

جامعة محمد خيضر - بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



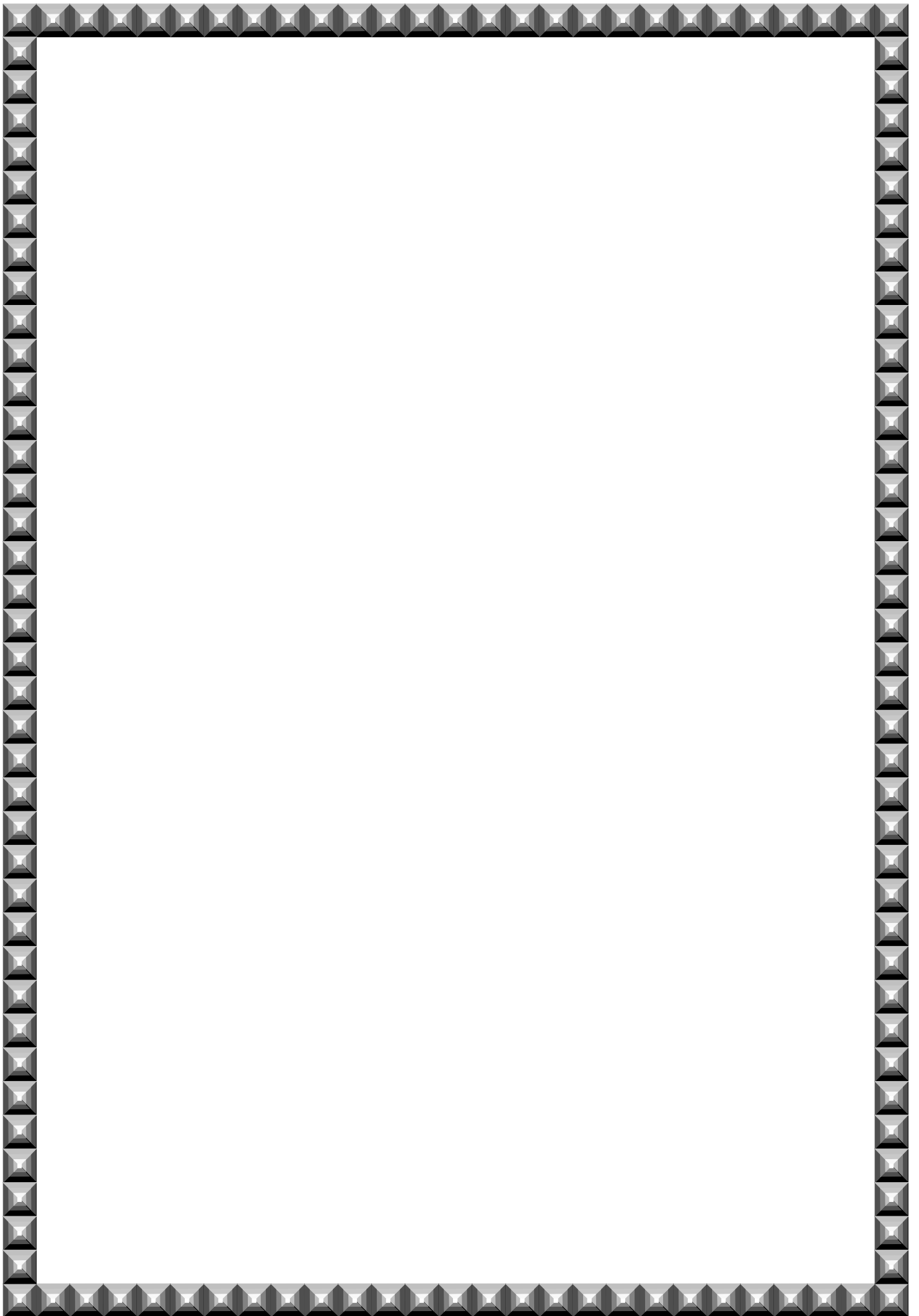
سلطة الإدارة في عقد الأئتمنال العمومية

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون اداري

إشراف الأستاذ :
* قاضي نور الهادي

إعداد الطالب :
* بن زموري أنور

الموسم الجامعي: 2014/2013



تذكرات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(قل) (عملوا فليسبوا الله مما ظنم ورسوله والمؤمنون)

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشركي ولا يطيب النهار إلا بطاعتك .. ولا تطيب
اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا
برؤيتك الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة
.. ونور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

يتقدم الباحث بالشكر و العرفان و عظيم الإمتنان إلى الأستاذة " قاضي
نور الهدى " التي لم تبخل علي بصغيرة ولا كبيرة لإنجاز هذه المذكرة
وما قدمته من نصائح و توجيهات لإنجاز هذا العمل.

