وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر – بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص: إدارة ومالية

إعداد الطالب:
العطراوي كمال

تحت إشراف:
الأستاذ الدكتور: عبد الجليل مفتاح

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

الأعضاء	الرتبة	الجامعة	الصفة في اللجنة
فريد علواش	أستاذ التعليم العالي	بسكرة	رئيسا
عبد الجليل مفتاح	أستاذ التعليم العالي	بسكرة	مشرفا ومقررا
هنية أحميد	أستاذة محاضرة أ	بسكرة	ممتحنا
عبد اللطيف والي	أستاذ محاضر أ	المسيلة	ممتحنا
شهيرة بولحية	أستاذة محاضرة أ	المركز الجامعي بريكة	ممتحنا
جروني فائزة	أستاذة محاضرة أ	الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ ﴾.

الآية 80 من سورة هود

شكر و تقدير

لله الحمد والشكر على توفيقه لإنجاز هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف "عبد الجليل مفتاح" على قبول إشرافه على هذه الأطروحة، وعلى متابعته لها في كل مراحل انجازها بتوجيهاته وتصويباته، فكان نعم الموجه ونعم المصحح.

كما لا يفوتني أن أوجه الشكر الخاص للجنة المناقشة رئيسا وأعضاء، على قبولهم مناقشة هذا العمل البحثي.

والشكر موصول كذلك لمحافظ مكتبة الحقوق السيد مسعودي الطيب على كل ما قدمه لي من مساعدة.

إهداء

الى روح أبي وأمي طيب الله ثراهما و أسكنهما فسيح جناته

إلى زوجتي وأولادي

إلى إخوتي وأخواتي

إلى من يسعده نجاحي

إلى كل طالب علم

اهدي هذا العمل البحثي

ممتن لكم كثيرا

العطراوي كمال

مقدمة

تتخذ التصرفات القانونية للإدارة مظهرين، يتجلى المظهر الأول في التصرفات التي تقوم بها لوحدها وبإرادتها المنفردة و دون استشارة أو أخذ رأي المخاطبين بها؛ ويكون ذلك في القرارات الإدارية، وهي الوسيلة الفعالة التي تستخدمها الإدارة من أجل المحافظة على سير المرافق العامة باستمرارية وانتظام.

أما المظهر الثاني من الأعمال القانونية للإدارة والتي يتعذر عليها القيام بها بمفردها؛ وإنما تستعين للقيام بها على أشخاص آخرين . نظرا لعدم نجاعة التصرفات المنفردة في جميع الحالات . وهذا التصرف القانوني يقوم على توافق إرادتين أو أكثر والمتمثل في العقود الإدارية.

نظرا لعدم قدرة الوسيلة القانونية الأولى التي تملكها الإدارة وهي القرارات الإدارية على تلبية كل ما يحتاجه المواطنين؛ لأن القرارات الإدارية تصدر بصفة إنفرادية للإدارة ولا يمكن استعمالها في كل المجالات.

لذا أصبح لجوء الإدارة إلى الوسيلة القانونية الثانية التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة؛ والمتمثلة في العقد الإداري، أمر محتوم تفرضه الإحتياجات المتزايدة للمرتفقين.

فالعقد الإداري إذا يمثل التصرف القانوني للإدارة والإفصاح عن إرادتها في إبرام عقد، سالكة في ذلك طرق القانون العام الذي تتجلى مظاهره في الشروط الاستثنائية وغير المألوفة التي يتضمنها العقد، وذلك بهدف تسيير أو تنظيم مرفق عام.

إن العقد الإداري أصبح يشكل ضرورة لا غنى للإدارة عنه؛ خاصة في الوقت الحالي لتشعب مناحي الحياة العامة وازدياد حاجيات المواطنين، وذلك بإشراك المتعاملين الخواص عن طريق العقود في إنشاء أو تسيير وإدارة المرافق العامة.

فالإدارة بوسائلها و إمكانياتها الخاصة ومع اتساع مجالات تدخلها في الحياة اليومية للمواطنين، لا يمكنها أن تلبي الحجم الهائل من الإحتياجات المتزايدة بشكل سريع وفي كل المجالات، مما يحتم عليها اللجوء إبرام عقود مع الأفراد أو مع هيئات إدارية أو مع أشخاص اعتبارية أخرى. إلى درجة أن الإدارة أصبحت غير قادرة على تسيير مرافقها وتلبية حاجيات المرتفقين دون اللجوء إلى ربط علاقات تعاقدية مع الغير.

إن لجوء الإدارة إلى إشراك الخواص في إنشاء تسيير وإدارة المرافق العامة لا يعني تخليها عن هذا الأخير للمتعاقد يفعل به كما يشاء، بل إنها تبقى محافظة على سلطاتها في الرقابة والتوجيه والسهر على سير المرفق العام بانتظام وتقدم خدماته للمرتفقين بالشكل المتفق عليه في العقد.

إذا كان العقد الإداري تتجلى فيه مظاهر السلطة العامة المقررة بمقتضى القوانين والقواعد التي تمنح الإدارة حقوقا لا مقابل لها في عقود القانون الخاص بهدف تحقيق الصالح العام الذي تسهر الإدارة على تحقيقه، و الذي يقدم على المصلحة الخاصة للمتعاقد؛ ويتجلى ذلك في الشروط الإستثنائية وغير المألوفة في عقود القانون الخاص، والتي تعتبر المظهر المعبر على أن الإدارة أخذت بقواعد القانون العام في إبرام العقد.

فإن تحقيق المصلحة العامة الذي تسعى الإدارة إليه لا يجب بأي حال من الأحوال أن يكون على حساب المتعاقد، فالمتعاقد يهدف من وراء إبرامه للعقد تحقيق الربح، فإذا اصطدم هذا الحق بالمصلحة العامة في حالة لجوء الإدارة مثلا إلى فسخ العقد أو تعديله بالزيادة أو النقصان، فإنه بمقابل ذلك يجب عليها أن تعوض المتعاقد بما يتناسب و درجة الضرر الذي لحق به.

كما قد تتعسف الإدارة وتستعمل امتيازاتها العقدية وتلحق أضرارا بالمتعاقد دون أن تقدم له تعويضا على ذلك، ففي هذه الحالة يعتبر القضاء الإداري الملاذ الآمن للمتعاقد

من أجل استرداد حقوقه، والحصول على التعويض المناسب الذي يجبر الأضرار التي لحقت به من جراء تصرف الإدارة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن دراستنا هذه ستكون محصورة فقط في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، بمعنى استبعاد المراحل التمهيدية التي تسبق مرحلة التنفيذ، وذلك تماشيا مع عنوان الأطروحة الذي يتكلم عن الحماية المقررة للمتعاقد وليس على المرشح للتعاقد، فالمرشح للتعاقد لا يحمل صفة متعاقد إلا بعد إبرام العقد مع الإدارة بصفة نهائية وتبدأ مرحلة التنفيذ الفعلي للعقد.

إن وجود رقابة القضاء الإداري على سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية هو بمثابة ضمانة ودافع للمتعاقدين للإقبال على التعاقد مع الإدارة دون خوف من ضياع حقوقهم بسبب تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها العقدية.

لهذا كان موضوع هذا العمل هو البحث في الوسائل القانونية التي يمتلكها القاضي الإداري في مجال العقود الإدارية، التي من خلالها تكون حماية للمتعاقد مع الإدارة.

فالقاضي الإداري هنا ليس في موضع مدافع على حقوق المتعاقد المشروعة لكونه طرف ضعيف في العقد، وهو ليس كذلك بخصم للإدارة التي تتمتع بسلطات واسعة في هذا المجال وهي سلطات مشروعة كذلك، وإنما دوره يكمن في إيجاد التوازن بين مصلحة المتعاقد التي يحميها القانون، وهي الحصول على المقابل المالي نظير ما قام به من عمل محل العقد، وبين المصلحة العامة التي تسهر على تحقيقها الإدارة.

إن الأهمية و الدافع لاختيار هذا الموضوع المتعلق بدور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة يهدف إلى توفير أمن قضائي يشجع على لجوء المتعاملين إلى إبرام العقود مع الإدارة مهما كان نوع العقد المبرم، عقد أشغال عامة، عقد نقل، عقد

توريد، عقد مشاركة، عقد امتياز... في ظل علاقة تعاقدية غير متكافئة فإن القضاء الإداري هو الحامي لحقوق المتعاقدين مع الإدارة.

لذلك فإن دراستنا هذه لا تخص عقدا محددا بذاته، بإعتبار أن الحماية القضائية المرجوة هي مطلوبة في كل العقود الإدارية، ولا يختص بها عقد دون آخر.

كما أن الهدف من هذه الدراسة هو إبراز دور القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية، خاصة و أن القضاء الإداري الجزائري حديث النشأة والبحث فيه أكثر من ضروري، فالأبحاث في الرقابة القضائية على العقود الإدارية قليلة جدا، وذلك بالتطرق لسلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية وأهم التطبيقات القضائية لكل سلطة من سلطات الإدارة، وكذلك الآليات التي يمكن للمتعاقد استعمالها في المطالبة بحقوقه، حتى يتجلى لنا الدور الرقابي للقضاء الإداري.

إلا أن هذه الدراسة إعترضتها العديد من الصعوبات من أهمها الشح الكبير في قرارات مجلس الدولة الجزائري وصعوبة الحصول عليها من المجلس، ما عدا بعض القرارات المنشورة بمجلة المجلس في جميع أعدادها والتي تعالج بعض منازعات الصفقات العمومية، وهذه القرارات لا تخدم الموضوع بشكل مباشر ولا تلبي جزئياته.

كذلك من بين الصعوبات قلة الأبحاث المتخصصة في مجال الرقابة القضائية على سلطات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد، إلا بعض الدراسات التي تتقاطع مع موضوع البحث في زوايا قليلة نذكرها على سبيل أنها دراسات سابقة فيما يلي:

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

الذي تطرق في دراسته هذه في عقد الأشغال العامة بشكل عام، فتناول في فصل تمهيدي ماهية الأشغال العامة، وفي الباب الأول تناول فيه أثر عقد الأشغال العامة على الإدارة العامة، وفي الباب الثاني تناول أثر عقد الأشغال العامة على المقاول.

. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2010.

فكانت دراسته مقسمة إلى قسمين القسم الأول خصصه لمرحلة الانعقاد أي المراحل التمهيدية لإبرام العقد وهذه خارج نطاق دراستنا، والقسم الثاني خصصه لمرحلة التنفيذ الذي اتفقنا معه في عدة نقاط في بحثنا هذا واختلفنا في أخرى، خاصة في مجال التطبيقات القضائية واعتماده على تجربة سلطنة عمان التي حالها لا يختلف عن حالنا في قلة المراجع المتخصصة وكذلك القرارات القضائية ذات الصلة.

بن دعاس سهام، ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2017.

حيث تناولت دراستها وحصرتها كذلك في عقد الصفقات العمومية وشملت الحماية بكل أنواعها فتناولت في الباب الأول الضمانات الإدارية لحماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية.

وتناولت في الباب الثاني الضمانات القضائية لحماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، فشملت الضمانات القضائية الإدارية والجنائية والتي ليست من مواضيع دراستنا.

مما سبق نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى مساهمة القضاء الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة في فرض رقابته على سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية؟.

تتفرع تحت هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

. ما هي مجالات الحماية المقررة للمتعاقد مع الإدارة؟.

. وما هي الآليات المكرسة لهذه الحماية؟.

تم الإعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي لكونه المنهج الملائم لمثل هذه الأبحاث، مع تحليل المواد القانونية والقرارات القضائية.

كذلك اللجوء إلى المقارنة كلما دعت الضرورة إلى ذلك بغرض تبيان ما وصل إليه التشريع والقضاء الإداري المقارن في هذا المجال.

تم تقسيم هذا العمل إلى بابين:

نصفها الأول لمجالات الحماية المكرسة للمتعاقد مع الإدارة من خلال دراسة مجال الحماية في مواجهة سلطات الإدارة.

و الحماية المكرسة لضمان تحصيل المتعاقد لحقوقه التعاقدية.

أما النصف الثاني فندرس فيه آليات الحماية المكرسة للمتعاقد مع الإدارة، وذلك في فصلين الأول الحماية الإستعجالية للمتعاقد مع الإدارة وأما الفصل الثاني فنتناول فيه الحماية المقررة للمتعاقد بموجب دعاوى الموضوع.

الباب الأول

مجالات الحماية المكرسة للمتعاقد مع الإدارة

تعتبر الإدارة المسؤولة على إنشاء إدارة وتنظيم المرافق العمومية. تحقيقا للمصلحة العامة. من أجل تحقيق هذا الهدف فهي تتمتع بسلطات واسعة في هذا المجال، هذه السلطات الممنوحة للإدارة بمثابة الحقوق الأصيلة لها سواء بإدارتها المباشرة لهذه المرافق، أو بتفويض تسييرها لأشخاص القانون الخاص.

إن لجوء الإدارة لعملية التعاقد بمختلف أنواع العقود الإدارية بغرض تسيير أو إنشاء مرافق عمومية، لا تفقد حقها وإمتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها، فهي تبقى محافظة على سلطتها في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ العقد.

هذه السلطة التي تعتبر من النظام العام ولا يمكن للإدارة أن تتنازل عنها لصالح المتعاقد معها؛ وذلك حفاظا على السير الحسن للمرافق العامة؛ وضمان تقديمها للخدمة التي أنشأت من أجلها لصالح المرتفقين.

كما تملك الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة ودون رجوع للمتعاقد معها، نقيض ما هو معمول به في العقود غير الإدارية، ويظهر هذا بكثرة في الجانب التنظيمي، فإنه يمكن للإدارة أن تعدل في العقد حسب ما تتطلبه مصلحة المرفق العام وحسن سيره بإنتظام.

إن الشق الأول من الإمتيازات الممنوحة للإدارة تنصب على العقد، من حيث الرقابة والتعديل. إلا أنه هناك إمتيازات أخرى تملكها الإدارة تنصب على المتعاقد في حد ذاته، سواء تمثلت في إستهداف ذمته المالية؛ وذلك بسلطة الإدارة في فرض جزاءات

مالية على المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية، أو بإستهداف الجانب المعنوي له وذلك بتوقيع جزاءات ضاغطة عليه؛ بغرض حمله على تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه.

هذه السلطات الممنوحة للإدارة تحقيقا للنفع العام كما سبق ذكره، يجعل الإدارة في مركز أقوى من المتعاقد معها، مما قد يجعلها تبالغ أو تتعسف في ممارسة هذه السلطات، الأمر الذي قد يضر بمصالح المتعاقد معها، ويخل بشكل واضح في التزاماته التعاقدية؛ بالزيادة في الأعباء التي قد تكون بزيادة الأشغال في عقد الأشغال العامة، أو الزيادة في حجم السلع الموردة في عقد التوريد، أو تغيير مسار الحافلات في عقد النقل...

كما قد يكون بالنقصان كالتقليص في مدة إنجاز بعض الأشغال، أو تخفيض قيمة الرسوم التي يتحصل عليها المتعاقد من المنتفعين في عقد الامتياز.... للممارسة هذه السلطات من قبل الإدارة على الوجه المطلوب، وتحقيقا وتكريسا لمبدأ المشروعية، لابد من وجود رقابة قضائية توازن بين دور الإدارة في خدمة الصالح العام، وبين مصالح المتعاقد الذي يحب أن يخص بحماية تجعله في مأمن من تعسف الإدارة بالإفراط في ممارسة صلاحياتها.

سنتناول في (الفصل الأول): مجال الحماية في مواجهة سلطات الإدارة.

ونتناول في (الفصل الثاني): الحماية المكرسة لضمان تحصيل المتعاقد لحقوقه التعاقدية.

الفصل الأول

مجال الحماية في مواجهة سلطات الإدارة

إن لجوء الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية، من اجل تسيير وإنشاء مرافق عمومية لا يعني إحداث قطيعة بين الإدارة وذلك المرفق العمومي، فالإدارة تبقى محافظة على كامل سلطاتها وامتيازاتها تجاه المرفق العمومي؛ تحقيقا للصالح العام وتقديم خدمة عمومية بالشكل المطلوب.

فالمتعاقد مع الإدارة لا يستقل بصفة نهائية بإدارة المرفق العمومي، بل يبقى خاضعا لرقابة وتوجيه الإدارة أثناء عملية تنفيذ العقد؛ من أجل السير الحسن للمرفق العمومي وضمان عدم إنحرافه عن الغرض الذي وجد من أجله، وهو تقديم خدمة عمومية للمرتفقين وفقا للشكل المتفق عليه.

كما تمتلك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، ضمانا لديمومة سير المرفق العام بإنتظام.

إن إتصال العقد الإداري بالمرفق العام، وطبيعته الخاصة يصبح من المسلم به أن تكون تلك المظاهر المتمثلة في حق الرقابة والتوجيه، وحق التعديل بالإرادة المنفردة، وحق فرض جزاءات على المتعاقد؛ من الحقوق الأصيلة للإدارة، يحق لها ممارستها دون حاجة للنص عليها في العقد.

الإدارة ببسط سلطاتها التعاقدية على المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد قد تتعسف في استعمال تلك السلطات والامتيازات التي تتمتع بها، مما يسبب أضرارا بمصالح المتعاقد ويضعه في وضع صعب قد يكلفه خسائر كبيرة، مما يستلزم وجود حماية قضائية له تضمن عدم تعسف الإدارة.

يعتبر القضاء الإداري الضمانة الأساسية في التوفيق بين ما تقتضيه المصلحة العامة، والذي تمثله الإدارة، وبين مصالح المتعاقد المتمثلة في تحقيق الربح. يتجلى ذلك ببسط رقابة قضائية على أعمال الإدارة تجاه المتعاقد معها وحمايته من التعسف الذي قد يقع عليه.

سنتناول في(المبحث الأول) الحماية من سلطات الإدارة الواقعة على العقد.

ونتناول في (المبحث الثاني) الحماية من سلطات الإدارة الواقعة على المتعاقد.

المبحث الأول

الحماية من سلطات الإدارة الواقعة على العقد

من أهم السلطات الممنوحة للإدارة في مجال العقود الإدارية . بصفتها الساهرة على تحقيق الصالح العام . التي تنصب على العقد أثناء مرحلة تنفيذه، هي سلطتي الرقابة وتعديل العقد.

فعملية الرقابة على تنفيذ العقد حق ثابت للإدارة، سواء عند عملية إنشاء المرفق العام أو خلال عملية تسييره؛ وهذا ما هو مجسد في عقد الإلتزام(الإمتياز) وما يتمتع به من خصوصية.

كما أن الإدارة لها سلطة تعديل العقد وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، هذا الحق الممنوح للإدارة والذي يهدد بحق المصالح المالية للمتعاقد لا يمكن أن يبقى على إطلاقه ودون رقابة قضائية تضمن الموضوعية في إجرائه .

سنتناول في (المطلب الأول) الحماية القضائية من سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد.

ونتناول في (المطلب الثاني) الحماية القضائية من سلطة الإدارة في تعديل العقد.

المطلب الأول

الحماية القضائية من سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد

الأصل أن المتعاقد حر في إختيار الطريقة والوسائل التي تضمن له تنفيذ التزاماته العقدية بالشكل المتفق عليه، لكن ونظرا للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، وأهمية موضوعها الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق المرافق العامة، فإن الإدارة تحتفظ بسلطة الرقابة والتوجيه أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وتوجهه حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، وهذا خروجا عن القاعدة العامة[1].

فالإدارة تبقى محافظة على كل حقوقها وإمتيازاتها بالرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد، وفي كل مراحله وذلك بإصدار الأوامر الضرورية والتوجيهات من أجل ضمان تنفيذ حسن للعقد.

كما أن ممارسة الإدارة لحق الرقابة والتوجيه هو بمثابة دفع للمسؤولية التي قد تترتب عليها بسب تقصيرها بواجب القيام بالرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد، مما قد يتسبب في إلحاق أضرارا بالغير؛ بمعنى أن عملية الرقابة والتوجيه تمثل حقا وواجب على الإدارة القيام به[2].

الفرع الأول: مضمون سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

هناك معنيان لسلطة الرقابة، المعنى الضيق لسلطة الرقابة، والمعنى الواسع لها.

أولا: المعنى الضيق

يفهم من المعنى الضيق للرقابة الإدارية على المتعاقد أثناء مرحلة التنفيذ، هو أن تتأكد الإدارة من مدى احترام المتعاقد أثناء التنفيذ للشروط التعاقدية. وهو مرادف لعملية

[1] - Jean-Claude RICCI, droit administratif général, hachette ,2007,P 230.

[2] – انظر محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، مصر، 1983، ص317.

الإشراف وهو بمثابة الحد الأدنى الممنوح للإدارة من أجل الإشراف على تنفيذ العقد، وهذا الحق مكرس حتى في عقود القانون الخاص، ويتجسد حق الرقابة في إرسال الإدارة إلى مكان تنفيذ العقد لمختصين من تقنيين ومهندسين بغرض التأكد من التنفيذ وفقا للشروط المتفق عليها[1].

كما قد يتجسد حق الرقابة للإدارة أثناء مرحلة التنفيذ في معناه الضيق، بقيامها بأعمال قانونية، كأن تصدر أوامر أو تعليمات، أو توجه للمتعاقد إنذارات، فهذه الأعمال تعتبر من صميم سلطات وصلاحيات الإدارة المكرسة، سواء تم النص عليها في العقد أو لم يتم النص عليها[2].

إلا أنه في الكثير من الأحيان ما تشترط الإدارة في العقد أو دفتر الشروط حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع تنفيذ العقد لتوجيهاتها ومراقبتها[3].

حسب رأينا أن اشتراط الإدارة في بعض العقود على حقها في الرقابة والتوجيه أثناء مرحلة تنفيذ العقد، لا يعد بمثابة إنشاء حق جديد لها؛ وإنما يدخل في خانة التذكير والتأكيد على هذا الحق، وقطع الطريق أمام المتعاقد للدفع بعدم اشتراط هذا الحق في حالة وجود نزاع أثناء تنفيذ العقد، فهو حق أصيل للإدارة حتى دون النص عليه في العقد كما ذكرنا سابقا.

ثانيا: المعنى الواسع

في هذا المعنى مفهوم الرقابة يتعدى المعنى الضيق مما يتيح للإدارة المتعاقدة التدخل في عملية تنفيذ العقد بنسبة أكثر كونها تتأكد من عملية تنفيذ العقد وفقا للشروط

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1991، ص445.

[2] - René CHAPUS, droit administratif général, Montchrestien,15e éd, p12.

[3] – عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه . القضاء . التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب ط، 2003 ، ص62.

المنصوص عليها، بل يتعداها إلى درجة التدخل في أوضاع التنفيذ وحتى تغيير البعض منه، وهي حالات غير منصوص عليها في العقد. كأن تطلب الإدارة من المتعاقد الأخذ بطريقة في التنفيذ عكس ما أراده المتعاقد ،من هنا يتطور معنى الرقابة والإشراف إلى عمليه التوجيه[1].

ثالثا: تمييز سلطة الإدارة في التوجيه عن غيرها من السلطات المشابهة لها

تختلف السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة بحسب الغرض المتوخى من كل سلطة ومن كل امتياز ممنوح لها، فهي التي تسهر على تلبية الحاجيات الضرورية للمواطنين، فلها أن تمارس سلطات تمكنها من تحقيق وتوفير ما يحتاجه المواطنين.

كما تنوعت تلك السلطات و الإمتيازات تتنوع كذلك الوسائل والطرق التي تنتهجها بغرض الوصول إلى الهدف المنشود، فبغرض تحقيق سير المرفق العام بإنتظام و إستمرارية منحت الإدارة حق التعديل الإنفرادي للعقد . كما سنرى لاحقا . ومن أجل حفظ الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة كذلك منحت الإدارة سلطة الضبط الإداري. فما يميز سلطة الرقابة الممنوحة للإدارة على المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد، على سلطتي تعديل العقد و الضبط الإداري؟.

1. تمييز سلطة الإدارة في الرقابة عن سلطة التعديل بالإرادة المنفرة لها:

يميز بين سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، في كون أن سلطة الرقابة على تنفيذ العقد في مفهومها الواسع الذي يتجلى في سلطة التوجيه بأن يتم فرض على المتعاقد أوضاعا أو طرقا

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، العقود الإدارية، د د ن، د ب ن، 2001 ، 2002 ، ص 46 .

للتنفيذ في حالات لم يتم النص عليها صراحة في العقد[1].فحق الرقابة قد يتعدى المعنى الضيق . كما رأينا سابق . ويعطي للإدارة الحق في أن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد، كأن تتدخل في حالات تنفيذ العقد وتغيير بعض الأوضاع، وذلك في الحالات المسكوت عنها في العقد،أو كأن تتدخل الإدارة وتطلب إستعمال طريقة معينة في التنفيذ غير تلك التي يستعملها المتعاقد[2].

فالتعديل كما هو معلوم إنما يكون في مسائل أو موضوعات منصوص عليها في العقد ومتفق عليها مسبقا، فتدخل الإدارة هنا يكون في تعديل ما هو منظم ومتفق عليه في العقد. عكس سلطتها في الرقابة التي تصل إلى حد توجيه المتعاقد معها إلى الطريقة المناسبة لتنفيذ العقد في حالات و أوضاع لم يتم النص عليها صراحة في العقد، فدور الإدارة هنا ليس التأكد فقط من عملية تنفيذ العقد وفق ما اتفق عليه، بل يتعدى إلى حد توجيه أعمال التنفيذ.

الرقابة هنا تتم بأعمال قانونية فقط كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو استبعاد أخرى، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ[3].

من هذا يتبين أن سلطة الإدارة في الرقابة تتمحور حول توجيه المتعاقد لتنفيذ العقد وفقا لأساليب وأوضاع لم تكن محل اتفاق. أما سلطتها في التعديل فتكون منصبة على الالتزامات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان [4] .

2 . تمييز سلطة الإدارة في الرقابة عن سلطة الضبط الإداري

[1] – محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول،1997، ص203.

[2] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 454.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ، ص 256.

[4] – محمود أبو السعود حبيب، مرجع سابق، ص 200.

الضبط الإداري هو العمل على صيانة النظام العام بمنع الأعمال التي من شأنها الإخلال به قبل وقوعها، سواء أكانت هذه الأعمال جرائم يعاقب عليها القانون أم لم تكن كذلك[1].

والضبط الإداري يعتبر من أهم الوظائف التي تقوم بها الإدارة متمثلة في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاث: الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وذلك عن طريق إصدارها للقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، واستخدام القوة المادية، وما يتبعها من فرض قيود على الحريات الفردية تستلزمها الحياة الاجتماعية[2].

كما يمكن للإدارة أن تفرض قيودا على المتعاقد معها بغرض المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة في مواقع العمل ،كأن تلزم المتعاقد في عقد الأشغال العامة، وكذا في عقد الامتياز باتخاذ الإجراءات الأمنية والتدابير الإحترازية لتفادي وقوع الحوادث، أو بهدف تنظيم ساعات العمل.

في هذه الحالة المتعاقد ملزم بإحترام هذه الإجراءات والتقيد بها شأنه في ذلك شأن بقية المواطنين، ولا يمكنه التحجج بعدم التنفيذ كون هذه الإجراءات غير منصوص عليها في العقد[3].

أما سلطة الإدارة في الرقابة فإنها تمارسها في الإطار التعاقدي؛ بمعنى أنها محصورة في الالتزامات التعاقدية بهدف المحافظة على استمرارية وديمومة المرافق العامة، وهي تعني المتعاقد معها فقط دون أن يتعدى ذلك لبقية الأفراد أو المواطنين، عكس سلطة الضبط الإداري التي يتعدى مجال المخاطبين به إلى كل الأفراد بما فيهم

[1] – ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 398 .

[2] – ماجد راغب الحلو، نفس المرجع، ص397.

[3] – محمود أبو السعود حبيب، مرجع سابق، ص 205.

المتعاقد، حتى وان كان في بعض الحالات يمكن أن توجه قرارات الضبط الإداري إلى المتعاقد نفسه[1].

الفرع الثاني: الحالات الموجبة للحماية من تجاوزات الإدارة في حق الرقابة والتوجيه

تستمد الإدارة مشروعيتها في الرقابة على المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ومدى التزامه بالشروط التعاقدية، من المبادئ العامة للعقود الإدارية. وحفاظا على هذه المشروعية ليس للإدارة الحق في أن تبالغ . تحت ستار حق الرقابة والتوجيه . إلى حد تغيير موضوع العقد أو الاعتداء على حقوق المتعاقد[2].

كما لا يجوز لها أن تخرج على الحدود والأهداف التي ترمي إلى الصالح العام، وإلا عد عملها غير مشروع يرتب المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض[3].

تتعدد أوجه تجاوز الإدارة في مجال حقها في الرقابة والتوجيه للمتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد، بحجم تعدد الإمتيازات الممنوحة لها في هذا الخصوص.

يمكن ذكر حالات تجاوز الإدارة لحقها في الرقابة والتوجيه في:

أولا: الانحراف عن الهدف والغاية من حق الرقابة والتوجيه

إن الهدف من منح القانون للإدارة العامة إمتياز الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرده أن الإدارة هدفها خدمة الصالح العام، وتقديم خدمة عمومية للمرتفقين؛ وبالتالي فهي تهدف للصالح العام؛ بمعنى أنه يجب أن تنصب كل أعمالها المادية والقانونية في هذا المجال على هذا الغرض.

---

[1] – السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016، ص111.

[2] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص495.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص233.

فإذا كان تصرف الإدارة تجاه المتعاقد معها بغرض الإضرار به، ولم تكن تهدف للصالح العام، كان تصرفها غير مشروع ومرتبا لمسؤوليتها العقدية، وتكون ملزمة هنا بتعويض المتعاقد معها على ما أصابه من أضرار نتيجة لتصرفها غير المشروع[1].

تقوم كذلك مسؤولية الإدارة في حالة إصدارها لقرارات إدارية للمتعاقد معها . في إطار ممارسة حقها في الرقابة والتوجيه . تنفيذا للعقد، تتسبب هذه القرارات في عرقلة عملية التنفيذ الحسن للعقد، كأن تصدر الإدارة أمرا بوقف الأشغال لمدة تجاوزت حد المعقول وبلا مبرر لذلك[2].

كما أن ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة على المتعاقد معها أثناء مرحلة التنفيذ، وإضرارها بالمتعاقد معها يرتب مسؤوليتها؛ حتى وإن كانت تقصد من عملها هذا تحقيق المصلحة العامة؛ لأن تصرفها هذا يتنافى مع حسن النية المفترض في عملية تنفيذ العقود.

تطبيقا لهذا قضت المحكمة العليا الليبية في إحدى أحكامها:

" يجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات النية في تنفيذ العقود، وهو أصل يطبق في العقود الإدارية كما هو الشأن في العقود المدنية ولا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها في أعباء المتعاقد معها، وأن تضع العقبات في طريقه بدلا من أن تعاونه على التنفيذ"[3].

---

[1] – إبراهيم الشارف تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ب ط،2011، ص74.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص260.

[3] – حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 19لسنة23ق، م.م.ع، السنة15، العدد3، ص22. نقلا عن محمد شعبان الدرهومي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص46.

بإستقراء منطوق هذا الحكم يتبين ما للقضاء الإداري من أهمية في حماية المتعاقد مع الإدارة، فحسن النية مفترض بين الإدارة والمتعاقد معها، وما يدعمه ويؤكده هو ما تظهره الإدارة من مد يد المساعدة للمتعاقد وذلك بتذليل الصعاب و إزالة العراقيل المادية والقانونية التي قد تعترضه أثناء تنفيذه العقد.

كذلك من مظاهر حسن نية الإدارة حسب حكم المحكمة العليا الليبية عدم الزيادة المبالغ فيها في الأعباء التي قد تثقل كاهل المتعاقد وتجعله عاجزا عن التنفيذ الحسن للعقد.

إن هذا الحكم يمثل ضمانة واضحة المعالم للمتعاقد، وكذلك رسالة واضحة للإدارة بعدم المبالغة في إستعمال سلطاتها ضد المتعاقد معها وأن تمارسها بحسن نية لضمان تنفيذ سلس للعقد.

ثانيا: المبالغة غير المبررة في ممارسة حق الرقابة والتوجيه

إن الهدف الأساس من منح القانون للإدارة حق الرقابة على عملية تنفيذ العقد، هو ضمان تنفيذه وفق ما تم التعاقد عليه، ووفق ما يحقق الصالح العام.

فلا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تجعل من حقها في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ العقد، ذريعة للقيام بإدخال تعديلات على مضمون العقد بشكل يسبب ضررا للمتعاقد معها.

إن قيام الإدارة بإدخال تعديلات على العقد يرتب مسؤوليتها العقدية، ويستحق على إثرها المتعاقد معها التعويض على الأضرار التي لحقته من جراء هذا التصرف[1].

ففي عقد الأشغال العامة مثلا من حق الإدارة أن تراقب عملية تنفيذ العقد، وذلك بإتخاذها إجراءات تهدف إلى التحقق من أن المتعاقد معها يستعمل المواد المتفق عليها

[1] – محمد شعبان الدرهومي، مرجع سابق، ص 47.

في العقد، فإذا قامت الإدارة بإتخاذ إجراءات من شأنها إستبدال تلك المواد بمواد أخرى لم يتم النص عليها في العقد، فإنها تكون قد بالغت وتجاوزت حدود حق الرقابة الممنوح لها، وذلك بكونها قامت بتعديل شرطا في العقد قد يكون محل إعتبار لدى المتعاقد معها، عند قيامه بتقدير المقابل المالي للعقد[1].

كما أن ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة لا يعد خطأ من جانبها، خاصة إذا كان يسيرا، إلا أنه يلزمها بتعويض المتعاقد معها على ما أنفقه على التعديلات التي أحدثتها الإدارة في العقد، وذلك بإعادة التوازن المالي للعقد والذي يمثل حالة من حالات مسؤولية الإدارة بدون خطأ[2].

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص110.

[2] – حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ب د ن، ب ب ن، الطبعة الأولى، 2002، ص344. نقلا عن محمد شعبان الدرهومي، مرجع سابق، ص 47.

المطلب الثاني

الحماية القضائية من سلطة الإدارة في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن:

" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ..." .

الأصل في عقود القانون الخاص أن يسري عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين... أي أنها تتميز بالثبات و الإستقرار، فلا يجوز تعديلها أو تغيير محتواها إلا باتفاق طرفي العقد[1].

فالمستقر عليه إذن في عقود القانون الخاص هو عدم إدخال أي تعديل أو تغيير في العقد إلا باتفاق الطرفين، كون العقد جمع بين إرادتين متوافقتين، فهو يستمد قوته الإلزامية لطرفي العقد من توافق إرادتيهما على إحداث أثر قانوني معين.

فالعقد هنا يعتبر عملا قانونيا متميزا بالإستقرار والثبات وعدم التصرف فيه بالتعديل أو التغيير أو الفسخ ...إلا باتفاق أطرافه.

إن هذا المبدأ الذي يقوم عليه نظام العقد في ظل القانون الخاص، ليس هو نفسه الموجود في نظام العقود الإدارية، التي من بين ما تتميز به عن عقود القانون الخاص هو تضمينها شروطا خاصة واستثنائية غير مألوفة في العقود التي يحكمها القانون الخاص.

ومن أبرز مظاهر الشروط الاستثنائية غير المألوفة هي السلطات الممنوحة للإدارة، ومنها سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، ودون موافقة المتعاقد معها.

[1] - André MOURIN, Droit administratif, Sirey, 6e éd ,2007,p89.

كما تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة من أهم واخطر السلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد . خدمة للصالح العام . وذلك بتصرفها في العقد بالزيادة أو النقصان وفقا لما يتطلبه السير الحسن للمرفق[1].

الإدارة هنا لا تتدخل في مجال غير منصوص عنه في العقد، وإنما تحاول أن تعدل في الإلتزامات التعاقدية التي تضمنها العقد إما بالزيادة أو النقصان، كما أن سلطة الإدارة في تعديل العقد تبلغ الذروة في هذه الحالة؛ كون هذا الحق يهاجم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في الصميم، هذا الحق الممنوح للإدارة يتم النص عليه صراحة في العقود الإدارية، وفي دفاتر الشروط، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة[2].

لكن التساؤل الذي يثور هو هل يمكن للإدارة أن تستخدم حقها في التعديل في حالة عدم النص عليه صراحة في العقد؟.

يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري حق ثابت لها سواء نصت عليه في العقد أو لم تنص عليه. ذلك أن النص على سلطة الإدارة في التعديل يعتبر كاشفا لحقها في ذلك لا منشئا له[3].

إلا أن هذا الرأي الذي يعطي للإدارة هذا الحق الخطير، لا يجعل منه سلطة مطلقة للإدارة تضيع به قاعدة إلزام العقود لطرفيها، وإنما يعني أن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة تستلزمه طبيعة العقد، واتصاله بالمرفق العام[4].

---

[1] – محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية طبعة 2009، ص54.

[2] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص458.

[3] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص274.

[4] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص458.

وذهب أخررن إلى إنكار ذلك وهاجموا حق الإدارة في التعديل، وأنها لا تستقل بتعديل بنود العقد إلا إذا تم النص عليها صراحة في العقد.

إلا أنه ونظرا لأهمية هذا الحق وضرورته لسير المرفق العام بانتظام واطراد، فإن الإدارة دائمة الحرص على النص عليه في العقود التي تبرمها[1].

سنتناول في هذا المطلب :

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد .

الفرع الثاني: الضوابط والقيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد

الفرع الثالث: رقابة القاضي الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد

إن الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة عرف اختلاف في الآراء بين الفقهاء، فانقسمت آراءهم إلى إتجاهين:

إتجاه يقيمها على أساس فكرة السلطة العامة.

واتجاه أخر يقيمها على أساس فكرة إحتياجات المرافق العامة.

أولا : فكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل من جانب الإدارة

يرى أصحاب هذا الرأي (Bernier et George péquignot) [2]وغيرهم أن الإدارة تتصرف أثناء مرحلة تنفيذ العقود الإدارية تجاه المتعاقدين معها، أحيانا كسلطة

[1] – جابر جاد نصار، مرجع سابق ،ص675.

[2]– George PE'QUIGNOT, contribution a la théorie général de contrats administratifs, thèse Montpellier,1945.

تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وتارة أخرى بإعتبارها شخصا معنويا يراعي المصلحة الخاصة.

إلا أن الإدارة بإعتبارها سلطة عامة تسهر دائما على تحقيق الصالح العام في كل تصرف قانوني، وفوق كل اعتبار تعاقدي[1].

كما أن القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل العقود التي أبرمتها تعتبر من أعمال السلطة العامة، وهي لا تمارس امتيازا تعاقديا وإنما تستعمل حقا كسلطة إدارية تستطيع بموجبه أن تتدخل بإرادتها المنفردة بإجراء تعديلات على العقد أثناء مرحلة التنفيذ[2].

لذلك فقد أعتبر أن كل ما من شانه أن يحد من حرية الإدارة في اتخاذ القرارات المناسبة في هذا الشأن يعد عملا باطلا. كما اعتبر استخدام الإدارة بصفتها سلطة عامة أسلوب العقد الإداري لتحقيق المصلحة العامة، فإن الوسيلة . التعديل . لا يمكن أن تكون عائقا في سبيل الوصول للغاية، بل أن الوسيلة تيسر وتسهل حتى تؤدي إلى الهدف الذي من أجله استخدمت[3].

فالإدارة هي المسؤولة عن إتخاذ كل الإجراءات اللازمة لتلبية متطلبات المرافق العامة، وضمان تحقيق المصلحة العامة، فهذه المسؤولية تحتم على الإدارة أن تتدخل بصفتها سلطة عامة لفرض ما تراه مناسبا لتحقيق المصلحة العامة، فهو حق مقرر للإدارة لا يمكنها التنازل عنه، بإعتبارها سلطة عامة مسؤولة عن المرفق العام وعن تحقيق النفع العام، وضمان استمرارية المرافق العامة بانتظام اطراد[4].

---

[1] – جمال عثمان جبريل وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص67.

[2] – السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص152.

[3] – جمال عثمان جبريل وإبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص68.

[4] – محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2011، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2011، ص17.

كما أعتبر الفقيه الفرنسي (شابي) أن مظاهر السلطة العامة تكون في كل العقود الإدارية[1].

هذا وذهب بعض الفقه[2] في إتجاه إنكار حق الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقود وأرجعه بعضهم إلى كون هذا الحق هو من صنع الفقه، وأن مجلس الدولة الفرنسي يعارض هذا الحق، وحجتهم في ذلك هو قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 جويلية 1941 في قضية (Hôpital- Hospice de Chauny). الذي يرى من خلاله أن سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي لا تتمتع به الإدارة إلا إذا أجازه التشريع، أو تم النص عليه في العقد.

إلا أن هذا الرأي وجهت له العديد من الإنتقادات، وهو يخالف طبيعة العقد الإداري، وأن هناك تناقض في الإعتراف بحق الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقود الإدارية إذا تم النص عليه في العقد، فكما سبق ذكره أن طبيعة العقد الإداري، هي التي تعطي للإدارة هذا الحق والذي لا يمكن لها أن تتنازل عليه[3].

هذا الحق الممنوح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا يمكن أن يكون على إطلاقه وبدون ضوابط أو قيود يتوجب على الإدارة مراعاتها واحترامها، وإلا عد ذلك خرقا للقواعد العامة التي تحكم العقود واعتداء على حقوق المتعاقد التي تستدعي مراعاتها وأخذها بعين الإعتبار كذلك في أي تعديل أو تغيير والأكيد انه يكون عن طريق التعويض، وعند عدم إمتثال الإدارة بتعويض المتعاقد على كل التعديلات والتغييرات التي أدخلتها على العقد، يمكنه اللجوء للقضاء من أجل إنصافه وتعويضه بما يناسب الأعباء التي أضيفت له، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا.

---

[1] - René CHAPUS , responsabilité publique ,et responsabilité privées, Dalloz, paris ,p567.

[2] – François LOIRENS, et, L' Huilier ,Contrat d'entreprise et marché travaux publics ,L.G.D.J.1981,p270.

[3] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 460.

ثانيا: فكرة إحتياجات المرافق العامة كأساس لحق التعديل من جانب الإدارة

عملية التعديل في العقد قد تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروطه ليكون أكثر تحقيقا لها، في ضوء ما حدث من تغييرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد[1].

يؤكد أصحاب هذا الإتجاه[2] أن قيام الإدارة المتعاقدة بالتعديل الإنفرادي في العقود، لا يمكن أن يكون أساسه إلا على إحتياجات المرافق العامة، وقابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل، هي التي تدعو إلى هذه التعديلات، فاستمرارية وديمومة سير المرافق العامة بإنتظام واطراد وتقديمها لخدمة عمومية على الشكل المطلوب، هي التي تحرر الإدارة من القيود التي تفرضها القواعد التي تطبق على عقود القانون الخاص[3].

إن ضمان سير وإنتظام وإستمرارية المرافق العامة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية، وتطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومن ذلك سلطة تعديل العقد الذي يعد من ابرز مميزات العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى؛ مضمون هذه السلطة أن للإدارة الحق في تعديل العقود التي تبرمها أثناء مرحلة التنفيذ من جانب واحد أي بشكل انفرادي من طرفها.

وهو الشيء غير المألوف في عقود القانون الخاص، ويكون ذلك إما بزيادة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد أو بالنقصان منها، وهو الأمر الذي لم يتم النص عليه صراحة في العقد؛ وذلك كلما رأت الإدارة أن مصلحة المرفق العام تستدعي ذلك التعديل، دون أن يكون للمتعاقد الحق في الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص262.

[2] - André DELAUBADE'RE .Franck MODERNE .et pierre DELVOLVE ,traité des contrats administratifs ,t.1,L.G.D.J.,paris,1983,p403.

