أن تكون إرادة من يسعى لتحقيق الصالح العام، أعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق صالحه الخاص فقط، ولقد ترتب على ذلك أن صار العقد الذي تبرمه الإدارة - وهي راعية الصالح العام والساعية على تحقيقه - بين طرفين إرادة أحدهما أعلى من إرادة الآخر، ومركزها أعلى وأسمى من مراكز الأفراد للأسباب المذكورة سابقاً، بالمنخلفة للقاعدة العامة المستقرة في دائرة علاقات القانون الخاص، والتي تقر المساواة المطلقة بين إرادات المتعاقدين، وبهذا يقوم فارق هام وجوهري، بين عقود القانون الخاص، وعقود القانون العام، على أن الإدارة لا تسير على مبدأ واحد، مفاده أن تكون في عقودها دائماً صاحبة الإرادة العليا، وإنما تلجأ أحياناً إلى قواعد القانون الخاص في تعاقداتها، متخلفة عن امتيازات السلطة العامة ومظاهرها التي يمنحها المشرع لها للقيام على تحقيق الصالح العام، ومن

هنا صارت العقود التي تبرمها الإدارة، دائرة بين نوعين من التعاقدات، نوع تتمسك فيه بامتيازاتها الاستثنائية التي حولها لها القانون، مما يجعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها، فيظهر العقد في شكل يخالف شكل عقود قانون العلاقات الخاصة، ومتضمناً شروطاً لا نظير لها في مجال علاقات القانون الخاص، ويكون بديها أن يخضع هذا النوع من العقود، لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للعقود في القانون الخاص، أما النوع الثاني فيتمثل فيما تبرمه الإدارة من عقود، متخلية عن سلطاتها وامتيازاتها، فتكون في موقع مساوٍ لموقع المتعاقد معها، وإرادتها مساوية لإرادته، ومن ثم يخضع العقد في كل منازعاته لقواعد القانون الخاص، وهكذا كانت دراسة أصول وأحكام العقود الإدارية، ضرورية للتمييز بين النوعين، ولم تظهر هذه التفرقة إلا مع ظهور القانون الإداري، والذي بدأ ظهوره بالمعنى الفني الدقيق بظهور نظام القضاء الإداري في فرنسا مع بداية القرن التاسع عشر، حيث بدأ مجلس الدولة الفرنسي في ابتكار نظريات القانون الإداري وإرساء قواعدها، ومن بينها وفي وقت متأخر عن النشأة نظرية العقود الإدارية، وتفرض النشأة القضائية للنظرية دراسة صعبة للتطورات التي مرت بها وكذا المبادئ التي استقرت عليها على مدار سنوات تطورها.

تخضع العقود الإدارية لقواعد مستقلة عن أحكام القانون الخاص، حيث تتمتع جهة الإدارة فيه بامتيازات السلطة العامة، إلا أن لهذه الإمتيازات حدود وقيود لا بد من مراعاتها عند إبرام هذه العقود تتمثل في مجموعة من المبادئ والأحكام التي يترتب عند الأخذ بها مصلحة الإدارة من جهة ومصلحة المتعاقد معها من جهة أخرى كالأخذ بمبدأ العلانية والشفافية والمساواة وحرية المنافسة، وبالإضافة لتلك المبادئ لا بد على الإدارة من تتبع طرق وأساليب معينة عند التعاقد معها مع الأشخاص لأن هدفها واضح وجلي يتمثل في تحقيق المنفعة العامة لإشباع حاجات الجمهور مع المحافظة وحماية المال العام، لهذا كان من الضروري عدم ترك الحرية الكاملة للإدارة للتعاقد بالأسلوب الذي ترغب به، وتظهر خصوصية العقد الإداري بجلاء في مرحلة التنفيذ لما تتمتع به الإدارة من مركز قانوني يختلف عن مركز المتعاقدين في العقود المدنية من مظاهر وامتيازات لا نظير لها في عقود القانون الخاص، وبالمقابل فالعقد الإداري يعطي حقوقاً للمتعاقد لا وجود لها في العقود المدنية منها الحق في التوازن المالي للعقد.

إن المصلحة المتعاقدة في مجال العقود الإدارية تتمتع بسلطات واسعة نابعة من مركزها التعاقدية في مواجهة المتعاقد معها يجد مبرره في وجوب تقديم المصلحة العامة التي تمثلها المصلحة

المتعاقدة على المصلحة الخاصة التي تعود إلى التعامل المتعاقد وهو ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العامة باستمرار، بانتظام واضطراد، وتتجلى هذه السلطات في كامل مراحل العقد الإداري، منذ إبرامها وإلى غاية اكتمال تنفيذها.

صحيح أن هذه السلطات مقررة لها قانونا وهي حق أصيل ثابت ولو لم يتم النص عليها، إلا أنها تتماشى في شدتها حسب طبيعة ونوع العقد المراد إبرامه، وما على الإدارة سوى التقيد بالمشروعية عند استكمال سلطاتها حتى تتجنب التعسف في استعمال السلطة لأن الغرض من هذه الامتيازات تحقيق المصلحة العامة وليس معاقبة وإرهاق الطرف الآخر ولا يجب التفضيل بين المتعاقدين إلا وفق ما يقرره القانون، والذي لا بد من النظر إليه كشريك إقتصادي وليس خصم، وعلى هذا الأساس لا بد من مرافقته وتوجيهه بما يخدم حسن تنفيذ العقد مما يترتب عن ذلك آثار إيجابية كثيرة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي وحتى السياسي.

الباب الأول :

سلطان الرقابة والتعديل في مجال تنفيذ العقود

الإدارية

تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد بمجموعة من السلطات تجعل منها طرفاً قويا ومتميزا في العقد الإداري، لأنها تمتلك امتيازات السلطة العامة ومظاهرها والتي تجعل مراكزها أسمى من مراكز الأفراد، فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه إحتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة ومنفعتها على مصلحة الأفراد الخاصة، حيث يترتب على ذلك أن للإدارة سلطات وقائية يمكن تصنيفها على أنها سلطات سابقة تتمثل من خلال سلطتين، نذكر سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية، حيث تتمتع الإدارة بهذا الحق للتأكد من مدى التزام المتعاقد معها في تنفيذ العقد سواء كان منصوصا عليه في العقد أم تضمنته تشريعات أو قواعد تنظيمية، حيث يعتبر هذا الحق معترف به للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد، أو حتى إذا نص ما يخالفه، ذلك لأن الإدارة لا تملك التنازل عن حق استعمال سلطة من السلطات التي تتمتع بها في مجال العقود الإدارية، غير أن سلطة الإدارة في الرقابة ليست مطلقة وإنما مقيدة بمجموعة من القيود والضوابط التي تحكمها والتي يجب على الإدارة مراعاتها، كما أن مدى هذه السلطة يختلف بحسب طبيعة العقد الإداري ودرجة صلته وترايطه الوثيق بالمرفق العام.

كما تتمتع الإدارة بسلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، حيث لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر إتفاقا مع الصالح العام، دون احتجاج من الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يقيد سلطة الإدارة في تعديل العقد إلا إذا كان الهدف من وراء التعديل مصلحة المرفق العام الذي يصب في المنفعة العامة للجمهور واحتياجاته، لأن المصلحة العامة فوق المصلحة الخاصة للأفراد، هذا ويمكن إعتبارها سلطة وقائية ثانية، بوصفها أحد السلطات الاستثنائية التي لا مقابل لها في عقود القانون الخاص، حيث تخضع عقود القانون الخاص لقاعدة القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين، فليس لأي من أطراف الرابطة العقدية في مجال العقود المدنية أو الخاصة أن يتحلل من التزاماته أو أن يعدل فيها إلا بالتراضي بين الأطراف التعاقدية، أو وفقا لما يقرره القانون أو ينص عليه، وهذا الحق المعترف به للإدارة أكثر خطورة من حق الرقابة إذ ان الأخير لا يمس مقدار إلتزامات المتعاقد مع الإدارة بل ينص على كيفية تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، أما حق التعديل فإنه يرد على موضوع العقد بحيث ينصب على تعديل بنوده بالزيادة أو النقصان وذلك في عنصر أو أكثر من

العناصر المتمثلة في التعديل في كمية الأعمال والأشياء محل العقد، والتعديل في وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها، وكذا التعديل في مادة تنفيذ العقد الإداري.¹

وسلطة التعديل هذه وإن كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود التوريد وعقود الأشغال العامة، إلا أنها ليست مطلقة بل ترد عليها قيود على غرار سلطة الرقابة، منها أنها لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود الإدارية، بل يختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام.

وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية: فيم تتمثل سلطانا الرقابة والتعديل في نطاق تنفيذ العقود الإدارية؟ وما هو أساسها القانوني؟ وهل يمكن اعتبارهما أداة وضرورة لحسن سير المرفق العام؟ وما مدى اعتبار سلطانا الرقابة والتعديل الممنوحة للإدارة مطلقة أم هناك قيود تحد منها؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من سلطتي الرقابة والتعديل في مجال تنفيذ العقود الإدارية؟

ومن هذا المنطلق ولأجل التفصيل في هذا الموضوع والحديث عنه بشكل مستمر وأوضح، يتم تقسيم هذا الباب-سلطانا الرقابة والتعديل في مجال تنفيذ العقود الإدارية وأثرهما على حسن سير المرفق العام- إلى فصلين، هما:

1-الفصل الأول: سلطة الإدارة العامة في الرقابة والإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقود

الإدارية.

2-الفصل الثاني: سلطة الإدارة العامة في التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

¹ - أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود البوت، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2010، ص 167

الفصل الأول:

سلطة الإدارة العامة في الرقابة والإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقود الإدارية

تمثل سلطة الرقابة والتوجيه إحدى صور تدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وهي في حقيقة الأمر سلطات وحقوق يخولها القانون للإدارة في هذا المجال، كوسائل تستخدمها لتحقيق المصلحة العامة، وذلك بضمان حسن تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية مما يترتب عليه ضمان انتظام سير المرفق العام الذي يتعلق به العقد.

فللإدارة في سبيل ضمان سير المرفق العام الحق في أن تصدر إليه أوامر ملزمة لكي ينفذ هذه الالتزامات على نحو معين، وذلك بالنسبة لجميع العقود الإدارية.

وجاءت الحكمة الإدارية العليا بمصر لتؤكد على هذه السلطة بقولها: " وتكون مصالح المتعاقدين غير متكافئة تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته...".¹

وتراعي الإدارة العامة أثناء ممارستها لنشاطها الإداري، ضرورة تحقيق هدف أو أهداف محددة، في إطار ما تقرره السياسة العامة للدولة، ومن ثم يجب أن تخضع في ممارستها لذلك النشاط إلى قدر من الرقابة للوقوف على مدى القيام بهذه المهام والأهداف المحددة لها، كما يلزم ضرورة التحقق من مدى مشروعية تصرفاتها.

ولا تخرج العقود الإدارية، بوصفها من أبرز التصرفات القانونية للإدارة العامة، عن دائرة ضرورة فرض الرقابة عليها، وذلك نظراً لأهمية هذا الموضوع، وتعلقه بالأموال العامة للدولة، كان لابد من فرض رقابة إدارية على العقود الإدارية في عمومها.²

وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية: فيم يتمثل الإطار المفاهيمي لسلطة الإدارة العامة أثناء تنفيذها عقودها الإدارية؟ وما مفهوم الرقابة والتوجيه والإشراف في مجال

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 4151 لسنة 38 ق. ع جلسة 2004/09/04 المشار إليه في كتاب: محمد أحمد الأرنؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المادي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص77.

² - يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، الرقابة الإدارية و القضائية على العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،

تنفيذ العقود الإدارية ؟ وكيف يكون أساسها القانوني؟ وهل توجد قيود وضوابط تحد منها ؟ وماهي أهم مواقف وآراء الفقه تجاه هذه السلطة ؟

ولأجل دراسة هذا الفصل سوف نسلط الضوء على سلطة الإدارة في رقابة تنفيذ العقد الإداري من خلال مبحثين، هما :

1-المبحث الأول: ماهية سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ عقودها الإدارية.

2-المبحث الثاني: نطاق تطبيق سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ووسائلها.

المبحث الأول: ماهية سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه

تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة، وذلك بمنحها حقا في إسباغ الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع التنفيذ لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته، فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقد معها، إنما تساعده في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، ويكون لزاما عليها الرقابة والتوجيه أثناء عمل المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص أما في العقود الإدارية فإن الإدارة تملك سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ.¹

وعلى هذا الأساس، يمكنني طرح الإشكالية التالية: ما مفهوم سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية؟ وما هو أساسها القانوني وفيم تتمثل القيود والضوابط الواردة على سلطة الرقابة التي تحدها أثناء تنفيذ العقود الإدارية؟ وتأسيسا على ذلك، ولأجل الإجابة على هذه التساؤلات أقوم بتقسيم ومعالجة هذا المبحث إلى ثلاث (03) مطالب، هي:

1- المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

2- المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

3- المطلب الثالث: القيود والضوابط الواردة على سلطة الرقابة أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

يقصد بهذه السلطة الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تجعل العقد محققا الذي أبرم من أجله، وقد إتفق الفقه في هذا الصدد على أن الرقابة لها مفهومين يختلفان في الدرجة وليس في الجوهر، أولهما ضيق مرادف لمعنى الإشراف والآخر واسع مرادف لمعنى التوجيه.²

¹ - مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص 217 و ص 218

² - محمد أحمد الأرنؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المادي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص 78

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه إحتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة المراقبة على تنفيذ عقودها الإدارية، ولضمان تنفيذ العقد تنفيذا سليما، يعترف القانون لجهة الإدارة المتعاقدة بسلطة رقابة ذلك التنفيذ، ولكن ما مدى هذه السلطة؟

ومن هذا المنطلق، ولمعالجة هذا الموضوع، يتم تقسيم هذا المطلب إلى أربع (04) فروع، أتطرق في الفرع الأول إلى تعريف سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، والفرع الثاني سوف أتناول خصائص الرقابة والتوجيه والإشراف، أما الفرع الثالث سأقوم بدراسة خصائص الرقابة والتوجيه والإشراف، وفي الفرع الرابع أتطرق إلى تمييز سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه عن باقي السلطات الأخرى.

الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه

في البداية يجب التنويه إلى أن كلمة الرقابة رغم الاستعمال الجاري لها تتسم بقدر غير قليل من الإبهام والغموض، وفي مجال العقود الإدارية، يرى الفقه أن لهذه الكلمة مدلولين،¹ حيث تتخذ هذه السلطة معنيين كما سبق وأشارنا إليه :

أولاً: المعنى الضيق، "stricto sensu"

ويتناول فكرة الإشراف على تنفيذ العقد الإداري، أي أن الإدارة هنا تكون كأبي طرف في علاقة تعاقدية له الحق في مراقبة الطرف الآخر في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية،² ولا جدال في هذه السلطة والتي هي مقررة حتى في عقود القانون الخاص، وتمارس الإدارة هذا الحق عادة عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل، والتأكد من سيره على وفق الأوقات المحددة ولفحص المواد المستعملة للإطمئنان إلى جودة نوعها، وهو حق الإدارة في مراقبة التنفيذ.³

وهذا من أجل التأكد من أنه يتم وفقاً للشروط الواردة في العقد وكذا دفاتر الشروط، والرقابة بهذا المعنى غالباً ما تتم في صورة أعمال مادية كدخول أماكن استغلال المرافق، وقد تكون في صورة أعمال قانونية كالتعليمات أو الأوامر التنفيذية أو إنذارات توجهها الإدارة

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010، ص230 وص231

² - إبراهيم محمد علي قبيلان، آثار العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2003، ص7

³ - بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018، ص145

المتعاقدة، وبهذا الشكل تكون الرقابة مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد، فهي لا تختلف عن الرقابة الموجودة في القانون الخاص.¹

فالإدارة تمارس هذه السلطة إما بأعمال مادية كدخول ممثلي الإدارة المتعاقدة أماكن استغلال المرفق محل العقد والمخازن والمصانع - وخاصة في عقود امتياز المرافق العامة - أو استلام بعض الوثائق من المتعاقد والإطلاع عليها وفحصها، أو إجراء التحريات، أو تلقي الشكاوى من المنتفعين بخدمات المرفق العام والبت فيها، وأما بأعمال قانونية من خلال إصدار أوامر تنفيذية للمتعاقد معها تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ والتعديل فيها وتأخذ هذه الأوامر شكل قرارات إدارية ملزمة، وقد أجاز للمتعاقد معها الاعتراض عليها غير أن ذلك لا يوقف تنفيذها نظراً للقوة التنفيذية التي تحوزها.²

وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقات الإنجاز وتُمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة إنجاز الصفقة وهو ما أشارت إليه المادة 36 ف 3 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها " كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعينها"³، وبالرجوع إلى فحوى المواد 125 و 129 من المرسوم الرئاسي نجد أنه أكد على إلزامية المصلحة المتعاقدة بالتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها مع المتعاملون معها سواء كانوا متعاملين وطنيين أو أجانب⁴، إضافة إلى المادة 115 من القانون 11-10 المتعلق بالبلدية بقولها: "ضمن الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما وبمساهمة المصالح التقنية تتولى البلدية السهر على المراقبة الدائمة للمطابقة، عمليات البناء ذات العلاقة ببرامج التجهيز والسكن."⁵

ثانياً: المعنى الواسع، "pouvoir de direction"

تشمل سلطة التوجيه، وبهذا المعنى تدخل جهة الإدارة في تنفيذ العقد، فيما يتعلق بتوجيه أعمال التنفيذ، فلها أن تطالب المتعاقد معها بتغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع في تعديلها، أي أن

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص 20

² - عادل بوعمران، المرجع نفسه، ص 108

³ - أنظر المواد 36 ف 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، ص 11، السالف الذكر.

⁴ - المواد 125 ف 2، و 129 ف 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، ص 32

⁵ - المادة 115 من القانون 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432، الموافق 22 يونيو سنة 2011، المتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. ح. ج. العدد 37، الصادرة بتاريخ في أول شعبان عام 1432، الموافق ل 3 يوليو سنة 2011، ص 1

الإدارة في هذه الحالة تستخدم امتيازاتها كسلطة عامة،¹ حيث تدخل الإدارة هنا يكون بطريقة أوسع وأعمق أثرا من تدخلها كسلطة إشراف، حيث تدخلها في هذه الحالة لا يقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به كما هو الشأن في سلطة الإشراف بل تتدخل الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ، والرقابة بهذا المعنى تتم بأعمال قانونية فقط، كإصدار التعليمات باتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عن إتباع هذه الطريقة، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ، وفي حالة الامتناع عن تنفيذ تلك الأوامر والتعليمات فإن جهة الإدارة لها أن توقع العقوبات على المتعاقد معها، بالاستناد إلى امتيازاتها في التنفيذ المباشر، كما لها إصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء،² وسلطة الرقابة بهذا الشكل (التوجيه) موجودة حتى في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد ودفاتر الشروط، أو حتى إذا نص على ما يخالفها، ولا يحق للإدارة التنازل عن استعمالها سلطة التوجيه،³ وأي اتفاق على التنازل يعتبر باطل، لأنها تعتبر من النظام العام في العقود الإدارية.

إن هذه السلطة بمعناها الواسع يجعلها تحمل أعباء إضافية على المتعاقد غير منصوص عليها في العقد، فهي لا توجد في جميع الصفقات وإنما تختلف حسب طبيعة الصفقة، حيث أن المصلحة المتعاقدة تمارس هذه السلطة بشكل أشد في صفقات الأشغال العامة حتى ولو لم تنص عليها الصفقة العمومية، مقارنة في صفقات التوريد تكون أقل شدة بكونها أقل صلة وارتباط بالمرفق العام مقارنة بعقود الأشغال العامة.⁴

فسلطة الرقابة لا تقتصر فقط على اتباع الطريقة والآجال فحسب، وإنما تشمل أيضا الوسائل والمواد والمنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة وقد تمتد أيضا إلى علاقة المتعاقد بمستخدميه من حيث الكفاءة والتخصص إذا كانوا مطلوبين⁵ وهو ما أشارت إليه المادتين 53 و54 من المرسوم الرئاسي 15-247 كمايلي : " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا للمؤسسة

¹ - جابر جاد نصار، الوحي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص201

² - إبراهيم محمد علي قبلان، آثار العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2003، ص8.

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص21

⁴ - كنعان نواف، المرجع نفسه، ص355 أنظر أيضا :

3- ANDRE DELAUBADERE, YVES GAUDEMET, Traité de droit administratif, tome 2, 11ème édition, L.E.D.J, DELTA, Paris, 2002, p 402.

⁵ - محمد أنور حمادة، قواعد واجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، د. ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2003،

يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية.¹

ويقر القضاء الإداري للإدارة بحق الإشراف والتوجيه، وذلك لارتباط العقد الإداري بمبدأ السير الحسن للمرفق العام وتحقيقاً للمصلحة العامة، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر: "ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية."²

وإذا كان المفهوم الضيق للرقابة والمرادف للإشراف موجودا في عقود القانون الخاص، فيكون من الأولى ممارسة الإدارة هذه السلطة في العقود الإدارية وإن لم يرد في شأنها نص، لارتباط تلك العقود بالمرفق العام وتحقيقاً للمصلحة العامة، أما فيما يتعلق بالمفهوم الواسع للرقابة والمرادف للتوجيه فإذا كان منصوباً عليه في العقد ودفاتر الشروط أو القوانين والأنظمة، فإنه يجب إعمال النصوص التعاقدية أو التنظيمية، أما إذا لم ينص على هذه السلطة وإن كانت الإدارة تتمتع بها لطبيعة العقد الإداري، إلا أن مداها يختلف باختلاف العقود الإدارية وارتباطها بالمرفق العام، وهي تتسع في عقود الالتزام والأشغال العامة وتضييق في عقود التوريد.

أما في مصر وفيما يتعلق بعقود الالتزام فإن حق الإدارة في الرقابة والإشراف مقرر بموجب النصوص التشريعية، إذ نص القانون الخاص بمنح إلتزام المرافق العامة بأنه: "لمانع الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من الناحية الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مفوضين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لإستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي، وتقديم تقرير بذلك لمانع الإلتزام، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانع الإلتزام، أو المشرف على الجهة مانحة الإلتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة...".

إلا أن البعض يرى أن المشرع المصري أصدر أربعة (04) قوانين والتي تناولت بالتعديل أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 والمذكور آنفاً³،

¹ - أنظر المواد 53 و 54 من المرسوم الرئاسي 15-247، ص16، سالف الذكر.

² - المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 المشار إليه في كتاب: بشار رشيد حسين المزوري،

المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018، ص146

³ - أنظر القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 المتعلق بإجراءات منح التزام المرافق العامة

الخاص بإجراءات منح التزام المرافق العامة، وهذه القوانين في القانون رقم 100 لسنة 1996 والخاص بمنح الالتزام في قطاع الكهرباء،¹ والقانون رقم 229 لسنة 1996 والخاص بمنح الإلتزامات للمرافق العامة لإنشاء الطرق،² والقانون رقم 03 لسنة 1997 والخاص بمنح الالتزام لإنشاء المطارات،³ والقانون رقم 22 لسنة 1998 المعدل للقانون رقم 01 لسنة 1996 في شأن المدائن التخصصية،⁴ وجميع هذه التعديلات التشريعية قد أوردت نصا تشريعيًا واحدًا فيما يتعلق بحق الإدارة في الرقابة، إذ نص على: "تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد"، ويتبين من هذا النص أنه قد جاء كمبدأ عام من دون تحديد آليات الرقابة والجهات التي تقوم بعملية الرقابة، كما كان متبعًا في القانون رقم 129 لسنة 1947، وإنما ترك تحديد الوسائل للجهة مانحة الالتزام تحددها حسب ظروف كل عقد، وكيفية إستغلاله، أي إن المشرع تبنى الرقابة من خلال الشروط التعاقدية، وبالتالي يجب على الجهة مانحة الالتزام تحديد وسائل الرقابة بالتفصيل المناسب عند إبرام عقد الامتياز.⁵

هذا وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في حق جهة الإدارة في مراقبة عقودها الإدارية بقولها: "إن جهة الإدارة تتمتع بسلطات واسعة على مقال 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، ولا تقتصر تلك السلطات على الرقابة بمعناها الضيق والتي تنحصر على الإشراف على المفاوض للتأكد من سلامة تنفيذ العقد طبقًا للشروط المتفق عليها، وإنما تمتد لتشمل الرقابة بمعناها الواسع..."⁶، كما أكدت المحكمة نفسها على هذا الحق في حكمها الصادر في 05 ديسمبر 2001 والذي جاء فيه: "...بما يتفق مع المصلحة العامة، بغير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين..."⁷

¹ - أنظر القانون رقم 100 لسنة 1996 المتعلق بمنح الالتزام في قطاع الكهرباء

² - أنظر القانون رقم 229 لسنة 1996 المتعلق بمنح الإلتزامات للمرافق العامة لإنشاء الطرق

³ - أنظر القانون رقم 03 لسنة 1997 المتعلق بمنح الالتزام لإنشاء المطارات

⁴ - أنظر القانون رقم 22 لسنة 1998 المعدل للقانون رقم 01 لسنة 1996 المتعلق في شأن المدائن التخصصية

⁵ - بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018، ص146 وص147 .

⁶ - المحكمة الإدارية العليا، طعن جلسة 20 مارس 2004، مشار إليه في موسوعة : ماهر محمد أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون

المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، ط6، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2014، ص45

⁷ - الطعن رقم 2178 لسنة 41 قضائية-جلسة 2001/12/05

أما في العراق فقد نصت المادة 02 فقرة 01 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية على حق جهة الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها الإدارية بقولها: " تكون واجبات ممثل المهندس المراقبة والإشراف على الأعمال وفحص واختيار أية مواد يراد إستخدامها في الأعمال.."¹، كما نصت المادة 13 فقرة 01 من التعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لعام 2014: " على جهة التعاقد تنسيق خططها التعاقدية المعدة من الجهات المستفيدة والجهات التنفيذية المختلفة في جهة التعاقد وبالتنسيق مع إدارة العقود فيها مع دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط ورفدها بالبيانات المطلوبة لأغراض المتابعة والإشراف الفني لعملها على أداء التشكيلات التعاقدية عند المباشرة بأنشطتها التعاقدية."²

إن سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها معترف بها حتى إذا لم ينص عليها في العقد أو إذا نص على ما يخالفها، غير أن هذه السلطة مهما اتسعت إلا أنها ليست مطلقة بل هي مقيدة بمجموعة من القيود يجب مراعاتها من جهة الإدارة، كما أن حدود هذه السلطة تختلف حسب اختلاف العقود الإدارية فتتسع هذه السلطة لبعض العقود وتضيق لبعضها الآخر.

إلا أنه جدير بالذكر أن مدى سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وبشكل خاص في هذا المعنى الأخير، تختلف باختلاف العقود، فالأصل العام هو أن المتعاقد له الحرية في اختيار وسائل التنفيذ التي ينفذ بها التزامه، إلا أنه في بعض العقود يكون ملتزماً بالخضوع لتعليمات موظفي الإدارة، من ذلك وعلى سبيل المثال نجد عقد الأشغال العامة، والذي تحتفظ فيه الإدارة بسلطتها بصفتها صاحبة الحق الأصيل في أداء العمل، وأن المتعاقد نائب عنها في هذا الأداء، وبالتالي فلا بد من الالتزام باتباع تعليماتها.³

ويرى البعض، أن حق الإدارة في الرقابة والتوجيه في المعنى الأول مقرر كمبدأ عام بالنسبة للعقود الإدارية، سواء تم النص عليه في العقد أم لم ينص، أما حق الإدارة في المعنى الثاني ليس مقرراً كمبدأ في جميع العقود غير أنه يختلف حسب طبيعة العقد، وبالتالي فإن القول بأن حق

¹ - المادة 02 فقرة 01 من شروط المناقولة لإعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لعام 1988 مشار إليه في كتاب: سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2017، ص22

² - المادة 13 فقرة 01 من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لعام 2014 مشار إليه في كتاب: سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص23.

³ - محمد أحمد الأرنؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المادي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص79 و80

الإدارة في الرقابة كمبدأ عام معناه عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ فلا يمكن للإدارة أن تتنازل عن استعمال سلطتها لأنها من النظام العام.

ومع ذلك فقد إتفق الفقه والقضاء على أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ليست سلطة مطلقة، بل تقيدها وتحد منها اعتبارات مختلفة، تتمثل في :
* وجوب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو انحرافها في استعمال هذه السلطة بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.

* لا يجوز للإدارة أن تؤدي سلطتها في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية في المرفق العام وإلا إنقلب أسلوب الإدارة هذا إلى استغلال مباشر.¹

وقد أكد القضاء الإداري المصري في أحكام عديدة على وجود سلطة الرقابة مستقلة عن العقد ودفاتر الشروط، وارتباطها بالنظام العام، وبالتالي عدم جواز التنازل عنها، فقد قررت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أن شروط العقد الإداري: " هي مظهر الإرادة ولها سلطة إلزام من قبل أن يكون خاضعا لقانونها."، وبالتالي فإن هذا القانون العام وهو دستور العقود الإدارية، يعطي لجهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع العقوبات إذا أحل المتعاقد بالتزاماته.²

الفرع الثاني: خصائص الرقابة والتوجيه والإشراف

من التعريف السابق يمكننا إستخلاص أن سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف تتميز بمجموعة من الخصائص، نذكرها على النحو التالي:

* رقابة دائمة ومستمرة، حيث تشمل عمليات التنفيذ من بدايتها وإلى غاية نهايتها، وفي كل مرحلة من مراحل التنفيذ وهذا لضمان حسن تنفيذ الأشغال محل التعاقد، مع الحرص على وفرة الطلبات وجودتها والخدمات المقدمة في سبيل ذلك، من أجل الوقوف على المخالفات ومحاولة تصحيحها قبل بداية التنفيذ.³

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات و المزايدات، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر،

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص81

³ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2003، ص101

* صدورها مباشرة عن جهة إدارية أو بواسطة مندوبيها، حيث تكون هذه الجهة الإدارية صاحبة الحق الأصلي في إبرام العقد بنفسها مباشرة، من خلال قيامها بإرسال مندوبيها إلى مواقع العمل لمعاينة عمليات التنفيذ وفقا للمواصفات والمعايير المذكورة في العقد الإداري¹، ويكون بذلك دورها الأبرز والمنوط بالعمل به بالرقابة الدورية والمستمرة بالموقع، من خلال إشرافها على التنفيذ وتوجيه المتعاقد معها في حال الإخلال أو التجاوز البسيط لارجاعه إلى السكة الصحيحة بمجموعة من الاقتراحات والتوجيهات.

* إمتلاك جهة الإدارة بوصفها سلطة عامة وذات المركز الأسمى، حق الرقابة على مختلف العقود الإدارية، سواء بوجود نص على ذلك، أو حتى وإن لم يكون منصوصا عليه في العقد صراحة، لأنه حق أصيل تمتلكه الإدارة، ولأنها المسؤولة والمكلفة بتحقيق المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام، من خلال وفير الحاجيات العامة للجمهور.

* للإدارة حق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة للتنفيذ، وغالبا ما تشترط الإدارة ذلك ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع أثناء التنفيذ لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته²، على أن لا تتعسف هذه الإدارة، وكذا أجهزتها الإدارية المتعاقدة في استعمال مثل هذه السلطة، على أن يكون الهدف الرئيسي من وراءها هو ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد لأجل تحقيق المصالح الجماعية العامة في الدولة.³

* سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ليست مطلقة، بل تحدّها اعتبارات تتمثل في:

- وجوب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو إنحرافها في استعمال سلطاتها المقررة بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمنفعة العامة.

¹ - ماجد راغب الحلوم، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص149

² - مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها - إمتيازات الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري -، الفصل الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2008، ص 131

³ - بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري: الجوانب القانونية والإدارية والأدبية - دراسة تحليلية وحلول مقترحة -، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2015، ص51

- لا يجوز للإدارة القيام بسلطانة الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام، وإلا انقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى إستغلال مباشر.¹

الفرع الثالث: أهمية سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه والإشراف

تكتسب الرقابة في مفهومها العام أهمية بالغة الأثر واضحة المعالم في مجال العقود الإدارية، لأنها تهدف إلى التأكد من مدى حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، باستمرار دون انقطاع ولا توقف، وملائمة عملها للأوضاع التي تسطرها الدولة من أجل تجسيد وحماية المصلحة العامة، وتظهر أهميتها في مجال العقود الإدارية، من خلال ما يأتي :

أولاً: خضوع المتعاقد مع جهة الإدارة لرقابة وتعليمات وأوامر وتوجيهات وإشراف مباشر من طرف الإدارة في التنفيذ بهدف الإطمئنان والتأكد من سلامة الأعمال وصحة الأداء، مع مدى الالتزام بمطابقة المواد والأجهزة والمستلزمات المستخدمة في المرافق لكافة المواصفات والمعايير المتفق عليها في بنود العقد²

ثانياً: إجراءات الرقابة المالية التي تمتلكها الإدارة وهذا بغية تصويب الأوضاع وتصحيحها في الوقت المناسب، وفرض سيطرتها لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ثالثاً: التأكد من حسن استخدام الموارد المحددة من أموال وموارد ولوازم وأجهزة ضرورية، وطاقات بشرية لأجل التصرف وفقاً للخطة المقررة، وفي الحدود المرسومة لها.

رابعاً: رفع مستوى فعالية وكفاءة الأنشطة الغنية وغيرها في قطاع الخدمات والإنتاج، على جميع المستويات، وهذا من خلال كشف الانحرافات والتجاوزات التي قد تحصل في مجال التطبيق والتنفيذ.

خامساً: ضمان حسن أداء الخدمة وتنفيذ العقد بالمواصفات المتفق عليها في بنوده، وهذا من أجل حماية المال العام وترشيد النفقات العامة للخزينة.

الفرع الرابع: تمييز سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه عن باقي السلطات الأخرى

إن سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه تعتبر صورة مميزة من صور تدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، لذلك سنحاول توضيح وتبيين قدر المستطاع الفرق الجلي والشبه بينهما، وبين أنظمة قانونية مسندة للإدارة :

¹ - محمود حلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2010، ص127

² - ابراهيم الشهاوي، عقد إمتياو المرفق العام -البوت-، مؤسسة الطوبجي، مصر، 2003، ص 199

أولاً: تمييز سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف في العقد عن الرقابة في فكرة السلطة الرئاسية إن المقصود بالسلطة الرئاسية هي سلطة إستعمال الأمر والنهي من قبل الرئيس الإداري المباشر والمختص، تقابلها واجب الطاعة والخضوع وتبعية الموظف المرؤوس للرئيس الإداري المباشر.¹ كما يمكننا تعريفها أنه ضمانات معترف بها للرؤساء الإداريين ينظمها القانون، فيوفر وحدة العمل وفعاليتها واستمراريتها، وهي بذلك تعتبر الوجه المقابل للتبعية الإدارية، بحيث تتقرر بدون نص وبشكل طبيعي، غير أنها تترتب عنها مسؤولية الرئيس عن أعمال مرؤوسيه وبالتالي عدم إمكانية التهرب من هذه المسؤولية، وهي من أهم ركائز النظام المركزي، غير أنها ليست سلطة مطلقة، فهي تتأثر بصاحب السلطة ومركزه في السلم الإداري وبنوع الوظيفة التي يمارسها. فهي مجموعة من الإختصاصات المحددة قانوناً يمارسها الرئيس الإداري على أشخاص مرؤوسيه وأعمالهم للمحافظة على المصلحة العامة ضماناً لحسن سير المرفق العام،² فسلطة الرئيس في الرقابة تكون على أعمال مرؤوسيه، متمثلة بحقه في إجازة أعمالهم أو تعديل قراراتهم أو حتى إلغائها وسحبها، كما تشمل ملائمة هذا العمل أو التصرف ومقتضيات حسن سير المرفق العام، ووسيلة الرقابة هذه، إنما تتمثل في التقارير التي يقدمها الموظفون عن أعمالهم بصورة دورية أو بواسطة التقارير التي يضعها المفتشون ويطلعون السلطة الرئاسية عليها، وقد يمارسها الرئيس عن طريق الشكاوى المقدمة من طرف الأفراد الذين أصابهم الضرر جراء تصرفات مرؤوسيه، وهي غير الرقابة الممارسة من طرف الإدارة في العقود الإدارية وهو ما تطرقنا له آنفاً.

ثانياً: تمييزها عن سلطة التعديل

تختلف سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف عن سلطة التعديل بالإرادة المنفردة للإدارة في العقود الإدارية فيما يلي :

- إن سلطة التعديل تناول تغيير التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان أو شروط أو حتى مدة التنفيذ المتفق عليها، في حين أن سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف تتضمن إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لضمان حسن تنفيذ العقد الإداري دون الوصول لدرجة تغيير الالتزامات التعاقدية للطرفين، لأن دورها مقوم لمدى التزام الإدارة ببند العقد والمطابقة في التنفيذ مع الشروط المتفق عليها، وفي المدة المحددة قانوناً.

¹ - فريدة قمبر مزياني، المرجع نفسه، ص 115

² - حسين فريجة، شرح القانون الإداري-دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص112

- لا يجوز أن تصل سلطة الرقابة و التوجيه والإشراف إلى حد تغيير طبيعة الالتزام و تعديل جوهره، كما لا يمكن بحجة هذه السلطة تضييع وإهدار حقوق المتعاقد الملتزم مع الإدارة، حيث لهذه الأخيرة ضوابط وحدود لا بد من التقيد بها وعدم تجاوزها، وإلا التزمت بتعويض المتعاقد معها على تعسفها في استعمال حقها في الرقابة على نحو مغاير وبشكل تستخدم فيه عيب انحراف السلطة.

ثالثا: تمييز سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف في العقد عن سلطة الضبط الإداري

يعرف الضبط الإداري بمفهومه العام والواسع، على أنه مجموعة من الإجراءات والأوامر والقرارات التي تستخدمها السلطة العامة المختصة، وهذا لأجل المحافظة على النظام العام بعناصره ومدلولاته الثلاث من أمن وصحة وسكينة.¹

فسلطة الضبط الإداري تجد أساسها القانوني في كونها سلطة مقررة دستوريا للدولة في ردع أي تصرفات تمس بالمصلحة العامة والحريات العامة بهدف الحفاظ على النظام العام بعناصره الأساسية، ويمكن أن تسري قوانين الضبط الإداري ولوائحه وإجراءاته الفردية في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، شأنه في ذلك شأن بقية الأفراد.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة في تنفيذ العقود الإدارية:

لا شك أن سلطة الإدارة في الرقابة على عقودها الإدارية من السلطات التي تباشرها الإدارة في تنفيذ العقد، حيث تستهدف من وراءها تسيير المرفق العام وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة.

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى في هذا المطلب إلى فرعين (02)، أتناول في الفرع

الأول: سلطة الإدارة في الرقابة المنصوص عليها في العقد ودفاتر الشروط واللوائح والقوانين، وأما الفرع الثاني فسوف أقوم بدراسة سلطة الإدارة في الرقابة غير المنصوص عليها.

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة المنصوص عليها:

قد يرد نص على سلطة الرقابة في العقد ودفاتر الشروط، كما قد يرد نص في اللوائح المختلفة والقوانين، فالنصوص التي تتضمنها العقود الإدارية أو دفاتر الشروط تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والوسائل التي تتبع في مباشرتها، وتحديد الضمانات المقررة

¹ - حسين فريجة، المرجع نفسه، ص112

للمتعاقدين في مقابل ذلك، كما قد تفرض بعض القوانين واللوائح المتعلقة بطائفة معينة من العقود التزامات محددة تقع على عاتق المتعاقدين مع الإدارة مع منحها سلطات مقابلة في مراقبة تنفيذ هذه العقود وتوقيع الجزاءات على المقصر، كذلك قد تحدد هذه القوانين واللوائح بالتفصيل وسائل ممارسة هذه السلطة،¹ وفي هذه الحالة تكون سلطة الرقابة مستندة على تلك النصوص المختلفة، فسلطة الرقابة المستمدة من النصوص القانونية واللوائح تختلف عن تلك المستمدة من العقد ودفاتر الشروط،² ويرجع ذلك فيما يتعلق بالسلطات المقررة للإدارة بمقتضى القوانين واللوائح، فإنه يجب التفرقة في هذا النطاق بين النصوص التي تقرر وتنظم سلطات الضبط الإداري القائمة خارج النطاق التعاقدية وتلك المنظمة لسلطات الرقابة الحقيقية للإدارة، فهما يختلفان ذلك لأن سلطة الضبط الإداري تهدف إلى الحفاظ على النظام العام من خلال إلزام المتعاقد باتخاذ معايير وإجراءات السلامة لمنع الحوادث في مواقع العمل وعادة ما تكون هذه السلطة مطبقة قد يعرض المتعاقد إلى عقوبات جنائية في حال امتناعه عن تنفيذها، في حين أن سلطة الرقابة لا يمكن ان يتصف بالإجراءات الضبطية لأن هدفه التحقيق من حسن تنفيذ المتعاقد الالتزامات التعاقدية، فالتفرقة بين حق الرقابة وسلطة الضبط الإداري لها أهمية في اختصاص القاضي الإداري عند رقابة القرارات الصادرة من جهة الإدارة، فإذا كأن القرار يتصف بكونه أحد قرارات الضبط الإداري فإن القضاء يراقبه عن طريق دعوى الإلغاء وما تحمله من تبعات وضرورة رفعها خلال مدة معينة وبإجراءات محددة، في حين أن القرار الصادر من جهة الإدارة متى اتصف بأنه للرقابة والتوجيه والإشراف على العقد الإداري فإنه يعد من القرارات المتخذة استناداً لأحكام العقد ومن ثم يتم مخصصتها وفقاً لدعوى القضاء الكامل،³ كما أنه في حالة النص على سلطة جهة الإدارة في الرقابة على القوانين التي تنظم العقود الإدارية فإن هذه النصوص القانونية تندمج في شروط العقد وتصير جزءاً منه، حيث تصبح أساساً لسلطة الإدارة باعتبارها في حكم الشروط التعاقدية.⁴

¹ - أنظر المادة 07 من القانون 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة المعدل بالقانون رقم 175 لسنة 1958، والتي تقرر حق مانح الالتزام في ممارسة سلطة الرقابة على الملتزم وتبين هذه الرقابة وأحوال ممارستها، مشار إليه في كتاب: أحمد عثمان عياد، ص 292

² - سيف مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2017، ص 24

³ - عيسى عبد القادر حسن، التزامات المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997 ص 381

⁴ - سيف مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 25.

وأما فيما يتعلق بسلطة الرقابة المقررة بمقتضى العقد ودفاتر الشروط، فإن النصوص التي تقرر تعد شروطاً إستثنائية تقضي على العقد صفة الصفة الإدارية، كما تجدد هذه الشروط الطرق والوسائل التي تمارس بها الإدارة هذه السلطة وتعد قيوداً وضماناً أساسية للمتعاقد مع الإدارة، كالرقابة على تعريف الرسوم المفروضة على المنتفعين في عقد الالتزام، وحقها في توجيه التنفيذ في عقد الأشغال العامة، وكذا الشروط المحددة لوسائل الاشراف على تنفيذ عقود التوريد، وتكون المنازعات الناشئة عن ممارسة الرقابة في هذا المجال من إختصاص قاضي العقد ولو إتخذت ممارسة سلطة الرقابة شكل القرارات الإدارية، ماعدا حالتين:

الحالة 1 قيام النزاع بين الإدارة وأحد الأفراد غير المتعاقدين معها كأحد المنتفعين بالمرفق العام في عقد الالتزام مثلاً.

الحالة 2 إذا كان النزاع متعلقاً بأحد القرارات المنفصلة، وهي القرارات المستقلة عن العقد والتي تعاصر انعقاده، ومنازعات القرارات في هاتين الحالتين يكون من اختصاص قاضي الإلغاء.¹

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من التشريعات والقوانين المنظمة للصفقات العمومية وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وبما يكفل حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية، وليس ذلك فحسب بل وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة المتعلقة بمرحلة إبرام، وتنفيذ هذه الصفقات، ويتم أعمال النصوص حيث تقوم سلطة الرقابة مرتكزة عليها، ومن المواد التي كرسست سلطة الرقابة على الصفقات العمومية نذكر ما جاء في نص المادة 116 منه، والتي تنص على أنه: "تخضع الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده." وكذا المادة 118 منه، والتي نصت على أنه: "تتمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها."² وتقابلها المواد 156 و157 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.³

¹ - سيف مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 26.

² - أنظر المواد 116 و118 من المرسوم رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، ج. ر. العدد 58، 2010.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 ج ر العدد، ص35.

ويتضح من خلال نص المواد أنّ المشرع الجزائري قد أكد على ضرورة ممارسة الرقابة في مختلف مراحل الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، وذلك بات تكون هناك رقابة سابقة لمرحلة إبرام الصفقة ورقابة أثناء التنفيذ ورقابة بعد عملية تنفيذ الصفقة¹ استنادا إلى النصوص التي أوردناها، نجد أنّ الرقابة تحد أساسها القانوني تركز على النصوص عند وجودها سواء في القوانين واللوائح أو دفاتر الشروط أو نصوص العقد، كما أنّ سلطة الرقابة لها طابع عام أي أنّها موجودة حتى في حال عدم النص عليها في العقد، إلا أنّ النص على سلطة الرقابة في العقد أو دفاتر الشروط لا يقصر طبيعة هذه السلطة، باعتبارها سلطة أصلية قائمة بذاتها مستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري ذاته.²

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في الرقابة غير المنصوص عليها:

إنّ السائد في معظم الفقه إذا لم ينص في العقد أو دفاتر الشروط على حق الجهة الإدارية في مراقبة تنفيذ العقد وإذا لم تقرر القوانين واللوائح هذا الحق وتنظمه، فإن سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها الإدارية توجد بذاتها دون استناد إلى نص خاص، باعتبارها سلطة أصلية مرتكزة على المبادئ العامة في القانون الإداري، وليس من نصوص العقد، ويقتصر دور النص إن وجد على الكشف عن حق الإدارة في استعمال هذا الحق وتنظيمه وبيان وسائل وشروط مباشرة جهة الإدارة له، فهذا الحق معترف به لجهة الإدارة حتى في حالة إذا نص على ما يخالفه، دون أن يحتاج عليها المتعاقد بقاعدة القوة الملزمة للعقد-العقد شريعة المتعاقدين-³، فجهة الإدارة لا تملك التنازل عن استعمال سلطة من السلطات التي تتمتع بها في مجال العقود الإدارية لأنها تعد من النظام العام. يرى بعض من الفقه في فرنسا أنّ أصالة نظرية العقود الإدارية تؤدي حتماً أنه حتى في حالة سكون العقد فإن ضرورة تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد تسمح للجهة الإدارية بمباشرة سلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات في الأحوال التي تكون فيها مباشرة هذه السلطات ضرورية لصالح المرفق العام، فسلطة الرقابة في نظر هؤلاء الفقهاء توجد بوجود المرفق العام سواء نص عليها في العقد أو لم ينص، فنص العقد على هذه السلطات لا يكون إلا مجرد تنظيم لها وبيان أوضاعها وأحوال ممارستها، دون أن يمس بمنع الإدارة بممارسة أي من هذه السلطات.

¹ - نبيل أزرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية*مصر، 2018، ص97

² - نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص62

³ - محمود حلمي، موجز مبادئ القانون الإداري، ط1، دار الفكر العربي، 1977-1978، ص225

هذا وقد أيدت هذه السلطة تشريعيا في فرنسا باعتبارها سلطة مستقلة قائمة بذاتها، حيث أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 13 ديسمبر 1908 والخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجري المياه إلى أن: "الحكومة تعتبر شخصا عاما تملك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوحيد التي لم يقرها القانون أو لائحة مستقلة ولها قوة القانون"¹ ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى القول أن هذه القاعدة التي تقوم بالتأكيد بالنسبة لعقد إلتزام المرافق العامة وتشمل جميع العقود الإدارية.

أما في مصر فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الإدارة تستمد حقها في الرقابة في حالة عدم النص عليه من فكرة المرافق العامة التي هي موضوع العقد، وذهب التشريع المصري في نفس هذا الاتجاه، حيث نصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 الصادر بتعديل المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة على أن: "حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده الى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام"² وسأيرت هذا الإتجاه محكمة القضاء الإداري بقولها إن أساس سلطة الرقابة يتجسد في فكرة المرفق العام، حيث إن مبدأ سير المرافق العام بانتظام واضطراد هو الذي يعطي الحق لجهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد حتى في حالة سكون العقد والقوانين والأنظمة بقولها: "إذا كانت الإدارة لا تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق العام وتعهده هذه المحكمة الى الافراد، فهي مع ذلك المسؤولة عن إدارة المرفق العام والكفيلة لحسن سيره وتقتضي وظيفتها هذه أن تشرف على النشاط الفردي حيث يساهم في تسيير المرفق العام."³

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا الامر بقولها: "إن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص هو احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وازافة شروط جديدة، دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة

¹ - أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 13 ديسمبر 1908 الخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجري المياه.

² - أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 الصادر بتعديل المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرفق العام.

³ - محكمة القضاء الإداري في 18 أبريل 1952، المجموعة س 6، ص 818، و 02 ديسمبر 1952، المجموعة س 7 ص 76، المشار اليهما في كتاب: سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 29 و ص 30.

المتعاقدين، ولا يقيد الإدارة في تعديل العقد الإداري سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب على المصلحة الخاصة.¹

وفي فتوى الجمعية العمومية بمجلس الدولة بهذا الخصوص، تقول فيها: "هذه العقود الإدارية تتميز بطبيعة خاصة تختلف عن تلك التي تخضع لها عقود القانون الخاص، ومرد هذا الاختلاف إلى ما تتصف به هذه العقود من إتصالها بسير المرافق العامة، الأمر الذي أعطى للإدارة ومنحها الكثير من الامتيازات التي لا مجال لها في نطاق عقود القانون الخاص."، ولقد استقر الرأي في هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تسند إلى شروط العقد فقط وإنما إلى القواعد القانونية التنظيمية الخاصة بالمرفق العام أيضاً، ويترتب على هذه الفكرة نتيجة هامة هي أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد. بمعنى أن جهة الإدارة لا تستمد امتيازاتها في نطاق العقود الإدارية من نصوص العقد وإنما من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به مع الحرص على انتظام سيره باستمرار مع تعهد الإدارة بالإشراف عليه بما يحقق المنفعة العامة.

أما في العراق لم يختلف الحال عما هو موجود في كل من فرنسا ومصر بحق الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها الإدارية في حالة عدم النص عليها إلى فكرة المرفق العام فقد ذهب جانب من الفقه العراقي إلى القول: "إن أساس سلطة الرقابة في حالة عدم النص عليها في النصوص العقدية والتنظيمية، نجدها في فكرة المرفق العام، حيث أن الإدارة مسؤولة عن أداء الخدمات واتباع الحاجات العامة بشكل منظم، وبذلك فإن مساعدة الأفراد لها لا ينفي عنها تلك المسؤولية إذا ما أشبعت تلك الحاجات للجمهور على نحو سيء ولمواجهة تلك المسؤولية اعترف لها بحق الإشراف والتوجيه على تنفيذ مقاولات الأشغال العامة حتى في حالة سكون العقد والنصوص التنظيمية لدى فهي سلطة أصيلة لا يجوز التنازل عنها أو الإتفاق على ما يخالفها لأنها تعد من النظام العام والمبادئ الأساسية." وقد أيد هذا الاتجاه مجموعة من الفقهاء حيث يرون أن السلطات والامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة يسوغها اتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها، فهي مقرر لها بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية² وهذا ما أكدته محكمة التمييز بقولها: "إن العقود الإدارية قائمة على أساس فكرة المرفق العام."³

¹ - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 156، لسنة 35 قضائية، الصادر في 28 أبريل 1992.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 31

³ - حكم محكمة تمييز العراق رقم 2123/الحقوقية/ 64 بتاريخ 11 أبريل 1975، مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث لسنة 1965،

إن الإدارة شأنها شأن كل المتعاقدين في مراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها وإصدار الأوامر والنواهي إن اقتضى الحال لتنفيذ التزامات المتعاقد على وجه أكمل وعلى النحو الذي يحقق أهدافها التي أبرم العقد لأجله، كما أن هذا الحق مستقل وقائم بذاته في جميع العقود الإدارية وإن لم يرد نص في العقد على تلك السلطة، إذ أنها تعتبر سلطة أصلية ومرتكزة على مبادئ القانون الإداري.¹

وقد ترددت الإشارة إلى هذه السلطة كثيرا في أحكام القضاء الإداري فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري بقولها: "إن شروط العقد الإداري هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها وأن هذا القانون يعطي جهة الإدارية سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أحلّ بالتزاماته..". والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام.²

إن الرقابة لا تجرد 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 هذه أن تشرف النشاط الفردي حيث يسهم المرفق العام، فللمصلحة المتعاقدة مراقبة التنفيذ حتى إذا لم ينص على ذلك في العقد أو القوانين أو اللوائح، بل حتى إذا نص على ما يخالفها، هذا وقد أيد "الدكتور سليمان الطماوي" هذا الرأي بقوله "الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل بانتظام واضطراد لسد حاجات الجمهور وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام".

ونجد الدكتور "ناصر لباد" قد أيد فكرة المرفق العام كأساس لسلكة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية حيث تمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات المتعاقد معها في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون.³

¹ - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري طبقا لآخر تطورات التشريع والقضاء، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1981، ص907.

² - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/06/30، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المرجع نفسه، ص92.

³ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري-التنظيم الإداري والنشاط الإداري-، لباد للنشر-الجزائر-2006، ص284.

وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة المتعاقدة، ولا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف في استخدامها لتلك السلطة لتحقيق أغراض أخرى خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة، ومن جانب آخر لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد.¹

ونرى أن سلطة الرقابة في تنفيذ العقد الإداري من السلطات التنفيذية والثابتة وإن لم ترد بنص من نصوص القدر أو دفاتر الشروط أو في اللوائح والقوانين، لأن سلطة الرقابة ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة تمارسه الإدارة لتحقيق الصالح العام في المرافق العامة.²

فالأساس القانوني الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في الرقابة والتوجيه وتوقيع الجزاء هو أن هذه السلطات حقوق أصلية للإدارة، حتى لو لم ترد بنصوص العقد أو دفاتر الشروط أو اللوائح أو القوانين ولا يجوز التنازل وهي من النظام العام وتهدف إلى حسن سير تنفيذ الأعمال العامة والصالح العام، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا تؤدي صلاحيات الإدارة في تنفيذ العقد إلى تغيير طبيعة العقد.³

المطلب الثالث : القيود والضوابط الواردة على سلطة الرقابة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

من الثابت أن سلطة الإدارة على تنفيذ العقود الإدارية هي سلطة أصلية لا يمكن التنازل عنها من قبل الإدارة لأنها كما سبق وأن ذكرنا أنها تتعلق بالنظام العام غير أن ذلك لا يعني أنها سلطة مطلقة لا تخضع لأي ضوابط بل العكس تكون مقيدة ببعض القيود التي لا بد أن تراعي الإدارة وهي تمارس نشاطها الرقابي واستعماله في حدود الهدف المنشود، وبالتالي يفرض عليها عدم الخروج في إطار رقابتها على تنفيذ العقد الإداري عن حدود المصلحة العامة لأن الرقابة ليست سوى وسيلة للوصول إلى غايتها في الحفاظ على سلامة وتأمين وسير الأعمال بحيث أن تكون مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد.⁴

¹ -نبيل أزراب، المرجع نفسه، ص 98 و ص 99

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 92.

³ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 63

⁴ - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة النشر، ص 13.

فالنظام القانوني للعقود الإدارية يقوم على أساس منح جهة الإدارة مجموعة من السلطات والإميازات الاستثنائية التي لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وبموجب تلك السلطات تملك جهة الإدارة سلطة مراقبة وتوجيه المتعاقد معها أثناء قيامه بتنفيذ العقد.¹

وسلطة الإدارة تفرض رقابتها على المتعاقد معها لضمان حسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وغذ كانت حقا مقررًا لها إلا أن إستعماله يخضع لضوابط تشكل في مجملها ضمانات للمتعاقد معها، القصد منها منع التعدي على حقوقه،²

وتشكل في مجملها ضمانات للمتعاقد معها، كمنعه على حقه في الاقتضاء المقابل المالي والتعويض العادل كمقابل لهذه السلطات المخولة لضمان التوازن بين طرفي العقد وضمانا لاستمرار في الوفاء بالتزامه التعاقدية فاستعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يخضع لضابطين عام وخاص³

إلا أن هذه السلطة مهما اتسع مداها فإنها ليست مطلقة بل توجد بعض القيود التي ترد على هذه السلطة والغرض منها ألا يشوب إستعمال الجهة الإدارية لسلطة من سلطاتها تعسف إتجاه المتعاقد معها، وعليها الالتزام بذلك مع عدم استخدامها هذه الامتيازات لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة، كما تقيد هذه السلطة إعتبرات قوامها توفير ضمانات للمتعاقد من جهة الإدارة تحميه من احتمال تعسفها،⁴ ويمكن ردها إلى خمسة (05) إعتبرات رئيسية، يمكن تقسيمها إلى فروع خمسة (05)، أتناول في الفرع الأول إلى وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية (ضابط عام)، وفي الفرع الثاني أتطرق إلى أن تكون سلطة الرقابة ضمن حدود احتياجات المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة، أما الفرع الثالث فسوف أقوم بدراسة إلتزام الإدارة حدود سلطة الرقابة (الإشراف والتوجيه). بمستوى تعديل العقد دون التوسع فيها، وفي الفرع الرابع أتناول وجوب التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وتميزها عن إجراءات الضبط الإداري، وأخيرا في الفرع الخامس أتطرق إلى ممارسة الرقابة من قبل السلطات المختصة في ضوء الإجراءات والاشكال المنصوص عليها.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص35

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص34.

³ - نبيل أزياب، المرجع نفسه، ص99.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص35.

الفرع الأول: وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية (ضابط عام)

لابد على الإدارة من الالتزام وهي تصدر قراراتها الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود المبدأ العام للمشروعية في مراعاتها جانبي الشكل والموضوع وإلاّ اعتبرت باطلة غير مستوفية لشروط القرارات الإدارية الصحيحة النافذة، وتكون بذلك مشوبة بعيب اساءة استعمال السلطة من خلال تعسفها، ومن جانب آخر إذا كانت سلطة الرقابة منصوص عليها في العقد فلا يمكن استعمالها في الحدود المثبتة في الاشتراطات الواردة في العقد وإلاّ اعتبرت مساساً بمبدأ المشروعية، وقد أكد القضاء الإداري ذلك في أحكام متعددة.¹

لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموماً، وضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية، كما يجب مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانوناً ممارسة هذه السلطة ووفقاً للإجراءات والأشكال المنصوص عليها، التي يتطلبها القانون، وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة²، فلا يجوز للإدارة استعمال رقابتها لتحقيق أغراض لا تتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد، وإلاّ كان القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

ويقصد بعيب اساءة استعمال السلطة، هو استخدام رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي حددها له القانون، وعبء الانحراف في استعمال السلطة يبرر إلغاء القرار الإداري وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إنّ إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هما من العيوب القصدية في السلوك الإداري، قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فعيب إساءة استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه..³"

وفي العراق إعتبر المشرع العراقي أن من أسباب الطعن بالقرار الإداري أن يتضمن اساءة أو استخدام السلطة، ويتمثل اساءة استخدام السلطة على سبيل المثال إصدار مهندس الإدارة المكلف بالرقابة على تنفيذ عقد أشغال عامة، أمراً إلى المقاول بفعل بعض العمال، فيجوز للقضاء أن يفحص أمر الفصل فيما إذا كان منفصلاً عن المقاوله ومستنداً إلى خطأ من جانب العمال ومبنيًا

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 94

² - نبيل أزرايب، المرجع نفسه، ص 101

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا، 03 ماي 1969، الطعن رقم 598 لسنة 11 قضائية، ص 641 المشار إليه في كتاب: سيف سعد مهدي

الدليمي، المرجع نفسه، ص 36.

على أساس صحيح أو غير ذلك إذا كان الفصل نتيجة لإساءة استعمال السلطة من قبل الإدارة فيجوز الطعن به أمام القضاء.¹

وكذلك يجوز الطعن بالقرار إذا لم تراعي الإدارة الشكل والإجراءات المقررة فإن قرارها يعد مشوباً يعيب مخالفة الشكل والإجراءات ومن ثم واجب الإلغاء²

الفرع الثاني: أن تكون سلطة الرقابة ضمن حدود احتياجات المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة.

لما كان تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصفة عامة، فإن مباشرة المصلحة المتعاقدة لكافة سلطاتها ومنها الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية يجب أن تكون بدافع تحقيق مصلحة المرفق الذي لأجله أبرمت الصفقة، من خلال أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقة الاشغال العامة على نحو ما ينبغي أو مطابقة الأصناف للعينات المعتمدة في صفقات التوريد وعل ذلك يجب أن تكون المصلحة العامة هي الباعث الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمال وإلاّ شاب تصرفها عيب الانحراف بالسلطة، وكذلك يمكن القول أن تراضي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري لا يحقق الغاية المتبتغة من منح الإدارة العامة وهي بلوغ المصلحة العامة، حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية، وجنوحه بهذا التنفيذ لما يخالف شروط التعاقد مما لا يحقق المصلحة المرجوة من إبرام العقد الإداري، كما أن إفراط الإدارة في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع المتعاقد ليتخذ سبيل التقاضي مما يوتر علاقة الإدارة، الأمر الذي يعكس سلباً على حسن أدائه لالتزامه التعاقدية بعد تحوله من مساعد الإدارة ومشاركاً لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمع به ساحات القضاء.³

فمن البديهي أن تكون سلطة رقابة الإدارة على مراقبة المتعاقد ضمن احتياجات المرفق العام، وقد أثرتنا في حديثنا على الأساس القانوني للسلطة الرقابية هو تحقيق المصلحة العامة متجسدة في احتياجات ومقتضيات المرفق العام، وعليه فالعامل الأساسي في سلطتها هو الباعث

¹ - خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري للعقود الإدارية والتعويضات طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات الجديد، رقم 89 لسنة

1998، المجلد الثالث، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر، ص57.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص37.

³ - نبيل أزراب، المرجع نفسه، ص100 وص101.

على تحقيق الصالح العام وفي خلاف ذلك يكون قرار الإدارة قد شابه عيب الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها.¹

الفرع الثالث: التزام الإدارة حدود سلطة الرقابة بمستوى تعديل العقد دون التوسع فيها

يجب على الإدارة ألا تتوسع في استخدام سلطة الرقابة بحيث تصل إلى مستوى تعديل العقد لأنه في مثل هذه الحالة نكون بصدد سلطة تعديل لشروط العقد، لا بصدد سلطة الرقابة على تنفيذه مما يوجب استحقاق المتعاقد للتعويض المالي، ومثال ذلك الملتزم الذي يدي المرفق العام، إذا ما تدخلت الإدارة في الأمور الداخلية لإدارة المرفق، يترتب على ذلك تعديل العقد إذا أصبحت هي من تديره وليس الملتزم، وكذلك في عقد الأشغال العامة عندما تطلب الإدارة من المقاول إحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها في بنود العقد فنكون كذلك أمام سلطة تعديل العقد وليس سلطة الرقابة على تنفيذ العقد.²

فسلطة الرقابة منحت للإدارة تحقيق المصلحة العامة، واستعمالها لتلك السلطة يجب أن يكون في أطر المشروعية، باحترام الإدارة لحدود حال ممارستها لتلك السلطة، حيث لا يجوز لها تحت ستار الرقابة على تنفيذ لعقد مستغلة التزام المتعاقد باحترام أوامرها أن تقوم بتعديله، قهرا من القيود المفروضة عليه في هذا التعديل، تنكرا منها لمبدأ حسن النية الواجب تنفيذه العقود الإدارية في إطاره، ذلك لأن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية إذا كان على المتعاقد تحمل عبئ ضررها، باعتبارها من أسس قيام تلك العقود إلا أنه يتعين أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد، وبما لا يتضمن تغييرا في مضمونه، ويكون للمتعاقد الحق في اللجوء لقاضي العقد طاعنا على تصرفات الإدارة غير المشروعة التي مارسها حال رقابتها على تنفيذ العقد الإداري مطالبا بفسخه إذا بلغت آثار تلك التصرفات درجة من الجسامة يستحيل عليه معها استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.³

فكما سبق الإشارة إليه فان سلطة الرقابة بمعناه الواسع تمتد إلى توجيه أعمال تنفيذ العقد عن طريق اختيار وتحديد وسائل وطرق التنفيذ في العقد، أما إذا نص العقد على استعمال مواد أو طرق معينة في التنفيذ فإن التدخل بتوجيه التنفيذ على خلاف ما هو متفق عليه، فذلك يدخل في

¹-ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص95.

²-ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص93 وص94.

³-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص35 وص36.

إطار استعمال سلطة أخرى هي سلطة الإدارة في تعديل لعقد الإداري، وبالتالي فسلطة الرقابة يتعين أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد كون أن يمسه تغييراً في مضمونه وجوهره¹، فلا يجوز أن يكون من شأن ممارسة سلطة الرقابة أن تقوم بتعديل موضوع العقد، فيجب مراعاتها طبيعة وجوهر العقد المبرم بينهما وبين المتعاقد معها وعدم تجاوزها حدود الرقابة المعقولة في نوع الأداء المطلوب أو المدة.

الفرع الرابع: وجوب التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وتميزها عن إجراءات الضبط الإداري.

فلا يجوز للإدارة أثناء ممارستها لنشاط الرقابة على تنفيذ العقد الإداري استغلال وضعيتها كسلطة عامة لفرض إجراءات الضبط الإداري في نطاق تنفيذ العقد، إذ أنه يوجد تمييز واضح وجلي بين إجراءات الضبط الإداري ووسائل الإدارة في سلطتها الرقابية، وذلك التمييز مرده إلى طبيعة الأساس القانوني في إختلاف كل نظام عن الآخر، فإجراءات الضبط الإداري ترتبط بصلة وثيقة بالتشريع الجنائي في المقام الأول، في حين أن سلطات الرقابة من جهة الإدارة لا تكون في الكثير من الحالات كذلك وبنفس المنوال، فضلاً عن ذلك فإن السلطات الخاصة بإجراءات الضبط الإداري لا يشترط أن تكون اختصاصاتها في المجالات التعاقدية²

الفرع الخامس: ممارسة الرقابة من قبل السلطات المختصة في ضوء الإجراءات والاشكال المنصوص عليها.

يمكن للمتعاقد بمطالبة الإدارة بالالتزام بالقوانين واللوائح المنظمة لممارسة الإدارة سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، لاسيما تلك النصوص التي تنظم بعض إجراءات حماية وتوفير الضمانات الضرورية له.³

وعليه فيمكننا القول، وقد بينا فيما سبق القيود والضوابط الواردة على سلطة الرقابة في تنفيذ العقود الإدارية وحدود سلطة الرقابة للإدارة والتمييز بينها وبين السلطات الأخرى كسلطة التعديل وسلطة الضبط الإداري، إلا أنه ورغم كل الفوارق والتمييزات والحدود المبينة نفتقر للكثير حتى يمكننا الفصل القاطع بين سلطة الرقابة والسلطات الأخرى، هذا من ناحية وبين

¹ - نبيل أزرايب، المرجع نفسه، ص 102.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 95.

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 37 و ص 38

سلطة الرقابة والخوف من تمادي الإدارة بسوء استعمال السلطة والانحراف بها عن الغرض والغاية المنشودة من قبل المشرع في تحقيق المنفعة العامة للمرافق العامة من ناحية أخرى، مع ضرورة خضوع ممارسة الإدارة لنشاطها الرقابي للقضاء الإداري بغية ضمان حق المتعاقد من عدم الإساءة باستعمال السلطة والاضرار بمصالحه والتي من بين أهم مرتكزاته الأساسية الالتزام بالعقد.¹

فتلك القيود والضوابط تعد ضمانا للمتعاقد من تعسف الإدارة ضده، وتعتبر من المبادئ المتفق عليها في كل من فرنسا ومصر والعراق، حيث هي من المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية.²

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 96.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 38.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ووسائلها في ذلك.

تطرقنا فيما سبق إلى سلطة الإدارة في مراقبة المتعاقد معها وكذا إلى الأساس القانوني لهذه السلطة مروراً بالقيود والضوابط الواردة على هذه السلطة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية وفي هذا المبحث سنبين وتتناول فيه مظاهر صور الرقابة على تنفيذ العقد الإداري بحسب نوع وطبيعة العقد، فهي تتنوع وتختلف في عقد الأشغال العامة عنها في عقدي الالتزام والتوريد، مع التطرق لوسائل الرقابة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.

وعليه ومن هذا المنطلق، ماهو نطاق تطبيق سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية؟ وماهي وسائلها المستعملة في ذلك؟

ومن أجل ذلك قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، هما :

1-المطلب الأول: مظاهر وسلطات الرقابة أثناء تنفيذ العقود الإدارية،

2-المطلب الثاني: وسائل الرقابة أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

3-المطلب الثالث:

المطلب الأول: مظاهر وسلطات سلطة الرقابة أثناء تنفيذ العقود الإدارية (تطبيقات الرقابة على بعض أنواع العقود الإدارية)

بعدما رأينا أن الفقه والقضاء يعترفان للإدارة بسلطة الرقابة حتى خارج نصوص العقد، إذ أنه لا يوجد أدنى شك في أن هذه السلطة بمعناه الضيق كسلطة إشراف تقوم بذاتها في كل العقود الإدارية، وتملك الإدارة في هذا الصدد وسائل تتجاوز قدرات الإشراف التي يمكن للأفراد مباشرتها فيما بينهم، فبإمكانها إصدار تعليمات للمتعاقد لرده إلى حيز تنفيذ العقد، كما تستطيع تنظيم وسائل الإشراف بصفة عامة على الوجه الذي يحقق المصلحة العامة، كما أن سلطة الرقابة بمفهومها الواسع كسلطة توجيه معترف من ناحية المبدأ كسلطة قائمة بذاتها، إلا أن مدى هذه السلطة يختلف حسب اختلاف العقود الإدارية نظراً لدرجة ارتباطها بالمرافق العامة، حيث تكون هذه السلطة شديدة في بعض العقود وأقل شدة في البعض الآخر¹

فسلطة الإشراف والتوجيه تبرز أكثر، ويتسع مجالها ومداهما في عقود الأشغال العامة، وهذا بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، كما أنها تحتاج إلى متابعة

¹ - سيف الدين مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص38 و ص39.

مستمرة ومتواصلة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد عليه ففي هذه العقود توجد سلطة توجيه حقيقية للإدارة لأنها هي سيدة العمل بالدرجة الأولى.¹

وبالنسبة لعقود التوريد فلا بد من التمييز بين عقود التوريد الصناعية بنوعيتها عقود التعديل والتحويل من ناحية وعقود التوريد الجارية أو العادية من ناحية أخرى، ففي الأولى تتمتع الإدارة بسلطة توجيه حقيقية على التعاقد، أما في الثانية يحتفظ المورد كمبدأ عام باختيار الوسائل وتحديد طرق التنفيذ وعليه فحق الإدارة يكون أقل شدة، والأصل في هذا النوع من العقود حرية التعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ.

أما عقد التزام المرافق العامة فيجب التوفيق بين فكرتين أساسيتين تسودان تنفيذ العقد، وهما فكرة أن الإدارة لا تستطيع التخلي عن ملاحظة وضمان تأمين سير المرفق العام موضوع العقد، وفكرة أن إدارة المرفق العام هي من شأن الملتزم، فهو من يدير والإدارة تراقب²، وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل من خلال تقسيم هذا المطلب إلى أربع (04) فروع، أتطرق في الفرع الأول إلى سلطة الرقابة على عقد التزام المرافق العامة، وفي الفرع الثاني أتناول سلطة الرقابة في عقد الاشغال العامة، أما الفرع الثالث أتطرق إلى سلطة الرقابة في تنفيذ عقد التوريد وفي الفرع الرابع سوف أقوم بدراسة سلطة الرقابة في الصفقات العمومية.

الفرع الأول: سلطة الرقابة على عقد التزام المرافق العامة.

منح الجهة صاحبة الالتزام سلطة الرقابة على عقد الالتزام في المرافق العامة أمر تمليه ضرورة وطبيعة المرفق العام الذي يحقق ويشبع حاجة المنتفعين بالمرفق ويشبه الإدارة هذا الحق حتى ولو لم يرد نص في عقد الالتزام على ذلك صراحة، كما أنه لا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الحق كليا أو جزئيا، وتسأل إذا قصرت في ذلك، لأنها سلطة تتعلق بالنظام العام

إن تعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص في عقد التزام مرفق عام لا يعفيها من واجبها ومسؤوليتها في تسيير هذا المرفق، وتبقى مسؤوليته أمام الجمهور عن حسن أداء التعاقد وتقديمها للخدمات العامة المتمثلة بالمرفق على الوجه الأفضل، فهي عند تعاقدتها لا تتخلى عن مسؤوليتها

¹ - أزرايب نبيل، المرجع نفسه، ص102.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص39.

وإنّما تعاقدها هذا لا يعدو أن يكون سوى مساعدة المتعاقد في إدارة المرفق، ويبقى خاضعا لتوجيهات الإدارة.¹

وإزاء التطورات التي رافقت مراحل سياسات التحرر الاقتصادي في البلدان فإنّ الملتزم وإن كان يتمتع بقدر واسع من الحرية في إطار دفا تر الشروط إلاّ أنّه لا يفلت من سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على نحو يضيق عما هو الحال عليه في عقد الأشغال العامة، ويكون تدخل الإدارة لحسن سير وانتظام المرفق العام وتقديم الخدمات العامة للمتفعين، وتأخذ الرقابة على تنفيذ عقد الالتزام مظاهرا وصورا متعددة إزاء الملتزم يمكن حصرها في جوانب فنية ومالية وإدارية،² وسلطة الرقابة في هذا العقد لها خصائص وأساس يجب توضيحها وحدود يتعين بيانها، وهي الى جانب ذلك ليست مطلقة ولا حقا مجردا، بل هي أيضا واجب على الإدارة ووظيفة يجب عليها مباشرتها، والقضاء الإداري رقيب عليها.

أولا- خصائص وأساس سلطة الرقابة في عقد الالتزام:

للإدارة في عقد الالتزام إعادة تنظيم استغلال المرفق كلما رأت الضرورة لذلك وهذا التنظيم يصدر بقرار انفرادي من جانبها يتضمن عادة تعيين ممثليها المنوط بهم مباشره سلطة الرقابة، وتحديد طرق مباشرة هذه السلطة، فسلطة الرقابة في عقد الالتزام هي سلطة لائحية، وأنّ الشروط الخاصة بالرقابة في هذا العقد تعتبر شروطا لائحية وليست تعاقدية، مما يترتب على الطبيعة اللائحية لسلطة الرقابة في عقد الالتزام أنّ الطعن على القرارات الصادرة بتنظيم هذه السلطة يكون عن طريق دعوى الإلغاء، وتعتبر سلطة الرقابة في عقد الالتزام من الحقوق الثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليه صراحة في عقد الإلتزام، لأنّها مسؤولة عن حسن سير المرفق العام ولا يمكن لها التنازل عن هذا الحق كله أو بعضه.³

حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول أنّ: "الدولة حينما تبرم عقد الالتزام فإنها لا تكون طرفا في الإتفاق بصفتها شخصا خاصا، كما هو الحال عندما تتولى إدارة أموالها الخاصة، بل بصفتها سلطة عامة من مهمتها ومن واجبها ضمان سير المرافق العامة واستغلالها وإدارتها، وكفالة ذلك

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص98.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص98.

³ - إبراهيم محمد علي، العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص110.

محققه بما لها من حقوق الاشراف والتدخل والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة، وهذه حقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها.¹

غير أن سلطة الرقابة المقررة على الملتزم خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط تشير خلاف حول وجودها وأساسها القانوني في فرنسا، فهناك من ينكر على هذه السلطة في حالة سكون العقد ودفاتر الشروط وعدم النص عليها في القوانين واللوائح، سواء كانت سلطة إشراف أو سلطة توجيه في رأي هذا الفريق لا توجد إلا إذا كان منصوصا عليها.

وهناك من يقر بهذه السلطة في التزام المرفق العام خارج العقد ودفاتر الشروط، ولكن كسلطة إشراف فقط لا تتضمن أي حق في التوجيه وذلك تأسيسا على المبدأ القائل "الملتزم يدير والإدارة تراقب" والملتزم هو سيد الاستغلال ومن ثم فسلطة الرقابة في عقد الالتزام ليست حكرا على ما تقرر هذه النصوص، فيمكن للإدارة أن تخرج على التحديد الوارد بها وتمارس سلطات رقابية غير منصوصة عليها، باعتبار أن تنظيم الرقابة يكون جزءا من الشروط اللائحية في دفاتر الشروط.

بينما يذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن سلطات الرقابة كإشراف وتوجيه المقررة للإدارة في عقد الالتزام، سلطات واسعة جدا، وأنها ذات طبيعة لائحية، وأنها توجد بذاتها دون حاجة الى النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط، بل إنها توجد ولو نص العقد على استبعادها، وهم يرون أن النص عليها في العقد ليس مجرد انضمام لمركز لائحي، ويؤيد التشريع الفرنسي هذا الرأي وأما في مصر فليس هنا خلاف على أن سلطة الرقابة بمعناها المزدوج كإشراف وتوجيه هي سلطة مقررة للإدارة، بينما يرى أغلب الفقهاء في مصر أن سلطة الإدارة في الرقابة تشمل على حق التدخل وتوجيه المتعاقد بطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير التي يلجأ إليها، متى كان ذلك أكثر ضمانا لتحقيق الصالح العام.²

أما في العراق يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن سلطة الرقابة تجرد صدها في خارج النصوص العقدية والتنظيمية في فكرة المصلحة العامة، حيث أن الإدارة مسؤولة عن أداء الخدمات

¹-أنظر حكم المحكمة القضاء الإداري الصادر في 27 جانفي 1957، المجموعة السنة 11، رقم 112، ص 162، ونفس المعنى هذا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 24 مارس 1957، المجموعة السنة 11، رقم 204، ص 302، المشار اليهما في كتاب. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 41 و 42.

²-سيف سعيد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 44، و 45.

واشباع الحاجات العامة بشكل منظم وبذلك فمساعدة الأفراد لها لا ينفي عنها تلك المسؤولية إذا ما أتبع تلك الحاجات للجمهور على نحو سيئ، ولمواجهة تلك المسؤولية اعترف لها بحق الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري حتى في حالة سكون العقد والنصوص التنظيمية، لذا فهي سلطة أصيلة لا يجوز التنازل عنها أو الإتفاق على ما يخالفها لأنها تعد من النظام العام والمبادئ الأساسية.¹

وقد أخذ المشرع الجزائري بأسلوب الامتياز لا سيما عند الرجوع إلى المادة 155 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، والمادة 149 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، ويتولى الوالي المصادقة على عقود الامتياز بالنسبة للولاية وكذا البلدية على السواء، وقد كانت أولى النصوص الصريحة لتبني آلية التفويض على مستوى مرافق الجماعات المحلية متمثلة في : المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²، والرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام³، وكذا التعليمات الوزارية رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، المتعلقة بتجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199⁴، فضلاً عن التعليمات الوزارية رقم 394-842 مؤرخة في 07 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها⁵، التي جاءت عقب بوادر الانفتاح الاقتصادي الذي شهدته الجزائر منتصف تسعينيات القرن الماضي كأهم الأشكال القديمة لآلية التفويض قبل التبنى الصريح لها بوصفها تقنية قديمة مستجدة، وقد أبانت ظروف التأسيس التنظيمي لتفويضات المرفق العمومي المحلي على إمكانية الجماعات المحلية وبما تملكه من مهام وصلاحيات في توظيف مختلف قدراتها بحثاً عن مصادر مالية إضافية ومستقرة يمكن أن تكون خارج ميزانية الدولة، وتؤسس لتقاليد جديدة على المستوى المحلي. لذلك كانت معالجتنا لهذا الطرح من منظور الظاهرة القانونية التي تبحث في الوسائل المادية لنشاط الجماعات المحلية أملاكاً وأموالاً بما تملكه من مقوماتها الذاتية، والبحث في مضمون التوجه المعلن عنه، الذي

¹ - سيف سعيد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص46.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

³ - المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام

⁴ - التعليمات الوزارية رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، المتعلقة بتجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199

⁵ - التعليمات الوزارية رقم 394-842 مؤرخة في 07 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها

تصبو إليه السلطات العمومية من تامين وتسيير جميع المنشآت والمهام المنتجة للمداخل على المستوى المحلي.

وعليه، فالهدف من سلطة الرقابة في عقود الامتياز هو التأكد من تنفيذ صاحب الامتياز لالتزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وبالتالي فالإدارة المتعاقدة تتولى مراقبة إدارة وتسيير المرفق من الملتزم من خلال إرسال مندوبيها وتوجيه تعليمات للملتزم.

ثانياً- شروط ممارسة سلطة الرقابة في عقد التزام المرافق العامة:

يبدو جلياً مما سبق أن المشرع قد حول للإدارة حق مباشرة سلطة الرقابة عن الملتزم عند ادارته للمرفق إلا أن هذا الحق ليس مطلق بل أن يقتصر على مبدأ جدية الملتزم في إدارة المرفق حسبما تقتضي نصوص الالتزام وما يتماشى مع حسن إدارة المرفق باعتبار أن ذلك هو الهدف الأول من إبرام الالتزام، ولا يجوز أن تشترط الإدارة عند مباشرة هذه السلطة بأن تتدخل في طريقة إدارة الملتزم للمرفق وإلا انقلب هذا الحق من حق رقابة إلى حق الإدارة وهذا يعتبر اخلال بالهدف الأول من عقد التزام المرافق العامة، ومن هنا فإن حق الرقابة له ثلاث (03) ضوابط، هي:

- مراعاة مباشرة حق الرقابة في نطاق مبدأ المشروعية المقرر مراعاته عند إصدار القرارات الإدارية.

- وجوب مراعاة مبدأ تخصيص الأهداف بأن يكون هدف الإدارة الأول هو تأمين حسن سير المرفق المدار بطريقة الالتزام.

- عدم اشتراط جهة الإدارة مباشرة حق الرقابة بأن ينقلب حق إدارة للمرفق ويؤدي ذلك إلى تغيير طبيعة الالتزام.¹

الفرع الثاني: سلطة الرقابة في عقد الاشغال العامة.

تعد عقود الأشغال العامة من أبرز العقود التي تظهر فيها سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، حيث تعتبر الإدارة صاحبة المشروع الحقيقي، وأن الإستعانة بالمتعاقدين لا يعفيها من التزاماتها أمام الجمهور، وإنما تتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ الأعمال المتفق عليها على وجه سيئ، كما يعتبر البعض أن عقد الأشغال العامة ينطوي بطبيعته على

¹ - مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص228.

خصائص ذاتية وعلى مجموعة من الشروط المفترضة أصلاً في جعل المقاول في وضع لا بد عليه من تطبيق الأوامر والتعليمات الصادرة عن الإدارة وعلى الوجه الأكمل، والإدارة تمارس سلطتها في الإشراف والتوجيه بصورة دائمة ومستمرة عن طريق مندوبيها الفنيين الذين يحق لهم دخول موقع العمل وفحص وتفتيش السجلات والوثائق والآلات والمواد المستخدمة في العمل ومدى مطابقتها للمواصفات المطلوبة.¹

أولاً- تعريف عقد الأشغال العامة:

هو عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة في العقد، فعقد الأشغال العامة هو بطبيعته وفي مجموعة عقد خارج على القانون الخاص، فالإدارة هي سيادة العمل وما المقاول إلاّ منفذ لتوجيهاتها، ومن ثمّ فسلطة التوجيه في عقد الأشغال العامة هي سلطة ذات أصالة لا شك فيها، وتعتبر سلطات الإشراف والتوجيه المقررة للإدارة في عقد الأشغال العامة من العناصر في هذا العقد ولا مانع على الإدارة في ممارستها ولا يترتب للمقاول أي حق في التعويض إلا في الحالات الاستثنائية.²

وجاءت المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء، أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نيتها وظيفة اقتصادية أو تقنية، تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بانجاز أشغال، فإنّ الصفقة تكون صفقة أشغال."³

ويرى معظم الفقهاء على أنّ عقد الأشغال العامة يحتوي بطبيعة الحال على شروط استثنائية، وأنّ خصائصه تتركز في أنّ الشروط الاستثنائية الخارجة عن القانون الخاص والتي توجد في العقد بجانب الشروط المستعملة في القانون المدني تهدف إلى وضع المقاول في مركز أدنى،

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 99.

² - سيف سعد الدليمي المهدي، المرجع نفسه، ص 52.

³ - أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور سالفاً.

يفرض عليه الخضوع للإدارة في الأوامر التي تصدرها اليه لتوجهه في تنفيذ العقد أو إنهائه، مع وجود هذه الشروط الاستثنائية حتى ولو لم ينص عليها في العقد، والأصل أن سلطات الرقابة المقررة للإدارة في عقد الأشغال العامة إنما هي عناصر عادية في هذا العقد، أما فيما يتعلق بالأوامر المصلحية فإن القاعدة العامة هي ضرورة إستجابة المقاول لهذه الأوامر والخفض لها، وإذا كان لديه اعتراض عليها فعليه سلوك السبيل القانوني بالتظلم إلى الجهة التي أصدرت الأمر أو سلوك الطريق القضائي،¹ وقد نظمت المواد 79 و80، و81، و89 من اللائحة التنفيذية شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة.

وأيا كان الأمر فإن سلطة الرقابة في عقد الأشغال العامة هي سلطة مطلقة، فالإدارة هي سيدة العمل فهي تدبر وتنظم وتصدر التعليمات والمقاول يقتصر دوره في تنفيذ هذه التعليمات ويتبقى له الحق في التعويض من قبل جهة الإدارة أو طلب الفسخ إذا ما أصابه ضرر نتيجة تعسف الإدارة في فرض الالتزامات الواقعة على عاتقه عند تنفيذ العقد الإداري.²

ثانياً-مظاهر وصور الرقابة التي تباشرها الإدارة في عقد الأشغال العامة:

1- البدء بتنفيذ المشروع، حيث تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول بصفتها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال، وتبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في العقد مباشرة، أما إذا لم ينص على ذلك فإن الموعد يحسب من تاريخ اعلان المقاول بالبدء في تنفيذ الأشغال أو إبتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول طبقاً لما جاء في نص المادة 12 الفقرة 01 من دفتر الشروط للإدارة العامة والتي تقضي بأنّه: "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الإدارة أو المهندس المعماري"³

ويتضح من المادة أعلاه أن أمر الخدمة هو أمر تنفيذي يتعين على المقاول احترامه والتقيد بما جاء فيه، ورفض الرضوخ لقرارات المصلحة المتعاقدة المتعلقة بآجال مباشرة الأشغال، حيث تعد خطأ تعاقدي يعطي الحق للمصلحة المتعاقدة أو جهة الإدارة في توقيع الجزاءات عليه.⁴

¹ - سيف سعيد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص53.

² - مجدي الشامي، المرجع نفسه، ص231

³ - أنظر المادة 12 الفقرة 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة، ج ر عدد 06، الصادر بتاريخ 19 يناير 1965، ص11.

⁴ - نبيل أوزايب، المرجع نفسه، ص104.

هذا وتنص المادة 74 من الفقرة 02 من اللائحة التنفيذية لقانون عقود الأشغال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خاليا من الموانع إلا إذا إتفق على خلاف ذلك ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ويحرر من نسختين تسلم إحداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الإدارية بالنسخة الثانية، وإذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي يحدد له أمر الاسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل.¹

وقد تحدد الإدارة باعتبارها صاحبة المشروع بندا في العقد يشير صراحة أو ضمنا إلى موعد البدء بتنفيذ العمل، وفي حال عدم تثبيت ما يشير إلى ذلك يستخلص من نية المتعاقدين.² أما في العراق فقد نصت المادة 29 الفقرة 01 من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الميكانيكية والكهرباء الكيماوية على أنه: "يعتبر تاريخ نفاذ المقاولة تاريخا لمباشرة المقاول بالأعمال ما لم ينص على خلافه في صيغة التعاقد..³

2- أن تأمر الإدارة بتحديد خطوات سير العمل وتعديل طرق التنفيذ، فمندوبي الإدارة هم الذين يحددون بعد تسليم موقع العمل للمقاول جدول الأعمال، أي الفترات التي تتم فيه كل طائفة من الأعمال، كما أن لهم أن يأمرؤا بتعديل طرق التنفيذ ووسائله، وذلك إذا لم يكن منصوص في العقد أو دفاتر الشروط على جدول الأعمال وعلى طرق التنفيذ ووسائله، وإلا فإن الأمر يتعدى سلطة التوجيه إلى سلطة تعديل حقيقية لنصوص العقد.⁴

وقد جاء في دفاتر الشروط العامة على أنه يجب تنفيذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز كأصل عام للمتعاقل للمتعاقدا (المقاول) تجاوز هذا الأجل، بل إن تجاوز هذه المدة يعطي للإدارة الحق في توقيع جزاء الفسخ ويتحمل المتعاقل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك أما في حالة تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع الصفقة للمصلحة المتعاقد الحق في توقيع غرامة بالمدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال.⁵

وجاءت المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري المشار إليه سابقا، لتنص على أنه: "يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم

¹ - أنظر نص المادة 74 الفقرة 02 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات لسنة 1998.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص100

³ - أنظر نص المادة 29 الفقرة 01 من شروط المقاولة للأعمال الهندسية الميكانيكية والكهربائية والكيميائية بقسميها الأول والثاني 1988.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص55.

⁵ - أزرايب نبيل، المرجع نفسه، ص104.

المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المصلحة وإلى غاية التسليم الابتدائي وذلك بواقع 1% عن كل أسبوع أو جزء منه، بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 10% من قيمة العقد."

أما فيما يخص القانون العراقي فقد نصت المادة 09 من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني، بصدد صيغة التعاقد وتاريخ نفاذ المقاوله.

3- قبول المقاول لعطائه الموقع على صيغة التعاقد وذلك بعد اشعاره تحريراً.

4- اعتبار المقاوله نافذة اعتباراً من تاريخ تبليغ المقاول ما لم ينص على خلافه في صيغة التعاقد¹، وجاء نص المادة 43 من لائحة شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية العراقية السابق الذكر على تسليم الموقع.

5- للإدارة سلطة إبعاد كل من يهمل أو يفرض تطبيق وتنفيذ التعليمات أو يحاول الغض وهو ما نصت عليه المادة 79 الفقرة 01 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الذي سبق الإشارة إليه.

6- يمكن للإدارة بصفتها صاحبة الإشراف والرقابة الحق برفض المواد التي تتدخل في العمل إذا كانت غير مطابقة ومتفقة مع نصوص العقد، كما يمكن للإدارة إزالة الأعمال المخالفة للشروط المتفق عليها.

7- بإمكان الإدارة توقيف العمل مؤقتاً بناءً على مقتضيات الصالح العام وفي حال تجاوز المدة المعقولة يحق للمقاول في طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض.

8- المقاول مسؤول عن الحفاظ على النظام العام والأمن في موقع العمل.²

الفرع الثالث: سلطة الرقابة في تنفيذ عقود التوريد.

يعرف عقد التوريد على أنه : "عقد يتم بين الإدارة ومورد خاص فرداً كان أو شركة، وبمقتضاه يتعهد هذا الأخير بتوريد أشياء منقول، تكون ضرورية ولازمة لخدمة مرفق عام وذلك لقاء بدل محدد في العقد"³.

¹ - الجمهورية العراقية، وزارة التخطيط، الدائرة القانونية لشروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني، لسنة 1988، ص15.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص102 وص103.