إلى من كلهم الله بالهيبة والوقار.. إلى من علموني العطاء بدون انتظار
إلى من أحمل اسمهم بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمركم ..
لتحصدو ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتكم نجوم
.. أهدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد

والداي العزيزين

إلى أخواتي وأخي ورفيق دربي في هذه الحياة بدونك لأشياء معك أكون
أنا وبدونك أكون مثل أي شيء .. في نهاية مشواري أريد أن أشكركم

على مواقفكم النبيلة إلى من تطلعتم لنجاحي بنظرات الأمل

إلى توأم روعي ورفيقة دربي حنان، إلى صاحبة القلب الطيب والنوايا
الصادقة

إلى من رافقتني خطوة بخطوة وما تزال ترافقتني حتى الآن.

إلى الأخوات اللواتي لم تلهن أمني .. إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا
بالوفاء والعطاء إلى ينباع الصدق الصافي إلى من معهم سعدت ،

وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي
على طريق النجاح والخير
إلى من عرفت كيف أجدهم و علموني أن لا أضيعهم أصدقائي .
شكرا.. شكرا .. من كان سندا لي في مسيرتي شكرا جزيلا

مقدمة

تعرف الجزائر في هذه الفترة نهضة حقيقية من خلال المشاريع الكبرى المتعلقة أساسا بالبنى التحتية كالطرق والمنشآت التعليمية و التربوية و الرياضية و غيرها ، ولا يخفى على أحد أن انجاز هذه المشاريع يتطلب أموالا و امكانيات مادية و علمية كبيرة ولا يتحقق ذلك الا بعقد صفقات مع شركات وطنية أو أجنبية توكل اليها مهمة دراسة وتجسيد هذه المشاريع .

ومن أبرز هذه الصفقات عقد الأشغال العامة الذي يندرج تحت طائفة العقود الإدارية المسماة ، بل هو من أهم العقود الإدارية و أقدمها من حيث النشأة .

حيث نشأت نظرية العقود الإدارية على يد مجلس الدولة الفرنسي بقصد تحقيق الأشغال العامة وصيانة الأموال وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 من قانون الصفقات العمومية " تهدف صفقة الأشغال الى قيام المقاول ببناء، أو صيانة، أو تأهيل ، أو ترميم ، أو هدم منشأة أو جزء منها"¹.

و يعتبر عقد الأشغال من أهم أساليب تنفيذ المشاريع في اطار المصلحة العامة حيث تتخلى فيه الإدارة عن عملية التنفيذ المباشر الذي يوكل الى أفراد أو شركات خاصة أو هيئات عامة و تبقى تمارس حقوقها وسلطاتها على هذا التنفيذ ضمانا لإستمرارية المرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة ، وعقد الأشغال العامة يقتضي توافر عدة عناصر تميزه

1 / أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 28 شوال عام 1438 الموافق 07 أكتوبر سنة 2010 .

مقدمة عامة

عن غيره من العقود الإدارية في مقدمتها أن القصد من إنجاز الأشغال هو تحقيق النفع العام، و أن يكون محل الأشغال عقارا ، وأن يتم العمل أصلا لحساب شخص معنوي عام. ونشير الى أن المشرع قد فرض على الإدارة اتباع أساليب معينة حددها قانونا مراعيًا في ذلك توفر أفضل الشروط المالية، والمادية، و الفنية ،والتقنية التي يقتضي تحقيقها في سبيل اختيار الأكفأ لأداء الأشغال ، إذ تختار الإدارة المتعامل المتعاقد معها وفق طريقة المناقصة وهي القاعدة العامة لإختياره وطريقة التراضي كإستثناء ،وهو ماتؤكده المادة 25 من قانون تنظيم الصفقات العمومية 236/10، وهذا بمراعات مجموعة من المبادئ الأساسية التي كرستها مختلف تنظيمات الصفقات العمومية في الجزائر عبر كل المراحل وهي : مبدأ المنافسة، المساواة بين المتنافسين ،و مبدأ العلنية .

