جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

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

رقم: .....

إعداد الطالب:
محنش إلهام

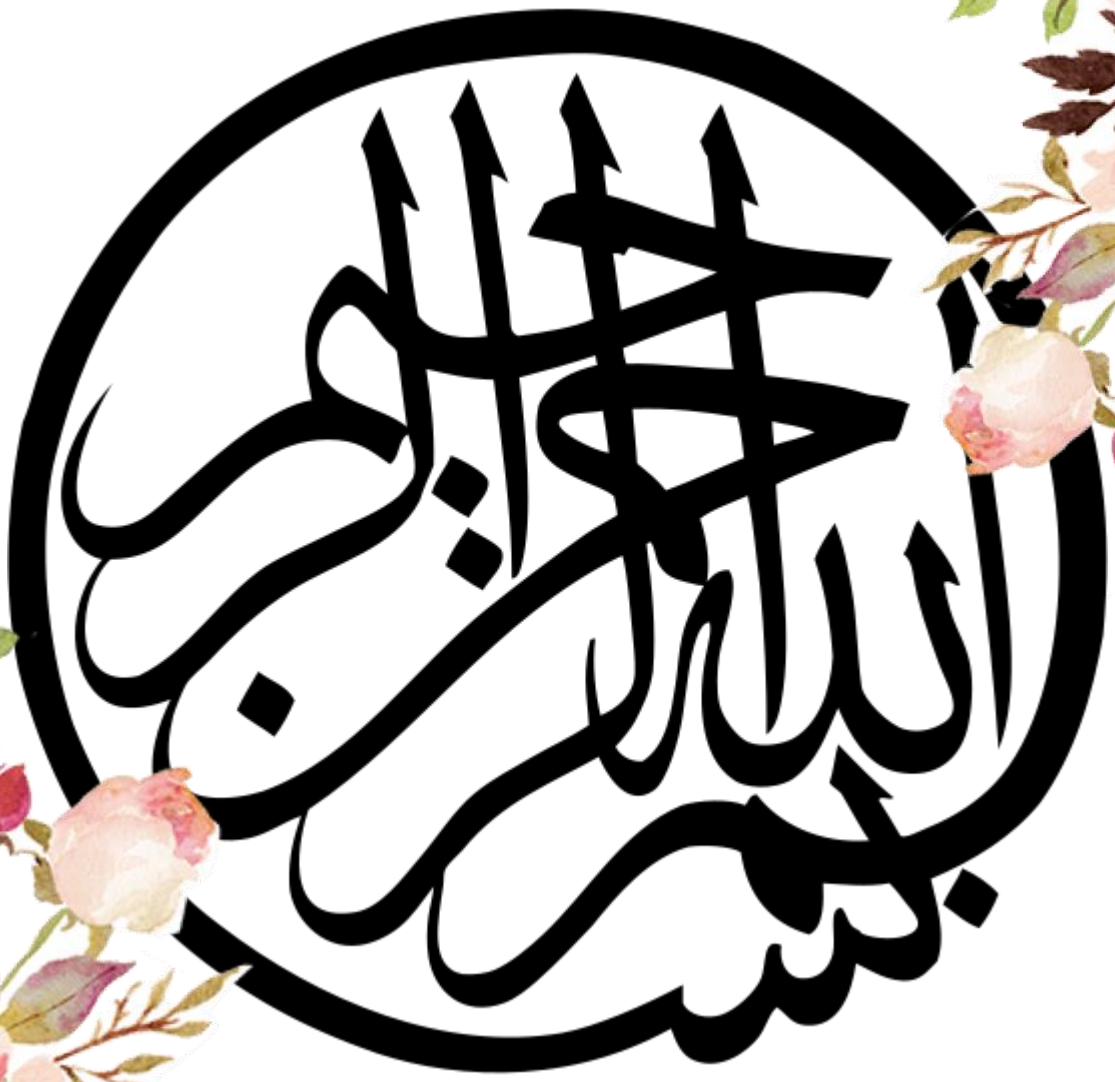
يوم: .....

الشروط الإستثنائية وغير المألوفة للعقد الإداري

لجنة المناقشة:

العضو 1 يوسفي نور الدين	الرتبة	الجامعة	رئيسا
العضو 2/ قاضي نور الهدى	الرتبة	الجامعة	مشرفا
العضو 3 شرف الدين وردة	الرتبة	الجامعة	مناقشا

السنة الجامعية : 2019 - 2020


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد الله الذي بتوفيقه وكرمه وفقنا لإنهاء هذا العمل المتواضع

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلي الأستاذة المشرفة التي كان لها الفضل في إنجاز هذا العمل والتي لم تبخل علينا بنصائحها وإرشاداتها

الأستاذة قاضي نور الهدى

كما أتقدم بالشكر إلى كل الذين ساعدوني للقيام بهذا العمل و إلى أعضاء اللجنة الموقرة لهم كامل الإحترام والتقدير

إلهام

إهداء

اللهم صلي وسلم وبارك على سيدنا وحبيبنا محمد صلى الله عليه وسلم

أيام مضت من عمرنا بدأناها بخطوة وها نحن اليوم نقطف ثمار مسيرة اعوام كان هدفنا فيها واضحاً وكنا نسعى في كل يوم لتحقيقه والوصول اليه مهما كان صعباً وها نحن وصلنا وبيدينا شعلة علم وسنحرص عليها كل الحرص حتى لا تنطفئ وشكرا لله اولا واخيرا على ان وفقنا وساعدنا على ذلك ثم اتقدم بالشكر الى القلب الحنون من كانت بجانبي بكل المراحل التي مضت من تلذذ ومعاناه وكانت شمعة تحترق لتنير دربي أمي الحبيبة وكما ان الفضل كل الفضل لوالدي رحمة الله عليه الذي علمني الصعود وعيناه تراقبني، نم قرير العين فابنتك قد تخرجت وحققت حلمك.

لا أنسى إهداء تخرجي لكل من كان له بصمة في حياتي، إلى الأساتذة الذين سهروا وتعبوا على تعليمنا وكانوا لنا مصباحا في طريق العلم والمعرفة، وأخص بالذكر الأستاذة المشرفة قاضي نور الهدى لها كل التقدير و الإجلال.

إلى جميع إخوتي و أخواتي وكل أصدقائي وزملائي في الدراسة الذين وجدت فيهم روح الصدق و الوفاء.

محنش إلهام

❖باللغة العربية:

ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د س ن	دون سنة نشر
ص	صفحة
ص ص	من الصفحة إلي الصفحة
ف	فقرة
ق م	القانون المدني
م ر	المرسوم الرئاسي
ط	الطبعة
ج	جزء
ن ص	نفس الصفحة

❖باللغة الإجنبية:

page	P

خطة البحث

مقدمة

الفصل التمهيدي: ماهية الشروط الإستثنائية وغير المألوفة والطبيعية القانونية لها

المبحث الأول: مفهوم الشروط الإستثنائية وغير المألوفة

المطلب الأول: مفهوم الشروط الإستثنائية فقها

المطلب الثاني: مفهوم الشروط الإستثنائية قضاء

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشروط الإستثنائية

المبحث الثاني: مجالات ظهور الشروط الإستثنائية

المطلب الأول: تضمين العقد شروطا تحقق إمتيازات للإدارة

المطلب الثاني: تضمين العقد شروطا تمنح للمتعاقد مع الإدارة سلطة عامة في مواجهة الغير

المطلب الثالث: إتاحة العقد للمتعاقد مع الإدارة مباشرة إدارة المرفق العام مع الإدارة

الفصل الأول: السلطات التعاقدية للإدارة المتعاقدة

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعاقد معها

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

المطلب الثالث: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه

المطلب الرابع: تطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه في بعض العقود الإدارية

المطلب الخامس: ضوابط ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة

المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية

المطلب الثاني: الخصائص العامة للجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة علي المتعاقد معها

المطلب الثالث: أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة علي المتعاقد معها

المطلب الرابع: ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني: إمتيازات المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري و إنهائه

المبحث الأول: سلطة التعديل الإنفرادي للعقد

المطلب الأول: تأصيل سلطة التعديل وشروط ممارستها

المطلب الثاني: الأساس التنظيمي للملحق(سلطة التعديل) في الجزائر وشروط ممارستها

المطلب الثالث: ضوابط ممارسة سلطة التعديل

المطلب الرابع: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بسلطتها المنفردة

المطلب الأول: المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

المطلب الثالث: حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

المطلب الرابع: أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الجزئي للعقد الإداري

خلاصة الفصل الثاني

الخاتمة

المقدمة

تبرم الإدارة العديد من العقود التي لا تكون ذات طبيعة واحدة كما أنها لا تخضع لنظام قانوني واحد، منها ما هي عقود مدنية تتخلي فيها الإدارة عن سلطتها و تنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم، بحيث تخضع للقانون الخاص ويضاف إلي ذلك نمط أخر من العقود التي تبرمها بصفقتها صاحبة سلطة وسيادة وتخضع فيها لأحكام القانون العام.

ولأهمية هذا الغرض ميز المشرع الإدارة بمجموعة من الوسائل والآليات القانونية لتمكينها من تحقيق ذلك تتمثل في جملة من الإمتيازات والسلطات التي يطلق عليها في القانون بالإمتيازات الإستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، حيث تجعل الإدارة في مراكز أعلى من مراكز الأفراد المتعاقدين معها وتمنحها سلطات واسعة في مجال التعاقد من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة.

فهذه الشروط هي المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز والتعرف على نية الإدارة في تعاقدها سواء كانت تتصرف إلى إستعمال القانون الخاص أو إستعمال أساليب القانون العام.

أولا: أهمية الموضوع

رغم أن موضوع سلطات الإدارة في العقود الإدارية من المواضيع التقليدية التي تناولها الباحثون كثيرا، إلا أن الموضوع يستمد أهميته من كونه سيسلط الضوء على الشروط الإستثنائية وغير المألوفة في عقود الصفقات العمومية بالذات فهذه العقود هي التي بوليها المشرع إهتماما خاصا ويرجع ذلك إلى حجم الأموال التي توظف في هذا المجال سواء من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، فضلا عن إسهامها في تنفيذ سياسة الدولة الإقتصادية والإجتماعية ودليل ذلك كثرة التعديلات التي مست النظام القانوني الخاص بهذه العقود والتي كان أخرها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي تضمنه المرسوم الرئاسي 247/15 الصادر في 20 سبتمبر 2015، الذي سوف يكون محلا لدارستنا.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تسعى إلى البحث في مختلف السلطات والإمتيازات الممنوحة للمصالح المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية ونخص بالتحديد هنا السلطات الممنوحة أثناء مرحلة التنفيذ.

- كما جاءت هذه الدراسة لتقييد كل المتخصصين في مجال القانون وكذا مختلف الهيئـات والمصـالح المعنيـة بـإبرام الصـفقات العموميـة وكـذلك المتعـاملين الإقتصاديين.
- دور الشروط الاستثنائية في توضيح مكانة الإدارة المختلفة بإعتبارها طرف مميز في العقد الإداري من مكانة المتعاقدين من القانون الخاص.
- كون السلطات من الموضوعات التي لازالت بحاجة إلى الدراسة والتعمق فيها من أجل إيضاح الغموض الذي قد يتخللها.
- كون هذه الشروط تنص على الصفة الإدارية للعقد وذلك من خلال الإمتيازات التي تمنحها الإدارة للمتعاقد معها.
- الطبيعة القانونية الخاصة بكل سلطة على حدى وإستغلالها كوسيلة لتحقيق الصالح العام وسير المرفق العام بانتظام واطراد.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

1-الأسباب ذاتية:

- الميول الشخصي لقانون الصفقات العمومية.
- أهمية قانون الصفقات العمومية على المستوى العملي في جميع الإدارات العمومية.
- تنوع المراجع العامة والخاصة التي تناولت هاته الدراسة مما سهل عملية البحث فيها.

2- ***الأسباب الموضوعية:***

- تلجأ الإدارة لاستخدام سلطات المصلحة المتعاقدة في أداء وظائفها لتحقيق المصلحة العامة ما يجعل منها وسائل هامة جديرة بالدراسة.
- محاولة الوقوف على حدود هذه السلطات في عقود الصفقات العمومية.
- التعرف على شروطها و ظوابطها القانونية وما يترتب عنها.
- تمكن العقد الإداري من الاطلاع على الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه سلطات الإدارة.

ثالثا: إشكالية الموضوع

- ما مدى أهمية الشروط الإستثنائية والغير مألوفة في عقود الصفقات العمومية ومدى حمايتها للمصلحة العامة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات تتمثل فيما يلي:

- ماهي الشروط الإستثنائية؟
- فيما تتمثل طبيعتها وما هو المفهوم القانوني لسلطات المصلحة المتعاقدة كل منها على حدى؟
- ما هي النتائج المترتبة عن ممارسة كل سلطة؟

رابعا: منهج الدراسة

لتسهيل الدراسة و البحث في هذا الموضوع وبغرض الوصول إلى الحلول المناسبة للإشكالية المطروحة ارتأينا الاعتماد على المنهج الوصفي لأنه الأنسب في مجال دراسة هذا الموضوع وذلك من خلال الاعتماد على التعريفات داخل الموضوع بغية تسهيل عملية التعرف على ماهية المصطلحات محل دراستنا، كما لا يقتصر هذا المنهج على جمع المعلومات والبيانات عن الظاهرة المراد دراستها فقط بل يمتد الأمر إلى استخدام المنهج التحليلي وذلك من خلال عرض بعض النصوص القانونية وتحليلها استعمال أسلوب المقارنة في بعض الأحيان.

خامسا: صعوبات الدراسة

نظرا لتوفر المعلومات و شموليتها كان من الضروري التركيز والتمعن بدقة خلال اختيار المعلومات الواجب ذكرها في هذه الدراسة مع المراجعة المستمرة لها بغرض تفادي أي إضافة لأي معلومة أو فكرة غير مفيدة وقد تؤدي بنا إلى الخروج عن الموضوع أو الميل لدراسة عقد إداري واحد أكثر من غيره.

سادسا: الدراسات السابقة

خلال إنجازنا لهذا البحث وقفنا على دراسات علمية متخصصة تعلقت بسلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية والتي تشبه موضوعنا المطروح نذكر منها:

الدراسة الأولى:

وهي من إعداد نور الدين عبابسة، بعنوان تنفيذ الصفقة العمومية بين المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد، وهي مذكرة ماجستير في فرع قانون الإدارة العامة لكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي.

ملخص الدراسة:

لقد تضمنت هذه الدراسة فصلين، حيث خصص الفصل الأول لإمتيازات المصلحة المتعاقدة، أما الفصل الثاني فتضمن حقوق المتعامل المتعاقد ومن خلاله تم التركيز على السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة، والحقوق التي ينتفع بها المتعاقد معها، وذلك في ظل المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الدراسة الثانية:

وكانت من إعداد ربيحة سبكي جاءت بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية وهي مذكرة ماجستير في فرع قانون الإجراءات الإدارية لكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة مولود معمري بيتيزي وزو سنة2013.

ملخص الدراسة:

لقد جاءت هذه الدراسة في فصلين حيث خصص الفصل الأول لسلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية، أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لسلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة، فقد تم التركيز في تنفيذ

الصفقة العمومية على سلطتين فقط ممنوحة للمصلحة المتعاقدة دون باقي السلطات، وذلك في ظل المرسوم الرئاسي.

سابعا: خطة الدراسة

لنعطي الموضوع حقه في المناقشة والتوضيح أكثر إرتئينا معالجته وفقا للخطة الموضحة، وهي تقسيم لمختلف الأفكار المرتبطة بالموضوع محل الدراسة للإثراء والبحث أكثر في المستقبل.

قسمنا موضوع دراستنا إلى مقدمة والتي تتضمن العناصر المنهجية المطلوبة بينما المبحث التمهيدي تطرقنا فيه إلى الإطار المفاهيمي وماهية الشروط الاستثنائية والطبيعة القانونية لها، ثم إلى مجالات ظهور الشروط الاستثنائية .

أما بالنسبة للفصل الأول والذي يأتي تحت عنوان السلطات التعاقدية للإدارة المتعاقدة قسمناه إلى مبحثين، يحتوي المبحث الأول على إمتيازات المصلحة المتعاقدة في استعمال حق الرقابة والإشراف وتوقيع الجزاءات بحيث سنتطرق فيه إلى سلطة الإدارة في استعمال حق الرقابة والإشراف، وسلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها كمبحث ثاني.

أما في الفصل الثاني المعَنون بسلطات المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري وإنهائه، تطرقنا فيه إلى سلطة التعديل الانفرادي للعقد كمبحث أول ثم إلي سلطة فسخ العقود الإدارية في مبحث ثاني وأنهينا بحثنا بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل التمهيدي

تمهيد:

يذهب كل من الفقه والقضاء إلى أن العقد لا يكون إداريا إلا إذا تضمن العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهي نادرة الوجود فهاته العقود توجد لعدم اتفاقها مع المبادئ القانونية التي تنظم عقود الأفراد.

ويقصد بالشرط الإستثنائي غير المألوف، إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي أحد الطرفين حقوقا أو يحمله التزامات لا يمكن أن يسلم بها المتعاقد الأخر بحرية وإرادة في ظل القانون الخاص، بحيث يعتبر مجلس الدولة أن مجرد الإحالة في العقد إلى دفاتر الشروط الإدارية لا تعتبر شرطا إستثنائيا إلا إذا كان ذلك الدفتر يشمل فعلا شرطا استثنائيا، ومن هنا يجدر بنا طرح السؤال: ماهو مفهوم الشروط الإستثنائية؟

المبحث الأول: مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة

قد تحتوي بعض العقود على شروط استثنائية تضفي عليها صفة خاصة ومميزة تجعلها تختلف عن باقي العقود الأخرى، ومن أهمها عقود الصفقات العمومية، فهاته الشروط الاستثنائية تعبر عن سلطة عامة ممنوحة للمصلحة المتعاقدة من طرف المشرع إتجاه المتعاقد معها، أو إتجاه العقد وذلك لاستعماله بغرض تحقيق المنفعة العامة عن طريق تطبيق أساليب القانون العام.

وعليه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى تحديد مفهوم هاته الشروط فقها وقضاء كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الشروط الاستثنائية فقها

إختلف الفقهاء في وضع تعريف جامع مانع للشروط الاستثنائية ومضمونه وذلك لإعتبارها المعيار المميز الذي نتوصل من خلاله إلى تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها أشخاص القانون الخاص، ولقد ظهرت عدة تعريفات غامضة وغير محددة ومختلفة إلى حد كبير منها:

فقد عرفها "الفقيه فالين" ‹‹ بأنها ذلك الشرط الذي يعتبر باطلا في عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام››.[1]

ويمكن الرد على هذا الإتجاه بالقول أن مخالفة أحكام النظام العام تقوم على الأسس المعروفة في القانون الخاص والقانون العام، فكلا النظاميين يعتمدان على مضمون واحد، بحيث لا يمكن تصور وجود شروط مخالفة للنظام العام إذا تم تضمينها في عقود القانون الخاص، ولا تعد كذلك إذا تم تضمينها في عقد من عقود القانون العام أو العكس[2].

كما "عرفها الأستاذ الشابي" ‹‹ بأنها تلك الشروط التي تعتبر غير مشروعة في عقود القانون الخاص، والذي لايستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم ››.[3]

ويعرفها الأستاذ "Maritime" ‹‹أنها تلك الشروط الغريبة عن تلك التي يمكن أن تجدها في العقد الخاص، نظرا لما تمنحه من إمتيازات السلطة العامة وذلك بإتباعها لأسلوب القانون العام ››.[4]

أما "سليمان الطماوي" يرى بأنها ‹‹ تلك الشروط التي تستطيع الإدارة بمقتضاها أن تحمل المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة بالتزامات تجعل موقف المتعاقدين غير متكافئ في العقد سواء وردت في العقد صراحة أو ضمنا وإلا أعتبر هذا إخلالا بقاعدة المساواة بين المتعاقدين ».

ويعرفها الدكتور" أحمد محيو" «عبارة عن بنود ونصوص لا نجدها عادة في العقود بين الأفراد ولذلك سميت بالبنود غير مألوفة، وأعتبر أن العقد يكون إداريا إذا تضمن بنود

[1] محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد بإرادة منفردة** ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،الأردن، 2002، ص28.

[2] عبد الحميد الشواربى، **العقود الإدارية في ضوء الفقه–التشريع**–، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص20.

[3] محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008 ، ص 18.

[4] Lombard martins**, Droit administrative**, 3ème édition, paris, 1999, p65.

غير مألوفة في القانون المشترك ووجودها هو تعبير عن المظهر الأكيد للسلطة العامة »[1].

فقد جاءت هذه التعاريف غامضة وغير محددة ومختلفة لحد كبير، وذلك يعود للكيفية التي تتعاقد بها المصلحة المتعاقدة في كل مرة فقد ترد هاته الشروط في العقد بصورة مباشرة عن طريق النص عليها، أو قد ترد بطريقة غير مباشرة في دفتر الشروط، كما يمكن أن تظهر أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية دون تدوينها أو الإشارة إليها في العقد أو في دفتر الشروط، وذلك بإستعمال الإدارة لحقها في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة.

المطلب الثاني: مفهوم الشروط الاستثنائية قضاء

لقد عرف القضاء الشروط الإستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص بأنها تلك الشروط التعسفية المقترنة بعقد الإذعان كالعقد الخاص، تعتبر خرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتفرد أحد أطراف بوضع شروط ويتعسف في وضعها على الطرف الأخر الذي يكون بحاجة ماسة لهذا التعاقد مما يجعله خاضعا لهذه الشروط.

وقد إتجهت محكمة النقض الفرنسية في إجتهاد نوعي لها، لإعتبار الشرط الإستثنائي شرطا تعسفيا يمنح لأحد المتعاقدين ميزة مفرطة تفرض من خلالها شروطه على المتعاقد معه، وذلك بفضل وضعيته الإقتصادية، حيث جاء في قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض على أنه يجوز للقاضي بسط رقابته بشكل غير مباشر على الشروط التعسفية وذلك باستبعاد تطبيقاتها، وقد أشارت المادة 110 من القانون المدني المؤرخ في 13 مايو 2007،[2] على صلاحية القاضي في التعديل وإعفاء الطرف الضعيف من هذه الشروط.

---

[1] أحمد محيو، **محاضرات في المؤسسات الإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، الطبعة الثالثة، ص 394.

[2] **قانون 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، المتعلق بالقانون المدني** المعدل والمتمم،ج ر، عدد78، 1975/09/0، ص23.

أما بالنسبة للقضاء الإداري فقد جاء تعريف للشروط الاستثنائية وغير المألوفة وذلك من خلال الأحكام والقرارات القضائية، فقد إعتبرها بأنها تتمثل في إدراج بند أو قاعدة في العقد بحيث تخول للطرفين حقوقا أو تحملهم إمتيازات، لا يمكن أن يسلم بها بحرية وإرادة المتعاقد المتعاقد في ظل القانون الخاص.

كما حاول القضاء الإداري تعريف الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في عقود القانون الخاص من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية STAIN 1950/10/20، حسب هذا التعريف « فهي تلك الشروط التي تمنح لأحد الطرفين المتعاقدين حقوقا وتحمله إلتزمات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري».[1]

كما استفادت "جرانت دي فوسخ" عام 1912 بهذا الحكم على أنه حتى وإن وجدت شروط استثنائية لا تصادف عادة في عقود القانون الخاص، فإنها تجعل من عقود الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة تتصف بالصفة الإدارية.

كذلك سنة 1954 أعتبرت محكمة الاستئناف في باريس أنه من قبيل الشروط الاستثنائية ذلك الشرط الذي تحتفظ الإدارة بمقتضاه لنفسها بالحق في مراقبة ظروف الاستغلال وطريقة الإشراف عليه عبر إصدار الأوامر إلى المستغل، وتوقيع الجزاءات المالية عليه، ولها الحق في أن تقوم بإتخاذ التدابير وتنفيذ الأعمال.[2]

كما أن النص على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقد يعتبر أيضا من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، إضافة إلى أن مجرد الإحالة في العقد إلى دفاتر الشروط الإدارية، ليس شرطا استثنائيا إلا إذا كان الدفتر يحتوي فعلا على شرط استثنائي، وهذا ما أعترف به القضاء الجزائري إلى جانب مجلس الدولة الفرنسي، وذلك

[1] عمار عوابدي، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص23.

[2] صبرينة بن عطا الله، **دور الشروط الإستثنائية في تميز العقد الإداري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013/2012، ص18.

في قرار المجلس الدولة الجزائري يتعلق بقضية مقاولة الأشغال العامة لبلدية تنس بتاريخ 2003/04/15 (قرار رقم 008072).[1]

وأهم الأحكام الصادرة بهذا الخصوص، حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1965/06/26 والمتعلق بعقد استغلال أرض مملوكة لبلدية في باريس، حيث رخص هذا العقد لإحدى الشركات لإقامة مدينة للمنتديات عليها، وتضمن هذا العقد ثلاثة شروط استثنائية تمثلت في الأتي:

- حق البلدية بمنع أي عرض أو احتفال لم ينص عليه في العقد.
- الإحتفاظ لنفسها بحق فسخ العقد من جانب واحد.
- حقها في مراقبة إيرادات الشركة المستغلة.

كما أيد مجلس الدولة الفرنسي هاته الشروط واعتبرها إستثنائية، لاتصالها بفكرة المرفق العام وبالضبط سلطة البوليس الإداري، أما الرأي الثاني فيتمثل في مخالفته لمادة من مواد القانون المدني الفرنسي التي لا تجيز الفسخ من جانب واحد وهذا ما يعده مخالفا للنظام العام في هذا القانون، أما الرأي الثالث تمثل في عدم الإعتراف به في عقود القانون الخاص وهو غير جائز في العقود المدنية ما لم يكن العقد متضمنا مشاركة الإدارة للمنتفع في الأرباح.

ورغم كثرة أحكام مجلس الدولة في هذا الصدد إلا انه لم يستقر بوضع تعريف موحد وهذا يعود إلى سياسته القضائية التي يعمل وفقها، فهو يحاول الإبتعاد عن وضع تعريف جامع مانع لما يقرره من مبادئ وقواعد قضائية، ويكتفي بتقرير أو خلق القاعدة وترتيب أثارها عليها دون أن يميل إلى تعميمها وذلك لكي لا يغلق باب الإجتهاد أمامه وبنفسه فيما يعرض عليه من قضايا أخرى في المستقبل.