³ - الياس ناصيف، عقد بون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 2006، ص46.

ويجب أن يرد هذا العقد على أشياء منقولة مثل توريد الملابس أو توريد مواد غذائية للمدارس أو المستشفيات أو توريد أجهزة طبية لمعامل ومستشفيات وزارة الصحة أو توريد أثاث ومكاتب أو سيارات أو سفن أو طائرات وغيره.¹

إن سلطة الرقابة على التوريد تحقق من خلال التأكد أن المتعاقد يقوم بتسليم الأصناف المتعاقد عليها مطابقة للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد ويتم ذلك بعملية فحص الأصناف من قبل اللجنة المشكلة من طرف الإدارة لهذا الغرض وللجنة الحق في رفض أي صنف يكون غير مطابق للشروط والمواصفات، المثبتة في العقد، ويخطر المتعهد كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وتوريد أصناف أخرى بديلة عن المرفوضة، على أن تكون مطابقة للمواصفات المطلوبة ويكون قرار اللجنة نهائي بقبول أو رفض الأصناف المتعاقد عليها بعد اعتمادها من قبل رئيس المصلحة أو مدير السلاح.²

وقد نصت المادة 92 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات الذي سبق وأن أثرنا إليه "إذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينة المعتمدة، يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه أسباب الرفض، وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدل منها. ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لإخطاره، فاذا تأخر في سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع 2% من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع، وبعد انتهاء هذه المدة اتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد، وتخضم من ثمن ما يكون مستحق لها. ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة"³

وتنقسم عقود التوريد إلى طائفتين هما عقود التوريد لعادية وعقود التوريد الصناعية حيث تختلف الرقابة بالنسبة لكل منهما، وقد استحدث هذا التقسيم سنة 1958 بعد صدور في فرنسا قرارات بدفاتر الشروط الإدارية العامة، أحدهما ينظم العقود الأولى والآخر ينظم العقود الثانية المذكورة سابقا وهذا بمصلحة الدفاع الوطني، وسنرى سلطة الرقابة بالنسبة لكل طائفة منهما:

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص58.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص105.

³ - مجدي الشامي، المرجع نفسه، ص231

الطائفة الأولى: عقود التوريد العادية أو الجارية، حيث يتمتع المورد في هذا النوع من العقود بحرية اختيار طريقة الحصول على الموارد المطلوب توريدها، فيستقل في تحديد واختيار طرق تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا يتقيد في ذلك إلاً بنصوص العقد المبرم، ويقتصر دور الإدارة على فحص الأصناف التي تم توريدها والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها في العقد، دون امتداد ذلك للإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته، ما لم ينص على غير ذلك صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به، وهذا الشرط يرد دائما بدفتر الشروط العامة لعقود التوريد العادية المتعلقة بوزارة الحربية الفرنسية، وللإدارة الحق بالاحتفاظ لنفسها بموجب بنود هذه الدفاتر بالإشراف الدائم على المتعاقد طول فترة تنفيذ العقد، كما أنه يلتزم بإيضاح وتبرير المصادر التي يحصل عليها من بضائعه مع تمكين الإدارة القيام بكافة الاختيارات اللازمة على المواد المزمع توريدها بهدف التأكيد مع المواصفات ومطابقتها مع ما هو متفق عليها.

وقد نصت المادة 90 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 على ما سبق ذكره فيما يخص التزام المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد وكيفية التسليم بحضور المورد أو المنسوب حتى يتم إجراءات الفحص والاستلام النهائي.¹ وكذا المادة 92 من نفس اللائحة،² فيما يخص حالات رفض لجنة الفحص لأحد الأصناف أو أكثر لوجود نقص أو مخالفة المواصفات أو العينات المعتمدة باخطار المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه، معللة أسباب الرفض مع سحب العينات المرفوضة مع توريد بدلا عنها وتكون هذه العملية فور صدور قرارات اللجنة.³

وبالتالي يمكن القول أن سلطة رقابة الإدارة على عقود التوريد العادية تنحصر في جانب الإشراف دون التوجيه، أي أن سلطتها الرقابية تتمثل في حق الإشراف ولا يمكن أن تمتد إلى وضعيات العقد من ناحية التنفيذ إلاً إذا ورد نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط.

الطائفة الثانية: عقود التوريد الصناعية، وتتميز هذه الأخيرة بأن الإدارة لا تتفق على مجرد توريد الأصناف محل التعاقد، بل تتضمن وجوب قيام المورد بنفسه بتصنيع البضائع المتفق على توريدها

¹ -أنظر المادة 90 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1989.

² -أنظر المادة 92 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1989.

³ -أنظر نص المادتين 90 و92 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 المشار اليهما في كتاب: سيف سعد مهيدي الدليمي، المرجع نفسه، ص59 وص60.

بإمكاناته وفي هذه الحالة تكون للإدارة سلطات أوسع في الرقابة ولا يقتصر الأمر بمجرد فحص البضاعة عند التسليم للوقوف على مدى مطابقتها للمواصفات، بل متابعة التعاقد أثناء عملية التصنيع.¹

وعليه فرقابة الإدارة في عقود التوريد الصناعية على فحص البضاعة عند التسليم فحسب بل لها الحق في متابعة التعاقد أثناء مرحلة تصنيعها إذا كان نفسه صاحب التصنيع وتتسع سلطات الرقابة في هذا النوع من عقود التوريد الصناعية لتشمل بذلك رقابة سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه وفي صورها الثلاث، الرقابة الإدارية والفنية والمالية.²

الفرع الرابع: سلطة الرقابة في الصفقات العمومية.

إن موضوع الصفقة يكون إما إنجاز أشغال أو اقتناء مواد أو خدمات أو دراسات لحساب المصلحة المتعاقدة وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مادته الثانية، حيث تتنوع أشكال الرقابة في جميع مستويات ومراحل الصفقة من أجل تحقيق موضوعها وبالرجوع للمواد 156 و 157 من نفس المرسوم الجديد³ نجد أن الرقابة على الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة تخضع للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده، كما تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية.

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية قصوى للصفقات العمومية لأنها وسيلة من الوسائل التي تجسد فكرة استمرار المرفق العام وهي تخضع لطرق إبرام خاصة، مما فرض على الدولة التفكير جدياً في وضع إطار قانوني خصوصي مستقل بذاته، متمثلاً في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بصيغة مخالفة للنصوص السابقة، بدءاً بتحديد شروط وطرق الإبرام وصولاً بضبط الآليات الكفيلة بتجسيد تلك الجهود الرامية إلى محاربة الفساد وحماية المال العام، ولما كان للصفقات علاقة وطيدة بالخزينة العمومية، وجب إخضاعها لرقابة صارمة سواء كانت داخلية أو خارجية من خلال وضع إطار رقابي محدد ومتنوع يهدف إلى ترشيده النفقات العامة والحد قدر الإمكان من الممارسات السلبية.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 60.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 106.

³ - أنظر للمواد 156 و 157 من المرسوم 15-247، المذكور آنفاً.

فالصفقات العمومية تعد الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لإنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز وتسيير المرافق العامة، إذ أن الاقتصاد الوطني يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وذلك من خلال الزيادة في حجم النفقات العمومية، ما يجعل من نظام الصفقات العمومية الوسيلة الأمثل والأجمع لاستغلال وتسيير الأموال العامة.

وقد عرف هذا النظام عدة تطورات منذ الاستقلال وإلى غاية يومنا هذا متمثلا في صدور أوامر ومراسيم حاولت تنظيم قانون الصفقات العمومية، إلا أنه وإثر التطور الاقتصادي الذي عرفته الجزائر بتخليها على نظام الاقتصاد الموجه وتبنيها لنظام اقتصاد السوق، إستلزم الأمر إعادة النظر في هذا النظام بغية تحسين الأداء وتغطية النقائص، وتماشيا مع المرحلة الجديدة وما انجر عنها من تغيرات اقتصادية واجتماعية، كان لزاما على الدولة إعادة النظر في الترسنة القانونية المنظمة للصفقات العمومية باعتبارها ترتبط ارتباطا وثيقا بالخزينة العمومية وتكلفتها اعتمادات مالية ضخمة، من خلال ارفاقها بجملة من الإجراءات التنظيمية، بدءا بتحديد شروط وطرق الإبرام وصولا إلى ضبط الآليات الكفيلة بتجسيد تلك الجهود الرامية الى محاربة الفساد وحماية المال العام بفرض مجموعة من التدابير حتى يتم خلق التوازن بين متطلبات توفير الحاجات العامة للجمهور وتلبية الطلبات العمومية، فالهدف الرئيسي من وراء هذا الإصلاح القانوني هو ترشيد وحماية النفقات العمومية مع السماح للمصالح المتعاقدة تلبية احتياجاتها في شفافية وفعالية طبقا للمعايير الدولية، فميدان الصفقات العمومية، ونظرا للمبالغ المالية الضخمة المعتمدة له، يشكل مجالا خصبا للرشوة والثناء غير المشروع، إذا لم يحظ بشتى أنواع الرقابة القبليّة والبعدية وباقي الضمانات الأخرى كالرقابة المالية والقضائية والبرلمانية وكذا رقابة مجلس المحاسبة..

والملاحظ من خلال مضمون جميع المراسيم الرئاسية المذكورة آنفا، أن المشرع الجزائري قد تأثر بنظرية العقد الإداري بالمفهوم الفرنسي، حيث أقر خضوع الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لنظام تعاقدي خصوصي يتلائم مع طبيعتها الخاصة، يختلف عن القواعد التي تحكم عقود القانون الخاص.

ولعل تعدد صور وأساليب إبرام الصفقات العمومية على مختلف التشريعات السابقة والتي نتج عنها وجود جملة من الإختلالات والثغرات، حيث أتاح الفرصة لمستهدفي المال العام لإستغلالها في ممارسة الفساد الإداري بأشكاله المختلفة، مما فرض على الدولة التفكير جديا في

وضع إطار قانوني خصوصي مستقل بذاته و متميز في أحكامه عن قواعد القانون الخاص، وهو ما استجاب له المشرع بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ملغيا بذلك أحكام القانون رقم 10-236 المعدل والمتمم، الذي جاء بصيغة مخالفة للنصوص السابقة لا سيما منها مرحلة الإبرام، مع إدراج آليات جديدة للرقابة على هذه الصفقات بغية تحقيق أكبر قدر من المساواة والشفافية المطلقة، وقد احتوى هذا المرسوم على مفاهيم جديدة، حيث حرص المشرع على تغيير بعض المصطلحات فيما يخص الرقابة على الصفقات العمومية سواء الخارجية منها أو الداخلية مع إدراج عقود تفويضات المرفق العام مما يتيح للدولة البحث عن مصادر تمويل غير عمومية وتفويض تسيير مرافقها للخواص للتقليل من العبء المالي على ميزانية الدولة لتحريك دواليب التنمية ودفعها إلى الأمام، ومما لا شك فيه أن المشرع كيف المنظومة القانونية للصفقات العمومية للتوازن بين المتطلبات الجديدة التي يفرضها الواقع المتسارع وبين حاجات الإدارة العامة التي تفرضها ضرورات المصلحة العامة.

ومن هذا المنطلق تكمن أهمية الموضوع وتبرز بشكل جلي وواضح، من خلال دراسة هذا الجانب والإمام به وحوصلة مختلف النصوص القانونية.

لقد خصص المشرع الجزائري وفقا للمرسوم الجديد رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الفصل الخامس كاملا مع إدراج مجموعة من الأقسام، و قد فصل في أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام وقواعد أخرى من خلال تخصيص لها 47 مادة، من المادة 156 إلى المادة 202 كلها تتحدث عن الرقابة على الصفقات العمومية سواء الرقابة الداخلية منها أو حتى الخارجية، مما يعكس أهمية هذه الرقابة على مستوى منظومة الصفقات العمومية.

ولعل المادة 156 من المرسوم الرئاسي الجديد¹ جاءت معلنة على أن الرقابة على الصفقات تشمل مختلف مراحل الصفقة، قبل إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها وبعد التنفيذ، وصنف القسم الأول من الفصل الخامس أنواع الرقابة من داخلية وخارجية إلى رقابة الوصاية.

عهد المرسوم الرئاسي 15-247 ممارسة الرقابة الداخلية في المواد من 159 إلى المادة 162، وتطبيقا للمادة 159 من المرسوم الجديد رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015²، فإن الرقابة الداخلية تمارس وفقا للنصوص المتضمنة تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية،

¹ - أنظر المادة 156 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 159 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية، فعلى العموم أي ما كانت مهام المصلحة المتعاقدة أو الهيئة المعنية فإنها تحتوي ضمن تنظيمها الهيكلي أشخاصاً أو مصالح مكلفة بالرقابة الداخلية تكون مهمتهم ضمان سلامة الممارسات الإدارية وخلوها من الانحرافات وهذا ضماناً للزاهة والشفافية والعدالة، وحسن استخدام المال العام ومطابقة الإنفاق للقوانين والتنظيمات ونجاعة العمليات وعقلانية تسييرها من خلال البحث عن أسباب العجز والقصور في الأداء، ولا يتعد دور الرقابة في مجال الصفقات العمومية عن هذه المهام، غير أن الرقابة ضمن الصفقات العمومية والتي خصصت لها هذه المادة، أحجمت عن تحديد أوجه الرقابة الداخلية التي تمارس على الصفقة العمومية، وإكتفت بإرجاعها إلى طبيعة تنظيم كل مصلحة وهذا ما ذكرته الفقرة الأولى من نفس المادة، أما الفقرة الثانية فقد كلغت كل هيئة بتحديد الكيفيات العملية لممارسة الرقابة الداخلية والإجراءات العملية لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها، وفي الفقرة الثالثة طلبت من السلطة الوصية للمصلحة المتعاقدة حين وجودها التدخل لضبط تصميم نموذجي يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها.

كان يمكن لهذه المادة تحديد الإطار العام الذي تمارس فيه الرقابة الداخلية على الصفقة العمومية، فأى كانت خصوصية كل مصلحة فإن العبرة بعموم مقتضيات الرقابة والتدقيق في مجال الصفقات وليس في خصوص المصالح التي لا تختلف عن بعضها في مجال الصفقات إلا في تنظيم الهياكل لا غير، وهو ما يمكن ترك تفاصيله لخصوصيات هذه المصالح.

أولاً: لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض

قد جاءت المادة 160 من المرسوم الرئاسي الجديد¹، على أنه تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأطراف وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الإقتضاء تدعى في صلب النص لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، وتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم.

إن أهم ما يلاحظ هو أنه أصبحت لجنة واحدة مكلفة بفتح الأطراف وتقييم العروض في آن واحد عوض اللجنتين المذكورتين في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 وهذا وفقاً للمادتين 121 و 125 من نفس المرسوم الملغى.²

¹ - أنظر المادة 156 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفاً.

² - أنظر المادتين 121 و 125 من المرسوم الرئاسي، رقم 10-236، المذكور آنفاً.

ويبدو واضحا من التعديل للمرسوم الرئاسي الجديد بخصوص لجان الصفقات العمومية قد أحدث ارتباكا كبيرا في عملها لإختلاف المنظومات المتعلقة بها بين الفترة والأخرى، وهو ما اشتكت منه المصالح المتعاقدة ذاتها، وعليه طبقا لأحكام المادة 71 من المرسوم الرئاسي الجديد يتم فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب المادة 160 أعلاه¹، وبذلك اتجه الإصلاح الجديد للصفقات فيما يخص أحكام الرقابة الداخلية لبعث مرونة أكثر وبساطة في الإجراءات وربحا للوقت إن الرقابة الإدارية تباشرها هيئة مستحدثة تسمى بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تتكون من موظفين تابعين للمصلحة المتعاقدة يتم اختيارهم نظرا لكفاءتهم وخبرتهم.

ثانيا: مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

تكلف اللجنة بأداء مهام إدارية وأخرى تقنية محددة تتعلق في مجملها بعمليات إبرام الصفقة العمومية، حيث تتولى استقبال العروض وتسجيلها وفتح الأظرفة وترتيبها وفق معايير محددة تتلائم وموضوع الصفقة وأهميتها، وهو العمل الذي يعرض في النهاية على المصلحة المتعاقدة لتقوم بموجبه بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتتسم أشغال اللجنة بخاصية العلنية و الكتابية هذا وقد حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي الجديد مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وحصرتها فيما يلي:

* تقوم اللجنة بتسجيل وتوثيق وتثبيت العروض في سجل خاص لما لهذه العمليات من أهمية قصوى.

* تعد اللجنة بقائمة من الترشحين أو المتعهدين حسب تاريخ وصولها، مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.

01- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.

02- يتم التوقيع بالأحرف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.

03- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة التي يوقعها جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي لا بد من تضمينها تحفظات محتملة يتم تقديمها من طرف أعضاء اللجنة.

¹ - أنظر المادتين 10 و 71 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

04- عند الإقتضاء تقوم اللجنة بدعوة المرشحين أو المتعهدين وهذا عن طريق المصلحة المتعاقدة وتكون كتابيا وهذا لأجل إستكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم لسبب عدم اكتمال ملفاتهم أو نقص بعض الوثائق المطلوبة فيها، مستثنية في ذلك المذكرة التقنية التبريرية وهذا في أجل أقصاه عشرة (10) أيام إبتداء من تاريخ فتح الأظرفة.

05- عند الإقتضاء، تقترح على المصلحة المتعاقدة في محضر إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم¹، وتمثل هذه الشروط في:

* عندما لا يتم استلام أي عرض.

* عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط.

* عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

06- ترجع من قبل المصلحة المتعاقدة وهذا عند الإقتضاء الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، وذلك حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

كما تواصل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مهمتها كمرحلة ثانية من خلال الكشف عن قائمة أسماء المتنافسين والتي أسمتها مرحلة التقييم، وهذا طبقا لأحكام المادة 72 من نفس المرسوم الجديد، والذي ذكرت فيها المهام التالية :

01- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى ولما هو منصوص عليه في دفتر الشروط.

02- بعد العملية الأولى والمتمثلة في الإقصاء، تعمل اللجنة على تحليل العروض المتبقية على مرحلتين، وهذا على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط :

* الترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة والمنصوص عليها في دفتر الشروط.

* دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة على عروضهم.

03- وطبقا لدفتر الشروط تقوم اللجنة واستنادا للمزايا الاقتصادية بانتقاء أحسن العروض، والمتمثلة في :

¹ - أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

* الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين، وهذا في حال سماح موضوع الصفقة بذلك، وبالتالي فالمعيار الذي يستند إليه هو معيار السعر فقط.

* الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وبالتالي فيستند تقييم العروض إلى عدة معايير ومن بينها السعر.

* المتحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

04- إذا ثبت أن بعض ممارسات المعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت، فيمكن رفض هذا العرض بإقتراح من المصلحة المتعاقدة، خصوصا إذا كان هذا الأمر واضح الحكم في دفتر الشروط.

05- اعترف المشرع للجنة فتح الأظرفة والتقييم بمطالبة المعهد عن طريق المصلحة المتعاقدة بتبريرات وتوضيحات والتي تراها مناسبة فيما يخص حالة خفض الأسعار يشكل غير عادي أو ملفت للنظر وتعلق ذلك بسعر ذلك أو أكثر، لأن العرض الواحد قد يحتوي على جداول أسعار كثيرة.

واللجنة بعد تلقي الإجابة من المعارض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض إذا لم تقتنع بالرد المقدم، ويتم رفض العرض بمقرر معلل، والتعليل هنا يشكل ضمانا لصاحب العرض المالي.

والهدف من هذه السلطة المعترف لها للجنة هو محاربة كل أشكال المنافسة غير المشروعة خاصة وأن اللجنة تحتوي على خبرات بامكانها كشف كل الممارسات السلبية ويدخل هذا ضمن الهدف العام المتمثل في تكريس قواعد النزاهة التي ينبغي أن يتصف بها كل عارض.

06- في حالة ما إذا كان العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي مبالغ فيه تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة رفض هذا العرض من خلال إصدارها مقرر مبرر ومعلل، والتبرير هنا يمثل ضمانا لصاحب العرض المبعد.

07- يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وهذا استنادا إلى ترجيح عدة معايير، وهذا يكون في حالة طلب العروض المحدود.

08- أما في حالة المسابقة فتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالإقتراح على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين وتتولى بدراسة عروضهم المالية فيما بعد وهذا لإنتقاء أحسن العروض من الناحية الاقتصادية مع ترجيح عدة معايير.

في ظل القانون الجديد يتم في جلسة علنية فتح الأظرفة وتقييم العروض من طرف لجنة واحدة، مع الإشارة إلى أنه سابقا كان يتم فتح الأظرفة من قبل لجنة مخصصة لهذه العملية تدخل ضمن الرقابة الداخلية وتستمد أساسها القانون التنظيمي من المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹ هي عبارة عن لجنة دائمة حسب هذا التنظيم فهي متواجدة دائما على مستوى كل مصلحة متعاقدة، ويمكن تغيير تشكيلها من حين لآخر، كما فرض المشرع في المادة 25 من نفس المرسوم² إنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض، ليكون عملها مكملا للجنة فتح الأظرفة ولتمارس مهمة الرقابة الداخلية في مرحلة حاسمة من مراحل إبرام الصفقات العمومية، ولقد إبتغى المشرع من وراء فصل مهمة لجنة فتح الأظرفة عن لجنة تقييم العروض، أن يفرض منهجية منتظمة في إبرام الصفقات وعلى مراحل، وأن تتحمل كل لجنة مسؤوليتها في حدود المهام المنوطة بها، وهذا ما يعني أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري الجديد أدمج كلا من لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض في لجنة واحدة تتمثل في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، حيث تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولحتوى دفتر الشروط وتعمل على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، كما تقوم بإقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة مع العلم أن قانون الصفقات العمومية السابق كان يطلق عليها تسمية نقطة اقصائية لتقوم فيما بعد بتقييم العروض الباقية على مرحلتين:

المرحلة الأولى: تقييم العروض التقنية

تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بترتيب العروض التقنية بحسب النقطة المتحصل عليها، فتكون المرتبة الأولى تقنيا للمتعهد الذي تحصل على أكبر نقطة تقنية، يتم منح النقطة التقنية بالنظر إلى العديد من العناصر الخاصة بالمتعهد ومثال ذلك المراجع المهنية والقدرة المالية، قائمة الوسائل المادية والبشرية.

¹ - أنظر المادة 121 من المرسوم الرئاسي، رقم 10-236، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 25 من المرسوم الرئاسي، رقم 10-236، المذكور آنفا.

المرحلة الثانية: تقييم العروض المالية.

بعد تقييم العروض التقنية كمرحلة أولى يتم الانتقال إلى المرحلة الثانية المتمثلة في تقييم العروض المالية، وفي هذه المرحلة تقوم هذه اللجنة بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، مع الإشارة إلى القانون الجزائري الجديد المتعلق بالصفقات العمومية أعطى مفهوم آخر لأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية مقارنة بما كان عليه الحال سابقاً، ويتمثل في :

1- الأقل ثمناً من بين العروض المالية للمرشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، أين يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

2- الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة يسند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر، كما يأخذ بالمعيار التقني لأهميته هو الآخر.

3- المتحصل على أعلى نقطة استناداً إلى ترجيح عدة معايير من بينها السعر، وفي هذه الحالة تختلف الأمور، ففيما يخص انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، تقوم المصلحة المتعاقدة باعطاء نقطة للجانب التقني ونقطة أخرى للجانب المالي ويأخذ الجانب التقني نقطة مهمة مقارنة بالجانب المالي.

ثالثاً: تشكيلة اللجنة

طبقاً للمادة 162 من المرسوم الرئاسي يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد سيرها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها، وهي عبارة عن لجنة دائمة كما وصفتها المادة 162 من نفس المرسوم¹، فهي ليست لجنة عارضة أو مؤقتة تكلف بمهمة ثم تحل وتزول بل هي لجنة قارة وثابتة أو دائمة كما وصفها النص، ودائمة اللجنة لا يعني بحال من الأحوال تضمنها لقائمة محددة غير قابلة للتعديل، بل يجوز إدخال تعديلات عليها من حيث التشكيلة بين الفترة والأخرى بموجب مقرر موقع من مسؤول المصلحة المتعاقدة.

من النص أعلاه تبين لنا أن المشرع الجزائري ألح على مبدأ الجماعية في متابعة وتسيير الصفقة، فلم يكتفي بإلزام المصلحة المتعاقدة بإشهار طلب العروض على نحو تقدم شرحه وبيانه،

¹ - أنظر المادة 162 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفاً.

بل ألزم مسؤولها الأول بتشكيل لجنة لفتح الأظرفة وتقييم العروض المتضمنة عطاءات العارضين، وقد منح المشرع المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في إختيار لجنة فتح الأظرفة، وهذا بسبب إختلاف طبيعة الإدارات العمومية، وإختلاف طبيعة العقود الإدارية.

يمكن لممثلوا المؤسسات صاحبة العروض حضور عملية فتح الأظرفة، إلا أنه قد يحدث أن يتوانى هؤلاء جملة عن حضور هذه العملية، أما إذا كان حضور أعضاء اللجنة مقتصرًا في هذه الحالة على عضو واحد، فإن القضاء يجرم عملية فتح العروض التي يحضرها عضو واحد، وعليه وحماية للموظف ودفعًا لكل شبهة يجب أن يحدد النصاب في شخصين على الأقل، فإن لم يتمكن من حضور شخصين، إستمرت الجلسة مفتوحة لإحضرار عضو ثاني على الأقل، لإجراء عملية فتح الأظرفة، وذلك في حالة غياب ممثلي أصحاب العروض، غير أن إجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة، تصح بحضور العارضين مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، وفي غياب كلي للعارضين لا تصح عملية فتح العروض إلا بحضور أكثر من عضو، فإن لم يكن ذلك ممكنًا، تستمر جلسة فتح العروض سارية دون إجراء عملية فتح العروض حتى إستقدام عضو ثاني على الأقل أو من يعين بدلا عنه، وفي كل الحالات يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء.

رابعًا: الآليات الجديدة لممارسة الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية وفقا للمرسوم رقم

15-247.

وهي الرقابة التي تباشرها لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة أو اللجنة القطاعية للصفقات العمومية وذلك حسب الحالة، وغايتها التحقق من مدى مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم الساري المعمول بهما، وكذا من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

وتخضع هذه اللجان بمبادرة من رئيسها مباشرة المهام المندرجة ضمن دائرة اختصاصاتها الرقابية، ولا تصح اجتماعاتها إلا بحضور الأغلبية المطلقة للأعضاء، وتتخذ قراراتها بأغلبية الحاضرين على أن يرجح صوت الرئيس في حال تعادل الأصوات، وتقرر هذه اللجان بصفقتها هيئات للرقابة القبلية الخارجية إما بمنح التأشيرة أو رفضها مع التعليل والتبرير، مع العلم أنه يمكن

تجاوز القرار القاضي برفض منح التأشيرة الصادرة عن اللجنة بمقرر معلل ومبرر يصدره حسب الحالة، الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي أو مسؤول الهيئة العمومية الوطنية¹ وهذا ماجاء به المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والذي خص به المشرع الجزائري المواد 162 وإلى غاية المادة 190 التي تتحدث عن الرقابة الخارجية للصفقات العمومية وكذا لجائها، حيث يهدف هذا النوع من الرقابة حسب المادة 163 من نفس المرسوم إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما والتحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية كما سبق وذكرنا آنفا، وبعد الإطلاع على الآليات الجديدة للرقابة الخارجية في ضوء نفس المرسوم الجديد، حيث تم تسجيل الملاحظات الآتية الذكر :

- قام المشرع بإلغاء اللجان الوطنية للصفقات العمومية نهائيا، والمتمثلة في اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم وكذا الصفقات الخدمات والدراسات، هذا وألغى العمل بنظام اللجان الوزارية، والهدف من ذلك القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة وتخفيف الأعباء بغية الحد من بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى، كما أشار المشرع إلى الرقابة الممارسة من قبل كل لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر منح التأشيرة أو رفضها في أجل مدته 20 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة اللجنة، في حين أن دراسة الطعون تكون بموجب أحكام المادة 82 من المرسوم الجديد.²

إن اللجان المستحدثة بموجب القانون الجديد، تتمثل في اللجنة البلدية واللجنة الولائية للصفقات العمومية وكذا اللجنة الجهوية والقطاعية والهيكل غير المركز للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وأيضا لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للهيئة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري، هذا وقد حدد المرسوم الرئاسي الجديد مجال اختصاص كل لجنة من هذه اللجان المذكورة .

لقد أحدث المرسوم الرئاسي إعادة هيكلة واضحة فيما يخص لجان الصفقات العمومية، حيث أوجبت المادة 165،³ من نفس المرسوم الجديد إحداث لجان للصفقات تكلف بالرقابة

¹ - بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص 173.

² - أنظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص 37، سالف الذكر.

³ - أنظر المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص 37، سالف الذكر.

الخارجية القبلية للصفقات العمومية ضمن الحدود المالية المشار إليها في المادتين 173،¹ و184،² من المرسوم الرئاسي الجديد.

وقسم المرسوم الرئاسي الجديد لجان الصفقات العمومية إلى قسمين، هما:

1 * لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة.

2 * لجان الصفقات العمومية القطاعية.³

أ- رقابة لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة:

وهذا ماجاء طبقا لأحكام المواد من 165 إلى المادة 178 من القانون الجديد، حيث نصت المادة 165 من نفس المرسوم الجديد والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية على إخضاع الصفقات المبرمة من قبل المصلحة المتعاقدة إلى الرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وبعده، ويدخل عمل اللجان المختصة في مجال الصفقات العمومية في حيز الرقابة الخارجية السابقة وضمن مجالها، حيث تمارس هذه الرقابة لجان تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، يدخل ضمن اختصاصات كل منها الرقابة على صفقات محددة بموجب أسقف مالية تكفل تنظيم هذه الصفقات بتحديداتها، وبذلك فإن إختصاص اللجان يحدده المبلغ المالي للصفقة حين يتعلق بالرقابة على هذه الصفقة، ونسبة إلى التقدير المالي الإداري بالنسبة لدفاتر الشروط إذ يخضع كل دفتر شروط لرقابة لجنة الصفقات حتى تلك المتعلقة بصيغة الإستشارة، وهذا حسب نص المادة 52، الفقرة الثانية (02) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴، يدخل ضمن أصناف لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة:

* اللجنة القطاعية للصفقات العمومية وتناولتها المادة 179 من النص الحالي.

* اللجنة الجهوية للصفقات العمومية وتناولتها المادة 171 من النص الحالي.

* اللجنة الولائية للصفقات العمومية وتناولتها المادة 173 من النص الحالي.

* اللجنة البلدية للصفقات العمومية وتناولتها المادة 174 من النص الحالي.

* لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكلي غير المركز للمؤسسة العمومية

الوطنية ذات الطابع الإداري في المادة 172 من النص الحالي.

¹ - أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص38، سالف الذكر.

² - أنظر المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص39، سالف الذكر.

³ - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص81 وص82.

⁴ - أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

* لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري المادتين 172 و175 من النص الحالي.¹

لقد تم على مستوى النص تكثيف عدد اللجان ومستوياتها، ولعل مرجع ذلك يعود لنفس الأسباب المتعلقة بالوفرة المالية والتي كثفت نشاط اللجان فتراكمت مشاريع الصفقات في إنتظار فحصها ودراستها للبت فيها، مما أجبأ التنظيم إلى تكثيف عدد هذه اللجان، إلا أنه ومع قلة الإطارات التي يمكن له هيكله هذه اللجان وكذا ندرة المال العام من جديد وما سينجر عنه من قلة المشاريع وبالتالي قلة الصفقات العمومية التي ستعرض على هذه اللجان، وابتغاء إضفاء رقابة جادة وصارمة على صرف المال العام والتصرف فيه، يمكن إقتراح حذف بعض اللجان، حيث تكون مراقبة إجراءات الصفقة عموما على جوانب تتعلق بالتأكد من تمكين المنافسة الواسعة مع إضفاء شفافية على الإجراءات حتى تتمكن من تحقيق نوع من العدالة وهذا وفق المبادئ المعلن عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وهي: العدالة بين المنافسين والتمكين من المنافسة الواسعة وكذا حرية المشاركة في الصفقة العمومية، وجدير بالذكر أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد خص لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ببعض الأحكام القانونية الخاصة، منها:

- يعينون أعضاء لجان الصفقات العمومية ومستخلفيهم من طرف إدارتهم وهذا لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد بإستثناء المعينون بحكم الوظيفة.

- منح المسؤول الأول للمصلحة المتعاقدة سلطة تعيين عضو مستخلف من خارج المصلحة وهذا لإستخلاف رئيس اللجنة في حالة غيابه.

- الإعلان عن حضور ممثلين عن المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة أشغال لجنة الصفقات بصوت استشاري، على أن يكلف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتزويد أعضاء اللجنة بكل المعلومات اللازمة والضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة.

أولا/ اللجنة الجهوية للصفقات:

وهو ما جاء طبقا لأحكام المادة 171 من المرسوم الرئاسي الجديد-²، والذي نص في طياته اختصاص وتشكيل في طياته اختصاص وتشكيل اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.

01- تشكيلتها: حيث ومن خلال نص نفس المادة فإن هذه اللجنة تتشكل من:

¹ - أنظر المواد 171، 172، 173، 174، 175 و179 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 171 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

- الرئيس: الوزير المعني أو من يمثله.
- الأعضاء: حيث تتكون هذه اللجنة من:
- ممثل (01) عن المصلحة المتعاقدة
- ممثلين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة.
- ممثل عن وزير التجارة.

تحدد قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني.

02- اختصاصاتها: حيث تختص اللجنة بما يلي :

- دراسة مشاريع دفاتر شروط الصفقات الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية ضمن حدود اختصاصها المالي المنصوص عليه.
- دراسة مشاريع الملاحق المتعلقة بتلك الصفقات مع مراعاة أحكام المادة 139 من تنظيم الصفقات العمومية.¹

- معالجة الطعون التي يتقدم بها المتعهدين .

هذا وقد حددت المادة 184 من المرسوم الرئاسي الجديد² اختصاص اللجنة الجهوية للصفقات في حالة إبرامها الصفقة من قبل المصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية ضمن مستويات محددة، كما حددت المادة 139 وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 فيما يخص الملاحق.

ثانيا / لجنة الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية والهيكلي غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

وهو ما حددته المادة 172 من القانون الجديد³ والذي نص في طياته إختصاص وتشكيل هذه اللجنة،

01- تشكيلتها: تتشكل اللجنة من:

- الرئيس: ممثل الوصاية.

¹ - أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 184 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

³ - أنظر المادة 172 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

-الأعضاء: وتتكون من:

- المدير العام أو مدير المؤسسة أو من يمثلها.
- ممثلين إثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة .
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

02 -اختصاصاتها: تختص هذه اللجنة بمايلي:

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات الخاصة بالمؤسسة ضمن حدود اختصاصها المالي المنصوص عليه.
- دراسة مشاريع الملاحق المتعلقة بتلك الصفقات مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد.
- معالجة الطعون التي يتقدم بها المتعهدين.
- ثالثا/ اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

وهو ما حدته المادة 173 من القانون الجديد،¹والذي نص في طياته اختصاص وتشكيل هذه اللجنة، كما تحدثت المادتين 136 و137 من قانون الولاية،²عن بعض الأعضاء الواجب حضورهم في حالة إبرام صفقات خاصة بالولاية.

01-تشكيلتها: تتشكل اللجنة من:

- الرئيس: الوالي أو من يمثله.
- الأعضاء: وتتكون من:
- ممثل المصلحة المتعاقدة .
- ثلاث (03) ممثلين عن المجلس الشعبي
- ممثلين إثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية.
- مدير التجارة.

¹- أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، المذكور آنفا.

²- أنظر المادتين 136 و137 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بقانون الولاية، ج.ر.ج.ج، العدد 12، المؤرخ في 29 فبراير 2012 .

02- اختصاصاته: تختص اللجنة بمايلي:

- دراسة مشاريع دفاتر شروط الصفقات والملاحق الخاصة التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية والمصالح الخارجية والإدارات المركزية.

-دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 200 مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، و50 مليون دينار جزائري لصفقات الخدمات، و20 مليون دينار جزائري لصفقات الدراسات

دراسة مشاريع الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

-معالجة الطعون التي يتقدم بها المتعهدين.

رابعا/ اللجنة البلدية للصفقات العمومية:

وهو ما حددته المادة 174 من القانون الجديد،¹ وكذا المادة 191 من قانون البلدية

والذي نص في طياته اختصاص وتشكيل هذه اللجنة،

01-تشكيلتها: تشكل اللجنة من:

- الرئيس: رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من يمثله.

- الأعضاء: وتتكون من:

- ممثل المصلحة المتعاقدة.

- منتخبين إثنين (02) يمثلان المجلس الشعبي البلدي المجلس الشعبي البلدي.

- ممثلين إثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

02 - اختصاصاته: تختص اللجنة بمايلي :

- دراسة مشاريع دفاتر شروط الصفقات الخاصة بالبلدية ضمن حدود اختصاصها المالي

المقرر قانونا (وبحسب تنظيم الصفقات فهي التي تقل حدودها المالية: 20 مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، وعن 50 مليون دينار جزائري لصفقات الخدمات، وعن 20 مليون دينار جزائري لصفقات الدراسات).

¹ - أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

- دراسة مشاريع الملاحق الخاصة بالبلدية مع مراعاة أحكام المادة 139 من القانون الجديد،
 - معالجة الطعون التي يتقدم بها المتعهدين.
- خامسا/ لجنة الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:
- وهو ما حدته المادة 175 من القانون الجديد، والذي نص في طياته اختصاص وتشكيل هذه اللجنة.

01-تشكيلتها: تشكل اللجنة من:

- الرئيس: ممثل الوصاية.
 - الأعضاء: وتتكون من:
 - المدير العام أو مدير المؤسسة أو من يمثلهما.
 - ممثل (01) منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.
 - ممثلين إثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصحة المحاسبة).
 - ممثل (01) عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية.
- #### 02-اختصاصاته: تختص اللجنة بمايلي :

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات الخاصة بالمؤسسة ضمن حدود اختصاصها المالي المنصوص عليه.
 - دراسة مشاريع الملاحق الخاصة بالصفقة مع مراعاة أحكام المادة 139 من القانون الجديد.¹
 - معالجة الطعون التي يتقدم بها المتعهدين.
- #### ب- رقابة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

لقد أولى المشرع الجزائري رعاية كبيرة وأهمية قصوى للجان الصفقات العمومية من حيث الكم الهائل من النصوص الخاصة والمتضمنة تشكيلة هذه اللجان واختصاصاتها سواء على المصلحة المتعاقدة أو على المستوى القطاعي، وهذا من خلال دراسته لقواعد الرقابة على الصفقات العمومية خصوصا تلك التي تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجديد، حيث أسند هذا المشرع دورا مميزا وغير معهود في المراسيم والقوانين السابقة للجان الصفقات العمومية سواء

¹ - أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

البلدية أو الولائية أو اللجان الخاصة بالمؤسسات أو حتى تلك المتعلقة باللجنة القطاعية، وهذا ما نحن بصدد دراسته في هذا الفرع من بحثنا، في البداية نتطرق لما نصت عليه المادة 179 من المرسوم الرئاسي الجديد¹، والتي أعلنت في طياتها عن إنشاء وإحداث لجنة قطاعية للصفقات العمومية على مستوى كل دائرة وزارية تتولى مهمة الرقابة على هذه الصفقات ضمن القيود ولحدود الميمنة تفاصيلها من خلال المادة 184 المذكورة آنفا.

إن أهم ما يلاحظ في القانون الجديد هو أنه تم حذف اللجان الوطنية للصفقات العمومية والتي نصت عليها المادة 142 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السابق والملغى،² واستحداث أخرى والتي أعطاها اسم اللجنة القطاعية للصفقات والتي تكون على مستوى كل دائرة وزارية كما أسلفنا الذكر سابقا، للإشارة فهناك ملاحظة في غاية الأهمية من ناحية الشكل، مفادها أن المشرع بدأ فيما خص هذه اللجنة بذكر اختصاصاتها قبل التطرق والإعلان عن تشكيلتها، فالمواد من 180 إلى 184 من المرسوم الجديد كلها تتحدث عن اختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، ولم يتطرق بذكر تشكيلتها إلا لاحقا من خلال المادة 185 من نفس القانون الجديد.

01-تشكيلتها: تتكون اللجنة من أشخاص على قدر كبير من الكفاءة والخبرة والممارسة، حيث يتم تعيينهم من قبل الوزير المعني وهذا بموجب قرار، هذا وتشكل هذه اللجنة بحسب ما نصت عليه المادة 185 من المرسوم الجديد،³ من:

- الرئيس: الوزير المعني أو من يمثله.

- الأعضاء: وتتكون من:

- ممثل عن الوزير المعني نائب الرئيس.

- ممثل (01) عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثلان (02) عن القطاع المعني.

- ممثل (01) عن الوزير المكلف بالمالية.

- ممثلان (02) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

¹ - أنظر المادة 179 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر آنفا.

² - أنظر المادة 142 من المرسوم الرئاسي 10-236، المذكر آنفا.

³ - أنظر المادة 185 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر آنفا.

وبالرجوع للجريدة الرسمية الصادرة سنة 2016 في عددها رقم 17 نجد أنها احتوت في طياتها على القرار المؤرخ في 12 يناير 2016 والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية وأشار القرار إلى للأعضاء الدائمين والإضافيين.¹

وطبقا للمادة 186 من نفس المرسوم الرئاسي الجديد،² تعهد رئاسة اللجنة لنائب الرئيس في غياب الرئيس أو حدوث مانع له، ويتولى الوزير المعني بموجب قرار تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات ومستخلفيهم بأسمائهم وهذا بناء على اقتراح الوزير المعني الذين يخضعون له، وإشترط المشرع عنصر الكفاءة في اللجنة وهو ما صرح به في المادة 187 من القانون الجديد،³ وطالما تعلق الأمر بالإختيار والقائمة لا بد من ذكر المدة، وهو ما أشارت إليه ذات المادة في فقرتها الثانية (02)، حيث قامت بتحديد مدة العضوية بثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد، ويحضر الأعضاء الذين يمثلون المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة من الخدمات، اجتماعات اللجنة القطاعية بانتظام وبصوت استشاري، ويتولى ممثل المصلحة المتعاقدة تقديم كل المعطيات المتعلقة بالصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 188 من المرسوم الجديد.⁴

وتمارس اللجنة رقابتها طبقا للمادة 189 من المرسوم الرئاسي الجديد⁵ لمشروع الصفقة المعروضة خلال 45 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة، وإن تعلق الأمر بطعن نتيجة منح مؤقت تعيين إخضاعه من حيث الآجال للمادة 82 من نفس المرسوم الرئاسي الجديد، كما تمارس اللجنة عملها في إطار نظام داخلي تتولى المصادقة عليه من قبلها، ثم يتم إصداره في شكل مرسوم تنفيذي، وهذا ما أشارت إليه المادة 190 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.⁶

¹ - القرار المؤرخ في 12 يناير 2016 والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية الصادر في الجريدة الرسمية الصادرة سنة 2016 في عددها رقم 17 على القرار المؤرخ في 12 يناير 2016 والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية.

² - أنظر المادة 186 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر أنفا

³ - أنظر المادة 187 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر أنفا

⁴ - أنظر المادة 188 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر أنفا

⁵ - أنظر المادة 189 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر أنفا

⁶ - أنظر المادة 190 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكر أنفا

- 02-إختصاصاتها:** تختص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية فيما حددته المواد 180 و181 و182 و183 و184 من المرسوم الجديد،¹ وتمثل في:
- مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها.
 - المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
 - مراقبة إجراءات إبرام الصفقة ومعالجة الطعون المرفوعة إليها من المتعهدين.
 - دراسة مشاريع دفاتر شروط الصفقات والملاحق الخاصة التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية والمصالح الخارجية والإدارات المركزية.
 - مراقبة مشاريع دفاتر الشروط أ و صفقة أشغال يفوق مبلغها التقدير الإداري للحاجات والصفقة مليار دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق خاص بهذه الصفقة مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد.
 - مراقبة مشاريع دفاتر الشروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغها التقدير الإداري للحاجات والصفقة 300 مليون دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق خاص بهذه الصفقة مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد.
 - مراقبة مشاريع دفاتر الشروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغها التقدير الإداري للحاجات والصفقة 200 مليون دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق خاص بهذه الصفقة مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد.
 - مراقبة مشاريع دفاتر الشروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغها التقدير الإداري للحاجات والصفقة 100 مليون دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق خاص بهذه الصفقة مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد.
 - مراقبة مشاريع دفاتر الشروط أو صفقة أشغال ولوازم للإدارة المركزية يفوق مبلغها التقدير الإداري للحاجات والصفقة 12 مليون دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق خاص بهذه الصفقة مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد.²
 - مراقبة مشاريع دفاتر الشروط أو صفقة خدمات أو دراسات الإدارة المركزية يفوق مبلغها التقدير الإداري للحاجات والصفقة 06 مليون دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق خاص

¹ - أنظر المواد 183، 182، 181، 180 و184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا

² - أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا

بهذه الصفة مع مراعاة أحكام المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد، وبالرجوع للحريفة الرسمية الصادرة سنة 2016 في عددها رقم 17 نجد أنها احتوت في طياتها على القرار المؤرخ في 12 يناير 2016 والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية وأشار القرار إلى للأعضاء الدائمين والإضافيين.

ج- قواعد سير أعمال لجان الصفقات العمومية.

تضمن المرسوم الجديد كما معتبرا من المواد وردت تحت عنوان "الأحكام المشتركة" وتراوحت من المادة 191 إلى المادة 202، وبالرجوع لهذه الأحكام يمكننا معرفة قواعد سير لجان الصفقات المختلفة، وهنا يكمن الطابع التوحيدي الذي قصده المشرع إذ حرص كأصل عام أن يجمع قواعد عمل كل اللجان في أحكام واحدة، وهذا أمر طبيعي طالما كانت كل لجان الصفقات على اختلاف أنواعها ومستوياتها وتشكيلتها البشرية تمارس على الوجه الغالب ذات الاختصاصات، فجاءت هذه المواد لتحديد كل على حدا قواعد سير عملها من إعلان اجتماعاتها من خلال مبادرة أو دعوة من رئيسها لتحفيز أعضائها بالحضور على أغلبيتهم إلى غاية منح التأشيرة أو رفضها، هذا ويتحدد اختصاص لجنة الصفقات بممارسة رقابتها السابقة في نطاق معين بموجب منح التأشيرة أو رفضها وهذا وفقا للمادة 178 من المرسوم الجديد،¹ خلال مدة أقصاها عشرون (20) يوما من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة، وعليه فإن رقابة لجنة الصفقات إنما تتمثل وتتجلى عمليا في إحدى صورتين، هما :

أولا / منح التأشيرة:

على الرغم من أن التأشيرة لا تتمتع بجميع خصائص القرار الإداري، حيث لا تحدث أثرا وأذى بذاتها، من حيث عدم تمتعها بالطابع التنفيذي فإنها تقوم كتصرف قانوني على مجموعة من الأركان والشروط المتمثل في السبب والاختصاص بنوعيه الشخصي والزمني، المحل الشكل والإجراءات وكذا الهدف أو الغاية.

ثانيا/رفض التأشيرة:

كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة يقوم برفض هذه التأشيرة على مجموعة من الأركان، تتمثل في السبب، الاختصاص بنوعيه الشخصي والزمني وكذا المحل.

¹ - أنظر المادة 178 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

ولما كانت رقابة لجان الصفقات بمنح التأشيرة أو برفضها، ليست اختصاصا بإبرام الصفقات العمومية، وإنما تمثل فقط رقابة خارجية سابقة، فإن المرسوم الرئاسي الجديد يخول للمصلحة المتعاقدة (رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي، الوزير...)، سلطة تجاوز رفض التأشيرة إذا أملت اعتبارات ومعطيات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن، استجابة لمبادئ الحوكمة.

بالإضافة للرقابة الداخلية التي تمارسها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وكذا الرقابة الخارجية والممارسة من قبل لجان سواء كانت وطنية أو حتى محلية، هناك رقابة أخرى أسماها المشرع بالرقابة الوصائية.

- الرقابة الوصائية :

وهي الرقابة التي تباشرها السلطة الوصية على المصلحة المتعاقدة وغايتها التحقيق من مطابقة الصفقات التي ترممها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفاعلية والاقتصاد والتحقق من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار أولويات القطاع وبرامجه المسطرة، وتباشر الوصاية رقابتها على أعمال المصلحة المتعاقدة، من خلال:

01- الاطلاع على المداولات المرفوعة إليها من الجهات اللامركزية والمتعلقة بصفقات عمومية وإصدار قرارات بشأنها إما بالمصادقة أو الرفض، ومثال ذلك ما جاء في قانون البلدية من خلال نص المادة 19 من قانون البلدية¹ والذي نص على أنه يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي، يرسل حضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما.

02- الإطلاع والتحقيق في التقرير التقييمي المرفوع إليها من المصلحة المتعاقدة والمتضمن ظروف إنجاز الصفقة ومبلغها الإجمالي وأهدافها المسطرة.

المطلب الثاني: وسائل الرقابة أثناء تنفيذ العقد الإداري.

تلجأ الإدارة في استخدام سلطاتها في الرقابة أثناء تنفيذ العقود الإدارية، إلى عدة أساليب وطرق، تختلف بحسب طبيعة ونوع كل عقد من العقود، ومدى درجة اتصاله وارتباطه المرفق العام، ولذلك فمن الصعب والعسير حصر كل صور الرقابة الممارسة من قبل الإدارة العامة وهي

¹ - أنظر المادة 19 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بقانون البلدية، ج.ج.ج.ج، العدد 37، المؤرخ في 03 جويلية 2011

بصد تنفيذها للعقود الإدارية، وبالرغم من كل ذلك فإننا سنحاول أن نبرز بوضوح أكثر الأساليب الرئيسية المتبعة من الإدارة في رقابة المتعاقد معها، ولعل أثر هذه الأساليب المعروفة والمتبعة، هي: الرقابة الإدارية والرقابة المالية وكذا الرقابة الفنية، بالإضافة إلى اتباعها أسلوب الأوامر، وعلى هذا الأساس سنتعرض لكل رقابة في فرع مستقل على حدى من خلال تقسيم المطلب إلى أربع (04) فروع، حيث أقوم بدراسة الرقابة الإدارية في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني أتعرض للرقابة المالية، وفي الفرع الثالث أتطرق إلى الرقابة الفنية، أما في الفرع الرابع فسوف أدرس الأوامر المصلحية.

الفرع الأول: الرقابة الإدارية

وهي قيام الإدارة بمراقبة قرارات وخطوات الملتزم نفسه والاتجاهات العامة التي يسلكها خلال تنفيذه العقد الإداري، وتنص عقود الالتزام عادة على هذا النوع من الرقابة، من خلال النص على اشتراك الجهة الإدارية في تسيير وإدارة المنشأة محل العقد، وهذا عن طريق منح مندوبي جهة الإدارة المشاركة في إصدار القرارات الداخلية بحضور مجالس الإدارة، ويكون لهم حق التصويت أو عن طريق تعيين مدير المنشأة أو المرفق أو بعض أعضاء مجالس الإدارة،¹ فالرقابة الإدارية تتم عن طريق قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق والمشاركة في إصدار القرارات الداخلية، وتتم من خلال إحدى الوسيلتين :

الأولى: تعيين مندوب أو مفوض يحضر اجتماعات مجلس الإدارة ويكون له حق التصويت والاعتراض على الموضوعات المطروحة، والمتعلقة بإدارة المرفق.

الثانية: تقوم بتعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة، ففي فرنسا على المفوض إليه تقديم سنويا قبل أول جوان تقريرا إلى السلطة المفوضة يتضمن بشكل خاص الحساب التي تبين جميع العمليات الخاصة بتنفيذ تفويض المرفق العام وتحليل لجودة الخدمة، مع إرفاقه بملحق يسمح لسلكة التفويض تقييم أوضاع تنفيذ المرفق العام، أما السلطة الرقابية في مصر فتكون على نوعين:

النوع الأول: الرقابة الإدارية بواسطة السلطة المانحة (رقابة داخلية) وهذا طبقا للمادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1948 والمعدلة بالقانون رقم 185 لسنة 1958 الخاص بالالتزام المرافق العامة،² الذي أعطى السلطة المانحة مراقبة إنشاء المرفق العام موضوع الامتياز وسيره من النواحي

¹ - محمد أحمد الارناؤوط، المرجع نفسه، ص 85

² - أنظر المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1948 والمعدلة بالقانون رقم 185 لسنة 1958 الخاص بالالتزام المرافق العامة

الفنية والمالية خاصة الإدارية محل دراستنا، ويكون ذلك عن طريق تعيين مندوبين عنها في كافة الفروع والإدارات لمراقبة النواحي السابقة، ويتولى هؤلاء المندوبين وضع تقارير عن هذه الرقابة مع إرسالها إلى الجهة المانحة لغرض مراجعتها.

النوع الثاني: الرقابة الإدارية بواسطة لجان التحقيق (رقابة خارجية) ، فوجد في المادة 07 من نفس القانون المذكور سابقاً أنها أجازت للوزير المختص أن يشكل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات أو الهيئات العامة لتولي أمراً من أمور الرقابة على المرافق العامة ، ويجب على الملتزم تقديم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل ما يطلبوه من مستندات أو بيانات أو حتى إحصائيات الغرض منها تسهيل مهمتهم في الرقابة، أما في العراق فإن الجهة المختصة بالرقابة الإدارية بموجب الدستور يكون من حق رئيس الجمهورية أو من يخوله باعتباره مسؤولاً عن أعمال مختلف الوزارات أن يباشر الرقابة على سير المشاريع الحكومية والإشراف على جميع المرافق¹ وكذلك من حق مجلس الوزراء مراقبة سير المشاريع الحكومية والإشراف على جميع المرافق العامة في البلاد² وللمجلس الوطني المنحل أيضاً صلاحية التفتيش والرقابة على نشاطات المرافق العامة في البلاد بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 115 لسنة 1988 صلاحية الرقابة والإشراف على العقود والمشاريع المنفذة ضمن حدود وحدائقهم الإدارية.³

وبالتالي فوجود لجنة خاصة مناطها الرقابة على العقود الإدارية بجميع أنواعها في العراق على غرار ما هو موجود في مصر وفرنسا.⁴

الفرع الثاني: الرقابة المالية.

يقصد بها حق الإدارة في التفتيش على حسابات المتعاقد معها الخاصة باستغلال المرفق العام، حيث يلتزم المتعاقد بإمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقاً للقواعد المالية والمحاسبة المتعارف عليها والمعمول بها وهذا ينظم القانون الخاص بالتزامات المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 قواعد الرقابة المالية لجهة الإدارة مانحة الالتزام.⁵

¹ - أنظر المادة 57 من الدستور العراقي لسنة 1980

² - أنظر المادة 62 من الدستور العراقي لسنة 1980

³ - القرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 115 لسنة 1988 صلاحية الرقابة والإشراف على العقود والمشاريع المنفذة ضمن حدود وحدائقهم الإدارية

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 47 وص 48.

⁵ - المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1947 والمعدل بالقانون رقم 497 لسنة 1954 والقانون 185 لسنة 1958 .

وتعد الرقابة المالية أحد وسائل وطرق وأساليب الإدارة المتبعة في الرقابة على تنفيذ التعاقد لالتزاماته، إلا أنه يجب أن لا تتخطى هذه الإدارة الحدود المسموح بها، والتي يمكنها أن تؤدي إلى التدخل على النحو الذي يعوق ويفرمله الملتزم عن تأدية عمله في أحسن الظروف وعلى أحسن الأحوال، فيجن أن تبقى للملتزم اليد الأطول في إدارة المرفق واستغلاله، فتدخل الإدارة على النحو الذي يضمن فقط التأكد من استغلال المرفق وتسييره باستمرار وبانتظام واضطراد على نحو يُمكن المنتفعين الحصول على خدمات المرفق العام،¹ وقد أقر القضاء الفرنسي حق الإدارة في مباشرتها قبل الملتزم على نطاق واسع، وذلك على ما قضى به في حكمه الصادر بتاريخ 18 جويلية 1930 في قضية شركات السكك الحديدية "PLM".²

كما حددت بعد ذلك الجهة المختصة بالرقابة المالية وهي القضاء المالي أي محكمة المحاسبات والدوائر الإقليمية للمحاسبات، ولغاية 8 فبراير 1995 لم يكن القضاء المالي في فرنسا مختص بالرقابة على المفوض إليه طالما كان شخصا خاصا ويتولى إدارة مرفق عام، فكان اختصاصه بالرقابة مقتصرًا على الأشخاص العامة حتى ولو كانت تدير مرفق عام باعتبارها مفوض إليها، إلا أن المشرع الفرنسي ورغبة منه لتحقيق الوضوح ومقاومة الرشوى عهد للقضاء فحص التقارير المقدمة من طرف المفوض إليه إلى سلطة التفويض، ويكون له الحق في الاطلاع على الفواتير والسجلات الممكن تعلقها بعقد التفويض، ويكون للقضاء المالي الحق في الحصول على صورة من الأوراق ونهاية الأمر يقوم بإبداء ملاحظاته لصاحب الشأن والإجراءات المتخذة.

أمّا في مصر فهذا الحق معترف فيه للإدارة، حيث أوضحت المذكرة الإيضاحية بقانون رقم 158 لسنة 1958 أسباب تعديل المادة 07 (المذكورة آنفا) بأن حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده عام ذكره المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجود طالما وجد المرفق العام، وقد تضمن المشرع مقترح تعديل نص المادة 07 من القانون 1947 (ذكر سابقا)، بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأرق على الملتزم لكفالة سير المرفق العام وأن لا تقف الإدارة عند وسيلة بعينها بل تترخص في الجمع بين صور عدة من الرقابة واختبار بعضها دون الآخر وفقا لاحتياجات المرفق، كما حددت الجهة

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص 84.

² - 18.07.1930 CE - Société PLM, 18.07.1930 conc./josse...RDP, 1931 p.142 المشار إليه في كتاب سيف: سعد

المهيدى الدليمي، المرجع نفسه، ص 49.

المختصة بهذه الرقابة متمثلة في الجهاز المركزي للمحاسبات، يتولى مراقبة عقود الالتزام من النواحي المالية المنوط به رقابتها وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام بذلك.

أما في العراق فهذا الحق معترف به للإدارة بموجب الدستور، يكون من حق رئيس الجمهورية أو ما يخوله ذلك باعتباره مسؤولاً عن مختلف الوزارات ان يباشر الرقابة بشكل عام على سير المشاريع الحكومية والإشراف على جميع المرافق العامة في البلاد، كذلك من حق مجلس الوزراء مراقبة سير المشاريع والإشراف أيضاً، وكذلك المجلس الوطني المنحل صلاحية التفتيش والرقابة وأيضاً رؤساء الوحدات المحلية صلاحية الرقابة والإشراف المنفذة ضمن حدود وحدائقهم الإدارية على العقود والمشاريع.¹

الفرع الثالث: الرقابة الفنية.

ويقصد بها الرقابة الممارسة من طرف الإدارة على الملتزم فيما يتعلق باستغلال المرفق العام موضوع الالتزام، وهذا للتأكد من أن استغلال المرفق العام وتسييره يتم وفقاً للشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو في دفاتر الشروط الخاصة، حيث يكون للإدارة متابعة تنفيذ الالتزام في جوانبه الفنية المتفق عليها في العقد، فيكون لموظف الإدارة الحق في الدخول لجميع الإدارات في منطقة الإستغلال، والحق في الاطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسومات، وإجراء الفحوصات للتأكد من معدلات الإنتاج وكفاءة الاستغلال، مطابقة الشروط المتفق عليها في العقد.

ويتضح هذا النوع من الرقابة بشكل خاص في عقود الامتياز، حيث تمارسها الإدارة في مجال استغلال وتشغيل المرافق، وبشكل خاص تلك التي تتميز بتكنولوجيا متقدمة أو يحيط بها مخاطر جسيمة مثل امتياز توليد الطاقة الكهربائية بغير الطرق التقليدية في فرنسا وعقود توزيع ونقل الغاز، اتفاقيات الامتيازات البترولية في مصر.²

الفرع الرابع: الأوامر المصلحية.

وتعتبر الأوامر المصلحية الوسيلة الأساسية في الرقابة على المتعاقد في مجال عقود الأشغال العامة، حيث تعتبر الإدارة صاحبة المشروع في هذا النوع من العقود، والمتعاقد مع الإدارة يقتصر دوره على المساعدة على تنفيذ المرفق العام، ولذلك تتمتع الإدارة في هذه العقود بسلطة رقابية

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه ص 49 وص 50 وص 51.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص 83.

واسعة المدى وكاملة، حيث يتسع نطاقها لدرجة التوجيه والإشراف الكامل ويقتصر دور المقاول على تنفيذ التعليمات، ويصبح للإدارة الحق في مراقبة وفحص المواد المستخدمة في إنشاء المرفق، والتأكد من مطابقتها للمواصفات، فيكون من حق مهندس الإدارة الدخول إلى موقع التنفيذ مراقبة عملية التنفيذ ذاتها، وتكون الأوامر المصلحية هي الوسيلة المثلى التي تتبعها الإدارة في هذا الإشراف والتوجيه.

ويعرف الأمر المصلحي أنه الأمر الصادر من جهة الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، يصدر عادة من الأعضاء الفنيين في الإدارة، لاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على التنفيذ، ويُعد قرارا إداريا يجب على المقاول احترامه وتنفيذ ما جاء به، فإذا كان له أي اعتراض يجب عليه سلوك السبيل المشروع للاعتراض، إمّا بالتظلم الإداري أو الطعن القضائي.

ومن هذا التعريف يتضح أن الأوامر المصلحية هي قرارات إدارية ملزمة، يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترامها، وتنفيذ ما جاء بها، وله في سبيل الاعتراض عليها أن يسلك الطرق القانونية للاعتراض على القرارات الإدارية، ومنها التظلم من القرار للجهة الإدارية التي أصدرته، أو اللجوء إلى القضاء المختص والذي يكون في هذه الحالة قاضي العقد، ذلك لأنه لا يمكن الطعن في هذه القرارات بالإلغاء، بل إن القرارات تصدرها الإدارة بصفقتها المتعاقدة، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى مخالفتها شروط العقد للطعن فيها بالإلغاء، ذلك إلى أن دعوى الإلغاء هي دعوى مشروعية.¹

وفي نفس السياق ومن أجل إثراء هذا الموضوع قمت بالتطرق إلى سلطة الرقابة على ضوء التشريع الجزائري، وكذا الاستعمال غير المشروع لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

أولا: سلطة الرقابة على ضوء التشريع الجزائري.

للإدارة سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد معها وحظى الإدارة بهذه السلطة سواء تم تقريرها صراحة في دفتر الشروط أو دون ذلك، ويختلف مدى هذه السلطة باختلاف نوع العقد المبرم، فكلما قويت صلة العقد بالمرفق كلما زادت تلك السلطات كعقد الأشغال العامة وكلما ضعفت العلاقة مع المرفق يحقق التوريد البسيط مثلاً.

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص 85 وص 86.

وتُباشِر الإدارة سلطة مراقبة تنفيذ العقد من خلال تنفقد أشغال الإنجاز والتحقق من حسن سيرها وأدائها، أو بالتحقق من سلامة المواد المستعملة باخضاع عينات منها للمعاينة والفحص العلمي والتأكد من مطابقتها للمواصفات المطلوبة، أو من خلال إصدار أوامر ملزمة وتنفيذية للمتعاقل المتعاقل، وتأخذ هذه الأوامر بشكل قرار إداري، وقد أجز للمتعاقل المتعاقل معها حق الإعتراض عليها، إن كان ذلك لا يوقف تنفيذها.¹

كما يجب التنبيه في هذا السياق إلى أن القضاء الإداري يوجب على الإدارة عند مباشرتها لسلطتها في الرقابة التقيد بضوابط المشروعية، كما يفرض عليها إلتزام الإطار العام للعقد، إذ ليس للإدارة المبالغة تحت مسار حق الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير موضوع العقد أو الإعتداء على حقوق المتعاقل الآخر.²

وقد سار المشروع الجزائري على نفس النهج المتبع، حيث اعتبر أن سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن للإدارة التنازل عنها، فهي ليست بالإمتمياز الممنوح للإدارة بحد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة وغالباً ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات، ويتجسد ذلك في عقد الأشغال العامة بالنظر إلى طبيعته الخاصة وكون أن التنفيذ لا يستغرق مدة زمنية طويلة، غير أن سلطة الإشراف والرقابة وإن كانت ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة ومقررة في سائر العقود الإدارية، إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى، فسلطة الإشراف والمراقبة تبرز أكثر، ويتسع مساعها ومداها في مجال العقود العامة كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة وتحتاج إلى متابعة متواصلة مستمرة تفادياً لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول ومؤسسة التنفيذ وعلى ذلك فعقد الأشغال يفرض تتدخل الإدارة ببدء الأشغال ويعد من أهم القرارات المهنية الانفرادية الصادرة عنها وتجسيد بحق سلطتها في الإشراف.³

¹ - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1985 ص 13 .

² - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود، دراسة فقهية تشريعية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، السداسي الأول 2018، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة ص 187 .

³ - أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العلمية في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق، القاهرة-مصر، 1973، ص 32 .

كما يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرّف العام عليه، وينقلب المقاول أو المتعامل المتعاقد معد إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة، ويهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطانها وضمان حقوق المتعاقد معها بجودة للمقاول المعني أو مؤسسات التنفيذ اللجوء للقضاء الإداري بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمة تخص تنفيذ عقد الأشغال العامة، أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات.¹

أما التوريد أو عقد اقتناء اللوازم فطبيعته المشرع الجزائري تفرض إتخاذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة من الأول، وهذا ما تطرقنا له عند دراسة هذه العقود في القوانين الفرنسية والمصرية وكذا العراقية فالأمر هنا يتعلق بمواد منقولات يلزم المتعاقد بوضعها تحت تصرف الإدارة ومنه حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد والمعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد، وتمارس الإدارة بموجبه مجموعة من السلطات من بينها ممارسة حق الحصول على المنتج المطلوب محل العقد من السوق ومن متعامل آخر على حساب المتعاقد الأول لضمان حسن سير المرفق العام في حال إخلال المتعاقد الرئيس أو الأصلي في الوفاء التزامه.

كما تتمتع الإدارة بجملة من السلطات الانفرادية في عقد الامتياز فرضتها طبيعة هذا العقد في حد ذاته باعتباره أحد أساليب تعويضات المرفق العام وهو ما أثارت إليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247²، فهي تراقب نشاط المرفق العام المسير بطريقة الامتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أم أن هناك خرق من جانبه لآخر البنود العقدية، فتتأخذ الإجراءات القانونية.³

لا يترتب على إبرام العقد الإداري ترك المتعاقد ينفذ العقد بأي طريقة أو وسيلة كانت، والقاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، كما لا يمكن التنازل عنها، ذلك أنها تشكل أهم مظهر وتطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف،⁴ الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، وعليه فإن كل العقود الإدارية عامة وكل

¹ - عمار بوضيف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 147-15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2016، القسم الثاني، ط5، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية- الجزائر، 2017، ص08 وص09 .

² - أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، ص44، سالف الذكر.

³ - عمار بوضيف، المرجع نفسه، ص10، ص11 .

⁴ - محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، غنابة الجزائر، السادس الأول 2017، ص267 .

الصفقات العمومية تخول لجهة الإدارة وعليه فإن ممارسة مجموعة من السلطات تجاه المتعاقد معها ويمكن أن يكون أساسها عقدي حين يتم النص عليه في العقد، أو أساس قانوني حين ينص عليها القانون أو التنظيم.

ثانياً: الاستعمال غير المشروع لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

للإدارة حق الإشراف على تنفيذ العقد، فترقب المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد بغية التحقق من أن ذلك التنفيذ يتم وفقاً للشروط المحددة في العقد، فمن قبيل رقابة الإدارة وإشرافها على تنفيذ عقودها حق الإدارة في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم، والإدارة تمارس سلطتها في هذا الشأن إعمالاً لامتيازاتها ومظاهرها الأصلية في التنفيذ المباشر، وفي إصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المنفردة دونما حاجة اللجوء إلى القضاء مقدماً.¹

فسلطة الرقابة أياً كان مداها فهي ليست مطلقة بل ترد عليها قيود وضوابط سبق لنا التطرق إليها وإلا أصبحت إما مظهر سلطة أخرى غير سلطة الرقابة أو أصبحت عملاً غير مشروع، وفي الحالتين تلتزم الإدارة بإزاءها بتعويض المتعاقد معها على الضرر الذي يصيبه، وهي أن لا تؤدي هذه السلطة إلى تعديل العقد وكذا عليها إصدار القرارات الخاصة بالرقابة في حدود القواعد العامة للمشروعية.²

ومن هنا يتضح حدود استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يخضع لضابطين، ضباط عام يتمثل في ضرورة اتخاذ قرارات الإدارة في إطار مبدأ المشروعية، أي وجود دافع الإدارة في اتخاذها تحقيق المصلحة العامة وضابط خاص بالعقد الإداري موضوع الرقابة حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديلاً في شروطه، وعليه فإن مجرد التجاوز المنسوب للإدارة في ممارستها سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه طالما كان بعيداً عن دائرة التعسف أو الخطأ، فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأ من جانب الإدارة، وإن كان يترتب عليه إلتزام الإدارة بتعويض المقاول عن النفقات التي يتكبدها نتيجة ذلك التجاوز، وذلك إعمالاً لمبدأ التوازن المالي للعقد، وهو ما يمثل إحدى حالات مسؤولية الإدارة العقدية بلا خطأ.³

¹ - أحمد سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 65 .

² - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 149 .

³ - إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 69 .

خلاصة الفصل الأول:

إن حق الإدارة في الرقابة يبقى ثابتا في كل العقود الإدارية، لكن مدى استعمالها قد يختلف من عقد الى آخر، فهو في عقد الإلتزام مثلا، أوسع مجالا وأرحب نطاقا، ويرجع السبب في ذلك هو أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق العام، ويحق للإدارة التدخل في أي وقت لتغيير أسلوب الملتزم في إدارة المرفق العام، خصوصا في طريقة تعامله مع المتفاعلين بخدماته حتى لا يخرج عن نطاقه من خلال استعماله طرق غير شرعية تجعله يتعسف لأجل بلوغ ما لم يتم الاتفاق عليه مع الإدارة العامة، أما في عقود الأشغال العامة فإن الرقابة مسلمة بها أيضا، لكن ليست بالصرامة نفسها المستوجبة والمفروضة في عقود الإلتزام، أما بالنسبة لعقود التوريد فالرقابة الإدارية والإشراف عليها تكون أضعف إذا ما تم مقارنتها مع باقي العقود الأخرى والمذكورة آنفا، لأن من المسلم به أن الأصل هو حرية التعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ في هذه العقود، مع استخدام الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه إذا تطلب الأمر ذلك، لأنه حق يشمل جميع العقود الإدارية بصورة عامة، ولكن مدى تطبيقه يختلف بحسب طبيعة كل عقد.

فعند الحديث عن الرقابة لا بد من الإشارة الى معنى الرقابة وكيف نشأت وتطورت ووصلت إلى ما هي عليه اليوم فنشوء الدولة وتمتعها بالسلطات الثلاث، التنفيذية، التشريعية والقضائية، واستقلاليتها عن بعضها، ومع تزايد نفوذ الدولة وتدخلها في كل الميادين يوافقها حاجة الجمهور إلى الخدمات العامة والتي على إثرها تم إنشاء المرافق العامة لإشباع هذه الحاجات، ما حتم في ذلك وما دعت إليه الحاجة إلى وجود عقود إدارية تكون فيها الدولة كطرفا فاعلا في تلك العقود مثبتة بإدارتها وهيئاتها وأجهزتها لتقديم مصلحة عامة، ولأجل سير هذه المرافق العامة باستمرار بانتظام واضطراد في تقديم تلك الخدمات للجمهور، كان لا بد من وجود سلطة رقابة وإشراف وتوجيه للمتعاقد من أجل الوقوف على حسن استغلال هذا المرفق للصالح العام، مع تقديم أفضل الخدمات، ولأجل الوصول إلى الأفضل لا بد من خضوع القائمين بالرقابة من لجان وأفراد لمتابعات مستمرة من قبل مسؤوليهم مع تطبيق مبدأ العقاب في حالات المخالفات، وفي جميع الأحوال فحق الإدارة في الرقابة على أعمال المتعاقد معها أمر مسلم بها راجع ذلك إلى التمييز الموجود بين العقود الإدارية والعقود الخاصة، لتغليب المصلحة العامة عن مصلحة الأفراد، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود العادية متساوية ومتوازية، هي غير

متكافئة في العقود الإدارية أين تعلق وتسمو جهة الإدارة على الأفراد لهدف تغليب وجه المصلحة العامة على وجه المصلحة الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الثلاثة عن العقد الإداري. وتهدف الرقابة للتأكيد من تنفيذ العقد بشروطه الإدارية والفنية والمالية من قبل المتعاقدين وتستمد الإدارة هذا الحق بدون نص عليه في العقد باعتباره حقا طبيعيا وتنظيميا، تمارس من خلاله مسؤولياتها تجاه العقد، إلا أنّ هذه الرقابة مرتبطة بغرض العقد وموضوعه وهي مقيدة وليست مطلقة¹.

¹ - حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري-دراسة مقارنة، ط1، الدراسات الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1997، ص155.

الفصل الثاني:

سلطة الإدارة في التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية

إن المبدأ السائد في العقود الإدارية مثل باقي العقود، أنه ينتج جراء توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، وهذه الآثار تنشأ في ذمة كل من طرفي العقد لأن إرادة كل منهما قد اتجهت لقبول هذا الأثر، وهو ما يؤدي بالقول أن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه، دون الحاجة للاستناد على سلطة القانون،¹ مما يثير التساؤل حول كون العقد الإداري شريعة المتعاقدين، على غرار عقود القانون الخاص؟

فمن المعروف في مجال القانون الخاص، أن العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه، فليس لأي منهما التحلل من إلتزامه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر؛ وقد كرّس المشرع الجزائري هذه القاعدة صراحة في المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر. رقم 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 ص 818، إذ جاء فيها أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."²

إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مجال العقود الإدارية، فالرأي الراجح فقها والسائد قضاءً أن الإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس المدى الذي يرتبط به الأفراد، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الإلزام الموجودة في العقود المدنية، بحيث يجوز للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة،³ ومرد ذلك أنه راجع لكون العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف المصلحة العامة، متمثلة في تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، وبالتالي تحويل الإدارة المتعاقدة

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 111.

² - المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر.ج. رقم 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 ص 818

³ - محفوظ عبد القادر سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الاداري-دراسة مقارنة-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان س.ج، 2013-2014، ص 06

مجموعة من السلطات الاستثنائية بهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومن أهم هذه السلطات، نجد سلطة الإدارة العامة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، والتي تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية،¹ ويمكن تعريف سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، بكونها الممكنة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء التنفيذ، بصورة لم تكن معروفة أثناء إبرام العقد.²

وتتميز سلطة التعديل الإفرادي عن التعديل الاتفاقي للعقد الإداري، والذي يتم من خلال آلية الملحق L'avenant، فإن كان من المسلم به أن الجهة الإدارية تملك وحدها سلطة سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، إلا أنه يجوز تعديل هذا العقد بالإرادة المشتركة لطرفيه.³ تعد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة من أهم وأخطر السلطات التي تملكها جهة الإدارة تجاه المتعاقد، ذلك أنها تقضي على العقد الإداري مرونته تضيق وتتسع بحسب مدى هذه السلطة.⁴

فإذا كان من المسلم به في مجال عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين وهو يعني القوة الملزمة للعقدين أطرافه، فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزاماته من إرادته المنفردة ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله إلا برضى الطرف الآخر.⁵ إلا أن الأمر يختلف في العقود الإدارية، حيث لا يتمتع العقد الإداري بقوة الإلزام التي تكون في العقود المدنية تجاه المتعاقدين، وليس معنى ذلك القضاء على القوة الملزمة للعقود الإدارية، لأن هذه العقود هي التي تحد من مدى القوة الملزمة له، والإدارة هي صاحبة الاختصاص بتنظيم المرفق وانتظام سيره واستمراره، ولذلك هي تملك حق تعديل العقد الإداري بما يلائم

¹ - أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة لمعارف، الإسكندرية-مصر، 2002، ص412

² - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجمع الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، نفيض

العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003، ص103

³ - محفوظ عبد القادر، المرجع نفسه، ص07.

⁴ - محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، 2009، ص54.

⁵ - إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس-مصر،

1994، ص20.

ضروريات وحاجيات المرفق العام ومن دون الحاجة لنص على ذلك لضمان سير المرفق العام، فإذا اقتضت ضروريات المرفق العام بتعديل العقد المبرم لصالحه وجب على الإدارة تعديل بما يتفق مع مصلحة المرفق العام، ولا تخرج الإدارة على مضمون بل يكون متفقا مع طبيعة هذا العقد من حيث أهدافه وقيمه على فكرة استمرار المرفق العام وضرورة الوفاء باحتياجاته تحقيق للمصلحة العامة فللإدارة الحق في تعديل إلتزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان.¹

إن مبادئ وأحكام القانون العام المطبقة على العقد الإداري أثناء تنفيذه مبدأ تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة وهو من أبرز الشروط الاستثنائية من القانون الخاص، حيث تمارس الإدارة هذه السلطة دون الحاجة للنص عليها صراحة فهي تمارس مبادئ القانون العام ذاته ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري والاعتراف لهذه السلطة في مجال تنفيذ العقود الإدارية يؤدي إلى المساس بأهم مبدأ في القانون الخاص ألا وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد أو مبدأ ثبات عقود القانون الخاص، فمبدأ الثبات غير موجود في العقود الإدارية فهذه الأخيرة وإن اشتركت مع غيرها من عقود القانون الخاص في أنها ترتب حقوق والتزامات لكل من الطرفين المتعاقدين وتتميز هذه العقود والالتزامات مبدئيا بالثبات والاستقرار فالعقود الإدارية عبارة عن روابط مرنة يمكن تعديلها بإرادة الإدارة المنفردة دون اعتراض المتعاقد وهنا تظهر قاعدة عدم المساواة المميزة للقانون الإداري بصفة عامة ويرجع الفقه أساس التعديل إلى نظريات فعل الإمر أو قاعدة عدم ثبات العقد أو مرونته.²

وعلى هذا الأساس يمكن إثارة الإشكاليات التالية: ما مفهوم سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية؟ وما هو نطاق تطبيق سلطة التعديل وأهم المواقف الواردة عليها أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ وماذا يقصد بالملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية (العقد الإداري)؟ وللإجابة على هذه التساؤلات يتم معالجة هذه الإشكاليات من خلال تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، هي:

¹ - بة بمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2017، ص73

وص74

² - مجدي الشامي، المرجع نفسه، ص07 .

1- المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري.

2- المبحث الثاني: نطاق تطبيق سلطة التعديل وأهم المواقف الواردة عليها أثناء تنفيذ العقد الإداري.

3- المبحث الثالث: الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية (العقد الإداري).

المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري هي حق ثابت لها بوسع الإدارة استعماله ولو خلا العقد من النص بشأنه وحتى لو انطوى العقد على نص يحظره حيث يبطل النص ويبقى النص قائما، وحتى ولو وجد بالعقد نص يحيز للإدارة تعديله، فهذا النص لا يعدو دوره أن يكون كاشفا لا منشأ له، ونظرا لاستناد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام فإن حق استعمالها يتصل بالنظام العام الأمر الذي لا يجوز معه للإدارة التنازل عن استعمالها أو الاتفاق بالعقد على ما يخالفها، فالهدف من منح الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة وهو الغاية من إبرامه، حيث قد يتعارض ذلك تنفيذ نصوص العقد الإداري بجمود لا يتفق مع متطلبات المرفق العام محل التعاقد الذي يتسم بتغيير مستمر، وهو ذلك الشرط الاستثنائي الذي يميز العقود الإدارية عن بقية العقود الأخرى، والذي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة العمومية ممارسةً في ذلك لإحدى مظاهر امتياز السلطة العامة، وأداة الإدارة في تجسيد هذه السلطة والتي تسمى الملحق والذي هو عبارة عن تلك الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها طرفا العلاقة التعاقدية في الصفقة العمومية لأجل إتمام أو تعديل أو تصحيح الصفقة الأصلية، وهو أداة السلطة العمومية، أو المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بطريقة قانونية توفر لأطراف العلاقة التعاقدية الحلول التقنية والحماية القانونية في آن واحد، وبالتالي يتجسد دوره في في إتمام الصفقة العمومية وإنجاحها.

ومن هذا المنطلق تظهر الأهمية القانونية والتقنية للملحق الصفقات العمومية حتى يمكنه تحقيق هدفه والمتمثل في إنهاء المشروع ضمن أحسن الظروف مع المحافظة على الأموال العمومية وتحقيق المصلحة العامة دون الإنحلال بالتنظيمات والتشريعات المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية.¹

ولخطورة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل في العقد الإداري على مصلحة المتعاقد معها فإن هناك العديد من الضوابط التي يتعين عليها ممارستها تلك السلطة في إطارها والشروط الواردة في

¹ - كراش دحو، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، تلمسان- الجزائر، السداسي الثاني،

2016 - 2017، ص12 وص13.

هذا المجال حيث يعد قرارها غير مشروع مما يعطي للمتعاقد حق في التعريض، بل والمطالبة بفسخ العقد الإداري ذاته حال خروج الإدارة في مسارتها عن إطار المشروعية.¹ إن للإدارة سلطة تعديل أحكام العقد بصورة إنفرادية كأن تزيد أو تنقص من بنود العقد، ولكن يجب أن يكون التعديل في إطار مضمون العقد المبرم أي محل العقد وأن يكون مرتبطاً بالمصلحة العامة.

وإن كانت للإدارة سلطة التعديل فإنها يجب أن لا تمس بالامتيازات المالية التي ينص عليها العقد لصالح المتعاقد وإلا فإنها تلزم بتقديم تعويضات للمتعاقد وقد استقر القضاء على أن للإدارة حق فرض عقوبات على المتعاقد معها في حالة تنفيذه للإلتزامات المنصوص عليها في العقد كالتأخير في التنفيذ أو الإهمال، لهذا يُمكن للإدارة اللجوء إلى القاضي للحصول على تعويضات وفوائد من المتعاقد العاجز عن تنفيذ العقد، كما للقاضي إمكانية فسخ العقد على حساب الطرف العاجز، كما للإدارة الحق في أن تتخذ بعض الإجراءات ضده كتوقيف تنفيذ التزاماتها لاسيما كتوقيف دفع المبالغ المالية المخصصة للعقد وطلب دفع غرامات تتم إدراجها في العقد لأسباب تتعلق بعدم القيام أو التأخر في التنفيذ.²

وقد نصت المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 على إمكانية الإدارة تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة إما بالزيادة أو النقصان³، تقابلها المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴، أما المادة 97 من نفس المرسوم 15-247 والتي تنص على تحديد أسعار الصفقة العمومية.⁵ ولعل هذه السلطة تجدد تبريرها في فكرة المصلحة العامة التي تجعل طرفي الصفقة في وضعية غير متساوية بحكم الأسبقية والامتياز الذين تتمتع بهما الإدارة لضمان حسن سير المرفق العام.

ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكالية التالية: ما مفهوم سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ وما هو أساسها القانوني؟ وفيه تمثل شروط استعمال هذه السلطة في مجال تنفيذ

¹ - عبد العزيز عبد المنعم، خليفة، المرجع نفسه، ص 39 و ص 40 .

² - نسرين شريفي، رميم عمارة، سعيد بوعلي، تحت إشراف الدكتور مولود ديداه، دار بلقيس الدار البيضاء- الجزائر، القانون الإداري، التنظيم الإداري والنشاط الإداري، ص 183 و ص 184 .

³ - أنظر المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، سالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

⁵ - أنظر المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

العقود الإدارية ؟ وهل توجد ضوابط وقيود تحد من سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية؟

وللإجابة على هذه الأسئلة، قمت بتقسيم هذا المبحث إلى أربع (04) مطالب، هي :

- 1- **المطلب الأول:** مفهوم سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري.
 - 2- **المطلب الثاني:** الأساس القانوني لسلطة التعديل في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.
 - 3- **المطلب الثالث:** شروط استعمال سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية
 - 4- **المطلب الرابع:** القيود والضوابط الواردة على سلطة التعديل في مجال تنفيذ العقود الإدارية.
- المطلب الأول: مفهوم سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري**

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي للعقد من أهم السلطات الممنوحة للإدارة بحيث تستطيع من خلال هذا الامتياز تعديل بنود الصفقة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة واحتياجات المرافق العامة حتى ولم يكن العقد ينص على ذلك ولتنصيل أكثر حول مختلف الجوانب المتعلقة بهذه السلطة سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين (02)، أتطرق في الفرع الأول إلى تعريف سلطة التعديل، أما الفرع الثاني سوف أتناول شروط ممارسة تعديل العقد الإداري.

الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل

تعرف سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بأنها حق ثابت لها بوسع الإدارة استعماله ولو لم يوجد نص بشأنه وحتى لو انطوى العقد على نص يحظره، حيث يبطل النص ويبقى الحق دائما حتى لو وجد نص العقد يميز للإدارة تعديل العقد فإن هذا النص لا يعدو دوره أن يكون كاشفا للحق لا منشأ له، ونظرا للاستناد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام، فإن حق استعمالها يتصل بالنظام العام الذي يجوز معه للإدارة التنازل عن استعماله¹.

ويكاد الفقه المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدتها وسبب ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ويكون هذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد لأن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة على طرف، فإن العقد الإداري يقوم

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مصر، سنة 2005، ص 441

على تفضيل المصلحة العامة،¹ وعدم ثبات مبدأ المساواة بين الأطراف كون أن الإدارة العامة تحتل موقع أسمى طالما يكون هدفها تحقيق المصلحة العامة.

ومن هذا المنطلق كان من الأفضل أن نتطرق للتعريف التشريعي الذي يعلو على بقية التعريفات الأخرى، ثم يليه التعريف القضائي ثم تتوج جهود المشرع في القضاء بتبيان جهود الفقه.

أولا /- التعريف التشريعي :

لقد تناول المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات العمومية سلطة التعديل، وذلك حسب التدرج الزممي الآتي :

1- قانون الصفقات العمومية أمر 67-90

حسب نص المادة 06 من الأمر 67-90: " إن دفاتر الشروط تحد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ، وتشمل خاصة على ما يلي:²

دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال والتوريدات والمصادق عليها بموجب مرسوم"، فبالإطلاع على فحوى ومضمون هذه المادة نجد أنها من خلال تضمينها دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال والذي بدوره قد نظم سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية وبتفحص سريع لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الأشغال العامة، نجد أنه قد تضمن إضافة إلى ذلك جاء في العديد من النصوص التي تعطي الإدارة الحق في التعديل الانفرادي، على حسب المرسوم المذكور أعلاه وتحديدًا في نص المادة 08 منه: " إن للمصلحة المتعاقدة الحق دوريا في وضع الشروط التي توضع شروطها للإبرام وتنفيذ صفقاتها ومنها ما يتعلق بسلطة المصلحة المتعاقدة وحقها في تعديل صفقاتها التي تبرمها."

كما جاءت المادة 12 من نفس الأمر المذكور آنفا في هذا الشأن صريحة: " على المتعاقد أن ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه، خلال العمل عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصلحة."³

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر النشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص124
² - الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967، العدد 52

وكذا القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن دفاتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 جانفي 1965، العدد 66
³ - أنظر المادة 12 من الأمر 67-90، المذكور آنفا.

2- المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145 :

بالرجوع إلى أحكام المواد 93 إلى 97 التي وردت تحت عنوان الملحق، فأجازت المادة 93 للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق تابع للصفقة الأصلية متضمن التعديل على بند أو بنود الصفقة الأصلية متضمن التعديل على بند أو بنود الصفقة العمومية، وفسرت المادة 94 المقصود بالملحق أنه: " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية."، فمن خلال استقراء وتفحص ما جاء في هذه المادة نجد أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية هي الزيادة في الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة.¹

3- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 91-434

لم يتعد هذا المرسوم عن سابقه، حيث تضمنت المادة 89 منه على أنه : " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية."²

4- المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية :

تضمنت المادة 90 من المرسوم الرئاسي تعريف الملحق وجاء كما يلي : " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية."³

5- المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

تضمن هذا الأمر الاهتمام الكبير الذي أولاه المشرع الجزائري من خلال الاعتراف بالإدارة بممارسة سلطة التعديل في أثناء تنفيذ عقودها، وقد نص المشرع في المادة 102 من المرسوم على أنه : " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق الصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم."⁴، كما جاءت في نفس الصدد المادة 103 التي تضمنت : " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية

¹ - أنظر المواد 93 و94 من المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145

² - المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1991، العدد 57

³ - أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي 02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الصادرة 1 بتاريخ 28 جويلية 2002، العدد 52

⁴ - أنظر المادة 102 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 2010، العدد 76

تابعة للصفقة ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.¹ أما في المادة 104 من هذا المرسوم، فقد جاء فيها: "يخضع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة، وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة، بالنسبة للعمليات الجديدة الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء."²

6- المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

لقد جاء هذا المرسوم على نفس حذو المرسوم السابق الذكر، بحيث أعطى المشرع الجزائري بالغ الأهمية لهذا المرسوم الجديد، وذلك يتجلى من خلال منح الإدارة سلطة تعديل بعض بنود الصفقة أثناء تنفيذها وقد جاءت المادة 135 منه صريحة، وكان فحواها ما يلي: "يمكن المصلحة التعاقدية أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في أحكام هذا المرسوم."³، كما جاءت أيضا في نفس السياق المادة 136 والتي تضمنت ما يلي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية."⁴، علاوة على ذلك، جاءت المادة 137 والتي كان مضمونها ما يلي: "يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة."⁵

كما جاءت تعليمة وزارة الداخلية الجزائرية المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، الموجهة إلى السادة الولاة، والسادة رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية وكذا رؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/03/94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء، ومن خلال ما تم ذكره وما تحتويه بنودها المرسوم يظهر جليا سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية من خلال الملحق والأهمية البالغة التي أعطاها المشرع الجزائري لهذه السلطة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

¹ -أنظر المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المذكور آنفا

² -أنظر المادة 104 من المرسوم الرئاسي 10-236 المذكور آنفا

³ -أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

ج.ر.ج.ج، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015، العدد 46

⁴ -أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور آنفا.

⁵ -أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور آنفا، ص34.

