جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: .....قانون إداري .....

رقم: .....

إعداد الطالبة:
..... جلابي نسرين .....

يوم: .....

سلطة الإدارة في عقد الأشغال العامة .

لجنة المناقشة:

شرون حسينة	أستاذة تعليم العالي	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
دحموش فايزة	استاذ محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
دنش لبنى	استاذ محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي عملي وجهدي إلى نبع الحنان أمي التي كانت لي خير محفز لإكمال هذا العمل

أطال الله في عمرها وعافها من كل سوء.

إلى أبي الغالي الذي لم يبخل عَلَيّ بأي تشجيع حفظه الله وأدامه لنا وبارك فيه.

إلى إخوتي محمد وأنور وياسين وزوجاتهم فهيمة وسمية و إلى أخواتي شهرة وسميرة و رفيدة ويسرى دون أن أنسى زوج أختي وإلى ابن أخي الغالي أدم حفظهم الله جميعا.

شكر وتقدير

الصلاة و السلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين

"رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ"

بعد شكر الله سبحانه و تعالى على توفيقه لي لإنجاز هذا البحث المتواضع أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي الكريمة

دحموش فايزة التي لم تبخل عَلَيَّ و بأي نصيحة رغم ظروف البحث بسبب جائحة كورونا.

إلى كل من ساعدني وساهم في إعداد هذا البحث من قريب أو من بعيد

إلى كل أصدقائي الذين عرفتهم في مسيرتي الدراسية

شكرا لكل من كان مشجعا لي .

مقدمة

تلعب الصفقات العامة دورًا هاما في تسيير النشاط الاقتصادي الجزائري،ومما يساعد في النهضة الاقتصادية ، ويكون هذا من خلال المشاريع والصفقات الكبرى التي تقوم الدولة بإبرامها من أجل التقدم في العديد من المجالات، وتتعلق هذه الصفقات بعدة مجالات كالجانب التعليمي والصحي والتربوي وغيرها .

إلا أن هذه المشاريع تتطلب أموال ضخمة وإلى وسائل متطورة. ويتحقق ذلك بالتعاقد مع الشركات الوطنية الكبرى والشركات الأجنبية من أجل الاستفادة من خبراتها.

ومن أبرز تلك الصفقات صفقة الأشغال العامة، التي تحتل مكانة كبيرة في العقود الإدارية من خلال مركزه، الذي يلعب دورًا هاما في تسيير وتنظيم المرافق العامة، وإنفاق المال العام للصالح العام وصيانته.

كما يمثل عقد الأشغال العامة من أهم وأبرز الصفقات التي تساعد على الإنفاق العام لانجاز المشاريع وتحقيق المصلحة العامة ،فهو ينفذ العديد من البرامج الاستثمارية التي تساعد في النمو الاقتصادي .

والإدارة هنا تكون الطرف الأقوى لكونها تمارس نشاطها السلطوي في تنفيذ المشروع من أجل تسيير وتنظيم مرافقها العامة، إذ تلجأ الإدارة بصفتها هذه إلى إبرام الصفقة في سبيل القيام بوظائفها وتقديم الخدمات العامة بقصد إشباع الحاجات العامة ،وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد.

كما تملك الإدارة امتيازات تفوق ما يتمتع به المتعاقد الأخر ،كونها تسعى لتحقيق الصالح العام الذي يسعى المشرع لحمايته وتأكيده ،في حين أن المتعاقد معها يهدف المصلحة الخاصة ،ومن قبيل هذه الامتيازات سلطتها في الرقابة ،وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها من خلال الفسخ وهذا ما قد أشار إليه المشرع في قانون تنظيم الصفقات العمومية15/247وهذا بإتباعها لأساليب معينة يحددها القانون لأداء الأشغال بصفة قانونية

كما يكون لها الحق في تعديل العقد أثناء تنفيذه بما يناسب دوام سير المرفق العام وتحقيق الصالح العام ووفقا لما تقدم نطرح الإشكال التالي: ما هي أهم الوسائل والامتيازات السلطوية التي تملكها المصلحة المتعاقدة لتنفيذ عقد الأشغال العامة ؟

وتكمن أهمية الدارسة في إبراز سلطات الإدارة في متابعة تنفيذ عقد الأشغال العامة حيث تتمتع الإدارة بامتيازات سلطوية وأهمها السلطة الرقابية التي تمارسها الإدارة خلال تنفيذ العقد ،وسلطة تعديل شروط العقد بما يتناسب مع الصالح العام،كما تتمتع أيضا بسلطة توقيع الجزاءات أثناء التنفيذ إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية .

ورغم أهمية موضوع إلا أنه لم يحظ بالدارسة الوافية بسبب الثغرات الاقتصادية والسياسية المرتبطة بموضوع الصفقات العمومية.

غير أنه حاولت التطرق إلى أهم جوانب هذا الموضوع ،فرغم الصعوبات التي واجهتني ومنها نقص المراجع بصفة عامة والمراجع المتخصصة في هذا الموضوع إلى جانب الوباء العالمي الذي كان حائل بيني وبين الوصول إلى مكتبات الكلية مما أدي إلى تعذر الوصول إلى بعض المراجع .

ولتميز موضوع عقد الأشغال العامة بعدة جوانب فقد ركزت في دارستي على إبراز الجانب السلطوي الذي تتمتع به الإدارة في هذا العقد .

وقد اعتمدت في هذه الدارسة على المنهج الاستدلالي مع الاستعانة بالمنهج المقارن ولا تخفى الأهمية التي يكتسبها عقد الأشغال العامة لما له من دور مهم في التنمية من خلال تنفيذ المشاريع والمخططات المحلية والأجنبية.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمت موضوع الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول بعنوان سلطة المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ عقد الأشغال العامة ،والذي قسم بدوره إلى مبحثين نستعرض في الأول سلطة الرقابة وفي المبحث الثاني سلطة التعديل .

وخصصت الفصل الثاني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات وقسم بدوره إلى مبحثين الأول بعنوان سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية أما المبحث الثاني بعنوان سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة .

وخاتمة أبرزت فيها أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث .

الفصل الأول

الفصل الأول:سلطة المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ عقد الأشغال العامة

تكون مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية أمام القواعد التي تنظم هذه العقود،إلا أنها تتغير بالنسبة للعقود الإدارية فهي تراعي المصلحة العامة ومسؤولية تحقيق الخدمة للجمهور،على المصلحة الفردية ،مما يجعل الإدارة وهي طرف فيها سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ والإشراف الكامل على التنفيذ باعتبارها الموجه الحقيقي له .

كما انه للإدارة حق تعديل العقد من جانبها وبإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يكون للمتعاقد (المقاول) التمسك بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " وبهذا يكون للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات مالية أو ردعية .

ومن هذا المنطلق رأينا أن نجمع بين سلطة الرقابة وسلطة التعديل تحت فصل واحد وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة وفي الثاني سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة.

المبحث الأول:سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه سد احتياجات المرفق العام، ونظرا لأهمية العقود الإدارية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق وقد تتجاوز الإدارة مراقبة التنفيذ إلى سلطة توجيه المتعاقد المساهم في تنفيذ تلك العقود أو المشاريع ،كون هذا الأخير يبقى هدفه الأساسي من وراء تنفيذ الأشغال العامة هو تحقيق مصلحته الخاصة المتمثلة في تحقيق الربح مما يدفعه إلى استعمال طرق احتيالية أو مواد اقل تكلفة ومن هذا المنطلق نلقي الضوء على تلك السلطة الرقابية للإدارة من خلال تحديد أساسها القانوني في المطلب الأول ونطاق تطبيقها في المطلب الثاني .

فما هو الأساس القانوني للرقابة وما مفهومها وما هي أهم الوسائل التي تعتمدها وحدودها والآثار المترتبة عن ممارستها لهاته السلطة ؟

المطلب الأول:مفهوم الرقابة وأساسها القانوني. تعد سلطة الرقابة والتوجيه من أبرز السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة، لذلك سنبحث حول مسألة الرقابة من خلال مفهومها (الفرع الأول). ثم الأساس القانوني لحق أو لسلطة الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول :مفهوم الرقابة .

يميز الفقه بين مفهومين للرقابة على تنفيذ الأشغال العامة كما يميز بينهما وبين غيرها من سلطات الإدارة المشابهة لها.

أولا:المعنى الضيق والمعنى الواسع للرقابة.

1/المعنى الضيق: بمعنى الإشراف والذي ينحصر في التحقيق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه والتأكد من أنه يتم وفقا لنصوص العقد المتفق عليها ، وهي تمثل الحد الأدنى لها يمكن الاعتراف به للإدارة في مجال رقابتها على التنفيذ،فتمثل الإشراف على تنفيذ العقد ،وهنا تبدو الإدارة كأي طرف في علاقة تعاقدية لها الحق في مراقبة الطرف الآخر في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية ،فتصادف الرقابة وفقا للمعنى الضيق ما هو موجود في عقود القانون الخاص،والتي تتميز بالمساواة بين المتعاقدين[1] .

وتمارس الإدارة هذه الرقابة إما بأعمال مادية تقوم بها عن طريق مهندسيها أو إرسال مندوبيها لأماكن العمل للاطمئنان على سير العمل ومدى سلامة وجود التنفيذ ،أو تلقي شكاوى المنتفعين والبت فيها،أو استلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها ،وذلك بهدف التأكد من أن تنفيذ العقد يجري وفقا لما تتضمنه نصوص العقد،والرقابة هنا مكملة لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم ،وقد تتم الرقابة وفقا للمعنى الضيق أيضا في صورة أعمال قانونية كأن تصدر

الإدارة ،أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد،وتتم بهذا المعنى أثناء التنفيذ وهو حق

مقرر للإدارة ولو لم ينص عليه في نصوص العقد.[2]

2/المعنى الواسع: إلى جانب حق الإدارة في الإشراف على النحو السالف ذكره فإنها تستطيع التدخل بدرجة تزيد عن حقها للتأكد من تنفيذ العقد بطريقة سليمة وذلك يكون عن طريق توجيه المتعاقد بتغيير بعض الأوضاع المتعلقة بتنفيذ العقد.

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي ،**القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية (دارسة مقارنة)** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ،الطبعة الأولى2016،ص105.

[2] المرجع السابق ،ص105

ويرجع الهدف من منح الإدارة السلطة الرقابية هو التأكد من مدى تنفيذ العقد حسب الشروط التي وضعت ،وتتنوع صور الرقابة فقد تكون رقابة فنية أو إدارية وذلك بهدف تنفيذ المتعاقد للشروط الفنية والإدارية المتفق عليها،وقد تكون رقابة مالية تهدف إلى التحقق من قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته المالية اتجاه الإدارة.[31].

ثانيا:التمييز بين سلطة الرقابة والسلطات المشابهة التي تمارسها الإدارة .

1/التمييز بين الرقابة على تنفيذا لعقد وسلطة التعديل .

قدمنا فيما سبق أن سلطة الرقابة بمعناها الواسع تمتد إلى توجيه أعمال تنفيذ العقد عن طريق اختيار وتحديد وسائل وطرق تنفيذ في حالة عدم النص عليها (أي على وسائل وطرق التنفيذ)في العقد أما إذا نص العقد على استعمال مواد أو طرق معينة في التنفيذ فإن التدخل بتوجيه التنفيذ على خلاف ما هو متفق عليه ،كطلب استعمال مواد أو طرق للتنفيذ غير المنصوص عليها في العقد. فإن الإدارة بذلك تعدل من شروط العقد أي أن ذلك يدخل في استعمال سلطة أخرى هي سلطة الإدارة في تعديل العقد الاداري[2]

فمن المسلم به أن التعديل إنما ينصب على مسائل أو موضوعات مدرجة بنصوص العقد وتم الاتفاق عليها،وتقوم الإدارة بالتدخل في مسألة نظمها العقد،وذلك بخلاف سلطتها في الرقابة التي قد تمتد لتوجيه المتعاقد في كيفية التنفيذ في بعض الأوضاع التي لم ينص عليها في العقد،ويمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وسلطة التعديل نصوص العقد [3].

فمثلا في عقد الأشغال العامة ،إذا اتخذت الإدارة إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها تكون الإدارة تباشر سلطة الرقابة وتوجيه ،أما إذا طلبت من المقاول إحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها ،فإنها تعدل شرطا من شروط العقد ،

---

[1] احمد سلامة ،**العقود الإدارية وعقود البوت BOT النهضة العربية**،القاهرة ، طبعة2003 ،ص ،164.

[2] محمود عاطف البنا ،**العقود الإدارية** ،دار الفكر العربي ،طبعة الأولى، 2007،ص 220.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة في العقود الإدارية** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ،الطبعة 2008،ص 258.

وعلى ذلك فيمكن القول بان سلطة الإدارة في الرقابة تتصرف إلى توجيه تنفيذ العقد عن طريق تحديد أوضاع وأساليب معينة لم يتم الاتفاق عليها ،في حين أن سلطة التعديل تنصب على كم وحجم الالتزامات المنصوص عليها للطرف المتعاقد سواء بالزيادة أو النقص كما أن سلطة التعديل تباشر ممن يملك التعبير عن إرادة الجهة الإدارية المتعاقدة (السلطة المختصة) بينما يباشر سلطة الرقابة مهندسو ومشرفو جهة الإدارة.

2/التمييز بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة الضبط الإداري:

تختلف كل من سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية وسلطة الضبط الإداري في أساسها وفي نظامها القانوني.

فإجراءات الضبط الإداري نجد أساسها القانوني في سلطة مقررة دستوريا للحكومة في اتخاذ إجراءات تمس الحريات العامة والنشاط الخاص بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره الأساسية من أمن وهدوء وسكينة وصحة عامة[1].

وبطبيعة الحال يمكن أن تسري قوانين ولوائح الضبط وإجراءاته الفردية في مواجهة المتعاقد مع الإدارة شأنه في ذلك شأن سائر الأفراد .

أما سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري فهي جزء من نظرية العقد الإداري ومن الخصائص الأساسية لهذه العقود. وتجد هذه السلطة أساسها ومبرر وجودها في فكرة الصالح العام وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة.وتعد سلطة الرقابة على التنفيذ مظهرا من مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية . سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري هي سلطة أصيلة وثابتة للإدارة المتعاقدة دون الحاجة إلى نص يقررها.على أن هذه السلطة كثيرا ما ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط بهدف تنظيمها وتحديد مجال إعمالها،وهي بذلك شروط تعاقدية وجزء من العقد .كما أن هذه السلطة قد تنظمها القوانين واللوائح بالنسبة لبعض العقود ،كأحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية

[1] السيد فتوح محمد هنداوي ،المرجع السابق ،ص110.

في هذا الشأن،والأصل أن هذه الأحكام التشريعية واللائحية تندمج في شروط العقد وتعتبر جزء من الرباط التعاقدي ارتضاه المتعاقدان شأنه شأن سائر نصوص العقد[1] .

للرقابة ثلاث أنواع التي سنذكرها فيما يلي.

1/الرقابة الداخلية:

عهد المرسوم الرئاسي 10_236 ممارسة الرقابة الداخلية في المواد 121الى إلى 125الى لجنتين :لجنة فتح الأظرفة ولجنة لتقييم العروض[2] .

أما المرسوم الجديد 247/15 هي عبارة عن لجنة واحدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وتعتبر أول آلية من آليات الرقابة الداخلية حيث تتشكل من موظفين مؤهلين لهم كفاءة ويكونون تابعين للمصلحة المتعاقدة وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة،تسجل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالحروف الأولى [3].

2/الرقابة الوصائية:

تتمثل غاية الرقابة الوصائية التي تمارسها السلطة الوصية في مفهوم هذا المرسوم في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد ،والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع ،وتعد المصلحة المتعاقدة عند الاستلام النهائي للمشروع تقريرا تقييما عن ظروف انجاز وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلا وترسل هذا التقرير حسب طبيعة النفقة الملتزم بها ،إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني

---

[1] محمود عاطف البنا ،المرجع سابق ،ص222.

[2] عمار بوضياف ،**شرح تنظيم الصفقات العمومية الجزائر** ،دار الجسور للنشر والتوزيع،الجزائر، الطبعة الرابعة ،ص215.

[3] المادة160 المرسوم الرئاسي15_247، مؤرخ في ذي الحجة عام 1436 الموافق ل16سبتمبر 2015،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،الجريدة الرسمية العدد50،ص39.

،وكذلك إلى هيئيه الرقابة الخارجية المختصة ،وترسل نسخة من هذا التقرير إلى السلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213من هذا المرسوم[1].

3/الرقابة الخارجية:

لقد خصص المشرع الجزائري المواد 162 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للرقابة الخارجية حيث يهدف هذا النوع من الرقابة إلى تحقيق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بمهما والتحقيق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية [2].

ألغى القانون الجديد نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية وهي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال ،اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم ،صفقات الدراسات ، كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة وتخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات،من جهة أخرى قسم القانون الجديد اللجان المكلفة بالرقابة إلى قسمين :قسم الأول بالجان الصفقات المصالح المتعاقدة والقسم الثاني بالجنة القطاعية للصفقات العمومية [3].

الفرع الثاني:الأساس القانوني لحق أو لسلطة الرقابة.

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وكان محور خلافهم حول ما إذا كانت هذه السلطة قد نص عليها في العقد أم لم ينص عليها ،ففي حالة عدم النص على تلك السلطات ،سواء في العقد أم في القوانين واللوائح ،فانه يجب إعمال تلك النصوص ، وعندئذ تكون سلطة الإدارة في الرقابة مرتكزة عليها [4].