[3] –جمال عثمان جبريل، وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص81.

هذا ما تفرضه الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ومدى إرتباطها بالسير المنتظم والمستمر للمرافق العامة، والتي يفترض من البداية أي عند عملية التعاقد إمكانية حدوث تغييرات وتعديلات على بنود العقد وطرق تنفيذه، تبعا لمقتضيات سير المرفق العام، وأن نية المتعاقدين أثناء إبرام العقد، كانت تهدف إلى تلبية حاجيات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة[1].

فالإدارة وتلبية لإحتياجات المرفق العام وتقديم خدمة عمومية للمرتفقين، لا يجب عليها أن تتقيد بعقود أصبحت بلا فائدة، أو أن تتمسك بنصوص تعاقدية لم تعد تتفق وتساير متطلبات المرفق العام و إحتياجاته المتزايدة والمتطورة حسب مقتضيات كل مرحلة[2].

هذا ويترتب على إرتباط سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإحتياجات المرفق العام النتائج التالية:

01: حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ثابت دون الحاجة إلى النص عليه صراحة فيه، فالنص عليه في العقد لا يتعدى كونه عملية تنظيم وتبيان حالات وأوضاع وحدود ممارسة هذا الحق[3]؛ بمعنى أن النص على حق التعديل صراحة في العقد يعتبر كاشفا له وليس منشأ له[4].

[1] – حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشاة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن. ص 212.

[2] – السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص152.

[3] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص289.

[4] – دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص174.

02: أن السلطة الممنوحة للإدارة في تعديل العقد الإداري لا يعد امتيازا لها في مواجهة المتعاقد معها، بقدر ما هو ترجمة لمسؤولياتها تجاه المرافق العامة من حيث التنظيم والتسيير[1].

هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ :30 جوان 2004 الذي جاء فيه:

"... فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى حق الإدارة في إجراء هذا التعديل فان ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر للجهة الإدارية في التعديل و لإتصال هذه السلطة بالنظام العام للمرافق العامة، فمن المقرر أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة"[2].

كما ذهبت محكمة استئناف طرابلس الليبية دائرة القضاء الإداري في احد أحكامها جاء فيه:

" إن الإدارة وهي صاحب الاختصاص في تنظيم المرافق العامة وتحديد قواعد سيرها تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، وأنه لما كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق العام واتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على انتظام سيره فان حق الإدارة في التعديل يثبت بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الأخر عليه " [3].

[1] – فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، 1994، ص43. نقلا عن جابر جاد نصار، نفس المرجع، ص279.

[2] – نقلا عن: السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص156.

[3] – نقلا عن: محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 50.

03- أن ارتباط سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد بتسيير المرفق العام وانتظامه؛ بمعنى يقتصر حقها في التعديل على الجانب المتعلق بحسن سير المرفق العام بإنتظام و أطراد، ولا يمتد حقها في التعديل الإنفرادي إلى الشروط التعاقدية؛ أي أن التعديل لا يتعدى الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته[1].

04- سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية ليست متساوية في جميع العقود، بل تتفاوت بحسب طبيعة كل عقد، فنجد سلطتها تتزايد في عقدي الامتياز والأشغال العامة.

فالمتعاقد مع الإدارة في عقد الامتياز تفوض له سلطة تسيير وإدارة المرفق العام بدلا من التسيير المباشر للإدارة، وكذلك الأمر في عقد الأشغال العامة الذي تكون فيه الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد[2]. وبالتالي تعدل بما تراه مناسبا للسير الحسن للمرفق العام.

05- أن لجوء الإدارة إلى ممارسة حق التعديل ليس على إطلاقه، وإنما تفرضه الحاجة أو الضرورة حين يضطرب السير الحسن للمرفق.

الفرع الثاني: الضوابط والقيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد

مما تم التطرق إليه سابقا أن سلطة التعديل الممنوحة للإدارة الغرض منها تلبية احتياجات المرافق العمومية، وهو بمثابة حد يحد من هذه السلطة الممنوحة للإدارة، فلا يجوز للإدارة أن تتجاوز في ممارسة سلطتها في التعديل الحد الذي يكفل تحقيق وتلبية احتياجات المرفق العام.

كما أن الالتزام بهذا الحد . تلبية احتياجات المرفق العام . لا يعني أن كل ما تقوم به الإدارة يعتبر صحيحا، فعلى الإدارة أن تلتزم باحترام قواعد المشروعية لأي أمر تصدره

[1] – عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1998، ص 497.

[2] – محمد شعبان الدرهوبي، نفس المرجع، ص 52.

للمتعاقد معها بغرض التعديل، هذه القواعد المتمثلة في الإختصاص والشكل والإجراءات... فعدم احترام هذه القواعد قد يترتب عليها بطلان الأعمال المعدلة، كما قد يؤدي إلى إمكانية فسخ العقد[1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن سلطة التعديل الممنوحة للإدارة، وان كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية، إلا أنها ليست على إطلاقها، بل ترد عليها قيود وضوابط، منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته، ومنها أنها لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود، بل تختلف حسب نوع كل عقد وبقدر مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق.

بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الإلتزام (الامتياز)إعتبارا بأن للإدارة الإختصاص الأول والأصيل في تسييرها فإنها تضيق في العقود التي يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقدين في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد[2].

كما يضبط حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة عندما يتصل هذا التعديل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة، إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، أو أن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية.

تتمثل أهم القيود الواردة على سلطة الإدارة في التعديل بإرادتها المنفردة في ما يلي:

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 104.

[2] – حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 212.

أولا:سلطة التعديل تقتصر على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام les clauses qui intéressent le fonctionnement du service public. بمعنى أن العقود التي ليست لها صلة بالمرفق العام لا تخضع لهذه السلطة[1].

كما يقتصر التعديل فقط على الشروط التي تحدد الالتزامات التي على المتعاقد تنفيذها، ولا يجوز أن تتعدى هذه السلطة إلى المقابل المالي المتفق عليه في العقد[2].

كما أستقر مجلس الدولة الفرنسي في قضائه المتعلق بعقود التوريد والأشغال العامة بعدم السماح للإدارة بأن تعدل الشروط المتعلقة بالجانب المالي للعقد بغض النظر عن تغيير الظروف[3].

هذا وذهب القضاء الإداري المصري في نفس الإتجاه الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر أن الإدارة ليس لها الحق في تعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد، وقد جُسد هذا بالحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري سنة 1956 حيث جاء فيه:

" ... سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق وإتصال العقد به، ووجوب الحرص على إنتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له ...إلا أن تلك السلطة ليست على كل حال مطلقة، بل يرد عليها قيود، منها أن جهة الإدارة لا تملك

[1] – رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، طبعة 1994، ص77.

[2] -jean – CLAUDE RICCI, Droit administratif général, op. cit, p230.

[3] - C, E .2 mars 1946 Michelin ,R.P.89.
- C,E .2 juin 1936 chouvel .R. P,546.
- C, E , 7 aout 1891, Moreli ,D,1893,318.

أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد، والتي يتمتع بها المتعاقد معها ..."[1].

ثانيا: تقيد الإدارة بعدم الخروج في تعديلها على موضوع العقد، فالالتزامات بين الطرفين محددة في عقد بعينة على موضوع محدد، فالإدارة ملزمة هنا بان لا يصل التعديل إلى حد تجعل منه عقدا جديدا ما كان يقبله المتعاقد لو عرض عليه عند إبرام العقد الأصلي [2]. وبنفس الشروط.

كما أن المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء ما يمتلكه من إمكانيات مالية وفنية، فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب[3].

ليس بمقدور الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها التزامات جديدة مغايرة في طبيعتها لتلك التي تم الاتفاق عليها في العقد وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 17 فيفري 1978[4].

إن قيام الإدارة بفرض التزامات جديدة على المتعاقد ليست من طبيعة الالتزامات التي تم الاتفاق عليها في العقد، هي بمثابة تضييع لمصالح المتعاقد المشروعة. وهو ما أكده كذلك مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته الصادر في 29 ديسمبر 1997 في قضية شركة "نيوبولار"، انه إذا قامت جهة الإدارة باتخاذ إجراء خارج موضوع التعاقد وألزمت به المتعاقد معها، فانه يحق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض عن ذلك[5].

---

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري رقم 983، الصادر في 16، 12 ، 1956، ص 608. نقلا عن حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق. ص214.

[2]– جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 108.

[3] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 467.

[4] -C.E. 17 février 1978, Sté campagnie français d'Enterprise ,Rec.,p88.

[5] -C.E. 29 Déc . 1997 , Société civil des Néo – polders .

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي كذلك في إحدى قراراته على عدم مساس التعديل بمحل العقد أو بشروطه المالية، فإذا كان لابد فيلزم موافقة المتعاقد على ذلك[1].

إلا أن الأمر ليس بالسهل في تحديد التعديلات التي تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة و التي تعتبر من موضوعات العقد والتعديلات التي لا تعتبر من موضوعاته؛ فتحديد موضوع التعديلات يعد من المسائل الفنية الدقيقة، كونه لا يوجد معيار يتم على ضوئه تحديد وتمييز الالتزامات التي يمكن اعتبارها من موضوعات العقد، وتلك التي لا تمت له بصلة.

كما أعتبر من قبيل التحايل من جهة الإدارة في حالة قيامها بالتعديل، وذلك بإضافة أعمال جديدة تخرج عن موضوع العقد، ولم يتم النص عليها في دفتر الشروط. وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية الاستئنافية لمدينة ليون الفرنسية في حكمها الصادر في 15 ديسمبر 2011 في النزاع الذي تتلخص وقائعه في:

أثناء قيام جهة الإدارة بالتعاقد مع أحد الأشخاص لبناء مظلة في أحد الأندية الرياضية، وعقب إبرام العقد وأثناء تنفيذه أضافت أعمال إضافية تتمثل في إلزام المتعاقد بتزيين المظلة بأعمال الإنارة واللوحات الضوئية وأعمال الليزر ... حيث قررت المحكمة إبطال قرار إضافة أعمال إضافية، مع بقاء التعاقد الأصلي، وأن ما قامت به الإدارة بعد طرح الموضوع للتعاقد ثم إدراج بنود لم ترد في دفتر الشروط يعد بمثابة تحايل مخالف

[1] -C.E. 27 Oct. 2010 ,Syndicat inter communal des transports publics de Cannes ,Le Cannet ,Monde lieu – la –Napoule ,R.,t. 850 ,A.J.D.A.2010 . أشار إليه: السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق ،ص 165.166

للقانون يستوجب إبطاله، وكان على الإدارة أن توضح إحتياجاتها الفعلية وقت إعداد دفتر الشروط[1].

ثالثا: الإدارة مقيدة في إحداث تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة بضرورة وجود مستجدات وظروف جديدة تبرر التعديل المراد إدخاله على العقد، فمن غير المعقول أن تمارس الإدارة هذا الحق وفقا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها تستخدمها متى تشاء للتخلص من الالتزامات التعاقدية.

لكي يصبح التعديل الذي قامت به الإدارة صحيحا يجب أن تستجد ظروف لاحقة لعملية إبرام العقد تستوجب عليها القيام بالتعديلات حفاظا على سير المرفق العام بإنتظام في ظل الظروف والمستجدات التي طرأت، وإلا كان المرفق عرضة للاضطراب، لأن أساس التعديل هو ما تقتضيه المصلحة العامة من وجوب سيره بإنتظام وتقديم خدماته للمرتفقين بالشكل المطلوب[2].

كما يشترط في المستجدات التي طرأت والتي بررت بها الإدارة عملية التعديل أن تكون غير متوقعة من طرفها عند عملية إبرام العقد، لأنه كان بوسعها تفادي ذلك والقيام بتضمين العقد كل ما يواجه الحالات غير المتوقع حدوثها[3].

---

[1] -CAA Lyon 15 décembre 2011 ,Association des contribuables actifs du lyonnais ,communauté urbaine de Lyon ,Rec. .no.11 Ly 00242 ,A.J.D.A. No 18 ,2012 ,p 1022. نقلا عن : السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 167.

[2] – جمال عثمان جبريل، إ براهيم محمد علي، مرجع سابق، ص113.

[3] – أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العربية مصر، دار النهضة العلمية الإمارات، 2016، ص95.

- BADAOUI Saroit ,le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien ,thèse ,paris,1954,p 101. نقلا عن : السيد فتوح محمد هنداوي، نفس المرجع

إلا أن هذا الرأي منتقد، لأن الإدارة قد تخطأ في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، وحادت عن التقدير الصحيح والسليم في العقد، فهل يمكنها تعديل العقد بما يتوافق والسير المنتظم للمرفق العام أم لا ؟.

أجاب عن هذا السؤال الدكتور سليمان محمد الطماوي . **والذي نؤيده فيه** . حيث أعتبر أن الرأي القائل بأن الإدارة تتحمل نتيجة الخطأ الذي وقعت فيه، لأنه كان عليها أن تتخذ إحتياطاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديرا سليما.

حيث أجاب بكون هذا الرأي قد تجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل، فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير. والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين.

وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة لقاعدة قابلية المرفق العام للتغيير. وسواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة في تقديراتها، فانه يجب أن نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها، ولكن بصدد إعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة. واعتبر أن الرأي السابق يهدف إلى حماية مصلحة المتعاقد[1].

كما أعتبر أن المتعاقد مع الإدارة إنما يهدف من وراء إبرام العقد إلى تحقيق الربح، لا يهمه بقاء العقد بقدر ما يهمه الحصول على المزايا المالية التي أبرم العقد من أجلها، وعملية التعديل رغم ما تتسم به من خطورة على تنفيذ العقد إلا أنها لا تمس بالمزايا

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، 465.

المالية للمتعاقد التي من أجلها أبرم العقد مع الإدارة، وبالتالي لا داعي في الحد من حرية الإدارة في تعديل العقد[1].

رابعا: الإدارة عند قيامها بالتعديل ملزمة بإحترام القواعد العامة للمشروعية؛ أي أن تراعي قواعد الاختصاص، بمعنى صدور التعديل من السلطة المختصة قانونا بإجراء التعديل، ووفقا للإجراءات والشكليات الواجب توفرها، واحترام النصوص القانونية والتنظيمية إذا كانت تطلب إجراء معينا[2]. بحيث يمكن للمتعاقد مع الإدارة التمسك ببطلان أي تعديل تم على خلاف القواعد المقررة[3].

إلا أن أسباب البطلان التي يمكن الإحتجاج بها في مواجهة العقد الإداري يجب أن تكون مستمدة من شروط الصحة الذاتية للعقد فلا يجوز الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء[4].

فالعمل المعدل لشروط العقد لا يكون مشروعا إلا إذا صدر من سلطة إدارية مختصة بإصدار مثل تلك التعديلات، ومحترمة للإجراءات والشكليات المحددة قانونا، فإذا صدر كان قرار التعديل صادر عن سلطة إدارية غير مختصة بإصدار مثل تلك التعديلات، أو خالفت فيها الإجراءات والشكليات التي يحددها القانون أو التنظيمات، فان هذا القرار يكون مشوبا بعيب مخالفة المشروعية، وللمتعاقد الحق في الطعن فيه بالإلغاء أمام قاضي العقد[5].

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها سنة 1980 جاء فيه:

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 466.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص111.

[3] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 466.

[4] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع ، ص 113.

[5] – أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2006، ص373.

" ...وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من نيط بهم قانونا هذا الإختصاص، ومقتضى ذلك انه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى قيام بهذا التعديل والاعتداد به قانونا ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه"[1].

كذلك في الحالة التي يتم النص فيها على سلطة الإدارة في تعديل العقد أو النص عليه في دفتر الشروط، فإنه لا يجوز ممارسته إلا وفقا للشروط العقدية التي تنظمه[2].

الفرع الثالث: تطبيقات رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

في الغالب لما يتم النص في دفتر الشروط على النسبة المسموح بها للإدارة ممارسة سلطة التعديل فيها، فإن النزاعات حول هذا البند تكون قليلة إذا ما تم مقارنتها بحالة عدم النص على سلطة التعديل في العقد.

ففي حالة عدم النص صراحة على النسبة التي تمارس فيها الإدارة صلاحية تعديل شروط العقد، فقد وضع القضاء الفرنسي ضوابط لممارسة هذه السلطة، حفاظا على حقوق المتعاقد مع الإدارة، وضمانا لعدم تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة.

من هذه الضوابط عدم تغيير موضوع العقد الأصلي؛ بمعنى أن لا يؤدي التعديل الذي أدخلته الإدارة على العقد إلى ظهور عقد أخر جديد[1].

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، 22 ، 11، 1980. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 224.

[2] – السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص172.

في هذا المجال وضع مجلس الدولة الفرنسي بعض الضوابط التي يهتدي بها في تحديد حق الإدارة في تعديل شروط عقود الأشغال العامة، لا سيما ما يتعلق بالفكرتين التاليتين:

1: قلب اقتصاديات العقد، وتغيير جوهره

2: إضافة أشغال جديدة، ليست لها علاقة بموضوع العقد .

1-فكرة قلب اقتصاديات العقد وتغيير جوهره:

عند مباشرة الإدارة لأي تعديل في شروط عقد الأشغال العامة، عليها أن تضع في حسابها أنها أبرمت العقد مع متعاقد كان قد درس جيدا كل الجوانب المحيطة بالعقد، من حيث الوسائل الواجب استعمالها، وكذا المؤهلات الواجب توفرها، بل وحتى طريقة تنفيذ العقد.

فإذا أرادت الإدارة اللجوء إلى سلطة التعديل عليها أن لا تبالغ في ذلك؛ كي لا تنقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب[2].

ليس من المستساغ أن تلزم الإدارة المتعاقد معها بتنفيذ تعديلات لم تكن ضمن تقديراته الأولى التي بنى عليها نيته في التعاقد، والتي من شأنها قلب اقتصاديات العقد وجوهره بالنسبة إليه[3].

وهو المبدأ الذي أكده القضاء الإداري المصري في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ: 1973/12/9 الذي جاء فيه:

---

[1] – سليمان محمد الطماوي مرجع سابق، ص 489.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ، ص 490.

[3] – بن شعبان علي، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2011. ص86.

" من المتعين أن تكون الأعباء التي يرتبها التعديل في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية، أو يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد، أو تغيير في موضوع العقد أو محله وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد.

إن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إلى موقع التنفيذ لخروجه عن النطاق الجائز لها قانونا فهو من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانه وتقديره، ومن ثم فلا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد.

وترتيبا على ذلك فإن نقل الموقع من مكانه الأصلي إلى مكان آخر يبعد عنه مسافة 40 كيلومتر تقريبا يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة "[1].

وفي حكم أخر للمحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر بتاريخ: 1970/4/11 حيث جاء فيه: " ...كما أن لها (الإدارة) سلطة تعديل العقد، بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي"[2].

وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته بتاريخ 1999/03/12، حيث أكد فيه أن التعديل الذي تقوم به الإدارة على العقد بإرادتها المنفردة لا يصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد بدرجة كبيرة وفادحة[3].

[1] – نقلا عن: حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص224.

[2] – نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 467.

[3] - C.E. 12 mars , 1999 ,SA Méribel , Rec , p , 61.

حسب رأي الباحث أن هذه الأحكام والقرارات بقدر ما اعترفت للإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حسب الظروف التي تراها مناسبة لإدخال التعديلات اللازمة على العقد؛ خدمة للمصلحة العامة، والسير الحسن للمرفق العمومي، بقدر ما حرصت على حماية حقوق المتعاقد من تسلط الإدارة و إيجاد ضمانات له ووضع قيود على سلطتها في التعديل، وذلك بعدم إخلال التعديل بالتوازن المالي للعقد، وبعدم قلب اقتصادياته.

2: إضافة أشغال جديدة ليست لها علاقة بموضوع العقد .

كذلك الحماية القضائية للمتعاقد تمتد أيضا إلى مسالة قيام الإدارة بإدخال تعديل على العقد يتضمن إضافة أشغال جديدة لا تمت بصلة لموضوع العقد المبرم.

الأشغال الجديدة بمفهوم مجلس الدولة الفرنسي، هي التي يعتبر موضوعها غريبا عن موضوع العقد الأصلي، بحيث لا تربطهما أي صلة إطلاقا، أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي تم نص عليها في العقد[1].

كما ذهب مجلس الدولة في إحدى قراراته إلى إعتبار تجاوز الإدارة في تعديل العقد للشروط المتعلقة بالنسب المحددة في العقد، التي تقع على عاتق المتعاقد زيادة أو نقصا عن الأداءات الأصلية في العقد بإعتبار أن هذه أداءات يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد[2].

هذا وأقرت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في: 1 مارس 1986 أنه:

---

[1] - ŏC .E. 14 novembre 1902- obmer et Herbet ,precite.
- C .E .2 mars 1946 Michelin ,R. p.89.
- C .E .12 juillet 1950,Vituret.

[2] - C . E. 8 mars 1940 , Amat , R.p.100

" يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس العمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات الأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية – إذا كانت الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة – لا ضرورة من إسنادها إلى ذات المقاول".

المبحث الثاني

الحماية من سلطات الإدارة الواقعة على المتعاقد

كما رأينا في المبحث السابق أنه هناك سلطات للإدارة تنصب على العقد، وذلك بالرقابة والتعديل. فإنه هناك سلطات أخرى تمارسها الإدارة على المتعاقد نفسه، فتصيب تارة ذمته المالية وذلك يتجسد في فرض جزاءات مالية جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية بالإهمال أو التقصير في التنفيذ.

وتارة أخرى بممارسة الضغط على المتعاقد وذلك بتوقيع الجزاءات الضاغطة عليه لإجباره على الوفاء بإلتزاماته .

إن هدف الجزاءات الإدارية في العقد الإداري هو ضمان تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية وفقا لما تم التعاقد عليه بشكل سليم يضمن ديمومة سير المرفق العام بإنتظام واطراد.

هذا وتشترك الجزاءات العقدية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المخل بإلتزاماته في عدة خصائص تختلف عن نظيرتها في العقود الخاصة.

تتمثل هذه المميزات في أن الإدارة توقع الجزاءات بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء. الإدارة تمارس سلطتها في توقيع الجزاءات حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد. وكذلك ضرورة إعذار الإدارة للمتعاقد قبل أن توقع عليه الجزاء.

إن ما تتمتع به الإدارة من سلطات في فرض الجزاءات العقدية وهي سلطات خطيرة على المتعاقد إذا تعسفت الإدارة في توقيعها، مما يجعل ضرورة وجود حماية قضائية أمرا لا مناص منه؛ للموازنة بين متطلبات المرفق العام، والهدف الذي يسعى إليه المتعاقد وهو تحقيق الربح.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذه الخصائص أرسى قواعدها مجلس الدولة الفرنسي و مجلس الدولة المصري، وتم تضمينها القوانين والتنظيمات بكونها من الخصائص العامة لنظام الجزاءات في العقود الإدارية[1].

سنتناول تفصيل ما سبق في المطلبين التاليين:

الجزاءات الإدارية سلطات أصيلة للإدارة تتطلب حماية قضائية للمتعاقد(المطلب الأول).

و صور الجزاءات الإدارية (المطلب الثاني).

[1] – فوزية سكران ،سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص59.

المطلب الأول

الجزاءات الإدارية سلطات أصيلة للإدارة تتطلب حماية قضائية للمتعاقد

يختلف بشكل واضح نظام الجزاءات في العقود الإدارية عن نظيرتها في العقود المدنية، بل تعتبر السمة المميزة لها.

هذا الإمتياز الممنوح للإدارة بإعتبارها أحد أطراف العقد الإداري، ليس ممنوحا لها لذاتها، وإنما لكونها الساهرة على سير المرفق العام وضمان إستمراره[1].

فالإدارة لها سلطة إتخاذ إجراءات قاسية ضد المتعاقد معها، الذي يخل بإلتزاماته العقدية، بالتخلف عن التنفيذ أو الإمتناع عنه، كما لها سلطة توقيع الجزاء بنفسها دون اللجوء للقضاء، وفي المقابل فإن المتعاقد معها لا يملك نفس الوسائل التي تملكها الإدارة إذا أخلت بتنفيذ التزاماتها العقدية[2].

تخضع الجزاءات الإدارية التي تمارس الإدارة سلطة توقيعها على المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني في العقود المدنية، وهي كما يلي:

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تعتبر سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية أو المتخاذل والمتراخي تعبيرا عن فكرة أن المتعاقد قد قبل تحمل بعض الإلتزامات وأن أي تقصير من جانبه يعرضه للعقاب، وهو الهدف الذي تسعى الإدارة المتعاقدة إلى تحقيقه عند ممارستها لهذا الحق، ولا فرق إذا كان الهدف من العقاب لتعويض ضرر لحق

[1] – حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 237.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 122.

بالمرفق العام بسبب المتعاقد، أو كان الهدف من العقاب بغرض إجباره على تنفيذ العقد وفقا لما تم التعاقد عليه وهذا حفاظا على السير الحسن للمرفق العام[1].

إن سلطة توقيع الجزاءات الإدارية المخولة للإدارة لا تتحدد بما تم النص عليه في العقد، وإنما هو حق مكفول لها حتى ولو تم السكوت عليه في العقد، لا يعني فقدان سلطتها في توقيعها وذلك يرجع لكون الإدارة هي المسؤولة على سير المرافق العامة بإنتظام واطراد، ويتحتم عليها أن تتخذ كل الإجراءات التي تراها مناسبة لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، والجزاءات الإدارية من أهم هذه الإجراءات التي تكفل سير المرفق العام وضمان عدم إختلاله وعرقلته.

كل هذه الإجراءات بطبيعة الحال تكون تحت رقابة القضاء ضمانا لحقوق المتعاقد من إنحراف الإدارة وتعسفها[2].

من خلال ما سبق يتضح أن هناك اتجاهين فقهيين في تبرير سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية.

ذهب الإتجاه الأول إلى إعتبار سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر هو الأساس الذي يخول للإدارة الحق في توقيع الجزاء على المتعاقد معها المخل بإلتزاماته التعاقدية دون حاجة إلى اللجوء للقضاء[3]، لكن تحت رقابته، والتي تمثل ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون حتى ولو لم ينص العقد على ذلك[4].

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص125.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 502.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 128.

[4] – أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري دراسة مقارنة في ضوء القوانين والقرارات والأحكام والفتاوى الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية،الإمارات، 2016، ص 108.

في حين ذهب الإتجاه الثاني إلى إعتبار مسؤولية الإدارة على سير المرافق العامة بإنتظام واطراد وتقديم خدماتها للمرتفقين هي أساس ومبرر ممارسة حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد[1].

إن هذا الخلاف الفقهي القائم قد يكون مصدره الخلاف الأوسع منه المتعلق بمجال تطبيق القانون الإداري، هل هو قانون السلطة العامة أم قانون المرفق العام؟.

في هذا المجال يرى الأستاذان جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، أنه وبصرف النظر عن المعيار الأكثر إتفاقا مع حقيقة الواقع والمنطق القانوني فيما يتعلق بمعيار تطبيق القانون الإداري فانه في مجال العقود الإدارية على وجه الخصوص فإن الأمر لا يتعلق بحق السلطة أو التنفيذ المباشر المخول لجهة الإدارة، لأننا في مجال تعاقدي، وإلا ما كان هناك ما يدعو جهة الإدارة إلى اللجوء إلى التعاقد مكتفية بوسيلة القرار الفردي وتنفيذه مباشرة في تسيير المرافق العامة.

ولكنها عندما تبرم العقد فإنها ترى أنه الأكثر كفاءة في هذا الموضوع فيما يتعلق بتسيير المرفق وتنظيمه، ولذلك فإننا نذهب مع الرأي الذي يرى في قاعدة سير المرفق العام بإنتظام واطراد أساسا لحق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها مباشرة ودون اللجوء للقاضي[2].

الفرع الثاني: الجزاءات توقعها الإدارة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء

عرف التوقيع المباشر للجزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد معها . دون اللجوء للقضاء . تطورا في القضاء الإداري الفرنسي.

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 128.

[2] – في مؤلفهما المذكور، مرجع سابق، ص 129.

في البداية كان يرفض توقيع الإدارة للجزاءات على المتعاقد بنفسها؛ في حالة عدم النص عليها في العقد، أو دفاتر الشروط، أو تتضمنه اللوائح والتنظيمات؛ بمعنى عدم جواز توقيع الجزاءات من قبل الإدارة خارج الحالات التي تم ذكرها.

إلا أن الأمر لم يدم طويلا، حيث تراجع مجلس الدولة الفرنسي على شرط النص على الجزاءات في العقد، ويكون توقيعها عن طريق القضاء. كان ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1907 الذي قضى فيه بأن نصوص العقد تحدد التزامات كل من طرفيه، وأن الإخلال بهذه الإلتزامات يجب أن يترتب عليه توقيع جزاء، وإذا لم ينص العقد على الجزاءات التي توقع في حالة الإخلال بالإلتزامات جاز للقاضي بناء على طلب الآخر أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الإخلال بنصوص العقد.

هذا المسلك الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي في قراره سنة 1907 له بالغ الأهمية بالمقارنة مع النظريات التي سادت آنذاك، والتي كانت تعطي الحق للإدارة في توقيع الجزاءات فقط فيما تم النص عليه صراحة في العقد، حيث إستبعد مجلس الدولة هذا المبدأ، وعدم النص على الجزاءات في العقد لا يجعل من المتعاقد معها في مأمن منها[1] .

ثم كانت هناك خطوة أخرى أكثر تقدما، وذلك بإعترافه للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة إلى طلب اللجوء للقضاء[2] من أجل فرض توقيعها[3].

[1] – عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الأفراد عبر القانون والعقد والقرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، 2016، ص424.

[2] - André de laubadére ;f . Moderne et p .Del volé ,Traité de contrats administratifs , tome ll,L.G.D.J. 1984 ,pp .102 et s .;Marie Christine Rouault ; L'essentiel du droit administratif général, éd. Gualino,2012 -2013, pp.411 et s.

[3] – بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 88.

كان ذلك في قراره الصادر سنة 1929 الذي منح فيه للإدارة سلطة توقيع جزاء التعويض بنفسها، وتكون تصرفاتها خاضعة للرقابة البعدية للقضاء[1].

بهدف سهرها على السير الحسن للمرافق العمومية وضمان ديمومة سيرها بإنتظام واطراد، تتمتع الإدارة بسلطات وصلاحيات واسعة في مجال الجزاءات الإدارية، فيمكنها توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية دون اللجوء للقضاء مقدما.

إن سبب إعفاء الإدارة من اللجوء للقضاء مسبقا يكمن في أنه في حالة تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو إمتناعه عن ذلك، بلا شك سيلحق أضرارا كبيرة بالمرفق العام [2]، ولأجل تفادي ذلك تتدخل الإدارة بالسرعة المطلوبة لضمان سير المرفق العام، وتوقع بنفسها جزاءات على المتعاقد ، دون لجوء للقضاء مقدما[3].

الأصل أن هذه السلطة تتمتع بها الإدارة في جميع العقود، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أستثنى عقود الإمتياز، فجعل توقيع الجزاءات فيها منوط بالقضاء ولا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وذلك راجع ما لعقد الإمتياز من خصوصية.

فالملتزم في عقد الإمتياز يقوم بإنفاق أموال كثيرة من أجل تهيئة المرفق للإستغلال، وللموازنة بين المصلحة العامة المجسد في المرفق العام، والذي تسهر على تجسيده الإدارة، وبين مصلحة المتعاقد والمتمثلة في تحقيق الربح، يعود الاختصاص في توقيع الجزاءات للقضاء، وليس للإدارة المتعاقدة[4].

---

[1] – عبد المنعم الضوى، مرجع سابق، ص 425.

[2] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 283.

[3] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 500.

[4] – هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص 96.

كما أن ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد المخل بإلتزاماته العقدية، لا يلزم الإدارة إثبات الضرر الذي لحق بالمرفق العام كمبرر لتوقيع الجزاء[1].

ذهبت في هذا المجال المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد أحكامها إلى أنه:

" ... لا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه بالعقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شئون المرفق وتأمين سيره على أساسها ..." [2].

بالإضافة إلى ما تملكه الإدارة من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد دون حاجة للنص عليها في العقد، ودون اللجوء للقضاء لطلب توقيعها. فإنها كذلك تتمتع بسلطة إختيار الوقت المناسب لتوقيعها، الوقت الذي يضمن لها تحقيق السير الحسن للمرفق العام بإنتظام[3].

الفرع الثالث : خضوع الإدارة لرقابة القضاء في توقيع الجزاء

إن السلطات التي تتمتع بها الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بإلتزاماته . وهي الطرف القوي في العلاقة العقدية . لا يمكن أن يتبقى بلا رقابة قضائية تكون بمثابة الضمانة للمتعاقد من تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون .

للمتعاقد الحق في أن يلجأ للقضاء الإداري للطعن في قرار الجزاء الذي وقعته ضده الإدارة، وهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على إستبعاده من العقد، و أي إتفاق

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، 282.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1068 لسنة 8 ق، جلسة 30، 11، 1963، مجموعة أحكام السنة 9، ص 161. أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع ، 283.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس مرجع سابق، 282.

يتضمن إستبعاد حق المتعاقد في اللجوء للقضاء للطعن ضد قرارات الإدارة الجزائية، يعد باطلا وعديم الأثر[1].

يعود الإختصاص في الرقابة على قرارات الإدارة في هذا الصدد لقاضي العقد، فهي من دعاوى القضاء الكامل، والقاضي الإداري فيها يتمتع بسلطات واسعة ولا تقف عند حد رقابة مشروعية القرار الصادر من الإدارة من حيث الشكل أو الإختصاص، أو مخالفة القانون أو التعسف في إستعمال السلطة أو الإنحراف في إستعمالها، والمتضمن توقيع الجزاء على المتعاقد، وإنما يمتد إلى الأسباب والبواعث التي دفعت بالإدارة إلى إتخاذ هذا القرار، فيقوم القضاء بتقدير ما إذا كان المتعاقد قد أرتكب فعلا الخطأ، وكذلك تقدير مدى تناسب الجزاء مع ذلك الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد مع الإدارة[2].

كما أن سلطات قاضي العقد تتعدد بحسب طبيعة الجزاء المسلط على المتعاقد، ففي الجزاءات المالية يمكن للقاضي أن يحكم بردها أو إعفاء المتعاقد منها، كما يمكنه القضاء بتخفيضها على حسب كل حالة.

كذلك الرقابة على سلطات الإدارة في توقيع وسائل الضغط والإكراه على المتعاقد، فإن القاضي يمكن له أن يحكم بتعويض المتعاقد عنها، إلا أنه لا يمكنه أن يقضي بإلغائها في جميع الحالات[3].

ذهبت المحكمة الإتحادية العليا بدولة الإمارات العربية إلى التأكيد على أهمية رقابة القضاء على استعمال الإدارة لإمتيازاتها في التنفيذ المباشر وذلك بتوقيع جزاءات. هذه الرقابة التي تمثل ضمانة وحماية للمتعاقد من التعسف الذي قد يشوب قرارات الإدارة أحيانا.

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص144.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 508.

[3] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص508.

حيث جاء في حكمها:

" لما كان المبلغ المحدد في عقد المقاولة ويدفعه المقاول في حالة التأخير هو من الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة بجزاء توقعه على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإهماله، توقع على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة ولمجرد حصول الإخلال ولجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير دون حاجة إلى إعذار المتعاقد المقصر ...

غير أن هذا لا يجعل القرار الإداري الصادر بتوقيع غرامة التأخير بمنجاة من الرقابة القضائية لحماية المتعاقد معها من التعسف ومخالفة القانون، وإذا كان ذلك ؛وكان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه على مجرد عدم حصول الضرر فإنه يتعين نقضه"[1].

كذلك تمتد الرقابة القضائية لتشمل تأكد القاضي الإداري من أن الإدارة قد قامت بإعذار المتعاقد المخطئ، وأن تنبهه إلى خطئه قبل أن تقوم بعملية توقيع الجزاء.

حيث ذهب الفقه الفرنسي إلى أنه من الضروري أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد معها المخل بإلتزاماته أو المتهاون في تنفيذها، وذلك بإلزامه بتنفيذ محتوى العقد بالشكل المتفق عليه، وأن تحدد له في الإعذار الجزاء الذي سيوقع عليه في حالة عدم إمتثاله[2].

كذلك سار مجلس الدولة الفرنسي في نفس الإتجاه الذي سار فيه الفقه، والذي يقر بضرورة إعذار المتعاقد المخطئ؛ . أي تنبهه إلى الخطأ المرتكب من طرفه . من قبل الإدارة قبل أن توقع عليه أي جزاء[3].

---

[1] – حكم المحكمة الإتحادية العليا بدولة الأمارات العربية المتحدة، في الطعن رقم 89، سنة 10 قضائية، بتاريخ 20، 12، 1988. نقلا عن: أحمد جمعة نور محمد البلوشي، مرجع سابق، 109.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، 138.

[3] -C.E. 03 novembre 1961 , Garreau ,R.D.P, 1962 ,p.377.
-C.E. 11 juillet ,1941 ,Grenouiller .R.P.124.

وعليه فإن المسؤولية العقدية لا تقع على المتعاقد المخل بإلتزاماته العقدية، والمتهاون في تنفيذها إلا من تاريخ إعذاره، ولا يكون هناك تعويض جراء إخلاله بالتزاماته لصالح الطرف المضرور (الإدارة) إلا من تاريخ الإعذار وتحديد الخطأ المرتكب والجزاء الذي سيوقع عليه في حالة عدم امتثاله.

في حين يبدوا أن الإلتزام بالإعذار ضروريا في بعض الجزاءات كغرامات التأخير، أو حالة الفسخ، ولا يبدو كذلك في بعض الجزاءات الأخرى مثل وضع المشروع تحت الحراسة. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الإعذار ضروريا في جميع الجزاءات ولا يفرق بينها من حيث وجوب إعذار المتعاقد المخل[1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المنظم الجزائري لم ينص على وجوب إعذار المتعاقد في حالة فرض الإدارة لجزاءات مالية عليه، وأوجب عليها القيام بالإعذار قبل توقيع جزاء الفسخ للعقد إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، إعذار المتعاقد، ومنحه مهلة معقولة ليتدارك الأخطاء ويقوم بإصلاحها، ولا يكون توقيع جزاء الفسخ إلا بعد إنتهاء المدة التي حددها الإعذار، وهو ما نصت عليه المادة 112 من تنظيم الصفقات العمومية 236/10 المعدل بالمرسوم ....

" إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ..."

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، 139.

حسب رأي الباحث أن إشتراط مجلس الدولة الفرنسي ومن قبله الفقه بضرورة إعذار المتعاقد المخل بالتزاماته من قبل الإدارة قبل توقيع أي جزاء عليه، يمثل ضمانة فعالة وحقيقية له من تعسف الإدارة، كما يعبر على حسن نية الإدارة في توجيه المتعاقد الوجهة الصحيحة في تنفيذ العقد، وليس الغرض هو توقيع الجزاءات، بل السهر على التنفيذ الأمثل للعقد.

إلا أن القاعدة العامة بضرورة إعذار المتعاقد مع الإدارة على النحو الذي تم ذكره ليست على إطلاقها، فقد وجدت في إجتهاد مجلس الدولة الفرنسي بعض الإستثناءات التي تعفي الإدارة من إعذار المتعاقد في الحالات التالية:

1- تكون الإدارة معفية من وجوب إعذار المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية، إذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة (un caractère urgent et impérieux) كحالة العقود المتضمنة توريد معدات عسكرية في حالة الحرب، فبمجرد حلول الموعد يعتبر بذاته إعذارا للمتعاقد بالوفاء[1].

أو أثناء مواجهة كوارث طبيعية كالزلازل والفيضانات والأمراض الوبائية ... فلا محل لإرغام الإدارة على إعذار المتعاقد معها[2].

كذلك يعفي مجلس الدولة الفرنسي الإدارة من إعذار المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية، وذلك في أحد قراراته[3]، إذا كانت كل المعطيات والظروف المحيطة تجزم بعدم جدوى القيام به.

---

[1] - C.E .4 janvier 1922 Duros .R.E.P. 1922 , p. 932.

[2] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 278.

[3] - C.E . 20 juin 1945 ,vlle de Bressuire ,R.P.144.

2- تعفى كذلك الإدارة من شرط الإعذار إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط الملحق صراحة على إعفائها من إعذار المتعاقد فإنها لا تلتزم به، شرط أن يكون النص على الإعفاء صريحا، أما إذا كان النص على أن الجزاء سيطبق بقوة القانون، فإن الإدارة هنا لا تعفى من إعذار المتعاقد[1].

الفرع الرابع:نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدي

كما أشرنا سابقا أن الرقابة القضائية على القرارات الجزائية الإدارية هي من قبيل القضاء الكامل؛ أي يختص بها قاضي العقد، فهي تنظر في القرارات من زاويتي المشروعية والملاءمة، فمن زاوية المشروعية تتناول العيوب المعرفة التي قد تشوب القرار الإداري كعيب الشكل والإجراءات وعيب الإختصاص أو عيب مخالفة القانون والتعسف في استعماله وعيب السبب.

كما ينظر في الزاوية الثانية وهي زاوية الملاءمة وهي رقابة تمتد إلى التحقق من أن المتعاقد قد ارتكب خطأ من عدمه، والى مدى تناسب الجزاء الموقع عليه من قبل الإدارة مع الخطأ الذي ارتكبه.

أولا: رقابة المشروعية على القرار الجزائي

المشروعية هي صفة كل ما هو مطابق للقانون، ويتعين على الإدارة لكي تحقق هذه الصفة في أعمالها وقراراتها أن تباشر سلطاتها في الحدود المنصوص عليها قانونا، ويكون دور القاضي في رقابة المشروعية على الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها هو فحص قرار الجزاء والوقوف على مدى مطابقته للقواعد القانونية[2].

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، 139.

[2] – بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص215.

سنتناول رقابة المشروعية في هذا المجال بمعناها الواسع؛ أي كل ما قد يشوب القرار الجزائي من عيوب القرار المعروفة، الاختصاص الشكل والإجراءات، مخالفة القانون، الانحراف بالسلطة، والسبب .

1- عيب الشكل والإجراءات: vice de forme.et Vice de procédure

المقصود بعيب الشكل هو عدم إحترام الإدارة للشكليات اللازمة أثناء تحريرها للقرار الإداري[1]. المتضمن الجزاء المسلط على المتعاقد المخل.

كما يجد الشكل محله في القرارات المكتوبة فقط، سواء كان القرار إيجابيا أو سلبيا أي بالرفض، ولذلك تستبعد القرارات الضمنية بالرفض.

هذا وبالرغم من الأهمية التي يكتسيها عنصر الشكل في القرارات الإدارية وخاصة الجزائية منها، فان الإدارة غير ملزمة بشكل معين إلا إذا اشترط القانون على الإدارة إتباع شكل معين[2].

كما يقصد كذلك بالإجراءات في إصدار القرارات الإدارية هو أن تحترم الإدارة كذلك ما يشترطه القانون من إجراءات، كأن يشترط القانون وجوب إستشارة جهة معينة قبل إصداره، أو في حالة تخلف شرط الإعذار المسبق قبل إصدار قرار الجزاء على المتعاقد، فالإعذار هنا بمثابة الالتزام العقدي يستوجب احترامه من قبل الإدارة كإجراء ضروري، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته[3].

كما عرفه الفقيه الفرنسي Vedel، بأنه الإجراء الذي جرى إتخاذ القرار إستنادا إليه.

---

[1] – عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014، ص153.

[2] – عبد القادر عدو، نفس المرجع، ص154.

[3] - C.E .11 juillet ,1941 , grenouiller ,p, 124. :"Aucune clause du contrat ne dispensait la commune ,en cas d'exécution par le contractant d'un de ses engagements ,de l'obligation de la mètre en demeure avant que ne soi prise le sanction que pouvaient comporter ses manquement".