[1] جمال سايس، **الإجتهاد الجزائري في القضاء الجزائري**، الجزء الثاني، منشورات كليلك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص193.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية

إن مجمل الأحكام التي تبدو مؤكدة للشروط الاستثنائية في عقود الصفقات العمومية تكتفي بالإعلان عنها دون أن تحدد على وجه الدقة ماهية تلك الشروط بحيث تظهر أهمية تحديدها في ناحيتين النظرية والعملية.[1]

من الناحية النظرية يمكننا القول أن القانون لا يحكم الأشياء الغير محددة فهنا عند القول أن الشروط الاستثنائية تبرر إعتبار العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه عقدا إداريا، ومنه ينبغي أن نعلم سلفا ماهية تلك الشروط من الناحية النوعية وليس كحالات متعددة.

أما من الناحية العملية فإنه على أي أساس يتأكد القاضي من إحتواء عقد الصفقات على تلك الشروط فيكون واجبا عليه تطبيق قواعد القانون الإداري وإستبعاد قواعد القانون الخاص، ففي دول القضاء المزدوج يكون قاضي العقد في مثل هاته الحالات هو القاضي الإداري وليس القاضي الاعتيادي.

وما يمكن استخلاصه أن الشروط الاستثنائية غير محددة قانونا فلا يمكن للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة الرجوع إلى القانون لمعرفة ما هي تلك الشروط، فهي بالتأكيد تختلف من عقد إلى أخر ومن إدارة إلى أخرى، فكل إدارة عامة تضع شروطا إستثنائية في عقودها تخدم هدفها ومصلحتها من وراء إتباعها لهذا العمل القانوني.

المبحث الثاني : مجالات ظهور الشروط الإستثنائية

يمكن أن نقابل الشروط الاستثنائية في علاقات القانون الخاص في مجالات ثلاثة تتمثل أولا في تمتع المصلحة المتعاقدة بإمتيازات غير مألوفة في عقود القانون المدني أو التجاري، ثانيا في السلطات الاستثنائية التي يتمتع بها المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في مواجهة الغير، ثالثا وأخيرا تتمثل في اشتراك المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في مباشرة تسيير المرفق العام وإدارته.

---

[1] محمود عاطف البنا، **مرجع سابق**، ص76.

كما يتعين علينا الإشارة قبل التعرض إلى هذه المجالات أنه لا يلزم لتحقيق هذا العنصر أن يتضمن العقد شروطا متعددة من هذا النوع الاستثنائي وإنما يكفي إن يتضمن العقد شرطا استثنائيا واحدا ليكتسب صفة العقد الإداري و ذلك حسب ما قررته المحكمة الإدارية العليا يحكمها الصادر في 1962/03/31.

وسيتم التطرق في هذا البحث إلى ثلاثة مطالب خصصنا كل مطلب منها إلى مجال محدد لظهور الشروط الإستثنائية.

المطلب الأول : تضمين العقد شروط تحقق امتيازات للإدارة

وهي امتيازات يقررها العقد للإدارة ولا يتمتع بها المتعاقد الأخر مما يخل بمبدأ المساواة بين المتعاقدين والذي يعتبر المبدأ الرئيسي في مجال التعاقد في القانون الخاص.

بحيث تعتبر هذه الإمتيازات من أهم ما يميز العقد الإداري عن غيره، حيث تستطيع الإدارة من خلالها أن تفرض على المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة التزامات تجعل طرفي العقد غير متساويين.[1]

ومن أمثلة هذه الشروط أن يكون للمصلحة المتعاقدة حق تعديل شروط العقد بإرادتها، و دون انتظار القبول من المتعاقد معها وكذلك حقها في الإشراف على التنفيذ وأسلوبه بإرادتها المنفردة.[2]

كما قد يتضمن عقد الصفقات العمومية حق المصلحة المتعاقدة في وقف العقد مؤقتا أو فسخه أو إنهائه بإرادتها المنفردة دون الحاجة لإرضاء الطرف المتعاقد.

المطلب الثاني: تضمين العقد شروطا تمنح للمتعاقد مع الإدارة سلطة عامة في مواجهة الغير

الأصل أن المتعاقد مع سلطات الإدارة يعتبر من أشخاص القانون الخاص، والمعروف أنهم لا يتمتعون بشيء من إمتيازات السلطة العامة، ولكن عقد الصفقات

[1] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية**، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولي، عمان، ص63.

[2] ثروت بدوي، **النظرية العامة في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، 1999، ص15.

العمومية قد يتضمن شروطا تمنح للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بإعتباره من أشخاص القانون الخاص سلطات إستثنائية وإمتيازات السلطة العامة، كأن تجعل له الحق بالتنفيذ المباشر أو حق نزع الملكية العامة أو الحق في إستخدام الدومين العام أو إستخدام وشغل بعض العقارات الخاصة لمدة محددة دون الحاجة لإرضاء ملاكها، وكذلك الإمتيازات القائمة على تحقيق الصالح العام فإذا ما تضمن العقد شروطا تمنح هذه الإمتيازات أو بعضها لواحد من الأشخاص القانون الخاص كان واضحا أنها شروط غير مألوفة في مجالات القانون الخاص، وظهور مثل هذه الشروط في العقد تعلن على أن هذا العقد عقدا إداريا.[1]

المطلب الثالث: إتاحة العقد للمتعاقد مع الإدارة مباشرة إدارة المرفق العام مع الإدارة

الأصل أن المرفق العام يقوم على تقديم وتحقيق مصلحة عامة، والأصل كذلك أن تقوم الإدارة العامة على إدارة المرافق العامة بحسبتها الأمنية والقائمة على تحقيق الصالح العام، والأصل كذلك أن أشخاص القانون الخاص يسعون لتحقيق مصالحهم الشخصية وليس تحقيق الصالح العام، بل لا تتفق معه ومن هنا نستنتج بأنه لا يجوز أن يتولى أشخاص القانون الخاص مع إدارة المرافق العامة.[2]

رغم هذه المبادئ والأصول فإننا نجد المصلحة المتعاقدة تبرم عقدا يعطي للمتعاقد معها وهو من أشخاص القانون الخاص بأن يشارك الإدارة العامة في إدارة المرفق العام فمثل هذا الشرط يمثل خروجا على المألوف والمتفق عليه، فهو شرط استثنائي وغير مألوف يعلن علي أن هذا العقد عقد صفقة عمومية.

[1] محمد علي الجلالية، **القانون الإداري،الكتاب الثاني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولي، 2015، ص73.

[2] محمد علي الجلالية، **مرجع سابق**، ص74.

الفصل الأول

الأصل أن السلطة العامة لا تستطيع التخلي عن مسؤوليتها إزاء المرافق العامة، حتى وإن إضطرت إلى إدخال بعض أشخاص القانون الخاص في تسييرها و إدارتها، بإعتبارها المسؤولة الوحيدة القائمة على حسن إدارتها وتنظيمها إشباعا لحاجات الجمهور.

وعليه قام المشرع بمنحها عدة امتيازات وسلطات غير مألوفة تتمكن من خلالها من أداء مهامها تحقيقا المصلحة العامة، فلجوء سلطات الإدارة للتعاقد مع الأفراد أو الشركات لمساعدتها على تسيير المرافق العامة لا يغير من كونها سلطة عامة مسؤولة عن إدارة المرافق العامة، بحيث يحق لها اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير اللازمة لتسييرها حتى وإن كانت تلك الإجراءات بعيدة عن موضوع التعاقد.

وتتمتع المصالح المتعاقدة في عقود الصفقات بمواجهة المتعاقد معها بمجموعة من السلطات والإمتيازات لا مثيل لها في نطاق علاقات القانون الخاص، تهدف بدورها إلى تمكينها من تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة، وهي تتمتع بهذه السلطات حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد لكونها تتعلق بالنظام العام، وهي تخول لها سلطة مراقبة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وفقا للمصلحة العامة وفي المواعيد المحددة وقد تم إستخدام قضاء مجلس الدول الفرنسي منذ عام 1958 فكرة دواعي المصلحة العامة وهو مفهوم فضفاض تقدره الجهة الإدارية في كل حالة على حدى، كما أن قرارات المجلس الدستوري الفرنسي أيدت أحقية جهة المصلحة المتعاقدة في استخدام سلطاتها وامتيازاتها الغير المألوفة بغرض إشباع الحاجة العامة .

وبناءا على ذلك نجد أن المصلحة المتعاقدة قد تمارس سلطاتها خارج الإطار العقدي كما قد تمارسها داخل الإطار العقدي، وسنركز هنا على مجمل السلطات التي تتمتع بها هذه الأخيرة ضمن الإطار العقدي.

ولهذا قد خصصنا لهذا الفصل مبحثين: نتعرف في المبحث الأول على سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه تنفيذ العقد الصفقة العمومية ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد.

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها

بالنظر إلى طبيعة عقود الصفقات نجدها تختلف كليا عن العقد المدني وذلك لكون الإدارة تتمتع بحقوق وسلطات تمكنها من مواجهة المتعاقد معها بدرجة تفوق كثيرا ما له حقوق في مواجهتها، بحيث تمتلك المصلحة المتعاقدة تلك السلطات تجاه المتعاقد معها انطلاقا من كونها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة، وهي حقوق وسلطات لا مثيل لها في القانون الخاص، تمارس من خلالها امتيازاتها التعاقدية تدخلاتها المشروعة أثناء تنفيذ عقد الصفقات العمومية حتى إن لم يتم النص عليها في العقد.

فإذا كانت العقود المدنية يحكمها مبدأ ضرورة المساواة بين طرفي في العلاقة التعاقدية على إعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، إذا أن هذا المبدأ لا يسري على العقود الإدارية، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بمركز متميز يخول لها الكثير من الحقوق والسلطات نظرا لكون سلطات الإدارة هي الوحيدة التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام وإشباع حاجات الأفراد.

وسنحاول تقسيم هذا المبحث إلى مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، ثم الأساس القانوني لها في المطلب الثاني، بالإضافة إلى شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه في المطلب الثالث، وصولا إلى تطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه في بعض العقود الإدارية كمطلب أخير.

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

تعتبر سلطة الرقابة والتوجيه من أبرز السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقود الإدارية بصفة عامة والمصالح المتعاقدة في عود الصفقات العمومية بشكل خاص، ولتحديد مفهوم سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه في مجال تنفيذ عقود الصفقات العمومية يجب علينا أولا تطرق إلى بيان سلطة الرقابة والتوجيه وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء بحيث نلاحظ معنيان لها يتمثلان في :

الفرع الأول: المعنى الضيق لسلطة الرقابة والتوجيه

يقصد بسلطة الإشراف القيام بعملية التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه، والتأكد من انه يتم وفقا لنصوص العقد المتفق عليها، وهي تمثل الحد الأدنى لما يمكن الإعتراف به للإدارة في مجال رقابتها على التنفيذ، وهنا تبدو المصلحة المتعاقدة كطرف في علاقة تعاقدية لها الحق في مراقبة الطرف الأخر في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

كما تمارس المصلحة المتعاقدة هذه الرقابة إما بأعمال مادية تقوم بها الإدارة عن طريق مهندسيها أو ارسال مندوبيها لأماكن العمل لمتابعة سيره ومدى سلامة وجودة التنفيذ، بغرض التأكد من أن تنفيذ الصفقة يجرى وفقا لما هو متفق عليه، والرقابة هنا تأتي مكملة لرقابة الفحص اللاحق عند التسليم، كما قد تتم الرقابة وفقا للمعنى الضيق في صورة أعمال قانونية كأن تصدر المصلحة المتعاقدة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقدين وتتم ممارسة هذه السلطة خلال فترة تنفيذ الصفقة وهو حق من حقوق المصلحة المتعاقدة حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد.[1]

وهنا ينحصر مفهوم سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في معنيين:

إن سلطة الرقابة بالمعنى الضيق Stricto Sensu، يكون مرادفا بمعنى الإشراف الذي يقصد به Surveillance و Contrôl.[2]

« تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وحسب الشروط التي يتضمنها العقد ودفتر الشروط الخاصة والعامة ».[3]

---

[1] *فتوح محمد هنداوي، **القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة**، المركز القومي للإصدارات القانونية*، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016، ص106.

[2] سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2000، ص454.

[3] نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية– دراسة مقارنة–**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2010، ص115.

فالمصلحة المتعاقدة تمارس هذه السلطة إما عن طريق أعمال مادية كدخول ممثلي الإدارة المتعاقدة أماكن إستغلال المرفق محل العقد والمخازن والمصانع (خاصة في عقود إمتياز المرفق العام) أو إستلام بعض الوثائق من المتعاقد والإطلاع عليها وفحصها، أو القيام بالتحري عليها، أو تلقي الشكاوي من المنتفعين بخدمات المرفق العام والبت فيها،[1] أو عن طريق القيام بأعمال قانونية وذلك من خلال إصدار أوامر تنفيذية للمتعاقد معها، تلزمه من خلالها بتحديد أوضاع التنفيذ والتعديل فيها وتأخذ هذه الأوامر شكل قرارات إدارية ملزمة، وأجيز للمتعاقد معها الإعتراض عليها غير أن الإعتراض لا يوقف تنفيذها نظرا للقوة التنفيذية التي تملكها.[2]

وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقات الإنجاز وتمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة إنجازها وهذا ما أشارت إليه المادة 36ف3 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها « كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعنيها»[3] وبالرجوع إلى فحوى المواد 125و129 من المرسوم الرئاسي نجد أنه أكد على إلزام المصلحة المتعاقدة بالتأكد من تنفيذ الإلتزامات المتعهد بها مع المتعاملون معها سواء كانوا متعاملون وطنين أو أجانب،[4] إضافة إلى المادة 115 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية وذلك بقولها «ضمن الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما وبمساهمة المصالح التقنية تتولي البلدية،،... السهر على المراقبة الدائمة للمطابقة عمليات البناء ذات العلاقة ببرامج التجهيز والسكن».[5]

---

[1] كنعان نواف، **القانون الإداري، الكتاب الثاني**، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، عمان، 2003 الطبعة الأولى، ص354. أنظر أيضا "حمدي لقبيلات، **القانون الإداري،الجزء الأول**، دار وائل للنشر الأردن، الطبعة الأولى،2010، ص145.

[2] عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص108.

[3] المادة 36 ف3 من المرسوم الرئاسي 247/15، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436، الموافق 20 سبتمبر 2015، ج ر ج ج، العدد50 الصادرة في 6 ذو الحجة 1436، الموافق ل**20** سبتمبر 2015، ص11.

[4] المادة 129 ف2، المصدر السابق، ص32.

[5] المادة 115 من القانون 10/11 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر ج ج، العدد37 الصادرة بتاريخ أول شعبان عام 1432 الموافق ل 3 جوان 2011، ص18.

إن أهم ما يلاحظ من خلال هذه النصوص هو أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بممارسة هذه السلطة سواء نص عليها العقد أم لم ينص عليها، وذلك بإعتبارها كمبدأ مقرر في كافة العقود الإدارية،[1] كما أنه لا تستطيع التنازل عليها.[2]

الفرع الثاني: المعنى الواسع لسلطة الرقابة والتوجيه

تعني سلطة التوجيه Pouvoir Direction أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ وإختيار أنسب وأفضل الطرق التي تؤدي إليه،[3] ويفهم من هذا المعنى أن المصلحة المتعاقدة تتدخل بصورة أعمق من تدخلها كسلطة إشراف أثناء تنفيذ الصفقة، فالمصلحة المتعاقدة هنا لا يقتصر دورها على التأكد من تنفيذ الصفقة وفقا للشروط المتفق عليها، بل من حقها التدخل في توجيه أعمال التنفيذ،[4] وذلك يكون في الحالات غير المنصوص عليها في العقد،[5] مثالا: أن تتدخل الإدارة وتطلب إستعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يتجه إليها المتعهد.[6]

وحق المصلحة المتعاقدة في التوجيه يكون عن طريق ممارسة أعمال قانونية، كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الإمتناع عن إتباع مثل هذه الطريقة أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ وتوقيتها، ويندرج ذلك في نطاق سلطات الإدارة المخول لها حق الإشراف والتوجيه دون الحاجة لوجود نص، كما لا يمكن

---

[1] محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2010، ص126.

أنظر إلى:

- مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، مطبعة عصام جابر، الإسكندرية،2013، ص495.
- عبد الحميد الشواربي، **العقود الإدارية في ضوء الفقه-القضاء- التشريع**، منشأة المعارف، الإسكندرية،2003، ص35.

[2] محمد الصغير بعلي، **الوسيط في المنازعات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص73.

[3] نصري منصور النابلسي، **مرجع سابق**، ص116.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص238.

[5] نصري منصور النابلسي، **مرجع سابق**، ص116.

[6] سليمان محمد الطماوي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، **مرجع سابق**، ص454.

للمصلحة المتعاقدة التخلي عن هذا الحق مسبقا لأن ذلك يتعلق بمسؤولياتها كسلطة عامة تجاه المرفق العام.[1]

بالإضافة إلى أن هذه السلطة بمفهومها الواسع يجعلها تتحمل أعباء إضافية على المتعاقد غير منصوص عليها في العقد،[2] فهي لا تتوفر في كل الصفقات وإنما تختلف بحسب طبيعة الصفقة، حيث تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة هذه السلطة بشكل أشد في صفقات الأشغال العامة حتى ولو لم يتم نصها في الصفقة العمومية، وذلك بالمقارنة معا صفقات التوريد التي تكون أقل شدة ذلك لكونها أقل صلة وإرتباطها بالمرفق العام مقارنة بعقود الأشغال العامة.[3]

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

لا تثير سلطة الإشراف أي خلاف حول سندها الفقهي سواء ثم النص عليها في العقد أوفي حالة إغفال النص عنها وحتى في حالة خلو القوانين واللوائح ودفتر الشروط من النص عنها، فإن حق الإدارة في الإشراف يثبت لها في مجمع العقود فالأمر لا يختلف عن نظيره في القانون الخاص تماما كما هو في القانون الخاص كحق الجهة الإدارية من التحقق من مطابقة الموصفات المتفق عليها قبل التسليم.

أما بخصوص سلطة الإدارة بمعناها الواسع بمعنى التوجيه فهي تجعل الإدارة توجه المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة مما ينطوي على ذلك تحميله أعباء إضافية تمثل إمتيازا هاما وضروريا بحيث تعتبر من السلطات الإستثنائية للمصلحة المتعاقدة التي تتميز بها عقود الصفقات العمومية، وقد تم النص عن هذه السلطة في العقد أو في دفاتر الشروط كما قد

---

[1] نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص116.

[2] نادية تياب، **محاضرات في مادة الصفقات العمومية**، ألقيت على طلبة الثانية الماستر قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الدراسية 2015/2014، منشورة على الأنترنت، ص85.

[3] كنعان نواف، **القانون الإداري**، الكتاب الثاني، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولي،عمان، ص335.

ترد في لائحة أو قانون وقد لا يتم النص عليها وهنا في كلتا الحالتين يختلف الأساس القانوني لتلك السلطة.[1]

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة التوجيه في حالة النص عليها

في حالة النص على سلطة الإدارة على الرقابة في نصوص العقد أو دفتر الشروط أوفي القوانين واللوائح فعند إذن تطبق النصوص التعاقدية أو اللائحية ويجب إعمال النصوص وتكون سلطة التوجيه هنا مستندة لتلك النصوص، ويعتبر شرط الرقابة على إعمال المتعاقد شرطا إستثنائيا على غير المألوف في عقود القانون الخاص ويعتبر عنصرا محيرا لوصف العقد كونه إداريا.

والجدير بالذكر أن النص على سلطة الرقابة لا يغير من طبيعة هذه السلطة باعتبارها سلطة أصلية قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للعقود الصفقات، ومن ذلك في مجال عقود الالتزام، نذكر القوانين الفرنسية الصادرة في 1842/06/11 و1845/06/15 والتي نظمت كيفية الرقابة الفنية والمالية على الشركات الملتزمة باستغلال مرفق السكة الحديدية.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة التوجيه في حاله عدم النص عليها

إذا لم يتم النص على سلطة التوجيه في نصوص العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة به وإذا لم تفرز القوانين أو اللوائح هذه السلطة فهذا لا يعنى تخلى المصلحة المتعاقدة عن تلك السلطة، فالسائد في الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر هو وجود سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود الصفقات بذاتها دون إسنادها لنص يقررها وذلك لاعتبارها من السلطات الأصلية المستمدة من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري إذا تضمن النص على هذه السلطات فإن هذا النص لا ينشئ تلك السلطة بل يقتصر دوره على تنظيمها وبيان شروط مباشرتها تحقيقا لصالح العالم للمرفق.

---

[1] محمد ماهر أبو العينين، **القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثاني**، دار أبو مجد للطباعة، طبعة 2011، ص113.

وقد اختلف الفقه الإداري حول سند هذه السلطة في حاله عدم النص عليها في العقد أوفي دفتر الشروط، ووفقا لرأي الغالب في الفقه الفرنسي والمصري فسلطة الرقابة غير منصوص عليها سواء في القانون أوفي العقد تجد أساسها في فكرة المرفق العالم، فضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد هي التي تبرر للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطات إستثنائية في مجال تنفيذ عقود الصفقات العمومية باعتبارها هي المسؤولية الوحيدة على ضمان سير وحسن المرفق العام.[1]

المطلب الثالث: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه

إذا كان النظام القانوني للعقود الصفقات يمنح للإدارة سلطة مراقة وتوجيه المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم يتم النص عليها، فإن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود الصفقات ليست مطلقة بل يتعين ممارسة تلك السلطة وفقا لضوابط وشروط محددة حتى لا تهدر حقوق المتعاقد، فإذا كان من حق المصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه فهذا لا يخول لها إهدار القوة الملزمة في العقد وإلا أصبحت عملا غير مشروع ولا تلتزم بموجبه التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعامل معها، وتتمثل هذه الضوابط والشروط الواجب توافرها لممارسة سلطة الرقابة فيما يلي:

الفرع الأول : وجوب إستعمال الإدارة لسلطة الرقابة بهدف تلبية احتياجات المرفق العام

قد منحت المصلحة المتعاقدة سلطة تحقيق هدف محدد دون سواه وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد فإن استعملت الإدارة سلطاتها بغية تحقيق غرض أخر كان ذلك انحرفا وإساءة لاستعمال السلطة، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تمارس تلك السلطة وفقا لإعتبارات حسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ عقود الصفقات، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية حيث قضت أن تنفيذ عقد الصفقات يخضع لأصل عام من

[1] سيد فتوح محمد هنداوي، **القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة**، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص ص 116-117.

أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل يطبق في عقود الصفقات العمومية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.[1]

ويعتبر هذا الضابط بمثابة ضمانة للمتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة ، فإذا أصدرت أمرا للمقاول بفصل العمال جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء الذي يقوم بدوره في فحص أمر الفصل والتحقيق فيما إذا كان متصلا بالمقاولة ومبنيا على أساس صحيح أم كان بسلطات غير مألوفة في مواجهة المتعاقد معها، فإن ذلك يرجع لاتصال عقد الصفقات بالمرفق العام، وبالتالي يجب أن يكون الهدف الأساسي والوحيد من خلال ممارسة لهذه السلطة هو كفالة حسن سير المرافق العامة وحسن أداء الخدامات والأعمال المطلوبة.[2]

الفرع الثاني: وجوب ممارسة سلطة الرقابة في حدود القواعد العامة للمشروعية

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة بمعنى التوجيه من خلال القرارات الإدارية، بحيث يجب أن تصدر القرارات والتعليمات في حدود قواعد المشروعية وذلك بأن تصدر ممن له سلطة في إصدارها قانونا ووفقا للإجراءات الشكلية التي رسمها القانون من حيث الشكل والاختصاص، ومن جهة أخرى إذا كانت سلطة الرقابة منصوص عليها في العقد فيجب ممارستها وفقا لإشتراطات التعاقدية، فإذا لم تراعي الإدارة الشكل والإجراءات المقررة فإن قرارها يعد مشوبا بعيب مخالفة الشكل والإجراءات مما يرتب لنا إمكانية إلغائه.[3]

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة في الطعن،7646 لسنة47، ق.ع، جلسة 2007/05/15، أسطوانة مدمجة، الموسوعة الإلكترونية في أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار العدالة، القاهرة.

[2] محمود أبو السعود حبيب، **سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري**، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، العدد الأول، 1997، ص39.

[3] حمد محمد حمد الشلماني، **إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص156.

الفرع الثالث: يجب أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون وطبيعة العقد

فسلطة الرقابة والتوجيه بمعناها المزدوج الإشراف والتوجيه لها نطاق معين لابد لها أن لا تتعداه، وهذا النطاق يعتبر كحد فاصل بينها وبين تلك السلطة وسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تصدر للمتعاقد معها بعض الأوامر التي من شأنها تغيير جوهر العقد أو تتجاوز الحدود المعقولة من حيث نوع الأداء، فليس للإدارة بمناسبة ممارسة سلطتها في الرقابة أن تغير من طبيعة عقد الالتزام بتحويله إلى الاستغلال المباشر عن طريق إهدار حق الملتزم في الإدارة وجعله منفذا لأوامرها، فالعقد المبرم له موضوع وهدف محدد ومن ثم فليس للإدارة أن تفرض أي أمر من شأنه تغيير موضوع وطبيعة العقد بحيث يصبح المتعاقد أمام عقد جديد، مما يفرض على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بتلك الضوابط أثناء ممارستها لسلطة الرقابة، وإلا كان تصرفها مشوبا بعيب الانحراف في إستعمال السلطة مما يخول للمتعاقد اللجوء للقضاء وطلب إلغاء قراراتها فيما يتعلق بهذا الشأن.[1]

المطلب الرابع: تطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه في بعض العقود الإدارية

تتمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في رقابة تنفيذ الصفقة العمومية بمعناها الواسع بمعنى التوجيه مما يعنى التدخل في أوضاع وكيفية تنفيذ عقود الصفقات بحيث يختلف مداها باختلاف العقود الإدارية وبالنظر إلى تفاوت درجة صلة العقد بالمرفق العام فسوف نعرض بعض تطبيقات وحدود سلطة الرقابة على التنفيذ وكذلك وسائل الرقابة في أهم أنواع العقود الإدارية وهي كالتالي:

الفرع الأول: سلطة الرقابة في عقود الأشغال العمومية

تتميز عقود الأشغال العامة بوضع خاص عن سائر العقود الإدارية، فالمصلحة المتعاقدة في نطاق تلك العقود تعد صاحبة المشروع والمتعاقد، ويقتصر دور المقاول على

[1] عبد العالي سمير، **الصفقات العمومية والتنمية**، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة 2010، الرباط، ص121.