---

[1] المادة164 المرسوم الرئاسي15_247 ،نفس المصدر ص40.

[2] ميلود ديدان ،"مدونة الصفقات العمومية "دار البيضاء" ،الجزائر ،ص57.

[3] خضري حمزة ،**الرقابة على الصفقات العمومية في ظل القانون الجديد** ،يوم دراسي حول التنظيم الجديد لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة بسكرة ،يوم 17ديسمبر 2015,ص 05

[4] احمد عثمان عباد، **مظاهر السلطة الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973،ص 29

ويرى جانب من الفقهاء أن أساس سلطة الرقابة تتجسد في فكرة المرفق العام حيث يرون أن مبدأ انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهو الذي يبرز ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه لجهة الإدارة في تنفيذ العقد ،حتى في حالة سكوت العقد والقوانين والأنظمة ،وحتى إذا كانت الإدارة لا تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق العام وتعهده بهذه المهمة إلى الأفراد فهي بذلك المسئوولة عن إدارة المرفق العام الكفيلة لحسن سيره, وتقتضي وظيفتها هذه أن تشرف على النشاط الفردي حين يساهم في تسيير المرفق العام[1].إن الإدارة تستمد حقها في الرقابة من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد[2].

وقد حاول فقهاء آخرون تكييف سلطة الرقابة والسلطات الأخرى التي تتمتع بها الإدارة في التوجيه ،بل نجد هذه السلطة في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري ،فهي سلطات توجد بذاتها سواء ورد ذكرها في العقد أم لم يرد .

[1] توفيق شحاتة،**مبادئ القانون الإداري**،الجزء الأول سنة 1955/1954،دار النشر للجامعات المصرية ،ص791.

[2] طعيمة الجرف،**القانون الإداري** ،القاهرة ،سنة 1973،ص405.

وإذا نص عليها العقد فإنه لا ينشئها بل يكشف عنها وينظم كيفية استعمالها ،فهي سلطات ترتكز على تحقيق مقتضيات الصالح العام الذي يقع على الإدارة جراء قيامها بأوجه أنشطتها المختلفة [1].

واتجه فريق أخر إلى إن السلطة في الرقابة يعد تطبيقها من تطبيقات أساليب السلطة العامة التي تباشرها الإدارة في نشاطها في مجال العقود الإدارية[2].

وقد نظم المشرع الجزائري سلطة الرقابة بموجب نصوص قانونية نجدها في قانون أو تنظيم الصفقات العمومية(247/15)،حيث نصت المادة156 منه (تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده[3].

يقصد في هذه المادة أن جميع الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة تخضع للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعد التنفيذ.

وبهّذا يكون إجماع بأن الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع تملك سلطة المراقبة والرقابة

عند تنفيذ العقد قبل وبعد، وهنا لا نجد اختلاف حول حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة. وقد

وجد خلاف فقهي حول أساس هدا الحق أو هده السلطة فيما إذا كانت عقد أم قانون ؟ أم هو حق أصيل ؟وهو ما يستدعي توضيحه في النقاط التالية :

أولا: الأساس القانوني لحق الرقابة عند وجود نص بشأنها .

1_في حالة النص على سلطة الإدارة في الرقابة في نصوص العقد أو في دفاتر الشروط أو في القوانين واللوائح ،فعندئذ تطبق النصوص التعاقدية أو اللائحية ويجب إعمال النصوص وتكون سلطة التوجيه هنا مستندة لتلك النصوص ،حيث توضح كيفية ممارسة هذه السلطة ،وما

---

[1] إبراهيم طه الفياض ،**القانون الإداري**،مكتبة القداح الكويت ، سنة 1989،الطبعة 2014،ص119 .

[2] أحمد عثمان عباد، المرجع سابق، ص 310.

[3] ا لمادة 156المرسوم الرئاسي15_247، العدد50،ص35، مرجع سابق .

يتبع في مباشرتها من وسائل وضمانات للمتعاقد في هذا الصدد ،وفي تلك الحالة السلطة أساسها في النص التعاقدي أو النص القانوني اللائحي [1].

2_وقد تنص القوانين واللوائح على مدى سلطة الإدارة، في الرقابة على تنفيذ عقود معينة كقانون التزام المرافق العامة، وقانون المناجم والمحاجر، وقانون المناقصات والمزايدات [2].

ثانيا :الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بدون نص .

إذا لم ينص على سلطة الإدارة في نصوص العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة به وإذا لم تقرر القوانين أو اللوائح هذه السلطة فليس معنى هذا تخلي الإدارة عن تلك السلطة ،فالسائد في الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر هو وجود سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية بذاتها دون استناد لنص يقررها [3] .

وباعتبارها من السلطات الأصلية المستمدة من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري فإذا تضمن النص على هذه السلطة،فإن هذا النص لا ينشأ تلك السلطة بل يقتصر دوره على تنظيمها وبيان شروط مباشرتها تحقيقا للصالح العام للمرفق[4].فذاتية نظرية العقود الإدارية وتميزها عن العقود المدنية ،وضرورات تسيير المرفق العام بانتظام واطراد تسمح للإدارة بمباشرة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد في التنفيذ ، بل وتوقيع الجزاءات عليه في الأحوال التي تكون فيها مباشرة تلك السلطة ضرورية للصالح العام[5].

كما أن الرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام ذلك إن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العامة ،الكفيلة لحسن سيره حتى إذا لم تتول بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات إلى

---

[1] إبراهيم محمد علي ،**أثار العقود الإدارية** ،وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998،بشأن المناقصات والمزايدات ،دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2003،ص 9.

[2] محمود عاطف البنا ،المرجع السابق ،ص 215.

[3] André DELAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVE, Traite des Contrats administratifs, Tl, op.cit., P402

[4] أحمد عثمان عباد ،**مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية** ،دار النهضة العربية ،طبعة 2010،ص295.

[5] السيد فتوح محمد هنداوي ، مرجع سابق،ص161

يتطلبها المرفق ، وتقتضي وظيفتها هذه أن تشرف وأن توجه النشاط الفردي حين يسهم في تسيير المرفق العام[1].

المطلب الثاني:وسائل الرقابة ونطاقها

رغم الاختلاف حول أساس سلطة الرقابة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة لتنفيذ عقد الأشغال

العامة، فالجميع أجمع على أنها سلطة أصيلة، كونها تعتبر الإدارة هي ربة العمل، والمقاول هو منفذ لتعليماتها، لذلك ليس للمقاول إلا الامتثال لهاته التوجيهات. وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب من خلال وسائل الرقابة في الفرع الأول وحدود ممارستها لهذه السلطة في الفرع الثاني والفرع الثالث تحت عنوان أثار سلطة الرقابة.

الفرع الأول :وسائل الرقابة .

عند دخول الصفقة العمومية حيز التنفيذ وذلك عن طريق توقيعها من قبل المخول لها ذلك، فهنا الاعتماد يجعل العقد نهائيا[2]، تتدخل المصلحة المتعاقدة في أعمال المتعامل المتعاقد عن طريق الإشراف والرقابة بتوجيهه وتبيان له طريقة العمل ولو لم يكن قد تم الاتفاق عليها

مسبقا،على أساس احترام مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد ،ونظرا لحق الإدارة المكتسب قانونا على أساس أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بالتسيير الحسن للمرافق العامة فلها

أن تبادر بأي تصرف يمنع أو من شانه إن يحوول دون إتمام صفقة عمومية كما هو مبرمج لها سابقا وتتدخل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية عن طريق الرقابة يكون بوسائل قانونية وهي الأعمال المادية من خلال زيارة مواقع العمل.والوقوف على سير العمل به والتحقق

[1] محمود عاطف البنا ،**العقود الإدارية** ،المرجع السابق ،ص215.

[2] حسين درويش عبد العال ،**النظرية العامة في العقود الإدارية**، الجزء الثاني مكتبة الانجلومصرية ،الطبعة الأولى1959،صَ122

من سلامة المواد المستعملة، وذلك بفحصها واختيارها [1]يتم ذلك عمليا، بإشراف المهندس التابع لجهة الإدارة على تنفيذ العملية المستندة إلى المقاول ومستخدميه في تنفيذهم العقد. كما قد تتدخل عن طريق الأعمال القانونية وذلك بإصدار أوامر تنفيذية على المتعاقد معها، تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ أو التعديل فيها، وتعتبر هذه الأوامر من قبيل القرارات الإدارية باعتبارها أعمالا قانونية صادرة من جانب واحد هو الإدارة، ينتج عنها أثرا قانونيا هو تحديد أوضاع التنفيذ أو التعديل في العقد، وبالتالي فهي تخضع إلى قواعد القرار الإداري وشروطه وضوابطه، إن أهم ما تتميز به هذه الأوامر هي تمتعها بقوة تنفيذية، حيث يلزم المتعاقد بتنفيذ مضمونها حال صدورها وإلا فإنه يعرض نفسه للمسؤولية القانونية.

ويشترط في هذه الأوامر الصادرة عن المصلحة المتعاقدة أن تكون مكتوبة، وصادرة من السلطة المختصة، ونعني بالسلطة المختصة المصلحة المتعاقد مع المتعامل المتعاقد.

ويمكن للمتعامل المتعاقد الاعتراض على الأوامر الصادرة من المصلحة المتعاقدة عن طريق التظلم أو الرقابة القضائية، إلا أنه الاعتراض لا يوقف تنفيذ هذه الأوامر، نظرا للقوة التنفيذية التي تتمتع بها. كما يحق للمهندس مراقبة مدى التزام أعوان المقاول بالعمل ومدى كفاءتهم ،وله إن يطلب استبدال من ثبت له عدم كفاءته وعلى المقاول توفير الشروط الملائمة لممارسة المراقبين (المهندسين)لمهامهم، وتوكل الجزائر مهمة الرقابة إلى هيئات متخصصة هي:

-هيئة المراقبة التقنية للبناء CTC.

- هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH .

_هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية CTTP

فتقوم الإدارة صاحبة المشروع بإبرام "اتفاقية مراقبة تقنية " مع إحدى هذه الهيئات بحسب طبيعة المشروع ،ومن خلال هذه الهيئة تقوم الإدارة بمراقبة المشروع من عدة نواحي .

[1] رياض عيسى ،**مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة** ،طبعة الأولى 1976 ،ص127.

والى جانب هذه الهيئات في المشاريع الكبرى،تقوم الإدارة بإبرام اتفاقية مع مكتب الدارسات،أي مهندس أو مهندسين معماريين وذلك للحرص على مطابقة التنفيذ الذي يقوم به المقاول مع المخططات والتصميمات ،الموضوعة من طرفهم .كما يمكن للإدارة أن تقوم بإيفاد مهندسيها وأعوانها للتحقيق من سير تنفيذ المشروع بصورة مرضية، وهذا عن طريق زياراتهم المنتظمة للورشة و الإطلاع على دفتر الورشة والتسجيل ملاحظاتهم وتوجيهاتهم للمقاول.[1]

هذا عن الوسائل المادية التي تستعملها الإدارة في ممارسة حق الرقابة، وهي ليست الوحيدة، إذ تمتلك الإدارة وسائل قانونية تمارس من خلالها الرقابة تتمثل فيما تصدره من أوامر مصلحيه.

فما المقصود بالأوامر المصليحة ؟

1/ تعريف الأوامر المصلحية :

يعرفها الفقهاء بأنها تلك الأوامر التي تصدر من الإدارة صاحبة المشروع إلى المقاول المتعاقد معها بقصد تحديد أوضاع تنفيذ الأشغال أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها[2].

وتشمل الصلاحيات المخولة للهيئة المكلفة بممارسة الرقابة عموما مايلي[3]:

- السهر على احترام المقاول لبنود العقد.
- ضمان المتابعة الدائمة لتنفيذ العمليات و السهر على مطابقتها للمخطط العام للتنفيذ.
- عقد الاجتماعات بشكل دوري في الورشة والتي تتوج بمحضر اجتماع.
- يقترح تكييفات المشروع على الإدارة صاحبة المشروع و يبلغها للمقاول إذا وافقت عليها الإدارة (صاحبة العمل).
- يعمل المكلف بسلطة الرقابة وهو الضامن لمطابقة الأشغال المنفذة لما هو محدد في الرسومات والمخططات التي يكون قد أعدها

---

[1] بن زموري أنور ،سلطة الإدارة في عقد الأشغال العمومية ،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،بسكرة ، 2014/2013ص ص 9 ،10.

[2] سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة جامعة الشمس ، جامعة عين شمس ، ص 436.

[3] تعليمة وزارية مشتركة صادر في 15ماي 1988 ، المتضمنة كيفيات ممارسة وتعويض ومتابعة الأشغال في مجال البناء والذي يحدد المهام التي يتولاها صاحب الأشغال أثناء تنفيذ العقد.

2/النظام القانوني للأوامر المصلحة.

وبما أن الأوامر المصلحية هي في النهاية قرارات إدارية [1]واستنادا إلى ما للإدارة من امتياز التنفيذ المباشر،فان هذه الأوامر تتمتع بقوة نفاذ ،تلزم المقاول الخضوع وبالتالي التقيد بتوجيهات الإدارة وتعليماتها .

وهذا بمعنى أن الإدارة تملك أن تجبر المقاول على تنفيذ ما تريده دون اللجوء إلى القضاء ودون حاجة إلى وجود نص في العقد[2].

أما من حيث شكل الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهات المخولة رقابة تنفيذ عقد الأشغال العامة .فيتفق الجميع [3]من فقهاء ومشرعين على أن هده الأوامر يجب أن تكون مكتوبة[4].

حتى تكتسي طابعها الإلزامي، فالمقاول غير ملزم بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر شفهية حتى ولو كانت من السلطة المختصة[5]، إذا يلتزم فقط بالأوامر المكتوبة لان الشكل الكتابي له أهمية بالنسبة للمقاول ، حيث يعتبر سندا له في مواجهة الإدارة المتعاقدة. حتى تكتسي طابعها الإلزامي.

فالمقاول غير ملزم بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر شفهية حتى ولو كانت من السلطة المختصة وإنما يلتزم فقط بالأوامر المكتوبة لان الشكل الكتابي له أهميته بالنسبة للمقاول حيث يعتبر سندا له في مواجهة الإدارة في مجال الإثبات في حال التجاوز أو المطالبة بالتعويض.وان كان هناك إجماع على وجوب صدور الأوامر المصلحية مكتوبة ،إلا انه لم

---

[1] سليمان الطماوي ،المرجع سابق ص،436.

[2] محمد كامل ليلة، **نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري**، دار الفكر العربي،الطبعة الأولى 1962،ص110.

[3] رياض عبد عيسى، المرجع سابق ص 131.

[4] عيسى الزهري، **مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة**، دارسة مقارنة, رسالة ماجستير ،كلية القانون والاقتصاد ,بغداد 1975، ص 132.

[5] هارون عبد العزيز الجمل ,**النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة** ،دارسة مقارنة ،رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ،1997،ص194 .

يحدد نموذج أو صورة معينة تلتزم الإدارة التقيد بها ,وعليه فقد تتخذ صورة مذكرة ،أو خطاب أو برقية وما إلى ذلك[6].

فإن كانت التشريعات تستلزم الشكل الكتابي صراحة، إلا أن الصورة التي تتخذها الأوامر متروكة للإدارة وهذا ما يتضح في دفاتر الشروط الإدارية العامة "على المتعهد العمل بموجب التعليمات النهائية الخطية التي تطلب الجهة العامة إتباعها أثناء التنفيذ...

وذات الموقف كان من طرف المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة حيث جاء فيه "... يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة... "[1].

والحكمة واضحة حسب رأينا من الدقة التي يتطلبها المشرع الجزائري، فهي ترمي إلى الحرص على صدور التعليمات من الشخص أو الجهة المختصة مكانا وزمانا.

الفرع الثاني:حدود الرقابة.

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تملك حق سلطة الرقابة على عقد الأشغال والتي اعتبرت سلطة أصيلة تمارسها من اجل تنفيذ الأشغال العامة وإتمامها وهذا ما تم ذكره.

ورغم أن المصلحة المتعاقدة بتمتعها سلطة الرقابة والتوجيه بموجب أعمال مادية وقانونية عن طريق القرارات الإدارية، إلا أن هذا لا يعني أن سلطتها مطلقة لا ترد عليها قيود تنجر عن هذه الرقابة .

يقوم النظام القانوني للعقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة على أساس منح جهة الإدارة سلطات وامتيازات استثنائية لا وجود لها في عقود القانون الخاص ولا يتمتع بها المتعاقد معها وبموجب تلك السلطات تملك الإدارة الحق في مراقبة وتوجيه المتعاقد معها أثناء قيامه بتنفيذ

---

[6] بن شعبان ،**أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري** ،رسالة دكتوراه،جامعة منتوري،قسنطية ،كلية الحقوق وعلوم السياسية ،2011_2012 ،ص 40.

[1] بن شعبان ،المرجع نفسه،ص41.

التزاماته التعاقدية عن طريق اختيار وسائل وطرق معينة للتنفيذ حتى ولو لم ينص عليها في العقد المبرم بينهما.

إلا إن سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها وكيفية تنفيذ لشروط التعاقد ليست سلطة مطلقة، بل تحدها عدة اعتبارات قوامها حماية المتعاقد من احتمال تعسف الإدارة معه عند ممارستها لتلك السلطة، وهو ما يمكن إجماله فيما يلي[1].