إن إحترام الإدارة للشكليات والإجراءات في نطاق العقود الإدارية، هو من قبيل الضمانات المهمة للمتعاقد؛ إذ يجعل من الإدارة متريثة وغير متسرعة في إتخاذ القرار الجزائي[1].

2- عيب عدم الإختصاص: Vice de l'incompétence

يقصد بالاختصاص القدرة أو المكنة المخولة لشخص أو جهة إدارية بممارسة عمل معين[2].

ويقوم عيب عدم الاختصاص عندما يباشر عمل إداري معين من طرف موظف أو جهة إدارية غير مختصين.

فعيب عدم الإختصاص في مجال العقود الإدارية يقوم في حالة صدور قرار الجزاء من غير السلطة المؤهلة لإصداره، أو صدر من موظف لم يخوله القانون صلاحية إصدار القرارات الجزائية، فإذا ثبت للقاضي الإداري عدم اختصاص السلطة مصدرة القرار الجزائي، أو ثبت له صدوره من طرف سلطة لم تكن مفوضة من قبل السلطة المختصة، قضى بعدم مشروعية ذلك القرار.

وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته، حيث أعتبر قرار الجزاء بإسقاط الإلتزام غير مشروع؛ كونه صدر قرار الجزاء من المحافظ على الرغم من أن دفتر الشروط يعطي الإختصاص لمجلس الإقليم نفسه[3].

3-عيب مخالفة القانون Vice de la violation de la loi

---

[1] – فوزية سكران، مرجع سابق، 262.

[2] – محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2005، ص 49.

[3] – T.A . de paris .23 décembre ,1959 ,société de et avilissements fer et ver R.P.859. نقلا عن: جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص148

مضمون عيب مخالفة القانون هو أن قرار الجزاء يجب أن يكون تطبيقا صحيحا للنصوص القانونية أو الشروط العقدية.

فإذا لم يرتكب المتعاقد الفعل الذي استندت إليه الإدارة في فرض الجزاء، أو أن هذا الفعل لا يشكل بذاته خطأ أو أنه لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد. أو لم يلتزم هذا القرار القواعد القانونية العامة، فإنه يكون مخالفا للقانون[1].

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة دون إعتداد بحجية الشئ المقضي فيه غير مشروع[2].

4-عيب الإنحراف بالسلطة Vice du Détournement de pouvoir

يسمى أيضا عيب إساءة استعمال السلطة، وهو وثيق الصلة بعنصر الغاية في القرارات الإدارية، وهو الهدف الذي يسعى مصدر القرار إلى تحقيقه[3].

فيظهر هذا العيب عندما يتم توقيع الجزاء على المتعاقد بغرض تحقيق مصلحة شخصية لمصدر القرار أو لشخص آخر. ومثاله إصدار قرار إسقاط الالتزام (الامتياز) بغرض إبرام عقد جديد مع شخص آخر[4].

كذلك مثل إصدار قرار وضع المرفق تحت الحراسة الذي اتخذ بقصد أن تستغل الإدارة الفترة التي تؤول إليها فيها الإدارة المباشرة للمرفق لكي ترفع مرتبات العاملين التابعين للملتزم[1].

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 149.

[2] – أشارت إليه: فوزية سكران، مرجع سابق، 264.

[3] – فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2014، ص101.

[4] - C.E. 11 juillet 1941 Grenouiller .p 124.

5- عيب السبب أو عدم المشروعية المتعلقة بالسبب

Illégalité relative aux motifs de l'acte

المقصود بالسبب في القرار الإداري هو أن يقوم على سبب موجود فعلا وصحيح مثاله في حالة قيام الإدارة بتوقيع جزاء إداري على المتعاقد، لكي يكون القرار مشروعا من حيث السبب أن يتحقق ارتكاب المتعاقد للخطأ.

لهذا فإن قرار الجزاء في العلاقة التعاقدية يكون غير مشروع إذا انعدمت الواقعة التي يشكل وجودها إخلالا من المتعاقد بالتزامه التعاقدي، أو كانت الواقعة التي تم الاستناد إليها في إصدار الجزاء خارجة عن نطاق الخطأ التعاقدي أو القانوني[2].

ثانيا: رقابة الملاءمة على القرار الجزائي

رقابة القضاء الإداري في هذا الصدد غير محصورة في الرقابة على الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها، بل تتعداه لتشمل كذلك رقابة مدى تناسب الجزاء المفروض على المتعاقد من قبل الإدارة مع جسامة ما اقترفه المتعاقد من خطأ، وللقاضي سلطة تقرير عدم صحة الجزاء إذا كان مبالغا فيه وغير متناسب مع الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد[3].

هذا وقد أستقر مجلس الدولة في الفرنسي قضائه على أن القاضي الإداري يتمتع بسلطات مقيدة في مواجهة الجزاءات الإدارية غير المشروعة، فقراراته مرتبطة بحسب نوع الجزاء، فالمالية منها للقاضي أن يحكم برد الجزاءات أو إعفاء المتعاقد منها، وله أن يخفضها حسب كل حالة.

---

[1] - C.E .29 octobre 1926 ,ville de saint – Etienne R.P.911. نقلا عن: جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 149

[2] – فوزية سكران، مرجع سابق، ص266.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 150.

أما الجزاءات الضاغطة التي توقعها الإدارة على المتعاقد فإن القاضي يمكنه الحكم بالتعويض عنها، وهو لا يملك سلطة إلغاء جميع الجزاءات في كل الحالات[1].

إن الرقابة القضائية على الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بموجب العقد الإداري، قد تم الإشارة على أنها تعد ضمانة لصالح المتعاقد، بغية تحقيق التوازن بين طرفي العقد والهدف الذي يسعى إليه كل طرف، الأمر الذي يحقق نوع من الحماية للمتعاقد من تعسف الإدارة في توقيع الجزاء[2].

المطلب الثاني

أنواع الجزاءات الإدارية

تتنوع الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، بحسب الغرض الذي تنوي الإدارة تحقيقه من خلالها، فمنها ما يوقع بغرض حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية؛ وهي غير منهية للعلاقة العقدية، مثل غرامة التأخير والتعويض، وأخرى ضاغطة كوضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الإلتزام

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 508.

[2] – فوزية سكران، مرجع سابق، ص 267.

وسحب العمل من المقاول ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة للإدارة في عقد الأشغال العامة ... .

كما توجد هناك جزاءات أخرى منهية للعلاقة العقدية يطلق عليها الجزاءات الفاسخة وذلك بإسقاط الالتزام بالنسبة لعقد الالتزام، أو الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، وكذلك هناك جزاءات جزائية يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها بمناسبة تنفيذه للعقد[1].

الفرع الأول: الرقابة القضائية على الجزاءات المالية

يقصد بالجزاءات المالية المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا اخل بالتزاماته التعاقدية، وهي نوعان:

منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة، هذه الجزاءات بنوعيها مختلفة عن نظائرها في القانون الخاص، كما أم نظامهما القانوني يختلف عن بعضهما البعض.

أولا: غرامة التأخير la pénalité en retard

يقصد بغرامة التأخير في العقود الإدارية أنها إحدى الجزاءات المالية التي تفرضها جهة الإدارة على المتعاقد معها بمناسبة تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية عن المواعيد المحددة بالعقد، وتعتبر غرامة التأخير من أهم الجزاءات الإدارية لما لها من اثر مباشر في استنهاض المتعاقد بضرورة الإسراع في التنفيذ[2].

1-تعريف وخصائص غرامة التأخير

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 153.

[2] – نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 6.

أ :التعريف بغرامة التأخير

تناول الفقهاء غرامة التأخير على عدة أوجه، فاعتبروها تارة أنها تعويض جزافي، وتارة أخرى أنها تعويض اتفاقي، وأخرى أنها مبالغ مالية، وعلى أنها عقاب[1]. وسنتناول بعض هذه التعريفات على النحو التالي:

تم تعريفها على أنها تعويض جزافي محدد في العقد ولا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته، ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر[2].

وعرفها آخرون على أنها تعويضات جزافية متفق عليها في العقد الإداري توقع على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية[3].

وعرفت كذلك على أنها مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدما، و تنص على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري[4].

كما عرفت أيضا على أنها توقيع عقاب على المتعاقد، مبلغ مالي تقدره الإدارة مقدما بطريقة إجمالية، إذا أخل بالتزاماته، لا سيما إذا تأخر عن تنفيذها بصرف النظر عن أي ضرر يصيب الإدارة[5].

---

[1] –نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 10.

[2] -Duez Paul et Debyre Guy , Traité de droit Administratif ,paris ,1962,p906.

[3] - André de Laubadére , jean Claude Vanezia ,y ves Gandemet ,Traité de droit Administratif , Tome 1,15éme Edition, L.G.D.J, paris ,1999.p824.

[4] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 512.

[5] – محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر 1993، ص24 .

وهي مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام[1].

تطرق المنظم الجزائري إلى غرامة التأخير في تنظيم الصفقات العمومية و ذهب إلى أنه: " يمكن أن ينجر عن عد تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية"[2].

كما تناولها المشرع المصري في المادة 38 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على أن: " يلتزم المقاول بإنهاء العمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ.

على أن يوقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة والى أن يتم التسليم الإبتدائي وذلك بواقع 1% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 10% من قيمة العقد"[3].

من خلال هذه التعريف تتضح خصائص غرامة التأخير

ب: خصائص غرامة التأخير

. أنها جزاء اتفاقي: لأنها تكون محل اتفاق مسبق بين المتعاقد والإدارة، فهي تحدد مسبقا في العقد الإداري[1].

---

[1] – نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 14.

[2] – المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10/236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 58، 2010.

[3] – نقلا عن : جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص290.

كما أن تنظيم توقيعها، وطريقة حسابها، ومقدارها يكون خاضع لنص قانوني[2]. فهي محددة القيمة في العقد ولا يمكن رفعها[3] حتى لو كان الضرر الذي لحق الإدارة أكبر بكثير من المبلغ المحدد عن طريق غرامة التأخير[4].

لأنه يمكن للإدارة اقتضاء مبلغ غرامة التأخير، ويجوز لها أن تطالب بالتعويض المناسب التي تكون جبرا للأضرار التي قد تصيبها[5].

كما تطبق على المتعاقد المخل دون إشتراط وجود ضرر للإدارة ودون إشتراط إثباته من قبلها إن كان هناك ضرر[6].

كما تطبق وفقا لما تم النص عليه في العقد، ولا تطبق على لفترة لاحقة لفسخ العقد[7].

. أنها جزاء تلقائي يتم توقيع غرامة التأخير بصورة تلقائية، فبمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته في الوقت المتفق والمحدد في العقد [8]، يمكن للإدارة أن توقعها عليه دون حاجة للتنبيهه أو إنذاره، هذا ما استقر عليه القضاء الإداري المصري.

في الجزائر تنظيم الصفقات العمومية 236/10 في المواد 9 التي نصت على أن نسبة الجزاء المالي أو العقوبات المالية تحدد في الصفقة. والمادة 24 التي تلزم الإدارة

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 517.

[2] – أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 348.

[3] - C.E. 5 Novembre ,1969 ,office public d H.L.M. de seineet – oise R.P.474.

[4] – سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 517.

[5] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 289.

[6] - C.E. 5 janvier,1924, Olivier, R.P.20.
- C.E .14 ,juin ,1944 , Sekoulonos , R.P.169.

[7] - C.E .20 ,Mars ,1957 ,Ruiz ,R.P.184.

[8] – فوزية سكران، مرجع سابق، ص 76.

في حال إعدادها لدفاتر شروط المناقصات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية تصل إلى 20 % من مبلغ الصفقة.

والمادة 62 التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية و كيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة[1]، لم ينص على وجوب توجيه إعذار للمتعاقد.

أما في فرنسا كما رأينا سابقا أنه يشترط لتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد المخل بالتزاماته أن تقوم الإدارة بإنذاره قبل توقيع الغرامة.

. أنها تكون بموجب قرار صادر عن الإدارة يتضمن توقيع غرامة التأخير

يكون الجزاء الصادر في حق المتعاقد بموجب قرار صادر من الإدارة المختصة، يتضمن هذا القرار توقيع غرامة التأخير عليه جراء التأخر في تنفيذ العقد،وهذا من صميم صلاحيات الإدارة بغرض استمرارية سير المرفق العام بإنتظام واطراد.

كما للإدارة سلطة توقيعها بإرادتها المنفردة ودون الرجوع للقضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة، ومظهر تميز للعقد الإداري عن العقد المدني[2].

. المرونة في غرامة التأخير

تتجلى ميزة المرونة في غرامة التأخير في أن الإدارة تتمتع بصلاحيات كثيرة في هذا المجال، فلها سلطة تقدير الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد، وكذا ظروف المتعاقد

[1]– عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة ، 2011، ص 221 .

[2] – عمار بوضياف، المرجع نفسه ،221 .

وتبعا لذلك، لها أن تخفض من الغرامة كما لها أن تعفيه منها، فهو حق ثابت للإدارة رغم ما واجهه من آراء منتقدة له[1].

لأنه قد تعترض المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد عراقيل وصعوبات خارجة عن إرادته وإرادة الإدارة لم تكن متوقعة، تؤثر في المدة المحددة لنهاية العقد[2].

الإدارة إذا مارست حقها في إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير فلا يجوز لها أن تتراجع عليه. وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في احد قراراته الصادر في 13 جويلية 1928[3].

كما يجوز للإدارة أن تخفض من مبلغ الغرامة بشرط الإفصاح صراحة عن نيتها في ذلك[4].

ج . حالات إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير

. قد يحدث وأن تكون الإدارة هي المتسببة في تأخر تنفيذ العقد بطريقة غير مباشرة وغير مقصودة أيضا، كعدم تسليم المتعاقد موقع العمل في الوقت المحدد، أو تكون هناك عراقيل مادية أو قانونية، كأن تكون القطعة الأرضية محل الأشغال في نزاع قضائي[5].

كما قد تقوم الإدارة بإصدار تنظيمات في إطار الضبط الإداري التي من شأنها زيادة الأعباء على المتعاقد. أو حدوث تلف للمواد التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد بسبب من الإدارة، أو عدم قيام الإدارة بما هو من صلاحياتها قبل مباشرة الأشغال ...[6].

---

[1] – للتفصيل أكثر في الآراء المنتقدة لهذا الحق انظر: نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 107.

[2] – نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 102.

[3] - C.E. 13 juillet 1928,Derloche ,R.P.901.

[4] - C.E. 5juillet 1950 ,Sté française de construction ,R.P.416.

[5] - C.E. 2 février 1940 ,Min ,de l'éducation nationale ,R.P.45.

[6] - C.E. 14 Mai 1948 ,Commune de Beaueau ,R.P 694.

- C.E .16 janvier 1930 ,Min .de la Guerre ,R.P 63.

. قد تقرر الإدارة تقديرا للظروف التي تم فيها تنفيذ العقد ولظروف المتعاقد أن تعفي هذا الأخير من غرامة التأخير. والإدارة هي الجهة المنوط بها تحصيل وفرض غرامة التأخير، وكونها الساهرة على حسن سير المرفق العام، فإنها تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، وذلك بإعفاء المتعاقد منها نظرا للظروف المشتركة بين الإدارة والمتعاقد والتي قد تؤثر بطريقة ما على الموعد المحدد للتنفيذ[1].

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية بمصر بما يلي:

" أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، ولذا فلها مثلا أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها ف العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، إذا قدرت أن لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف، وقياسا على هذا النظر فإن الإدارة إذا أقرت بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها لأن تنفيذها في هذه المواعيد كان غير لازم، بل قد يسبب ارتباكات أو يكلفها نفقات بدون مقتضى:

كما لو حل ميعاد توريد أدوات صحية مثلا بينما لم يكن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده قد أصبح مهيئا لتركيب الأدوات، أو كما لو كان قد حل ميعاد توريد آلات أو تجهيزات و لم تكن لدى الإدارة مخازن لإيداعها، وكانت في الوقت ذاته في غنى عن تركيبها أو غير ذلك من الخصوصيات المماثلة، فيتعين اعتبار إقرار الإدارة بصدق هذه

- C.E .23 Mars 1944 ,Sté .Energie électrique de la Bass .loire. نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 632.

[1] – نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 120.

الظروف والملابسات بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير"[1].

.كما قد يكون الإعفاء بسبب ظروف قهرية ناتجة عن حادث خارجي يستحيل رده، والذي يؤدي إلى استحالة مطلقة للتنفيذ[2].

بما أن استحالة التنفيذ للظروف القاهرة التي تحد من إمكانية المتعاقد في تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه، والذي لا قصد له في هذا التأخير، فإنه من العدل إذا توفرت القوة القاهرة بشروطها، أن يتم إعفاء المتعاقد على الفترة التي تم فيها التوقف عن التنفيذ للظروف القاهرة إلى غاية زوالها[3].

رأي الباحث حول سلطة الإدارة في إعفاء المتعاقد من مبالغ الغرامات أو خفضها، هذا يرجعنا للخوض في الهدف من توقيع غرامات التأخير، والجواب هو للضغط على المتعاقد من أجل تنفيذ التزاماته التعاقدية على أحسن حال وفي الوقت المحدد، والإدارة بكونها المطلعة على ظروف تنفيذ العقد يجوز لها القيام بإعفاء المتعاقد من الغرامات أو تخفيضها إذا توفرت الحالات التي تم ذكرها سابقا، إلا انه يمكن أن يكون الأمر على خلاف ذلك ويكون الغرض من الإعفاء هو تضييع مبالغ مستحقة للخزينة العامة، و الإعفاء يشجع على التلاعب بالمال العام وعلى وجود علاقات مشبوهة بين المتعاقد وموظفي الإدارة.

---

[1] – المحكمة الإدارية العليا، 21/9/1960، السنة 5، رقم 61، س ق 12 ، ص1317، 1318.

– المحكمة الإدارية العليا، 21/3/1970، المجموعة في 15 عام 1965، 1970، الجزء الثاني، رقم 26، 267، س ق 12، ص 1884، نقلا عن: نصر الدين بشير،المرجع نفسه، ص 121.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1981، ص 1225.

[3] – نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 123.

لذلك نحن نؤيد أن تكون للإدارة سلطة تقديرية في هذا المجال، لكن تحت رقابة قضائية لاحقة؛ ضمانا لإنصاف المتعاقد في حالة وجود ظروف يستحق عليها الإعفاء أو التخفيض، وضمانا للمال العام من التلاعب والتضييع.

ثانيا: مصادرة التأمين Saisie de Cautionnement

سنتناول سلطة الإدارة في مصادرة التأمين أو الضمان كالتالي:

1-مفهومه: سيتم التطرق في مفهوم مصادرة التأمين إلى النقاط التالية:

أ . تعريف مصادرة التأمين:

يقصد به بأنه عبارة عن ضمان لجهة الإدارة يؤمنها الأخطار التي قد تصدر من المتعاقد معها، لذا فإن للإدارة حق مصادرة هذا التأمين كجزاء يوقع على المتعاقد إذا اضطرت الإدارة إلى فسخ العقد نتيجة عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، كما يجوز مصادرته بدون فسخ العقد وبعد إتمام التنفيذ إذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب أو تراخى في هذا التنفيذ أو قصر من جانبه في تنفيذ التزاماته[1].

كما عرف على أنه مبلغ من المال يقوم المتعاقد بإيداعه لدى الإدارة أثناء تقديم عطائه وقبل إبرام العقد[2].

كذلك عرف على أنه أخذ الإحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها بالشروط والمواصفات و الكيفيات الواردة في عقد الصفقة[3].

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 182.

[2] – عبد الله النواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 102 .

[3] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 222.

توفر الضمان المالي لدى الإدارة يكفل لها وضعية مالية حسنة، مما يجعل تنفيذ العقد يسيرا، كما يضمن حسن تنفيذه، وهو ما حرص عليه المنظم الجزائري في المادة 92 من تنظيم الصفقات العمومية 236/10 التي تنص:

" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة...".

ب : أنواع التأمين

هناك نوعان للتامين:

. التأمين الابتدائي المؤقت:

التأمين الإبتدائي هو المبلغ المالي الذي يدفعه المتقدم بالعطاء؛ لضمان مدى جديته بالعطاء والمساواة بين المتنافسين، وتكون النسبة عادة قليلة بالمقارنة مع قيمة العطاء موضوع العقد[1].

هذا وقد تم النص على الضمان الإبتدائي المؤقت في الجزائر، كما سماه بكفالة التعهد في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 23/12 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 6 منه التي يشترط فيها وجوب دفع ضمان ابتدائي مؤقت من طرف المتقدم للعطاء، تحت طائلة عدم قبول العرض المقدم من طرفه، ويتم مصادرة الضمان الابتدائي إذا قام المتقدم للعطاء بسحب عرضه قبل انتهاء فترة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي[2].

. التأمين النهائي:

[1] – طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص185. نقلا عن: فوزية سكران، مرجع سابق، ص 85.

[2] – فوزية سكران، مرجع سابق، ص 85.

التأمين النهائي هو المبلغ الذي يدفعه من أستقر العطاء لصالحه، لضمان قيامه بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد، والتأكد من قدرته القيام بمسؤولياته العقدية[1].

كما أن تراخي من أستقر العطاء لصالحه على أداء باقي قيمة التأمين أو تخلفه عن سداده لا يؤثر في صحة نفاذ العقد من تاريخ إخطاره بقبول عطائه. هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم :219 الصادر في 1991/7/7 جاء فيه:

" ومن حيث أن المستفاد من إستقراء الأوراق وعلى ما سلف البيان أن جهة الإدارة قبلت العرض الذي تقدم به المدعى عليه (المطعون ضده) وأخطرته بتكملة قيمة التأمين حسب شروط المزايدة ومن ثم فإن التعاقد يكون قد تم بين جهة الإدارة والمدعى عليه وأن تراخي المدعى عليه في أداء باقي قيمة التأمين أو تخلفه عن سداده لا يؤثر في صحة نفاذ العقد من تاريخ إخطاره بقبول عطائه إذ كل ما يترتب عن عدم تكملة التأمين طبقا لشروط المزايدة والعقد، أن يكون للجهة الإدارية التنفيذ على حساب المتعاقد معها ومصادرة التأمين المؤقت ،وأنه لا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين عند تقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزام من التزامات العقد وبين إلزامه بالفروق التي تحملتها جهة الإدارة نتيجة للتنفيذ على حسابه.

إذ المقصود بها مواجهة الأضرار التي لحقت بالإدارة من جراء خطأ المتعاقد معه وهو بمثابة تعويض لها عن تلك الأضرار "[2].

ثالثا: التعويضات les dommages intérêts

بهدف جبر الأضرار التي لحقت بالإدارة جراء مخالفة المتعاقد لالتزاماته العقدية، فإن التعويض يكون لمواجهة هذه الأضرار، ويقدر بقدر هذه الأضرار[1].

---

[1] – عبد الله نواف العنزي، مرجع سابق، ص104.

[2] – أشار إليه: جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 181.

فالتعويض لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر بعكس الغرامات التي يحكم بها حتى بدون وجود ضرر.

وحول طريقة تقدير التعويض سمح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بأن تحدده مقدما، وعلى المتعاقد اللجوء للقضاء إذا رأى أنه مبالغ فيه، كما يجوز للإدارة أن تترك مسألة تقدير التعويض للقضاء، كما يمكنها حسب التشريع الفرنسي وفي كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة[2].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بعدم استطاعة الإدارة خصم مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد إلا إذا كان ثمة نص بهذا المعنى في العقد أو في تشريع من التشريعات[3].

أما في مصر فإنه لم يثبت أن منح للإدارة هذا الحق لا في التشريعات ولا بحكم قضائي، وعليه فإنه يتوجب عليها اللجوء للقضاء لتقدير التعويض المستحق[4].

كذلك الأمر في الجزائر لم تشر النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، ولا الأحكام القضائية . في حدود بحثنا . إلى الكيفية التي يمكن للإدارة أن تحصل بها التعويضات، فقد ورد بدفتر الشروط النموذج الصادر في 1964 في مادته 7/35 على أنه:

---

[1] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 288.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 510.

[3] - C.E. 21 janvier 1944 ,Sté d'entreprise de construction ,R.P.123. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 512.

[4] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 289.

" الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك بين ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد ".

كما جاء في نص المادة 1/48 منه على أنه:

" يرد الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال، وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها ".

مدى جواز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض

جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد أحكامها أنه من المسلم أن للإدارة الحق في مصادرة التأمين عند وقوع الإخلال، وذلك دون حاجة لإثبات ركن الضرر، لا لأن هذا الركن غير مشترط أصلا، وإنما لأنه ركن يفترض في عقد إداري بفرض غير قابل لإثبات العكس.

فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يثبت أن الضرر الذي لحق الإدارة يقل عن التأمين، ومن ثم لا يتصور والأمر كذلك أن لا يكون للإدارة الحق في الرجوع على المتعهد المقصر بالتعويض الذي يعادل قيمة الأضرار في الحالة التي تجاوز فيها هذه القيمة مبلغ التأمين المودع، بل يحق لجهة الإدارة بغير شك أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يغني بالتعويضات اللازمة عما أصاب جهة

الإدارة من أضرار حقيقية وفعلية، ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ولكن يقينا لا يمثل الحد الأقصى لما يطلب من تعويض[1].

مما سبق يتبين أنه إذا كان مصادرة التأمين قد جبر الأضرار التي لحق بالإدارة فإنه لا مجال للحكم بتعويض أخر إلا إذا كان هناك إتفاق على خلاف ذلك، أما إذا كان مبلغ التأمين لا يكفي وحده لجبر الأضرار اللاحق بالإدارة فإنه يمكن للإدارة المطالبة بالتعويض اللازم لجبر الأضرار بالإضافة إلى التأمين[2].

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على الجزاءات الضاغطة les sanctions coécrives.

يقصد بالجزاءات الضاغطة هو إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محلة، وذلك لأن أول ما يعني الإدارة في هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد.

ومن ثم فإن وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية السالفة التي يستلزمها سير المرفق العام بإنتظام و إستمرار[3].

كما أن تطبيقها على المستوى العملي محدود، وذات طبيعة مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء العقد، فالمتعاقد يبقى مسؤولا أمام الإدارة وتتم العملية على حسابه ومسؤوليته[4].

حيث تتمثل هذه الوسائل في وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة، ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة بالنسبة لعقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد[1].

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، بتاريخ: 2 جانفي 1965، المجموعة س 10، ص 313.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص193.

[3] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 525.

[4] – فوزية سكران، مرجع سابق، ص 105.

نتناول جزاءات الضغط وفقا للنقاط التالية:

أولا: الرقابة القضائية في فرض الحراسة على المرفق العام

المقصود بفرض الحراسة على المرفق العام هو إبعاد الملتزم في عقد الإمتياز عن إدارة المرفق محل الالتزام بصفة مؤقتة، نظير تقصيره أو عجزه في تسيير المرفق العام بالشكل المتفق عليه في العقد، وتتولى الإدارة مانحة الامتياز تسيير المرفق بنفسها لضمان تقديمه للخدمة التي تم إنشاؤه من أجلها، ووضع المرفق تحت الحراسة وتولي الإدارة تسييره بنفسها قد يكون بخطأ من المتعاقد وتهاونه، كما قد يكون لسبب لا يد له فيها بل نتيجة لظروف خارجية[2].

وضع المرفق تحت الحراسة يفترض أن يكون نتيجة لتقصير الملتزم في تنفيذ التزامه تقصيرا جسيما يؤدي إلى عرقلة السير المنتظم للمرفق العام، ويكون ذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق جراء عجز الملتزم أو عدم قدرته على الإستمرار، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات له في هذا الشأن[3].

كما يمكن للإدارة وضع المرفق تحت الحراسة دون وجود خطأ من المتعاقد إذا تبين لها أن المرفق مهدد بالتوقف وبالتالي عدم تقديم خدماته للمرتفقين، والسبب ناتج عن قوة قاهرة يستحيل ردها، مما يرغم الإدارة على التدخل وقيامها بالتسيير المباشر تفاديا لتوقف المرفق[4].

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 194.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 529.

[3] -C.E. 25 mars 1966 Ville de Royan et société ananyme de Royan et Sieur Couginet R.P.237.

- C.E. 29 octobre 1926 Ville de Saint – Etienne Rec ,p .911.
- C.E. 26 novembre 1971 ,sima ,Rec ,p 453.
- C.E. 26 juin 1905 , compagnie département des eaux ,Rec ,p 61.

[4] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص198.

تجدر الإشارة إلى أنه في الحالة الأولى؛ حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب تقصير الملتزم، فإن الخسائر الناتجة تكون على عاتق الملتزم[1].

أما إذا كان وضع المرفق تحت الحراسة دون وجود خطأ من الملتزم، خاصة إذا كان السبب يعود لقوة قاهرة أو بسبب خطأ من الإدارة نفسها، فإن المتعاقد هنا لا يتحمل الخسارة[2].

كما يمكن للمتعاقد اللجوء لقاضي العقد للطعن في قرار فرض الحراسة لإلغائه، والمطالبة بالتعويض عن الخسارة التي ألمت به، وعن الكسب الذي فاته[3].

ثانيا :الرقابة على سحب العمل من المتعاقد

يقصد بسحب العمل من المتعاقد على أنه جزاء إداري مؤقت وضاغط، تختص الإدارة بإيقاعه في عقود المقاولات العامة في مواجهة المقاول المتعاقد معها جراء إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و به تحل الإدارة محل المقاول في تنفيذ العقد بنفسها أو بواسطة مقاول آخر على حساب المقاول وتحت مسؤوليته ضمانا لحسن سير المرفق العام بإنتظام واطراد[4].

للإدارة الحق في عقد الأشغال العامة في أن تسحب العمل من المتعاقد عندما يتباطأ أو يتأخر في تنفيذ التزاماته، وتقوم بتنفيذها على حسابه وتحت مسؤوليته. فعدم إستجابة المتعاقد للأوامر والقرارات التنظيمية التي تصدرها الإدارة يعد سببا كافيا لتقوم الإدارة بعملية سحب العمل منه وتنفذه بمعرفتها؛ لأن المتعاقد في عقد الأشغال العامة

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 530.

[2] - C.E. 5 mars 1943 ,Ville de Nîmes , Rec , p 287

[3] - C.E . juin 1944 , Ville de tlulon.

[4] – بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2017، ص27.

ملزم بتنفيذ شروط العقد بإشراف وتوجيه من الإدارة المتعاقد معها[1]. كما تم التطرق إليه سابقا في سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

كما أن قرار الإدارة بسحب العمل من المتعاقد وما يترتب عليه من آثار يجب أن يكون مبني على خطأ المتعاقد، وذلك بمخالفته لنص صريح في العقد. وهو ما جسده الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بمصر سنة 1956 القاضي بعدم مشروعية قرار السحب إلا إذا كان المتعاقد قد أرتكب خطأ.

وكان ذلك في القضية التي تتلخص وقائعها في أن وزارة الشؤون البلدية والقروية كانت قد تعاقدت مع أحد المقاولين بقصد حفر بئر ارتوازي لتزويد أهالي بعض المناطق بالمياه العذبة الصالحة للشرب، ولما بدأ المقاول في تنفيذ العمل، فوجئ بطبقة صخرية على بعد 33 مترا من سطح الأرض، ولما كانت شروط المناقصة غير واضحة، ولا تبين كيفية التنفيذ وتفاصيله، فقد اضطرت المحكمة إلى أن تلجأ إلى تفسير العقد على ضوء باقي شروطه، وموقف الإدارة من المتعاقد عندما بدأ التنفيذ. ذلك أن المتعاقد حينما بدأ التنفيذ فوجئ في أول مرة بطبقة صخرية.

ولما تظلم للإدارة من ذلك، دفعت له تكاليف الحفر، وسمحت له بتغيير موقع البئر، ولما غيره فوجئ بالطبقة الصخرية مرة أخرى، ولما تظلم مرة ثانية للإدارة سلمت الجهات الفنية بأن البئر يحتاج إلى آلات حديثة ليست في حوزة المقاول، ومن ثم أُرست الإدارة العملية على غيره، وصادرت التأمين وأصدرت قرارا بحجز الآلات الموجودة بموقع العمل. فلما رفع الدعوى، قضت المحكمة بأنه:

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 203.

" ... قد ظهرت إرادة المصلحة ونيتها بصورة واضحة من أن موضوع العقد لم يكن ينصرف إلى الحفر في الصخر ... ومن حيث أنه ترتيبا على ما تقدم، لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف الدعي عن العمل ما يبرره قانونيا طبقا لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما انصرفت إليه نية الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد مما يعتبر داخلا في نطاقه، ما كان يجوز للحكومة أن تقوم بمصادرة التأمين ...

ومن ثم فما دام المدعي لم يتخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق إيضاحه، فلا سند إذن للحكومة في الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقيع غرامة، أو استحقاقا لتعويض مما يتعين معه الحكم برد التعويض المذكور ...

ومن حيث أنه عن طلب المدعي إلغاء قرار استيلاء الحكومة على أدواته ومهماته ... مع تسليمها إليه، فمن الواضح أن الإجراء الذي اتخذته الحكومة في هذا الخصوص إنما يكون عند توقف المقاول عن العمل بلا مبرر قانونيا، و مناطه عدم تعطيل تنفيذ العقد بأن تقوم المصلحة باستعمال تلك الأدوات والمهمات في إنهاء العمل صيانة للصالح العام.

ومن حيث أنه متى ثبت أن التوقف عن العمل كان له ما يسانده قانونيا، فلم يعد هناك أساس شرعي لتطبيق ذلك الإجراء، هذا فضلا عن أن شرط حجز الأدوات هو لإستعمالها في إتمام العمل، ولم يظهر من الأوراق ما يدل على أن المصلحة استعملت هذه الأدوات في انجاز العمل ..."[1].

من خلال هذا الحكم . حسب رأينا . الذي يجسد الحماية والضمانة الحقيقية للمتعاقد من تعسف الإدارة، فمحكمة القضاء الإداري بمصر أنصفت المتعاقد كونه لم يرتكب أي

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، رقم 284 لسنة 8 ق، الصادر بتاريخ: 23، 11، 1956. نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 537.

خطأ أو تهاون في تنفيذ العقد، والسبب في عدم التنفيذ يعود لقوة قاهرة لم تكن متوقعة وهي وجود الطبقة الصخرية التي حالت دون إتمام عملية التنفيذ.

كذلك الحكم أنصف المتعاقد في قرار الإدارة المتعسف المتضمن الحجز على أدوات العمل للمتعاقد والذي قضى بإلغاء قرار الحجز، كون قرار حجز أدوات العمل لم يكن بغرض تكملة العمل وضمان عدم توقفه، وإنما كان لسبب آخر ربما كعقوبة للمتعاقد.

كذلك من بين الضمانات الممنوحة للمتعاقد في هذا المجال هو ضرورة إعذاره من طرف الإدارة قبل تنفيذ قرار السحب وإعطائه مهلة معقولة لإصلاح المخالفة المرتكبة، وهو ما يقره الفقه والقضاء الفرنسيان[1].

بأنه يجب لكي يكون قرار السحب صحيحا إعذار المتعاقد ومنحه مهلة تكفيه لإصلاح المخالفة، وأن يتضمن الإعذار المخالفات المنسوبة للمتعاقد، والأعمال التي يجب عليه القيام بها، والتنويه إلى أن وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة ذاته هو ما تنوي الإدارة القيام به عند عدم الاستجابة من قبل المتعاقد[2].

في الجزائر نصت المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة CCAGعلى جزاء السحب، حيث جاء فيها:

" إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة ... يعمد المهندس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في اجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة.

[1] – للتفصيل أكثر انظر: عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 226.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 207.

. وهذا الأجل بإستثناء حالة الاستعجال لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تاريخ الإنذار.

. عند إنقضاء هذا الأجل إذا لم ينفذ المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس بإستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر، على نفقة المقاول، وذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا...".

يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح النظام المباشر الذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال؛ أي سحبها من المقاول[1]. والمقصود به إرغام المقاول على تنفيذ التزاماته دون إلغاء العقد الذي يبقى ينتج آثاره، وهو إجراء ذو طابع مؤقت[2].

ثالثا: الرقابة القضائية على عملية الشراء على حساب المتعاقد المقصر

يكون هذا الجزاء غالبا في عقود التوريد، حيث تستخدم الإدارة هذا الجزاء إذا تخلف المورد عن تنفيذ التزاماته تقوم هي بنفسها بهذا التنفيذ على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته[3].

كباقي الجزاءات الضاغطة الأخرى تستطيع الإدارة توقيع هذا الجزاء من دون حاجة للنص عليه في العقد، ومن دون اللجوء إلى القضاء[4].

كما أن توقيع هذا الجزاء من قبل الإدارة ليس على إطلاقه بل تحكمه عدة ضوابط لضمان عدم تعسف الإدارة، حيث يشترط في الفعل المرتكب درجة كبيرة من الجسامة، وهي وفقا للأشكال التالية:

. التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.

---

[1] – فوزية سكران، مرجع سابق، ص 119.

[2] – بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 120.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 219

[4] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي،نفس المرجع، ص 218

. الإمتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.

. تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها أو إحلال متعهد لغيره من دون موافقة الإدارة .

. الإهمال في تنفيذ الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد على وجه يعرض المرفق العام للخطر[1].

تجسدت الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الشراء على حساب المتعاقد في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر سنة 1991م الذي جاء فيه:

" ... لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تقرير التنفيذ على حساب المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزامه تطبيقا لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا، إذ تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ بنفسها وعلى حسابه وتحت مسؤوليته ومن دون أن تلجأ إلى القضاء ضمانا لحسن سير المرافق العامة و أطرادها ومنعا من تعطلها فقد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق ...

إلا أن حقها في ذلك ليس نهائيا، إذ يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة دائما أن ينازعها في ذلك ...

وللمحكمة في هذه الحالة أن تبسط رقابتها القانونية للتحقق إذا كان هذا الإجراء وهو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر لا يخالف قواعد القانون التي تحكم العقود الإدارية ...

[1] – عبد الرزاق سعيد باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص 165.

ومن مظاهر الرقابة القانونية التي تفرضها المحكمة في محل بحث أسس سلامة إجراء التنفيذ على حساب المتعاقد معها أنه إذا اشترت الإدارة الأصناف الذي قصر المتعهد في توريدها ألا تكون هذه الأصناف مغايرة للأصناف المتعاقد عليها ...[1]".

الفصل الثاني

الحماية المكرسة لضمان تحصيل المتعاقد لحقوقه التعاقدية

كما رأينا في الفصل الأول أن هناك سلطات أصيلة للإدارة في مواجهة المتعاقد، تلجأ إليها الإدارة بغرض ضمان سير المرفق العام بإنتظام واطراد. ورأينا الحماية القضائية للمتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطات، فإنه إلى جانب الحماية من سلطات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد، كذلك يجب توفر حماية قضائية للمتعاقد لضمان تحصيل حقوقه التعاقدية.

الثابت أن الهدف الذي يصبو إليه المتعاقد من خلال إبرامه للعقد هو تحقيق الربح والمتمثل في المقابل المالي؛ الذي يكون في صورة ثمن في عقد الأشغال العامة وعقد

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 2074 لسنة 34 قضائية، جلسة 4/1/1991 . أشارت إليه: فوزية سكران، مرجع سابق، ص134.

التوريد ... وقد يكون في صورة رسم يتحصل عليه المتعاقد من المنتفعين بخدمات المرفق العام وهو الذي يتجلى في عقد الإمتياز.

كذلك في مواجهة سلطات الإدارة بالإضافة إلى حق المتعاقد في الثمن والرسم اللذين يعتبران المقابل المالي المتفق عليه في العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويضات التي قد تنتج بسبب خطأ من الإدارة أو بدون خطأ منها أو بسبب عدم إحترام التزاماتها العقدية.

سنتناول ضمانات تحصيل المتعاقد للمقابل المالي (المبحث الأول).

ونتناول ضمانات احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضمانات تحصيل المتعاقد للمقابل المالي

يمثل المقابل المالي الذي سيتحصل عليه المتعاقد بعد تنفيذ العقد الدافع الحقيقي للتعاقد، حتى وإن كان يعتبر معاونا للإدارة في تسيير المرافق العامة والسهر على حسن سيرها بإنتظام واطراد من خلال العقد المبرم بينهما، إلا أن الغاية من كل ذلك هو إستهدافه الربح.

ميز الفقه بين نوعين من المقابل النقدي، على حسب نوع الخدمة التي سيؤديها المتعاقد.

إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة فإنها هي التي تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد، كالثمن في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد و عقد النقل ... .

أما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين من المرفق مباشرة كما هو الحال في عقود الإمتياز، فالمقابل النقدي يحصل عليه المتعاقد من المنتفعين في صورة رسوم.

نتناول حق المتعاقد في تحصيل الثمن (المطلب الأول)

ونتناول حق المتعاقد في تحصيل الرسوم(المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق المتعاقد في تحصيل الثمن

يقصد بالثمن في العقود الإدارية بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها[1]، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة منها.

ويأخذ المقابل النقدي في معظم العقود الإدارية صورة الثمن، مثل عقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد النقل[2].

الفرع الأول : كيفية تحديد الثمن

المعمول به في تحديد الثمن هو أن يتفق عليه المتعاقدان في العقد قبل مرحلة التنفيذ، لكن قد لا تسمح الظروف للمتعاقدين بالاتفاق على تحديد الثمن .

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الطبعة 14، الإسكندرية، ص125.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 290.

أولا: كيفية تحديد الثمن في حالة النص عليها في العقد

القاعدة العامة أن يتم تحديد الثمن بإتفاق بين الإدارة والمتعاقد. فحق الإدارة في تعديل شروط العقد لا يتعلق إلا بالشروط المتصلة بعملية تسيير المرافق العامة وتنظيمها دون أن يتعدى ذلك إلى الشروط التي تتعلق بالحقوق المالية للمتعاقد.

كما يعتبر تحديد الثمن من المسائل الهامة لطرفي العقد، تفاديا للمنازعات التي قد تطرأ بسبب عدم تحديده.

والوضع الغالب هو أن يحدد المتعاقدان الثمن قبل الإنطلاق في عملية تنفيذ العقد، ويكون برقم محدد le prix chiffré.

كما قد يحدد الثمن بطريقة أخرى كالإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد في تحديده، مثل الإتفاق على إتخاذ الأسعار السائدة في وقت معين أساسا للمحاسبة، أو يتخذ متوسط السعر في المناقصات خلال العام السابق على التعاقد كأساس للمحاسبة في عقود معينة[1].

كما قد يحدد المتعاقدان سعرا إجماليا للعملية كلها بكافة عناصرها، ففي عقد الأشغال العامة مثلا قد يتحدد الثمن برقم محدد للعملية كلها، فيتم النص في العقد على كل الأعمال التي يتم التعاقد عليها ويحدد كذلك إجمالي الثمن المستحق لذلك[2].

إن أهمية طرق تحديد سعر الأشغال جعلتها تصبح معيارا لتصنيف صفقات الأشغال[3].

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 586.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 292.

[3] – اكرور ميريام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2015، ص74.

كما أن تحديد السعر المتفق عليه في العقد لا يعني جموده المطلق، وإنما يجوز تعديله إذا استدعت الضرورة ذلك، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد أحكامها الذي تتلخص وقائعه كما يلي:

تعاقدت وزارة التربية والتعليم مع أحد الشركات على توريد آلات من الخارج. وخلال المدة التي يجوز فيها التوريد، تقررت فروق علاوة تحويل العملة بنسبة 20%، تقدمت الشركة إلى الوزارة طالبة إعفاءها من الزيادة في السعر، ولكن الإدارة رفضت، فتقدمت الشركة بطلب تخير فيه الإدارة بين احد الحلول الثلاثة:

إما إعفاء الشركة من العلاوة، وإما أن تسددها الشركة نيابة عن الوزارة ثم تستردها، وإما أن تعفى الشركة من التوريد بلا مسؤولية. فقبلت الإدارة الحل الثاني، ولكن بعد أن تم التوريد رفضت الإدارة الدفع ...