التعاون معها في تنفيذ ذلك، بحيث تتمتع المصلحة المتعاقدة في هذه العقود بسلطة رقابة واسعة وكاملة ويعتبر مندوب الإدارة هو الموجه والمدير الحقيقي للعمل أما المقاول فهو منفذ لتعليمات الإدارة.

بحيث تمارس في مواجهة المقاول المتعاقد معها سلطة الإشراف والتوجيه بصفة مستمرة ووفقا لمقتضيات إنجاز الأشغال العامة حتى تتأكد من التنفيذ لشروط العقد، فلها الحق في إصدار الأوامر والتعليمات للمقاول والمتعلقة بتنفيذ العقد وبسلامة عملية التنفيذ وللمصلحة المتعاقدة الحق في مراقبة والتحقق من المواد المستخدمة في عملية التنفيذ والتأكد من مطابقتها للمواصفات، ويتم تدخل الإدارة هنا عن طريق الأوامر المصلحية والتي تعد الأداة الرئيسية أو الوسيلة التي تلجأ إليها الإدارة لتوجيه المقاول أثناء تنفيذ الصفقة.[1]

ويقصد بالأمر المصلحي بأنه الأمر الصادر من جهة المصلحة المتعاقدة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد ويصدر عادة من الأعضاء الفنيين في الإدارة ولاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة، ويعد القرار إداريا ملزما يتعين على المقاول إحترامه وتنفيذ ما جاء به فإذا كان له أي اعتراض عليه فيجب أن يسلك السبيل المشروع للإعتراض إما بالتظلم الإداري أو الطعن القضائي.[2]

أولا : القاعدة بالنسبة للأوامر المصلحية

أنها تصدر بشكل كتابي ما لم ينص العقد على جواز صدورها شفهيا، ويترتب على النص صراحة على الشكل الكتابي أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه بالإضافة إلى أنه لا يستفيد في طلب التعويض إلا للأوامر الكتابية.

وتتسع سلطة الرقابة في عقود الأشغال العامة إلى أبعد مدى، فهي تثبت للإدارة كاملة سواء كانت سلطة إشراف أو توجيه، وصور الرقابة التي تمارسها الإدارة في عقود

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص126.

[2] سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، مطبعة عين شمس، جامعة عين شمس، ص52.

الأشغال العامة، فقد نظمتها اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات وتتمثل في الأتي:[1]

1) الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع

حيث تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود المقاولات من التاريخ الذي يتسلم فيه المقاول الموقع خاليا من الموانع ما لم ينص العقد على غرار ذلك وتكون المصلحة المتعاقدة هي صاحبة المشروع، وهي التي تحدد للمقاول بداية تنفيذ الأشغال ويتم ذلك بإعلان المقاول بالأمر المصلحى وذلك إبتداءا من البدء في تنفيذ الأشغال وهذا ما نصت عليه المادة 74 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في فقرتها الثانية.

2) الأمر بتحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال

أغلب عقود الأشغال العامة أو دفاتر الشروط تنص على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال ومواعيد تسليمها فإذا لم يحتوي النص على ذلك، هنا يتولى رجل الإدارة ومندوبيها الفنيين بإصدار أوامر التشغيل وتحديد جدول الأعمال وفقا للخطة التي تحددها الإدارة وتعمل على تعديل طرق ووسائل التنفيذ.

وهنا يترتب على المقاول بأن يلتزم بإنجاز العمل في المدة المحددة في العقد،[2] كما لا يعفى المقاول من المسؤولية لمجرد عدم كفاية المدة بل يلزم قيام سببا أجنبيا لا دخل له فيه، ويجب إثبات بأن لا بد له في التأخير عن الإنجاز في المدة المحددة، ويجوز للمقاول في حالة عدم كتابة المدة المحددة لتنفيذ الأشغال بأن يطلب تمديد العقد وذلك يكون بالاتفاق مع جهة الإدارة باعتبارها الوحيدة التي تملك السلطة التقديرية في هذا الشأن وذلك بمراعاة ظروف التنفيذ ومنحه المدة الإضافية من عدمها.

---

[1] فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص128.

[2] هارون عبد العزيز الجمل، **النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية عين شمس، جامعة عين شمس،1979، ص400.

3) الأمر بهدم وإزالة الأشغال المخالفة لشروط والموصفات وإعادة القيام بها على حساب المقاول

هنا في حالة التنفيذ المعيب للأشغال يحق جهة للمصلحة المتعاقدة أن تأمر المقاول بهدمها وإعادة بنائها ولا يجوز للمقاول أن يعلل تنفيذه المعيب ويطالب بعدم المسؤولية عن ذلك، بالإضافة إلى إهمال الإدارة في ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه على التنفيذ، كما تستطيع أن تأمر بوقف أو تأجيل التنفيذ بصفة مؤقتة لدواعي المصلحة العامة، وذلك بالمراعاة أن يكون الوقف لمدة معقولة وإلا استطاع المقاول طلب فسخ عقده والحصول على التعويض اللازم .

4) أن تأمر المقاول باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال

وهذا يكون في حالة الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد، حيث تعتبر هنا مسؤولية المقاول وحده في هذه الحالات المباشرة دون أي تدخل من طرف الإدارة، أما في حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في تنفيذها على نفقته.[1]

الفرع الثاني: سلطة الرقابة في عقود التوريد

أما بالنسبة لعقود التوريد فطبيعتها تفرض عليها أن تتخذ سلطة الإشراف مظهرا أخر أقل شدة من الأول، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يستلزم على المتعاقد وضعها تحت تصرف الإدارة، وهنا يحق لمندوب الإدارة رفض إستلام أي مواد أو معدات التي لا تنطبق عليها الموصفات المتفق عليها في العقد.[2]

الفرع الثالث: حدود الحق في الرقابة والتوجيه

إن النظام القانوني أثناء تنفيذ الصفقة العمومية يخول للمصلحة المتعاقدة صلاحيات وامتيازات استثنائية لا وجود لها في عقود القانون الخاص، وذلك من أجل

[1] فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص129-130.

[2] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، ص211.

ضمان تحقيق المصلحة العامة وتغليبها على مصالح الأفراد الخاصة، ومن هنا يتضح لنا بأن للمصلحة المتعاقدة الحق في ممارسة حق الرقابة على تنفيذ عقد الصفقة طيلة فترة تنفيذها، كما لها الحق في توجيه المتعاقد معها وإختيار أفضل الوسائل والطرق لضمان تحقيق أفضل النتائج حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد المبرم.

كما أن حق المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه ليس مطلق، بل يستوجب عليها أثناء ممارستها لهذا الحق مراعاة عدم التعسف في استعماله، فالغرض من استعمال هذه السلطة هو ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة، فإذ إنحرفت عن تحقيق هذا الغرض وإتجهت إلى تحقيق أغراض أخرى لا تخدم الهدف الأصلي فإننا نكون أمام انحراف في استخدام السلطة وبالتالي فإن قراراتها تخرج عن إطار المشروعية.

كما أن حق الرقابة الممنوح للمصلحة المتعاقدة يجب أن لا يتعدي الرقابة بالمفهوم السابق بيانه وإلا كنا أمام تعديل لشروط العقد، فحق المصلحة المتعاقدة في الرقابة بمعنييه(الرقابة والتوجيه) مهما كان مصدره(النصوص القانونية أو اللوائح أو نصوص العقد أو دفتر الشروط) له حدود يجب أن لا تتخطاه الإدارة أثناء ممارستها لهذا الحق، ويمكن تحديدها فيما يلي:

أولا: التقيد بمبدأ المشروعية

والمقصود بهذا المبدأ هو الالتزام بالقانون والخضوع لإحكامه بما يتضمنه هذا القانون من سيادة، وهذا الخضوع ليس مجرد خضوع المحكومين وحدهم في علاقاتهم بالقانون، بل يمتد ليشمل كافة السلطات العامة في الدولة.

ويقصد بمبدأ المشروعية هنا هو إلتزام المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لحقها في الرقابة حدود الهدف أو الغاية التي منحت الإدارة هذه الصلاحية لتحقيقها، فيجب أن يكون هدفها الحفاظ على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد لا غيره، وإذا ما خرجت عن هذا الهدف واستهدفت تحقيق غيره، نكون أمام إساءة لاستعمال السلطة يوجب على الإدارة تعويض الملتزم عما يلحقه من ضرر.

ثانيا: التقييد بعدم تعديل الشروط العقدية

وهنا لا يحق للمصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لحقها في الرقابة أن تتمادي إلي الحد الذي تقوم من خلاله بتعديل شروط العقد، فحقها في الرقابة والتوجيه لا يجب أن يصل إلى حد تعديل العقد وإلا كنا أمام حق أخر من الحقوق الإستثنائية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة بموجب الطبيعة القانونية للعقود الإدارية، وإذا ما تجاوزت هذا الحق فإن المتعاقد يستطيع الرجوع إلى المصلحة المتعاقدة ومطالبتها بالتعويض إذا لحقه ضرر جراء هذا التعديل.

وقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لهذا الموضوع في حكمه الصادر في 1930/06/18 في قضية السكك الحديدية، حيث قامت الشركات الملتزمة بالسكك تحت اتفاقية سنة1921 برفع دعوي ضد قرار وزير الأشغال الذي يجبر على هذه الشركات أن تتعرض للإعتماد الوزاري العقود التي ترغب في إبرامها مع الغير فيما يتعلق بمواد معينة، كإيجار الفنادق والبوفيهات وإيجاد أماكن الإعلانات وبيع الزائد من القوى الكهربائية.

ثالثا: احترام أصول الفن

حيث يجب هنا على المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لحق الرقابة إحترام المعايير الفنية المرخص بها قانونا، بحيث لا يجب إجبار المتعاقد على إتباع طريقة معينة لا تتوافق وأصول الفن والإدارة في مثل هذه المرافق، كما يجب أن يكون القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة صادر عن سلطة مختصة، وذلك بعد إحترام الإجراءات الشكلية والفنية اللازمة وإلا جاز للملتزم مقاضاة المصلحة المتعاقدة أمام قاضي العقد استنادا إلى مبدأ تجاوز السلطة.

وبناءا عليه يتضح لنا أن حق المصلحة المتعاقدة في ممارسة حق الرقابة ليس مطلقا، بل إنه حق يخضع للحدود السابق بيانها وأهمها التقيد بمبدأ المشروعية وذلك بأن يكون دافع الإدارة لأعمالها الرقابية هو ابتغاء تحقيق المصلحة العامة، وأن لا تتعدي

أثناء ممارستها لهذا الحق حدود الرقابة والتعدي لدرجة تعديل شروط العقد، وإلا كنا أمام حق أخر من حقوق الإدارة له حدود التي تحكمه.[1]

المطلب الخامس: ضوابط ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

مهما اتسع مدى سلطة الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة والإشراف إلا إنها تبقي غير مطلقة، بل قام المشرع بوضع بعض القيود وذلك من أجل توفير ضمانات للمتعاقد معها وذلك بغرض الحد في تعسفها من استخدام هذه السلطة، حيث تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة من خلال ضابطين سنوضحهم فيما يلي:

الفرع الأول: الضابط العام

ويتمثل في ضرورة أن يكون الهدف من هذه الرقابة هو الالتزام بتحقيق المصلحة العامة، وذلك بأن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية [2] وهو ما سنفصله فيما يلي:

أولا: أن يكون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة هنا استخدام سلطتها لتحقيق أي غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع العقد، وذلك إعمالا لقاعدة عدم مجافاة تخصيص الأهداف، وإلا فإنها بهذا تسئ في استعمال هذه السلطة.

لذلك يستوجب على المصلحة المتعاقدة بأن تهدف من وراء ممارستها لهذه السلطة أن تسعي إلى تحقيق المصلحة العامة وإلا اعتبرت منحرفة أو متعسفة في إستخدام سلطتها ومن ثم كانت المصلحة المتعاقدة هي صاحبة المشروع والمتعامل المتعاقد هو

---

[1] وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية **(b.o.t)**، حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولي، عمان،2010، ص 88.

[2] كنعان نواف، **القانون الإداري، مرجع سابق**، ص355.

المنفذ، وعليه تبقي الرابطة العقدية هي التي تجمعها، فلا يجوز للإدارة بأن تظهر بمظهر المسيطر Dominant، والمتعاقد معها بمظهر الخاضع أو المسيطر عليه Dominé.[1]

ثانيا: وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية

نظرا لأن سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الرقابة ليست مطلقة، لذلك منح لها هذه السلطة بغية تحقيق هدف معين وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد دون غيره، فإذا ابتغت المصلحة المتعاقدة من ممارستها لهذه السلطة تحقيق هدف أخر، أعتبر ذلك بمثابة إساءة في إستعمال هاته السلطة، وذلك بالإستناد إلى قاعدة مجافاة تخصيص الأهداف مما يؤدي بدوره إلى خروج قرارها عن إطار المشروعية.[2]

الفرع الثاني: الضابط الخاص

وهو الذي يتعلق بالصفقة العمومية موضوع الرقابة، بحيث يتعين ألا يترتب جراء إستعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه وطبيعته،[3] بالإضافة إلى موضوعه للرقابة القضائية، وهو ما سنفصله فيما يلي:

أولا: أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلى تغير مضمون العقد وطبيعته

لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تتخذ من سلطاتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية ستارا لتعديل الصفقة، وذلك من خلال إصدارها لبعض الأوامر إلى المتعامل معها والتي من شأنها أن تغير طبيعة أو جوهر الصفقة، أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة والمدة المطلوبة لتنفيذ عقد الصفقات.[4]

---

[1] نور الدين عباسية، **تنفيذ الصفقة العمومية بين إمتيازات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون الإدارة العامة**، مانع جمال عبد الناصر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2008، ص15.

[2] نور الدين عباسية، **نفس المرجع السابق**، ص16.

[3] نصري منصور النابلسي، **مرجع سابق**، ص125.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **مرجع سابق**، ص ص241-242.

حيث تمثل الإدارة بمعناها المزدوج (الإشراف والتوجيه) سلطة أصلية خارج نصوص العقد، لها مجال محدد لابد من وقوفها عنده سواء كانت مستمدة من القوانين أو اللوائح أومن العقد أو دفاتر الشروط، أو كانت قائمة بذاتها بحيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين كل من سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وبين سلطة تعديل نصوص العقد، بحيث إذا تجاوزت المصلحة المتعاقدة في رقابتها لهذا النطاق، فإننا هنا نصبح بصدد سلطة تعديل شروط العقد وسلطة الرقابة على تنفيذه، وهو ما يؤول للمتعاقد الإتجاه إلى المطالبة بالتعويض إذا لحقه تضرر جراء حدوث هذا التغير[1] .

وعليه مهما كانت الإمتيازات التي تخول للمصلحة المتعاقدة إمكانية ممارسة سلطة الرقابة على الشخص المتعامل المتعاقد فإنها تتوقف عند حد المساس بجوهر العقد.

ثانيا: خضوعها للرقابة القضائية

إذا تمكن المتعاقد من الطعن أمام قاضي العقد في نزاع يتعلق بتنفيذه، فإن دعوى التعويض تكون هي السبيل القضائي الوحيد لجبر الضرر المترتب عن الإجراء المطعون ضده، وخروجا عن المبدأ هناك حالات نادرة يمكن من خلالها الحصول على إلغاء هذا الإجراء، بحيث يقوم القاضي بفحص الضوابط للأوامر المصلحية من حيث الإمضاء والتاريخ والترقيم، ثم الوقوف على ما تضمنه موضوعها فإن قدر مشروعيتها حكم للمتعاقد بالتعويض متى أثبت هذا الأخير الضرر الذي أصابه جراءها، وليس للقاضي هنا الحق في إلغاء ما جاءت به تلك الأوامر المصلحية من الإجراءات .

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة

تمتلك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وهذا في حالة قيام هذا الأخير بالتقصير في تنفيذ التزاماته، سواء إمتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه، أو نفذ الإلتزام على غير الوجه المطلوب، أو تنازل في التنفيذ لصالح شخص أخر،

[1] نور الدين عباسية، **مرجع سابق**، ص496.

وغيرها من صور الإخلال المختلفة، مما يجعل من سلطة ممارسة توقيع الجزاءات من أخطر أنواع السلطات التي تتمتع بها سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ويكون ذلك عن طريق قرار تقوم بإصداره دون الحاجة للجوء إلى القضاء.

وعليه سنتناول في دراسة هذه السلطة مفهوم الجزاءات الإدارية وأساسها، ثم سنقوم بالوقوف على الخصائص العامة التي توقعها سلطات الإدارة على المتعاقد معها وصولا إلى أنواعها.

المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية

إختلف الفقهاء في إعطاء تعريف جامع مانع للجزاءات الإدارية، لذلك سنتطرق للبعض منها، حيث عرفها البعض على أنها:

«الجزاءات الإدارية هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة وذلك في حالة إخلاله بتنفيذ إلتزماته التعاقدية».[1]

كما عرفها البعض الأخر بأنها «عبارة عن تعويض جزائي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها جراء إخلال المتعاقد في تنفيذه لإلتزماته».

في حين يري البعض الأخر من الفقهاء بأن الجزاءات الإدارية هي عبارة عن «إجراء تهدف الإدارة من ورائه إلى حمل المتعاقد على تنفيذه إلتزماته، وهذا من أجل سير المرفق العام بانتظام وإطراد».[2]

بحيث نلاحظ من خلال هذه التعريفات المختلفة أن الجزاءات الإدارية المفروضة على المتعاقد المخل بإلتزاماته تتخذ الحدود الثلاثة السابقة الذكر على إعتبارها عقوبة تفرض وتعوض للإدارة، لإعتباره إجراء يهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ إلتزماته الموكلة إليه، وذلك بالنظر إلى أن نظام الجزاءات في عقود الصفقات لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الالتزامات المرتبة على الطرفين، بل تتسم بطابع العقوبة كجزاء رادع

[1] عمار عوابدي، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص218.

[2] نفس المرجع سابق، ص218.

والهدف الأساسي من ورائه هو الوصول إلى تنفيذ الإلتزام الضروري لسير المرفق العام وذلك من خلال تنفيذ العقود المتصلة به بدقة.[1]

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

من المسلم به فقها وقضاء أن للمصلحة المتعاقدة كامل الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في عقود الصفقات فالهدف من خلال هذا الإجراء هو ضمان تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام، وضمان سيره بإنتظام وإطراد بغية تحقيق الصالح العام،[2] وهو الأمر الذي أدي إلى وجود إتجاهات عديدة تدور حول أساس هذه السلطة بين القائل بمعيار السلطة العامة، وقائل بمعيار السلطة العامة الضابطة للمرفق العام، وإتجاه أخر يتجه إلى الأخذ بالمعيار المزدوج وهو ما سنعرج إليه بشيء من التفصيل فيما يلي:

أولا: معيار السلطة العامة

أصحاب هذا الإتجاه يقرون بأن أساس هذه السلطة نابع من فكرة السلطة العامة في عقود الصفقات والتي هي مجرد تطبيق لإمتياز التنفيذ المباشر، فالمصلحة المتعاقدة هنا ملزمة في هذا المقام بإستخدام هذه السلطة وذلك حفاظا على حسن سير المرافق العامة، فمن غير الممكن أن تتنازل عن هذه السلطة لا جزئيا وذلك بتقييد حقها في إتباع أنواع معينة من صور الجزاءات، ولا كليا بحيث تتمتع بسلطة تقديرية في فرض هذه الجزاءات ولا يقيدها في ذلك إلا المصلحة العامة.[3]

ثانيا: معيار السلطة الضابطة للمرفق العام

---

[1] رشا محمد جعفر القاسمي، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص39.

[2] إعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات غير العقدية في قرار له صادر في 14 أكتوبر 1920 في قضية compagnie de mavigatian sud atlantique.

[3] عبد الحميد الشواربى، **مرجع سابق**، ص37.

يري أصحاب هذا الإتجاه بأن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة تأمين المرفق العام بإنتظام وإطراد، كما تمارسها المصلحة المتعاقدة دون الحاجة للجوء إلى القضاء، ودون الحاجة للنص عليها قانون،[1] ومبرر هذه السلطة يتمثل في ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسر المرفق العام وضمان وإستمراره تحقيقا للمصلحة العامة، كما أن الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام.[2]

ثالثا: المعيار المزدوج

وهذا المعيار جاء كحل توفيقي للمعياريين السابقين، حيث يري القائلين بهذا الإتجاه بأن المصلحة المتعاقدة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد بل إلى إمتيازات السلطة العامة من جهة وعلى وجه الخصوص إمتيازها في التنفيذ المباشر للصفقة العمومية، ومن جهة أخري إلى سلطاتها الضابطة لسير المرافق العامة وضمان استمرارها وانتظامها بغية تحقيق الصالح العام.[3]

المطلب الثاني: الخصائص العامة للجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها

تمتاز الجزاءات الإدارية بصفات خاصة بها تختلف كليا عن جزاءات القانون الخاص، ويعود السبب في ذلك إلى طبيعة موضوع الصفقة وهو المرفق العام وضرورة سيره بانتظام وأطراد وذلك تحقيقا للمصلحة العامة، بحيث تستمد المصلحة المتعادة حقها في توقيع الجزاءات من خلال إمتيازات السلطة العامة، حيث سنتناول فيما يلي الخصائص العامة لعقود الصفقات .

---

[1] عمار بوضياف، **القرار الإداري، دراسة تشريعية–قضائية–فقهية**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2008،ص 210.

[2] نذير بن حمد بن الطيب أوهاب، **نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون**، مركز البحوث، الرياض، 2006، ص100.

[3] كنعان نواف، **مرجع سابق**، ص ص 358 359.

الفرع الأول : حق الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة

تمتلك المصلحة المتعاقدة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة وذلك دون الحاجة إلى ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بذلك، وذلك نظرا لما تمتلكه من امتيازات السلطة العامة وخصوصا سلطتها في التنفيذ المباشر، وذلك نظرا للإمتياز الخطير الذي تتميز به سلطات الإدارة والذي بمقتضاه تصدر قراراتها بإرادتها المنفردة، وتكون تلك القرارات نافذة للأفراد دون الحاجة إلى تدخل القضاء.[1]

فحق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها يشترط أن يتناسب هذا الإجراء ويتلاءم مع الخطاء المنسوب إلى المتعاقد معا جهة الإدارة.

الفرع الثاني: إمتلاك المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد

تمتلك سلطات الإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد، ويرجع أساس هذا الحق إلى أن عقود الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالمرافق العامة، فقيام هذه المرافق وتقديم خدماتها للجمهور هي مناط العقود الإدارية وغايتها، لذا فإن سكوت العقد عن النص على إيقاع الجزاءات على المتعاقد المقصر، يجب ألا يكون عائقا بين الإدارة والحفاظ على مستوي جيد لتقديم خدمات المرفق العام، وإذا ما نص العقد على توقيع الجزاءات معينة دون غيرها، فإن ذلك لا يعني أن تقتصر سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على ما ورد عليه النص في العقد، بل أن الإدارة يحق لها إيقاع كل أنواع الجزاءات المقررة على المتعاقد معها.

الفرع الثالث: إمتلاك المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون الحاجة إلى إثبات الضرر

إن المصلحة المتعاقدة تمتلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها بدون الحاجة لإثبات وقوع ضرر معين، وذلك لأن الهدف من توقيع الجزاءات الإدارية عند

[1] كنعان نواف، **نفس المرجع السابق**، ص112.

إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ إرتكبه وإنما يتجه بالأساس إلى حسن سير المرافق العامة وإنتظام سيرها وذلك لتحقيق المصلحة العامة.[1]

الفرع الرابع: إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء

يفترض جانب من الفقه والقضاء الإداريين وجوب إعذار الملتزم المخطئ قبل توقيع الجزاء عليه وقد أخذ هذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، ويتضح من هذه الأحكام أنه يلزم أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد معها بعدم تنفيذه لإلتزماته أو بتأخيره في تنفيذ الصفقة فاتدعوه لأدائها، والجزاء الذي سيتعرض له إذا لم يصلح من تقصيره.

كما قيد مجلس الدولة الفرنسي جهة الإدارة بضرورة إنذار المتعاقد معها وتنبيهه إلى الخطأ الذي وقع فيه، وبالتالي وجوب تداركه في مهلة زمنية معينة يحددها له الإنذار، قبل فرض الجزاء عليه، فهو إلتزام ضروري لبعض الجزاءات مثل غرامات التأخير Penalités de retard، وجزاء الفسخ Résiliation، فالإعذار شرط أساسي لصحة الجزاء الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المقاول الذي إرتكب خطأ جسيما في تنفيذ إلتزماته التعاقدية، طبعا إلا إذا نص في العقد أو في دفتر الشروط علي إعفاء الإدارة من هذا الإجراء.

فالمقصود بالإعذار هنا هو وضع المقاول في وضع المتأخر أو المقصر في تنفيذ إلتزماته، كما هو معروف في القانون المدني أن مجرد استحقاق أداء الإلتزام لا يكفي لجعل المدين معذورا بل يجب علي الدائن أن يقوم بإعذاره مالم يقض الإتفاق علي غير ذلك[2].

كما سمح القانون الفرنسي بعدة استثناءات منها:

- إذا تضمن العقد نصا صريحا بإعفاء الإدارة من الإعذار.

[1] نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية دراسة مقارنة**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، ص168.

- إمكانية استخلاص الإعفاء من الأعذار تبعا للظرف الخاص بكل دعوة.

يرى عدد من الفقهاء الفرنسيين عدم جدوى للإعذار بالنسبة لبعض الجزاءات مثل وضع المرفق المدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة الإدارية ويفترض هذا الاتجاه ضرورة توجيه إعذار من الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد المخطئ وتنبيهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء.

ويضع مجلس الدولة الفرنسي بعض الاستثناءات على موضوع الإعذار وهي:

- إعفاء المصلحة المتعاقدة من الإعذار إذا ما تضمن العقد أو دفتر الشروط شرطا بهذا المعنى.
- إعفاء المصلحة المتعاقدة من الإعذار إذا كانت الظروف تخفي الضرورة الملحة على التنفيذ كتسليم المشتريات المتعلقة بالمجهود الحربي، فحلول موعد التسليم يعتبر بحد ذاته إعذارا للمتعاقد بالوفاء.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة على إجراء الإعذار الذي يجب أن يوجهه المهندس إلي المقاول يحدد في أجل إستدراك الخطأ، ومدة هذا الأجل يجب أن لا تقل عن عشرة أيام إبتداء من تاريخ التبليغ كحد أدني، أما الحد الأقصى فهو مفتوح يبقي للسلطة التقديرية للإدارة التي تراعي العمل المطلوب من المقاول.[1]

وفي المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 «لم ينفذ المتعاقد إلتزماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل المحدد الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه....».