1. لا يجوز لجهة الإدارة أن تستعمل سلطتها في الرقابة لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد، وإلا كان في ذلك إساءة لاستعمال السلطة يخرج عن نطاق المشروعية ويخضع لرقابة القضاء.
2. لا يترتب على استخدام الإدارة لهذا الحق تعديل بنود التعاقد،فسلطة الإدارة سواء في الإشراف أو التوجيه،وسواء كانت تلك السلطة مستمدة من القوانين واللوائح أو نصوص العقد أو طبيعة العقد الإداري ذاته.
3. فإذا تجاوزت رقابة الإدارة نطاقها واتخذت منها ستار لتعديل نصوص العقد، فإنها تكون قد انتهكت المدى المقرر لتلك الرقابة، وتبعا لذلك يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من أضرار من جراء ذلك التعديل.

فقيام الإدارة -في عقد الأشغال العامة- باتخاذ إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها في العقد،أو المواد التي يجب عليه استعمالها وفقا لأصول المهنة -في حالة عدم النص على تلك المواد في العقد- ،فإن ذلك الإجراء من جانبها لا يعدو إلا أن يكون مباشرة لسلطتها المقررة في الرقابة والتوجيه، أما إذا طلبت الإدارة من المقاول إحلال مواد معينة محل المواد المتفق عليها فإن ذلك يعد تعديلا لشرط العقد[2].

الفرع الثالث:آثار الرقابة.

---

[1] توفيق شحاتة ،**مبادئ القانون الإداري** ،1971،ص 792.

[2] هيثم حليم غازي ،**سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دارسة تطبيقية)**، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2014،ص 14

إن خضوع المقاول للأوامر المصلحية لا يعفيه من المسؤولية على الأضرار والمخالفات التي قد يتسبب فيها أو يرتكبها جراء قيامه بالأشغال على نحو معين[3].وتنتفي فقط مسؤولية المقاول إذا اثبت أن الضرر الحاصل كان نتيجة تطبيقه لأوامر الجهة الرقابية .

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى مسؤولية الإدارة التعاقدية في حالة ما إذا تأخرت في إجراء الرقابة أو ممارستها بطريقة معينة؟ وذلك لأن مهمة الإشراف تتضمن أمران :

-إدارة الأعمال وتعني لإصدار الأمر للمقاول باستعمال أدوات معينة وإتباع طريقة ما محددة في التنفيذ، ويجب على المقاول الالتزام بأوامر رب العمل التي تعتبر بمثابة عمل وقائي ضد الأخطاء ,وإهمال المقاول بما تقدمه من توجيهات وبيانات ضرورية لضمان حسن سير بما توجهه له من أوامر مصلحيه واضحة ومحددة .

- أما مهمة الرقابة فتنحصر في الملاحظة والمتابعة عن قرب من قبل الإدارة لكيفيات تنفيذه العمل من الناحية الفنية .

وعلى هذا فيتعين عليها المبادرة إلى إصدار الأوامر المصلحية إلى المتعامل، وفي حال تقاعسها عن ذلك، فتكون قد أهملت وقصرت في ممارسة سلطة الرقابة التي كانت ستجنب المقاول الوقوع في المخالفة أو الخطأ في التنفيذ، وفي هذا يرى بعض الفقهاء، أنه لا مانع من إقرار المسؤولية التعاقدية على عيب الرقابة في تنفيذ عقد الأشغال العامة.

هذا ويقع على عاتق الإدارة التزام حقيقي بالرقابة والإشراف لضمان التنفيذ الجيد للأشغال، حتى تتجنب عدم إنجاز الأشغال أو إنجازها بشكل سيء، وهذا العمل من قبل الإدارة يشكل خطأ يستدعي مسؤوليتها [1].

المبحث الثاني :سلطة الإدارة في تعديل العقد .

[3]- ANDRE DELAUBADER, traité théorique et pratique des contrats administratifs, T.l, op.cit, 1956, p 301.

[1] حمدي علي عمر ,المسؤولية التعاقدية للإدارة ،دارسة مقارنة ،مجلة العلوم الاقتصادية ،جامعة الزقازيق ،سنة 1996،.ص221.

الأصل في عقود القانون أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ،وان جوهر الرابطة التعاقدية هو التزام المتعاقد بكل ما ينص عليه العقد،فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان في كل ما يحتويه .

ولكن في ظل النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي ،للعقد الإداري ضمن أسس معينة ،وفي ظل هذه السلطة فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا تسري على العقود الإدارية كما هو الحال في عقود القانون الخاص فإلى أي مدى يُعمل بهذه القاعدة في العقود الإدارية ؟

وهذا ما سنفصل فيه من خلال مطلبين المطلب الأول بعنوان أساس سلطة التعديل وصورها والمطلب الثاني تحت عنوان نطاق ممارسة سلطة التعديل.

المطلب الأول:أساس سلطة التعديل وصورها(مظاهرها).

تملك الإدارة في عقد الأشغال العامة تعديل مقدار التزامات معها بالزيادة أو النقصان، ولها كذلك أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، دون أن يكون هناك اعتراض أو احتجاج بقوة العقد الملزمة.

ومن هنا نطرح التساؤل حول أساس حق التعديل الذي تملكه الإدارة ؟والذي سنجيب عليه في الفرع الأول بعنوان أساس سلطة التعديل ونتطرق في الفرع الثاني لصور أو مظاهر سلطة التعديل ؟

الفرع الأول: أساس سلطة التعديل.

يمتاز المرفق العام بعدد من المبادئ الأساسية ومن هذه المبادئ هو التعديل والتغير في المرفق العام لمواكبة التطور الحاصل في المرافق العامة وبأنواعها المختلفة وبما تخدم المصلحة العامة وتقديم الخدمات العامة للجمهور.

فاختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة ،فذهب بعضهم إلى كون أن الأساس القانوني لهذا الحق يكمن في فكرة السلطة العامة ،بينما اتجاه الرأي الغالب إلى كون هذا الحق يستند إلى فكرة متطلبات المرفق العام

واحتياجاته التي تقتضي مثل هذه التعديلات ،وهذا ما سنفصل فيه من خلال عرض كلا الرأيين.

1/**أساس التعديل هو فكرة السلطة العامة:**يرى أنصار هذا الرأي أن قرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية تعتبر من أعمال السلطة العامة، فالإدارة لا تمارس امتيازا تعاقديا وإنما تستعمل حقا كسلطة إدارية تستطيع بموجبه أن تتدخل بإرادتها المنفردة بإجراء تعديلات في العقد أثناء التنفيذ.

فهي المسؤولة عن اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان تلبية احتياجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ،ولذلك فهي تتدخل باعتبارها سلطة عامة لتفرض ما تراه مناسب لتحقيق المصلحة العامة للمرفق، فهذا الحق مقررًا للإدارة باعتبارها سلطة عامة مسؤولة عن المرفق العام وعن تحقيق النفع العام وضمان سير المرفق العام وتلبي احتياجات العامة،لهذا لا تملك الإدارة بأي حال التنازل عن حقها في التعديل العقد كونه من السلطة العامة ومظهر من مظاهرها في العقود الإدارية،و تباشره الإدارة كأهم امتياز للسلطة العامة التي تملكها عن طريق التنفيذالمباشر [1] .

ومن ثم فإن تعديل الإدارة لشروط العقد لا يكون بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة في مواجهة فرد من الأفراد، فالأمر الذي تصدره الإدارة إلى المتعاقد ،هو قرار خارج عن العقد ومنفصل عنه فهو ليس ممارسة للسلطة التعاقدية بل ممارسة للولاية العامة [2].

وهذا الاتجاه لم يسلم به أغلبية الفقهاء خصوصا في العصر الحديث لأن لا يمكننا تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة ،وتغييراتها المفاجئة ،والفكرة العامة في ذلك تتمثل في أن الإدارة يجب أن لا تتقيد بشكل غير محدود بعقود صارت غير نافعة ،او بشروط عقدية صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق [3].

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي ،المرجع سابق ،ص 152.

[2] نصري منصور نابلسي ،**العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**،منشورات زين الحقوقية ،الطبعة 2010،ص334.

[3] نصري منصور نابلسي ،المرجع سابق ،ص ص 334. .

كما أن اعتماد أعمال السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة التعديل الانفرادي للعقود الإدارية يؤدي إلى أن الإدارة في هذه الحالة لاستخدام امتيازًا تعاقديا تستعمله كا حق مقررًا لها باعتبارها سلطة عامة،وهنا يتم الخلط بين الوسيلة والغاية التي تبتغيها الإدارة من العقود الإدارية ،فالسلطة العامة للإدارة هي الوسيلة التي تعتمدها الإدارة في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من عمل الإدارة وهي تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة ،فالسلطة العامة ليست الغاية أو الأساس الذي تركز عليه الإدارة لتبرير حقها في التعديل إنما هي الوسيلة لتحقيق غاية النفع العام ومن عيوب الأساسية أيضا نتيجة اعتماد السلطة كأساس قانوني لحق الإدارة في التعديل الانفرادي إن الإدارة تستطيع ممارسة حق التعديل في أي وقت تشاء دون حاجة لتوفر مستلزمات هذا التعديل وهذا يتنافى طبعا مع الغاية الأساسية التي تسعى إليها الإدارة دوماً وهي المصلحة العامة [1].

وقد انتقد بعض الفقه ذلك الرأي على أساس أن القول بأن فكرة السلطة العامة هي أساس سلطة التعديل الانفرادي يجعل الإدارة تمارسها دون أي قيود فالنصوص العقدية لا تشكل قيدًا على ممارسة الإدارة ة لهذه السلطة وهذا يتعارض مع ما أستقر عليه القضاء الإداري والذي يتطلب العديد من الضوابط والقيود التي يجب على الإدارة المتعاقدة مراعاتها[2].

[1] المرجع السابق ،ص ص ،334_335 .

[2] السيد محمد هنداوي ،المرجع سابق ص ص ،152. 153.

2/احتياجات المرفق العام أساسا لحق الإدارة قي التعديل.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لا تقوم خارج الرابطة العقدية ،بل هو امتياز تعاقدي يتمثل في فكرة المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام ،فالمصلحة العامة يجب أن تحكم تصرفات الإدارة وتلبية احتياجات المرفق العام والتغيرات التي تطرأ على هذه المقتضيات؛فالإدارة يجب ألا تتقيد بعقود أصبحت دون فائدة أو بنصوص تعاقدية لم تعد تتفق مع متطلبات المرفق العام واحتياجاته ،فما لجأت الإدارة للتعاقد مع الأفراد والشركات إلا لتلبية احتياجات المرفق العام وضمان سيره بانتظام واطراد وقيامها بتعديل العقد يجب أن يكون لسد احتياجات المرفق العام ،فهي الأمينة والقائمة على مصلحة المرفق وتحقيق المصلحة العامة [1] .

فيجب عليها تهيئة الوسائل وإيجاد ما يلزم لتسييرها وإعادة النظر في ظروف المرفق العام وما استجد من ظروف لتعديل العقد الإداري لتحقيق المصلحة العامة ،فاعتبارات الصالح العام وضرورات المرفق العام هي التي تبرر تدخل الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد الإداري بزيادة أو نقص التزاماته لتلبية احتياجات المرفق[2] فطبيعة العقود الإدارية وأهدافها وارتباطها بالمرفق العام تفترض مقدماً إمكانية تغيير شروط العقد في ضوء المبادئ التي تحكم سير المرفق العام ،علاوة على أن نية أطراف العقد انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة مراعاة عمل المرفق العام بانتظام واطراد بما يترتب علية التسليم لجهة الإدارة باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق العام بحق تعديل العقد بما يراعي المصلحة العامة [2]،فمناط الإدارة في التعديل،هو احتياجات المرفق العام وليس مجرد أنها مظهر للسلطة العامة التي تملكها الإدارة

فهي نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام واحتياجاته، فيجب أن يكون هدف التعديل هو المصلحة العامة وليس الإضرار بالمتعاقد ومصلحته الشخصية والمالية[3].

---

[1] علي عبد العزيز ،**سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ،دارسة مقارنة** ،كلية الحقوق جامعة عين الشمس 1975،ص 116.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي ،مرجع سابق،ص154.

[2] مجدي شعيب ،**تطبيق قواعد القانون الخاص على منازعات العقود الإدارية وأثره على ذاتية القانون الإداري ،دارسة مقارنة** ،دار النهضة العربية،طبعة 2006،ص 150.

[3] Catherine LOGEAT et Charistine PAILLARD ,Droit administratif général ,Exercices corrigés , op.cit, P.118

فلا يمكن للإدارة التخلي عن تلك السلطة أو التنازل عنها باعتبارها المسئولة عن تنظيم المرفق العام فلها إجراء ما تراه من تعديلات في العقد ليصبح متوافقا مع احتياجات المرفق العام ودون التوقف على موافقة المتعاقد ودون حاجة للنص عليها في العقد ،فإلزام الإدارة بعقود أصبحت غير مفيدة أو شروط تعاقدية أصبحت غير ملائمة لاحتياجات المرفق العام يتنافى مع طبيعة العقود الإدارية [1].

كما أيدا مجموعة الكاتب والفقهاء الرأي الأول وفريق الأخر اختار الرأي الثاني، من هؤلاء الكاتب نذكر الطماوي الذي أكد على أن سلطة الإدارة في تعديل العقد تقوم على احتياجات المرافق العامة ،فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري [2].

وفي الاتجاه نفسه يمضي الدكتور توفيق شحاته مؤكد أن سلطة التعديل تؤسس على المرفق العام،حيث ينبغي دائما الوفاء بحاجات تلك المرافق حتى تكون متماشية مع التطورات الحديثة التي قد يستلزمها مقتضى سير المرافق العامة[3] .

ويؤيد السيد فتوح محمد هنداوي الرأي الثاني ويرجحه وذلك لما يلي :

_إن التسليم بأن أساس حق التعديل هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري يجعلها سلطة مطلقة لجهة الإدارة ودون أي قيد أو ضابط وهذا مايتنافى مع النص القانوني وما استلزمه من ضوابط وشروط .

_ فكرة السلطة العامة تبرر تصرفات الإدارة خارج النطاق، وحق الإدارة في التعديل ينصب على العقد الإداري ،ولذلك يجب أن يجد سنده في الرابطة التعاقدية والغاية من هذه الرابطة[4].

ومن جانبنا فأننا نؤيد الرأي الذي يؤسس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على مقتضيات واحتياجات الصالح العام باعتباره أهم وأشمل من الرأي الأخر الذي يؤسس تلك السلطة مقتضيات المرفق العام الذي لم يوجد إلا لتحقيق الصالح العام ،فالصالح العام متغير

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي ،المرجع سابق ،ص154.

[2] سليمان الطماوي ،المرجع السابق ،ص 464 .

[3] توفيق شحاته ،مبادئ القانون الإداري ،ج1،ط1 ،القاهرة 1955،ص802.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي ،المرجع السابق ،ص155.

بتغير الزمان والمكان ومن ثم فلا يمكن تقييده بقالب جامد ،ومن ثم يتعين على الإدارة ان تعدل العقد كلما اقتضت حاجة الصالح العام هذا التعديل .

وبهذا فسلطة تعديل شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة مستمدة من كل هذه الأفكار وذلك من أجل تحقيق الصالح العام وفق احتياجاته.

الفرع الأول/أولا:صور (مظاهر) التعديل.

1:التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد.

للإدارة أن تفرض على المتعاقد معها طرفا معينة للتنفيذ عندما ترى أن المصلحة العامة تقتضي تعديل طريقة وأسلوب تنفيذ التزامات المتعاقد معها،مما يؤدي إلى حسن إدارة المرفق العام ويسمى هذا بالتعديل النوعي فيمكن للإدارة أن تطلب من المتعاقد معها استعمال وسائل فنية حديثة جديدة للتنفيذ بدلا من المتفق عليها في العقد بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية للمتعاقد أو قلب اقتصاديات العقد ؛فمسايرة للاكتشافات الحديثة يمكن للإدارة تعديل المشروع الأصلي باستعمال وسائل فنية أكثر اقتصادية ،أو أكثر تقدما دون تغيير موضوع العقد[1].

ففي عقد الأشغال العامة تستطيع الإدارة أن تأمر بتعديل المشروعات الأصلية بشرط عدم تغيير موضوع العقد،فلها أن تطلب إدخال التعديلات في طرق تنفيذ العقد،فقد يتبين أثناء تنفيذ العقد ظهور اكتشافات جديدة تسمح باستخدام وسائل تكنولوجية متقدمة أو أكثر اقتصادًا من تلك المتفق عليها في العقد[2].

2:التعديل في مقدار التزامات المتعاقد.

تستطيع الإدارة أن تتناول بتعديل مقدار التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص دون أن يستطيل ذلك إلى تغيير طبيعة هذه الالتزامات[3]

---

[1] المرجع نفسه،ص 198.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي ،ص 199

[3] هيثم حليم غازي، **سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية)**الطبعة 2014، مصر، دار الفكر العربي، ص52.

وقد يظهر تنفيذ الأشغال أن الإدارة قد أدرجت في المشروع بعض من الأشغال التي لا يحتاج إليها المشروع أو التي تؤثر سلبي على هدف المشروع فتقرر إسقاطها منه ،وبالتالي ينقص حجم الأشغال المطلوب تنفيذها من قبل المقول عن تلك المتفق عليها في العقد ،ففي كلتا الحالتين تستطيع الإدارة صاحبة المشروع أن تدخل التعديل المناسب على كمية ومقدار الأشغال موضوع العقد .

مع التأكيد على أن التعديل يتعلق بكمية وحجم الأشغال ولا يتعلق بنوعها، فإذا كان التعديل بالزيادة في مقدار الأشغال فإنها يجب أن تكون من ذات طبيعة الأشغال المنصوص عليها في الصفقة[1].