هذه الوسائل تضي المزيد من الشفافية في اختيار أفضل عرض ممكن من خلال العروض المقدمة للحصول على الصفقة من قبل المتعامل المتعاقد الأفضل إقتصاديا وماليا.

وفي هذا الإطار و تحقيقا لصالح العام نجد أن المشرع قد مكن الإدارة دون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة قوة العقد الملزمة ، أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و هي قواعد معروفة في العقد المدني ، اذ يجمع القضاء والفقهاء أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بمجموعة من الخصائص والسلطات التي تمتلكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها نذكر سلطة التعديل ، وسلطة توقيع الجزاء في حال الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وكذلك تمتلك سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة .

إن هذه السلطات المخولة لجهة الإدارة تجد مبرراتها في أن الإدارة تهدف من خلال ممارستها إلى تحقيق الصالح العام ، في حين المتعاقد معها يهدف الى مصلحة خاصة وتجد السلطات الممنوحة للإدارة مبرراتها في أن هذه الأخيرة تهدف من خلال ممارستها تحقيق الصالح العام الذي يسعى المشرع لحمايته و تأكيده ، في حين أن المتعامل المتعاقد معها يهدف الى تحقيق المصلحة الخاصة وفقا لما ننقدم بالإشكالية التالية :

مقدمة عامة

ماهي أهم السلطات المخولة للإدارة في إطار عقود الأشغال العامة ؟ ، وهل تقتضي صفة العمومية للأشغال التي تود الإدارة إنجازها سلطات وإمميزات خاصة لحمايتها ؟ وهل هذه السلطات هي من قبيل الإمتياز الممنوح للإدارة بوصفها سلطة عامة أم أنها قررت لأهداف أخرى ماهي ؟ ، وهي الإشكالية الرئيسية التي تضاف إليها بعض الإشكالات الثانوية والتي سنحاول الإجابة عنها من خلال هذا الموضوع ، فماهي طبيعة هذه السلطات ؟ وفيما نجد هذه السلطات أساسا ؟ ، وما الآثار المترتبة عن ممارستها ؟ .

وتبرز أهمية الموضوع من الناحية الفنية من خلال كون عقد الأشغال للعامة يكتسي أهمية بالغة لصلته الوثيقة بالخرينة العامة بإعتبار ما تكلفه الأشغال من اعتمادات مالية فائقة لتعدد وتنوع الهيئات الإدارية.

بالإضافة الى الدور الذي تؤديه الصفقات العمومية بصفة عامة وعقود الأشغال بصفة خاصة من دور في اطار التنمية المحلية و الوطنية من خلال تنفيذ برامج و مخططات التنمية والإستثمار .

ولقد اعتمدت في سبيل دراسة هذا الموضوع المنهج الإستدلالي من خلال توظيف العمليات العقلية المختلفة من تحليل و استنتاج ، كما وظفت المنهج المقارن في محاولة توضيح وجهات نظر التشريعات المقارنة في هذا الميدان كالمشرع الفرنسي و المصري بالإضافة الى المشرع الجزائري ، وكذا موقف القضاء و الفقه المقارن .

وتجدر الإشارة أن موضوع البحث و رغم أهميته لم يتم تناوله كثيرا من قبل الفقه وخاصة الجزائري وربما يرجع ذلك لكون مجال الصفقات العمومية ميدانا حديثا تماشيا مع الأوضاع الإقتصادية والسياسية التي عاشتها الجزائر سابقا والتي لم تجد إنفراجا إلا في الآونة الأخيرة مع إنتشار فكر الإستثمار وانفتاح السوق وهو ما جعل الكتابات قليلة في هذا الشأن فيما عدى البعض منها في الفقه المقارن على غرار الكتب المصرية و الفرنسية هذه الأخيرة التي يتأثر بها المشرع وأغلب الفقهاء في الجزائر في المجال .

مقدمة عامة

غير أنني حاولت التصدي لهذا الموضوع رغم الصعوبات التي واجهتني وكانت كثيرة منها نقص المراجع و الوثائق وغيرها ممن يساهم في إثراء البحث .

ولقد قسمت هذا البحث الى: فصلين الأول بعنوان السلطات الإدارية ذات الطابع الفني و الثاني بعنوان السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي

حيث قسمت الفصل الأول الى مبحثين نستعرض في الأول سلطة الرقابة ، أما في المبحث الثاني سلطة التعديل.