فصدر عن المحكمة الحكم التالي:

" أن الثمن الذي يتحدد بإتفاق في العقود الإدارية، وإن كان يقيد كأصل عام طرفيه، إلا أن ذلك لا يمنع قانونا من الإتفاق على تعديله ... وإذا صدر هذا التعديل يكون قد استوفى شرائطه القانونية وواجب النفاذ ...

وأنه ليس ثمة حظر من قانون أو نظام عام على أن ينطوي الثمن في العقود الإدارية على فروق علاوة تحويل العملة أو ما في حكمها، فلا مخالفة . والحالة هذه . في اتفاق طرفي العقد على زيادة الثمن بما يوازي قيمة هذه العلاوة "[1].

حيث نصت المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم على كيفيات دفع الأجر للمتعامل المتعاقد، حيث جاء فيها:

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر في: 17 جانفي 1970، س ق 15، ص 146. نقلا عن: محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 593.

" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

. بالسعر الإجمالي والجزافي.

. بناء على قائمة سعر الوحدة.

. بناء على النفقات المراقبة.

. بسعر مختلط.

يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة لإحترام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزافي".

كما نصت المادة الأولى من دفتر الشروط الإدارية على تحديد السعر الجزافي مسبقا، وضرورة تحديد الشغل المطلوب من المتعاقد تنفيذه، حيث جاء نص المادة كما يلي:

"هي الصفقة التي يحدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديده جملة ومسبقا".

تعتبر تقنية السعر الإجمالي والجزافي للمصلحة المتعاقدة الصيغة الأبسط والأسهل لتحديد السع، حيث يتم تحديد القيمة الإجمالية للصفقة إجمالا ومسبقا، عند تقديم المتعاقد لعرضه دون تحديد سعر كل عنصر من عناصر المنشأة التي سيتم انجازها[1].

كذلك لو تم الإتفاق بين طرفي العقد على أن تحديد الثمن يكون على أساس الوحدة، فهذا لا يعني أنه يحق للإدارة أن تجزأ الصفقة كما تشاء بعد أن تم تحديد سعر الصفقة بأكملها على أساس مجموعة الوحدات التي كانت محلا للتعاقد.

[1] – اكرور ميريام، مرجع سابق، ص77.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد قراراتها الذي جاء فيه:

" لا يسوغ للإدارة كذلك أن تتذرع بأن الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة ولم يحدد بصفة إجمالية، إذ أن تحديد الثمن على أساس سعر الوحدة لا يعني أن من حق جهة الإدارة أن تبعض الصفقة كما تشاء بعد أن حدد سعر الصفقة بأكملها على أساس مجموع الوحدات التي كانت محل للتعاقد، إذ أن تحديد سعر معين للوحدة يراعى فيه عدد الوحدات، ولا يعني هذا أن كل وحدة من وحدات الأصناف المبيعة تساوي الثمن الذي قدر لها، وإنما تساوي الوحدة الثمن المقدر لها إذا اجتمعت مع باقي الوحدات ونظر إليها بأكملها كوحدة، ولا سيما إذا كان المبيع أصنافا تالفة أو مستعملة تتفاوت حالة كل وحدة منها عن الأخرى"[1].

إن مثل هذه الأحكام تمثل بحق حماية وضمانة للمتعاقد مع الإدارة، فكون الحكم أنصف المتعاقد وتصدى لتعسف الإدارة يعطي الطمأنينة و الإرتياح لدى المتعاقدين مع الإدارة، ولا يترددون في التعاقد لأن مصالحهم محمية من قبل القضاء الذي يمثل الضمانة الأساسية في حياد الإدارة، وخاصة في مجال العقود الإدارية، التي تكون في الغالب بين الإدارة العامة والخواص الذين يسعون لتحقيق الربح.

ثانيا: طرق تحديد الثمن في حالة عدم النص عليها في العقد

قد تكون هناك ظروف منعت المتعاقدين من تضمين العقد أساليب تحديد الثمن، أو يتم النص عليه بالإحالة إلى عنصر خارجي عن العقد يمكن الإستعانة به في تحديده.

يمكن تصور هذه الحالات عمليا فيما يلي على سبيل المثال لا الحصر:

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: 11/04/1980. نقلا عن: حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 304.

حالة التعاقد بالإتفاق المباشر قد تلجأ الإدارة إلى التعاقد المباشر وذلك أو تطلب من المتعهد أن يورد سلعا معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد.

في هذه الحالة يلتزم الطرفان باللجوء إلى الطريقة التي قررها المشرع لتحديد الثمن، وإلا حدد بناء على سعر السوق وقت الشراء[1].

كما قد يحدث أن تأمر الإدارة المتعاقد المورد بتنفيذ أكثر مما أتفق عليه في العقد، في هذه الحالة إذا كانت الزيادة من جنس موضوع العقد الأصلي يسري السعر الأصلي، أما إذا كانت الأعمال و التوريدات تختلف عن جنس موضوع العقد، يقدر السعر بطريقة جديدة[2].

أما في الحالة التي يرفض فيها المتعاقد الحلول السابقة، فإنه تستبعد إمكانية فرض أسعار معينة من قبل الإدارة لأن الثمن يعد من العناصر التعاقدية التي يجب أن تكون محلا للاتفاق بين طرفي العقد.

ولذا فإنه في حالة الخلاف بين المتعاقدين يعرض الأمر على القضاء لتحديد الثمن[3].

الفرع الثاني: كيفيات حصول المتعاقد على الثمن

القاعدة العامة في تحصيل المتعاقد للثمن، هي أن تحصيل الثمن لا يكون إلا بعد أداء الخدمة المتفق عليها، ويترتب على ذلك أن الإدارة لا تدفع الثمن مقدما للمتعاقد بل عليه انجاز وتنفيذ كل التزاماته التعاقدية قبل المطالبة بثمن الخدمة.

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 594.

[2] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 594.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 294.

إلا أنه عمليا المتعاقد قد يلتزم بإنفاق مبالغ كبيرة في تنفيذ العقد، بالإضافة إلى أنه يمكن أن يستغرق تنفيذ العقدة مدة طويلة[1]. الأمر الذي قد يتعذر فيه إيجاد المتعاقد الذي تتوفر فيه القدرة المالية على تمويل المشروع من ماله الخاص، أو قد يلجأ المتعاقد إلى الاقتراض من البنوك؛ بغرض تمويل المشروع محل العقد، فان الفوائد التي تطلبها البنوك تزيد في رفع سعر الانجاز المتفق عليه[2].

لذا فإن معظم التشريعات في كل من الجزائر ومصر وفرنسا تدخلت وخففت من حدة القاعدة السابقة وأورد عليها استثناءات تيسر على المتعاقد تنفيذ مضمون العقد بالشكل المطلوب وفي الوقت المحدد.

حيث جاء نص المادة 108 من تنظيم الصفقات العمومية 247/15:

" تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب".

أولا: حق المتعاقد في التسبيق المالي

يحق للمتعاقد أن يتحصل على تسبيق مالي بغرض مباشرة الأعمال محل العقد، ويكون الحصول على التسبيق حتى قبل انطلاق عملية التنفيذ، والهدف من التسبيق المالي هو مساعدة المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد والوفاء بالأعباء المالية، كما يسهل التسبيق المالي عملية توفير المواد اللازم توفرها لتنفيذ العقد، وهو ما أكدته المادة 109 من نفس المرسوم حيث جاء فيها:

" ... التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة ".

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 598.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 311.

التسبيق المالي نوعان قد يكون جزافيا، كما قد يكون تسبيقا على التموين:

01 . التسبيق الجزافي:

التسبيق الجزافي هو مبلغ مالي تضعه الإدارة تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدء تنفيذ الصفقة، ولا يكون محددا على اعتبارات معينة مسبقا[1]؛ على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15 % من السعر الأولي للصفقة.

كما يمكن أن يدفع التسبيق مرة واحدة أو توزيعه على أقساط تكون محل إتفاق بين الإدارة والمتعاقد[2].

وهو ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15:

" يمكن أن يدفع التسبيق الجزافي مرة واحدة، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني ".

إلا أن الإستثناء على القاعدة العامة . عدم تجاوز نسبة التسبيق 15 % . جاءت به المادة 111 من نفس المرسوم التي أجازت للمصلحة المتعاقدة أن تمنح تسبيقا جزافيا أكبر من 15 % إذا توفرت الشروط التالية:

أ: إذا قدرت الإدارة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد.

وهو ما يعني أن الضرر ثابت وأكيد وليس احتماليا .فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المحددة ب 15 % [3].

[1] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د س ن، ص84.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 231.

[3] – عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 231.

ب: ضرورة إستشارة لجنة الصفقات المعنية.

ج: ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي.

02 . التسبيق على التموين

هو عبارة عن مبلغ من المال يجوز أن تضعه الإدارة تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل البدء في التنفيذ، إذا أثبت بموجب وثائق وعقود تؤكد إرتباطه القانوني مع جهات أخرى بغرض توفير المواد اللازمة لتنفيذ مضمون العقد.

كأن يتعلق الأمر بعقد أشغال ويقدم المتعاقد سندات إثبات تخص مادة الحديد أو الخشب أو الإسمنت ... ويطالب بناءا عليها بحقه في الحصول على التسبيق على التموين.

كما ينحصر تقديم التسبيق على التموين في صفقات الأشغال وصفقات اقتناء اللوازم فقط، وتستبعد باقي الصفقات من التسبيق على التموين.

أن الهدف من الأساس من تقديم التسبيقات المذكورة هو مساعدة المتعاقد على تحمل الأعباء المالية للمشروع وتنفيذه بالشكل المتفق عليه وفي الآجال المحددة[1].

ثانيا: الدفع على الحساب

هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة[2].

الدفع على الحساب يختلف عن التسبيق، فالتسبيق يدفع من قبل الإدارة للمتعامل المتعاقد قبل البدء في تنفيذ مقتضيات العقد، أما الدفع على الحساب فهو مبلغ مالي يدفع

[1] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 232.

[2] – المادة 2/109 من المرسوم الرئاسي 247/15.

للمتعاقد من قبل الإدارة نظير التنفيذ الجزئي للعقد؛ أي يدفع له على حسب الجزء الذي تم إنجازه فعلا[1].

الدفع على الحساب نوعان:

01 . الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات

نصت عليه المادة 2/117 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها:

" ... غير أنه يجوز لحائزي صفقة أشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80 % من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة خصيصا ...".

إذا أثبت المتعاقد أنه قام بإقتناء منتوجات معينة مخصصة لتنفيذ العقد، وتم إستلامها فعلا بالورشة، فإنه يحق له الإستفادة من الدفع على الحساب يصل إلى 80 %من المبلغ الإجمالي لهذه المنتوجات[2].

02 . الدفع على الحساب الشهري

يكون الدفع على شهريا. غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات، ويتوقف هذا الدفع على تقديم إحدى الوثائق الآتية حسب الحالة:

. محاضر أو كشوف وجاهلية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.

. جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.

[1] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص233.

[2] – عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 234.

. جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية، مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص[1].

القاعدة العامة أن يكون الدفع على الحساب شهريا مع إمكانية تمديده، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ...[2].

يترتب على الإخلال بهذا الشرط من طرف الإدارة حق المتعاقد في المطالبة بفوائد التأخير[3]. طبقا للقواعد والإجراءات الواردة بالمادة 3/89 من المرسوم الرئاسي 236/10.

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب

يقصد بالتسوية على رصيد الحساب بأنها الدفع المؤقت أو النهائي للسعر بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوع الصفقة[4].

إذن التسوية على رصيد الحساب نوعان:

01 . التسوية على رصيد الحساب المؤقت

نصت أحكام المادة 86 من تنظيم الصفقات العمومية 236/10 على كيفية التسوية المؤقتة للرصيد، لأنها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة. على أن تبادر الإدارة إلى اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات المالية عند الاقتضاء و الدفوعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف أنواعها[5].

كما لا يسلم للمتعاقد إلا إذا كان منصوص عليه في العقد وهو ما بينه نص المادة 3/74 من تنظيم الصفقات العمومية236/10.

---

[1] – المادة 85 من المرسوم الرئاسي 10/236.

[2] – انظر المادة 118 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3] – محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 85.

[4] – محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، 86.

[5] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 235.

بعد التسليم المؤقت للأشغال يقوم مكتب الدراسات بتحرير الكشوف الختامية بقيمة كل الأشغال التي تم تنفيذها فعلا من قبل المتعامل المتعاقد، فبمقتضاها تدفع الإدارة صاحبة المشروع للمتعاقد المبالغ المستحقة نظير ما تم إنجازه، بعد أن يتم خصم المبالغ التي سبق صرفها له على الحساب، أو التي كانت في شكل تسبيقات أو أي مبالغ أخرى مستحقة، كإقتطاع مبالغ الضمان المحتمل والغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعاقد عند الاقتضاء[1].

02 . التسوية على رصيد الحساب النهائي

التسوية النهائية للرصيد تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد وشطب الكفالات التي قدمها، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك[2].

بعد قيام مكتب الدراسات بالتأكد من أن المتعاقد قد نفذ مضمون العقد وفقا للشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، يقوم بإعداد الحساب التفصيلي الإجمالي والنهائي . مكتب الدراسات . ثم يدفع الحساب النهائي للمتعاقد في المواعيد التي حددها القانون. كما يتضمن الحساب النهائي كل التفاصيل المتعلقة بالأشغال المنفذة والمبالغ المستحقة للمتعاقد التي هي في ذمة الإدارة المتعاقدة[3].

الإدارة ملزمة بأن تصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل 30 يوما إبتداء من إستلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه إستثناءا يمكن أن تحدد مدة أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن تتجاوز هذه المدة

[1] – بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 196.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 235.

[3] – بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 197.

الشهرين، كما يشترط في أجل صرف الدفعات أن يكون كتابيا؛ أي إستبعاد الآجال المحددة بطريقة شفوية[1].

تجدر الإشارة إلى أنه وفقا لنص المادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة لا يمكن لطرفي العقد المنازعة لاحقا في الحساب العام والنهائي إذا تم التوقيع من قبلهما عليه. وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2003 الذي جاء فيه:

" ...حيث أن المؤسسة المستأنفة تمسكت بأن النزاع المنصب على مشكل تقني كان على قضاة الدرجة الأولى الأمر بتعيين خبير أو عدة خبراء في ميدان المحاسبة وما كان عليهم الفصل على ذلك النحو.

... حيث أن المؤسسة المستأنفة تمسكت بان قضاة الدرجة الأولى رفضوا إلزام البلدية المستأنف عليها بأن تدفع مبلغ الفاتورة رقم 03 المتعلقة بمبلغ الضمان ومبلغ التعويض عن الضرر بفعل التأخر في الدفع متمسكة بأن الحساب العام والنهائي هو مجرد مستند إداري صادق عليه مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال.

وأنها أكدت بأنه بالإمكان تسديد مبلغ الفاتورة رقم 03 بعيدا عما اتفقت عليه في الحساب العام والنهائي.

حيث أن الحساب العام و النهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة.

وأنه يلخص مجمل الأشغال المنجزة والتغييرات في الأسعار، يظهر مقارنة مع مبلغ الحسابات المؤقتة الرصيد المتبقي المستحق لصاحب الصفقة.

[1] – انظر المادة: 89 من المرسوم الرئاسي 10/236 .

حيث أن الحساب العام والنهائي ثابت وغير قابل للمساس به ما دامت الشكاوى اللاحقة غير مقبولة.

وأن قبول المقاولة للحسابات يلزم هذا الأخير نهائيا فيما يخص طبيعة وعدد المنشآت المنجزة المنفذة وكذا السعر المطبق عليها.

وأنه في الأخير لم يعد للمقاول الحق في تقديم شكاوى بشأن الحساب الذي وقع عليه من طرف صاحب المشروع ومكتب الدراسات والمؤسسة المستأنفة.

...حيث أنه يتعين التذكير مرة أخرى، بأن المقاولة المستأنفة كانت مقيدة بالحساب العام والنهائي الذي أمضته ولا يمكنها المطالبة إلا بما تم تحديده في هذا الحساب.

وأنه يستخلص من الحساب العام النهائي الموقع عليه يوم 1997/12/29 من طرف مجموع الأطراف بأن المبلغ المتبقي للدفع هو :513.162.32 د ج ولا يمكن للمؤسسة المستأنفة المطالبة سوى بتسديد هذا المبلغ وأن قضاة الدرجة الأولى وبفصلهم على ذلك النحو، فإنهم لم يقوموا سوى بتطبيق القانون ومنه يتعين تأييد القرار المستأنف"[1].

الفرع الثالث: حق المتعاقد في تحصيل الرسم

الرسم هو المقابل المالي الذي تستقل الإدارة بتحديده، ويحصل عليه الملتزم في عقد التزام المرافق العامة، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الالتزام[2]. وذلك بإذن من مانح الالتزام[3].

[1] – قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ: 15/04/2003، ملف رقم 008072، قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد4، ص 80.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص208.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 324.

لذلك فإن هذا المقابل لا يسمى أجرا، وإنما رسما taxe لكي يتم تمييزه عن الأجر أو الثمن أو الفائدة ...الخ في العقود الأخرى[1].

يعد الرسم في عقد الإمتياز من الشروط التنظيمية، ولذلك فهو يختلف عن الثمن في غيره من العقود، لذلك يجوز للإدارة أن تعدل في الرسم حسب ما تفرضه مصلحة المرفق، بل يمكن لها أن تستقل وحدها بتحديد الرسم، مراعية في ذلك تحقيق المساواة بين المرتفقين الذين يستفيدون من خدمات ذلك المرفق، بالإضافة إلى التزامها بما تفرضه التشريعات في هذا المجال[2].

أولا: الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم

في فرنسا هناك رأيين فقهيين:

الرأي الأول ويشكل الأغلبية الذي يعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة تنظيمية، وذلك بالنظر إلى علاقة كل من الإدارة والملتزم بالمنتفعين من خدمات المرفق[3].

أما الرأي الثاني وهو يشكل أقلية فيأخذ بالطبيعة المزدوجة للشروط المتعلقة بالرسم[4]. ويعتبر أن تلك الشروط تبقى محافظة على طابعها التعاقدي، ولا يجوز للإدارة أن تنفرد بتعديل المقابل المتفق عليه في العقد[5].

---

[1] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 603.

[2] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 303.

[3] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 604.

[4] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 325.

[5] – محمد سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 604.

ثانيا: تحديد الرسم في عقود الإمتياز

تتضمن عقود الإمتياز تحديد الرسوم التي يجوز للملتزم تقاضيها من المنتفعين بالمرفق العام محل الالتزام. وللإدارة الحق في تحديد الرسوم، إلا أنها غالبا ما تتولى وضعها بنفسها بعد إستشارة الملتزم.

هذا لا يعني أن يصبح الإتفاق بينهما على أسعار الرسم ذو طابع تعاقدي، وإنما هي إستشارة للملتزم بإعتباره معاونا للإدارة في تسيير المرفق. وحرية الإدارة في تحديد سعر الرسم تحكمه عدة قيود[1].

يتم تحديد الرسم الذي يتقاضاه الملتزم من المرتفقين في العقد نفسه، والإدارة في الغالب هي التي تتولى بنفسها تحديده، بعد إستشارة الملتزم. فقد يتم تحديد الرسم بشكل ثابت إلا أنه عمليا تقابله عراقيل ويشكل صعوبة للملتزم.

فتعمد الإدارة تخفيفا من صعوبات الرسم الثابت إلى تحديد الحد الأقصى للرسم الذي لا يمكن للملتزم تجاوزه وتترك له حرية تقدير الرسم المناسب حسب الحالات، في ظل إحترام الحد الأقصى المحدد من قبل الإدارة مانحة الإمتياز.

هذا ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي (دي لوبادير) الذي يرى أن القضاء لا يشترط ضرورة تصديق الإدارة على الرسم الذي يحدده الملتزم في إطار الحد الأقصى، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 03 أفريل 1935 في قضية "Ville de Raincy" الذي أعطى فيه للملتزم حرية تحديد الرسم في نطاق الحد الأقصى[2].

---

[1] – للتفصيل أكثر انظر: جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 328. ومحمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 605.

[2] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، 605.

المطلب الثاني

حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية

تناولنا فيما سبق أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وذلك بالزيادة أو النقصان في شروط العقد ثابت لضمان إستمرارية سير المرفق العام بإنتظام واطراد. إلا أن هذا الحق أو السلطة الممنوحة للإدارة لا يجردها من التزاماتها العقدية تجاه المتعاقد معها.

لأن العقد الإداري عقد ملزم للطرفين، والقول بأن العقد ملزم للمتعاقد دون الإدارة فيه إهدار فكرة العقد الإداري من أساسها متفقون على كون المتعاقدان العقد الإداري قد لا يكونا متساويان، لكن العقد الإداري ملزم للطرفين الإدارة والأفراد في الحدود التي تفرضها الروابط الإدارية[1].

فإذا كان للإدارة حق التحرر من التزاماتها التعاقدية في بعض الحالات، فهذه السلطة الممنوحة لها في هذا الخصوص ليست مطلقة، تمارسها وفقا لإختيارها، بل هي سلطة محددة لا تمارسها إلا وفقا لشروط معينة، وبغرض تحقيق أهداف مخصصة.

من بين أهم الإلتزامات التي على الإدارة أن تحترمها ما يلي:

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 261..

الفرع الأول: التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه

الإدارة ملزمة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة، وذلك وفقا لطبيعة وخصوصية كل عقد، لأن هناك عقود إدارية الإدارة غير ملزمة بتنفيذها بعد إبرامها، إلا إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي التنفيذ، مثل عقد طلب تقديم المعاونة[1].

وبالتالي لا يمكن للإدارة أن تقوم بفسخ العقد للتحلل مما يفرضه عليها من التزامات، وإلا تعرضت للمسؤولية العقدية. وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 25 جويلية 1939 في قضية Hayem، والذي قضى بأن الإدارة لا تستطيع أن تتخلص من التزاماتها المتولدة عن عقد التوريد الذي أبرمته[2].

كما أن التزام الإدارة بتنفيذ العقد غير كافي، بل عليها أثناء عملية التنفيذ أن تحترم الشروط الواردة به برمتها، الأصلية منها وباقي الالتزامات الأخرى.

من أبرز الشروط التي على الإدارة مراعاتها وإحترامها هو شرط عدم المنافسة إلا إذا تغيرت الظروف، وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط في حالة حدوث تطور أو اكتشاف جديد في وسائل إشباع الحاجة[3]. كإستعمال الطاقة الشمسية في المشروع بدل الكهرباء العادية.

وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر سنة: 21 أفريل 1950 في قضية Nuncie .

---

[1] – يقصد بعقد تقديم المعاونة التزام شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة، كأن يتقدم إلى الإدارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد، كمالك يعرض المساهمة في نفقات إنشاء طريق يؤدي إلى أملاكه. أنظر: محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 143.

[2] – نقلا عن: محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 567.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 264.

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري بمصر في هذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ: 11 مارس 1956 جاء فيه:

" ...متى كان الثابت أن الترخيص الممنوح لإستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوي، إنما يستهدف غرضا أساسيا، وتنصب أحكامه وبنوده على هذا الغرض، وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين، فإن الحكومة إذا عمدت إلى إنشاء مقصف أخر لهذا الغرض، وعهدت باستغلاله لملتزم أخر.

فإنها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماته التي يتضمنها ترخيصه، مخالفة بذلك ما يجب عليها قانونا من احترام شروط الترخيص، وما تفرضه عليها المبادئ القانونية العامة من التعاون في تنفيذه، ومن عدم وضع العقبات والمنافسات في سبيله أو زيادة أعبائه وتكاليفه، وذلك طالما أنه لم يقم بسبب من الأسباب التي تبرر سحب الترخيص أو إلغاءه أو إنهاءه، وبذلك تلزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص وشروطه"[1].

تجدر الإشارة هنا إلى أن مصطلح الترخيص الذي استعملته المحكمة الإدارية للدلالة على العقد الإداري هو تعبير غير دقيق، فالترخيص الإداري هو قرار إداري فردي وليس من قبيل العقود، يرجع هذا ربما لتأثر المحكمة بما يعرف في القانون الفرنسي بالعقود الترخيصية[2].

الفرع الثاني: أن تنفذ الإدارة العقد كله بطريقة سليمة وبحسن نية

إن تمتع الإدارة بسلطة زيادة أو إنقاص في الكمية التي تم التعاقد عليها، فإن ذلك مرتبط بضرورة توفر الشروط التي تطرقنا إليها أثناء دراستنا لسلطة الإدارة في التعديل، أما من غير هذا فإن الإدارة ملزمة بتمكين المتعاقد من بتنفيذ العقد كله بطريقة سليمة

[1] – نقلا عن: محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 568.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 265.

وبحسن نية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد حكامها بتاريخ: 20 أفريل 1957، الذي جاء فيه:

" أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية. فإذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التركيب، وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، فلم يكن ثمة ما يحول . تطبيقا لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية . دون قبول هذه الكميات الموردة "[1].

كما أنه لا يجوز للإدارة بدون خطأ أو تقصير من المتعاقد أن تقوم بسحب جزءًا من مضمون العقد لتعهد به لمتعهد أخر، أو أن تلجأ للتنفيذ المباشر بنفسها، فتحول بذلك بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته العقدية.

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 1931[2].

كذلك لا يحق للإدارة . دون سبب هام يتعلق بمقتضيات الصالح العام . أن توقف تنفيذ العقد، وذلك برفضها تسلم البضائع المتبقية المتفق على توريدها، أو توقف العمل في المشروع المتفق على تنفيذه ولو لم تنفذه بنفسها أو تعهد به إلى غير المتعاقد[3].

الفرع الثالث: أن تحترم الإدارة المدة المقررة لتنفيذ العقد

الأصل أن المدد المقررة في العقود الإدارية المعني بها عادة هم المتعاقدين مع الإدارة، فلا تكون ملزمة إلا لهم، فقد يحدث أن ينص العقد صراحة على أن المدة ملزمة للمتعاقد معها وحينئذ يتعين على الإدارة احترام المدد المحددة للتنفيذ.

---

[1] – محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 569.

[2] - C.E 6 mai 1931, Sous secr. d'état aux Finances G .Bayon .Rec ,p 490.

[3] – محمد سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 570.

في حالة ورود النص المتعلق بالمدة عاما أو يخلو العقد من تحديد مدة التنفيذ، في هذه الحالة تكون هناك مددا معقولة لتنفيذ العقد يتعين على الإدارة احترامها، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 7 فيفري 1951، في قضية Ville de paris.[1]

لذلك فإنه ليس بمقدور الإدارة التسبب بتصرفها في تعطيل التنفيذ وإطالة أمده إلى أن يتجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسؤولية.

وتحديد المدة المعقولة حسب مجلس الدولة الفرنسي بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى قدرة الشركة المتعاقدة.

إن إحترام المبدأ السابق ذكره فيما يتعلق بالمدة الإجمالية لتنفيذ العقد من طرف المتعاقد فحسب نبل يمتد أيضا إلى المدد التي خصصت بغرض تنفيذ التزامات جزئية واردة في العقد، مثالها احترام الإدارة للمدة المقررة لبدء عملية التنفيذ، بخصوص موعد تسليم الموقع المخصص للأشغال، والمدة المخصصة لدفع الثمن ... [2].

كما أن الإدارة ملزمة كذلك بأن لا تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة، أو تسببها في أعباء إضافية ومشقة للمتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

---

[1] – " Si le marché ne fixe expressément aucune date pour l'achèvement dés travaux ,ses disposition n'ent pas eu pour effet de conférer audit marché une durée indéfinie ; dés lors c'est a bon droit que le Conseil de préfecture a estimé que les parties avant envisagé une date limite pour l'achèvement des travaux correspondant a leur durée normale d'exécution ; la durée normale d'exécution des travaux ,déterminée eu égard aux capacité de cette société et a la durée d'exécution d'ouvrages analogues impliquait leur achèvement avant le mois de juin 1936 … Dans ces conditions la prolongation des travaux est entièrement imputable a l'administration".C.E. 7 février 1951 ,Ville de paris ,Rec. p 76..570

نقلا عن: محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 270.

هذا الإلتزام يتفرع من إحترام الإدارة لحسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، بحيث لا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها في أعباء المتعاقد معها بدلا من أن تعاونه في تنفيذها[1].

من قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد حكمه بمسؤولية جهة الإدارة المتعاقدة والتي لجأت إلى نزع ملكية الأراضي مما ترتب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها[2].

كذلك في قرار له اقر فيه بمسؤولية الوزير الذي يرفض منح ترخيص بالبيع استنادا إلى سلطات خاصة يستمدها من القوانين، إذا اضر ذلك بالمتعاقد، وكان العقد يجيز للمتعاقد أن يلجأ لعملية البيع[3].

وعليه فإن الإدارة ملزمة بإحترام إلتزاماتها العقدية، ومخالفة ذلك يعتبر من قبيل الخطأ العقدي يرتب عليها المسؤولية العقدية، وبالتالي تعويض المتعاقد عما يلحقه من ضرر.

الفرع الرابع: الجزاء المترتب عن مخالفة الإدارة لإلتزاماتها العقدية

رأينا فيما سبق سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد المقصر والجزاء المترتب على ذلك، وهي سلطات كما تم تناوله تستمد أساسها ومقوماتها من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، والدور الذي تؤديه فكرة انتظام سير المرافق العامة كالتزام يقع على عاتق الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية. عرفنا كذلك أن الجزاءات التي توقعها الإدارة في

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 571.

[2] - C.E .14 mars 1941, Roda ,p .44.

[3]– C.E .22 octobre 1937 .Cie générale des Kerguelen . Rec. p 839. أشار إليهما كل من: سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع ، ص 571. و جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 271.

هذا الخصوص تخرج عن قواعد القانون الخاص، والأمر كذلك فإن الإدارة إذا خالفت التزاماتها العقدية يرتب جزاء يمكن توقيعه عليها أيضا[1].

يمكن تناول هذا الفرع في عنصرين الأول عدم إمكانية دفع المتعاقد بعدم التنفيذ، والعصر الثاني الحماية القضائية للمتعاقد في مواجهة الإدارة المقصرة.

أولا: عدم إمكانية دفع المتعاقد بعدم تنفيذ العقد

في عقود القانون الخاص يجوز للمتعاقد في حالة عدم وفاء المتعاقد الآخر بإلتزاماته وبعد إعذاره أن يدفع بعدم التنفيذ. الأمر الذي يختلف في العقود الإدارية، فقد أجمع الفقه والقضاء الإداري على أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ.

كما لا يمكن للمتعاقد أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة؛ بل عليه أن يلجأ إلى القضاء لتمكينه من ذلك[2]، ومرد ذلك راجع لارتباط العقد بحسن سير المرافق العامة واستمراريتها[3]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر جاء فيه:

" ... أنه من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه إحتياجات المرفق الذي يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بإلتزاماته حيال المرفق بحجة ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بإلتزاماتها

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 272.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 273.

[3] – جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 304.

إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي"[1].

إن قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ ليست على إطلاقها بل تحكمها ضوابط تحددها:

01 . أن عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بعدم التنفيذ إنما يرجع إلى قدرة المتعاقد على الإستمرار فيه؛ أي أنه إذا وصل تقصير الإدارة حد أعجز المتعاقد معها عن الاستمرار في التنفيذ نفلا سبيل أمامه سوى التمسك بعدم التنفيذ[2].

أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا في حكمها الصادر بتاريخ: 18 ديسمبر 1981 الذي جاء فيه:

" الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا انه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل.

وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع على المتعاقد غرامة تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها، مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها[3].

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ: 04/04/2000، السنة القضائية 39، في الطعن رقم: 1734.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 274.

[3] – حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ: 18 ديسمبر 1981. أشار إليه، جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 208.

02 . إذا كان المبدأ عدم جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية مؤسس على فكرة سير المرفق العام بإنتظام واطراد، فقد رأى بعض الفقهاء الفرنسيين عدم الأخذ بهذه القاعدة إذا الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام[1].

03 . كما يجوز للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ لدرء ضرر جسيم وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ: 06/ ماي /1998 الذي جاء فيه:

" وحيث أنه يكون ثابتا مما تقدم إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الإستمرار في استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت ومن المعلوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة ويؤثر عدم السداد على المركز المالي للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال.

وحيث أنه لا يغير مما تقدم ما أثاره الطاعن من أنه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض.

فهذا القول وإن كان هو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه كما لو تقاعست الإدارة عن توفير مواد التموين فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق وهذه أمور تختلف

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 275.

اختلافا جوهريا عن إخلال الإدارة بالتزام أساسي في العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه وهو موقف الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانيته في الإستمرار في التنفيذ"[1].

04 . كذلك يجوز للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ في حالة عدم أداء المقابل المالي للأعمال يعطي الحق للمتعاقد في طلب إعادة النظر في الأسعار.

وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها رقم 541 بتاريخ: 1993/7/8 الذي جاء فيها:

" الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المتقابلة هذا الأصل يجوز الخروج عليه إذا ما قدرت الجهة الإدارية أن عدم تنفيذها لإلتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد.

ويكون لها في هذه الحالة إذا ما جاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها بأداء مقابل الأعمال لعدم توافر الإعتماد المالي أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقد وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته"[2].

يرى الدكتور جابر جاد نصار . ونحن نؤيده في هذا الرأي . أنه من الناحية العملية أن عدم التسليم للمتعاقد مع الجهة الإدارية بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يؤدي في كثير من

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر: الصادر بتاريخ: 06 / ماي / 1998. نقلا عن: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 306.

[2] – أشار إليه: جابر جاد نصار، مرجع سابق ، ص 307.306.

الأحيان إلى اضطراب تنفيذ العقد اضطرابا شديدا ويؤدي إلى تأخير المتعاقد مع الجهة الإدارية في الوفاء بالتزاماته وهو ما يؤدي إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد...بسبب إبرام الإدارة للعقد دون توفر الإعتمادات المالية.

لأن غياب هذه الإعتمادات يؤثر على قدرتها على تنفيذ التزاماتها تجاه المتعاقد معها. فضلا عما يحمله ذلك من آثار شديدة الوطأة على اقتصاديات المتعاقد مع الجهة الإدارية سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا[1].

ثانيا: سلطات القاضي في مواجهة الإدارة المقصرة

سلطات القاضي في دعاوى القضاء الكامل . ومنازعات العقود الإدارية هي واحدة من دعاوى القضاء الكامل . واسعة في هذا الخصوص، إلا أنه هناك ضوابط وأسس على القاضي مراعاتها بخصوص توقيع الجزاء على الإدارة المقصرة.

01 . على القاضي الامتناع على توجيه أوامر للإدارة بعمل معين . في مجال العقود الإدارية . فليس له أن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية. وذلك تطبيقا للقاعدة التي تحكم علاقة القضاء الإداري بالإدارة العاملة في النظام الفرنسي والمصري.

ولما كان القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة بعمل شئ محدد بطريق مباشر، فإنه لا يستطيع أيضا أن يصل إلى ذلك بطريق غير مباشر بأن يلجا إلى نظام التهديدات المالية المعمول به في القانون الخاص، والذي يستهدف إجبار المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزامه[2].

[1] – جابر جاد نصار، نفس المرجع، ص 305.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 276.

إلا أن هذا لم يمنع مجلس الدولة الفرنسي[1] بأن يلجأ لتخيير الإدارة بين الوفاء بالتزاماتها وبين دفع التعويض المحكوم به. وفي بعض الأحيان يحدد المجلس مهلة للإدارة لكي تختار بين الطريقتين[2].

02 . يستطيع القاضي أن يلغي قرارات الإدارة غير المشروعة الصادرة بمناسبة تنفيذ العقد، ويستثنى من ذلك القرارات التي تتضمن بعض الجزاءات الإدارية، والتي تكون مخالفة للقانون بغرض توقيعها على المتعاقد، والتي لا يمكن للقاضي في هذا الخصوص إلغاءها؛ وغنما كل ما يملكه هو القضاء بتعويض المتعاقد، كالجزاءات الضاغطة أو الفاسخة ...[3].

03 . يمكن للقاضي أن يحكم على الإدارة بالتعويض المناسب، ويعتبر هذا هو الأصل للقضاء الإداري في مجال العقود، حيث يتم تقدير التعويض عادة على الأسس المدنية، كونها القواعد العامة في هذا المجال، فيقدر التعويض وفقا لدرجة الضرر لا الخطأ، مع مراعاة دور كل من الطرفين المتعاقدين في ارتكاب الخطأ[4].

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في الحكم الصادر في: 31/ديسمبر 1966 الذي جاء فيه:

" ومن حيث أن الضرر الذي أصاب الشركة المتعاقدة جاء نتيجة خطا كل من الإدارة والمؤسسة معا (الشركة) ...وإذا كان الخطأ مشتركا، وكان للقاضي أن يقدر

---

[1] - C.E. 9 janvier 1948 ,Syndicat du canal de Mokta Meklouf .R .p 13. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 574.

[3] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع ، ص 575.

[4] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص278.

نصيب كل من المسئولين عنه في التعويض وفقا لحكم المادتين 169 و 216 من القانون المدني، فإن المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة في ذمة الإدارة بمبلغ ..."[1].

04 . كما يمكن للقاضي القضاء بفسخ العقد ترتيبا لخطأ الإدارة وبناء على طلب المتعاقد، حيث يتميز هذا الفسخ كفسخ جزائي يوقع على الإدارة المقصرة بأنه فسخ قضائي لا يوقع إلا بواسطة قاضي العقد، وهو يقابل حق الإدارة في فسخ العقد لخطا المتعاقد[2].

يعد الفسخ القضائي للعقد من أخطر الجزاءات التي توقع على الإدارة المخلة بالتزاماتها، فكونه من اخطر الجزاءات لا يلجأ إليه القضاء إلا إذا كان الخطاء المرتكب من قبل الإدارة على درجة كبيرة من الجسامة، أو للتأخر الملحوظ في إنطلاق تنفيذ العقد لفترة تجاوز الحد المعقول، أو توقيف الأشغال من طرف الإدارة لمدة طويلة دون تقديمها لمبررات معقولة[3].

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراراته[4].

من أهم ما يترتب على القضاء بفسخ العقد لتقصير الإدارة بالوفاء بإلتزاماتها العقدية هو إنتهاء العقد من تاريخ رفع الدعوى، رغم التزام المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ العقد.

كذلك يترتب على الفسخ القضائي استحقاق المتعاقد التعويض على كافة ما لحق به من خسارة وما فاته من كسب بسبب فسخ العقد، مع مراعاة ما قد يكون المتعاقد أنجزه

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: 31/ ديسمبر 1966، سنة قضائية 12، ص 503.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 575.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 281.

[4] - C.E. 2 Mars 1951; Ville de Poissy ,R .p774.
- C.E. 16 mai 1953 , Glaemger ,R. p 405.
- C.E. 26 juillet 1947, Bongert ,R.p351.

في الفترة ما بين رفع الدعوى والحكم بالفسخ، ويتم تقدير التعويض في تاريخ النطق بالحكم[1].

المبحث الثاني

الحماية القضائية لضمان التوازن المالي للعقد

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 578.

إن الأثر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه من جراء عملية إبرامه للعقد مع الإدارة هو الربح؛ فقد تؤدي ظروف خارجة عن نطاق توقع المتعاقدين إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، تحول بين المتعاقد والغرض الذي يصبو إليه وهو تحقيق الربح، وتكون هذه الظروف بمثابة مغرم يزيد في صعوبة تنفيذ العقد وإرهاقا للمتعاقد وليس مغنما له كما كان يريد.

هذه الظروف التي قد تتسبب الإدارة في حدوثها بما تمتلكه من امتيازات السلطة العامة، بسنها قوانين أو إصدارها قرارات تنظيمية أو رفع أسعار السلع التي يستخدمها المتعاقد في تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال ... تتسبب في قلب اقتصاديات العقد الذي من شأنه الإضرار بمصالح المتعاقد المالية، وكذلك الإضرار بالمصلحة العامة التي تم التعاقد من أجل تحقيقها، وهو الأمر الذي يخالف مبدأ حسن النية من جانب الإدارة؛ الذي يفرض عليها تقديم المساعدة للمتعاقد على تنفيذ العقد بيسر وتجاوز كل الصعوبات التي قد تعترضه.

كما قد تكون هذه الظروف ليس للإدارة يد فيها وهي خارجة عن نطاقها، إلا أنها تضر بشكل كبير باقتصاديات العقد مما يؤثر على الجانب المالي للمتعاقد، ويصّعب من الوفاء بالتزاماته العقدية بالشكل المتفق عليه.

هذه الظروف التي تعطي للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض جزئيا أو كليا عن آثارها الضارة بحسب الأحوال، ووفقا للنظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي والمتمثلة في المخاطر الإدارية (نظرية عمل الأمير)، والمخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة).

المطلب الأول

ضمان تعويض المتعاقد عن المخاطر الإدارية (عمل الأمير)

تعد نظرية عمل الأمير من النظريات القضائية الأصل التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي، وأقرتها التشريعات والقضاء المقارن. التي يهدف من ورائها إلى وضع توازن مالي للعقد يوازن بين التزامات وحقوق المتعاقد، وتحقق نظرية عمل الأمير لا يستحيل

معها تنفيذ العقد وإنما يكون مرهقا له ويزيد من أعبائه، مما يعطيه الحق في الحصول على تعويض كامل.

الفرع الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير

سنتناول تعريفها أولا وشروطها ثانيا ونطاق الإعمال بها ثالثا

أولا: تعريف نظرية عمل الأمير

نتناول التعريف الفقهي ثم التعريف القضائي للنظرية

01 . التعريف الفقهي

عرف الفقيه الفرنسي " **دي لوبادير** " عمل الأمير على أنه:

" كل إجراء تصدره السلطة العامة ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتي تقابل المخاطر الإقتصادية التي تعالجها نظرية الظروف الطارئة"[1].

كما عرفه الدكتور "**ماجد راغب الحلو**" على أنه:

" كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويترتب له الحق في التعويض"[2].

كما عرفه العميد" **محمد سليمان الطماوي**" على أنه:

[1] – أشار إليه: علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2007، ص 47.

[2] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 500.

" عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"[1].

وعرفه الدكتور "**عمار بوضياف** " على أنه:

" جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد"[2].

02 . التعريف القضائي لنظرية عمل الأمير

عرف مجلس الدولة الفرنسي عمل الأمير بأنه:

" عمل يصدر سلطة عامة ودون خطأ من جانبها، ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري"[3].

وعرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه:

" عمل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، لم يكن متوقعا وقت التعاقد قد يترتب عليه ضررا خاصا بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء"[4].

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 624.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

[3] – نقلا عن: محمد شعبان الدرهومي ، مرجع سابق، ص 109.

[4] – أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص 174.

من خلال هذه التعريفات يتضح أن مجال تطبيق نظرية عمل الأمير محصور فقط على الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة فقط ولا يمتد إلى غيرها من الهيئات الإدارية التي قد تصدر عنها إجراءات وأعمال تلحق الضرر البالغ بالمتعاقد.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية عمل الأمير

اشترط كل من الفقه والقضاء شروطا يجب توفرها لتطبيق نظرية عمل الأمير، كشرط أن يكون تطبيق النظرية في إطار عقد إداري، و أن يصدر عن الإدارة المتعاقدة و أن يكون مشروعا بالإضافة إلى إلحاقه ضرر خاصا بالمتعاقد لم يكن يتوقعه عند إبرام العقد.