الحق ثابت للإدارة في جميع عقودها الإدارية [2]بما فيها عقد الأشغال العامة بحسب ما أجمع عليه أغلبية الفقهاء،حيث لها أن تزيد أو تنقص من كمية الأشغال المعهود بها للمقاول حيث لهاأن تزيد أو تنقص من الأعباء الملقاة على عاتق المقاول.

وغالبا ما تتضمن النصوص هذا الحق وتشير إليه بشكل صريح كما هو حال المشرع الجزائري بنص في دفتر الشروط الإدارية[3].

ونص المشرع على هذا يعتبر من قبل التأكيد على هذه السلطة أو الحق لا غير.حتى وان لم يوجد موقف المشرع هذا، فتبقى الإدارة تمتلك القيام به نظر للأساس الذي يبنى عليه.كون هذا الحق ثابت في جميع العقود الإدارية .

3:التعديل في مدة التنفيذ.

يمكن للإدارة أن تعدل مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد سواء بتقصيرها أو تمديدها وفقا لمقتضيات ومتطلبات الصالح العام، فتستطيع الإدارة أن تطلب من المقاول أن تتم الأشغال في مدة اقصر من المدة المتفق عليها في العقد.

---

[1] احمد عثمان عباد، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية العربية، الطبعة 2010، ص333.

[2] محمود حلمي، **المسؤولية التعاقدية للإدارة– دارسة مقارنة**– المجلة القانونية والاقتصادية، العدد الثامن1996 ،ص 68.

[3] المواد1/30، 1/31 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري.

كما أن للإدارة أن تطلب وقف الأعمال أو تأجيلها أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها في العقد ،كما استوجب ذلك من ظروف ومصلحة عامة ،كما لها أن تنهي العقد بالفسخ إذا ما تطلبت المصلحة العامة حتى دون خطأ من جانب المتعاقد[1].

فمدة التنفيذ احد العناصر الأساسية التي تمارس الإدارة تجاهها سلطة تقديرية واسعة، وعلى الأخص في عقود الأشغال العامة[2] فالقاعدة العامة أن تحديد الإدارة ميعادًا لإنهاء العملية محل عقد الأشغال العامة يفترض حاجة المرفق العام إليها في هذا الميعاد ويحق للإدارة استثناء من هذه القاعدة إطالة مدة تنفيذ الأشغال العامة [3]،فغاليا ما تتضمن كراسات الشروط النص على حق الإدارة في تعديل مدة التنفيذ حيث أنها تتحكم بصورة مطلقة في الجدول الزمني في تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد باعتبارها رب العمل ،فمتطلبات المرافق العامة هي التي تجيز للإدارة إجراء تعديلات في مدة التنفيذ فقد تتطلب بعض المستلزمات العاجلة للمرفق العام أن تتم الأشغال العامة في مدة أقل من المتفق عليها في العقد ،فالإدارة حينئذ أن تأمر بالإسراع في تنفيذ العقد[4].

الفرع الثاني :

ثانيا :شروط التعديل .

تتضمن العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرف فيه ،شكل تعاوني بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد في سبيل حسن سير المرفق العام بانتظام وتحقيقا للمصلحة العامة خاضعة لمقتضيات المصلحة الخاصة أيضا.

فالإدارة سلطة تعديل العقد الإداري ومنها عقد الأشغال العامة تعديلا انفراديا ،غير أن هذه السلطة ليست طليقة من كل قيد،وإنما ترد عليها شروط وقيود،يترتب عن مخالفاتها من قبل الإدارة حق المتعاقدة في اللجوء إلى طلب الإلغاء من قاضي العقد كما يستطيع الامتناع عن تنفيذ التعديل كونه مخالف للقيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية .والقيد الخاص بوجوب أن يكون الصالح العام هو هدف التعديل ويتعين لصحة إجراءات التعديل يجب توافر شروط منها .

---

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 54.

[2] احمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع سابق ،ص277.

[3] أيمن محمد جمعة ،أثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين ،دارسة مقارنة ،كلية الحقوق،جامعة الزقازيق ،ص 181.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي ،المرجع السابق ،ص 200.

1:وجوب ظهور ظروف جديدة تبرر ممارسة سلطة التعديل .

يشترط لممارسة الإدارة حقها في تعديل العقد الإداري تغير ظروف التي تم إبرام العقد في ظلها،وذلك لأن مرد تلك السلطة يتمثل في ضمان استمرار سير المرافق العامة،ولذلك يتعين لصحة قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري أن تستجد ظروف جديدة لاحقة لإبرام العقد،والتي أصبحت غير ملائمة لحسن سير المرفق العام [1]،وبهذا تستوجب ممارسة سلطة التعديل من قبل الإدارة لهذه الشروط بما يحقق مصلحة المرفق وفقا لما استجد من ظروف.

وتغير الظروف هو شرط لإقرار التعديل الانفرادي،وليس أساس لأن هنا الأخير يبقى من مقتضيات المصلحة العامة أو المرفق العام ،باعتبار أن الفكرتين متلازمتين ،وأن أهم مبادئ المرفق العام قابليته للتغيير والتعديل وفقا للمستجدات[2].

فلا يسمح للإدارة بإجراء تعديل على شروط العقد،إلا إذا استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل[3].

بحيث نرى أن اشتراط حصول التغيير في ظروف التعاقد هو شرط منطقي،لكي يكون هذا التعديل مشروعاً.

وهذا الشرط يجعل من الإدارة حريصة على درس جميع الاحتمالات بدقة قبل إبرام العقد للتأكد من سلامة العقد.

والقول بغير هذا يعطي الفرصة للإدارة للتخلي عن مسؤولياتها والتهرب من التزاماتها ،من خلال عدم التدقيق بشروط لعقد ،لتعمل على تغييرها كلما كان لها ذلك .

2 :اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام .

ذلك أن أساس سلطة التعديل هو إتباع حاجات المرفق العام وما يتعلق بشروط تسييره،وهذا الأساس يحدد نطاق التعديل أي يحدد مجاله أو محله بحيث يجب أن تقتصر سلطة التعديل على الشروط التي تحدد الالتزامات المفروضة على المتعاقد لصالح المرفق العام،ولا تمتد هذه السلطة إلى الشروط الخاصة بالمزايا والضمانات المالية المقررة للمتعاقد

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي ،المرجع السابق ،ص 200.

[2] أنس جعفر،العقود الإدارية ،دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات ...،دار النهضة ،الطبعة 2011،ص222.

[3] سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة...،المرجع سابق ،ص 421.

التي جعلته يبرم العقد،وهو شرط يتعلق بمشروعية المحل ،بمعنى أن يكون محل قرار التعديل جائزا قانونا[1].

أكد القضاء الإداري ،أن سلطة التعديل ليست مطلقة ،وإنما لا تطبق بدرجة واحدة على جميع العقود ،بل تتسع وتضيق حسب مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق ،وهي تبدو بشكل أكبر في عقد الأشغال العامة وتضيق بشكل واضح في عقود التوريد[2]ولهذا السبب كان مرد حق تعديل الشروط في هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وضرورة مواكبته للتطورات،التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام ،وتتعلق بكيفية إشباع احتياجات الأفراد كأسلوب العمل بالمرفق وطريقة تنفيذ العقد الإداري والجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ،والجوانب الإدارية للتنفيذ ،أما الشروط الأخرى التي تخرج عن ذلك النطاق كالمتعلقة بتنظيم المصالح المالية للمتعاقد مثل السلع والخدمات التي يقدمها للإدارة ،أو الأرباح التي تتحقق له من ممارسة نشاطه أو المزايا المالية التي تمنحها له الإدارة من قروض أو إعفاءات ضريبية ،فهي مبنية الصلة بسير المرفق العام ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة[3].

وبهذا نرى أن هذا الشرط في محله ،وهو الذي لا يسمح للإدارة بتعدي او المساس بالمزايا المالية المنصوص عليها في العقد .

3:تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية .

تمارس الإدارة المتعاقدة التعديل الانفرادي عن طريق تصرف قانوني ، تتمثل في إصدار أمر إداري إلى المقاول.تتضمن موضوع إجراءات التعديل الذي قررته. ولما كان هذا الأمر في نظرنا تصرفا قانونيا ، القصد منه إحداث أثر هو إدخال تغير على شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة، فينبغي أن يصدر وفق متطلبات وفي حدود مبدأ "المشروعية الشكلية والموضوعية "[4].

أي أنه يجب أن تتقيد الإدارة في معرض تعديلها لعقدها بالمبدأ العام للمشروعية الإدارية، إذ توجد بعض القواعد الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري،قد شيدت عن طريق القوانين

---

[1] سليمان محمد الطماوي،مرجع نفسه،ص 424.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي ،مرجع سابق ،ص ص 159_160.

[3] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة...، المرجع سابق،ص 36.

[4] حمدي على عمر، **سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، 2003، ص231.

واللوائح ،فإذا قامت الإدارة بتعديل هذه القواعد فإنها سوف ترتكب خرقا لمبدأ المشروعية،ومثال عن ذلك تلك القواعد التي ترد على عقود التوظيف ،وهي جزء كبير منها ذات طابع تنظيمي ،وبالتالي لا يمكن تعديلها إلا بالطريق التنظيمي ،أو عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي .

ويضيف بعض الفقهاء شرطا التعديل، يتمثل في وجوب إفصاح الإدارة عن إرادتها الصريحة في تعديل العقد[1].

المطلب الثاني :نطاق ممارسة سلطة التعديل .

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة بمثابة مبدأ عام يطبق على جميع العقود الإدارية ،إلا أن هذه السلطة لا تكون مطلقة وإنما تقف عند نطاق معين وضوابط يجب مراعاتها إذ لا يعقل أن تكون سلطة التعديل محررة من كل قيد وقد تكون هذه الحدود حدود مقررة بنص أو حدود قضائية كونها تستند إلى مبادئ أساسية

الفرع الأول :حدود التعديل المقررة بنص .

قد يكون ما يحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لشروط تنفيذ عقد الأشغال العامة، هو نصوص العقد ذاته ، بمعنى أن سلطة التعديل تحدها قيود اتفاقية[2] بين المتعاقدين ، ينبغي على الإدارة صاحبة المشروع الالتزام بها و كل تجاوز لها يعتبر تعسفا من طرفها يولد للمقاول الحق في طلب الفسخ الفوري للعقد، أو الحق في المطالبة بالتعويض . فكراسات الشروط الإدارية العامة غالبا ما تنص على نسبة معينة من قيمة الصفقة التي يمكن أن يطالها تعديل الإدارة ، مما يعني أن كل تجاوز لهذه النسبة المنصوص عليها و المتفق عليها بين الطرفين يعتبر تعديا لحدود سلطة التعديل ، تتحمل الإدارة المتعاقدة مسؤوليته .

وهذا حال دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري الذي ينص على " في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال ، فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ، ومادامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاولة ،وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية ،حق له فسخ صفقته فورا دون تعويض..." فقد حدد المشرع الجزائري إذا حدود سلطة التعديل الذي تملكه الإدارة صاحبة المشروع بنسبة 20% من قيمة العقد، إذ في

---

[1] إبراهيم محمد علي ،المرجع السابق ، ص52.

[2] بن زموري أنور ،مرجع سابق ،ص27.

حدود هذه النسبة يكون للإدارة حق إدخال تعديلات على تنفيذ العقد بالزيادة في حجم الأشغال، ولا يملك المقاول المطالبة بأي تعويض[1].

وإن تجاوزت الإدارة هذه النسبة تكون قد خرقت نطاق سلطة التعديل بما يفتح باب الدفاع عن مصلحته وذلك من خلال الفسخ الفوري للصفقة، ودون أن يكون مطالبا بأي تعويض. مادام قد التزم بإتباع الإجراءات التي حددها المشرع المتمثلة في " إخبار المهندس الرئيسي بكتاب خلال شهرين" .والمقصود بالمهندس الرئيسي هنا هي الجهة المكلفة من قبل الإدارة صاحبة المشروع بمراقبة ومتابعة الأشغال والذي تدعي (صاحبة الأشغال)[2] .

وتقدر حدود سلطة التعديل الممنوحة للإدارة بالزيادة أو النقص[3]، ويكون هذا حسب موضوع عقد الأشغال[4].

حيث تتسع سلطة التعديل الممنوحة للإدارة في عقد الأشغال التي يكون موضوعه أعمال الصيانة والإصلاح حسب تعبير المشرع الجزائري،الذي يرفع نسبة قيمته الصفقة المسموح للإدارة بالزيادة في إطارها إلى 50%من خلال الزيادة في حجم الأشغال كما هو منصوص عليه في العقد .وفي حال كان التعديل الذي أجرته الإدارة هو بالنقص في حجم الأشغال فإن النسبة المسموح بها والتي تعتبر حدودا للإدارة لا يجوز تعديها هي ذات نسبة التعديل بالزيادة وهي 20 %إن كان الأمر متعلق بأشغال الصيانة والإصلاح ،فالنسبة قدرها المشرع ب35% أي أقل من تلك التي حددها فيما لو كان التعديل بالزيادة في حجم الأشغال [5].

وفي حال تجاوز الإدارة لحدود التعديل في الحالتين يكون للمقاول حق طلب التعويض عند الانتهاء من الأشغال وذلك عن الضرر الذي قد لحقه جراء التعديل،ويكون التعويض هنا عما فاته من كسب،وتحدد قيمة التعويض بالتراضي أو عن طريق القاضي الإداري[6]

الفرع الثاني :الحدود القضائية لسلطة التعديل .

---

[1] بن شعبان علي،**أثار عقد الأشغال على طرفيه في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة،2012/2011 ،ص75.

[2] بن شعبان علي ،مرجع سابق ، ص73.

[3] محمد صلاح عبد البديع ،**الوسيط في القانون الإداري** ،دار الفكر الجامعي بالإسكندرية،طبعة 2003 ،ص76.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي ،مرجع سابق ،ص 195.

[5] بن شعبان علي ،المرجع السابق ،ص 74.

[6] المرجع نفسه ،ص ص 74_75.

الإداري الفرنسي استقر على أفكار تبناها كضوابط لسلطة الإدارة في التعديل ولذلك سماها البعض بالحدود القضائية.

ومن بين هذه الضوابط عدم تغيير موضوع العقد الأصلي، بمعنى أن التعديل يجب ألا يصل إلى درجة الخروج عن حدود الأعمال الأصلية المتفق عليها في عقد الأشغال.

وفي هذا الإطار يستعمل مجلس الدولي الفرنسي فكرتين أولاهما هي عدم قلب اقتصاديات العقد وتغيير جوهره والثانية عدم إضافة أعمال جديدة تعتبر غريبة عن العقد الأصلي بحيث تعتبر ليس لها صلة به[1].

وبعبارة أخرى يجب ألا يصل التعديل إلى جوهر العقد لما فيه من مساس بالمصالح الشخصية للمقاول كونه تعاقد بناء على معطيات أقام عليها تقدير إمكانياته الفنية والمالية، وما يتطلبه تنفيذ الأشغال المتفق عليها.

فمن غير المعقول إجراء تعديلات تلزم المقاول بتنفيذ تعديلات لا تتفق مع تقديراته ،التي بنا عليها تعاقده[2].

فمجلس الدولة الفرنسي استخدم مصطلحات في قرارته للدلالة على ضوابط وقيود تحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة التي منها:

– فكرة "عدم قلب اقتصاديات العقد"، فاشترط في التعديل أن يكون في الحدود المعقولة من حيث الحجم و النوع و الأهمية[33].

[1] بن شعبان علي ،مرجع سابق،75.

[2] المرجع نفسه ،ص75.

[3] بن زموري أنور ،المرجع السابق ،ص 28.

وهي الفكرة التي تبناها المشرع الفرنسي في دفتر الشروط العامة النموذجي حيث يبين الحدود التي يمكن أن تسجلها سلطة التعديل يجب ألا تتعدى لا ففي حال تجاوز الإدارة صاحبة الأشغال ذلك فإنه يحق للمقاول طلب التعويض، دون فسخ العقد.

وبمفهوم المخالفة، إذا كانت نسبة التعديل في حدود 25 بالمائة فإن المقاول ليس له المطالبة بأي تعويض، لأن ذلك يعتبر من المسائل المألوفة في مثل هكذا عقود[1].

[1] بن زموري أنور ،المرجع السابق ،ص 29.

خلاصة الفصل الأول

ونستخلص مما سبق أن للإدارة جانب سلطوي وامتيازات تجعلها متتبعة لتنفيذ عقد الأشغال العامة والتحقق من تنفيذ الصفقة والعقد وفقا للشروط ،وتمثل هذا الجانب في سلطتي الرقابة والتعديل وهذا ما تم ذكره في هذا الفصل بالتفصيل، فسلطة الرقابة هي سلطة تباشرها الإدارة لمراقبة تنفيذ العقد وذلك عن طريق الأعمال المادية والتي تكون على شكل زيارات لورشات العمل والتأكد من سلامة المواد المستعملة وجودتها ومطابقتها للمطلوب ،كما أنه للإدارة جانب أوسع يسمح لها بالتدخل في أوضاع التنفيذ عن طريق الاختيار الملائم للتنفيذ بما يتماشى مع المصلحة العامة ، كما قد تمتد سلطة الرقابة إلى اختيار العمال وتتمثل سلطة التعديل في الزيادة أو النقصان في شروط العقد بما يتناسب مع المصلحة العامة ، ويكون ذلك بتوفر شروط للقيام بهذا الحق كأن ألا يتعدى التعديل موضوع العقد وأن يكون في حدود المشروعية .

الفصل الثاني

الفصل الثاني :سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات .

تبرز أهمية سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد في إلزام المتعاقد بعدم الإخلال بتنفيذ العقد الإداري تحت طائلة جملة جزاءات يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد لإلزامه بتنفيذ العقد دون خلل ،سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد ، أو بتنفيذها بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها ،أو التأخير عن المواعيد المحددة بالجدول الزمني للتنفيذ ،أو بالقيام بتنفيذ العقد بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها فيكون للإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية عليه،وفي حال استعماله الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو مخالفة تعليمات الإدارة أو المهندس المشرف أو عدم تمكينه من مزاولة هذا الإشراف فإن الإدارة تستطيع أيضا كأصل عام توقيع جزاءات عليه.

فالمصلحة المتعاقدة أن توقع جزاءات مؤقتة –لا تنهي العقد– منها ما هي ذات طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها من جراء الإخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد معها، كما يمكن أن تصل هذه الجزاءات إلى حد استعمال الضغط و الإكراه بهدف إجباره و إرغامه على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الذي يستلزمه المرفق العام (المبحث الأول) غير أنه في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما تستطيع المصلحة المتعاقدة تسليط جزاءات فاسخة كما لها أن تنهي الرابطة التعاقدية بصفة نهائية، و إذا وجدت أنّ ه لا فائدة ترجى من تقويم المتعامل المتعاقد معها(المبحث الثاني).

المبحث الأول:سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية الضاغطة.

يحق للمصلحة المتعاقدة أن توقع عدة جزاءات أثناء تنفيذ العقد ،من خلال فرضها جزاءات ذات طابع مالي إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية(المطلب الأول) كما لها أن تلجأ إلى إجراءات أخرى أكثر صرامة بهدف إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق استعمال وسائل الضغط (المطلب الثاني)إلا أن هذه الوسائل تعتبر إجراءات مؤقتة تفرضها اعتبارات الصالح العام بقصد ضمان تنفيذ العقد و ليس إنهائه .

المطلب الأول:سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية .

تعد سلطة توقيع الجزاءات المالية من الجزاءات الإدارية التي تتمتع الإدارة بحق تطبيقها على المتعامل المتعاقد معها في حالة تقصيره بتنفيذ التزاماته مع الإدارة ،فهذه الجزاءات تمس القيمة المالية للمتعاقد ،علما أنها تفرض على المتعاقد مع استمرار العقد المبرم بينهما دون أن يؤدي الأمر إلى إنهائه وسنفصل في هذا المطلب أنواع الجزاءات المالية التي بدورها تنقسم إلى ثلاث فروع ،كالتالي :

الفرع الأول:التعويضات.

الفرع الثاني: مصادرة التأمين.

الفرع الثالث:الغرامات التأخيرية.

الفرع الأول :التعويضات .

من المسلم به أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها،فهو يشمل كافة العقود الإدارية [1]ويتشابه مع غرامة التأخير من حيث كونهما التزام قانوني يلزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة ،وهذا ما نصت عليه المادة 147 من قانون أو تنظيم(247/15)[2]، " **يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق ، فرض عقوبات مالية ...**"

ولكن تختلف غرامات التأخير عن التعويض في الغاية التي يستهدف تحقيقها كل منهما،فإذا كانت الغاية من غرامات التأخير هي ضمانة تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام ،فإن الغاية من التعويض هو جبر الأضرار التي أحدثها إخلال المتعاقد بالتزاماته ، فالتعويض لا يكون إلا إذا ثبت الضرر اي وجود علاقة سببية بين الإخلال و حدوث الضرر الفعلي للإدارة ،فا لتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث ،مع الأخذ بعين الاعتبار طبعا ما تكون الإدارة قد ساهمت في حصوله بنسبة معينة [3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت عنوان" الضمانات " أحكاما لضمان حسن تنفيذ الصفقة حيث أوجب على المتعامل (المقاول) " أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة ،زيادة على كفالة رد التسبيقات[4]. ويحدد مبلغ هذه الكفالة بحسب أهمية العقد ويتراوح ما بين 5% و10%، من قيمة العقد للمقاول حق استرداد هذا المبلغ بعد شهر من تاريخ التسليم النهائي للأشغال[5] ، فالإدارة المتعاقدة إذن صاحبة الأشغال وفر لها المشرع مصدر لاقتطاع التعويضات[6] التي تستحقها بمناسبة إخلال المقاول بحسن التنفيذ ن وبذلك يكون المشرع قد وفر عليها إجراءات اللجوء إلى

---

[1] هارون عبد العزيز الجمل ،**النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة** ،جامعة عين الشمس،سنة 1979،ص 101.

[2] المادة 147 من المرسوم الرئاسي15_247، 2015،يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،مرجع سابق،ص33.

[3] نصري منصور نابلسي ،**العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**،مكتبة زين الحقوقية والأدبية ش.م.م.،طبعة 2010،ص ص 184،185.

[4] المادة 130 من القانون رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ص 29.

[5] المادة 133 من قانون 247/15،ص 30.

[6] المادة 132 نفس المصدر السايق ،ص 30.

القضاء سواء للمطالبة بفرض التعويض أو بتقديره وتحرص الإدارة على أن تتضمن عقودها بند بهذا الخصوص .

وفي مصر فقد أقر المشرع بحق الإدارة في تحصيل التعويض عما لحقها من أضرار بدون الحاجة إلى حكم من القضاء حيث نصت المادة 26 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر برقم 89 لسنة 1998، والمواد (83)، (94) من اللائحة التنفيذية.

والمراد بالمادة أن المشرع منح الإدارة سلطة تحديد التعويض بإدارتها المنفردة دون الحاجة لاستصدار حكم من القضاء[1].

شروط التعويض.

إن التعويض مرتبط ارتباطا وثيقا بنظرية المسؤولية التعاقدية،فإن الإدارة لا تستطيع فرضها على المتعاقد معها إلا تسبب المتعاقد بإلحاق ضرر بالإدارة أثناء تنفيذه للعقد الإداري،وحسب القواعد العامة فإنها تقضي:بأن كل خطأ يرتكبه المتعاقد –يترتب عليه ضرر– فإن المتعاقد المقصر هو ملزم بدفع التعويض للإدارة ،لذلك لا بد من توفر أركان المسؤولية التعاقدية والمتمثلة بالخطأ والضرر وتحقق العلاقة السببية بينهما[2].

1– الخطأ العقدي.

من أركان المسؤولية التعاقدية أن يحدث خطأ من قبل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد ، وعرفه الفقه بأنه "إخلال بالتزام عقدي،أي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد،وهذا الالتزام إما أن يكون إيجابيا أو أن يكون التزاما ببذل عناية،أي بمعنى هو انحراف ايجابي أو سلبي في سلوك المدين إلى مؤاخذته "[3].

2–تحقق الضرر.

---

[1] هيثم حليم غازي ،**سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقة)**،دار الفكر الجامعي ،طبعة 2014،ص ص 107_110.

[2] احمد خورشيد المفرجي ،**سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة** ،رسالة ماجستير،كلية القانون ،جامعة بغداد ،1989،ص 156.

[3] عبد الغني بسيوني عبد الله ،**القانون الإداري** ،الدار الجامعية ،بيروت،ص516.

إن تحقق الضرر يعتبر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية العقدية ،ولكي تستطيع الإدارة المطالبة بالتعويض ،فإنه يجب أن يؤدي الخطأ الصادر من المتعاقد إلى إلحاق ضرر بالإدارة ،كما يجب أن يكون الضرر مباشرا ،بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ-المرتكب قبل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد –سواء كان بعدم الوفاء بالتزامه أو تأخره وفقا للمجرى الطبيعي للأمور،وليس بالضرورة أن يكون الضرر جسيما ،فيكفي أن يكون الضرر بسيطا للمطالبة بالتعويض ،هذا وعبء إثبات الضرر يقع على الإدارة ،وكذلك تقوم مسؤولية المتعاقد سواء ارتكب الخطأ عن عمد أو إهمال[1] .

3-تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

بتوافر ركني (الخطأ والضرر) لا تقوم المسؤولية العقدية،فلا بد ان يكون هنالك رابطة بين الخطأ الحاصل وحدوث الضرر

أي بمعنى أن الخطأ من المتعاقد هو السبب في حدوث الضرر للإدارة ،بحيث تنعدم المسؤولية إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ:كأن يرجع إلى سبب خارجي [2].

الفرع الثاني :مصادرة التأمين .

تعتبر مصادرة التأمين كأحد الجزاءات ذات الطابع المالي، التي توقعها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد ، على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها و بالشروط و المواصفات و الكيفيات الواردة في العقد .

للوقوف عند مفهوم مصادرة التأمين يستوجب التطرق لتعريفه(أولا)،ثم إلى أنواعه (ثانيا) وجواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين (ثالثا).

أولا:تعريف التأمين.

التأمين هو مبلغ من المال، يقوم المتعاقد مع الإدارة بإيداعه لدى الإدارة،أثناء تقديم عطائه وقبل إبرام العقد .وكذلك يعرف بأنه:"ضمان لجهة الإدارة تتوقى به أثار الأخطاء التي يرتكبها

[1] فارس علي جانكير ،**سلطة الإدارة المتعاقدة** في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،طبعة 2014،ص ص 156-157.

[2] فارس علي جانكير ،مرجع السابق ،ص 157.

المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري[1] ،ويضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد [2] .

وتنطوي مصادرة التأمين النهائي على معنى العقوبة [3]أو الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية ،وتمثل قمة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة الحصول عليه دون أن يقبل من المتعاقد المقصر التحدي بأن الضرر الذي لحق بالإدارة يقل عن قيمة مبلغ التأمين النهائي .

ثانيا:أنواع التأمين.

إن التأمين يكون على نوعين:فهو إما ابتدائي مؤقت أو تأمين نهائي .

1-**التأمين الابتدائي المؤقت:**يقصد به التأمين الذي يدفع من قبل المتقدم بالعطاء،وذلك لضمان مدى جديته بالاشتراك، والمساواة بين المتنافسين وعادة ما يكون ذات نسبة قليلة بالمقارنة مع قيمة الاشتراك موضوع التعاقد وهي كفالة مؤقتة وتكون أما نقدية وأما مصرفية[4].

2-**التأمين النهائي** : فهو الذي يقدمه من ترسو عليه الصفقة وهو ضمان لقيامه بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط الصفقة بحيث إذا قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا التأمين[5].

ثالثا:جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين .

يذهب معظم الفقه والقضاء إلى جواز الجمع بين التعويض وجزاء مصادرة التأمين،وذلك لجبر الضرر الذي يلحق الإدارة،شرط ألا ينص العقد على خلاف ذلك ، هو أنه قد لا يمثل مبلغ التأمين الحد الأقصى من التعويض، بل قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي تستحقه الإدارة في حالة إخلال المتعاقد في تنفيذ أحد التزاماته التعاقدية، ولا تجدي نفعا محاولة المتعاقد

---

[1] فارس علي جانكير مرجع السابق ،136.

[2] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،213.

[3] ماجد راغب الحلو،**العقود الإدارية** ،الدار الجامعية ،بيروت،طبعة 2007،ص155.

[4] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص ص 214-215.

[5] فارس على جانكير ،المرجع السابق ،ص 137.

مع الإدارة إثبات أن هذا التعويض –الضروري لجبر الضرر– أقل من مبلغ التأمين ،علما أن هذا التعويض (التكميلي المستحق للإدارة)يستند إلى القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية[1].

ومع يؤكد ذلك ما جاءت به المحكمة العليا المصرية في حكم لها إذ جاء فيه "إن التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، وبحيث لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التأمين إلا انه لا يمثل يقينا الحد الأقصى..."[2].

الفرع الثالث :غرامات التأخير .

الغرامات هي جزاءات مالية تنص عليها عقود الأشغال العامة ،وتقدر مقدما في العقد أو القانون ،وتفرضها الإدارة في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة .
فهي تعويضات جزافية تفرض متى أخل المتعاقد في التزاماته والتأخر في تنفيذ الأشغال خلال المدة المتفق عليها في العقد.

1-خصائص غرامة التأخير.

للغرامات خصائص تميزها عن باقي الجزاءات المالية يمكن تلخيصها فيما يلي :

- **غرامة اتفاقية** :لأنها تحدد مقدما في العقد الإداري أو في الاتفاق ،فإذا لم يكن قد نص عليها فلا يجوز تطبيقها ،فعلى الإدارة أن تلجأ إلى جزاءات أخرى[3].
- **غرامة تلقائية** :أي بمعنى أنها تطبق مباشرة دون الحاجة إلى إثبات أن ضررًا ما قد أصاب الإدارة [4]جراء تأخر المتعاقد معاها في تنفيذ التزاماته التعاقدية [5] ،بل لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول ضرر،وليس للمتعاقد أن يطلب إنقاصها إذا كان الضرر الذي أصاب الإدارة أقل كما لا يمكن زيادتها حتى لو كان الضرر يزيد على قدرها المعين .
و أنها تطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها.. وتستحق بمجرد التأخير دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها ..." و هي إذ تختلف عن النظم

---

[1] ماجد راغب الحلو ، **العقود الإدارية** ،مرجع سابق ،ص 156.

[2] فارس علي جانكير ،مرجع سابق ،ص 140.

[3] محمود عاطف البنا،**العقود الإدارية**،دار الفكر العربي –القاهرة ،طبعة 2007 ،ص 252.

[4] محمود عاطف البنا ، المرجع نفسه ، ص 252.

[5] ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 151.

المشابهة في القانون الخاص، لأن الهدف منها أيضا يختلف وهو يتمثل في ضمان تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرافق العامة.

-**تطبق بمقتضى قرار إداري** :ويعنى أن تطبيق الغرامات يكون بمقتضى قرار دون حاجة إلى استصدار حكم بها من القضاء.وهذا ما يجري عليه العمل في القانون الخاص .

-حالات الإعفاء من الغرامة :2

لا شك أن غرامة التأخير هي جزاء تنص عليه العقود الإدارية عند إخلال المتعاقد بتنفيذ الأشغال في المدة المحددة والمتفق عليها،ويكون هذا الجزاء بتوقيع غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد ،إلا انه قد يكون تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته راجعا لتدخل الإدارة في التنفيذ بزيادة أعباء المتعاقد معها مما يؤدي إلى عدم مقدرة المتعاقد على التنفيذ في المدة المتفق عليها ، فيجوز للمتعاقد مطالبة الإدارة بإعفائه من غرامة التأخير إذا اثبت أن فعل الأمير الصادر عن الإدارة هو مرد ذلك التأخير،كما انه قد يستحيل الوفاء بالالتزام بسبب أجنبي عن المتعاقد، أو إذا قدرت الإدارة ظروف تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فلها أن تعفيه من غرامة التأخير .ومن أهم حالات الإعفاء :

أ-**القوة القاهرة** :وتعتبر القوة القاهرة سببا من أسباب إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية ،ويقصد بالقوة :كل عذر قهري منع المتعاقد من تنفيذه لالتزامه في الموعد المحدد في العقد؛نتيجة لظرف استثنائي قد يكون من فعل الطبيعة أو من خطأ إنساني لم يتوقع وقت حدوثه ،فالقوة القاهرة يشترط فيها :أن يكون السبب -أو الحادث -غير متوقع ومستحيل الدفع،فالمتعاقد هنا يعفى من أداء الغرامة إذا كان سبب عدم تنفيذه التزامه في مدة المحددة بسبب قاهر خارج عن إرادته[1] .

ب-فعل الإدارة: يعفى المتعاقد من غرامات التأخير إذ كان تأخير تنفيذ العقد عائدا لفعل الإدارة،سواء كان فعل الإدارة خطأ منها،أو كان إهمالاً،أو تقصيرًا،أو كان استعمالا لحق من حقوقها كإجراء تعديل في طبيعة العمل أو في كميته[2] .

فالعقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية،فإذا أخلت الإدارة بالتزاماتها التعاقدية كان ذلك مبررًا لإعفاء المتعاقد من الغرامة شريطة أن تتوفر العلاقة المباشرة بين فعل الإدارة

---

[1] فارس علي جانكير ،**سلطة الإدارة المتعاقدة** ...،مرجع سابق ،ص ص 128-129.

[2] عبد المجيد فياض ،**نظرية الجزاءات في العقد الإداري** ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1975 ،ص168.

والتزام المتعاقد بحيث يؤدي هذا الفعل إلى تأخير المتعاقد عن تنفيذ التزامه،وأن يكون فعل الإدارة غير متوقع[1]

ج-الإعفاء الإداري:

تقديرية في مجال تنفيذ العقود الإدارية ،فيجوز لها أن تعفي المتعاقد معها (أو أن لا تعفيه) حسب ما تراه الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة ،فإذا لم ينتج عن تأخير المتعاقد معها أي ضرر ،فللإدارة كما أسلفنا أن تعفيه من غرامة التأخير[2] .

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي ،أن من حق الإدارة أن تغض النظر عن توقيع الغرامة ،فلها أن تتنازل عن جزء من مبلغ الغرامة او تعفيه كليا ،شرط أن تعبر عن ذلك بشكل صريح [3]،فشرط الغرامة ذو طابع اختياري ،فللإدارة حرية الاختيار بين تطبيقه على المتعاقد المقصر أو إعفائه منها صراحة أو ضمنًا ، بشرط ألا تتراجع عن قرارها عند الإعفاء[4].

فالمحكمة الإدارية العليا في مصر قررت بأن :"بأن فرض الغرامة التأخيرية منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة ،باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد [5]، ولذا فلها مثلا أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير،إذ هي قدرت أن لذلك محلا ،كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير ،أو غير ذلك من الظروف[6].