وهنا يتضح بأن المشرع الجزائري نص على وجوب توجيه إعذار للمتعاقد الذي أخل بإلتزماته التعاقدية، من أجل تدارك خطأه وتصحيحه، ولأن هدف الإدارة إعطاء مهلة

[1] أنظر المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة،ج ر، العدد24، الصادر بتاريخ 2011/04/20..

للمتعاقد معها من أجل البدء في الأشغال في حالة التأخر وتزويد ورشات العمل بالوسائل المادية والبشرية بعد توجيه الأمر بمصلحة بداية الأشغال للمشروع.

وليس للإعذار شكلا محددا فلا تلتزم بأن تذكر المتعاقد بكافة تفاصيل إلتزاماته التي أخل في تنفيذها ويجوز للإدارة العدول عن الإنذار بعد توجيهه ولا يمنعها ذلك من إعادة توجيهه مرة أخرى، لكن يشترط في العدول عن الإعذار أن يكون صريحا ونتيجة موقف إيجابي من الإدارة ولا يكفي مجرد تراخيها أو مرور وقت طويل بين الإعذار وتوقيع الجزاء.[1]

المطلب الثالث: أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها

يشكل إخلال الملتزم بإلتزماته التعاقدية إذا أهمل أو قصر في التنفيذ أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد وتم تنازل عنها للغير مما يؤدي إلى المساس بالمرفق العام محل الإمتياز مما ينتج حدوث أضرار اقتصادية واجتماعية بالغة الأثر.

وقد استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي : الجزاءات المالية – الجزاءات غير مالية (الضاغطة)–الجزاءات الفاسخة.

الفرع الأول: الجزاءات المالية

الجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ من المال يحق للمصلحة المتعاقدة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بإلتزاماته سواء إمتنع عن تنفيذ إلتزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير صحيح أوحل غيره محله دون موافقة الإدارة على ذلك.

كما تصنف الجزاءات المالية إلى نوعين فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق بالإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، وقد تكون نوعا من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن

[1] محمد على الخلالية، **القانون الإداري، الكتاب الثاني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2015، ص307.

صدور الخطأ منه وعليه تتخذ الجزاءات المالية إما في صورة الغرامات أو صورة مصادر مبالغ الضمان.[1]

أولا: الغرامات

هي عبارة عن مبلغ مالي محدد سلفا في عقود الصفقات وتستطيع المصلحة المتعاقدة تحصيله من المتعاقد الذي يتراخى في إتمام العمل وتسليمه في المواعيد المحددة بمجرد حدوث التأخير من جانب المتعاقد ودون الحاجة لحكم قضائي أو إثبات حصول الضرر.

وتجد الغرامة أساسها القانوني في المادة 24 من المرسوم الجديد والتي ألزمت الإدارة في حال إعدادها لدفتر الشروط المناقصات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة.

كما ذكر المشرع الغرامة المالية في المادة 95 من المرسوم الرئاسي الجديد15/247 كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة.

وهكذا خول المشرع الجزائري بموجب النصوص أعلاه للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامات وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق المادة 9 :

1) في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه

تضع المصلحة المتعاقدة عند التعاقد عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ الصفقة حتى يتسنى لها الانتهاء من العملية التعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء أخر وهكذا، إلا أنه لا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن أو عدم إعطائه الأهمية التي تليق به، فالغرامة في هذه الحالة تفرض في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة.[2]

---

[1] وضاح محمود الحمود، **نفس المرجع سابق**، ص11.

[2] عمار بوضياف، **نفس المرجع سابق**، ص220.

2) في حالة التنفيذ غير المطابق

تكون هنا عند إخلال المتعاقد بالشروط المتفق عليها وكيفيات تنفيذها مع المصلحة المتعاقدة، بحيث يخرج عن الإلتزامات التي تعهد بها وبالتالي يكون محل جزاء مالي يتمثل في الغرامة التأخرية.

وقد عرف الدكتور "عثمان عياد" غرامات التأخير بأنها «تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد وتوقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية».[1]

❖ خصائص الغرامة التأخرية:

تتميز الغرامة التأخرية بمجموعة من الخصائص تتمثل في:

- **إتفاقية:** فهي محددة مقدما في الصفقة وتلتزم المصلحة المتعاقدة بها ولا يكون لها الحق في زيادتها حتى ولو أدى التأخير إلى ضرر يزيد عن ضرر الغرامة المنصوص عليها في الصفقة.
- **تلقائية:** بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أي ضرر قد أصابها.[2]
- **تطبيق بمقتضى قرار إداري:** أي دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم لتطبيقها[3].
- **لا يحتاج توقيعها إلى تنبيه:** بحيث تستحق عن التأخير وتطبق بمجرد إنقضاء الفترة المحددة في العقد وبذلك تختلف عن الفوائد التأخرية إذ يتعين الإنذار باستحقاقها.[4]

---

[1] وضاح محمود الحمود، **مرجع سابق**، ص119.

[2] محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص252.

[3] حمد محمد حمد الشلماني، **العقود الإدارية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص178.

[4] محمود خلف الجبوري، **مرجع سابق**، ص137.

- **الإعفاء من الغرامة التأخرية وذلك بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15:**

نجده خول المصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالهما إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير وذلك في المادة 147 فقرة 4 و5:[1]

- حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال والتأخر فيها.
- حالة القوة القاهرة مثل ما جاء في القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/08. قضية (ب-ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لولاية سكيكدة والتي تتمحور وقائعها في التأخير عن إنجاز مشروع نتيجة القوة القاهرة.[2]

وفي كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم أوامر بوقف الأشغال واستئنافها حسب الحالة مع تحرير شهادة إدارية.

ثانيا: مصادرة مبلغ الضمان

نظرا للصلة البالغة الأهمية التي تربط الصفقة العمومية بالخزينة العامة من جهة وبحسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد من جهة وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة، وجب أخذ الإحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات المنصوص عليها في عقد الصفقة.

وقد ألزم تنظيم الصفقات العمومية في المادة 53[3] على أن المصلحة المتعاقدة يجب أن تسند الصفقة إلى مؤسسة تعتقد أنها قادرة على تنفيذها، وجاءت المادة 54[4] تنص على إلزام المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات

---

[1] أنظر المادة 147، ف4-5، **من المرسوم الرئاسي247/15، مصدر سابق**، ص36.

[2] جمال سايس، **الإجتهاد الجزائري في القضاء الإداري**، الجزء الثاني، منشورات كليلك، الطبعة الأولى، الجزائر،2013، ص ص932 933.

[3] أنظر المادة 53، **من المرسوم الرئاسي247/15، مصدر سابق، ص16.**

[4] أنظر المادة 54، **من المرسوم الرئاسي247/15، مصدر سابق، ص16.**

الضرورية سواء من الناحية المالية أو التنفيذية أو المهنية، كما أجازت المادة 56[1] أن للمصلحة المتعاقدة أن تستعلم بكل الوسائل القانونية عن المتعامل سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد مع المتعامل المختار أو عن طريق المرافق العمومية المعنية أو البنوك أو حتى التمثيليات الدبلوماسية، وهذا التحقيق كله يأتي في سياق جمع القدر الكافي من المعلومات في مجال سوابق المتعامل الاقتصادي سواء في الداخل أو الخارج وذلك بهدف إبرام صفقة مع متعامل مأمون من جميع النواحي حتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الطريقة المتفق عليها.

تتميز الصفقة العمومية عن سائر العقود المدنية والتجارية بوجود بين يديها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ يسمى ضمان كفالة حسن التنفيذ وهو الذي تتمكن الإدارة من خلاله ممارسة سلطة مصادرة المبلغ.

ثالثا: أنواع مصادر التأمين

ويأتي التأمين على نوعين تأمين مؤقت أو نهائي:

1) التأمين المؤقت

وهو التأمين الذي يدفع عند التقدم بعطاء العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء،[2] فالتأمين المؤقت أو كما سماه المشرع كفالة تعهد يحدد أساسه القانوني في المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15 /247 «يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من نفس المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا الطلب في دفتر الشروط للدخول للمنافسة وتعد كفالة بالرجوع لمبلغ العرض ... ».[3] فالهدف من هذا الشرط هو قبول العرض وضمان

---

[1] أنظر المادة 56، من **المرسوم الرئاسي247/15، مصدر سابق، ص16.**

[2] وضاح محمود الحمود، **مرجع سابق**، ص123.

[3] صفاء فتوح **جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها**، مكتبة الوفاء الجامعية، الطبعة الأولى،الإسكندرية، 2007، ص471.

جدية صاحبه، ويصدر تأمين مؤقت إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء فترة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي.

2) التأمين النهائي

يدفع بعد قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته طبقا لشروط العقد وليس هنا كما يمنعه من الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات وإستحقاق التعويض بما لا يتجاوز التعويض الكلي لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة.

والتأمين النهائي أو كما سماه المشرع كفالة حسن التنفيذ يجد أساسه القانوني في المادة 130 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 247.[1]

فالمصلحة المتعاقدة لها أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة 03 أشهر وهو ما نصت عليه المادة 130 فقرة كما تعفيه أيضا بالنسبة في الصفقات المبرمة بالتراضي البسيط والصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية وهو ما نصت عليه الفقرة 4 من نفس المادة،[2] ويتم مصادرة التأمينات بقرار صريح من السلطة المختصة تفصح فيه عن نياتها لترتيب هذا الأثر في حق المتعاقد معها دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء حيث يعد ذلك بمثابة استعمالها لإمتياز التنفيذ المباشر.[3]

ثالثا: التعويضات

1) تعريف التعويض:

---

[1] بقولها زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة110أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط لكفالة حسن تنفيذ الصفقة.

[2] أنظر المادة 130ف3و ف4، من المرسوم الرئاسي 247/15، **مصدر سابق**، ص 32.

[3] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبقا للمرسوم الرئاسي، 247/15، القسم الثاني**، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 2017، ص28.

يعرفه الأستاذ الدكتور "سليمان الطماوي" على أنه «الجزاءات الأصيل للإخلال بالإلتزامات التعاقدية وذلك إن لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال».[1]

يتضح من خلال هذا التعريف أن التعويض هو جزاء يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلاله بإلتزاماته التعاقدية.[2]

2) كيفية تحصيل التعويض

إن المرسوم الرئاسي 247/15 لم يشير بصفة واضحة عن كيفية تحصيل التعويض، ولكن بالرجوع إلى المواد 35 فقرة 7 و36 و48 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجده لمح عن كيفية تحصيل التعويض حيث نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد أومن ضمانه دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ في حقه في حالة عدم التسديد.

ومن خلال ما سبق ذكره نستنتج بأن التعويض يمكن أن تقدره وتحصله من تلقاء نفسها على أن ينازع هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك.[3]

الفرع الثاني: الجزاءات الغير مالية (الضاغطة)

إن نظام تنفيذ الصفقة العمومية قد أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة إستعمال وسائل الضغط والإجراءات القهرية وذلك لمواجهة المتعامل المتعاقد معها من أجل إجباره للوفاء بإلتزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وهي إجراءات وقتية تمارسها المصلحة المتعاقدة من خلال حلولها محل الملتزم المقصر وتختلف هذه الجزاءات بحسب نوع عقد

---

[1] سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق**، ص503.

[2] ربيحة سبكي، **سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الإجراءات الإدارية، معاشو عمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، مولود معمري، تاريخ المناقشة، 2013/05/13، ص112.

[3] ربيحة سبكي، **نفس المرجع سابق**، ص115.

الإدارة- محل توقيعها- ففي عقد إلتزام المرافق العامة تأخذ صورة المشروع تحت الحراسة، في حين أنها في الصفقات العمومية تأخذ صورة التنفيذ على حساب المقاول في عقد الأشغال العامة أو شراء على حساب المورد في عقد التوريد،[1] هو ما سنعالجه بتفصيل فيما يلي:

أولا: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

والمقصود من هذا الجزاء أن تحل المصلحة المتعاقدة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غير غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وحسابه، وغالبا ما يتطلب من سلطات الإدارة أن تقوم بهذا الإجراء نتيجة وجود تقصير أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد، كما تنص دفاتر الشروط العامة غالبا على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في الحالات التي تحققها.[2]

من أسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال :

- إذ تأخر البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى الجهة المتعاقدة معه أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك بالرغم من تنبيهه بالكتابة.
- إذ توقف العمل كليا ودون سبب معقول.
- إذ تأخر في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها أو عجز في الإنجاز في المدة الممنوحة له.
- إذ قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريقة مباشرة أو غير مباشرة بإستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة .

---

[1] مصطفي سالم النجفي، **العقود الإدارية والتحكيم**، الأفاق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى،2011، ص 226.

[2] صفا فتوح جمعة، **نفس المرجع السابق**، ص127.

- إذ أعسر أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه .
- إذ أهمل إهمالا جسيما في تنفيذ الصفقة أو أغفل القيام بأحد التزاماته الجوهرية المنصوص عليها في الصفقة ولم يقم بإصلاح ذلك الأثر.

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية العليا في مصر ومحكمة التمييز في العراق على وجوب إعذار المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته ما لم يتضمن العقد نصا صريحا يعفي الإدارة من هذا الإجراء أوفي حالة الاستعجال والضرورة.[1]

وفي هذا الصدد نصت المادة 65 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988 على ضرورة توجيه إنذار تحريريا إلى المقاول في حال سحب قبل أربعة عشر يوما من سحب العمل منه أو وضع اليد على الموقع.

غير أنه من المستقر عليه على قرار سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العمومية أنه ينصرف إلى مشروعية هذا القرار ومدى ملائمته والتعويض عليه لكنه لا يتعدى إلى قرار إلغاء القرار، ويتضح لنا هنا أن المصلحة المتعاقدة عندما تستخدم إجراء السحب فإنها تملك الحق في إحتجاز ما يوجد في موقع العمل من منشاءات وقتية ومبان وأدوات ومواد إلى غير ذلك، ولها أن تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسؤولة لدى المقاول عما يصيبها من تلف أو نقصان.[2]

كما تملك حجز هذه الأدوات بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها من قبل المقاول، كما لها أن تبيعها لإستفاء هذه الحقوق .

وهنا من المهم وجوب التفرقة بين سحب العمل من المقاول وبين قيام المصلحة المتعاقدة بالإتفاق معه على أخذ جزء من المقاولة بنفسها أو الاستعانة بمقاول أخر، فالمقاول في الحالة الأولى يتحمل النفقات الإدارية وفي الحالة الثانية لا يتحملها.

---

[1] حسين درويش، **وسائل الضغط في العقود الإدارية**، بحث منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي، العدد الثامن عشر، 1979، ص ص247 248.

[2] سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص548.

ثانيا: الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد

في الغالب ما يرتبط هذا الجزاء بعقود التوريد فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد يحق للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته.

وقد جرى العمل على أن تمنح المصلحة المتعاقد مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ إلتزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه إنذار.

ومن المسلم به هنا أنه يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يجوز للمصلحة المتعاقدة إستخدام هذا الجزاء، وهنا يتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة بهذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفرضه.[1]

المطلب الرابع: ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

بما أن السلطات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة مع الشخص المتعاقد معها ليست مطلقة لذلك يستوجب عليها أن تمارسها وفق ضوابط وقيود نعرضها كما الأتي:

الفرع الأول: التقيد بالجزاءات العقدية

وهنا يجب أن تتقيد المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الجزاءات الواردة في الصفقة ولا يجب عليها فرض سواها.[2]

أولا: وجوب الإعذار

أن الإعذار وسيلة ضرورية تفرضها القواعد العامة بغرض تنفيذ الإلتزام ولا يصح الإعفاء عنه إلا في إطار الإستثناء بنص تشريعي، إذا يلزم أن يتضمن الإعذار بيان للمخالفات التي ارتكبت في مواجهة الإدارة وكيفية تفاديها ولا يتطلب الإعذار أن يتخذ

---

[1] صفاء فتوح جمعة، **نفس المرجع سابق**، ص477.

[2] نور الدين عبابسة، **نفس المرجع سابق**، ص55.

شكلا محددا وإنما يجوز للإدارة أن تبلغه للمتعاقد بأي طريقة على أن تبين فيه وجه المخالفة والمدة الممنوحة له لتصحيح الخطأ.[1]

ثانيا: الخضوع لرقابة القضائية

تمثل هذه الرقابة بمثابة ضمانة فعالة ضد تعسف المصلحة المتعاقدة أو مخالفتها للقانون، بحيث يقع على الشخص العمومي المتعاقد، إحترام مبدأ نسبة العقود مع الضرر الناجم عنه كما يحق للقاضي أن يمارس سلطة الرقابة على ذلك وتوقيع الجزاء المناسب من وجهة نظره.[2]

[1] مصطفي سالم النجيفي، **نفس المرجع سابق**، ص ص209 210.

[2] نور الدين عبابسة، **نفس المرجع سابق**،ص56.

الخلاصة:

من خلال دراستنا لهذا الفصل تطرقنا إلى مظاهر ممارسة السلطة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية الواردة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك خلال تطرقنا إلى السلطات التي تمارس على المتعامل المتعاقد.

وبالنظر إلى إعتبار الصفقة العمومية ما هي إلا وسيلة في يد المصلحة المتعاقدة من أجل ضمان حسن سير المرفق العام بإنتظام واطراد فإنها تخول لها جملة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة التي تمارسها على المتعاقد معها وذلك من خلال بسط رقابتها عليه لضمان التنفيذ السليم للصفقة، وفي حالة إخلاله في التنفيذ يتم توقيع عليه هذا الأخير جزاءات ردعية سواء كانت مالية أو ضاغطة.

والجدير بالذكر أن كل هذه السلطات تلتقي تحت قاسم مشترك مفاده:

- أن هذه السلطات مخولة للمصلحة المتعاقدة دون غيرها في مجال تنفيذ الصفقات العمومية.
- أن الهدف من وراء ممارسة هذه السلطات هو إستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد بغرض تحقيق الصالح العام.
- المصلحة المتعاقدة تمارس هذه السلطات حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد.
- لا يجوز التنازل عنها لأي كان ولأي سبب وذلك لاعتبارها من النظام العام.

الفصل الثاني

تتمثل القاعدة العامة التي تحكم العقود المدنية في القانون الخاص أن (العقد شريعة المتعاقدين)، بحيث لا يجوز كما هو معلوم نقضه أو إلغائه إلا بموافقة الطرفين المتعاقدين، حيث تطبق هذه القاعدة على كافة العقود (القانون الخاص)، وذلك لاعتبار هذا الأخير يقوم على مبدأ المساواة بين أطرافه بحيث لا يكون لأي طرف في العقد حقوقا أكثر من الطرف الأخر.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أن القواعد المعمول بها في العقود المدنية تتعطل في مجال العقود الإدارية، يرجع ذلك لإعتراف القانون الإداري والقضاء الإداري بسلطات وإمتيازات مخولة للمصلحة المتعاقدة دون غيرها، وذلك في مجال تنفيذ الصفقة العمومية بإعتبارها من أهم السمات التي تتوفر أثناء تنفيذ الصفقة، بحيث تهدف هذه السلطات أو الإمتيازات إلي تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد وإشباع حاجات الجمهور، وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع بهذه السلطات حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد وذلك لكونها تتعلق بالنظام العام أي لا يجوز التنازل عنها ومن بين هذه السلطات سلطة التعديل الإنفرادي للعقد وسلطة إنهاء العقد.

ولأجل تحديد هاته السلطات قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول سنتطرق فيه إلي سلطة التعديل الإنفرادي للعقد، أما المبحث الثاني فخصصناه إلى سلطة إنهاء العقد.

المبحث الأول: سلطة التعديل الإنفرادي للعقد

الأصل في عقود القانون الخاص سريان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق طرفيه، بحيث تخضع العقود في القانون الخاص لمبدأ ثبات العقد واستقراره، فلا يجوز إدخال أي تعديل على العقد أو فسخه إلا باتفاق طرفيه أو بالإستناد إلى نص في القانون، فالعقد يعتبر عملا قانونيا لا يجوز فسخه أو تعديله لما يحتويه من قوة ملزمة لطرفيه، وهذا الأخير لا يكون بنفس المدى كما هو الحال في العقود المدنية ويعود اختلاف العقود الإدارية عن نظيرتها المدنية في كونها تستهدف وجه المصلحة العامة والمتمثلة في سير المرفق العام، فالعقد الإداري من جانب الإدارة ليس

عقدا بين طرفين متساوين، حيث تمتلك المصلحة المتعاقدة هنا الحق في تعديل نصوص العقد وفقا لما تتطلبه المصلحة العامة، كما تمتلك الحق أثناء تنفيذ الصفقة تعديل إلتزمات المتعاقد سواء بالزيادة أو بالنقصان وتعديل شروط تنفيذ العقد والمدة المتفق عليها، وذلك دون الحاجة لموافقة المتعاقد معها واحتجاجه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ونظرا لأهمية وخطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة سوف نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم سلطة التعديل وشروط ممارستها، الأساس القانوني لسلطة التعديل (الملحق)، ثم نتجه إلي ضوابط ممارسة سلطة التعديل الإنفرادي، وصولا إلي نطاق سلطة التعديل الإنفرادي كمطلب أخير.

المطلب الأول: تأصيل سلطة التعديل وشروط ممارستها

تعتبر سلطة التعديل من أهم مظاهر تمييز عقود الصفقات العمومية عن سائر عقود القانون الخاص، بحيث إذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أي منهم بسلطة انفرادية اتجاه الأخر تمكنه من خلالها بتعديل أحكام العقد بإرادته وإلزام الطرف الأخر بهذا التعديل، فإن القانون الإداري وخلافا القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص تمكن جهة الإدارة من تعديله بإرادتها المنفردة، ويكاد يفقه القانون والقضاء المقارن على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل هذه الفكرة يعود لحسن سير المرفق العام، بحيث تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو بالنقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة حتى إن لم يتم النص عليه في العقد متى دعت ضرورة حسن سير المرفق العام ذلك.[1]

نظرا لكون المصلحة المتعاقدة تسعى لتحقيق المصلحة العامة كان لابد لها من أن تتمتع بامتيازات تجاه المتعاقد معها، تتمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ولا يحق للمتعاقد معها هنا الإعتراض أو الاحتجاج طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة من أجل حسن سير المرفق العام.

---

[1] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي247/15**، المؤرخ في 1سبتمبر2015 جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، القسم الثاني،2017 ، ص ص11-12.

الفرع الأول: شروط إستعمال الإدارة لحق تعديل العقد

لا يعتبر حق المصلحة المتعاقدة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة حقا مطلقا تمارسه متى تشاء، فهو لم يمنح لها بصفتها جهة حكومية أو إدارية، بل منح لها من أجل إستخدامه في الوقت المناسب والذي تري فيه وجود خلل معينا يؤثر على حسن سير المرفق العام، كما أنه قد يؤدي إلى تهرب الإدارة من إلتزماتها التعاقدية، لذلك فرض القانون الإداري مجموعة من القيود التي لابد من الإدارة التقيد بها عند اتجاه نيتها لإجراء أي تعديل على مضمون العقد بحيث يمكن إجمالها فيما يلي:[1]

أولا: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد

لاشك في أن المصلحة المتعاقدة هي من تمارس سلطتها في التعديل كما تباشرها على نحو يراعي موضوع الصفقة الأصلي ولا يتجاوزه، بحيث لا يجوز للإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغير موضوع الصفقة وإرهاق الطرف المتعاقد معها.[2]

وقد جري القضاء الإداري في فرنسا على عدم جواز تعديل نصوص العقد على أساس أن هذه الشروط غير قابلة للتعديل، إذا أن هذا الأمر يستلزم أخذ موافقة الطرف الثاني وإقالة العقد القديم وإنشاء عقد جديد متى توفرت عناصره.[3]

وهنا نجد أن المصلحة المتعاقدة ليس بإمكانها تعديل أحكام الصفقة على نحوي يغير موضوعها مثلا وإلا كنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد معا الإدارة عند قبوله التعاقد معها وإلتزامه بتنفيذ مضمون الصفقة في أجال محددة، فإنه يراعي في ذلك قدراته المالية والفنية، فإذا أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للصفقة فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها، ومن هنا وجب أن يكون التعديل لا يؤثر على العقد الأصلي أو الصفقة الأصلية.

---

[1] وضاح محمود الحمود، **مرجع سابق**، ص102.

[2] عمار بوضياف، **مرجع سابق**، ص 13.

[3] صفاء فتوح جمعة، **مرجع سابق**، ص486.

ثانيا: أن يكون التعديل لأسباب موضوعية

مما لاشك فيه أن المصلحة المتعاقدة حينا مباشرتها لسلطتها في تعديل في تعديل العقود الإدارية والصفقات العمومية أنها لا تتحرك من فراغ بل هناك عدة عوامل تدفع بها إلي تعديل هذا العقد أو الصفقة، وذلك لغرض ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمات العامة للجمهور على أكمل وجه.

فقد تتعاقد الإدارة العامة في ظل ظروف معينة، وقد تتغير هذه الظروف في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في الصفقات العمومية التي تتطلب مدة طويلة لتنفيذها كعقد الأشغال أو عقد اقتناء اللوازم، فعند تغيير الظروف وجب الإعتراف للمصلحة المتعاقدة بحقها في تعديل الصفقة وذلك بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع الصفقة الأصلية ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.

ثالثا: أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة المشروعة

عند قبول الإدارة لتعديل الصفقة فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري، بحيث تصدر السلطة المختصة قرارا إداريا تعلن بموجبه عن نيتها في تعديل الصفقة، بحيث وجب حينئذ أن تتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا.

على الرغم من تصنيف الفقه لأعمال الإدارة على أنها نوعان إنفرادية من جهة وتعاقدية من جهة ثانية، إلا أن العلاقة بينهما قائمة فإذا قامت الإدارة بإصدار قرار إداري له علاقة بالصفقة العمومية، كالقرار المتعلق بأعمال جديدة واردة في الصفقة العمومية، حيث تقوم الإدارة هنا بإصدار قرارها ثم تبادر للإعلان عن التعديل.