01 . وجود عقد إداري

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية، فإذا لم تكن هناك رابطة تعاقدية بين المضرور من الإجراء والدولة، أو كان العقد من عقود القانون الخاص، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية[1].

وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بمصر في أحد أحكامها الذي جاء فيه:

" ... متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية، فان طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون.

إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته

[1] – محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص 297.

بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد"[1].

02 . صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة

طبق مجلس الدولة الفرنسي في البداية نظرية عمل الأمير بغض النظر عما إذا كان الإجراء الذي الحق الضرر بالمتعاقد صادر عن الإدارة المتعاقدة أو صادر عن جهة إدارية أخرى.

إلا أن المجلس لم يلبث أن عدل عن ذلك وأصبح يقتصر تطبيق نظرية عمل الأمير فقط على الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة، والتي الحقت ضررا بالمتعاقد، وهو الأمر الذي اتبعه مجلس الدولة المصري بعد تردد.

لذلك لا تطبق نظرية عمل الأمير في عقود الهيئات المحلية عندما يكون العمل الضار صادرا من الدولة أو العكس بينما تطبق النظرية على العقود التي تبرمها إحدى الوزارات إذا كان العمل الضار صادرا عن وزارة أخرى، كون الوزارتين تعملان باسم شخص معنوي واحد هو الدولة باعتبارها جميعا فروعا لها.

فالعمل الضار هنا يعتبر صادرا من نفس الجهة المتعاقدة[2].

استنادا إلى فكرة وحدة شخصية الدولة رغم تعدد أجهزتها واستقلال كل منها عن الآخر، فإذا أبرمت إحدى الوزارات عقدا إداريا فان ما يصدر عن الوزارات الأخرى أو عن

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر سنة: 03 مارس 1957. نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 626.

[2] – محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص298–297.

مجلس الوزراء يرتب ضررا بالمتعاقد يعتبر وكأنه صادرا عن نفس الجهة المتعاقدة ويطبق بشأنه نظرية عمل الأمير متى توافرت باقي شروط تطبيقها[1].

وهو ما حدده مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته قضية "Ville de Toulon" المتعلق ببعض التصرفات أجرتها الدولة وأثرت على عقد إداري أبرمته إدارة المدينة مع أحد الأفراد[2].

03 . مشروعية الإجراء الصادر عن الإدارة

أي أن يكون العمل أو الإجراء الذي يصدر عن الإدارة مشروعا؛ بمعنى أن الإجراء المتخذ من الإدارة تجاه المتعاقد لم يكن بخطأ منها حين أقدمت على هذا العمل الضار، لأن ثبوت خطأ الإدارة يرتب قيام مسؤوليتها العقدية وبالتالي تعويض المتعاقد على هذا الأساس وليس على أساس نظرية عمل الأمير[3].

04 . شرط عدم توقع الإجراء الضار

يشترط لكي يكون للمتعاقد الحق في إعمال نظرية عمل الأمير أن لا يكون ذلك الضرر متوقع حدوثه من قبل المتعاقد، لأنه إذا كان بمقدوره توقع حدوث ذلك الضرر فيفترض أنه قد وضعه في حساباته وهو مستعد لمواجه آثاره عندما قام بتقدير المقابل المالي للعقد. ولا يستحق التعويض في حالة حدوث ذلك الضرر وفقا لنظرية عمل الأمير، و إنما تطبق النصوص التعاقدية للاستفادة من التعويض عن الضرر الذي لحقه[4].

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص180.

[2] - C.E. 04 Mars 1949 ,Ville de Toulon ,Rec. P.197. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 627.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، نفس المرجع ، ص180. وسليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 628.

[4] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 629.

وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بمصر في احد أحكامها الذي جاء فيه:

" ...ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فان المتعاقد مع الإدارة يكون قد ابرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية عمل الأمير"[1].

الشرط الذي أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في احد أحكامها الذي جاء فيه بخصوص تطبيق نظرية عمل الأمير:

" ... إنما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد ..."[2].

كما أن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا يعتد فيه بما وقر في ذهن المتعاقد من توقع للفعل وإنما العبرة ألا يكون في استطاعة الرجل العادي توقع الظروف الجديدة لو وجدت في ذات ظروف المتعاقد، ويبقى دور القاضي هو البحث عما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد قد بذل الجهد المعقول والضروري لتبين ما هو مقدم عليه[3].

05 . أن يرتب الإجراء المتخذ من قبل الإدارة ضرر خاص بالمتعاقد

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه القرار أو الإجراء العام الصادر عن الإدارة المتعاقدة[4].

---

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر بتاريخ: 30 جوان 1957، قضية رقم 983 . نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 629.

[2] – حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: 11 جانفي 1969، نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 629.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص 183.

[4] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص630.

فإذا لم ينشأ عن الإجراء المتخذ من قبل الإدارة ضرر للمتعاقد، أو كان في الإجراء فائدة للمتعاقد، لأنه لكي يستحق المتعاقد التعويض يجب أن يكون هناك ضرر مهما كانت درجته قد أصابه أحدث اختلال في التوازن المالي للعقد[1].

ثالثا: نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير

الإجراءات والأعمال التي تتخذها الإدارة . في إطار نظرية عمل الأمير . تأخذ صورتين، فقد تكون في صورة إجراء خاص أو يكون في شكل إجراء عام.

01 . عمل الأمير في صورة إجراء خاص

يتجسد الإجراء الخاص المتخذ من قبل الإدارة في ممارسة سلطاتها وامتيازاتها وذلك بإصدارها قرارات تتضمن تعديل شروط العقد، فتغير في التزامات المتعاقد معها بالنقص أو بالزيادة.

كما يمكن أن يؤدي الإجراء المتخذ من قبل الإدارة إلى إحداث تغييرات في ظروف تنفيذ العقد، مما قد يصعب على المتعاقد تنفيذه بالشكل المتفق عليه، كما من شأنه أن يحمله تكاليف جديدة لم تكن في الحسبان أثناء عملية إبرام العقد.

أ: الإجراءات الخاصة التي تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد

يكون ذلك بممارسة الإدارة لسلطاتها . التي تطرقنا إليها سابقا . وذلك بإدخال تعديلات مباشرة على العقد، فتزيد في التزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو بالنقص، هذه السلطة الممنوحة للإدارة في إطار ضمان ديمومة واستمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد تقابلها حق المتعاقد في ضمان إعادة التوازن المالي للعقد. وهنا يجمع الفقه والقضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا على كل ما يلحقه بسبب قيام

[1] – جهاد زهير الحرازين، عقود الإمتياز . دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء . مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013، ص 224.

الإدارة بتعديل العقد الذي تلتزم فيه بإحترام القيود المتعلقة بحق التعديل[1]. التي تطرقنا إليها سابقا.

أما إذا لم تلتزم الإدارة بالشروط الواجب توافرها أثناء قيامها بتعديل العقد، فإنها تعتبر مرتكبة لخطأ تعاقدي، ففي هذه الحالة لا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير، بل يتم مساءلة الإدارة على أساس المسؤولية العقدية المعروفة المبنية على الخطأ[2].

ب: الإجراءات الخاصة التي تؤثر في ظروف تنفيذ العقد

هي الإجراءات الخاصة التي تتخذها الإدارة المتعاقدة دون أن تقصد التعديل في الشروط التعاقدية، إلا أن تدخلها ذلك يؤدي إلى التأثير في ظروف تنفيذ العقد مما قد يتسبب في تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم يتوقعها عند إبرامه للعقد، وعندها يتعين تعويضه تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد[3].

كما أنه من الصعب تحديد تدخل الإدارة في نطاق معين؛ لأنه يتعلق بكافة الإجراءات الخاصة التي تتخذها الإدارة المتعاقدة، فقد تتعلق بالقرارات التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه والتي لا تؤدي إلى تغيير شروط العقد ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة، أو بإجراءات الضبط الإداري التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد، كالأمر الصادر من جهة الإدارة . بإعتبارها سلطة بوليس . إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين[4].

---

[1] – زكريا المصري، العقود الإدارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2014، ص 110.

[2] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 349.

[3] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 632.

[4] - C.E. 23 mars 1944 , Sté Energie électrique de Basse –Loire . أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 632.

فهذه الإجراءات الصادرة في صورة قرار فردي تتيح للمتعاقد الذي أصابه ضرر من جراءها أن يطلب الحكم بالتعويض استنادا إلى نظرية عمل الأمير[1].

02 . عمل الأمير في شكل إجراء عام

المقصود بالإجراء العام هو صدور قوانين أو تنظيمات من الإدارة المتعاقدة قد تزيد في التزامات المتعاقد وتحمله أعباء إضافية لم تكن في حساباته أثناء إبرام العقد[2].

إن الأمر في هذه الحالة يبدو أكثر تعقيدا فالإجراء الذي قامت به الإدارة الذي قد يكون في شكل صدور تشريعات أو تنظيمات ... المعني به ليس المتعاقد مع الإدارة في حد ذاته وإنما يتعداه ليشمل جميع المواطنين[3].

في هذه الحالة ذهب الرأي الفقهي الراجح إلى عدم تطبيق نظرية عمل الأمير، كون الإجراء المتخذ من قبل الإدارة لا يقصد به المتعاقد بذاته، بل هو إجراء عام يمس كل المواطنين[4].

أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الرأي في أحد قراراته الذي أعتبر فيه أن الإجراء العام الذي لا يوجه مباشرة إلى المتعاقد وأصابه بضرر لا يعوض بشرطين الأول أن يكون غير متوقع، وهنا تطبق نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير، والشرط الثاني أن ينص في العقد على تعويضه، وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد التعويض تطبيقا للنص العقدي[5].

أ: الإجراءات العامة التي تؤدي إلى تعديل في شروط العقد

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 350.

[2] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 637.

[3] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 353.

[4] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 637.

[5] - C.E. 3 Avril 1903 ,Mistral ,Rec. p 305. .318 أشار إليه: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص

إن قيام الإدارة بإصدار تشريعات أو تنظيمات قد تؤدي إلى تعديلات مباشرة في العقد؛ إما بإلغاء بعض الشروط أو وقف تنفيذ أخرى وإما بتعديل مضمونها، كما قد يكون الإجراء بإنهاء العقد قبل الأوان، في هذه الحالات يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على تعويضات جبرا للأضرار التي لحقته جراء ما يؤدي إليه العمل التشريعي الذي أصدرته الإدارة[1].

من القرارات الشهيرة لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص قراره الصادر في 28 أفريل 1939 في قضية Chemins de fer de l'ouest الذي قضى فيه بأن القانون الصادر في 16 جويلية 1935 الذي تم بمقتضاه خفض نفقات الدولة بنسبة 10 % يترتب عليه حق شركة سكك حديد الغرب في التعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء تخفيض قيمة الأقساط التي كانت تتقاضاها من الدولة، فكان قرار مجلس الدولة بتعويض الشركة تعويضا كاملا على أساس نظرية عمل لأمير[2].

ب: الإجراءات العامة التي تحدث تغيرا في الظروف الخارجية لتنفيذ العقد

هي الإجراءات العامة التي تصدر عن الإدارة ولا تمس مباشرة بشروط العقد؛ وإنما يكون أثرها مقتصرا على التأثير في الظروف الخارجية للتنفيذ، الأمر الذي يجعل منه أكثر إرهاقا ومشقة للمتعاقد . في هذا الخصوص مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد إلا في حالات ضيقة جدا[3]. كالحالة التي يثبت فيها المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحق به بسبب الإجراء العام الذي قامت به الإدارة[4].

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص 355.

[2] – للتفصيل أكثر انظر: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 640.

[3] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، 641.

[4] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 357.

المطلب الثاني

ضمان تعويض المتعاقد عن المخاطر الإقتصادية (نظرية الظروف الطارئة)

تعتبر نظرية الظروف الطارئة أيضا ذات نشأة قضائية جاءت على إثر قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "الإنارة لمدينة بوردو" التي تتلخص وقائعها في أن شركة الإضاءة لمدينة بوردو التزمت بمقتضى عقد إمتياز بتوريد الغاز والكهرباء للمدينة بسعر محدد، وعقب نشوب الحرب العالمية الأولى أرتفع سعر الفحم وكذلك أجور العمال، مما تسبب في إلحاق ضرر للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة.

تقدمت الشركة المتعاقدة للجهة الإدارية مانحة الإمتياز بطلب لإعادة النظر في ثمن العقد، إلا أن الإدارة مانحة الإمتياز رفضت طلب الشركة مما دفع بهذه الأخيرة إلى اللجوء لمجلس الدولة الفرنسي الذي أقر أحقية الشركة في التوازن المالي للعقد وفقا للمبدأ الجديد الذي يقضي بأنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها، وكان من

شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، فإن ذلك يستدعي مساهمة جهة الإدارة في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لهذه الظروف[1].

تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير، أن العمل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية عمل الأمير صدر عن الإدارة المتعاقدة، بينما في نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في مصدر الخلل المالي فهو عارض خارجي وليس لإرادة الإدارة أي دخل فيه[2].

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لإعمال نظرية الظروف الطارئة يتوجب توفر الشروط التالية:

- حدوث ظرف استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ
- أن يكون الحادث خارج عن إرادة طرفي العقد
- أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة

أولا: وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة أثناء التنفيذ

الحادث الإستثنائي هو الحادث الذي يكون من النادر حصوله بحيث يكون شاذا بحسب المألوف ولا يكون في وسع الشخص العادي توقعه[3].

والذي قد يكون ظواهر طبيعية زلازل فيضانات براكين ... كما قد يكون ظرفا إقتصاديا.

أدى إلى إرتفاع الأجور والأسعار بشكل كبير وغير متوقع تسببت فيه أزمة سياسية أو اقتصادية.

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 377.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 241.

[3] -René CHAPUS ,Droit administratif général ,tome 1,15éd ,Montchrestien ,2001 ,p1212.

كما أدرج القضاء المخاطر الإدارية الناجمة عن تدخلات السلطة العامة ضمن الظروف التي تستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة تكون في شكل تنظيما عاما أو إجراءات خاصة بعقد معين[1].

01- الإجراءات التنظيمية العامة

يمكن أن تكون المخاطر الإدارية في شكل تشريعات تصدرها الإدارة المتعاقدة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب كما في حال صدور قوانين اجتماعية ترتب عليها ارتفاعا فاحشا في الأجور والأسعار أو فرض ضرائب جديدة أو الزيادة فيها، أو صدور تشريعات تتعلق بالنقد كتخفيض العملة أو فرض قيود على تداولها ...[2].

كل هذه الحالات تشكل مخاطر اقتصادية تستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما نجم عنها اختلال التوازن المالي للعقد[3].

حيث ذهب مجلس الدولة المصري في هذا الخصوص إلى أنه:

" يعتبر مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصري في مواجهة الدولار حادثا استثنائيا عاما تطبيق بشأنه نظرية الظروف الطارئة "[4].

02- الإجراءات الإدارية الخاصة بموضوع العقد

يقصد بها الإجراءات التي يتم إتخاذها ضد المتعاقد ويكون لها أثر مرهق للمتعاقد ماديا في تنفيذ العقد بشكل يقلب اقتصادياته، كصدور أوامر بنقل أعمدة كهربائية من

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص221.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 674.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص221.

[4] – فتوى قسم الرأي رقم 360 في 18/7/1954، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 896.

موقع العمل لإعتبارات تتعلق بالسلامة العامة، في حين أن العقد المبرم لا ينص على ذلك الإجراء[1].

ثانيا: أن يكون الحادث خارج عن إرادة طرفي العقد

لكي يستفيد المتعاقد من إعادة التوازن المالي للعقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة يتعين ألا يكون لإرادة طرفي العقد دخلا في إحداثه أو المساهمة في إحداثه أو تفاقم أثاره الضارة أو امتداد تلك الآثار إلى العقد[2]. فإذا كان الحادث للإدارة يد فيه فإنه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وإنما تطبق نظرية عمل الأمير[3].

وهو ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:

" ...من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة نجاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول .

ولما ثبت من مستندات القضية الحالية أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه . رئيس بلدية عين الباردة . بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به. ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقته"[4].

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، نفس المرجع، ص 222.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 241.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص224.

[4] – قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد 01، سنة 1994، ص 217.

ثالثا: أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة

المقصود هنا هو أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب. حيث الحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة، كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب أو تقبل على استحداث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ مضمون العقد، أو تصدر نصا جديدا يتضمن شبكة للأجور تختلف عن الشبكة القديمة اختلافا جوهريا ...

ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة تنفيذ العقد إرهاق المتعاقد مع الإدارة ماليا.

لذا وجب أن ينصف بإعادة التوازن المالي للعقد[1]. فإذا كان مجرد حدوث خسارة عادية هو أمر يتوقع حدوثه أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فيجب أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا للمتعاقد، ويكون الضر الذي أصاب المتعاقد جسيما وغير طبيعي نشأت عنه خسارة فادحة للمتعاقد[2].

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته[3].

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تكون الآثار

القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة في شكل التزامات؛ منها ما يقع على عاتق المتعاقد، كإلتزامه بالإستمرار في تنفيذ العقد، وعدم التحجج بكون إستمرار في التنفيذ سيلحق به ضررا فادحا؛ كون الإدارة ستشاركه في تحمل جزء من هذا الضرر

[1] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 242.

[2] - Marie Christine Rouault , droit administratif ,Gualino éditeurs ,2 édition ,2007,p334.

[3] - C.E. 20 décembre 1985 , Administration générale de l'assistance publique a paris .R.D.P .1987 , p 1727 .

- C.E .10 octobre 1984, Ent Cottin journaux , R.D.P .1985 .P223.

وتقدم له المعاونة طوال مدة الظرف الطارئ[1]. حفاظا على استمرارية سير المرفق العام وتقديم خدماته للمرتفقين.

01- إستمرار المتعاقد في تنفيذ الالتزامات التعاقدية

بتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هذا لا يعني تحلل المتعاقد مع الإدارة من كل التزاماته التعاقدية؛ لأن ذلك يؤدي حتما إلى عرقلة السير الحسن للمرفق العام، وهي المهمة الرئيسة للإدارة التي تسهر على ضمانها[2].

عمليا الظرف الطارئ لا يجعل من تنفيذ الالتزامات التعاقدية بالنسبة للمتعاقد أمرا مستحيلا، وإنما يكون مرهقا له فقط وذلك بتحميله نفقات إضافية لم تكن في حساباته في الأول.

لأن الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو أن تقوم الإدارة بمد يد المعاونة للمتعاقد من أجل الوفاء بإلتزاماته التعاقدية ،حفاظا على سير المرفق العام[3].

وهو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو، التي كان يهدف من ورائها إلى إستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة.

هذا ويترتب على هذا المبدأ أنه يتعين على المتعاقد الذي يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ العقد رغم الظرف الطارئ ما دام التنفيذ ممكنا ولم يتحول إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ.

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 417.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 232.

[3] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 689.

أما في حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة،فإنه يمكن للإدارة أن توقع عليه الجزاءات . التي تم التطرق إليها سابقا . ومن أهمها عقوبة غرامة التأخير[1].

أما مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص فإن قراراته كانت تتسم بالمرونة؛ فقد حكم بالتعويض تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، إذا قدر صعوبة الظروف التي أصابت المتعاقد المتوقف أثناء مرحلة التنفيذ، مع خصم مبالغ غرامات التأخير من مبلغ التعويض[2]، وفي حالات أخرى رفض تعويض المتعاقد الذي لم يلتزم بالإستمرار في تنفيذ العقد[3].

كذلك في قرار آخر لمجلس الدولة الفرنسي الذي أعطى فيه الحق للمتعاقد الذي لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته ووقع له تأخر في التنفيذ بسبب الظرف الطارئ بأن يطالب بعدم توقيع غرامات التأخير[4].

02- حق المتعاقد في أن تلتزم الإدارة بتعويضه

إن شرط التزام المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ العقد لكي يستفيد من مقتضيات نظرية الظروف الطارئة يقابله التزام يقع على عاتق الإدارة وذلك بتحملها لجزء من الخسارة التي

---

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 419.

[2] -C.E. 13 novembre 1953 ,Charnit et Collet ,Actual. Jur ,1954 . P 66 نقلا عن: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، 690

[3] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، 690.

[4] - C.E. 13 décembre 1961 ,Rec. p706. أشار إليه: جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 420.

لحقت بالمتعاقد بسبب الضرر الذي خلفه الظرف الطارئ، وذلك بغرض مساعدته على مواصلة تنفيذ العقد، حفاظا على استمرارية سير المرفق العام بإنتظام واطراد[1].

كما أن التعويض هنا ذو طابع مؤقت يرتبط بالظرف الطارئ وجودا وعدما، بحيث يتوقف التعويض بزوال الظرف الطارئ، ويمكن أن يكون دفع الإدارة للتعويض وفقا لحل ودي مع المتعاقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، وتتجسد الحلول الودية بكثرة في عقود الإمتياز التي تلجأ فيها الإدارة إلى تعديل قيمة الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد من المرتفقين، وبهذا تتفادى الإدارة دفع التعويض من الخزينة العمومية. أما في حالة عدم التوصل إلى حل ودي بين المتعاقد و الإدارة فإنه يمكن للمتعاقد اللجوء للقضاء.

وهنا دور القاضي يتجسد في الحكم بالتعويض المناسب ولا يتعدى إلى تعديل العقد[2].

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته[3].

هذا ويكون توزيع الخسارة بين طرفي العقد، إلا أنه في الغالب تتحمل الإدارة الجزء الأكبر منها، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر سنة 1992 حيث أقر بأن الزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد الناتجة عن ظروف خارجية طارئة يبرر طلب التعويض على أن يكون مغطيا لنسبة 90 % إلى 95 % من تلك الأعباء[4].

هذا وتبين نظرية الظروف الطارئة الدور المهم لتدخل القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد، بغرض تحقيق المصلحة العامة من جهة والتوازن المالي لصالح

---

[1] – السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 453.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 234.

[3] - C.E. 21 janvier 1944 , Sté d'entreprises , Rec. P 23.

[4] - C.E. 19 février 1992 , S.A. Dragages et Travaux publics , les grands arrêts de la jurisprudence administrative ,Dalloz ,18e éd ,2011,p183.

المتعاقد من جهة أخرى دون أن يؤثر هذا التدخل في إحداث أي غبن قد يمس أحد أطراف العقد الإداري على حساب الآخر[1].

فالهدف من إيجاد نظرية الظروف الطارئة من قبل القضاء الإداري الفرنسي هو إلزام الإدارة المتعاقدة بأن تشارك المتعاقد في الخسائر التي تلحق به بسبب الظرف الطارئ، وليس بغرض تحميل الإدارة كل الخسارة، وهو ما يسهل عملية تنفيذ العقد، ويحقق نوع من العدالة بين أطراف العقد الإداري[2].

[1] – السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 454.

[2] - C.E. 12 Mars 1976 , Département des Hautes – Pyrénées ,Rec. P 155. أشار إليه: السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 454.

الباب الثاني

آليات الحماية المكرسة للمتعاقد مع الإدارة

لكي تتجسد الحماية القضائية للمتعاقد بالشكل المرغوب فيه يستوجب توفر آليات قانونية وقضائية بواسطتها يمكن له المطالبة بحقوقه وحمايتها.

لعل أهم الآليات التي يمكن للمتعاقد استخدامها للمطالبة بحقوقه أمام القضاء الإداري هي الدعاوى الإدارية بكل أنواعها، والأوامر القضائية.

لقد عرفت الدعاوى القضائية الإدارية عدة تقسيمات، تقوم على أسس ومعايير منطقية وموضوعية. أهمها التقسيم التقليدي والتقسيم الحديث، والتقسيم التوفيقي المختلط الذي يصنف الدعاوى القضائية الإدارية إلى دعاوى قضاء المشروعية، ودعاوى قضاء الحقوق.

دعاوى المشروعية هي التي تهدف إلى تقدير مشروعية عمل قانوني أو مادي وفقا لقاعدة قانونية أو مركز قانوني، ويمكن تصنيف الطعون التي تندرج ضمن دائرة دعاوى المشروعية، دعوى التفسير ودعوى الإلغاء ودعوى فحص شرعية القرارات الإدارية... إلى غيرها من الدعاوى في هذا النطاق.

أما دعاوى الحقوق فهي الدعاوى التي تفصل في مسائل تتعلق بوجود الحقوق أو مضمونها أو أثارها أو أن يقرر ما إذا كان هناك مساس بهذه الحقوق، ومجال هذه الدعاوى الحقوق التعاقدية أو حق التعويض أو حالة المسؤولية التقصيرية وتكون ضمن دائرة دعوى القضاء الكامل.

وعليه سنتناول الحماية الإستعجالية للمتعاقد، بإعتبارها الضمانة الأولى للمحافظة على الحقوق؛ لما تتمتع به من سرعة في الإجراءات واختصار للوقت، سواء عن طريق الدعاوى الإستعجالية أو عن طريق الأوامر القضائية. (الفصل الأول).

ثم نتناول الحماية المقررة للمتعاقد بموجب دعاوى الموضوع، سواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء، أو دعاوى القضاء الكامل. (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الحماية الإستعجالية للمتعاقد مع الإدارة

يعتبر القضاء الإستعجالي الإداري من أهم الآليات التي توفر الحماية المؤقتة للمتقاضين، بما لها من ميزة توجيه الأوامر واتخاذ التدابير الإستعجالية التحفظية إلى غاية الفصل النهائي في دعوى الموضوع.

فهو طريقا استثنائيا يهدف إلى توفير نوع من الحماية السريعة والمؤقتة لحقوق مهددة بالضياع والتلاشي أو تترتب عليها أثار لا يمكن تداركها فيما بعد إن لم توفر لها حماية قضائية استعجاليه تضمن بقاء معالمها دون طمس.

فيمكن للقاضي عن طريق الإستعجال بموجب أمر على عريضة أن يأمر بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تكون محل نزاع مستقبلي، وذلك بتعيين خبير على وجه السرعة للقيام بتثبيت حالة تلك الوقائع، وهو ما جاء بنص المادة 939 ق ا م ا.

كما يمكن للقاضي الإداري كذلك أن يأمر بناء على عريضة بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق، وهو ما نصت عليه المادة 940 ق ا م ا.

ويمتد الإستعجال كحماية كذلك للمتعاقد ليشمل حقه في استعمال دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية التي قد تصدرها الإدارة ضد المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وفقا لما تمتلكه من سلطات في هذا الخصوص.

كما للمتعاقد أن يلجأ على وجه الاستعجال للقضاء بغرض رفع دعوى الإشكالات التي قد تعترضه في تنفيذ حكم من الأحكام التي استفاد منها في مخاصمته للإدارة أمام القضاء، فينظر القاضي الإداري في دعوى إشكالات التنفيذ و يفصل فيها وفقا لمقتضيات حالة الإستعجال.

تفصيلا لهذا نتناول الحماية المقررة بموجب أوامر قضائية(المبحث الأول).

والحماية المقررة بموجب دعاوى استعجاليه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحماية المقررة بموجب أوامر قضائية

أقر المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الأول من الفصل الثالث من الباب الثالث في المادتين 939 و940 منه ضمانات تمثل حماية لحقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة، تتمثل في طلب يقدم لقاضي الإستعجال يتضمن إثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع، وذلك بموجب أمر على عريضة.

وكذلك مكنه من حقه في طلب إجراء تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق بناءا على عريضة تقدم لقاضي الإستعجال كذلك.

يهدف هذين الإجرائين إلى المحافظة على الأدلة والإثباتات للوقائع التي ستكون محل نزاع مستقبلي من الضياع والتلاشي، فيقوم القاضي بتعيين خبير يقوم بدون تأخير بإثبات حالة تلك الوقائع، أو الأمر بكل تدبير ضروري.

سنتناول في هذا المبحث:

مطلب أول: الأمر بإثبات الحالة

مطلب ثاني: الأمر بتدابير التحقيق

المطلب الأول

الأمر بإثبات الحالة

لدراسة إثبات الحالة نتناول:

الفرع الأول: تعريفها

الفرع الثاني: شروطها

الفرع الأول: تعريف المعاينة (إثبات الحالة)

إثبات حالة أو سماع شاهد يخشى هلاكه هما صورتان لدعوى تهيئة الدليل، فإثبات الحالة تم تعريفها على أنها:

"إجراء تحفظي يتم على نفقة رافعها بقصد إثبات حالة معينة بغرض استخدام ما يتم إثباته كدليل في دعوى مستقبلية، وذلك خشية زوال أو طمس الدليل "[1].

كما عرفها الأستاذ: لحسين بن شيخ آث ملويا على أنها:

" الوصف أو تقديم حساب، أو إعداد محضر على طريقة المحضر القضائي، دون إبداء لتقديرات أو تخمينات، فالمطلوب من الخبير ليس *بدراسة مكتبية * لكن عملا في الميدان"[2].

هذا و يتبين من نص المادة 940 ق ا م ا بالمعنى البسيط لها، هو أن يثبت الخبير المعين؛ الذي تم تعيينه من طرف قاضي الإستعجال الوقائع المادية التي تكون محل نزاع محتمل في المستقبل، ويكون من اختصاص القضاء الإداري.

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2011، ص 175.

[2] – لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص528.

كما يمكن الأمر بالمعاينة لحالات واقعية. كالمعاينة التي تكون على الأرض التي تقام عليها الأشغال[1].

فإثبات الحالة إذن هي إجراء تحفظي بغية المحافظة على الوقائع والأدلة من الضياع والطمس والتلف، وهي عمل ميداني يقوم به خبير يتم تعينه من طرف قاضي الإستعجال.

كما أنها بمثابة ضمانة إستعجاليه ممنوحة للمتعاقد مع الإدارة بغرض حماية حقوقه وتوكيدا لما قام به من أشغال، أو لما يعتريه من عراقيل مادية أو قانونية تحول دون قيام المتعاقد بالإلتزامات المتعاقد عليها كان الأجدر للإدارة إزالتها.

الفرع الثاني: شروط طلب إثبات الحالة

لتقديم طلب إجراء معاينة إثبات الحالة يجب توفر ثلاث شروط أساسية وهي:

أولا: وجود وقائع محددة

تتجسد المعاينة في وجود وقائع محددة، وعلى طالب المعاينة تحديد الوقائع المراد تثبيتها تحديدا دقيقا وأن يكون الهدف منها إثبات حالة فقط للوقائع المادية، وإلا كان الطلب مرفوضا[2].

المقصود في نص المادة 939 ق ا م ا بكلمة *وقائع *، أنها وقائع مادية، وليس وضعية قانونية؛ أي أن المعاينة تكون محصورة فقط على المعاينات المادية للوقائع دون الوضعيات القانونية.

ونظرا لأهمية المعاينة الإستعجالية المتمثلة في المحافظة على الوقائع وإثباتها فإن التقييد الوارد على حصر إثبات الحالة في المعاينة المادية، قد تحمل عدة صور

[1] – عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص301.

[2] – زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2016، ص175.

وأنواع، كالأمر بها عند الاقتضاء بهدف إثبات وضعية الأماكن، أو كوصف وضعية الأرض التي أقيمت فيها الأشغال، أو وضعية بناية وقعت فيها بعض الخروقات، وكذا مهمة الخبير بوصف ظروف تنفيذ أشغال توسيع طريق والتي كانت سببا لتلك الخروقات ...[1].

ثانيا: توافر عنصر الإستعجال

لم تنص المادة 939 ق ا م ا صراحة على عنصر الإستعجال كشرط لقبول طلب إثبات حالة، إلا انه تم ربطها بقاضي الإستعجال الذي يجوز له أن يأمر بها، وهو ما يفيد على إلزامية توفر عنصر الإستعجال ليقبل الطلب المتضمن إجراء المعاينة واثبات الوقائع.

هذا ورغم عدم النص على شرط عنصر الإستعجال صراحة في المادة 939 ق ا م ا إلا انه لابد من توفره في الواقعة، ومرد ذلك نص المادة نفسها ... أن يعين خبيرا ليقوم بدون **تأخير** بإثبات حالة الوقائع ...[2].

فكلمة بدون تأخير تفيد السرعة لأن الأمر طارئ خوفا من زوال الواقعة. بمعنى أخر لو كانت الوقائع ثابتة ولا تتغير معالمها لما أمر قاضي الإستعجال بإثبات الحالة، لأن الحالة المراد إثباتها هي أصلا ثابتة ولا يمكن أن تطمس أو تختفي.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري أعتبر عنصر الإستعجال شرط أساسي لرفع دعوى تهيئة الدليل بإعتبارها دعوى مستعجلة الغرض منها المحافظة على معالم واقعية من الضياع يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء، وهو ما ذهبت إليه في هذا الخصوص المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها جاء فيه:

---

[1] – لحسين بن شيخ اث ملويا، مرجع سابق، ص528.

[2] – لحسين بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء م جلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 31.

"... ومن حيث أنه فيما ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه، بأنه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بمقولة أن ما أستند إليه بعدم وجود الإستعجال في دعوى تهيئة الدليل الصادر فيها الحكم لم يصادف محلا.

وذلك فيما قرره الحكم بأن ما تطلبه الشركة المدعية هو إثبات حالة مواقع العمل وحصر ما أتمته الشركة من أعمال، وما وردته من أدوات ومعدات وتحديد قيمة ما تم توريده، وهي أمور ثابتة لا يخشى من تغيير معالمها.

وأنه لا يتوافر وجه الإستعجال في حصر هذه الأعمال وتحديد قيمة ما تم توريده، وما إذا كانت المعدات الموردة والأعمال التي تمت مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد ووجه المخالفة إن وجد فضلا عن أن تقرير الإلجاء إلى الخبير وتحديد مهمته، إنما يكون من خلال التصدي للموضوع ..."[1].

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص 178.

المطلب الثاني

تدابير التحقيقle référé d'instruction

نصت المادة 940 ق ا م ا على أنه يجوز لقاضي الإستعجال أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق، حتى في حالة عدم وجود قرار إداري مسبق بموجب عريضة، وهو الإجراء الذي كان مكرسا بموجب المادة 171 مكرر ق ا م الملغى.

مكنت أحكام هذه المادة قاضي الإستعجال من إتخاذ كل التدابير الضرورية التي يمكن لقاضي الموضوع أن يبني عليها حكمه، فقط أن تكون تدابير تحفظية ذات طابع مؤقت غير فاصلة في موضوع النزاع، كأن يأمر بالتحقيقات اللازمة والفحوصات، وكذا الأمر بالاطلاع على القرارات والمستندات الإدارية والحصول عليها. وتمثل الخبرة من الناحية العملية التدبير التحقيقي الذي يؤمر به أكثر من غيره[1].

كما يمكن أن يكون مضمون هذا التدبير توجيه إنذار إلى الإدارة، يكون بمثابة تحضير لنزاع مستقبلي الذي أجازه الإجتهاد القضائي، كون هذه التدابير قد تكون محل نزاع قائم مطروح أمام القضاء الإداري ،كما قد يكون على نزاع محتمل أي يكون في المستقبل.

إن هذا الحق – توجيه إنذار للإدارة – المكرس كحماية للأفراد ومنهم المتعاقد مع الإدارة، لا يمكن تصوره يمنح للإدارة كون الإدارة لها من الوسائل المادية والقانونية ما يغنيها عن اللجوء للقضاء من أجل الحصول على إنذار يوجه للأفراد.

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص253.

إذا قام القضاء الإداري بقبول طلب الإدارة المتضمن توجيه إنذار للأفراد يكون هذا بمثابة تخلي الإدارة عن مهامها وسلطاتها التي تقوم بها بنفسها، والمقررة لها قانونا[1]، دون اللجوء للقضاء من أجل تقرير هذا الحق، وما لجوء الإدارة للقضاء في هذه الحالة إلا من باب هدر الوقت والتنصل من تحمل المسؤوليات وإلصاقها بجهات أخرى.

الفرع الأول :مدى ضرورة توفر الإستعجال و النجاعة للنطق بالتدابير أو التحقيق

أولا : حالة الإستعجال في التدابير أو التحقيق

لم ينص المشرع الجزائري في المادة 940 ق ا م ا على إلزامية توفر عنصر الإستعجال لقبول طلب إجراء التدابير أو التحقيق، فمثل هذا النوع من التدابير أو التحقيق يؤول الاختصاص فيه إلى قضاء الإستعجال بنص القانون، حتى في حالة تخلف عنصر الإستعجال وعدم مساسه بأصل الحق، بل يتصدى قاضي الإستعجال للموضوع ويفصل في أصل الحق[2].

كما نص المشرع صراحة في المادة 946 ق ا م ا إلى جواز إخطار المحكمة الإدارية بموجب عريضة، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، دون أن يشترط توفر عنصر الإستعجال[3].

من هذا يتبين أن المشرع الجزائري قد أستبعد عنصر الإستعجال عندما يكون القاضي الإداري بصدد النطق بتدابير ضرورية أو القيام بتحقيق، مقتديا بنظيره الفرنسي في هذا الشأن، وهذا لما يتبين لقاضي الإستعجال بأن الأمر بتلك التدابير يشكل المسلك الصحيح للسير الأمثل للعدالة.

---

[1] – بن ناصر محمد ،إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد04 ، 2003، ص31، 33.

[2] – كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي ، ب س ن، برج بوعريريج، ص129.

[3] – المادة 946 من القانون رقم: 08/09 المؤرخ في: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد21، مؤرخ في: 23/04/2008.

تجدر الإشارة إلى أن عدم إشتراط عنصر الإستعجال في هذه الحالة لا يعني إستبعاده تماما، قد يكون عنصر الإستعجال هو الذي يعطي النجاعة التي من خلالها يأمر قاضي الإستعجال بإجراء التدابير الضرورية أو التحقيقات اللازمة.

ثانيا: شرط النجاعة في التدابير أو التحقيق

يقصد بالنجاعة في الأمر بالتدابير الضرورية أو التحقيق؛ أن تكون ذات قيمة حقيقية في فض النزاع من حيث الموضوع؛ أي أن هذا الإجراء هو الذي يبني عليه قاضي الموضوع حكمه لاحقا، ومن هنا يتبين أن النجاعة المطلوبة في الأمر بالتدابير أو التحقيق لها دور أساسي ومفصلي في حل النزاع لاحقا.

كما أنه لا يجوز لقاضي الإستعجال أن يأمر بتدبير تحقيقي إلا إذا رأى أنه ضروري ومجدي في حل النزاع من حيث الموضوع[1].

تطبيقات شرط النجاعة:

رفض مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته المتعلقة بشرط النجاعة طلب إجراء خبرة متعلقة بتقييم ضرر في قضية المساعدة الإجتماعية لمرسيليا، في حين أن دعوى الموضوع غير مقبولة[2].

كما رفض المجلس الإداري للاستئناف الفرنسي في 1995/05/04 خبرة مطلوبة خارج أي نزاع موجود، حالا كان أم احتماليا.

ثالثا: إستبعاد شرط عدم المساس بأصل الحق

من نص المادة 940 ق ا م ا نجد أن المشرع لم يشترط أن يتقيد قاضي الإستعجال الآمر بإجراء تدابير التحقيق بأن لا يمس في نطقه أصل الحق المتنازع عليه،

[1] – عدو عبد القادر، مرجع سابق، ص300.

[2] – قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في: 30 سبتمبر 1998، نقلا عن: لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص535.

بل كل ما أشترطه المشرع في نص هذه المادة هو شرط النجاعة في التدبير التحقيقي، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 1996/03/11 في قضية (SCI du domaine des figuiers) الذي تخلى بموجبه عن شرط عدم المساس بأصل الحق في تدابير التحقيق التي يؤمر بها إستعجاليا[1].

يرجع سبب التخلي عن شرط عدم المساس بأصل الحق . كما ذكرنا سابقا . إلى كون قاضي الإستعجال يأمر بإجراء تدابير التحقيق، لما يتأكد من نجاعتها، وبأنها ستكون هي الفيصل أمام قاضي الموضوع لاحقا؛ أي أن قاضي الموضوع سيبني عليها حكمه.

[1] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص536.

المبحث الثاني

الحماية الإستعجالية المقررة بموجب دعاوى قضائية

ميزة قضاء الإستعجال هو الطابع المؤقت للتدابير التي يؤمر بها، إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، هذه التدابير الإستعجالية التي يشترط فيها عدم المساس بأصل الحق، و الذي يعود الإختصاص فيه لقاضي الموضوع، فلا يجوز لقاضي الإستعجال مثلا أن ينظر في مدى مشروعية لجوء الإدارة إلى فسخ عقد إداري، لأن هذا الإجراء فيه مساس صارخ بأصل الحق.

إن من أبرز الدعاوى التي يختص بها قضاء الإستعجال الإداري، دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ودعوى إشكالات التنفيذ.

فدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية المقصودة في هذه الحالة، هي الدعاوى التي تنصب على القرارات الإدارية المرتبطة بتنفيذ العقد الإداري، أي القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، هذه المرحلة التي هي موضوع دراستنا.

المطلب الأول

الحماية المقررة في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية المرتبطة بتنفيذ العقد الإداري

الأصل أن القرارات الإدارية تنفذ من تاريخ صدورها، وتصبح نافذة بالنسبة للمخاطبين بها من تاريخ علمهم بها عن طريق التبليغ إذا كانت قرارات فردية، ومن تاريخ النشر بالنسبة للقرارات التنظيمية.

الإستثناء من هذه القاعدة هو إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري الإستعجالي بغرض تقديم طلب يتضمن وقف تنفيذ القرارات التي تحدث شك جدي حول مشروعية القرار محل طلب وقف التنفيذ.

تطبيقا لهذا نصت المادة 919 ق ا م ا على أنه:

" عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار..." .

الفرع الأول: الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري

تتمثل الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري في:

- أن تنصب على قرار الإداري.
- أن تسبق دعوى وقف التنفيذ بدعوى في الموضوع لإلغاء القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ.

أولا: أن تنصب على قرار الإداري

إن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، باعتبارها طلبا مرتبطا بدعوى الإلغاء لا تكون مقبولة إلا إذا كانت هذه الأخيرة مقبولة. ودعوى الإلغاء هي الأخرى يرتبط موضوعها بقرار إداري صادر عن سلطات إدارية وطنية يكون مكتمل الأركان ونهائي؛ أي لا يكون عبارة عن أعمال تحضيرية أو تمهيدية، لأن مثل هذه الأعمال لا تكون محل دعوى إلغاء إلا مع القرار الإداري النهائي.

درج القضاء الإداري على التمييز بين نوعين من القرارات الإدارية التي تصدرها السلطات الإدارية في مجال العقود الإدارية، القرارات الإدارية المنفصلة والقرارات الإدارية المتصلة.

القرارات الإدارية المنفصلة Actes détachables

مفهومها:

اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية في إحدى قراراتها القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري أنها:

" ... هو قرار يسهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا"[1].

فهذا القرار إذن يتعلق بالأعمال التمهيدية لعملية إبرام العقد الإداري، بداية بوضع شروط العقد والإعلان عنه، وعملية تلقي العروض ...إلى غاية عملية إبرام العقد كل هذه العمليات تتم بموجب قرارات إدارية تصدرها الإدارة بما تمتلكه من

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 320، بتاريخ: 05/04/1975م، أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص253.

سلطات منحتها إياها القوانين والتنظيمات، فهي إفصاح من جانب الإدارة وحدها عن إرادتها المنفردة، فكل هذه القرارات في هذا الصدد لا خلاف عليها كونها قرارات منفصلة عن العقد تخضع لرقابة قاضي الإلغاء[1].

أما بعد عملية إبرام العقد فإن لجوء المتعاقد لقضاء الإلغاء بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع، في المراحل التحضيرية ساهم في إبرام العقد الإداري.