وكما قسمت الفصل الثاني وقد قسمته كذلك الى مبحثين نتطرق في الأول الى مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني ، أما المبحث الثاني أنواع الجزاءات الإدارية.

وفي الأخير قدمت خاتمة حاولت من خلالها إبراز أهم نتائج البحث.

وسنتناول البحث وفق الخطة التالية:

الموضوع : سلطة الإدارة في عقد الأشغال

خطة البحث :

مقدمة

الفصل الأول : السلطات الإدارية ذات الطابع الفني

المبحث الأول : سلطة الرقابة ومداهها

المطلب الأول : الأساس القانوني لسلطة الرقابة ووسائل ممارستها

الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الرقابة

الفرع الثاني : وسائل ممارسة الرقابة

المطلب الثاني : مظاهر سلطة الرقابة وآثارها

الفرع الأول : مظاهر سلطة الرقابة

الفرع الثاني : آثار سلطة الرقابة

المبحث الثاني : سلطة التعديل ومداهها

المطلب الأول : أساس سلطة التعديل وصورها

الفرع الأول : أساس سلطة التعديل

الفرع الثاني : صور سلطة التعديل

المطلب الثاني : نطاق ممارسة التعديل

الفرع الأول : حدود التعديل المقرر بنص

الفرع الثاني : الحدود القضائية لسلطة التعديل

الفصل الثاني: السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي

المبحث الأول : مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني

المطلب الأول: تطور أساس حق توقيع الجزاءات

الفرع الأول : التقيد بالجزاءات التعاقدية

الفرع الثاني : تقدير الجزاءات وفقا للقواعد العامة

المطلب الثاني : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

الفرع الأول : إمتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الإدارة

الفرع الثاني : الآراء المؤيدة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء

الفرع الثالث : الآراء المنكرة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية

المطلب الأول: الجزاءات المالية

الفرع الأول : التعويضات

الفرع الثاني : الغرامات التأخيرية

المطلب الثاني : الجزاءات الضاغطة

الفرع الأول: الإدارة المباشرة

الفرع الثاني: الفسخ الجزائي

خاتمة

الفصل الأول : السلطات الإدارية ذات الطابع الفني

تكون مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية أمام القواعد التي تنظم هذه العقود ، إلا أنها ليست كذلك بالنسبة للعقود الإدارية ، أين تغلب المصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل الإدارة وهي طرف فيها سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد و توجيه أعمال التنفيذ و الإشراف الكامل على التنفيذ بإعتبارها الموجه الحقيقي له.

كما لها حق تعديل شروطه المتعلقة بالتسيير و تنظيم المرفق العام بإرادتها المنفردة حسب ماتقتضيه المصلحة العامة ، دون أن يكون للمتعاقد (المقاول) التمسك بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ولها في سبيل ذلك حق توقيع الجزاءات في حال إخلال المقاول بالتزاماته ، سواء جزاءات مالية أو ردعية .

فيحكم العقود المدنية مبدأ هام مقتضاه ضرورة المساواة بين طرفي العلاقة العقدية ، حيث تقوم هذه العقود على أسس من التوازن بين مصالح أطراف العقد.

لاكن هذا المبدأ لايسري على اطلاقه بالنسبة للعقود الإدارية حيث تتمتع الإدارة فيما تيرمه من عقود ادارية بمركز متميز في مواجهة المتعاقد معها ، و ذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة، من خلال الحفاظ على سير المرافق العامة بإنتظام و اضطراد في أداء الخدمات للمنتفعين بها ، في سبيل تحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية كلية .

وتملك الإدارة سلطة الرقابة على العقد الإداري لضمان سير تنفيذه على النحو المتفق عليه ، كما تملك تعديل شروطه بما يحقق المصلحة العامة ، ويضمن سير المرافق بإنتظام تلبية لحاجات الجمهور، من هذا المنطلق ارتأينا الجمع بين سلطة الرقابة و سلطة التعديل تحت فصل واحد، ولقد قسمت هذا الفصل الى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول سلطة الرقابة ومداها وفي الثاني سلطة التعديل .