وكما لاحظنا بالنسبة للإشراف أن المصلحة المتعاقدة تصدر قرارات بموجبها تعلن عن تعليمات موجهة للمقاول تتعلق بتنفيذ موضوع الصفقة، بحيث يجب الإشارة هنا إلى أن الفقه الإداري لم يسلم كله بسلطة التعديل، بحيث هناك من الفقهاء من أنكرها على الإدارة وهناك من أيدها وحصرها في نوع معين من العقود كعقد الأشغال العامة وعقد الإمتياز، مثلا بتضمينه شروط لائحية تسوغ للمصلحة المتعاقدة حق التدخل لتعديل بنود

العقد وكذلك الحال في عقد الأشغال، أما في العقدين المذكورين فإنه لا يجوز مباشرة حق التعديل إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في العقد.[1]

المطلب الثاني: الأساس التنظيمي للملحق (سلطة التعديل) في الجزائر وشروط ممارستها

سلطة التعديل موجودة منذ القدم في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، حيث نصت عليها المادة 12 البند 4 و5 صراحة من القرار المؤرخ في 1964/11/21، حيث يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، واللتان أجبرتا المقاول على تنفيذ أو أمر المصلحة بدقة، وخضوعه لجميع التغيرات المفروضة عليه كما وردت سلطة التعديل في المادة 32 من ذات الدفتر، فبالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 بالضبط المواد من 135 إلى 139، نجدها وردت تحت عنوان القسم الخامس للملحق Lavenant حيث أجازت المادة 135 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق الصفقة، ولكنها اشترطت أن تتم على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.

والمقصود بالملحق طبقا للمادة 136«يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة».

ومن خلال النص أعلاه نستنتج أن سلطة التعديل تجدد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 136 من المرسوم الرئاسي والتي أباحت للمصلحة المتعاقدة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا بالزيادة أو النقصان، كما أشارت وفي نفس المادة على أن الملحق ليس عقدا فريدا ومستقلا بذاته بل له علاقة بالوثيقة الأم أو الصفقة الأصلية، فمن خلاله نعرف مجال الزيادة أو النقصان، أو البنود الجديدة أو الأعمال والخدمات الجديدة أو ما تم التقليل منه من جانب الخدمات.[2]

---

[1] عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر**، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ص ص14 15.

[2] عمار بوضياف، **المرجع السابق**، ص ص 16 17.

من أجل ممارسة سلطة التعديل من خلال وثيقة الملحق لابد من توفر الشروط التالية:

الفرع الأول: أن يكون الملحق مكتوبا

طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة طبقا للمادة 2 من المرسوم الرئاسي لسنة 2015، نلاحظ أن عنصر الكتابة أمر لازم وذلك في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وذلك كون المشرع عبر عنها بعبارة – الملحق وثيقة – لذلك كان لابد من أن تكون مكتوبة ليستثني المتعاقد معها معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها.

الفرع الثاني: أن لا يؤدي التعديل إلي المساس الجوهري بالصفقة وتوازنها

وهذا ما نصت عليه المادة 136 فقرة 8 بقولها «ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها».

ويعتبر هذا الشرط طبيعي ولازم وذلك لكون التعديل الجوهري من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة، مما قد يفتح المجال نحو الفساد الملح خصوصا أن إجراءات الملحق بسيطة وليست معقدة كما هو الحال بالنسبة لإجراءات طلب العروض لكونها طويلة ومعقدة.[1]

الفرع الثالث: أن تبادر الإدارة المعنية إلي إبرام الملحق أثناء فترة التنفيذ أو ضمن الآجال التعاقدية

وهذا الشرط نجد أساسه القانوني في المادة 138 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها «لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود أجال التنفيذ التعاقدية ...».

[1] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي247/15**، ص18.

الفرع الرابع: أن يتم مراعاة الملحق لكل الجوانب الإجرائية

أرسى المشرع قاعدة من خلال المادة 139 من المرسوم الرئاسي الجديد مفادها أنه حتى وإن لم يكن للملحق أثر مالي كبير ومعتبر فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المعنية، وهذا من باب تبسيط الإجراءات وكذلك الأصل، فإذا كان الملحق لا يعدل من تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية والتقنية وأجل التعاقد أو المدة الإنجاز والحد المالي المبين في المرسوم، وقد تم تحديده في المرسوم ذاته الحالات التي تلتزم الإدارة بتوافرها لإحالة ملف أو مشروع الملحق على لجنة الصفقات المعنية.

الفرع الخامس: خضوع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المختصة

هذا ما نصت عليه المادة 138 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأخيرة بقولها «تعرض الملاحق المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 أعلاه، مهما كان مبلغها على هيئة الرقابة الخارجية للجنة الصفقات المختصة».[1]

أولا: حالات عدم خضوع الملحق للرقابة

لقد حدد المرسوم الرئاسي 247/15 الحالات التي قد تلتزم فيها المصلحة المتعاقدة عند توفرها بإحالة الملف أو المشروع الملحق على لجنة الصفقات المختصةّ، إلا أن هناك حالات لا يلزم فيها المرسوم سالف الذكر إلى إخضاع الملحق إلى الرقابة الخارجية وهي كالأتي:

1) عدم تجاوز الملحق للحدود المالية المحددة في المرسوم

وهذا ما نصت عليه المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15،[2] والمضمون من هذه المادة هو أن الملحق لا يخضع إلى الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوع لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصان 10%من المبلغ الإجمالي

[1] أنظر المادة 138 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي247/15، **مصدر سابق**، ص34.

[2] أنظر المادة 139، **المصدر نفسه**، ص34.

للصفقة، وهذه النسبة محددة أمام كل اللجان مقارنة بالمرسوم الرئاسي السابق 236/10 الذي حددها نسبة 20% خاصة بالصفقات التي تكون من إختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة و10% خاصة بالصفقات التي تكون من إختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

2) حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي أثر مالي

وهنا نكون أمام تغيير في بنود الصفقة الأصلية دون أن ينجم عن هذا التغيير أي أثر مالي، في هذه الحالة تتحرر الإدارة من إجراء إحالة مشروع الملحق للجنة الصفقات المختصة.[1]

3) حالة الملحق الذي لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة

لقد نصت المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 على إعفاء الملحق من فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان الموضوع لا يمس بتسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية والتقنية وآجل التعاقد.[2]

ثانيا: حالات خضوع الملحق لرقابة

لقد أطر المرسوم الرئاسي الحالات التي تلتزم من خلالها المصلحة المتعاقدة عند توفرها بإحالة الملف أو المشروع الملحق لرقابة لجان الصفقات المختصة:

1) حالة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة

قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أو بعد تنفيذها وقائع وأحداث لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد بحيث يؤدي وجودها إلى إحداث إختلال في التوازن الاقتصادي

[1] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15**، ص217.

[2] أنظر المادة 139 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي247/15، **مصدر سابق**، ص34.

للعقد ويعتبر اختلالا معتبرا،[1] وهو ما نصت عليه المادة 138 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15.[2]

2) حالة إقفال ملف الصفقة

قد يكون الغرض من إعداد الملحق إقفال ملف الصفقة بصفة نهائية، ففي هذه الحالة يخضع الملحق للرقابة الخارجية المسبقة المتمثلة في لجنة الصفقات المختصة.[3]

3) حالة الخدمات الجديدة أو الإضافية

قد تبرز في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية جملة ظروف موضوعية تدفع الإدارة المعنية لضرورة تعديلها بما يدخل في عين الاعتبار أعمالا أو خدمات تكميلية لم يتم النص عليها في الصفة الأصلية، ولكنها مع ذلك ذات علاقة بها ولابد من عرض الأمر على لجنة الصفقات المختصة في هذه الحالة وهو طبقا لما نصت عليه المادة 136 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر.[4]

المطلب الثالث: ضوابط ممارسة سلطة التعديل

تتميز سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة بأنها ليست مطلقة وإنما تحكمها عدة ضوابط وقيود لابد من توفرها حتى يمكن ممارستها، ويتمثل الهدف الأساسي لهذه القيود هو إحترام قواعد المشروعية الإدارية وتوفير الحد الأدنى من الضمانات لحقوق المتعاقد معها، فالقضاء الإداري عند نصه على الضوابط كان ينبغي الوصول إلى مصلحة مزدوجة المصلحة العامة من ناحية وهي التي تسعى إليها الإدارة وذلك لأن السلطة المطلقة بلا قيود تأتي بلا شك ضد هذه المصلحة، ومن ناحية أخرى مصلحة المتعاقد مع الإدارة وهي هدف القاضي من وراء وضع ضوابط لممارسة هذه السلطة فهي تمثل ضمانا لعدم تعسفها في إستخدام سلطتها.

---

[1] عمار بوضياف، **نفس مرجع سابق**، ص209.

[2] أنظر المادة 138 فقرة2، من المرسوم الرئاسي247/15، **مصدر سابق**، ص34.

[3] عمار بوضياف، **نفس مرجع سابق**، ص34.

[4] أنظر المادة 136 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي247/15، **مصدر سابق**، ص33.

الفرع الأول: الضوابط التي يترتب عليها بطلان التعديل

وهي تلك الشروط المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة لتعديل عقودها بالإرادة المنفردة، حيث تعتبر القرارات الصادرة دون مراعاتها مشوبة بعيب مخالفة القانون، كما يجوز للمتعاقد طلب إلغائها من قاضي العقد، كما يستطيع الإمتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع المخالف للقيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية، والقيد الخاص بوجوب أن كون الصالح العام هو الهدف المبتغي من خلال ممارسة هذا التعديل، بحيث يتعين لصحة إجراءات التعديل توافر أربعة شروط وهي:

أولا: أن يكون التعديل لأسباب أو مستجدات طرأت بعد إبرام الصفقة

وهنا يجب أن تكون قد طرأت مستجدات أو ظروف بعد إبرام الصفقة تبرر هذا التعديل، فالمصلحة المتعاقدة لا تستطيع أن تلجأ إلى تعديل شروط الصفقة بإرادتها المنفردة دون حدوث أي تغيير للظروف التي كانت الصفقة قد أبرمت في ظلها،[1] وهذه الظروف وجب أن تكون مغايرة تماما للظروف التي أبرمت الصفقة فيها.[2]

ثانيا: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد

إن المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطة التعديل وجب عليها ممارستها مع مراعاتها لموضوع العقد الأصلي بحيث يجب أن لا تتجاوزه، كما يجب عليها أن لا تتخذ من هذه السلطة ذريعة لتغيير موضوع الصفقة، وذلك بغية إرهاق المتعاقد معها،[3] وهنا يتعين على المصلحة المتعاقدة عند قيامها بسلطة التعديل أن تأخذ بعين الإعتبار بأن المتعاقد معها قد تعاقد معها وفقا لما يمتلكه من إمكانيات مالية وفنية، بحيث أن أي تغيير في موضوع الصفقة يجعله غير قادر على التعاقد، أو يقبل التعاقد وبالمقابل يستعمل وسائل أو تقنيات رديئة من حيث مصدرها أو نوعيتها.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري**، مرجع سابق، ص 444.

[2] سبكي ربيحة، **مرجع سابق**، ص48.

[3] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي247/15**، **مرجع سابق**، ص 213.

ثالثا: أن يصدر قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية

إن تعديل العقد من طرف المصلحة المتعاقدة لا يكون إلا بقرار إداري صادر عنها يتضمن تعديل الصفقة، وبالتالي يجب أن يكون هذا القرار مستوفيا لكل الأركان ليكون قرارا صحيحا أي مستوفيا لكل أركان المشروعية الإدارية،[1] أي لا يتجاوز حدود المشروعية ذلك لأن مبدأ المشروعية هو المبدأ أو الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.[2]

رابعا: يجب أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرافق العامة

يتمثل أساس سلطة التعديل في إشباع حاجات المرفق العام، كما أن هذا الأساس هو الذي يحدد نطاق التعديل أي مجاله ومحله،[3] بحيث يترتب على هذا القول أن سلطة الإدارة أثناء تعديلها لعقودها الإدارية لابد لها من أن تقتصر على النصوص المتصلة بالمرفق العام، والتي يجب أيضا علي المتعاقد التقيد بها لصالح المرفق العام، ومن هنا نستنتج بأنه لا يجوز لسلطة التعديل أن تتناول النصوص المتعلقة بالمزايا المالية التي دفعت بالمتعاقد إلى إبرام الصفقة مع المصلحة المتعاقدة، كما أن كل من الفقه والقضاء الإداري إجتمعا تقريبا بقولهم أن هذه النصوص لها صلة بفكرة المرفق العام فلا يجوز المساس بها.[4]

الفرع الثاني: الضوابط التي يترتب على مخالفتها حق المتعاقد في فسخ العقد

بالإضافة للقيود السابقة الذكر والتي يترتب على مخالفتها بطلان التعديل، فهناك قيود يترتب على مخالفتها ليس بطلان التعديل بل يحق للمتعاقد أيضا طلب فسخ الصفقة مع أولويته في طلب تعويض إذا ما توفرت شروطه وسنوضح هذه الضوابط فيما يلي:

---

[1] بولقداير عبد الكريم، **سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر**، مذكرة تخرج من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص ص 26 27.

[2] الجدوري محمد خلف، **العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،،2009، ص ص 154 155.

[3] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص232.

[4] إبراهيم طه الفياض، **العقود الإدارية**، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، ص192.

أولا: تجاوز الإدارة نطاق التعديل المحدد في العقد أو دفتر الشروط والمحدد قانونا

إذا تم تحديد الحد الأقصى للتعديلات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في الصفقة أو دفتر الشروط وقرر حق المتعاقد في فسخ العقد حال تجاوزها فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتجاوز في تعديلاتها هذا الحد، وإلا حق للمتعاقد طلب فسخ العقد ومثل ذلك ما ورد في المادة 30 و31 من دفاتر الشروط العامة للجسور والطرق في فرنسا والتي تقرر بموجبها حق طلب الفسخ إذا ما تجاوزت الإدارة نطاق التعديلات المنصوص عليها في دفاتر الشروط.[1]

فالغرض من هذا القيد أن المتعاقد حين إبرامه للعقد مع الإدارة وضع في إعتباره لإحتمالية التعديلات التي يمكن أن تقوم بها المصلحة المتعاقدة أثناء التنفيذ كما وضع في حسبانه أن الإدارة ملزمة بالحدود والنسب التي تنص عليها اللوائح، فإذا تجاوزت هذه النسب وجب عليها الرجوع إليه والحصول على موافقته بإعتبار أن ذلك تعاقدا جديدا يبرم بموجب إتفاق إدارتين جديدتين، ويجب أن لا تكون الزيادة بشكل كبير بحيث تصبح الأعمال الأصلية قليلة بالنسبة للأعمال الإضافية على نحو يجعلها تابعة لأعمال إضافية.[2]

ثانيا: أن يترتب على التعديل فرض أعباء جديدة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد

وبذلك لا يجوز للمصلحة المتعاقدة فرض أي تعديلات مع المتعاقد من شأنها طرح أعباء تتجاوز الحدود الطبيعية والمعقولة وتؤدي إلى إرهاق المتعاقد وتحميله فوق قدراته المالية والفنية، ومن هنا وجب ألا تتعدى التعديلات إمكانيات المتعاقد وإلا جاز للمتعاقد طلب فسخ الصفقة،[3] وذلك تأسسا بأن التعويض الذي تلتزم به الإدارة في مقابل حقها في

---

[1] فتوح محمد هنداوى، **مرجع سابق**، ص174.

[2] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، دون سنة نشر، ص111.

[3] حمد محمد الشلماني، **إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، مرجع سابق، ص ص159 161.

التعديل لا يكفي لجبر الضرر الناشئ عن التعديل،[1] لاسيما أن التعديل سيكون بنفس الأسعار وشروط العقد الأصلي والذي مضي على إبرامه مدة طويلة قد تكون تحركت خلالها الأسعار مما يرهق المتعاقد مع الإدارة ومن هنا وجب أن تصدر التعديلات متناسبة مع قدرات المتعاقد الفنية والمالية وإلا جاز له الامتناع عن تنفيذها وطلب فسخ العقد، وفي نفس الوقت يحق لصالح الإدارة إذا كانت التعديلات المطلوبة تفوق قدرات المتعاقد وإمكانياته مما يؤدي إلى تعطيل تطوير المرفق جاز لها فسخ العقد.[2]

ثالثا: أن يترتب على التعديل قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب

وهنا يجب ألا يصل التعديل لدرجة يكون من شأنها قلب إقتصاديات الصفقة وحدوث خلل فادح وإلا جاز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء وطلب فسخها، كما يحق للمتعاقد مع الجهة الإدارية الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء التنفيذ بسبب تدخل الإدارة لتعديل في صلب وجوهر العقد، حيث يعطي قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحق للمتعاقد في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء تدخل الإدارة بما لها من سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ويمثل شرط عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد قيدا على جهة الإدارة أثناء ممارسة سلطة التعديل فيحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن حالة عدم إلتزام الإدارة بهذا القيد وقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي فكرة الأعمال الجديدة للتعبير عن قلب اقتصاديات العقد، فالمصلحة المتعاقدة لا تستطيع فرض على المتعاقد أعملا ليست لها صلة بالأعمال الأصلية.

الفرع الثالث: الضوابط التشريعية لممارسة الإدارة سلطة التعديل الإنفرادي

وهي القيود التي نصت عليها المادة 87 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 والتي تنص على ضرورة الإدارة مراعاتها وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

---

[1] سليمان محمد الطماوي، **مرجع سابق**، ص 468.

[2] فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص176.

أولا: موافقة السلطة المختصة على التعديل

تتمثل السلطة المختصة بإجراء تعديل الصفقة هي نفسها السلطة التي أبرمته على نحو ما هو موضح في المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات والتي تنص على"... يقصد بالسلطة المختصة في تنفيذ أحكام القانون المرافق، الوزير ومن له سلطاته، أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق إختصاصه وضمانا لتوافق تعديل العقد الإداري مع المصلحة العامة فإنه يتعين موافقة السلطات المختصة بإبرام الصفقة على تعديله، ويصدر التعديل وينتج أثره إذا صدر من السلطة المختصة بإجرائه.

والملاحظ هنا أن موافقة السلطة المختصة فقط يكون في حدود نسبة 25% من الكمية المتعاقد عليها بلا زيادة ولا نقصان وينتج التعديل أثره دون الحاجة لموافقة المتعاقد، أما ما يتجاوز نسبة 25% فلا يكفي هنا موافقة السلطة المختصة بل لا بد من الحصول على موافقة المتعاقد أيضا ويجب صدور التعديل من السلطة المبرمة للعقد وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا.[1]

ثانيا: ضرورة وجود الاعتماد المالي اللازم للتعديل

وهذا أمر منطقي إذ لا يجوز تكليف المتعاقد بأعمال زائدة دون تقدير الثمن لها، ويجب التأكد من قدرة الإدارة على الوفاء بمقابل الأعمال الزائدة، كما أن إبرام عقود الصفقات يستلزم توفر اعتماد مالي كافي من أجل مواجهة الأعباء المالية لتنفيذ التعاقد وذلك لعدم إرباك موازنة الإدارة ورغبته في تمكين الإدارة من الوفاء بالتزاماتها المالية قبل التعاقد معها فإن الأمر ذاته يسرى على تعديل عقود الصفقات.

[1] فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص179.

وهنا يتعين على جهة الإدارة التأكد من وجود الإعتماد المالي الكافي لمواجهة النفقات المستجدة والناجمة عن التعديل، وهنا لا يحق للإدارة التقاعس عن سداد مستحقات المتعاقد لنفاذ الاعتماد المالي.[1]

ثالثا: صدور التعديل خلال فترة سريان العقد وأثناء التنفيذ

وفقا لنص المادة 78 من اللائحة التنفيذية من قانون المناقصات والمزايدات فإن صدور التعديل أثناء مدة تنفيذ الصفقة العمومية هو أمر منطقي وبديهي دون الضرورة لنص عليه،[2] فإنهاء عقود الصفقات نهاية طبيعية أو مبسترة يؤدي بالتبعية إلى إنهاء كافة حقوق الإدارة تجاه المتعاقد معها ومنها حقها في تعديل الصفقة، حيث يرد التعديل والحال كذلك على غير محله فا يستحيل إعمال إثره، وعلى خلاف المألوف في معاملة الأفراد فيما بينهم فإن للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل الصفقة أثناء تنفيذها لتعديل إلتزامات المتعاقد معها وعلى صورة لم تكن معروفة وقت إبرامها، ويمكن وصف طلب التعديل الصادر من الإدارة بعد إنتهاء الصفقة بأنه رغبة من المصلحة المتعاقدة بغرض إبرام صفقة جديد فإذا قامت الإدارة بإسناد أعمل إضافية بعد إنتهاء مدة الصفقة فإن ذلك يعد تعاقدا جديدا ولا يعد تعديلا للعقد.

المقصود من فترة سريان العقد والتي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي فترة قيام العقد وإن تراخى في تنفيذه من جانب المتعاقد مع الإدارة ومن هنا يتضح أن فترة سريان العقد لا تعني المدة المتفق عليها بل تعني مدة تنفيذ الصفقة، فطالما أن الصفقة لم تنتهي فمن حق المصلحة المتعاقدة تعديلها متى ارتأت ذلك.[3]

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**، مرجع سابق، ص44.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية**، الطبعة2008، ص 267.

[3] فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص ص182 183.

رابعا: ألا يؤثر التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه

وهنا يجب أن يكون سعر ما قام به المتعاقد أقل المتعاقدين سعرا عند الحساب الختامي للعملية، وذلك بمعنى ألا تتجاوز الفئة الإجمالية للعقد عند الحساب الختامي للمشروع محل التعاقد قيمة العطاء المالي للمتعاقد في سجل المتناقصين بحيث يجب أن يكون العطاء الذي أرسيت عليه المناقصة وتم التعاقد مع صاحبه هو الأقل سعرا رغم تعديل أحد بنوده تحقيقا للمصلحة العامة، حيث تم وضع أسس وقواعد في قانون المناقصات والمزايدات لإرساء الصفقة على أفضل العطاءات المقبولة حفاظا على المال العام الذي تبذله الدولة من موازنتها لذلك لابد من أن تكون الصفقة جارية بين متناقصين على أساس موضوعي وليس ظاهريا بحيث لا نكتفي بالقيمة الرقمية للعطاء لتحديد أو لويته الحقيقية، وذلك لما يحقق المساواة بينهم للوصول إلى صاحب أقل العطاء وأفضلها.

خامسا: عدم تجاوز النسبة المحددة قانونا وموافقة المتعاقد حال تجاوزها

وهذا ما نصت عليه المادة 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشان تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار من وزير المالية رقم 1967 لسنة 1998 على انه «يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة ووجود الإعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتب عطائه».

ونلاحظ أن المشرع هنا وحد نسبة التعديل في جميع عقود الصفقات والمقدرة نسبتها بـ 25% بالنسبة لكل بند من بنود صفقة وليس من إجمالي الصفقة، وهذا المسلك الجديد يتسم بالعدالة أكثر من سابقه، ويحقق مصلحة المتعاقد بالدرجة الأولى.[1]

[1] فتوح محمد هنداوي، **مرجع سابق**، ص185.

المطلب الرابع: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي

تعتبر سلطة التعديل الإنفرادي من جانب الإدارة بمثابة مبدأ عام يطبق على جميع عقود الصفقات، فكل العقود الإدارية قابلة للتعديل من طرف المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة لإرتباطها بفكرة إستمرارية المرفق العام، لكن يخرج عن نطاق تطبيق هذه السلطة العقود المحددة بصورة كلية ونهائية عن طريق إما القانون أو اللائحة، فهذا النوع من العقود لا تستطيع الإدارة إجراء تعديل بشأنها فسلطة التعديل الانفرادي وإن كانت تشمل كافة أنواع العقود الإدارية إلا أنها تتراوح قوة وضعفا وفقا لمدى ارتباط العقد بالمرفق العام، وعليه سنتناول التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد سواء بالزيادة أو النقصان، وكذلك طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة بالإضافة إلى مدة تنفيذ الصفقة سواء بتقصير المدة أو لمداها مرورا إلى شروط إستعمال الإدارة لحق تعديل الصفقة.

الفرع الأول: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

هنا يحق للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بالتعديل في مقدار الالتزامات المتعاقد معها سواء كان بالزيادة أو بالنقصان، وهذا التعديل يطلق عليه بالتعديل الكمي بحيث يرد على مقدار الالتزامات وليس نوعها، كما أنه معترف به للإدارة سواء تم النص عليه أو لم ينص، فهو مقرر بنص المادة 78 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 بشان المناقصات والمزايدات، بالإضافة إلى نص المادة 82 من نفس اللائحة حيث نص على المقادير والأوزان بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعا لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والمبالغ التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا سواء كانت تلك الكميات أقل أو أكثر من الواردة بالمقاييس أو الرسومات، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطا في حساب المقاييس الإبتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقا لأحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتب عطائه.

أولا: التعديل بالزيادة

ومن ذلك زياد مقدار كميات الأوزان والأصناف أو إضافة حجرات أو ملحقات جديدة بالمبنى المقرر إنشاؤه في عقد الأشغال العامة، أو بزيادة كمية التوريد المتفق عليها والمتمثلة في الزيادة التي تفرضها ظروف العمل، كما يشترط لزيادة الكميات أو حجم الأعمال المتعاقد أن تكون الأعمال الإضافية من ذات جنس ونوع الأعمال المتفق عليها.

بالإضافة إلي هذه الصور من التعديل التي تقتضيها ظروف التعديل، فإن المصلحة المتعاقدة قد تري بأنه يوجد تعديل لا تفرضه ظروف التنفيذ، بل تري أن هذا التعديل فيه تحقيق للمصلحة العامة أو الاستفادة من العقد بصورة أفضل كما لو كان من شأن التعديل توفير مبالغ مالية كبيرة أو بالاستفادة من الأشغال بصورة أفضل، كما يكون لسلطة التعديل مدي واسعا في عقد التزام المرافق العامة حيث تستوجب هذه العقود مشاركة المتعاقد في تسيير المرفق العام بخلاف عقود التوريد العام كما هو الحال بالنسبة لعقود الالتزام والأشغال العامة، بحيث يقتصر الأمر على مجرد مشاركة الغير والمباشرة في صورة أداء يكون غرضه إشباع الحاجات العامة، فنطاق سلطة التعديل في هذه العقود يكون ضيقا للغاية مقارنه معا غيره من العقود الأخرى، وهذه السلطة تمارسها الإدارة حتى في حالة سكوت العقد عنها كما لها الحق في زيادة أو إنقاص كميات ومقدار الالتزامات العقدية وفقا للنسب المقررة بلائحة المناقصات والمزايدات، لكنها في المقابل لا تملك الحق في أمر المتقاعد بالقيام بأعمال جديدة.