الواقع أن إلتجاء المتعاقد إلى دعوى الإلغاء لطلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ألتي ساهمت في تكوين العقد محل نظر فإلتجاء المتعاقد إليها لا يكون بطبيعة الحال إلا بعد إبرام العقد، وحينئذ لا يكون للمتعاقد مصلحة في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء ...

لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء، لأنه لو حصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فانه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يرتب له النتيجة إلي تترتب على الحكم بالإلغاء، ومن ثم فإنه يكون من الأفضل له أن يلجأ إلى قاضي العقد مباشرة "[2].

كما يمكن للمتعاقد أن يمارس حقه في رفع دعوى الإلغاء مثله مثل سائر المواطنين، إذا أصدرت الإدارة المتعاقدة أثناء مرحلة تنفيذ العقد قرارات غير مشروعة، لا بصفتها مصلحة متعاقدة، وإنما بما تمتلكه من سلطات وامتيازات الإدارة العامة. بشرط توفر المصلحة في رفع الدعوى[3].

[1] – محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007. ص334.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ص218.

[3] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص219.

كان القرار الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر في 16 ديسمبر 1907 في قضية (Grandes compagnies)الفضل في وضع أساس التفرقة، حين ميز المفوض "tradieu" بين حالتين: حالة استناد القرارات الإدارية الصادرة على دفاتر الشروط، ففي هذه الحالة الاختصاص يؤول للقضاء الكامل أي قاضي العقد.

أما إذا استندت الإدارة في إصدار القرارات الإدارية إلى القوانين والتنظيمات، فإن الاختصاص هنا ينعقد لقاضي الإلغاء للحكم على مدى مشروعية تلك القرارات الإدارية* .

ثانيا: شرط أسبقية رفع دعوى الإلغاء على دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري

لكي تكون دعوى الإلغاء مقبولة من الناحية الشكلية أشترط المشرع بموجب المادة 919 ق ا م ا، أن تسبق دعوى إلغاء القرار الإداري كليا أو جزئيا وذلك بنصها:

"عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي،

يجوز لقاضي الإستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار... ".

تجدر الإشارة إلى أن الإلغاء الجزئي المنصوص عليه في المادة 919 ق ا م ا هو شئ جديد في التشريع الجزائري، لأن المستقر عليه سابقا في القضاء

* – "quand l'état invoquera les pouvoirs de police pour imposer aux compagnies des obligations nouvelles, la légalité de ces prescriptions devra être examinée elle- même, abstraction faite du contrat ; c'est par la voie du ' recours pour excès de pouvoir que les compagnies devront attaquer ces actes d'autorité "

. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص219.

الإداري الجزائري إلغاء القرار الإداري كاملا، وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي يجيز للقاضي الإداري هنا إمكانية الإلغاء الكلي للقرار الإداري و إمكانية تعديله.

ولعل عدم منح المشرع الجزائري للقاضي الإداري إمكانية تعديل القرار الإداري راجع لإحترام مبدأ الفصل بين السلطات، الذي لا يعطي الحق للقاضي الإداري الحلول محل الإدارة وتعديل قراراتها[1].

كما يشترط لقبول دعوى وقف التنفيذ أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت في الآجال القانونية، وهي أربعة أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للقرارات الفردية، ومن تاريخ التعليق بالنسبة للقرارات التنظيمية.

إن مرد عدم قبول دعوى وقف التنفيذ في هذه الحالة هو كون القرار الإداري قد تحصن ولا جدوى من الأمر بوقف التنفيذ، لأن دعوى الإلغاء رفعت خارج الآجال[2].

حيث أكدت هذا الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في قرارها رقم 72400 الصادر بتاريخ: 1990/06/16 وذلك بقولها:

" ...حيث أن المستأنف عليه لم يرفعوا دعوى البطلان ضد مقرر الوالي المتعلق بإدراج قطعتي الأرض محل النزاع. حيث أن الاجتهاد القضائي الإداري أستقر على أن القاضي الإداري لا يمنح وقف تنفيذ قرار إداري ما لم يكن مسبوق بدعوى مرفوعة ضده في الموضوع. لأن طلب وقف التنفيذ يعتبر طلب فرعيا مرتبطا ارتباطا وثيقا بالدعوى المرفوعة في الموضوع...[3].

---

[1] – غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص70.

[2] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص461.

[3] – قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد01، لسنة 1993، ص 131.

من تطبيقات مجلس الدولة الجزائري في هذا الخصوص كذلك، قراره 13397 الصادر بتاريخ: 2003/01/07 الذي جاء فيه:

" حيث ثابت من عناصر الملف أن النزاع يتعلق بقرار فردي يرجع الفصل فيه إلى مجلس الدولة، لكن حيث من الثابت أن إجراء وقف التنفيذ يشكل طبقا لإحكام المادة 283 ق ا م إجراءا تبعيا لدعوى أصلية لإبطال القرار محل الطلب، وبما أن هذه الدعوى لم ترفع، فيتعين رفض الطلب شكلا"[1].

ثالثا: أن يكون طلب وقف التنفيذ ذو موضوع

موضوع طلب وقف تنفيذ القرار الإداري هو دعوى الإلغاء المرفوعة مسبقا أو تزامنا معها ،فإذا تم الفصل في دعوى الإلغاء بالرفض، فان دعوى وقف التنفيذ تصبح بدون موضوع، مما يتعين رفها كذلك[2].

هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره رقم 14489 الصادر بتاريخ: 2003/04/01 جاء فيه:

"... حيث ومع ذلك، وبموجب قرار صادر في نفس اليوم، رفض مجلس الدولة الدعوى في الموضوع والرامية إلى إبطال قرار العارضين المذكور، حيث أنه وبالتالي، فان الطعن الحالي أصبح دون محل ..."[3].

رابعا: أن يكون القرار نهائي

لا ينصب طلب وقف التنفيذ إلا على القرارات الإدارية النهائية التنفيذية؛ مما يعني استبعاد القرارات التحضيرية في دعاوى وقف التنفيذ. وهو ما ذهب إليه

[1] – قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2003، ص135.

[2] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص462.

[3] – قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2003، ص138.

مجلس الدولة الفرنسي في قضية "أموروس" الصادر بتاريخ: 1970/01/23 والذي جاء فيه:

" ليس في مقدور المحاكم الإدارية ومجلس الدولة الأمر بوقف تنفيذ القرار المحال عليهما إلا في حالة كونه تنفيذيا"[1].

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري

هناك شرطان يتعلقان بموضوع دعوى وقف التنفيذ، شرط الاستعجال، وشرط الجدية.

أولا: الإستعجال

الإستعجال شرط أساسي لكي يكون قاضي الإستعجال مختصا. وحالة الإستعجال تتوفر عندما تكون هناك وضعية إستثنائية تستدعي المواجهة بإجراءات أو تدابير سريعة وفعالة[2].

يتوفر الإستعجال الذي يوجب وقف التنفيذ، إذا كان تنفيذ القرار الإداري من شأنه ترتيب نتائج يصعب تداركها، في حالة القضاء بإلغاء القرار محل الطعن[3].

فقد عرف الإستعجال بأنه ضرورة الحصول على حماية قانونية عاجلة التي لا تتحقق من إتباع الإجراءات العادية للتقاضي؛ نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم أو تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه أو إصلاحه[4].

---

[1] – أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 462.

[2] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص 466.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور المستعجلة، دار الفكر العربي، المنصورة، طبعة 2011، د س ن، ص70.

[4] – بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع قرفي، باتنة، الجزائر، 1995، ص32.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تحديد حالة الإستعجال، تكون من تاريخ نظر قاضي الإستعجال في الدعوى، وليس من تاريخ قيدها[1].

وعليه إذا رفعت الدعوى وكان عنصر الإستعجال متوفرا حينئذ، ثم زال عنصر الإستعجال بعد ذلك يتعين على قاضي الإستعجال رفض الدعوى[2].

إلا أن جانب آخر من الفقه، ذهب إلى أعتبار عنصر الإستعجال متوفرا من تاريخ رفع الدعوى، لا من تاريخ الفصل فيها[3].

ثانيا: توفر عنصر الجدية

لقبول دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، يشترط وجود أسباب جدية تظهر من خلال التحقيق تفيد وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار، وهو ما ذهبت إليه المادة 919 ق ا م ا التي نصت على:

"...ومتى ظهر من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار".

كما يجب أن تكون الوسائل المثارة تلقائيا حول عدم مشروعية القرار الإداري محلا لفحص دقيق من طرف قاضي الإستعجال، ولا يكتفي بالفحص السطحي لهذه الوسائل. بمعنى أنه على قاضي الإستعجال دراسة الوسائل المثارة بتأني، وأن يرجح إمكانية إلغاء القرار الإداري المطعون فيه مستقبلا[4].

---

[1] – paul cassia ,les référés administratifs d'urgence ,L.G.D.J, paris,2003,p83.

[2] – إسماعيل خميس السيد، دعوى الإلغاء، ووقف تنفيذ القرار الإداري وقضاء التنفيذ وإشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادئ العامة للقضاء المستعجل، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الأولى، د س ن، القاهرة، ص 13.

[3] – محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، دار الفكر العربي، مصر، د س ن، ص256. أشارت إليه: زينب سالم، مرجع سابق، ص164.

[4] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص470.

المطلب الثاني

دعوى إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

تعتبر دعوى إشكالات التنفيذ من بين أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة، ففي حالة حصوله على حكم نهائي من جهات القضاء الإداري فإن المتعاقد

يسعى لضمان تنفيذه للحصول على ما تضمنه الحكم من حقوق، كما يفترض أن الإدارة تنفذ الحكم بكل طواعية وعدم وضع أي عراقيل أو صعوبات قانونية تحول دون تنفيذه.

فقد تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية التي تصدر أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري عوارض وصعوبات تنتج عنها دعاوى وطعون جديدة الغرض منها إما ضمان تنفيذ الحكم القضائي وإما وقفه.

تعود تسمية منازعة إشكال التنفيذ إلى كونها تنشأ عن الصعوبات التي تعترض السير الطبيعي لإجراء التنفيذ، وتقدم للمحاكم للفصل فيها.

الفرع الأول: تعريف الإشكال في تنفيذ الأحكام القضائية

عرف بعض الفقهاء الإشكال في التنفيذ على أنه عبارة عن عوارض قانونية يبديها أصحاب المصلحة فيه عند التنفيذ ويقصد منها عمل إجرائي وقتي لوقف التنفيذ أو الإستمرار فيه، فهي بذلك ذات طابع وقتي وليس موضوعي، ويبديها الغير أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر[1].

كما اعتبرها آخرون أنها منازعة تتعلق بالتنفيذ، وتثور بمناسبته وتطرح في شكل خصومة على القضاء يقتضي الأمر الفصل فيها، وهي تتعلق بالشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون لإجراء التنفيذ، وهي تبدى إما من المنفذ ضده، أو من طالب التنفيذ، أو من الغير، وهذه الإشكالات قد تطرح على القضاء إما بطلب الحكم مؤقتا بوقف التنفيذ أو استمراره، وإما لطلب الحكم بصحة التنفيذ أو بطلانه، بجواز التنفيذ أو بعدم جوازه[2].

[1] – مصطفى مجدي هرجة، القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ الوقتية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1992، ص671.

[2] – أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، الجزء الثالث منشأة المعارف، الإسكندرية،ص 261.

وعرفت كذلك بأنها المنازعات التي تدور حول أركان أو شروط يجب توافرها لوجود أو لصحة التنفيذ ويصدر فيها إما حكم وقتي باستمرار التنفيذ مؤقتا وإما بوقفه مؤقتا كذلك، وإما بجوازه وإما بعدم جوازه[1].

عرف كذلك على أن الإشكال في التنفيذ هو جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ، فهي منازعات تتعلق بالتنفيذ تتمثل في عقبات قانونية، تطرح بصددها خصومة على القضاء، وليست بعقبات مادية يقصد بها منع التنفيذ كإغلاق الأبواب أو مخاطبة المحضر والقائمين على التنفيذ من خلف الأبواب، أو إبداء المقاومة عند دخول المحضر لاتخاذ إجراءات التنفيذ، فهذه سبيل تذليلها يكون باستعمال قوة السلطة العامة التي يتعين عليها أن تعين المحضر على التنفيذ وتقدم له كل المساعدة اللازمة لتحقيق ذلك[2].

تجمع هذه التعريفات رغم تعددها على أن إشكالات التنفيذ هي منازعه متعلقة بتنفيذ الحكم، تتضمن معالجة خلل إجرائي من إجراءات التنفيذ أو أثرت في سيره، ويطلب فيها الحكم بإجراء يحسم النزاع في أصل الحق إذا كانت منازعة موضوعية (إشكال موضوعي في التنفيذ)، في حين إذا طلب فيها الحكم بإجراء وقتي لا يمس بأصل الحق، فتكون منازعة وقتية أو إشكال وقتي[3].

---

[1] – نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 493.

[2] – إبراهيم المنجى، القضاء المستعجل والتنفيذ أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1999، ص458.

[3] – أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2006،ص 493. نقلا عن: زينب سالم، مرجع سابق، ص178.

الفرع الثاني: فكرة إشكالات التنفيذ بالنسبة للأحكام القضائية الإدارية

إن المبدأ الثابت المتعلق بعدم جواز تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة بالطرق الجبرية[1]، وإنما يتوجب على الإدارة أن ترتب أثار الحكم بالوفاء بما عليها من أموال محكوم بها، وذلك من دون أن تتدخل سلطة أخرى كالسلطة القضائية و أعوانها القضائيين(المحضر القضائي)[2].

وبما أن معظم الأحكام الإدارية تكون الإدارة مدعى عليها فيها، باعتبار أن الفرد يكون دائما هو المهاجم في الدعاوى الإدارية، مرد ذلك كون الإدارة لها ما يكفيها من امتيازات لتنفيذ قراراتها دون لجوء للقضاء.

فإذا كانت الإدارة تملك كل الوسائل القانونية التي تحت تصرفها لتنفيذ قراراتها والأحكام القضائية التي تصدر لصالحها، فيه ظلم كبير للمدعين في الدعاوى الإدارية الذين تصدر الدعاوى لصالحهم، والذين لا يملكون نفس الوسائل في مواجهة الإدارة، كما أنه يهدد حجية الأحكام القضائية[3].

قد يشوب خلط بين نظام وقف التنفيذ وإشكالات التنفيذ، والفرق بينهما واضح.

---

[1] – حسب رأينا الشخصي التنفيذ الجبري المقصود هنا هو التنفيذ الذي يكون ضد الأفراد الطبيعيين، والذي يمكن التنفيذ عليهم بالطرق الجبرية، كالحجز على الأموال أو المنقولات والعقارات، فهذا النوع من التنفيذ لا يجوز ضد الإدارة كونها هي الساهرة على سير المرافق العامة بانتظام من أجل تقديم خدماته للمرتفقين على أحسن حال، وهو ما أكدته المادة 689 ق م ، إلا أن الأمر لم يترك دون وجود وسائل ضغط على الإدارة من أجل القيام بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، ومن بين أهم هذه الوسائل هي الغرامة التهديدية التي تدخل في إطار الإكراه المالي، فقد اقر المشرع الجزائري بموجب المواد 980 ق ا م ا وما بعدها جواز استعمال الإكراه المالي ضد الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأوامر أو الأحكام أو القرارات القضائية، وذلك بفرض مبلغ مالي يحدد مقداره القاضي الإداري عن كل يوم أو أسبوع أو شهر حسب الوحدة التي يختارها القاضي الإداري كذلك بغرض الضغط على الإدارة لتنفيذ الحكم الصادر ضدها.

[2] – مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الطبعة الثانية، القاهرة، 1978، ص579.

[3] – محمد بن سعيد بن حمد ألمعمري، مرجع سابق، ص 291.

فوقف تنفيذ الحكم هو طلب يقدم من المحكوم ضده بمناسبة إقامته طعنا على هذا الحكم بغرض إيقاف تنفيذه لحين الفصل في الطعن للحيلولة دون وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه ولقيام الطعم على أسباب جدية ولا ينحصر الاختصاص به لمحكمة الطعن فقط.

أما الإشكال في التنفيذ فهو غير موجه لطعن في الحكم في ذاته وإنما على تنفيذه فقط، لذلك فدعوى إشكالات ترفع مستقلة عن أي طعن يرفع ضد الحكم، وهي ترفع عادة ضد الأحكام النهائية، ويؤول الاختصاص فيها للمحكمة التي أصدرت الحكم[1].

الفرع الثاني: شروط قبول الإشكال في التنفيذ

هناك عدة شروط يجب توفرها ليكون الإشكال المؤقت في التنفيذ مقبولا نتناولها في النقاط التالية:

أولا: أن يرفع الإشكال قبل إتمام عملية التنفيذ

يعتبر شرط رفع الإشكال في تنفيذ الحكم قبل إتمام عملية التنفيذ شرط منطقي وصائب، لأنه ليس من المعقول أن يرفع إشكال في التنفيذ وعملية تنفيذ الحكم في حد ذاتها قد اكتملت، فرفع الإشكال في هذه الحالة يكون بلا موضوع ولا فائدة ترجى منه[2].

كما أن القاضي الذي يرفع أمامه إشكال وقتي في التنفيذ بعد إتمام عملية تنفيذ الحكم، يتوجب عليه أن يحكم بعدم قبول الإشكال؛ لأن الحكم الذي سيصدره في حالة قبول النظر في المنازعة سيكون مستحيل التنفيذ، ولا يرفض الدعوى لكونه غير مختص بالنظر في الإشكال، لأنه مختص بغض النظر كون الحكم قد تم تنفيذه أم لا[3].

---

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 292.

[2] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 178.

[3] – إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 478.

في هذا الخصوص ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد أحكامها الصادر سنة:1995 إلى أنه إذا كان عدم جواز رفع دعوى إشكال في تنفيذ الحكم بعدما تم تنفيذه فعلا، إلا أنه يمكن رفعه في الحالة التي يكون فيها تنفيذ الحكم قد بدا ولم ينته، فيكون الإشكال مقبولا بشرط عدم انتهاء عملية تنفيذ الحكم قبل الفصل في دعوى الإشكال؛ لأن رافع الدعوى هنا بعد تنفيذ الحكم، يكون في دعوى الإشكال بلا مصلحة التي يشترطها القانون.

ثانيا: أن يكون الإشكال مبنيا على سبب لاحق على صدور الحكم محل دعوى الإشكال

القاعدة العامة في قبول الإشكال الوقتي في التنفيذ أن يكون الإشكال مبنيا على وقائع لاحقة على صدور الحكم محل الإشكال في التنفيذ؛ بمعنى إذا كان الإشكال موجود قبل صدور الحكم محل الإشكال فإنه يكون قد تم إدراجه ضمن الدفوع في الدعوى وأصبح من غير المقبول التحجج به ضد الخصم، فإذا اتضح للقاضي أن الإشكال المؤقت مرفوع عن حكم ومؤسس على أمر سابق على صدور الحكم محل الإشكال فإن القاضي هنا يحكم بعدم قبول دعوى الإشكال في التنفيذ[1].

في هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصرفي أحد أحكامها جاء فيه:

"... ومن حيث أن قضاة هذه المحكمة جرى على أن مناط الإشكال في التنفيذ سواء كان بطلب وقف تنفيذ الحكم مثار الإشكال أو الإستمرار في تنفيذه أن يكون مبناه واقعات جدت بعد صدوره وليست سابقة عليه تمثل عقبة طارئة في سبيل التنفيذ تبرر رفع الإشكال، ومن المقرر في فقه المرافعات أنه يشترط لقبول الإشكال ألا يكون التنفيذ قد تم

[1] – إبراهيم المنجى، نفس المرجع، ص 479.

قبل رفع المنازعة، فإن كان قد تم فلا مساغ لطلب وقف التنفيذ أو الإستمرار فيه و لذي الشأن أن يطلب إبطال ما تم إجراؤه بدعوى موضوعية"[1].

ثالثا: شرط الإستعجال في إشكالات تنفيذ الأحكام الإدارية

تعتبر إشكالات التنفيذ المؤقتة منازعات مستعجلة بطبيعتها، لأن إشكالات التنفيذ المؤقتة لها طابع خاص في هذه الحالة، فالقاضي الناظر في دعوى الإشكال في التنفيذ غير ملزم بالتحقق من توافر حالة الإستعجال من عدمها، فالاستعجال في دعاوى الإشكال المؤقت في التنفيذ مفترض ولا حاجة لوجود إثباتات تؤكد وجوده.

إلا أن الأمر ليس على إطلاقه وإنما يقبل إثبات العكس، بحيث يمكن للمدعى عليه في دعوى الإشكال أن يثبت عدم توافر عنصر الاستعجال، وإن كان حدوث مثل هذا نادرا جدا من الناحية العملية، وفي حالة نجاحه في إثبات عدم وجود عنصر الاستعجال في دعوى الإشكال في التنفيذ فإن دعوى هذا الأخير لن تقبل، ويصبح قاضي التنفيذ غير مختصا لكونه قاضي الأمور المستعجلة[2].

الفرع الثالث: الإشكال في تنفيذ أحكام القضاء في الجزائر

تناول المشرع الجزائري إشكالات التنفيذ في الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية في المادة 804 الفقرة 8 المتعلقة بتحديد الإختصاص الإقليمي لبعض المنازعات حيث جاء فيها:

" في مادة إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، أمام المحكمة التي صدر عنها الحكم موضوع الإشكال".

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1994، لسنة 41 قضائية، بتاريخ: 30/12/1995.

[2] – زينب سالمن مرجع سابق، ص 180.

. إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص492.

. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 22.

في هذا الخصوص كانت تطبيقات القضاء الجزائري متناقضة، فقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، فقد اعتبر مجلس الدولة في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 2002/11/05 المتعلق بإشكال في تنفيذ قرار قضائي إداري أين أستند فيه على مقتضيات المادة 2/183 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

إلا أن هذه المادة لا يمكن تطبيقها أمام الجهات القضائية الإدارية عملا بالمادة 171 مكرر ق ا م الملغى وبالنتيجة فإن إشكالات تنفيذ القرارات الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية تخضع لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة للقضاء العادي وحده[1].

في حين ذهبت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا إلى عكس ذلك حيث في أحد قراراتها الصادر بتاريخ: 2007/02/21 جاء فيه:

" القضاء الإداري هو المختص بالفصل في إشكال تنفيذ قرار قضائي إداري وليس القضاء العادي"[2].

بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تم النص صراحة على انعقاد الإختصاص للقضاء الإداري بالنظر في إشكالات تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، وذلك بنص المادة 8/804 ق ا م ا السابق ذكرها، والتي حددت كذلك المحكمة المختصة بالنظر في إشكالات التنفيذ وهي المحكمة التي صدر عنها الحكم موضوع الإشكال.

ما يعاب على المشرع الجزائري في هذا الخصوص هو عدم تطرقه في الباب الخاص بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية لم يشر إلى كيفية عرض الإشكال في التنفيذ أمام المحكمة الإدارية ولا إلى أثره ومدة توقيف التنفيذ، ولا حتى إلى مدى قابلية

[1] – قرار مجلس الدولة المؤرخ في : 05/11/2002 ، تحت رقم: 9934، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 188.

[2] – قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، المؤرخ في: 21/02/2007، تحت رقم: 199207، قرار منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص 267.

الحكم الإستعجالي الإداري للطعن القضائي، مكتفيا على ما يبدو بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في الباب الخاص بالقضاء العادي دون إحالة[1].

الفصل الثاني

آلية دعاوى الموضوع كحماية للمتعاقد

كما رأينا في الفصل السابق أنه للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء الإداري المستعجل من أجل طلب حماية استعجاليه لحقوقه وتثبيتا لها؛ وذلك سواء عن طريق الأوامر القضائية أو بموجب دعاوى الإستعجال المقررة لذلك.

[1] – حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 131.

فكل هذا لا يعدو أن يكون إلا إجراء استعجالي ذو طابع مؤقت يهدف لتحقيق ضمانة اكبر؛ تجسيدها يكون عن طريق آلية دعوى الموضوع.

فللمتعاقد مع الإدارة إذن الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري لتقديم طلبه في موضوع النزاع، وذلك وفق آليتين هما دعوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل.

فدعوى الإلغاء التي تنصب على إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدرها الإدارة عبر كافة مراحل التعاقد، فنتناول فيها مدى اختصاص قاضي الإلغاء بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة ضد المتعاقد.

أما الآلية الثانية فهي آلية دعاوى القضاء الكامل التي يتمتع فيها القاضي بسلطات واسعة، فله أن يعيد الحال على ما كان عليه وكذلك رد الحقوق لأصحابها، كما له أن يحكم بإلغاء القرار غير المشروع، وله أن يعدل ويستبدل عمل بآخر بعد أن يبرز وجه العيب في العمل غير المشروع، وكذلك الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق المتعاقد بأي سبب من الأسباب التي تطرقنا إليها[1].

كما تتخذ دعوى القضاء الكامل التي تدخل في إطار منازعات العقود الإدارية عدة صور؛ فقد تكون دعوى بطلان للعقد أو دعوى الحصول على مبالغ مالية أو دعوى فسخ للعقد أو دعوى تعويض[2].

سنتناول حدود حماية قضاء الإلغاء (المبحث أول).

ونتناول حماية القضاء الكامل (المبحث ثاني) .

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 129.

[2] – مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 248.

المبحث الأول

حدود حماية قضاء الإلغاء

تعد دعوى الإلغاء دعوى موضوعية عينية، وهي من دعاوى قضاء الشرعية، التي تستهدف أساسا إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بعيب المشروعية[1].

كأصل عام قاضي الإلغاء غير مختص بنظر منازعات العقود الإدارية؛ بإعتبارها من المنازعات الحقوقية. إلا أنه هناك إستثناء على هذا الأصل يتمثل في حالتين يكون فيها قاضي الإلغاء مختص بنظر جانب من منازعات العقود الإدارية.

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 69.

الحالة الأولى تعود لطبيعة القرار محل المنازعة، حيث يكون قاضي الإلغاء مختصا بنظر جميع القرارات التي تصدرها الإدارة والتي تكون منفصلة عن العقد، وكذلك يكون قاضي الإلغاء مختصا بكل القرارات التي تصدرها الإدارة لا بكونها سلطة متعاقدة وإنما بكونها سلطة عامة.

أما الحالة الثانية فمردها إلى طبيعة بعض العقود الإدارية مثلما هو الحال في بالنسبة لطعون المستفيدين من عقود الإمتياز[1].

نتناول في المطلب الأول (القرارات الإدارية المنفصلة).

ونتناول في المطلب الثاني (الآثار المترتبة لحكم الإلغاء على العقد).

المطلب الأول

القرارات الإدارية المنفصلة

نظرا للأثر البالغ الذي تحدثه القرارات الإدارية المنفصلة على عملية تنفيذ العقد الإداري فإنه يستلزم لدراستها التطرق إلى مفهومها فرع أول، والى مدى جواز الطعن فيها أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

الفرع الأول: مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 330.

نتناول تعريف القرارات الإدارية المنفصلة أولا، ثم نشأتها ثانيا، ومبررات الطعن بالإلغاء ثالثا.

أولا: تعريف القرارات الإدارية المنفصلة

تعددت تعريفات القرارات الإدارية المنفصلة لكن من أهمها:

أن القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري هو قرار لا يدخل في الرابطة العقدية وإن كان يمهد لانعقادها[1].

كما عرفت كذلك على أنها " قرارات إدارية تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية أخرى، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد[2].

عرفت كذلك بأنها:

" كل ما يمكن فصله عن العقد بدءا من القرارات التي تؤدي إلى إبرام العقد أو التي تصل عند الإقتضاء إلى قبول الإبرام وهي تعتبر قرارات منفصلة عن العقد إزاء الأطراف و إزاء الغير"[3].

وعرف على أنها:

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 331..

[2] – عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1976، ص 495.

[3] – René CHapus , Droit du contentieux Administrative ,9 éd ,Montchrestien , paris , p 653.

" قرارات تصدر وهي متصلة ومرتبطة بعملية إدارية قانونية أخرى وغير مستقلة عنها، بحيث تعد جزءا لا يتجزأ منها، وغالبا ما تصدر تلك القرارات في مراحل سابقة أو معاصرة أو لاحقة للعملية الإدارية"[1].

من هذه التعريفات يتضح أن القرارات المنفصلة هي القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء ممارستها لسلطاتها وامتيازاتها العامة، فهذه القرارات لا تكون مستمدة من أحكام وبنود العقد المتفق عليها، وإنما تكون منفصلة عنها، لأن القرارات التي يكون مصدرها بنود العقد لا خلاف أن الإختصاص فيها للقضاء الكامل.

ثانيا: نشأة القرارات الإدارية المنفصلة

مرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في فرنسا عدة مراحل مختلفة، إذ كان في بداية الأمر يعزف مجلس الدولة على تطبيق هذه النظرية، وكان كان يتبنى نظرية الإدماج التي مفادها أن العقد الإداري عبارة عن وحدة قانونية واحدة غير قابلة للتجزئة، وأن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة؛ وتتعلق بالعقد تندمج به وتفقد ذاتيتها، ومن ثم لا يجوز الطعن فيها مستقلة، ويؤول اختصاص فض نزاعاتها لقاضي العقد[2].

حيث كانت حجج مجلس الدولة آنذاك، أنه في مادة العقود الإدارية لا يجوز رفع دعوى الإلغاء، كون هذه الأخيرة موجهة خصيصا ضد القرارات الإدارية التي تكون صادرة بالإرادة المنفردة للإدارة، بينما العقود هي تعبير على توافق إرادتين.

كذلك أن دعوى الإلغاء دعوى احتياطية، فإذا كان هناك طعن مواز يمكن اللجوء إليه للطعن بالمنازعات الناشئة عن العقد الإداري، لا يجوز اللجوء إلى قاضي الإلغاء، أو

[1] – سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 372.

[2] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 93.

أن الدعوى الموازية لا تحقق كل المزايا التي يمكن الحصول عليها بموجب دعوى الإلغاء[1].

والحجة الأخيرة هو أنه لا يمكن لقضاء الإلغاء أن يستند إلى مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية وجعله سببا لطلب إلغاء القرار الإداري، كون دعوى الإلغاء هي جزاء مخالفة المشروعية، أما الالتزامات المترتبة عن العقود الإدارية فهي التزامات شخصية[2].

هذا وقد كان لمجلس الدولة رأي آخر فيما بعد حيث عدل عن توجهه الأول بعد ما رأى أن هذا التوجه قد جانب الصواب، كون هذا الإتجاه تسبب في حرمان الأطراف الأجنبية عن العقد من اللجوء إلى القضاء بغرض الطعن في القرارات الإدارية التي شابها عيب عدم المشروعية التي ترتبط بالعملية العقدية، على الرغم من أنه قد يكون للغير مصلحة مؤكدة في إلغاء هذه القرارات المعيبة*، فلا يجوز للأطراف الخارجة عن العقد ممارسة حقها في استخدام دعوى العقد بحجية امتداد آثار العقد لا يكون إلا على طرفيه، كما لا يقبل منه الطعن بالإلغاء في القرارات التي تدخل في تكوين العقد الإداري أو تدخل في تنفيذه استنادا إلى نظرية الأعمال المركبة.

لهذا استحدث مجلس الدولة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، فأصبح ينظر إلى القرارات الداخلة في العملية العقدية بوصفها وحدات يمكن فصلها والنظر فيها على استقلال عن بقية المكونات الأخرى للعملية العقدية، ومن ثم يمكن للأطراف الخارجة عن

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، طبعة 1986، ص 648.

[2] – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 208.

* – مثل هذه القرارات التي تمس بمصالح الغير نجدها بكثرة في عقود الإمتياز، فتدخل الإدارة بالرقابة والتوجيه يكون بكثرة في هذه الحالة؛ وذلك عن طريق إصدارها لقرارات إدارية تنظيمية مما قد يتسبب في حدوث مساس بمصالح المتعاقد.

العملية العقدية اللجوء إلى قاضي الإلغاء بغرض إلغاء تلك القرارات المعيبة وفقا للشروط والإجراءات المقررة في دعوى الإلغاء[1].

الفرع الثاني: مدى جواز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة من طرف المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

في البداية وكأصل عام كان عدم جواز الطعن في القرارات الإدارية التي تصدر أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ومع مرور الوقت تبنى القضاء الإداري بعض الاستثناءات، التي من خلالها يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يلجأ لقضاء الإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد؛ وذلك في نطاق ضيق.

سنتناول أولا: عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

ثانيا: نتناول فيها الحالات المستثناة من قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء.

أولا: عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

إن طعن المتعاقد في القرارات الإدارية التي أسهمت في تكوين العقد . المرحلة التمهيدية لإبرام العقد . و التي تبين له فيما بعد أنها كانت غير مشروعة، فإن الرأي الراجح[2] ذهب إلى أنه ليس للمتعاقد من سبيل إلا اللجوء لقاضي العقد، فهو الذي يختص بالنظر في كل المنازعات التي تتعلق بالعقد.

إلا أن المتعاقد يمكن له اللجوء إلى قضاء الإلغاء للطعن في القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة مشوبة بعدم المشروعية، والتي أصدرتها الإدارة لا بوصفها إدارة

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 95.

[2] – للتفصيل أكثر: أنظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود، مرجع سابق، ص 218.

متعاقدة وإنما أصدرتها بوصفها سلطة عامة، فهنا يصبح المتعاقد شأنه شأن باقي المواطنين[1].

لذلك لا يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد أو إنهائه، مرد ذلك لصعوبة فصلها عن العقد من جهة، ومن جهة أخرى كون هذه القرارات مرتبطة بالحقوق التي نتجت عن النصوص التعاقدية التي يؤول الاختصاص فيها إلى قاضي العقد[2].

وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات له[3].

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في نفس الإتجاه في أحد أحكامها الذي جاء فيه:

" ...المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة قبل المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل، حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله – أساس ذلك: أن ما تصدره الإدارة تنفيذا للعقد مثل القرارات الصادرة بتوقيع أي من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه، إنما تدخل في منطقة العقد، وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعة حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء"[4].

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص219.

[2] – سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 407.

[3] - C.E. 13 Juin ,1980 , Ch. Des Métiers De La Charmte Maritime , R.D.P 1980 , p 1745. نقلا عن: سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 407.

- C.E. 5 janvier 1944 ,Sainton , p 3.<< le litige porte sur l'exécution de contrats passé pour le compte du département et relève dés lors de la compétence du juge du contrat >>

أشارت إليه: زينب سالم، مرجع سابق، ص 109.

[4] – مبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2348، 36 ق، بتاريخ: 07/03/1995.

وفي حكم حديث آخر لها صادر بتاريخ: 23 مارس 2004 أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر القاعدة السابقة حيث جاء في الحكم:

" ... ومن حيث أنه يتعين الإشارة في ضوء واقعات النزاع الماثل إلى أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة المتعاقدة تنفيذا لأحكام العقد مثل القرار الصادر بتوقيع جزاء معين من الجزاءات التعاقدية كفسخ العقد، لا تعتبر تلك القرارات طبقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة قرارات إدارية تدخل المنازعة بشأنها في نطاق قضاء الإلغاء، بل هي إجراءات تعاقدية لا تخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائيا وإنما تكون محلا للطعن على استدعاء ولاية القضاء الكامل"[1].

كما ذهبت في نفس الاتجاه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء، في قرار لها صادر بتاريخ: 16 ديسمبر 1966 في قضية "Sté Hétzel" الذي اعتبرت فيه أن القرارات الإدارية التي تهدف إلى حسن تنفيذ عقد الأشغال العامة قرارات إدارية متصلة، وغير منفصلة عن العملية العقدية وفقا للمعيار المادي الموضوعي، وكذا المعيار الذاتي الشخصي المطبق قضاء لتحديد القرارات الإدارية المرتبطة بالعمليات الإدارية المركبة وفصلها، ومن ثم رفضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء دعوى الإلغاء المقدمة لها من طرف شركة هيتزل ضد هذه القرارات المتصلة والمرتبطة بعقد الأشغال العامة[2].

كذلك في قرار آخر للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا صادر بتاريخ: 09 جويلية 1983[3] رفضت فيه دعوى الإلغاء التي رفعها السيد (ص.ب) ضد القرار الذي أصدره

[1] – مبادئ و أحكام المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 8836، 45 ق، بتاريخ: 23/03/2004. أشار إليهما: سعيد حسين علي، نفس المرجع.

[2] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 111.

[3] – الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، قرار رقم 33139، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص 187.

والي الولاية المتضمن رفع بدل الإيجار من 200 إلى 2000 دج شهريا، وكان سبب الرفض بحجة أن هذا النزاع يدخل في اختصاص قاضي العقد[1].

ثانيا: القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد؛ فقد تبنى القضاء الإداري استثناءات على هذه القاعدة، وأجاز للمتعاقد وللغير الطعن بالإلغاء في بعض القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

01 . الطعن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة أثناء مرحلة التنفيذ المقدمة من الغير.

يقصد بالغير هو كل الخارجون عن الرابطة العقدية ولهم مصلحة جدية ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية العقدية؛ أي أنهم الخارجون عن العلاقات التي يحكمها العقد وهم ليسوا طرفا فيه، وليسوا خلفا عاما أو خاصا لأحد طرفي العقد، وله مصلحة مشروعة وجادة في إلغاء القرار الإداري المنفصل[2].

لذلك يجوز لكل الذين ليسوا طرفا في العقد، ولهم مصلحة شخصية ومباشرة، أن يلجأوا لقاضي الإلغاء بغرض إلغاء القرار الإداري الذي له علاقة بتنفيذ العقد والمطعون فيه بعدم المشروعية، كون هذا الغير ليس من طرفي العقد، فلا يوجد أي التزام عقدي تجاهه[3].

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 111.

[2] – سعيد حسين علي، مرجع سابق، 414–413.

[3] - Jean Rivero et Jean Waline ,Droit Administrative ,16 ed ,1996 ,Dalloz ,p 107.

فالأصل العام هو نسبية آثار العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، فلا يرتب حقوقا ولا التزامات إلا التي وردت به، وفي مواجهة أطرافه فقط[1].

فكان القضاء الإداري لا يقبل الطعن بالإلغاء المقدم من طرف الغير ضد القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ العقد استنادا إلى فكرة القرار المنفصل ؛ذلك أن وضع الغير في مرحلة تنفيذ العقد الإداري يختلف عن وضعهم في مرحلة إبرام العقد، لأنهم في الأخيرة كانوا ذوي صفة في الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة خلال هذه المرحلة لكونهم ذوي مصلحة في أن يتعاقدوا مع الإدارة، ولكن لم يتحقق لهم ذلك.

أما الغير في مرحلة تنفيذ العقد فلا صفة لهم لنسبية آثار العقد، فتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه لن يمس مصلحتهم[2].

في بداية الأمر كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض طعون الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، وهو ما أكده القرار الصادر عنه سنة 1952[3] الذي بموجبه رفض الطعن بالإلغاء الذي تقدمت به الغرفة النقابية ضد قرار متعلق بتنفيذ عقد تم إبرامه بين الإدارة واحد أعضائها؛ كون هذا القرار ليس قابل للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة حتى من جانب الغرفة النقابية، ولا يمكنها رفع دعوى أمام قاضي العقد كونها ليست طرفا فيه[4].

إلا أنه وبسبب هذا الإتجاه الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي الذي يتنافى ومبادئ العدالة والإنصاف بخصوص وضعية الغير، فقد عدل عن مسلكه هذا منصفا بذلك الغير الذين لا يمكنهم اللجوء إلى قضاء الكامل، لأنهم ليسوا طرفا في العقد، وبحرمانهم من

[1] – سعيد حسن علي، مرجع سابق، 413.

[2] – زينب سالم، مرجع سابق، ص112.

[3] -C.E. 24 octobre 1952 chambre syndicale de la Bonnterie du sud ouest et du midi de la France ,Rec. p465.

[4]– زينب سالم، مرجع سابق، ص 112.

اللجوء إلى قضاء الإلغاء فقد فقدوا وسائل الحماية القضائية لحقوقهم التي قد تتأثر بالقرار المطعون في شرعيته[1].

من القرارات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي في مجال حماية البيئة، الذي يجسد حق الغير في اللجوء إلى قضاء الإلغاء بقصد إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ذات الطابع التنظيمي، فقد أكد على حق الغير في الطعن بالإلغاء ضد الشروط التي تفرضها القرارات التنظيمية التي يتضمنها العقد متى توفرت في الغير المصلحة. فجاء في القرار أنه:

"... ومن حق الغير أيضا الطعن بدعوى تجاوز السلطة ضد القرارات الصادرة برفض فسخ العقد ... ذلك أنها من القرارات القابلة للانفصال عن العقد"[2].

مما سبق يتضح أنه يمكن للغير الخارج عن العملية العقدية أن يلجأ لقضاء الإلغاء من أجل الطعن بعدم المشروعية في القرارات التنظيمية التي تصدرها الإدارة أثناء عملية تنفيذ العقد الإداري.

هذه القرارات التي مست بطريقة مباشرة بمصالح الغير الذي لا يملك سبيلا في دعاوى القضاء الكامل لأنه ليس طرفا في العقد، فقد استفاد بحماية قضائية بعد تردد من طرف مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر ليقر بعد ذلك هذه الحماية، تكريسا لمبادئ العدل والإنصاف.

02 . الطعن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة أثناء مرحلة التنفيذ المقدمة من المتعاقد.

[1] – زينب سالم، نفس المرجع، ص 113.

[2] - C.E.17 Décembre 2008, Association pour La protection De L'environnent De Lunlloi أشار إليه: سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 415. .prec,

بعد عملية إبرام العقد وبدء مرحلة التنفيذ؛ والتي بموجبها يصبح المتعامل مع الإدارة يحمل صفة متعاقد . لأنه قبل مرحلة الإبرام كان مجرد مرشح للتعاقد ..

في هذه المرحلة يجمع أغلبية الفقهاء على أن المتعاقد لا يملك إلا طريقا واحد وهو قاضي العقد الذي تعرض أمامه جميع المنازعات المتعلقة بالعقد في إطار سلطاته في دعاوى القضاء الكامل، كونها تتضمن حقوقا شخصية للمتعاقد، بالإضافة إلى أن هذه القرارات الصادرة بمناسبة تنفيذ العقد هي إجراءات منبثقة عن العقد ومستمدة من النصوص التعاقدية[1].

إن المبدأ الذي يحكم عملية عدم إمكانية لجوء المتعاقد لرفع دعوى قضائية غير دعاوى القضاء الكامل؛ هو أن القرارات الصادرة في هذا الشأن غير قابلة للانفصال عن العقد الإداري بالنسبة لأطراف العقد، لذلك وبسبب وجود طريق مواز أمامهم للطعن في هذه القرارات . طريق القضاء الكامل . فإنه لا يجوز الطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء من قبل أطراف العقد[2].

بما أنه لكل قاعدة استثناء فإنه يرد على هذا المبدأ بعض الإستثناءات التي يمكن فيها للمتعاقد مع الإدارة أن يطعن عن طريق دعوى الإلغاء في بعض القرارات التي تصدرها الإدارة أثاء مرحلة تنفيذ العقد في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: القرارات الخارجة عن نطاق العقد الإداري

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 217.

[2] – جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 95.

يمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى قضاء الإلغاء بهدف إلغاء قرارات إدارية غير مشروعة لا بصفتها طرفا في العقد وإنما بصفتها سلطة عامة؛ أي استخدام وسائل الضبط الإداري فتؤثر في عملية تنفيذ العقد الإداري.

هذه القرارات لا تعتبر خاصة بتنفيذ العقد، وإنما منفصلة عنه، في هذه الحالة يصبح المتعاقد كباقي المواطنين في طلب إلغاء القرار غير المشروع، بشرط توفر المصلحة فيه، وأن يكون الطعن بالإلغاء مبنيا على مخالفة قواعد المشروعية، ولا يكون مبنيا على نصوص العقد[1].