ثانيا/ - التعريف القضائي:

تتجلى كذلك سلطة التعديل في الصفقة العمومية في الجزائر، من خلال أحكام القضاء الإداري، وأهمها قضية مواطن جزائري يدعى "عمر طالبي" ضد "والي ولاية قالمة"، وتتلخص وقائع القضية فيما يلي:

إن السيد عمر طالبي أبرم صفقة عمومية بتاريخ 26 فيفري 1980 مع ولاية قالمة، من أجل إنجاز 198 مسكنا بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين تراب، دائرة وادي الزناتي التابع إقليميا لولاية قالمة، وأنه بمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع المدعو "عمر طالبي" بالأعمال الموكلة إليه بموجب عقد إداري، وأنه بعد مرور شهرين أي بتاريخ 19 أفريل 1980، تلقى هذا الأخير أمر بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع، وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال سنة 1980 ومن خلال تغيير الموقع وعدم إثارة هذا التغيير أمام الغرفة الإدارية، يمكن استخلاص أن القضاء الإداري الجزائري أقر بسلطة التعديل من قبل المحكمة العليا، من خلال أحكام المادة 137 من المرسوم 15-247.¹

ثالثا/ - التعريف الفقهي :

يلاحظ أن غالبية فقهاء القانون العام يسيرون على فكرة واحدة ألا وهي للإدارة الحق في التعديل، إنما يعد نصا كاشفا لا منشئا لهذا الحق، ذلك بشروط العقد، رغم أن النص لا يقر للإدارة حقا وأن هذا الحق في تعديل العقد مشتق عن النص الوارد بخصوصه، بل إن هذه السلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط أو حتى القوانين أو اللوائح، كما يضيفون أن حق الإدارة بزيادة أو إنقاص الالتزامات الواجبة على المتعاقد أداؤها مبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية بلا استثناء، بحيث تملك المصلحة المتعاقدة الحق في هذا التعديل لما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود، إما أنها إدارية، وحقها في ذلك مستمد من العقد ذاته الذي ينص على إعطائها هذا الحق وأن تفرضه المصلحة العامة، التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون تحقيقا لها في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة وقت إبرام العقد، وفي هذا الصدد يشير الفقيه "فلام" إلى أن حق الإدارة هي أن تعدل شروط العقد من

¹ -القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26 ديسمبر 1989، ملف رقم 65145 قضية عمر طالبي ضد والي قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991، ص134.

دون حاجة لرضا الطرف الآخر، هو حق أصبح مستمد من صفتها كسلطة عامة، لا يمكنها التزول عنه، وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد.¹

ويسلم الفقه الفرنسي المعاصر بحق التعديل الانفرادي للصفحة من جانب الإدارة، ومن بينهم الأستاذ "ريشار"²

أما في مصر يقول الدكتور " ثروت بدوي": إن الإدارة تقتضي حقها في اتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي. بمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام،³ وبدوره يؤكد الأستاذ " أحمد محيو" أن حسن تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد هو الهدف الوحيد الذي تستعمل الإدارة العامة من أجله سلطة التعديل الانفرادي وأنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة انفرادية وفي نفس الوقت يشدد على ضرورة ضبط كيفية ممارسة هذه السلطة غير مألوفة في القانون المدني، حتى لا تتعسف فيها الإدارة وعلى هذا الأساس فإنه إذا اقتضت المصلحة العامة في ممارسة هذه السلطة الذي يضمن تحقيق المنفعة العام فلها ذلك.⁴

ومن خلال ما تم تناوله يمكن استنتاج فكرة مفادها أن سلطة التعديل هو عبارة عن امتياز تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأنها لا يمكن أن تقوم هذه السلطة على أساس مقتضيات المرفق العام والتغييرات التي تطرأ عليه، أي أن هذه السلطة تقوم على مبرر مقتضيات فكرة المرفق العام بمعناها الواسع ما من شأنه أن يحقق المنفعة العامة مع مراعاة مدلول السلطة العامة بإبراز الطابع السلطوي للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري وذلك بممارسة سلطة التعديل الانفرادي.

الفرع الثاني: شروط ممارسة تعديل العقد الإداري

لقد حدد الفقه شروط ممارستها وهي شروط متعلقة بموضوع التعديل وشروط متعلقة بأسبابه، ونذكرها كالتالي:

¹ - سعيد عبد الرزاق بالخيرة، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 149 و ص 150.

² - RICHER, Les Contrats Administratifs, Dalloz, Paris, 1991, p61.

³ - ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، طبعة 1968، القاهرة-مصر، 1971، ص 136

⁴ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1966، ص 383 و ص 384.

أولاً /- الشروط المتعلقة بموضوع التعديل، وتمثل فيما يلي :

1. شروط ممارسة سلطة التعديل أثناء تنفيذ عقد إداري: وهذه السلطة تعود للإدارة وفقاً للمبادئ العامة التي تحكم نظرية العقود الإدارية من دون الحاجة لإدارتها كبنء في الصفة، لكن نظراً لخطورة هذه السلطة على المتعاقد مع الإدارة.
2. إلزام الإدارة بالمشروعية: حيث مادام التعديل يتم بالإدارة المنفردة للإدارة فإنه يأخذ شكل الموضوع الإداري، وعليه لابد التقيد بأحكامه ليكون مشروعاً.¹
3. ألا يُغَيَّر التعديل موضوع الصفة: حيث لا يكون التعديل جوهرياً مؤدياً إلى تغيير موضوع الصفة وإنشاء صفة جديدة مختلفة عن الصفة الأصلية التي تم التعاقد عليها، وقد عبر المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 103 الفقرة 23 عن هذا بعدم جواز التأثير على توازن الصفة.²

ثانياً /- الشروط المتعلقة بأسباب التعديل:

- 1 - أن يكون السبب موضوعياً: بحيث يقتضي هذا بوجود عوامل وظروف موضوعية جادة تستدعي التعديل حفاظاً على المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، وإلا أعتبر التعديل تعسفاً في استعمال السلطة من قبل الإدارة.
- 2- أن تكون أسباب التعديل مستجدة: أي تطراً أسباب التعديل بعد إبرام الصفة، أما إذا كانت وقت الإبرام فلا يمكن التعديل لأن هذا خطأً في التقدير الصادر من الإدارة لا يمكن أن يتحمل المتعاقد تبعاته.³

إن سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد من جانبها وحدها لا تلغي قوة العقد الملزمة وإنما تحده هذه القوة، أو على وجه أدق تضيي عليها طابعاً خاصاً، حيث تطبيق في هذه العقود بطريقة مرنة تتفق وضرورة الوفاء باحتياجات ومستلزمات المرافق العامة وتحقيق المنفعة العامة، غير أن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد ليست سلطة مطلقة فهي تخضع لمجموعة من الضوابط والأحكام والشروط والقيود والتي سبق الحديث عنها آنفاً، فسلطة التعديل تقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام ولا تمتد لشروط العقد الآخر كالمزايا المالية المقررة للمتعاقد

¹ - علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس - مصر، سنة 1975، ص 20.

² - أنظر المادة 103، الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236، سالف الذكر.

³ - المداخلة رقم 13 من إعداد يوسف جوري، جامعة غليزان، سلطانة الإدارة في إدارة الصفقات العمومية، ص 04.

مثلا، كما تعبر شروط العقد مقيدة لا تتجاوز حدا معيناً، كأن يكون التعديل على نحو يغير من مضمونه أو موضوعه، فلا ينبغي أن يكون هذا التعديل ما يجوهر العقد، كما لو كان موضوع العقد موضوعاً جيداً، كما يرتبط استخدام هذه السلطة بالظروف التي تم إبرام العقد في ظلها، حيث تصبح شروط العقد غير مناسبة لظروف سير المرفق واعتبارات الصالح العام.

ولكي يُقرَّ بالتعديل يجب صدوره من سلطة مختصة، وإلا كان من حق المتعاقد التمسك ببطان العقد، فالهدف من التعديل تحقيق المصلحة العامة، أو صالح المرفق ليس إلا.¹

ونلخص على حسب ما رأينا من قبل، أن العقد الإداري يتضمن نوعين من الشروط، شروط تنظيمية وهي متعلقة بسير المرفق العام، والخدمات المقدمة إلى المنتفعين، وكذا أسلوب العمل بالمرفق وما يرتبط بذلك من شروط تتعلق بتنفيذ العقد ومواعيد التنفيذ والشروط الفنية والإدارية للتنفيذ، هذه وأمثالها تؤثر في استمرار العمل في المرفق العام وإنتظامه، أما الشروط المالية وهي متعلقة بدرجة أولى بحقوق المتعاقد مع الإدارة، كالقروض والمساعدات المالية التي تلتزم الإدارة بتقديمها له، وما شاكلة ذلك.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية

لقد اختلفت الفقه والأراء معه حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، ويبرر قيام الإدارة بتعديل عقودها الإدارية المنفردة، فأنقسم الفقه بين رأي يقول أن السلطة العامة هي أساس التعديل في حين فريق آخر أن سلطة التعديل يقوم أساسها على فكرة احتياجات المرافق العامة.

وباتت سلطة التعديل الإفرادي من المبادئ المعترف بها فقها وقضاء وتشريعا، بحيث زال الخلاف الذي كان قائما بشأن وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، لكن حل بعده خلاف فقهي آخر، يدور حول الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة، حيث ذهب جانب من الفقه للتساؤل عن مبررات منه الإدارة هذه السلطة، إلا أنه وبغض النظر عن ما ثار من خلاف بخصوص هذه النقطة، فإن المتفق عليه هو أن الإدارة المتعاقدة يمكنها إدخال تعديلات على العقد الإداري أثناء تنفيذه بصورة انفرادية، حتى يتم ضمان تحقيق المصلحة العامة التي يسعى

¹ - جبار جميلة، دروس في القانون الإداري، منشورات كليك، المحمدية- الجزائر- الطبعة الأولى، 2014، ص 134 و ص 135.

المرفق العام ويصبوا لتوفيرها، إلا أن سلطة التعديل الإفرادي لا بد أن تخضع لبعض الشروط حتى لا تتماهى الإدارة وتتعسف في استعمالها، وبالتالي لا يعارضها المتعاقد معها.¹

وتأسيسا على ذلك، يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين (02)، أتناول في الفرع الأول فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل، أما الفرع الثاني فسوف أتطرق إلى فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل.

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل.

يري بعض الفقهاء حق التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة فالإدارة باعتبارها السلطة العامة مكلفة دائما بأن تراعي الضرورات الحالية للمصلحة العامة، وإذا كانت الإدارة وهي تباشرة تحقيق المصلحة العامة قد فوض أحد بأسلوب القانون الإداري للمساهمة في تحقيق هذا الهدف. فهي تبقى دائما صاحبة الحق الأصل في مراعاة تلك المصلحة، فهي تتدخل بصفقتها سلطة عامة لتفرض ما تراه تحقيقا لذلك.

ويلاحظ الأستاذ "G.Pequigots" أن أساس سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية يأخذ مظهرين:

المظهر الأول: وهو مظهر سلمي، حيث يجب أن ينحى الصالح الخاص أمام الصالح العام في حالة تعرضها.

المظهر الثاني: وهو مظهر إيجابي فبعد الحديث عن مرفق عام، نتحدث أيضا عن السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة من أجل تسيير هذا المرفق، فالإدارة في حالي تخليها عن سيادتها بتعاقدتها، تضل مع ذلك سلطة إن تنازلت فإنها لن تتخلى عن حقوقها.

ويسير بعض الفقه المصري في هذا الاتجاه حيث يرى أن حق الإدارة في تعديل الحق الإداري يجد أساسه في فكرة السلطة العامة، حيث يلاحظ الأستاذ "مصطفى كمال وصفي" أن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون لها بصفقتها متعاقدة بل باعتبارها سلطة عامة فالإدارة وهي في موقف السلطة العامة تجاه المتعاقد معها تملك ما لا يستطيع أن تفعله كطرف

¹ - جهاد جودي تحت إشراف طاهر الحمزي، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، مذكرة ماستر في الحقوق، قانون عام 2012/2013،

جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر، ص32

متعاقد، كما اعتبر الدكتور "أحمد عياد" أن قيام الإدارة بتعديل عقودها الإدارية لا يعتبر امتيازاً تعاقدياً، بل هي حق من حقوق السلطة العامة تمارسه الإدارة في إطار العقود العامة.¹

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية لا يعتبر امتيازاً تعاقدياً، بل هي حق من حقوق السلطة العامة تمارسه بوصفها هذا، حيث تستمر هذه السلطة حسبهم من خارج العلاقة التعاقدية، حيث تعتبر القرارات الصادرة لتعديل العقود الإدارية من أعمال السلطة العامة، وعليه يصرح التعديل الإنفرادي للعقود الإدارية قائماً على أساس فكرة السلطة العامة، إذ يصبح من مظاهر السلطة العامة خصوصاً أثناء تنفيذ العقود الإدارية، وككل نظرية فقد سعى أنصار هذا الاتجاه إلى تبرير وتقديم الحجج الكافية التي يبنى عليها هذا الطرح، رغم أنها لم تسلم من النقد.

تعتبر القرارات الصادرة لتعديل العقود الإدارية من أعمال السلطة العامة وعليه يصبح التعديل الانفرادي للعقود الإدارية قائماً على أساس فكرة السلطة العامة، إذ يصبح من مظاهر السلطة العامة خصوصاً أثناء تنفيذ وتقديم الحجج الكافية التي يبنى عليها، رغم أنها لم تسلم من النقد.

ويذهب أنصار هذا الاتجاه بالقول إلى أن سلطة الإدارة في تحديد عقودها الإدارية لا يعتبر امتيازاً تعاقدياً، بل يعتبرونها حقاً من حقوق السلطة العامة، والقرارات الصادرة لتعديل العقود الإدارية هي من أعمال السلطة العامة²، وبالتالي فالتعديل الانفرادي للإدارة يصبح قائماً على أساس فكرة السلطة العامة، فهو مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العفو الإدارية.

ووفقاً لهذه الفكرة فإن الإدارة وهي بصدد تحقيق المصلحة العامة، تستخدم هذه السلطة لما يقتضيه القانون وما يمنحه لها من امتيازات وتحقيق هذا الهدف لا يتم في حالة ما إذا تضاربت المصالح العامة مع المصالح الخاصة، وهي بذلك تتصرف بمركز أسمى من مراكز الأفراد، حيث تتمتع بامتيازات وحقوق لا يتمتع بهذا الأفراد، والتعديل هذا لا يكون بصفتها جهة متعاقدة بل باعتبارها سلطة عامة تواجه شخص قانوني محنك.³

ولقد لقيت هذه الفكرة تأييداً من طرف العديد من الفقهاء، ففي فرنسا يرى الأستاذ "Bernier" أن الإدارة تراعي دائماً الحفاظ على المصلحة العامة أثناء تعاقدها، وهي تتدخل

¹ - محمدي الشامي، المرجع نفسه، ص 121 و ص 122.

² - عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 311.

³ - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 334.

باعتبارها سلطة عامة، حتى تقوم بالتعديلات التي تراها مناسبة وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد، كما يؤيد ذلك الأستاذ "george péqugnot"¹ من خلال التأكيد أن سلطة التعديل في العقود الإدارية هي عبارة عن مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، تباشر هذه السلطة باستعمال امتياز التنفيذ المباشر.

هذا وقد سار جانب من الفقه الفرنسي نحو تأسيس حق الإدارة في تعديل عقود الإدارية على فكرة السلطة العامة.²

أما في مصر، فقد لاقت فكرة السلطة العامة كأساس لحق الإدارة في التعديل الانفرادي قبول بعض الفقهاء، حيث يرى الأستاذ "مصطفى كمال وصفي" إن هذا التعديل لا يكون للإدارة بصفتها متعاقدة، بل كسلطة عامة، حيث يملك مالا يستطيع فعله كإدارة متعاقدة"³

أما الدكتور "أحمد عثمان عياد" فيرى أن هذا الحق إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره الإدارة باستعمال هذا لامتياز التنفيذ المباشر.⁴

وعلى غرار نظيرتها الفرنسية والتي ارتكزت على حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 02 مارس 1983، حيث أقر بحق الإدارة في التعديل باعتباره سلطة عامة، فقد استندت هذه الطائفة الفقهية في مصر والمؤيدة لفكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل الانفرادي على مجموعة من الأحكام القضائية التي أسس فيها القضاء الإداري المصري حق التعديل الانفرادي للعقد الإداري على فكرة السلطة العامة، حيث قررت محكمة القضاء الإداري المصري على أن حق الإدارة في التعديل الانفرادي هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وأن هذا الحق يتركز على سلطتها الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام،⁵ إلا أن هذه الفكرة تعرضت للنقد من فريق آخر من الفقه، الذي عارض هذه الفكرة من الأساس، لدرجة أن البعض وصفه بأنه أصبح شبه مهجور في الوقت الحالي،⁶ ويرى هذا الجانب المعارض أن اعتبار السلطة العامة كأساس قانوني للتعديل الانفرادي للإدارة في عقودها الإدارية، يؤدي إلى الفصل بين الدولة

¹ - جورج بيكنيوت أستاذ وقانوني فرنسي ولد في 31 جويلية 1914 وتوفي في 2017

² - علي الفحام، المرجع نفسه، ص 148

³ - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع نفسه، ص 161

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 220

⁵ - أنظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 26 ديسمبر 1951

⁶ - مهدي مختار نوح، المرجع نفسه، ص 131

باعتبارها شخص معنوي يمكنه التعاقد واكتساب حقوق والتزامات، وبين اعتبارها صاحبة السلطة العامة، وهو ما يسمى بنظرية ازدواج شخصية الدولة كشخص اعتباري وكسلطة عامة، حيث هي نظرية قد أكل الدهر عليها وشرب، ولم يعد لها وجود نهائياً.¹

كما يرى أنصار فكرة المعارضة أنه ما دامت الإدارة بإمكانها التدخل بوصفها سلطة عامة فيسري هذا الرأي بين كل العقود الإدارية من حيث التعديل الإداري الإفرادي في حين هناك اختلافات جوهرية بين العقود الإدارية من حيث التعديل.

كما أن الأخذ بهذا الرأي يجعل التعاقد مع الإدارة مجرد فرد عادي، ويلغي كل دور يمكن أن تلعبه إدارته في هذا الصدد، هذا ويرى الأستاذ "إبراهيم طه الفياض" أن استعمال الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي يتم بمعزل عن الفكرة التعاقدية، يحرم التعاقد من حقوقه الأساسية في العقد لاسيما الحق في التعويض في حال اختلال التوازن المالي للعقد، لأن استعمال الإدارة لسلطتها المشروعة على نحو صحيح لا يقتضي التعويض، لأن الجواز الشرعي يناهض الضمان.

إن الأخذ بالسلطة العامة كأساس قانوني ثابت لسلطة التعديل الإفرادي يمنع من تحديد الضوابط التي تحكم التعديل الإفرادى للعقد، بحيث تستطيع الإدارة وفقاً لهذا الأساس تعديل العقد كما يحلو لها، حتى دون وجود سبب لذلك، وهذا لا يتماشى مع الحكمة من منهج الإدارة ضد السلطة.²

وأمام هذه الانتقادات الموجهة لفكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادى، ذهب جانب آخر من الفقه إلى البحث عن أساس قانوني آخر لها، غير فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادى.

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل.

يرى أنصار فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادى لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية، بل هو عبارة عن امتياز تعاقدية، فسلطة التعديل الإفرادى هي التزام تعاقدية يقيم هذه السلطة على أساس الصالح العام أو مقتضيات المرفق العام، فالعملية التعاقدية تتم على أساس انصراف في نية الطرفين إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرافق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه تمتع الإدارة بصفاتها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره بحق

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 216

² - محمد محمد حمد الشلحاني، المرجع نفسه، ص 163

تعديل العقد، بما يلزم هذه الضرورة¹، فالأساس القانوني الذي يقترحه هذا الرأي هو احتياجات المرفق العام، والعلاقة التي تجمعها مع المصلحة العامة خصوصا بعد زوال الخلاف القائم بين أنصار هذا الرأي حول ضرورة التمييز بينهما، وقد لاقت هذه الفكرة رواجاً كبيراً في الوسط الفقهي إلا أنها أصبحت هي الأساس القانوني الراجع لسلطة التعديل الإفرادي ولإبراز هذا الأساس، لا بد من التطرق إلى كيفية اعتبار احتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادي، حيث تؤسس سلطة التعديل الإفرادي على فكرة المرفق العام، فينبغي الوفاء بواجبات المرفق العام وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، بما أن الإدارة العامة هي الوحيدة صاحبة الاختصاص بتنظيم وسير المرفق العام، وتحديد قواعد عمله.²

وعلى هذا الأساس فهناك إجماع على أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، تجتد أساسها في فكرة المرافق العامة ومقتضياتها، حيث أقر الفقه والقضاء الإداريين بضرورة استجابة المتعاقد لكل توجيه يصدر من طرف الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويكون هدفه الأساسي تطوير خدمات المرفق العام حتى تتجاوب مع الاحتياجات العامة والفعالية للجمهور والمنتفعين وقت التنفيذ، هذه ويرى مجمل الفقه الحديث في فرنسا، أنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الإفرادي إلا في نطاق مستلزمات المرافق العامة وتغيراتها المفاجئة، لأن الإدارة غير ملزمة بالتقيد بعقود لا تتماشى ومقتضياتها وحاجيات المرفق العام، فالاحتياجات المختلفة والمتنوعة لهذه المرافق هي التي تدفع الإدارة إلى إجراء التعديلات على العقود الإدارية، وفرص التزامات جديدة لم تكن موجودة في العقد الأصلي على عاتق المتعاقد أثناء التنفيذ، وهذا على حسب الأستاذ "A. D. LAUBADERE"³ كما لاحظ الأستاذ "Antoné Flamme" أن الأساس الوحيد لهذه السلطة يظهر في الإختصاص الذي تتمتع به الإدارة في مجال تنظيم المرفق العام، ويرى الأستاذ "pequignot george" أن الإدارة تهدف إلى ضمان السير الحسن للمرفق العام أثناء دعوتها للأفراد المساهمة في المصلحة العامة وجاء القضاء الفرنسي ليدعم ويؤكد

¹ -مهند مختار نوح، المرجع نفسه، ص130

² -خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د. د. ن، الطبعة الأولى، 1994، ص83

³ - أندريه لوبادير أستاذ وقانوني فرنسي ولد في 24 سبتمبر 1910 وتوفي في 17 أكتوبر 1981 مختص في القانون الإداري.

موقف الفقه الفرنسي، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي على الربط الوثيق الموجود بين سلطة التعديل واحتياجات المرفق العام ومقتضياته.

أما في الجزائر، فقد أخذ أغلب الفقهاء بفكرة المرفق العام واحتياجاته كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادي، حيث ذهب الأستاذ "أحمد محيو"، إلى الحديث حول القيود الواردة والضوابط على سلطة التعديل الإفرادي التي يقيمها على مقتضيات المصلحة العامة المتمثلة في ضمان تسيير الحسن بانتظام واضطراد، دون تجاهل حقوق ومصالح المتعاقد مع الإدارة خصوصا إذا تطابق المصلحة مع تكيف العقد.

كما يرى الأستاذ "عمار بوضياف" على التأكيد بتأصيل سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، يعود إلى حسن سير المرافق العامة، إذ أنه يرى أن أساس هذه السلطة كباقي السلطات الاستثنائية للإدارة توجد ضمن متطلبات الحفاظ على مصالح المرافق العامة.

أما في مصر، فقد أسس أغلب الفقه سلطة التعديل الانفرادي على مقتضيات المرفق العام، والتي تقبل دائما التغيير، إذ يرى الأستاذ "سليمان الطماي" أن سلطة التعديل الانفرادي مناطها احتياجات المرفق العام، فهي ذات صلة ونتيجة ملازمة تربطها، ويرى الأستاذ "علي الفحام" أن سلطة التعديل الانفرادي تقوم على مستلزمات المرافق العامة، وذهب الأستاذ "محمد ماهر أبو العينين" الى القول أن مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد هو الذي يبرر السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، حيث يرى أن للإدارة الحق في تعديله لمواجهة ما يطرأ من ظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري هذا وقد إستقر القضاء المصري على نفس الرأي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بصراحة على طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تقتضي حدوث تغيير في ظروف العقد وحيثياته وطرق تنفيذه وهذا تباعا لمقتضيات واحتياجات المرافق العامة، مما يعطي للإدارة الحق في تعديل العقد.

أما في لبنان فقد أكد الأستاذ "حسين عثمان محمد عثمان" على أن سلطة التعديل الانفرادي تجد أساسها القانوني في فكرة المرفق العام وضرورة مسيرته للتغيرات والتطورات التي تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة.¹

¹ - حسن عثمان محمد عثمان، المرجع نفسه، ص 634

كما يرى الأستاذ "جورج سعد" على أن سلطة التعديل بالإرادة المنفردة للإدارة تجد أساسها القانوني في المرافق العامة، حيث اعتبرها استثناء عن القواعد العامة، ويكمن جوهره في مفهوم هذه المرافق وضرورة استمراريتها.¹

وخلاصة القول، فإن الحقيقة التي أجمع عليها الفقه والقضاء في الوقت الحالي، هي الاعتراف الضمني والصريح لجهته الإدارة بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وذلك في حال توافرت بعض الشروط والضوابط لذلك، وهو ما ذكرناه آنفاً ويترتب من الناحية القانونية على اعتبار أن سلطة التعديل الإفرادي تجد أساسها القانوني في احتياجات ومقتضيات المرفق العام، وعليه يمكن استنتاج عدة نتائج، نذكر أبرزها على الشكل الآتي:

* إن استعمال سلطة التعديل لا يبقى مقتصرًا على الشروط التنظيمية فقط، بل يمكنها أن تشمل كل بنود ومواد العقد.

* إن التعديل الإفرادي لبنود العقد لا يطبق بنفس المقام والدرجة على كل العقود الإدارية، بل ثمة اختلاف في درجته وفقاً لمدى ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، حيث توجد عقود ذات اشتراك مباشر للمتعاقد في تسيير المرفق العام، وعقود أخرى لا تتصل مباشرة بهذه المرافق على تأسيس سلطة التعديل الإفرادي

على أساس احتياجات المرفق العام، يسمى بإمكانية تفسيدها، وتنظيم العقد لشروط وممارستها.

المطلب الثالث: شروط استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري:

من المعلوم أن الإدارة لا تتمتع بالحقوق المطلق في التعديل الإفرادي لعقودها الإدارية، حتى لا يُترك المتعاقد في حالة خضوع تام لتعسفها، وكذا تجاوزها في استعمال سلطتها بطرق غير قانونية وإلا سيؤدي ذلك لإهدار فكرة العقد من أساسها، فلا يمكننا الحديث عن عقد إذا كان أحد الأطراف قادر على الإخلال والتهرب بالتزاماته، أو من خلال فرض التزامات جديدة على الطرف الآخر دون شروط، وعليه فالإدارة ملزمة على احترام مجموعة من الشروط.

وعليه سوف أحاول التفصيل أكثر من خلال تقسيم المطلب على النحو التالي، من خلال التطرق إلى الشروط المتعلقة بقرار التعديل في الفرع الأول، وأقوم بإبراز الشروط المتعلقة بمحل التعديل وموضوعه في الفرع الثاني.

¹ - جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س. ن، ص 314

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقرار التعديل.

هي عبارة عن شروط متصلة بمشروعية الاتصالات التي تتخذها الإدارة لتعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، فالقرار المعدل لا بد أن يكون في حدود المبدأ العام للمشروعية ومستوفيا لكافة أركان المشروعية من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات، فقرار التعديل لا بد لخضوعه لمجموعة من الشروط والإجراءات واحترام الشروط الأخرى التي وضعها القضاء والتشريع، فلا يكون صحيحا إلا إذا تم إصداره لنتيجة لتغير في الظروف وضمن آجال يتطلبها القضاء الإداري وشرط إستوجبه التشريع، وهي بالتالي:

أولا/ - شرط احترام مبدأ المشروعية الإدارية والخضوع لها :

إن لجوء الإدارة لسلطة التعديل الإداري لعقودها ليس سوى سعيها لتحقيق المصلحة العامة لاعتبار احتياجات المرفق العام، وهي الأساس القانوني الذي تتأسس عليه هذه السلطة حيث تتجسد ميدانيا في قرار التعديل مع خضوعه لمبدأ المشروعية، وهي بذلك تطابق أعمال الإدارة مع القانون، فقرار التعديل شأنه شأن سائر الأعمال الإدارية التي لا بد عليها من احترام جميع النصوص القانونية المنظمة له من حيث الشكل أو الموضوع، وهذا من خلال تحديد الاختصاص والذي يرد بنص صريح وضمني، إلا أنه في حالة السكوت يتم اللجوء إلى نظرية توازي الاختصاص حيث من يملك إبرام العقد يملك حق تعديله ولا يأتي التعديل إلا من سلطة مختصة بإجرائه، لكن لا يكفي اتخاذ قرار التعديل من السلطة المختصة حتى يكون سليما بل لا بد من ظهوره في الشكل المطلوب وفق إجراءات محددة قانونا وذلك على النحو التالي :

1- القواعد المتعلقة بالشكل والاجراءات:

أ - من حيث الشكل: لقد استوجب المشرع الجزائري أن يتم التعديل بموجب قرار كتابي دون القرار الشفهي والضمني ويرى بعض الفقهاء أن عنصر الكتابة شرط بارز في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل، فالتعديل جزء من الصيغة الأصلية.

ب - من حيث الإجراءات: استوجب المشرع الجزائري إجراء معين لقرار التعديل من إحترامه في حالات معينة، وهذا طبقا لأحكام المادتين 105 و106 من المرسوم 10-236 ق.ص.ع¹ حيث يتضح أن المشرع الجزائري حصر بعض الحالات التي يجب خلالها عرض

¹ - أنظر المواد 105 و106 من المرسوم 10-236، المذكور آنفا.

حالات التعديل على لجنة الصفقات العمومية المعينة، فالمالحق شأنه شأن الصفقات العمومية الأخرى من حيث خضوعه للرقابة القبلية الخارجية وذلك باعتباره وثيقة تعاقدية ملحقة بالصفقة الأصلية وهذا ما نصت عليه المادة 144 ف3 والمادة 146 ف4 من ق.ص.ع نذكر منها:¹

- تجاوز مبلغ التعديل لحدود مالية معينة.
- في حال نتج التعديل عن حالات غير متوقعة وإستثنائية.
- إذا تضمن التعديل عمليات جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة.

2- القواعد المتعلقة بالهدف:

وهو الأثر البعيد والغاية الموجودة من القرار الإداري والذي يهدف فيه إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ويرى الفقهاء أن الإدارة لا يحق لها إجراء تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فتحقيق المنفعة العامة هو الدافع الوحيد للإدارة وهي بصدد قيامها بسلطة التعديل، ولعل تبرير ذلك هو كره الأساس القانوني لسلطة التعديل يتمحور في احتياجات المرفق العام.

ثانيا/ - شرط تغيير الظروف :

لا يمكن للإدارة تعديل العقد الإداري إلا إذا حدث تغير في الظروف يستدعي ذلك، فالإدارة أبرمت العقد في سبيل المصلحة العامة وعليها مراعاتها أثناء تنفيذ العقد، فإذا حدثت ظروف لم تكن في الحسبان تحول دون تحقيق هذه المصلحة، فعلى الإدارة تعديل شروطه كي ينسجم مع الظروف الجديدة المواكبة لمستلزمات المصلحة العامة واحتياجات الجمهور.²

فمتطلبات المصلحة العامة ليست ثابتة، بل هي في تغير وتطور دائمين، ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد عرفه بعض الفقهاء على أنه له وظيفة معروفة في نظرية العقود الإدارية بل وتتعدى فكرة تغيير الظروف لتجد تطبيقا لها في العديد من فروع القوانين الأخرى، وأن شرط تغيير الظروف يؤكد أن العقد الإداري هو عقد بأتم معنى الكلمة، تحترم فيه قاعدة العقد شرعية المتعاقدين، والإدارة ملزمة بالتقيد بما تم تحديده في العقد، لكن تغير الظروف هو الذي يسمح لها بتعديله تحت رقابة القضاء الإداري.

¹ - أنظر المادة 144 ف3 والمادة 146 ف4 من قانون الصفقات العمومية، سالف الذكر.

² - مهند مختار حوح، المرجع نفسه، ص133.

ففي فرنسا يعتبر أن دراسة قضاء مجلس الدولة الفرنسي توضح السماح للإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري يعود سببه إلى هدف المصلحة العامة وتغير الظروف، أما في مصر فقد استخلص أحد الفقهاء من إحدى أحكام المحكمة الإدارية العليا أنها تشترط تغيير الظروف لممارسة سلطة التعديل وهو شرط أساسي.¹

أما في الجزائر فقد اشترط ق.ص.ع صراحة تغيير الظروف شرطا لإهمال سلطة التعديل، خاصة فيما جاء في المادة 103 الفقرة الثالثة من القانون 36-210، إلا أن ورغم ذلك فقد ثار نقاش فقهي حول مدى التقييد بهذا الشرط في حالة ما إذا لم تتغير الظروف، لكن الإدارة لم تحسن تقديرها أثناء التعاقد، فمنهم من رأى أن الإدارة إذا لم تقدر مصالح الجماعة تقديرا سليما فإنها لا تستطيع الاستناد على خطئها وتفرض على المتعاقد معها تعديل العقد، بل عليها دراسة حاجاتها جيدا قبل طرحها لتعاقد، ومنهم من رأى أنه لا داعي للمغالاة في تعديل سلطة الإدارة في التعديل في هذه الحالة، وقد لقي هذا الرأي ترحيبا من قبل العديد من الفقهاء.

والجزائر قد أخذت بالرأي الأول، مستندين في ذلك بما جاء به من أحكام المادة 103-03 من المرسوم 36-210، مما يوحي أن المشرع الجزائري قد ألقى على عاتق المصلحة المتعاقدة عند إبرام العقد، ما يسمى "التزام التوقيع"، وعليه لم يترك مبررا لتعديل سوى ما كان نتيجة لعدم التوقيع.

ومما نلاحظ، يمكن القول أن تغير الظروف هو شرط جوهري لإعمال سلطة التعديل الانفرادي، مما يبرر هذا التغير التعديلات التي تدخلها الإدارة على العقد الإداري.

ثالثا- / شرط النطاق الزماني:

لقد نص المشرع الجزائري شرط آخر يستوجب توفره في قرار التعديل، من خلال تزامن قرار التعديل مع سريان العقد الإداري، وهو ما جاء في المادة 105 من ق.ص.ع، ويرى أحد الفقهاء أن هذا الشرط هو قيد منطقي لا حاجة للنص عليه، حيث أن إنتهاء العقد الإداري سيؤدي إلى نهاية كل الحقوق والسلطات التي تحولها للإدارة بما فيها سلطة التعديل،² وإذا ما احترق قرار التعديل كل هذه الشروط والإجراءات، فإنه يصبح مشروعاً وقابلاً للتنفيذ.

¹ - حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الأزهر - مصر، 2001، ص 361 وص 364.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص. 43.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمحل التعديل وموضوعه.

إلى جانب الشروط المتعلقة بقرار التعديل، فإن هناك شروطاً أخرى تتعلق بمحل التعديل وموضوعه الذي ينص عليه، والتي تهدف إلى عدم السماح للإدارة بتجاوز حدودها في التعديل لدرجة إرهاق المتعاقد معها، وتجاوز إمكانياته بحيث لا يجوز للإدارة الإفراط في سلطة التعديل لحد يتم معه تغيير موضوع العقد الأصلي تماماً، أو يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد، ولأجل ذلك لا بد من توافر عدة شروط نذكر منها:

أولاً- عدم تغيير موضوع العقد:

إن سلطة التعديل الممنوحة لجهة الإدارة لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تصل لدرجة تغيير موضوع العقد أو حتى طبيعته حيث تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه، فالمتعاقد مع الإدارة هو بصددها معاونتها في موضوع معين مقابل مبلغ مالي يتقاضاه من أجل الخدمة المقدمة، وهو بذلك يسعى لسد حاجات المرفق العام المتصل بالعقد في حدود موضوع هذا العقد فقط، دون أن يتعدى التزامه هذا الحد، ومن ثم كان إلزاماً على الإدارة عند تعديل العقد التقييد بموضوعها وعدم الخروج عنه.

ثانياً- عدم تجاوز النسب المحددة للتعديل:

إن التعديل الإفرادي للإدارة لا يمكنه تجاوز نسب معينة من التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان، ويعد هذا شرطاً جوهرياً بالوسيلة لتحقيق الشروط السابقة وتجسيدها عملياً، وتبدو أهميته في كونه يمنح نوعاً من الاستقرار والمعاملات الناجمة عن العقد الإداري رغم أنه يتميز بنوع من القابلية للتعبير، فبمجرد إبرام العقد من قبل الإدارة فإنه بإمكانه توقع كافة احتمالات التعديلات التي قد تطرأ على العقد، من خلال الاطلاع على ما ينظم هذا العقد من القوانين والتنظيمات ودفاتر الشروط، ومن خلال ذلك يمكننا القول على غرار أن المشرع الجزائري قد وضع معياراً مادياً للحد الطبيعي والمعقول الذي يمكن للمتعاقد تحمله أعبائه والالتزام بتنفيذه، وأن قرار التعديل إذا ما تجاوز النسب المحددة فإن للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب فسخ العقد في الزيادة أو طلب حق التعويض عما لحقه من ضرر أو مافاته من كسب أو ربح.¹

¹ - جهاد الجودي، طالحة العمري، المرجع نفسه، ص 56.

ثالثا- عدم قلب إقتصاديات العقد:

إن المتعاقد مع الإدارة لا يقبل التعاقد إلا وفقا لما يملكه من قدرات وإمكانات فنية وبشرية ومادية، ومن ثمة لا يمكن للتعديل الإنفرادي للإدارة تجاوز هذه الإمكانيات الموجودة لأن ذلك يؤدي بالضرورة إلى قلب إقتصاديات العقد والإضرار بمصالح المتعاقد،¹ فلا يمكن بأي حال من الأحوال الإخلال بالتوازن المالي للعقد، مما قد يلحق به خسائر فادحة لم يتوقعها أثناء التعاقد جراء هذا التعديل.²

هذا وأقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط في إحدى قراراته.³

كما ذكره المشرع الجزائري بموجب المادة 103 ف04 من ق.ص.ع والذي جاء فيه: "مهما يكن الأمر، فإنه لا يمكن ان يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة."⁴

وعليه فيمكننا القول أن قرارات الإدارة إذا ما كان متماشيا مع كل تلك الظروف السالفة الذكر، سواء من حيث تكوينه كقرار إداري أو من حيث موضوعه والمحل الذي يشملته بتعديل، فإنه يكون مشروعاً صحيحاً قابلاً للتنفيذ من قبل المتعاقد دونما أدنى اعتراض منه، إلا أن ذلك لا يمنعه من القول أن الإدارة رغم ذلك تبقى مطالبة بعدم التعسف في استخدامها في تعديل العقد الإداري.

المطلب الرابع: القيود والضوابط الواردة على سلطة التعديل اثناء التنفيذ:

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل شروط عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، حق ثابت للإدارة حتى في حالة سكوت أو إغفال العقد، أو لم تتناوله دفا تر الشروط أو في حال عدم نص القانون عليها، فهذا حق يسري على جميع العقود، إلا أن هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست مطلقة بلا حدود أو قيود، بل يرد عليها العديد من الضوابط والقيود التي استقر عليها الفقه والقضاء كالقيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية، حيث يكون القرار الإداري الصادر بتعديل العقد الإداري مستوفيا لأركان المشروعية، وهي صدور القرار عن الجهة المختصة بإصداره ومستوفيا جميع الإجراءات الشكلية والقانونية التي يتطلبها إصداره، وأن يكون القرار مسببا بصدوره وفقا

¹ - محمد محمد حمد الشلّمان، المرجع نفسه، ص161 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص58 .

³ - C F .14/03/1980.SA Compagnie industrielle de travaux et mécanique m: cité pariels Schults .OPCIT ; P146

⁴ - أنظر المادة 103 من المرسوم رقم 10-236 ، سالف الذكر.

لمقتضيات المصلحة العامة مع عدم مخالفته لنص تشريعي، ولا بد من وجود طارئ أو تغيير في الظروف يبرز تعديل العقد، ويكون هذا التعديل في إطار العقد الأصلي.

فحق التعديل يكون على الشروط المتعلقة بتنظيمه وتسييره وليس في مقدور المتعاقد الاعتراض على إجراء تعديله مادام وجود سبب للتعديل وأنه سيعوض على الضرر الذي يصيبه من جرائه، أما الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، كالضمانات والمزايا التي تمنحها الإدارة للمتعاقد معها، فهذه الشروط لا تعدل إلا باتفاق الطرفين.¹

إن سلطة التعديل الانفرادي شاملة تتناول جميع العقود الإدارية، وتطبق عليها، لكن لا تطبق عليها عل حد سواء وبنفس القدر، فهي كما سبق وذكرنا ليست مطلقة، حيث ترد على هذه السلطة العديد من القيود، يتعين على الإدارة الالتزام بمهامها للتعسف أو الانحراف في استعمالها بما قد يضر بمصالح المتعاقد معها، ومن هنا فقد دأب القضاء والفقه على إيجاد ضوابط لتطبيق سلطة التعديل الانفرادي، وسنبين تلك الحدود والضوابط وفقا لما سنتطرق إليه من خلال أربع (04) فروع، أحاول إبراز الضوابط والقيود العامة، اقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام وحاجاته ومقتضياته في الفرع الأول، ثم أتطرق إلى في الفرع الثاني إلى إتصال التعديل بموضوع العقد الإداري أما الفرع الثالث أتناول ارتباط حق التعديل بتغيير الظروف، وأخيرا وكفرع رابع أقوم بدراسة عدم إحلال تعديل العقد بالتوازن المالي، وذلك على الشكل الآتي:²

الفرع الأول: الضوابط والقيود العامة، اقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام وحاجاته ومقتضياته.

لتعديل العقد الإداري قيودا وضوابط عامة تحد منه، تتصل بالهدف من منح الإدارة سلطة التعديل ونطاقه وحدود استعماله وذلك على التفصيل التالي:

إن طبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، فممارسة هذه السلطة ترتبط بفكرة ضرورة ملازمة العقد لمستلزمات المرفق العام، ويجب أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالمقابل المالي للمتعاقد، ويجب التمييز بين شروط العقد الإداري المرتبطة بسير المرفق العام، وتلك المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد.

¹ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 147 و ص 148

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 119

فمن المقرر أن الشروط التي يقتضيها العقد الإداري ويتضمنها تنقسم إلى: شروط لائحية وشروط تعاقدية، وسلطة الإدارة في التعديل تقتصر على الشروط اللائحية المتعلقة بالمرفق العام فقط، وهي الشروط المتعلقة بحجم الأعمال محل التعاقد، وطرق ووسائل التنفيذ ومدته، وبما أن الإدارة مسؤولة عن تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ونظرا لطبيعة حاجات هذه المرافق المتغيرة وغير الثابتة، فإن الأمر يستوجب إجراء التعديل في البنود المتصلة بالمرفق العام تلبية لإشباع الحاجات العامة، ومن ثم لا تمس سلطة الإدارة في التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية، لأن هذا الأمر قد يؤدي إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة.¹

لقد ذهب بعض الفقه في تحديده لمفهوم تغير الظروف الذي يقضي المشروعية على تعديل الإدارة لتعاقداتها الإدارية أنه يعني بمفهومه الواسع على تغيير في ظروف تنظيم المرفق العام ذاته وكذلك كل تغير في ظروف أداء الخدمة، مما يعطي للإدارة حق في تعديل العقد الإداري ليس فقط في حالة تغير الظروف التي ينفذ فيها عن تلك التي أبرم في كنفها، وإنما يكون هذا الحق قائما أيضا في كل حالة تخطئ فيها الإدارة في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، حيث سيكون لها حق تعديل العقد بما يتوافق مع المقتضيات الحقيقية للمرفق محل التعاقد وذلك لارتباط الأساس القانوني لسلطة التعديل بالقواعد الحاكمة للمرفق العام، ومن أبرزها قابلية التغيير في كل وقت، وسواء أخطأت الإدارة في التقدير ابتداء من عدمه فيجب أن تتمكن من خلال تعديلها للعقد الإداري من تنظيم المرفق بالأسلوب الذي تراه محققا للصالح العام.²

فإذا كان من شأن تنفيذ العقد الإداري في ظل الظروف المستجدة ما يتعارض مع المصلحة العامة أو لا يحققها على النحو الذي قصدته الإدارة حين أقدمت على إبرام العقد الإداري، وذلك بوصفها الحريصة على تحقيقها للمصلحة العامة في كافة تصرفاته.³

لقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الشروط التي تعتبر أجنبية عن المرفق العام هي الشروط المتعلقة بالمزايا المالية المتفق عليها للمتعاقد وعلى الأخص العناصر المالية للعقد، مثل الثمن المتفق عليه، وهي لا تؤثر على سير المرفق العام أو تنظيمه، لذلك تبقى خاضعة لقواعد القانون المدني

¹ - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 150، ص 151

² - عبد العزيز المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 53

³ - عبد العزيز المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 54

الذي يحكم العقود بصفة عامة، فلا يجوز للإدارة التعديل فيها وإلا كان قرارها باطلا، ماعدا ذلك فهي شروط مرنة يجوز للإدارة تعديلها لحاجات المرفق العام.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل في المزايا المالية المتفق عليها في العقد والمتمتع بها المتعاقد معها، وأكدت على أن سلطة التعديل ليست مطلقة بل ترد عليها قيودا، مقتصرة على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام والمتعلقة بحاجاته وضروراته.¹

وجاءت المحكمة الإدارية العليا المصرية لتؤكد في حكم حديث لها بقولها: "ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد سواء تعلقت بتحديد هذا المقابل في أي صورة ثم الاتفاق عليها، وفقا لطبيعة العقد أم أساليب الوفاء بهذا المقابل، ومواعيد وإجراءات وحالات الوفاء بالثمن تعد كصفة عامة شروطا تعاقدية، وتتحدد باتفاق الطرفين، لا يملك أي طرف التحلل منها، أو تعديلها بإرادتها المنفردة من دون موافقة الطرف الآخر، نفاذا لمبدأ ثبات أو جهود تلك الشروط التعاقدية"²

وعليه، يتبين لنا أن المقابل النقدي يتخذ صوراً متعددة حسب الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها، فيكون هذا المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد على نوعين:

النوع الأول: إذا كان المتعاقد قد حصل على المقابل المالي من الإدارة مباشرة نتيجة لتقديمه الخدمة مباشرة فيسمى الثمن، ويكون ذلك في عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل.

النوع الثاني: إذا كان المتعاقد يقدم خدمة للجمهور بصورة مباشرة كما في عقد الامتياز، فالمقابل المالي الذي يحصل عليه يسمى الرسم، والذي يتقاضاه من جمهور المنتفعين من الخدمة.

ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي، لا تشمل الشروط المتعلقة بتنظيم المصالح المالية للمتعاقد، بل أجر المستحق عن عمله، أو ثمن السلعة والخدمات التي يقدمها للإدارة لا تتعلق بتسيير المرفق العام، فمن المسلم به أن المتعاقد عندما أقدم على التعاقد كان يسعى إلى تحقيق الربح المادي الذي سيعود عليه من جراء تنفيذه لهذا العقد.³

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه ص 122

² - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم 9689 لسنة 49 ق.ع، جلسة 17 جانفي 2006، المجموعة الالكترونية لأحكام المحكمة

الإدارية العليا المصرية حتى عام 2010، المشار إليها في كتاب يه يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 152

³ - يه يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 153

الفرع الثاني: إتصال التعديل بموضوع العقد الإداري

وهو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، بحيث يبدو المتعاقد مع الإدارة كما لو أنه عقد جديد فإن وصل التعديل إلى هذا الحد، ولم يكن التعويض كافياً لتغطية آثاره، فالمتعاقد له كامل الحق باللجوء إلى القضاء طالبا الفسخ.

وقد أجاز القضاء الفرنسي طلب فسخ العقد إذا ما قلبت تلك التعديلات شروط العقد رأساً على عقب، بحيث أصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد، وسار مجلس الدولة المصري على ما سار عليه نظيره الفرنسي، ففي حكمه الصادر في 26 ديسمبر 1951 والذي جاء فيه حق تغيير شروط العقد من قبل الإدارة وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر إتفاقاً مع الصالح العام، دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشرط ألا يصل التعديل إلى فسخ العقد الأصلي كلياً، وإلاّ جاز للطرف الآخر فسخه بشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا احتلت الموازنة في الشروط المالية¹، وجاء حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر في 20 أبريل 1957 بنفس المعنى.²

إن الأعباء الزائدة على عاتق المتعاقد نتيجة ممارسة الإدارة المتعاقدة لحقها في التعديل المنفرد للعقد، لا بد أن تكون أولاً في الحدود الطبيعية والمعقولة سواء من ناحية نوعها أو من ناحية أهميتها، والحدود الطبيعية والمعقولة للتعديل تتمثل عادة بنسبة مئوية معينة من قيمة العقد تحددها النصوص، فإذا وجد نص يحدد مقدار الأعباء الزائدة التي يمكن للإدارة أن تفرضها على المتعاقد معها بنسبة مئوية معينة سواء في العقد نفسه أو خارجه، فيتعين احترام هذا النص حتى لا تتقلب حال تجاوزه اقتصاديات العقد، ويحمل المتعاقد مع الإدارة بأعباء مالية مرهقة، وإذا لم يوجد نص فالقاضي يقدر في كل حالة حد المعقولة، بما أنه أنه يملك السلطة التقديرية لذلك.

كما حرص المشرع الفرنسي في المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات بتجاوز هذه النسبة إلا في حالات الضرورة وبالاتفاق مع المتعاقد، فيجب أن يكون التعديل في حدود نسب معينة بحيث لا تؤدي التعديلات إلى أن نكون أمام عقد جديد.³

¹ - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، دار الثقافة، القاهرة-مصر، بدون سنة النشر، ص355

² - مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، الجزء 2 في عشر سنوات، 1955-1965، ص 1396

³ - أنظر المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الفرنسي.

أمّا في العراق فلم يعالج القضاء العراقي مثل هذا الموضوع، وعليه فقد نادى بعض الفقهاء بضرورة اتباع القضاء العراقي القضاء الفرنسي والمصري في علاجها لهذا الموضوع، حفاظاً على مصالح المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي خروجه من دائرة التعامل معها.¹

وعليه فإن نطاق التعديل ينبغي اقتصره على أعمال من ذات جنس ونوع الأعمال المتعاقد عليها، حتى لا تفرض الإدارة على المتعاقد معها تنفيذ أعمال لم تتجه نيته حال التعاقد إلى تنفيذها بدعوى ممارسة حقها في التعديل، ومن ثم فإنه لا يجوز للإدارة تحت ستار استعمال سلطتها في التعديل أن تطلب من المتعاقد أداء أعمال لم يكن ليقبل القيام بها لو عرض عليه عند إبرام العقد الأصلي، حيث يجب عليها ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد، فلا يسوغ للإدارة إسناد أعمال جديدة للمتعاقد معها أثبتت صلتها بالعقد الأصلي أو يحتاج تنفيذها لأوضاع جديدة تختلف البتة عن تلك المتفق عليها.²

وبالتالي فعدم مشروعية طلب التعديل المتعارض مع موضوع ومحل العقد الإداري حتى ولو اقتضته المصلحة العامة، ذلك لأن تحقيقها وإن كان غاية مشروعية في حد ذاتها فإنه يتعين أن يكون التوصل إلى تحقيقها بوسيلة مشروعيتها، حيث يكون ذلك من خلال إبرام تعاقد جديد يحقق تلك المصلحة ولا يسوغ إجبار المتعاقد مع الإدارة على أداء عمل لم يدرس إقتصاديات تنفيذه وقت إبرام العقد عند تحديده لأسعاره، وذلك إعمالاً لمبدأ أخلاقي يجب على الإدارة الالتزام به أثناء تنفيذها لهذه الرابطة التعاقدية، بفعل أن الغاية لا تبرر الوسيلة لانطوائه تحت إطار مبدأ أشمل وأعم، من خلال ضرورة الإلتزام بحسن النية في تنفيذ العقد الإداري.³

الفرع الثالث: ارتباط حق التعديل بتغيير الظروف

يشترط من أجل إستخدام جهة الإدارة لسلطتها في التعديل، أن يكون هناك تغيير في الظروف التي تمّ إبرام العقد في ظلها، وهذا التغيير هو السبب الذي دفع تدخل الإدارة لإجراء التعديلات الضرورية والمناسبة لشروط العقد.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 131 و ص 132

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 55

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 57

هذا وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه، لكي تستطيع الإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام العقد، بحيث تصبح شروط العقد غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق وغير محققة للصالح العام. كما تأخذ المحكمة الإدارية العليا في مصر بذات الاتجاه المنتهج في فرنسا، فتشترط أن يكون التعديل مستهدفاً لتحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، ومن أحكامه في هذا الشأن حكمها المتضمن أنه من حيث أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي في العقود الإدارية، بل قدمت أبرز الخصائص المميزة لنظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، وبمقتضى هذه السلطة فإن جهة الإدارة تستهدف حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام، حيث تملك من جانبها 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 قضاء حاجة المرفق العام، والذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فيه، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرفق العام، وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه.¹

أما في العراق فالإدارة تستطيع أن تعدل العقد بإرادتها المنفردة عندما ترى هناك ما يدعوها لتعديل لمقتضيات المصلحة العامة كما في حالة من حالات الضرورة.

هذا وقد نصت الشروط العامة للمقاولات والأعمال الهندسية المدنية على أن المهندس يمكنه إجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية الأعمال أو في أي قسم منها إذا رأى أن ذلك ضرورياً أو مرغوباً فيه،² ولا يجوز إجراء هذا التعديل على الأعمال المتعاقدة عليها إلا عند الضرورة القصوى، ومن ذلك:

- إذا كان عدم الإضافة من شأنه أن يسبب تأخيراً في العمل أو ضرراً كبيراً من الناحية الفنية والاقتصادية.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 125 و 126

² - المادة 02، الفقرة 01 من الشروط العامة للمقاولات والأعمال الهندسية الرقابية المشار إليها في كتاب: سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 127

- إذا لم يترتب على التغيير تبديل رئيسي في الخدمات أو السعة الإنتاجية المقررة للمشروع.
- إذا كان عدم التغيير يؤدي إلى عدم إمكانية الاستفادة من أعمال المقاوله على الوجه المطلوب هند إنجازها.
- إذا كان التغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة على التأخير المحتمل بسبب هذا التغيير.¹

الفرع الرابع: عدم إخلال تعديل العقد بالتوازن المالي

يعتبر تعديل العقد الإداري حق تملك الإدارة استعماله بالإرادة المنفردة لها، إلا أنه يقابله حق للمتعاقد معها بأن لا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للعقد بملاحقاته خسائر مادية فادحة لم يتوقعها وقت إقدامه على التعاقد مع الإدارة، ولا سيما وأنّ التنفيذ لهذا التعديل سيكون بذات الشروط والأسعار للعقد الأصلي، والذي قد يكون مضى على إبرامه مدة طويلة، تغيرت بمضيها الأسعار صعوداً يرهق المتعاقد مع الإدارة في الذي لا يكون له الحق في المطالبة بتعويض عن ذلك جراء الخسائر الكبيرة، ومن أجل الحفاظ على التوازن المالي للعقد لا بد على الإدارة من مراعاة أمرين هامين هما:

أولهما: يتعلق بنطاقه، حيث يتعين أن يكون جزئياً لا يتجاوز 25% بالنسبة لكل بند بالعقد. ثانيهما: يتصلاً بموضوعه حيث يتعين أن ينصب على الشروط اللاتحجية للعقد الإداري دون مزايا للمتعاقد مع الإدارة حفاظاً على مصلحته المالية، وحتى لا يكون تعاقد مسبباً له خسارة لم يتوقعها ولم تكن في الحساب.

ومن المستقر عليه في الفقه الفرنسي عدم جواز أن ينصب التعديل على الشروط المالية المتفق عليها للعقود لكونها من الشروط الأجنبية عن المرفق العام ومن ثم فلا يجوز تعديلها. وإن كان من الجائز وفق ما استقر عليه إفتاء مجلس الدولة تعديل الشروط المتعلقة بالمزايا المالية إذا تلاققت إدارة السلطة المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على هذا التعديل في هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزماً لكل من طرفيه وواجب الأداء.²

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 127

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 58 و ص 59

المبحث الثاني: نطاق تطبيق سلطة التعديل وأهم المواقف الواردة عليها أثناء تنفيذ العقد الإداري.

إن نطاق تطبيق سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري من خلال سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة، من خلال عدم تدخل الإدارة العامة في مجال مسكوت عنه في العقد، وممارستها لهذه السلطة لا تكون خروجاً عن العقد، ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً، وهي لا تملك التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام، بل تعني تغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، إما بالزيادة أم النقصان قرينة واضحة على أنه عقد إداري، وتنصب سلطة التعديل على مضمون الالتزامات المنصوص عليها في العقد وكذلك بالإضافة إليها.

هذا وقد سادت في الفقه والقضاء فكرة مرونة العقود الإدارية أي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة إذا اقتضى ذلك الصالح العام، ومع أن الأغلبية من الفقه والقضاء تأخذ بهذا الرأي، إلا أن هناك فريق من الفقه يرى أنه يجب على السلطة الإدارية أن تقتصر التعديل على بعض العقود وحصرها في نطاق الشروط اللائحية.¹

وعلى هذا الأساس، ومن أجل دراسة هذا الجزء من الموضوع يمكننا طرح الإشكاليات التالية: فيم يتمثل نطاق تطبيق سلطة التعديل في مجال تنفيذ العقود الإدارية؟ وماهي أهم مواقف التشريع والفقه والقضاء الواردة في هذا المجال؟ وما آثارها القانونية المترتبة على ذلك؟

وللإجابة على هذه الأسئلة، قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين (02)، على النحو الآتي :

1- المطلب الأول: نطاق تطبيق سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

2- المطلب الثاني: مواقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة الإدارة في التعديل.

المطلب الأول: نطاق تطبيق سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري.

بعد أن أصبح حق الإدارة بتعديل عقودها الإدارية مؤكداً حتى خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط كما سبق وذكرنا آنفاً، فكان واجب علينا التطرق لسلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة، من حيث مقدار التزامات المتعاقد معها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ، أو من حيث مدد التنفيذ مثل سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد أو التعديل في طريقة تنفيذه السمة المميزة للعقد الإداري، فسلطة الإدارة في هذا المجال لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في

¹ - ية بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 202

العقد، وممارستها لهذه السلطة لا تكون خروجاً عن العقد، ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً، وهي لا تملك التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام، بل تعني تغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، إما بالزيادة أم النقصان قرينة واضحة على أنه عقد إداري، وتنصب سلطة التعديل على مضمون الالتزامات المنصوص عليها في العقد.

وتأسيساً على ذلك، يتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث (03) فروع، أحاول إبراز التعديل في مدة التنفيذ في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني أتناول التعديل في مقدار التزامات المتعاقد، أما الفرع الثالث أدرس التعديل في طرق ووسائل التنفيذ، ويكون ذلك على الشكل الآتي :

الفرع الأول: التعديل في مدة التنفيذ:

لا تقتصر سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد ومقدار الالتزامات المتفق عليها وطرق ووسائل التنفيذ، فالإدارة تبرم العقد الإداري ليغطي بعضاً من الاحتياطات العامة في زمن محدد، يبدأ بتاريخ معين لينتهي بتاريخ معين وتلك الفترة الزمنية يمكن أن تكون محلاً لقرارات التعديل بالإدارة المنفرجة، فإذا دعت المصلحة العامة إلى أن يتم التنفيذ في مدة أقصر أو أطول، فالإدارة تقوم بتعديل مدة التنفيذ وفقاً لهذه المصلحة، كأن تأمر الإدارة بتعديل مدة تنفيذ عقد الأشغال لمدة أقصر من المدة المحددة في العقد.

فبمقدور الإدارة تعديل في مدة تنفيذ العقد الأصلي أو تقصيرها كلما دعت الظروف واقتضت المصلحة العامة ذلك، حيث بإمكان الإدارة أن تطلب من المقاول أو المورد إنجاز العمل أو توريد الكمية في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد، كما بإمكانها إطالة أو تأجيل أو وقف الأعمال متى استوجبت المصلحة العامة ذلك.¹

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بذلك في حكمه الصادر بتاريخ 03 ماي 1907 في قضية وزارة الحربية حيث أبدت التعديلات التي أمرت بها الإدارة المتعاقد معها بالإسراع ببناء حصن بسبب حاجات الدفاع الوطني غاليها، وقد استدعي ظروف الإدارة تأخير تنفيذ الأعمال أو وقفها، فتأمر الإدارة بذلك التأخير، وعلى المتعاقد معها تنفيذ هذه القرارات مراعاة للمصلحة العامة، وقد جاء ذلك مؤكداً في حكم لمجلس الدولة الفرنسي صدر بتاريخ 28 جويلية 1920 الذي أقر

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 127

للإدارة حقها في وقف الأعمال المتفق عليها بسبب حرب 1914¹، وحق الإدارة هذا يعتبر حق لها تمارسه وفقا لسلطة التعديل المخولة بها.²

وحرص المشرع المصري على النص على هذه السلطة في قانون 129 لسنة 1947 في مادته الخامسة (5)، حيث يمكن إستخدامها في العقود كافة، تحقيقا للمصالح العامة وحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، خاصة وأن التعديل في مدة التنفيذ له أهمية بالغة، حيث توجد بعض أنواع العقود مدة تنفيذها قد يصل إلى 99 سنة، إلا أنه يتعين الأمر وللمقتضيات المصلحة العامة ضرورة أن يعين صاحب الامتياز "شركة المشروع" عن الأضرار التي يمكن أن يتسبب فيها هذا التعديل، بما يعادل الأعباء والنفقات التي كبدتها شركة الملتزم صاحب الامتياز كما هو الحال في عقد البوت باعتباره أحد العقود الإدارية الدولية.³

أما في العراق فقد أحاز المشرع العراقي زيادة مدة تنفيذ عقود المقاولات، على أن لا تتجاوز مدة معينة، وأن تمديد مدة التنفيذ لا تنصرف إلى المدة الأصلية للعقد فقط، وإنما تنصرف إلى المدد المخصصة للالتزامات الجزئية الواردة في العقد كموعده تسليم الموقع للمقاول، وتسديد الثمن لما ينجز من أعمال كمثال لذلك،⁴ وليبيان تعديل الإدارة لمدة تنفيذ العقد، سنتناول في هذا الفرع ما يلي:

أولاً: تعديل مدة تنفيذ عقد الالتزام.

إن عقد الامتياز في مصر قد تم تنظيمه بموجب القانون 129 لسنة 1947، فقد حدد هذا القانون مدة الامتياز بثلاثين عاما، حيث تعد مدة الالتزام ضمن الشروط التعاقدية، والتي لا تستطيع الإدارة ان تستقل بإجراء التعديل عليها، فالإدارة إذا عهدت لملتزم بإدارة مرفق عام بطريق الإمتياز، فلا تستطيع أن تسحب المرفق منه وتعطيه إلى ملتزم آخر يديره بطريق الامتياز، إلا أن شرط المدة هذا لا يمنع الإدارة من الالتزام إلى طريقة الإدارة المباشرة أو المؤسسة العامة. فإذا رأت الإدارة أن المرفق العام يدار بطريقة الامتياز فلا يحق لها أن تسحب المرفق من الملتزم الأصلي تمنحه إلى ملتزم جديد قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد، مادام الملتزم الأصلي يوفي

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص115

² - ية بمان حسن، المرجع نفسه، ص 221

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص116

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص117

بالالتزامات الملقاة على عاتقه على أتم وجه، إلا أن هذا الشرط لا يحول بين الإدارة وبين ما يكون من التزام المرفق العام قبل نهاية المدة، فيما لو ارتأت أن تغير طريقة الإدارة من طريقة الالتزام إلى الإدارة المباشرة أو المؤسسات العامة فقد يكون تدخل الدولة لإنهاء عقد امتياز قبل المدة المتفق عليها في العقد، إذا ما تزامنت معه ظروف سياسية تؤدي إلى أن تصدر الإدارة قرار التأميم، والأمر هنا لا يعدو أنه مجرد تغيير في طريقة إدارة المرفق، بأن يحل نظام الإدارة المباشر الذي تتولاه الإدارة، محل طريقة الامتياز التي يقوم بها فرد أو شركة، ومن أبرز أمثلة التأميم: هو تأميم الشركة العالمية لقناة السويس، بموجب القانون رقم 285 لسنة 1956 ولا يعدو الأمر هنا عن استعمال الدولة حقها المشروع في استرداد مرفق عام، كان يتم إدارته بطريقة الالتزام، لكي يدار بعدها إدارة مباشرة من قبل الدولة إلا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته، ومن دون أن تأخذ الإدارة موافقة المتعاقد معها أو من دون خطأ منه لا يمنع حق المتعاقد في الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي ينجم عن هذا الإنهاء ولكن إذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضرراً للمتعاقد فلا محل للتعويض.

وكذلك الحال في العراق، فقد تعرضت عقود امتياز حقول النفط العراقية إلى صدور قرارات التأميم في العام 1972 و1973 نتيجة لتغيير الظروف السياسية والاجتماعية للعراق في ذلك الوقت، والتي تعد خير مثال لإنهاء عقود الامتياز، وذلك بإنهاء عقود امتياز شركات النفط الأجنبية التي كانت تعمل في العراق.

وإذا ما طرأت ظروف من شأنها أن تؤثر في سير الأعمال، حيث لا يكون باستطاعة الملتزم أن يستمر في إدارة المرفق، إذا كانت هذه الظروف نتيجة لأمر الإدارة بإجراء تعديل على العقد، ففي هذه الحالة على الملتزم أن يبلغ مانح الالتزام عن حالة التوقف خلال 30 يوماً من تاريخ نشوء السبب وتحقق له مطالبة المانح بالتمديد، وقد تصل سلطة مانح الالتزام في التعديل في بعض الأحيان إلى حد فسخ العقد المبرم مع الملتزم قبل إنتهاء المدة المتفق عليها في العقد في الحالة التي يكون فيها محل العقد لا يفي بالغرض الذي من أجله أبرم العقد، وهذا هو إتجاه القضاء العراقي، حيث جاء في قرار محكمة التمييز العراقية المتعلق بقضية إلغاء الإدارة المحلية لمشروع ماء كربلاء القديم والذي تم إنشاؤه بموجب عقد امتياز بين بلدية كربلاء والمتعاقد معها لمدة 50 سنة،

والمثبت بالقانون رقم 22 لسنة 1933¹ ما نصّه: "وقد وجد ان الحكم المميز مواف للقانون، فمنع ان المسلم في القانون الإداري ان الملتزم يخضع في القيام بإدارة المرفق العام واستغلاله لرقابة الحكومة، سواء نصّ في مواد متعددة منه على سلطة الحكومة في الإشراف على تنفيذ صاحب الالتزام لنصوص العقد، وأجاز في مادته الحادية والثلاثين أن تلغي المشروع أو تنقله الى غير صاحب الامتياز إذا عجز عن تنفيذه أو إدارته بصورة مرضية، بمقتضى شروط العقد وإذا خالف هذه الشروط، وقد خلا العقد من نص يوجب على الحكومة دفع أي تعويض في حالة الإلغاء، فالحكومة قد استعملت حقها في هذا مدة طويلة وعملت جهدها على حمل أصحاب الامتياز على القيام بالتزامهم ووجهت اليهم العدد من الكتب والتحذيرات فلم يجد ذلك نفعاً ولا مكان للحكومة اتباع المشروع في المواعيد المبينة في العقد، ولم توجب عليها ذلك، ولا يوجد نص قانوني يوجب إتباعه، فهي مخيرة في ممارسة هذا الحق حتى في حالة قيام الملتزم بتنفيذ شروط العقد، أو في الامتناع عن ممارسته، ولا مسؤولية عليها في حالة الامتناع."²

ثانياً: تعديل مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة

يكون للإدارة أن تأمر المتعاقد بتنفيذ الأشغال في مدة أقصر من تلك المدة المنصوص عليها في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، فبإمكانها أن تأمر مثلاً ببناء أحد القلاع استجابة لحاجات الامن القومي كما يمكنها أن تصدر الأمر بوقف الأشغال بسبب اندلاع حرب، ولها أيضاً أن تأمر بخفض مدة تنفيذ العقد إذا كانت الاعتمادات المالية في الميزانية غير كافية لتغطية تكلفة إنشائه للمدة المحددة في العقد ومن حق الإدارة إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة إذا رأت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك، لكون تنفيذ العقد صار غير ضروري.

هذا وأبدت المحكمة الإدارية العليا حق الإدارة في الانهاء في أحكام عديدة ومن تلك الأحكام حكمها الصادر في تاريخ 2001/05/15 والذي جاء فيه أن: " للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان، ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدرت ان هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات اذا كان لها وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية."، إلا أن حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة يقابله حق المتعاقد في الحصول على تعويض الضرر عن الأضرار التي أصابته جراء إنهاء عقده من قبل الإدارة ويكون التعويض خاضعاً إلى الأحكام العامة المقررة في التعويضات، ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد

¹ - قرار محكمة التمييز العراقية المتعلق بقضية إلغاء الإدارة المحلية لمشروع ماء كربلاء القديم والذي تم إنشاؤه بموجب عقد امتياز بين بلدية كربلاء

والتعاقد معها لمدة 50 سنة، والمثبت بالقانون رقم 22 لسنة 1933

² - ية يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 224 وص 225

وفيها ما يخص تعديل مدة عقود الأشغال في العراق، لأنه يأخذ بالمبادئ العامة للقانون ذاتها الموجودة في القانون المصري، والخاصة بتعديل عقد الأشغال من حيث المدة، فالإدارة تقوم بإلغاء أو إيقاف العمل بالمشروع إذا رأت إنشاء المشروع أو البناء لا يحقق الغرض من إنشائه أو أنه قد صار غير ضروري، أو غير ذي جدوى من إنشائه.

كما يحق للإدارة أن تقرر تمديد مدة تنفيذ المقاولة وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، كمنشوب حالة حرب مثلاً، أو أن تامر الإدارة بتقصير مدة إنجاز المشاريع لأقصر مدة ممكنة، لتلبي حاجات الجمهور، أو تأمر المقاول بتأخير التنفيذ؛ لعدم كفاية اعتمادات الميزانية.

ومن الملاحظة أن تعديل الإدارة لمدة التنفيذ لا يكون في المدة الإجمالية لتنفيذ العقد فحسب، بل يشمل التعديل على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد، وكمثال على ذلك: المدد المقررة المحددة لتسديد الثمن على قدر ما ينجز من أعمال أو بالنسبة إلى مدة استلام الأعمال المنجزة ومن أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن حكمها الصادر في القضية رقم 1046 ح/965 بتاريخ 29 جوان 1966 بأن: "الميعاد الذي أيده جهة الإدارة لاعتباره تاريخاً لاستلام العمل يعتبر تعديلاً لشروط المقاولة".¹

وفي حكم لمحكمة التمييز المتعلق بقضية تعاقد الشركة العامة للمقاولات الإنشائية مع مقاولين لتنفيذ عقد أشغال عامة، إلا أنهما بعد أن باشرا بالعمل وأنجز قسماً منه، تم سحب العمل منهما من قبل مدير العمل بدون حدوث تقصير من قبلهما، فأصدرت محكمة البداية حكماً يقضي للمدعين بمبلغ التعويض، وقد أيد الحكم استئنافاً، ولكن عند تمييز الحكم تبين أن هناك اتفاقاً قد جرى بين المقاولين والشركة العامة حول سحب العمل والتنفيذ على حسابها، وذلك لغرض الإسراع في إنجاز العمل قبل الموعد المحدد للعقد، مما يتعين معه على المحكمة الابتدائية والنهائية أن تلاحظ المبالغ المصروفة فعلاً وتاريخ صرفها،² ويحق للإدارة وقف العمل بصورة مؤقتة بناء على أمر تحريري صادر عن المهندس يسمى أمر توقف، بمقتضى هذا الأمر يوقف المقاول سير العمل مؤقتاً، أو أي جزء من الأعمال لمدة معينة، وعلى النحو الذي يراه المهندس ضرورياً، وتتحمل الإدارة النفقات الإضافية التي يتكبدها المقاول نتيجة هذا التوقف، وقد يتحمل المقاول هذه النفقات في حال نص العقد على ذلك، أو في الحال الذي يكون أمر التوقف ضرورياً

¹ - أنظر حكم محكمة التمييز في القضية رقم 1046 ح/965 المؤرخة في 29 جوان 1966.

² - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 225 وص 226.

بتنفيذ الأعمال بصورة صحيحة أو يكون التوقف بسبب الأحوال المناخية التي من شأنها أن تؤثر في سلامة وجودة الأعمال، أو حتى إخفاق من جانب المقاول، مقابل تقديم إشعار تحريري، إلى المهندس خلال 30 يوما من تاريخ أمر التوقف مطالبا بالتعويض.

وفيما يتعلق بحق الإدارة في إنهاء العقد من غير خطأ المقاول وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فإن هذا الحق يقابله حق المقاول في الحصول على تعويض عادل عن الأضرار الناجمة عن إنهاء الإدارة للعقد، ومن خلال حق الإدارة إنهاء عقد المقاولة في أي وقت في مجال اندلاع حرب. ويتضح مما تقدم أن حق الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة في كل من مصر والعراق هو حق ثابت ولو لم ينص عليه العقد، والقوانين والأنظمة واللوائح والتعليمات وأحكام القضاء وآراء الفقهاء تقر بهذا الحق، وتستند في حقها هذا على دوام إنتظام سير الموقف العام والمصلحة العامة، وفي موازاة حق الإدارة في تعديل مدة العقد سواء أكان بتمديد المدة أو تقصيرها أم إنهاء الرابطة العقدية قبل انتهاء المدة المقررة في العقد، يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض المناسب لجبر الضرر أو التعويض ما فاته من كسب.¹

ثالثا: مدة التنفيذ في عقد التوريد

تستطيع الإدارة المتعاقدة في أي وقت بعد البدء في تنفيذ عقد التوريد أن تعدل المدة المتفق عليها في التنفيذ سواء بتقصيرها أو تمديدتها وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة التعديل، كما يمكن لها إطالة مدة التنفيذ أو وقفها بسبب نفاذ الاعتمادات المالية وكذلك في حال أن تطلب الإدارة تكليف المورد بتوريدات إضافية، ورأت الإدارة أن أمر التكليف قد صدر في وقت متأخر لا يسمح بأدائها من باقي المدة المتفق عليها في العقد، فتتخذ الإدارة قرارها بإطالة مدة تنفيذ العقد²، وفي التشريع الجزائري يمتد حق المصلحة المتعاقدة في التعديل الانفرادي ليشمل مدة التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة، فإذا كان تحديد الأجل المقرر للتوريد أو حتى إتمام الأشغال يخضع لحض تقدير المصالح المتعاقدة حسبما تقتضيه ظروف إنجاز أو توريد الصفقة، ويتم تعديل مدة إنجاز الصفقة بالزيادة أو النقصان، أما في حالة الاستعجال تتدخل المصلحة المتعاقدة لتطلب من

¹ - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 229 وص 230

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 79

المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو إنجاز أشغال في زمن قياسي أقل مما هو متفق عليه في الصفقة¹.

إن غالبية الفقهاء في فرنسا ومصر يؤيدون حق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل المنفردة على عقودها على أساس مدى صلة العقد بالمرفق لعام، وبما أن صلة عقد التوريد مع المرفق العام ليست بنفس قوة الصلة التي يتمتع بها عقدا الإلتزام والأشغال العامة، فإن سلطة الإدارة في هذين العقدين تكون أكثر اتساعاً، بينما تمارس الإدارة سلطتها في عقد التوريد في أضيق مظهر ونطاق، إلا أن التقدم الحديث لعقود التوريد الصناعية تتجلى في أن سلطة الإدارة في هذا النوع تكون أكثر اتساعاً وأقوى مدى، وفيما يتعلق بتعديل مدة تنفيذ عقد التوريد، فإنه يقع على المدة المتفق على تمام التوريد خلالها، سواء أكان بقصر المدة أو بمداها، حسب مقتضيات المصلحة العامة لهذا التعديل.²

ويأخذ العراق بالمبادئ التي أخذ بها القضاء المصري المتعلقة بتعديل عقد التوريد من حيث تعديل مدة العقد فاشترط القانون والتعليمات الخاصة بالعقود الحكومية أن يكون تعديل العقد الإداري إذا استجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية غير متوقعة ترتب عليها التأخير في إنجاز الأعمال التي يلتزم المتعاقد بتنفيذها، أو في حالة زيادة أو تغيير في الإلتزامات محل العقد، أو أن يكون التأخير ناجماً بسبب أو إجراءات تعود على صاحب العمل، أو أن تأمر الإدارة المتعاقد بأن يورد البضاعة بمدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.³

الفرع الثاني: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

تستطيع الإدارة تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان بدون أن يستطيل ذلك إلى تغيير طبيعة هذه الإلتزامات، والمراد من التعديل هنا هو تعديل الكم وليس النوع، أي: تعديل حجم حق الأداءات المطلوبة حيث تكون الزيادة أو النقصان من نفس طبيعة الإلتزامات المراد زيادتها أو نقصانها، وحق الإدارة هذا هو حق ثابت لها سواء نص عليه القانون، أم لم ينص حتى ولو لم يشترطه العقد، ويسري على جميع العقود الإدارية، فتستطيع الإدارة توسيع المرفق في عقد الإلتزام، أو أن تزيد أو تنقص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد وكذا الزيادة أو النقصان

¹ - نبيل أزراب، المرجع نفسه، ص 126

² - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 230

³ - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 131

من كمية المواد المتفق على تسليمها في عقد التوريد، فيقدم المتعاقد مساهمته مع الإدارة من أجل سد الحاجات العامة،¹ والأصل أن سلطة الإدارة في التعديل يجب أن تنص على كمية أو حجم الأصناف المتفق عليها ولا يجوز أن تتضمن تغييرا في نوعها، فالأمر لا يعد وأن يكون تعديل في مظهر الكم وحدة²، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن للإدارة الحق أن تطلب تسيير عدد من عربات النقل أكبر من الحد الأقصى المتفق عليه في العقد، ووفقا لنص المادة 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998³ بشأن المناقصات والمزايدات، يحق للإدارة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حدود 25% بالنسبة لكل بند في الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض من ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة، وفي جميع حالات تعديل العقد يجب الحصول على موافقة السلطة المختصة التي أبرمت العقد وضرورة توافر الاعتماد المالي، على أن يصدر التعديل أثناء فترة سريان العقد، وإلا يؤثر ذلك على ترتيب أولوية المتعاقد في عطائه⁴، وتجدر الإشارة أنه في حال قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري يشترط مراعاة النسب المقررة قانونا بالزيادة أو النقصان مع وجوب أن تكون الأعمال الإضافية والتكميلية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية المتفق عليها، أي: لا يجوز أن تتضمن تغييرا في النوع، ففي حال تغيير نوع وجنس الأعمال الأصلية المتفق عليها من الأعمال الإضافية، ستكون أعمالا جديدة، ويكون المتعاقد حرا في ثبوها أو رفضها وخضوع هذه الأعمال الجديدة لثمن يختلف عن الثمن المتفق عليه إن قبلها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تقوم الإدارة بعرض هذه الأعمال بمناقصة جديدة⁵، ومن أمثلة التعديل في حجم الأداءات بالزيادة والنقصان، نتعرض إلى ما يلي:

أولا: تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد التزام المرافق العامة.

عقد الالتزام هو عبارة عن عقد إداري يتولى الملتزم فردا أو شركة بمقتضاه إدارة مرفق عام واستغلاله مقابل رسم يتقاضه مع خضوعه إلى القواعد الأساسية لسير المرفق العام، فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز.

¹ - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 307

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 72

³ - أنظر المادة 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات والمزايدات الفرنسي.

⁴ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 121 و ص 122.

⁵ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 124

ففي مصر أصدرت محكمة القضاء الإداري في جلسة 24 مارس 1957 حكما بخصوص تحديد عدد السيارات في عقد التزام خطوط النقل الداخلي بمصيف رأس البر، جاء فيه أنه: "ضمانا لحق سير المرفق العام واستغلالها وإدارتها وكفاية ذلك محققة بما لها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة"، وهي حقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها، كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمس الحق الأعلى أو تدخل بشروط عقد به، لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نظاما قانونيا خاصا لمرفق عام، فهي بذلك تمتلك تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إستغلاله وإدارته، بل إن لها أن تنهي الالتزام متى اقتضت المصلحة وإدارتها، بل إن لها أن تنهى الالتزام كلما دعت المنفعة العامة ذلك أيضا، وتدخل المجلس البلدي في شؤون المرفق محل الالتزام في الحالة المعروضة لم يكن أكثر من مطالبة الشركة بزيادة عدد السيارات بنسبة 20% المنصوص عليها في المادة 61 من عقد الالتزام، وبقصد الوفاء بحاجة جمهور المنتفعين بالمرفق بعد أن تبين له أن عدد السيارات المستخدمة فعلا لا تفي بهذه الحاجة، أي أن المجلس البلدي إستعمل حقا من حقوقه المستمدة من طبيعة المرفق العام، وعلمنا بالقواعد الأصولية في العقود الإدارية التي تقضي أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدما حدوث أي تعديل يتعلق بسير المرفق وحاجته كما أن إستعمال هذا الحق كان في الحدود المنصوص عليها في المادة 61 من عقد الالتزام، وهي صريحة في أن التعاقد قد تم على أساس أن نية الطرفين كانت منصرفة عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق إلى السيارات في الحدود المذكورة، فإن صح ما تذهب إليه الشركة من أن هذه الزيادة ستترتب عليها زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتقها، فإن حقا مكفول في الرجوع على المجلس البلدي بالتعويض عن الأضرار التي تلحق مركزها التعاقدية على أساس إعادة التوازن المالي للعقد، إن كان هناك وجهة لهذا التعويض.

ويتضح من هذا الحكم أنه جاء مؤكدا، حيث يحق للإدارة في تعديل الالتزام بالزيادة أو النقص، وفقا لمقتضيات حاجة المرفق العام والمتمثل في مرفق النقل، ويقابل سلطة الإدارة في التعديل حق الملتزم في التعويض عن الضرر الذي يلحق به بناء على قاعدة إعادة التوازن المالي إلى العقد، وبما أن العقد يتضمن في نص المادة 16 والتي تسمح للمجلس البلدي في زيادة عدد السيارات بنسبة 20% وبما أن الزيادة التي فرضها المجلس البلدي تزيد عن النسبة المنصوص عليها

في العقد، لذا ليس للشركة إلا الرجوع إلى المجلس البلدي للتعويض عن الضرر الذي لحق بها جراء هذه الزيادة.¹

ثانياً: تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد التوريد.

سايرت محكمة القضاء الإداري في مصر مجلس الدولة الفرنسي في الرأي ذاته المتعلق بأنه على الإدارة الإفصاح عن رأيها عندما تأمر بتعديل عقد التوريد، حيث قضت على أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإيرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المورد على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزويد من أعباء الطرف الآخر² وتنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل³، فالإدارة لها كل الحق في أن تنقص من كميات عقد التوريد.

أما في العراق فقد أعطى القانون الحق للإدارة في أن تأمر المتعاقد بإجراء التغييرات على العقد، فإن هذا في بعض الأحيان يكون من حق المتعاقد مع الإدارة إذا استجدت ظروف من شأنها تغيير الأعمال المتعاقد عليها، خصوصاً أن المتعاقد لا يستطيع فرض على الإدارة إجراء تلك التغييرات، إلا أنه يتقدم بطلب تحريري للإدارة يطلب فيه ذلك، وللإدارة السلطة التقديرية في النظر بطلب المتعاقد معها، فلها أن توافق على طلب المتعاقد بالقيام بالتغيير وحسبما تراه إذا كان يحقق المصلحة العامة، ولها حق الرفض إذا رأت أنه لا يعود بالفائدة، أو من شأنه إلحاق ضرراً أو خسارة بالإدارة.⁴

ثالثاً: تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

إن عقد الأشغال العامة هو عقد من العقود الإدارية، يقوم على أساس إعداد مادي لعقار بقصد تحقيق منفعة عامة، حيث عن المتعاقد بتدخل مباشرة في شؤون المرفق، لذلك يجب أن يخضع للرقابة الشديدة من جانب الإدارة.

ففي مصر أعطى مجلس الدولة المصري الإدارة حق التعديل في كمية أو حجم الأشغال بالنسبة إلى جميع صور عقود الأشغال المختلفة، وعلى المقاول الالتزام بتنفيذ هذه التعديلات التي

¹ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص210

² - أنظر حكم محكمة القضاء الإداري رقم 983 لسنة 7ق، جلسة 30 جوان 1957.

³ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص214

⁴ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص216

تقرها جهة الإدارة وكذلك الحال إذا تضمنت دفاتر الشروط نسبا معينة، وجاء التعديل في حدود هذه النسب، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع المطالبة بالتعويض عند تنفيذه لهذه التعديلات، إلا أن له طلب فسخ العقد في حال تجاوز التعديل إمكانية المتعاقد المالية والفنية. وفي حال التغيير في نوع وجنس الأعمال الأصلية التي تم الاتفاق عليها مع المتعاقد الذي يكون حرا في قبول أو رفض تنفيذ هذه الأعمال، كما يمكن لعدة أعمال أن تكون عرضة إلى اختلاف أسعار تنفيذها عن الأسعار المتفق عليها في العقد، ومن ثم يكون الأفضل للإدارة طرح هذه الأعمال للمتعاقد بمناقصة جديدة لكي تتجنب الإدارة من أن يستغل المتعاقد معها الموقف ويطالب ثمنا مرتفعا في تنفيذه لهذه الإضافات.

أما في العراق فإن التعديل في كمية العمل المتفق عليه في عقد الأشغال العامة سواء كان بالزيادة أو بالنقصان يكون خاضعا من حيث تنظيمه إلى دفاتر الشروط العامة التي تعطي الإدارة الحق في تعديل كميات العمل بالزيادة أو النقصان عن الكميات المتفق عليها في العقد، على أن حق الإدارة هذا هو حق ملكه حتى في حال عدم النص عليه في دفاتر الشروط ويكون ضمن حدود معينة.¹

وتجدر الإشارة إلى أن التغييرات والتعديلات التي تدخلها الإدارة على مقادير العمل قد يكون لها تأثير في الفائدة التي ينبغي المقاول الحصول عليها، وكذا الحرص في معظم دفاتر الشروط على أن يحدد نسبة التعديل الذي يقع على العقد سواء أكان بالزيادة أم النقصان.²

الفرع الثالث: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ.

تستطيع الإدارة التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد كلما دعت الضرورة إلى ذلك، لا سيما في مجال معرفتها بوجود أخطاء تضمنتها المشروعات الأصلية أو عند اكتشاف مبتكرات فنية علمية حديثة من شأنها أن تكون قد أقرت اقتصادا وتظهر سلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل التنفيذ في عقود الأشغال العامة وعقود الالتزام وتبدو أيضا في عقود التوريد،³ وستتناول بشكل موجز بعض الأمثلة على ذلك :

¹ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 210 وص 212

² - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 213

³ - نجم عليوي خلفن المرجع نفسه، ص 76

أولاً: التعديل في عقد إلتزام المرافق العامة.

تظهر سلطة التعديل في عقود إلتزام المرافق العامة عند ممارستها من قبل الإدارة وفي نواحي مختلفة منها ما يتعلق بتعديل الكميات المتفق عليها في العقد زيادة أو نقصان.¹

ويكون للإدارة أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد كأن تفرض على الملتزم استعمال وسائل فنية أحدث من الوسائل التي نص عليها العقد لمواكبة المتغيرات الحديثة.

أما في مصر فقد أعطى القضاء الإداري المصري الحق للإدارة في تعديل الطرق والوسائل المستخدمة من قبل المتعاقد أثناء تنفيذه العقد، وتعد أحكامه إقراراً واضحاً وصريحاً لحق الإدارة هذا.²

ثانياً: التعديل في عقد التوريد.

أما في عقود التوريد فتضيف سلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل تنفيذ عقودها، وذلك بالنظر إلى أن هذا النوع من العقود يساهم بصورة غير مباشرة في تسيير المرافق العامة، كما أن التعديل في طرق أو وسائل التنفيذ في عقود التوريد ليس له أهمية تذكر في العقود العادية أو التجارية، إلا أن الحال ليس كذلك في عقود التوريد الصناعية كعقود تصنيع الأسلحة، أو بناء السفن، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي واعترف للإدارة بسلطة تعديل وطرق ووسائل تنفيذ العقد.³

إن المبدأ العام في عقود التوريد العادية أن المورد يحتفظ باختصار الوسائل، وتحديد طرق تنفيذ العقد، أما في عقود التوريد الصناعية، فإن الإدارة تتمتع بسلطة حقيقية في توجيه المتعاقد، والتعديل الذي يكون من جراء التوجيه الحاصل من قبل الإدارة أثناء تنفيذ المواصفات الفنية للتوريدات، فإن جهة الإدارة في هذه الحالة تتحمل تعويض المورد، ومن ثم يكون في عقود التوريد الصناعية المجال واسعاً كي تباشر فيه الإدارة حقها في التعديل وإيرادتها المنفردة.⁴

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص124، وأشار إليها: نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص78

² - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص217

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص126، وأشار إليها: نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص78

⁴ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص220

وبالنسبة للوضع في مصر فقد أصدرت محكمة القضاء الإداري حكماً في 27 جانفي 1963، بخصوص عقد توريد صناعي عياراً عن عقد توريد أسلحة إلى الحكومة، لاستخدامها قصد الدفاع عن الوطن أثناء حرب فلسطين حيث شكلت وزارة الحربية لجنة خاصة لهذا الغرض.

ثالثاً: التعديل في عقد الأشغال العامة.

تستطيع الإدارة في عقد الأشغال العامة تعديل المشروعات الأصلية بشرط أن لا يصل مداها إلى تغيير موضوع العقد، كما يمكنها إجراء تعديلات على المواد التي تدخل في إطار العمل أو أماكن استخراجها، وكذلك ما تستخدمه الإدارة من تعديلات أثناء التنفيذ.¹ فبموجب الصلاحيات المخولة للإدارة في عقد الأشغال العامة تستطيع أن تطلب من المقاول استعمال معدات حديثة ومواد بناء ذات مواصفات جيدة في عمليات التشييد،² فسلطة الإدارة في تعديل العقد، ورغم بروزها بشكل واضح وجلي في عقد الأشغال العامة كونها صاحبة الاختصاص الأصلي في المشروع، إلا أنها ليست مطلقة، وإنما هي ضرورة تلجأ إليها الإدارة عند تعذر سير المرافق العامة وعليه فإنها محددة على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي مفاده الاعتراف باحترام القوة الملزمة للعقد، أي: أنه ليس بمقدور الإدارة إجراء تعديلات تقضي إلى المساس بجوهر العقد وذلك من خلال تغيير المعالم الأساسية التي يتم إبرام العقد بموجبها.³ وجدير بالذكر أنه في حالة تنفيذ أعمال الأشغال العامة ينبغي أن نفرق بين حالتين، الأولى فكرة الأعمال الجديدة وبين الأعمال غير المتوقعة (الإضافية والتكميلية).

1- الأعمال غير المتوقعة: هي عبارة عن أعمال لم تظهر في العقد وقت إبرامه، ولكنها ليست غريبة عنه، ومثال ذلك إعادة ترميم قناة تهدمت بسبب إنهار أحد الجسور أثناء إنشاء السكك الحديدية، أو القيام بنقل الأتربة اللازمة لتنفيذ العمل بسبب رطوبة الأرض،⁴ وبالتالي فهي لا تعتبر عملاً جديداً وإن لم ترد في نصوص العقد كونها غير مثبتة الصلة وليست غريبة عن

¹ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 77

² - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 218

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 125

⁴ - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 219

موضوع العقد الأصلي، وعليه يمكن للإدارة فرضها على المفاوض¹، والأعمال غير المتوقعة يمكن أن تكون أعمالاً إضافية أو تكميلية.

فأما الأعمال الإضافية، فيقصد بها الأعمال التي لم تظهر في العقد، إلا أن قائمة الأسعار توقعتها وحددتها كطلب الإدارة من السند المتفق عليه في العقد مسافة إضافية، وذلك لأن النهر غير مجراه بشكل غير متوقع.

وأما الأعمال التكميلية فهي الأعمال التي يجوز للإدارة طلب من المتعاقد إنجازها بعد إنتهاء الأعمال الأصلية، حيث تعتبر تكملة أشغال منصوص عليها في العقد.²

2- الأعمال الجديدة: فليس بمقدور الإدارة فرض على المفاوض أعمال جديدة، وإذا لجأت لهذا الأسلوب، فبإمكان المفاوض طلب فسخ العقد، أو المطالبة بالتعويض في حال تنفيذه العمل.³

المطلب الثاني: موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة الإدارة في التعديل.