المبحث الأول : سلطة الرقابة ومداهها

نظرا لكون الإدارة طرفا في العقد الإداري فهي تتمتع بإمتميازات السلطة العامة ، وهو ما يعطيها حقا في إسباغ رقابتها على كيفية تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته التعاقدية ، كما ولها حق توجيهه في هذا ضمانا لسلامة تنفيذ العقد .

وسوف نلقي الضوء على تلك السلطة الرقابية التي تعتبر أصلية للإدارة من حيث تحديد أساسها القانوني في المطلب الأول ، و مظاهرها في المطلب الثاني .

فما هو الأساس القانوني لسلطة الرقابة و ماهي أهم وسائلها و مظاهرها و ما الآثار المترتبة على ممارستها ؟

المطلب الأول: الأساس القانوني لسلطة الرقابة ووسائل ممارستها

سنتطرق في هذا المطلب الى الأساس القانوني لسلطة الرقابة وهذا من خلال الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتطرق الى توضيح وتبيان الوسائل التي تستعملها جهة الإدارة في رقابة المتعاقد معها.

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الرقابة

الهدف الأساسي من سلطة الرقابة هو التحقق من أن العقد ينفذ طبقا لشروطه . وقد تكون رقابة فنية وإدارية للثبوت من تنفيذ المتعاقد طبقا للشروط الفنية و الإدارية ، وقد تكون رقابة مالية للتحقق من أن المتعاقد يقوم بإلتزاماته المالية تجاه الإدارة ، ولضبط ما يقوم بينهما من روابط مالية ، وهذه هي الرقابة بمعنى الإشراف على التنفيذ .

و الرقابة بالمعنى المتقدم إذ تستهدف التأكد من سلامة تنفيذ العقد طبقا لشروطه المتفق عليها ، قد توجد أيضا في عقود القانون الخاص ، ولا تعدو أن تكون مكملة لرقابة الفحص عند تسلم العمل بعد إتمامه¹ .

1/ د محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2007، ص ص 214، 215.

وقد تقضى ممارسة هذه الرقابة دخول مندوبي الإدارة الى مواقع العمل للتأكد من سيره وفقا للمواعيد المتفق عليها ، وللتفتيش على المواد والآلات المستعملة في التنفيذ للتأكد من مطابقتها للمواصفات ، والحق في الحصول على المعلومات و البيانات والتقارير اللازمة لمباشرة وظيفتهم الرقابية .

على أن سلطة الرقابة التي للإدارة لا تقتصر على المعنى المتقدم ، أي معنى الإشراف على التنفيذ ، وإنما تمتد الى مراقبة وتوجيه أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع ، في غير الحالات المنصوص عليها في العقد ، وذلك كأن تطلب الإدارة اتباع طريقة في التنفيذ غير تلك التي يستعملها المتعاقد¹ .

قد يرد النص في العقد الإداري أو دفا تر شروطه على اعطاء الإدارة سلطة الرقابة على التنفيذ، كما قد يرد النص على ذلك في بعض القوانين المتعلقة بطائفة معينة من العقود².

ومع ذلك فإن خلو العقد الإداري في نص يعطي للإدارة حقا في الرقابة على تنفيذه لا يحرّمها من مباشرة هذا الحق ، فهو حق أصيل مقرر لها كسلطة عامة تستمدّه من المبادئ العامة للقانون الإداري و ليس من نصوص العقد ، ويقنصر دور النص إذا وجد على الكشف عن حق الإدارة في استعمال هذا الحق وتنظيم وبيان وسائل وشروط مباشرته .

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن الى أن الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد ، وحتى ولم ينص عليها فيه ، حيث أن هذه السلطة تتعلق بالنظام العام .

تجد هذه السلطة في فكرة المرفق العام بحيث تمنح هذه السلطة للإدارة ولو لم ينص عليها العقد وباعتبارها من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ولا التنازل عنها من خدمة للمصلحة العامة .

1 / د محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص224.

2/ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004 ،

و يترتب على ادخال رقابة الإدارة على تنفيذ العقود الإدارية ضمن النظام العام نتيجة هامة تتمثل في بطلان كل نص يرد في العقد الإداري على استبعادها ، حيث يقع هذا النص باطلا بطلانا مطلقا .