وعن كيفية تحصيل الغرامة بالنسبة للمشرع الجزائر فقد نص على حق الإدارة في اقتطاع الغرامات التعاقدية من المدفوعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة ، كما يجيز كذلك للإدارة صاحبة الأشغال إعفاء المقاول المخل بأحد التزاماته من توقيع الجزاء أي إعفاء من دفع غرامة التأخير .

---

[1] نصري منصور نابلسي ،**العقود الإدارية** ،مرجع سابق ،ص 205.

[2] فارس علي جانكير ،مرجع سابق ،ص 133.

[3] عبد الفياض ،مرجع سابق ،ص 178.

[4] نصري منصور نابلسي ،مرجع سابق 208.

[5] نصري منصور نابلسي ،المرجع نفسه،ص 209 ،وكذلك فارس علي جانكير ،مرجع سابق ،ص 134.

[6] نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ،ص 209.

كما أن المقاول يعفى من دفع هذه الغرامات في حالة انتفاء مسؤوليته في وقوع التأخير كحالة القوة القاهرة ،أو فعل الإدارة كصدور أمر للمقاول بتوقي الأشغال وفي كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من الغرامات المالية بسبب التأخير إصدار شهادة إدارية لذلك[1].

كما ذكرنا سابق فلا يمكن للإدارة العدول عن قرار إعفاء المقاول من الغرامة، وان كان هذا التنازل يلاقي معارضة من بعض الفقهاء الذين يرون عدم أحقيتها في التنازل عن جزء من المال العام[2].

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة.

هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها المتعاقد المقصر–نفاذًا لامتيازها المباشر–

لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية .

وتختلف تلك الجزاءات تبعًا لاختلاف طبيعة العقد،فهي تتخذ صورة سحب الأعمال من المقاول المقصر والتنفيذ على حسابه بالنسبة لعقد الأشغال العامة .

وللإحاطة أكثر بموضوع الجزاءات الضاغطة نتطرق لتعريفها (الفرع الأول) وسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة(الفرع الثاني).

الفرع الأول:تعريف الجزاءات الضاغطة .

تتمثل الجزاءات الضاغطة بفرض عقوبات معينة بحق المتعاقد مع الإدارة ،بهدف ممارسة الضغط عليه،باللجوء إلى وسائل الإكراه المختلفة والمبررة قانونًا ،كعقاب له عما بدر منه من تصرفات على مستوى من الخطورة واللا مشروعية،أو بسبب تقصيره عن الوفاء بمجمل التزاماته التعاقدية[3] .

وتعتبر الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعامل المتعاقد معها، بل يبقى هذا الأخير مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة.

---

[1] بن زموري أنور ،سلطة الإدارة في عقد الأشغال العمومية ،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،بسكرة ، 2014/2013ص 48.

[2] رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات الأشغال العامة،الطبعة الأولى،مطبعةالعربي الحديثة،بغداد،– 1976ص 48.

[3] نصري منصور نابلسي ،مرجع السابق ،ص 231.

كما أنّ سلطة اتخاذ إجراءات الضاغطة المؤقتة، لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى لو لم ينص عليها في الصفقة أو في دفاتر الشروط، فهي مستمدة من امتيازات السلطة العامة ،وتتصف بأنها أشد قسوة ما إذا قورنت بالجزاءات المالية، لهذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلاّ إذا أخل المتعامل المتعاقد معها تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا[1].

وتأخذ سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة الصور الملائمة ففي صفقة الأشغال العامة يأخذ هذا الجزاء صورة سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته[2].

الفرع الثاني :سحب العمل من المقاول .

عندما يتخلف المقاول في عقد الأشغال العامة عن تنفيذ التزاماته أو يتأخر في أدائها يمكن للإدارة أن تسحب العمل منه ،وتقوم بتنفيذ الأعمال المطلوبة على نفقته وتحت مسؤوليته،وبمعنى أخر وضع مشروع المقاولة تحت الإدارة يكون لضمان تنفيذه ولتأمين سير المرفق العام موضوع العقد ،وهذا هو الإجراء المتبع بمناسبة عقد الأشغال العامة حيث تستولي الإدارة على المشروع وتنفذه بالطريقة المباشرة [3].

أولا :تعريف جزاء سحب العمل .

إن جزاء سحب العمل يقصد به:"إحلال الإدارة محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد،أول أن تعهد به إلى متعاقد أخر على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته"[4] [5]،مما يعني توقف المقاول عن العمل الموكل به–حسب شروط العقد–وقيام الإدارة بتنفيذ العمل (بنفسها)أو عن طريق متعاقد أخر وعلى حساب ومسؤوليته المتعاقد الأول.

فتخلف المقاول عن تنفيذ التزاماته،يعطي الإدارة الحق في سحب العمل منه،وتضع العمل تحت إدارتها المباشرة ،وتنفيذ العمل على حسابه وتحت مسؤوليته،لضمان تنفيذ العمل ولحرص الإدارة

---

[1] سبكي ربيحة ،**سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية** ، مذكرة ماجستير،2013،كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي وزو،ص 117.

[2] سبكي ربيحة ، مرجع السابق ،ص 117.

[3] نصري منصور نابلسي ،مرجع السابق ،ص 241.

[4] أحمد خورشيد المفرجي ،**سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة**،رسالة ماجستير ،كلية القانون،جامعة بغداد،1989 ،ص 25.

[5] محمود خلف الجبوري ،**العقود الإدارية** ،ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2007،ص152.

على إستمرار وانتظام سير المرفق العام [1].هذا وتلجأ الإدارة إلى التنفيذ بصورة مباشرة (بنفسها وبأموالها) في حالات الضرورة والاستعجال وفي وقت يصعب البحث عن متعاقد أخر يوكل إليه تنفيذ الأشغال العامة على حساب المتعاقد الأول (وهذا الأخر مسؤوليته والذي يتم اختياره عن طريق الممارسة أو بالأمر المباشر)[2] .

ثانيا:شروط سحب العمل من المقاول المقصر.

لكي يسحب العمل من المقاول يشترط توافر الشروط الآتية:

❖ **الشرط الأول: وقوع الخطأ الجسيم من جانب المقاول.**

حيث يشترط لجزاء سحب العمل من المقاول أن يكون الخطأ الصادر منه جسيما أثناء تنفيذه للعقد الإداري؛ بحيث يتناسب مع هذا الجزاء المفروض عليه من قبل الإدارة.

حيث يؤكد القضاء الإداري الفرنسي بأن قيام الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة يفترض فيها وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول ،فإذا كانت المخالفات ذات أهمية ثانوية لا ترقى إلى هذه الدرجة فإنها لا تعد مبررًا كافيًا لتوقيع هذا الجزاء [3].

ويحق للمقاول المتعاقد في هذه الحالة أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب على الإجراء من نتائج، بالإضافة إلا حق طلب التعويض ، ويملك قاضي العقد سلطة واسعة لقياس مدة خطورة الخطأ وبالتالي مدى صحة الإجراء المذكور [4].

وقد تعددت حالات الخطأ الجسيم والتي قسمت إلى نوعين:

1)-عدم مراعاة المقاول الشروط العقد.

حيث يحق للإدارة سحب العمل من المقاول في حالة ماإذا لم يلتزم بالمواعيد ومدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد ، إلا أن الإدارة لا تملك هذا الحق في حالة تعديل المشروع وفي حالة ما إذا كان سبب التأخير الإدارة نفسها أو بسبب قهوة قاهرة .

---

[1] عبد المجيد فياض ،مرجع سابق ،ص 213.

[2] فارس علي جانكير ،**سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري**،منشورات الحلبي الحقوقية ،طبعة 2014،ص170

[3] هيثم حليم غازي ،**سلطات الإدارة في العقود الإدارية** ،دار الفكر العربي ، الإسكندرية ،طبعة 2014 ،ص 140.

[4] نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ،**العقود الإدارية** ،ص 244.

كما يحق للإدارة سحب العمل من المقاول في حالة إيقافه للأشغال أو التخلي عنها وتركها ،ولا يستطيع المقاول أن يتعلل بأن تعطل الأعمال راجعا إلى فعل الإدارة كا لتأخير في دفع الأقساط أو رفع المقاول دعاوى ضد الإدارة ،فتوقف أو تعطل العمل هو خطأ جسيم من جانب المتعاقد[1].

2) عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية .

الأصل في عقود الأشغال العامة هو خضوع المقاول لتعليمات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد،ويعد عدم استجابة المقاول لها سندًا مبررا لقيام الإدارة بسحب العمل من المقاول وتنفيذه بمعرفتها ،وذلك لأن المتعاقد في عقد الأشغال العامة يجب أن ينفذ شروط العقد تحت إشراف وتوجيه الإدارة [2].

رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة عن رجال الإدارة ، والتزام المقاول بالخضوع للأوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة لا يقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد ولكن تمتد أيضا إلى التعديلات التي تفرضها الإدارة طالما أنها يمكن أن تدخل في تقديرات المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول [3].

-عدم تكملة المقاول لمبلغ التأمين الملي خلال الموعد المقرر لذلك.

-ترك المقاول العمل وايقافه تنفيذ الأشغال موضوع العقد،أو التخلي عنها وتركها ولا يستطيع المقاول أن يتعلل بأن تعطل الأعمال راجعًا إلى فعل الإدارة كالتأخير في دفع الأقساط أو رفع المقاول دعاوى ضد الإدارة،فتوقف أو تعطل العمل هو خطأ جسيم من جانب المتعاقد[4].

ويرجع ذلك إلى أن مصلحة المرفق العام تتعارض مع قيام المقاول بإيقاف تنفيذ التزاماته من تلقاء نفسه ،فالإدارة وحدها لها الحق في تنفيذ الأشغال أو تؤجل تنفيذها كونها وحدها تعتبر قاضي الاحتياجات الخاصة بالعمل أثناء التنفيذ[5] .

---

[1] هيثم حليم غازي ،المرجع نفسه ،ص 140.

[2] المرجع نفسه ،ص 141.

[3] نصري منصور نابلسي ،مرجع سابق ،ص 244.

[4] المرجع نفسه ،245.

[5] نصري منصور نابلسي ، المرجع السابق ،ص 245.

❖ **الشرط الثاني :وجوب إعذار المقاول المتعاقد قبل فرض جزاء سحب العمل منه .**

وكذلك يؤكد القضاء الإداري على ضرورة توجيه إعذار إلى المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه،ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفاته،وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء[1] .

ولذلك فإن الإنذار (الإعذر) هو إجراء ضروري ولا بد من إنذار المقاول بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة ،ويعتبر الجزاء الذي لم يسبقه إنذار جزاء معيبا ،إن لم يسبقه إنذار صحيح به[2] .

ويجب أن يتضمن قرار الإعذار ما يلي :

1-المخالفات المنسوبة للمقاول .

2-الأعمال النى يجب القيام بها سواء كانت محددة العيوب الواجب إصلاحها، أو تمس العقد في مجموعة مثل مطالبته بأن يحسن التنفيذ.

3-إن إجراء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة ذاته هو ما تنوي الإدارة اتخاذه عند عدم استجابة المقاول للإدارة[3].

ويتم إرسال الإنذار عن طريق البريد المضمون، أي أن يكون هناك إشعار بالاستلام من قبل المقاول تحتفظ به الإدارة كي تثبت في حال المنازعة القضائية بأنها نفذت إجراء الإنذار.

وإذا لم يعمد المقاول إلى تصحيح الخلل في تنفيذ العقد ضمن المهلة الممنوحة له من الإدارة من الإدارة ،عندها يعود للإدارة توقيع الجزاء المناسب [4].

ثالثا:الطبيعة القانونية لسحب العمل .

إن سلطة الإدارة في سحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية هي سلطة تقديرية في حدود تحقيق الصالح العام،وهذه السلطة مقررة بقوة القانون في إطار حرص الإدارة على ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار[5].

---

[1] هيثم حليم غازي ،**سلطات الإدارة في العقود الإدارية** ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،طبعة 2014، ص 143.

[2] نصري منصور نابلسي ،**العقود الإدارية** ،منشورات زين الحقوقية ، طبعة 2010،ص 247.

[3] نصري منصور نابلسي ،المرجع نفسه،ص 248. كذلك هيثم حليم غازي ،مرجع سابق، ص 145.

[4] نصري منصور نابلسي ،المرجع نفسه ،ص 248.

[5] فارس علي جانكير ،**سلطة سلطة الإدارة المتعاقدة** ،منشورات الحلبي الحقوقية ،طبعة 2014، بيروت –لبنان ،ص 176.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال العامة نصا يحرم الإدارة من وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة بوجه عام ،وإذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته للنطام العام [1].

وللإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة التي سا تنفذ بها الأعمال التي تم سحبها من المقاول المقصر على حساب المقاول سواء كان ذلك بتنفيذها بنفسها أو تكليف الغير وفق قواعد ،وفي جميع هذه الأحوال لا ينتهي العقد بل يبقى العقد الأصلي قائما وتنفذ الأعمال الجديدة على حساب المقاول الأصلي ومتحملا مسؤولية هذا التنفيذ[2].

رابعا:الآثار القانونية لسحب العمل من المقاول.

في بداية الأمر يجب التمييز بين سحب العمل من المقاول وفسخ العقد، فجزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة تتشابه مع الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، كون الإدارة تملك الحق في توقيع أيا من الجزاءين على المقاول المقصر بإدارتها المنفردة وبقرار انفرادي من جانبها،كما أن كلا الجزاءين يتفقان في أنهما يواجهان في الغالب نفس الأخطاء الجسيمة الصادرة من المقاول ،ومع ذلك فإنهما يختلفان من زواية جوهرية حيث يعتبر جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة جزاء ضاغطا توقعه الإدارة على المقاول بقصد إجباره[3] .

على تنفيذ التزامه،كما أنه جزاء مؤقتا لا يترتب عليه انقضاء العقد،بل تنفيذ هذا العقد بواسطة الإدارة على حساب هذا المقاول وتحت مسؤوليته بقصد إجباره على الوفاء بالتزاماته،في حين أنجزاء الفسخ يؤدي إلى انهاء العقد بصفة قطعية وانقضاء العلاقات التعاقدية بين الإدارة والمقاول المقصر بصفة نهائية [4].

المبحث الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة.

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط – سواء كان مقاولا أو

---

[1] هيثم حليم غازي ،مرجع سابق ،ص 144.

[2] هيثم حليم غازي، مرجع نفسه ،ص 145.

[3] نصري منصور نابلسي ،**العقود الإدارية** ،مرجع السابق ،ص 252.

[4] نصري منصور نابلسي ،مرجع سابق ،ص 253.

موردا الإدارية العامة– حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه كل منهما، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة.

يعتبر فسخ العقد من طرف الإدارة من العلامات التي يتميز بها النظام القانوني للعقود الإدارية،حيث تلجأ الإدارة لجزاء فسخ العقد عند إخلال خطير من طرف المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فهنا تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مضطرة إلى توقيع أخطر جزاء تملكه إذا لم تفلح الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم المتعامل المتعاقد معها ،ويعد هذا الجزاء من أشد وأخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد.

ويعتبر جزاء الفسخ مظهر من مظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية وهو أقسى جزاء يقع على المتعاقد كونه ينهي الرابطة التعاقدية (إنهاء العقد)،وهذا يعني فسخ العقد قبل نهايته الطبيعية بسبب أخطاء تطرأ أثناء تنفيذ العقد ،وتملك الإدارة تقدير مدى خطورة المخالفة التي ارتكبها المتعاقد وأثرها على المرفق العام،ويكون الفسخ على حالات فسخ تعاقدي وفسخ من جانب واحد وفسخ جزئي للصفقة وهذا ما نصت عليه المواد 149 _150_151من قانون 247/15 .

ولكون هذا الجزاء من أخطر الجزاءات الخطيرة التي توقعها الإدارة على المتعامل المتعاقد عند ارتكابه خطأ جسيم ،مما لا يترك لها خيار سواه وذلك ضمان لسير ودوام المرفق العام والمصلحة العامة ولهذا ينبغي التعريف بالفسخ الجزئي وشروط ممارسته (المطلب الأول) وتوضح أنواعه والأثار المترتبة عنه (المطلب الثاني).

المطلب الأول:التعريف بالفسخ الجزائي وشروط ممارسته.

الأصل أن العقود الإدارية تنتهي بالطرق الطبيعية، سواء كان هذا الانتهاء بتنفيذ الالتزامات التعاقدية،أو بانتهاء مدتها القانونية إلا إن هناك استثناء لانتهاء العقد وهو الفسخ الجزائي وهو أحد الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة (الإدارة)على المتعامل المتعاقد عند ارتكابه خطأ استنادا إلى نصوص المواد 149إلى 150 من قانون 247/15 ومن هذا المنطلق وجب تقديم تعريف لهذا الجزاء (الفرع الأول) وتبيان الشروط الواجب توافرها لتطبيق هذا الجزاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول:تعريف الفسخ الجزائي.

يمكننا تعريف الفسخ الجزائي على انه ذلك الجزاء الشديد الجسامة الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالا فادحا وجسيما، مما يستدعي استبعاده من دائرة تنفيذ العقد،فتقرر الإدارة إنهاء العقد معه بموجب قرار انفرادي من جانبها وحدها،وبناء على سلطتها التقديرية، فيترتب على هذا الجزاء إنهاء العقد،وإيقاف المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ الأعمال محل العقد[1].

كما يمكن تعريف الفسخ الجزائي في صفقة الأشغال العامة على أنّه:" الجزاء الشديد الذي تستطيع المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع أن توقعه على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن الصفقة و الذي يترتب عليه استبعاد المقاول نهائيا من تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، أو من الاستمرار في تنفيذها "[2].