كان فقهاء القانون العام في نهاية القرن 19م يرون وفقاً للرأي السائد آنذاك ضرورة التزام الإدارة باحترام العقد الإداري شأنها في ذلك شأن الأفراد المتعاقدين معها، ذلك في حالة ما إذا لم ينص القانون نصوص ومواد خاصة، وعليه لا يكون مركزاً متميزاً عن مركز الأفراد العاديين، ولا ينال من ذلك مشروعية الهدف الذي تسعى إليه من وراء التعديل، وأن احترام التعهدات التعاقدية يعتبر الضمان الأساس لاستقرار العلاقات التعاقدية والقانونية، وأنه يتعين على الدولة إعطاء المثل الأعلى للأفراد في احترام تعهداتها التي تضمنتها في عقودها، وأن الضرر الذي يترتب على مساس جهة الإدارة بمبدأ احترام العقود واحترام الحقوق المكتسبة سيكون أكثر وأشد من النفع العام الذي تهدف إلى حقيقة من إجراء هذا المساس في العقد الإداري، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به في الوقت الحاضر، فالعقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية اختلافاً أساسياً، ومردود هذا الاختلاف هو وجوب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة، ومن ثم فقد سادت في الفقه والقضاء فكرة مرونة العقود الإدارية أي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة إذا اقتضى ذلك الصالح العام، ومع أن الأغلبية من الفقه

¹ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 78

² - بة يمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص 219

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 125، وأشار إليها: نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 77

والقضاء تأخذ بهذا الرأي، إلا أن هناك فريق من الفقه يرى أنه يجب على السلطة الإدارية أن تقتصر التعديل على بعض العقود وحصرها في نطاق الشروط اللائحية.¹

وعلى هذا الأساس، أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث (03) فروع، أحاول إبراز موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني أتناول موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة التعديل في مصر، أما الفرع الثالث أتطرق إلى موقف الفقه والتشريع والقضاء اللبناني، الأردني والعراقي من سلطة التعديل، وهذا على النحو الآتي :

الفرع الأول: موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا

إن سلطة التعديل موجودة ومستقلة عن أي نص في التشريع أو في العقد فالنظرية الفردية المقررة لمبدأ سلطان الإدارة قد ولى عهدها وانتهى، وقواعد الحياة الاجتماعية لم تعد تستمد من إدارة الإنسان فقط، بل ومن مقتضيات الجماعة واحتياجاتها العامة أيضاً، والقوة الملزمة للعقد كما ينادي فقهاء القانون المدني المرتكزة على مستلزمات العدالة ومقتضيات النظام الاجتماعي، حيث يجب أن تكون تحت سيطرة المجتمع والمحاكم القضائية، وهي مقيدة بنصوص القانون المدني، وتمسكة بولائها لمبدأ ثبات الشروط العقدية، وأكد المشرع الفرنسي في القانون الجديد حق الإدارة في التعديل الانفرادي، حيث أعطى الحق إلى المتعاقد في رفض تنفيذ التعديلات التي تفرضها الإدارة، إذا كانت في مجملها تتجاوز 10% من نسبة الأعمال المنصوص عليها خلال المناقصات وقت إبرام العقد.

أما في مجال القضاء الإداري فالأمر مختلف، حيث يعتبر العقد الإداري أحد وسائل الإدارة التي تلجأ إليها الإدارة وتسيير المرافق العامة، وقد ترى الإدارة أن مبدأ ثبات العقد والالتزام بنصوصه المحررة لا يتفق مع المصلحة العامة التي يتغير بتغير الوقت والظروف، لذا يكون من الواجب على الإدارة في هذه الحالات أن تتدخل لتعديل نصوص العقد ليواكب تغير ظروف تنفيذ العقد بما يضمن حسب سير وانتظام المرفق العام موضوع العقد.²

فإذا تضمن العقد شروطاً تحول الإدارة سلطة التعديل أو نص عليها في القانون واللوائح، ولا خلاف على وجود هذه السلطة، وتستمد الإدارة سلطتها في التعديل من هذه النصوص وذلك لاتفاقها مع القوة الملزمة للعقد ومبدأ الإدارة المشتركة للطرفين، وممارسة الإدارة لسلطة

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص63

² - بة يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص75 وص76

التعديل لا ينتج عنه إحلال بمبدأ ثبات العقد، وكذلك إذا تضمن القانون نصا بتقريب حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، فهي تستمد سلطتها من نصوص القانون، ولا يجوز للإدارة المتعاقدة إدراج نص في العقد يمنع الإدارة من ممارسة واستعمال تلك السلطة.¹

وقد ثار خلاف فقهي حول وجود سلطة التعديل في حالة عدم النص عليها في العقد، وغياب نص قانوني يقرر هذا الحق للإدارة، فقد أنكر جانب من الفقه هذا الحق، بينما ذهب الرأي الغالب من الفقه إلى إقرار ذلك الحق، في حيث ذهب فريق ثالث إلى اعتناق رأي وسط بين الرأيين السابقين، مفاده تقصير حق التعديل على عقدي الأشغال العامة والامتياز دون غيرهما من العقود الإدارية.²

أولاً: الآراء المؤيدة لسلطة التعديل الإفرادي

إن الغالبية العظمى من الفقه والقضاء تؤكد على حق جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة بهدف تحقيق المصلحة العامة، فهذا الحق ثابت لجهة الإدارة دون حاجة للنص عليه صراحة في القانون أو في اللائحة، فإذا جاء النص عليه فلا يعد ذلك حقاً منشئاً لجهة الإدارة، ولكن النص يعد كاشفاً لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة.³

ويرى أصحاب هذا الرأي أن حق الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة يشمل العقود الإدارية وشروطها كافة، أي بوصفها غير مقتصرة على عقود وشروط معينة، فالإدارة تهدف من وراء إبرام عقودها إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذه المصلحة تتغير بتغير الوقت والظروف الاجتماعية والاقتصادية ومع التقدم العلمي والتكنولوجي.⁴

لقد ذهب الأستاذ "مارسيل فالين Marcel valine" إلى أن: "الإدارة تستطيع بأعمال انفرادية أن تعدل في الأداءات والالتزامات المطلوبة من المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد"، وضرب مثالا لذلك أثناء خدمة المتطوع في الجيش حيث تستطيع الإدارة تخفيف أو تشديد إلتزامات المتطوع.⁵

¹ - مصطفى عبد المحسن، الوجيز في عقود البوت-BOT -، دار الشتات للنشر والبرمجيات، 2008، ص153

² - بة بمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص76 و77

³ - سيف سعد مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص76

⁴ - بة بمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص76 و77

⁵ - VALINE MARCEL. Traité elementaire de droi tadministatif, recueilsivey, paris, edition, 1951, p559.

ويؤكد الأستاذ "بونار **Boonard**" ذات المبدأ، حيث يدلي على أنه: " لا تطبق بدقة قاعدة ثبات العقود في عقد أشغال أو فيما يتعلق بالعقود الإداري لأن الإدارة في أي وقت تستطيع بإرادتها المنفردة للقيام بتعديل في عقدها الإدارية." ¹

كما يلاحظ الأستاذ "ريفيرو **rivero**" أن سلطة الإدارة في التعديل قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استثناءً لمبدأ تغليب المصلحة العامة الذي يتوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة، كما يلاحظ أنها وضعت موضع التنفيذ بمناسبة عقود الامتياز إلا أنها تطبق على كل العقود الإدارية. ²

كما لاحظ العميد "هوريو **hauriou**" على أن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية بمعنى أنه يمكن أثناء التنفيذ وقفها وتأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. ³

ثم جاء "الأستاذ "موريس أندرية فلام **Mouris andré flame**" ليؤكد على أن الإدارة اليوم تعد مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة، فهي دائماً تستطيع عندما تستدعي المصلحة العامة أن تفرض تحت رقابة القضاء التعديلات التي تراها محققة لهذه المصلحة سواء فيما يتعلق بسير المرافق أو فيما يتعلق بشروط العقد، وهو حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها أن تنزل عنه وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد. ⁴

ويرى الأستاذ "فيديل **videl**" أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، لأن العنصر التعاقدية سيكون محكوماً بمبدأ التوازن المالي الذي يقتضي نوعاً من التغيير مع استمرار التوازن في حقوق والتزامات الأطراف، وهذا ما يجعله مختلفاً عن العقد المدني الذي تحدد فيه حقوق والتزامات الأطراف بصورة نهائية. ⁵

كما يرى الأستاذ "دي لوبادير **DI laubadère**" أنه كثير ما يتضمن العقد الإداري نص يقرر حق الإدارة في القيام ببعض التعديلات في العقد أثناء تنفيذه ومن شأن ذلك التغيير في نصوصه الأصلية التي واجهتها الأطراف، وأحياناً ينص عليه في دفتر الشروط الخاصة، سواء في

¹ - BONNARD PERCIS de droit administrative, LGDJ, paris, 4^{ème} edition, 1993, p 620 .

² - JEAN RIVERO, droit administrative, 4^{ème} edition, paris, 1970-1971, p144.

³ - M.HAURIUO, note sous: CE, 27jun 1913, ville de toulouse -

⁴ - FLAME MAURICE-André: traité théorique et pratique des marchés publics, tome I, bruxelles bruyland, 1969, p49, tome II

⁵ - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص325.

عقد إلتزام المرافق العامة أم عقد التوريد إن كان هناك تحفظ باحتمال زيادة أو نقصان الكميات الواجب تقديمها في مثل هذه العقود.¹

كما يرى "بيكينو Bekino" أنه يمكن التمسك بوجود حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تحسين المرفق ليساير أهدافه وبذلك يكون للإدارة الحق في التعديل الانفرادي لشروط العقد المتعلقة بالمرفق العام، وإن هذه فكرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة مبدأ العقد في القانون الخاص.²

أما القضاء الفرنسي، فقد أكد على هذه السلطة الأصلية لجهة الإدارة ففي أشهر أحكام مجلس الدولة الفرنسي "transway de monsielle" الصادر في 11 مارس 1910 أكد على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.³

وبذلك يكون قد عدل عن قضائه السابق وأجاز لجهة الإدارة للمتعاقد الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة بهدف تحقيق المصلحة العامة للمرفق العام، ولقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى هذا الحق في العديد من أحكامه اللاحقة، والكثير منها أيدت ذلك، وعليه فقد أنهى مجلس الدولة الفرنسي الخلاف الفقهي حول حق الإدارة في سلطة التعديل الانفرادي حال عدم النص عليها في العقد، حيث أوضح على أن سلطة التعديل الانفرادي تعد تطبيقاً للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، أخذا بالرأي الغالب في الفقه بشرط عدم وصول التعديل إلى جوهر العقد وإختلال توازنه،⁴ كما أكدت بل وأيدت النصوص التشريعية هذا الحق في عدة مواقع.

ويلاحظ أن القضاء والفقه الفرنسي في الوقت الحاضر شبه أجمع على حق جهة الإدارة في التعديل الانفرادي وهو بخلاف موقف الفقه والقضاء الفرنسي في السابق، اللذان أنكر في بداية الأمر سلطة لتعديل لجهة الإدارة، والموقف الحالي هو ما يتماشى مع الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.⁵

وبعد إستعراضنا لهذه الآراء، فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي يعترف بهذا الحق للإدارة، إلا أنه لا يجعل منه حقاً مطلقاً بهذه القوة الملزمة للعقد الإداري، حيث جعله

¹ - DE LAUBADERE, traité théorique et pratique des contrats administratifs, op,cit, p330.

² - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص83

³ - سيف مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص78

⁴ - بة بمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص86

⁵ - سيف سعيد مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص80

يتمتع بشيء من المرونة المتعلقة بسير المرفق العام لمقتضيات المصلحة العامة¹، فسلطة التعديل المعترف بها للإدارة، سواء من جانب القضاء أم من جانب الفقه تمتد لتشمل العقود الإدارية كافة.

ثانياً: الآراء المعارضة لسلطة التعديل الإفرادي

إن معظم الفقه التقليدي قد أنكر على الإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية وكانت حجتها في ذلك، أن العقد الإداري يلزم الإدارة بذات الدرجة التي يلزم بها الفرد المتعاقد معها وفق شروط العقد، بينهما تخضع الإدارة لذات القواعد التي يخضع لها الأفراد المتعاقدون، لأن القانون لم يميزهم بنصوص خاصة، وعليه فالإدارة ليس لها مركز متميز عن المتعاقدون، وهي لا تملك إجراء أي نوع من التعديل في عقودها لأي سبب دون موافقة الطرف الآخر المتعاقد معها، ومهما كانت مشروعية الهدف الذي تسعى إليه من التعديل، فإن احترام التعهدات التعاقدية يعتبر الضمان الأساسي لاستقرار العلاقات التعاقدية والقانونية، وعندما تتعاقد الدولة فهي ملتزمة بإعطاء المثال الأعلى للأفراد في احترام تعاقدها التي سبقت وأن وافقت بإرادتها المنفردة وقت التعاقد، وأن الضرر المترتب على مساس الإدارة بمبدأ احترام العقود والحقوق الملكية سيكون أشد من النفع الذي تهدف لتحقيق من جراء هذا المساس.²

ويعد الفقيه "جان لونييه **jean lhiullien**" واحد من أبرز من نادى بإنكار هذه السلطة على جهة الإدارة، ويرى أن سلطة التعديل تستند على فكرة زائفة ابتدعها الفقه، ولم تؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأن أحكام مجلس الدولة المؤيدة لهذه السلطة تستند إلى نصوص في العقد أو اللوائح، كما توجد أحكام أخرى لمجلس الدولة منكرة لهذه السلطة لجهة الإدارة وقد بنى "لولييه" رأيه استناداً على مجموعة من أحكام مجلس الدولة الفرنسي.³

وقد استخلص الأستاذ "لولييه" أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقر بوجود سلطة عامة للإدارة مانحة الالتزام في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق تعديلاً انفرادياً، كما يؤكد أن تلك السلطة لم تقرر مطلقاً في قضاء مجلس الدولة، والأحكام التي قد يستند عليها ماهي إلا مجرد حلول تقتصر على دعاوي معينة.

¹ - بة بمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص 86

² - سيف سعد مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص 64

³ - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 78

هذا وقد نقد هذه النظرية الأستاذ "دي لوبادير" على أنها غير مقنعة، ويتعين تصحيح ما جاء فيها، ويؤكد أن الأحكام المؤيدة لسلطة التعديل المنفرد متوفرة، والقضاء يعترف بها فيما يخص التزام المرفق العام بحق السلطة مانحة الالتزام في أن تقرر التعديلات المتعلقة بتنظيم المرفق كما ينص عليه دفتر الشروط بل حتى في الحالات التي لا ينص عليها في دفا تر الشروط، فهناك صورة لسلطة التعديل وهي سلطة الإدارة في إنهاء العقد الذي يصبح غير محقق للمصلحة العامة، وتبعاً لذلك فإن هذا التنظيم يمكن تعديله في أي وقت طبقاً للحاجات الاجتماعية والاقتصادية.¹

أما فيما يتعلق لموقف القضاء الفرنسي، فحتى أوائل القرن 10 ميلادي كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض حق جهة للإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، ولم يعترف بهذا الحق إلا إذا وجدتها في القانون أو في العقد ذاته وقد عدل عن ذلك فيما بعد.²

ثالثاً: الآراء الوسطية بين الرفض والتأييد لسلطة التعديل الانفرادي

بين ذلك وذاك يقوم اتجاه وسط يعترف للإدارة سلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية مع تقييد هذه السلطة لتقتصر على الشروط اللائحية في عقد الالتزام، وأصحاب هذا الاتجاه يؤكدون كمبدأ عام القوة الملزمة للعقد، ويرون أن العقود الإدارية والمدنية هي طائفة واحدة من طوائف لأعمال القانونية لها نفس الصفات والآثار، وذلك فيما عدا الشروط اللائحية في عقد الالتزام، إذ يجوز للإدارة تعديلها في أي وقت، وتعتبر سلطة الإدارة في هذا المجال سلطة لائحية أي: أن التعديل لا يشمل كل نصوص العقد بل جزءاً منها فقط وهي النصوص التنظيمية (اللائحية) للعقد، وهذا ما جاء في نظرية "جيز jeze" التحديدية.³

حيث أنه وإن كان يعترف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي إلا أنه يحدد شروطها أو يقيدتها⁴، إلا أن هذا الرأي انتهى به التطور في الوقت الحاضر وأصبح العقد الإداري يمتاز بالمرودية والقابلية على التغيير من جانب الإدارة لأن ثبات العقد في القانون المدني، أصبح لا يستجيب لمتطلبات التطور في المرافق العامة، أما تجزئة سلطة الإدارة في التعديل وجعلها تقتصر على الجوانب التنظيمية فقط، فهذا يدل على عدم الاعتراف للإدارة كطرق متعاقد بأي سلطة

¹ - سيف سعد مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص71

² - سيف سعد مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص72

³ - حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية- مصر، بدون سنة نشر، ص101

⁴ - سيف سعد مهدي الديلمي، المرجع نفسه، ص87.

من خارج العقد في الوقت الذي يجب أن تستعمل فيه سلطاتها إذا ما تطلبت كما نراه يعني في جوهر تعميم هذه السلطة وعدم تحديدها بدقة.

الفرع الثاني: موقف التشريع والفقهاء والقضاء من سلطة التعديل في مصر

لقد اتخذ المشرع المصري موقفا خاصا بالنسبة للعقود الإدارية لاعتبارات عملية تتعلق بالمصلحة العامة، حيث تم الإدارة حق التعديل بالزيادة أو النقصان، ولذلك تستطيع الإدارة في العقود الإدارية تجاوز سلطة رقابة تنفيذ العقد إلى امتلاك الحق في تعديله دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في الاعتراض على قرارها في هذا الشأن ما دام قد اتخذ في إطار المشروعية.¹

وقد اعترف المشرع المصري بحق التعديل الانفرادي للإدارة، وحرص على النص صراحة على وجود هذه السلطة في التشريعات اللائحة المتعاقبة التي نظمت المناقصات والمزايدات، ويجوز بقرار من السلطة المختصة وبموافقة المتعاقد تجاوز الحدود في حالات الضرورة الطارئة بشرط ألا يؤثر ذلك في أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه ووجود الاعتماد المالي اللازم.²

كما يجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد، وأن لا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه.

وفي مقاولات الأعمال التي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، فيتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة، وذلك عن طريق الاتفاق المباشر، وبشرط مناسب لأسعار هذه البنود لسعر السوق.³

ولقد تباينت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض للاتجاه الجديد الذي تبناه المشرع في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 السالف الذكر، بخصوص سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بالزيادة أو النقصان في حدود 25% من قيمة كل بند من بنود العملية على حدى، وليس من إجمالي قيمة العقد.

¹ - عاطف محمد عبد اللطيف، إمتيازات الإدارة في العقد الخطومي في النظام الأنجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري، رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة القاهرة-مصر، 2008، ص38

² - بة يمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص89

³ - بة يمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص90.

وقد تباينت الآراء بين مؤيد ومعارض واتجاه وسط بينهما، وهذا ما سنتطرق إليه في هذه الدراسة.

أولاً: الآراء المعارضة لسلطة التعديل في مصر.

يذهب الدكتور "مصطفى كمال وصفي" إلى إنكار سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، بل وأقر الطبيعة التعاقدية على غالبية تلك العقود، واعتبارها من الأعمال المنظمة أو الشرطية.

وتتولى الدكتورة "منى رمضان محمد" الرد على هذه النظرية، حيث ترى ما انتهى إليه رأي الدكتور "مصطفى كمال وصفي" فيه، حيث تغافل عن حقيقة هامة وهي أن مهما كان التنظيم العقدي لسلطة الإدارة في التدخل بالتعديل محكما ودقيقا، إلا أنه يصعب بل ويستحيل أن يكون متوافقا أو شاملا لكافة متطلبات الصالح العام المرتبطة بفكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واضطراب، وقابليته دائما للتطوير والتغيير، خاصة أن توقعات المتعاقدين عند إبرام العقد، إنما تحدد في ضوء معطيات محددة من حيث الزمان والمكان.¹

وقد أكد مجلس الدولة المصري منذ وقت طويل ولازال مستقرا من أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفرض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المنفعة العامة، مما يترتب على أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يلائم هذه الضرورة²، ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة من طبيعة المرفق وإتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على إنتظام سيره، ووجوب استدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه، بما يحقق المصلحة العامة وليست مستمدة من نصوص العقد فقط، ومن يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه، اعتبارا بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام.

لقد أنكر فريق من الفقه وجود هذه السلطة مع إنكار الطبيعة التعاقدية على غالبية العقود الإدارية، حيث عدّها من الأعمال المنظمة والشرطية، فعقد الأشغال العامة وعقد الالتزام يغلب

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 74

² - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 102

عليهما الجانب التنظيمي، ويجوز تعديلهما بما لا يمس الحقوق المالية، أما عقود التوريد فتعد أعمالاً ذاتية، ليس للإدارة الحق في تعديلها بإرادتها المنفردة.

وجدير بالذكر أن فريقاً من فقهاء القانون الدولي الخاص قد أشار إلى أن مبدأ القوة الملزمة للعقود، وأن العقد شريعة المتعاقدين، يعد من أشر المبادئ التي يشير إليها المحكمون عادة، بوصفه من المبادئ العامة للقانون.

وعليه فيتبين لنا أنه إذكار جانب من الفقه المصري على الإدارة سلطة التعديل الانفرادي أصبح لا يتماشى مع الواقع العملي للعقود الإدارية بما تهدف له من تسيير المرافق العامة ومواكبة التصورات الحديثة.

أما موقف القضاء المصري قبل إنشاء مجلس الدولة وظهور فكرة العقد الإداري كعقد مستقل بذاته عن التعاقد المدني، كانت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية يختص بها المحاكم المختلطة أو الأهلية، وأصبحت هذه المحاكم عدة أحكام تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحد الأطراف أن يعدل العقد بإرادته المنفردة، ولا بد من مواقف الطرف الآخر ويتضح لنا أن هذا الأمر كان متبع في مصر قبل ظهور فكرة العقد الإداري حيث كانت جميع العقود تخضع للقانون المدني والقضاء العادي، وبعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي أصبح لجهة الإدارة الحق في تعديل هذه العقود بإرادتها المنفردة.¹

ثانياً: الآراء المؤيدة لسلطة التعديل في مصر.

يكاد يجمع فقهاء القانون الإداري على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل لأنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العام بانتظام واضطراد عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردي وينبغي على ذلك أن الإدارة المتعاقدة تتمتع سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ تلك العقود ولها سلطة تغيير وتعديل شروطها من جانبها وحدها دائماً بما يكون أكثر إتفاقاً مع الصالح العام، وفي هذه الحالة لا يملك تصرف المتعاقد معها وأن يتبع معللاً احتياجه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين أو بمبدأ القوة الملزمة للعقد وقد استقر الرأي الغالب لدى فقهاء القانون الإداري على وجود سلطة الإدارة بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وأنها مهما كان الخلاف حول سلطة

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص75

التعديل في فرنسا، فإن هذا الحق فوق كل شك في مصر، فهناك نوع من الإجماع حول تمتع الإدارة بهذا الحق حتى في حالة عدم النص على هذه النقطة كشرط من شروط العقد.¹

ويذهب جانب من الفقه أن سلطة الإدارة التعديل إنما مناطها احتياجات المرفق العام، فهي ليست مجرد مظهر لسلطة الإدارة ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام والتي ترجح إليها معظم قواعد القانون الإداري، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن الإدارة تستطيع استعمال حقها في التعديل غير المصلحة العامة وأن تتفق مع المبدأ العام للمشروعية الإدارية، وهذه السلطة مستمدة من العقد بذات الصفة التي تعاقدت الإدارة بها²، حيث يرى الأستاذ "سليمان الطماوي" أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرفق العام، في ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام، وبسببها يسمح في تحديد ظروف استعمال السلطة، وتعيين الشروط التي يجب توافرها لشرعية ذلك الاستعمال، ونصوص العقد ودفاتر الشروط التي تفصل سلطة التعديل هي شروط ونصوص كاشفة ومنظمة، لا منشئة.³

كما يرى الدكتور "محمود حلمي" حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة لأن ذلك يتماشى مع مقتضيات سير المرافق العامة، وأن نية الطرفين، انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيقا للمصلحة العامة.⁴

هذا ويؤكد الدكتور "أحمد عثمان عياد" قيام الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة، واعتبر ذلك مظهرا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر، ويعد هذا الحق في التعديل باعتماده على سلطة الإدارة الضابطة للعقد المتصلة بالصالح العام وهو إمتاز تعاقدية متصل بالعقد ذاته وليس مرتكز على سلطة الإدارة اللائحية أو مقتصرًا على تلك الشروط اللائحية في بعض مواد العقود الإدارية.⁵

¹ - بة بمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 98

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 81.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 378

⁴ - محمود حلمي، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 75

⁵ - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 215

بينما يرى الدكتور "فؤاد مهنا"، أنّ حق الإدارة في التعديل الانفرادي مسلم به من جانب الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر، وأنّه حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة إلى جميع العقود ولو لم ينص عليه في العقد.¹

كما يرى الدكتور "فؤاد العطار" أنّ قيام الإدارة في التعديل الانفرادي يقوم على مقتضيات الصالح العام، وأنّ سلطتها تستمد كيانها وتوسعها على دوام استمرار المرفق العام بانتظام واضطراب.²

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنّ سلطة الإدارة في التعديل موجودة بوصفها من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث من حقها تعديل شروط العقد، مما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد الآخر، ومن دون الحاجة إلى موافقة هذا الأخير.³

أما بخصوص الرأي السائد في القضاء المصري فإنه يقر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، حيث تذهب محكمة القضاء الإداري إلى القول ".... ومقتضى هذه السلطة أنّ الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الالتزامات الملقاة على الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة والنقص على خلاف ما كان ينص عليه العقد، وذلك طالما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة الحق شريعة المتعاقدين.."⁴

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنّ للإدارة دائماً سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائماً حق تغيير شروطه وتعديله بما يتفق مع المصلحة العامة، بغير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...⁵

وأما التشريع المصري فقد أيد هذا الحق من خلال نص المادة 05 من القانون 129 لسنة 1947 بقولها أنه لمنح الالتزام دائماً، متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه

¹ - فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، ط 2، دار المعارف، 1963-1974، ص 1218

² - بة بمان حسن جلال، المرجع نفسه، ص 99

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي القانونية، بيروت-لبنان، 2005، ص 131

⁴ - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية 1609 لسنة 10 قضائية، الصادر في 16 ديسمبر 1956م، المجموعة، ص 90، المشار إليه في

كتاب سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 82.

⁵ - الطعن رقم 2168 لسنة 41 قضائية-جلسة 05 ديسمبر 2001 المشار إليه في كتاب سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 83.

أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل،¹ فهذا الحق يستند إلى ضرورة تسيير المرفق العام بانتظام، وتطويره لمقتضيات الظروف المتغيرة والمتطورة بما يكفل أداء خدماته على أكمل وجه، وهذه القاعدة مستمدة من مبادئ القانون العام وليس من نصوص الالتزام، فلا ينشئها التشريع بل يقرها فقط.²

يتبين لنا فيما قدمناه أنه هناك شبه إجماع على إعطاء الإدارة سلطة التعديل الانفرادي في مصر في الوقت الحالي وأصبح هذا الحق فوق كل خلاف عليه.

الفرع الثالث: موقف الفقه والتشريع والقضاء اللبناني، الأردني والعراقي من سلطة التعديل
يرى أغلب الفقه في كل من لبنان والأردن، بأن الإدارة تملك صلاحية التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، من أجل تأمين المصلحة العامة للجمهور، وسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فهي تعتبر أحد عناصر النظام القانوني للعقود الإدارية، وهي صلاحية عامة تسري على جميع العقود وليست محصورة في نوع معين منها، وهذا الحق المعترف به للإدارة دون البحث فيما إذا كان هناك شرط في العقد أو نص في التشريع يمنحها لها، ومن هذا المنطلق يمكننا التطرق إلى المواقف والآراء في كل من لبنان وكذا الأردن.

أولاً: موقف الفقه والتشريع والقضاء اللبناني من سلطة التعديل

لقد سار الفقه اللبناني على طريق نظيريه الفرنسي والمصري، إذ اعترف بصلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، حيث يرى "الدكتور وفيق ريجان" أن مقتضيات المصلحة العامة هو إعطاء الصلاحية الاستثنائية للإدارة بتعديل عقودها بإرادتها المنفردة، لأن هذه السلطة هي التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون المدني، بحيث أنها تعتبر من السلطات التي تجعل الإدارة في مركز يجعلها نجبر المتعاقد معها على تنفيذ العقد الإداري اقتضاء لسير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة، سواء بزيادة الالتزامات أو إنقاصها للمتعاقد معها، ويكون ذلك وفقاً لإرادة الإدارة المنفردة.

أما بالنسبة "للدكتور نعيم مغبغب"، فإن سلطة الإدارة في التعديل تجد أساسها في المبدأ الذي يفرق بين العقد الإداري والعقد المدني، فالقاعدة الأساسية في القانون المدني هي أن العقد شريعة

¹ - المادة 05 من القانون رقم 129، السنة 1947 في مصر، المشار إليه في كتاب: سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 83.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 33

المتعاقدين، بينما تتمتع الإدارة في العقد الإداري بسلطة إستثنائية تسمح لها بإجراء التغييرات اللازمة في العقد.

وقد جاء مجلس الشورى اللبناني ليؤكد أحقية الإدارة في استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد، حيث جاء في إحدى قراراته: "يجوز للإدارة في معرض تعاقدها مع المتعاقد معها أن تجري التعديلات اللازمة في النصوص التي يتألف منها دفتر الإمتياز، لأن الأحكام التنظيمية شأنها شأن باقي الأحكام يجوز إدخال عليها التعديل المناسب في سبيل تحقيق الحاجة التي انعقد عليها عقد الإمتياز، وعلى إثر ذلك يجوز للمتعاقد المطالبة بالتعويض المناسب جراء هذا التعديل."

وفي ذلك السياق، قرر مجلس الشورى اللبناني أيضا، أنه يجوز للإدارة استعمال سلطة التعديل الإفرادي في العقود التي تبرمها مع الأشخاص في سبيل تنفيذ العقد حتى في الأحوال التي يغيب النص على ذلك شرط تعويض المتعاقد مع الإدارة في حال ما إذا كان هناك خلل في التوازن المالي للعقد.¹

ثانيا: موقف الفقه والتشريع والقضاء الأردني من سلطة التعديل

إستقر الفقه في الأردن على أن للإدارة الحق في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وأن الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد، بل إلى إمتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة، وعلى الأخص سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة وضمان استمرارها وانتظامها تحقيقا للمصلحة العامة للجمهور، ويتضح ذلك جليا في عقود إمتياز المرافق العامة.

ثالثا: موقف الفقه والتشريع والقضاء العراقي من سلطة التعديل

يذهب القضاء إلى اعتبار حق التعديل الذي تملكه الإدارة من النظام العام، حيث لا يجوز لها الاتفاق على خلافه، كما لا يجوز التنازل عنه، وأي تصرف من هذا النوع تقوم به الإدارة يعتبر باطلا، وجاءت الآراء والمواقف في العراق متضاربة ما بين مؤيد لسلطة التعديل الإفرادي وما بين معارض لها، على غرار ما درسناه من خلال المواقف في فرنسا ومصر، وستتطرق إلى هذه الآراء في العراق، كما يلي:

¹ - قرار مجلس الشورى رقم 130 المؤرخ في 06 نوفمبر 1986، شركة كهرباء قاديشا، مجلة القانون الإداري 1987-1988، العدد الثالث، ص171.

1- الآراء المؤيدة لسلطة التعديل

يذهب جانب من الفقه العراقي إلى أن للإدارة الحق في تعديل شروط العقد بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد ودون موافقة المتعاقد الآخر لمقتضيات المصلحة العامة والتي يجب تفضيلها على المصلحة الخاصة، كما أنه لا يجوز للإدارة التنازل عن حقها هذا، وأي اتفاق يرد عليه يعتبر باطلا، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن للإدارة الحق في التدخل لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد بالزيادة أو النقصان وينص هذا التدخل على كمية الأعمال محل العقد أو على شروط التنفيذ المتفق عليها أو على المدة المحددة للتنفيذ، وهذه السلطة أو الحق للإدارة يجد سببه في متطلبات سير المرافق العامة والمبدأ الخاص بقابليتها للتطور ومسايرتها للأمور المستجدة وبناء على ذلك لا يجوز أن يقف العقد حائلا دون تطور المرفق العام وتعديله¹

فغالبية الفقهاء العراقيين يرجعون الرأي المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، شأنهم في ذلك شأن الفقهاء في فرنسا ومصر، والتي تقتضي وجوب ضمان مبدأ دوم سير المرفق العام بانتظام واضطراد لتوفير الخدمات العامة لأفراد المجتمع، ومنهم من يرى أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإداري بإرادتها المنفردة قد صارت مبدأ من المبادئ العامة في القانون الإداري، ومع ذلك فإن بعض الدول أخذت تتضمن بعض عقودها، هذا الشرط أو تضمن قوانينها نصوصا تنظم هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة.²

وفقهاء القانون الإداري في فرنسا ومصر والعراق عدّوا أن قابلية قواعد المرافق العامة للتعديل والتحسين باستمرار مردها لاعتبارات المصلحة العامة، والتي فرضته ضرورة الملائمة المستمرة للتوفيق بين متطلبات المرافق والظروف المتغيرة.³

أما موقف القضاء وإن لم يكن في العراق قضاء إداري مستقل يختص بالعقود الإدارية، فإن القضاء المدني فيه مارس مهمة القضاء الإداري منذ نشأته مطبقا القانون الإداري ومطبقا من القانون المدني مالا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الإداري ولقد كانت رائدة في ذلك بتحقيق المصلحة العامة التي من أجلها أنشأ المرفق العام والتي هي هدف أي نشاط من الأنشطة

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 85.

² - حامد مصطفى، خصائص العقد الإداري، مجلة القضاء العراقية، العدد الثالث عشر، السنة الثالثة، 1976، ص 96 و ص 97.

³ - ية يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 125.

الإدارية بما فيها إبرام العقود الإدارية، وقد أقرت محكمة التمييز سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية.¹

وأقر القضاء بأن تكون سلطة الإدارة في تعديل العقد على شكل إصدار أمر إداري يجر من قبل جهة الإدارة إلى المتعاقد معها، وهذه الأوامر الإدارية عبارة عن قرارات إدارية تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة، وما على المتعاقد مع الإدارة إلا واجب احترامها وتنفيذها، وإذا ما كان له إعتراض عليها فإنه يستطيع الاعتراف على ذلك عن طريق التظلم الإداري أو اللجوء إلى القضاء.²

وقد ذهب البعض إلى أن العراق قد أخذ بنظام القضاء المزدوج قبل عام 1949، إلا أن المستقر لدى غالبية الفقهاء أن النظام القضائي المزدوج لم يظهر إلا بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة عام 1989 والمتضمن إنشاء محكمة القضاء الإداري، ورغم ذلك إلا أن الوضع بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية لم يطرأ عليه تغيير، وذلك لكون المشرع لم يمنح محكمة القضاء الإداري اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية، الأمر الذي أبقى على القضاء إختصاص النظر في دعاوي العقود الإدارية.

فالمشرع العراقي فقد أيد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، حيث أصدر العديد من القوانين والأنظمة والتعليمات التي تتناول حالات وضوابط وتنظيم حق الإدارة في التعديل، وبما يتناسب مع دوام سير المرافق العامة والحفاظ على المصلحة العامة وتوفير الخدمات لأفراد المجتمع، ومن هذه القوانين الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة 1972، والذي ألغى بعد صدور الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة 1988 فالعقود الإدارية في العراق ترتبط بالخطط الاقتصادية التي تضعها الدول، والتي تتبع نظام التخطيط الشامل أو الجزئي في أعمالها، وأي تغيير يطرأ على الخطة ينتج عنه تغيير وتبديل أو تعديل في العقد فيكون أساس تعديل العقد هو تنفيذ الخطة ويكون بالتالي مصدراً هاماً.³

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 85

² - ية يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 127

³ - ية يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص 120

2- الآراء المعارضة لسلطة التعديل في العراق:

لم يكن في العراق قضاء إداري مستقل يختص بالعقود الإدارية، حيث مارس القضاة المدني والإداري منذ نشأته مطبقاً القانونين الإداري وكذا المدني ما لا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الإداري، ولقد كانت رائدة في ذلك لتحقيق المصلحة العامة التي من أجلها أنشئ المرفق العام، والتي هي هدف أي نشاط من الأنشطة الإدارية بما فيها إبرام العقود الإدارية، وقد أقرت محكمة التمييز سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية حيث جاء في حكم لها: " أن الميعاد الذي ابتدته جهة الإدارة لاعتباره تاريخاً لاستلام العمل يعتبر تعديلاً لشروط المفاوضة".¹ وبذلك ارتفعت مسؤولية المفاوض مما يكون ظاهراً من عيب، وهذا بحكم نص المادة 875 من القانون المدني.²

وعليه يتضح أن القضاء العراقي لم ينكر على الإدارة سلطتها في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة بل اعترف بها، كما يجب التوضيح هنا أن القضاء الإداري نشأ عام 1949 ويعد متأخراً بشكل كبير جداً عن وجود القضاء الإداري في فرنسا ومصر والذي نشأ في وقت مبكر، وبعد نشوئه في العراق لم يختص بالنظر في العقود الإدارية وما زالت تلك العقود ينظر فيها القاضي المدني وإستمرت التشريعات العراقية إلى وقتنا هذا متخبطة بخصوص العقود الإدارية ولم تصل إلى ما وصل إليه الأمر في فرنسا ومصر وبعض الدول.³

وخلاصة القول، يبدو من تحليل مختلف الآراء والمواقف الفقهية والتشريعية والقضائية في مختلف الدول إزاء صلاحية التعديل الانفرادي، بأن التيار الراجح هو التيار المؤيد، وأما المواقف المعارضة فإنها لا تعترض على صلاحية التعديل من حيث العمق والجوهر، وإنما يتحفظ على أساس التعديل فقط، وبالتالي فقد استقرت المواقف على منح الإدارة حق التعديل في بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى مواقف المتعاقد معها، فالإدارة وإن أبرمت العقد مع المتعاقد لإدارة مرفق عام معين وتقديم الخدمة للجمهور، فإن ذلك لا يعني تخليها عن مسؤولياتها، بل تبقى كذلك أمام المنتفعين من ذلك المرفق، وإذا ما استجدت ظروف معينة تؤثر على سير المرفق العام الذي يعد حسن سيره غاية العقود الإدارية وهدفها، وجب على جهة الإدارة التدخل

¹ - القضية رقم 1046/ج-1965 الصادر بتاريخ 02 جوان 1966، والمنشورة بمجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة،

كانون الأول 1966، ص 215 المشار إليه في كتاب: سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 76

² - أنظر المادة 875 من القانون المدني.

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 76.

لإجراء التعديل اللازم الذي يحقق المنفعة العامة ويحافظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد، هذا وبالإضافة إلى أن حق التعديل الانفرادي للعقد الإداري يعد أحد مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في عقودها، والتي تميزها عن عقود القانون الخاص.

ونخلص إلى أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية، والإدارة عند ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً، وهي لا تملك التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام.

إن للإدارة الحق في تعديل العقد الإداري من دون التوقف على موافقة المتعاقد معها، ومن دون حاجة إلى وجود نص في العقد يشير إلى هذا الحق، لأنه مكفول بقوة القانون، بهدف استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من أجل تحقيق الصالح العام.

والإدارة على الرغم من تمتعها بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، حيث تنصب على كل شروط العقد، أو يمكن تطبيقها بنفس القدر على العقود الإدارية المختلفة، حيث يكون أكثر اتساعاً في عقود التزام المرافق العامة والأشغال العامة، ويضيق ذلك المدى في عقد التوريد، ويوازن سلطة الإدارة في التعديل بعض شروط العقد، وكذا حقوق المتعاقد معها، فيكون للمتعاقد الحق في المطالبة والتعويض الكامل عما لحقه من خسارة، وعما فاتته من كسب، جراء هذا التعديل من قبل الإدارة، فضلاً عن أنه يحق للمتعاقد أن يطلب إلغاء القرارات غير المشروعة الصادرة عن الإدارة أثناء التعديل عن طريق القضاء، كما له الحق في طلب فسخ العقد إذا جاوز التعديل حدود المألوف أو حدود إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية.

إضافة إلى ذلك يجب أن يقتصر التعديل على موضوع العقد، وذلك بألا تمس الإدارة جوهر العقد ذاته بدرجة تؤدي إلى تغير طبيعة العقد، وعدم تجاوز التعديل لإمكانيات المتعاقد الفنية والمالية، ويُعتبر حق التعديل الانفرادي للإدارة في عقودها الإدارية من النظام العام، حيث لا يجوز لها التنازل عنه أو الاتفاق على خلافه، وأي تصرف من هذا القبيل من قبل الإدارة يعد باطلاً.

ويسري حق الإدارة في التعديل على جميع العقود الإدارية، ولو لم ينص عليه العقد، والنص عليه هو مجرد تنظيم له وبيان أوضاع ممارسته وحدوده، وعلى الإدارة في الأحوال التي يجوز لها

تعديل العقد أن تلتزم بمبدأ المشروعية، فلا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفقاً لما حدده القانون، وأن يكون قرارها موافقاً للأنظمة النافذة.¹

¹ - ية يمان جلال حسن، المرجع نفسه، ص129 وص130

المبحث الثالث: الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية (العقد الإداري)

لقد بات معروفا بأن الصفقة العمومية هي عبارة عن عقد إداري تخضع لنفس الشروط التي يخضع لها هذا الأخير، ومهما كان مصدر التعديل الذي وقع على الصفقة الأصلية، سواء كان هذا التعديل ناتجا عن إستعمال الإدارة سلطتها المنفردة، أو كان هذا التعديل ناتجا عن مفاوضات حرة بين الأطراف المتعاقدة، فالتعديل في كلتا الحالتين للعقد يجب أن يمر عبر إمضاء ملحق باعتباره وسيلة قانونية وتقنية تستعمل لأجل تعديل الصفقة العمومية، ولأجل دراسة النظام القانوني لها، لا بد من معرفة مفهوم الملحق في الصفقة العمومية، من خلال التطرق لتعريف الملحق وإبراز كفاءات إبرامه من الناحية العملية، وكذا شروط إعداد الملاحق في الصفقات العمومية لكل من المشرعين الجزائري والفرنسي.

لقد اعترف المشرع الجزائري للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية في إطار ما يعرف بالملحق، وذلك من خلال التنظيم المقرر للصفقات العمومية. ولذلك، إن موضوع الملحق في الصفقة العمومية يكتسي أهمية بالغة في الواقع العملي، حيث أنه ونظرا لما أثير من فضائح مالية لعدد هام من الجهات الإدارية والتي مرد أكثرها التجاوز الصادر من الإدارة المتعاقدة من جراء استعمال سلطتها في تعديل صفقاتها بإبرام ملاحق تابعة لها، استوجب الأمر هنا تدخل المشرع للحد من سلطة الإدارة، فسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية وإن كانت سلطة أصيلة توجد حتى في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط إلا أنها ليست مطلقة¹.

وفي هذا الصدد أقر المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إمكانية اللجوء لإبرام ملحق وذلك في المادة 135 منه²، إلا أنه إشتراط أن يكون هذا الملحق ضمن الآجال القانونية، وأن لا يؤثر على التوازن المالي للصفقة، على أنه يمكن أن يتضمن أشغال إضافية وأشغال تكميلية وأن لا تتجاوز مدة الملحق ثلاثة أشهر.

إن تجاوز مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق للنسب المحددة في المواد من 136 الى 139 فكل ملحق تجاوز مبلغه او المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق نسبة 10% من المبلغ الاصيلي للصفقة، أو كانت هناك خدمات تكميلية تتجاوز لوحدها مبالغها 10% من المبلغ

¹ - هداية بوعزة، مقال بعنوان: إشكالية الملحق والرقابة عليه في الصفقات العمومية بين تناقضات النص التشريعي ومتطلبات الواقع الميداني والعملي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد وهران-02-، ص164.

² - أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

الأصلي للصفقة، يفرض على المصلحة المتعاقدة عرضه على لجنة الصفقات العمومية، كما أن أي ملحق يتجاوز نسبه 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، ونسبة 20% في حالة صفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة تبرير ذلك لدى لجنة الصفقات العمومية، وكل ملحق يقل عن النسب المذكورة أعلاه لا يؤثر على توازن الصفقة وبالتالي لا يمس بالشروط الأصلية للمنافسة، مع عدم جواز أن يغير هذا الملحق موضوع الصفقة أو يؤثر على توازنها، إلا إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.

وعلى هذا الأساس يمكن إثارة الإشكالية التالية: ما مفهوم الملحق؟ وما هي اللجان المختصة بالرقابة على الملحق؟ وهل حقا يعتبر الملحق آلية من آليات تعديل الصفقة العمومية؟ وماهي آليات الرقابة الواردة عليه؟ وما آثارها القانونية المترتبة على ذلك؟ ما مدى فعالية سلطة الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية وما مدى تأثير ذلك على المتعامل المتعاقد مع الإدارة في ظل غياب نظام قانوني واضح المعالم يضبط هذه الآلية؟ ومن هذا المنطلق يتم معالجة هذه الإشكاليات بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين (02) على النحو التالي:

1- المطلب الأول: ماهية الملحق في الصفقات العمومية.

2- المطلب الثاني: آليات الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية وآثارها القانونية المترتبة على ذلك.

المطلب الأول: ماهية الملحق في الصفقات العمومية.

تملك الإدارة سلطة تعديل الصفقة العمومية إذا استجدت ظروف تستدعي ذلك التعديل حيث لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة، وبمفهوم المخالفة إن الغرض الجوهري للملحق هو التعديل في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة الأصلية وهذا ما ورد صراحة في نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: ".ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة لخدمات أو تقليصها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".¹ وبالتالي فإن العملية التعاقدية الإدارية تتم على أساس انصراف نية الطرفين

¹ -أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفا.

إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق، وتحقيق المصلحة العامة، ما يترتب عنه تمتع الإدارة بوصفها صاحبة السلطة والاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، ومن بين هذه السلطات نجد سلطة التعديل للعقد الإداري بما يلائم الضرورة، وتحقق تلك المصلحة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة إذ ترد عليها قيود منيا ما يترتب البطلان على مخالفته ومنها ما يترتب الفسخ فقط.

إن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وعدم وجود مساواة بين المتعاقدين، كون أن الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، حيث يقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق العامة التي تديرها،¹ حيث حولت العقود الإدارية سلطة استثنائية بتطبيقها لقواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها وانتظامها واستمرارها، ومن ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد.

ولا شك أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورة، فالإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية والمنصوص عليها في العقد الإداري، على اعتبار أن حق الرقابة هو أيضا من الشروط الاستثنائية التي يتمتع بها العقد الإداري خلافاً للعقد المدني، وللتعرف على ملحق الصفقة يقتضي الأمر بدايةً إلى تعريف ملحق الصفقة العمومية.²

ومن هذا المنطلق، يتم تقسيم لمعالجة هذا الموضوع إلى ثلاثة (03) فروع، أبرز في الفرع الأول مفهوم الملحق في الصفقات العمومية، وفي الفرع الثاني أحاول دراسة شروط ممارسة الملحق وإعداده، أما الفرع الثالث أتناول أنواع الملاحق في الصفقات العمومية، ويكون ذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: مفهوم الملحق في الصفقات العمومية

يمكن تعريف الملحق لغة أنه الزائد، فنقول ألحق يلحق إلحاقاً، فهو ملحق وجمعه ملحقون أو ملاحق، ونقول ما يلحق بالصفقة العمومية إضافة أو زيادة الخدمات أو تقليلها، ويقصد به أنه عقد مكتوب إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة

¹ - مازن ليلو راض، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، د.ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية-مصر، 2007، ص555.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 2008، ص43.

الأصلية أو زيادة الخدمات أو تقليلها، وما يلاحظ أن الفقه لم يقدم أي تعريف للملحق الصفقة العمومية بل اكتفى باستخلاصها من خلال المراسيم الرئاسية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، حيث نجد أن بعض التعريفات جاءت بمثابة نقل حرفي للتعريف التشريعي، واستنادا إلى ما سبق وتأسيسا على ذلك يمكننا التطرق إلى تعريف الملحق تشريعا وفقهيا على المنوال الآتي:

أولا: التعريف التشريعي.

لقد تناول المشرع الجزائري الملحق في مختلف القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث لم يعرفه المشرع في المر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، واكتفى بذكره في بعض المواد وخاصة تلك المتعلقة باختصاص اللجنة المركزية للصفقات¹، وفي بداية الثمانينات من القرن الماضي صدر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي وهذا في خصم الإصلاح الاقتصادي وإعادة هيكلة الشركات والمؤسسات العمومية، حيث حدد هذا المرسوم إختصاصات المتعامل العمومي وصلاحياته في مجال الصفقات، حيث جاء في المادة 94 من القسم الخامس منه على أن: " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الاصلية"²، وهذا أول تعريف جاء به المشرع الجزائري، ومع بداية تسعينات القرن الماضي، مواكبة مع الانتقال من الاقتصاد الموجه الى الاقتصاد الليبرالي وما صاحب ذلك من تطور في النظام التشريعي، فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث خصص القسم الخامس منه والذي عرفته المادة 89 على النحو التالي: " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية..."³.

وهو تقريبا نفس التعريف السابق الذي جاء في المرسوم رقم 82-145 ويكمن الاختلاف بين التعريفين في استعمال المصطلح "بند" بدلا من مصطلح "شرط".

¹ - أنظر المواد 15، 16، 78، 123، من الامر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية،

² - أنظر المادة 94 من المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي

³ - أنظر المادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 91/434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

وفي سنة 2002 أين صدر المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث جاءت المادة 90 منه بقولها: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الاصلية"¹، وهو نفس التعريف الذي ورد في المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية²، ولم يخرج المشرع الجزائري عن نفس التعاريف وذلك في المرسوم الرئاسي رقم 15-147 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك في الفقرة الأولى من المادة 136 منه.³

ومن خلال هذه النصوص نستنتج أن المشرع الجزائري أكد بل وحافظ على نفس التعاريف تقريبا من خلال اعتبار الملحق وثيقة تعاقدية مكتوبة. أما المشرع الفرنسي فلم يعرف الملحق كما فعل نظيره الجزائري فهو ليس معرفا بالنصوص القانونية، إلا أنه عرفه بأنه "عبارة عن كتاب يجسد توافق إدارة طرفي العقد والذي هدفه تعديل بند أو عدة بنود للاتفاق السابق" وجاء هذا التعريف في رسالة جماعية تحمل رقم 144 مؤرخة في 31 أكتوبر 1972 ممضاة من طرف مدير ديوان وزير الاقتصاد والمالية موجهة الى السادة الوزراء وكتاب الدولة تتعلق بالملاحق في الصفقات العمومية⁴، وتم اعتمادها في التعديلات الواردة على قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم رقم 73-329 المؤرخ في 14 مارس 1973⁵ وذلك في المحور الأول منه.⁶

¹ - أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² - أنظر المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ - أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا.

⁴ - رسالة تحمل رقم 144 مؤرخة في 31 أكتوبر 1972 ممضاة من طرف مدير ديوان وزير الاقتصاد والمالية موجهة الى السادة الوزراء وكتاب

الدولة تتعلق بالملاحق في الصفقات العمومية .

⁵ - قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم رقم 73-329 المؤرخ في 14 مارس 1973

⁶ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص79، ص80 وص81.

ثانيا: التعريف الفقهي.

وقد جاء في عدة تعاريف نذكر منها: على أنها عبارة عن تصرف تعاقدى مكتوب متخذ مابين الإدارة والمتعاقد معها من أجل تعديل الشروط الحالية للعقد والذي يوفر إستجابة دقيقة لمشكل يمس تنفيذ الصفقة.

وفي تعريف آخر، فهو وثيقة تعاقدية تابعة للعقد، يلجأ إليه في حالة زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في العقد الأصلي، أو إنجاز عمليات جديدة تدخل في موضوع العقد الأصلي، ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن تعديل الملحق موضوع الصفقة جوهريا¹. ويمكن تعريفه على أنه عقد مكتوب يجسد توافق إدارة أطراف الصفقة، والذي يتضمن تعديل واحدة أو أكثر من مواد هذه الأخيرة وطبيعته الثائية عبارة عن مواصفات أساسية للملحق مهما يكن فإن إستقلالية الملحق عن الصفقة هي إستقلالية نسبية وذلك طالما أنه يدور مع الفقه وجودا وعدما، فإن لم تكن هناك صفقة أصلية فلا وجود للملحق والعكس ليس صحيحا فقد توجد صفقة بدون وجود ملحق.

الفرع الثاني: شروط ممارسة الملحق وإعداده

لقد ذكر المشرع شروط إعداد أو إبرام الملاحق، وذلك بحسب نوع الملحق، كأن يكون له أثر مالي على الصفقة، وبالتالي ينعكس ذلك على المبلغ المخصص المشروع، أو كأن يكون الملحق عديم الأثر المالي، بالإضافة إلى ذلك، فهناك شروط أخرى لا بد من توافرها، ويمكن إطلاق عليها الشروط العامة على أساس أن جميع الملاحق في الصفقات العمومية تشترك في هذه الشروط إلى جانب الشروط الخاصة، ونذكر منه:

أولا: الشروط العامة لإبرام الملاحق في الصفقات العمومية.

لأجل إبرام الملاحق في الصفقات العمومية، لا بد من توافر مجموعة من الشروط العامة، نذكر أهمها على النحو التالي:

- أن يكون مكتوب، طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة، لأن الكتابة شرطا جوهريا في حالة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل كون المشرع عبر عنها بعبارة "الملحق وثيقة"، والوثيقة وجب أن تكون مكتوبة ليتسنى للمتعاقد معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها.

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 83.

- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازنها وهذا ما أشارت إليه المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،¹ أي أنه تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق، فإنهما يحددان أسعار جديدة.²

- وجود صفقة الأصلية وهو شرط جوهري لوجود الملحق لأنه في حد ذاته جزء تابع للصفقة الأصلية، ونجد الأساس القانوني لهذا الشرط من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،³ والتي جاء فيها مايلي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة"، فمن خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فهذا الارتباط يعني بالضرورة وجود صفقة عمومية أصلية،⁴ ومن خلال كل هذا فإن الملحق بمجرد إبرامه وفقا للإجراءات والتنظيمات السارية المفعول والمصادقة عليه ودخوله حيز التنفيذ يصبح جزءا من الصفقة الأصلية.

ثانيا: الشروط الخاصة لإبرام الملحق في الصفقات العمومية.

باعتبار أن الملحق تختلف بحسب موضوعها من جهة، وكذا الجهة التي أبرمتها من جهة أخرى، فهناك شروط تخص ملحقا دون الآخر، لذلك سميت بالشروط الخاصة.

* **شروط الآجال والمدد:** بحيث يجب أن يتم اللجوء للملحق في حدود آجال التنفيذ، وهذا ما تناولته المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.⁵

في الفقرة الأولى منها مايلي: " لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية إن آجال التنفيذ لها أهمية بالغة في أي مشروع، فقد يؤدي تماطل المتعاقد في تنفيذ التزاماته إلى تضييع فرص هامة على المصلحة المتعاقدة، وعليه وحماية للمصلحة

¹-أنظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا.

²- نبيل أزرايب، المرجع نفسه، ص 119

³-أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا.

⁴- كراش دحو، المرجع نفسه، ص 98

⁵- أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا

العامة فقد أعطى المشرع الحق للمصحة المتعاقدة بفسخ الصفقة من جانب واحد إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته بعد توجيه إليه الإعذارات اللازمة وهذا طبقاً لنص المادة 149 من نفس المرسوم.¹

كما أن إطالة مدة الإنجاز قد ينجم عنها تغيير في الأسعار مما يدفع بالمتعاقد إلى طلب مراجعة وتحسين الأسعار مما يؤدي إلى إهدار للمال العام.

* شرط الرخصة المسبق: وهو ما جاءت به المادة الرابعة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247² من خلال ذكر السلطات المخولة قانوناً بالموافقة على الصفقات وذلك حتى تكون هذه الأخيرة صحيحة ونهائية.³

الفرع الثالث: أنواع الملاحق في الصفقات العمومية.

لم يضم لا المشرع الجزائري ولا المشرع الفرنسي بالنص صراحته على أنواع الملاحق في الصفقات العمومية، واكتفى كلاهما بذكر الحالات التي تتطلب إعداد ملحق أو عدة ملاحق في الصفقات العمومية، ومن خلال ذلك يمكن أن نعدد مجموعة من الأنواع، اعتماداً على ما ورد النص عليه في التشريعين الجزائري والفرنسي من جهة، وكذا ما هو جاري العمل به في الحياة العملية من جهة أخرى، وكذا ملاحظته، فإن المشرع الجزائري ذكر كلمة ملاحق بصيغة الجمع، ما يعني وجود عدة ملاحق.⁴

وفي المقابل نجد المشرع الفرنسي قد تناول الملاحق في المادة 20 من قانون الصفقات العمومية الجديد⁵، والذي نص على أنه يمكن في حالة وجود ظروف استثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، فإن الملحق أو قرار المواصلة يمكن إستخدامها مهما كان المبلغ الناتج عن التعديل وأن الملحق لا يمكنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة أو تغيير الموضوع ومن خلال استقراء ما جاء به المشرعين الجزائري والفرنسي فيمكن ذكر أنواع الملاحق.⁶

¹ - أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفاً

² - أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفاً

³ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 113

⁴ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 133

⁵ - أنظر المادة 20 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي الجديد، المذكور آنفاً.

⁶ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 134

أولاً: من حيث الموضوع

هناك عدة أنواع من الملاحق بالنظر إلى موضوعها ترتبط بالسبب أو الدافع الذي أدى إلى إعدادها، نذكر منها:

1- الملحق التعديلي بالزيادة أو النقصان: إذا كان هدف الملحق زيادة الخدمات أو تقليلها، بحيث غالباً ما تكون التوقعات التي تتم على أساسها إعداد البيان الكمي والتقديري للصفقة الأصلية غير مطابقة للواقع، إما بسبب قصور في الدراسات الأولية أو خطأ في التقدير أو حتى تضخيم الكميات المتوقعة في البيان الكمي والتقديري من أجل الحصول على غلاف مالي أكبر¹، فهناك يتم إعداد ملحق يتناول تعديل تلك الكمية بالنقصان و/أو بالزيادة في حال كانت الكميات المطلوب إنجازها أكبر من تلك المدونة في البيان الكمي والتقديري للصفقة الأصلية.

2- الملحق التصحيحي: قد يشوب الصفقة الأصلية خطأ في التحرير سواء كان ذلك في البنود التعاقدية أو في بيان الكمي والتقديري، ففي هذه الحالة يمكن تصحيح هذا البند أو تعويضه ببند آخر، ولا يتم ذلك إلا بملحق تصحيحي، أو حتى في حالة سهو الأطراف المتعاقدة عن ذكر مكان التنفيذ أو التسليم وكان ذلك شرطاً من شروط الصفقة فإن الملحق التصحيحي أصبح ضرورياً.

3- ملحق حالة الخدمات التكميلية: قد تبرز في مرحلة تنفيذ الصفقة جملة ظروف موضوعية تدفع الإدارة المعنية لضرورة تعديل الصفقة بما يدخل بعين الاعتبار خدمات جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية ذات علاقة بها²، فهنا لا بد من إبرام ملحق لإدخال هذه الخدمات التكميلية ضمن تلك المطلوب إنجازها في الصفقة الأصلية وهذا ما أشارت إليه المادة 136 في فقرته الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247³، والتي جاء فيها: "ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالية."

4- ملحق يتضمن تغيير الوضعية القانونية للمتعاقد: قد يطرأ تحولاً في الوضعية القانونية للمتعاقد الحائز على الصفقة دون أن يؤثر هذا التحول على حسن تنفيذ المشروع، إلا أن مواصلة

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 136

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر - دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 209.

³ - أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفاً.

تنفيذ الصفقة الأصلية يستدعي تسوية الوضعية القانونية الجديدة للمتعاقد كحالة الإدماج أو الدمج أو حتى حل تجمع مؤسسات، مع استمرار هذه الأخيرة في نشاطها بصفة عادية¹.

5- الملحق النهائي: هو ذلك الملحق الذي يكون الغرض منه إقفال ملف الصفقة بصفة نهائية²، بحيث تقوم الأطراف المتعاقدة بإعداد الحساب العام والنهائي، والذي من خلاله يتم حساب جميع الأشغال أو الخدمات أو التموينات التي تمت على أرض الواقع ومقارنتها بالكميات الواردة في الصفقة الأصلية، وبعد استكمال جميع الإجراءات المتعلقة بهذا الملحق في الصفقة يتم غلق المشروع نهائياً، وبمجرد إعداد الملحق النهائي لا يمكن بأي حال من الأحوال إعداد أي ملحق آخر لنفس الصفقة ما عدا الملحق التصحيحي والذي لا ينجم عنه أي أثر مالي³.

وبالإضافة إلى الأنواع المذكورة أيضاً، فيمكن إدراج الملاحق إلى الصفقة الأصلية بنوداً مخصصة للحيلولة دون وقوع نزاعات أو حتى تسوية نزاع باتفاق الطرفين وقد تناول هذه الحالة الفقه دون التشريع، كما يوجد أنواع أخرى من الملاحق كحالة الملحق الذي يتم من خلاله تحديد أسعار جديدة، من خلال نص المادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴، أو ملحق حالة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة كما وصفته الفقرة الثانية من المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247⁵.

ثانياً: الملاحق النظامية والغير نظامية

إلى جانب أنواع الملاحق من حيث المضمون، فهناك نوع آخر من الملاحق تسمى بالملاحق النظامية أو الشرعية أو غير النظامية التي لم تكن مطابقة للإجراءات والتنظيمات أو غير الشرعية، وهي في الحقيقة وسيلة لتغطية خطأ ارتكبه المصلحة المتعاقدة في الصفقة الأصلية، ومن خلال النصوص القانونية المتعلقة بالملاحق، فإن كل من المشرعين الجزائري والفرنسي تناول شروط إعداد الملاحق، وأما مسألة البحث في كون الملاحق شرعية أم غير شرعية فقد تكفل بها الفقه والقضاء بنوعيه الجزائري والإداري⁶.

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص138.

² - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص209.

³ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص144.

⁴ - أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفاً.

⁵ - أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفاً.

⁶ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص147.

ويمكننا ذكر بعض العينات، نذكر منها:

1. حالة ملحق التمديد: حيث يتم تمديد أعمال ثم الشروع فيها أصلا تقوم المصلحة المتعاقدة لتفادي العقبات بإجراءات الإعلان عن المناقصة، من خلال إبرام صفقة بمبلغ منخفض عن المبلغ الحقيقي، ثم يتم دمج خدمات إضافية إلى الخدمات الأصلية بواسطة ملحق وذلك خلال عملية تنفيذ الصفقة، وفي حالة سوء تقدير الحاجيات المعتمدة فإن الملحق الذي يتم من خلاله تجاوز السقف المحدد لإبرام صفقة عمومية يعتبر غير مشروع، والملاحق غير المشروعة تؤثر على التوازن الاقتصادي للصفقة.¹

2. حالة ملحق التسوية: وهو غير مشروع، يتم إبرامه لتغطية خدمات وأعمال أنجزت قبل القيام بإجراءات الإبرام والتبليغ لهذا الملحق، فالملاحق يجب ألا تتضمن سوى خدمات يطلب تنفيذها أو تموينها قصد توريدها بعد إبرام هذه الملاحق، فالملاحق لا يمكنه بأي حال من الأحوال التغطية بأثر رجعي.

3. حالة تعدد الملاحق: إن أهم الأخطاء التي يمكن للمشتري العمومي الوقوع فيها مع ارتكابه أخطاء تمس بقانون الصفقات العمومية هو إبرام العديد من الملاحق والتي قد تؤدي إلى طائلة التجريم الواردة خاصة في أحكام المادتين 14 و432 من قانون العقوبات الفرنسي.²

المطلب الثاني: آليات الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية وآثارها القانونية المترتبة على ذلك

باعتبار أن الملحق يرتبط بالصفقة العمومية فهو أيضا يخضع لجملة من الإجراءات أوجب المشرع الجزائري كما المشرع الفرنسي ضرورة احترامها عند اللجوء إلى إبرام الملاحق في الصفقات العمومية، ولأجل احترام هذه الإجراءات فقد تم فرض رقابة على هذه الملاحق. إن الرقابة الممارسة على الملاحق في الصفقات العمومية تتعدد وتنوع، ونظرا لكون الملحق تصرفا قانونيا فإنه ينتج آثارا كما هو الشأن بالنسبة لجميع التصرفات القانونية، وهذه الآثار تمس الصفقة الآجلة والملحق التابع لها والأطراف المتعاقدة، وكل من يتدخل في المسار تأخذ الصفقة خاصة مرحلة التنفيذ.

¹- كراش دحو، المرجع نفسه، ص152.

²- أنظر المادتين 14 و432 من قانون العقوبات الفرنسي.

وعلى هذا الأساس، يتم تقسيم لمعالجة هذا الموضوع إلى ثلاثة (03) فروع، أبرز في الفرع الأول أنواع الرقابة على الملاحق، أما الفرع الثاني أحاول دراسة الآثار القانونية المترتبة على رقابة ملحق الصنفقة العمومية، ويكون ذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول: أنواع الرقابة على الملاحق.

غالباً ما تكون الملاحق سبباً لتدخل القضاء سواء تعلق الأمر بالقاضي الإداري أو حتى القاضي الجزائي، وذلك في حالة كان إبرام الملحق مخالفاً للتشريع والتنظيم المعمول به، ولأجل تفادي كل ذلك فقد أخضع المشرعين الجزائري والفرنسي الملاحق في الصنفقات العمومية للرقابة وهذا قبل دخولها حيز التنفيذ وأثناء عملية التنفيذ وحتى بعد الانتهاء من تنفيذ محتوى الملحق.¹ ومن بين الأنواع نذكر:

أولاً: الرقابة الإدارية

يخضع الملحق في الصنفقات العمومية إلى رقابة إدارية تمارسها هيئات مختلفة من خلال جميع المراحل التي تمر بها ولعل أهمها على الإطلاق الرقابة القبلية من خلال منع المصلحة المتعاقدة من إتيان تصرفات مخالفة للتشريع والتنظيم المطبق في الصنفقات العمومية وهي تقوم بدور وقائي يحول دون وقوع الأطراف المتعاقدة في الخطأ، ومن بين الهيئات المخولة قانوناً لممارسة الرقابة الإدارية، نجد منها:

أ- لجنة الصنفقات العمومية المختصة: وهي موجودة على جميع المستويات وفي كل الإدارات المعنية، وقد نصت المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على إخضاع الملحق للرقابة الخارجية للصفقات العمومية خصوصاً في فقرتها الأولى.²

وقد استثنى المشرع إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة الخارجية من خلال ما نصت عليه المادة 139 من المرسوم 15-247.³

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص188.

² - أنظر المادة 138 من المرسوم رقم 15-247، السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 139 من المرسوم رقم 15-247، السالف الذكر.

أما المشرع الفرنسي فقد أخضع بدوره مشاريع الملاحق للجنة طلب العروض واعتبر ذلك إجراء شكلياً جوهرياً وأن عدم احترام هذا الإجراء من شأنه إلغاء كل إجراءات إبرام الملحق وذلك في حالة وجود نزاع.¹

ب- رقابة الوصاية: طالما أن الملحق هو جزء من الصفقة العمومية ومكمل لها فإنه يخضع لهذه الرقابة وذلك إذا تعلق الأمر بالهيئات اللامركزية والتي تمارس على المؤسسات والجماعات المحلية ولرقابة تسلسلية إذا تعلق الأمر بالهيئات غير المركزية الممارسة من قبل السلطات المركزية على الإدارات غير المركزية، وعلى نفس المنوال سار المشرع الفرنسي لما منح المحافظ الحق في أن يتقدم أمام القاضي الإداري بطلب إلغاء ملحق صادر عن جماعة محلية، وذلك خلال مدة شهرين من تاريخ إيداع ملف الملحق أمام مصالح المحافظ من طرف الجماعات المحلية، وعلى حسب ما نص عليه القانون العمومي للجماعات الإقليمية الفرنسية فإن الملاحق لا بد من النظر إليها كأنها اتفاقيات متعلقة بالصفقات وعلى هذا الأساس فالملاحق في الصفقات العمومية للجماعات المحلية ليست قابلة للتنفيذ إلا بعد تحويلها إلى رقابة المشروعية وكذا المداولات المتعلقة بها.²

ج- رقابة المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها: لقد نص المشرع الجزائري على عقوبات مقررّة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وذلك بموجب المادة 26³ وكذا المادة 27 من القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم⁴ وقد ورد ذكر الملحق في المادتين المذكورتين.

كما ذهب المشرع الفرنسي إلى نفس الاتجاه وذلك بموجب المادة 432 و14 من قانون العقوبات الفرنسي⁵، فالمساس بقانون الصفقات العمومية قابل للوقوع تحت طائلة التجريم.

وهناك أنواع أخرى من الرقابة نذكر منها :

* المرصد الاقتصادي للشراء العمومي في فرنسا بموجب المادة 130 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي موضوع تحت وصاية وزير الاقتصاد والمالية.

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 189 وص 190.

² - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 194 وما يليها.

³ - للإشارة فقد عدلت المادة 26 بموجب المادة 02 من القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج. العدد 44، ص 05.

⁴ - أنظر المواد 26 و27 من القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

⁵ - أنظر المواد 432 و14 من قانون العقوبات الفرنسي، السالف الذكر.

* الاحصاء الاقتصادي للصفقات العمومية بموجب المادة 131 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي تقوم بها وزارة الاقتصاد والمالية.

* المصلحة المركزية للوقاية من الرشوة في فرنسا.¹

ثانيا: الرقابة المالية

وتعد ذات أهمية قصوى حيث أولى لها كلا من المشرعين الجزائري والفرنسي حيزا كبيرا من التفصيل، وتماشيا مع ما تم ذكره كان لا بد من الحديث أكثر عن هذا الموضوع من خلال التطرق للرقابة المالية في كل من الجزائر وفرنسا على سبيل المقارنة.

أ- الرقابة المالية في الجزائر: وهي العملية التي يقوم بها المراقب المالي، ومهمة الرقابة المالية منوطة أيضا بالمفتشية العامة للمالية والتي مهمتها التدقيق والتحقق في محاسبة الأشخاص العمومية الموكلة لهم صرف المال العام، كما يقوم بهذه المهمة مجلس المحاسبة المكلف بمراقبة الأموال العمومية للدولة والجماعات المحلية.

1. المراقب المالي: وهو أحد أعوان الوزارة المكلفة بالمالية، حيث يقع تعيينه لدى الأمرين بالصرف وهذا من صلاحيات وزير المالية، ويتمثل دوره في التأكد من نظامية الصفقة العمومية، كما يدخل دوره كذلك في الالتزام ضمن التأشيرة الشاملة الصادرة عن لجنة الصفقات العمومية المختصة والتي يعتبر أحد أعضائها بصفة أحد ممثلي الوزير المكلف بالمالية.² وتعني التأشيرة الشاملة أن الرأي الذي يصدر عن لجنة الصفقات المختصة بالموافقة، هو بمثابة رأي يشمل بل ويغطي كل الجوانب المتعلقة بالرقابة الممارسة من قبل أعضاء اللجنة باختلاف ما يمثلونه من صلاحيات.³

2. المحاسب العمومي: مهمته تحصيل الإيرادات وتسديد النفقات يعين من طرف وزير المالية، يقوم بمراقبة الملحق في الصفقة العمومية بنفس الشكل الذي يمارس به المراقب المالي هذه المهمة باعتبار أن المحاسب العمومي هو عضو في مختلف لجان الصفقات العمومية ممثلا عن الوزير المكلف بالمالية.⁴

¹- كراش دحو، المرجع نفسه، ص 200.

²- كراش دحو، المرجع نفسه، ص 204.

³- خرشى النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلوونية، الجزائر، 2011، ص 353.

⁴- كراش دحو، المرجع نفسه، ص 205.

3. **المفتشية العامة للمالية:** وهي عبارة عن جهاز دائم للرقابة موضوعة تحت سلطة الوزير المكلف بالمالية، مهمتها الرقابة على التسيير المالي والمحاسبي للإدارات المركزية والمحلية والمرافق العمومية والهيئات والأجهزة والمؤسسات ذات الطابع الإداري وذات الطابع الصناعي والتجاري، وعلى كل شخص معنوي يتمتع بمساعدات مالية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية أو من هيئة عمومية، يتولى القيام بهذه الرقابة مفتشون لهم حق مراجعة العمليات التي قام بها محاسبوا الهيئات المذكورة آنفا.¹

4. **مجلس المحاسبة:** وهو هيئة دستورية عليا مكلفة بالمراقبة البعدية للموارد والأموال والقيم والوسائل المادية العمومية للدولة والمجموعات المحلية والمرافق العمومية، كما أنه مكلف بتقييم نوعية تسييرها من حيث الفعالية والأداء والاقتصاد يعد تقريرا سنويا يقدم لرئيس الجمهورية، وقد تناول المشرع الجزائري مجلس المحاسبة بموجب المادة 170 من القانون رقم 03-02، وتقابله المادة 199 من دستور الجزائر 2020، ج.ر.ج. ج. العدد 82 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020.³ كما جاءت المادة 03 من الأمر 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 لتؤكد على أن مجلس المحاسبة يختص برقابة التسيير المالي لمصالح الدولة والمجموعات المحلية والإقليمية التي تسري عليها قواعد المحاسبة العمومية ويتمتع مجلس المحاسبة باختصاص إداري وآخر قضائي.⁴

ب- **الرقابة المالية في فرنسا:** تتنوع وتتعدد الرقابة المالية في فرنسا على الصفقات العمومية ومنه على الملاحق التابعة لها وذلك لارتفاع المبالغ المالية المخصصة للإنفاق العمومي، ونذكر أهمها:⁵

1. المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وردع الغش:

تهدف إلى مراقبة شروط وإبرام الصفقات العمومية بالتنسيق مع لجان طلب العروض كما تسهر على السير الحسن للصفقات العمومية وتشارك في مكافحة الممارسات غير التنافسية بواسطة

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص 207.

² - أنظر المادة 170 من القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 المتضمن التعديل الدستوري (دستور الجزائر لسنة 1996).

³ - أنظر المادة 199 من دستور الجزائر 2020، ج.ر.ج. ج. العدد 82 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020

⁴ - أنظر المادة 03 من الأمر 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 39، صادر في 23 جويلية 1995، ص 3 و ص 18.

⁵ - JEAN-MARC PEYRICAL, LES Avenants Aux Marchés Puplics , le moniteur, Paris-France , 2000, P 11.

أعمال وقائية على وجه الخصوص بإجراء تحقيقات وتحريك المتابعات القضائية المدنية والجزائية، تم تأسيسها بموجب المرسوم المؤرخ في 05 نوفمبر 1985.¹

2. مجلس المحاسبة والغرف الجهوية للمحاسبة في فرنسا: مهمته مراقبة إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وكذا الملاحق التابعة لها وذلك في إطار الرقابة الممارسة على الجماعات العمومية، فالرقابة التي تقوم بها الفرق هي رقابة بعدية على الإبرام وكذلك حتى على تنفيذ الصفقات العمومية وملاحقها.²

3. الوكالة ما بين الوزارات للتحقيق حول الصفقات العمومية ومندوبيات المرفق العام: مهمتها إجراء تحقيقات تنصب على شروط الشرعية والتزاهة المتعلقة بتحضير وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وعقود مندوبية المرفق العام، ففي كل سنة تقوم الوكالة بتحرير تقرير حول مختلف الخروقات والتجاوزات التي تصاحب عمليات الشراء العمومي، والتي تتمثل ليس فقط في جنحة المحاباة وإنما أيضا جرائم الحصول على امتيازات غير مبررة، وكذا النصب والتزوير وخيانة الأمانة.³

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على رقابة ملحق الصفقة العمومية

باستقراء نص المادتين 178 و189 من المرسوم الرئاسي 15-247 تتجلى على الرقابة التي تمارسها لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة من خلال التتويج بمنح التأشيرة، أو رفضها خلال مدة عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة، كما تتوج الرقابة التي تمارسها اللجان القطاعية للصفقات العمومية بإصدار التأشيرة أو رفضها في غضون خمسة وأربعين يوما على الأكثر⁴، من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجان، ويجب إرسال الملف كاملا إلى المقرر قبل ثمانية أيام، على الأقل من إنعقاد الاجتماع المخصص لدراسة الملف، بعد إستكمال الإجراءات القانونية والشكلية لمشروع ملحق الصفقة العمومية يتوج هذا الأخير بمنح التأشيرة أو رفضها، من قبل الهيئات العمومية المختصة، والمتمثلة في رقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، ونشير هنا إلى أن رقابة المراقب المالي تعد رقابة سابقة وهذا من

¹ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص214.

² - كراش دحو، المرجع نفسه، ص212.

³ - كراش دحو، المرجع نفسه، ص212.

⁴ - أنظر المادة 178 و189 من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع، المذكور آنفا.

خلال نص المادة 11 المطلة الأخيرة من المرسوم التنفيذي 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، أما رقابة المحاسب العمومي فتأتي رقابة بعدية،¹ وسنحاول التطرق أكثر لموضوع منح التأشيرة أو رفضها على المنوال الآتي:

أولاً: منح التأشيرة.

بعدما يتم التأكد من مطابقة ملحق الصفقة العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما تمنح له التأشيرة، فلا يمكن تصور إبرام الملحق الذي تجاوز النسب المذكورة سابقاً دون الحصول على تأشيرة من طرف اللجنة المختصة، ولقد أحالتنا المادة 10 من المرسوم التنفيذي 09-374 السالف الذكر ومن خلال الفقرة الرابعة إلى الضوابط القانونية التي تبني عليها تأشيرة المراقب المالي على مشروع الصفقة العمومية بشكل عام ومشروع الملحق بشكل خاص²، وفي هذا الصدد نصت المادة 196 فقرة 01: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجبارياً التأشيرة، وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة."³

إن اختصاص منح التأشيرة يؤول إلى لجنة الصفقات المختصة تبعاً لقواعد الاختصاص، إذ أن صدور التأشيرة عن لجنة الصفقات غير مختصة يجعلها باطلة وغير مشروعة. وقد تأجل منح التأشير من طرف الهيئات المختصة إلى استكمال المعلومات المطلوبة، وفي هذه الحالة توقف الآجال ولا تعود للسريان إلا ابتداء من يوم تقديم المعلومات المطلوبة.⁴

ثانياً: رفض منح التأشيرة.

يكون رفض منح التأشيرة نتيجة معاينة اللجنة لمخالفة التشريع أو التنظيم المعمول به كصدور الملحق مخالف لقواعد المشروعية⁵، حيث يجب أن يكون رفض التأشيرة معللاً، وفي جميع الحالات يجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية والسلطة الوصية عليها بالقرارات التي تم اتخاذها وذلك بعد ثمانية أيام على الأكثر من إنعقاد الجلسة.

¹ - أنظر المادة 11 المطلة الأخيرة من المرسوم التنفيذي 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-414

المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات

² - المادة 10 فقرة 04، من المرسوم التنفيذي رقم 09-374، السالف الذكر

³ - المادة 196 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفاً.

⁴ - أنظر المادة 195 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247، المذكور آنفاً.

⁵ - خليفة جمال عبد الناصر، المرجع نفسه، ص 72

أما بخصوص المقرر رفض التأشيرة نصت عليه المادة 200 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه يمكن تجاوز رفض منح التأشيرة من طرف الوزير، أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياته، وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة مع تقرير المحلل وفي جميع الحالات ترسل نسخة من مقرر التجاوز المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما إلى مجلس المحاسبة، وإلى الوزير المكلف بالمالية، وإلى لجنة الصفقات المعنية.¹

وتجدر الإشارة إلى أن مقرر التجاوز يخضع إلى قيود حسب نص المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي كالآتي :

* لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعللة لعدم مطابقة الأحكام التشريعية.
* لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل تسعين 21 يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض منح التأشيرة .

* ضرورة إعلام الجهات المعنية ذات العالقة.²

* يجب أن يبنى على تقرير من المصلحة المتعاقدة ويكون مسببا.

وفي الأخير إن الحصول على تأشيرة المراقب المالي أمر ضروري للشروع في تنفيذ البنود التعاقدية التي نص عليها الملحق، فحسب المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن التأشيرة الشاملة للجنة الصفقات العمومية تعرض على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف، إلا في حالة معارضة عدم مطابقة ذلك للأحكام التشريعية.³

كذلك نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 92-414 أنه " .. تعتبر التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة السابقة لمشاريع الصفقات العمومية إلزامية على المراقب المالي.."، فإن صحة النفقة المراقبة تتوج بمنح تأشيرة المبدأ من طرف المراقب المالي والتي تسمح للأمر بالصرف بمتابعة باقي الإجراءات لتنفيذ النفقة، لينتقل الملحق إلى هيئة رقابة أخرى وهي

¹ - أنظر المادة 200 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المذكور آنفا.

³ - أنظر المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المذكور آنفا.

المحاسب العمومي التي تعتبر الحلقة الأخيرة في مساره، والذي بدوره يقوم بعملية الدفع لمصلحة المتعامل المتعاقد بعد التحقق من مطابقة العمليات مع القوانين والأنظمة المعمول بها.¹

حالات عدم خضوع الملحق للرقابة: يوجد عدة حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق إلى رقابة هيئات الرقابة الخارجية، نذكر منها:

- عدم تجاوز الملحق الحدود المالية المبنية في المرسوم رقم 15-247 طبقا للمادة 139.²
- حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي أثر مالي، وهنا نكون أمام تغيير بنود الصفقة الأصلية دون أن يخلف هذا التغيير أي أثر مالي.
- حالة الملحق الذي لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة.³

* الاستخدام غير المشروع لسلطة تعديل العقود الإدارية أثناء تنفيذها :

لا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري إذا ما وجد به نص يبيح لها ذلك، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لشروط تعاقدية، ولكن الأمر يختلف في حالة إذا لم يرد نص في العقد يحول للإدارة حق التعديل، وجاء الفقه الفرنسي منقسما الى ثلاثة (03) اتجاهات الأول ينكر إعطاء الإدارة حق التعديل، والثاني يؤيد هذا الحق وهو الاتجاه الغالب، والثالث اتخذ مذهباً وسطياً حيث اقتصر على حق التعديل على عقدي الأشغال العامة وكذا التزام المرافق العامة، فامتيازات السلطة العامة إنما هي وسيلة لازمة لتشغيل المرافق العامة بصفة مستمرة ودائمة دون انقطاع في جميع الظروف والأحوال، والهدف من كل ذلك هو تحقيق المصلحة العامة، والأمر في الحقيقة لا يستدعي الخلاف، نظراً لترابط هذه الأسس، وقيام بعضها على أساس بعض.⁴

وبالتالي فسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري ثابتة، حتى دون ورود نص في العقد أو القوانين أو اللوائح، بل لا يجوز النص على خلافها من جانب جهة الإدارة، ويعود السبب إلى

¹ - أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي 92-414، المذكور آنفاً.

² - أنظر المادة 139 من المرسوم رقم 15-247.

³ - نبيل أزرايب، المرجع نفسه، ص120.

⁴ - ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص206، ص207

أن هذه السلطة تجد أساسها القانوني في فكرة المرفق العام وضرورة مسيرته للتطورات التي تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة.¹

وسلطة الإدارة في التعديل على اتساعها لا تشمل كافة شروط العقد، حيث تقتصر وتنحصر بالشروط المتعلقة بحسن سير المرفق العام، دون الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، حيث بإمكان الإدارة تعديل التزامات المتعاقد زيادة أو نقصان، والمراد بمقدار الالتزامات هو الكمية وليس النوع، كما يمكن للإدارة التعديل بإرادتها المنفردة في طرق ووسائل تنفيذ العقد كلما دعت الضرورة الى ذلك، خصوصا إذا علمت بوجود أخطاء تضمنها المشاريع الاصلية، مع اكتشاف مبتكرات علمية حديثة من شأنها أن تكون أوفى وأحسن وأفضل إقتصاديا من المشاريع الأصلية²، كما يمكنها تعديل مدة التنفيذ بالتمديد أو التقصير كلما استجابت الضرورة والظروف، واقتضت المصلحة العامة ذلك، للإشارة فإن سلطة التعديل كما سبق وذكرنا، ليست سلطة مطلقة ولا تقديرية.

لهذا السبب اتفق الفقه والقضاء الإداري على مجموعة من المبادئ، لا بد على الإدارة من مراعاتها عند القيام بإجراء التعديل في بنود العقد، ومخالفة الإدارة لأي من هذه الضوابط وهي بصدد تعديل العقد الإداري يشكل استعمال غير مشروع لهذه السلطة ويعتبر خطأ، ويؤدي إلى مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر بسبب ذلك، ونذكر منها:

- اقتصار التعديل على موضوع العقد، حيث تكون الأعمال متصلة بموضوع العقد، فلا تفرض على المتعاقد معها أعمال خارجة عن نطاق العقد لأنه تم إبرام عقد معين، له موضوع واضح يهدف إلى تحقيق المصلحة محدودة حيث لا يمكنها تحديد موضوع جديد يختلف عن الموضوع الأصلي الذي انصرفت اليه إرادة الطرفين.³

- اقتصار التعديل على النصوص المتعلقة بالمرفق العام، حيث لا تملك الإدارة النصوص المتعلقة بالمقابل النقدي أو المزايا المالية للمتعاقد، لأن المقابل النقدي يتحدد بدقة عند التعاقد، ولا يحق لأي طرف كان تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 673

² - أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 225

³ - أحمد محسن جميل، مظاهر السلطة العامة في تحديد وانهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2014 ص 22.

وإذا كان الأصل بعدم جواز نيل تعديل الجانب المالي للعقد الإداري، غير أن هناك استثناءً من هذه القاعدة، يتمثل في جواز إجراء تعديل على أجور وأسعار السلع في عقود التزام المرافق العامة مع مراعاة حق المتعاقد في التعويض الكامل في حالة الضرر أو الخطأ.

- إجراء التعديل في حدود مبدأ المشروعية، بصدر التعديل من جهة الإدارة المختصة قانوناً بإصداره، وضمن إطار القوانين والأحكام واللوائح والأشكال القانونية اللازمة، وإلا جاز للمتعاقد طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق القضاء.¹

- وجود ظروف مستجدة بعد إبرام العقد، حيث يتعين لصحة قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري، أن تستجد ظروف لاحقة تستوجب ممارسة الإدارة لتلك السلطة، لأن بقاء الظروف المبرم في ظلها العقد الإداري على حالها يحول بين الإدارة والقيام بتعديل عقودها، حيث أن لكل سلطة دواعي استعمال لا بد من توافرها، لذا فالإدارة يجب أن تكون مستندة في التعديل بمقتضيات المصلحة العامة، آخذة بعين الاعتبار تغير الأحوال والظروف التي أدخلت في الاعتبار عند إبرام العقد، حتى لا تملص من التزاماتها.²

- عدم تجاوز النسب المحددة للتعديل، سواء كان بالزيادة أو النقصان، حيث يجب ألا تؤدي التعديلات المطلوبة إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية للمتعاقد مع الإدارة مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.³

¹- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 46

²- ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص 207، ص 208

³- محمد فؤاد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير -دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود

الانشاءات النموذجية-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة-مصر، 2010 ص 286

خلاصة الفصل الثاني.

إن سلطة الجهة الإدارية في تعديل العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن أية سلطة أخرى، فهي ليست مطلقة دون قيد بل تحدّها قيود، من خلال اقتصارها على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام ومقتضيات الصالح العام، كما أن تلك السلطة تبرز أكثر وبوضوح في العقود التي يضطلع فيها المتعاقد بتسيير المرفق العام بشكل مباشر كعقود الالتزام مثلاً، في حين تتضاءل في العقود الإدارية التي يكون مجالها في مساهمة المتعاقد معها بطريقة غير مباشرة أو ما يسمى بالاستغلال غير المباشر وهي إحدى الطرق في تسيير المرافق العامة، كعقود التوريد مثلاً.

ومن جانب آخر فإن الهيئات الإدارية تتقيد بوجوب ألا يكون من شأنها تبديل موضوع العقد أو محله أو إعسار المتعاقد ما يفوق ويجاوز إمكانياته المادية والفنية، فالتعديلات هذه لا بد أن تكون في الحدود الطبيعية والمعقولة.

هذا وقد تتخذ سلطة التعديل صورة تكون كحق الجهة الإدارية في إلغاء العقد دون خطأ من جهة المتعاقد معها في حالة ما إذا زالت المصلحة التي استوجبت إبرامه، أو في حالة إذا لم يعد العقد متوافقاً وضرورياً للمصلحة العامة.¹

وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فإن ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق الصالح العام، خاصة في مرحلة تنفيذ العقد، ومن قبيل هذه الامتيازات سلطتها في الرقابة والتوجيه، وسلطتها في توقيع الجزاء وإنهاء العقد بصفة منفردة، وسلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، فأثناء تنفيذ العقد قد تغلب فكرة مرونة العقود الإدارية على قاعدة القوة الملزمة للعقد، التي تعتبر من القواعد الأساسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص، فيكون للإدارة الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة على خلاف القاعدة المستقرة في القانون الخاص، والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وأن الإتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة لمن عقدها مقام القانون، فإذا كان العقد في القانون الخاص ينشئ مراكز ذاتية فلا يجوز المساس بها ومن ثم يعتبر عمل قانوني مستقر، فإن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية لأن الإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس قوة الإلزام التي تتميز بها العقود المدنية، مما يستوجب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة التي التزم

¹ - هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية-دراسة تطبيقية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2014، د.ص

بالمعاونة على تحقيقها، تماشيا مع مرونة العقد وقابليته للتغيير، وهذا ما يصطلح عليه بنظرية العقد الإداري التي يدخل في مجالها الصفقات العمومية، ولهذه الأهمية كبرى في الاقتصاد الوطني كونها الوسيلة الأساسية التي تضبط مشاريع التنمية والحياة الاقتصادية للبلاد، لذلك أعطاها المشرع الجزائري أهمية خاصة.

الباب الثاني :

سلطتا توقيع الجزاءات والإنهاء

في مجال تنفيذ العقود الإدارية

فبعد التطرق في الباب الأول للسلطات الوقائية المتمثلة في سلطتي الرقابة والتعديل في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، كان لا بد من ترتب سلطات لاحقة تكون علاجية أو حتى ردعية في حالة إرتكاب المتعاقد مع الإدارة لأخطاء أو مخالفات متعددة جراء تنفيذه للعقد الإداري تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد بمجموعة من السلطات تجعل منها طرفا قويا ومتميزا في العقد الإداري، لأنها تمتلك امتيازات السلطة العامة ومظاهرها والتي تجعل مراكزها أسمى من مراكز الأفراد، فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه إحتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة ومنفعتها على مصلحة الأفراد الخاصة، حيث يترتب على ذلك أن للإدارة سلطات علاجية يمكن تقسيمها على أنها سلطات لاحقة أي أنها تأتي في مرحلة أخيرة بعدية، تتمثل في سلطتي فرض الجزاءات على المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية مع الإدارة، وكذا إنهاء العقد الإداري بصفة نهائية، وهذا نظير ما قد يرتكبه من مخالفات متعددة، حيث باتت سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها قد بدأت بصورة تدريجية ابتداء من سلطاتها في الرقابة والتوجيه ومن ثمّ التعديل والتي اعتبرت على أنها سلطات وقائية وهي سلطات سابقة لما نحن بصدد دراسته في هذا الباب، ليأتي الدور على سلطتها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها وأخيرا سلطتها في إنهاء العقد وهي ما سميت بالسلطات العلاجية أو السلطات اللاحقة كما يحلو للبعض تسميتها، وهذا من خلال وضع حد نهائي للعقد الإداري من قبل الإدارة وفك الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة لضرورات المصلحة العامة وذلك إعمالا لمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة مع مراعاة حق المتعاقد معها في التعويض عند الاقتضاء.