ثانيا: التعديل بالإنقاص

تمتلك المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل الصفقة بتخفيض حجم التزامات المتعاقد المتفق عليها في الصفقة، بما يؤثر على تنفيذ الصفقة جزئيا، وهذا التعديل يتمثل في خفض كمية المواد الموردة بنسبة معينة في عقد التوريد أو بإلغاءها بصورة معينة، أو بالتقليل من حجم الخدمات المقدمة لجمهور المنتفعين ضمن عقد التزام المرافق العامة، وللإدارة هنا الحق في تعديل إنقاص الكمية المتعاقد عليها متى تطلبت الضرورة ذلك،

ويكون هذا بإفصاح سلطات الإدارة عن ذلك بقرار صريح منها فلا يكون أمام المتعاقد إلا الاستجابة لأوامر الإدارة.[1]

وحتى وإن لم تفصح المصلحة المتعاقدة عن هذا التعديل بالإنقاص التزمت بتنفيذ الصفقة كلها وفقا للشروط، ووجب على المتعاقد معها تنفيذ كل الالتزامات المتفق عليها، وهنا لا يجوز للإدارة إنقاص الكميات المتفق على تنفيذها، ثم يترتب عن ذلك تنفيذ كميات أكبر بواسطة متعاقد أخر، ذلك لأن هذا يعتبر إخلالا من جانب الإدارة بإلتزاماتها التعاقدية وهذا يتنافي مع مبدأ حسن النية الواجب على المصلحة المتعاقدة التقيد به.

الفرع الثاني: التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد المنصوص عليها في العقود

يحق للمصلحة المتعاقدة من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد وإشباع الحاجات العامة أن تقوم بتعديل بعض نصوص الصفقة إذا دعت الضرورة ذلك، وذلك من خلال أمر المتعاقد معها بإستخدام وسائل فنية أكثر تطورا من الوسائل الأخرى التي كانت موجودة أثناء إبرام الصفقة، بحيث يستوجب على المتعاقد تنفيذ كل الأوامر دون أن يكون له الحق في الإعتراض على ذلك بحجة أنه مخالف للعقد المبرم بينه وبين الإدارة، وفي المقابل يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بالتعويض عن كل الأضرار التي لحقت به جراء ممارسة الإدارة لصلاحيتها في التعديل.

حيث أثير هذا الأمر أمام مجلس الدولة الفرنسي، ويتمثل في البحث عن مدي أحقية المصلحة المتعاقدة في فرض التحسينات الجديدة على المتعاقد معها، وذلك بإجباره على مسايرة التقدم العلمي في كيفية أداء الخدمة، وكأن ذلك على وجه الخصوص في مجال إخلال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز، ذلك أنه وفقا للقواعد العامة في التعديل لا يجوز إجبار ملتزم الإضاءة بالغاز على استخدامها، كما لا يجوز أيضا من جهة أخرى تعطيل الصالح العام وذلك احتراما لقواعد العقد، لهذا قد أقر مجلس الدولة الخروج من هذا المشكل بحل وسط يقضي بأنه لا تستطيع الإدارة من تلقاء نفسها

[1] على عبد العزيز الفحام، **سلطة الإدارة في تعديل العقد الإنفرادي**، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1975، ص197.

وبإرادتها المنفردة أن تفرض على شركات الغاز استخدام الكهرباء في الإضاءة، لكنه حرر الإدارة من الالتزام الواقع على كاهلها بمقتضي العقد، وقضى بأن تضمن الإدارة لشركات الإضاءة عدم المنافسة، بمعني أن الشركات القديمة تقوم بمزاولة نشاطاتها بعيدا عن المنافسة وضمن الشروط المحددة في العقد الإداري الذي أبرمته الإدارة معها، كما يحق للإدارة وذلك بعد إنذار الشركات إمكانية تعاقدها معا ملتزمين جدد يكون بوسعهم مجاراة التقدم العلمي الجديد.

الفرع الثالث: التعديل في المدة المحددة لتنفيذ العقد

يحق للمصلحة المتعاقدة أن تعدل بإرادتها المنفردة في البرنامج الزمني للتوريد أو تنفيذ الأعمال وهنا يلزم أن يكون التعديل في المدة المحددة في تنفيذ الصفقة، إما بتقصير المدة المحددة للتنفيذ ذلك لضروريات المرفق العام من خلال توجيه المتعاقد معها بالإسراع في تنفيذ الصفقة، أو تقوم المصلحة المتعاقدة بتوجيه أوامر للمتعاقد معها بأن يتأخر في تنفيذ الصفقة أي أن يطيل المدة أو يوقف التنفيذ بشكل نهائي إذا دعت ضرورة المرفق ذلك، وفي جميع الأحوال يحق للمتعاقد المتضرر مع الإدارة جراء هذا التعديل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بسلطتها المنفردة

خول المرسوم الرئاسي247/15 للمصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء الصفقة وذلك بموجب المواد من 152/149،[1] فالهدف الأساسي من خلال منح هذه السلطة أو هذا الإمتياز بإعتباره نظاما قانونيا لإنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها، وذلك في حالة إرتكابه لخطأ جسيم يترتب عنه الإخلال بأحد الإلتزمات التعاقدية.[2]

فالعقود الصفقات قد تنتهي بشكلين، إما بنهاية طبيعية فتكون بإنتهاء الصفقة وإنقضاءه بتنفيذ المتعاقد ما يترتب عليه من إمتيازات،[3] أو تكون بإنقضاء المدة المتفق

[1] أنظر المواد 149و152، من المرسوم الرئاسي247/15،**مصدر سابق**، ص37.

[2] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي247/15**،مرجع سابق، ص216.

[3] نور الدين عبابسة، **مرجع سابق**، ص858.

عليها قانونا وتنظيما،[1] وإما بنهاية غير طبيعية–مبسترة– فتكون قبل إتمام عملية تنفيذ الصفقة وذلك بإنقضاء آجال التنفيذ.

ولقد عرف نظام الفسخ لوقت طويل جدل كبير في الفقه المقارن، وبالأخص مسألة التكييف القانوني له، فهناك جانب من أخر جعل من الفسخ الإداري نظاما مستقلا قائما بذاته ذلك لاعتبار الفسخ الإداري (الإنفرادي) كما أطلق عليه الفقه، وهناك نوعان من الفسخ وهما:

- الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة.
- الفسخ الجزائي للعقد.

ويوجد حالتين يقع من خلالهما نظام الفسخ وهما:

- حالة خطاء المتعاقد.
- حالة عدم خطاء المتعاقد.

وهنا كان لابد لنا من الإشارة إلى أنه على الرغم من أن سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة العمومية هي سلطة أصلية إلا أنها ليست مطلقة، وذلك لتقيدها بعدة ضوابط وشروط وانعدام هذه الأخيرة يؤدي إلى بطلان قرار الفسخ.

المطلب الأول: المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة

تتميز المصلحة المتعاقدة في عقودها الإدارية بقدراتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وذلك قبل إتمام هذا العقد كليا، انطلاقا من تمتعها باستعمال أساليب القانون العام في وظائفها، والذي يخول لها بدوره فسخ الصفقة حتى إن لم يصدر خطأ من جانب المتعاقد، وفسخ العقود كنظرية عرفها الأفراد فيما بينهم ونشأت في القانون المدني، وعليه فإن الفسخ في العقود الإدارية بوجه عام ما هو إلا امتداد لنظرية الفسخ في

[1] عمار بلغيث، **فسخ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية، مجلة سنوية، العدد خاص، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس،2007، ص228.

القانون المدني والفسخ في العقود الخاصة، وذلك لاعتبار العقد مصدرا من مصادر الإلتزام.

وبالرغم من أن القانون الجزائري لم يعرف الفسخ كنظرية، إلا أنه تم الأخذ بما في القانون المدني الجزائري الصادر في 1975/09/26.

حيث اعتبر الفسخ من بين أهم السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها، فهو بمثابة طريقة من طرق إنهاء الصفقة لاعتباره إمتياز يمكننا من إدارة العقد بطريقة تضمن سير المرفق العام على أكمل وجه كما يسمح للإدارة بتلبية مهمتها الأساسية وهي تلبية حاجات الجمهور، وهذا ما دفعنا إلي معرفة معني سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ثم الأساس القانوني لها.

الفرع الأول: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

إن عقود الصفقات كغيرها من الأعمال القانونية أو المادية الأخرى مألها الزوال، وذلك أن زوالها قد يتحقق بتدخل من السلطات العامة من أجل إنهائها، أو دون تدخل منها وهوا ما يعرف بانتهاء الصفقة،[1] كما قد تنتهي عقود الصفقات بالتنفيذ الكامل لما يترتب عليها من التزامات أو بنفاذ المدة المقررة لها، أو بتحقق أحد الشروط المنصوص عليها في بنود العقد، كما قد تنتهي الصفقة بناء على اتفاق رضائي يوقع بين المتعاقدين يقضي من وراءه فسخ العقد وإنهاؤها قبل إتمامها،[2] أو بفعل قوة قاهرة تجعل من تنفيذها أمرا مستحيلا أو بهلاك محلها، كما قد تتدخل الإدارة بإعتبارها صاحبة سلطة وإمتياز حيث تقوم بإنهاء الصفقة بإرادتها المنفردة وهو ما يطلق عليه بإنهاء الإداري.

ولتعريف هذه السلطة نظرنا إليها من زاوية أنها طريقة تتبلور عادة في إصدار قرار إداري يتضمن فسخ العقد.

---

[1] عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**، دراسة تشريعية فقهية قضائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2002، ص125.

[2] **نفس المرجع السابق**، ص79.

أولا: تحديد معني سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

تتمتع الإدارة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة وذلك ما يخول لها وضع حد نهائي للعقد الإداري، وفك الرابطة التعاقدية لضروريات المصلحة العامة وذلك إعمالا بمبدأ التكييف الذي يسري على المرافق العامة.[1]

فالصفقة العمومية بشكل عام تنتهي بعدة طرق مختلفة، فقد تكون نهاية طبيعية وبالطريقة العادية التي تنتهي بها العقود بصفة عامة، إما في حالة تنفيذ الإلتزامات الواردة أي ترتيب جميع أثاره في العقد بأكملها وهوا الأصل العام، وقد تنتهي نهاية غير طبيعية كما هو الحال بالنسبة للفسخ الإتفاقي والفسخ القضائي والفسخ بقوة القانون ...إلخ.

فسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري لدي الفقه الجزائري أطلق عليها تسمية الفسخ الإداري، فالمشرع الجزائري أطلق عليها تسمية الفسخ من جانب واحد، بينما الفقه المقارن الفرنسي والمصري إعتبر الفسخ طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري بشكل غير طبيعي، وهناك من اعتبره نوعا من أنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد نتيجة إرتكابه لخطأ جسيم.

وتفسير رأي الفقه الفرنسي المقارن هو أن التفكير يعود بدوره إلى وجود حالتين تنهي الإدارة من خلالهما العقد بصورة إنفرادية:

1) *الحالة الأولى:*

تكون في حالة خطأ المتعاقد وذلك في حالة قيام المتعامل بالإخلال في أحد إلتزماته التعاقدية، فالمصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطتها في الإنهاء فإنها تستند إلى المسؤولية العقدية وهذا ما أطلق عليه بالفسخ الجزائي.

[1] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، مرجع سابق، ص149.

2) الحالة الثاني:

تتمثل في حالة عدم خطاء المتعاقد بحيث تمارس المصلحة المتعاقدة هنا سلطتها في الإنهاء وذلك لإستنادها على المصلحة العامة، وهذا ما أطلق عليه بالفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة، وعليه سنفصل هاتين الحالتين فيما يلي:[1]

❖ الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة

يعتبر هنا الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة من أخطر الأساليب التي قد تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة للتأثير على المتعاقد، كما أنه أكثر إبرازا لإمتيازاتها المختلفة وأكثرها تطبيقا وإيضاحا لسلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد، فبالنسبة لعقود الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،[2] فإن المشرع الجزائري لم ينص على هذا النوع من الفسخ على غرار النوع الأخر الذي نص عليه في المادة 149 مما يوقعنا في حيرة حول ما إذا كان المشرع قد أغفل عن هذا النوع من أنواع الفسخ أم أنه تعمد هذا، وإن كنا نرى أن عدم النص عليه قانونا يرجع إلى رغبته في إستقرار وإستمرار العقود بما يضمن تحقيق المصلحة العامة، كما يحق للمصلحة المتعاقدة أن تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة نظرا لما تتمتع به من إمتيازات السلطة العامة وهذا في حالتين وهما:

- مراعاة مبدأ التكيف والملائمة الذي يحكم المرفق العام حيث تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة دون أي تقصير من المتعامل إذا ما رأت أن المصلحة العامة تقتضي بذلك، وهنا يجب علينا التمييز بين فسخ العقد لعدم تماشيه مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام، وبين فسخ العقد كنتيجة لإخلال صاحب الصفقة بإلتزماته التعاقدية،[3] فقد وقع الإقرار للإدارة بسلطة فسخ العقد إذا لم يعد يحقق المشروع المصلحة العامة أو أصبح مكلا كثير بصورة لم

---

[1] مازن ليلو راضي، **المرجع السابق**، ص150.

[2] أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي247/15، **مصدر سابق**، ص37.

[3] محمد الصغير بعلي، **العقود الإداري**، مرجع سابق، ص ص102 103.

تعد المجموعة الوطنية قادرة على تحملها، حيث تعتبر سلطة فسخ مصلحة المرفق العام النموذج الأمثل للإمتيازات الإستثنائية للإدارة بالإضافة إلى أنها علامة مميزة للعقود، فقد أقرت محكمة التنازع الفرنسية أن الفسخ الناتج عن إخلال المتعاقد بإلتزماته لا يعتبر بندا إستثنائيا وذلك على فسخ العقد لمصلحة المرفق العام.[1]

- وتكون إذا ما أخل المتعاقد بأحد إلتزماته إتجاه الإدارة وهذه الحالة نص عليها القانون صراحة في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المذكور سابقا، فإذا كان بإمكان تعميم هذا بالنسبة لباقي العقود الإدارية(الفسخ الجزائي) فلا ندري إمكانية ذلك بالنسبة للحالة الأولى كما أطلق عليها الفسخ التقديري،[2] فإذا كان الفقه الجزائري قد نص على هذا النوع من أنواع الفسخ فإننا لا نجد له تعريف محدد يلم بعناصره وشروط تطبيقه.

❖ ***الفسخ الجزائي للعقد***

وهذا النوع يعتبر من أخطر أنواع الجزاءات التي يمكن أن توقعها جهة المصلحة المتعاقدة علي المتعاقد معها، والتي تخول لها إنهاء الرابطة العقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعاقد معها، فالمفترض في هذه الحالة أن يقوم المتعاقد بإرتكاب خطاء جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة، فإذا أخذنا بعين الإعتبار أن العقد الذي يربط الإدارة بالمتعامل معها هو عقد إمتياز، فإننا نكون في هذه الحالة أمام لجوء الملتزم إلى خرق بنود العقد المتعلقة بالرسوم التي يلتزم المنتفعون بخدمات المرفق العام بدفعها، فيبادر إلي رفعها دون موافقة الإدارة وعلمها، أو يقوم بالتمييز بين المنتفعين بالإعتماد على أسس تتعلق بجنس المنتفع أو معتقده، فهذا الفعل من جانبه يخول للإدارة فسخ الرابطة التعاقدية، وهذه الحالة قد أطلق عليها مجلس الدولة الفرنسي مصطلح إسقاط الإلتزام.[3]

---

[1] عصام بن حسن، **سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية**، ملتقي وطني سادس حول التسيير الجيد للأموال العمومية، على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، جامعة عنابة، يوم 2013/02/15، ص16.

[2] محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص103.

[3] عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر**، دراسة تشريعية وقضائية و فقهية، مرجع سابق، ص20.

فالفرق بين الفسخ الجزائي والفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة هو أن المشرع الجزائري قد نص صراحة عليه من خلال المادة 149 من قانون الصفقات العمومية 247/15 بقوله «إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بإلتزاماته في أجل محدد، وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...».[1]

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما نص على ضرورة توجيه الإعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بإلتزماته خلال فترة محددة، كأن نتصور أننا أمام عقد الأشغال وإن توقف المتعامل المتعاقد لمدة طويلة عن تنفيذ عقد الأشغال فإن ذلك سينعكس سلبا على مدة إنجاز العقد مما سيؤثر بدوره علب نشاط المرفق العام،[2] كما أن الفسخ الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة لا يختلف كثيرا عن الفسخ الجزائي وذلك أن المشرع الجزائري لم يعطي لها تعريف معين وهو نفس الأمر بالنسبة للفقه وهو الذي لا يواكب في كل مرة التطورات الحاصلة في القوانين المختلفة وخاصة في القانون الإداري ومجال العقود الإدارية بالتحديد، فالبرغم من تعدد التعاريف لنوعي الفسخ، الفسخ الجزائي الفسخ بدواعي المصلحة العامة، والاختلاف الموجود بين النوعين، إلا أنه هناك شبه إجماع حول أن السلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري الذي أبرمته بصورة منفردة وبالنسبة للنوعين من النظام العام، إلا أنه حق ثابت مقرر للإدارة سواء تم النص عليه في صلب العقد أو لم يتم النص عليه، حتى وإن نص عليه العقد فإن هذا الأخير يكون كاشفا لحق الإدارة في ممارسة الإدارة لحق الإنهاء وليس مقرر لها فتح المجال أمام المتعاقد للإحتجاج أو الإدعاء بغير ذلك.

وهذا الإجماع يترتب عليه عدة نتائج تتمثل فيما يلي:

---

[1] أنظر المادة 112 **من قانون الصفقات العمومية**236/10 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03/13، للإشارة إلى شكل الإعذار فإن المشرع الجزائري لم يحدد شكل معين له، إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرة ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة –الجرائد–لتنبه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ، ص29.

[2] عمار بوضياف ، **نفس مرجع سابق**، ص24.

- أن سلطة المصلحة المتعاقدة هي سلطة مقررة للإدارة فقط دون غيرها.
- أن هذه السلطة مقررة حتى وإن لم ينص عليها القانون أو العقد.
- أنه لا يحق للمصلحة المتعاقدة التنازل عن هذا الحق كإدراج بند يقضي بمنع الفسخ بالإرادة المنفردة.
- لا يجوز لأطراف العقد الإتفاق على مخالفة هذه السلطة.[1]
- لا يجوز للمتعاقد معا الإدارة الإعتراض على هذه السلطة مدام حقه في تعويض مضمونا.

كما أنه لا يجوز ممارسة عملية الفسخ من جانب الإدارة، أو من جانب أحد الطرفيين سواء كان ذلك لدواعي المصلحة العامة وضروريات الملائمة أو نظرا لإخلال المتعاقد بإلتزماته المنوطة به فإن هذا الفسخ يتجسد في إصدار قرار إداري.

فهذا القرار الإداري(فسخ العقد) مثله مثل بقية القرارات الإدارية يجب أن يصدر من جهة الإدارة المخولة بذلك وهذا حسب نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم،[2]وعليه يستوجب أن يكون قرار الفسخ مستوفي لجميع أركانه الإختصاص، الشكل، الإجراءات، المحل، السبب، الهدف (الغاية).

الفرع الثاني: التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

ثار جدال فقهي حول التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، فهناك من أعتبر أن سلطة الإنهاء التي تمتلكها المصلحة المتعاقدة هي سلطة مستقلة بذاتها، بينما يري الرأي المخالف أنها مجرد صورة من صور التعديل الذي يطرأ على العقد حيث يعد التعديل من أهم الحقوق والسلطات التي تتمتع بها الإدارة أثناء إبرامها وتنفيذها للعقود معا أشخاص القانون الخاص بل يعتبرون الإنهاء مجرد امتداد للتعديل

[1] محمد الصغير بعلى، **القرارات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص ص112 113.
[2] أنظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم، **مصدر سابق**، ص37.

وصورة من صوره المختلفة، وبالتالي تتمتع بمفهوم ونطاق ووسيلة وقيود مختلفة عن تلك الموجودة في سلطة التعديل.[1]

أولا: سلطة الإنهاء كصورة من صور التعديل

تعتبر من أحدى الخصائص المميزة لعقود الصفقات العمومية والتي بمقتضاها تستطيع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري أن تعدل في إلتزامات المتعاقد معها وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة حيث أن المتفق عليه في العقود الخاصة أن تعديل العقد لا يتم إلا بموافقة الأطراف إعمالا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في القانون المدني وكذا مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكن المصلحة المتعاقدة على خلاف ذلك وفي إطار عقودها الإدارية تمتلك سلطة التعديل الإنفرادي دون الحاجة إلى رأي أو رضي المتعاقد معها،[2] كما تظهر سلطة التعديل الإنفرادي في عدة صور أهمها توجه إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فهناك شبه إجماع في الفقه المقارن على أن سلطة الإنهاء هي مجرد صورة من صور التعديل، فالقاعدة العامة حسب هذا الإتجاه هو أن تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان سواء نص عليها العقد أم لم ينص عليها فهو موجود في كل العقود الإدارية ما عدا تلك الشروط التعاقدية في عقد الإمتياز بحيث لا يجوز تعديلها إلا بموافقة المتعاقد مع الإدارة لأنها ليست من قبيل الشروط اللائحية المتعلقة بالمرفق العام.[3]

ويشمل نطاق التعديل البنود التالية:

1) التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد

يحق للمصلحة المتعاقدة هنا التعديل في مقدر إلتزام المتعاقد معها وذلك بالزيادة أو النقصان وهنا التعديل يرد على مقدار الإلتزام وليس نوعها.

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، **إنهاء العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص83.

[2] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص ص109 110.

[3] عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص 84.

2) التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد

وهنا المصلحة المتعاقدة لا تستطيع بدورها أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ كلما إتضح لها أثناء التنفيذ وجود أخطاء تضمنتها المشروعات الأصلية التي تقضي باستعمال وسائل فنية وإقتصادية أكثر تقدما من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية.[1]

فمن أهم الفقهاء المؤيدين لهذا الإتجاه في فرنسا نذكر "ريفيرو دي لوبادير"، ومن مصر الفقيه "سليمان الطماوي"، أما بالنسبة للفقه الجزائري فلا يوجد ما يقال في هذه المسألة وعليه فإن المشرع الجزائري فقد تكلم عن سلطة التعديل وسلطة الفسخ كل على حدى مما يدل أن سلطة الفسخ هي سلطة مستقلة عن سلطة التعديل.

ثانيا: سلطة الإنهاء كسلطة مستقلة وقائمة بذاتها

رغم وجود شبه إجماع في الفقه المصري والفرنسي على أن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد ما هي إلا صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل إلا أن الفقيه الفرنسي Bomoit ذهب إلى القول أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، لأنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الإنفرادي فلكل منهما نطاقها المستقل،[2] إذ أن معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو تقديم أعمال لم ينص عليها في العقد، في حين يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي لإلتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بدل عنها وبذلك فهو يعتبر إنهاء جزئي للعقد وليس تعديلا له،[3] ومن مؤيدي هذا الإتجاه الفقيه المصري"محمد صلاح البدرع"[4] والفقيه "لورانس"، أما بالنسبة للفقه الجزائري فلا ترى له أي موقف بخصوص هذه المسائل عدا إعتباره أن فسخ العقد الإداري هو طريقة من طرق إنهاء

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية**، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص22.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص84.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية**، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، **مرجع سابق**، ص 22.

[4] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص85.

العقد الإداري، ما يؤكد هذا الموقف بعض المؤلفات التي إعتبرت أن سلطة الفسخ مستقلة عن سلطة التعديل وكأنها موضوعة في خانه الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها بإعتبارها سلطة من السلطات التي تمتلكها.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد كان واضحا حيث إعتبر أن سلطة الفسخ مستقلة عن سلطة التعديل بحيث وضع نصوصا قانونية خاصة بها وذلك في القسم الفرعي الثاني تحت القسم السابع في المواد 151و152و153،[1] من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 19و03.

الفرع الثالث: طرق الفسخ الإداري في عقد الصفقات العمومية

الفسخ الإداري لا يمكن إعتباره الطريقة الوحيدة لإنهاء العقد الإداري نهاية طبيعية بل هناك أنواع أخرى من الفسخ تتمثل في :

أولا: الفسخ بقوة القانون

وهنا قد يفسخ العقد بقوة القانون إذا ما تحققت وقائع معينة وينتج أثاره منذ تاريخ حدوث الواقعة التي أدت إلى الفسخ، وهذا النوع من الفسخ إما في حالة هلاك محل العقد وفي هذه الحالة يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من يوم حدوث الواقعة التي ترتب عليها فسخ العقد، وقد يكون هلاك العقد بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين وفي هذه الحالة ينقض العقد ولا يجوز لأي طرف المطالبة بالتعويض كوفاة المقاول أو في حالة الفسخ المنصوص عليه في العقد، وهنا قد يتفق الطرفان عند إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون إذا ما تحققت وقائع معينة كإفلاس المقاول أو خضوعه لتصفية القضائية.[2]

---

[1] أنظر المادتين151 و152 من المرسوم الرئاسي 247/15، **مصدر سابق**، فالملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ص37.

[2] محمد عبد الله حمود، **مرجع سابق**، ص ص41 42.

ثانيا: الفسخ الإتفاقي

هنا قد يتفق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على إنهاء الصفقة قبل انتهاء مدتها أو إتمام تنفيذها، وفي هذه الحالة لابد من كون الإنهاء مستندا بموافقة الطرفين، وإنهاء العقد بهذه الطريقة قد يكون مصحوبا بالتعويض لما تعرض له المقاول من ضرر وذلك نتيجة إنهاء العقد قبل أو انه إذا ما إتفق المتعاقدان على ذلك،[1] هذا النوع من الإنهاء يطلق عليه وفقا للفقه "الشرط الصريح الفاسخ" أو "الشرط الفاسخ الصريح".[2]

ثالثا: الفسخ القضائي

وهذا نوع من الفسخ يكون بسبب نزاع نشب عن تقلب وضع مالي للصفقة بسبب ظروف طارئة أو قوة قاهرة، أو في سبب أخر نتج عن صدور حكم قضائي بسبب فسخ العقد فإن ذلك ينهي إستمرارية أثاره،[3] ومنطق حق التقاضي مكفول للجميع، يعني أنه يمكن لكلا الطرفين اللجوء إلى القضاء الإداري المختص لطلب فسخ الصفقة مع ضرورة إسناده إلى سبب جدي يستوجب الفسخ ويبرر إستجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوة.[4]

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

عرفت هذه المسألة جدلا كبيرا بدليل كثرة الأفكار التي لم تخرج عن نطاق فكرتين يتمثلان في السلطة العامة وفكرة المرفق العام وسندرس كل فكرة على حدى، حيث تناولنا فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام كل على حدي، كذلك فكرة الجمع بين فكرة السلطة العامة والمرفق العام .