يأتي الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العامة غالبا تاليا لجزاء سحب العمل من المقاول وذلك حينما تقدر المصلحة المتعاقدة من عدم جدوى هذا جزاء الأخير .

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي بحق الإدارة في فسخ العقد إذا اتضح لها أن المتعاقد لم يعد

بإمكانه تنفيذ التزاماته التعاقدية معاها والمشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد،بطريقة فعالة ومرضية [3].

وتستطيع الإدارة توقيع هذا الجزاء بنفسها ودون حاجة لاستصدار قرار قضائي مسبق يبيح لها ذلك ،كما أنها تمارس تلك السلطة حتى في حال خلو العقد أو كراسة الشروط من نص صريح يبيح لها ممارسة تلك السلطة.

---

[1] نصري منصور نابلسي ،**العقود الإدارية** ،منشورات زين الحقوقية ،طبعة 2010،ص277.

[2] سبكي ربيحة، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإجراءاتالإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزيوزو،2013. ص141.

[3] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص277.

وكانت الإدارة في فرنسا تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية ومن ثم كان من المستحيل عليها توقيع جزاءات لم ينص عليها في العقد،واستقر القضاء الفرنسي تماما على وجوب احترام النصوص التعاقدية [1].

إلا أن هذا لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات تحت رقابة القضاء.

الفرع الثاني :شروط ممارسة الفسخ الجزائي .

يشترط لتقرير عقوبة الفسخ الجزائي في العقود الإدارية توفر شرطين :وقوع خطأ جسيم ،وتوجيه اعذار (إنذار) إلى هذا المتعاقد .

أولا:وقوع خطأ جسيم من المتعاقد.

تمثل كل مخالفة من جانب المتعاقد لالتزاماته التعاقدية خطأ تعاقديا من جانبه،كما تمثل أيضا خطأ ضد المرفق العام في ذات الوقت،ويفترض توقيع جزاء الفسخ ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما وإخلالا خطيرا بالتزاماته،حيث لا يعد كل خطأ يرتكبه المتعاقد مبررا لتوقيع جزاء الفسخ عليه،بل يتعين أن يكون ذلك الخطأ متسما بالجسامة من خلال إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو القانونية جوهرية [2].

إذ يمكن القول أن الأفعال التي تبرر الفسخ الجزائي يجب أن تكون أشد جسامة من تلك المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة أو يمكن اعتبار تكرار هذه و يرجع تقدير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير ،الأفعال مبررا كافيا لتوقيع جزاء الفسخ جزاء الفسخ، إلى المصلحة المتعاقدة تحت رقابة القضاء.

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ في نظر الفقه والقضاء الفرنسي

- عدم تنفيذ الأوامر المصلحية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة تعد من قبيل الأخطاء الجسيمة التي تبرر فسخ الصفقة [3].

---

[1] نصري منصور نابلسي ،مرجع نفسه ،ص 277.

[2] هيثم حليم غازي ،**سلطات الإدارة في العقود الإدارية** ،دار الفكر الجامعي ،طبعة 2014،ص164.

[3] هيثم حليم غازي ،المرجع نفسه ،ص 164.

- أما المشرع الجزائري فقد ذكر بعض الأفعال التي تبرر الفسخ الجزائي، دون الدخول في التفاصيل ويتضح ذلك في المادة 149من المرسوم الرئاسي247/15[1]والتي تنص على "**إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته،توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.**

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه،فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ..."

ونستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد جعل من كل إخلال بالالتزامات التعاقدية،تبرير لتوقيع لجزاء الفسخ ،كما تلعب دفاتر الشروط العامة دورا من خلال تكميلها للبناء التشريعي، وهذا عن طريق تضمنها لأحكام فسخ الصفقة ،كما أشارت إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول التي تبرر توقيع عقوبة الفسخ الجزائي على المتعاقد والمتمثلة فيما يلي :

- عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة عن رجال الإدارة[2] .
- ترك المقاول مواقع العمل وإيقافه تنفيذ الأشغال موضوع العقد [3] .
- توقف الملتزم عن استغلال المرفق ،فتوقف الملتزم عن استغلال المرفق العام محل الالتزام يبرر توقيع الجزاء مهما كانت الصعوبات التي تواجه استغلال المرفق حتى لو كانت هذه الصعوبات مالية ،فإن الملتزم الذي يتوقف عن استغلال المرفق بعد رفض الإدارة لطلبه بفسخ العقد أو تعديله يعتبر قد ارتكب خطأ جسيما من شأنه أن يقيم مسؤولية المتعاقد اتجاه الإدارة مانحة الالتزام [4] .
- إفلاس الملتزم [5].
- امتناع الملتزم عن أداء التأمين في المدة المقررة [6].

---

[1] المادة 149المرسوم الرئاسي15_247، مصدر سابق.

[2] هيثم حليم غازي ،مرجع السابق ،ص164.

[3] نصري منصور نابلسي ،مرجع سابق ،ص 281.

[4] نصري منصور نابلسي ،المرجع نفسه،ص 281.

[5] نصري منصور نابلسي ،المرجع نفسه ،ص 282.

[6] هيثم حليم غازي،مرجع السابق ،ص 164.

- تنازل المتعامل المتعاقد عن العقد إلى غيره دون ترخيص مسبق من قبل الإدارة الذي يعتبر خطأ جسيما من طرفه الذي يبرر توقيع جزاء الفسخ لعقده [1].
- وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة لشروط الشغل، أو التقصير الخطير في ، في المتعاقد عليها، ففي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة لا تكتفي بتوقيع جزاء الفسخ نظرا لجسامة هذا الفعل بل يتعدى ذلك إلى إقصاء المقاول لوقت محدد أو إقصائه نهائيا من الصفقات التي تجريها إدارتها[2].
- ارتكاب أفعال الغش والاحتيال الصادرة عن المتعامل في تنفيذ التزاماته مع المصلحة المتعاقدة [3].

ثانيا:وجوب اعذرا المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.

نظرا لخطورة الآثار المترتبة على الجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها،فإنه يجب أن تكون هذه الجزاءات مسبوقة ببعض الإجراءات التي من شأنها تضمن الحقوق،فمخالفة الإدارة لهذه الإجراءات الملزمة لها أن يقيم مسؤوليتها التعاقدية تجاه متعاقديها[4].

ومن هذه الإجراءات إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ ،ومنحه مهلة زمنية معقولة تسمح له بتصحيح أوضاعه وإصلاح أخطاءه خلالها[5]،ولذلك فإن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة الغير مسبوق بإعذار المقاول يكون معيبا ومخالفا للقانون [6] .

أما المشرع الجزائري فقد وفق في نصه في المادة 149 على وجوب توجيه اعذرا للمتعامل المتعاقد للوفاء بالتزاماته خلال المدة المحددة.

وقد استلزم مجلس الدولة الفرنسي لصحة قرار الإدارة في فسخ العقد وجوب إنذار المتعاقد المتعاقد قبل توقيع الفسخ[7].

---

[1] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص 282.

[2] سبكي مديحة ،المرجع السابق ،ص 143.

[3] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص 284.

[4] نصري منصور نابلسي ،المرجع نفسه،ص 286.

[5] هيثم حليم غازي، المرجع السابق ،ص 166.

[6] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص 286.

[7] هيثم حليم غازي ،المرجع السابق ،ص 166.

وفي عقد الأشغال العامة أيضا يعفى المتعاقد الذي تم فسخ عقده من النتائج المالية الباهظة المترتبة على جزاء الفسخ عند عدم قيام المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ [1].

المطلب الثاني:أنواع الفسخ الجزائي وآثارها القانونية.

يترتب عن فسخ صفقة الأشغال العامة في حالة وقوع خطأ جسيم من طرف المتعامل المتعاقد إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها،إلا أن جسامة الخطأ تؤدي إلى اختلاف أنواع الفسخ الذي يمكن أن توقعه الإدارة(الفرع الأول)مما يؤدي إلى اختلاف الآثار المترتبة تبعا لجسامة الفسخ على مكانة ومركز المتعامل المتعاقد(الفرع الثاني)

الفرع الأول:أنواع الفسخ الجزائي.

يعرف الفقه والقانون الفرنسي نوعين من الفسخ الجزائي وذلك تبعا لجسامة الخطأ المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد.

ولكون الإدارة تملك حق توقيع جزاء الفسخ عن طريق تقديرها لنوع الفسخ الذي ستوقعه على المتعاقد معها فلها أن توقع الفسخ المجرد أو توقيع الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد.

أولا:الفسخ المجرد.

بموجبه تنتهي الرابطة التعاقدية تمامًا من طرف الإدارة ويعود طرفي تلك الرابطة إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد من دون أي قيد، معناه عدم تحميل المقاول أعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في مناقصة جديدة لإتمام تنفيذها[2].

ويكون للمصلحة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عما لحقها من أضرار من جراء توقيع جزاء الفسخ لخطأ المتعامل المتعاقد[3].

---

[1] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص 287.

[2] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،ص 155.

[3] هيثم حليم غازي ،سلطات الإدارة في العقود الإدارية،مرجع سابق ،ص 168.

ويأتي تأكيد المشرع الجزائري من خلال المادة 152 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى

إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها "**لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان،والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها** ".

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع قد أكد على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة،والمستخلص من هذه المادة أن المشرع أراد أن يحقق الاستمرار في فرض الضغط على المتعامل المتعاقد حتى يكون مقيد بالالتزامات حتى تضمن حقوق المصلحة المتعاقدة ويكرس مبدأ حسن سيرورة المرفق العام بانتظام.

- ويعني أن الإدارة تلجأ إلى توقيع جزاء الفسخ المجرد في حالات التي يكون فيها الخطأ لم يبلغ درجة كبيرة من الجسامة .

ثانيا:الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد.

ويتسم هذا النوع من الفسخ بالشدة والقسوة بالمقارنة مع الفسخ المجرد، فالفسخ في هذه النوع يكون مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في مناقصة عامة على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة[1]،كما يمكن أيضا أن تلجأ الإدارة إلى طريقة التراضي على أن تراعي عدم الإضرار بالمتعاقد القديم وذلك باختيار أفضل الشروط المالية وتخضع الإدارة لرقابة القضاء في هذه الحالة [2].

[1] هيثم حليم غازي ،سلطات الإدارة ... ،المرجع سابق ،ص 168.

[2] سبكي ربيحة،المرجع السابق ،ص 157.

ولا تكتفي الإدارة بالتعويض عن فسخ العقد الأول ولكنها فضلا عن ذلك تحمل المتعاقد نتائج العقد الجديد، فا رأي مجلس الدولة الفرنسي المستقر هو عدم اللجوء إلى هذه الصورة من الفسخ إلا إذا نص عليها صراحة في العقد أو في دفتر الشروط [3].

أما بالنسبة للجزائر وللمشرع الجزائري ،فإن المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية [1] خلا من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد،إلا ما ذكر للمتعاقد الأجنبي وهذا ما ذكره المرسوم الرئاسي السابق 236/10 الذي لم يجسد استثماره فتفسخ الصفقة في هذه الحالة تحت مسؤوليته دون سواه ،وقد يتعدى الأمر في هذا الجزاء إلى تسجيل المؤسسة الأجنبية التي قد أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية [2]، وما يتعلق بالفسخ من جانب واحد المذكور في المادة 150 فأحكامه تتفق مع أحكام الفسخ الجزائي المجرد.

الفرع الثاني :الآثار القانونية للفسخ الجزائي.

ذكرنا فيما سبق أن الإدارة تمتلك نوعين من الفسخ في عقد الأشغال العامة،الفسخ الجزائي المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد .

ويترتب على جزاء الفسخ الجزائي من طرف المصلحة المتعاقدة بنوعيه (المجرد وعلى مسؤولية المتعاقد) عدة آثار قانونية وتختلف باختلاف نوعي الفسخ وباختلاف نوع الصفقة وهناك من الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ وبين ماهو خاص بكل نوع .

أولا:الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ .

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار الفسخ سواء كان فسخا مجردا أم فسخا على مسؤولية المتعاقد عدة آثار قانونية نذكر أهمها:

---

[3] هيثم حليم غازي ،المرجع السابق ،ص 168.

[1] المرسوم الرئاسي 247/15 ،مصدر سابق

[2] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،ص 157.

- يترتب على كل من الجزاءين انتهاء عقد الأشغال العامة بالنسبة للمستقبل حيث يجد المتعاقد نفسه مستبعد نهائيا من تنفيذ الأشغال محل العقد [3].
- يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد العقد كله، فلا يوجد فسخ جزئي، كما هو عليه الحال في الجزاءات الضاغطة، فإما أن يكون الفسخ كليا أو لا يطبق إطلاقا[1].
- ينتج عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائيا، وذلك بأن يترك المقاول أماكن العمل في عقد الأشغال وإلا تحققت مسؤوليته[2].
- يحق للمصلحة المتعاقدة في حالة الفسخ أن تجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة[3].

ثانيا:الآثار القانونية للفسخ المجرد (البسيط).

يعتبر الفسخ الجزائي المجرد أو البسيط أقل قسوة من حيث النتائج بالنسبة للمتعاقد الذي فسخ عقده من الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد،وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من الفسخ الجزائي عند رغبتها بإنهاء العقد وإنهاء علاقاتها مع المقاول الذي تبين عدم كفاءته في تنفيذ التزاماته،وبذلك الفسخ الجزائي المجرد يعفي المتعاقد من النتائج الباهظة للعقود الجديدة المخصصة عند اللزوم لضمان استمرارية العقد[4].ويترتب على هذا الجزاء بطبعة الحال عدة آثار نذكر منها:

- انقضاء عقد الأشغال العامة دون أي قيد أو شرط معناه عودة المتعاقدان إلى الحالة القانونية التي كانا عليها قبل التعاقد .
- يحقق للمصلحة المتعاقدة عند الفسخ المجرد أن تفرض على المتعامل المتعاقد الجزاءات المالية عند توفر أسبابها القانونية ،فبالنسبة لغرامة التأخير فهي تفرض على المقاول

---

[3] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص 295.

[1] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،159.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة ، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، أطروحة عملية لنيل شهادة الدكتوراه فيالقانون العام ،كلية الحقوق الجزائر ،2007_2008،ص 358.

[3] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،ص 160.

[4] منصور نصري نابلسي ،المرجع السابق ،ص 294.

المتعاقد المفسوخ عقده عن الفترة السابقة على صدور الفسخ ،لاختلاف السبب توقيع كل من الجزاءين ،وكذلك يمكنها الحصول على تعويض عن الضرر الذي قد يصيبها قبل صدور قرار الفسخ،الناتج عن وقف الأشغال العامة [5].

- كما أنه يجوز للإدارة في التشريع المقارن أن تقوم بالجمع بين كل من الفسخ المجرد ومصادرة التأمين، مع استحقاق التعويض إذا كان التأمين لا يكفي جبر الضرر مع اشتراط عدم وجود نص يحظر هذا الجمع ، وأن يكون الضرر قد تجاوز قيمة التأمين [1].

ثالثا:الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد.

يترتب على هذا الجزاء الآثار كافة ،التي تترتب على الفسخ المجرد،غير أن الفسخ على مسؤولية المتعاقد، والإدارة هنا لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول،بل تحمل المتعاقد المفسوخ عقده نتائج العقد الجديد المبرم مع غيره[2].

ولخطورته فإن مجلس الدولة والفقه الفرنسي اشترط ضرورة النص عليه في العقد أو في دفتر الشروط، وبالأخص في عقد الأشغال العامة.

ومن أهم الآثار التي تترتب عن جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد مايلي:

- إبرام عقد مع مقاول آخر لإنجاز الالتزامات التي تخلف عن انجازها المتعاقد الأصلي وتختار الإدارة طريقة الإبرام التي تراها مناسبة [3].
- تحمل المتعاقد الأساسي نتائج العقد الجديد ،بما في ذلك الثمن الناتج عن التعاقد الجديد،مشمولة بالزيادات الناتجة عن ارتفاع الثمن الناشئ عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال،مع إمكانية خصم هذه الزيادات من المبالغ المستحقة له [4].
- للإدارة الحق في الاحتفاظ بفارق المصروفات إذا كان التعاقد الجديد أقل سعر من العقد الأساسي [5].

---

[5] سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية...، المرجع سابق،ص360.

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة ،مرجع نفسه،ص 360.

[2] نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ، ص 295.

[3] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،ص 161.

[4] سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية...،المرجع السابق ،ص 362.

[5] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،ص 162.

وقد أشير إلى العديد من الضمانات التي يستحقها المتعاقد، بالأخص المقاول الذي فسخ عقده في عقد الأشغال العامة لما له صلة وثيقة بالخزينة العامة،إزاء الآثار التي يرتبها جزاء الفسخ على مسؤوليته والتي تتمثل فيما يلي :

- يجب أن تتم صفقة الأشغال في إطار الصفقة الأصلية،وعلى أساس دفتر الشروط نفسه الذي أبرمت الصفقة بمقتضاه[1].
- من حقوق المتعامل المتعاقد الذي فسخ عقدة أن يقوم بمراقبة عملية التعاقد مع المقاول الجديد، مع إمكانية أن يطعن المتعاقد في إجراء المناقصة كونها إجراء إداري يملك فيه القاضي حق الإلغاء عند تحقق ركن عدم المشروعية [2] .
- يقوم المتعاقد المفسوخ عقده بالانتظار لتمام الأشغال وتنفيذها، للمطالبة بسعر الأعمال التي قام بتنفيذها، واسترداد باقي تأمينه [3].