فالعقد الإداري الذي تبرمه الإدارة بوصفها سلطة عامة من خلال اتباعها وسائل القانون العام يستهدف تحقيق مصلحة عامة لإتصاله بنشاط المرفق العام بقصد تسييره أو تنظيمه باستمرار واضطراد، لذلك فإن أي إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على كونه إخلالا بالتزام تعاقدية، وإنما فيه مساس فادح بالمرفق العام المتصل مباشرة بالعقد الإداري ويضر بالتالي بالمصلحة العامة، ما لم يكن هذا الإخلال ناجما عن أسباب قهرية لا يد للمتعاقد فيه، وعليه فمن حق الإدارة فرض جزاءات على المتعاقد معها المقصر والمخل بتنفيذ إلتزاماته العقدية وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري بما يتماشى مع إنتظام سير المرفق العام.

وتختلف هذه الجزاءات من حيث طبيعتها عن جزاءات العقد المدني، فإذا كانت هذه الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء وتعويض المتعاقد بحيث تعيد التوازن إلى الإلتزامات المتبادلة الناشئة بين

طرفي العقد، فإن جزاءات العقد الإداري تستهدف ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية بما يضمن ويكفل سير المرافق العامة بانتظام واضطراد¹ وتستند هذه السلطات الاستثنائية إلى أن نية طرفي العقد الإداري، إنصرفت إلى ضرورة الوفاء والالتزام باحتياجات المرفق العام، الأمر الذي يستوجب الإقرار للجهة الإدارية بسلطتي توقيع وفرض الجزاءات أو حتى الإهاء بصفة نهائية للعقد الإداري على المتعاقد معها بصورة مباشرة دون الرجوع إلى القضاء لمخاصمة المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، وهذا الأمر يحمل في طياته وفي الكثير من الأحيان احتمال انحراف الإدارة أو تعسفها في استخدام سلطاتها في ذلك إذ قد تخرج عن الهدف المسطر والذي قرره المشرع لها مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المشروعية، والذي يعتبر من أهم ركائز دولة القانون من مقتضياته أن سيادة القانون لا تقتصر على علاقات الأشخاص الخاصة فيما بينهم بل تشمل العلاقات القائمة بين الأشخاص الخاصة والدولة أيضاً، وإن تأكيد هذا المبدأ في مجال العقود الإدارية لا يكون له وجود ومن ثم يعطيه أبعاداً عملية وقانونية إلا بوجود الرقابة القضائية على قرارات الجزاءات المفروضة وكذا الإهاء المحتمل من قبل الإدارة على المتعاقد معها، إذ يسند لها الدور الكبير في رد الإدارة إلى جادة الصواب وإقامة التوازن بين سلطات الإدارة وامتيازاتها الواسعة من جهة وحق المتعاقد معها من جهة أخرى، وهذا تحقيقاً للعدالة والمساواة.

إن الإدارة لما لها من سلطات تملك توقيع العديد من الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بتنفيذ هذه الالتزامات، أو حتى الإهاء للعقد بصفة مباشرة ونهائية انفرادياً، حيث تتمتع بهذه السلطة حتى لو لم ينص عليها في العقد، ذلك أن الإدارة لا تستند في مباشرة تلك السلطات إلى نصوص العقد في حد ذاته، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة، ومرجع ذلك كله هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام واستمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة واحتياجات الجمهور والمنتفعين.

ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكاليات التالية: فيم تتمثل سلطانا توقيع الجزاءات والإهاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية -السلطات العلاجية-؟ وهل يمكن اعتبارهما كوسائل قانونية لتحقيق المصلحة العامة؟ وما هو الإطار القانوني لهاتين السلطتين خلال مرحلة تنفيذ العقود الإدارية؟ ما هو أساسهما القانوني؟ وما مدى اعتبار سلطتي توقيع الجزاءات والإهاء الممنوحة

¹ - مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، مقال بعنوان: العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن،

كلية الحقوق -جامعة دمشق، سوريا، 2015

للإدارة مطلقة أم هناك قيود تحد منها؟ وما موقف المشرع الجزائي من هذه السلطات في مجال تنفيذ العقود الإدارية؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات، يتم تقسيم معالجة الموضوع من خلال هذا الباب - سلطتنا الإدارية في توقيع الجزاءات والإهاء في نطاق تنفيذ العقود الإدارية كأداة وضرورة لحسن سير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة - إلى فصلين (02)، على النحو الآتي :

1- الفصل الأول: سلطة الإدارة العامة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

2- الفصل الثاني: سلطة الإدارة في الإهاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

الفصل الأول:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري

لقد أجمع فقهاء القانون العام على سلطة الإدارة الاستثنائية في العقود الإدارية عند توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون الرجوع إلى السلطات القضائية، إلا أن القضاء له حق الرقابة اللاحقة من خلال الدعاوى والتظلمات المرفوعة إليه من قبل المتعاقدين، لأنه وفقاً للقاعدة العامة أن الإدارة دوماً في منازعات العقود الإدارية مدعى عليها لا مدعية، فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية لا تهدف إلى جبر الضرر وإنما تهدف إلى حث المتعاقد على تنفيذ العقود الإدارية في الوقت المحدد وبالمواصفات الملائمة على نحو يخدم المصلحة العامة.

وتمثل سلطة الإدارة في إصدار وفرض جزاءات عقابية على المتعاقد المظهر الرئيسي والأساسي لوسائل الإدارة في مباشرة كافة أنشطتها، ولذلك يعدها فقهاء القانون العام من أهم وأخطر امتيازات السلطة الإدارية التي لا غنى عنها.¹

إن الإدارة العامة تملك الحق في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، وهي تستمد سلطتها في هذا الشأن إما من نصوص العقد الإداري ذاته، وإما من السلطة الممنوحة لها للحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراب،² وتقوم الإدارة بفرض جزاءات عقابية على المتعاقد معها في حال إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو حتى حل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة، وتعد سلطة فرض الجزاءات من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها تخضع لنظام قانوني خاص يتمثل في نظام القانون العام في العقود الإدارية، فضرورة الحرص على سير المرفق العام بانتظام واضطراب تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة وفي الآجال المتفق عليها.

¹ - علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن - دراسة مقارنة -، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مصر، 2012،

ص 2.

² - عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 120 .

وقد استخلص الفقهاء أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إنما توجد بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية، أو أنها توجد ولو لم ينص العقد على أي منها، فإذا نص على بعضها وأغفل البعض الآخر، فإن الإدارة من حقها توقيع جزاءات عن المخالفات التي لم ينص عليها العقد، وقد استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية الموقعة من طرف الإدارة على المتعاقد معها إلى ثلاث (03) أنواع رئيسية، جزاءات مالية، جزاءات ضاغطة (غير مالية)، وجزاءات تسمح بإهاء العقد الإداري.

وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ وما هي أهم الخصائص العامة المشتركة للجزاءات؟ وكيف تكون أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ لعقود الإدارية؟ ما هي أنواع الجزاءات التي يتم توقيعها على المتعاقد مع الإدارة؟ هل تستحوذ الإدارة العامة في توقيع الجزاءات على العقود كافة أم أنها مقيدة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات ومن أجل معالجة الإشكاليات المطروحة، يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين (02)، وهما:

- 1- المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري.
- 2- المبحث الثاني: الخصائص العامة المشتركة للجزاءات وأوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.

المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري

قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري مخالفات متعددة كالامتناع عن التنفيذ أو يقوم بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد أو بتأخر عن المواعيد المحددة للتنفيذ أو يتنازل عن التنفيذ لمقاوم من الباطن دون موافقة جهة الإدارة أو حتى يخالف تعليمات الإدارة وتوجيهاتها والتي يؤدي من خلالها إلى حدوث اضطراب اقتصادي خصوصا إذا كان المرفق من المرافق الحيوية كشبكات الكهرباء والغاز والمياه والنقل.. الخ، ومن هنا فإن الإدارة تملك توقيع العديد من الجزاءات على المتعاقد معها الذي أحل بتنفيذ التزاماته، والإدارة تتمتع بهذه السلطة حتى لو لم ينص عليها في العقد، ذلك أن الإدارة لا تستند في مباشرة تلك السلطة إلى نصوص العقد بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، ومرجع ذلك كله ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام واستمرار بانتظام واضطراب تحقيقا للمصلحة العامة.¹ فنظام الجزاءات هو تقويم إوجاج المتعاقد مع الإدارة وحمله على تنفيذ العقد بأفضل صورة وحسب الاتفاق المبرم بينهما مع تجنب المخاطر إلا أنها قد تؤدي به إلى التوقف أو عدم الخدمة المنوطة به، وليست الغاية من توقيع الجزاءات وضع العقوبات أمام المتعاقد، رغم أنها تعد من مظاهر وامتيازات السلطة العامة إلا أنها ليست مطلقة من دون قيد بل هناك حدود وضوابط تلتزم بها الإدارة وتقيدها، وتكمن هذه الضوابط في ضمانات المتعاقد في العقود الإدارية تجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات حيث تتحقق هذه الضمانات في وجوب إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء وتسبب الجزاء وتناسبه مع المخالفة المرتكبة من المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، ثم تتضح فيما بعد في حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء بعد توقيع الجزاء، وهذه الضوابط تحقق التوازن بين حق الإدارة في ضمان سير المرفق العام بانتظام وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة، حيث تهدف إلى عدم خروج الإدارة عن حدود المشروعية بالنسبة للجزاءات المفروضة من طرفها، وأن لا يخرج عن نطاق المصلحة العامة.²

فمتى أحل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه فإن الإدارة الحق في توقيع الجزاءات عليه تختلف عن نظيرتها المقررة في روابط القانون الخاص، وللإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم ولا تحتاج في ذلك إلى من المشرع أو حكم من القاصي،

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 139.

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 89.

فغاية الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي أنشأها العقد وإّما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو ابتعاد الاختلال الذي لحقه.¹

لقد أكد الفقه الشائع على أن الإدارة تملك سلطات جزاء استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، حينما لا يحترم هذا الأخير التزاماته العقدية، لأن المتعاقد مع الإدارة هو متعاون معها في إدارة المرفق العام، وأي إخلال بذلك لا يعد مجرد خطأ عقدي ولكنّه خطأ ضد هذا المرفق ذاته حتى يتأكد أنه لا مجال للعبث مع الإدارة أو الإخلال بمصالحها، فانتظام سير المرفق العام باستمرار ودون إنقطاع يتطلب تنفيذ العقود الإدارية المتصلة به بكل دقة ففي العقد المدني يستهدف الجزاء إصلاح الأخطاء التعاقدية وتعويض المتعاقد، بحيث يعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة الناشئة بين طرفي العقد، ومن ثم لا يوجد في الجزاء المدني معنى العقوبة، أمّا بالنسبة لنظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يستهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين ولا يتسم بطابع العقوبات كجزاء أو رادع دائما وإنما هدفه الوصول إلى تنفيذ الالتزام الضروري لسير المرفق العام.²

والتساؤل الذي يثار حول هذا المبحث، فيم تتمثل هذه الجزاءات؟ وما هو مفهومها القانوني؟ ماهي أهم صورها وأنواعها؟ فيم تتمثل خصائصها التي تستند عليها الإدارة في فرضها على المتعاقد معها؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات يتم معالجة هذه التساؤلات من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث (03) مطالب، على الشكل الآتي :

- 1- **المطلب الأول:** مفهوم السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ عقودها الإدارية.
- 2- **المطلب الثاني:** الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.
- 3- **المطلب الثالث:** القيود والضوابط الواردة على سلطة توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

¹ - بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص191.

² - محمد بن براك الفوزان، العقد الإداري السعودي، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، 2011، ص82، وجمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية-مصر، ص393، جمال محمد إبراهيم البلقاسمي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، القاهرة-مصر، 2011، ص156.

المطلب الأول: مفهوم السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ عقودها الإدارية

تعتبر الجزاءات على قدر كبير من الأهمية منذ اللحظة التي تنشأ فيها تلك الالتزامات، حيث تُسنّ القواعد القانونية، وأنّ هذه القواعد الصادرة دائماً ما تكون حتمية، مما يستوجب إلى تبني جزاءات مختلفة ومتنوعة، وحتى ندرس مفهوم السلطة الجزائية أتناول في الفرع الأول تعريف الجزاء، وفي الفرع الثاني أحاول تبين أنواع الجزاء.

الفرع الأول: تعريف الجزاء:

أولاً- لغة: فالجزاء لغة بما صنع بجزيه، جزاءً هذا أي قضى،¹ ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَتَّقُوا يَوْمًا لَّا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾² والجازية: الجزاء، إسم للمصدر كالعاقبة، والجزاء يكون ثواباً ويكون عقاباً،³ قال الله تعالى: ﴿قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ، قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وَجَدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ﴾⁴، أي أن الجزاء بهذا المعنى هو رد الفعل المقابل للسلوك الآثم، فتوقيع الجزاء يقابل ارتكاب الفعل غير المشروع، ويقال هذا ما فعلت يده أي عقابه، فالجزاء بفتح الجيم مصدر جزى أي: المكافأة والثواب والعقاب، وهو مكافأة التصرف من فعل خيره أو شره، وهو عقوبة مفروضة على فعل ممنوع قانوناً نال المقصرون الجزاءات المناسبة، كالجزاء النقدي: عقوبة مالية، أو قانون جزائي: قانون العقوبات، أما الفعل جازى: جازى يجازي جاز مجازة فهو مجاز والمفعول مجازى، جازاه عن أعماله: جازاه وكافأه أي: أثابه، جازى المذنب: عاقبه، ويستعمل الفعل جازى للخير والشر معاً.

ثانياً اصطلاحاً: ففي الفقه القانوني، فهو ذلك الأثر الذي يترتب وفقاً للقانون على مخالفة القاعدة القانونية، من خلال اتخاذ الدولة ممثلة في سلطاتها المختلفة كافة الوسائل والإجراءات، كضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها سواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة، أو عن طريق معالجة الوضع الذي أدت إليه المخالفة أو عن طريق منع وقوع المخالفة، أو عن طريق ردع من قام بالمخالفة.⁵

¹ - حمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، بيروت، 1958، ص103.

² - سورة البقرة، آية 48.

³ - لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، ص619.

⁴ - سورة يوسف، آية 74 و75.

⁵ - أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - كلية الحقوق، 2007-2008، ص32.

هذا وقد عرفه "فليب جيسار" في المعاني الثلاثة التالية بأنه تكريس أو إقرار قاعدة القانون بطريق النظام القانوني، أو الآثار الجيدة للصيقة بإلقاء أو ترتيب الآثار الناجمة عن القاعدة بطريقة الإكراه، يعني أنه إذا خالفها أي شخص تحرك عنصر الجزاء ليرتب أثره، وفي نفس الوقت تبرز مكانة القاعدة القانونية ودرجة إلزامها.¹

فالجزاء في هذا المعنى هو ركن في القاعدة القانونية وعنصر من العناصر المكونة حيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر.²

وعلى هذا الأساس فقد تم وصف الجزاء بأنه بمثابة القلب النابض القانونية، لا وجود لها من الناحية العملية، وبالتالي فيمكننا تعريف الجزاءات الإدارية العامة بأنها تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها جهة إدارية محددة وهي بصدد ممارسة سلطاتها العامة، بهدف الحد من الأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات وردع مرتكبيها بغض النظر عن مركزهم القانوني لتحقيق المنفعة العامة.³

كما يقصد بكلمة جزاء في أوسع معانيها رد الفعل الصادر من شخص أو هيئة كنتيجة لإخلال معين، بهذا تصبح كلمة جزاء عنصرا من عناصر القاعدة القانونية في معناها النظامي، فكل أمر قانوني أو أخلاقي وبصفة عامة سلوكي لا يرتبط بجزاء يفقد صفته القاعدية لأنه لا يصير لازما، فاللزوم يمنح صفة الثبات والاستقرار وكل منهما يمثل إحدى خصائص الوضع القاعدي.⁴

والجزاء بمعناه الواسع هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها المشرع وهو هنا لا يقتصر على العقوبة التي نص عليها المشرع كجزاء لمخالفة القواعد القانونية إنما يشمل - أيضاً - ما ينص عليه المشرع من مكافآت لمن قام بتنفيذ ما نص عليه من قواعد وأحكام⁵، أي أنه بصفة عامة تعبير عن رد الفعل المناسب لردع وتقويم سلوك ما ويعتبر غير مشروع من وجهة نظر صاحب الحق بفرض مثل هذا الجزاء⁶، والقواعد القانونية كلها تتمتع

¹ - عمار بوضيف، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، جسر للنشر، الجزائر، 2008، ص7.

² - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص7.

³ - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص98.

⁴ - سعيد عبد اللطيف حسن، النظرية العامة للجزاءات الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، 1991، ص6.

⁵ - آمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين - دار النهضة العربية 1983 ص229

⁶ - طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الإدارية، الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني، ص5 وما يليها

بصفة الإلزام مما مؤداه إلى تقرير جزاء قانوني على مخالفتها، ومما لاشك فيه أن طبيعة الجزاء ترتبط بطبيعة القاعدة التي خولفت والمصلحة المحمية من خلالها¹، ولا سبيل إلى بحث فكرة الجزاء في العقد الإداري بدون الوقوف على معنى الجزاء وخصوصاً بصورة عامة الجزاء الإداري، حيث يعرفه الفقيه "فيليب جستاز" في المعاني الثلاثة التالية بأنه: "تكريس أو إقرار قاعدة القانون بطريق النظام القانوني أو الآثار المحددة اللصيقة بالقاعدة" أو "ترتيب الآثار الناجمة عن القاعدة بطريق الإكراه".

أما من حيث المعنى الأول، فإنه لا يخلو من المنفعة في موضوع الجزاء الإداري، خاصة مع الجدل الدائر في الوقت الحالي حول قوانين آداب المهنة، أما المعنى الثاني فإنه يتسم بالاتساع، حيث يختزل الفقيه "فيليب" في التعريف الثاني الآثار المحددة اللصيقة بالقاعدة، ومن ثم فالجزاء في هذا المعنى الثاني يمكن أن يشمل العقوبة والتعويض في آن معاً.

وأخيراً المعنى الثالث يبعد عن وضع تعريف حقيقي لمعنى الجزاء، لأن الإكراه يعتبر من العناصر الخارجة عن قاعدة القانون.

في الواقع، إن المعنى الثاني هو الجدير بالاعتبار، فالقانون وبخلاف الأخلاق ينص على معيار محدد للقاعدة التي يضعها، فالأخلاق تقتصر على وصف السلوك بدون بيان الجزاء الواجب التطبيق في حالة عدم الالتزام بهذا السلوك وهو على خلاف الحال بالنسبة للقانون.²

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات

تختلف أنواع الجزاءات على حسب نوع وطبيعة القاعدة الملزمة التي قام بمخالفتها الفرد، فإذا كانت قاعدة دينية فبديهيها يكون الجزاء دينياً، كما يكون جزاء قانونياً في حالة ما إذا كانت القاعدة الملزمة التي خالفها الفرد قد نص عليها القانون الوضعي، وهذا ما نحن بصدد دراسته، حيث يتضمن الجزاء القانوني صوراً مختلفة كأن يكون الجزاء جنائياً إذا ترتب على مخالفة قاعدة قانونية جنائية وقد يكون جزاءً مالياً كما قد يكون جزاءً إدارياً أو حتى مدنياً.

أولاً -/ الجزاء الإداري:

وهو كأي إجراء له بالضرورة طبيعة جزائية غايته العقاب على التقصير في التزام ما يرتكز على الأخطاء ويكتسي من حيث المبدأ بطابع شخصي وهو أحد السبل التي تلجأ إليها الدول من

¹ - أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، 2000/2001، ص5

² - M. DEGOFFE, Droit de La Sanction non pénale, 1ere edition, Economica, 2000, p02

أجل تحقيق أهدافها.¹ وتتبع ذاتية الجزاء الإداري من أنه صادر بواسطة سلطة إدارية وليست جهة قضائية، مما يضمن عليه شكل القرار الإداري من جانب واحد مما يعطي هذا الإقرار الصادر عن الهيئة الإدارية الحق بسلطة النطق بجزاءات غير إدارية من خلال توقيع عقوبة بصفة مباشرة بسبب تقصير الطرف الملتزم في أداء التزام مفروض عليه من قبل القانون حيث تشكل الجزاءات الإدارية أحد الأشكال الأكثر إعتراضاً من الناحية التاريخية على الإمتيازات التي يعترف بها للإدارة، وعلى الرغم من أن القانون الإداري لم يضع الضوابط البيانية الكافية لفكرة الجزاء الإداري، إلا أن هذه الفكرة تحدد اليوم تطبيق القانون النوعي، كما تبرز العناصر التي إعتبرها القضاء إدارية والأخرى دستورية.

ثم جاء الفقه وأعطى العديد من التعريفات، ولم يتعارض مع مبدأ إنتشار القاضي في مجال الجزاءات التعاقدية الموقعة من طرف الإدارة ولا حتى مع الجزاءات التأديبية.²

هذا وقد أدرج الجزاء الإداري في مجالات تقليدية تستأثر بها السلطة القضائية ونظراً لفعاليتها ومرونتها في التطبيق فقد أصبحت أمر مألوف في المجال العقابي والجزاء الإداري لا يتضمن في حقيقته معنى التعويض، كما هو الحال في الجزاء المدني، ومرد ذلك أن كل إخلال من المتعاقد لا يقتصر على أن يكون تجاوزاً بالتزام تعاقدي وإنما مساساً بالمرفق العام أيضاً،³ وقد تكون الجزاءات الإدارية جزاءات تأديبية تتمثل في العقوبة المفروضة على الموظف الذي يخرج موضوع وظيفته، أو جزاءات توقعها الإدارة على المتعاقد معها لعدم قيامه بتنفيذ التزاماته تجاه الإدارة أو ما اتفق عليه في شروط العقد.⁴

ثانياً/ - الجزاء المدني :

وهو إعادة الوضع المادي للأمر إلى ما كانت عليه قبل مخالفة القانون كما لو كانت هذه المخالفة لم تقع، والهدف القانوني من هذا الجزاء هو حكم القاعدة القانونية عن طريق إنزال الفشل بسلوك من خالفها والعمل على أن يفوت عليه الغرض الذي كان يقصده من هذه المخالفة، وبالتالي فالجزاء المدني يسحب أثره على الماضي فهو يهتم بالوضع المادي للأمر، ويترتب على

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة-مصر، 2008، ص260.

² - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص105.

³ - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص106.

⁴ - شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2011، ص324.

مخالفة القواعد والأحكام التشريعية التي وضعها المشرع من أجل تنظيم العلاقة بين الأفراد بعضهم البعض في نطاق المعاملات المالية والأحوال الشخصية، فهذا الجزاء لا يمس الفرد من حيث المبدأ إلا في ذمته المالية فقط، فهو ينحصر أساساً في التنفيذ العيني والتعويض ويهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد.

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الجزاء المدني المتمثل في بطلان التعاقد والاتفاق يعتبر في كثير من الحالات جزاء غير كاف وغير ملائم، لذلك فإن المشرع كثيراً ما يلجأ إلى الجزاء الجنائي بالإضافة إلى الجزاء المدني.¹

ثالثاً/- الجزاء الجنائي:

يعتبر هذا الجزاء الذي قرره المشرع لارتكاب الجريمة، ويعبر عن الجزاء الجنائي تقليد بالعقوبة، وإليه ينصرف الذهن عند الحديث عن الجريمة، وهو العقوبة التي يستحقها مرتكبها، ويمكن لنا تعريفه على أنه الأثر القانوني المترتب على فعل أو امتناع يُوصَفُ بأنه جريمة.

وهو المظهر القانوني لرد الفعل الاجتماعي إزاء الجناة والذي يتمثل في صورة عقوبة تواجه الجريمة المرتكبة أو في صورة تدابير إحترازية تواجه من كانت لديه خطورة إجرامية وذلك من أجل تحقيق الأغراض المستهدفة بكل منهما.²

كما يؤدي الجزاء الجنائي وظيفه الجزاء المدني بمعنى يعزز حكم القاعدة القانونية كما لو كانت مخالفتها لم تحدث ولكن تعزيره نحكم هذه القاعدة.

وينطوي الجزاء الجنائي على طابع الإرغام والإكراه والتهديد عن طريق العقاب، ولأنه يضمن بالقوة، أي قوة العقاب تنفيذا للقاعدة القانونية، ومما يزيد من فاعلية هذا الجزاء هو كثرة وسائل البحث والتحقيق التي يستعين بها القاضي الجنائي في سبيل الوصول للحقيقة لإصدار حكمه من شأن ذلك، تسهيل عملية الإثبات وبالتالي من فرض وتوقيع الجزاء الجنائي.³

رابعاً/- الجزاءات المالية:

بمقدور الإدارة توقيع جزاء مالي على المتعاقد معها في حال ثبوت تقصيره أو إهماله أو عدم امتثاله للأوامر والأنظمة الصادرة عن الإدارة، وهي عبارة عن مبالغ تحددها الإدارة في العقد مقدماً

¹ - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص101 و ص102.

² - أحمد عوض بلال، المرجع نفسه، ص6.

³ - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص104.

كجزء لإخلال المتعاقد معها بالتزام من التزاماتها، وإذا ما تحقق هذا الإخلال المنصوص عليه، كان للإدارة توقيع بنفسها العقوبة المالية، دون الحاجة لإثبات أنه قد أصابها ضرر من جراء هذا الإخلال.¹ ولقد تردد القضاء الإداري الفرنسي في حق الإدارة في توقيع جزاءات مالية على المتعاقد معها، دون تضمن العقد الإداري النص عليها، وتعدد الجزاءات المالية التي يمكن للإدارة توقيعها، ونذكرها كما يلي:

1- التعويضات :

ويقصد بالتعويض المبالغ التي تحصل عليها الإدارة من المتعاقد معها لجبر الضرر الناتج عن إخلاله بالتزامه التعاقدية، أو قيامه بالتنفيذ على نحو مخالف لما هو متفق عليه في شروط العقد، وتعد التعويضات هي الجزاء الأساسي للإخلال بالالتزام من قبل المتعاقد، وذلك في حالة لم ينص على جزاءات مالية معينة لمواجهة هذا الإخلال، والمتفق عليه فقها وقضاء.

كما يمكننا تعريف التعويض على أنه جزاء يواجه الخطأ في تنفيذ الإلتزام بوجه عام والإلتزام العقدي بشكل خاص²، ويقترّب النظام القانوني لنظام التعويضات في القانون الإداري من نظيره في القانون المدني، سواء فيما يتعلق في اشتراط ركن الضرر أو من حيث طريقة تقدير التعويض، ويفترقان في كيفية تحصيل التعويض لكل منهما، فالتعويض عكس الغرامة لا يحكم به القاضي إلّا في حال ثبوت الضرر.

وأما في مصر فلا نجد تشريعات تقرر هذا الحق للإدارة، ومن ثمّ عليها اللجوء إلى القضاء للحكم لها بالتعويض لجبر الأضرار التي لحقت بها بعد إثبات العلاقة السببية بينه وبين خطأ المتعاقد الذي سبب ضرراً للإدارة جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية.³

أما في العراق فإن الإدارة تلجأ إلى القضاء في الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الإدارة، فلا يوجد ما يعطي الحق للإدارة في تقدير التعويض وخصمه من مستحقات المتعاقد معها أو تأميناته دون مراجعة القضاء.⁴

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص164.

² - محمد أحمد أرناؤوط، المرجع نفسه، ص137.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص166.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص172.

وبالتالي فيمكننا القول أن التعويض أحد الجزاءات المالية التي أقرها القضاء الإداري كحق للإداري في حالة مخالفة المتعاقد معها لالتزاماته العقدية، إلا أن القضاء الإداري لعب دورا هاما في تحديد كيفية تقريره وتحصيله من ناحية، فترك للإدارة حرية تقديره في حالة إذا لم ينص على قيمته في العقد، ومن ناحية أخرى فقد اختلف القضاء الفرنسي عن القضاء المصري، فسمح الأول للإدارة بتحصيله عن طريق أوامر دفع تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة، في حين لم يسمح بذلك القضاء المصري إلا في حالة النص على ذلك في العقد، كما قيد القضاء الإداري من سلطة الإدارة في توقيع جزاء التعويض على المتعاقد باشرطه أن يكون التعويض نتيجة لخطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بالإضافة لضرورة وقوع ضرر للإدارة نتيجة هذا الإخلال.

هذا فضلا عن دور القضاء في رقابة الإدارة في توقيعها للجزاءات بصفة عامة ومراقبة مدى مشروعية هذه الجزاءات لضمان عدم تعسفها أو انحرافها عن أهدافها.¹

2- غرامات التأخير:

وهي عبارة عن مبالغ إجمالية محددة تنص عليها العقود الإدارية كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره، وإخلاله بالتزاماته، وهذا النوع من الجزاءات يرد على جميع العقود الإدارية، وكثيرا ما تلجأ إليه الإدارة كجزاء للتأخير، ولا يشترط لتطبيق الغرامة وقوع الضرر، إذ توقع بمجرد التأخير، أمّا الضرر فهو مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه الغرامة وهو التأخر في التنفيذ.²

أمّا في مصر فقد قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها على أن من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد،³ ولهذا السبب فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر.⁴

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص142.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص165.

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص166.

⁴ - هشام حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية -، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2014، ص13.

وفي العراق فإن الغرامة التأخيرية هي جزء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المدد المتفق عليها، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يفترض الضرر واقعا، ويحق للإدارة ان توقع الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد.¹

وأهم يتضح مما سبق ذكره، فإن القضاء العراقي اتفق مع القضاء المصري بعدم الحاجة إلى إعدار المتعاقد قبل أن توقع جهة الإدارة الغرامة التأخيرية عليه وهذا الأمر بخلاف القضاء الفرنسي الذي أوجب إعدار المتعاقد قبل فرض الغرامة التأخيرية عليه لأن الهدف من الجزاءات في العقود الإدارية هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وليس هدفها معاقبة المتعاقد معها بل يجوز للإدارة إعفاء هذا المتعاقد من غرامة التأخير في حالات معينة.²

أما المشرع الجزائري فقد حول بموجب النصوص القانونية للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد ممارستها في حالتين:

الحالة الأولى: عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه آخذة بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلال تنفيذ الصفقة.

الحالة الثانية: في حالة التنفيذ غير المطابق من خلال إخلال المتعاقد بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الإلتزامات التي تعهد بها مما يتم خضوعه لجزاء مالي متمثل في الغرامة التأخيرية³، حيث يلزم النص في العقد على الغرامة تقييدا للعقد الإداري بمبلغها، فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس أن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع الثبات على أن الإدارة لم يصيبها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ، أمّا إذا نص على مقدار من الغرامة وتضمنت الشروط العامة أو الخاصة مقدارا آخر، فالعبرة بما ورد في العقد لأن إرادة الطرفين قد اتفقت على اعتبار أحكامه أساسا لالتزاماتها⁴ ومن خلال ما سبق، يمكن توضيح أهم خصائص غرامات التأخير:

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 167.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 171.

³ - نبيل أزرابيب، المرجع نفسه، ص 138 و ص 139.

⁴ - مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص 226 و ص 227.

■ اعتبار غرامة التأخير غرامة اتفاقية، من خلال الاتفاق عليها بين جهة الإدارة والمتعاقد عند إبرام العقد، وبالتالي تعد تعويضا جزافيا منصوبا عليها في العقد الإداري من حيث الاستحقاق والقيمة.¹

■ غرامة التأخير توقعها الإدارة دون اللجوء إلى القضاء وهي بذلك تميز عن الشرط الجزائي والغرامة التهديدية في القانون المدني.

■ أنها تستحق بمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته ودون حاجة لإثبات وقوع ضرر الإدارة أو تنبيهه المتعاقد أو حتى إعداره، ذلك أن غرامة التأخير تستهدف أساسا سير المرفق العام وضمان انتظامه.²

3- مصادرة التأمين:

وهو بمثابة ضمان لجهة الإدارة تتوخى به آثار أخطاء المتعاقد وهو بصدد تنفيذ التزاماته، كما يضمن لها مواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.³

وهو عبارة عن جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على التأمينات المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد معها جراء الإخلال بالتزاماته وتملك الإدارة توقيعها بإرادتها المنفردة دون اللجوء أو الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري خصوصا ومن خلال قانون الصفقات العمومية فنجد أنه قد اعترف للمصلحة المتعاقدة بحق مصادرة مبلغ الضمان، وذلك حرصا على ضمان تنفيذ العقد أو الصفقة.⁴

وبالتالي فيتعين على المتعامل المتعاقد تقديم كفالة وضمان لحسن تنفيذ الصفقة وهذا طبقا لما جاء في المادتين 124 وكذا 134 من المرسوم الرئاسي 15-247،⁵ زيادة على كفالة رد التسيقات باستثناء بعض أنواع الصفقات (الدراسات- الخدمات) التي تحدد قائمتها بقرار وزاري

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص144.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص145.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص99.

⁴ - نبيل أزياب، المرجع نفسه، ص142 وص143.

⁵ - أنظر المادتين 124 و134 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني¹، وعليه يحق للإدارة مصادرة كفالة حسن التنفيذ المسلمة لها عند إبرام العقد حتى أسماء المتعامل المتعاقد التنفيذ.²

وحتى تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما، يتعين أولاً وجوده بين يديها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسب التنفيذ، وبه تتميز الصفقة العمومية أيضاً عن سائر العقود المدنية والتجارية.³

أما الفقه والقضاء الفرنسيين فيعد أن شرط مصادرة التأمين بمثابة تقدير للتعويض عن عدم التنفيذ، وبذلك لا تكون الإدارة على حق في طلب أية تعويضات أخرى متميزة عن التأمين الذي أصبح من حقها، ويعتبر هذا الجزاء حق للإدارة دون لجوءها إلى القضاء.

أما في مصر فإن مصادرة التأمين تخضع للأحكام العامة للجزاءات الإدارية، إذ يجوز للإدارة مصادرة التأمين في حالة الإخلال بالالتزام دون حاجة اللجوء للقضاء، ويمكن إقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر، سواء نص في العقد على ذلك أم لا.⁴

وفي العراق فقد أكدت محكمة تمييز على حق الإدارة في مصادرة التأمينات، واستقطاع الغرامة التأخيرية من المبلغ المودع لديها، مجرد تأخر المفاوض في تنفيذ العقد على الوجه المطلوب منه، دون حاجة لإنذار أو لجوء إلى القضاء لأن الضرر مفترض ولا تلزم الإدارة في إثباته.⁵

والهدف من التأمين هو تعويض الإدارة في حالة عدم تنفيذ العقد ومن ثم مصادرة الإدارة لمبلغ التأمين كجزاء ينص عليه في العقد، ويتعلق بتقطير المتعاقد في الوفاء بالتزاماته الواردة في العقد، حتى ولو لم يلحق الإدارة ضرر وهو ينقسم إلى قسمين:

أ- تأمين مؤقت: حيث توجب أحكامه أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدده الجهة الإدارية ضمن شروط الإعلام بما لا يتجاوز 2% من القيمة التقديرية للعقد، ويستبعد كل عطاء لا يكون مصحوباً بهذا المبلغ.⁶

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص 274.

² - بو عمران عادل، المرجع نفسه، ص 195.

³ - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 27.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 175 و 176.

⁵ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 177.

⁶ - محمد أحمد الأرناؤوط، المرجع نفسه، ص 150.

ب-تأمين نهائي: وهو عبارة عن ضمان لجهة الإدارة يؤمنها الأخطار التي قد تصدر من المتعاقد معها.¹

خامسا/-الجزاءات الضاغطة :

وهي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، وذلك لإجباره على التنفيذ والوفاء بالتزاماته، ولا يكون من شأن هذه الجزاءات أن تنهي العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر في التزاماته، ولكنه يظل مسؤولا أمام الإدارة وتتم العملية على حسابه وتحت تصرفه، ولا تهدف هذه الجزاءات إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته، ولكنها تهدف إلى الضغط على المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته، وذلك عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله بهدف ضمان سير المرفق العام من خلال تنفيذ العقد²، وتتخذ وسائل الضغط أو الجزاءات الضاغطة ثلاث (03) صور:

1-وضع المرفق تحت الحراسة في عقود الالتزام:

ويتعلق هذا الإجراء بعقد التزام المرفق العام، ويتم من خلال وضع الإدارة للمرفق تحت الحراسة، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي له، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوب إلى الملتزم.³

ويقصد بهذا الأسلوب إبعاد الملتزم المقصر عن إدارة وإستغلال المرفق محل الالتزام مع قيام الإدارة بإدارته واستغلاله بنفسها، وذلك إذا تبين للإدارة أن الملتزم قد ارتكب مخالفات جسيمة لعقد الامتياز مما يهدد تأدية المرفق لخدماته بانتظام واضطراد سواء توقف جزئيا أو كليا عن تسيير المرفق، وكذا عدم اتباع الملتزم لتعليمات الإدارة الخاصة بكيفية سيره، ولذلك فإن الإدارة تعود إلى الملتزم بعد إنهاء فترة الحراسة وزوال أسباب فرضها، وللملتزم طلب إنهاء فرض الحراسة إذا استعاد قدرته على الإستمرار في استغلال المرفق.⁴

وقرار وضع المرفق تحت الحراسة لا يحتاج إلى النص عليه في العقد أو لجوء الإدارة إلى القضاء، كما لا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الحق في العقد باعتبار أن هذا الحق يتعلق بالنظام

¹ - ذنوب سليمان يونس العباد، المرجع نفسه، ص177.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص154.

³ - مازن ليلو ماضي، المرجع نفسه، ص230.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص183.

العام وهو تنظيم المرفق وضمان استمراره، وتبقى الإدارة هي المسؤول الأول والأخير عن إدارته، مما يبقى لها حق الإشراف والرقابة والتعديل وتوقيع الجزاءات، ويترتب على وضع المرفق تحت الحراسة عدة آثار قانونية، أهمها:

❖ للإدارة الحق في أخذ الأدوات والعدد اللازمة لاستغلال المرفق بصفة مؤقتة، على أن تعيدها فيما بعد بحالة سليمة.

❖ استبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق لحين إنتهاء مدة الحراسة.

❖ التزام الإدارة باستغلال المرفق وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد.¹

أ- الطبيعة القانونية لحق الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة: إن سلطة وضع المرفق تحت الحراسة تعتبر بالضرورة جزء من تنظيم أي مرفق عام يدار بطريق الالتزام، فهو ذات مضمون عام ومجرد، إذ في كل حالة التزام بمرفق عام للإدارة العامة السلطة في ضمان سير المرفق بنحو إيجابي، ووسيلتها في ذلك وضع هذا المرفق تحت الحراسة، وتلك عبارة عن قاعدة تنظيم أساسية تتعلق بالنظام العام، وبذلك لا يمكن للإدارة التنازل عنها، كما لا تستطيع التخلي عن مراقبة هذا المرفق الذي منع التزامه، حتى يتسنى لها حماية جمهور المنتفعين من الملتزم ما يؤدي إلى ضمان المصلحة العامة لهؤلاء الأفراد، ويرى الفقيه "جيز" أن سلطة وضع المرفق تحت الحراسة ذو طبيعة لائحية وليست تعاقدية، حيث يجب عدم الخلط بين هذه السلطة في ذاتها وبين شروط مباشرتها، إذ يمكن للعقد تنظيم هذه الشروط مع فرضها على الإدارة لأجل إتباعها، وهذه القيود التفصيلية يمكن أن تكون من طبيعة عقدية إن لم يكن منصوص عليها بصفة أمرة في قانون أو لائحة، إلا أن تلك الإجراءات العقدية لا يجوز من شأنها تعطيل الإدارة وكأته إلغاء لها، كما يذكر "دي لو بادير" أن وضع المرفق العام تحت الحراسة يجب أن يعتبر جزءا موجودا في عقد الالتزام حتى في حالة عدم النص عليه في دفتر الشروط.

كما يرى "بونارو بولاك" ذات رأي الفقيه "جيز" شأنه في ذلك شأن بعض الفقهاء في مصر باتباعهم نفس الرأي.²

ب- طبيعة الأفعال المبررة لوضع المرفق تحت الحراسة: إن وضع المرفق تحت الحراسة يفترض

فيه وقوع مخالفات جسيمة من الملتزم من شأنها أن تجعل من استمرار وانتظام المرفق العام معرضا

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص156 وص157.

² - عبد المنعم ضوي، المرجع نفسه، ص 180 وص181.

للخطر، ويتحقق ذلك على الأخص في حالة التوقف الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة لعجز الملتزم أو عدم كفايته أو عدم قدرته، وفي هذا الغرض يجب على الإدارة أن تسارع بوضع هذا المرفق تحت إدارتها المباشرة حتى تضمن وتكفل استمراره وتتجنب توقفه.

وخلاصة القول فالوضع تحت الحراسة هو عبارة عن إجراء إداري تملكه الإدارة ويقصد فيه رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المرفق كله أو بعضه في حالة عدم قدرة الملتزم إدارة المرفق بشكل سليم.

2- سحب العمل من المقاول المقصر والتنفيذ على الحساب:

يعرف التنفيذ على الحساب بأنه سحب العمل ووقف المقاول من أداء أعمال المقاوله بموجب كتاب تحريري من جانب الإدارة وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد على مسؤولية وحساب المتعاقد الأول.

وحق الإدارة في ممارسة هذا الجزاء كما يرى كثير من الفقهاء مرتبط بالنظام العام، ولا حاجة للنص عليه في العقد، بينما يرى البعض الآخر أن أطراف العقد إذا إتفقوا على استبعاد الجزاء المذكور فإنه يجب أن تفسر إرادتهم هذه بأن حق الإدارة في تطبيقه يجب ألا يمارس إلا في حالات التقصير الشديد الذي يتعرض فيها المرفق العام للخطر، بحيث يقتصر تطبيق هذا الجزاء المذكور الاتفاق على حالات الخطأ العادي.¹

هذا ومن المهم التفرقة بين سحب العمل من المقاول وبين قيام الإدارة بالاتفاق معه على أن تتجزأ قسماً من المقاوله بنفسها أو بالاستعانة بمقاول آخر، فالمقاول يتحمل النفقات الإدارية في الحالة الأولى ولا يتحملها في الحالة الثانية.²

ويسلم الفقه والقضاء في فرنسا بأن وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة ويفترض وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول، فإذا كانت المخالفة لا ترقى إلى هذه الدرجة وكانت ذات أهمية ثانوية فإنها لا تعتبر مبرراً كافياً لهذا لإجراء الجزائي، وفي هذا الصدد يملك قاضي العقد سلطة تقديرية واسعة قياس مدى خطورة الخطأ وبالتالي مدى صحة الإجراء، ولعل أهم الأسباب التي توجب سحب العمل والتنفيذ على الحساب، نجد:

- ترك الموقع أو وقف الأشغال أو عدم مراعاة التنفيذ.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 188.

² - مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص 233.

- تأخير تنفيذ الأعمال.
 - تواجد المقاول في وضع مالي يمنعه من أداء التزاماته.
 - ترك العمل أو الإنسحاب منه.¹
- هذا وقد استوجبت الشروط ضرورة إعدار المقاول قبل سحب العمل منه وهذا دون الرجوع إلى المحكمة،² كما تترتب آثار قانونية على التنفيذ على الحساب، يذكر منها:
- استبعاد المقاول مؤقتا عن التنفيذ.
 - للإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة التي تنفذ بها الأعمال التي تم سحبها من المقاول المقصر.
 - يتم التنفيذ على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد الأصلي، وبالتالي يتحمل فرق السعر.³

3- الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد:

يرتبط هذا الجزاء في الغالب بعقود التوريد، فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد، تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته وقد جرى العمل على أن تمنح الإدارة للمتعاقد مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار.⁴

ويعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها، ذلك أن الموضوع الصفقة أو العقد صلة وثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق، وتأثر حركته ومردوده، بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة، بل ينبغي الاعتراف لها، ولضمان أداء الخدمة وعدم توقعها باللجوء لشخص آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة، ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن التنفيذ.⁵

سادسا/-الجزاءات الفاسخة :

بالإضافة إلى ما سبق من الجزاءات يمكن للإدارة توقيع جزاء فسخ العقد حال مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ومن ثمّ إنهاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، ويعد هذا الجزاء من

¹- سيف سعيد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص189.

²- محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص161.

³- سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص198 وص199.

⁴- مازن ليلو ماضي، المرجع نفسه، ص233.

⁵- نبيل أزياب، المرجع نفسه، ص150.

أخطر وأشد أنواع الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد، ويتربع الفسخ على قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدية، فإذا فقدت الإدارة الثقة في المتعاقد معها نتيجة تولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي لأجل تحقيقها تم إبرام العقد، ومقتضيات هذه المصلحة تلزم الإدارة على القيام بفسخ العقد حتى ولو لم يرتكب المتعاقد خطأ¹. وتملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء الجسيم بإرادتها المنفردة ولو لم ينطوي العقد على نص يقره، وذلك باعتباره أحد مظاهر وامتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة بصدد تنفيذ تعاقداتها الإدارية، وسلطة الإدارة في توقيع جزاء فسخ التعاقد، يكون الأصل فيها أنها تقديرية، حيث تضطلع بها على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، ومع ذلك فقد يلزمها المشرع بتوقيع الجزاء هذا، فيكون توقيعها وجوبياً تفقد الإدارة حياله كل سلطة لها في التقدير،² وعلى إثر ذلك فالفسخ ينقسم إلى نوعين فسخ وجوبي وفسخ جوازي:

1- الفسخ الجوبي: ويقصد به وجوب حدوث الفسخ من قبل الإدارة العقد في حالة وقوع حالات نص القانون عليها، فالإدارة لا تملك أدنى سلطة تقديرية في ذلك، فيقع الفسخ وفق القضاء في حالة ارتكب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كأن يرفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة إليه، أو يقوم بترك الأشغال ويوقف التسليم، أو يعمل ملاحظة المواعيد المقررة لإنهاء الأشغال العامة التي يقوم بتنفيذها أو يعمل تسليم التوريدات أو حتى الغش في تنفيذ التزاماته التعاقدية.³

2- الفسخ الجوازي: وقد ترك المشرع للإدارة في غير الحالات الوجوبية سلطة تقدير جزاء الفسخ لما تراه مناسباً ومحققاً للمصلحة العامة هذا وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي لتوقيع الإدارة لعقوبة الفسخ وفقاً لسلطتها التقديرية شرطين:

الأول: هو وقوع خطأ جسيماً من جانب المتعاقد مع الإدارة.

الثاني: هو ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص165.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص104.

³ - سيف سعيد المهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص218.

أما في مصر فإن الإعذار لا يكون واجبا في كل الحالات، فهناك بعض الحالات دون البعض الآخر هي التي يتطلب فيها إعدار المتعاقد كحالة عدم قيام صاحب العطاء المقبول أداء التأمين النهائي في المهلة المحددة.

وفي العراق فإن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة العراقية لم تتضمن النص على حق الإدارة في فسخ العقد عند ارتكاب المتعاقد لأخطاء، إلا أن أحكام القانون المدني في بعض مواده تجيز لرب العمل فسخ العقد إذا تأخر المقاول في تنفيذ العقد في المواعيد المحددة وعجزه في الأداء، خلال المهلة التي أعطيت له، أو حالة أدائه بطريقة معيبة وغير متفق عليها في العقد هذا ويترتب على فسخ العقد إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها.

إلا أن الفقه يفرق بين حالتين بشأن تعويض المتعاقد مع الإدارة عند فسخ العقد، وتمثل الحالة الأولى إذا كان الفسخ صادرا عن الإدارة المتعاقدة مباشرة إعمالا لحقها في إنهاء العقد الإداري تأسيسا على أنه لم يعد مفيد للمرفق العام، ويكون المتعاقد في هذه الحالة الالتزام بأوامر الإدارة مع حقه في التعويض الكامل لما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب وربح، وأما الحالة الثانية إذا كان الفسخ بناء على رغبة المتعاقد سواء كان أمام القاضي أو بالاتفاق الودي والتفاهم مع الإدارة المتعاقدة، وذلك بهدف التخلص من الالتزامات التي تحمل بها والتي تفوق إمكانياته، فعلى الرغم من أن الفسخ جاء بناء على طلبه إلا أنه نتيجة تدخل الإدارة بتعديل التزاماته مما أرهاق كاهله وعرقل تنفيذ العقد، وجب تعويضه تعويضا كاملا.¹

هذا وقد أقر المشرع الجزائري هذه السلطة للمصلحة المتعاقدة صراحة، من خلال نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي جاء فيها أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ للصفقة من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعدار وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".²

وما يستنتج من خلال هذا النص، فإن سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية من جانب واحد كجزاء ليست سلطة مطلقة بل يتوجب تطبيقها ما يلي:

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص168 وص169 وص170.

² - أنظر المادة 49 من المرسوم 15-247، السالف الذكر.

- تقصير المتعاقد وعدم تنفيذه لالتزاماته من دون مبرر وجيه.
- إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء لتنفيذ التزاماته مع عدم تدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار، ويقصد بالإعدار إنذار المتعاقد بورقة رسمية يُطلب فيها منه بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في بنود الصفقة، وهو شرط جوهري إذ لا فسخ من دونه، فالإعدار آلية لحماية المتعامل المتعاقد ووسيلة لتنبهه حتى يتم تدارك التأخر الحاصل.¹

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة

يكاد يجمع فقهاء القانون الإداري بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بالإرادة المنفردة على المتعاقد معها المقصر عن أداء التزاماته، حيث بات امتيازاً وعلامة مميزة وفارقة، بل ومسلم بها من جهة الإدارة، حيث تقوم بتوقيعه بنفسها دون الرجوع إلى حكم قضائي. وقد استند الفقه في ذلك على ما تتمتع به الإدارة من الامتيازات والرخص القانونية التي تسمح بها المبادئ العامة للقانون العام بحكم قيامها على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد بغية تحقيق المصلحة العامة للجمهور، وأهم تلك المظاهر والامتيازات، بل وأبرزها التي تتمتع بها الإدارة، هي الرخصة في استخدام وسيلة التنفيذ المباشر ليس في تنفيذ قرارته فقط، وإنما قراراتها أثناء تنفيذ عقودها الإدارية أيضاً.²

ولقد ثار خلاف في الفقه والقضاء، دار خصوصاً حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، حيث ذهب جانب من الفقه إلى الإعتداد بفكرة المرفق العام وما تقتضيه ضرورات سيره باستمرار وذلك بانتظام واضطراد كأساس قانوني، بينما أرجعها البعض الآخر إلى فكرة السلطة العامة ومبرراتها الآمرة، بينما جاء جانب آخر وحل كوسيط توفيق بين الفكرة الأولى والثانية.

هذا وللإشارة، فإن كل الآراء المتنازعة على فكرة الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية، تستند في الواقع إلى أحكام القضاء الإداري، وللحديث أكثر في هذا الموضوع.

وتأسيساً على ذلك، سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث (03) فروع، أتناول في الفرع الأول فكرة السلطة العامة كأساس للسلطة الجزائية للإدارة، وفي الفرع الثاني أتطرق إلى

¹ - بوعمران عادل، المرجع نفسه، ص 197 و 198.

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 119.

فكرة المرفق العام كأساس للسلطة الجزائية للإدارة، أما الفرع الثالث أتناول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس للسلطة الجزائية للإدارة

يرى بعض فقهاء القانون الإداري أن سلطة الإدارة في فرض وتوقيع الجزاءات بنفسها، وذلك من خلال استعمال إمتيازاتها في التنفيذ المباشر إنما يكمن في فكرة السلطة العامة، ودليلهم في ذلك ارتباط العقد الإداري بسير المرفق العام، مما يجعل من هذا العقد يخضع لظروف استثنائية حتى ولو لم يوجد نص على ذلك، لما تمتاز به السلطة العامة من خصائص تحدد الفرق بين العقود الإدارية والعقود المدنية الخاصة.

وقد أكد هذا الطرح الفقيه "دي لوبادير" بقوله أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من جانب الإدارة، وهي ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تبشر في هذا النطاق إمتيازها في التنفيذ المباشر.¹

وإذا ما رجعنا إلى تعريف السلطة العامة فيمكننا القول أنها مجموعة من المظاهر والامتيازات والسلطات والاختصاصات، وكذا مجموعة من الأساليب الفنية ومجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، فهي تجعل الإدارة في موقع أعلى وأسمى درجة، فلا تتساوى مع مراكز الأفراد، وبالتالي تحتم على وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القوانين الأخرى، ففكرة السلطة العامة تحدد مجال التطبيق القانوني.²

وباختصار فهي مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة، وتهدف فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الخاصة الفردية، وهي بالتالي إهدارا لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية.

ويرى أصحاب هذا الإتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المخل والمقصر في أداء التزاماته معها، إنما يكمن في فكرة السلطة العامة، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى وجود ذلك الإرتباط الوثيق بين العقد الإداري والسلطة العامة التي تلعب دورا أساسيا

¹ - نبيل أزراب، المرجع نفسه، ص135.

² - سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص146.

ومحوريا في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد استثنائية، حتى ولو لم يكن منصوفا عليها في العقد، وذلك لما للسلطة العامة من خصائص وامتيازات معينة تتميز بها العقود.

كما أن هذه الجزاءات التي تفرضها الإدارة من تلقاء نفسها على المتعاقد معها، ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، فضلا على ذلك فهي تعتبر تطبيقا وإعمالا لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة في نطاق تنفيذ العقد الإداري، وهو امتياز التنفيذ المباشر.¹

ففي مصر يذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض وتوقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة، فالجزاء الموقع من قبلها على المتعاقد معها، يرجع إلى التقصير في تنفيذ إلتزاماته، وهي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق لامتياز من أبرز وأهم الامتيازات التي تملكها الإدارة في مواجهتها للمتعاقد معها، وهو امتياز التنفيذ المباشر، والدليل في ذلك إرتباط العقد الإداري بسير المرفق العام.²

أما في فرنسا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن العقد الإداري هو تصرف قانوني يتضمن سلطات غير مألوفة، وأن السلطة العامة تظهر بوضوح في هذا المجال خصوصا في القانون الإداري العقدي الذي يحكم تنفيذ العقد.

وتتمثل السلطة هنا بممارسة حق التصرف الإفرادي المعترف به والممنوح لجهة الإدارة المتعاقدة، ويكون ذلك من خلال ثلاثة (03) مظاهر، هي :

* سلطة الإدارة في الرقابة.

* سلطة الإدارة في التعديل.

* سلطة الإدارة في توقيع الجزاء.

وسلطة الإدارة في اتخاذ الجزاء من جانب واحد تعبر عن فكرة أن المتعاقد الآخر قد تحمل على أكتافه بعض الإلتزامات، وأن أي تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه، وهذا في حد ذاته يمكن اعتباره الهدف المطلق الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة عند ممارستها هذه السلطة، سواء استهدفت معاقبته، أو تعويض المخالفات الضارة من المتعاقد معهل، أو أنها تريد إجباره على تنفيذ التزاماته اللازمة وهذا بغية تسيير المرفق العام تسييرا حسنا.

¹ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 120 وص 121.

² - سيف مهدي سعد الدليمي، المرجع نفسه، ص 148.

ومع ذلك فإن الأصالة تكمن في الوجود العام لهذه السلطة، تلك السلطة التي لا تكون محدودة أبداً أو مقتصرة على توقيع الجزاءات التي يمكن النص عليها في العقد، بل توجد حتى في حالة سكوت العقد ومن دون اللجوء إلى القضاء باستثناء إسقاط الالتزام والتعويض.

هذا وقد ذهب الفقيه "فلام" إلى القول أن حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد، يعد امتيازاً أصيلاً للسلطة العامة موجود من تلقاء نفسه لصالح الإدارة، واختصاصاً متعلقاً بالنظام العام.

أما الفقيه "فيدال" فيرى أن ما تملكه الإدارة من امتيازات ومظاهر وسلطات يفرض جزاءات على المتعاقد المقصر والمخل بالتزاماته، وهذا ناتج بقوة القانون المستمد من السلطة العامة.¹

أما في العراق فيذهب بعض فقهاء القانون الإداري إلى القول بفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري، ذلك أن الإدارة لا تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها، فلها الحق في إصدار قرارات تنفيذية في مواجهة المتعاقد معها المقصر في أداء التزاماته، فهي تباشر في هذا النطاق أهم امتيازاتها، وهو امتياز التنفيذ المباشر بوصفها سلطة عامة ذات علو وسمو مع طرفها الثاني المتعاقد معها وهي مقيدة بالصالح العام.²

وتعزز هذا الرأي في الفقه العربي بقول جانب من الفقه، أن السلطة العامة لها خصائصها المميزة لها والتي تظهر بوضوح في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، وهي عبارة عن تطبيق لأهم وأبرز امتيازاتها المتمثلة في امتياز التنفيذ المباشر.³

وخلصة القول، نستنتج أن القضاء الإداري قد ذهب في بعض أحكامه إلى إسناد سلطة الإدارة في فرض وتوقيع الجزاءات في العقود الإدارية على السلطة العامة صاحبة الشأن، إلا أن ذلك قد جاء في بعض الأحكام القليلة، خاصة فيما يتعلق بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري، أما القضاء الإداري العراقي فمن النادر وجود مثل هذه الأحكام فيه، وذلك لإسناده سلطة الإدارة في ذلك وفي أغلب أحكامه على أساس مبدأ دوام سير المرفق العان بانتظام واضطراد.⁴

¹ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص121 وص122.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 151

³ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص121 وص150.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص150.

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس للسلطة الجزائية للإدارة

مما هو متعارف عليه فإن المرفق العام هو نشاط إداري تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به شخص من أشخاص القانون الخاص تحت إشرافها المباشر، وهذا بغية إشباع حاجات عامة وتحقيق المصلحة العامة، كما يعرفه البعض الآخر على أنه نشاط أو مشروع تتولاه السلطة العامة لأداء خدمة عامة.¹

يرتكز تعريف المرفق العام على جانبين، هما الجانب العضوي أو الشكلي، كون المرفق العام عبارة عن جهاز إداري، وهو عبارة عن منظمة عامة من السلطات والاختصاصات التي تكفل القيام بخدمة معينة على منتظم ومضطرد، بينما الجانب الثاني يتمثل في الجانب الموضوعي لنشاط وأهداف المرفق العام عن طريق إشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع، ويمكن تعريفه كونه نشاطا يستهدف تحقيق المصلحة العامة والمتمثلة في إشباع الحاجات العامة.

أما من التعاريف التي تجمع بين الجانبين الشكلي والموضوعي، نجد تعريف "رولان" على أنه: "مشروع ذو نفع عام خاضع للهيمنة أو الإرادة العليا للحكام يهدف إلى إشباع حاجات عامة للجمهور بسبب عدم كفاية أو عدم وجود مشروعات خاصة تحقق هذه الأغراض والذي يخضع لنظام قانوني خاص واستثنائي".

هذا وقد عرفه الدكتور "محمد رفعت عبدالوهاب" على أنه تعبير عن نشاط ضروري لتسيير الحياة الوطنية والاجتماعية، ويكمل سيادته، وبالتالي فإن الفكرة الأساسية للمرفق العام تستوجب تأمين سير هذه المرافق بانتظام واضطراب وبشكل مستمر دون توقف.²

والمرفق العام يتمتع بحقوق وإمprivileges خاصة، وهذا يعني أن السلطة التي يتبعها المرفق تتمتع في إدارته وتسييره بالحق في اللجوء إلى وسائل القانون العام بما يتضمنه من حقوق وامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص، وفي نفس الوقت يمكنها ترك جانب من الوسائل واللجوء إلى إدارة وتسيير المرفق العام بوسائل القانون الخاصة مختارة في ذلك الوقوف مع الأفراد على قدم المساواة، ونجد أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء يذهب إلى القول بأن ما يميز العقد الإداري هو اتصاله بنشاط المرفق العام.³

¹ - عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2004، ص129.

² - محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2005، ص496.

³ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص124.

ويعد الفقيه "جيز" من أبرز المؤيدين لهذه الفكرة، حيث يرى أن السير الحسن والمنتظم باستمرار للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد، ولذلك فمن المهم أن تكون للالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات ردعية وحازمة، عكس القانون الخاص الذي لا يقدم نظاماً ملائماً بالجزاءات المناسبة التي تحتاجها الإدارة في هكذا أمور، لما يتميز به نظام الجزاءات في هذا القانون من ضرورة تدخل القاضي أولاً، واستعماله لسلطته التقديرية في قياس الأفعال، وبالتالي يمكننا القول أن ما يميز هذه الجزاءات يجب أن تتمثل في سلطة الإدارة من خلال إتخاذها مجموعة من الإجراءات على الفور وبالكامل لمواجهة عجز المتعاقد معها، ودون وساطة القاضي تفاد بالتأخيرات، قد تنتج بسبب القاضي ابتداء.¹

ونجد جانب كبير من الفقه الفرنسي يؤيد فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الجزاء، أمثال "جيز" و"لوبادير" وغيرهم، كم ذهب آخرون إلى القول أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند لمصلحة المرفق العام التي تقتضي إنهاء العقود الإدارية التي أصبحت غير ملائمة مع احتياجاته، أو التي أصبحت تشكل عبئاً ثقيلاً عليه.

كما أن جانب من الفقه المصري قد أخذ بذات الفكرة، على أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها قائم على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراب، وبشكل مستمر ودائم دون توقف، لأن ذلك يعتبر مسؤولية الإدارة حتى وإن عهدت إلى غيرها القيام بهذه المسؤولية، فإنه لا يخرج عن كونه مساعداً لها، وهذه الطريقة غير المباشرة في إدارة وتسيير المرفق العام لا تمثل تنازلاً من الإدارة عن إدارة المرفق العام، بل إنها تبقى ضامنة للمرفق ومسؤولة عن إدارتها، حيث تتخذ في سبيل ذلك الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، ومن أهم هذه الإجراءات توقيع الجزاءات عليه لضمان تنفيذ العقد، وهذا الحق لجهة الإدارة هو حق أصيل غير قابل للتنازل عنه وسابق لدفتر الشروط، بهدف سير المرفق العام محل العقد بانتظام واضطراب.²

أما في العراق، فيتجه غالبية فقهاء القانون الإداري إلى اعتبار مبدأ دوام سير المرفق العام هو الأساس القانوني والمبرر لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، حيث يرون أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لا تهدف في الأساس على تقويم الاعوجاج بقدر ما تهدف إلى تحقيق

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 142.

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 126.

التنفيذ للإلتزام الضروري لسير المرفق العام، وهي تتمتع بهذه السلطة سواء وردت في العقد أو لم ترد عليها فيه، ولا يمكن للمتعاقد الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأنها لا تنطبق على العقود الإدارية، أما موقف القضاء العراقي فإن العقود الإدارية بقيت من اختصاص القضاء العادي على الرغم من إنشاء قضاء إداري في العراق، بسبب أن هذا الأخير لم يكن ضمن اختصاصاته النظر في العقود الإدارية، إلا أنه وبالرغم من كل هذه الأسباب فكان في الكثير من أحكامه يسند الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض وتوقيع الجزاءات في العقد الإداري إلى فكرة المرفق العام وضرورة دوام سيره بانتظام واضطراد.¹

الفرع الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع والقضاء الجزائري والمصري والعراقي.

تعد امتيازات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية لم يكن أساسا للتناقضات كما هو الحال في نظرية الجزاءات في العقد الإداري في ظل القضاء والفقهاء المقارن، بل فرضتها الظروف الموضوعية للتطور الاقتصادي والاجتماعي ومتطلبات التنمية في الجزائر²، وتعمد المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها إلى اللجوء إلى إبرام صفقات عمومية بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني. وهذا ما أكدته المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-01. بموجب نص المادة 34، والتي تنص على أنه: "تنجز مخططات المؤسسات الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصد تبادل مواردهم وخدماتهم في إطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليها في المخطط الوطني."³ وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية والمرفق العام في الجزائر حاليا وتحديدا في نص المادة 147 الفقرة 01، والتي فحواها ما يلي: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به."⁴

¹ - سيف سعد الدليمي، المرجع نفسه، ص 145 وص 146.

² - عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المفاوض المتعاقد معه في القانون الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير

في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو-الجزائر، 1990

³ - القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 02، 1988.

⁴ - أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا.

ومن خلال ما سبق تناوله يمكن القول أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية في التشريع الجزائري هو المخطط التنموي بالدرجة الأولى، ثم يأتي العقد أو الصفقة العمومية، واستنادا الى النص الأصلي في المخطط ليؤكدده ويجسد هذه التعليمات في تفصيل وتدقيق هذه الجزاءات في بنوده حتى تصبح واضحة ومعلومة للأطراف المتعاقدة.¹

وبناء على ذلك فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها أن هناك توافق ضم الأساس القانوني بين ما هو وارد في ظل الراجح في نطاق القضاء والفقهاء المقارن، وما هو وارد في نطاق القانون الجزائري، وذلك على أساس أن ضرورات وحاجات المرافق العمومية من إنشاء وسير وتسيير وتنظيم هي جزء من المخططات والبرامج التنموية في الجزائر، وذلك كله بهدف تحقيق المصلحة العامة.

هذا ويمكننا القول أنه لم يستقر القضاء الإداري على فكرة معينة لتبرير سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية إذ يسلم مجلس الدولة المصري بسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة،² حيث قضى بأن: " غرامة التأخير حق الإدارة في توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر ودون حاجة إلى حكم بها إذا أحل المتعاقد بالتزامه قبلها"³ وهذا ما أكدت عليه في حكمها الذي تقرر فيه المحكمة الإدارية العليا المصرية، أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكلًا من المتعاقدين فيه غير متكافئين لتغليب للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذلك حق توقيع جزاءات على متعاقدتها وذلك بإرادتها المنفردة⁴، ولكنها ذكرت في قضاء لاحق لها بتاريخ 28 ديسمبر 1963: " إن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدتها، ومنها فسخ العقد ومصادره التامين وشطب الاسم

¹ - عبد القادر رحال، المرجع نفسه، ص 133 وص 134.

² - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط 1، دار الفكر العربي القاهرة-مصر، 1975، ص 62.

³ - أنظر كذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم 3057 والصادر في 1993/3/2 الذي تذهب فيه "وقد قضى بأن غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتوقيع هذه الغرامات من تلقاء نفسها دون الالتزام بإثبات حصول ضرر" والذي

أشار إليه: حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2002، ص 52

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 25 مايو 1963 س 8 رقم (116) ص 1225.

وهي في هذا لا تستند الى العقد الاداري، بل الى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بما طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة.¹

أما في العراق فنجد بأن القضاء المدني العراقي لم يتطرق للأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها بصورة مباشرة ولكنه في الوقت نفسه أعطى للإدارة سلطة توقيع الجزاء الذي تراه مناسبا على المتعاقد معها، حتى وإن لم ينص عليه في العقد ومن دون اللجوء الى القضاء لتقريره من أجل تحقيق المصلحة العامة التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها عند إبرام العقد الإداري وتخضع الإدارة في الوقت نفسه لرقابة القضاء من حيث التحقق من مدى جسامه الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد والجزاء الذي تفرضه الإدارة على ذلك الخطأ.²

من استعراضنا لموقف الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لسلطة فرض الجزاءات في نطاق العقود الإدارية يتبين لنا بأن الفقه والقضاء رغم اتفاقهما على وجود هذه السلطة خارج نصوص العقد ودون اللجوء إلى القضاء لتقريرها، ولكنهما لم يتفقا على فكرة محددة لتبرير هذه السلطة، ورأينا أن معظمهم يذهب إلى أن تحديد الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات في العقود الإدارية يرجع إلى تحديد أساس القانون وما إذا كان هذا القانون يفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة. فنحن نميل إلى الرأي الذي جاء به "الدكتور عبد المجيد فياض" الذي يذهب إلى أن فكرة السلطة العامة لا تعد أساسا قانونيا صالحا لسلطة فرض الجزاءات وذلك لأن السلطة العامة هي وسيلة لتوفير الخدمات إلى الأفراد عن طريق المرافق العامة، لذلك لا يجب أن تكون سلطة قانونية في ذاتها، والعقد الإداري في الوقت نفسه ليس عملا من أعمال السلطة العامة بل يعتبر كعقد للقانون الخاص، فلا يعد أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات عقدية، ونحن بدورنا نسلم بهذا الرأي لأن استمرار وانتظام المرافق العامة يتطلب وجود جزاءات تفرض على المتعاقد الذي يتخلف في تنفيذ التزامه بشكل يعرقل سير هذه المرافق وهذا يقودنا إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في سير المرافق العامة بانتظام وإطراد

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 1963، الذي أشار إليه: عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ط1،

دار الفكر العربي القاهرة-مصر، 1975، ص63

² - محمد عبد الله الدليمي، سلطة الادارة في اهاء عقودها الادارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد-العراق، 1983،

ص62.

حيث سلطتها بهذا الخصوص سلطة تقديرية ومقيدة في آن واحد بان يكون تصرفها بقصد تحقيق الصالح العام.¹

وخلاصة القول، فإن فكرة السلطة العامة يصعب قبولها حتى في ثوبها الجديد الذي يعرضه الإتجاه الفقهي المؤيد له، إذ أنها تقف عند الوسيلة من دون الاهتمام بالغاية، فضلا عما تقيته من فرص لاستبداد الإدارة إعتقادا على السلطة والتعسف في استعمالها، وعلى ضوء ذلك يمكن الجزم على أن السلطة العامة لا يجب أن تكون سلطة قانونية في ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق الخدمات التي تؤديها الدولة للأفراد عن طريق المرافق العامة، وبذلك فهي مقيدة بهدف المرفق العام الذي يسبغ على تصرفاته طابع الشرعية.²

المطلب الثالث: القيود والضوابط الواردة على سلطة توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

إذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإنها تملك أن توقع عليه جزاءات مختلفة وهي لا تستمد سلطتها في فرض هذه الجزاءات من نصوص العقد الإداري بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها، فالإدارة العامة بحكم تمتعها بمظاهر السلطة الآمرة وبحسب مسؤوليتها عن حسن وانتظام سير المرافق العامة وذلك تحقيقا للمصلحة العامة، فإنها تتمتع بكثير من الامتيازات والرخص القانونية التي أجازها القانون العام ولا نظير لها في القانون الخاص، ومن هذه الامتيازات المقررة للإدارة سلطة العمل والتقرير من جانب واحد، أي أن للإدارة السلطة في أن تؤكد حقوقها عن طريق اتخاذ تصرفات قانونية ملزمة للخاضعين لها، وبما أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فإنه ولا بد من أن تكون لهذه السلطة شروط تنظمها وتحكمها فإنه ومن غير الممكن أن تكون سلطتها مطلقة بشكل كامل من دون أن تكون هناك ضوابط وقيود لذلك، لأن هذا الأمر يعتبر ضمانا من ضمانات المتعاقد معها في مواجهة سلطة الإدارة وعدم تعسفها في استعمال حقها أمام المتعاقد معها، وعليه، فما هي أهم القيود والضوابط الواردة على سلطة توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقود الإدارية ؟

ومن هذا المنطلق يمكننا دراسة هذه الجزئية من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين (02)، أخصص الفرع الأول لدراسة شروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات على

¹ - حسان عبد السميع هاشم، المرجع نفسه، ص 53

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص 128.

المتعاقدين معها، أما الفرع الثاني فسوف أتناول فيه الضمانات الواجب توافرها للإدارة لسلطانها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها.¹

الفرع الأول: شروط استخدام الإدارة لسلطانها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

إن حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها لا يعني بأي حال من الأحوال ممارسته بشكل مطلق فهو مقيد بعدة قيود، وعليه فالإدارة لا تستطيع فرض الجزاءات متى تشاء ومن هنا لا بد من وضع شروط تقيد سلطة الإدارة وفي الوقت ذاته تحقق ضمانات للمتعاقد معها وهي شروط متعلقة بالمتعاقد مع الإدارة يجب أن تتوفر لكي تستطيع الإدارة أن تفرض عليه هذه الجزاءات، ولكي تستطيع الإدارة استعمال سلطانها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها يجب أن يصدر من المتعاقد خطأ في الالتزامات الموكلة له بموجب العقد الإداري، وصور الخطأ متنوعة ومتعددة يمكننا ذكر أهم حالاته التي تستوجب تطبيق الجزاء على المتعاقد كمايلي :

أولا/- إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته:

لا تستطيع الإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد معها إلا إذا أحل بشروط العقد ونقصد بإخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته المالية ارتكابه خطأ معين يوجب تطبيق الجزاء، والقاعدة العامة والمسلم بها توجب أن لا يجازى المتعاقد مع الإدارة إلا بسبب ما ينسب إليه من خطأ وهذه القاعدة العامة ومطلقة لا ترد عليها استثناءات حيث لا جزاء بدون خطأ، والخطأ العقدي هو عبارة عن إخلال بأحد الالتزامات المدرجة في العقد أو الناتجة عنه ومفهوم الخطأ في القانون الإداري مشابه لمفهومه في القانون الخاص، والاختلاف بينهما يكمن بمعيار عام فالخطأ في العقد الإداري يتصف بجسامة معينة يؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام، وإخلال المتعاقد بالتزاماته يتمثل بتقصيره أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته أو بتفاسه بتنفيذها أو بقيامه بتنفيذها بوجه غير مرض أو تنازله لغيره في تنفيذها بدون موافقة الإدارة، وعندما يقصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته يكون للإدارة الحق في فرض الجزاءات عليه وهي لا تهدف إلى تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بل تهدف أساسا إلى ضمان سير المرافق العامة، وكذا عدم التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا، حيث أن هناك قاعدة عامة تسود العقود الإدارية تتجلى في أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا ويرجع ذلك إلى أن الإدارة تهتم بشخصية المتعاقد وتوليها عناية فائقة فيتعاقد معه على أساس قدرته المالية،

¹ - by purchasing novaPDF printer -<http://www.novapdf.com>.

والفنية وحسن سمعته، وأساس هذه القاعدة هو إتصال العقد بالمرفق العام والقضاء الإداري كما يرى الفقيه "جيز jeze" يتطلب أعمال هذه القاعدة بعناية فائقة في عقود الإمتياز، نظرا لسيطرة الملتزم على المرفق الذي يقوم بإدارته، وهذه القاعدة السابقة تؤدي إلى نتيجتين مهمتين، النتيجة الأولى تتعلق بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن وبالتنازل عن العقد قيام التعاقد بإحلال غيره محله في تنفيذ إلتزاماته المنصوص عليها في العقد، أي قيام الغير الذي حل محل التعاقد الأصلي بتنفيذ العقد كليا ويقصد بالتعاقد من الباطن اتفاق التعاقد الأصلي مع الغير لكي يقوم بتنفيذ جزء من محل العقد وفي حال قيام التعاقد بالتنازل عن العقد فإن تصرفه يعد غير جائز إلا في حالة حصوله على موافقة جهة الإدارة مسبقا، ويترتب عن التنازل عن العقد عدة نتائج من أبرزها أن التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة لا يعتد به ويبقى التعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ التزاماته المالية كما يسمح للإدارة بتوقيع أقصى الجزاءات عليه باعتباره إرتكب خطأ في تنفيذ العقد، أما التنازل عن العقد الموافق عليه من الإدارة يؤدي إلى حلول التنازل إليه محل التعاقد الأصلي ويعد التنازل إليه مسؤولا عن تنفيذ العقد أمام الإدارة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أن التعاقد من الباطن قد مر بمرحلتين الأولى قبل 1975 حيث لم يكن يسمح بالتعاقد من الباطن إلا بموافقة الإدارة مسبقا، وفي المرحلة الثانية أصبح المبدأ هو حرية التعاقد من الباطن شرط أن يحصل التعاقد على الموافقة اللاحقة لا المسبقة ويترتب عليه أمران الأول تبقى العلاقة بين التعاقد الأصلي والتعاقد الثانوي قائمة ويستطيع التعاقد الثانوي الدفع ببطلان العقد ويطالب بحقوقه كاملة عند عدم موافقة الإدارة اللاحقة،¹ أما الأمر الثاني فيكون التعاقد الأصلي المسؤول الوحيد عن التنفيذ في حالة موافقة الإدارة على التعاقد إلا إذا ورد نص بخلاف ذلك، أما النتيجة الثانية فتتعلق بمسألة وفاة التعاقد أو إفلاسه، ففي الأصل نجد أن وفاة التعاقد لا تنهي التزامه بتنفيذ العقد إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك أو كانت نتيجة ضرورية لتنفيذ العقد أو كان الورثة غير قادرين على تنفيذ العقد، هذا بالنسبة لوفاة التعاقد، أما عن إفلاس التعاقد فمجلس الدولة الفرنسي أقر بالرجوع إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد وإذ لم يجد فيها حلا فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس بذاته إلى إنهاء العقد وإنما يكون للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك وبالتالي

¹ - <http://www.novapdf.com>

فالإفلاس لا يؤدي بذاته لإنهاء العقد بقوة القانون ولكنه يكون سببا في تمكين الإدارة من الفسخ ولكن المشرع أقر في المادة 27 من القانون المناقصات والمزايدات أن يكون الفسخ إجباريا في حالة إفلاس المتعاقد.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه اعتبر أن الإفلاس أو التصفية سبب لعدم المشاركة والإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية حسب ما جاء في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السابق الملغى،² وأيضا ما جاء في القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتضمن كيفية الإقصاء من المشاركات في الصفقات العمومية،³ دون التعرض لحالة إفلاس أو وفاة المتعاقد أثناء فترة تنفيذ العقد الإداري.

ثانيا/- عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة:

عادة ما يكون العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد محددًا بفترة زمنية معينة لذا يتطلب من المتعاقد أن يحترم المدة المنصوص عليها في العقد ، وفي حال خلو العقد أو دفتر الشروط من النص على فترة زمنية معينة يلتزم المتعاقد بإنجاز العمل المطلوب ضمن مدة معقولة حسبما تقتضيه طبيعة العقد والنية المشتركة للطرفين ، فإذا امتنع عن ذلك فللإدارة حق توقيع الجزاءات المناسبة عليه بسبب خطئه هذا وتبدأ مدة التنفيذ من التاريخ المحدد بالعقد إذ لم ينص العقد على تاريخ محدد للبدء في التنفيذ فتحسب من تاريخ إعلانه بموجب الأمر المصلي، أما في عقود الأشغال فتبدأ مدة التنفيذ من تاريخ التصديق على العقد من قبل السلطة المختصة، وتحمل الإدارة المسؤولية الكاملة إذا امتنعت عن إصدار الأمر المصلي ببدء التنفيذ ضمن المدة المعقولة ، وتلتزم بتعويض المتعاقد عن الخسائر التي تحملها بسبب ذلك، فما جرت عليه العادة بأن مدة الإنجاز تكون محددة ضمن بنود الصيغة من خلال مادة تتضمن مدة الإنجاز.

ثالثا/- عدم التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام:

إن المتعاقد مع الإدارة يعد شريكا أساسيا في ضمان تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراد وبموجب ذلك لا يجوز له الدفع بعدم التنفيذ أو التوقف عن التنفيذ ما دام لا يوجد ما يصوغ امتناعه عن التنفيذ، وما دام بإمكانه أن يرجع على الإدارة بالتعويض إذ كان له وجه حق وبهذا

¹ - أنظر المادة 27 من قانون المناقصات والمزايدات الفرنسي، المذكور آنفا.

² - أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-23 السابق الملغى، المذكور آنفا.

³ - أنظر في القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتضمن كيفية الإقصاء من المشاركات في الصفقات العمومية.

الخصوص أكد مجلس الدولة الفرنسي التزام المتعاقد بتأمين سير المرفق العام بانتظام وعدم قبوله الدفع بعدم التنفيذ باستثناء حالة القوة القاهرة وبشرط أن يبذل كل ما في وسعه لضمان استمرارية المرفق العام وفي حالة تقصيره يعد مرتكباً لخطأ جسيم يستوجب تطبيق الجزاء عليه، وعلى هذا الأساس فإن عدم التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام يعد خطأ من قبله، واجب تطبيق الجزاء بحقه.

أما الشروط المتعلقة بالإدارة يقع على عاتق الإدارة عند مباشرة سلطتها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها أن تلتزم بشروط قبل ممارسة حقها في ذلك وتمثل فيما يلي :

1- إنذار المتعاقد :

إن القاعدة العامة التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي توجب على الإدارة ضرورة إنذار المتعاقد قبل فرض الجزاء بحقه وهذا مسلم به بالنسبة لبعض الجزاءات مثل جزاء غرامة التأخير وإعذار المتعاقد مع الإدارة في حال اقترافه لخطأ ما يعد ضرورة لا غنى عنها كونه ينبه المتعاقد إلى ضرورة تفادي الخطأ ويجعله ينفذ إلتزاماته التعاقدية على أحسن وجه مما يمكن مما يخدم حسن سير المرفق العام ولكن لهذه القاعدة استثناءات ولعل من أبرزها وجود نص في العقد يسمح للإدارة بفرض الجزاء دون سابق إنذار، وجود ظروف خاصة كما هو الحال عندما يعطى ملحق العقد للمتعاقد مهلة إضافية، فيعد الملحق نوعان من الإنذار، وتعفى الإدارة من توجيه الإنذار وفقاً لطبيعة العقد كما هو الحال في عقود التوريد المواد لوحدات من الجيش وهناك رأياً في فقه القانون الإداري المصري يذهب إلى القول بأن نصوص القانون المدني المتعلقة بالاعذار يجب إعمالها في دائرة جزاءات العقود الإدارية باعتبار أنها قواعد عامة، هو الأمر الذي سنتطرق له بجانب من التفصيل من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب

2- حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه:

إن حق الدفاع يعد بمقتضى شرط أساسي تنقيد به الإدارة قبل فرض أي جزاء على المتعاقد معها ومن ثم يعد من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد، وينبع مبدأ حق الدفاع من فلسفة مؤداها رفض توقيع الجزاء ما لم يسبقه تحقيق، وبالتالي يضمن هذا المبدأ للمتعاقد المخطئ الرد على التهم الموجهة إليه وإثبات ذلك بشتى طرق الإثبات من شهود أو وثائق أو مستندات أو ردود شفهوية، وفي الوقت ذاته ينبغي على الإدارة أن تبين للمتعاقد معها الأخطاء المنسوبة إليه، وإذا

تجاهلت ذلك عد الجزاء باطلا، ولحق الدفاع حدود معينة، فإذا تم تحديد فترة زمنية معينة للمتعاقد فعليه أن يدافع عن نفسه خلالها، وإذا لم يتم بذلك فإن حقه يسقط، وإذا رفض الدفاع عن نفسه فإنه يكون قد تنازل عن حقه بما جاز للإدارة أن تفرض عليه الجزاء المناسب دون دفاع، وهذا الحق يعد نقطة توازن بين مصالح المتعاقد وبين حسن سير المرفق العام.

3-إحترام مبدأ الشرعية: بما أن للإدارة الحق في فرض الجزاءات ومن تلقاء نفسها ودونما حاجة للجوء إلى القضاء، وما دام للإدارة هذا الحق الخطير فإن احترام مبدأ الشرعية يوجب خضوع جهة الإدارة بعد أن تفرض الجزاء على المتعاقد معها، لرقابة لاحقة من قبل القضاء الإداري وهذه الرقابة تعد بمرتبة ضمانات تحمي المتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال حقها، والجدير بالقول أن رقابة القضاء الإداري تعد من قبل القضاء الكامل، فجميع المنازعات التي تتعلق بالجزاء ينظر فيها قاضي العقد فتمتد رقابته إلى رقابة مشروعية القرار سواء من حيث الشكل أو مخالفة القانون أو الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة وتشمل كذلك رقابة ملائمة القرار، فتبحث في إثبات الجزاء ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ المرتكب.

الفرع الثاني: الضمانات الواجب توافرها للإدارة لسلطانها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها.

تمنح الإدارة مجموعة من الإمتيازات مع المتعاقد معها لأجل ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، من خلال فرض أنواع مختلفة من الجزاءات على المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا يتم إلا بوجود مجموعة من الضمانات لا بد من تحقيقها قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فالأمر يختلف بالنسبة لما توقعه من مقدار الجزاء، حيث تخضع الجهة الإدارية في ذلك لرقابة القضاء الإداري¹

وتتمثل هذه الضمانات في :

أولا-الإعذار السابق لتوقيع الجزاء:

الإعذار هو وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء المقابل لذلك الإخلال إذا لم يتم المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته في

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص248.

وقت يحدده الإعدار، وليس لهذا الإعدار شكل محدد، وإن كان الغالب أن يتم إرساله للمتعاقد بخطاب مسجل بعلم الوصول على عنوانه المحدد في العقد، ولصحة الإعدار لا بد من القيام فور الإخلال بالوفاء بالالتزام التعاقدية، مع ضرورة تضمينه تكليف صريح وجازم بالتنفيذ، إضافة إلى ضرورة توضيح هذا الجزاء المزمع توقيعه في حالة عدم الوفاء بالالتزام على النحو الوارد في العقد مع منح المتعاقد أجلا لذلك.¹

ويتعين على الإدارة إنذار المتعاقد المخطئ وتنبهه لذلك قبل توقيع الجزاء عليه، لا سيما في حالة التأخير وفرض الغرامة أو الإخلال المؤدي إلى فسخ العقد، وليس للإعدار شكل محدد، كما أن الإدارة غير ملزمة بتذكير المتعاقد معها بكافة تفاصيل التزاماته المقصر في الوفاء بها، كما يجوز للإدارة العدول عن الإنذار بعد توجيهه ولا يقيدها ذلك من إعادة توجيه الإنذار مرة أخرى إذا أرادت العودة إلى التمسك بالخطأ المنسوب للمتعاقد، وكل ما يشترط في عدول الإدارة عن الإنذار، أن يكون العدول صريحا ونتيجة موقف إيجابي من الإدارة، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد التراخي أو مرور وقت طويل بين الإعدار وبين توقيع الجزاء وحول ضرورة الإنذار أو الإعدار الصادر عن الإدارة إلى المتعاقد عن إخلاله بتنفيذ عقده، وبالتالي فمسألة الإعدار ومدى ضروريته مرهونة بمشيئة الإدارة وبقدر ما يحققه توجيه الإعدار أو عدم توجيهه للمصلحة العامة، والهدف من الإعدار هو عدم مفاجأة المتعاقد مع الإدارة بالجزاءات، وهذا من شأنه أن يبطل المتعاقد إخلاله بينود العقد بنتائج إيجابية وذلك خلال فترة وجيزة ما بين إنذاره وبين توقيع الجزاء، وهذا يعتبر في حد ذاته أفضل للإدارة، وكذا لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراب، خاصة إذا علمنا أن الجزاء الذي قد يلي الإنذار هو فسخ العقد²

للإعدار أهمية خاصة بالنسبة للمتعاقد والإدارة المتعاقدة على حد سواء، فقد يثني المتعاقد عن الاستمرار في الإخلال بالتزامه التعاقدية تحت تأثير علمه بجسامة الجزاء الوارد ذكره بالإعدار، الأمر الذي تتحقق معه مصلحة الإدارة من خلال تنفيذ العقد على نحو ما ينبغي.

وعلى الرغم من ذلك فلم يجعل المشرع المصري إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه وجوبيا في جميع الحالات، لذلك فقد ذهب بعض الفقه في هذا الشأن إلى تأكيد ضرورة الإعدار باعتباره من

¹ - عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 111.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 250 و 251.

القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، حيث أن الإعفاء من تلك الضمانة لا يتقرر إلا بنص لإرتباط هذا الإجراء بالقواعد العامة للعقود الإدارية.¹

وعلى هذا الأساس ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول أنه يتعين على الإدارة إن هي رأت توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ التزاماته أن تقوم بإعذاره لضرورة تنفيذه هذه الالتزامات وذلك ما لم يتضمن العقد نصا صريحا بإعفائها من هذا الإعذار.²

وعلى الرغم من أهمية الإعذار باعتباره ضمانة تم تقريرها لمصلحة المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء، إلا أن هذا الجزاء يعد صحيحا ولو لم يسبقه إعذار إذا ورد النص على ذلك في العقد، أو كانت الضرورة تستوجب سرعة توقيع الجزاء، الأمر الذي يتعارض مع الإعذار ويخضع تقدير الإدارة لتوافر تلك الضرورة لرقابة القضاء، وتعفى من إعذار المتعاقد معها، قبل توقيع الجزاء عليه إذا ما أصبح هذا الإعذار غير مجدي في تحقيق غايته من إعادة المتعاقد للوفاء بالتزاماته التعاقدية.³

ثانيا- التأكد من أن الجزاء غير مشوب بالتعسف:

على الإدارة إصدار الجزاء غير المشوب بالتعسف اتجاه المتعاقد معها، وإلا جاز لهذا الأخير التظلم أمام القضاء من هذا الجزاء المتعسف فيه، أو قيامه على سبب من غير الواقع أو القانون، أو من تعسف الإدارة وجنوحها عن المصلحة العامة، ويملك القاضي الإداري بشأن منازعات العقود سلطات القضاء الكامل، فهو لا يكتفي عند حد رقابة المشروعية للقرارات الجزائية، بل تعدها من خلال بحث ملائمتها، ويحكم القاضي بإلغاء القرار غير المشروع والتعويض عنه إن كان هناك مقتضى لذلك، إلا أنه وبالرغم من هذا هناك صدور بعض الجزاءات التهديدية والتي تمثل وسائل ضغط على المتعاقد المخل والمخالف لالتزاماته، كالتنفيذ على حسابه أو وضع المشروع تحت الحراسة أو حتى الشراء على حسابه، كنا قد تطرقنا إليها فيما سبق، وهي عبارة عن أمور لا يملك القاضي حيالها إلا الحكم بالنعويض فقط ولصالح المتعاقد متى أساءت الإدارة تطبيقها.

ففي فرنسا مهما كانت مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن أن يصل إلى حد توقيع الجزاءات الجنائية، حتى ولو كان إخلاله بالتزاماته يشكل جريمة،

¹ - عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 112.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 251.

³ - عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 113.

وحتى الإدارة لا يمكنها استعمال سلطتها اللاتحجية خارج مجال سلطتها العامة كسلطة الضبط الإداري، لضمان تنفيذ العقود الإدارية عن طريق النص على عقوبة جنائية. أما في العراق فللمتعاقدين مع الإدارة كامل الحق في الطعن أمام القضاء في إجراءات الإدارة عند توقيع الغرامة، حيث يكون مدعيها عليه عبئ الإثبات، وعليه يمكننا القول أن هذا الأمر في حالة تعسف الإدارة وتجاوزها في استعمال سلطتها بشكل مخالف، فعلى المتعاقد اللجوء إلى القضاء وله كامل الحق في ذلك.¹

ثالثاً- توقيع الجزاءات عن طريق سلطة مختصة:

تتصل الجزاءات التعاقدية بتنفيذ العقد الإداري، وعليه فجهة الاختصاص المنوط بها توقيعها هي السلطة المختصة بإبرام العقد المتمثلة في جهة الإدارة، ولا يجوز للسلطة المختصة تفويض اختصاصها في هذا الشأن إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه، ومن هذا المنطلق يقع باطلاً كل جزاء تعاقدي موقع من غير السلطة المختصة أو موقع بناء على تفويض لغير السلطة التي تدنوا في تدرج السلم الوظيفي للسلطة المختصة مباشرة.²

يعتبر هذا الجزاء من المبادئ العامة سواء في فرنسا مصر أو العراق، فأى عمل قانوني صادر عن غير السلطة المختصة والمعنية بالأمر فيعد أمر مشروع.