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى قبول الطعن المقدم من متعاقد رست عليه المناقصة في حكم شهير صدر عن مجلس الدولة في: 12 ديسمبر 1958[2].

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن طعنا رفعه إتحاد الصيادين في إحدى المديريات ضد قرار رسو المناقصة على الإتحاد في ست مجموعات مع أن المطروح للمناقصة كان سبع مجموعات وكان الإختصاص بنظر هذه الدعوى معقودا للقضاء المدني وفقا للمادة الرابعة من القانون الصادر في: 15 أفريل 1829.

وقد بين المفوض Kahn في تقريره أنه ينبغي طرح مشكلة الإختصاص التي قد تثيرها فكرة الدعوى الموازية، لأن هذه الفكرة قد فقدت كل مقومات الحياة، وأنه ينبغي تحديد القرار القابل للانفصال تحديدا موضوعيا، ودون اعتبار لصفة رافع الدعوى.

فأيدت المحكمة وجهة نظر المفوض مقررة:

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 219.

[2] - C.E. 12 Décembre , 1958 ,Commune De Secrétaire D'état L'agriculture ,Cl union Des pécheurs A La Linge Et Au Lacer De Grenoble De Département De Lisère , Dalloz ,1959 ,p 57.

" حيث أن هذا الطلب يرمي إلى إلغاء المناقصات المؤرخة في: 25 ديسمبر 1955 لتجاوز السلطة ... وأن الإتحاد لا يستند في تدعيم طعنه إلى أفكار أي حق يتعلق به، ولكن ينازع في شرعية المناقصة محتجا بأنها تم على أساس قرار وزاري غير مشروع.

لذلك فإن المحكمة الإدارية كانت مختصة بالفصل في مجموع طلبات عريضة الإلغاء لتجاوز السلطة ... رغم أن الإتحاد قد أعلن رسو المناقصة عليه بالنسبة لبعض المجموعات موضوع النزاع "[1].

أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الاستثناء الذي أجاز فيه للمتعاقد مع الإدارة في أن يطعن بالإلغاء ضد القرارات غير المشروعة والمشوبة بعيب من عيوب القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بوصفها سلطة عامة وليس بوصفها إدارة متعاقدة.

فقد ظهرت التفرقة بين القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة بصفتها متعاقدة وبين تلك القرارات التي تصدرها الإدارة بوصفها سلطة عامة في تقرير مفوض الحكومةTardieu المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسي، الذي فرق فيه بين حالتين:

حالة صدور القرارات الإدارية استنادا إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط نفي هذه الحالة القضاء المختص هو القضاء الكامل.

والحالة الثانية هي إذا أصدرت الإدارة القرارات المطعون فيها بوصفها سلطة عامة مستندة في ذلك على القوانين واللوائح، ففي هذه الحالة يمكن للمتعاقد أن يلجأ

[1] – عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، د س ن، ص 9. نقلا عن: سعيد حسين على، مرجع سابق، ص 417.

لقضاء الإلغاء للحكم على مشروعية قرارات الإدارة في ذاتها، وبغض النظر عن العقد وأحكامه[1].

الحالة الثانية: الطعون الموجهة من المتعاقدين الذين تربطهم بالإدارة علاقة تنظيمية أو لائحية.

قد تلجأ الإدارة لسد احتياجاتها من الموظفين فتلجا إلى أسلوب التوظيف عن طريق التعاقد، فتبرم عقودا إدارية معهم بحيث يكونون في علاقاتهم مع الإدارة في مركز ذو طبيعة مختلطة مكون من نوعين من العناصر أحدهما تعاقدي والآخر لائحي، فيتمثل الجانب التعاقدي في النصوص الخاصة بمدة العقد ومقدار الأجر ونوع العمل، أما العنصر اللائحي أو التنظيمي فيتمثل في إجراءات العمل والقواعد الخاصة بتنظيمه[2].

لذلك تكون القرارات التي بتنفيذ عقودهم أو إنهائها؛ وإن كانت مرتبطة بهذه العقود إلا أنها تخص في حقيقة الأمر المراكز التنظيمية التي يوجد بها المتعاقد مع الإدارة[3].

في الجانب التعاقدي فان المنازعات التي تنشأ بين العمال والإدارة المتعاقدة، المستقر عليه هو أن الإختصاص يؤول إلى القضاء الكامل.

من جهة أخرى فإن الجانب التنظيمي الذي يحكم إجراءات العمل والقواعد المتعلقة بتنظيمه، حتى وإن أخذت مظهر تعاقدي فإنها تحمل صفة نصوص تنظيمية، يعود الإختصاص في فض النزاعات التي تثور بشأنها إلى قاضي الإلغاء، كون هذه النصوص

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 219.

[2] – سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 418.

[3] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 118.

التنظيمية أصدرتها الإدارة بناءا على سلطتها المستمدة من النصوص التنظيمية. ويشترط في الطعن بالإلغاء أن يكون مبني على أساس مخالفة القرارات للنصوص التنظيمية[1].

المطلب الثاني

الآثار المترتبة لحكم إلغاء القرار المنفصل على العقد

من المسلم به أن الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري سيترك آثارا بالغة الأهمية بالنسبة للعقد؛ وذلك بالتساؤل عن مصير العقد الإداري بعد إلغاء

[1] – سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 418. زينب سالم، مرجع سابق، ص 119.

القرار الإداري المنفصل، هل يبقى العقد صحيحا وقائما أم أنه يتم إلغاء العقد كعملية حتمية لإلغاء القرار الإداري المنفصل؟.

في هذا الصدد انقسمت الاجتهادات القضائية والفقهية إلى قسمين، قسم يعتبر العقد صحيح ويستمر تنفيذه حتى ولو تم إلغاء القرار الإداري المنفصل بموجب حكم قضائي، وقسم أخر يعتبر عملية إلغاء القرار الإداري المنفصل تؤدي حتما إلى إلغاء العقد الإداري.

سنتناول كلا الرأيين وذلك بإبراز أوجه الإتفاق بينهما وأوجه الاختلاف التي كانت بمثابة الميزة التي أظهرت التباين الموجود في الرأيين، مع التطرق إلى حججهما والنقد الموجه لكل رأي.

الفرع الأول: إلغاء القرار المنفصل يلغي العقد الإداري

ذهبت بعض قرارات القضاء الإداري خاصة الفرنسي منها، وأيده في ذلك جانب من الفقه إلى أن القضاء بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد يؤدي حتما إلى إلغاء العقد الإداري في حد ذاته، مما يجعله في غنى عن اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء العقد[1].

فقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار بتاريخ: 1946/3/1 في قضية ملخص وقائعها في أن القضاء العادي أحال إلى مجلس الدولة تفسير مضمون دفتر شروط ملحق بعقد امتياز، وكان قد سبق أن صدر حكم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التصديق على العقد المشار إليه لصدوره من جهة غير مختصة[2].

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 123.

[2] - C.E. 1/3/1946 .Société L'énergie industrielle , Rec. p66.

فقد اعتبر مجلس الدولة طلب التفسير بلا موضوع، لأن عقد الإمتياز غير مكتمل، وغير قابل للتنفيذ كون القضاء الإداري سبق وأن أصدر حكما ألغى فيه القرار الإداري المتضمن التصديق على العقد[1].

كذلك في قرار أخر لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ: 1982/7/7 جاء فيه في هذا الخصوص:

" ... قيام إحدى المقاطعات بإختيار أحد المقاولين لبناء مدرسة من دون التزامها بإتخاذ الإجراءات المتطلبة في هذه الحالة، والتي تستلزم دعوة المؤسسات التي يحق لها الإشتراك في هذه الإستشارة، إذ أن هذه التصرفات تؤدي إلى بطلان القرار الإداري الصادر في هذا الشأن وبطلان العقد مع المقاول نتيجة ذلك[2]".

كما ذهب مجلس الدولة المصري في نفس الإتجاه في أحد قراراته الصادر بتاريخ: 1951/2/13 الذي جاء فيه:

" ... وبما أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادرا من سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويعد الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف ... وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم لشئون الوقود، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة، ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينهما وبين المصلحة "[3].

في الجزائر لم نعثر على أي قرار صادر عن مجلس الدولة . في حدود بحثنا . تناول هذه المسالة، ربما يرجع السبب لحداثته مقارنة مع نظيريه الفرنسي والمصري.

---

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 123.

[2] - C.E. 7/7/1982 .Commune de Guidel C./Mme Courte ,R.D.P, 1983 , p 1439. نقلا عن: زينب سالم، نفس المرجع، ص 123.

[3] – أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 206.

الفرع الثاني: إلغاء القرار المنفصل لا يلغي العقد الإداري

المستقر عليه في قرارات مجلس الدولة الفرنسي أن إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليما ونافذا حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء . بناء على الأثر المطلق لحكم الإلغاء . أمام قاضي العقد، سواء أكان العقد خاصا أو إداريا، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد[1].

لقد بين المفوض (روميو) في تقريره الذي أعده في قضية Martin الصادر فيها قرارا لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 04 أوت 1905 .

" إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة النظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء، إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي العقد يطالب بفسخ العقد، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد في نفوسكم، فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو ايجابية.

فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام كحكم.

أما إذا صمم الطرفان على الإحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء، فسيكون لهذا الحكم دائما أثر هام يتركز في أنه أعلن حكم القانون، ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة، وأنه قد نور الرأي العام

[1] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 211.

بحيث يمتنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة ..."[1].

كذلك في قرار أخر لمجلس الدولة الفرنسي الصادر في: 19 نوفمبر 1926 في قضية Decuty حيث قرر المفوض Cahen Salvador إذا كان العقد نفذ ... فإنه لا يمكن المساس به في مباشرة نتيجة إلغاء القرارات المرخصة به، ويقدر قاضي الإلغاء سلامة هذه القرارات دون أن يكون له حق تقييم العقد ذاته؛ فقاضي العقد إذا عرض عليه الأمر بواسطة الأفراد ذوي الشأن فيقوم بتقدير نتائج هذا الإلغاء على صحة العقد ذاته[2].

استقر مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ، ورفض في الكثير من قراراته إلغاء العقد ترتيبا على إلغاء القرار المنفصل، فقد طبق هذا المبدأ في رده على وزير الداخلية سنة 1997، حين طلب وزير الداخلية من قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة الإفادة بالرأي حول الإجراءات التي يتعين إتباعها لتنفيذ الحكم الصادر من مجلس الدولة في قضية Avrillier بتاريخ 01 أكتوبر 1997، والمتضمن إلغاء القرار الناتج عن مداولات المجلس البلدي لمدينة جرو نوبل بخصوص الترخيص لعمدة المدينة بإبرام عقدي تفويض بإدارة مرفق عام مع شركة تسيير المياه لجنوب شرق Cogese، وذلك لمعالجة مياه الشرب وتوزيعها في المدينة[3].

كذلك إعطاء رأيه بخصوص الالتزامات المفروضة على المدينة نتيجة صدور هذا القرار المتضمن إلغاء القرار المنفصل عن العقدين من جهة، ومعرفة النتائج المحتملة لإلغاء العقدين المبرمين من ناحية أخرى[4].

---

[1] - C.E. 4 Aout 1905 , Martin :Rec ,C.E .749 Concl , Romieu ,1907 ,3,49 , Concl , S .1906 ,3,49.

[2] – سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 431.

[3] - C.E. 1 octobre 1997 ,Avrillier ,A.J.D.A. 1997 , p 815.

[4] – سعيد حسين علي، نفس المرجع، ص431.

كما تبنى مجلس الدولة المصري نفس الإتجاه في الكثير من قراراته ببقاء العقد الإداري صحيحا منتجا لأثاره على الرغم من صدور الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي أسهمت في تكوينه.

حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها الصادر في: 1943/11/25 إلى:

" ... وما يصدر من تلك القرارات مخالفا للقوانين أو اللوائح، أو مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة حق إلغائه من دون أن يكون للإلغاء مساس بالعقد ذاته الذي يعد قائما بحالته "[1].

المبحث الثاني

الحماية المكرسة بموجب دعاوى القضاء الكامل

إن ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية واختصاصه في هذا المجال مطلق ويشمل كل منازعات العقد وما يتفرع عنها، بحيث يكون القضاء الكامل مختصا كلما تعلقت المنازعة حقيقة بعقد إداري؛ من حيث إبرامه أو صحته أو التنفيذ أو إنهائه.

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ: 25/11/1943 ،أشارت إليه: زينب سالم، مرجع سابق، ص 126.

فالقضاء الكامل هو القضاء الذي يلجأ إليه أصحاب الصفة القانونية والمصلحة في ظل الشروط والإجراءات والشكليات القانونية المقررة؛ للمطالبة بالإعتراف أولا بوجود حقوق شخصية مكتسبة، وثانيا تقرير ما إذا كان قد أصابها أضرار مادية أو معنوية وتقدير هذه الأضرار، ثم تقدير وتقرير التعويض الكامل اللازم؛ لإصلاح الأضرار المادية والمعنوية التي أصابت الحقوق الشخصية المكتسبة، والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض[1].

فالقضاء الكامل هو صاحب الولاية العامة بالنسبة لجميع منازعات العقود الإدارية، فهو يختص بالنظر في جميع المنازعات القضائية التي تنشأ بين طرفي العقد الإداري، يستثنى منها الشروط العامة كالأهلية في التعاقد وغيرها من الشروط التي يختص بها القضاء العادي[2].

تتعدد دعوى القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية بحسب طبيعة كل نزاع، فقد يكون النزاع حول تكوين العقد في ذاته، فنكون هنا أمام دعوى بطلان العقد.

كما قد يثور النزاع حول الثمن أو أي تعويض أخر فنكون أمام دعوى الحصول على مبالغ مالية.

وقد يكون النزاع لعدم إمكانية وقدرة المتعاقد على تنفيذ العقد، فقد يرجع ذلك لإستحالة تنفيذه بسبب قوة قاهرة، كما قد يكون عدم المقدرة على التنفيذ يرجع سببه لخطأ جسيم من الإدارة المتعاقدة، فنكون هنا أمام دعوى فسخ العقد.

سنتناول تحديد الإختصاص القضائي لدعاوى القضاء الكامل حماية لحقوق المتعاقد

(المطلب الأول)

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 129.

[2] – منصور محمد احمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 196.

ونتناول صور دعاوى القضاء الكامل في حماية المتعاقد (المطلب الثاني)

المطلب الأول

تحديد الإختصاص القضائي لدعاوى القضاء الكامل حماية لحقوق المتعاقد

إن مسألة تحديد الإختصاص القضائي المقصود هنا هو جهات القضاء الإداري بدرجتيه المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، وليس المقصود به بين جهتي القضاء الإداري والقضاء العادي؛ لأن هذا أمر تم الفصل فيه بوجود مبدأ ازدواجية القضاء وذلك اعتمادا على المعيار العضوي المتبع من طرف المشرع غالبا وهو ما تجسده المادة 800 و المادة 801 ق ا م ا، فلا يجوز للقضاء العادي أن يتدخل في اختصاص القضاء

الإداري، كما لا يجوز تدخل هذا الأخير في اختصاص القضاء العادي إلا ما يسمح به القانون صراحة في كلتا الحالتين.

بما أن هرم القضاء الإداري وفقا للتشريع المعمول به حاليا يتكون من درجتين؛ هما المحاكم الإدارية كدرجة أولى في القضاء الإداري، ومجلس الدولة كدرجة ثانية من درجات التقاضي في المنازعات الإدارية أي جهة إستئناف، وكأول درجة وأخيرة في بعض الحالات حددتهم المادة 09 من القانون العضوي 98 . 01[1]، التي نصت على:

" يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

كما نصت المادة 901 ق ا م ا على أنه:

" يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

من خلال هذين المادتين يتضح جليا أن مجلس الدولة غير مختص بالنظر في دعاوى القضاء الكامل بصفته قاضي أول وأخر درجة، ويبقى مختصا فقط كجهة استئناف في هذا المجال.

ربما يعود سبب إستبعاد المشرع لدعاوى القضاء الكامل من اختصاصات مجلس الدولة . حسب رأي الأستاذ عمار بوضياف . راجع إلى طبيعة النزاع في حد ذاته، لأن

[1] – القانون العضوي 98 . 01، المؤرخ في 30/ 05 /1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ: 01 يونيو 1998.

منازعات القضاء الكامل لا تحمل مخاطر كبيرة ولا تحتاج إلى قضاة ذوو كفاءات وخبرات عالية، بحجم ما تتطلبه دعوى الإلغاء أو فحص المشروعية أو دعوى التفسير، لذلك كانت دعاوى القضاء الكامل حصرية على المحاكم الإدارية حتى ولو تعلق الأمر بالسلطات الإدارات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية[1].

لهذا ستكون دراسة هذا المطلب محصورة في اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في دعاوى القضاء الكامل، و إستبعاد مجلس الدولة للسبب الذي ذكرناه أعلاه.

سنتناول الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية (الفرع الأول).

ونتناول الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في مجال العقود الإدارية

تعتبر نشأة المحاكم الإدارية في الجزائر حديثة نسبيا، فبعدما أقر التعديل الدستوري لسنة 1996 نظام ازدواجية القضاء لم يتم النص صراحة على المحاكم الإدارية، وإنما تمت الإشارة إليها فقط، وذلك بنص المادة 152، التي عدلت بالمادة 171 فقرة 2 من التعديل الدستوري 2016[2] منه التي حددت مهام مجلس الدولة بأنه:

" يمثل مجلس دولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية".

والمحاكم الإدارية هي من جهات القضاء الإداري التي تخضع لرقابة مجلس الدولة.

[1] – عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 5، جوان 2011،ص 12.

[2] – المادة 171 من القانون 16/01 المؤرخ في: 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخة في: 07 مارس 2016.

تم التجسيد الفعلي لنظام الازدواجية سنة 1998 بظهور القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة، والقانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية[1]، والذي نص في المادة الأولى منه على أنه:

" تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية يحدد عددها واختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم".

يتضح من هذه المادة أن المشرع قد أطلق الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وجعلها تختص بالنظر في كل النزاعات الإدارية إلا ما أستثني بنص خاص كما هو عليه الحال بالنسبة للنزاعات التي أسندها على سبيل الحصر لمجلس الدولة في المادتين 9 و 10 من القانون العضوي 01/98 المتعلق بمجلس الدولة[2].

في البداية أنشأت 31 محكمة إدارية عبر التراب الوطني بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 356/98[3]، ثم عدل هذا الأخير بالمرسوم التنفيذي 195/11[4]، الذي رفع عدد المحاكم الإدارية إلى 48 محكمة بحسب عدد الولايات أي لكل ولاية محكمة، وحدد اختصاصها الإقليمي وفقا لجدول مرفق.

وبشكل تدريجي تم تعميم هذه المحاكم على جميع ولايات الجمهورية؛ أي أن هناك حاليا 48 محكمة إدارية، بكل ولاية محكمة.

---

[1] – القانون 98/02، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 39، الصادرة في: 07 جوان 1998.

[2] – رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون، جامعة الجزائر 1، 2017.

[3] – المرسوم التنفيذي رقم 98/356، المؤرخ في : 14 نوفمبر 1998، المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون 98/02 ، المؤرخ في: 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية.

[4] – المرسوم التنفيذي رقم 11/195، المؤرخ في: 22 ماي 2011، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم: 98/356 المؤرخ في: 14 نوفمبر 1998، المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون 98/02 المتعلق بالمحاكم الإدارية.

جاءت المواد 800 و 801 من ق ا م ا، و المادة الأولى من القانون 02/98 محددين الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، فنصت المادة 800 على أن:

" المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

كما نصت المادة 801 ق ا م ا على أنه:

" تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخول لها بموجب نصوص خاصة".

لقد بينت المادة 801 ق ا م ا أن المحاكم الإدارية هي المختصة بالنظر في دعاوى القضاء الكامل، ومنازعات العقود الإدارية تدخل في نطاق دعاوى القضاء الكامل، فقد أعطت هذه المادة للمتعاقد الحق في رفع منازعاته المتعلقة بالعقد الإداري للمحكمة الإدارية المختصة إقليميا، مهما كانت صورة الدعوى من صور دعاوى القضاء الكامل؛ دعوى بطلان أو دعوى الحصول على مبالغ مالية أو كانت دعوى فسخ ... .

لقد سمي هذا النوع من الدعاوى بالقضاء الكامل، نظرا للسلطات والصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الإداري في هذا المجال، إذا ما تم مقارنتها بسلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء ودعوى التفسير ودعوى فحص مشروعية القرارات الإدارية.

إذا فهي مجموعة من الدعاوى يرفعها ذوي الصفة والمصلحة للمطالبة و الإعتراف لهم بوجود حقوق شخصية مكتسبة، وفي حالة ثبوت اعتداء الإدارة عليها ماديا أو معنويا، يتم تقدير ذلك قضائيا ويحكم بإصلاح وجبر ما لحق المتعاقد من أضرار، إما بإعادة الحالة إلى ما كان عليه أطراف العقد الإداري، أو دفع مبالغ مالية مستحقة، أو التعويض عنها[1].

إن القضاء الكامل هو صاحب الإختصاص الأصيل لكل منازعات العقود الإدارية، فهو اختصاص مطلق وشامل لكل ما يتعلق بمنازعات الحقوق و الإلتزامات، فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل، سواء تعلقت المنازعة بانعقاد العقد، أو صحته، أو تنفيذه، أو انقضائه[2].

الفرع الثاني: الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في مجال العقود الإدارية

إن تحديد الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في منازعات العقود الإدارية لا يقل أهمية عن تحديد الإختصاص النوعي لها.

---

[1] – خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 13، ص 202.

[2] – خضري حمزة، المرجع نفسه، ص 202.

. بن دعاس سهام، مرجع سابق،ص 194.

. رحماني راضية، مرجع سابق،ص 220.

فقواعد الإختصاص الإقليمي تهتم بتوزيع القضايا على أساس إقليمي بين مختلف المحاكم من نفس النوع والمنتشرة في ربوع البلاد[1].

إن فكرة الإختصاص الإقليمي تفترض مبدئيا تعدد المحاكم في داخل الدولة الواحدة، كما أن التقسيم الإداري للدولة وأتساع رقعتها يوجب انتشار المحاكم في أرجائها تسهيلا على المتقاضين وتيسيرا بهم، إذا فالهدف من الإختصاص الإقليمي هو تيسير التقاضي وتقريب المحاكم من المتقاضين فتكون العدالة في متناول أيديهم، على أساس أن لكل محكمة نصيب من ولاية القضاء بحسب موقعها الجغرافي من إقليم الدولة[2].

بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقطع الطريق أمام المدعي سئ النية، كي لا يقوم برفع الدعوى أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه، بغرض إرهاقه وتكبيده خسائر[3].

يعتبر الإختصاص الإقليمي مكملا للاختصاص النوعي، بحيث يحدد لنا بدقة الجهة القضائية التي يؤول لها الإختصاص للفصل في المنازعة المعروضة عليها، فبعد تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل نوعيا في مجال منازعات العقود الإدارية، يتم تحديد الإختصاص الإقليمي تحديدا دقيقا[4].

على هذا الأساس نصت المادة 803 ق ا م ا على أنه:

" يتحدد الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقا للمادتين 37 و38 من هذا القانون".

---

[1] – مليجي أحمد، الاختصاص: القيمي والنوعي والمحلي للمحاكم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 133.

[2] – كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 65.

[3] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 63.

[4] – رحماني راضية، مرجع سابق، ص 226.

هنا المشرع لم يضف جديدا بل حافظ في هذا المجال على الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي؛ وذلك بإحالة تحديد الإختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية إلى المادتين 37 و 38 من نفس القانون، والذي عن طريقهما يتم تحديد المعيار المتبع في تحديد الإختصاص الإقليمي المتبع أمام القضاء العادي.

إلا أنه خلافا لمبدأ الإختصاص يؤول لموطن المدعى عليه، فإن المادة 804 [1]ق أ م إ جاءت باستثناءات على هذا المعيار التي أوجبت رفع دعاوى أمام المحاكم الإدارية في بعض المواد المذكورة سبيل الحصر، من بينها الدعاوى التي تتعلق بالعقود الإدارية؛ كالدعاوى التي تنصب على مادة عقود الأشغال العمومية، والدعاوى التي تنصب على مادة العقود الإدارية بصفة عامة مهما كانت طبيعتها، وكذا في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.

لقد حددت المادة 804 السابق ذكرها اختصاص المحكمة الإدارية الحصري في المواد التالية:

. مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال. هذا الإجراء يصب في مصلحة المدعي الذي يسهل عليه القيام بكل ما يلزم الدعوى من إجراء المعاينات و الخبرات وتمكين المحكمة منها في اقرب وقت ممكن، كما يمكن للمحكمة الانتقال للمعاينة أو ندب رجل من أهل الاختصاص للقيام بالمهام التي تحددها له المحكمة[2].

. في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو التنفيذ. في هذه الحالة المدعي يختار لرفع دعواه بين

[1] – المادة 804 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، 09-08، السابق ذكره.

[2] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص 66.

المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد و المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد، كما يمكن للمتعاقدين أن يختاروا المحكمة المختصة في الحالتين السابقتين، خاصة في الصفقات العمومية التي يكون تنفيذها يشمل عدة ولايات مثل صفقات انجاز الطرق السيارة[1].

. في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به.

[1] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، نفس المرجع،ص 66.

المطلب الثاني

صور دعاوى القضاء الكامل في حماية المتعاقد

القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية هو الأصل، فدعاوى القضاء الكامل تنصب على توفير الحماية لحقوق المتعاقد، وتتخذ هذه الدعاوى عدة صور حسب طبيعة المصلحة أو الحق الذي تحميه.

قد تتخذ صورة دعوى بطلان، أو دعوى المطالبة بمبالغ مالية، أو تكون في شكل دعوى فسخ...

الفرع الأول: الحماية المكرسة بموجب دعوى بطلان العقد

تعتبر دعوى بطلان العقد من دعاوى القضاء الكامل؛ وهي من الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة، بحيث يلجأ إليها المتعاقد في حالة وجود عيب من العيوب في أركان انعقاده، أو تعلق الأمر بتكوينه أو صحته.

فقد أقرت المحكمة العليا بالجزائر في أحد قراراتها جاء فيه:

" إن الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الإختصاص الشامل ... لأنه غير موجه ضد أي قرار إداري وإنما ضد عقد ... وأن

الطعون بالبطلان في القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها وتفسيرها هي التي تكون من اختصاص قضاء الإلغاء"[1].

العقد الإداري بالرغم من وجود المميزات التي تميزه عن غيره من عقود القانون المدني، إلا أنه يلتقي معها في عدة نقاط، من أهمها الأركان الأساسية للانعقاد وهي الرضي والمحل والسبب.

فالعقد الإداري الذي يمكن اعتباره إلى حد ما من عقود الإذعان، إلا انه يشترط لصحته توفر الأركان الأساسية للعقد من رضي خالي من كل العيوب التي قد تشوبه، وكذا يشترط أن يكون المحل كذلك وفقا لما يشترطه القانون، وتوفر السبب الدافع للتعاقد.

سنتناول هذه الأركان بشئ من التفصيل نظرا لأهميتها في مجال العقد الإداري، والبحث فيما إذا كانت هناك ضمانات قضائية للمتعاقد من عدمها، وإبراز الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في هذه الحالة.

نتناول ركن الرضا (أولا)

وركن المحل (ثانيا)

وركن السبب (ثالثا)

أولا: إبطال العقد الإداري بسبب تخلف ركن الرضا

يشترط الرضا في العقود الإدارية شأنها شأن باقي العقود التي تخضع لقواعد القانون الخاص، فهو يتوفر بتوافق إرادتين بغرض إحداث اثر قانوني معين بالإنشاء أو بالتعديل[1].

[1] – أشار إليه علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص129.

فالرضا يتحقق بالإيجاب والقبول بين طرفي العقد الإداري، فيكون الإيجاب من طرف المرشح للتعاقد عن طريق تقديم عطائه في موضوع التعاقد المعروض من قبل الإدارة، ويتحقق القبول بأن توافق الإدارة على العطاء الذي قدمه.

كما هو الشأن في العقود التي يحكمها القانون المدني، فالتعبير عن الرضا في العقود الإدارية يكون بعدة طرق؛ فيكون التعبير عن طريق التلفظ بالقبول أو الكتابة أو أي إشارة متداولة عرفا، كما قد يكون بأي موقف يتخذه المتعاقد لا يدع مجالا للشك في الدلالة على تحقيق المقصود[2].

كما نصت المادة 60 من القانون المدني[3] على أن:

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[4].

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص328.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 153 سنة 17 قضائية، جلسة 10/ جوان /1978. أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، 329.

[3] – الأمر رقم 58–75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

[4] – حسب رأينا الخاص فإننا نرى أن التعبير عن الإرادة في العقود الإدارية يختلف تماما عن باقي العقود المدنية الأخرى، فالمتعاقد هنا يتعامل مع إدارة (شخص معنوي عام) والثابت أن الإدارة كل معاملاتها تكون عن طريق الكتابة، فمن غير المنطقي بناء إرادة المتعاقد على كلام يلقى شفاهة أو بناء على إشارة متداولة عرفا ... فالأعمال الإدارية تحكمها الكتابة، والتعبير عن الإرادة لا يكون إلا بها حتى يكون العقد صحيحا.

لكي ينشأ العقد الإداري صحيحا لا يكفي أن يكون هناك إيجاب من المتعاقد يقابله قبول من طرف الإدارة، بل يجب أن يكون الرضا خالي من كل العيوب التي تشوب إرادة طرفي العقد، وأن يكون صادرا عن ذي أهلية[1].

فإن شاب إرادة المتعاقد أي عيب من عيوب الرضا جاز له التمسك بالبطلان، وبالتالي طلب إبطال العقد، كنتيجة للعيب الذي أصاب إرادته، بحيث يصبح العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد مع الإدارة[2].

سنتناول من خلال النقاط التالية العيوب التي تصيب صحة الرضا في العقد الإداري:

1: الغلط

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للغلط في القانون المدني، كما أنه لم يحدد حالات معينة وإنما وضع معيارا عاما وأخذ بالمعيار الذاتي. تاركا مهمة ذلك للفقه والقضاء،حيث عرف على أنه:

" وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد[3]".
لكن القانون المدني المصري في مادته 120 قدم تعريفا للغلط بحيث اعتبره:

" الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع هذا إما أن يكون واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها، أو واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها"[1].

---

[1] – محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 7.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 330.

[3] – محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص43.

فمثل هذا الغلط إذا وقع فيه المتعاقد مع الإدارة فإن إرادته تصبح معيبة الأمر الذي ينعدم معه الرضا مما يجعل من العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، وذلك في حالة تمسك المتعاقد بإبطال العقد[2].

ويجب في الغلط توفر الشروط التالية:

أ . أن يكون الغلط جوهريا

نصت المادة 82 ق م على أن:

" يكون الغلط جوهريا إذا يلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

. إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

. وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرار لها جاء فيه:

" يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط[3].

---

[1] – المادة 120 من القانون المدني المصري.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 330.

[3] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 882 سنة 10 قضائية، جلسة 21 مارس 1984، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 18، ص 727.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر كذلك في تحديد حالات الغلط الجوهرية إلى أنه:

" ... ويعتبر الغلط جوهريا إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف أو لما ينبغي توافره في التعاقد من حسن نية.

فإذا لم يكن ثمة غلط في الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار المتعاقد في الشئ، وكانت ذاتية هذا الشئ معروفة للمتعاقدين عند التعاقد على وجه محقق وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله، وهي على بينة من حقيقته، فإنه لا يجوز إبطال العقد للغلط".

كذلك يكون الغلط جوهريا وفقا لنص المادة 82 ق م جزائري والمادة 121 ق م مصري، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي الدافع للتعاقد.

هذا النص عام يسري على العقود الإدارية والمدنية على حد سواء[1].

وترتيبا على ما تقدم فإن الغلط غير الجوهري لا يؤثر في صحة العقد الإداري كما لو كان خطأ في الكتابة أو الحساب، حيث أن هذا لا يعدو أن يكون غلط مادي يتم تصحيحه دونما تأثير على صحة العقد[2].

ب . اتصال علم المتعاقد الأخر بالغلط

يشترط لكي يكون الغلط سببا لإبطال العقد أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في ذات الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 331.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1303 لسنة 8 قضائية، جلسة 31 ديسمبر 1966، مجموعة أحكام المحكمة في 15 عام، ص 494.

القصد من هذا الشرط هو حماية للطرف الأخر في العقد حسن النية، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد قراراتها الذي جاء فيه:

"... المتعاقد إذا ما توهم على غير الواقع من الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد، أن التوريد كان له مدة أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ العقد وليس شهورا، واستبان من الظروف والملابسات أن المتعاقد كان سيمتنع عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط الذي شاب إرادته، فإنه يكون على حق في طلب إبطال العقد للغلط الجوهري، إذا ما اتصل هذا الغلط بعلم المتعاقد الآخر[1]".

2: التدليس

يعتبر التدليس نوع من الغش يصاحب تكوين العقد، وهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة لإستعمال الحيلة، فالتدليس يؤدي حتما إلى الغلط بحيث يمكن القول بعدم جدوى نظرية التدليس اكتفاء بنظرية الغلط.

والتدليس يعيب الإرادة في جعل العقد قابلا للإبطال، كما انه نتيجة حيلة، والحيلة خطأ يستوجب التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، والتدليس خطأ عمدي[2].

يكون التدليس في العقد بقيام أحد طرفي العقد بحيلة توقع الطرف الأخر في غلط جوهري كان السبب في التعاقد[3].

يشترط في التدليس كسبب لإبطال العقد:

1 . إستعمال طرق احتيالية.

[1] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 297 لسنة 16 قضائية، جلسة 29 جوان 1974. أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 331.

[2] – محمد حسنين، مرجع سابق، ص46.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق،ص 333.

2 . أن يكون الدافع للتعاقد.

3 . أن يكون صادرا من أحد طرفيه.

يشتمل الشرط الأول على عنصرين مادي ومعنوي؛ فالعنصر المادي يتوفر بالكذب على المتعاقد أو بمجرد الكتمان.

وهذا الأخير يشترط فيه أن يكون المدلس عليه جاهلا للأمر المكتوم عنه ولا يمكنه أن يعلم به من جهة أخرى، ويكون التدليس عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[1].

وهو ما نصت عليه المادة 2/86 من القانون المدني بقولها:

" ...ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[2].

أما العنصر المعنوي فيتحقق بتوفر نية التضليل لدى المدلس مع قصد الوصول إلى غرض غير مشروع[3].

أما الشرط الثاني فيتمثل في أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، وهو ما نصت عليه المادة 86 فقرة 1 من القانون المدني التي نصت على أنه:

" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد"[4].

---

[1] – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 47.

[2] – المادة 86 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

[3] – محمد حسنين، نفس المرجع، ص 47.

[4] – المادة 86 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري .

في هذا الخصوص طبقت المحكمة الإدارية العليا بمصر أحكام التدليس على العقود الإدارية حين ذهبت إلى:

" ... ومن حيث أنه عن ادعاء الطاعن بأن جهة الإدارة دلست عليه بإيهامه أن السعر الذي يتعاقد به هو سعر مجز يحقق له ربحا فإنه ادعاء عار من الصحة، إذ تخلو الأوراق مما يفيد ذلك، كما أن الطاعن لم يقم الدليل عليه.

وفضلا عن ذلك فإنه بافتراض أن الإدارة أوهمته بأن السعر الذي تتعاقد به سعر مجز فإن ذلك لا يعتبر تدليسا في حكم المادة 12 من القانون المدني يجيز المطالبة بإبطال العقد ذلك لأن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في التدليس الذي يجوز إبطال العقد بسببه أن يكون ثمة طرق احتيالية لجأ إليها أحد المتعاقدين تبلغ من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم العقد.

ومجرد إيهام الإدارة للطاعن بأن السعر الذي ارتضى التعاقد به سعر مجز لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الاحتيالية التي يجوز وصفها بالتدليس، لا سيما وان الطاعن تاجر محترف اعتاد التعامل في الأسواق، وتوريد هذه المحاصيل وهو أعلم بحال السوق وأسعاره، ومن ثم لا يجوز عليه إيهام أو تغرير"[1].

والشرط الثالث هو أن يصدر التدليس من أحد طرفي العقد، فلكي يكون التدليس سببا لإبطال العقد يجب أن يصدر من أحد طرفي العقد؛ لأن إبطال العقد استنادا إليه هو بمثابة جزاء، ومن غير الجائز توقيع جزاء على الطرف الأخر للعقد عن فعل لم يقترفه، كقيام شخص أجنبي عن العقد بالتدليس[2].

[1] – المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 1303 لسنة 8 ق، جلسة 1966/12/31، مجموعة أحكام المحكمة في 15 عام نص 494. أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 334.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 333.

3: الإكراه

الإكراه هو ممارسة ضغط على نفسية المتعاقد يولد فيها رهبة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع[1].

وهو ما نصت عليه المادة 1/88 ق م :

" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق"[2].

وفقا لأحكام هذا النص التشريعي العقد الإداري يكون قابلا للإبطال لمصلحة أحد طرفيه إذا كان هذا الطرف ابرم العقد تحت تأثير رهبة أوجدها المتعاقد الآخر في نفسه، أو أوجدها شخص آخر ليس طرفا في العقد وكان المتعاقد الآخر يعلم بذلك أو يمكنه أن يعلم به، ويقع عبء إثبات إبرام التعاقد تحت تأثير إكراه على عاتق من يدعيه[3].

في هذا الخصوص قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه:

" لا وجه لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش المسئولين بمجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد، ذلك أنه لم يقم دليل على أن أحد من المسئولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسيلة لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها[4].

---

[1] – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 49.

[2] – المادة 88 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 336.

[4] – المحكمة الإدارية العليا بمصر، جلسة: 1984/01/31.: أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 336.

ويشترط لتحقق الإكراه[1]:

. استعمال وسيلة من وسائل الإكراه.

. وأن تحمل هذه الوسيلة المتعاقد الأخر على إبرام العقد.

. أن تصدر وسيلة الإكراه من المتعاقد الأخر أو تكون متصلة به.

4: الغبن

الغبن هو المظهر المادي للاستغلال، وهو عدم تعادل البدل[2].

ويتحقق الغبن في التعاقد إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا الطرف من فائدة بموجب العقد[3].

يذهب بعض الفقه إلى أن عيب الغبن الذي ينص عليه القانون المدني يختلف عن اختلال التزامات المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد بسبب المخاطر المالية التي يتعرض لها نتيجة سلطات الإدارة في التعديل والرقابة مما يجيز له طلب إعادة التوازن المالي إلى العقد وفقا لشروط نظرية فعل الأمير ...

لأن اختلال التوازن وفقا للنظرية المدنية يتعلق بالتزامات أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد، عندما يستغل أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر هوى بين أو طيش جامح، وهي مسألة يصعب تصورها في تعاقدات الإدارة[4].

---

[1] – للتفصيل في هذه الشروط يراجع: محمد حسنين، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

[2] – محمد حسنين، مرجع سابق ، ص 55.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 336.

[4] – عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية،القاهرة، 1993، ص 92.

وبذلك فإن هذا الرأي يستبعد – بحق – إمكانية أن يشوب العقد الإداري غبن، حيث أنه يتم في ظروف تنافسية دون تدخل من الإدارة إلا في الأمور التنظيمية فقط، ويضع الراغب في التعاقد الأسعار التي يرى أنها تمكنه من الحصول على ربح في إطار موضوعي دون تغرير من الإدارة[1].

هذا وقد ضيق مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته حالات الغبن في العقد الإداري، ولا يلجأ إليه إلا إذا أجازه نص تشريعي[2].

ثانيا: بطلان العقد الإداري لعيب في ركن المحل

محل أي عقد هو العملية القانونية التي قصد تحقيقها بإبرامه، وإذا كان أثر العقد هو إنشاء التزامات، فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد[3].

تناول القانون المدني الجزائري المحل في المواد من 92 إلى غاية 98.

كما يشترط في المحل أن يكون موجودا إذا كان شيئا، أو ممكنا إذا كان عملا أو الامتناع عن عمل، كما يشترط فيه أن يكون معينا أو قابل للتعيين، بالإضافة إلى شرط أن يكون قابلا للتعامل فيه؛ أي أن يكون مشروعا[4].

طبق القضاء الإداري في مصر المبادئ المدنية التي تتعلق بالمحل والتي تم ذكرها آنفا على العقود الإدارية، باستثناء ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية من خصوصية، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأن:

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 337.

[2] - CE, 21/05/1948, Sté coopération ouvrière de production, p 641.
- CE, 03/06/1953, Bougalay, R.P 725, A.J.D.A, 1954, 11, p379.

[3] – المحكمة الإدارية العليا بمصر، جلسة: 1966/12/31: أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 337.

[4] – محمد حسنين، مرجع سابق، ص63.

"... العقد الإداري يكون باطلا، فلا ينعقد قانونا ولا ينتج أثرا ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان إذا كان محله غير قابل للتعامل فيه سواء لكون ذلك التعامل محظورا أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام"[1].

كما قررت في حكم آخر لها ببطلان العقد الإداري متى ثبت أن محل الالتزام مستحيلا، حيث جاء في الحكم:

" ...وإن جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أن جميع العقود إدارية كانت أو مدنية يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة باركان العقد ومحله، فلابد وأن يكون المحل مشروعا وغير مستحيل في ذاته، فإذا ثبت أن احد بنود العقد مستحيل التنفيذ على المدعي وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة فإن هذا يرتب بطلان هذا البند[2].

بناءا على هذا الحكم فإن استحالة تنفيذ محل العقد والتي انتهت ببطلانه يقصد بها الاستحالة المطلقة، وهي التي تكون بالنسبة للكافة، ولا تقتصر على المتعاقد فقط، وقد تتصل تلك الاستحالة بمضمون العقد ذاته فيغدو العقد باطلا، كما قد تنصب على أحد بنود العقد فيبطل البند ويبقى العقد صحيحا[3].

كما أن بطلان العقد لعدم مشروعية محله وفقا لهذا الحكم يمكن أن يتحقق في حالتين، إذا منع المشرع التعاقد صراحة في بعض المجالات، ففي هذه الحالة يصبح محل التعاقد غير مشروع، ولا يجوز التعامل بشأنه من ذلك حرمان العاملين بجهاز الدولة

[1] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 337 لسنة 26 ق، جلسة: 1983/1/1، مجموعة أحكام السنة 12، ص 494.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، جلسة: 1959/1/4، مجموعة أحكام السنتين 13 12، ص 161.أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 339.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، نفس المرجع، ص 339.

الإداري ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة من التقدم بمعطاءات أو عروض لتلك الجهات.

كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال، وكذا حرمانهم من الدخول في المزايدات والاستشارات بأنواعها ما لم تكن الأشياء المشتراة لاستعمالهم الشخصي.

والحالة الثانية تكون إذا تنافى التعاقد مع طبيعة الروابط الإدارية، القانون لما ينشئ الوظيفة ينشئ معها مركز من يشغلها في المستقبل، وهو حين يحدد ما يرتبط بها من المزايا والتكاليف فهو لا يقصد شخص الموظف أو مصلحته، بل مصلحة المرفق العام.

من هذا فإنه إذا ثبت أن قرار التعيين ليس سوى شرطيا يتضمن إسناد الوظيفة إلى شخص معين، وسحب مركزها التنظيمي عليه، وقد ترتب على ذلك مجموعة من النتائج أهمها أن المركز التنظيمي يفرض بوصفه هذا . في حالة بقائه قائما دون تعديل من الجهة المختصة . على الإدارة والموظف معا، بحيث لا تملك السلطة الإدارية مخالفته بإجراءات فردية وإلا كانت هذه الإجراءات غير مشروعة وجاز لصاحب المصلحة أن يطعن فيها بالإلغاء، كما لا يملك الموظف النزول عن حقوقه المقررة في القانون أو التصالح بشأنها وإلا وقع ذلك باطلا.