---

[1] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص152.

[2] محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ص 39.

[3] الزين عزري، **الأعمال الإدارية ومنازعاتها**، مطبوعات مخبر الإجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص39.

[4] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15**، مرجع سابق، ص236.

الفرع الأول: الإنهاء الإنفرادي على أساس فكرة السلطة العامة

المقصود بالسلطة العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في لإنهاء عقودها هو تطبيق الإدارة لقواعد قانونية خاصة ومتميزة تختلف عن تلك المطبقة على الأفراد اللذين يرغبون في التعاقد معها من هذا الجانب، ومن جانب أخر هو أن تتمتع المصلحة المتعاقدة بإمتيازات خاصة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد.[1]

أولا: فكرة السلطة العامة

لقد تطورت فكرة السلطة العامة في القانون الإداري من مفهوم تقليدي قديم حين كانت تنحصر في قوة وسلطة الإخضاع والبطش وإجبار المحكومين على الطاعة والخضوع، ثم تطور مفهوم السلطة العام في القرن 19 وأصبح بالإمكان إستعمال حق السلطة وقوة الأمر والنص بإرادة الإدارة المنفردة والملزمة، ثم تطور مفهوم السلطة العامة خلال القرن 20 فأصبحت السلطة العامة مجرد فكر فنية وقانونية تتضمن مجموعة من الإمتيازات والأساليب والإلتزامات،[2] والقيود التي تستعين بها الإدارة في أداء مهام وظائفها لتحقيق الأهداف العامة وذلك بما يحقق المصلحة العامة في المجتمع.

يعتبر "موريس هويو" رائد المدرسة التي أطلق عليها تسمية السلطة العامة أو "مدرسة تولوز"، أن إرادة الدولة تعلو عن إرادة الأفراد ومن ثم فإنه يحق لدولة أن تستعمل أساليب السلطة العامة كأن تنزع ملكية فردا أو تنظيم حركة مرور أو تقوم بغلق محل أو طريق،[3] فالمصلحة المتعاقدة عند قيامها بهذا النوع من الأعمال وجب خضوعها أيضا لمبادئ وأحكام القانون الإداري كما تخضع في منازعاتها المترتبة عن هذه الأعمال أمام القاضي الإداري.

وبهذا يرى جانب من الفقه بأن سلطة الإدارة في الإنهاء تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام وبذلك يعتبر الصالح العام شرطا لممارسة

---

[1] عمار عوابدي، **القانون الإداري"النظام الإداري"، الجزء الأول**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002، ص137.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص80.

[3] عمار بوضياف، **الوجيز في القانون الإداري**، دار جسور للنشر والتوزيع، د.ب،ن، دون سنة نشر، ص 50.

هذه السلطة أكثر من كونه أساسا قانونيا هنا، إذا تتميز الإدارة في مجال العقود الإدارية بإمتياز التنفيذ المباشر على نطاق واسع فهي تستطيع أن تضع حدا للعقد بإرادتها المنفردة بإعتبارها سلطة إدارية.[1]

ثانيا: السلطة العامة كأساس قانوني

عند ممارسة المصلحة المتعاقدة العامة مظاهر السلطة العامة تكون في مركز أسمى من مراكز الأفراد فكل عمل يتضمن مظهرا من مظاهر السلطة العامة يعد عملا إداريا ويدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري وفي نطاق إختصاص القضاء الإداري،[2] وتحتوي فكرة السلطة العامة على عنصرين يتمثلان في:

1) **العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة**

يتمثل العنصر الإيجابي بفكرة السلطة العامة في مجموعة من الإمتيازات والسلطات الإستثنائية التي تتميز بها السلطة الإدارية وتباشرها في مواجهة الأفراد كإصدار القرارات الإدارية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة... إلخ.

2) **العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة**

يتمثل في العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة في مجموعة من الإلتزامات والقيود التي تلتزم وتستفيد الإدارة العامة بها أثناء ممارستها لوظائفها وأعمالها، ومن هذه القيود إحترام تحقيق هدف المصلحة العامة، إحترام أساليب إختيار المتعاقد مع الإدارة العامة والإلتزام بقواعد حماية الأموال العامة.[3]

الفرع الثاني: الإنهاء الإنفرادي على أساس فكرة المرفق العام

وهنا يوجد طريقتين لتعريف المرفق العام:

---

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص81.

[2] فريدة قصير مزياني، **مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول**، مطبعة سخري، باتنة، 2110، ص82.

[3] فريدة قصير مزياني، **مبادئ القانون الإداري**، الجزائري، مطبعة عمار قرفي، 2010، ص ص93 94.

وهي إما بالطريقة التنظيمية أو الشكلية والطريقة المادية، ففي المعنى التنظيمي أو الشكلي يتميز المرفق العام بتنظيم معين والمرفق العام مؤسسة تديرها الإدارة، ويرتبط التعريف المادي بطبيعة النشاط المنظور إليه بالإستقلال عن التنظيم الذي النشاط بموجبه، ونرى تعريف المرفق العام بأنه «النشاط الذي ينزع إلى تلبية حاجة من المصلحة العامة».[1]

أولا: فكرة المرفق العام

إن أساس فكرة المرفق العام ترجع للتطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي في أو آخر القرن 19، وبدأت حينئذ في التداخل في كافة الأنشطة الأنشطة والأعمال التي كانت قبل ذلك مقصورة على الأفراد فقط، بعد أن كان دور الدولة يقتصر على وظائف الأمة والدفاع والقضاء، فتحولت بعد ذلك إلي دولة رفاهية ودولة تقديم خدمات مختلفة، وبالتالي كان لابد على الدولة أن تنشأ المرافق العامة المختلفة لتتولي القيام بتلك المهام والأنشط الجديدة، لهذا لم يعد من المطلوب من قواعد القانون الإداري تنظيم مظاهر السلطة العامة، بل أصبح المطلوب وجود قانون مستقل ومتميز عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص.[2]

ونظرا لأهمية فكرة المرفق العام فقد إعتبرها بعض الفقهاء أساسا قانونيا يمكن الإعتماد عليه في وضع المصلحة المتعاقدة بمراكز أسمى، ومن مؤيدي هذا الإتجاه الذي ظهر في القرن 19 العميد "ليون ديجي" والفقيه "بونار"..وآخرون لرؤية هؤلاء أن الدولة لا تتمتع بالسلطة والسيادة بل هي عبارة عن مجموعة مرافق عامة تعمل لتلبية حاجات الجمهور، كما يعتبرون أن فكرة المرفق العام هي جوهر القانون الإداري بشكل عام والعقد الإداري بشكل خاص.[3]

---

[1] جورج قوديل، **القانون الإداري، الجزء الثاني**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،2001، ص538.

[2] خالد خليل الظاهر، **القانون الإداري، دراسة مقارنة**، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن،1998، ص76.

[3] عمار عوابدي، **نفس مرجع سابق**، ص139.

ثانيا: المرفق العام كأساس قانوني:

إن المصلحة المتعاقدة بالإستناد إلي مقتضيات سير المرفق العام، قد يطرأ لها بعد التعاقد أن المرفق لم يعد بحاجة إلي هذا العقد وعليه فإن من مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة له، وذلك لإعتباره مشروع يعمل بإنتظام وإطراد تحت إشراف الدولة بغية سد الحاجات العامة، مع خضوعه لنظام قانوني معين، ومن مؤيدي هذا الرأي الأستاذ "بينكو" «للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا ما إقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة».

كما يري الأستاذ "بنوا" «أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند إلى مصلحة المرفق العام الذي يقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير متلائمة مع إحتياجاته أو التي تشكل عبئا ثقيلا عليه».[1]

ثالثا: أزمة المرفق العام وفكرة المصلحة العامة

رغم النجاح البارز الذي حققته هذه النظرية كأساس للقانون الإداري ومبادئه وأحكامه ومعيار لتحديد إختصاصات القضاء الإداري، لم تلبث حتى تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية والتغيرات التي طرأت على القواعد التي قامت عليها فكرة المرافق العامة، ومن الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرفق العام ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص الإعتبارية الخاصة، مما أدي بدوره إلى المساس بالمرفق كأساس قانوني لسلطة الإنهاء ذلك أنه لم تصبح بعض المرافق لها أهمية، والتي تبرر لها تحويل الإدارة إلي إمتيازات وسلطات غير عادية خاصة في ظل تزايد تدخل الأفراد في تلك المرافق وهذا هو الجانب الأهم من أزمة المرافق العامة.

وبالتالي أصبحت فكرة المرفق العام عاجزة عن تبرير سلطة الإدارة بشكل عام، كسلطتها المنفردة في إنهاء عقودها بشكل خاص،[2] مما ألزم الفقه بالضرورة إلى خلق

---

[1] محمد عبد الله حمودة، **مرجع سابق**، ص ص56 57.

[2] فريدة قصير مزياني، **مبادئ القانون الإداري**، الجزائر، مرجع سابق، ص92.

حلول بديلة، وهو ما أجاب عليه الفقيه "فالين" بأن تنوع المرافق العامة لا يمس بالمبدأ الداعم لسلطة الإدارة، ومن هنا برزت فكرة "المصلحة العامة" أو ما يسمى بفكرة المنفعة العامة التي نادى بها "فالين".

الفرع الثالث: الإنهاء الإنفرادي على أساس الجمع بين الفكرتين المرفق العام والسلطة العامة

نظرا للإنتقادات العديدة الموجهة للأفكار السابقة، بأن كل فكرة على حدي لا تصلح لأن تكون أساس ومعيار لسلطة الإنهاء الإنفرادي لذا إتجه جانب من الفقه إلى الجمع بين الفكرتين أو أكثر لكونه الأساس القانوني الذي يبرر وجود هذه السلطة.

ومن هنا ظهر هذا المعيار الجامع بين الوسائل والأهداف ومضمونه، أنه لتحقيق المصلحة العامة والتي هي بمثابة سريان المرفق العام، ويستوجب هذا الأمر الإستعانة بوسائل القانون العام لما تملكه السلطة العامة من إمتيازات، ومن هنا إعتبر سريان هذان المعياران على التوازي وحده هو الأمر الكفيل بتحقيق المطلوب.

أما بخصوص الأساس الذي تبناه المشرع الجزائري في هذه المسألة هو أن فكرة الجمع بين الأهداف والوسائل هو الأمر الذي يمكن أن يؤسس سلطة الإدارة بوجه عام، فإشتراك فكرة السلطة العامة بمدلولها الجديد مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمستجدة في أهداف وإنجاز سياسة التنمية الوطنية والتي تعد العقود الإدارية بأشكالها وسيلة مثلي لذلك.[1]

المطلب الثالث: حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء عقد الصفقة بإرادتها المنفردة هي سلطة أصلية وموجودة حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد أو ملحقاته، وهذه السلطة تسرى على كافة العقود الإدارية، بالإضافة إلى أنها سلطة ليست مطلقة تمارسها الإدارة متى

[1] فريدة قصير مزياني، **نفس المرجع السابق**، ص103.

تشاء، بل وردت عليها بعض القيود، فقد قام الفقه والقضاء على تحديد بعض الشروط التي يجب على الإدارة مراعاتها قبل قيامها بأعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري.[1]

الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري

تتغير الشروط التي توضع لممارسة سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة بين حالة عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطا يستوجب الإنهاء، وبين حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يستوجب الإنهاء، يترتب عن هذا التفريق عدة اختلافات مما يستوجب علينا دراسة كل شرط عن كل حالة على حدى.

أولا: حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد

يمكن إعمال هذه السلطة في كل طوائف العقود الإدارية، وذلك نظرا لأن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة أي بدون أي خطأ من المتعاقد معها تعتبر من أهم الخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية، كما تستخدم هذه السلطة حتى وإن لم يتم النص عليها في شروط العقد وبدون اعذرا المتعاقد، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، تلجا إليها المصلحة المتعاقدة متى شاءت، بل هي سلطة تقديرية ترد عليها بعض القيود التي يجب مراعاتها عند اتخاذ قرار إنهاء العقد الإداري[2] وهذه القيود تشمل ما يلي:

1) أن يكون إنهاء العقد مما تقتضيه المصلحة العامة

لقد أجمع الفقه والقضاء الإداريين على أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلا عند وجود سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة، إذا قد تستدعي متطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء عقود الصفقات بإرادتها المنفردة قبل انتهاء أجله، لانعدام الفائدة من استمراريته وذلك دون الحاجة إلى إثبات أي خطا من جانب المتعاقد معها[3]، وهو نفس الموقف الذي تبناه الفقه

---

[1] محمد عبد الله حمود، **مرجع سابق**، ص69.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص114.

[3] عبد الحميد مفتاح خليفة، **نفس المرجع السابق**، ص115.

الجزائري في نص المادة150 من المرسوم الرئاسي247/15 «يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد»، حيث اقر بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون أن يكون هناك أي تقصير من طرف المتعامل المتعاقد، إذا ما رأت بناء على سلطتها التقديرية أن ذلك من مقتضيات الصالح العام مراعاة لمبدأ الملائمة والتكيف.[1]

وعليه فإنه يحق للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة وحتى وإن لم يخطئ المتعاقد، وهذا مراعاة للمبدأ المذكور سابقا والذي يخول للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية لما تقتضيه المصلحة العامة، بحيث تلتزم المصلحة المتعاقدة المعنية بتبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من قبل الجهات المخولة قانونا.[2]

ومنه نستخلص أن المصلحة المتعاقدة يستوجب عليها تعليل قرارها بإنهاء العقد الإداري أي وجوب التسبب وذلك لأمرين هما:

- وجود ارتباط وثيق بمصالح الطرفين حيث بهذا الإجراء نضمن حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من جهة ونتأكد من سلامة نية الإدارة في تحقيق المصلحة العامة.
- وجوب قيام رقابة قضائية صارمة خاصة لخطورة قرار الإنهاء مما يستوجب التعليل والتسبيب.[3]

2) أن يكون قرار الإنهاء مشروعا

إن انتهاء عقود الصفقات شانها شان بقية أعمال المصلحة المتعاقدة تتجسد في صورة قرار إداري، لذا فانه يجب أن يستوفي هذا القرار جميع أركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون قرارا مشروعا، ولأجل ضمان مشروعيته فانه يتعين على الجهة الإدارية أن

---

[1] محمد الصغير بعلي، **العقود الإداري**، مرجع سابق، ص103.

[2] عمار بوضياف، **الوجيز في القانون الإداري**، مرجع سابق، ص238.

[3] محمد الصغير بعلي، **مرجع سابق**، ص179.

تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح، وإلا أعد قرارها باطلا، كما يلزم أن يكون صاحب الاختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد هو الجهة الإدارية التي أبرمت العقد كما يجب أن يهدف هذا القرار إلى تحقيق المصلحة العامة فإذا إستعملت المصلحة المتعاقدة سلطتها التقديرية في إنهاء العقد الإداري وإنحرفت عنه فإن قرار الإنهاء غير مشروع.[1]

ومما تقدم يتضح لنا أن قرار المصلحة المتعاقدة بالإنهاء يكون مشوبا بعيب عدم المشروعية، إذا ما صدر من سلطة غير مختصة أو إذا صدر من سلطة مختصة لكنها لم تراعي إتخاذ الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين أو اللوائح، وبذلك فإن شروط ممارسة سلطة الإنهاء باعتباره قرارا إداريا ترتكز حول فكرتين هما المصلحة العامة ومشروعية قرار الفسخ.

ثانيا: حالة خطأ المتعاقد

تستطيع المصلحة المتعاقدة في حالة خطأ المتعاقد أو ما يسمى عدم إبقائه بالتزاماته التعاقدية، بأعمال سلطتها في إنهاء عقود الصفقات، أي إتخاذ إجراء الفسخ الجزائي فإذا كان إجراء الفسخ الذي تتخذه الإدارة على المتعاقد في حالة عدم خطئه له شروط معينة كشرط المصلحة العامة وشرط صحة قرار الفسخ ، فإن هذه الشروط تزيد في حالة ما إذا أخطأ المتعاقد أو خالف بنود العقد، وذلك لأن العقود الصفقات لها تأثير مباشر على الاقتصاد الوطني ومرتبط بالخزينة العمومية كعقد الأشغال العامة، لذلك تملك الإدارة هذه السلطة وذلك من أجل وضع حد لأي تقدير أو تجاوز من قبل المتعاقد.[2]

ولقد تكلم المشرع الجزائري في المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بصراحة على إمكانية الإدارة في فسخ الانفرادي للصفقة وقد نص عليها صراحة المرسوم الرائاسي247/15 المتضمن تنظيم

[1] محمد عبد الله حمود، **مرجع سابق**، ص75.

[2] الزين عزري، **مرجع سابق**، ص22.

الصفقات العمومية وذلك في نص المادة 149 حيث نجده ذكر بعض الأفعال التي تبرر الفسخ وذلك بقولها «إذا لم ينفذ إلتزماته...وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره»، فهذا الفعل يكون نتيجة وجود إهمال أو تقصير من قبل المتعاقد، ولكن قبل ذلك لابد عليها من اعذاره مسبقا، وفي مقابل ذلك لا يمكن للمتعاقد الاعتراض على قرار الإدارة بالفسخ.

ومن خلال استقرائنا لنص المادة السابقة ذكرها نستنتج أنه لابد على المصلحة المتعاقدة وقبل مباشرتها لسلطتها في إنهاء عقد الصفقة في حالة خطأ المتعاقد أن تتوفر على شروط معينة تم ذكرها في المادة 149 وهي:

- عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته.
- توجيه اعذرا المتعاقد.
- عدم تدارك المتعاقد لتقصيره.[1]

سنقوم بتفصيل هذه الشروط كالتالي:

1) عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية

إن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية تعتبر بمثابة خطأ جسيم يترتب عليه مسؤولية تعاقدية، وبالتالي يستوجب على المصلحة المتعاقدة توقيع جزاء الفسخ، ولكن هل كل تقصير أو خطأ من المتعاقد يعد خطأ يستوجب الفسخ؟ وحتى لو كان الخطأ طفيف؟

إتفق بخصوص هذه المسالة الفقه والقضاء الإداريين في القانون المقارن الفرنسي والمصري على ضرورة وجوب أن يكون الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد على درجة معينة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا كافيا تستند إليه الإدارة لتقرير جزاء الفسخ.

ويعرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري.

[1] الزين عزري، **نفس المرجع السابق**، ص22.

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة في نظر الفقه الفرنسي رفض المقاول في عقد الأشغال العمومية تنفيذ أوامر المصلحة الصادرة له قبل الإدارة أو تركه للأشغال التي التزم بانجازها، أو عدم التزامه بالمواعيد المقررة لإنهاء العمل.[1]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإنه لا يوجد تعريف معين للخطأ الجسيم عدا ما يمكن أن نستنبطه من خلال المادة السابقة والمتعلقة بالفسخ والذي اعتبره ضمنيا خطأ جسيم، فإن نية المشرع تذهب إلى هذا التساؤل وإستبعاد فكرة تعليق الفسخ على حالة واحدة وهي عدم التنفيذ وليس "الإخلال بالالتزام".

وعليه فإن عدم التنفيذ يأخذ ثلاث صور طبقا لما هو منصوص عليها في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15[2] وهي:

❖ ***التوقف عن التنفيذ***

وهنا يتوقف المتعاقد تماما دون إذن من المصلحة المتعاقدة ويسمى ذلك بتوقيف الأشغال.

❖ ***التنفيذ السيئ***

في هذه الحالة يكون المتعاقد في حالة نشاط إلا أن تنفيذه يخالف ما تم الاتفاق عليه من حيث طريقة التنفيذ أو الوسائل والمواد المستخدمة في ذلك، وهذا ما عبرت عنه المادة 09 السابق ذكرها بالتنفيذ الغير مطابق.

❖ ***عدم مراعاة الآجال***

المقصود بها ليس أجل التسليم النهائي فقط وإنما كل الآجال المرحلية لان عادة ما يتم تقسيم الصفقة إلى مراحل تتطلب كل واحدة منها تنفيذ جزا معين من هذه الصفقة

[1] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص46.

[2] أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي247/15، **مصدر سابق**، ص37.

فإن وقع التأخير في أي شطر جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد لأنه بالضرورة ستؤدي حتما إلى التأخر في الأجل النهائي.[1]

1) توجيه اعذرا المتعاقد

طبقا للقواعد العامة يقصد بالأعذار هو إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية إثباتا قانونيا وقد يكون الأعذار لغرض تنبيه المدين بضرورة العودة إلى الطريق الصحيح للتنفيذ، وذلك لكونه يشكل مطة هامة لحماية المتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا يوجد فسخ دون إعذار وهذا ما نستخلصه من خلال نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث أنها لم تحدد أجلا بعد لتوجيه الأعذار يسمح بممارسة سلطة الفسخ، ولربما المشرع عمد ذلك ليمنح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية بحسب طبيعة الصفقة.[2]

وكي تتمكن المصلحة المتعاقدة من إتخاذ قرار إنهاء عقد الصفقة الذي أبرمته مع التعاقد معها، وجب عليها كمبدأ عام أن تنبه المتعاقد معها بالأخطاء التي ارتكبها، أو التأخير الذي سببه نتيجة لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية تنفيذا صحيحا وتدعوه إلى وجوب تنفيذ هذه الالتزامات وتبلغه بالقرار الذي سوف تتخذه عند عدم استجابته،[3] لذلك يعتبر الإنهاء الغير مسبوق بالأعذار معيبا، ووجب هنا على المصلحة المتعاقدة أن تمنح للمتعاقد معها فترة زمنية معقولة لكي يستطيع تنفيذ التزاماته التي تأخر أو أخر انجازها.

2) عدم تدارك المتعاقد لتقصيره

هذا يكون في حالة ما إذا لم يتمكن المتعاقد من إزالة الإخلال وتدارك التقصير المسجل عليه في الآجل المحدد في الأعذار، كما يدخل في هذا الإطار إمتناع المتعاقد عن ذلك فإن تحققت هذه الشروط جاز للمصلحة المعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب

---

[1] يوسف حوري، **سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية**، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس بالمدية، يوم 10ماي2013.

[2] أنظر المادة149 من المرسوم الرئاسي 247/15، **مصدر سابق**، ص37.

[3] محمد عبد الله حمود، **مرجع سابق**، ص ص90 100.

واحد وذلك دون الحاجة للجوء إلى القضاء ومع عدم إمكانية مطالبة المتعاقد بالتعويض، ويتخذ الفسخ بقرار إداري وهذا حسب نص المادة 149 الفقرة 2 من القانون 247/15 بقولها «.... وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقد يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة».[1]

المطلب الرابع: اثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الجزئي للعقد الإداري

الأصل في فسخ العقد الإداري جزئيا انه لا يقع إلا إذا ارتكب المتعاقد مع الإدارة خطا جسيم يبرر هذا الجزاء الصارم بحيث يترتب على سلطة الإدارة في فسخ العقد جزئيا جملة من الأثار القانونية تتمثل فيما يلي:[2]

الفرع الأول: إنتهاء العقد وإنقصام الرابطة العقدية بين طرفيه

أولا: بعد الإنهاء يتحمل المتعاقد النتائج المترتبة عن الفسخ وهو من أهم الأثار الذي يرتبها الجزاء.[3]

ثانيا: إذا يجب على المقاول أن يخلى أماكن العمل في عقد الأشغال العامة وفي المواعيد المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة، وإذا تأخر أو رفض تحققت مسؤوليته من طرف هذه الأخيرة، وذلك بخصمها المبالغ المستحقة له كمبلغ التأمين أو بيع الأدوات عن طريق المزاد،[4] وتتم تسوية مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمقاول، وعادة ما ينظم هذه المسألة العقد، فإذا لم ينص في العقد على ذلك، فإن الإدارة لا تكون ملزمة بإكتسابها، كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها.[5]

---

[1] يوسف حوري، **مرجع سابق**، ص7.

[2] عبد الحميد مفتاح خليفة، **مرجع سابق**، ص317.

[3] إبراهيم طه الفياض، **مرجع سابق**، ص 225.

[4] أنظر المادة 23 ف 1و2و3و4 من دفتر الشروط الإدارية العامة، **مرجع سابق**، ص 133.

[5] نذير بن محمد الطيب أوهاب، **مرجع سابق**، ص 133.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة:

تتميز الآثار المترتبة عن الفسخ الجزائي بقسوتها في فرض الزيادة أو النقصان، وذلك حسب نوع الفسخ الذي تستهدفه الإدارة، فالقضاء والفقه في فرنسا يميز بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، وهما الفسخ الجزائي البسيط المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وذلك تبعا لجسامة وخطورة أثاره على حقوق المقاول المفسوخ عقده، فالإدارة بإعتبارها صاحبة الأشغال العامة قد تقرر الفسخ الجزائي المجرد لعقد الأشغال العامة وذلك في حالة ارتكاب المقاول أخطاء جسيمة أثناء تنفيذه لإلتزماته، وبذلك فهي لا تحمل المقاول المفسوخ عقده بالآثار المالية المترتبة على هذا الفسخ كطرح الأشغال العامة التي لم تنفذ في مزايدة جديدة وبنفس الشروط على مسؤولية المقاول المقصر، فهي بذلك تقم بذلك في حالة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول.[1]

[1] محمد عبد الله حمود، **مرجع سابق**، ص113.