رابعاً-تسبب قرار الجزاء: يرى بعض الفقه على أنه لا بد من جهة الإدارة أن تقوم بتسبب قراراتها في حالة قيامها بفرض الجزاء حتى يسهل على القضاء الرقابة على السلطة في فرض الجزاءات والتأكد من أنها غير مشوبة بالتعسف واستعمال سلطات غير مشروعة اتجاه المتعاقد معها، وفي هذا المقام تم صدور في فرنسا قانون 11 جويلية 1979 المتعلق بتسبب قرارات الإدارة، حيث أصبحت الإدارة بموجبه ملزمة بتسبب قرار الجزاءات الصادرة ضد المتعاقدين معها.³ ويذهب الفقه على سريان هذا القانون على قرارات الجزاءات التعاقدية أياً كانت وبجميع أنواعها، فالرقابة القضائية على مشروعية هذا القرار يحمل الإدارة بل ويفرض عليها التروي في إصداره مخافة انعقاد مسؤوليتها في حال ثبوت عدم مشروعيتها.⁴

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص248 وص249.

² - عبدالعزیز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص114.

³ - أنظر قانون 11 جويلية 1979 المتعلق بتسبب قرارات الإدارة بفرنسا.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص253.

وبالرغم من ذلك فقد ألقى المشرع المصري على الإدارة التزاما بتسيب قرارات الجزاءات التأديبية، إلا أنه لم يلقى عليها ذات الالتزام بالنسبة للجزاءات التعاقدية رغم اتحاد علة التسيب في كل منهما، الأمر الذي قد يفتح للإدارة بابا لا يوصف للعصف بحقوق المتعاقد معها. أما في العراق فهذا الأمر يعد من الأمور الواجبة، حيث يجب على جهة الإدارة تسيب قراراتها عندما

تصدر جزا على المتعاقد معها، حتى يتسنى لها تحقيق أمرين، الأمر الأول هو رقابة القضاء على هذه السلطة، والأمر الثاني حتى يمكن للمتعاقد مع جهة الإدارة ضمان حقه بعدم تعسف الإدارة تجاهه واستعمال سلطات غير مشروعة تعصف بحقوقه.¹

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص254.

المبحث الثاني: الخصائص المشتركة للجزاءات وأوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.

إن لسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية عدة مميزات وخصائص، وهي عبارة عن خصائص مشتركة وعامة لجميع أنواع الجزاءات العقدية ويدخل ضمنها الجزاءات المالية وأيضا الجزاءات غير المالية التي هي أيضا تتميز بهذه الخصائص باعتبارها جزء لا يتجزأ منها، كما يوجد هناك تقارب بينهما في المضمون إذ أنه من بين هذه الخصائص التي تميز هذه السلطة ما يعتبر اثراء لمضمون الحدود التي يجب على الإدارة احترامها قبل توقيع هذه الجزاءات على المتعاقد معها كخضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء وضرورة إعداد المتعاقد قبل توقيع العقوبة عليه والتي تعتبر ضمانا للمتعاقد من تعسف الإدارة، فمن المسلم به أن رقابة القضاء على فرص الجزاءات هي من قبيل القضاء الكامل والجزاءات الإدارية تكون غير مشروعة من ناحيتين، الأولى شكلية والثانية موضوعية.

ولقد استقر الفقه والقضاء الإداري على صياغة نظرية مستقلة بنظام الجزاءات في العقد الإداري لها مقوماتها التي تنبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة ووجوب سيرها بانتظام ونجد في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 17 جوان 1957 الذي ورد فيه " أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في واقع الأمر تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك." وعلى هذا الأساس يمكننا طرح الإشكالية التالية: ماهي أهم الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية؟ وماهي أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات؟ وماهي أهم مواقف الفقه منها؟

ومن هذا المنطلق وإجابة على هذه التساؤلات، يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين (02)، على النحو التالي :

المطلب الأول: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية.

المطلب الثاني: أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وموقف الفقه منها.

المطلب الأول: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية

تتمتع الإدارة بحرية التصرف، حيث تستطيع توقيع الجزاءات بنفسها، دون حاجته اللجوء إلى القضاء مقدما، كما هو الحال في القانون الخاص إلا أنه يخضع لرقابة القضاء اللاحقة، وهذا الحق يغطي جميع أنواع الجزاءات التي توقع المتعاقد المخل والمقصر بالتزاماته التعاقدية كقاعدة عامة، وتتميز الجزاءات في العقود الإدارية عن نظيرتها في الموقعة في عقود القانون المدني بأنها أشد منها.¹ إلا أن الإدارة ليست حرة على الإطلاق، بل تخضع في ممارسة سلطتها هذه إلى قيود وضوابط، أهمها ضرورة إعدار المتعاقد وخضوعها للرقابة القضائية.² فالجزاءات التي تملأ الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها الممتنع أو المقصر في الوفاء بالتزامه التعاقدية

لها سمات خاصة تعكس مدى ما تتمتع به من امتيازات في مجال تنفيذ العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة.³

وسنبين الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية، التي تتجسد من خلال تقسيم هذا المطلب إلى سبعة (07) فروع، أتطرق في الفرع الأول إلى حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها، وفي الفرع الثاني إلى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات دون حاجتها النص في العقد، وفي الفرع الثالث إلى خضوع الإدارة لرقابة القضاء أثناء توقيع جزاءاتها، أما الفرع الرابع فسوف أتناول حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب في توقيع الجزاءات، وفي الفرع الخامس أقوم بدراسة ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة، وكذا أتطرق إلى جواز الجمع بين عدة جزاءات من خلال الفرع السادس، وأخيرا في الفرع السابع أتناول فرض جزاءات تعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر من قبل الإدارة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها

للإدارة أن توقع بنفسها أغلب الجزاءات على المتعاقد معها المخل أو المقصر بالتزاماته دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، مانعة في ذلك من تعرض المصلحة العامة للضرر في حال توقفها، فإذا كان الحكم بالجزاءات المنصوص عليها في مجال

¹ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص108.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص124.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص67.

عقود القانون الخاص تستلزم استصدار حكم قضائي بسبب إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد، فإنّ هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها في العقود الإدارية، لما يتطلب في ذلك من وقت طويل وإجراءات معقدة، لا تتناسب مع مقتضيات المرفق العام التي ترم بشأنها العقود الإدارية مما يستوجب منح الإدارة لنفسها حق استعمال سلطة توقيع الجزاءات، لأنّ اللجوء إلى القضاء يزيد من تعقيد في الإجراءات ويعطل حس سير المرفق العام.¹

فالإدارة تمتلك هذا الحق تلقائياً بمجرد ثبوت المخالفة لديها وإن كان قرارها في هذا الصدد خاضعا للرقابة القضائية، من حيث وجود سبب قائم يبرره إتخاذها من قبل الإدارة، لضمان خلوها من الانحراف والغلو في السلطة.²

ويؤكد القضاء الإداري من جانبه أيضا على الطبيعة الإدارية لهذه الجزاءات، إذ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها قائلة: " أن توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان إستمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة... ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار الحكم من القضاء."³

ولا تستند الإدارة في توقيعها الجزاءات إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وعملا بالأصول والقواعد العامة التي تقتضيها طبيعة العقود الإدارية والمرتكزة أساسا على فكرة حسن انتظام واضطراد المرافق العامة.⁴

ويستثني مجلس الدولة الفرنسي عقوبة واحدة من العقوبات، وهي عقوبة إسقاط الالتزام، فيجعل توقيعها للقضاء، أي لا يجوز توقيعها إلاّ بحكم قضائي، أما مجلس الدولة المصري فقد خالف نظيره الفرنسي في هذا الرأي وأقرّ للإدارة حق توقيع عقوبة إسقاط الالتزام بدون حاجة اللجوء للقضاء أما في العراق فقد اتجه بنفس رأي مجلس الدولة المصري وذلك على ضوء ما حصل في إلغاء امتياز الكثير من الشركات دون الرجوع إلى القضاء، مع إبداء مرونة في بعض النواحي كإجراء تحكيم بين الطرفين غير أنّ ذلك التحكيم يكون بعد إسقاط الالتزام وليس قبله وبالتالي فممارسة

¹ - نبيل أزياب، المرجع نفسه، ص 131.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص 124.

³ - أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 1109 .. 8 قضائية، بتاريخ 1963/12/28، السنة التاسعة، العدد الأول، من أول أكتوبر 1963، إلى آخر يناير 1964، مؤسسة أخبار اليوم، 1965، ص 334.

⁴ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 148.

جهة الإدارة لهذا الحق دون الذهاب إلى القضاء يعتبر أمر طبيعي، حيث يستوجب الحفاظ على سير المرافق العامة سرعة في إجراءات التحقيق للغرض المنشود.¹

وإذا كان الأصل أن الإدارة توقع الجزاء التعاقدية من تلقاء نفسها فإن ذلك لا يحول بدونها وبين اللجوء إلى القضاء طلبا لتوقيعه، ويكون ذلك بمثابة تنازلا طوعيا منها عن حق قرره القانون. ولعل أهمية لجوء الإدارة إلى القضاء لتوقيع ما تراه منا بدا لمواجهة ما ثبت لديها من إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية وذلك في الحالات التي لا تستوجب سرعة توقيع تلك الجزاءات، وذلك راجع لسببين، الأول يتعلق برفع المسؤولية عن الإدارة في حالة مشروعية الجزاء، الأمر الذي يجد بها التحمل بأعباء تعويض الأضرار التي يولدها قرار الجزاء المقضي بعدم المشروعية، والثاني يتصل بتوافر القناعة لدى المتعاقد بمشروعية الجزاء لما يتسم به القضاء من حيده واستقلال يتوافر معهما إيمانه بعدالته، وبعده عن التعسف الذي يساوره شك دائم في إصابة قرار الجزاء الإداري به متى وقعته الإدارة الأمر الذي ينعكس إيجابا على أدائه لالتزاماته التعاقدية مع إقلاعه عن الطعن القضائي عليه.²

إن قيام جهة الإدارة بتوقيع جزاءات على المتعاقد معها إنما يتم على مسؤوليتها، أي أنها تتحمل المسؤولية فيما لو ثبت بعد ذلك عدم أحقيتها في توقيع الجزاء، من خلال تحملها تعويض المتعاقد، لهذا وفي بعض الأحيان قد تفضل جهة الإدارة اللجوء إلى القاضي لطلب منه توقيع الجزاء، حتى لا تتحمل الإدارة مسؤوليتها فيما إذا وقع جزاء غير ضروري على المتعاقد.³

فلجوء الإدارة إلى القضاء للمطالبة بتوقيع الجزاء على المتعاقد المخالف لالتزامه يعد الطريق الأكثر أمانا للإدارة، حيث تأمن عدم إلغاء الجزاءات التي تقررها، مع عدم اعتراض المتعاقد عليها، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي كان قد امتنع عن توقيع الجزاءات لجهة إدارية أخرى على المخالفات التي يرتكبها المتعاقد.

¹ - سيف سعد مهيدى الدليمي، المرجع نفسه، ص 152 و ص 153.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 69.

³ - نجم عليوى خلف، المرجع نفسه، ص 110.

إلا أنه تجدر الإشارة توضيح أن حق الإدارة في توقيعها الجزاءات على المتعاقد مشروط بأن يتناسب ويتلائم مع الخطأ المنسوب للمتعاقد، وإلا يعتبر تصرف الإدارة يشوبه التعسف من قبيل الانحراف بالسلطة.¹

ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف "le préalable de privilège" والتي لا مقابل لها في القانون الخاص، ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها، دون حاجة اللجوء إلى القضاء مقدما، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال.

ويرى الفقيه "دي لوبادير" أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من الإدارة بعكس الوضع في القانون الخاص، فإنها ليست في حاجة أن تطلب من القضاء توقيع الجزاء فهي تباشر في هذه النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر وهذا الحق يغطي جميع أنواع الجزاءات التي توقع² على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، وهو ما سلمت به محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 17 جوان 1957،³ كما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 21 جوان 1970⁴ وإن كان يشترط على الإدارة أن تفصح عن إرادتها بصدور قرار إداري يحدد الجزاء، ومن ثم يجب أن يكون القرار مكتمل الأركان، ويحق للأفراد أن يطعنوا في تلك القرارات أمام القضاء، والإستثناء الوحيد هو جزاء الإسقاط، حيث أنه لا يمكن تقدير إسقاط حق صاحب امتياز المرفق العام إلا بطريق القاضي بحكم خطورة هذا الجزاء، بل إن هذا الاستثناء ليس مطلقا حيث يستطيع المتعاقدون منح الإدارة حق توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة بمقتضى نص صريح في العقد، وهم يرون أن هذا واجب على الإدارة لضمان تنفيذ العقد وحسن سير المرفق العام ضمانا للصالح العام، كما أن الإدارة لها الحرية في توقيع الجزاء وترخص في اختيار وقت توقيعه بحسب ما تراه صالحا لضمان استمرار المرافق العامة، على أنه إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء، وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط، فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمين جانب المسؤولية، وبهذا المعنى ترد المحكمة الإدارية العليا على من يتخوفون من سلطة الإدارة في

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص125 و126.

² - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع نفسه، ص174.

³ - أنظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 17 جوان 1957.

⁴ - أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 21 جوان 1970.

هذا الصدد بقولها: " والقول أنه- هذا الحق - يطلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها، هذا القول مردود عليه بأن استعمال الإدارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف " على أن مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن الحكم بناء على طلب جهة الإدارة المتعاقدة في حالة ما إذا كان العقد يحتفظ لجهة إدارية أخرى بحق توقيع الجزاءات على المخالفات التي يرتكبها المتعاقد¹، وبناء على هذا الأساس رفض أن يجيب المجلس البلدي إلى طلبه بفسخ عقد الامتياز لأن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظ.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات دون حاجتها النص في العقد

ينص العقد الإداري على جزاءات منفردة ومتنوعة تلجأ إليها الإدارة إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ولكن ما هو الوضع إذا سكت العقد الإداري على النص على بعض الجزاءات؟ هل ذلك يغل يد الإدارة في توقيع مثل هذه الجزاءات؟

فالواقع يؤكد أنه يجوز للإدارة توقيع مثل هذه الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد وبالتالي عدم جواز اتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لحقها في توقيع الجزاء، نستخلص من ذلك أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء لا يشترط أن ينص عليها في العقد حتى يتم ممارستها، ولكنها سلطة مستقلة ناتجة عن نصوص العقد وعن اتصاله بنشاط المرفق العام، فمبدأ السلطة الملزمة للنصوص مازال له احترامه في نظرية العقود الإدارية طالما لا تتعارض مع القواعد العامة بشرط ممارستها تحت رقابة القضاء فسلطة الإدارة في فرض الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد مستقلة تماما عن العقد فهي نابعة من مبادئ القانون العام السائد في القانون الإداري، كذلك فإن النص على بعض الجزاءات لا يعني بالتأكيد حرمان الإدارة من ممارسة أنواع الجزاءات الأخرى، فمن باب أولى إذن أن سكوت العقد عن النص على جزاءات معينة لا يعني عدم وجودها تحقيقا لمصلحة المرفق العام، ويترتب على ذلك أن هذه الحقوق التي تثبت للإدارة لا يجوز لها أن تتنازل عنها في نصوص العقد الذي تبرمه، وبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي يقيد الإدارة بالنصوص التعاقدية بدأ يأخذ بمبدأ أن سلطة الإدارة في فرض الجزاء هو سلطة مستقلة عن نصوص العقد وبالتالي فإن هذه السلطة توجد ولو لم ينص عليها في العقد وإذا ما نص العقد على بعض

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص500.

الجزاءات وأغفل بعضها الآخر فإن ذلك لا يعني تقييد الإدارة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد بل للإدارة أن تفرض جميع أنواع الجزاءات المقررة ولكن تحق رقابة القضاء.¹ وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا المبدأ الجديد في حكمه في قضية "planque" الصادر سنة 1907.

ونخلص مما سبق أن تمتع الإدارة بحق فرض الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد يتضمن مايلي:

- 1- في حالة أن العقد لم يتضمن جزاءات فإن هذا لا يعني حرمان الإدارة من الحق في توقيعها.
- 2- في حالة النص على بعض الجزاءات فإن ذلك لا يعني عدم توقيع باقيها.
- 3- في حالة تحديد خطأ يعينه وتم وضع جزاء محدد له فعلى الإدارة عندئذ أن تلتزم بهذا الجزاء ولا يجوز لها أن تستبدل به غير من الجزاءات، ولكن الملاحظ أن القضاء لم يعدل الحكم الأخير على إطلاقه إلا بالنسبة للجزاءات المالية أما فيما عداها من الجزاءات فإن مجلس الدولة الفرنسي في بعض الأحكام قد خرج على الجزاء المتفق عليه بالنسبة إلى مخالفات معينة، أما بالتخفيف إذا كانت العقوبة المتفق عليها مغالى فيها ومثال ذلك اكتفائه بوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة توقيع الفسخ المنصوص عليها في العقد، وأما بالتشديد إذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها في العقد الاستعاضة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ، وقد أخذت بهذا الأمر المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 27 نوفمبر 1965 حيث تقرر أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ والتعويض بشرط أن لا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين أي أن يكون الضرر أكبر من مبلغ التأمين.

فالأصل في كون النصوص العقدية قانون المتعاقدين، إلا أنه لا يجب أن يكون احترامها يؤدي إلى هدم مبدأ استمرار المرفق العام وانتظامه لأنه من غير العدالة وقوف الإدارة باعتبارها المسؤولة عن سير المرفق العام دون مواجهة أي خطر ناتج عن عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لالتزاماته استنادا أن لهذا الخطأ جزاء معين في العقد لا بد من الالتزام به، وهذا ما جاء به الفقيه "جيز" الذي ذهب إلى بأن الجزاءات المنصوص عليها في العقد لا تعالج إلا الحالة العادية التي يكون فيها الخطأ محدودا، له إلا الآثار والنتائج القانونية، فالتأخير والإهمال في التنفيذ قد يكون على درجة من الجسامة حيث تكون الغرامة المتفق عليها في العقد غير كافية، وللإدارة الحق في فرض المتعاقد جزاء وفق القواعد العامة دون أن تكون مقيدة بهذا الجزاء العقدي.²

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 502.

² - نبيل أوزايب، المرجع نفسه، ص 131 وص 132.

وهذا ما أثار به التساؤل عن وضع المتعاقد المخل بالتزاماته في حال عدم وجود جزاء محدد بنص عليه في العقد؟

وجواب ذلك أنه ونظرا للعلاقة الوطيدة الموجودة بين عقود الإدارة بفكرة المرفق العام فإن الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاء بمفردها وبإرادتها حتى بدون وجود نص في العقد أو حتى في القانون.

فالقضاء الفرنسي والمصري أكدوا على أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، وهي موجودة حتى بدون أي عقد، وحتى في حالة ما إذا نص العقد على بعضها، فذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، ولها الحق في توقيع جميع أنواع الجزاءات المقررة في العقود الإدارية حتى ولو لم ينص عليها العقد،¹ بل حتى إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، وسكون نص العقد على جزاءات معنية لمخالفة الالتزامات التعاقدية، لا يعني عدم وجود جزاء، إذ القاعدة تحث على أن كل التزام تعاقدى يقابله جزاء، ومن حق الإدارة اتخاذ الإجراءات الضرورية وبإرادتها المنفردة حتى يتم تأمين سير المرفق العام.

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي لم يكن يتبع هذا المبدأ سابقا، حيث كانت الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية أو القانونية، فبدون وجود نص في العقد أو دفاتر الشروط كان توقيع الجزاءات من قبل الإدارة يعتبر أمرا مستحيلا، إلا أن هذا المبدأ انتقده الكثير من الفقهاء الفرنسيين بحكم أنه من غير المنطقي بقاء المخالفات لبود العقد دون جزاء بحجة عدم النص عليها في العقد فإن نية المتعاقدين ومبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وإظطراد يحتمان ضرورة تنفيذ كل بنود العقد وتوفير كل الحماية الكافية لها.²

ورغم استبعاده هذا الأمر للوهلة الأولى، إلا أن عدل عن ذلك، واستقرء أحكامه على أن سلطة فرض الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى بدون نص في العقد، وحتى في حالة النص عليها لا يمكن ذلك بأي حال من الأحوال تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل يمكنها توقيع جميع أنواع الجزاءات على المتعاقد مهما تحث رقابة القضاء.³

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص127.

² - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص111.

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص154.

أما في مصر فقد تبنى القضاء الإداري المبادئ السابقة في أحكامه، فهي تجيد الجمع بين الجزاءات الإدارية المختلفة، ولا تملك الإدارة حق التنازل عن هذه الحقوق والامتيازات كونها تتعلق بالنظام العام، فهي مضرة لصالح حسن سير المرفق العام وانتظامه.¹

الفرع الثالث: خضوع الإدارة لرقابة القضاء أثناء توقيع جزاءاتها

وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال، وتمثل ضماناً فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون.

فالمسلم به أن رقابة القضاء في هذا الصدد هي من قبيل القضاء الكامل، ومن ثم فإن سلطاته واسعة تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة بتوقيع الجزاءات سواء من حيث: الشكل أو الإختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف أو الانحراف.

ولكنها لا تقف عند الحد السابق، بل تمتد إلى البواعث التي أدت بالإدارة إلى توقيع الجزاء، مع التطرق لأسبابه، حتى يمكن للقضاء تقدير ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة، وما إذا كان الجزاء الذي وقعته الإدارة يتناسب مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد معها أم لا، ولكن سلطات القاضي ليست واحدة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو القاسية، ففي حالة ما إذا تعلق الأمر بالجزاءات المالية، يستطيع القاضي أن يحكم بردها، أو الإعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال، أما إذا تعلق الأمر بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها الإدارة، فإن القاضي يمكنه أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات.

إلا أن الوضع مختلف بالنسبة للقضاء الإداري المصري فيما يتعلق بالجزاءات الضاغطة،² فقد حكم القضاء المصري بمصادرة التأمين المقدم من المقاول، كما حكم بإلغاء القرار الصادر من الإدارة بالاستيلاء على أدوات المقاول. بمكان العمل وهو وسيلة من وسائل الضغط، والواقع أن للمتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء إلى القضاء وذلك من أجل الطعن في القرار الصادر بفرض الجزاء وهذا الحق مكفول بحكم القانون ولا جدال فيه، ويمكن إعتبار هذا الحق من النظام العام وأي شرط ينص في العقد على استبعاده يعتبر باطلاً، وأن صاحب الولاية في النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية هو من اختصاص القضاء الإداري، ومن خلال مراقبته مدى الجزاء الصادر عن

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص149.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص508.

الإدارة بحق المتعاقد معها فإن الحكم الصادر عنه أقرب إلى الصواب وذلك لمعرفته بطبيعة المنازعات الناشئة عن العقد الإداري أكثر من القضاء العادي.

ويرى بعض الفقهاء في فرنسا بوجود التمييز فيما يتعلق بالجزاءات بين سلطة الإدارة المستمدة من العقد ودفاتر الشروط وبين سلطتها المستمدة من اللوائح والقوانين، وأن القرار الإداري الذي يقبل الطعن بالإلغاء هو الذي يصدر من الإدارة، استنادا إلى ما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، أما إذا كان الإجراء صادرا عنها استنادا إلى نصوص العقد ذاته وتنفيذا له فإن مثل هذا الإجراء لا يعتبر قرارا إداريا، وبالتالي لا يقبل دعوى الإلغاء ولا يرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، وإنما يعتبر من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد ويكون محلا للطعن على أساس أن محكمة القضاء الإداري تنظر في منازعات العقود الإدارية كلها، والقضاء الإداري المصري لا يعترف بأحقية الإدارة في التنازل عن توقيع الجزاء بنفسها وبحق اللجوء إلى القضاء من أجل فرض الجزاء بدلا عنها، أما قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيتجه إلى أحقية السلطة بأن تقوم بفرض الغرامة بنفسها وذلك طبقا لشروط العقد، إلا أن هذا لا يعني أن تحرم من اللجوء إلى قاضي العقد لكي تحصل منه على حكم ضد الملتزم بإدائه ماليا وذلك تطبيقا للشروط الجزائية المنصوص عليه في العقد.

ومن المؤكد القول أن جهة الإدارة تخضع حيال توقيع جزاءاتها على المتعاقد لرقابة القضاء، سواء كان ذلك من حيث تيب الشكل، وعيب الاختصاص، أو من ناحية عيب الانحراف والتجاوز في إساءة استعمال السلطة أو حتى من ناحية عيب مخالفة القانون وحتى من حيث رقابة البواعث على إصدار الجزاء، وتجدر الإشارة والتنويه إلى أن هذه الرقابة تمارس بشأن القرارات الإدارية الصادرة بتوقيع الجزاءات.¹

كما يشترط أن يخضع الجزاء الموقع على المتعاقد من قبل الإدارة لرقابة القضاء، وذلك لضمان عدم انحراف الإدارة في استخدام سلطتها، والتأكد من كونها تستهدف الصالح العام، وسلطة القضاء في هذا الخصوص واسعة لا تمثل مشروعية الجزاءات التي توقعها الإدارة وحسب، بل تمتد أيضا إلى مدح ملائمة الجزاءات هذه للتقصير المنسوب إلى المتعاقد مع الإدارة.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص150.

فالمراقبة القضائية تحقق توازن بين السلطات الواسعة للإدارة في مجال العقود الإدارية، وتعزز من ضمانات المتعاقد مع الإدارة، فتدفعه إلى إبرام العقود مع الإدارة، وهي تمتلك كل هذه السلطات.

ورقابة القضاء في هذا النطاق تعد من قبيل القضاء الكامل فتتعلق باختصاص والمشروعية وتتأكد من خطأ المتعاقد وتناسب الخبير مع العقوبة، إلا أن سلطات القاضي ليست وحيدة في مواجهة جميع أنواع الجزاءات غير المشروعة أو حتى القاسية منها، فبينما بإمكان القاضي الحكم برد الجزاءات المالية أو الإعفاء عنها أو تخفيضها حتى فهو لا يستطيع الحكم بأكثر من التعويض عن الجزاءات المتعلقة بالضغط أو الإكراه ولا يستطيع الحكم بإلغائها.¹

إن لجوء الإدارة إلى القضاء لغرض توقيع الجزاء الهدف منه تجنب الإدارة تقرير مسؤوليتها فيما بعد، إذ أن القضاء هو الذي يقوم بتقرير الجزاء، ويرى بعض الفقه أن الإدارة إذا كان لها أن تقوم بتوقيع الجزاءات بنفسها، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء، فيطلب من قاضي العقد الحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية، وبالتالي يبدو لنا أن سلطة الإدارة في التنازل عن توقيع الجزاء بنفسها باللجوء إلى القضاء حق مقرر دون نزاع، ونرى أن لجوء الإدارة إلى هذا الطريق أفضل من توقيع الجزاء بنفسها لما فيه من ضمانات بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، إلا فيما يخص الجزاءات السريعة، كالجزاءات الضاغطة وضع المرفق تحت الحركة والشراء على مسؤولية المورد المقصر.²

الفرع الرابع: حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب في توقيع الجزاءات

إن لجهة الإدارة الحرية في إختيار وقت معين ومناسب ليتسنى لها توقيع الجزاء على المتعاقد معها لما تراه مناسب في ذلك ضماناً لاستمرار سير المرفق العام، كما للإدارة سلطة تقديرية في تحديد الجزاء الملائم، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة على قيد، وذلك بإحترام النصوص التعاقدية المتفق عليها، كما لا يجوز للإدارة فرض جزاءات أشد وطأة من الجزاءات المنصوص عليها في العقد إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة من قبل المتعاقد.³

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص134.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص158.

³ - نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص114 وما يليها.

وعليه، فينبثق عن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية حظها في تحديد الوقت التي تراه ملاءما لتوقيعها، طالما خلال العقد من النص يلزمها بتوقيع الجزاء عن مخالفة في تاريخ محدد والذي قد يؤدي تجاوزه دون توقيع الجزاء إلى سقوط حق الإدارة فيه، وتقوم هذه الأخيرة بالترخيص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أي تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفي إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا التريث تحقيقا للمنفعة العامة، إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة بالتنفيذ، كأن يتضمن العقد النص بإلزامه بدفع مبلغ معين، ولا يعطي ذلك حقا للمتعاقد في الاعتراض على استعمال الإدارة الأحق لها، ذلك لأن تأجيل استعمال الحق لا يسقطه.

وبالتالي فإذا كان للإدارة سلطة تقديرية في اختيار وقت توقيع الجزاء وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فإن لها ذات السلطة في اختيار الجزاء الذي تراه مناسبا في حالة ما إذا قرر المشرع جزاءين عن مخالفة واحدة حيث ذلك يكون بمثابة منح الإدارة الحق في الاختيار بينهما، حيث لا يملك المتعاقد الاعتراض على ذلك.¹

هذا وتتسم هذه الجزاءات بأن ميعاد توقيعها يكون وفقا لإرادة الإدارة إرادة فإذا لم يوجد ما يلزم الإدارة بأن توقع على المتعاقد معها جزاء ما ارتكب في وقت معين فإنها حرة في اختيار التوقيت المناسب لما تراه مناسبا لتوقيع الجزاء ضمنا لاستمرار سير المرفق العام، كما أن للجهة الإدارية سلطة تقديرية في تحديد الجزاء الملائم، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة من أي قيد، حيث ينبغي احترام النصوص التعاقدية المتفق عليها، كما لا يجوز للجهة الإدارية توقيع جزاء أشد من الجزاءات المتفق عليها إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة من قبل المتعاقد، وإذا أقرت الإدارة صراحة أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان لزاما عليها، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ العقوبة مما لا يكون معه مجال لتوقيع الجزاءات، كما أن الإدارة تملك إختيار الجزاء المناسب وتوقعه في التوقيت المناسب.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 83.

الفرع الخامس: ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة

لا تستطيع الإدارة توقيع جزاءاتها على المتعاقد معها قبل القيام بإعداره وتنبيهه إلى الخطأ الذي إرتكبه، باستثناء حالة التأخير وفرض الغرامة حيث تفرض الغرامة بدون إعدار للمتعاقد وحالة الإخلال الذي يترتب عليه فسخ العقد.¹

فمن البديهي والضروري جدا إعدار المتعاقد وإنذاره قبل توقيع الجزاء عليه ويكون ذلك واجبا حتى ولو لم ينص عليه في العقد، وقد دأب القضاء الفرنسي على تفسير النصوص التي تقضي إلى الإعفاء منه تفسيرا ضيقا، والراجح أن يكون الإعدار في كافة الجزاءات دون تمييز إلا فيما استثني في ذلك وذكرناه في الفقرة السابقة، فضلا عن ذلك، فإن القضاء الفرنسي لا يشترط اتخاذ الأعدار شكلا معيناً بقدر أن يكون واضحا لا لبس فيه ولا غموض.²

ونجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية بضرورة إعدار المتعاقد معها في حالة واحدة، وهذا عند فرضها لجزاء الفسخ من خلال أحكام المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،³ المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وجاء في نصها على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه المصلحة المتعاقدة إعدارا لفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعدار وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية"، وهو ما قابلته المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بقانون الصفقات العمومية السابق⁴، وهو ما تطرقت له آنفا.

ونظرا لخطورة هذا الجزاء وما ينجر عنه من تبعات قد تضر بكلا الطرفين، وتبعا للآثار الجسيمة المترتبة عن الفسخ فقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة توجيه إنذار للمتعاقد قبل توجيه جزاء الفسخ بالبيانات التالية الواجب ذكرها في الإعدار، وهي:

- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص132.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص150.

³ - أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر، والذي تقابله المادة 112 من المرسوم الرئاسي السابق 10-236، المذكور آنفا.

⁴ - مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضها المرفق العام، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، السداسي الاول، 2017، ص56.

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- الأجل و المدة الممنوحة لتنفيذ موضوع الإعذار.
- توضيح إذا كان الإعذار الأول والثاني.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

أما شكل الإعذار فقد بين المشرع بأنه يتم وفقا لرسالة حرص عليها تُرسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار الإستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.¹ ولم يطلب القانون الإداري شكلا محددًا في الاعذار، ويجوز للإدارة أن تعدل عن الاعذار بعد توجيهه، ولا يمنعها ذلك من إعادة الاعذار مرة أخرى، إذا عادت للتمسك بالخطأ المنسوب للمتعاقد مرة أخرى، ولا يفهم من تراضي الإدارة عن توقيع الجزاء أو مرور وقت طويل بين خطأ المتعاقد وبين توقيع الجزاء أن ذلك عدول من الإدارة عن التمسك بحقها في توقيع هذا الجزاء، بل لا بد من أن يكون العدرل صريحا ونتاج عن موقف إيجابي من الإدارة.

وحول ضرورة الإعذار فيرى البعض أنه لا يعد شرطا ضروريا لصحة فرض الجزاءات الإدارية، كما أن هذه الضرورة في القانون المدني وإن كان لها ما يبررها فهي ليست كذلك في علاقات القانون الإداري، وذلك نظرا لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية، وعليه فالإعذار هو عبارة عن وسيلة ضغط على المتعاقد لأجل دفعه إلى تنفيذ التزامه بما يحقق المنفعة العامة.²

إذا كانت نظرية الجزاءات في العقد الإداري تحدد حقوق الإدارة وسلطاتها المتعددة إزاء الجهة المتعاقدة معها، فإنها بالمقابل تعترف للمتعاقد مع الإدارة بضمانات قانونية لحماية حقوقه ضد محاولة الإدارة لتجاوز سلطاتها، وتمثل هذه الضمانات في أن الإدارة ملزمة بأن تقوم باعذار المتعاقد معها قبل أن تفرض عليه الجزاء.³

ويقصد بالاعذار وفقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا، إن هذه الاعذار هو أمر تقتضيه قواعد العدالة وذلك من أجل تنبيه المتعاقد المقصر إلى مخالفته التي

¹ - نبيل أزراب، المرجع نفسه، ص134.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص133.

³ - سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه، ص504

قد تضر بالمرفق العام، وكما أن الاعذار يعني تنبيهها للمتعاقد المقصر بأن الإدارة سوف تفرض عليه الجزاء الذي تراه مناسباً إذا ما استمر في ممارسة تقصيره، وإخلاله بالالتزام الواقع عليه ومن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة فرصة بعد غذاره من أجل تصحيح خطأه، ويفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة - كقاعدة عامة - أن تنذر المتعاقد المخطئ وأن تنبهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء عليه، وهذا الالتزام لاشك فيه بالنسبة إلى بعض الجزاءات الأخرى كوضع المشرع تحت الحراسة، ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يستفاد منها تعميم الالتزام السابق، إلا أنه يضع على القاعدة السابقة الاستثناءات التالية:

تعفى الإدارة من الإعذار إذا تضمن العقد شرطاً بهذا المعنى أو إذا ورد حكم به في دفاتر الشروط أو في نص من النصوص، كذلك أعفى المجلس الإدارة من شرط الإعذار إذا كانت الظروف تضي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة، ومثال ذلك تسليم المشتريات المتعلقة بالجهود الحربي في مواعيدها فبمجرد حلول الموعد يعتبر بذاته إعدارا للمتعاقد معها بالوفاء، والإعذار ليس له شكل محدد، وليست الإدارة ملزمة بأن تذكر المتعاقد بكافة تفاصيل التزاماته التي قصر في الوفاء بها، كما أن الإدارة إذا عدلت عن الإنذار بعد توجيهه فإنه يتعين عليها أن تعيده من جديد إذا أرادت العودة إلى التمسك بالخطأ المنسوب إلى المتعاقد،¹ ولكن يجب أن يكون العدول صريحاً ونتيجة موقف إيجابي من الإدارة، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد التراخي أو مرور وقت طويل بين الإعذار وبين توقيع الجزاء.

أما عن موقف فقهاء القانون الإداري في مصر، فإنهم يرون أن نصوص القانون المدني المتعلقة بالإعذار يجب إعمالها في دائرة الجزاءات الإدارية باعتبار أنها قواعد عامة، وتطبيقاً لهذه النصوص يجب إعدار المتعاقد قبل توقيع وفرض الجزاء عليه، إلا أن الإعذار لا يكون ضرورياً في حالة ما إذا قرر المتعاقد عدم تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه أو عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً أو غير مجد فعلة كما يجب على الإدارة أن تلتزم بتطبيق الجزاء ذاته المبين في الإعذار دون غيره.

أما عن التشريع المصري فمن خلال المادة 84 من القانون المتعلق بالمزايدات والمناقصات المصري 1998،² فإنها أقرت الأخذ بوسيلة الإعذار ويكون بكتاب موصى عليه على عنوان

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام)، الجزء الثاني، دار إحياء التراث، بيروت-لبنان، 1990، ص 830.

² - أنظر المادة 48 من القانون المتعلق بالمزايدات والمناقصات المصري لسنة 1998، المذكور آنفاً.

المتعاقد المقصر المبين بالعقد لإعلامه بضرورة إصلاح الخلل في تنفيذ العقد وإلا كان عرضة لتوقيع جزاء فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات.

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه وباستقراء نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،¹ نجد بأن المشرع تقريبا أخذ بنفس معنى المشرع المصري في الإعذار إذ أنه في حالة ما إذا لم يتقيد المتعاقد بالتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته في الأجل الذي تحدده الإدارة في الإعذار، وهو ما قابلته المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السابق الملغى،² وإذا لم ينفذ التزاماته في ذلك الأجل فإنها تفسخ الصفقة من جانب واحد بشرط أن يكون مبررا لغاية المصلحة العامة، حتى بدون خطأ مرتكب أو تقصير من المتعامل المتعاقد، وهذا ما جاء في أحكام المادة 150 من نفس المرسوم المذكور أعلاه.³

الفرع السادس: جواز الجمع بين عدة جزاءات

طالما تحقق السبب الذي يستوجب توقيع الجزاء، فلا مانع من الجمع بين هذه الجزاءات، حيث لكل سبب من الأسباب المؤدية إلى توقيع الجزاءات متميز ومستقل عن الآخر في الطبيعة والوجهة والغاية، وليس من المستبعد أن يكون للجهة الإدارية سلطة تقديرية تستطيع بموجبها تطبيق الجزاء الذي يبدو لها ضروريا، حسب السبيل الذي تراه أكثر فعالية، بالرغم من سكون العقد، وذلك لمقتضيات سير المرفق العام باستمرار ودون إنقطاع وهذا ما جاء به أغلب القضاء في فرنسا.

أما في مصر ومن خلال تتبع أحكام القضاء، فنجد أنه قد أقر جواز الجمع بين الجزاء،⁴ وعليه فللإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد مهما طالت وجدت الأسباب التي تستوجب ذلك، وبحسب ما تراه مناسبا وصالحا لضمان سير المرافق العامة، وتتنوع الجزاءات بين جزاءات مالية والتي تتمثل في مصادرة التأمين وغرامة التأخير والتعويض، ويغلب عليها أنها مبالغ تحصل عليها الإدارة من التعاقد في حالة الإخلال بتنفيذ العقود الإدارية، كما توجد جزاءات ضاغطة،

¹- أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا.

²- أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المذكور آنفا.

³- أنظر المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور آنفا.

⁴- نجم عليوي خلف، المرجع نفسه، ص114 وص117.

وهي التي تستطيع بها الإدارة إرغام المتعاقد على تنفيذ ما التزم به في العقد، وإلى جانب ذلك توجد جزاءات منهيّة للعقد كالفسخ والإسقاط.¹

هذا ويرى بعض الفقه عدم جواز الجمع بين الجزاءات التعاقدية منصوص عليهما في القوانين أو اللوائح عن مخالفة واحدة وهذا كأصل عام، وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأنه لا يجوز الجمع بين فسخ التعاقد وتنفيذه على حساب المتعاقد مع الإدارة، حيث أن فسخ التعاقد يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، في حيث أن مقتضى التنفيذ على حساب المتعاقد ولا بد أن يستمر العقد قائماً إلى أن يتم هذا التنفيذ، واستثناء من هذا الأصل فقد أجاز قضاء المحكمة الإدارية العليا الجمع بين الجزاءات في بعض الأحوال لعدم تنافرها مع بعضها كما هو الحال بالنسبة لإجازته الجمع بين جزائي الفسخ ومصادرة التأمين.²

الفرع السابع: فرض جزاءات تعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر من قبل الإدارة

تستند الإدارة في توقيعها للجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها إلى ضرر مفترض صابتها من جراء مخالفته لالتزاماته التعاقدية دون حاجته لإثباتها وقوع هذا الضرر بصورة فعلية، كما لا يقبل من المتعاقد المخل بالتزامه التعاقدية تهرباً من توقيع الجزاء عليه، إثبات أن مخالفة لهذا الإلتزام لم ينجم عنها ضرر أصاب الإدارة المتعاقد، ذلك لأن ارتكاب المخالفة قرينة غير قابلة لإثبات العكس على إصابة الإدارة بالضرر،³ ومن هنا يتضح مدى إتساع سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، حيث أن ذلك الجزاء واقع لا محالة متى انصرفت إليه إرادة الإدارة مصدرة قرار بمجرد ارتكاب المتعاقد لفعل أو امتناعه إتيان فعل بشكل مخالفة دون التقييد بتسببها في ضرر ملحوظ حيث لا تلزم الإدارة بإثباته لأن وقوعه مفترض غير قابل لإثبات العكس، ويكون قرار الإدارة بتوقيع الجزاء في هذه الحالة صحيحاً في سببه وهي المخالفة الثابت ارتكابها، ومرجع ذلك هو خطورة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بصورة لا يتحقق معها الهدف المبتغى من إبرامه، ولا يغير المتعاقد مع الإدارة منحها سلطة توقيع الجزاء عليه تلقائياً دون حاجة لإثبات الضرر، ذلك لأنه كان عالماً وقت إبرامه لتعاقدته معها بمدى ما تتمتع به من سلطة في هذا الشأن.⁴

¹ - نبيل أوزايب، المرجع نفسه، ص 132.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 84.

³ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 158.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 81 و 82.

المطلب الثاني: أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وموقف الفقه منها

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا لم يوفي بالتزاماته التعاقدية بنفسها، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء، وسبب ذلك أن تقصير المتعاقد وتراخيه في تنفيذ التزاماته قد يضر بالمرفق العام، وتجنباً لذلك فإن تنفيذ الإدارة تقوم بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها بنفسها دون تدخل القضاء لما يتصف هذا الطريق من بطئ قد يهدد سير المرفق العام.¹

فالمسلم به أن رقابة القضاء على فرص الجزاءات هي من قبيل القضاء الكامل والجزاءات الإدارية تكون غير مشروعة من ناحيتين، الأولى شكلية والثانية موضوعية، وتناولهما من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث (03) فروع، أتناول في الفرع الأول عدم المشروعية الشكلية، وفي الفرع الثاني أتطرق إلى عدم المشروعية الموضوعية، أما الفرع الثالث أبرزت موقف الفقه من أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، ويكون ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: عدم المشروعية الشكلية

إن الإدارة ملزمة باتباع إجراءات شكلية معنية قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، ويعد هذا الالتزام إجراء أساسياً، بحيث يترتب على تخلف الإجراء المطلوب عدم مشروعية الجزاء، ويعد الإعدار الموجه إلى المتعاقد إجراء شكلياً تلتزم به الإدارة، ليس فقط لغرض التمهيد لغرض الجزاء، وإنما لإعطاء المتعاقد مهلة زمنية معقولة لتنفيذ التزاماته لذلك لا بد من تضمن الإعدار بيان مخالفات التي ارتكبتها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها، وهذا ما تطرقنا إليه آنفاً، وهذا يدل أن الجزاء الذي تصدره الإدارة على المتعاقد معها يكون غير مشروع في نطاق العقود الإدارية، إذا أهملت الإدارة اتباع الشكل المطلوب منها إتباعه قبل توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.²

فالإدارة بذلك لا تملك الحق في فرض جزاءات على المتعاقد لم يرخص بها المشرع إطلاقاً، لأنها لو فعلت ذلك تكون قد خالفت الدستور والقانون، كما لا يحق لها أن تقوم بفرض عقوبة تدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى، وإلا فإنها تعد متجاوزة لحدود اختصاصها، ونظراً لخطورة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد، لهذا السبب حرص المشرع على إنصاف المتعاقد من خلال إلزام الإدارة من إنذار المتعاقد وإعداره قبل إنزال العقوبة وتوقيعها عليه.

¹ - إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 69.

² - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 176.

الفرع الثاني: عدم المشروعية الموضوعية

من المسلم به أن إصابة الإدارة بضرر نتيجة لإخلال المتعاقد معها بالتزامه التعاقدية، لا يعتبر شرطا لمشروعية الجزاء، حيث يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، أن المرفق الذي ينفذ العقد الإداري لحسابه، قد أصابه الضرر إثر إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدية.

ولما كانت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة دائما بالغاية من إستخدامها ألا وهي المصلحة العامة فضلا عن خضوعها لرقابة القضاء، حيث كان على الإدارة توخي الحذر دائما عند ممارستها السلطة المذكورة، وأن تتأكد من خلو قراراتها الإدارية بفرض الجزاءات الإدارية من أوجه عدم المشروعية التي تشكل خطأ تعاقديا بموجب مسؤوليتها التعاقدية.¹

فالجزاء الموقع من طرف الإدارة لا بد أن يكون قائما على وقائع صحيحة ومتناسبة مع جسامة مخالفة المتعاقد، وإلا التزمت الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الضرر الذي يصيبه. وفيما يلي نستعرض أوجه عدم المشروعية في قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية، الجزاءات المؤقتة وكذا الجزاءات النهائية!

أولا: عدم المشروعية للجزاءات المالية

حيث ذهب في هذا الصدد الفقيه الفرنسية "PH. TERNEYRE"² إلى استبعاد تلك الخبرات من مجال أعمال المسؤولية التعاقدية، على أساس أن الاستخدام غير المشروع للإدارة للجزاءات المالية لا تعد واقعة منشئة لمسؤوليتها التعاقدية، نظرا للطابع العقدي والجزائي لهذه الإجراءات، وأن القاضي في حالة الجزاءات غير الصحيحة يلزم الإدارة ترد الجزاءات الموقعة على المتعاقد معها بواسطة الإدارة، وفي هذه الحالة يتمثل الأمر في استرداد بسيط لمبلغ جزائي غير مستحق و ليس تعويضا للضرر.³

فالجزاءات المالية في العقود الإدارية تتميز بأنها ذات طبيعة مالية، الهدف منها تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد في العقد الإداري، ففي حالة توقيع الإدارة لهذه الجزاءات بدون مبرر مع عدم توافر الشروط القانونية لفرضها، فإنها تكون قد أخطأت في توقيع

¹ - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015.

² - فليب تارناير أستاذ وقانوني فرنسي ولد سنة 1955 متخصص في القانون العام.

³ - بهشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 180.

الجزاء مما يؤدي إلى إشارة مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ، كأن يكون القرار صادر من سلطة غير مختصة بإبرام العقد، أو تكون غرامة التأخير المفروضة من قبل الإدارة غير مشروعة لعدم تجاوزها الحدود القصوى المحددة من قبل المشرع، أو أن الإدارة تكون قد أوقعتها في حالات يكون فيها المتعاقد معذورا في تأخره عن تنفيذ التزامه التعاقدية، كما أن قرار الإدارة بالامتناع عن رد التأمين النهائي للمتعاقد من دون أن يكون هناك أي تقصير منه يعد إخلالا منها بشروط العقد الأمر الذي يجعل هذا القرار غير مشروع مما يثير مسؤوليتها التعاقدية.¹

هذا وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بعدم مشروعية الإدارة بمصادرة التأمين النهائي الذي تقدم به المتعاقد، نتيجة لرفض استلام صفقة الفول السوداني كانت الإدارة قد قامت ببيعها له، ثم تبين أن السلطات الصحية حظرت تصريفها للاستهلاك الإنساني لفسادها، فقضى القضاء أن عدم إخبار الإدارة المتعاقد معها بفسادها، خطأ يستوجب مسؤوليتها التعاقدية فضلا عما يرتبه من حق المتعاقد في استرداد التأمين النهائي.²

وذهب الفقه المصري إلى أنه يتم اللجوء إلى مصادرة التأمين النهائي في حالتين، الأولى في حالة فسخ العقد، والثانية في حالة تنفيذ الإدارة للعقد الإداري على حساب المتعاقد معها، أما إذا قامت الإدارة بالامتناع عن رد التأمين النهائي من دون أن يكون هناك أي إخلال أو تقصير من المتعاقد، فإن ذلك الامتناع من جانب الإدارة يعد إخلالا منها بشروط العقد، الأمر الذي يترتب عليه قيام مسؤوليتها التعاقدية الجزاء به³، إضافة أن سلطة الإدارة في تلك الجزاءات خاضعة لرقابة القضاء، وهذا للحيلولة دون تعسف الإدارة في استعمال سلطتها بفرض الجزاءات.⁴

ثانيا: عدم مشروعية الجزاءات المؤقتة

إن الإدارة المتعاقدة تملك الحق في اتخاذ جزاءات مؤقتة على المتعاقد معها بهدف دفعه قسرا على الوفاء بالالتزامات التعاقدية، حيث تستمد سلطتها في هذا الشأن مما تتمتع به من امتياز في التنفيذ المباشر، وتختلف وسائل الإكراه التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد باختلاف نوع العقد الإداري، ففي عقد التزام المرافق العامة، تتمثل تلك الإجراءات في وضع المشروع تحت الحراسة

¹ - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015.

² - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 181.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 145.

⁴ - إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 70.

المؤقتة، حيث يشترط لمشروعية هذا الجزاء وقوع مخالفات جسيمة مع الملتزم من شأنها أن تعرض إستمرار وإنتظام المرفق العام للخطر، ويكون ذلك عند التوقف الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة لعجز الملتزم وعدم قدرته، فضلا على أن الهدف منا إيقاع الجزاء المذكور يجب أن لا يجيد عن المصلحة العامة المتمثلة في ضمان استمرار المرفق العام في أداء خدماته للمنتفعين به، وتأسيسا على ما تقدم، فإن مخالفة الإدارة لهذين الشرطين وهي بصدد إصدار قرار وضع المشروع تحت الحراسة تخرج قرارها من إطار المشروعية إلى عدم المشروعية، الامر الذي ينشأ عنه مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ، وترتيب حق التعاقد معها في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر بسبب قرار الإدارة الخاطيء، أما في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فيتمثل الجزاء في تنفيذ العقد الإداري على حساب المتعاقد المقصر في التنفيذ، وأن قرار الإدارة المتعاقدة في تنفيذ الأعمال محل التعاقد على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته يخضع لرقابة القضاء، من حيث المشروعية والملائمة، وعليه فهو يملك إلغاء القرار المذكور، إذا ثبت عدم مشروعيته أو عدم التناسب بين الجزاء والخطأ المنسوب للمتعاقد، فضلا عن الحكم بالتعويض المناسب للتعاقد عن الأضرار التي سببها قرار الإدارة بالتنفيذ على حسابه، ويشترط لصحة قرار سحب العمل في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المتعاقد عقد التوريد، على أن يكون القرار صادرا عن سلطة مختصة، ويسبقه إعدار للمتعاقد مع الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وأن يكون قائما على سبب الواقع والقانون.¹

ثالثا: عدم مشروعية الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة (النهائية)

إن فسخ العقد الإداري هو جزاء تعاقدية شديد الجساما توقعه الإدارة على المتعاقد معها الذي أحل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، يترتب عليه انقضاء العلاقة التعاقدية وأبعاد المتعاقد بشكل نهائي عن تنفيذ العقد، وجدير بالذكر أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، هو أحد مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، فهي تملك حق توقيعه دون حاجة للجوء إلى القضاء، حتى ولو لم يرد بالعقد نص يخول لها ذلك.²

ويراقب القاضي الإداري ليس فقط الوجود المادي لأسباب فرض الخبراء، بل تمتد رقابته إلى تكييف هذا الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذها، وبالتالي على القاضي تقرير ما إذا كان

¹ - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015.

² - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015.

الجزاء المبالغ فيه وعدم صحته، إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تمثل طابعا من الخطورة كافيًا لتسويفه، وتختلف الجزاءات الضاغطة من الفاسخة من خلال القصد بما إرغام المتعاقد على تنفيذ العقد، فهي لا تنهي العقد، وإنما هي وسيلة لضمان تنفيذه.

ويقدر القاضي جسامة الأخطاء التي استندت إليها الإدارة لتوقيع الجزاء على المتعاقد، فإذا لم يكن هناك خطأ من جانب المتعاقد أو لم يكف خطأ جسيماً، وإنما يعد من الأخطاء البسيطة، فإنه يمكن أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن توقيع الجزاء الذي ليس له ما يسوغه، أما إذا كان الخطأ المئسوب إلى المتعاقد من الأخطاء المنصوص عليها في القانون والتي تبرر توقيع الجزاء، فإنه ليس للقاضي في هذه الحالة أن يتدخل للحكم على مدى ملائمة الجزاء للخطأ، ما دام ذلك يعد من الأخطاء التي تبرر توقيع الجزاء في نظر المشرع، ويتعين على الإدارة أثناء سحب العمل بأن تعمل كوكيلة عن المتعاقد، بحسبان أن هذا التنفيذ لا ينهي الرابطة التعاقدية، ويتحمل المتعاقد تبعاته والفروق الناجمة عنه.¹

وبالتالي، يمكننا القول بأن الإدارة في حال لجوءها إلى استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وكان الإجراء صحيحاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فإنها لا تكون مسؤولة أدنى مسؤولية اتجاه المتعاقد معها، بل إن المتعاقد يكون مسؤولاً أمام الإدارة، ويتحمل تبعه تلك الجزاءات، أما إذا استخدمت الإدارة سلطتها على نحو غير مشروع، فإن ذلك يثير مسؤوليتها التعاقدية، وتلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي أصابه من جراء فعلها غير المشروع.

الفرع الثالث: موقف الفقه من أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.

للحديث أكثر عن أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، لا بد من التطرق إلى أهم ما جاء من مواقف بعض الفقه في كل من فرنسا، مصر والعراق.

أولاً- في فرنسا:

كقاعدة عامة يفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة إعدار المتعاقد المقصر، مع التنبيه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء عليه وقد جاءت عدة أحكام في هذا المنحى لتؤكد ذلك، ونجد أهمها ما قضى به مجلس الدولة في حكمه الصادر في 22 ماي 1964 في قضية "sillom" إلى أنه طبقاً للمبادئ العامة للقانون المطبقة بذاتها حتى في حالة عدم وجود نص، أن الخبراء لا يمكن توقيعهم

¹ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 182 وما يليها.

قانونا دون إحاطة المعني بالأمر علما بالالتزامات الموجهة إليه لأجل الدفاع عن نفسه، إلا أن الإدارة تكون في محل من إعدار المتعاقد معها، إذا تضمن العقد نصا صريحا يعفي الإدارة من هذا الإعدار، أو كانت الظروف تقضي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة أو كانت الظروف والوقائع تقطع بعدم الفائدة من الإعدار نظرا لأن المتعاقد رفض تنفيذ العقد.¹

وفي حالة اشتراط ضرورة إعدار المتعاقد في العقد، فإن عدم مراعاة الإجراءات الشكلية عند توقيع الجزاء يمكن إعطاء المتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا التعسف الذي أصابه جراء الجزاء الموقع له.

كما قضى مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ 12 ماي 1982 بقيام المسؤولية التعاقدية للإدارة بفسخ العقد خلال مدة أقل من المدة المحددة في الإعدار، وإلا يعتبر الفسخ غير مشروع.²

ثانيا- في مصر:

وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات على ضرورة قيام الإدارة بإعدار المتعاقد في حالتي فسخ العقد أو تنفيذها على حساب المتعاقد، وتكون في حل من هذا الإجراء عند فرض الغرامة التأخيرية وتوقيعها على المتعاقد معها.

وقد جاءت المحكمة الإدارية العليا بهذا التأكيد في حكمها الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1977،³ وذلك بضرورة اعدار الملتزم قبل إيقاع جزاء الإسقاط حيث يثبت لمانع الالتزام دائما بجانب الجزاءات الأخرى إسقاط الالتزام غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين: أولهما: ارتكاب الملتزم مخالفة جسيمة أو تكرار إهماله.

ثانيهما: وجوب انذار الملتزم.⁴

ثالثا- في العراق:

لقد التزمت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية للإدارة بإعدار المتعاقد قبل إحالة العمل إلى المناقص الآخر، كما أكدت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية على الإدارة بإعدار المقاول قبل سحب العمل منه، عند فرض الغرامة التقديرية.

¹ - أنظر الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 ماي 1964 بخصوص قضية "سيلوم".

² - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 177.

³ - أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1977.

⁴ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص 178.

هذا ويرى بعض الفقه بأنه إذا كانت الإدارة تملك توقيع الغرامة من دون حاجة إلى إعدار المتعاقد أو التنبيه عليه باستحقاقها كما هو مطبق في مصر والعراق، إلا أنه يستحسن إعدار المتعاقد، فالإعدار وإن لم يكن ملزماً للإدارة ولا يرتبط بحصوله المسبق إستحقاق غرامة التأخير، لكنه يكون ذو فائدة في عدم استمرار التأخير في تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته، كما أن إستمرار الإدارة في إحتساب مبلغ غرامة من دون إعدار المتعاقد أو تنبيهه سيؤدي إلى ضخامة مبلغ الغرامة، وكما هو معروف فالهدف من فرض الغرامة من قبل الإدارة يعتبر في حد ذاته ضمان تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية خلال المدة المتفق عليها، وهذا بغرض المحافظة على سيرورة المرفق العام بانتظام واضطراد، وليس الهدف منه تحصيل مبلغ مالي للإدارة.

وخالصة القول فالقاضي عند مراقبته لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء فإنه يتحقق أو لا من قيام الإدارة باتخاذ الإجراءات الشكلية قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، وعند اكتشافه عدم مراعاتها لهذه الإجراءات فإنه يحكم بعدم مشروعية الجزاء الموقع من قبلها وإستحقاق المتعاقد للتعويض إذا تسببت بتصرفها غير المشروع في إلحاق الضرر به، وبذلك تتحقق المسؤولية التعاقدية للإدارة.

إلا أن البعض يرى أن المسؤولية التعاقدية للإدارة في بعض الحالات لا تتحقق على الرغم من عدم مراعاتها الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء، كما في حالة ما إذا كانت الأخطاء المنسوبة إلى المتعاقد معها قد وصلت من الجسامة، الأمر الذي يسوغ في حد ذاته فرص الجزاء عليه.

وعليه، فلا يمكن القول كما هو الشأن في فرنسا، وكذلك في مصر، حيث أن تطبيق الجزاءات الجنائية على جرائم المتعاقدين في الحالات التي ينص عليها القانون، لا يقتضي وجوب الإعدار المسبق لأنه لا فائدة ترجى منه في مثل هذه الحالات.

وحتى المشرع الجزائري فقد فرض تحريك الدولة وحصرها وزير الدفاع مثل نظيره الفرنسي، فإذا لم تحرك الدعوى من قبل الوزير، فإن المحاكمة لا يمكنها أن تتم، وبالتالي فقد شمل القانون الجنائي الجزائري بالعقاب لكل الأفعال الخاطئة على المتعاقدين مع الإدارة.¹

¹ - إسماعيل بن يحيى الشريف مشرف، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماستير في الحقوق، قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر، 2008-2009، ص16.

خلاصة الفصل الأول:

لقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أهمية سلطة فرض الجزاءات من قبل الإدارة العامة على المتعاقد معها، عن كان ذلك بوجود خطأ منه أو بدون خطأ، مع بيان مدى أهمية هذه السلطة الممنوحة للإدارة والأساس القانوني لهذه السلطة على اعتبار أنها من أشد السلطات خطورة، مما يؤدي بالضرورة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وأن ذلك قد يكون له ما يبرره إذا ما نظرنا إلى تقديم المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام على المصلحة الخاصة للأفراد، مع ضرورة توافر الضوابط التي من شأنها ضمان حسن ممارسة الإدارة لسلطانها وحفظ حقوق المتعاقد معها، من خلال تزفير الضمانات القانونية التي تقرر التوازن بين طرفي العقد.

إن نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، يتميز بجملة من الخصائص التي تميزه عن الجزاءات المعروفة في نطاق القانون الخاص، إذ يمكن للإدارة بموجبه أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية مباشرة وبارادتها المنفردة، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، بل ودون حاجة لتضمين العقد نصا يسمح لها بممارسة حقها في توقيع الجزاءات، فهي بذلك تستمد هذا الحق من الخصائص الذاتية التي تتميز بها العقود الإدارية، و التي يراعي في تنفيذها دائما تغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود على المتعاقد، وهو ما يضمن حسن إنشاء وسير الموافق العامة التي وجدت العقود الإدارية لأجلها.

وفي الجزائر وعلى الرغم من اعتراف المشرع بحق الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقود الإدارية، إلا أنه يتخلل حقها هذا بعض النقائص من خلال تفادي المشرع الجزائري كفصل دقيق للجزاءات المالية، وبالخصوص الغرامة التأخيرية، نظرا لأهميتها الكبيرة في الواقع العملي، وذلك لكثرة حالات عدم التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته في الآجال المنصوص عليها، أو تنفيذها غير المطابق للمواصفات والمعايير المنصوص عليها في بنود العقد حيث لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته بوضوح، فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض وتحصيله بنفسها كجزاء مالي، كما هو مستقرا في التشريعات المقارنة ونخص بالذكر كلا من فرنسا ومصر، كما أنه لم يشير إليه من خلال المراسيم الرئاسية السابقة، وحتى المرسوم الجديد رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للجزاءات الضاغطة، حيث اكتفى بالنص على حق الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي، دون تحديده للأخطاء والأفعال التي تبرر لها توقيع هذا الجزء الخطير.

الفصل الثاني:

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري أثناء تنفيذ العقد الإداري

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية، وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، دون صدور خطأ من جانب المتعاقد معها، وهو بذلك حق خطير تكاد لا تجد له وجوداً في مجال علاقات القانون الخاص، إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك أو أباحه القانون بنص صريح، كما تكون بوضع أفضل من المتعاقدين معها، وهذا لأجل ضمان تنفيذ وسير الموافق العامة، وهذه القاعدة في حد ذاتها تعد أساس القانون العام، ويتمخض عنها بمقدرة الإدارة على إعادة النظر في موقفها من أوضاع المرفق المسؤولة عنه، حتى أثناء تنفيذ العقد، فإذا ظهر لها أن الأوضاع المحددة في العقد لم تعد تتماشى مع متطلبات العالم العام وإحتياجاته، فإنها تستطيع تعديل شروط العقد كمرحلة أولية، أو توقيع جزاءات على المتعاقد المقصر والمخل بالتزاماته معها كما لها كل السلطة بإنهاء العقد كمرحلة نهائية بإرادتها المنفردة بدون أن تبدي أسباب لهذا الانهاء، وهذه السلطات تعتبر من السمات المميزة للعقد الإداري، حيث اعترف القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر للإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية بمجموعة من السلطات الاستثنائية في مواجهة المتعاقدين معها لضمان سير وانتظام المرافق العامة وخدمة الصالح العام ومن أبرز السلطات التي تمارسها التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية هي سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، وهي نوعان:

أولاً: لجوء الإدارة إلى استخدام سلطاتها في إنهاء العقد الإداري إذ أحل المتعاقد بالتزاماته العقدية الموقع عليها بموجب العقد إخلالاً جسيماً بالمرفق العام، وهو ما يسمى بالفسخ الجزائي للعقد الإداري.

ثانياً: لجوء الإدارة إلى إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة وحسب تقديرها متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، حتى بعدم صدور أي خطأ من جانب المتعاقد.

والرقابة القضائية هي التي توازن سلطة الإدارة الواسعة في إنهاء العقد الإداري، وتمثل ضماناً فعالاً لا غنى عنها ضد تعسف الإدارة ومخالفتها للقانون.¹

¹ - توركان ابراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية-مصر، 2019، ص12.

فضرورات الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد هي التي تبرر لها إتخاذ هذا الإجراء، وينبغي أن يطغى قانون المرفق العام على قانون الإرادة، ما دمنا في عقود رائدها الأول هو تحقيق الصالح العام، فمتى انتفى ذلك الصالح ولا جدوى من الاستمرار في العقد، غير أن ذلك لا يعني إهمال المصلحة الخاصة المقابلة، إذ حق للمتعاقد في مقابل ذلك المطالبة ومن خلال القضاء المختص بالتعويض المناسب، وقد تبني المشرع الجزائري العمل بهذه السلطة من خلال نص المادة 150 من المرسوم التنفيذي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام والتي تنص أنه " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة حق بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.¹" وعليه فالإدارة بما تملكه من امتيازات ومظاهر السلطة العامة يمكن لها وضع حد نهائي للعقد الإداري وفك الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة لضرورات المصلحة العامة، وذلك أعمالا لمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة، مع مراعاة حق المتعاقد معها في التعويض عند الاقتضاء.²

ويختلف حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإدارتها المنفردة عن حقها في فسخ العقد كنتيجة لإخلال المتعاقد معها، فالأول امتياز يثبت للإدارة مراعاة الصالح العام المتمثل في مصلحة المرفق المسؤولة عن الإدارة، أما الحق في فسخ العقد فهو بصفة أساسية يعتبر جزءاً عن إخلال المتعاقد معها، أو خلاف الإعتبار الشخصي كحالة وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه أو إعساره، وحق الإدارة في إنهاء العقد يثبت دون الحاجة لنص يقرره، فهو نابع من النظام الاستثنائي الذي يحكم العقود الإدارية، ويعطي هذا الحق لإدارة في كافة أنواع العقود الإدارية، وحق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون خطأ من جانب المتعاقد معها يترتب له الحق في التعويض، والتعويض في هذه الحالة يكون تعويض كامل، أي يشمل ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة جراء استعمالها لهذا الحق وما فاتته من كسب.³

¹ - بو عمران عادل، المرجع نفسه، ص 223.

² - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص 276.

³ - أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، الإسكندرية-مصر، 2017، ص 157.

فحق الإهفاء الذي تملكه الإدارة مبني على سلطتها التقديرية وهذا بالتالي خاضع لرقابة القضاء، على أن ممارسة الإدارة لحق إنهاء الحق لا يعفيها من التعويض الكامل على المتعاقد عما يكون أصابه من ضرر أو فاته من كسب نتيجة لذلك.¹

إن الوضع يختلف في مجال العقود الإدارية لأن الهدف منها تحقيق المصلحة العامة، والإدارة العامة هي المسؤولة على ذلك، ما منحها القانون الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة متى قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك، ولقد إنقسمت الآراء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد معها، فيرى البعض أن حق الإدارة في هذا الخصوص يقوم على فكرة الصالح العام والمنفعة العامة، فيما يعتبر البعض الآخر أنه يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، ومنهم من يرى أن الأساس القانوني مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين.

ولمشروعية قرار الإهفاء فإنه يتعين صدوره عن مختص، والسلطة المختصة بإهفاء العقد الإداري هي ذاتها المختصة بإبرامه ما لم يرد في العقد نص يحدد هذا الإختصاص إلى جهة معينة، وألا يشوب هذا القرار أحد العيوب الموضوعية التي تؤدي إلى البطلان كالغلط أو الانحراف في استعمال السلطة.

وبممارسة القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإهفاء العقد للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيته وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإهفاء لم يقم على أسباب مشروعة، فإنه يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض المناسب والمستحق، دون أن تمتد سلطة القضاء للبحث في ملائمة القرار وإغائه، على أن القضاء يملك إلغاء قرار الإهفاء إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع، بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لها لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه.

وعلى هذا الأساس يمكننا طرح الإشكالية التالية: فيم يتمثل الإهفاء الإداري أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ وماهي شروط ممارسته؟ وماهو الأساس القانوني لسلطة الإهفاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية؟ وماهي أهم القيود والضوابط الواردة على سلطة الإهفاء أثناء تنفيذ العقود؟

¹ - حسن محمد عواضه، المبادئ الأساسية للقانون الإداري- دراسة مقارنة-، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1997، ص156.

ومن هذا المنطلق، ومن أجل معالجة هذه الإشكاليات، يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين (02)، هما :

1-المبحث الأول: ماهية في إنهاء العقد الإداري أثناء تنفيذ العقد الإداري.

2- المبحث الثاني: مظاهر وتطبيقات سلطة الإدارة على الإنهاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية وأهم مواقف وآراء الفقه والقضاء منها.

المبحث الأول: ماهية إنهاء العقد الإداري في نطاق تنفيذ العقد الإداري

إن العقود الإدارية كغيرها من العقود قد تنتهي نهاية طبيعية وذلك بعد تمام تنفيذها أو بانتهاء المدة المحددة لها، كما تنتهي نهاية غير طبيعية تكون قبل إتمام عملية تنفيذ العقد وإنقضاء آجال التنفيذ وهذه الحالة تأخذ صورة الفسخ، والفسخ يأخذ عدة صور تتمثل في:

الفسخ الاتفاقي، والفسخ بقوة القانون، والفسخ القضائي، وكذا الفسخ الإداري الذي يبني على أساس ما تتمتع به الإدارة العامة من إمتيازات السلطة العامة، وهذا الأخير يصنف بدوره إلى نوعين هما:

الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة دون حصول خطأ من المتعاقد لأن الإدارة قدرت أن المصلحة العامة تدعو إلى ذلك وهو الفسخ لدواعي المصلحة العامة، أما الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة فيكون نتيجة ارتكاب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً في تنفيذ العقد، ويعد الفسخ في هذه الحالة رادعاً للمتعاقد المخل بالتزاماته، فالإدارة تملك حق فسخ جزاء العقد بإرادتها المنفردة ولو لم ينص عليه العقد، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، وذلك باعتبار أن هذا الحق هو أحد مظاهر إمتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة بصدده تنفيذ عقودها الإدارية والمستمدة من ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وعليه يمكننا القول أن العقود الإدارية تنتهي نهاية طبيعية إما بتنفيذ الإلتزامات تنفيذ كاملاً أو بانتهاء المدة المحددة للعقد في حالة العقود المحددة المدة، أما إذ استمر التعاقد دون استظهار موافقة الإدارة الضمنية، فإنه يشترط لتعويض المتعاقد وجود مصلحة عامة محققة من العقد وإثبات حسن النية للمتعاقد، ناهيك عن ذلك وجود بعض الأحكام تعتبر عقد الإلتزام عقد فعلي إن لم تعترض الإدارة على ذلك، كما يمكن للعقد الإداري أن تكون نهائية قبل تحقيق أهدافه كامل أو قبل نهاية المدة المحددة له وهذه النهاية قد تأخذ أشكالاً متعددة قد ترجع تلك الأسباب إما باتفاق طرفي العقد (الفسخ الاتفاقي)، وإما ينتهي بقوة القانون أو حتى بحكم قضائي (الفسخ القضائي)، حيث يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء طالبا فسخ العقد، إذا تبين بأن الإدارة قد أساءت استخدام سلطتها العقدية وارتكبت خطأ جسيماً، كما تستطيع الإدارة فسخ العقد إذا أحل المتعاقد معها بأي شرط من شروطه، ويطلق عليه الفسخ الإداري ويذهب الفقيه "صلاح الدين فوزي"¹ في ذلك

¹ - صلاح الدين فوزي الفقيه الدستوري وأستاذ القانون العام عضو اللجنة العليا للإصلاح الدستوري بمصر.

بأن حق الإدارة في إنهاء التعاقد إذا كان فسخ العقد هو طريق لإنهاء التعاقد لكنه مشروط بوجود خطأ جسيم اقترفه المتعاقد، فإن إنهاء التعاقد كسلطة للإدارة يسمح لها بأن ينتهي الحالة التعاقدية دون خطأ من قبل المتعاقد، على أن يكون الدافع وراء ذلك هو المصلحة العامة.¹

ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكالية التالية: ما مفهوم الإنهاء الإداري أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ وماهي شروط ممارسته؟ وماهو الأساس القانوني لسلطة الإنهاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية؟ وماهي أهم القيود والضوابط الواردة على سلطة الإنهاء أثناء تنفيذ العقود؟ وعليه، ومن أجل معالجة الموضوع، يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث (03) مطالب، على النحو التالي :

1- المطلب الأول: مفهوم سلطة الإدارة في الإنهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري.

2- المطلب الثاني: القيود والضوابط الواردة على سلطة الإنهاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

3- المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإنهاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

المطلب الأول: مفهوم الإنهاء الإداري أثناء تنفيذ العقد

إن إنهاء العقود والفسخ كنظرية عرفت علاقات الأفراد فيما بينهم، ونشأت في القانون المدني، وبالتالي فالفسخ في العقود الإدارية بوجه عام هو مجرد إمتداد لنظرية الفسخ في القانون المدني والفسخ في العقود الخاصة، خاصة باعتبار العقد مصدرا من مصادر الالتزام، ورغم أن القانون الجزائري لم يعرف الفسخ كنظرية، إلا أنه أخذ به في القانون المدني الجزائري الصادر في 26 سبتمبر 1975،² ومنذ هذا التاريخ أصبح للفسخ نظرية في القانون المدني الجزائري، حيث يعتبر الفسخ طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري وهو من أهم السلطات التي تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، وكإمتياز يضعها في مركز أسمى يمكنها من إدارة العقد بطريقة تضمن لها تسيير المرفق العام على أحسن وجه بما يسمح لها بأداء مهمتها الأساسية وهي تلبية حاجات الجمهور، وهذا ما يدفعنا إلى البحث عن معنى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، وكذلك الأساس القانوني الذي تستند عليه هذه السلطة.

¹ - صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2000، ص160.

² - أنظر لموضوع الفسخ في القانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975

ووفقا لما ينص عليه القانون، فإنّ ما تعدّه إرادتين لا تحله إرادة واحدة، لكن الأمر ليس كذلك في العقود الإدارية التي تبرم بين الإدارة والأفراد، فالإدارة لا تكون بنفس المركز القانوني الذي يكون فيه الأفراد، كما أنّ المصالح العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها تعلو على المصالح الخاصة للأفراد لمقتضيات المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وعلى هذا الأساس سوف أقوم بتقسيم لهذا المطلب إلى ثلاث (03) فروع، من خلال تعريف الإهفاء الإداري للعقود في الفرع الأول، مع التطرق لأهم الخصائص التي يتميز بها في الفرع الثاني، وكذا تناول الشروط التي تبرر مشروعية الإهفاء في نطاق تنفيذ العقد الإداري في الفرع الثالث، على النحو الآتي :

الفرع الأول: تعريف الإهفاء الإداري للعقود

ثار جدل فقهي كبير حول التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، فهناك من اعتبرها مجرد صورة من صور التعديل الذي يطرأ على العقد، حيث يعد التعديل من أهم الحقوق والسلطات التي تتمتع بها الإدارة أثناء إبرامها وتنفيذها للعقود مع أشخاص القانون الخاص، بل يعتبرون الإهفاء مجرد امتدادا لتعديل أو صورة من صوره المختلفة، ورأي مخالف حيث يؤكّدون على أنّ سلطة الإهفاء سلطة مستقلة وقائمة بذاتها،¹ وسوف نبرز هذه الآراء المختلفة على النحو التالي :

أولا/-سلطة الإهفاء صورة من صور التعديل :

تعد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة أحد الخصائص المميزة للعقود الإدارية، والتي بمقتضاها تستطيع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري أن تعدل في التزامات المتعاقد معها وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة.

إن المتفق عليه في العقود الخاصة أن تعديل العقد لا يتم إلا بموافقة الأطراف عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في القانون المدني، وكذا مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكن الإدارة على خلاف ذلك، وفي إطار عقودها الإدارية تمتلك سلطة التعديل الإنفرادي دون الحاجة إلى رأي أو رضا المتعاقدين معها.²

¹ - عبد الحميد خليفة مفتاح، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات، الإسكندرية- مصر، 2007، ص83

² - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية -دراسة تشريعية، فقهية، قضائية-، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2002،

وتظهر سلطة التعديل الانفرادي في صور عدة لعل من بينها حسب أصحاب هذا التوجه، إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بل أن هناك شبه إجماع في الفقه المقارن على أن سلطة الإهفاء هي مجرد صورة من صور التعديل، فالقاعدة العامة حسب هذا الإتجاه أن تعديل العقد أو تعديل شروطه الزيادة أو النقصان، وسواء نص عليه العقد أم لم ينص، يوجد في كل العقود الإدارية عدا تلك الشروط التعاقدية في عقد الامتياز، فلا يجوز تعديلها إلا موافقة المتعاقد مع الإدارة لأنها ليست من قبيل الشروط اللائحة المتعلقة المرفق العام،¹ ويشمل نطاق التعديل البنود الآتية:

1- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:

حيث تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها وذلك بازديادها أو انتقاصها، والتعديل يرد على مقدار الإلتزامات وليس على نوعها.

2- التعديل عن طرق ووسائل تنفيذ العقد:

تستطيع الإدارة أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ لما تبين لها أثناء تنفيذ العقد ما ستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصادا وأكثر تقدما من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية.² ومن الفقهاء المؤيدين لهذا الإتجاه في فرنسا نذكر "ريفيرو"، "دي لوبادير"، وفي مصر الفقيه "سليمان محمد الطماوي".

أما بالنسبة للفقه في الجزائر، فلم نجد ما قيل في هذه المسألة، وعليه فإننا نرى ما يراه المشرع الجزائري الذي تكلم عن سلطة التعديل وسلطة الفسخ كل على حدى، هذا يعني أن سلطة الفسخ هي سلطة مستقلة عن سلطة التعديل.

ثانيا/ - سلطة الإهفاء سلطة مستقلة وقائمة بذاتها :

بالرغم من وجود شبه إجماع في الفقه الفرنسي والمصري على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ما هي إلا صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل، إلا أن الفقيه الفرنسي "بنوا BONOIT"³ ذهب بالقول إلى أن: "حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ

¹ - عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع نفسه ، ص84

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية-القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة-، منشأ المعارف الإسكندرية- مصر، 2007، ص22

³ - بيير بنوا صحفي وكاتب وفقيه فرنسي ولد في 16 جويلية 1886 وتوفي في 03 مارس 1962

مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي، فلكل منها نطاقها المستقل، إذ أن التعديل معناه أن فرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشمل الإهاء كل حذف جزئي أو كلي للالتزامات المتعاقد دون أن طلب منه تقديم بديل عنها، وبذلك فهو يعتبر إنهاء جزئي للعقد وليس تعديلاً له.¹ ومن مؤيدي هذا الإتجاه الفقيه "لورنس"² والفقه في مصر نجد الفقيه "محمد صلاح البديع".

وبالرجوع للفقه في الجزائر فإننا لا نرى له موقفاً معيناً لهذه المسألة، عدا اعتبار أن الفسخ الإداري هو طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري، ما يؤكد ذلك في المؤلفات التي اعتبرت أن سلطة الفسخ مستقلة عن سلطة التعديل وأنها موضوعة في خانة الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة باعتبارها سلطة من السلطات التي تمتلكها.

فموقف المشرع الجزائري كان واضحاً، حيث اعتبر أن سلطة الفسخ مستقلة عن سلطة التعديل، من خلال إفرادها بنصوص قانونية خاصة بها، وذلك في نص المادتين 112 و113 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الملغى،³ بينما تكلم عن سلطة التعديل ضمن ما سمي بالملحق، وهو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة، وهذا ما كنت قد تطرقت إليه في الفصل الثاني من الباب الأول حول تعديل العقود الإدارية، بينما الرأي المخالف يرى أن سلطة الإهاء التي تمتلكها الإدارة هي سلطة مستقلة بذاتها، والتالي لها مفهوم ونطاق ووسيلة وقيود مختلفة عن التي في سلطة التعديل.

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادته المنفردة تعني حق الإدارة في أن تنهي أو تلغي العقد أثناء سريانه وقبل انقضاء مدته رغم عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ، وذلك متى كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك من وجهة نظر الإدارة وأساس حق الإدارة في إنهاء العقد هو نفس الأساس الذي يسمح لها بتعديل شروطه، وذلك لاحتياجات المرافق العامة أو مقتضيات سيره، تلك هي فكرة المصلحة العامة التي تشمل سبب أو مبرر إنهاء العقد، ولما كان حق الإدارة في إنهاء العقد يجد أساسه في ضرورات ومقتضيات المرافق العامة، لذلك كان حق إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة حقاً أصيلاً مقررراً لها بقوة القانون، حتى لو لم ينص عليه صراحة في العقد، بل لو

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص22

² - لاسا فرنسس لورنس اوبنهام رجل قانون ألماني وأستاذ القانون الدولي ولد في 30 مارس 1858 وتوفي في 07 أكتوبر 1919 من أنصار المدرسة الوضعية.

³ - أنظر المادتين 112 و113 من المرسوم الرئاسي 10-236، السالف الذكر.

تصورنا أن هناك نصا يستبعد حق الإهفاء في العقد كان هذا النص باطلاً، لأن الإدارة هي التي تقرر استعمال حقها في الإهفاء، أي أن لها سلطة تقديرية في هذا الشأن.¹

هذا ويعرف الإهفاء الإداري بأنه قيام الإدارة بوضع نهاية للعلاقة التعاقدية القائمة بينهما وبين المتعاقد معها قبل انقضاء الأجل المحدد للتنفيذ²، وهو ما إصطلح على تسميته الفسخ الإداري أو الانفرادي، وقد تطرق له الفقه الجزائري، حيث أكد على أنه يمكن للإدارة الفسخ الإداري للعقد اما بخطأ المتعاقد أو لدواعي المصلحة العامة.

كما تجدر الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد للمصلحة العامة تختلف عن الفسخ الإتفاقي الذي يتفق عليه الطرفان في القانون الخاص، كما تختلف عن سلطة الإدارة في فسخ العقد كجزاء تفرضه على المتعاقد الذي ارتكب أخطاء جسمية في تنفيذ العقد.³

ومراعاة لمبدأ الملائمة والتكيف الذي يحكم المرافق العامة، يمكن للإدارة العامة إنهاء العقد الإداري بإدارتها المنفردة، وإن لم يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد، ودون حاجة للرجوع للقضاء لتقريره، إذا اقتضت ذلك مقتضيات الصالح العام، إذ يمكن للجهة الادارية فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا وجدت أن مقتضيات الصالح العام تتطلب ذلك، وأن تنفيذ العقد أصبح لا يتلائم مع حاجيات المرفق العام.

ويجمع الفقه الإداري على اعتبار أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، ودون خطأ من المتعاقد من النظام العام، وهي حق ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية سواء نص عليها العقد أو القانون أو لم ينص، ونستند في ذلك إلى فكرة المرفق العام وامتيازات السلطة العامة.

كما يترتب على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة مجموعة من النتائج تشكل ما يمكننا ذكره :

- لا يحق لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ممارسة هذه السلطة.
- تتمتع الإدارة بهذه السلطة كإمتياز مباشر، ودون حاجة للجوء إلى القضاء لتقرير الإهفاء باعتباره من النظام العام.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص534 وص535

² - محمد عبد الله محمود، انهاء العقد الاداري بالارادة المنفردة، دار الثقافة، الاردن، 2002، ص44.

³ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص249.

- لا يجوز للمتعاقد الاعتراض على هذه السلطة، أي لا يجوز له الاعتراض على ممارستها لحقها مادام حقه بالتعويض الكامل مضمون.

- للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة حتى قبل إنتهاء الأجل المحدد للعقد وحتى في حالة سكوت العقد ذاته على النص عليه بالإهاء.

هذا وتعد سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة سلطة مستقلة عن سلطتها في التعديل، إذ يرى جانب من الفقه في مصر ان سلطة الإدارة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة تعد صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري على أساس أن إنهاء العقد هو تعديل للشرطة الخاص بمدة العقد،¹ إلا أن البعض الآخر يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانبها لدواعي المصلحة العامة هي سلطة قائمة بذاتها ومستقلة عن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، وذلك لأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يترتب عليها انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، ووضع نهاية قاطعة للعقد، على عكس سلطة الإدارة في تعديل العقد التي لا يترتب عليها انقضاء العقد، بل يستمر وتظل الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد مع الإدارة من دون إقضاء العقد نفسه،² ويقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل.³

فالقضاء الإداري أقام نظام المسؤولية التعاقدية للإدارة بدون خطأ، والذي يعطي للمتعاقد الحق في التعويض عن الاستخدام لهذه السلطة، بشرط أن يصيب المتعاقد ضرر نتيجة إنهاء عقده، فالتعويض هنا مقامة للضرر، وهو يشمل عنصرين هما: الخسارة التي لحقت بالمتعاقد والكسب الذي فاته، ولكن إذا ثبت أن إنهاء العقد لم يترتب ضرر للمتعاقد ولا محل للتعويض.⁴

أطلق عليه بعض الفقه مصطلح الفسخ الجزائي ولقد تعددت التعاريف الفقهية للفسخ الجزائي، حيث عرفه بعض الفقه بأنه " قيام الجهة الإدارية بحل الرابطة التعاقدية التي تربطها بالمتعاقد معها، نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزامته"، في حين عرفه البعض الآخر بأنه: " ذلك الخطأ الشديد الجسام، الذي

¹ - سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية-دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1984، ص710.

² - محمد صلاح عبد البديع، سلطة الادارة في اهاء العقد الاداري-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الزقازيق-مصر، 1993، ص436 وما يليها.

³ - عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1973، ص274.

⁴ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص250.

تستطيع الإدارة المتعاقد أن توقعه على المتعاقد معها، الذي قصر في تنفيذ إلتزاماته العقدية، حيث يترتب عليه استبعاد نهائياً عن تنفيذ العمل موضوع العقد.¹

أما البعض الآخر فيرى أن الفسخ: " هو الجزاء الذي يمكن للإدارة توقيعه على المتعاقد معها إذا ارتكب خطأ جسيماً، لم يعد ممكناً معه الاستمرار بتنفيذ العقد تنفيذاً سلاماً."

ولقد جاء القانون المنظم للصفقات العمومية لينص على حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري كجزاء على إخلال المتعاقد بالتزامته وهذا ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247² وبناءً على ما جاء في المادة السالفة الذكر فإنه أن نعرف الفسخ بأنه " قيام المصلحة المتعاقدة بإهاء الرابطة العقدية التي تربطها بالمتعامل المتعاقد المخل بالتزامته العقدية بعد إعساره للوفاء بالتزامته، دون أن يكون له الحق في الإعراض على قرار الإهاء."

وباستقراء نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247³، نجد أنها جاءت غامضة وهذا من خلال قوله "لم ينفذ" وهو ما يحمل لنا معنيين متباينين:

- **المعنى الأول:** وهو المتعاقد لم ينفذ أحد الإلتزامات الموكلة إليه.

- **المعنى الثاني:** أنه بدأ الأشغال وتنفيذ العقد ولكنه قصر من خلال ارتكابه خطأ جسيم في التنفيذ يكون من خلاله حق الإدارة في فسخ العقد.

وتعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري كجزاء على المتعامل المتعاقد المخل بالتزامته، حق ثابت ومقرر للإدارة دون حاجة إلى النص عليه في العقد وحتى إن نص عليه العقد يكون كاشف لهذا الحق فقط وليس مقرر له.

في الأخير يتضح لنا أن إنهاء العقد كجزاء عن سلطتها في إنهاءه لدواعي المصلحة العامة إذ لا يمكنها إتخاذ قرار الفسخ إلا إذا تبين لها أن المتعاقد لم يعد قادراً على تنفيذ إلتزامته كاملة لإخلاله بالمهام المسندة إليه فلا يبقى أمام الإدارة إلا فسخ العقد.⁴

وعليه، فالعقود الإدارية تنقضي بشكل عام بطرق مختلفة، إما بصورة طبيعية، ويتم الانقضاء الطبيعي أو العادي للعقود بصفة عامة، وذلك في حالتين الأولى عن طريق تنفيذ الإلتزامات الواردة

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص161.

² - أنظر المادة 149 من المرسوم التنفيذي 15-247، السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 143 من المرسوم التنفيذي 15-247، السالف الذكر.

⁴ - جهاد جودي، المرجع نفسه، ص44.

في العقد كاملة، وهذا هو الأصل العام، والحالة الثانية، ينقضي فيها العقد بانقضاء المدة المحددة لبقائه، من كان من عقود المدة، ذلك أن من العقود الإدارية ما يرتبط بقاءه بمدى زمن محدد.

كما قد يكون انقضاء العقود الإدارية بصورة غير طبيعية، كما هو الحال بالنسبة للفسخ الاتفاقي، الفسخ بقوة القانون أو الفسخ القضائي، ولا تعدو سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري أن تكون مجرد طريقة من طرف الفسخ السابقة فهي طريقة مبتسرة يطلق عليها الفقه المقارب بالفسخ الانفرادي أو الفسخ الإداري أو الفسخ من جانب واحد،¹ وعليه فيمكننا تعريف الإهاء الإداري على أنه جزء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة المتعاقدة على المتعاقد معها والذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما ينبغي، حيث تقوم الإدارة بإهاء التعاقد معه بصورة مباشرة تفرضها ضروريات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد.²

الفرع الثاني: خصائص الإهاء الإداري

يتميز الإهاء الإداري لخاصيتين جوهريتين هما :

أولاً: أن الإدارة تقرر ذلك الإهاء بموجب قرار انفرادي، من جانب واحد، وبناء على سلطتها التقديرية، وحقها في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى اللجوء للقضاء كما هو الشأن بالنسبة لجزاء إنقاذ الالتزام.³

ثانياً: أنه يترتب على توقيع هذا الجزاء فسخ العقد وإبتعاد المتعاقد معها بصورة نهائية من تنفيذ محل العقد، ويتميز الإهاء الجزائي للعقد الإداري عن مختلف إجراءات الضغط الاحتياطيات الشائع استخدامها في العقود الإدارية، بأنه على عكس هذه الإجراءات يضع معها حداً ونهاية حاسمة للعقد إذ يعد من أسباب انقضائه، وتجد مبررات في وجوب إعطاء الإدارة حق العدول عن مشاركة المتعاقد معها الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته نحوها على وجه مرض في أداء الخدمات والمنافع العامة، وذلك حتى تضمن دوام انتظام سير العمل بتلك المرافق، والإهاء يعتبر قمة الجزاءات التي تمتلك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدية، بعد استفاد كافة

¹ - يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2019، ص198.

² - توركان إبراهيم علي، المرجع نفسه، ص71.

³ - هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، الطبعة الأولى، مكتبة سعيد رأفت، جامعة عين شمس-مصر، 1979، ص250.

الوسائل في إصلاحه وفقدانه ثقة الإدارة بالتعامل معه، نتيجة لتؤكد يقين لديها بأن التعامل معها في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي من أجل تحقيقها تم إبرام العقد. هذا وقد استقر مجلس الدولة المصري على تقرير أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المختلفة ضد متعاقديها ومن بينها سلطة الإهاء للعقود الإدارية، إنما وجدت أساساً لصالح الإدارة بحيث تعين الاعتراف والتسليم بها، حتى ولو لم ينص عليها العقد صراحة، تلك الجزاءات المختلفة التي لا تستهدف في واقع الأمر تقوم الإعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية قدرما تتوخى تأمين سير المرافق العامة وبعبارة أخرى، فهي لا تستهدف فقط إعادة توازن بين الالتزامات المتبادلة التي تنشأ بين طرفي العقد، ولا يتسم بطابع العقوبات الموقعة على المتعاقد مع الإدارة، وإنما هدفه الأسمى والأساسي هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرافق العامة، أو استبعاد الإخلال الذي يكون قد لحق به، ويترتب على هذه الفكرة نتيجة هامة، محصلتها أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولم ينص عليها العقد، بمعنى أدق ومفصل فإن جهة الإدارة لا تستمد من طبيعة المرفق العام، واتصال العقد به ووجوب الحرص على نظام سيره وإستمادته دون انقطاع، وفي تعهد للإدارة له وإشرافها عليه ما يحقق المصلحة العامة، ومن هنا يمكن القول أن الإدارة بإمكانها مباشرة تلك السلطات ومنها سلطة الإهاء حتى ولو لم ينص عليها العقد الإداري.¹

الفرع الثالث: الشروط التي تبرر مشروعية الإهاء في نطاق تنفيذ العقد الإداري

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة تعتبر سلطة تقديرية وليست مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادت ومتى شاءت، لأنها تستهدف في ذلك تحقيق المنفعة العامة، مع مراعاتها لجميع الشروط الأزمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية.²

وعلى هذا الأساس سنتناول بعرض هذه الشروط، على النحو التالي:

أولاً/ - السلطة المختصة بإصدار الإهاء الانفرادي للعقد الإداري:

إضافة إلى شرط المصلحة العامة الذي يبرر مشروعية الإهاء، يشترط الفقه صدور القرار مستوفياً لجميع الشروط الشكلية والموضوعية التي تؤثر في سلامة القرارات الإدارية الصادرة عن سلطة تقدير كشرط الاختصاص والمحل والشكل ومطابقة القانون، كما يتعين على الإدارة عند اتخاذ قرار إنهاء العقد الإداري جميع إجراءات وأشكال الإهاء التي ينص عليها العقد أو القانون،

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 72 وص 73.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 113.