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية...،المرجع السابق ، ص 363.

[2] سبكي ربيحة ،المرجع السابق ،ص 162.

[3] سبكي ربيحة ،المرجع نفسه ،ص 162.

خلاصة الفصل الثاني :

نستخلص من هذا الفصل إن فكرة العقد الإداري أساسها الصالح العام فإذا أخل المتعاقد مع الإدارة في التزاماته التعاقدية سواء عدم احترام مدة التنفيذ أو مخالفة شروط العقد أو التنازل عن العقد وغيرها من المخالفات، فإن الإدارة تمتلك امتيازات وسلطات واسعة سواء نص عليها العقد أو لم ينص، فلها حق فرض أو توقيع الجزاءات على المتعاقد الذي خل بالتزاماته العقدية لأن هذا يؤدي إلى الإخلال بالصالح العام وبدون اللجوء إلى القضاء. وتعد سلطة توقيع الجزاءات من أخطر السلطات التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وذلك عن طريق إصدار قرار بهذا الشأن، وتستطيع أن تستعمل بمناسبتها في التنفيذ المباشر ،وقد حددت الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في عقد الأشغال ،فهي إما أن تكون جزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة أو جزاءات فاسخة .

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا ومن خلال دراستنا لموضوع سلطة الإدارة في عقد الأشغال العامة اتضح لنا جليا أهميته ،لكونه يستقطب اهتمام السلطة العامة للدولة كونه مهد التنمية الاقتصادية،وهذا ما جعل الدولة تعطيه أهمية بالغة كا أهم نوع من الصفقات ،مما جعلها تخصص ميزانيات ضخمة لإنجاز المشاريع ذات المصلحة العامة قصد تطوير الاقتصاد الوطني .

واستنادا لفكرة المصلحة العامة وضرورة سير المرفق العام بانتظام التي تتبناها الدولة ،كان لها دور فعال لإرساء قواعد القانون العام على عقد الأشغال العامة ،هذا ما أعطى للمصلحة المتعاقدة حجم من السلطات والامتيازات الضخمة لمواجهة المتعاقد معها للحفاظ على انتظام سير المرافق العامة كونها السلطة المشرفة على مراحل تنفيذ الصفقة (عقد الأشغال العامة).

وبهذا تناولنا في موضوعنا جوانب سلطة المصلحة المتعاقدة والامتيازات التي تمتلكها فمن خلال الفصل الأول المتعلق بسلطة المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ عقد الأشغال العامة أخذنا سلطة الرقابة وسلطة التعديل التي تضمن كل منهما تنفيذ العقد تنفيذا سليما ،فا سلطة الرقابة تعني التحقق من أن المتعاقد معها يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروط المتفق عليها كأن ترسل بعض مهندسيها إلى مواقع العمل للتأكد من سير الأعمال وفقا للمواعيد المحددة و وفقا لمقتضيات الصالح العام ،وللإدارة سلطة تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في كمية الأعمال ومدة التنفيذ دون أن يتعدى ذلك إلى التعديل من موضوع العقد وتصبح أمام عقد جديد،وأن يكون هذا التعديل انطلاقا من أسباب موضوعية .

أما في الفصل الثاني المتعلق بالجانب الجزائي المطبق عند مخالفة وإخلال المتعاقد لالتزاماته التعاقدية كأن يقصر في تنفيذ أعماله أو لم ينجز العقد في المدة المتفق

عليها،فللإدارة أن توقع عدة جزاءات تتناسب مع حجم الإخلال فلها أن توقع الجزاءات منها المالية أو الضاغطة أو الفاسخة .

ومن خلال دارستنا للموضوع نتوصل إلى نتائج تكون بدورها إجابة عن إشكاليتنا نذكر منها .

- تمتلك الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، وهذه السلطات ليست مطلقة بل تمارسها الإدارة لضامن استمرارية المرفق العام .
- تعتبر سلطة الرقابة أساس لتجسد فكرة المرفق العام وسيره بانتظام واطراد من أجل المصلحة العامة .
- لسلطة الرقابة وسائل مادية و أوامر مصلحية تساعد في سير العمل بطرق قانونية لتحقيق المصلحة العامة إلا أن هذه السلطة لها حدود وقيود لحماية المتعاقد من تعسف الإدارة ومن أجل الفصل بين سلطتي التعديل والرقابة.
- للإدارة سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة غير أنها ليست مطلقة ،بل هي مقيدة من حيث مجال تطبيقه فلا يجب أن يتعدى شروط التنفيذ وما يتعلق بتسيير المرفق العام محل الأشغال ،وما يخرج عن هذا يعتبر تصرف غير مشروع تسأل عنه الإدارة وأن لا يكون التعديل يمس بجوهر العقد الذي يكون منه موضوع جديد.
- يكمن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في فكرة السلطة العامة ،التي هي مظهر من مظاهر السلطة العامة وتطبيقا لامتياز التنفيذ المباشر وبحكم هذه السلطة تستطيع فرض ما تراه مناسب من الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله وتقصيره عند تنفيذه عقد الأشغال ووجود هذه السلطة ضروري لسير المرافق العامة بانتظام واستمرار.

رغم اعتراف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بجملة من السلطات في مرحلة تنفيذ عقد الأشغال العامة في قانون الصفقات العمومية ،إلا أن هذه الأخيرة تتخللها بعض النقائص مما يجعلنا نقدم بعض الاقتراحات التالية :

- ✓ ضرورة إعطاء للرقابة أهمية كونها سلطة الأهم لتكون انطلاقة المشروع على أساس جيد من أجل التقليل من المخالفات والرشوة والغش في سير العقد.

- ✓ ضرورة إصدار الأوامر المصلحية في إطار المشروعية مما يتيح للمقاول ممارسة حقه في الطعن لضمان الحماية للمقاول من تعسف الإدارة .
- ✓ من الضروري التطرق للجزاءات الضاغطة والأخطاء التي تبرر توقيع هذا الجزاء .
- ✓ من الضروري الإفصاح والتطرق لكل من الجزائين الفسخ المجرد أو البسيط و الفسخ على حساب المتعاقد في قانون الصفقات العمومية وضرورة النص عليه في العقد لخطورة أثاره .
- ✓ تفعيل دور القضاء الإداري بشكل أكبر من أجل الحد في إستعمال الإدارة لحقها في التعديل .
- ✓ ضرورة ضمان حق المتعاقد لكونه طرف أساسي في العقد من ناحية استخدام الإدارة لحقها في تعديل العقد .

قائمة المصادر والمراجع

أولا :الكتب والمؤلفات.

1--أنس جعفر العقود الإدارية ،(دارسة مقارنة) لنظم المناقصات والمزايدات ... ،دار النهضة،الطبعة 2017.

2--أحمد عثمان عباد،مظاهر السلطة الإدارية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة 1973 .

3--أحمد عثمان عباد ،مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ،طبعة 2010.

4--أحمد سلامة ،العقود الإدارية وعقود البوت BOTالنهضة العربية ،القاهرة ،طبعة 2003.

5--إبراهيم محمد علي،أثار العقود الإدارية ،وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998،شأن المناقصات والمزايدات ،دار النهضة العربية ،الطبعة الثانية 2003.

6--إبراهيم طه الفياض،القانون الإداري ،مكتبة القداح الكويت ،سنة 1989.

7-_السيد فتوح محمد هنداوي،القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإداري(دارسة مقارنة)-المركز القومي للإصدارت القانونية،الطبعة الأولى 2016.
8-حمدي علي عمر ،المسؤولية التعاقدية للإدارة ،(دارسة مقارنة) مجلة العلوم الاقتصادية،جامعة الزقازيق،سنة 1996.
9--توفيق شحاتة ،مبادئ القانون الإداري ،الجزء الأول سنة 1955/1954،دار النشر للجامعات المصرية .
10- -حسين درويش عبد العال ،النظرية العامة في العقود الإدارية ، الجزء الثاني ،مكتبة الأنجلومصرية ،طبعة الأولى 1959.
11- -رياض عيسى ،مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات والأشغال العامة ،طبعة الأولى 1976.
12- -سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ،مطبعة جامعة الشمس .
13- -طعيمة الجرف ،القانون الإداري ،القاهرة ،سنة 1973.
14- -عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارت القانونية ،الطبعة 2008.
15- -عبد الغني بسيوني عبد الله ،القانون الإداري ،الدار الجامعية ،بيروت .
16- -عبد المجيد فياض ،نظرية الجزاءات في العقد الإداري ،دار الفكر العربي ،القاهرة 1975.
17- -عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،الجزائر،دار الجسور للنشر والتوزيع،الجزائر،الطبعة الرابعة .
18- -فارس علي جانكير،سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،طبعة 2014.
19- -مجدي شعيب ،تطبيق قواعد القانون الخاص على المنازعات العقود الإدارية وأثره على ذاتية القانون الإداري ،(دارسة مقارنة)،دار النهضة العربية ،طبعة 2006.
20- -محمد صلاح عبد البديع ،الوسيط في القانون الإداري ،دار الفكر العربي ،الإسكندرية ،طبعة 2014.

21- -محمد كامل ليلة ،نظرية التنفيد المباشر في القانون الإداري ،دار الفكر العربي ،الطبعة الأولى 1962.

22- -محمدي علي عمر،سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ،دارسة مقارنة ،دار النهضة العربية 2003.

23- -محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،طبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2007.

24- -محمود عاطف البنا ،العقود الإدارية ،دار الفكر العربي،طبعة الأولى .

25- -نصري منصور نابلسي ،العقود الإدارية (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية ،الطبعة 2010.

ب:باللغة الأجنبية .

-1 ANDRE DELAUBADERE : Traité théorique et pratique des contrats administratifs .T1.

-2 ANDRE DELAUBADERE: Franck MODERNE et Pierre DELVOLVE, Traite des Contrats administratifs, T1.

-3 Droit administratif ,Catherine LOGEAT et Christine PAILLARD Exercices corriges. ,général

ثالثا:الرسائل والأطروحات الجامعية .

1-الأطروحات :

1-بن شعبان أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري،رسالة دكتوراه، جامعة منتوري،قسنطينة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2011_2012.

2-سعيد عبد الرازق باخبيرة ،سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)،أطروحة عملية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ،كلية الحقوق الجزائر، 2007_2008.

3-هارون عبد العزيز الجمل ،النظام القانوني الجزاءات في عقد الأشغال العامة ،دارسة مقارنة، رسالة دكتواره ،جامعة عين الشمس،سنة 1979.

2-رسائل الماجستير:

1-آحمد خورشيد المفرجي ،سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة ،رسالة ماجستير،كلية القانون ،جامعة بغداد،1989.

2-عيسى الزهري ،مظاهر سلطة تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ،دارسة مقارنة ،رسالة ماجستير،كلية القانون والإقتصاد ،بغداد 1976.

3-مذكرة الماستر:

1-بن زموري أنور،سلطة الإدارة في عقد الأشغال العمومية ،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،بسكرة ،2014/2013.

أ/ النصوص القانونية .

المرسوم الرئاسي 247/15،مؤرخ في ذي الحجة عام 1436 الموافق ل16 سبتمبر 2015،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،الجريدة الرسمية العدد 50.

ثالثا :المقالات العلمية .

1-حمدي علي عمر،المسؤولية التعاقدية للإدارة ،دارسة مقارنة ،مجلة العلوم الاقتصادية،جامعة الزقازيق ،سنة 1996.

2-محمود حلمي ،المسؤولية التعاقدية للإدارة ،دارسة مقارنة ،المجلة القانونية والاقتصادية،العدد الثامن 1996.

أيام دارسية

-مداخلة الدكتور حمزة خضري ،الرقابة على الصفقات العمومية في ظل القانون الجديد،يوم دراسي التنظيم الجديد لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،جامعة بسكرة،يوم17 ديسمبر 2015

- تعليمة وزارية مشتركة صادر في 15ماي 1988،المتضمن كيفيات ممارسة

فهرس **الصفحة**

مقدمة ..... أ
الفصل الأول:سلطة المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ عقد الأشغال العامة... **01**
المبحث الأول:سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة..... **02**
المطلب الأول:مفهوم الرقابة وأساسها القانوني..... **02**
الفرع الأول:مفهوم الرقابة..... **02**
أولا:المفهوم الضيق والمفهوم الواسع للرقابة..... **03**
ثانيا:التمييز بين سلطة الرقابة والسلطات المشابهة التي تمارسها الإدارة **04**
ثالثا:أنواع الرقابة **06**
الفرع الثاني:الأساس القانوني لحق الرقابة..... **08**
أولا:الأساس القانوني لحق الرقابة عند وجود نص بشأنها **10**
ثانيا :الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بدون نص..... **10**
المطلب الثاني:وسائل الرقابة ونطاقها..... **11**
الفرع الأول:وسائل ممارسة الرقابة..... **11**
الفرع الثاني:حدود الرقابة..... **15**
الفرع الثالث: أثار الرقابة..... **17**
المبحث الثاني:سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة..... **18**
المطلب الأول:الأساس القانوني لسلطة التعديل وصورها..... **18**

الفرع الأول:أساس سلطة التعديل..... **18**

1-أساس التعديل هو فكرة السلطة العامة..... **19**

2-احتياجات المرفق العام أساسا لحق الإدارة قي التعديل..... **21**

الفرع الثاني:صور وشروط التعديل..... **23**

أولا:التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد..... **23**

ثانيا :التعديل في مقدار التزامات المتعاقد..... **24**

ثالثا: التعديل قي مدة التنفيذ..... **25**

المطلب الثاني:نطاق ممارسة سلطة التعديل..... **29**

الفرع الأول:حدود التعديل المقرر بنص..... **29**

الفرع الثاني:الحدود القضائية لسلطة التعديل..... **31**

الفصل الثاني:سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات..... **34**

المبحث الأول:سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية الضاغطة... **35**

المطلب الأول :سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية **35**

الفرع الأول:التعويضات..... **36**

الفرع الثاني: مصادرة التأمين..... **39**

الفرع الثالث:الغرامات التأخيرية..... **41**

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة..... **45**

الفرع الأول:تعريف الجزاءات الضاغطة **45**

الفرع الثاني :سحب العمل من المقاول..... **46**

المبحث الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة..... **51**

المطلب الأول :تعريف الفسخ الجزائي وشروط ممارسته **52**

الفرع الأول:التعريف بالفسخ الجزائي **52**

الفرع الثاني :شروط ممارسة الجزاءات **54**

المطلب الثاني:أنواع الفسخ الجزائي وآثارها القانونية..... **57**

الفرع الأول:أنواع الفسخ الجزائي..... **57**

الفرع الثاني:الآثار القانونية للفسخ الجزائي..... **60**

خاتمة..... **64**

قائمة المصادر والمراجع **67**

أولا: بالغة العربية **68**

ثانيا:بالغة الأجنبية **69**

ملخص

يمثل عقد الأشغال العامة من أهم وأبرز الصفقات التي تساعد على الإنفاق العام لانجاز المشاريع وتحقيق المصلحة العامة ،فهو ينفذ العديد من البرامج الاستثمارية التي تساعد في النمو الاقتصادي .

والإدارة هنا تكون الطرف الأقوى لكونها تمارس نشاطها السلطوي في تنفيذ المشروع من أجل تسيير وتنظيم مرافقها العامة،إذ تلجأ الإدارة بصفتها هذه إلى إبرام الصفقة في سبيل القيام بوظائفها وتقديم الخدمات العامة بقصد إشباع الحاجات العامة، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد.وتملك الإدارة في سبيل تنفيذ نشاطها العديد من السلطات وذلك من أجل ضمان السير الحسن للصفقة.

ومن بين هذه السلطات سلطة الرقابة في متابعة تنفيذ العقد والتي تكون هدفها تطبيق العقد طبقا لشروط المتفق عليها ويكون تدخلها عن طريق عدة وسائل ،إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل تحدها عدة اعتبارات قوامها حماية المتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة معه.كما للإدارة الحق في تعديل العقد وهي من السلطات الممنوحة لها ويكون هذا التعديل متى رأت ضرورة ذلك سواء كان بالزيادة أو النقصان ويكون ذلك لتحقيق أهداف المرفق العام .

كما تملك سلطة توقيع الجزاءات في عقد الأشغال عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية من أجل تأمين سير المرافق العامة وردعه وحمله على تنفيذ التزاماته دون تقصير وفي

لأخير نقول إن إعطاء الإدارة هذه الامتيازات هو من أجل اتخاذ الإجراءات المناسبة والممكنة لضمان سير المرفق واستمراره .

Summary

The public works contract represents one of the most important and prominent deals that help with public spending to complete projects and achieve the public interest, as it implements many investment programs that aid in economic growth.

The administration here is the strongest party because it exercises its power activity in the implementation of the project in order to run and organize its public facilities, as the administration as such resort to concluding the deal in order to carry out its functions and provide public services with the intention of satisfying the public needs, and giving precedence to the public interest over the private interest of individuals. The way to implement its activity is many authorities in order to ensure the smooth running of the deal. Among these authorities is the oversight authority to follow up on the implementation of the contract, whose goal is to implement the contract according to the terms agreed upon, and its interference is through several means, but this authority is not absolute, but is limited by several considerations based on the protection of the contracting dealer from the abuse of the administration with him. The contract is one of the powers granted to it, and this amendment shall be whenever it deems it necessary, whether it is an increase or decrease, and that is to achieve the objectives of the public utility,

It also has the power to impose penalties in the works contract when the contractor breaches his contractual obligations in order to secure the functioning of public utilities, deter him, and compel him to implement his obligations without default. Finally, we say that giving the management these privileges is in order to take appropriate and possible measures to ensure the operation and continuity of the fac