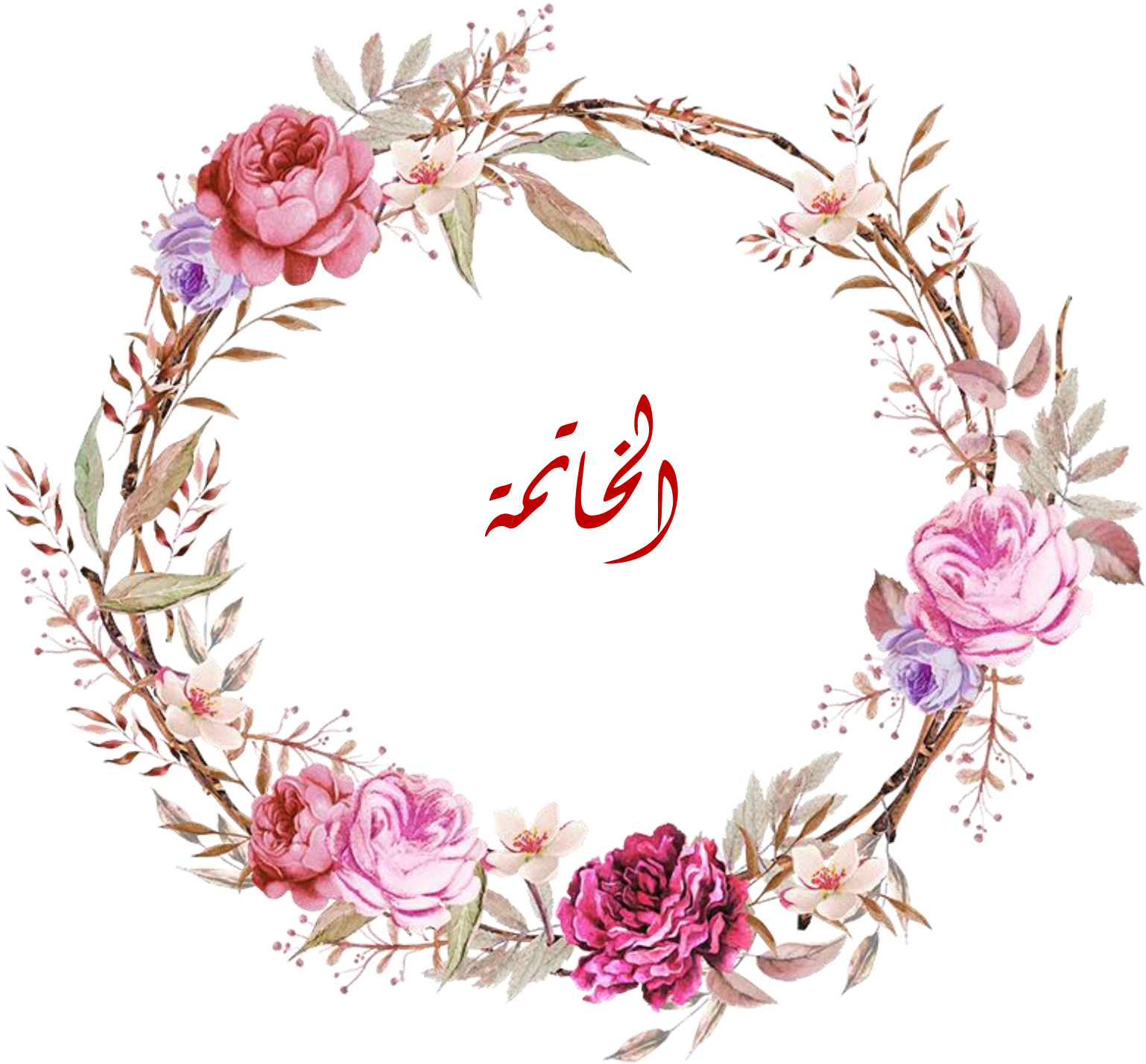
الخلاصة:

بعد ما تطرقنا في الفصل الثاني المعنون بإمتيازات المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري وإنهائه، حيث تعرفنا من خلال هذا الفصل على المفهوم القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي، والأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة والذي يستند على عدة شروط قررها المشرع الجزائري، مرورا بالضوابط التي تحكم هذه السلطة وذلك لكونها غير مطلقة إنما تحكمها عدة قيود لابد من توفرها حتى يمكن ممارسة هذه السلطة وذلك لأن الهدف الأساسي من وراء هذه القيود هو احترام قواعد المشروعية، إضافة للنطاق القانوني لممارسة سلطة التعديل الانفرادي.

أما المبحث الثاني فقد تعرفنا من خلاله على المفهوم القانوني لسلطة الإنهاء الإنفرادى للعقد، والأساس القانوني الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة عند ممارستها هذه السلطة والذي يتمحور بدوره على فكرتين ألا وهما فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام، بالإضافة إلى إمكانية الجمع بين هاتين الفكرتين وهذا فيما يخص المطلب الثاني، أما فيما يخص المطلب الثالث فقد تطرقنا إلى الحدود التي تقف عندها المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطة الإنهاء بإرادتها المنفردة.

بحيث حددنا الشروط التي لابد من توفرها حتى يكون قرار الإنهاء صحيحا وهو لا يخرج عن نقطتين إما حالة خطأ المتعاقد وفيها تقوم المصلحة التعاقدة بتنفيذ الفسخ كجزاء على المتعاقد نتيجة لإرتكابه تجاوزات، أو لعدم إيفائه إلتزماته، أما في حالة عدم خطأ المتعاقد وهذه الحالة يكون قرار الإنهاء مبنيا على مقتضيات المصلحة العامة.

وأخيرا تحدثنا عن الآثار التي قد تترتب عن نتيجة قرار الفسخ عندما يتقرر طرف المصلحة المتعاقدة ضد المتعاقد معها.


الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية والذي خصصنا فيه الحديث عن نموذج مميز من هذه العقود ألا وهو عقود الصفقات العمومية، على أساس أن عنوان الموضوع سبق وأن تناولته العديد من الدراسات وقد أصبح شبه موضوع تقليدي ومهضوم لدي طلبة القانون بصفة عامة وطلبة القانون الإداري بالخصوص.

ولقد وقع إختيارنا على عقود الصفقات العمومية على أساس إعتبارها ميدانا حديثا في الجزائر، بإعتبار الإهتمام المتزايد بهذا النوع من العقود نتيجة الدور الفعال الذي تلعبه في ميدان التنمية الوطنية، هذا بالإضافة إلي تناولها من خلال المرسوم الأخير المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم247/15 الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل2010/10/01.

ولقد حاولنا إلقاء الضوء على مختلف السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية من خلال المرسوم السابق الذكر حيث توصلنا للنتائج الأتية:

أولا: رغم المحاولات المستمرة للفقه والقضاء الإداري لوضع تعريف جامع مانع وموحد للشروط الإستثنائية وغير المألوفة إلا أنها لم تتوج بالنجاح وبهذا تبقي الجهود متواصلة إلى غاية اليوم.

ثانيا: إن عدم التحديد الواضح لطبيعة هذه الشروط يلقي بضلالة على طرفي العقد وخاصة علو المتعامل المتعاقد الذي يجد نفسه ملزما بالخضوع لهذه السلطات الممنوحة للإدارة دون أن يكون له حق الإحتجاج عليها.

ثالثا: أن هذه السلطات الممنوحة للإدارة في كافة العقود الإدارية بصفة عامة وللمصالح المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية هي سلطات مقررة قانونا وحقا أصيلا وثابتا حتى و إن لم يتم النص عليه في العقد أو القانون.

رابعا: أن هذه الشروط الإستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص تجد أساسها في فكرة المرفق العام الذي يجب أن يعمل بإنتظام وإضطراد، ومن هنا يحق للمصلحة المتعاقدة الإحتجاج بها تجاه المتعامل المتعاقد معها بغية إشباع حاجات الجمهور الملحة.

خامسا: أن هذه السلطات تختلف من عقد إداري إلى أخر وذلك حسب طبيعة العقود، فسلطة الرقابة والتوجيه سلطة تمارس على قدر واسع جدا في مجال عقود الأشغال العمومية دون عقود التوريد نظرا للطابع الخاص لهذا النوع من العقود ولتميزه من حيث الزمن ولأهمية مساسه بالخزينة العمومية.

سادسا: أن هذه السلطات ثابتة للإدارة والمصالح المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد، وهو ما يبرر الفرق بين العقود الإدارية بصفة عامة والعقود المدنية، هذه الأخيرة التي لا تخول سلطة للمتعاقدين إلا إذا تم النص عليها في القانون أو العقد.

سابعا: أن هذه الإمتيازات تخول للمصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه بغية مراقبة مدي إلتزام المتعاقد لشروط التنفيذ المتفق عليها، والتأكد من مدي النزاهة بالشروط المحدد في عقد الصفقة العمومية.

كما تخول لها سلطة التعديل التي تعد أحد أهم مظاهر العقود الإدارية، بما في ذلك عقود الصفقات العمومية والتي تميزها عن عقود القانون الخاص، حيث لا يتمتع أي أحد من الأطراف باالسلطة الإنفرادية إتجاه الأخر، وبالتالي لا يكون لأي منهم الحق في تعديل العقد بإرادة منفردة، في حين يكون للمصلحة المتعاقدة هذا الإمتياز في عقود الصفقات العمومية.

كما تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة فرض الجزاءات والتي تعد من أخطر السلطات التي تمارسها في مواجهة المتعامل المتعاقد.

طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة الذي إستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يجب أن تمارس ضمن ضوابط دقيقة تتمثل في أن لا يتجاوز التعديل موضوع العقد بحيث نكون أمام عقد جديد،

كما لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تخذ من هذه السلطة ذريعة للإضرار بالمتعاقد معها وإرهاقه هذا من جهة ومن جهة أخري يجب أن يكون لهذا التعديل أسباب موضوعية وإن يكون في حدود المشروعية مثله مثل باقي السلطات الأخرى.

كما تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة فرض الجزاءات والتي تعد من أخطر السلطات التي تمارسها في مواجهة المتعامل المتعاقد نتيجة الإخلال والتماطل في تنفيذ الإلتزامات العقدية.

بالإضافة إلى تمتع المصلحة المتعاقدة بضرورة توجيه إنذارين أو إعذار بين المتعامل المتعاقد بهدف حثه على تنفيذ إلتزاماته خلال مدة معينة قبل لجوئها للفسخ بالإرادة المنفردة وذلك من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المرقم بـ247/15.

كما تجدر الإشارة هنا إلي أن المشرع الجزائري قد أضاف حالة جديدة يمكن للمصلحة المتعاقدة من خلال اللجوء إلى فسخ العقد بإرادة منفردة حتى وإن لم يخطئ المتعهد ولم يرتكب أية مخالفة، وذلك لدواعي المصلحة العامة وهو ما أكده المرسوم الأخير للصفقات العمومية.

يتضح لنا من خلال كل ما تقدم أن هذه السلطات الممنوحة للإدارة والمصالح العامة ثابتة وأن لم يتم النص عليها في القانون بإعتبار أن الهدف الأساسي منها هو تحقيق أفضل الخدمات للجمهور فضلا عن تقويم المتعاقد للإلتزامات العقدية بما يخدم المصلحة العام.

فهي وسائل لدي مختلف المصالح المتعاقدة تضمن لها تلبية حاجات الجمهور المتزايدة من خلال مختلف عقود الصفقات العمومية التي تبرم لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية، ومن ذلك حماية المال العام من جهة ومكافحة ظاهرة الفساد من جهة أخرى.

غير أنه ورغم أهمية هذه السلطات والإمتيازات في تحقيق المصلحة العامة إلا أنها في المقابل تعتبر بمثابة عوائق للمتعاقد لكونها:

- لـم يـتم تعريفهـا بشـكل واضـح ودقيـق، بحيـث رغـم التعريفـات العديـدة لهـا إلا أنـه لايوجد تعريف موحد لها مما يجعل المتعاقد في حيرة إتجاه الإدارة لكونه لا يدرك ماهي الإمتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة والتي قد يتعرض لها.
- عدم تحديد هذه السلطات بطريقة واضحة وثابتة في كل العقود الإدارية بحيث يصعب علي المتعاقد التعرف عليها.
- عدم النص عليها في القانون بصراحة وترك الحرية للمصلحة المتعاقدة لتحديدها مما قد يؤدي إلي تعسفها في إستعمالها لتحقيق الصالح الخاص، ففي هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد معا الإدارة الرجوع إلي القانون ليتمكن من التعامل معها دون التفاجئ بوجودها أثناء تنفيذ العقد.

ومن بين الحلول التي يمكن أن تخفف من هذه العوائق أو المشاكل التي قد يتعرض إليها المتعاقد:

- أن يحاول المشرع وضع تعريف محدد للشروط الإستثنائية يسهل علينا من خلالها معرفتها وتميزها.
- كما يستلزم علي المشرع تحديد هذه الشروط عن طريق سن مواد محددة يمكن الرجوع إليها بطريقة سهلة وذلك بغية تمكن المتعاقد معا المصلحة المتعاقدة من التعرف عليها، مع وضع حدود لها وحصرها وذلك من أجل منع المصلحة المتعاقدة من التعسف في إستعمالها مع تسليط جزاءات رادعة ومعينة قانونا في هذه الحالة.

قائمة المصادر و المراجع

القوانين:

1) القانون رقم 05/07 المتعلق بالقانون المدني المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر، عدد78، 1975/09/30 معدل ومتمم.

المراسيم:

1) المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ7 أكتوبر 2010، ج ر ج ج ، العدد 58 الصادرة في 28 شوال1431، الموافق لـ07 أكتوبر 2010.

2) المرسوم الرئاسي247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436، الموافق لـ20 سبتمبر 2015، ج ر ج ج، العدد 50 الصادر في 6 ذي الحجة عام 1436، الموافق لـ20 سبتمبر 2015.

القرارات والأحكام القضائية:

❖ **القرارات:**

1) القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق لـ21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة علي دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة علي صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر ج ج، العدد 06 الصادر في 19 يناير1965.

2) القرار الوزاري المؤرخ في21 نوفمبر1964 المتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة، ج ر، العدد 24، بتاريخ 20 أفريل 2011.

❖ **الأحكام القضائية:**

1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة في الطعن، 7646 لسنة47، ق.ع، جلسة 2007/05/15، أسطوانة مدمجة، الموسوعة الإلكترونية في أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار العدالة، القاهرة.

المراجع:

❖ **باللغة العربية:**

الكتب:

1) إبراهيم طه الفياض، **العقود الإدارية**، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى،1981.

2) الجدوري محمد خلف، **العقود الإدارية في ضوء الفقه –القضاء– التشريع**، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.

3) ثروت بدوي، **النظرية العامة في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999.

4) جمال سايس، **الإجتهاد الجزائري في القضاء الإداري**، الجزء الثاني، منشورات كليلك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

5) جورج قوديل، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001.

6) حمد محمد حمد الشلماني، **إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

7) ــــــــــــ ، **العقود الإدارية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

8) رشا محمد جعفر القاسمي، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

9) سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، مطبعة عين شمس، جامعة عين شمس.

10) سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

11) صفاء فتوح جمعة، **المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها**، مكتبة الوفاء الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.

12) عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**، دراسة تشريعية فقهية قضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2002.

13) عبد الحميد الشواربي، **العقود الإدارية في ضوء الفقه- التشريع-**، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003.

14) عبد العالي سمير، **الصفقات العمومية والتنمية**، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة 2010، الرباط.

15) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة في العقود الإدارية**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة 2008.

16) ــــــــــــ، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكميا**، منشأة المعارف الإسكندرية،2008.

17) ــــــــــــ، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

18) علي عبد العزيز الفحام، **سلطة الإدارة في تعديل العقد الإنفرادي**، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1975.

19) عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر**، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية.

20) ــــــــــــ، **القرار الإداري**، دراسة تشريعه قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

21) ــــــــــــ، **الوجيز في القانون الإداري**، دار جسور للنشر والتوزيع.

22) ــــــــــــ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي247/15**، المؤرخ في 16سبتمبر2015، جسور للنشر .

23) ــــــــــــ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر.

24) عمار عوابدي، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

25) ـــــــــــ ، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

26) فتوح محمد هنداوي، **القاضي الإداري و التوازن المالي والإداري في العقود الإدارية**، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدرات، الطبعة الأولى، 2016.

27) فريدة قصير مزياني، **مبادئ القانون الإداري الجزائري**، مطبعة عمار قرفي، 2010.

28) ـــــــــــ، **مبادئ القانون الإداري**، الجزء الأول، مطبعة سخري، باتنة، 2010.

29) كنعان نواف، **القانون الإداري**، الكتاب الثاني، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2003.

30) مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2013.

31) ـــــــــــ، **العقود الإدارية**، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان.

32) مانع جمال عبد الناصر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2008.

33) محمد الصغير بعلي، **القرارات الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة، الجزائر.

34) محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر.

35) محمد عبد العال الشاري، **طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق وإلتزمات المتعاقدين**، دار النهضة العربية.

36) محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد بإرادة منفردة**، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

37) محمد ماهر أبو العينين، **القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية**، الكتاب الثاني، دار أبو مجد للطباعة، طبعة 2011.

38) محمود خلف الجبوري، **إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، د.ن، الإسكندرية، 2007.

39) محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008.

40) مصطفي سالم النجفي، **العقود الإدارية والتحكيم** ، الأفاق المشرقة، ناشرون الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2011.

41) مفتاح خليفة عبد الحميد، **إنهاء العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

42) محمد علي الجلالية، **القانون الإداري**، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015.

43) محمود خلف الجبورى، **العقود الإدارية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولي، عمان،2010.

44) نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية(دراسة مقارنة)**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2010.

45) نذير بن حمد بن الطيب أوهاب، **نظرية العقود الإدارية(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون)**، مركز البحوث، الرياض، 2006 .

46) هارون عبد العزيز الجمل، **النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979.

47) وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (b.o.t)، حقوق الإدارة المتعاقدة والإلتزماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان،2010.

الرسائل والمذكرات:

المذكرات:

1) ربيحة سبكي، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل معها في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الإجراءات الإدارية، معاشو عمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2013/05/13.

2) سهام، **النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام ، شعبة القانون الإداري، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة 2011/2010.

3) نور الدين عباسية، **تنفيذ الصفقة العمومية بين إمتيازات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون الإدارة العامة.

4) نور الدين عباسية، **تنفيذ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، موسي زهينة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة،2013/2012، متوفرة على الانترنت.

5) بولقداير عبد الكريم، **سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر**، مذكرة تخرج من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة.

6) صبرينة بن عطا الله، **دور الشروط الإستثنائية في تميز العقد الإداري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013/2012.

7) منال صابري، **النظام القانوني لعقد الإمتياز في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إدارة، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2011/2010.

المقالات:

1) الزين عزري، **الأعمال الإدارية ومنازعاتها**، مطبوعات مخبر الإجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة.

2) حسين درويش، **وسائل الضغط في العقود الإدارية**، بحث منشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد 18، 1979.

3) عمار بلغيث، **فسخ الصفقة العمومية في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية، مجلة سنوية، العدد خاص، كلية الحقوق، جامعة صفاقص، تونس،2007.

4) محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهر، العدد الأول، 1997.

المحاضرات:

1) أحمد محيو، **محاضرات في المؤسسات الإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1996.

2) نادية التياب، **محاضرات في مادة الصفقات العمومية**، ألقيت علي طلبة الثانية الماستر، بجامعة بجاية، السنة الدراسية2015/2014، منشورة على الأنترنت.

المداخلات العلمية:

1) عصام بن حسن، **سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية**، ملتقى وطني سادس حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، جامعة عنابة، يوم 15 فيفري 2013.

2) يوسف حوري، **سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية**، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس بالمدية، يوم 10مايو2013.

❖ **باللغة الأجنبية:**

1) Lombard martins, **Droit administrative**, 3ème édition, paris, 1999.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة ..... أ- هـ

الفصل التمهيدي: ماهية الشروط الإستثنائية وغير المألوفة والطبيعية القانونية لها.....1

المبحث الأول: مفهوم الشروط الإستثنائية وغير المألوفة.....1

المطلب الأول: مفهوم الشروط الإستثنائية فقها.....1

المطلب الثاني: مفهوم الشروط الإستثنائية قضاء.....3

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشروط الإستثنائية.....6

المبحث الثاني: مجالات ظهور الشروط الإستثنائية.....6

المطلب الأول: تضمين العقد شروطا تحقق إمتيازات للإدارة.....7

المطلب الثاني: تضمين العقد شروطا تمنح للمتعاقد مع الإدارة سلطة عامة في مواجهة الغير.....7

المطلب الثالث: إتاحة العقد للمتعاقد مع الإدارة مباشرة إدارة المرفق العام مع الإدارة.....8

الفصل الأول: السلطات التعاقدية للإدارة المتعاقدة.....9

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعاقد معها.....10

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه.....10

الفرع الأول: المعني الضيق لسلطة الرقابة والتوجيه.....11

الفرع الثاني: المعني الواسع لسلطة الرقابة و التوجيه.....13

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه.....14

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة التوجيه في حالة النص عليها.....15

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة التوجيه في حالة عدم النص عليها.....15

المطلب الثالث: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة و التوجيه.....16

الفرع الأول: وجوب إستعمال الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه بهدف تلبية حاجات المرفق العام.....16

الفرع الثاني: وجوب ممارسة سلطة الرقابة في حدود القواعد العامة و المشروعة.....17

الفرع الثاني: يجب أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلي تغيير مضمون العقد وطبيعته.....18

المطلب الرابع: تطبيقات سلطة الرقابة و التوجيه في بعض العقود الإدارية.....18

الفرع الأول: سلطة الرقابة في عقود الأشغال العمومية.....18

الفرع الثاني: سلطة الرقابة في عقود التوريد.....21

الفرع الثالث: حدود الحق في الرقابة والتوجيه.....21

المطلب الخامس: ضوابط ممارسة سلطة الرقابة علي تنفيذ الصفقة العمومية.....24

الفرع الأول: الضابط العام.....24

الفرع الثاني: الضابط الخاص.....25

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها بإرادتها المنفردة.....26

المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية.....27

الفرع الأول : الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها.....28

المطلب الثاني: الخصائص العامة للجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة علي المتعاقد معها.....29

الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.....30

الفرع الثاني: إمتلاك المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد.....30

الفرع الثالث: إمتلاك المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها دون الحاجة إلي ضرورة إثبات الضرر.....30

الفرع الرابع: إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء.....31

المطلب الثالث: أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها.....33

الفرع الأول: الجزاءات المالية.....33

الفرع الثاني: الجزاءات الغير المالية (الضاغطة).....39

المطلب الرابع: ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية.....42

الفرع الأول: التقييد بالجزاءات العقدية.....42

خلاصة الفصل الأول.....44

الفصل الثاني: إمتيازات المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري و إنهائه.....45

المبحث الأول: سلطة التعديل الإنفرادي للعقد.....45

المطلب الأول: تأصيل سلطة التعديل وشروط ممارستها.....46

الفرع الأول: شروط إستعمال الإدارة لحق تعديل العقد.....47

المطلب الثاني: الأساس التنظيمي للملحق(سلطة التعديل) في الجزائر وشروط ممارسته.....49

الفرع الأول: أن يكون الملحق مكتوبا.....50

الفرع الثاني: أن لا يؤدي التعديل إلي المساس الجوهري بالصفقة وتوازنها.....50

الفرع الثالث: أن تبادر الإدارة المعنية إلي إبرام الملحق أثناء فترة التنفيذ أو ضمن الآجال التعاقدية.....50

الفرع الرابع: أن يتم مراعاة الملحق لكل الجوانب الإجرائية.....51

الفرع الخامس: خضوع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المختصة.....51

المطلب الثالث: ضوابط ممارسة سلطة التعديل.....53

الفرع الأول: الضوابط التي يترتب عليها بطلان الحق في التعديل.....54

الفرع الثاني: الضوابط التشريعية لممارسة الإدارة لسلطة التعديل الإنفرادي.....55

الفرع الثالث: الضوابط التشريعية لممارسة الإدارة سلطة التعديل الإنفرادي.....57

المطلب الرابع: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي.....61

الفرع الأول: التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد.....61

الفرع الثاني: التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد المنصوص عليها في العقود.....63

الفرع الثالث: التعديل في المدة المحددة لتنفيذ العقد.....64

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بسلطتها المنفردة.....64

المطلب الأول: المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة.....65

الفرع الأول: تعريف سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....66

الفرع الثاني: التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....71

الفرع الثالث: طرق الفسخ الإداري في عقد الصفقات العمومية.....74

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....75

الفرع الأول: الإنهاء الإنفرادي على أساس فكرة السلطة العامة.....76

الفرع الثاني: الإنهاء الإنفرادي على أساس فكرة المرفق العام.....77

الفرع الثالث: الإنهاء الإنفرادي على أساس الجمع بين الفكرتين (المرفق العام والسلطة العامة).....80

المطلب الثالث: حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....80

الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري.....81

المطلب الرابع: أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الجزئي للعقد الإداري.....87

الفرع الأول: إنتهاء العقد وإنقصام الرابطة العقدية بين طرفيه.....87

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة.....88

خلاصة الفصل الثاني.....89

الخاتمة.....90

قائمة المصادر والمراجع.....94

الفهرس.....101

الملخص

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة لتسيير وتنظيم وضمان ديمومة خدمات مرافقها العامة، بحيث تتميز هذه هاته العقود عن غيرها من العقود الأخرى بما تتضمنه وتحتويه من شروط إستثنائية خصها المشرع بها، فهي عبارة عن بنود غير مألوفة في القانون الخاص هدفها تغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة وذلك من خلال إظهار الإدارة كسلطة عامة وذلك من خلال تطبيق قواعد القانون العام في العقد الإداري.

كما تختلف الشروط الإستثنائية بإختلاف العقود الإدارية وإختلاف مصدرها، فهناك شروط تتعلق بإمتياز السلطة العامة تجاه المتعاقد معها، بالإضافة إلى شروط تتعلق بسلطات المتعاقد مع الإدارة تجاه الغير.

ومن أثار تطبيق الشروط الإستثنائية خلال تنفيذ العقد الإداري التزامات تقع علي عاتق المتعاقد مع الإدارة كتنفيذه لبنود العقد وحقها في ممارسة سلطة الرقابه وفرض الجزاءات أثناء تنفيذ العقد، بالإضافة إلى حقها في تعديل العقد أو إنهاؤه في حالة خروج تنفيذ العقد عن الظروف العادية.

Summary

Administrative contracts are one of the most important legal means on which the contracting authority depends to manage, regulate and ensure the durability of its public facilities services, these contracts are distinguished from other contracts by their exceptional terms and requirements, which are unfamiliar clauses in the private law aimed at over top the public interest over the private interest by showing administration as a public authority through rules of application in common law exist in the administrative contract.

As an exceptional conditions vary by different administrative contracts and different source, there are conditions related to the privilege of public authority towards the contractor, in addition to conditions relating to powers of the contractor with the administration towards third parties.

The application of exceptional conditions during the execution of administrative contract has raised obligations that contractor has to do with management, such as the implementation of terms in the contract and it's right to exercise authority to control during execution of the contract, in addition to its right to amend or terminate it in event that implementation of the contract departs from normal circumstances.