ولابد صدوره من السلطة المختصة التي أبرمت العقد، ما لم يرد في العقد نصوص تحديد سلطة أخرى للتعقد عليها الاختصاص بأهائه، كما يتعين لمشروعية قرار الإدارة بإهاء العقد الإداري استعمال لسلطتها التقديرية ألا يشوب قرارها أحد العيوب الموضوعية التي تؤدي إلى بطلانه كالغلط في الواقع والانحراف في استعمال السلطة.¹

ولأن إهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ليس بجزء توقعه الإدارة على المتعاقد معها نظير خطأ إقترفه أو ما شابه ذلك، فلا يشترط فيه الإعدار على النحو المعمول به بالنسبة للفسخ الجزائي.²

ويقصد بالاختصاص الصلاحية القانونية التي تمنح لهيئة عامة أو موظف مباشرة ما يكلف به من الأعمال القانونية، وكما هو معلوم فإن قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام حتى يكون قرار الإدارة بإهاء العقد مشروعاً، ولابد من صدوره من الجهة الإدارية المختصة بإصداره، فهي لا تمتلك سلطة تقديرية إزاء هذا الركن، فهي إما أن تكون مختصة يحق لها إصدار القرار، أو غير مختصة فلا يجوز لها ذلك، فصاحب الاختصاص في إصدار قرار إهاء العقد الإداري هو الشخص الذي قام بإبرام العقد ممارساً سلطة الإهاء عن طريق أجهزته المختصة ما لم يحدد العقد ذاته سلطة أخرى تختص بأهائه العقد.³

على الرغم من أن سلطة الإدارة في إهاء العقد سلطة تقديرية إلا أنه لا يقصد من ذلك عدم خضوعها لسلطة القضاء، وإنما اشترطت قيوداً لصحة ممارسة هذه السلطة، حيث يكون الإهاء يؤدي للمصلحة العامة، وإلا يكون قرارها مشوباً بعين إساءة استعمال السلطة، فالقوانين حين تمنح الجهة الإدارية لبعض السلطات تخضع غالباً لممارسة هذه السلطات لبعض الإجراءات الشكلية، وتستهدف من ذلك إلى تحقيق غرضين أساسيين، أولهما صالح الإدارة وثانيهما ضمان حقوق الأفراد المتعاونين معها، لأن اتباع هذه الإجراءات تؤمن سلامة القرارات الصحيحة مجتذبة في ذلك القرارات العفوية والإرتجالية التي تكون غالباً إما خاطئة أو غير عادلة، وحتى تؤدي الإجراءات

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص443.

² - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص140 وكذا أشار إليه في كتاب: بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص260.

³ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص114 وص115.

الشكلية إلى إلغاء قرار الإهاء يجب أن تكون منصوفا عليها سواء في العقد أو القوانين أو اللوائح.¹

كما يجب أن يكون قرار الإدارة خاليا من العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الإدارية الصادرة بناء على السلطة التقديرية كالغلط إذا تسببت الجهة الإدارية قرارها في إهاء العقد تسببا معيباً، كالانحراف في استخدام السلطة إذا استهدفت الإدارة في قرارها بأهأ العقد تحقيق المصلحة المالية فقط وليس تحقيق مصلحة المرفق أو المنفعة العامة،² وفي هذا الصدد يثور تساؤل عما إذا كان قرار الإدارة بإهاء العقد الإداري يخضع للتصديق من جانب سلطة الوصاية، طالما كان قيام الجهة الإدارية بإبرام العقد خاضعاً لتصديق من سلطة الوصاية؟

خرج مجلس الدولة في أحكامه على قرار بعدم لزوم تصديق سلطة الوصاية عند الفسخ حتى ولو تطلب إبرام العقد تدخل هذه السلطة، إلا إذا ورد نص على خلاف ذلك، بالرغم من أنه في بادئ الأمر وطبقاً لمفهوم مبدأ توازي الاختصاصات والأشكال ذهب إلى تعديل سلطة الوصاية يكون واجباً عند إهاء العقد إذا كان إبرام العقد كان قد استلزم التصديق، حتى في حالة غياب نص في العقد أو القانون.³

ثانياً/ - الشكل القانوني الذي يمكن أن يتخذه قرار إهاء العقد الإداري:

قد يثار التساؤل حول الشكل القانوني الذي يجب إصدار فيه قرار الإدارة بالانتهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وهل لابد من إصداره في شكل قرار إداري وفردى أو يصدر في شكل قرار تنظيمي أو لائحي؟

حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، إلى أن سلطة إهاء العقد الإداري بواسطة الإدارة لدواعي المصلحة العامة، يمكن أن تأخذ الشكل القانوني الصادر عن الحكومة، والذي بموجه يقضي بإهاء مجموعة من العقود الإدارية معاً.⁴

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص444.

² - توركان إبراهيم علي، مرجع نفسه، ص116.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص446.

⁴ - توركان إبراهيم علي، المرجع نفسه، ص116.

أما مجلس الدولة المصري فقد ذهب على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد وإن كانت سلطة تقديرية تمارسها الإدارة متى رأت أن الصالح العام يقتضي إعلانها، إلا أن الغرض منها هو عدم التعسف في استعمال السلطة.

ويترتب على استعادة الإدارة لسلطانها في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري حق المتعاقد في التفويض عن إنهاء عقده إذا أصابته أضرار من هذا الاجراء، وما عليه سوى إثبات الضرر الذي لحق به، شرط أن لا يتضمن العقد في طياته نص يؤكد العكس.¹

وعليه، وطبقاً لآراء الفقه والقضاء الفرنسي الحديث، فإن قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد لا يسري عليها القانون، فهي قرارات ليست واجبة التسبب من جانب الإدارة على عكس قرارات الإدارة بالفسخ الجنائي للعقود الإدارية بسبب الخطأ الجسيم المرتكب من جانب المتعاقد.

وبالتالي فهي شروط لممارسة سلطة الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية تطبق على كل طوائف العقود الإدارية، وبترتب على عدم مراعاتها بطلان قرار الفسخ وجواز إلغائه، بالرغم من الانتقاد الذي لوقي من طرف بعض الفقهاء الفرنسيين لهذا الاتجاه معتبرين ذلك تجاوز السلطة الإدارة في الإنهاء لبعض العقود كعقود الأشغال العامة، مستندين في ذلك على الضرر الذي قد يلحقه بها.

أما في مصر فإن القضاء الإداري قد أكد إختصاصه بإلغاء قرار الفسخ وسائر القرارات الأخرى المخالفة للقانون التي تصدر خاصة في شأن عقد الأشغال العمومية.²

المطلب الثاني: قيود وضوابط استعمال الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري

إذا كانت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة تستعمل في ضوء من السلطة التقديرية للإدارة، إلا أنه لا يجب ان تكون هذه السلطة تحكمية، وبالتالي فلا بد من وضع قيود على سلطة الإدارة في استعمالها لهذا الحق، ولعل أهم قيد في هذا العدد هو ضرورة ارتباط في الإدارة بتحقيق الصالح العام، كما لا بد أن يتم قرار إنهاء العقد في إطار من المشروعية من خلال صدور القرار من السلطة المختصة.³

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص446.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص449.

³ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص175.

وعليه، فسلطة الإدارة ليست مطلقة في إنهاء العقود الإدارية بل لا بد من توافر شروط وضوابط تحول دون تجاوز تلك السلطة لصلاحياتها، إذ يشترط لمشروعية ممارسة الإدارة لسلطتها توافر شرطين أساسيين لا ثالث لهما، وهو ما ذكرناها سابقا.

وتطبيقا لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا على أن الحق المخول للجهة الادارية ليس مطلقا بل مقيد بشرطين، الأول أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق في إنهاء العقد، والثاني توافر الإقرار إلى إنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية، أي ألا يكون القرار مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة،¹ وهذا ما سوف نتطرق إليه بالتفصيل من خلال هذه الدراسة، بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين (02)، أتناول في الفرع الأول كون هدف الانهاء مرتبط بتحقيق المصلحة العامة، وأما الفرع الثاني أحاول إبراز كون قرار الانهاء صادر في إطار المشروعية لصحة الاعمال المبنية على السلطة التقديرية للإدار، وذلك على الشكل الآتي :

الفرع الأول: كون هدف الانهاء مرتبط بتحقيق المصلحة العامة

لا تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد مطلقة، ولكنه تقوم على أساس محدد يتمثل في ضرورة تمكن الإدارة من إنهاء عقودها الإدارية التي لم تعد تتوازي مع متطلبات وحاجيات المصلحة العامة وكذا المرافق العامة، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي والمصري وحتى العراقي، حيث اشترط وجوب إستناد الإنهاء إلى باعث المصلحة العامة، أو مصلحة المرفق العام، وإلا كان إنهاء العقد تعسفيا أو ليس له ما يبرره، فالمنفعة العامة تمثل الباعث والغاية للنشاط الإداري، فإستهداه المحكمة العامة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، وذلك على عكس نشاط الأفراد الذي يهدف من وراءه المحكمة الخاصة والفردية.²

فالمقصد العام للإدارة من إقدامها على إبرام العقود الإدارية الهدف منه تحقيق الصالح العام، فلا بد أن يكون الباعث على إنهاءها أيضا هو الصالح العام، فإنها للعقود الإدارية نهاية غير طبيعية لا بد أن تقتضيه المصلحة العامة، والأمر يكون كذلك حالة ما إذا كان الاستمرار في العقد يتعارض مع المصلحة العامة أو لم يعد محققا لها، فقرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة يكون صحيحا مادام مستندا في مبرراته على مقتضيه المصلحة العامة، فإذا كانت هذه الأخيرة غير محققة

¹ -حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 2289، لسنة 30، جلسة 20 مارس 1990، مجموعة مبادئ السنة الخامسة والثلاثون، ص421.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص101.

في هذا القرار فإن قرارها يكون مشوباً بعيب الخطأ مما يستدعي حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض، فهي بذلك تتوخى المصلحة العامة في كل عقودها الإدارية حال إهاءها، حتى ولو كانت سلطة الإهاء منصوص عليها في العقد،¹ وإذا كان تحقيق المصلحة العامة هو سند الإدارة في الإهاء الانفرادي للعقد الإداري، فإن هذا السند القانوني يجب أن يكون قائماً في تاريخ معاصر لصدور قرار الإهاء.

أولاً/ - موقف مجلس الدولة الفرنسي والمصري والعراقي بتوافر المصلحة العامة المبررة لإهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة:

إن إهاء الإدارة الانفرادي للعقد الإداري يكون غير مشروع إذا كان دفعها إلى إصداره أسباب شخصية كان يقصد به الكيد للمتعاقد مع الإدارة أو كان هذا الإهاء لأسباب سياسية أو دينية لدى المتعاقد لا تروق الإدارة لعدم اتفاقها مع التوجيهات العامة في الدولة،² فإذا تخلف هذا الشرط كان قرار الإدارة متخالفاً لمبدأ المشروعية وفي هذا العدد نستعرض بعض الحالات التي قضى لها مجلس الدولة الفرنسي والمصري والعراقي بتوافر المصلحة العامة المبررة لإهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، ونذكر منها ما يلي:

1- مجلس الدولة الفرنسي:

ونذكر منها إنهاء عقود الأشغال والتوريد بسبب توافر المصلحة العامة المتمثلة في عدم فائدة استمرار هذه العقود نتيجة توقف القتال في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، وبالتالي زوال الحاجة إلى العقود نتيجة لذلك.³

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 06 جوان 1930 في قضية ترسانات بناء السفن، بإنهاء عقود توريد كاسحات ألغام بعد توقف العمليات الحربية، كما قضى ذات المجلس في حكمه الصادر بتاريخ 06 مارس 1955 في قضية شركة كابل، بفسخ عقد إصلاح وتحسين منشآت توصيل المياه في إحدى المدن لإنقضاء إحتياجات المدينة بسبب إنضمامها إلى المشروع العام لتوصيل المياه وسيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة.⁴

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص176.

² - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص138.

³ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص107.

⁴ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص258.

2- مجلس الدولة المصري :

ومن تطبيقاته القضائية في مجلس الدولة المصري ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 21 نيسان 1963 والمتضمن فسخ عقد توريد ورنيش أحذية بسبب تغيير نوع الجلد المستعمل في وضع أحذية الجنود، وأصبح بذلك صنف الورنيش المتفق عليه غير صالح للاستعمال.¹

هذا وذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن إلى أن العقد المبرم بين مصلحة التنظيم وأحد الأفراد بشأن تأخير مقصف المصلحة، وإن كان قد نص فيه على حق المصلحة في إلغاءه في أي وقت تشاء، إلا أن ذلك منوط لمصلحة عامة تقتضيه، وأن الإدارة إذا ذكرت أسباب القرار فإن للقضاء الحق في مراقبة هذه الأسباب،² كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن قضت بأنه إذا ثبت أن ما تم التعاقد عليه مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجلها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود كما سبق وأن ذكرنا، فللإدارة الحق في تحليلها من التعاقد، حيث تعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض لوجه عام، مقياسه الضرر المباشر، ويمثل عنصرين جوهرين هما الخسارة التي يحقق الضرر وكذا الكسب الذي فاته.

هذا وقد قضت المحكمة نفسها بأن حق الإدارة في فسخ العقد لا بد أن يثبت استخدامه للصالح العام، والفسخ للتعاقد مع متعاقد آخر لتحقيق منفعة أكبر للإدارة خطأ يبرر التعويض المقضي به عليها.³

3- مجلس الدولة العراقي :

وعلى صعيد القضاء العراقي، وبالرغم من نذرة الأحكام المتعلقة بهذا الشأن، غير أن اتجاه محكمة تمييز العراق يدل بوضوح أن الإدارة تستطيع إنهاء العقد الإداري، إذا كانت المصلحة العامة تستلزم ذلك، حيث ذهبت المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1967 إلى تأكيد حق الإدارة في إصدار قرار بإلغاء عقد التزام المرافق العامة إذا كانت المصلحة العامة تستدعي ذلك.⁴

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص108.

² - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص138، وأشار إليه في كتاب : محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص176.

³ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص258.

⁴ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص108.

ثانيا/ - حالات توافر شروط المصلحة العامة التي تبرر إنهاء العقد الإداري:

ونستعرض منها بعض الحالات التي تبرر إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة بتوافر المصلحة العامة كشرط جوهري في ذلك، وهي كثيرة التنوع، ولا يمكننا حصرها بدقة متناهية، إنما يمكننا ذكر ما يأتي :

أ/ - زوال احتياجات المرفق العام الذي أبرم العقد لأجله

بمجرد زوال الغرض الذي تعاقدت الإدارة من أجله يصبح تنفيذ العقد دون فائدة، واستمراره لا يفيد الصالح العام بأي شيء ودون إضافة تذكر وقد تتغير بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد الإداري الظروف التي دفعت الإدارة إلى تعاقد عما كانت عليها عند التعاقد، فإذا تبين بعد التعاقد أن العقد لم يعد مجديا ولا صالحا ولا مفيدا بسبب تغير الظروف لتحقيق المصلحة العامة، فإنه يكون للإدارة في هذه الحالة الحق في إنهاء هذا العقد بحرية وبدون أي قيد وضابط، ويعد هذا السبب للانتهاء الانفرادي للعقد من أكثر الأسباب الشائعة.¹

ب/ - حدوث ظرف اقتصادي طارئ غير ذلك السائد أثناء إنهاء العقد.

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بحق إنهاء العقود الإدارية التي تزيد عن احتياجاتها الفعلية بسبب تغيير في الظروف الاقتصادية، مناطها أسباب طارئة لم تكن متوقعة الحدوث، ويكون هذا الإنهاء ضروري لا مفر منه، وهذا الأجل تحقيق الأعباء عن الخزينة العمومية للدراسة وحمائتها، وهذا نائد التطبيق في معظم الدول في الحالات الطارئة.

ثالثا/ - حالات إعادة تنظيم المرفق العام بما يلائم مع التطورات الحاصلة:

تقوم الإدارة في بعض الحال بإنهاء عقدها الإدارية بإرادتها المنفردة، حاجة مرفق العام في ذلك ولاحتياجاته الضرورية، من خلال إعادة تنظيم هذا المرفق من جديد واستحداثه بما يتناسب مع ماهو حامل من تطورات علمية ونقديت حديثة وتكنولوجيات، بما يلائم من عناصر بشرية ومعدات ومنشآت وأدوات، كأنها الإدارة عقود بعض العاملين في مستشفى حكومي لإعادة تنظيمه موازاة مع التطورات الحديثة التي تنوي القيام بها، من خلال تزويده بالوسائل والأجهزة الطبية الحديثة التي تحتاج إلى عاملين جدد ذو مهارات فنية خاصة.

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 107.

رابعاً/- حالات عدم توافر شروط المصلحة العامة المبررة لإهفاء العقد الإداري:

وهي الحالات التي رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي والمصري لتوافر شروط المصلحة العامة التي يبرر إنهاء الإدارة لعقودها بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها، ونذكر على سبيل المثال، منها:

أ/- الإهفاء لأسباب ذات طابع شخصي أو عقائدي:

لا يجوز للإدارة ممارسة سلطاتها في الإهفاء الانفرادي لعقودها الإدارية بناء على أسباب شخصية محضة أو حتى تتعلق بحرية المعتقد الديني، كالإكيد للمتعاقد معها بسبب ما، حيث يجعل من قرار الإهفاء مشوباً بعد المشروعة، ومناطق هذه المشروعية هو المصلحة العامة،¹ أو حتى العداء الشخصي للمتعاقد، لأجل أن المتعاقد معها لا يطيب لها على الرغم من عدم إرتكابه لأي خطأ أو مخالفة أو تقصير منه في تنفيذ العقد الإداري، وهي بذلك ترتكب أخطاء ذات طابع شخصي محض لا علاقة له بأمور تقنية أو مالية أو حتى فنية أو لأسباب عقائدية تمس حرية الديانة الشخصية للمتعاقد معها، كإهفاء عقد استخدام في المرفق العام بسبب اعتناق المتعاقد مع الإدارة عقيدة دينية معينة،² فحرية المتعاقد تكفله معظم دساتير الدول ومنها تخص بالذكر الدستور الجزائري وما نصت عليه المادة 42 من دستور الجزائر، والذي قضى بأنه لا مساس بحرية المعتقد وحرمة حرية الرأي، حرية ممارسة العبادة مضمونه في ظل احترام القانون.³

ب/- الإهفاء لأسباب ذات طابع سياسي ومالي :

يرى بعض الفقهاء خاصة الفرنسيين منهم أنه يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري بإدارتها المنفردة عندما يتعلق الأمر بأسباب مالية تخص الإدارة كتتحقيق مصلحة مالية للإدارة، فمن حق الإدارة إنهاء العقد الإداري لأجل تحقيق أسباب مالية، وهي ليست في حاجة إلى إعطاء حجج وتبريرات في هذا الشأن، فحقها يعتبر حقاً مطلقاً.

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص177.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص111.

³ - أنظر المادة 42 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ص13.

كما يمكنها الإهاء لأسباب تعد في حد ذاتها ذات طابع سياسي أو حتى النشاط النقابي للمتعاقد معها، حيث حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة بفصل العمال المتعاقدين لذات الأسباب السياسية أو النقابية.¹

فإقدام الإدارة على إنهاء العقد الإداري لما يشكله تنفيذه عليها من أعباء مالية، أو تكون رغبة في إبرام تعاقد جديد يحقق لها مزايا مالية يجرمها منها التعاقد القائم بالعدد الفعلي، وقد جاء في هذا العدد عن مدى مشروعية إنهاء العقد الإداري لأسباب مالية، إجابة من محكمة القضاء الإداري بالنفي حيث ذهبت الى أن حق الإدارة في إنهاء تعاقداتها الإدارية لدواعي المصلحة العامة، لا يسمح لها بتهديد العقود المبرمة معها، والساري تنفيذها كلما عنت لها فرصة أو لاح لها في الأفق أمل في سبيل الحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه من هذه العقود دون أن يكون هناك مصلحة عامة أخرى تقتضي إنهاء هذه العقود، فلا يجوز للإدارة إنهاء العقد لمجرد رغبتها في طرح محله.²

الفرع الثاني: كون قرار الإهاء صادر في إطار المشروعية لصحة الاعمال المبنية على السلطة التقديرية للإدارة

حتى يكون قرار الإدارة بالإهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة صحيحا، لا بد من صدوره من السلطة المختصة، وغالبا ما تكون هذه السلطة هي الجهة التي أبرمت العقد طبقا لقاعدة توازي الاختصاصات، ما لم يوجد نص في العقد يحدد سلطة أخرى تختص بذلك، أما عن الشكل القانوني للقرار فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 25 جانفي 1963 في قضيته **"Socute des alcoolsvexins"** بإمكانية إنهاء الإدارة لعقودها الإدارية إما عن طريق إصدار قرارات فردية، أو عن طريق قرارات تنظيمية تصدر بإنهاء مجموعة من العقود الإدارية معا.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يعتد بأثر التدبير العام والصادر بإنهاء مجموعة من العقود الإدارية إلا بعد صدور قانون يصدر قانون يستند عليه وإقراره من السلطة المختصة كما أن هذا التدبير العام لا يعتد بأثره في إنهاء العقد الإداري إلا بعد إنقضاء المدة المنصوص عليها في القانون ليبدأ سريانه.³

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص112.

² - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص139.

³ - بشار رشيد حسين المزوري، المرجع نفسه، ص259.

إضافة إلى ما تطرقنا إليه آنفاً، وإثراء لهذا الموضوع، فيمكننا الإسترسال أكثر من خلال القول أنه ومن أجل تقرير عقوبة الفسخ الجزائي في العقود الإدارية لا بد من توافر شرطين أساسيين، سنوضحهما فيما يلي:

أولاً- وقوع خطأ جسيم من قبل المتعاقد:

لا يعتبر كل خطأ صادر من المتعاقد سبباً مبرراً لتوقيع الإهاء الجزائي عليه بل لا بد أن يرتكب المتعاقد خطأ على درجة معينة من الجسام، والخطأ الجسيم يعرف على أنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري،¹ ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة نذكر منها:

أ- عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة.

ب- التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة.

ج- عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة.

د- التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة.

ت- نكول الملتزم عن تنفيذ التزاماته.

هـ- مخالفة شروط العقد.

و- أفعال الغش والاحتيال الصادرة عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ثانياً-إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ:

يعد الإعذار التزام عام يقع على عاتق الإدارة ولو لم ينص عليه العقد، وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق به معيباً من الناحية الإجرائية قابلاً للبطلان، وهو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، فمن جهة ينبه المتعاقد إلى مخالفته، ومن جهة أخرى يندره بتوقيع الجزاء عليه إذا استمر فيها، ولقد اشترط المشرع الجزائري ضرورة إعذار المتعاقد قبل ممارسة سلطة فسخ العقد معه، وذلك من خلال أحكام المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،² وذلك من خلال منح مدة للمتعاقد من أجل تدارك تقصيره، بعد ذلك يجوز للإدارة الفسخ إن استمر في مخالفته لالتزاماته التعاقدية، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية للإدارة في تحديد تلك المدة على حسب طبيعة كل صفة على حدى، وحتى

¹ - أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراة، جامعة الزقازيق-مصر، دون سنة، ص240.

² - أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

القضاء الجزائي اشترط ضرورة الإعدار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه،¹ إلا أن قاعدة الإعدار المسبق ليست مطلقة، وإنما يرد عليها استثناءات تعفي الإدارة منه، نجد منها:

أ- النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعدار.

ب- تعمد المتعاقد عدم التنفيذ وإعلانه ذلك صراحة أو فقدته النهائي القدرة عليه.

ج- غش المتعاقد

د- تنازل المتعاقد عن العقد للغير.

ت- ثبوت عدم جدوى الإعدار لأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه، كمنخالفته لالتزام جوهري يتعذر تداركه.

هـ- حالة الاستعجال.²

و- تعفى الإدارة منه أيضا إذا كان الفسخ إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعدار المتعاقد به، ومن أجل ذات الأخطاء.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

لقد ظهرت عدة آراء ونظريات حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، وقد عرفت هذه المسألة جدلا كبيرا بدليل كثرة الأفكار التي لم تخرج عن نطاق أكثر من فكرتين أساسيتين هما، فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام، حيث كان الاختلاف متباينا وواضحا لدى فقهاء القانون الإداري حول تحديد الأساس القانوني لسلطة جهة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، فيرى جانب من الفقه إنها تقوم على أساس فكرة السلطة العامة، حيث أكد القضاء الفرنسي على حق جهة الإدارة في إنهاء العقد الإداري استنادا إلى باعث من بواعث الصالح العام واحتياجات الجمهور.

وفي مصر أكدت على ذلك أحكام القضاء الإداري المصري والتي قررت بدورها أن للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري في أي وقت طالما أن المصلحة العامة تستلزم ذلك، وأن للإدارة ذلك الحق إذا رأت مقتضيات المرفق العام تستدعي لذلك، أما في العراق فقد ذهبت محكمة التمييز إلى القول أن لوزير الدفاع بناء على المصلحة العامة بفسخ العقد متى شاء، واعتبرت ذلك ترديدا

¹ - مقداد زينة، مقال بعنوان: "سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد الثاني،

جامعة مولاي الطاهر كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيده- الجزائر، 30 سبتمبر 2018، ص424.

² - فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعقدن معها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية-مصر، ص93.

لقاعدة مقررّة في الفقه والقضاء الإداري، كما أكدت ذلك في حكم آخر لها بقولها: "إن من المسلّم به في القانون الإداري أن للحكومة إلغاء المشروع، فالحكومة قد استعملت حقها المشروع في هذا الإلغاء صيانة للمصلحة العامة ولم تتعسف في ذلك."¹

وسنعالج هذا الموضوع، في ثلاث (03) فروع، أتطرق في الفرع الأول إلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام كأساس قانوني، وفي الفرع الثاني أتناول فكرة المرفق العام كأساس قانوني، أما الفرع الثالث فسوف أقوم بدراسة فكرة الجمع بين السلطة العامة والمرفق العام كأساس قانوني، على النحو الآتي :

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام كأساس قانوني

تشمل السلطة العامة كل نشاط إداري تمارسه الإدارة، مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في قواعد القانون الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة مكلفة بمراعاة ضرورات المصلحة العامة، والتي ترجح دائما على المصلحة الخاصة للأفراد، مما يجعل البعض بالأخذ بفكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في الإلغاء الانفرادي للعقود الإدارية.²

وأنصار هذا الرأي يرون أن السلطة العامة التي تتمتع بها جهة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تبنى على أساس الامتيازات الاستثنائية المقررة للإدارة، وهذه النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة يعد استقلالا عن اشتراطات أطراف العقد.

ومن أنصار هذا الرأي الفقيه "فيدال" الذي يرى أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هو نظام من أنظمة السلطة العامة، تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، و أن الفسخ لا يجوز صدوره إلا بأسباب تتعلق بالصالح العام وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق.³

إلا أنه عدل عن هذا الرأي لاحقا، وأيد الإتجاه الذي يرى في فكرة المرفق العام أساسا كافيا لتبرير سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري كما يرى الأستاذ "بيرين" أن الإدارة وهي تسعى إلى تنفيذ عقودها الإدارية تعتمد إلى استعمال أسلوبين من التصرفات القانونية، أولهما باعتبارها سلطة عامة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وثانيهما باعتبارها شخصا معنويا يراعي مصالحه الخاصة،

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 118.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 107.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 367 وأشار إليه : توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 101.

إلا أن الإدارة باعتبارها سلطة عامة ملزمة بمراعاة المصلحة العامة ولا يمكنها باي حال من الأحوال أن تكون المصالح الخاصة عائقا يحول دون الصالح العام هذا من ناحية، وتعتبر الإدارة هي صاحبة الحق الأصلي بمراعاة هذه المصلحة ولا يجوز لها التنازل عن هذا الحق، لأنه لا يتعلق بحقها الشخصي، وإنما هو حق مقرر المنفعة العامة تمارسه الإدارة من أجل حماية المصلحة العامة.¹

كما يرى الأستاذ "أندري لوبادير" أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إنما تستند إلى فكرة امتيازات القانون العام باعتبارها مظهرها من مظاهر السلطة العامة، وذلك إلى جانب فكرة احتياجات المرفق العام.²

ويرى الدكتور " أحمد عثمان عياد " بأنه لا طالما أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هي صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد يستدعي الأمر وحدة الأساس القانوني التي تقوم على هاتين السلطتين، وهي فكرة الصالح العام وتحقيق مقتضيات المرافق العامة، ومن الامتيازات الاستثنائية، بل أن هذه السلطة تقوم على أساس فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على أساس فكرة الصالح العام ومقتضيات المصلحة العامة فالإدارة تمارس سلطتها العامة في نطاق العقود الإدارية عن طريق إستعمال امتيازاتها في التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر من أن تكون أساسا قانونيا لها.³

وذهب البعض إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، والإدارة تمارس هذه السلطة في مجال العقود الإدارية، عن طريق إستعمال إمتيازاتها في إصدار القانون القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها، إذ تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بامتياز التنفيذ المباشر على نطاق أشمل وواسع، فهي بإمكانها وضع حد للعقد بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة إدارية.⁴

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص367.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص101.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص368.

⁴ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص102، ص103.

وقد اعتبره القضاء الفرنسي للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة باعتبارها حقا عاما وثابتا لها في جميع العقود الإدارية سواء وجد نص في العقد يجيز لها ذلك أم لا، وقد قر مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه، أن عملية الانتهاء تتبع هنا من الاختصاص المعقود للسلطات الإدارية المسؤولة عن العقد الإداري.¹

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني

ذهب مؤيدو هذه الفكرة الى أن سلطة الانهاء بالإرادة المنفردة للعقود الإدارية تعتمد أساسا على ضرورات الصالح العام ومقتضيات سير العمل بالمرافق العامة بانتظام واضطرابا، ومن أشهر أنصار هذه الفكرة نذكر الأستاذ "بكينيو" الذي يرى أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا اقتضى ذلك الصالح العام لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المصلحة العامة، كما يذهب الأستاذ "بينوا" إلى أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند الى فكرة المصلحة العامة ومصلحة المرفق الذي يقتضي إنهاء العقود الإدارية التي أصبحت غير ملائمة مع احتياجاته أو التي تشكل عبئا ثقيلًا عليه.²

ويذهب معظم الفقه الفرنسي والمصري إلى القول بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة التي تقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومتطلبات المرفق العام، فعندما يصبح المرفق العام موضوع العقد أو المساعدة في إدارته ثقلا وعبئا على عاتق الإدارة، فإن ضرورات الصالح العام تقتضي مزاولة هذا العبئ عن طريق إلغاء العقد، والإدارة تملك السلطة التقديرية لإزالة مثل هذه العقبات، فالإدارة بوصفها مسؤولة عن حسن سير وانتظام المرفق العام وجعله موكبا للتطورات التي تستلزمها مقتضياته، قد ترى عدم جدوى الإستمرار في تسييره، أو في الإبقاء على العقد أصم لا يلائم ولا يلي احتياجات المرفق العام، أو يصبح العقد تبديدا للأموال العامة، عندئذ يحق للإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون إرتكاب المتعاقد معها لأي خطأ يذكر.³

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص368.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص99.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص370.

ويذهب أغلب الفقه العربي إلى اعتناق هذه الفكرة، إذ يرى أن للإدارة إنهاء عقودها الإدارية التي أبرمتها، في حالة ما إذا أصبحت غير ذات نفع وفائدة للمرفق العام، أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المرغوبة والمقصودة.¹

من أنصار هذا الاتجاه "الدكتور سليمان الطماوي" الذي يرى أن للإدارة الحق في إنهاء عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة، وهو أمر مسلم حتى ولو لم يرتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ يحاسب عليه، وتتجلى أصالة هذا الحق حتى في حالة عدم النص عليه في العقد.²

ويذهب الدكتور "حسن درويش" إلى أن حق الإدارة في فسخ العقد يتم بإجراء صادر من جانب جهة الإدارة، لأن مقتضيات المرفق العام تقتضي ذلك، كأن تقرر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وتقوم هنا السلطة المخولة لجهة الإدارة على فكرة المرفق العام الذي ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مواكبة للتطورات التي قد تستلزم مقتضياتها.³

أما فيما يخص موقف القضاء من الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة التي تقوم على فكرة ضرورات الصالح العام و مقتضيات المرافق العامة، فقد إستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على الإعتراف للإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة رغم عدم وجود خطأ من جانب المتعاقد معها أو وقوعه، حتى ولو لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يمنح الإدارة الحق في ممارسة هذه السلطة ولجميع العقود الإدارية.

هذا ويأخذ مجلس الدولة المصري بذات الاتجاه من خلال إعترافه للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري إذا كان ذلك الانهاء تمليه اعتبارات المصلحة العامة أو الصالح العام للمرفق العام ذاته، وليس المتعاقد إلا الحق في التعويض إن كان له مقتضى.⁴

ويشير القضاء الإداري في مصر في أغلب أحكامه إلى فكرة المصالح العامة ومقتضيات المصلحة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، ففي حكم صادر عن محكمة القضاء

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 99.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 371.

³ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 99.

⁴ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 372.

الإدارى في أي وقت تشاء، طالما أن المصلحة العامة المنشودة تستلزم ذلك، كما أكدت أيضا المحكمة الإدارية العليا ذلك، فيلاحظ أن أغلبها يؤسس هذه السلطة على فكرة المصلحة العامة، وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ 15 ماي 2001 أن للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان، حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا خلاف الأصل في العقود المدنية.¹

ومن خلال ذلك نستنتج أنه يشترط لمشروعية قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة توافر شرط المصلحة العامة، فإذا لم تتوافر دواعي المصلحة العامة فإن قرار الإدارة يكون مخالفا لمبدأ المشروعية، ومن أمثلة ذلك عدم اعتبار المصلحة المالية للإدارة سببا يصلح لإنهاء العقد الإداري على أساسه.²

إن الإدارة العامة واستنادا إلى مقتضيات سير المرفق العام، قد يظهر لها بعد التعاقد أن المرفق لم يعد في حاجة إلى هذا العقد، وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة له، على اعتبار أنه عبارة عن مشروع لعمل بانتظام واضطراب تحت إشراف الدولة ورقابتها لسد حاجيات الجمهور العامة مع خضوعه لنظام قانوني معين.³

رغم النجاح الكبير الذي حققته هذه الفكرة كأساس للقانون الإداري، ومبادئه وأحكامه معيارا لتحديد اختصاصاته، فلم تلبث أن تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية والتغيرات التي طرأت في القواعد القائمة على فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية، وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمهنية خاصة في فترة الحرب العالمية الأولى،⁴ ومن الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرفق العام، هو ظهور المرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 100.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 374.

³ - محمد عبد الله حمود، انهاء العقد بالارادة المنفردة، الطبعة الاولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، 2002، ص 56.

⁴ - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، التنظيم الإداري- الجزء الأول، دار الهناء، عين مليلة-الجزائر، 2010، ص 31.

وما أدى بالمساس بالمرفق كأساس قانوني للسلطة، إنهاء العقود الإدارية ذلك أنه لم تصبح بعض المرافق بتلك الأهمية، والتي تبرر تحويل للإدارة امتيازات وسلطات غير عادية، خاصة مع زيادة تدخل الأفراد في تلك المرافق، وهذا ما إعترف به بأزمة المرفق العام، حيث أصبحت فكرة المرفق العام عاجزة عن تبرير سلطة الإدارة بشكل عام سلطتها المنفردة في إنهاء عقودها الإدارية بشكل خاص، ما ألزمها الفقه على إيجاد حلول بديلة، وهو ما أجاب عنه الفقيه "فالين" على أن أنواع المرافق العامة لا تمس بالمبدأ الداعم لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، ومن هنا ظهرت فكرة المصلحة العامة أو ما تسمى بفكرة المنفعة العامة، حيث يقول الفقيه "فالين": "إن فكرة المنفعة العامة هي المحور الذي تدور حوله قواعد القانون العام، وتعتبر الأساس الذي يبرر وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة ضمن قواعد القانون الخاص، ويعد المعيار المحدد للطبيعة الإدارية للنشاط الإداري، وكذا نطاق تطبيق القانون الإداري والقضاء الإداري."

الفرع الثالث: فكرة الجمع بين السلطة العامة والمرفق العام كأساس قانوني

أو ما يسميه البعض بالأساس التوفيقية، حيث ظهر فريق ثالث يحاول التوفيق بين المعيارين السابقين، ويرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يستند إلى مقتضيات المرفق العام من ناحية، وإلى فكرة السلطة العامة من ناحية أخرى، حيث يذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه طالما إعتبر أن سلطة الإهاء من جهة الإدارة لعقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، إنما هي صورة من صور التعديل الانفرادي لالتزامات والحقوق العقدية، أو امتداد طبيعي لها، فإنه يترتب على ذلك وحده الأساس القانوني الذي تقوم عليه كل من هاتين السلطتين المتعلقين بالتعديل وبالإهاء، بمعنى أن سلطة الإهاء تقوم أسوة سلطة التعديل على أساس مزدوج من هدي تحقيق الصالح العام المتمثل في ضرورة ضمان حسن سير الموافق العامة بانتظام واضطراد من ناحية، بالإضافة إلى استخدامها لامتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى.

بل إن هذه السلطة تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات حسن سير وانتظام العمل في المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في نطاق العقود الإدارية عن طريق إستعمال إمتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرفق العام، فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها.

وعليه، فيمكننا القول أنه تم الاعتراف بهذه السلطة لجهة الإدارة، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة والاطمئنان على حسن سير المرافق العامة بانتظام، وينظر إلى المتعاقد مع الإدارة

على أنه يساعدها ويعينها على أداء خدمة هذا المرفق بمقابل، وفي حال إنهاء العقد بالإرادة المنفردة يحق له الحصول على التعويض المناسب والملائم بسبب استخدام الإدارة لسلطتها هذه، وعلى القضاء بدوره ممارسة رقابته على قرار الإنهاء ويتأكد أن الإدارة كانت تهدف إلى خدمة الصالح العام وأن هناك أسباب حقيقية أوجبت إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.¹

فتطبيق فكرة الجمع بين الأهداف والوسائل، وإشتراك فكرة المرفق العام مع فكرة السلطة العامة يشكلان فكرة الجمع بين الهدف والوسائل لتأسيس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، فسيان هذين المعيارين على التوازي مع بعضهما البعض، وحده كفيل بتحقيق الغرض المطلوب.

وقد تبني المشرع الجزائري هذه الفكرة، والتي هي فكرة الجمع بين الأهداف والوسائل أو كما أطلق عليه الفقه المتقارب بالأساس التوفيقية هو الذي يمكن له أن يؤسس سلطة الإدارة في مجال العقود الإدارية وسلطة إنائها، والقانون الإداري بوجه عام.

فاشتراك فكرة السلطة العامة بمدلولها الحديث مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمجسدة في أهداف وإنجاز سياسة التنمية الوطنية والتي تعد العقود الإدارية بأشكالها وأنواعها وسيلة لتحقيق ذلك.²

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص100.

² - فريدة قمبر مزياني، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة قرحي عمار، الجزائر، 2001، ص103.

المبحث الثاني: تطبيقات (مظاهر) سلطة الإدارة في الإهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري، آثارها

المرتبة على ذلك وأهم المواقف الواردة في هذا المجال

إن سلطة الإدارة في الإهاء الانفرادي للعقد الإداري هي من الأمور المتفق عليها في كل أنواع العقود الإدارية، إلا أن هناك بعض من هذه العقود يتمتع بأهمية خاصة ويشكل نسبة كبيرة من العقود التي تبرمها الإدارة لإشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة، ولقد اخترنا ثلاثة أنواع من العقود الإدارية لتكون تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، حيث خصصناه لبعض من تطبيقات الإدارة خلال ممارستها لسلطة الإهاء الانفرادي على عقدي الأشغال العامة والامتياز باعتبارهما من أهم العقود الإدارية كما ذكرنا سابقاً. بحيث تطرقنا إلى الفسخ الإداري لعقد الأشغال العامة، دون خطأ المقاول والذي يستند أساساً إلى ضرورة المصلحة العامة، وبيننا شروط ممارستها، إلى جانب الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة والذي يكون نتيجة ارتكاب المقاول لخطأ جسيم، وبيننا هو الآخر شروط ممارستها، أما فيما يتعلق بعقد الامتياز فقد عالجنه من جانبين، أولهما ما يعرف باسترداد المرفق العام والذي يكون دون خطأ من الملتزم، بل يستند إلى مقتضيات المصلحة العامة، دون أن نغفل حق الملتزم في التعويض في هذه الحالة، أما الحالة الثانية فهو ما يسمى بإسقاط الالتزام، وهو فسخ جزائي لعقد الإمتياز نتيجة ارتكاب الملتزم خطأ جسيم، حيث حددنا النتائج المترتبة على إسقاط الالتزام، وبيننا شروط ممارستها والآثار القانونية المترتبة عليه، خاصة فيما يتعلق بالتعويض، حيث وصلنا إلى نتيجة مفادها أنه لا يترتب أي تعويض لصالح الملتزم الذي أُسقطَ إلتزامه على سبيل الجزاء، بل أن الجهة مانحة الالتزام هي التي تستطيع أن تطالبه بالتعويض، كما أسسنا لهذه الطروحات وأسندناها بأهم المواقف الفقهية وكذا القضائية في هذا النطاق، فبين منكر بالاعتراف لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وبين معترف ومؤيد لها.

ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكالية التالية، ماهي أهم التطبيقات والمظاهر لسلطة الإدارة في الإهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟ وما موقف الفقه والقضاء من سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري؟

ومن على هذا الأساس يتم معالجة الموضوع من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث (03)

مطالب، على الشكل التالي :

1-المطلب الأول: تطبيقات ومظاهر سلطة الإدارة في الإهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري.

2-المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة.

3-المطلب الثالث: موقف الفقه والقضاء من سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.

المطلب الأول: تطبيقات ومظاهر سلطة الإدارة في الإهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري

لقد قمت بتخصيص بعض من تطبيقات الإدارة خلال ممارستها لسلطة الإهاء الانفرادي على عقود الأشغال العامة والامتياز وكذا التوريد، باعتبارها من أهم العقود الإدارية، بحيث تطرقت إلى الفسخ الإداري لعقد الأشغال العامة، دون خطأ المقاول والذي يستند أساسا إلى ضرورة المصلحة العامة، وبينت شروط ممارسته، إلى جانب الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة والذي يكون نتيجة ارتكاب المقاول لخطأ جسيم، وتناولت أيضا شروط ممارسته، أما فيما يتعلق بعقد الامتياز فقد عاجلناه من جانبين: أولهما ما يعرف باسترداد المرفق العام والذي يكون دون خطأ من الملتزم، بل يستند إلى مقتضيات المصلحة العامة، دون أن نغفل حق الملتزم في التعويض في هذه الحالة، أما الحالة الثانية فهي ما يسمى بإسقاط الالتزام، وهي فسخ جزائي لعقد الامتياز نتيجة ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم، حيث حددنا النتائج المترتبة على إسقاط الالتزام، وبيننا شروط ممارسته والآثار القانونية المترتبة عليه، خاصة فيما يتعلق بالتعويض، حيث وصلنا إلى نتيجة مفادها أنه لا يترتب أي تعويض لصالح الملتزم الذي أسقط التزامه على سبيل الجزاء، بل أن الجهة مانحة الالتزام هي التي تستطيع أن تطالبه بالتعويض، كما تعرضت لعقود التوريد وآراء الفقه والقضاء وموقفهم من ذلك. وعلى هذا الأساس يتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة (03) فروع، سأعرض في الفرع الأول إلى سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة، أما الفرع الثاني أناقش فيه سلطة الإدارة في إنهاء عقد التزام المرافق العامة، أما الفرع الثالث سأطرق إلى سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد، ويكون ذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة

لقد أورد الفقه العربي والفرنسي الكثير من تعاريف عقد الأشغال العامة، ويتفق معظمها على عناصر تكييف القضاء للأشغال العامة، كما تتفق على طبيعته الإدارية وفقا للقانون، وفيما يلي نورد نماذج من هذه التعريفات على سبيل المثال فقط لا الحصر.

عرفه الفقيه الفرنسي " Delaubadere " بأنه: " ذلك العقد الإداري الذي تكلف الإدارة بموجبه شخص بتنفيذ أشغال عامة بمقابل ثمن.¹ " كما عرفه آخر بأنه: " إتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين - فرد أو شركة - بقصد القيام ببعض الأشغال العامة يهدف تحقيق مصلحة عامة في نظير مقابل مالي متفق عليه في العقد. "، كما ورد تعريف آخر لعقد الأشغال العامة بأنه: " عقد يبرم بواسطته شخص من أشخاص القانون العام، ولحسابه القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة عقار يخضع لنظام قانوني خاص، ليس فقط مغاير لعقود القانون الخاص، بل ولنظام العقود الإدارية الأخرى. "

إن أهم ما يلاحظ من خلال هذه النماذج من التعاريف أنها متقاربة جدا وهي تجمع على ضرورة توافر ثلاثة (03) عناصر أساسية في العقد حتى يوصف بعقد الأشغال العامة، وتمثل هذه العناصر في:

* أن يكون موضوع الأشغال عقاراً، فتعتبر عقود أشغال عامة، تلك الاتفاقات التي يكون موضوعها منصبا على عقار بالطبيعة أو بالتخصيص، وتتجسد مثل هذه الأشغال على سبيل المثال في أعمال البناء والحفر والترميم وشق الطرق ومد الخطوط الكهربائية والهاتفية أو قنوات المياه والصرف الصحي ونقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال وغيرها من المواضيع التي أضفى عليها مجلس الدولة صفة عقود الأشغال العامة بالمفهوم الواسع الذي تتبناه، كما سبقت الإشارة إليه.²

* أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، كون عقد الأشغال العامة ذو طبيعة إدارية، فإن ذلك يعني أن أحد طرفيه على الأقل شخصا معنويا عاما، وإلا لما أطلق عليه وصف العقد الإداري ويستوي في ذلك أن يكون من العقود المحددة طبيعتها الإدارية من قبل المشرع أو وفقا للمعايير المستخلصة من اجتهادات القضاء، وطبعا يستوي في ذلك أن يكون الشخص المعنوي إقليميا كالدولة والولاية والبلدية أو مصلحيا كالمؤسسات العامة والإدارية، ومع هذه البديهييات فإن مجلس الدولة الفرنسي كما أسلفنا قد أضاف بعض التفاصيل على هذا الشرط، وفي هذا المقام تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يشترط أن يكون العقار محل الأشغال مملوكا للشخص المعنوي العام، بل يكفي أن تتم الأشغال لحساب الشخص المعنوي العام، حتى ولو كان العقار مملوكا لشخص

¹ - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة-الجزائر، 2011 - 2012، ص20.

² - بن شعبان علي، المرجع نفسه، ص20 و ص21.

خاص، إذا كان مصيره سيؤول إلى الشخص العام، كما أنه يعتبر الأشغال قد تمت لحساب شخص معنوي عام إذا كان لهذا الأخير إشراف أو رقابة أو توجيه على هذه الأشغال.

* يجب أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق نفع عام، وهو العنصر الثالث الذي يجب توفره حسب التعاريف المختلفة لوصف العقد بأنه عقد أشغال عامة، وكان هذا العنصر أكثر عناصر الأشغال العامة تطوراً في القضاء الإداري الذي يؤسس تكييفه للأشغال العامة أحياناً على طريقة تنفيذ الأشغال، وأحياناً على من تؤول إليه الأشغال في نهايتها، طبعاً مع الحرص دائماً على توفر شرطين أساسيين هما، ارتباط الأشغال بهدف النفع العام، ثم تدخل الشخص العام في هذه الأشغال بصفة ما، سواء كمراقب أو وسيط أو رب عمل.

ويلاحظ المتبع لقرار القضاء الفرنسي، توسعه الكبير في مفهوم الأشغال العامة لإضفاء صفة عقد الأشغال العامة على بعض الاتفاقات التي ليست لها علاقة قوية مع فكرة الأشغال العامة، وربما كان كذلك رغبة منه في إخضاع كل ما يتعلق بالأشغال العامة لنظام قانوني موحد، هو القانون العام بحسب رأينا الذي يتفق مع ما يراه الآخرون، ومن هذه الاتفاقات ذات العلاقة البسيطة بفكرة الأشغال العامة، ورغم ذلك اعتبرها القضاء الإداري عقود أشغال عامة بذكر الفقهاء، عقد توريد المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال رغم أن المورد لا يشارك في تنفيذ الأشغال بشكل مباشر، وكذا عقد نقل المواد اللازمة للأشغال العامة الذي اعتبره القضاء كذلك نظراً لصلته الوثيقة بالأشغال العامة، وذات الوصف أعطاه في بعض الأحيان لعقد تقديم المساعدة المالية أو العينية وكذا عقد الكفالة، وعقد إيجار الخدمات " **service de Louage** " أو ما يسمى بعقود الدراسات، وهي الاتفاقات التي يكلف بموجبها المهندسون ومكاتب الدراسة بوضع الرسوم والتصاميم والخرائط، ومراجعة بعض الأشغال العامة التي تجري على الملكيات الخاصة العادية والتي هي عبارة عن عقارات مخصصة لسير مرفق عام.

وعليه، يمكننا القول أن مجلس الدولة الفرنسي قد إعترف منذ أوائل القرن العشرين بسلطة الإدارة في الإهفاء الإفرادي لعقود الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة، حتى ولو لم ينص العقد على هذه السلطة، حيث نهج القضاء الإداري الفرنسي طريقتين مختلفتين في تأسيسه لهذه السلطة، على النحو التالي :

- سلطة الإدارة في الإهفاء الإفرادي طبقاً لقواعد القانون المدني.
- سلطة الإدارة في الإهفاء الإفرادي طبقاً لمقتضى القواعد الإدارية

ويرى الفقه الفرنسي أن سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة لصالح الإدارة بقوة القانون، كما أنها سلطة من النظام العام، وبالتالي فهي ليست سوى تطبيقاً للمبادئ العامة للعقود الإدارية تسري على كافة العقود دون استثناء، حتى في حالة إغفال أو سكوت العقد.¹

وقد انقسم الفقه في فرنسا إلى ثلاثة اتجاهات، على النحو التالي :

1- الإتجاه المؤيد لوجود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد صراحة، وهو رأي غالبية الفقه الفرنسي، أهمهم "جيز" و"دي لوبادير".

2- الإتجاه الراض لوجود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، في حالة عدم النص عليها في العقد، ويتزعم هذا الإتجاه الفقيه "لوييلي"، حيث ينكر وجود هذه السلطة في حالة عدم النص عليها صراحة في العقد.

3- الإتجاه الفقهي الراض لوجود سلطة الإهاء في حالة عدم النص عليها صراحة في العقد بالنسبة لعقد الالتزام فقط، وهذا لسنا بصدد دراسته في هذه المرحلة.²

أما فيما يخص مسألة تعويض المقاول، فيعتبر التعويض هو الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية وهو بذلك يتفق والهدف الذي من أجله أبرم المقاول صفقة الأشغال العامة مع الإدارة، حيث يسعى إلى تحقيق الربح بالدرجة الأولى، وعدم حصوله على ذلك يعني خسارة مادية بالنسبة له، فإن كان ذلك بسبب خطأ الإدارة وتقصيرها في التزاماتها، فإن الهدف الذي يرمى إليه حكم القاضي هو تعويضه من قبل الإدارة المسؤولة عن ذلك الضرر لأن إخلالها بالتزامها يترتب عليها مسؤولية، وهو التزام قانوني يوجب التعويض عن الضرر الناتج عنه، وهو المبدأ الذي يقره المشرع الجزائري كغيره إذ القاضي في هذا الشأن يعتمد الأسس المدنية لأنها تمثل القواعد العامة، فيقدر التعويض وفقاً لدرجة الضرر مع مراعاة مساهمة كل طرف في ارتكاب الخطأ، فإذا كان الخطأ مشتركاً، أي ساهم فيه المقاول، أنقص القاضي مقدار التعويض بنسبة مساهمة المقاول في الخطأ الذي يحدده في الغالب خبير يعينه القاضي.³

أما في مصر فقد قررت محكمة القضاء الإداري، أن للإدارة حق إنهاء عقد الأشغال العامة استناداً إلى سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية إذا اقتضت المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 386 وص 387.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 380 وص 381.

³ - عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع نفسه، ص 420.

غير ضروري، وبالتالي ففسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص به جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له مقتضى.¹

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد

باستقراء لأحكام مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه اعترف في كثير من عقود التوريد الإدارية بحق الإدارة في إنهاء عقود التوريد بإرادتها المنفردة، ونرى في هذا المسلك ليس إلا تطبيقا للمبادئ العامة في نظرية العقود الإدارية، حيث عمد مجلس الدولة الفرنسي على تأسيس سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي لعقد التوريد من خلال أحكام المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي²، الممنوحة للإدارة بفسخ العقود التي لا ترجى منها فائدة، مع مراعاة تعويض المتعاقد عند الإنهاء.³

ولم يقتصر المجلس على تطبيق هذا المبدأ في أحكامه الخاصة بكل عقد إداري على حدى، بل أكد حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية دون خطأ من جانب المتعاقد كقاعدة عامة وشاملة. أما مجلس الدولة المصري فنجده يحدو حدو القضاء الفرنسي من خلال إقراره بحق الإدارة في تملكها سلطة الإنهاء الانفرادي في عقود التوريد وهذا استناد لدواعي المصلحة العامة وفي أي وقت طالما وجدت مبررات حقيقية لهذا الإنهاء تهدف إلى تحقيق الصالح العام للجمهور.

وعليه، يمكن القول إن مجلس الدولة المصري سار على نفس النهج المتبع من قبل مجلس الدولة الفرنسي بإقراره لسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة حتى ولو لم ينص العقد على ذلك أو في حالة السكوت في العقد أو بمقتضى القانون.⁴ أما موقف المشرع الفرنسي والعراقي فيرى أنه عند تدخله وبصورة محدودة وتخويله الإدارة في إنهاء عقود الأشغال العامة والالتزام والتوريد بالإرادة المنفردة لمقتضيات محددة تفرزها ضرورة الحياة العامة.

أما المشرع المصري، فلم يتدخل بفرض نصوص تشريعية في هذا الصدد لسبب أن النص التشريعي لا يحمل في طياته صفة المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويعد إقرار لهذا المبدأ وليس خروجاً عنه.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 391.

² - أنظر المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي، سالف الذكر.

³ - محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، الطبعة الأولى، مركز قظيم للكمبيوتر، رسالة دكتوراة، جامعة الزقازيق، القاهرة- مصر، 1993، ص 471.

⁴ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص 394.

وعليه، فإن امتيازات ومظاهر السلطة العامة ترتدي أهبى حلتها في حالة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد ودون النص عليه صراحة في العقد أو القانون، كما تأخذ مظهرها أسمى عند سكوت العقد أو القانون في النص على سلطة الإدارة في الإنهاء، أما في حالة وجود نصوص في العقد تقتضي بذلك فإنها لا تمثل سوى تطبيق للشرط المنصوص عليه في العقد وفقا لمبدأ القوة الرضائية بين المتعاقدين.¹

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام

لقد إتمد مجلس الدولة الفرنسي للإدارة مانحة الالتزام لأي إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لعقود التزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة، وتأخذ هذه السلطة في عقد الالتزام شكل الاسترداد، حيث أكد على أحقية السلطة المتعاقدة مانحة الالتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود أن تنهي عقد الالتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة، مع مراعاة حق الملتزم في التعويض، وهذا أمر مسلم به، تطبيقا لأحكام المادة 1794 من القانون الفرنسي المذكور آنفا.

أما محكمة القضاء الإداري في مصر، فهي بدورها تعترف للإدارة بحقها في إنهاء عقود الالتزام بالإرادة المنفردة بناء على مقتضيات المنفعة العامة، وأكدت ذلك حتى دون حاجة النص على ذلك في العقد، وقبل الأوان لدواعي المصلحة العامة دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فهي ليست بحاجة إلى نص في العقد أو موافقة من الطرف الآخر. وعليه، فإن إنهاء عقد الإلتزام يستند إلى اعتبارات المصلحة العامة للدولة وعلى حد سواء، وذلك إذا تعلق الأمر بإدارة مرفق عام قومي أو محلي وتكون وسيلة الإنهاء باسترداد المرفق وإدارته من قبل الإدارة بصورة مباشرة وبنفسها.²

يعتبر عقد الإلتزام الإداري من العقود غير المسماة التي لم يقم المشرع بتنظيمها، وربما يؤول سبب ذلك إلى اعتبار هذا العقد حتمي الصلة بالمرافق العمومية المخصصة والمهياة لتحقيق المنافع العامة، التي هي مهمة الدولة وحكرا لها، ولو لا عجز هذه الأخيرة عن إشباع الحاجات العامة للجمهور لما عهدت بجزء من التسيير إلى الخواص، وللوصول إلى تعريف هذا العقد يتطلب الأمر استطلاع رأي الفقه، فضلا عن رأي القضاء في الموضوع.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص400.

² - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص390 و391.

أولا/-التعريف الفقهي لعقد الالتزام :

هذا ويمكننا تعريف عقد الالتزام، من خلال الاهتمام الفقهي به، وهذا بتحديد مفهومه نظرا لدوره الفعال في توفير الخدمات العامة للجمهور، خاصة وأنه عقد غير مسمى خصوصا في الجزائر، وإذ لم يكن كذلك في غيرها من الدول، فقد عرفه جانبي من الباحثين في الجزائر أمثال "ناصر لباد"¹، أنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية، بموجبه شخص طبيعي (فردا) أو شخصا معنويا من القانون العمومي -بلدية-، أو من القانون الخاص -شركة مثلا-، يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب هذا الالتزام بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله، ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي المقابل القيام بهذه الخدمة، أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الإمتياز مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق، وما يلاحظ في هذا التعريف أنه تعرض لجميع العناصر التي يتعين توفرها في عقد الالتزام لاعتباره كذلك.²

كما عرفه أيضا الأستاذ "كريستوف فواسيبي" على أنه: " ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف آخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام، حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الاستثمار." يلاحظ من خلال هذا التعريف، أنه لم يوفي عقد الالتزام حقه، حيث إنه لم يتعرض للمقابل المالي الذي يتحصل عليه الملتزم، خاصة وإنه العنصر الأهم بالنسبة لهذا الأخير فضلا عن تجاهله لمدته، رغم أنه عنصر هام وجوهري، لما تلعبه من دور فعال في بلوغ أهداف الملتزم، والمتمثلة في استعادة ما كلفه تسيير المشروع من تكاليف دون غض النظر عن تحقيق جانب من الربح الذي يسعى إليه، ويعتبر عقد الالتزام من أشهر العقود المسماة في بعض البلدان كمصر، إن لم يكن أهمها كما قال الدكتور "سليمان محمد الطماوي" وعرفه أنه: "عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"³، وقد حصر هذا التعريف محل عقد الالتزام في المرافق العامة الاقتصادية فقط، وبالتالي استبعاد المرافق العامة الإدارية لأن تكون محلا لعقد الالتزام، كما أنه يمكن أن يمنح فقط للأشخاص الخاصة من أفراد وشركات دون الأشخاص العامة، كما تطرق أيضا لتعريف هذا العقد الأستاذ

¹ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد، الجزائر، 2006، ص212

² - بن شعبان علي، المرجع نفسه، ص132 وص133

³ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1999، ص108

"جوال كراباجو"، واستوفاه جميع العناصر الضرورية التي يتطلبها، حيث جاء في تعريفه أن التزام المرفق العام هو: "تلك الاتفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى -مانح الالتزام-، بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يدعى -صاحب الالتزام- لضمان تسيير المرفق بكل مخاطره وتحت رقابة السلطة مانحة الامتياز، ويتلقى أجره المتمثل أساسا في الإتاوة المقدمة من طرف المستعملين، مقابل الخدمة التي استفادوا منها." ويتكفل صاحب الالتزام كذلك بإنجاز المنشآت الضرورية لتوظيف وعمل المرفق.

وعرفه أيضا الأستاذ "آلان سيرج مشرياكوف" على أنه: "التزام المرافق العامة بطريقة من طرق التسيير التي من خلالها يتعهد الشخص المعنوي عن طريق عقد تسيير المرفق العام لشخص آخر، والذي يتحمل مخاطره وفوائده مقابل استثماره المرفق العام."

كما يعرف على أنه عقد يتولى بموجبه أحد الافراد أو الشركات وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مدة من الزمن مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية المنظمة لسير المرافق العامة إضافة إلى الشروط التي تضمنها الإدارة للعقد¹ و جدير بذكر أن المادة 07 من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947، وبعد تعديلها بالقانون رقم 497 لسنة 1954 تنص على "لماح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية."²

وإن تباينت هذه التعاريف حسب وجهة نظر كل فقيه، إلا أنها لا تخرج عن مفهوم الفكرة التي مفادها، أن عقد الإلتزام اتفاق بين الإدارة المختصة وإحدى الخواص سواء كان فردا أو شركة، على إدارة أحد المرافق العمومية، ويتحمل الملتزم نتائج ذلك ربح أم خسارة، نفقة أم دخل، وإن كانت هذه التعاريف مستوحاة من رأي واستنباط الفقه، فالقوانين القطاعية أيضا لها دورها في تجسيد تعريف هذا العقد.

ثانيا/ -التعريف التشريعي لعقد الإلتزام :

لقد عرف المشرع عن إعطاء تعريف لمصطلحات قانونية تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء، غير أنه وبالرجوع لبعض القوانين³، نجد أنها قد عرفت عقد الامتياز، من بين ذلك أحكام المادة

¹ - سيف سعيد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص39.

² - المادة 07 من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947، وبعد تعديلها بالقانون رقم 497 لسنة 1954

³ - آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، ص14 .

04 الفقرة 2 من الأمر 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، والذي أكد على أنه: "يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباري عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية."¹

وطبقا لهذا التعريف فإن عقد الالتزام الإداري يمكن أن يمنح للأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الخاضعة للقانون الخاص.

كما عرفه القانون 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في المادة 04 على أنه: "الامتياز هو العقد الذي تمنح الدولة بموجبه شخص طبيعي من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص (المستثمر صاحب الامتياز، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وكذا الأموال السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها 40 سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية."²

والملاحظ من خلال هذا التعريف أنه استوفى لعقد الامتياز الإداري حقه من خلال التعرض لجميع العناصر المكونة له، من تحديد أطرافه، محله، مدته، والمقابل المالي الذي يتقاضاه الملتزم في شكل إتاوات.

وعليه، ومن خلال التعاريف التي تطرقنا إليها والمستمدة من بعض القوانين القطاعية توصلنا إلى أن هناك تعريفا ضيقا لعقد الالتزام الإداري يحدد من إمكانية إبرام العقد مع فئة قليلة ذلك بوضع شروط كما سبق أن تعرضنا له، وآخر موسع يطلق من إمكانية إبرام عقد الامتياز مع أي شخص كان سواء طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما، وطنيا أو أجنبيا.

ثالثا/- التعريف القضائي لعقد الالتزام :

جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09 مارس 2004 قضية رقم 11950، فهرس رقم: 11952 ما يلي: "إن عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة

¹ - أنظر المادة 04 من الأمر 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية، العدد 37، الصادرة بتاريخ 15 جوان 1996

² - أنظر المادة 04 من القانون 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة الجزائرية، عدد 46.

الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي دفع محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه.¹

من هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها تجاه الطرف المتعهد خاصة فيما يتعلق بسلطة الرجوع.

1- تعريف الاسترداد :

ويطلق استرداد المرفق العام على عملية إلغاء عقد الامتياز قبل حلول الأجل المقرر له بموجب قرار فردي من الإدارة لقاء تعويض لصاحب الامتياز، بالتالي يعبر عن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم، إذا تبين لها أن طريقة الالتزام لم تعد تتفق مع المصلحة العامة، أو أن المرفق العام محل العقد فقد صلاحيته التي كان يتمتع بها، ونظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها عقود الالتزام، حيث ينفق فيها الملتزم مبالغ ضخمة، وجب أن تحدد في وثيقة الالتزام شروطا وأوضاع استرداد المرفق قبل انقضاء مدته، رغم أن خلو عقد الامتياز الإداري من تلك الشروط لا يمنع الإدارة من استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة المحددة له، على ألا يتسنى لها اللجوء إليه إلا لما تعلق بالمصلحة العامة من أسباب فهو حق أصيل تتمتع به، لا يمكنها التنازل عنه أو تقييد حريتها في استعماله، ويتم الاسترداد بقرار إداري رغم وجود نص يقضي بحق الإدارة في اللجوء إليه، إذ مثل هذا النص كاشفا وليس مقرا لحق جديد.

تتضمن عقود الالتزام عادة مدة دنيا لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام استرداد المرفق خلالها على أساس أن شروط الاسترداد الاتفاقي لا يمكن تطبيقها إلا ابتداء من التاريخ المنصوص عليه في العقد، وأن تراخي الإدارة في استعمال حقها في الاسترداد لا يمكن أن يفسر على أنه تنازل من جانبها عن هذا الحق، قد يقيد حق الاسترداد بأسباب على سبيل الحصر ويتعين على الإدارة احترامها كون أن النصوص الواردة بخصوصه هي نصوص تعاقدية، ويتناول استرداد المرفق العام بأكمله لأن الالتزام يكون كليا لا يصح تجزئته، ومن حق الملتزم الحصول على تعويض كامل وهو تعويض اتفاقي، قد يأخذ صورة مبلغ إجمالي أو صورة أقساط سنوية لمدة محددة، كما يراعى في تقديره الأسهم والنفقات التي يتكون منها رأس المال وما أنفق على تجهيز المرفق وإعداده، إضافة

¹ - أنظر القرار رقم 11950، فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، عدد 37، الجزائر، 2007، ص 97

إلى ما قد يفقده الملتزم من أرباح نتيجة استرداد المرفق قبل ميعاده الطبيعي، ويتخذ الاسترداد في الواقع العملي صوراً ثلاثاً وهي :

أ* **الاسترداد التعاقدى**: وهو اتفاق ملزم ينظم العقد شروطه ويحدد أوضاعه، وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه على أن لا يكون من بينها ما يقضي بتنازل الإدارة عن حقها في الاسترداد.

ب* **الاسترداد الغير التعاقدى**: وهو الاسترداد الذي تقرره الجهة المانحة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الالتزام دون وجود تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الامتياز.¹

ج* **الاسترداد التشريعي**: قد يتدخل المشرع في مجال عقود امتياز المرافق العامة بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق، وهذا الأمر ليس بغريب طالما كان امتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون، فمن الطبيعي أن يقرر المشرع لاعتبارات يقدرها استرداد أحد المرافق العامة أو إلغاء الامتياز الممنوح لها.

2- شروط ممارسة الاسترداد:

ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي :

- يجب أن يشترط في الاسترداد التعاقدى النص عليه صراحة في العقد، وتنبه الملتزم بذلك إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك، وكذا احترام شرط المدة، فعادة ما تتضمن عقود الامتياز بند ينص على مدة معينة لا يجوز خلالها استرداد المرفق، على الإدارة حينها احترام هذا الشرط، رغم أنه لا يمنعها بشكل قطعي من ممارسة حقها في الاسترداد لدواعي المصلحة العامة.

- في الاسترداد غير التعاقدى هناك جدل حوله حيث انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات، لكن هذا الخلاف هو جدل نظري لا جدوى له من الناحية العلمية، ذلك مهما كانت التسمية فالنتيجة واحدة، حيث إن الإدارة تستطيع في كل الأحوال إنهاء عقد الامتياز والاسترداد سواء تم النص عليه في العقد أو في القانون أو لم ينص عليه.

- يقابل الاسترداد تعويض الملتزم، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر، ويشمل عنصرين جوهريين وهما الخسارة التي لحقت المتضرر والكسب الذي فاتته، وعادة ما يتضمن بنود العقد

¹ - آكلي نعيمة، المرجع نفسه، ص153 وص154.

أسلوبين لسداد التعويض للمتعاقد، حيث يكون إما بدفع إجمالي أو بدفعه على أقساط لمدة محددة، وقاضي العقد له سلطة واسعة عند الحكم بالتعويض خاصة في مجال الاسترداد غير الاتفاقي.

أما فيما يخص الفسخ الجزائي لعقد الامتياز لوجود خطأ من الملتزم، فيمكننا من خلاله تعريف الإسقاط الذي يعتبر العقوبة القصوى التي يمكن أن تتخذها الإدارة في حق الملتزم، حيث تعود إلى إقصاءه نهائياً من إدارة المرفق العام محل التعاقد، ويقصد به فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطأه، حيث تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي متى ثبت لديها ارتكاب الملتزم لمخالفات جسيمة لا تنفع معه أساليب الضغط والإكراه التي تستعملها الإدارة لردعه، تسببت في اختلال المرفق، أو تكرار إهماله أو عجزه عن تسيير المرفق،¹ على شرط الإنذار المسبق للملتزم قبل توقيع هذا الجزاء، وعليه يشكل إسقاط الالتزام إحدى طرق إنهاء عقد الامتياز الإداري بصورة مبسطة، نتيجة إخلال الملتزم مع الإدارة إخلالاً جسيماً بتنفيذ التزاماته، حيث يكون من المتعذر الاطمئنان إليه في استمرار إدارته وتسييره للمرفق العام على نحو سليم.²

وعرفه الفقيه "جاز" بأنه: "فسخ عقد التزام المرفق على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه". كما عرفه الفقيه "بولاك" بأنه: "ذلك الجزاء الأكثر جساماً من جميع الجزاءات الأخرى، والذي ينهي عقد الالتزام باستبعاد الملتزم الذي لم يمثل لالتزام جوهري منصوص عليه في دفتر الشروط الخاصة بالعقد."

وعليه فالإسقاط هو طريقة من طرق إنهاء عقد الالتزام، ويعتبر جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة إخلال المتعاقد مع الإدارة إخلالاً جسيماً بتنفيذ التزاماته.

ومن بين أهم النتائج المترتبة على جزاء الإسقاط، نذكر منها:

- إن هذا الجزاء موجود لصالح الجهة مانحة الالتزام، وفي جميع الحالات دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد أو دفتر الشروط.
- يوجد هذا الجزاء دائماً بقوة القانون دون حاجة للنص عليه في العقد
- لا يمكن حرمان الجهة مانحة الالتزام من حقها في توقيع جزاء الإسقاط بموجب شرط في عقد الالتزام، إذ إن مثل هذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام، وبالتالي فإن الإسقاط مقرر لصالح

¹ - عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع نفسه، ص 209.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 91.

الإدارة العامة، ويعتبر من النظام العام، ويجب على الإدارة أن توقعه من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء للحكم بذلك فهو موجود بقوة القانون.

ومن شروط ممارسته، تمتع الإدارة بممارسة مظاهر السلطة العامة، ومن هذه المظاهر أنها تملك توقيع الجزاء بشكل مباشر على الملتزم متى أحل بالشروط المتفق عليها، أو قصر في تنفيذ التزاماته على أي وجه من الأوجه سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخر فيه أو التنفيذ السيئ له، وتجد هذه السلطة المخولة للإدارة تبريرها في أن إخلال المتعاقد لا تقتصر على إخلاله بالتزام تعاقدي فسحب، بل يمثل أيضا مساسا بحسن سير المرفق العام، فغاية الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق أو استبعاد الاختلال الذي لحقه.¹

ولما كان فسخ عقد الامتياز يتضمن خطورة بالغة بالنسبة للملتزم الذي يكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل إعداد المرفق لأداء الخدمة المنوطة به، فإن هذا الحق محاط بمجموعة من القيود يمكن إجمالها فيما يلي :

أ- أن يرتكب الملتزم خطأ جسيما لا تجدي في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الإدارة ومن الأخطاء التي تبرر إسقاط الالتزام وقف استغلال المرفق أو توقف الاستغلال في فترات متلاحقة، منها التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، وكذلك عدم احترام الملتزم للأوامر التي تصدر من الإدارة بخصوص إدارة المرفق، وكذا عدم وفائه بالتزاماته المالية اتجاه الإدارة.

ب- إعدار الملتزم، حيث يتعين على الإدارة مانحة الامتياز قبل توقيع جزاء الفسخ إعدار الملتزم، وغالبا ما تتضمن وثائق الالتزام مثل هذه الشروط، ولا تتحرر الإدارة منه إلا بناء على شرط صريح في العقد، أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الإعدار لا فائدة منه كما لو أعلن الملتزم عن عجزه عن إدارة المرفق، وتعفى الإدارة من الإعدار عندما تكون هناك حالة استعجال أو ضرورة لا تسمح بإعدار الملتزم، أيضا لا جدوى من الإعدار في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم، وإن كان إجراء الإعدار لا بد منه إلا أنه لا يسمح بتوقيع الفسخ إلا بعد صدور قرار الفسخ، وهي خاصية ينفرد بها عقد الإمتياز الإداري على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء.

¹ - محمد عبد الله حمود، المرجع نفسه، ص 116

ج- ضرورة صدور حكم قضائي، فالقاعدة العامة في فرنسا أن الإدارة لا تملك إسقاط الإلتزام من تلقاء نفسها، إذ يتطلب الأمر الحصول على حكم قضائي من قاضي العقد ماعدا في الحالات التي تنص فيها البنود العقدية أو اللائحية، على منح الإدارة هذا الاختصاص بشكل صريح.¹

وقد جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنسي مؤكدة هذا التوجه في كل أحكامها وهكذا يرى غالبية الفقه في فرنسا إلزام الإدارة بتسبب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم، ويحتوي هذا الأمر على شرطين، أوليهما الإجراءات التمهيدية وأخذ الرأي مقدما، وثانيهما تسبب القرار الإداري الصادر بالإسقاط وإبلاغه للملتزم.

د- تعويض الملتزم، فعادة ما يحدد العقد أو القانون والذي بموجبه أسقط الإلتزام الآثار القانونية المترتبة خاصة فيما يتعلق بالتعويض، والقاعدة العامة أنه لا يترتب أي تعويض لصالح الملتزم الذي أسقط التزامه مادام أن الإسقاط كان على سبيل الجزاء، لا بل أن الجهة مانحة الإلتزام تستطيع مطالبة الملتزم الذي أسقط التزامه بالتعويضات.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

يترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة سواء لدواعي المصلحة العامة أو نتيجة لإخلال المتعاقد الجسيم بالإلتزاماته العقدية مجموعة من الآثار القانونية، فانهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، يعني توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية، وبالتالي يكون الفسخ كليا وليس جزئيا، إذ لا يمكن للإدارة أن تفسخ الجزء الذي لا يحقق لها نفعاً وتبقي على الجزء الذي يحققه لها ذلك.²

ويتباين هذا الأثر حسب نوع الإهفاء للعقد الإداري، فإذا كان هذا الإهفاء بالإرادة المنفردة للإدارة ودون خطأ من المتعاقد، ففي هذه الحالة استحق المتعاقد تعويضا كاملا يغطي كل الخسارة التي تكبدها والتي لحقته من جراء هذا الانتهاء وكذا ما فاتته من كسب أو أرباح، في حين لا يستحق هذا المتعاقد مع الإدارة، والذي أنهى عقده بسبب إخلاله الجسيم بالتزامه العقدي، أي تعويض كان نوعه، بل تستطيع الإدارة بمطالبته بدفع تعويضات لها إذا كان لها داع.³

¹- أكلي نعيمة، المرجع نفسه، ص113

²- عبدالله نواف العتزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010، ص167.

³- توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه ، ص120.

وقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد حق المتعاقد في الحصول على التعويض وهذه السلطة امتياز مهم للإدارة في عقودها الإدارية، حيث تستطيع إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون وقوع خطأ من المتعاقد، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض.

كما أن المتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الإنهاء، لذا فإن القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية دون خطأ على عاتق الإدارة التي تسمح للمتعاقد بالحصول على التعويض المناسب نتيجة لاستخدام الإدارة لهذا الامتياز شريطة إثبات المتعاقد أنه أصابه ضررًا جراء هذا الإنهاء.¹

وهذا التعويض للمتعاقد ليس سببه خطأ الإدارة العامة، وذلك لأنها تتمتع بهذا الحق طبقاً للعقد الإداري الذي أعطى الإدارة هذا هذا الإمتياز، وهذا التعويض يكون تعويضاً كاملاً، وقد يرد نص في العقد أو قد ينظم قيمة التعويض أو قد تنظمه القوانين واللوائح، وقد يتضمن العقد مدى استحقاق هذا التعويض وعناصره، وفي حالة إنهاء الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة، فهنا لا بد من إعمال شروط العقد بخصوص هذا التعويض.²

ويتم التطرق لهذا الموضوع ومعالجته من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين (02)، أتطرق في الفرع الأول حق التعويض للمتعاقد الذي لحقه ضرراً، أما الفرع الثاني سأتناول صور التعويض وأنواعه.

الفرع الأول: حق التعويض للمتعاقد الذي لحقه ضرر

يثور التساؤل عن حقوق المتعاقد الذي أهدت الإدارة عقده لدواعي المصلحة العامة، ودون صدور أي خطأ من جانبه في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ومن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري أنه يترتب على استعمال الإدارة لحقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل، كما أن المتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الإنهاء، وإنما القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية دون خطأ على عاتق الإدارة التي تسمح للمتعاقد بالحصول على التعويض المناسب نتيجة لاستخدام الإدارة لهذا الإمتياز، شريطة أن يثبت المتعاقد أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء.³

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2007، ص317.

² - محمد عبد الحمود، المرجع نفسه، ص113.

³ - محمد عبد الحمود، المرجع نفسه، ص320.

وقد يتضمن العقد مع إستحقاق هذا التعويض وعناصره، وكذا عند إنهاء الإدارة للعقد بالإدارة المنفردة فهنا يجب إعمال شروط العقد بخصوص هذا التعويض، أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللائحة كيفية إستحقاق التعويض عند إنتهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، فيقوم القاضي بتقدير ما يستحقه المتعاقد من التعويض وفتا للقواعد العامة، ويقتررب النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية من النظام المقابل له في عقود القانون الخاص فيما يتعلق بإشترط توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة سببية بينهما وتقدير التعويض أيضا.¹

إن مبرر تعويض المتعاقد في حالة إنهاء الإدارة التعاقد لدواعي المصلحة العامة أن هذا الإهاء من شأنه حرمان المتعاقد من المزايا المالية التي يحققها له التنفيذ الكامل للعقد، ويمكن كذلك أن يضع المتعاقد في موقف صعب إذا كان هذا المتعاقد لم يستطع إستهلاك رؤوس الأموال التي إستثمرها في تنفيذ العقد، والضرر هو مناط إستحقاق المتعاقد مع الإدارة لتعويض عن إنهاء التعاقد معه لدواعي المصلحة العامة، بشرط ألا يكون قد تنازل صراحة بنص في العقد عن حقه في التعويض في حالة الإهاء الانفرادي للعقد وإلتزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها في حالة إنهاؤها الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، لا يؤسس على الخطأ، ذلك لأن الإدارة كان بصدد إستعمال سلطة مقرررة لها وفق للمبادئ العامة للعقود الإدارية ويتصل إلتزام الإدارة بالتعويض هنا بإعتبارات العدالة الجردة التي تأتي بالإضرار بالمتعاقد وعدم تعويضه عن غير خطأ إقترفه، كما يفرض هذا الإلتزام المبدأ الحاكم لتنفيذ العقود الإدارية، وهو مبدأ تنفيذها بحسب نية والذي يتعارض معه إلحاق الإدارة ضرر بالمتعاقد معها بلا خطأ دون تعويضه، وفي إشرط الضرر للتعويض في هذه الحالة، ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه إذا ثبت أن الإهاء لم يترتب ضرر في محل للتعويض²، ويستحق المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة تعويضا كاملا، والتعويض يكون كذلك إذا إشتمل عنصرين، أوليهما الخسارة التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة، وكان إنهاء الإدارة للعقد سببا مباشرا في إحداثها، ثانيهما الكسب الذي فاته والربح بإنهاء العقد الإداري الذي أفقده أرباح تنفيذه، التي لم يجذبها بسبب إنهاء الإدارة له.

وقد ينظم العقد الإداري مدى إستحقاق المتعاقد لتعويض عن إنهاء الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة، بحيث يجوز إعفاء الإدارة من أداء أي تعويض، كما قد ينطوي العقد في حالة عدم

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص121.

² - محكمة القضاء الاداري، جلسة 21 افريل 1963، مجموعة أحكام المحكمة في خمس (05) سنوات، ص190.

ابتعاده التزام الإدارة بالتعويض على تحديد لمقدار هنا التعويض والذي قد يكون مبلغا إجماليا يتم تقديره جزائيا أو يتم تقديره، وفق لعنصري الخسارة والكسب الفائت باعتباره تعويضا كاملا، وفي هذه الحالة يتعين أعمال نصوص العقد باعتباره ما توافقت عليه إرادة طرفي، فإذا لم ينظم العقد مدى استحقاق التعويض ومقدار وعناصر تقديره، فيتولى القاضي هذا الأمر على أن يكون التعويض الذي يقضي به في هذه الحالة تعويضا شاملا لعنصري الضرر من خسارة وكسب فائت.¹

الفرع الثاني: صور التعويض وأنواعه

إذا لم يكن التعويض مقدارا في العقد أو ينص في القانون، فالمحكمة هي من تقدره، ويبدو أن المشرع حدد ثلاث صور للتعويض، إذ يمكن لإرادة طرفي العقد أن تحدد مقدار التعويض الواجب حال إخلال أحد طرفيه بأي مدى للالتزامات المترتبة عليه، وهو ما يسمى بالتعويض القانوني، أما الصورة الثانية للتعويض فهو الذي يحدده القانون ويسمى بالتعويض القانوني، أما الصورة الثالثة فهو التعويض القضائي المقدر من طرف القاضي،² وسوف نفصل الحديث عن هذا الموضوع على النحو التالي :

أولا: التعويض الاتفاقي والقانوني

عندما يرد نص صريح في العقد الإداري أو القوانين أو اللوائح يبين كيفية استحقاق المتعاقد مع الإدارة بمقدار التعويض عند إنهاء عقد دون خطأ منه، ولدواعي المصلحة العامة، فهنا لا بد من تطبيق هذا النص بصورة كاملة، لأن هذا النص يتناول كيفية تعويض المتعاقد مع الإدارة وتحديد مقداره، وكيفية التي يحسب بها، وكل ما يتعلق بهذا الموضوع، لأن جهة الإدارة والمتعاقد معها قد اتفق على ذلك بكامل حريتهما منذ البداية، وعند توقيع العقد فإذا اتفق الطرفان مثلا على حرمان المتعاقد من أي تعويض نتيجة لإنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة ففي هذه الحالة يجب أعمال شروط العقد.³

حيث يستطيع طرفا العقد تحديد عناصر حساب التعويض الممنوح للمتعاقد بدقة، في هذه الحالة أيا كانت طبيعة اتفاقهما في هذا الشأن، حيث يمكنهما الاتفاق بمقتضى شرط صريح في

¹ - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص 240 و ص 241.

² - بشار رشيد حسين المزوزي، المرجع نفسه، ص 97.

³ - عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع نفسه، ص 321.

العقد على استبعاد منح أي تعويض للمتعاقد حال إنهاء العقد أو تحديد مبلغ جزائي كتعويض أو قصر للتعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مع استبعاد التعويض من الأرباح التي فاتت عليه، أو اشتمال التعويض على عنصرين، أي بتعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة، وعما فاتته من كسب.¹

ثانيا: التعويض القضائي

يحق للمتعاقد مع الإدارة المتضرر من إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة، للجوء إلى القضاء المختص، وإن يثبت إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض لو حتى القيام بأعمال ثانوية أو يحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض،² ففي حالة عدم تنظيم العقد أو القانون أو اللوائح مبدأ استحقاق التعويض ومقداره وعناصره، فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، ومقدار التعويض هذه الفرضية يكون كاملا بعنصريه، من خلال تغطية ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب وربح، ومع أنه لا توجد قواعد محددة يتعين الالتزام بها من أجل تحديد مبلغ التعويض، إذا لم يوجد نص اتفاقي في العقد أو في القانون ينظم مقدار التعويض في حالة إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة لدواعي المصلحة العامة إلا أن مجلس الدولة الفرنسي وضع مبدأ التعويض عن الضرر الناشئ للمتعاقد عن هذا الإنهاء المباشر للعقد، شاملا الربح الفوائد ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض تعويض المتعاقد مع الإدارة الذي أنهى عقده لدواعي المصلحة العامة، في حالتين، الأولى إذا نص العقد ذاته على أن المتعاقد قد لا يستحق أي تعويض في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، والثانية إذا لم يلحق المتعاقد أي ضرر حقيقي من جراء إنهاء عقده، لأن الأصل في التعويض هو حدوث ضرر.

وقد سار مجلس الدولة المصري على نهج ذاته، حيث قرر عدم استحقاق المتعاقد مع الإدارة أي تعويض إذا لم يلحق به أي ضرر نتيجة إنهاء عقده بالإرادة المنفردة من جهة الإدارة لدواعي المصلحة العامة، فالقاضي هو الذي يقدر التعويض إذا لم يكن محددًا في العقد، أو بنص في القانون. أما في العراق فقد بينت محكمة التمييز في حالة تنظيم العقد من استحقاق التعويض ونوعه في حالة إنهاء العقد عن طريق الإدارة، فيجب تنفيذ ذلك، وكذلك الحال إذا تم تحديد ذلك من طرف

¹ - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 122 وص 121.

² - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الثانية، دار الريحانة - الجزائر، 1997، ص 140.

القوانين والأنظمة مقدار التعويض الذي يستحقه المتعاقد حال إنهاء العقد، أما إذا لم ينظم العقد أو القوانين أو اللوائح منح التعويض، فإن المحكمة هي التي تتولى تقدير التعويض.¹

ثالثا: التعويض الكامل

في حال تسليم القاضي الإداري بقيام المسؤولية الإدارية نتيجة للخطأ المرتكب أيا كان نوع الخطأ، فإنه يقضي بالتعويض الذي يغطي كامل الضرر الذي وقع على المتضرر جراء ذلك، ويقصد بالتعويض الكامل عن الأضرار، التعويض الذي يعطي ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، وهما العنصران اللذان يقدر القاضي الإداري بموجبها التعويض الكامل، وحتى يكون التعويض كاملا لا بد من أن يشمل عنصران أساسيان هما:

العنصر 1: تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده، وهو عنصر ثابت لا محل للمنازعة فيه، ولا ترد عليه أي استثناءات أو قيود، تربطه أن تكون العلاقة السببية المباشرة ثابتة بين إنهاء العقد الإداري والخسائر التي لحقت المتعاقد مع الإدارة، والتعويض هنا يشمل كافة النتائج والأحداث الضارة التي لحقت بالمتعاقد نتيجة إنهاء للعقد.

العنصر 2: التعويض الكامل هو تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب، ولقد أقره مجلس الدولة الفرنسي عنصر الربح الفائت للمتعاقد، إلى جانب عنصر الخسارة المحقق له كعنصرين للتعويض الكامل الذي يستحقه المتعاقد نتيجة إنهاء عقده.

إلا أنه استبعد التعويض عن الربح الفائت من نطاق التعويض المحكوم به المتعاقد في الحالات التالية:

- استبعاد الربح الفائت بسبب الظروف الخارجة عن إرادة الإدارة.
- استبعاد الربح الفائت بسبب تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد.
- استبعاد الربح الفائت إذا كان العقد مبرما بين شخصين عامين.²

المطلب الثالث: موقف الفقه والقضاء من سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من النظام العام، حيث تعتبر سلطة تقديرية وليست مطلقة تمارسها بهدف الحفاظ على المصلحة العامة لا من أجل تحقيق مكاسب شخصية خاصة أو لأغراض بعيدة عن الغايات التي تعمل لأجلها ولقد تعرض الفقه وكذلك القضاء لسلطة الإدارة في

¹ - توركان ابراهيم علي، مرجع نفسه، ص 123 و 154 و 125.

² - توركان ابراهيم علي، المرجع نفسه، ص 126 و 127.

إنهاء العقد الإدارية، فإذا كانت الإدارة تبرم العقد الإداري لدواعي من المصلحة العامة، فمن الطبيعي أن يكون من حقها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون اللجوء للقضاء لنفس الأسباب، ذلك أنه إذا ما تعارض العقد مع المصلحة العامة للمرفق العام أو أصبح تنفيذ العقد غير ذي جدوى بالنسبة للمصلحة العامة، فإن الإدارة يكون لها الحق بإهائه بإرادتها المنفردة.¹

ويتسع نطاق حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ليشمل جميع العقود الإدارية، حيث اعترف المشرع للإدارة بالحق في إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة، إذ رأت في ضوء مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ هذا العقد قد أصبح غير ضروري، إضافة إلى حق الإدارة في إنهاء عقد الالتزام متى اقتضت تلك المصلحة العامة،² وهذا ما جاء به المشرع المصري في حق الإهاء.

ومن هذا المنطلق، ما موقف الفقه والقضاء الإداريين من الاعتراف للإدارة بسلطة الإهاء؟ وعليه، ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية، يتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى ثلاثة (03) فروع، أتطرق في الفرع الأول إلى موقف الفقه الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإهاء، أما الفرع الثاني فأعالج موقف القضاء الإداري من الإقرار للإدارة بالإهاء الانفرادي للعقد الإداري، وأخيرا وكفرع ثالث قمت بالتعرض للاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد الإداري، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول: موقف الفقه الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإهاء

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إنكار هذه السلطة في حال عدم النص عليها في العقد، وأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لا توجد كقاعدة من قواعد القانون العام ولكنها في الواقع مجرد تطبيق للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي³ بالنسبة لعقود القانون الخاص والتي تقضي بأن الاتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها بل تشمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون حسب طبيعة الالتزام وذهب جانب من الفقه الفرنسي أيضا إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ليست علامة مميزة للعقود الإدارية ولكنها قاعدة عامة تسري على عقود القانون الخاص

¹ - هشام حليم غازي، التوازن المالي في العقود الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 2014، ص172.

² - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص130.

³ - أنظر المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، السالف الذكر.