لذلك لا تستطيع الإدارة الإتفاق مباشرة مع الأفراد على تعديل في المراكز القانونية التي تخلفها القوانين مباشرة ويقع باطلا جميع الإتفاقات التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بقصد الإنتقاص من المزايا التي تضمنها لهم هذه المراكز.

وهذه القواعد العامة بلا شك تطبق على العقود الإدارية، ويكون باطلا كل عقد إداري يخرج على هذه القواعد[1].

ثالثا: بطلان العقد الإداري لتخلف ركن السبب2.

سبب العقد الإداري هو الدافع الذي حدا بالإدارة إلى إبرامه، ومن ثم يكون السبب ركنا لازما لا يقوم العقد الإداري بدونه. ويشترط لقيام العقد الإداري أن يكون سببه موجودا وأن يكون مشروعا بمعنى ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب.

فإذا تخلف سبب العقد الإداري ذاته أو تختلف أيا من شروط المشروعية فيه وقع هذا العقد باطلا.

ويترتب على بطلان العقد الإداري . بصفة عامة . زوال هذا العقد وإلغاء ما رتبه من آثار، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، حيث أن العقد الإداري الذي ولد تلك الآثار يعتبر كأن لم يكن.

إضافة إلى ما يولده البطلان من آثار مالية، فقد ينشئ لأحد طرفي العقد حقا في اقتضاء تعويض من الطرف الآخر تأسيسا على المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال.

من هنا يتبين أن دعوى بطلان العقد الإداري من أهم وابرز دعاوى القضاء الكامل التي يلجأ إليها المتعاقد بهدف حماية مصالحة عن طريق إبطال العقد الذي شابه العيب في تكوينه أو انعقاده، أو لمخالفة الإدارة للشكل الذي أوجبه القانون في بعض العقود الإدارية.

---

[1] – عمر حلمي، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 341.

وكذلك لأنها تعتبر الطريق الوحيد المتاح للمتعاقد لإبطال العقد[1]؛ لأن دعوى الإلغاء لا ترفع لأجل إلغاء العقود الإدارية . كما رأينا سابقا . وإنما مجالها إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بعيب من العيوب في أركانها.

كما أن المتعاقد في دعوى بطلان العقد هو المخول الوحيد أو الإدارة المتعاقدة لممارستها، ولا يمكن للغير أن يباشرها لأنهم ليسوا طرفا في العقد، فهما الوحيدين صاحبا الصفة والمصلحة في هذه الدعوى، والمؤهلين لمباشرتها.

الفرع الثاني: الحماية المكرسة بموجب دعوى الحصول على مبالغ مالية

دعوى الحصول على مبالغ مالية لا تقل أهمية عن باقي دعاوى القضاء الكامل؛ على اعتبار أن الهدف الأول الذي يصبو إليه المتعاقد من وراء العملية التعاقدية هو تحقيق الربح، أي المقابل المالي الذي يتقاضاه مقابل ما قدمه من عمل للإدارة.

فقد يكون المقابل المالي في صورة ثمن أو اجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب اخرمن الأسباب[2].

فدعوى الحصول على مبالغ مالية هي الدعوى التي يرفعها المتعاقد مع الإدارة لمطالبتها بالمقابل المالي نظير ما قدمه من عمل مضمون العقد الذي أبرمه معها ونفذ كل ما عليه من التزامات[3].

---

[1] – برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، دمشق، 2002، ص 205.
- Sabri Mouloud, le droit des marchés publics en Algérie: réalité et perspectives , revue du conseil d'état, L'Algérie, conseil d'état , N7 ,2005, p34.
- Stéphane Braconnier, précis du droit des marchés publics, paris, Editions le moniteur, 4édition, 2012, p388.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 200.

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 325.

كما تشمل هذه الدعوى كل مواضيع العقد الإداري التي يكون مضمونها الحصول على مبالغ مالية بجميع صورها؛ تسديد قيمة الالتزام المتفق عليه في العقد، أو جزء منه، أو يكون في شكل قسط من الأقساط، أو يكون المبلغ المالي في شكل تعويضات عن الأضرار التي قد تسببت فيها الإدارة للمتعاقد[1].

سواء عن طريق خطأ من الإدارة وذلك بإتخاذها إجراءات غير قانونية من شأنها الإضرار بمصالحه المالية، كما قد تكون هذه الأضرار بدون خطأ من الإدارة أي أنها تتحمل عبء تعويض المتعاقد على أساس نظرية المخاطر[2].

وهو ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في احد قراراتها الذي أيدت فيه القرار المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان سنة 1993 بين بلدية تلمسان و المتعاقد (ب . س) جاء فيه:

" ...ومن ثم فإن قيام رئيس المجلس الشعبي البلدي بتهديم المبنى . المؤجر للمستأنف عليه . قد ارتكب اعتداء بتصرفه هذا على المستأجر بون إنذاره ولا إعلامه وبدون إجراء تحقيق، وخاصة بدون أي دعوى قضائية لفسخ عقد الإيجار المبرم، وبذلك يتعين القول أن قضاة الدرجة الأولى قد أصابوا عندما قضوا بإعادة بناء المحل ودفع التعويض، مما يستوجب تأييد قراراهم"[3].

[1] – كلوفي عزالدين، مرجع سابق، ص 106.

[2] – بن دعاس سهام، ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2017، ص258.

[3] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم: 96237 ، الصادر بتاريخ:1993/04/11، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1994، العد 1، ص 203.

وهو ما أكدته كذلك الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في أحد قراراتها الذي أيدت فيه القرار المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تيزي وزو سنة 1998 بين والي ولاية تيزي وزو و المتعاقد (م.م) جاء فيه:

" ... ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الأمر يتعلق بدين نقدي مستحق الأداء والذي يمثل انجاز مشروع من طرف صاحب الأشغال.

فالامتناع عن الدفع تعسفا من طرف والي ولاية تيزي وزو يجعل طلب التعويض مؤسسا وبما أن قضاة المجلس لما قضوا بدفع مبلغ التعويض المستحق من طرف والي ولاية تيزي وزو مقابل إنجاز المشروع المذكور.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون الصحيح، مما يستوجب تأييد القرار"[1].

وكذلك في قرار أخر لمجلس الدولة بتاريخ 2004/06/15 الذي أيد فيه القرار المستأنف والقاضي بتعويض المستأنف عليه، لمخالفة الإدارة للقانون بمنحها الصفقة لمكتب دراسات كانت لجنة تقييم العروض قد رفضته، وأعتبره مجلس الدولة خرقا للقانون مستوجبا للتعويض، حيث جاء في إحدى حيثياته:

"... كما قامت البلدية بارتكاب مخالفة لقانون الصفقات العمومية وألحقت ضررا أكيدا بالمستأنف وان الجهة القضائية الأولى وبفصلها على ذلك النحو فإنما قدرت وقائع القضية تقديرا سليما وأحسنت تطبيق القانون ..."[2].

الفرع الثالث: الحماية المكرسة بموجب دعوى فسخ العقد

[1] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم: 124356 ، الصادر بتاريخ:1997/07/06، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1998، العد 1، ص 179.

[2] – قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم: 14637، الصادر بتاريخ: 2004/06/15، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 5، سنة 2004، ص 132.

تنتهي العقود الإدارية بصفة طبيعية في حالتين؛ حالة تنفيذ المتعاقد لكل الالتزامات المتعاقد عليها تنفيذا كاملا، والحالة الثانية بانتهاء مدة العقد في العقود الزمنية، أي المحددة بمدة معينة.

كما قد ينتهي العقد نهاية غير طبيعية؛ أي قبل أوانه في عدة حالات كإتفاق طرفي العقد على إنهائه، أو يفسخ بقوة القانون، أو عن طريق الفسخ القضائي، أو يكون الفسخ عن طريق الإدارة، وهو قيام الإدارة بفسخ العقد لسبب من الأسباب، إلا أنها قد تتعسف في ذلك وتؤثر سلبا على حقوق المتعاقد، الأمر الذي يستوجب وجود رقابة قضائية على عملية فسخ العقد من الإدارة.

أجمل الفقه[1] الحالات التي من اجلها يحكم القضاء بفسخ العقد إلى ثلاث حالات، إذا توفرت شروطها.

أولا: حالة طلب المتعاقد فسخ العقد بسبب قوة قاهرة

إن دعوى فسخ العقد الإداري للقوة القاهرة يعتبر من الحقوق المؤكد للمتعاقد إذا ما توفرت شروطها، فالقوة القاهرة تجعل من تنفيذ العقد مستحيلا.

فقد نصت المادة 121 من القانون المدني على أنه:

" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"[2].

لقد نصت المادة 121 ق م على استحالة التنفيذ ولم تحدد أسبابها؛ أي أن أسباب الاستحالة تبقى مفتوحة سواء للقوة القاهرة أو لسبب آخر، وفي هذه الحالة نصت على أن العقد ينفسخ بقوة القانون.

[1] – برهان زريق، مرجع سابق،ص 210.

[2] – المادة 121 من القانون المدني الجزائري.

فالقوة القاهرة تعد من الأسباب القانونية التي تعطي للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء الإداري لطلب فسخ العقد حتى وإن اعتبر القانون العقد في هذه الحالة منفسخ بقوة القانون، إلا أن دور القاضي الإداري هنا يكون مقرر لحكم فسخ العقد ولا ينشئه.

لقد وسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم القوة القاهرة وأعطى لها معنيين في قراراته:

يتعلق المعنى الأول وهو المستقر عليه أن القوة القاهرة هي الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه، والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، وفي هذا المعنى قضى المجلس في قضية Electricité de France سنة 16 جويلية 1952 الذي اعتبر فيه أن الحرب باعتبارها ظرفا يمثل قوة قاهرة أدى إلى هلاك موضوع العقد تؤدي إلى انقضاء العقد بقوة القانون[1] .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار والذي تعلق بحالة الحرب التي اعتبرها قوة قاهرة تنهي العقد الإداري بقوة القانون لهلاك موضوعه، لا يمكن إسقاطه على جميع الحالات الأخرى، فالمرافق العامة يجب أن تحافظ على سيرها بانتظام وبصفة دائمة.

فلو يترك للمتعاقدين أمر إنهاء العقود عن طريق الفسخ للقوة القاهرة، وترك لهم تقدير مدى توافر شروطها من عدمها، لتضرر المرفق العام وتعطلت مصالح المرتفقين، لهذا وجب على المتعاقد اللجوء للقضاء الإداري للحصول على حكم يقضي بفسخ العقد للقوة القاهرة[2].

أما المعنى الثاني للقوة القاهرة ويمثل الإضافة التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي في قضية Cie de tramways de Cherbourg حيث أقر في هذه القضية أن الظرف

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 770.

[2] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 771.

الطارئ بمثابة قوة قاهرة، فأعطى لكل من المتعاقد و الإدارة الحق في اللجوء للقضاء من أجل طلب فسخ العقد؛ كون العقد لا يمكن أن يعود لتوازنه رغم المساعدات المقدمة من الإدارة للمتعاقد بغرض تسهيل عملية تنفيذ العقد.

وبالتالي أصبح لا يمكن إتمام تنفيذ العقد بدون مساعدة دائمة من الإدارة، مع إمكانية حصول المتعاقد المتضرر على تعويض[1].

ثانيا: حالة طلب المتعاقد فسخ العقد لإخلال الإدارة بإلتزاماتها العقدية

يمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء بغرض طلب فسخ العقد مع التعويض في حالة إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها العقدية، سواء تعلق الأمر بالالتزامات الفنية وذلك بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه.

من أهمها تسليم موقع الأشغال محل العقد في الوقت المتفق عليه وخالي من كل العراقيل المادية والقانونية إذا تعلق الأمر بعقد الأشغال العامة، وكذلك تنفيذه بطريقة سليمة مع احترام متطلبات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية. أو تعلق الأمر بالتزاماتها المالية[2].

فالحكم بفسخ العقد الإداري من قبل القضاء لا يكون إذن إلا عندما ترتكب الإدارة خطأ جسيما، هذا الحكم الذي يكون ساري بأثر رجعي من تاريخ رفع الدعوى، وتتحمل الإدارة مسؤولية ذلك.

[1] – جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 531.

[2] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص26.

كما أنه من الصعب بما كان تحديد بشكل محدد جسامة الخطأ، لأن العقود الإدارية مختلفة وتحديد جسامة الخطأ يكون حسب طبيعة كل عقد، وأثر ذلك على المتعاقد، وكذلك على مدى تأثير ذلك في استمرارية المتعاقد في تنفيذ العقد[1].

ثالثا: حالة طلب المتعاقد فسخ العقد كموازن لسلطات الإدارة المتعاقدة

في ظل السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية . كما رأينا سابقا . بهدف المحافظة على ديمومة سير المرفق العام بإنتظام، وتقديم خدماته للمرتفقين على أحسن حال.

فإن هذه السلطات والامتيازات مشروطة بعدم التعسف فيها، و أن لا تدخل على العقد تعديلات كثيرة تؤدي إلى قلب اقتصادياته رأسا على عقب، فيصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبل به لو عرض عليه عند إبرام العقد أول مرة.

فإذا حدث مثل هذا جاز للمتعاقد أن يلجأ للقضاء ليطالب بفسخ العقد، إذا رأى أن التعويض والمساعدات التي تقد مها له الإدارة لا يأتيان له بفائدة[2].

فإذا تم الحكم بالفسخ فإنه يكون بأثر رجعي يسري من تاريخ رفع الدعوى، ويكون الحكم بالفسخ مصحوبا بتعويض يغطي جميع الأضرار التي لحقت بالمتعاقد، وعلى ما فاته من كسب[3].

[1] – بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 261.

[2] – سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 774.

[3] – بن دعاس سهام، نفس المرجع، ص 231.

الخاتمة

ختاما لهذا البحث الذي تناولنا فيه دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، وذلك بالبحث في الوسائل القانونية والقضائية التي يمتلكها القاضي الإداري في منازعات العقود، التي تتمتع فيها الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات واسعة تجاه المتعاقد الذي تجعل منه في وضع غير متكافئ معها.

الأمر الذي استوجب وجود رقابة قضائية على هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة تكون بمثابة حماية وضمانات للمتعاقد، ومن خلالها توصلنا إلى النتائج التالية:

أن سلطات الإدارة متعددة بتعدد تدخلات الإدارة في جميع مناحي الحياة اليومية للمواطنين، فالإدارة لما تبرم عقدا بغرض إنشاء أو تسيير مرفق عمومي فهي لا تتخلى على المرفق لصالح المتعاقد يفعل به كما يشاء، وتتهرب من مسؤوليتها، بل تبقى محافظة على سلطتها في الرقابة على السير الحسن للمرفق العمومي.

كذلك تبقى محافظة على سلطتها في توجيه المتعاقد وفقا لما يتطلبه التنفيذ الأمثل للعقد مهما كان نوعه، ووفقا لما يتطلبه تحقيق المصلحة العامة والدور المنوط بالمرفق العام تحقيقه.

كذلك أنه على الإدارة عدم الاكتفاء بالرقابة والتوجيه فحسب، بل يتعداه إلى تقديم يد العون والمساعدة للمتعاقد في حالة تعرضه لأي عائق و إزالة كل الصعوبات المادية والقانونية التي تحول دون التنفيذ الحسن للعقد.

أن الإدارة ملزمة لتسهيل عملية تنفيذ العقد أن تقدم دفعات مالية للمتعاقد حسب نوع العقد . بإستثناء عقدي الإيجار و الامتياز. اللذان يعتبران ممولان للخزينة العامة وليسا عبئا عليها، و يكون الدفع وفقا لنسب الخدمة المقدمة من طرف المتعاقد.

الخاتمة

أن الإدارة تملك حق فرض جزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية، فلها أن تفرض عليه جزاءات مالية كغرامة التأخير التي توقع على المتعاقد المتراخي في التنفيذ وتكون في صورة عقاب له، ويمكن أن يكون في شكل تعويض للإدارة في حالة وجود ضرر لحق بها.

كما تملك الإدارة كذلك وسائل ضاغطة تتمثل في وضع المشروع تحت الحراسة، أو سحب العمل من المتعاقد، أو أن تشتري الإدارة السلع المتفق عليها على حساب المتعاقد المقصر.

كذلك من الجزاءات الإدارية لجوء الإدارة إلى فسخ العقد، عند تهاون وتراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية وفقا لما اتفق عليه في العقد فإن للإدارة الحق في فسخ العقد دون اللجوء للقضاء، بإستثناء عقد الامتياز الذي يتمتع بميزة خاصة، فإن الاجتهاد القضائي يقضي بضرورة لجوء الإدارة للقضاء من أجل فسخ عقد الامتياز، نظرا لما فيه من أضرار للمتعاقد وما انفق على المرفق من أموال.

مقابل هذه السلطات الممنوحة للإدارة توصلنا في دراستنا هذه إلى أنه هناك رقابة قضائية على هذه السلطات، هي بمثابة حماية للمتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطات.

توصلنا إلى أن القاضي الإداري يراقب سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وسلطة تعديل العقد بالإرادة المنفرة لها، وتناولنا عدة تطبيقات من القضاء الإداري الجزائري والمصري والفرنسي، فوجدنا أنها كانت رقابة حقيقية أنصفت في الكثير منها المتعاقد.

كما توصلنا كذلك إلى أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية، هي سلطة خاضعة لرقابة القاضي الإداري، مهما كان نوع الجزاء الموقع على المتعاقد.

الخاتمة

أن سلطات الإدارة تجاه المتعاقد ليست مطلقة بلا قيد أو رقيب، وإنما هي سلطات خاضعة لرقابة القضاء الإداري، وهو ما أكدته القرارات القضائية التي تم التطرق إليها في متن هذه الدراسة.

أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا كانت لها الجرأة في قرارات نوعية شكلت ضمانة وحماية حقيقية للمتعاقد، عكس ما لمسناه في قرارات مجلس الدولة . النادرة . التي كانت تقريبا جلها مخيبة لآمال المتعاقد.

قائمة المصادر والمراجع

1:قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية:

أولا: النصوص القانونية:

أ: الدساتير :

1- المرسوم الرئاسي رقم: 438/96 المؤرخ في: 7 ديسمبر 1996 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة بتاريخ: 8 ديسمبر 1996.

2-القانون رقم: 01/16 المؤرخ في: 6 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة بتاريخ: 7 مارس 2016.

ب: النصوص التشريعية:

1- القانون العضوي 01/98 المؤرخ في:30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ: 1 يونيو 1998.

2- القانون العضوي رقم:13/11 المؤرخ في: 26/ جويلية 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي 01/98، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ: 03 أوت 2011.

3- القانون رقم: 02/98 المؤرخ في: 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ: 20 يوليو 2003.

القانون رقم 09/08 المؤرخ في: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ: 23 أفريل 2008.

4-

ج: النصوص التنظيمية:

أولا: المراسيم الرئاسية:

1- المرسوم الرئاسي رقم:236/10 المؤرخ في: 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58.

2- المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد: 50، المؤرخة في: 20 سبتمبر 2015.

3- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

ثانيا: المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم: 356/98 المؤرخ في: 14 نوفمبر 1998، يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية عدد85، الصادرة بتاريخ: 15 نوفمبر 1998.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 195/11 المؤرخ في: 22 ماي 2011 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 356/98 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998، الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية.

د: **القرارات القضائية**

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا

1- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم: 96237، الصادر بتاريخ: 1993/04/11، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1994، العد 1.

2- قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد01، لسنة 1993، ص 131.

3- قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد 01، سنة 1994، ص 217.

4- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم: 124356، الصادر بتاريخ: 1997/07/06، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1998، العد 1.

5- قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، المؤرخ في: 21/02/2007، تحت رقم: 199207، قرار منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007.

ثانيا: قرارات مجلس الدولة

1- _قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم: 14637، الصادر بتاريخ: 2004/06/15، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 5، سنة 2004، ص 132.

2- _قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 02، لسنة 2002، ص 226.

3- _قرار مجلس الدولة المؤرخ في : 05/11/2002 ، تحت رقم: 9934، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003.

4- قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ: 15/04/2003، ملف رقم 008072، قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد4.

5- _قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2003، ص135.

6- قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2003، ص138.

ثالثا: أحكام وقرارات قضائية لدول عربية

1- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 320، بتاريخ: 05/04/1975.

2- المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 1303 لسنة 8 ق، جلسة 1966/12/31.

3- حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 19لسنة23ق، م.م.ع، السنة15، العدد3، ص22.

4-حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، بتاريخ: 2 جانفي 1965، المجموعة س 10.

5-حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 2074 لسنة 34 قضائية، جلسة 4/1/1991 .

6- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر سنة: 03 مارس 1957.

7- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر بتاريخ: 30 جوان 1957، قضية رقم 983.

8- حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: 11 جانفي 1969.

9- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1068 لسنة 8 ق، جلسة 30، 11، 1963، مجموعة أحكام السنة 9.

10- حكم المحكمة الإتحادية العليا بدولة الأمارات العربية المتحدة، في الطعن رقم 89، سنة 10 قضائية، بتاريخ 20، 12، 1988.

11- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر في: 17 جانفي 1970، س ق 15.

12- حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: 11/04/1980.

13- حكم محكمة القضاء الإداري رقم 983، الصادر في 16، 12 ، 1956.

14- المحكمة الإدارية العليا، 21/9/1960، السنة 5، رقم 61، س ق 12.

15- المحكمة الإدارية العليا، 21/3/1970، المجموعة في 15 عام 1965، 1970، الجزء الثاني، رقم 26، 267 ، س ق 12.

16- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ: 04/04/2000، السنة القضائية 39، في الطعن رقم: 1734.

17- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ: 18 ديسمبر 1981.

18- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر: الصادر بتاريخ: 06 / ماي / 1998.

19- حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: 31/ ديسمبر 1966، سنة قضائية 12.

20- فتوى قسم الرأي رقم 360 في 18/7/1954، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18.

21- مبادئ وأحكام المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم: 2348، 36 ق، بتاريخ: 07/03/1995.

22- مبادئ و أحكام المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 8836، 45 ق، بتاريخ: 23/03/2004.

23- الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، قرار رقم 33139، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

24- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، رقم 284 لسنة 8 ق، الصادر بتاريخ: 23، 11، 1956.

25- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 153 سنة 17 قضائية، جلسة 10 جوان1978.

26- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 882 سنة 10 قضائية، جلسة 21 مارس 1984، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 18.

27- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1303 لسنة 8 قضائية، جلسة 31 ديسمبر 1966.

28- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 297 لسنة 16 قضائية، جلسة 29 جوان 1974.

29- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 337 لسنة 26 ق، جلسة: 1983/1/1، مجموعة أحكام السنة 12.

30- المحكمة الإدارية العليا، جلسة: 1959/1/4، مجموعة أحكام السنتين 13 12.

31- حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1994، لسنة 41 قضائية، بتاريخ: 30/12/1995.

الكتب باللغة العربية

أولا: الكتب المتخصصة

1- إبراهيم الشارف تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ب ط،2011.

2- أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العربية مصر، دار النهضة العلمية الإمارات، 2016.

3- أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2006.

4- أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري دراسة مقارنة في ضوء القوانين والقرارات والأحكام والفتاوى الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية،الإمارات، 2016.

5- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

6-أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2006.

7- أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، الجزء الثالث منشأة المعارف، الإسكندرية.

8- السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016.

9- إبراهيم المنجى، القضاء المستعجل والتنفيذ أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1999.

10-إسماعيل خميس السيد، دعوى الإلغاء، ووقف تنفيذ القرار الإداري وقضاء التنفيذ وإشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادئ العامة للقضاء المستعجل، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الأولى، د س ن، القاهرة.

11- برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، دمشق، 2002.

12- بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، تنظيم عمل واختصاص، دار هومة، الجزائر، 2011.

13- جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، العقود الإدارية، د د ن، د ب ن، 2001 ، 2002.

14-جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة 3، القاهرة.

15-بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.

16-بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2017.

17-بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع قرفي، باتنة، الجزائر، 1995.

18-جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

19-جهاد زهير الحرازين، عقود الإمتياز . دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء . مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013.

20-حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ب د ن، ب ب ن.

21-حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشاة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن.

22- حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ، دار هومة، الجزائر، 2012.

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

24-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

25-عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه . القضاء . التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب ط، 2003.

26-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

27-عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1998.

28-عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الأفراد عبر القانون والعقد والقرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، 2016.

29-عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014.

30-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1981.

31-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011.

32- عبد الله النواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

33- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.

34-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الطبعة 14، الإسكندرية.

35-عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003.

36-عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1976.

37-. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

38-عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

39- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2011.

40- غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014.

41-فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

42-فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، 1994.

43-فؤاد قيشوح، القاضي الإداري وإشكالية الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة في منازعات الصفقات العمومية، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، 2017.

44-فوزية سكران ،سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

45-محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.

46-محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.

47-مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن- 2011.

48-محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، طبعة2009، القاهرة.

49-محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، مصر، 1983.

50- محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول،1997.

51-ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

52-محمد شعبان الدرهومي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

53-محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية طبعة 2009.

54-محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2011، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2011.

55- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2005.

56-محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د س ن.

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

58- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

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

60- محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، دار الفكر العربي، مصر، د س ن.

61- مصطفى مجدي هرجة، القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ الوقتية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1992.

62-مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الطبعة الثانية، القاهرة، 1978.

63-مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

64-مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

65-منصور محمد احمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

66- مليجي أحمد، الاختصاص: القيمي والنوعي والمحلي للمحاكم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

67-كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي ، ب س ن، برج بوعريريج.

68-نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

69-لحسين بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء م جلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومة، الجزائر، 2007.

70- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.

71-رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، طبعة 1994.

72-زكريا المصري، العقود الإدارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2014.

73- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2016.

74-دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

75-هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014.

الرسائل والمذكرات

أولا: رسائل الدكتوراه

1- اكرور ميريام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2015.

2- - بن دعاس سهام، ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2017.

3-بن شعبان علي، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2011.

4-عبد الرزاق سعيد باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008.

5-علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2007.

6- رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون، جامعة الجزائر 1، 2017.

7-محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر 1993.

8- طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

ثانيا: مذكرات الماجستير

1- علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005.

ثالثا: المقالات العلمية:

1-بن ناصر محمد ،إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد04 ، 2003.

2-عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 5، جوان 2011.

3-خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 13.

1/Les ouvrages:

1. André de Laubadére , jean Claude Vanezia ,y ves Gandemet ,Traité de droit Administratif , Tome 1,15éme Edition, L.G.D.J, paris ,1999.
2. André DELAUBADE'RE .Franck MODERNE .et pierre DELVOLVE ,traité des contrats administratifs ,t.1,L.G.D.J.,paris,1983.
3. André de laubadére ;f . Moderne et p .Del volé ,Traité de contrats administratifs , tome ll,L.G.D.J. 1984.
4. André de laubadére ;f . Moderne et p .Del volé ,Traité de contrats administratifs , tome ll,L.G.D.J. 1984.
5. André de laubadére ;f . Moderne et p .Del volé ,Traité de contrats administratifs , tome ll,L.G.D.J. 1984.
6. André MOURIN, Droit administratif, Sirey, 6e éd ,2007.
7. Duez Paul et Debyre Guy , Traité de droit Administratif ,paris ,1962.
8. François LOIRENS, et, L' Huilier ,Contrat d'entreprise et marché travaux publics ,L.G.D.J.1981.
9. Jean-Claude RICCI, droit administratif général, hachette ,2007.
10. Jean Rivero et Jean Waline ,Droit Administrative ,16 ed ,1996 ,Dalloz.
11. Marie Christine Rouault ; L'essentiel du droit administratif général, éd. Gualino,2012 -2013.
12. Marie Christine Rouault , droit administratif ,Gualino éditeurs ,2 édition ,2007.

13. paul cassia ,les référés administratifs d'urgence ,L.G.D.J, paris,2003.
14. René CHapus , Droit du contentieux Administrative ,9 éd ,Montchrestien , paris.
15. René CHAPUS ,Droit administratif général ,tome 1,15éd ,Montchrestien ,2001.
16. René CHAPUS, droit administratif général, Montchrestien,15e éd.
17. René CHAPUS , responsabilité publique ,et responsabilité privées, Dalloz, paris.
18. Stéphane Braconnier, précis du droit des marchés publics, paris, Editions le moniteur, 4édition, 2012.

2/ les thèses

1. BADAOUI Saroit ,le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien ,thèse ,paris,1954.
2. George PE'QUIGNOT, contribution a la théorie général de contrats administratifs, thèse Montpellier,1945.

3/ les articles:

1. Sabri Mouloud, le droit des marchés publics en Algérie: réalité et perspectives , revue du conseil d'état, L'Algérie, conseil d'état , N7 ,2005.

4/ les jurisprudences:

1- C, E .2 mars 1946 Michelin.
2- C,E .2 juin 1936 chouvel.
3- C, E , 7 aout 1891, Moreli ,D,1893.
4- C.E. 17 février 1978, Sté campagne français d'Enterprise.
5- C.E. 29 Déc . 1997 , Société civil des Néo – polders.
6- C.E. 27 Oct. 2010 ,Syndicat inter communal des transports publics de Cannes ,Le Cannet ,Monde lieu – la –Napoule ,R.,t. 850 ,A.J.D.A.2010.

7- CAA Lyon 15 décembre 2011 ,Association des contribuables actifs du lyonnais ,communauté urbaine de Lyon ,Rec. .no.11 Ly 00242 ,A.J.D.A. No 18 ,2012.
8- C.E. 12 mars , 1999 ,SA Méribel.
9- C .E. 14 novembre 1902- obmer et Herbet ,precite.
10- C .E .2 mars 1946 Michelin.
11- C .E .12 juillet 1950,Vituret.
12- C . E. 8 mars 1940 , Amat.
13- C.E. 03 novembre 1961 , Garreau ,R.D.P, 1962.
14- C.E. 11 juillet ,1941 ,Grenouiller.
15- C.E .4 janvier 1922 Duros .R.E.P. 1922.
16- C.E . 20 juin 1945 ,vlle de Bressuire.
17- C.E .11 juillet ,1941 , grenouiller.
18- T.A . de paris .23 décembre ,1959 ,société de et avilissements fer et ver.
19- C.E. 11 juillet 1941 Grenouiller.
20- C.E .29 octobre 1926 ,ville de saint – Etienne.
21- C.E. 5 Novembre ,1969 ,office public d H.L.M. de seineet – oise.
22- C.E. 5 janvier,1924, Olivier.
23- C.E .14 ,juin ,1944 , Sekoulonos.
24- C.E .20 ,Mars ,1957 ,Ruiz.
25- C.E. 13 juillet 1928,Derloche.
26- C.E. 5juillet 1950 ,Sté française de construction.
27- C.E. 2 février 1940 ,Min ,de l'éducation nationale.
28- C.E. 14 Mai 1948 ,Commune de Beaueau.
29- C.E .16 janvier 1930 ,Min .de la Guerre.
30- C.E .23 Mars 1944 ,Sté .Energie électrique de la Bass .loire.
31- C.E. 21 janvier 1944 ,Sté d'entreprise de construction.

32- C.E. 25 mars 1966 Ville de Royan et société ananyme de Royan et Sieur Couginet.
33- C.E. 29 octobre 1926 Ville de Saint – Etienne.
34- C.E. 26 novembre 1971 ,sima.
35- C.E. 26 juin 1905 , compagnie département des eaux.
36- C.E. 5 mars 1943 ,Ville de Nîmes.
37- C.E . juin 1944 , Ville de Toulon.
38- C.E 6 mai 1931, Sous secr. d'état aux Finances G .Bayon.
39- C.E. 7 février 1951 ,Ville de paris.
40- C.E .14 mars 1941, Roda.
41- C.E .22 octobre 1937 .Cie générale des Kerguelen.
42- C.E. 9 janvier 1948 ,Syndicat du canal de Mokta Meklouf .
43- C.E. 2 Mars 1951; Ville de Poissy.
44- C.E. 16 mai 1953 , Glaemger.
45- C.E. 26 juillet 1947, Bongert.
46- C.E. 04 Mars 1949 ,Ville de Toulon.
47- C.E. 23 mars 1944 , Sté Energie électrique de Basse – Loire.
48- C.E. 3 Avril 1903 ,Mistral.
49- C.E. 20 décembre 1985 , Administration générale de l'assistance publique a paris .R.D.P .1987.
50- C.E .10 octobre 1984, Ent Cottin journaux , R.D.P .1985.
51- C.E. 13 novembre 1953 ,Charnit et Collet ,Actual. Jur ,1954.
52- C.E. 13 décembre 1961.
53- C.E. 21 janvier 1944 , Sté d'entreprises.
54- C.E. 19 février 1992 , S.A. Dragages et Travaux publics , les grands arrêts de la jurisprudence administrative ,Dalloz ,18e éd ,2011.

55- C.E. 12 Mars 1976 , Département des Hautes – Pyrénées.

56- C.E. 13 Juin ,1980 , Ch. Des Métiers De La Charmte Maritime , R.D.P 1980.

57- C.E. 5 janvier 1944 ,Sainton.

58- C.E. 24 octobre 1952 chambre syndicale de la Bonnterie du sud ouest et du midi de la France.

59- C.E.17 Décembre 2008, Association pour La protection De L'environnent De Lunlloi ,prec.

60- C.E. 12 Décembre , 1958 ,Commune De Secrétaire D'état L'agriculture ,Cl union Des pécheurs A La Linge Et Au Lacer De Grenoble De Département De Lisère , Dalloz ,1959.

61- C.E. 1/3/1946 .Société L'énergie industrielle.

62- C.E. 7/7/1982 .Commune de Guidel C./Mme Courte ,R.D.P, 1983.

63- C.E. 4 Aout 1905 , Martin :Rec ,C.E .749 Concl , Romieu ,1907 ,3,49 , Concl , S .1906 ,3,49.

64- C.E. 1 octobre 1997 ,Avrillier ,A.J.D.A. 1997.

65- CE, 21/05/1948, Sté coopération ouvrière de production.

66- CE, 03/06/1953, Bougalay, R.P 725, A.J.D.A, 1954, 11.

الفهرس

مقدمة 1
الباب الأول..... 7
مجالات الحماية المكرسة للمتعاقد مع الإدارة..... 7
الفصل الأول 9
مجال الحماية في مواجهة سلطات الإدارة 9
المبحث الأول 11
الحماية من سلطات الإدارة الواقعة على العقد 11
المطلب الأول 12
الحماية القضائية من سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد 12
الفرع الأول: مضمون سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه 12
أولا: المعنى الضيق 12
ثانيا: المعنى الواسع 13
ثالثا: تمييز سلطة الإدارة في التوجيه عن غيرها من السلطات المشابهة لها 14
الفرع الثاني: الحالات الموجبة للحماية من تجاوزات الإدارة في حق الرقابة والتوجيه 17
أولا: الانحراف عن الهدف والغاية من حق الرقابة والتوجيه 17
ثانيا: المبالغة غير المبررة في ممارسة حق الرقابة والتوجيه 19

فهرس المحتويات

المطلب الثاني 21
الحماية القضائية من سلطة الإدارة في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ 21
الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد 23
أولا : فكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل من جانب الإدارة 23
ثانيا: فكرة إحتياجات المرافق العامة كأساس لحق التعديل من جانب الإدارة 26
الفرع الثاني: الضوابط والقيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد 29
الفرع الثالث: تطبيقات رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة..... 37
المبحث الثاني 42
الحماية من سلطات الإدارة الواقعة على المتعاقد 42
الجزاءات الإدارية سلطات أصيلة للإدارة تتطلب حماية قضائية للمتعاقد..... 44
الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات 44
الفرع الثاني: الجزاءات توقعها الإدارة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء 46
الفرع الثالث : خضوع الإدارة لرقابة القضاء في توقيع الجزاء 49
الفرع الرابع:نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدي..... 54
أولا: رقابة المشروعية على القرار الجزائي..... 54
ثانيا: رقابة الملاءمة على القرار الجزائي..... 58
المطلب الثاني 59
أنواع الجزاءات الإدارية..... 59

فهرس المحتويات

الفرع الأول: الرقابة القضائية على الجزاءات المالية 60

أولا: غرامة التأخير la pénalité en retard 60

ثانيا: مصادرة التأمين Saisie de Cautionnement 68

ثالثا: التعويضات les dommages intérêts 70

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على الجزاءات الضاغطة les sanctions coécrives 73

أولا: الرقابة القضائية في فرض الحراسة على المرفق العام 74

ثانيا :الرقابة على سحب العمل من المتعاقد 75

ثالثا: الرقابة القضائية على عملية الشراء على حساب المتعاقد المقصر 79

الفصل الثاني 81

الحماية المكرسة لضمان تحصيل المتعاقد لحقوقه التعاقدية 81

المبحث الأول 82

ضمانات تحصيل المتعاقد للمقابل المالي 82

المطلب الأول 83

حق المتعاقد في تحصيل الثمن 83

الفرع الأول : كيفية تحديد الثمن 83

أولا: كيفية تحديد الثمن في حالة النص عليها في العقد 84

ثانيا: طرق تحديد الثمن في حالة عدم النص عليها في العقد 87

الفرع الثاني: كيفيات حصول المتعاقد على الثمن 88

فهرس المحتويات

أولا: حق المتعاقد في التسبيق المالي 89

ثانيا: الدفع على الحساب 91

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب..... 93

الفرع الثالث: حق المتعاقد في تحصيل الرسم 96

أولا: الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم 97

ثانيا: تحديد الرسم في عقود الإمتياز 98

المطلب الثاني 99

حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية 99

الفرع الأول: التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه 100

الفرع الثاني: أن تنفذ الإدارة العقد كله بطريقة سليمة وبحسن نية..... 101

الفرع الثالث: أن تحترم الإدارة المدة المقررة لتنفيذ العقد..... 102

الفرع الرابع: الجزاء المترتب عن مخالفة الإدارة لإلتزاماتها العقدية..... 104

أولا: عدم إمكانية دفع المتعاقد بعدم تنفيذ العقد..... 105

ثانيا: سلطات القاضي في مواجهة الإدارة المقصرة..... 109

المبحث الثاني 112

الحماية القضائية لضمان التوازن المالي للعقد 112

المطلب الأول 114

ضمان تعويض المتعاقد عن المخاطر الإدارية (عمل الأمير) 114

الفرع الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير 115

فهرس المحتويات

أولا: تعريف نظرية عمل الأمير 115
ثانيا: الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية عمل الأمير 117
ثالثا: نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير 121
المطلب الثاني 125
ضمان تعويض المتعاقد عن المخاطر الإقتصادية (نظرية الظروف الطارئة) .. 125
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 126
أولا: وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة أثناء التنفيذ 126
ثانيا: أن يكون الحادث خارج عن إرادة طرفي العقد 128
ثالثا: أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة..... 129
الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... 129
الباب الثاني 134
آليات الحماية المكرسة للمتعاقد مع الإدارة 134
الفصل الأول 136
الحماية الإستعجالية للمتعاقد مع الإدارة 136
المبحث الأول..... 138
الحماية المقررة بموجب أوامر قضائية..... 138
المطلب الأول 139
الأمر بإثبات الحالة 139
الفرع الأول: تعريف المعاينة (إثبات الحالة) 139

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: شروط طلب إثبات الحالة 140
أولا: وجود وقائع محددة..... 140
ثانيا: توافر عنصر الإستعجال 141
المطلب الثاني 143
تدابير التحقيقle référé d'instruction 143
الفرع الأول :مدى ضرورة توفر الإستعجال و النجاعة للنطق بالتدابير أو التحقيق
..... 144
أولا : حالة الإستعجال في التدابير أو التحقيق 144
ثانيا: شرط النجاعة في التدابير أو التحقيق 145
ثالثا: إستبعاد شرط عدم المساس بأصل الحق 145
المبحث الثاني 147
الحماية الإستعجالية المقررة بموجب دعاوى قضائية 147
المطلب الأول 148
الحماية المقررة في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية المرتبطة بتنفيذ العقد الإداري
..... 148
الفرع الأول: الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري..... 148
أولا: أن تنصب على قرار الإداري..... 149
ثانيا: شرط أسبقية رفع دعوى الإلغاء على دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري 151
ثالثا: أن يكون طلب وقف التنفيذ ذو موضوع..... 153
رابعا: أن يكون القرار نهائي..... 153

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري 154
أولا: الإستعجال 154
ثانيا: توفر عنصر الجدية..... 155
المطلب الثاني 156
دعوى إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية 156
الفرع الأول: تعريف الإشكال في تنفيذ الأحكام القضائية 157
الفرع الثاني: فكرة إشكالات التنفيذ بالنسبة للأحكام القضائية الإدارية..... 159
الفرع الثاني: شروط قبول الإشكال في التنفيذ 160
أولا: أن يرفع الإشكال قبل إتمام عملية التنفيذ..... 160
ثانيا: أن يكون الإشكال مبنيا على سبب لاحق على صدور الحكم محل دعوى الإشكال 161
ثالثا: شرط الإستعجال في إشكالات تنفيذ الأحكام الإدارية..... 162
الفرع الثالث: الإشكال في تنفيذ أحكام القضاء في الجزائر 162
الفصل الثاني 164
آلية دعاوى الموضوع كحماية للمتعاقد 164
المبحث الأول..... 166
حدود حماية قضاء الإلغاء 166
المطلب الأول 167
القرارات الإدارية المنفصلة..... 167

فهرس المحتويات

الفرع الأول: مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة..... 167
أولا: تعريف القرارات الإدارية المنفصلة 168
ثانيا: نشأة القرارات الإدارية المنفصلة..... 169
الفرع الثاني: مدى جواز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة من طرف المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد..... 171
أولا: عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري..... 171
ثانيا: القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء أثناء مرحلة تنفيذ العقد..... 174
المطلب الثاني 181
الآثار المترتبة لحكم إلغاء القرار المنفصل على العقد..... 181
الفرع الأول: إلغاء القرار المنفصل يلغي العقد الإداري 182
الفرع الثاني: إلغاء القرار المنفصل لا يلغي العقد الإداري..... 184
المبحث الثاني 186
الحماية المكرسة بموجب دعاوى القضاء الكامل 186
المطلب الأول 188
تحديد الإختصاص القضائي لدعاوى القضاء الكامل حماية لحقوق المتعاقد 188
الفرع الأول: الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في مجال العقود الإدارية ... 190
الفرع الثاني: الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في مجال العقود الإدارية.. 193
صور دعاوى القضاء الكامل في حماية المتعاقد 197
الفرع الأول: الحماية المكرسة بموجب دعوى بطلان العقد 197

فهرس المحتويات

أولا: إبطال العقد الإداري بسبب تخلف ركن الرضا..... 198

ثانيا: بطلان العقد الإداري لعيب في ركن المحل..... 208

ثالثا: بطلان العقد الإداري لتخلف ركن السبب. 211

الفرع الثاني: الحماية المكرسة بموجب دعوى الحصول على مبالغ مالية 212

الفرع الثالث: الحماية المكرسة بموجب دعوى فسخ العقد 214

أولا: حالة طلب المتعاقد فسخ العقد بسبب قوة قاهرة..... 215

ثانيا: حالة طلب المتعاقد فسخ العقد لإخلال الإدارة بإلتزاماتها العقدية..... 217

ثالثا: حالة طلب المتعاقد فسخ العقد كموازن لسلطات الإدارة المتعاقدة 218

الخاتمة..... 219

1:قائمة المصادر والمراجع..... 222