والقانون العام معا فنقض العقد بالإرادة المنفردة ليس غريبا في مجال القانون الخاص، كما أنه ليس استثناء بل هو طريق عادي لانقضاء العديد من العقود الملزمة للجانبين وأوضح الأمثلة على ذلك عقد المقاولة حيث تمنح المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي¹ لرب العمل الحق في فسخ عقد المقاولة من جانب واحد ويرى البعض أنه يجب التسليم بأن جميع عقود الإدارة بلا تمييز سواء العقود الإدارية أو عقود القانون الخاص تتضمن شرطا ضمنيا بمقتضاه تستطيع الإدارة أن تستخدم سلطاتها في التدخل الانفرادي في تنفيذ العقد ومن بينها سلطة الإهفاء الانفرادي للعقد إذا تطلب الصالح العام ذلك فالإدارة تملك حقوق التدخل الانفرادي في تنفيذ العقود التي تبرمها سواء العقود الإدارية أو عقود القانون الخاص ولو لم ينص عليها العقد ومن بين هذه الحقوق حق الإدارة في الإهفاء الانفرادي للعقد ويرى البعض أيضا أنه في غالبية الأحوال فإن الشروط المسماة بالشروط الاستثنائية مثل سلطة الإهفاء الانفرادي للعقد والخاصة بالقانون العام يمكن إدراجها في عقود القانون الخاص، وبينما يذهب غالبية الفقهاء إلى أن سلطة الإدارة المتعاقدة في الإهفاء الانفرادي للعقد الإداري دون موافقة المتعاقد معها وحتى رغم معارضته تعتبر امتياز استثنائيا من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة كما أنها إحدى السمات المميزة للعقود الإدارية.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من الاقرار للإدارة بالإهفاء الانفرادي للعقد الإداري.

لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة إنهاء العقود الإدارية بالإرادة المنفردة باعتبارها حقا عاما ثابتا لها في جميع العقود الإدارية سواء وجد نص في العقد يجيز لها ذلك أم لم يوجد، وتصدر الإشارة بداية إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن العقد الإداري القائم على سبب غير مشروع لا يحتاج حتى إلى قرار من الإدارة لإنهائه لأن هذا العقد باطلا أصلا وقد أقر القضاء الإداري بسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية على اختلافها، ومثال ذلك في عقود الالتزام أكد مجلس الدولة الفرنسي أن للإدارة مانحة الالتزام سلطة الإهفاء الانفرادي لعقود التزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة والتي تأخذ شكل استرداد الالتزام حيث قرر أنه يحق للسلطة المتعاقدة مانحة الالتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن تنهي عقد الالتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة كما ذهبت محكمة حل النزاعات

¹ - أنظر المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي، السالف الذكر.

الفرنسية في قرار لها أن الإدارة تستطيع أن تمارس سلطة إنهاء عقد الالتزام حتى في حالة عدم وجود الشروط التعاقدية التي تسمح بممارستها لها.¹

هذا وقد إعترف القضاء الإداري المصري على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه إحتياجات الرفق العام، الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ذلك يصب في إطار المنفعة العامة، وليس للطرف الآخر سوى الحق في التعويض إن كان له وجه في ذلك، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل احد الطرفين بفسخها أو إتهائها دون إرادة الطرف الآخر.²

وعليه فالقضاء اعترف للأدارة بحق الإهاء الانفرادي لعقود التوريد إذا قدرت أن في ذلك تحقيق لمقتضيات المصلحة العامة.

كما أجازت محكمة التمييز في العراق سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بقولها: " لوزير الدفاع بناء على المصلحة العامة أن يفسخ المفاوضة متى شاء."³

وخلالصة القول، فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي والمصري على أن حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعاقد ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وهو يعتبر من النظام العام، وبناء على ذلك يمكن القول، إن هذا الحق مقرر للإدارة سواء تم النص عليه في العقد الإداري أو لم ينص، حيث إنه يعتبر حقاً ثابتاً ومقررراً في جميع العقود إلا أن هناك رأياً مخالفاً في الفقه الفرنسي يرى أن هذه السلطة لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للإدارة استخدامها إلا إذا تم النص عليها صراحة في شروط العقد، أو تقررت بمقتضى نص قانوني.

إلا أن القضاء الإداري يقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، بحق المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن الأضرار التي تلحق به إذا أصبح له بمقتضاه نتيجة لهذا الإهاء المفاجئ فيكون من حقه اللجوء إلى قاضي التعويضات من أجل المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي أصابه إذا لم يكن هناك ثمة خطأ إلى جانبه.

¹ - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، مصر، 2010، ص 373

² - مازن ليلو راضي، المرجع نفسه، ص 244.

³ - حكم محكمة التمييز العراقية، العدد 21774، جلسة 02 فيفري 1997، متاح عند منتدى قرارات محكمة التمييز

حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الإدارة هي التي تقدر استعمال حقها في الإلغاء أم لا، أي أن لها سلطة تقديرية في هذا الشأن، لأنها هي التي بإمكانها تقدير حاجات المرافق العامة الخاضعة تحت إدارتها، إلا أن سلطتها التقديرية مثل أي سلطة تقديرية أخرى، تخضع لقيود عدم الانحراف في استعمال السلطة، ومن ثم وتحقيقاً للقضاء الإداري، فإن الإدارة ألغت العقد دون أن تكون هناك مصلحة عامة تقتضي ذلك، وبالتالي يحكم بالتعويض الكامل للمتعاقد الذي يضر هذا الإلغاء بحقوقه المالية.¹

أما قيمة التعويض فإن العقد يتضمن النص على تحديد قيمته وكيفية استحقاقه، فإذا ما خلا العقد من ذلك، حيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في التعويض، ويكون مشروطاً بوقوع ضرر للمتعاقد الذي أصابه من جراء إنهاء العقد.²

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاً، هو ارتباط إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بالنظام العام، الأمر الذي يعطي لها الحق في استعمال تلك السلطة حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص بالعقد، وفي حال ورود نص بالعقد الإداري يحذر الإدارة استعمال تلك السلطة بإلغاء هذا النص لمخالفته للقانون.³

الفرع الثالث: الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد الإداري.

إن الهدف من إبرام العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في الحفاظ على استمرار سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته لجمهور المنتفعين بها، وبالتالي إذا لم يعد العقد محققاً للمصلحة العامة التي أبرم لأجلها كان بوسع الإدارة إنهاؤه، على الرغم من عدم إنهاء مدته حفاظاً على المصلحة العامة، فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادة المنفردة لا بد عليها من الاستناد إلى دواعي المصلحة العامة، وليس إلى سبب آخر، وعليه فيكون قرار الإدارة بالإنهاء غير مشروع ويؤدي إلى ترتيب مسؤولية الإدارة التعاقدية في حالتين، وهما عدم مشروعية قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لاتخاف غايته، والحالة الثانية عدم مشروعية قرار الإنهاء لخروجه عن أطر المشروعية.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1520، جلسة 20 أبريل 1957، مجموعة أحكام المحكمة، السنة الثانية، ص 973، وكذا حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 954، جلسة 11 أبريل 1970، مجموعة مبادئ التي قررتها المحكمة في 15 يوماً 1968-1980، الجزء الثاني، ص 1986.

² - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص 174.

³ - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع نفسه، ص 131.

إن تمتع الإدارة بسلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون موافقة المتعاقد معها، وتأخذ هذه السلطة في الإنهاء مظهرين، مظهر الجزاء في حالة إخلال المتعاقد إخلالاً جسيماً في إلتزامته التعاقدية، وهذا ما تم التطرق إليه عند تناول سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين، حيث أجمع الفقه على أن للإدارة الحق في أن تنتهي العقد عندما يتبين لها أن المتعاقد معها لم يعد قادراً على تنفيذ العقد،¹ وأيضاً لم يعد قادراً على المشاركة في تنفيذ العقد بدرجة كافية مما يعرض المرفق العام للخطر المحقق، أما المظهر الثاني، فيتمثل في إنفراد الإدارة بإنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد وذلك لمقتضى المصلحة العامة لذا فإن إنهاء العقد بإرادة المنفردة للإدارة دون خطأ المتعاقد معها يجب أن يتم تجاوز مع مقتضيات المصلحة العامة ومرافق الدولة.

هذا وقد اعترف القضاء الإداري لجهة الإدارة بهذه السلطة في جميع العقود الإدارية، على اعتبار أن الإدارة هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق العام دون غيرها، فقد تقرر أن العقد أصبح غير ضروري أو لم يعد يتفق مع حاجات المرفق العام الذي أبرم لأجله وهذا ما أكدته مجلس الدولة المصري حيث اشترط وجوب استناد الإنهاء على باعث المصلحة العامة حتى يكون إنهاء العقد مشروعاً، إلا إذا كان إنهائه تعسفياً وليس له مبرر²، وعلى هذا الأساس لا يجوز الإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إلا لأسباب يقتضيها الصالح العام، كأن يلغى المرفق أو بتعديل نطاقه، بحيث يبدو استمرار العقد غير متلائم مع مقتضيات الصالح العام ولا ملبياً لاحتياجات المرفق العام. وقد ينص العقد أو القانون على حق الإدارة في إنهاء عقودها انفرادياً، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة، حيث يستند الإنهاء إلى النص الوارد في العقد أو القانون، وقد لا ينص في العقد ولا في القانون على مثل هذا الحق، عندها نكون أمام حتمية وبصدد سلطة الإنهاء الانفرادي بمعناه الحقيقي، باعتبارها من أهم خصائص العقود الإدارية.³

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 1989، ص441.

² - حكم المحكمة الادارية العليا في مصر في 02 مارس 1968، المجموعة بين 13، رقم 83، ص625.

³ - إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص90 و91.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أهمية السلطات التي تتمتع بها الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادة المنفردة للإدارة أن كان ذلك بوجود خطأ من المتعاقد أو حتى دون خطأ منه، وبيان على أهمية هذه السلطة الممنوحة للإدارة والأساس القانوني لهذه السلطة على اعتبار أن هذا الجزء من أشد الجزاءات المقررة من قبل الإدارة، بل وأخطرها ويؤدي بالضرورة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وأن ذلك له ما يبرره نظريا من خلال تقديم المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام على المصالح الخاصة للأفراد، مع ضرورة توافر القيود والضوابط التي من شأنها ضمان حسن ممارسة الإدارة لسلطانها وحفظ حقوق المتعاقد مع الإدارة، بمعنى تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة وكذا مصلحة المتعاقدين معها مع توفير الضمانات القانونية المقررة لهذا التوازن بين طرفي العقد، مع وضع معايير محددة في القوانين لتحديد مدى جسامته الخطأ المؤدي لإعطاء الحق في إنهاء العقد الإداري وخاصة في عقود الأشغال العامة، ودعمنا هذه الدراسة بأراء الفقهاء وقرارات المحاكم وبمجالس الدولة.

وتعتبر هذه السلطة إحدى السلطات التي تمتلكها الإدارة والتي لا يمكن التنازل عنها، وهي وسيلة مسلم بها مثلها مثل بقية السلطات، وهذا نتيجة الامتيازات التي تتمتع بها وتقوم عليها من أجل تسيير المرفق العام تحقيقا للمنفعة العامة، وهي من أهم المظاهر التي تميز لنا الاختلاف الموجود بين العقد المدني والعقد الإداري، كما تعتبر سلطة أصيلة تمتلكها الإدارة وتلجأ إليها متى رأت ضرورة لذلك بغض النظر على أنه تم النص عليها في القانون أو العقد أو لم يتم النص عليها، ومرد ذلك أنها متعلقة ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالمرفق العام وما يصاحبه من تغيرات وتطورات، مما يجعل الإدارة تلجأ إلى ممارستها مراعاة للمصلحة العامة، وهي عبارة عن نظرية قائمة بذاتها يعود مرجعها إلى فرنسا التي كانت السبابة في جلب كل ما هو جديد يتعلق بالقانون الإداري عامة وبالعقود الإدارية خاصة، وهي نظرية فقهية جاءت نتيجة اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي.

أما في الجزائر فقد أخذ المشرع بفكرة سلطة الإهاء، لكنه لم يحدد لنا في التشريع مفهوما لها، بل تكلم فقط على جزء منها وهو الفسخ الجزائري نتيجة خطأ المتعاقد.

وبالتالي فإن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري هي من أبرز الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، حيث تلجأ إليها الإدارة دون الحاجة للنص عليها، وتطبق هذه السلطة في جميع أنواع العقود الإدارية على حد سواء.

ومن هذا المنطلق ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع -مظاهر السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية-، فكيف تكون رقابة القاضي الإداري على امتيازات السلطة العامة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية؟

لقد تطرقت فيما سبق إلى وجود اعتبار بين أساسيين يحكمان العقود الإدارية، أولهما هو مبدأ الرضائية، والتي هي أساس فكرة العقد وجوهره، سواء في عقود القانون الخاص أم في عقود القانون العام وهي تمثل بذلك إرادة الطرفين في إبرام العقد وأثناء تنفيذه، أما الأساس الثاني فيتمثل في فكرة الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، والتي تقوم على اعتبار أن العقد الإداري إنما هو وسيلة إدارية تستخدمها الإدارة لتسيير وتنظيم المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة وتوفير حاجيات ومقتضيات الجمهور العامة وأن ذلك الاعتبار الأخير هو ما أدى لمنح جهة الإدارة حقوق وسلطات في مواجهة المتعاقد معها، وأن القضاء الإداري لعب دوراً هاماً في إقرار هذه الحقوق وحمايتها، وذلك فقط لضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

إلا أن طبيعة العقود الإدارية تقتضي أن كل حق يقابله التزام، وكل سلطة يقابلها شرط وقيد وضوابط للحد من غلو الإدارة وتعسفها، باستخدام تلك السلطات على نحو غير قانوني على شكل عيب الانحراف بالسلطة وتجاوزها، وإذا كان للقضاء دور محوري وجوهري في منح الإدارة امتيازات وحقوقاً وسلطات على المتعاقد معها، فلا بد من منح المتعاقد حقوقاً أيضاً، ويلزم جهة الإدارة باحترامها وتنفيذها على أكمل وجه، فإذا كانت حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة تستمد حقوقها من فكرة المصلحة العامة، فإن الأساس الأول يظهر بوضوح هنا في مجال هذه الحقوق.¹

ويرى الدكتور "سليمان محمد الطماوي" أن موضوع حقوق المتعاقد مع الإدارة يقوم على أساسين هامين هما، أن المتعاقد يستمد حقوقه والتزاماته من العقد الإداري، وأن المتعاقد هو عبارة عن إنسان يسعى إلى تحقيق أرباح، وأنه إذا كانت طبيعة اتصال العقد بفكرة المرفق العام، وهي طبيعة خاصة، فقد لطفت من حدة القواعد المدنية في العقود التي تبرمها الإدارة، فإن مجلس الدولة

¹ - محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع نفسه، ص 181.

الفرنسي قد عمل على الحد من تلك الطبيعة الذاتية، من خلال إقرار حقوق المتعاقد يواجه بها السلطات الخطيرة التي تتمتع بها الإدارة، والتي قد تمنع المتعاقد من الإقدام على إبرام عقود معها، لمهابتها، ومن ثم تحسّر الإدارة أفضل وسائلها في تسيير المرافق العامة.¹

ولعل أهم الحقوق التي تكون للمتعاقد مع الإدارة هي حقوقه المالية، كما أن له الحق في ضمان قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها، وحقه في التعويض، حال إخلالها به، وله الحق في ضمان التوازن المالي للعقد، وعليه فالعقود المبرمة من طرف الإدارة مع الأفراد قد تأخذ طابع العقد العادي الخاضع لنظام القانون الخاص، والتي تتساوى فيها الإدارة صاحبة السلطة العامة مع الفريق المتعاقد معها، كما أنها قد تأخذ طابعاً مميزاً، يظهر الإدارة بسلطتها وسطوتها وبمراكز أسمى عنم يقابلها، مملية شروطها على المتعاقد معها، فيما يطلق عليه وصف العقد الإداري.

إن الفارق فيما تبرمه الإدارة من عقود يلغي بظلاله على القضاء، حين تثار منازعة تتعلق بهذه العقود خصوصاً في نطاق تنفيذها، حيث أفردت الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج حال الجزائر ومصر مثلاً قضاء متخصصاً للنظر في المنازعات الإدارية بما فيه منازعات العقود الإدارية والتي تعطي ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء كقاعدة عامة، وإن إعترف لقضاء الإلغاء في هذه المنازعات استثناء على القاعدة العامة.²

ونظراً لما كان للعقود الإدارية حلة بالمال العام وحقوق الخزنة العامة من جهة وأنها ترتب حقوقاً والتزامات لأطرافها من جهة ثانية، فإنها لا شك تثير منازعات إما على مستوى الإبرام أو حتى أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعاقد معها، وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات، وإعطاء لكل ذي حق حقه.

وجدير بالإشارة أن العقد الإداري كونه يتعلق بمشاريع الدولة أو الإدارة، وجب تتبع فيما يخص منازعاتها طرفاً خاصاً وأحكاماً مميزة تتسم بالسرعة حتى لا يتم تعطيل المشروع العام، ويطول مع ذلك تواصل وإمتداد النزاع، مما يؤثر سلباً على مبدأ الاستثمارية، وبما يلحق بجمهور المتفعين من خدمات المرفق العام، وبما يعطل تنفيذ المخططات التنموية.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 541.

² - صفيد محمود السويلمي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الادارية، مجلة علوم الشريعة و القانون، المجلد 42، العدد 1، جامعة اليرموك، الأردن، 2015، ص 179.

وقد أولى المشرع الجزائري لهذا الموضوع أهمية كبيرة من خلال الرجوع للمواد 153 و155 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،¹ وكذلك بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.²

¹ - أنظر المواد 153 و155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ص34 وص35، سالف الذكر.

² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، والمشار إليه في كتاب : عمار بوضباف، المرجع نفسه، ص134.

الخاتمة

إن مظاهر السلطة العامة يقصد بها تلك السلطات أو الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، ومن شأنها جعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله، فالإدارة حينما تتعاقد مع الأفراد ويصبح معاونها لها، لا تتنازل ولا يجوز لها ذلك عن حقوق وامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام، ومما ينبغي التأكيد عليه، قبل كل شيء هو أن جهة الإدارة لها الحق في استعمال سلطاتها المتعددة والمقررة لها كلا على انفراد، وعلى نحو مستقل، أو بصورة مجتمعة ما لم تكن هناك عقبات عملية في إمكانية جمع هذه السلطات، على أن لا تتعسف وأن لا تقع في عيب انحراف أو تجاوز السلطة في ممارسة هذه القدرة القانونية تجاه المتعاقدين معها، فذلك ما يستدعي مسؤوليتها القانونية، كما يؤدي إلى عدم رغبة الأفراد في التعاقد معها، فيتعطل سير المرافق العامة لكونها ليست قادرة في جميع الأحوال على تسيير تلك المرافق لوحدها.

فالقانون الإداري والقضاء الإداري يعترفان بحقوق وسلطات وامتيازات استثنائية للإدارة لكون سمات العقد الإداري يتعلق موضوعها بتنظيم وتسيير المرفق العام، إضافة إلى مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل ومسايرة مقتضيات التجدد لتحقيق الصالح العام وإشباع حاجات الجمهور، وهذا عكس الأفراد الذين يهدفون لتحقيق مصالحهم الشخصية على حساب المصالح العامة للجمهور، فالإدارة تتمتع بهذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام وهي المسؤولة عن ذلك.

إن اختيار المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، يتم على ضوء مؤهلاته وخبرته وتجربته بموجب فكرة الاعتبار الشخصي، وأن تمتع الإدارة في نطاق تنفيذ عقودها الإدارية بسلطات واسعة نابع من كونها مسؤولة بطريقة مباشرة عن حسن سير المرافق العامة بإنظام وإضطراب. ومن مظاهر تميز النظام القانوني للعقود الإدارية من حيث أثار العقد هو تمتع الإدارة بتلك السلطات والحقوق الاستثنائية تجاه المتعاقد معها أثناء سريان العقد، إلا أنه يقابل تلك السلطات والامتيازات حقوق خاصة مقابلة للمتعاقد مع الإدارة بهدف تحقيق التوازن، خصوصا ضمان حقوق المالية.

فالحكمة من امتلاك الإدارة لتلك السلطات الاستثنائية إزاء المتعاقد معها، هو أن العقد الإداري يتصل مباشرة بتنفيذ وسير المرافق العامة التي تستهدف المصلحة العامة بالدرجة الأولى، ولما كانت الإدارة ذات مسؤولية مباشرة وأساسية عن ضمان سير المرافق العامة وتحقيق المصالح

العامّة، لهذا يعترف لها القانونيين الإداريين والقضائي على السواء بهذه المظاهر والامتيازات أثناء تنفيذ العقد الإداري، فمصلحة المرفق العام واحتياجاته هي التي تبرر الغاية والوسيلة لتلك السلطات والامتيازات.

إن هذه السلطات المقررة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها تعد من أخطر السلطات التي تتمتع بها والتي من شأنها تعديد العملية التعاقدية وبالتالي المصلحة العامة التي تسعى من وراء ذلك تحقيقها وهي بمثابة الهدف المرجو والمنشود، فالإدارة لا تتدخل في مجال مسكوت عنه فقط في العقد، بل تحاول التغيير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد بالزيادة والنقصان، ولأن العقد الإداري هو عبارة عن عقد ذو طبيعة خاصة فقد كان من اللازم منح الإدارة سلطات استثنائية، ونظراً لأن تلك السلطات ليست مقصوداً منها إيذاء المتعاقد معها، فكان لزاماً على الإدارة عدم التجاوز في استعمال تلك السلطات، حيث إذا شاب تعسف غير مشروع مما يولد مسؤوليتها التعاقدية، الأمر الذي يبيح ويعطي للمتعاقد كامل الحق في الحصول حقوقه من خلال المطالبة بالتعويض جراء الضرر الذي قد يلحقه نتيجة تجاوز الإدارة في استخدامها، ولأن تنفيذ العقد الإداري يشير تنازعا بين الإدارة والمتعاقد معها، تكون وسيلة تسوية وفقاً على إرادة طرفين، حيث تكون تلك التسوية إما بطريقة ودية أو عن طريق قضاء على حسب الأحوال والظروف، أي يكون للقاضي الإداري الدور العام والأبرز في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.

فالعقود الإدارية تخضع لقواعد مستقلة عن أحكام القانون الخاص، حيث تتمتع جهة الإدارة فيه بامتيازات السلطة العامة، إلا أن لهذه الامتيازات حدود وقيود لا بد من مراعاتها عند إبرام هذه العقود تتمثل في مجموعة من المبادئ والأحكام التي يترتب عند الأخذ بها مصلحة الإدارة من جهة ومصلحة المتعاقد معها من جهة أخرى كالأخذ بمبدأ العلانية والشفافية والمساواة وحرية المنافسة، وبالإضافة لتلك المبادئ لا بد على الإدارة من تتبع طرق وأساليب معينة عند التعاقد مع الأشخاص لأن هدفها واضح وجلي يتمثل في تحقيق المنفعة العامة لإشباع حاجات الجمهور مع المحافظة وحماية المال العام، لهذا كان من الضروري عدم ترك الحرية الكاملة للإدارة للتعاقد بالأسلوب الذي ترغب به.

وتظهر خصوصية العقد الإداري بجلاء في مرحلة التنفيذ لما تتمتع به الإدارة من مركز قانوني يختلف عن مركز المتعاقدين في العقود المدنية من مظاهر وامتيازات لا نظير لها في عقود القانون

الخاص، وبالمقابل فالعقد الإداري يعطي حقوقا للمتعاقد لا وجود لها في العقود المدنية منها الحق في التوازن المالي للعقد .

إن المصلحة المتعاقدة في مجال العقود الإدارية تتمتع بسلطات واسعة نابعة من مركزها التعاقدية في مواجهة المتعاقد معها يجد مبرره في وجوب تقديم المصلحة العامة التي تمثلها المصلحة المتعاقدة على المصلحة الخاصة التي تعود إلى المتعامل المتعاقد وهو ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العامة باستمرار واضطراد، وتتجلى هذه السلطات في كامل مراحل العقد الإداري، منذ إبرامها وإلى غاية اكتمال تنفيذها.

صحيح أن هذه السلطات مقررة لها قانونا وهي حق أصيل ثابت ولو لم يتم النص عليها، إلا أنها تتماشى في شدتها حسب طبيعة ونوع العقد المراد إبرامه، وما على الإدارة سوى التقيد بالمشروعية عند استكمال سلطاتها حتى تتجنب التعسف في استعمال السلطة لأن الغرض من هذه الامتيازات تحقيق المصلحة العامة وليس معاقبة وإرهاق الطرف الآخر ولا يجب التفضيل بين المتعاقدين إلا وفق ما يقرره القانون، والذي لا بد من النظر إليه كشريك اقتصادي وليس خصم، وعلى هذا الأساس لا بد من مرافقته وتوجيهه بما يخدم حسن تنفيذ العقد مما يترتب عن ذلك آثار إيجابية كثيرة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي وحتى السياسي.

ومن هذا المنطلق يمكن أن نبين أهم وأبرز النتائج المتوصل إليها، والتي نذكر أهمها على

الشكل الآتي:

1- إن لجوء الإدارة إلى أسلوب التعاقد مع الشركات والأفراد يكون بهدف مساعدتها في تسيير المرافق العامة، وأن ذلك لا يغير من كونها سلطة عامة مسؤولة عن المرافق العامة، وبالتالي يكون لها الحق الكامل في اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لضمان حسن إدارة وسير هذه المرافق حتى لو كانت تلك التدابير بعيدة عن موضوع العقد، أو تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة أعباء إضافية فيما يتكبده من نفقات لتنفيذ التزاماته.

2- إن أهم ما يميز العقود الإدارية عن غيرها من عقود الإدارة الأخرى، كون الإدارة تعمل في إبرامها وتنفيذها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات وحقوق لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، والهدف من إبرامها هو تحقيق مصلحة عامة وإشباع حاجات الجمهور العامة والمنتفعين به.

3- دلت الدراسات المقارنة على أن الإدارة العامة أو ما تسمى بالمصلحة المتعاقدة أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة مما يخول لها ممارسة سلطات وحقوق مختلفة ومتعددة تهدف إلى حسن تنفيذ العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية، وهذا وفقاً لبنودها وفي آجالها، تحقيقاً للمصلحة العامة للجمهور.

4- لقد قدر القضاء الإداري بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة على عدم صلاحية قواعد القانون الخاص أو المدني لتحكم عقود الإدارة، خصوصاً لما أفردتها بتشريع وتنظيم مستقل بعنوان "تنظيم الصفقات العمومية"، حيث سرعان ما أخذ المبادرة وجسد الاستقلالية في النظام العقدي.

5- في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية تتجلى بوضوح مظاهر وامتيازات السلطة العامة، من خلال الشرط الاستثنائي غير المألوف، ومن ثم فإن مراكز ووضع المصلحة المتعاقدة كإدارة أو سلطة عامة يخول لها القانون ويمنحها حق ممارسة واستعمال سلطاتها المقررة في المراقبة والإشراف، والتعديل، وتوقيع الجزاءات وكذا الإنهاء الانفرادي للعقد.

6- لا يمكن اعتبار تنفيذ العقد الإداري بالأمر الهين، لأنه لا يخلو من التعقيد والصعوبة، فبالإضافة إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية كونها تبرم لأجل تحقيق خدمة عامة وارتباطها ارتباطاً وثيقاً بالمصلحة العامة، وتمويلها يكون على حساب الخزنة العمومية ومن المال العام للدولة وما يفرضه ذلك من قيود وضوابط على الإدارة المتعاقدة، وهيئة احتياجات ومتطلبات التعاقد من خلال الإجراءات والتدابير المعقدة لهكذا عمليات، وما قد يصادفها من ظروف خارجية صعبة لم تكن في حساب المتعاقدين عند التعاقد، ما يؤثر ويعرقل تنفيذ العقد الإداري، لذا لا بد من تضافر جهود طرفي العقد لغرض التغلب على كافة الصعوبات والعراقيل المحتملة والممكنة الوقوع عند تنفيذ العقد الإداري.

7- إن الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري تكون ناتجة عن إخلال المتعاقدين بالتزاماتهم التعاقدية أو الخارجة عن إرادتهم، فالأولى هي بالأساس التزامات تفرضها العلاقة التعاقدية على الطرفين، والإخلال بها يولد المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ، في حين أن مسؤولية الإدارة في تعويض المتعاقد معها في الصورة الثانية هي مسؤولية تعاقدية دون خطأ، بحيث تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها لغرض إعادة التوازن المالي للعقد، وهو حق المتعاقد تجاه الإدارة المتعاقدة ينشأ له بموجب العقد الإداري.

8- إن الحفاظ على التوازن المالي للعقد إن كان يعد حقا أصيلا للمتعاقد، إلا أنه في ذات الوقت يمثل ضمانا هامة وحقيقية لاستمرار المرفق العام، من خلال مساعدة المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك بصرف التعويضات المستحقة له لمواجهة الظروف التي يتعرض لها أيا كان نوعها، مما يمكن من ضمان الحفاظ على المرفق العام بانتظام واضطراد.

9- تعتبر سلطات الإدارة وامتيازاتها حق أصيل للإدارة، تفرضه ضرورات المنفعة العامة والصالح العام، وهذا حتى لو لم ينص عليه في شروط العقد وملحقاته ومن دون اللجوء إلى القضاء، فتمتع الإدارة بهذه السلطات الاستثنائية في نطاق العقد الإداري تستمدتها من النظام العام، فهي تمارسها دون نص في العقد ودون حاجة اللجوء إلى القضاء للحصول على إذن يخول لها استخدام هذه الامتيازات، مما يترتب عليه نتائج مهمة تتمثل بعدم جواز تنازل الإدارة عن هذه السلطات لتقريره، بالإضافة إلى بطلان أي نص يشير بحرمان استخدام الإدارة لتلك المظاهر.

10- اتضح أن هناك إجماع في الاعتراف بسلطات الإدارة وامتيازاتها لجهة الإدارة لدواعي المصلحة العامة في كل من القضاء الفرنسي والمصري والعراقي وكذا الجزائري.

11- تعتبر السلطات الممنوحة للإدارة والمقررة لها في تنفيذ العقد الإداري هي سلطات غير مطلقة، وإنما هي مقيدة ومحددة بضوابط تحكمها، بحيث لا يجوز للإدارة إساءة استعمالها بقصد التحلل من التزاماتها أو الإضرار بالمتعاقد معها، حيث يجب استعمال هذه السلطات بما يتيح لها الاستفادة من العقد الإداري بالشكل الذي يجعل المرفق العام أكثر تحقيقا لأهدافه المسطرة بغية إشباع حاجات الجمهور.

12- إن من أبرز السلطات التي تتمتع بها الإدارة، نجد أن أهمها على الإطلاق هي سلطتها في الإشراف والرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، وذلك للتأكد من تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته على النحو الصحيح، كما له حق تعديل العقد خلال مدة التنفيذ بإرادتها المنفردة، وفي حال إخلال المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية دون أن يمتلك حق التمسك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يتم فرض وتوقيع جزاءات عليه على حسب الخطأ المرتكب، وكذا حقها في الإنهاء الانفرادي للعقد وهو أخطر هذه السلطات المقررة والممنوحة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

13- استقرت جل آراء الفقه وأحكام القضاء المقارن على أن العقود الإدارية تقبل التغيير والتعديل بطبيعتها كجزء لا يتجزأ من عملية التشييد والتصميم، حتى يكون باستطاعتها التكيف

بنجاح مع الظروف والأحداث التي لم تكن متوقعة، لأن هذا يرجع إلى طبيعة الإنشاء ذاتها التي تجعل من المستحيل بداية ونهاية المشروع دون إدخال عليه مجموعة من التعديلات والتغييرات.

14- صدور قرار التعديل لا بد من أن يكون مستوفيا جميع أركان المشروعية، عن طريق جهة مختصة بإصداره متضمنا جميع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها إصداره قانونا ولا يخالف نصا تشريعا.

15- تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على اتساعها لا تشمل كافة الشروط التعاقدية، بل تنحصر تلك السلطة بالشروط المتعلقة بحسن سير المرفق العام دون تنازل تلك السلطة عن الشروط المتعلقة بالمزايا المالية، إضافة إلى أن استعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد الإداري مقيدة بضوابط قانونية حددها المشرع، مما ينبغي على الإدارة مراعاتها عند استعمالها هذه السلطة.

16- ليس للمتعاقد مع الإدارة حق الاعتراض على تعديل العقد الإداري، ذلك أن الذين يتعاقدون مع الإدارة لا يمكنهم تجاهل سلطتها في التعديل، طالما أن حقوقه المالية محفوظة بمقتضى فكرة التوازن المالي للعقد والتي لها دور بارز ومهم في نظرية العقد الإداري.

17- للإدارة حق فسخ العقد الإداري كجزاء توقعه على المتعاقد معها نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، وهذا ما أكدت عليه أحكام القضاء الفرنسي والجزائري والعراقي، وهو ما لم يعترف به القضاء المصري، لأن هذا الجزء في مغالاة كبيرة من جهة الإدارة، فيكفي الإدارة الفسخ الجزائي المجرد والمطالبة بالتعويض عند الإخلال الجسيم المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

18- رغم سلطة الإدارة الواسعة في فرض وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، ونظرا لخطورتها فقد عمد المشرع على تقييدها بضوابط قانونية.

19- تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية مع المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود وضوابط تحكمها، ولا بد من وجودها حتى لا يمكن للإدارة التعسف في التعامل مع المتعاقد معها أو الانحراف في استعمال السلطة واستخدامها بطريقة غير مشروعة.

20- على الرغم من الاعتراف للإدارة في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، إلا أن هناك اختلافا حول أساسها القانوني بين الفقهاء، فمنهم من يرى أنها تقوم على ضرورات المصلحة العامة، ومنهم من يرى أنها تقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، وطرف ثالث

جامع يستند على أساس مزدوج متمثل في فكرة المصلحة العامة من جهة، وفكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من جهة أخرى.

21- على الإدارة احترام المدة المقررة في العقد لتنفيذ جميع التزاماتها التعاقدية، ففي حالة التأخير أو الامتناع عن تنفيذ واجباتها التعاقدية، فإن هذا يعتبر خطأ عقدياً من جانبها يخول للمتعاقد معها الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم عن ذلك.

22- إن الإدارة العامة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد الإداري وفق مندرجاته، إنما تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ وذلك باختيار أنسب الطرق وذلك لضمان حسن سير المرافق العامة، مع الالتزام بمبدأ المشروعية عند إصدار القرارات الإدارية.

وعلى ضوء النتائج المقدمة آنفاً، فإنه يمكننا تقديم بعض الاقتراحات للمساهمة في إثراء هذا الموضوع، ويمكن حصرها على النحو التالي:

1- ضرورة النص على التزام الإدارة بالحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري طول مدة تنفيذه بما يحقق الضمانة والثقة للمتعاقدين خلال هذه الفترة مما يضمن اكتمال التنفيذ في المواعيد المحددة وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

2- من الممكن أن تعمل الإدارة بجودة وبشكل أكثر دقة وجدية، من خلال دراسة الاحتياجات الفعلية لهذه الجهات قبل إبرام العقود الإدارية، وذلك التزاماً من جهة الإدارة بأن يكون التعاقد في حدود تلك الاحتياجات الفعلية والضرورية للأنشطة المقررة، فالإعداد الجيد للمشروعات والتوقع السليم للمتغيرات التي قد تطرأ على حين غرة، يجدان من اللجوء إلى إصدار أوامر تغيير كثيراً أثناء تنفيذ هذه البرامج والمشروعات المتفق عليها، ومن ثم يقلل من فرض تحمل الدولة مبالغ مالية إضافية أكثر مما تم الاتفاق عليه.

3- إن ممارسة الرقابة من جهة متميزة عن الإدارة يعد ضماناً حقيقية تحمي حقوق الأفراد، كما تعمل على تنبيه وتحذير الإدارة مما يدفعها إلى توخي الحذر والعمل على احترام القانون والإمام بمعوقات العمل وجوانب القصور والنقص فيه، بالإضافة إلى كشف التجاوزات غير المشروعة ومحاسبة مرتكبيها.

4- على المشرع وضع الإدارة وهي تمارس حق التعديل تحت نظرها ومراقبتها باستمرار وعدم تركها تعلقاً وتسمو على المتعاقد معها بطرق غير شرعية، إلا ما منح لها قانوناً، مما تثقل عاتقه

بالتزامات تفوق طاقته، فالمشرع أجاز للمتعاقد مع الإدارة وبطريقة سلمية وقانونية باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن حقوقه المهضومة بطرق تعسفية.

5- دعوة جهة الإدارة عند استعمالها حق التعديل، مراعاة شروط استعماله الموضوعية والإجرائية وقيود أعماله العامة، وكذا التشريعية حتى تكون إجراءاتها متماشية مع القانون تحقيقاً لمبدأ المشروعية الإدارية وحتى لا تكون عرضة للإبطال والمساءلة القانونية.

6- إن ممارسة الإدارة لحقها الممنوح قانوناً المتمثل في سلطة التعديل، لا بد من أن يكون استعماله دائماً مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمبادئ استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد، مع شرط عدم وصول هذا التعديل إلى حد فسخ العقد.

7- إعطاء المتعاقد مع الإدارة المرونة اللازمة من خلال تنفيذ التعديلات أو الاعتراض على هذه التعديلات إن كانت تضر به أو أن لا يكون لها أي مبرر.

8- لا بد من أن يكون حق الإدارة في التعديل مبنياً على حسن النية، حيث لا تكون سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وسيلة وذريعة تستخدمها وتستغلها الإدارة للإضرار بالمتعاقد معها سواء كان نتيجة التعسف في استخدام السلطة أو من خلال اتخاذ المصلحة العامة كغطاء لتفعله لتحقيق المصلحة الشخصية غير المشروعة.

9- على الأجهزة والهيئات الرقابية أن تكثف جهودها وأن تكون أكثر دقة لمكافحة ومحاربة هذه الظواهر لما تسمى بالفساد الإداري، وهذا من خلال استخدام الإدارة لطرق ملتوية وغير مشروعة باستخدامها صلاحيات وسلطات في التعديل لتحقيق منافع ومصالح ومكاسب شخصية وغير شرعية، ويكمن ذلك في توجيه جهة الإدارة أوامر في تعديلات متكررة وغير مبررة إلى المتعاقد معها.

10- يجب على الإدارة في حال توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، أن تكون جزاءات متدرجة من الأخف إلى الأقصى عقوبة، خصوصاً في حالات الإخلال البسيط، على عكس الأخطاء الجسيمة المرتكبة من قبله والذي لا بد من رد قوي من جهة الإدارة وبطريقة ردعية وهذا كله تحقيقاً للمصلحة العامة.

11- رغم سلطة الإدارة الواسعة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها عند إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، ونظراً لخطورتها فقد عمد المشرع وعمل على تقييدها بضوابط قانونية.

12- على الإدارة في حال تعثر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبول التنازل عن العقد وتنفيذ الالتزامات محل العقد من قبل المتعاقد الجديد أفضل من خيار فرض الجزاءات على المتعاقد الأصلي، خصوصا في المخالفات والأخطاء البسيطة والأقل أهمية.

13- يفضل إعدار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع جزاءات عليه، خاصة فيما يتعلق بالغرامات التأخيرية، لأنه قد يستجيب وينفذ ما التزم به بمجرد إعداره، مع تضمين الإعدار مدة زمنية كافية لذلك، لأنه يمثل ضمانا لا يمكن الاستغناء عنها بالنسبة للمتعاقد.

14- مع الاعتراف للإدارة بسلطتها في فرض وتوقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر معها، يجب ممارسة سلطتها في الحدود المعقولة ولا يجوز للإدارة الانحراف وإساءة استعمال السلطة الممنوحة لها.

15- تشديد الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالفسخ حفاظا على حقوق المتعاقد معها، وما قد يتعرض له من تعسف.

16- على المشرع الجزائي أن يحدد حالات معينة تسمح للإدارة باللجوء إلى سلطة الإنهاء حتى لا يكون هناك تعسف في استعمالها لسلطاتها بطرق غير مشروعة، لأن المشرع تناول فقط سلطة الفسخ الجزائي ولم يتطرق إلى سلطة الفسخ لدواعي المصلحة العامة، وهذا ما قد يجعل الإدارة تتعسف في استعمالها لسلطة الإنهاء.

17- لا بد من تنظيم دورات وندوات تثقيفية وتدريبية للإدارة وكذا المتعاقد معها على حد سواء، لإطلاعهم على تفاصيل العقد والتعاقد في إدارة المرافق العامة وكيفية الحفاظ على المال العام تحقيقا للمنفعة العامة، بغية ضمان تدارك وقوع أخطاء أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

وفي الختام، وبعد انتهائي من كتابة هذا البحث وإعداده المتواضع بفضل من الله تعالى، فلا يسعني إلا أن أسأل الله عز وجل أن يكتبه لي في ميزان الحسنات، وأن ينفعني به وبالمؤمنين، وأن يكون ثمرة مفيدة، ولبنة جهد خالصة تعين من سيأتي بعدي لمزيد من الدراسات والبحوث للعديد من الأفكار القانونية الهادفة والبناءة، هذا وإن كنت أصبت في هذا البحث فالحمد لله حمدا كثيرا على فضله، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أجر المجتهد، أسأل الله أن لا يجرمني منه والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم :

أولاً/- المصادر :

الأحاديث النبوية :

01- حديث شريف أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب في كراهية التمداح، رقم: 4806، قال الألباني في صحيح سنن أبي داود، 3/180: صحيح، قال في عون المعبود، 13/112.

القواميس والمعاجم:

01- إسماعيل بن حماد الجوهري أبونصر، صحاح اللغة، تاريخ الإنشاء 06 مارس 2011.

02- ابن منظور، لسان العرب، عامر أحمد حيدر تحقيق، مجلد 08، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

03- حمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، بيروت، 1958.

04- لسان العرب لابن منظور، دار المعارف.

05- محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 2017، تاريخ الإنشاء 30 نوفمبر 2008.

06- معجم القانون، مجمع اللغة العربية، 2014.

ثانياً/- المراجع :

*المراجع باللغة العربية :

أ-الكتب العامة :

01 - أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود البوت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2010.

02 - أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية -نظرية القانون- كلية الحقوق بنها، 2007- 2008

03- أندرو هيود، النظرية السياسية مقدمة، ترجمة لبنه الريدي، المركز القومي للترجمة، القاهرة- مصر، 2013

04- آمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، مصر، 1983

- 05- إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام -البوت-، مؤسسة الطوبجي، مصر، 2003.
- 06- إلياس ناصيف، عقد بوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 2006.
- 07- بشار جميل عبدالمهدي، العقد الإداري: الجوانب القانونية والإدارية والأدبية- دراسة تحليلية وحلول مقترحة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، بدون سنة.
- 08- بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية -دراسة تشريعية، فقهية، قضائية-، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2002 .
- 09- بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود، دراسة فقهية تشريعية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، السداسي الأول 2018، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة.
- 10- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، طبعة 1968، سنة 1971.
- 11- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976
- 12- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1999
- 13- ثروت بدوي ، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2002 .
- 14- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2001.
- 15- جبار جميلة، دروس في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الحمديّة-الجزائر، 2014.
- 16- جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س. ن.
- 17- جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان، 2016 .
- 18- جون سيمبسون، إدموند وينر، جيمس موراي قاموس أوكسفورد الإنجليزي، دار نشر جامعة أوكسفورد المملكة المتحدة، 30 مارس 1989، تاريخ الإنشاء 31 ديسمبر 2019.
- 19- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2010.
- 20- حسين فريجة، شرح القانون الإداري-دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009

- 21- حسن محمود عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري-دراسة مقارنة-، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997.
- 22- حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري- دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى، 1997.
- 23- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية-مصر.
- 24- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د. د. ن، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، 1994.
- 25- خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري للعقود الإدارية والتعويضات طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات الجديد، رقم 89 ، المجلد الثالث، دار محمود، القاهرة-مصر، 1988.
- 26- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1985.
- 27- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري طبقاً لآخر تطورات التشريع والقضاء، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1961.
- 28- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، 1984.
- 29- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1991.
- 30- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1999.
- 31- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر العربي، 2008 .
- 32- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، دار الثقافة، القاهرة، بدون سنة النشر.

- 33- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، مصر، 2005.
- 34- شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2011.
- 35- شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد- دراسة مقارنة -، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، مصر، 2013.
- 36- صبري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، مصر، 2010.
- 37- فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، الطبعة الثانية، دار المعارف، 1963-1974.
- 38- فريدة قمير مزياني، مبادئ القانون الاداري الجزائري، مطبعة قرحي عمار، الجزائر، 2001.
- 39- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 40- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية-القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة-، منشأ المعارف الإسكندرية، مصر، 2007.
- 41- عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 42- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة- مصر، 2008.
- 43- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر.
- 44- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام)، الجزء الثاني، دار إحياء التراث، بيروت-لبنان، 1990.
- 45- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2004.
- 46- علاء الدين عشي، مدخل القانون الاداري، التنظيم الاداري- الجزء الاول، دار الهنا، عين مليلة- الجزائر، 2010.

- 47- علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، زهوي ترايدينغ أند سرفيس، بيروت لبنان، 2011.
- 48- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الريحانة - الجزائر، 1997.
- 49- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر، الجزائر، 2008.
- 50- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 51- عمار عوابدي، القانون الإداري (النظام الإداري)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 52- صادق الأسود، علم الاجتماع السياسي-أسسه وأبعاده-، مطابع وزارة التعليم العراقية، بغداد-العراق، 1990.
- 53- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009 .
- 54- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2003.
- 55- مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2012.
- 56- مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، 2016.
- 57- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، السداسي الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة -الجزائر، 2017.
- 58- محمد بن براك الفوزان، العقد الإداري السعودي، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، 2011.
- 59- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003 .
- 60- محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2005.

- 61- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2009
- 62- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 1989.
- 63- محمد كامل ليلة، نظرية المؤسسات العامة، منشورات جامعة بيروت العربية، دار الأحد، بيروت-لبنان، 1991.
- 64- محمود حلمي، موجز مبادئ القانون الإداري، ط1، دار الفكر العربي، 1977-1978 .
- 65- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2010.
- 66 - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 67- مصطفى عبد المحسن، الوجيز في عقود البوت BOT، دار الشتات للنشر والبرمجيات، 2008.
- 68- نسرين شريف، رميم عمارة، سعيد بوعلي، تحت إشراف الدكتور مولود ديدان، التنظيم الإداري والنشاط الإداري، دار بلقيس الدار البيضاء - الجزائر.
- 69- ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة "سارب"، دالي ابراهيم- الجزائر، 2004 .
- 70- ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار الجدد للنشر والتوزيع، سطيف-الجزائر.
- 71- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري-التنظيم الإداري والنشاط الإداري-لباد للنشر-الجزائر، 2006.
- 72- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد، الجزائر، 2006 .
- 73- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- 74- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الاشغال العامة، الطبعة الاولى، مكتبة سعد رأفت، جامعة عين شمس- مصر، 1979.

- 75- يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، الرقابة الادارية والقضائية على العقود الادارية-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2019.
- ب-الكتب المتخصصة :
- 01- أحمد سليمان خريط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2017
- 02- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة- مصر، 1973.
- 03- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 2002.
- 04- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2003.
- 05- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2003.
- 06- بهيمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2017.
- 07- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الادارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018.
- 08- توركمان ابراهيم علي، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية-مصر، 2019.
- 09- محمد محمد حمد الشلحاني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، 2008.
- 10- حمد أحمد الأرنؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المادي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

- 11- حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2002.
- 12- خالد خليفة، طرق واجراءات ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.
- 13- خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، السداسي الأول، دار الخلدونية، القبة-الجزائر، 2017.
- 14- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية' دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- 15- خرشي النوي، الصفقات العمومية، السداسي الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، 2018.
- 16- ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2015.
- 17- سعيد عبد اللطيف حسن، النظرية العامة للجزاءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1991.
- 18- سيف مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2017.
- 19- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2000.
- 20- طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الإدارية، الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني.
- 21- فارس علي جنكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
- 22- كراش دحو، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، السداسي الثاني، النشر الجامعي الجديد، تلمسان- الجزائر، 2016- 2017 .
- 23- عبدالله نواف العتري، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2010.

- 24- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- 25- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2010
- 26- عبد المنعم ضوي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية - مصر، 2018.
- 27- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر-دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية-الجزائر، 2007.
- 28- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، جسور النشر والتوزيع، المحمدية- الجزائر، 2009.
- 29- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية-الجزائر، 2017.
- 30- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 147-15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2016، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية-الجزائر، 2017.
- 31- علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن-دراسة مقارنة-، كلية الحقوق-جامعة القاهرة-مصر، 2012
- 32- عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- 33- مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية - مصر، 2018 .
- 34- محمد أحمد الأرنؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المادي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
- 35- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، د.دن، الطبعة الأولى، 1993.

- 36- محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية 2009.
- 37- محمد أنور حمادة، قواعد واجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2003.
- 38- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، د.دن، الطبعة الأولى، 1993.
- 39- محمد عبد الله محمود، إنهاء العقد الإداري بالارادة المنفردة، دار الثقافة، الأردن، 2002.
- 40- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجمع الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري طبقا لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89، 1998، دار الكتب المصرية، مصر، 2003.
- 41- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالارادة المنفردة، الطبعة الاولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2002.
- 42- محمود عبد الحميد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية وآثارها القانونية- دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق-، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب-طرابلس-لبنان، 1998.
- 43- مازن ليلو راضي، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية-مصر، 2007 .
- 44- ماهر محمد أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، ط6، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، 2014.
- 45- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية-مصر، 2007.
- 46- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها - إمتيازات الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري-، الفصل الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2008.
- 47- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السداسي الأول، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء- الجزائر، 2017.

- 48- نبيل أزرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية-مصر، 2018.
- 49- نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2019.
- 50- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية-دراسة تطبيقية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2014.
- 51- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 2014.
- الرسائل-الأطروحات-المذكرات :
- 01- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العلمية في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة- مصر، 1973.
- 02- أحمد محسن جميل، مظاهر السلطة العامة في تحديد وانتهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية-مصر، 2014.
- 03- أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق- مصر، دون سنة.
- 04- إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس-مصر، 1994.
- 05- آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو -الجزائر.
- 06 - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2011 - 2012.
- 07- بوناب عبيدات الله، نظرية امتيازات السلطة العامة وتطبيقاتها في الإدارة الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2009.

- 08 - جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الالغاء، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية- مصر.
- 09- جمال محمد إبراهيم البلقاسمي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، القاهرة- مصر، 2011.
- 10- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الأزهر-جمهورية مصر العربية، 2001.
- 11- مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين القضاء والتشريع في اليمن-دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، عين شمس-مصر، 2006.
- 12- سعيد عبد الرزاق بالخيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008
- 13 - سعيد عبد الرزاق بالخيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
- 14 - فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية- مصر.
- 15- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو-الجزائر، 1990.
- 16- علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس- مصر، 1975.
- 17- عاطف محمد عبد اللطيف، إمتيازات الإدارة في العقد الحطومي في النظام الأنجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة-مصر، 2008.
- 18- عيسى عبد القادر حسن، التزامات المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة-مصر، 1997.
- 19- محمد فؤاد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الانشاءات النموذجية، رسالة دكتوراه، كلية

- الحقوق، جامعة القاهرة-مصر، 2010.
- 20- محمد عبد الله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد-العراق، 1983.
- 21- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، الطبعة الأولى، مركز قطيم للكمبيوتر، رسالة دكتوراة، جامعة الزقازيق، القاهرة-مصر، 1993.
- 22- محفوظ عبد القادر سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري-دراسة مقارنة-كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان س.ج 2013-2014.

المقالات والمدخلات :

- 01- أمين رحيم حميد الحجامي، المحاضرة الثالثة بعنوان: "تعريف القانون الإداري"، كلية الحقوق، قسم القانون العام، المرحلة الثانية، شبكة جامعة بابل، العراق، 04 ديسمبر 2018.
- 02- إسماعيل نوري الربيعي، "في أصول السلطة والسيادة" بودان، هوبز، ستراس، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجامعة الأهلية، العدد العاشر، البحرين، 2014.
- 03- حامد مصطفى، مقال بعنوان: "خصائص العقد الإداري"، مجلة القضاء العراقية، العدد الثالث عشر، السنة الثالثة، 1976.
- 04- عزوي عبدالرحمان، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها في مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها -حالة العقد الإداري-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 01، مارس 2012.
- 05 - صفيد محمود السويلمي، مقال بعنوان: "الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الادارية"، مجلة علوم الشريعة والقانون"، المجلد 42، العدد 1، جامعة اليرموك، الاردن، 2015.
- 06- طلال ياسين العيسي، السيادة بين مفهومها التقليدي والمعاصر-دراسة في مدى تدويل السيادة في العصر الحاضر-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، دمشق-سوريا، 2010.
- 07- مجد خضر، مقال بعنوان: "مفهوم السلطة"، الموقع الإلكتروني موضوع، تحديث بتاريخ 22 مارس 2016.

08- مخلص توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، مقال بعنوان: "العقود الإدارية وجزائها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن"، كلية الحقوق، جامعة دمشق-سوريا، 2015.

09- ممداد زينة، مقال بعنوان: "سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد الثاني، جامعة مولاي الطاهر كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة-الجزائر، 30 سبتمبر 2018.

10- هداية بوعزة، مقال بعنوان: "إشكالية الملحق والرقابة عليه في الصفقات العمومية بين تناقضات التشريعي ومتطلبات الواقع الميداني والعملي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد وهران 02-الجزائر.

11 - يوسف جوري، المداخلة رقم 13، بعنوان: "سلطان الإرادة في إدارة الصفقات العمومية"، جامعة غليزان-الجزائر.

الدوريات والمطبوعات :

01- أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، 2000-2001

02- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996.

03- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.

04-خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية طبق لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، مطبوعة وموجهة إلى طلبة السنة الثالثة

حقوق- القسم العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل-

الجزائر، 2015-2016.

05-مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة، كانون أول، 1966،

06-مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015.

النصوص القانونية والأوامر :

الأوامر والقوانين الوطنية :

- 01- القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أفريل 2002 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري (دستور 1996).
- 02- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد رقم 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.
- 03- دستور الجزائر 2020، ج.ر.ج.ج العدد 82 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020
- 04- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، ج.ج، العدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967 .
- 05- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، رقم 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- 06- الأمر 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر.ج.ج، عدد 39، الصادرة بتاريخ 23 جويلية 1995.
- 07- الأمر 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج، العدد 37، الصادرة بتاريخ 15 جوان 1996.
- 08- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج عدد رقم 46، الصادر في 06 جويلية 2006.
- 09- القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، ج.ر.ج.ج، العدد 02 لسنة 1988.
- 10- القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.
- 11- القانون 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة الجزائرية، عدد 46
- 12- القانون 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432، الموافق 22 جوان سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج، العدد 37 الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

- 13- القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.ج العدد 44.
- 14- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بقانون الولاية، ج.ر.ج.ج، العدد 12، المؤرخ في 29 فبراير 2012
- 15- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- النصوص القانونية الأجنبية :**
- 01- الدستور العراقي المؤقت لسنة 1980، الصادر في 07 ديسمبر 1980
- 02- القانون المصري رقم 129 لسنة 1947، وبعد تعديلها بالقانون رقم 497 لسنة 1954
- 03- القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 .
- 04- القانون 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة المعدل بالقانون رقم 175 لسنة 1958، والتي تقرر حق منح الالتزام في ممارسة سلطة الرقابة على الملتزم وتبين هذه الرقابة وأحوال ممارستها.
- 05- القانون رقم 129 لسنة 1947 والمعدل بالقانون رقم 497 لسنة 1954 والقانون 185، 1958.
- 06- القانون رقم 129 لسنة 1948 والمُعدلة بالقانون رقم 185 لسنة 1958 الخاص بالالتزام المرافق العامة.
- 07- القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 المتعلق بإجراءات منح التزام المرافق العامة.
- 08- قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم رقم 73-329 المؤرخ في 14 مارس 1973
- 09 - القانون رقم 100 لسنة 1996 المتعلق بمنح الالتزام في قطاع الكهرباء.
- 10 - القانون رقم 229 لسنة 1996 المتعلق بمنح الإلتزامات للمرافق العامة لإنشاء الطرق
- 11 - القانون رقم 03 لسنة 1997 المتعلق بمنح الالتزام لإنشاء المطارات.
- 12- القانون رقم 22 لسنة 1998 المعدل للقانون رقم 01 لسنة 1996 المتعلق في شأن مدائن التخصيصية.
- 13- القانون المتعلق بالمزايدات والمناقصات المصري لسنة 1998.
- 14- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998

- 15- قانون العقوبات الفرنسي.
- 16- القانون المدني الفرنسي.
- 17- قانون الصفقات العمومية الفرنسي الجديد.
- 18- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الفرنسي.
- 19- اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات والمزايدات الفرنسي.
- 20- الجمهورية العراقية، وزارة التخطيط، الدائرة القانونية لشروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني، لسنة 1988.
- 21- قرار مجلس الشورى رقم 130 المؤرخ في 06 نوفمبر 1986، شركة كهرباء قاديشا، مجلة القانون الإداري 1987-1988، العدد الثالث.
- 22- المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 13 ديسمبر 1908 الخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجري المياه.
- 23- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 الصادر بتعديل المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرفق العام.
- 24- الشروط العامة للمقاولات والأعمال الهندسية الراقية.
- 25- دفتر الشروط الإدارية العامة، ج.ر.ج.ج، عدد 06، الصادر بتاريخ 19 يناير 1965
- 26- شروط المقاولات للأعمال الهندسية الميكانيكية والكهربائية والكيميائية بقسميها الأول والثاني 1988.
- 27- شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لعام 1988.
- 28- الشروط العامة للمقاولات والأعمال الهندسية الراقية.
- 29- التعليمات الوزارية رقم 394-842 مؤرخة في 07 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتنياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.
- 30 - تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لعام 2014.
- 31- التعليمات الوزارية رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019، المتعلقة بتجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

النصوص التنظيمية :

- 01- المرسوم رقم 82-145 المتعلق بالمتعلق بصفقات التعامل العمومي، ج.ر.ج.ج، عدد 15، بتاريخ 10 أبريل 1982.
- 02- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، العدد رقم 52، بتاريخ 28 جويلية 2002.
- 03- المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 المؤرخ في 07 سبتمبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الصادرة في ج.ر.ج.ج، عدد 58 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010.
- 04- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، العدد رقم 50، 20 سبتمبر 2015.
- 05- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، الصادرة 1 بتاريخ 19 نوفمبر 1991، العدد 57.
- 06- المرسوم التنفيذي 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 يعدل ويتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات.
- 07- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.
- 08- القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن دفاتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج.ج، الصادرة في 19 جانفي 1965، العدد 66.
- 09- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 115 لسنة 1988 صلاحية الرقابة والإشراف على العقود والمشاريع المنفذة ضمن حدود وحدائقهم الإدارية.
- 10- القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتضمن كيفية الإقضاء من المشاركات في الصفقات العمومية.
- 11- القرار المؤرخ في 12 يناير 2016 والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة سنة 2016 في عددها رقم 17 على القرار المؤرخ في 12 يناير 2016 والمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية.

أحكام وقرارات قضائية :

- 01- حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 26 ديسمبر 1951.
- 02- محكمة القضاء الإداري في 18 أبريل 1952، المجموعة س6، ص818، و02 ديسمبر 1952، المجموعة س7.
- 03- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية 1609 لسنة 10 قضائية، الصادر في 16 ديسمبر 1956، المجموعة "م".
- 04- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 17 جوان 1957
- 05- مجموعة المبادئ القانونية التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا، الجزء 2 في عشر سنوات، 1955-1965
- 06- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1520، جلسة 20 أبريل 1957، مجموعة أحكام لمحكمة، السنة الثانية.
- 07- حكم المحكمة القضاء الإداري الصادر في 27 جانفي 1957، المجموعة السنة 11، رقم 112، ونفس المعنى هذا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 24 مارس 1957، المجموعة السنة 11، رقم 204
- 08- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 30 جوان 1957، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري.
- 09- حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 982 لسنة 7 ق جلسة 30 جوان 1957
- 10- حكم محكمة القضاء الإداري رقم 983 لسنة 7 ق، جلسة 30 جوان 1957.
- 11- المحكمة الإدارية العليا، جلسة 25 فيفري 1963 المجموعة "ن".
- 12- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 25 مايو 1963 س8 رقم (116).
- 13- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 1963
- 14- محكمة القضاء الإداري، جلسة 21 افريل 1963، مجموعة أحكام المحكمة في خمس سنوات.
- 15- الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 ماي 1964 بخصوص قضية "سيلوم".

- 16- حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 1109 سنة 8 قضائية، بتاريخ 28 ديسمبر 1963، السنة التاسعة، العدد الأول، من أول أكتوبر 1963 إلى آخر يناير 1964، مؤسسة أخبار اليوم، 1965.
- 17- حكم محكمة تمييز العراق رقم 2123/الحقوقية/ 64 بتاريخ 11 أبريل 1975، مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث لسنة 1965
- 18- حكم محكمة التمييز في القضية رقم 1046 ح/965 المؤرخة في 29 جوان 1966.
- 19- حكم المحكمة الإدارية العليا، 03 ماي 1969، الطعن رقم 598 لسنة 11 قضائية.
- 20- حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 02 مارس 1968 سنة 13 ق.
- 21- حكم المحكمة الادارية العليا في مصر في 02 مارس 1968، المجموعة بين 13، رقم 83
- 22- القضية رقم 1046 ج/1965 الصادر بتاريخ 02 جوان 1966.
- 23- حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 954، جلسة 11 أبريل 1970، مجموعة مبادئ التي قررتها المحكمة في 15 يوما 1968-1980، الجزء الثاني.
- 24- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 21 جوان 1970
- 25- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1977.
- 26- المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 2248 الصادر سنة 1936 جلسة 07 مارس 1995 المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 605 الصادر سنة 1923، جلسة 29 أكتوبر 1980
- 27- حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 2289، لسنة 30 ق، جلسة 20 مارس 1990، مجموعة مبادئ السنة الخامسة والثلاثون.
- 28- المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 156، لسنة 35 قضائية، الصادر في 28 افريل 1992.
- 29- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية تحت رقم 3057، الصادر بتاريخ 02 مارس 1993 الذي تذهب فيه " وقد قضى بأن غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتوقيع هذه الغرامات تلقاء نفسها دون الالتزام بإثبات حصول ضرر"
- 30- المحكمة الإدارية العليا، جلسة 11 فيفري 1984، مجموعة الأحكام، وكذلك حكمها بجلسة 24 نوفمبر 1995، مجموعة الأحكام.
- 31- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية-الطعن رقم 383 السنة 35 ق عليا جلسة 08 يناير 1995، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج49.

- 32- حكم محكمة التمييز العراقية، العدد 21774، جلسة 02 فيفري 1997، متاح لدى منتدى قرارات محكمة التمييز.
- 33- الطعن رقم 2168 لسنة 41 قضائية، جلسة 05 ديسمبر 2001
- 34- المحكمة الإدارية العليا، طعن في جلسة 20 مارس 2004.
- 35- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 4151 لسنة 38 ق.ع جلسة 04 سبتمبر 2004.
- 36- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم 9689 لسنة 49 ق.ع، جلسة 17 جانفي 2006، المجموعة الالكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام 2010.
- 37- الطعن رقم 1533، 1628 لسنة 45 ق.ع.عليا بجلسة 30 ماي 2006.
- 38- القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26 ديسمبر 1989، ملف رقم 65145 قضية عمر طالبي ضد والي قالم، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991
- 39- القرار رقم 11950، فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، عدد 37، الجزائر، 2007
- 40- رسالة تحمل رقم 144 مؤرخة في 31 أكتوبر 1972 ممضاة من طرف مدير ديوان وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي موجهة الى السادة الوزراء وكتاب الدولة تتعلق بالملاحق في الصفقات العمومية.
- المواقع الإلكترونية :
- 01 - <http://www.novapdf.com>
- 02 - <http://iraq-law.hooxs.com/FI.moutada>
- 03 - www.asgp.cerist.dz
- 04 - www.dspace.univ-tlemcen.dz
- 05 - www.joradp.dz
- 06 - <https://mawdoo3.com>
- 07- شبكة جامعة بابل بالعراق على موقع الكلية -نظام التعليم الإلكتروني-.

-les ouvrages

- 01-**A.DELAUBARDERE, j-c venezia et Gaudement, "traité de droit administratif ,9ème édition ,Tome 01, L.G.D.J- paris , 1984.
- 02-**ANDRE DELAUBADERE, YVES GAUDEMET, Traité de droit administratif, tome2, 112ème édition, L.E.D.J , DELTA Paris ,2002.
- 03-** AVIS N° 1296 de la commission des lois de l'assemblée national sur les projets de lois finance pour 1980.
- 04-**BONNARD, précis de droit administrative, L.G.D.J- paris ,4ème édition, 1993.
- 05-**Conseil.constitutionnel ,25-26 juin 71-AVIS N° 1296 de la commission des lois de l'assemblée national droit administratif français .
- 06 -**C F .14/03/1980 .SA Compagnie industrielle de traveaux et mécanique m: cité Pariels Schults.
- 07-** CE.18.07.1930 , Societé PLM , RDP ... 1931conc/.josse.
- 08-** DE laubadére, traitéthérique et pratique des contratadministratifs, op,cit.
- 09 -**ETIENNE PICARD ' puissance publique ou impuissance publique ? ' in A.J.D.A, 1999.
- 10-** Elodie-72 Sallant ' la clause exorbitante du droit commun ' Acte du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011.
- 11-** F. MODERNE ' Recherche sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français 'France de grenoble II . 1984' et Elodie-95 Sallant ' la clause exorbitante du droit commun ' Acte du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011.
- 12-**FLAME MAURISE-ANDRE: traitéthéorique et pratique des marches publics, tome1, brauxlles bruyland , 1969.
- 13-**J-f.BRISSON ' A.ROUYERE ' droit administratif ' montchréstien ' paris ' France 2004 .
- 14-**JAQUES kRYNEN ' Aux origines historiques de l'idée de puissance publique ' acte De colloque 'la puissance publique ' organisé du 22 au 24 juin 2011 ' par AFDA' faculté de droit ' université pierre mendès 'France de grenoble II
- 15-** JEAN BOIDIN 'les six livres de la république ' in corpus des œuvres1 philosophiques en langue française 'fayard ' 1986 ' volume 1.
- 16-**JEAN RIVERO, droit administrative, 4ème édition ,paris, 1970-1971.
- 17-**JEAN RIVERO ' existe-t-il un critère du droit administratif ' RDP ' 1953.

- 18**-JEAN-MARC PEYRICAL, LES Avenants Aux Marchés Puplics , le moniteur, Paris-France , 2000
- 19**-G.VEDEL ‘ p ‘ devolve ‘ droit administratif ‘ puf ‘ tome 01.
- 20**- « L’ utilisation du pouvoir de décision unilatérale » voir M.Rousset , l’ idée de puissance publique en droit- 60 administratif français
- 21** -Michel Rousset l’ idée de puissance publique en droit administratif français, DALLOZ ,1960.
- 22**-M. DEGOFFE, Droit de La Sanction non pénale, 1ere édition, Economica, 2000.
- 23**-M.HAURIUO, note sous: CE, 27jun 1913, ville de toulouse.
- 24**- PECHEUL-DAVID (t-m) la prérogative de puissance publique , thèse de doctorat , l’ université de lille II, 2002 publique , organisé du 22 au 24 juin 2011 , par A.F.D.A, faculté de droit , université piérre mendès Purchasing nova PDF printer .
- 25**- RENE CHAPUS , Droit administratif général , montchrestien ,15ème
- 26**- Richer, Les Contrats Administratifs, Dalloz ,Paris,1991, edition ,2001 tome1, sur les projets de lois finance pour 1980 ’ thèse de Doctorat - 59 université Bordeaux IV , 1960 , tome1 ’ tomeII.
- 27**-VALINE MARCEL. Traité elementaire de droit administratif, recueilsivey, paris, edition, 1951.
- 28**-VOIR CE ,08 décembre 1969 , safer de bourgogne C/epoux S voir m <http://Compétence.Gymopedie - 9 juridique.info> 4 du 24-12-2008

الفهرس

1	مقدمة
14	الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لمظاهر وامتيازات السلطة العامة
15	مقدمة الفصل التمهيدي:
19	المبحث الأول: ماهية السلطة العامة
20	المطلب الأول: مفهوم فكرة السلطة العامة
22	الفرع الأول: تعريف السلطة العامة
23	أولا /- المقصود من السلطة وعلاقتها بالسيادة:
23	1- تعريف السلطة:
29	2- تعريف السيادة:
33	3- علاقة السلطة بالسيادة:
34	3- خصائص السلطة:
36	ثانيا/ - المقصود من السلطة العامة:
40	الفرع الثاني: معايير السلطة العامة وامتيازاتها
41	أولا- معيار السلطة العامة التقليدي.
41	ثانيا- معيار السلطة العامة الحديث
42	ثالثا: تقدير هذا المعيار
42	الفرع الثالث: عناصر فكرة السلطة العامة.
43	أولا: العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة
43	ثانيا: العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة
43	الفرع الرابع: تقدير فكرة السلطة العامة
44	المطلب الثاني: مواقف الفقه من فكرة السلطة العامة
44	الفرع الأول: الفقه الفرنسي
46	الفرع الثاني: الفقه المصري
48	الفرع الثالث: الفقه اللبناني

- 48..... الفرع الرابع: الفقه الجزائري
- 49..... الفرع الخامس: أمثلة تطبيقية من القانون الجزائري
- 49..... أولا: في مجال التعاقد (الصفقات العمومية)
- 51..... ثانيا: في مجال نظام الأموال
- 51..... ثالثا: في مجال التوظيف
- 53..... المبحث الثاني: ماهية مظاهر السلطة العامة
- 54..... المطلب الأول: مفهوم فكرة امتيازات السلطة العامة
- 55..... الفرع الأول: تعريف فكرة امتيازات السلطة العامة
- 56..... 1-المعيار العضوي :
- 56..... 2-المعيار المادي :
- 57..... الفرع الثاني: أصل كلمة امتيازات *prérogatives* :
- 59..... المطلب الثاني: مضمون نظرية امتيازات السلطة العامة ونقدها
- 60..... الفرع الأول: مضمون نظرية امتيازات السلطة العامة
- 60..... الفرع الثاني: نقد نظرية امتيازات السلطة العامة
- 62..... الفرع الثالث: السمات والمميزات العامة لمظاهر السلطة في تنفيذ العقد الإداري..
- 63..... أولا: استعمال السلطات الاستثنائية دون وجود أي نص يقررها
- 63..... ثانيا: إرتباط السلطات الاستثنائية بالنظام العام
- 63..... ثالثا: تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة
- رابعا: خضوع منازعات إستعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية لولاية القضاء
الكامل.....
- 64.....
- 65..... خامسا: احترام التعاقد للسلطات الاستثنائية للإدارة التزام تعاقدي.
- 65..... الفرع الرابع: أنواع وتقسيمات مظاهر السلطة العامة
- 66..... الفرع الخامس: آراء الفقه حول فكرة امتيازات السلطة العامة
- 66..... أولا: الفقه المصري

- 67..... ثانيا: الفقه الفرنسي
- 67 الفرع السادس: تمييز امتيازات السلطة العامة عن الشرط الاستثنائي غير المألوف.
- 69..... أولا: تعريف البند أو الشرط الاستثنائي غير المألوف.
- 71..... ثانيا: صور ومجالات ظهور الشروط الإستثنائية غير المألوفة.
- 71..... 1- الشروط الإستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة :
- 73..... 2- الشروط التي تحمل طابع القانون العام.
- 73..... ثالثا: الأساس القانوني للشروط الاستثنائية :
- 73..... 1- الأساس الشخصي:
- 73..... 2- الأساس الموضوعي :
- 74..... 3- الأساس العملي :
- 75..... رابعا: تقدير نظرية الشروط الإستثنائية.
- 76..... المطلب الثالث: مظاهر حرية الإدارة في التعاقد.
- 77..... الفرع الأول: في مرحلة إبرام العقد الإداري.
- 77..... أولا- طرق وإجراءات اللجوء إلى التعاقد:
- 78..... 1- أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض:
- 84..... 2- أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي:
- 88..... ثانيا- ضوابط اللجوء إلى التعاقد :
- 89..... الفرع الثاني: في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.
- 92..... خلاصة الفصل التمهيدي:
- 95..... **الباب الأول: سلطتا الرقابة والتعديل في مجال تنفيذ العقود الإدارية**
- الفصل الأول: سلطة الإدارة العامة في الرقابة والإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقود الإدارية.....
- 98.....
- 100..... المبحث الأول: ماهية سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه
- 100..... المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

- 101 الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه
- 101 أولا: المعنى الضيق، "stricto sensu"
- 102 ثانيا: المعنى الواسع، "pouvoir de direction"
- 107 الفرع الثاني: خصائص الرقابة والتوجيه والإشراف
- 109 الفرع الثالث: أهمية سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه والإشراف
- 109 الفرع الرابع: تمييز سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه عن باقي السلطات الأخرى
- أولا: تمييز سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف في العقد عن الرقابة في فكرة السلطة الرئاسية
- 110 ثانيا: تمييزها عن سلطة التعديل
- 110 ثالثا: تمييز سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف في العقد عن سلطة الضبط الإداري
- 111 المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة في تنفيذ العقود الإدارية:
- 111 الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة المنصوص عليها:
- 114 الفرع الثاني: سلطة الإدارة في الرقابة غير المنصوص عليها:
- المطلب الثالث : القيود والضوابط الواردة على سلطة الرقابة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.
- 118 الفرع الأول: وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية (ضابط عام)
- 120 الفرع الثاني: أن تكون سلطة الرقابة ضمن حدود احتياجات المرفق العام تحقيقا للمصلحة العامة.
- 121 الفرع الثالث: إلتزام الإدارة حدود سلطة الرقابة بمستوى تعديل العقد دون التوسع فيها
- 122 الفرع الرابع: وجوب التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وتميزها عن إجراءات الضبط الإداري.
- 123

- الفرع الخامس: ممارسة الرقابة من قبل السلطات المختصة في ضوء الإجراءات
والاشكال المنصوص عليها. 123
- المبحث الثاني: نطاق تطبيق سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ووسائلها في ذلك. 125
- المطلب الأول: مظاهر وسلطات سلطة الرقابة أثناء تنفيذ العقود الإدارية (تطبيقات
الرقابة على بعض أنواع العقود الإدارية) 125
- الفرع الأول: سلطة الرقابة على عقد التزام المرافق العامة. 126
- أولاً- خصائص وأساس سلطة الرقابة في عقد الالتزام: 127
- ثانياً- شروط ممارسة سلطة الرقابة في عقد التزام المرافق العامة: 130
- الفرع الثاني: سلطة الرقابة في عقد الاشغال العامة. 130
- أولاً- تعريف عقد الاشغال العامة: 131
- ثانياً- مظاهر وصور الرقابة التي تباشرها الإدارة في عقد الأشغال العامة: 132
- الفرع الثالث: سلطة الرقابة في تنفيذ عقود التوريد. 134
- الفرع الرابع: سلطة الرقابة في الصفقات العمومية. 137
- أولاً: لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض 140
- ثانياً: مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. 141
- ثالثاً: تشكيلة اللجنة 145
- رابعا: الآليات الجديدة لممارسة الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية وفقا
للمرسوم رقم 15-247. 146
- المطلب الثاني: وسائل الرقابة أثناء تنفيذ العقد الإداري. 158
- الفرع الأول: الرقابة الإدارية. 159
- الفرع الثاني: الرقابة المالية. 160
- الفرع الثالث: الرقابة الفنية. 162
- الفرع الرابع: الأوامر المصلحية. 162
- أولاً: سلطة الرقابة على ضوء التشريع الجزائري. 163

- 166..... ثانيا: الاستعمال غير المشروع لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
- 167..... خلاصة الفصل الأول:.....
- 169..... الفصل الثاني: سلطة الإدارة في التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية.....
- 173..... المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري.....
- 175..... المطلب الأول: مفهوم سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري.....
- 175..... الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل.....
- 176..... أولا /- التعريف التشريعي :.....
- 176..... 1- قانون الصفقات العمومية أمر 67-90.....
- 177..... 2- المرسوم المتعلق بصفقات التعامل العمومي 82-145 :.....
- 177..... 3- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 91-434.....
- 177..... 4- المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:.....
- 177..... 5- المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.....
- 178..... 6- المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:.....
- 179..... ثانيا/- التعريف القضائي:.....
- 179..... ثالثا/- التعريف الفقهي :.....
- 180..... الفرع الثاني: شروط ممارسة تعديل العقد الإداري.....
- 181..... أولا /- الشروط المتعلقة بموضوع التعديل، وتتمثل فيمايلي :.....
- 181..... ثانيا/- الشروط المتعلقة بأسباب التعديل:.....
- 182..... المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل أثناء تنفيذ العقود الإدارية.....
- 183..... الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل.....
- 186..... الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل.....
- 189..... المطلب الثالث: شروط استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري:.....
- 190..... الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقرار التعديل.....
- 190..... أولا/- شرط احترام مبدأ المشروعية الإدارية والخضوع لها :.....

- 1-القواعد المتعلقة بالشكل والاجراءات: 190.....
- 2-القواعد المتعلقة بالهدف: 191.....
- ثانيا/- شرط تغيير الظروف: 191.....
- ثالثا- / شرط النطاق الزماني: 192.....
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمحل التعديل وموضوعه. 193.....
- أولا- عدم تغيير موضوع العقد: 193.....
- ثانيا- عدم تجاوز النسب المحددة للتعديل: 193.....
- ثالثا- عدم قلب إقتصاديات العقد: 194.....
- المطلب الرابع: القيود والضوابط الواردة على سلطة التعديل اثناء التنفيذ: 194.....
- الفرع الأول: الضوابط والقيود العامة، اقتصار التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام وحاجاته ومقتضياته. 195.....
- الفرع الثاني: إتصال التعديل بموضوع العقد الإداري. 198.....
- الفرع الثالث: ارتباط حق التعديل بتغيير الظروف 199.....
- الفرع الرابع: عدم إخلال تعديل العقد بالتوازن المالي 201.....
- المبحث الثاني: نطاق تطبيق سلطة التعديل وأهم المواقف الواردة عليها أثناء تنفيذ العقد الإداري. 202.....
- المطلب الأول: نطاق تطبيق سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد الإداري. 202.....
- الفرع الأول: التعديل في مدة التنفيذ: 203.....
- أولا: تعديل مدة تنفيذ عقد الالتزام. 204.....
- ثانيا: تعديل مدة تنفيذ عقد الاشغال العامة. 206.....
- ثالثا: مدة التنفيذ في عقد التوريد 208.....
- الفرع الثاني: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد 209.....
- أولا: تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد التزام المرافق العامة. 210.....
- ثانيا: تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد التوريد. 212.....

- 212 ثالثا: تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد الأشغال العامة.
- 213 الفرع الثالث: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ.
- 214 أولا: التعديل في عقد إلتزام المرافق العامة.
- 214 ثانيا: التعديل في عقد التوريد.
- 215 ثالثا: التعديل في عقد الأشغال العامة.
- 216 المطلب الثاني: موقف التشريع والفقهاء والقضاء من سلطة الإدارة في التعديل.
- 217 الفرع الأول: موقف التشريع والفقهاء والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا.
- 218 أولا: الآراء المؤيدة لسلطة التعديل الإفرادي.
- 221 ثانيا: الآراء المعارضة لسلطة التعديل الإفرادي.
- 222 ثالثا: الآراء الوسطية بين الرفض والتأييد لسلطة التعديل الانفرادي.
- 223 الفرع الثاني: موقف التشريع والفقهاء والقضاء من سلطة التعديل في مصر.
- 224 أولا: الآراء المعارضة لسلطة التعديل في مصر.
- 225 ثانيا: الآراء المؤيدة لسلطة التعديل في مصر.
- الفرع الثالث: موقف الفقهاء والتشريع والقضاء اللبناني، الأردني والعراقي من سلطة التعديل.
- 228 أولا: موقف الفقهاء والتشريع والقضاء اللبناني من سلطة التعديل.
- 229 ثانيا: موقف الفقهاء والتشريع والقضاء الأردني من سلطة التعديل.
- 229 ثالثا: موقف الفقهاء والتشريع والقضاء العراقي من سلطة التعديل.
- 230 1- الآراء المؤيدة لسلطة التعديل.
- 232 2- الآراء المعارضة لسلطة التعديل في العراق.
- 235 المبحث الثالث: الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية (العقد الإداري).
- 236 المطلب الأول: ماهية الملحق في الصفقات العمومية.
- 237 الفرع الأول: مفهوم الملحق في الصفقات العمومية.
- 238 أولا: التعريف التشريعي.

240	ثانيا: التعريف الفقهي.....
240	الفرع الثاني: شروط ممارسة الملحق وإعداده.....
240	أولا: الشروط العامة لإبرام الملحق في الصفقات العمومية.....
241	ثانيا: الشروط الخاصة لإبرام الملحق في الصفقات العمومية.....
242	الفرع الثالث: أنواع الملحق في الصفقات العمومية.....
243	أولا: من حيث الموضوع.....
244	ثانيا: الملحق النظامية والغير نظامية.....
	المطلب الثاني: آليات الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية وآثارها القانونية
245	المرتبة على ذلك.....
246	الفرع الأول: أنواع الرقابة على الملحق.....
246	أولا: الرقابة الإدارية.....
248	ثانيا: الرقابة المالية.....
250	الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على رقابة ملحق الصفقة العمومية.....
251	أولا: منح التأشيرة.....
251	ثانيا: رفض منح التأشيرة.....
256	خلاصة الفصل الثاني.....
258	الباب الثاني: سلطات توقيع الجزاءات والإنهاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....
262	الفصل الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري.....
264	المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري.....
266	المطلب الأول: مفهوم السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ عقودها الإدارية.....
266	الفرع الأول: تعريف الجزاء.....
266	أولا- لغة:.....
266	ثانيا اصطلاحا.....
268	الفرع الثاني: أنواع الجزاءات.....

- 268 أولا /- الجزء الإداري:
- 269 ثانيا/ - الجزء المدني :
- 270 ثالثا/ - الجزء الجنائي:
- 270 رابعا/ - الجزاءات المالية:
- 271 1- التعويضات :
- 272 2- غرامات التأخير:
- 274 3- مصادرة التأمين:
- 276 خامسا/ - الجزاءات الضاغطة :
- 276 1- وضع المرفق تحت الحراسة في عقود الالتزام:
- 278 2- سحب العمل من المفاوض المقصر والتنفيذ على الحساب:
- 279 3- الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد:
- 279 سادسا/ - الجزاءات الفاسخة :
- 282 المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يارادتها المنفردة.
- 283 الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس للسلطة الجزائية للإدارة.....
- 286 الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس للسلطة الجزائية للإدارة.....
- الفرع الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها
- 288 في التشريع والقضاء الجزائري والمصري والعراقي.....
- المطلب الثالث: القيود والضوابط الواردة على سلطة توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ
- 291 العقود الإدارية.
- الفرع الأول: شروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات المالية على
- 292 المتعاقدين معها.....
- 292 أولا/ - إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته:
- 294 ثانيا/ - عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة:
- 294 ثالثا/ - عدم التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام:

- 295 1- إنذار المتعاقد:
- 295 2- حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه:
- الفرع الثاني: الضمانات الواجب توافرها للإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات المالية
على المتعاقدين معها. 296
- أولا-الإعذار السابق لتوقيع الجزاء: 296
- ثانيا-التأكد من أن الجزاء غير مشوب بالتعسف: 298
- ثالثا- توقيع الجزاءات عن طريق سلطة مختصة: 299
- المبحث الثاني: الخصائص المشتركة للجزاءات وأوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في
توقيع الجزاءات. 301
- المطلب الأول: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية 302
- الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها 302
- الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات دون حاجتها النص في العقد 306
- الفرع الثالث: خضوع الإدارة لرقابة القضاء أثناء توقيع جزاءاتها 309
- الفرع الرابع: حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب في توقيع الجزاءات 311
- الفرع الخامس: ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة ... 313
- الفرع السادس: جواز الجمع بين عدة جزاءات 316
- الفرع السابع: فرض جزاءات تعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر من قبل الإدارة 317
- المطلب الثاني: أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وموقف الفقه
منها 318
- الفرع الأول: عدم المشروعية الشكلية 318
- الفرع الثاني: عدم المشروعية الموضوعية 319
- أولا: عدم المشروعية للجزاءات المالية 319
- ثانيا: عدم مشروعية الجزاءات المؤقتة 320
- ثالثا: عدم مشروعية الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة (النهائية) 321

الفرع الثالث: موقف الفقه من أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع	
الجزاءات.....	322
أولاً- في فرنسا:	322
ثانياً- في مصر:	323
ثالثاً- في العراق:	323
خلاصة الفصل الأول:	325
الفصل الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري أثناء تنفيذ العقد الإداري.....	326
المبحث الأول: ماهية إنهاء العقد الإداري في نطاق تنفيذ العقد الإداري.....	330
المطلب الأول: مفهوم الإنهاء الإداري أثناء تنفيذ العقد.....	331
الفرع الأول: تعريف الإنهاء الإداري للعقود.....	332
أولاً/- سلطة الإنهاء صورة من صور التعديل :	332
1- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:	333
2- التعديل عن طرق ووسائل تنفيذ العقد:	333
ثانياً/- سلطة الإنهاء سلطة مستقلة وقائمة بذاتها :	333
الفرع الثاني: خصائص الإنهاء الإداري.....	338
الفرع الثالث: الشروط التي تبرر مشروعية الإنهاء في نطاق تنفيذ العقد الإداري.....	339
أولاً/- السلطة المختصة بإصدار الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري:	339
ثانياً/- الشكل القانوني الذي يمكن أن يتخذه قرار إنهاء العقد الإداري:	341
المطلب الثاني: قيود وضوابط استعمال الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري.....	342
الفرع الأول: كون هدف الإنهاء مرتبط بتحقيق المصلحة العامة.....	343
أولاً/- موقف مجلس الدولة الفرنسي والمصري والعراقي بتوافر المصلحة العامة	
المبررة لإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة:	344
1- مجلس الدولة الفرنسي:	344
2- مجلس الدولة المصري :	345

- 3- مجلس الدولة العراقي: 345
- ثانيا/- حالات توافر شروط المصلحة العامة التي تبرر إنهاء العقد الإداري: ... 346
- ثالثا/- حالات إعادة تنظيم المرفق العام بما يلائم مع التطورات الحاصلة: 346
- رابعا/- حالات عدم توافر شروط المصلحة العامة المبررة لإنهاء العقد الإداري: 347
- الفرع الثاني: كون قرار الانهاء صادر في إطار المشروعية لصحة الاعمال المبنية على السلطة التقديرية للإدارة 348
- أولاً- وقوع خطأ جسيم من قبل المتعاقد: 349
- ثانياً-إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ: 349
- المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري 350
- الفرع الأول: فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام كأساس قانوني 351
- الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني 353
- الفرع الثالث: فكرة الجمع بين السلطة العامة والمرفق العام كأساس قانوني 356
- المبحث الثاني: تطبيقات (مظاهر) سلطة الإدارة في الإنهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري، آثارها المترتبة على ذلك وأهم المواقف الواردة في هذا المجال 358
- المطلب الأول: تطبيقات ومظاهر سلطة الإدارة في الإنهاء أثناء تنفيذ العقد الإداري 359
- الفرع الأول: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة 359
- الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد 363
- الفرع الثالث: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام 364
- أولاً/-التعريف الفقهي لعقد الالتزام : 365
- ثانياً/-التعريف التشريعي لعقد الالتزام : 366
- ثالثاً/-التعريف القضائي لعقد الالتزام : 367
- 1- تعريف الاسترداد : 368
- 2- شروط ممارسة الاسترداد: 369
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة 372

373	الفرع الأول: حق التعويض للمتعاقد الذي لحقه ضرر.....
375	الفرع الثاني: صور التعويض وأنواعه.....
375	أولاً: التعويض الاتفاقي والقانوني.....
376	ثانياً: التعويض القضائي.....
377	ثالثاً: التعويض الكامل.....
377	المطلب الثالث: موقف الفقه والقضاء من سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري....
378	الفرع الأول: موقف الفقه الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء.....
	الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من الاقرار للإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري.....
379	الإداري.....
381	الفرع الثالث: الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد الإداري.....
383	خلاصة الفصل الثاني:
387	الخاتمة.....
397	قائمة المصادر والمراجع.....
421	الفهرس.....



ملخص : إن امتيازات السلطة العامة هي تلك الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، من شأنها جعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أيرم من أجله، فالإدارة حينما تتعاقد مع الأفراد لا تتنازل عن سلطاتها المتعددة والمقررة لها التي تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام، على أن لا تتعسف في ممارسة هذه القدرة القانونية. وعليه فالحديث عن ذاتية مظاهر الإدارة العامة في نطاق تنفيذ العقد الإداري هو في حد ذاته محاولة لإيجاد الملامح والآليات والميكانيزمات التي تعطي لهذا المفهوم كيانه الخاص مما يجعله مستقلا عن نظيره المدني، حيث تتجلى بوضوح في مرحلة التنفيذ مظاهر الشرط الاستثنائي غير المألوف، فالقانون أعطى هامشا من الحرية كي تتصرف باعتبارها سلطة عامة وذلك بما حول لها من امتيازات في مواجهة المتعاقد معها، تتمثل في : سلطة الإشراف والرقابة، سلطة التعديل، سلطة توقيع الجزاءات وسلطة الإنهاء، تهدف إلى حسن تنفيذ العقود الإدارية وفقا لبنودها وفي آجالها، تحقيقا للمصلحة العامة وحفاظا على المال العام.

الكلمات المفتاحية : العقد الإداري، الصفقات العمومية، امتيازات السلطة العامة، الرقابة، التعديل، توقيع الجزاءات، الإنهاء.

Abstract: The privileges of the public authority are those legal means that the administration possesses at the stage of implementing the administrative contract, which would make that contract fulfil the purpose. Accordingly, talking about the subjectivity of the manifestations of public administration within the scope of the implementation of the administrative contract is in itself an attempt to find the features mechanisms that give this concept its own entity, making it independent from its civil counterpart, as the manifestations of the exceptional and unusual condition are clearly manifested in the implementation stage, as the law gave a margin of Freedom to act as a public authority, with the privileges entrusted to it in the face of the contractor, which are: the authority to supervise and control, the authority to amend, the authority to impose penalties and the authority to terminate, aiming at the proper implementation of administrative contracts in accordance with their terms and deadlines to achieve the public interest and preserve money.

Key words: administrative contract, public procurement, privileges of public authority, censorship, amendment, imposition of sanctions, termination.

Résumé: Les privilèges de l'autorité publique sont les moyens juridiques que l'Administration possède au stade de la mise en œuvre du contrat administratif, ce qui permettrait à ce contrat de remplir l'objectif pour lequel il a été conclu, puisque lorsque l'administration contracte avec des particuliers, elle ne renonce pas à ses pouvoirs multiples et prévus en tant que fonctions exercées en vertu de la common law, mais n'abuse pas de l'exercice de cette capacité juridique. Ainsi, parler des aspects subjectifs de l'administration publique dans le cadre de la mise en œuvre du contrat administratif est en soi une tentative de trouver les caractéristiques, les mécanismes et les mécanismes qui donnent à ce concept sa propre entité, ce qui le rend indépendant de son homologue civil, où les manifestations de l'exigence extraordinaire et inhabituelle se manifestent clairement dans la phase de mise en œuvre. L'autorité de surveillance et de surveillance, l'autorité de modification, le pouvoir de signer les sanctions et l'autorité de résiliation visent à améliorer la mise en œuvre des contrats administratifs conformément à leurs termes et délais, dans l'intérêt public et afin de préserver les fonds publics.

Mots clés: Contrat administratif, marchés publiques, privilèges de l'autorité publique, controle, modification, introduction de sanctions, résiliation.