وقد استقر القضاء الإداري على أن لسلطة الإدارة في رقابة تنفيذ العقود الإدارية أساس قانوني مزدوج ، يتكون من فكرة تحقيق الصالح العام وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة، كهدف ومبرر لوجود هذه السلطة ، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة والتي تعتبر سلطة الرقابة أحد تطبيقاتها¹.

وتتمتع الإدارة بحق الرقابة والتوجيه بالنسبة لجميع العقود الإدارية سواء كان منصوصا عليها في العقد أم تضمنها نصوص تشريعية أو قواعد تنظيمية فهذا الحق معترف به لجهة الإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو حتى اذا نص عليه ما يخالفه ، ويترتب على هذه القاعدة نتائج هامتها:

1/ أن عدم النص على أي مظهر من تلك المظاهر لا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تمارس تلك الحقوق ، لأن مرجع حق الإدارة في ذلك طبيعة العقد ، فإذا كان العقد إداريا كان على الإدارة أن تمارس من الحقوق السابقة بقدر ما تدعو اليه الحاجة وهذه الحقوق تستمدّها الإدارة مباشرة من مبادئ القانون الإداري .

2/ لا تستطيع أن تتفق في عقد تبرمه بينها وبين الأفراد عن التنازل على استعمال تلك الحقوق بعضها أو كلها ولا حتى في تقييد حقها في استعمال تلك السلطات لأن هذه الأخيرة تتعلق باختصاصات الإدارة التي لا يمكن أن تكون محل تعاقد أو تصالح بينها وبين الأفراد ، وكل اتفاق يتم على خلاف ذلك فهو باطل.

وتلك الأحكام مستقرة في قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري² .

1 / د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ،ص240

2 / د محمد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ،ص410

وقد نظم المشرع الجزائري سلطة الرقابة بموجب نصوص قانونية نجدها في قانون الصفقات العمومية (236/10) ، حيث نصت المادة 116 منه: (تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده)¹.

لا اختلاف حول حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة ، أو بتعبير آخر هناك اجماع أن الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع تملك سلطة مراقبة تنفيذ العقد ، وإذا كان هناك خلاف فقهي على أساس هذا الحق أو هذه السلطة فيما إذا كان العقد، أم القانون ؟ أم هو حق أصيل ؟ للإدارة تملكه دون حاجة للنص أيا كان نوعه ؟ ، وهو ما يستدعي توضيح أن هذا الحق سيستند الى النقاط التالية :

1/ حق الرقابة يستند الى نص :

تنص عادة كراسات الشروط الإدارية العامة ، وكذا عقود الأشغال العامة على حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود أشغالها العامة.

ويتجلى هذا بوضوح في كراسة الشروط العامة الجزائري " يجب أن تكون الأدوات من كل نوع وصنف أو اختيار من الصنف الجيد... ولا يجوز استخدامها الا بعد اجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري أو منتدبيهم بناء على سعي من المقاول... " ².

فسلطة الرقابة في مثل هذه الحالة تجد أساسها في النصوص التي تتضمنها ، سواء في القانون أو في بنود العقد ، التي تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة ، والوسائل التي تتبعها في ممارسة ذلك وتحدد الضمانات المقررة للمتعاقد في مقابل ذلك ³. وهو حال المشرع الجزائري حين قرر بأن حلول الإدارة المتعاقدة محل المقاول في تنفيذ اجراءات

1 / المادة 116 المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1438 الموافق 07 أكتوبر سنة 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 / أنظر المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر لسنة 1964.

3 / أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 1983، ص 291 .

الأمن والسلامة داخل الورشة على نفقته ، ولا يمكن أن تتم إلا بعد إنذاره و إعطائه فرصة للقيام بذلك لا تقل عن 10 أيام¹.

فحق الرقابة في مثل هذه الحالة يجد أساسه في هذه المصادر المتمثلة في القوانين واللوائح و النصوص العقدية.

2/ سلطة الرقابة حق أصيل :

يرى بعض الفقهاء بأن النصوص التي تتناول سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة في تنفيذ عقد الأشغال العامة ، لا تعدو أن تكون نصوصا منظمة فقط لتلك الرقابة.

فالرقابة سلطة أصيلة مستمدة من النظام القانوني لعقد الأشغال العامة ، أما تقرير دفاتر الشروط أو نصوص العقد لها إنما يدل على أنها شروط استثنائية تضيف على العقد الصفة الإدارية².

فهي سلطة أصلية ترتكز على المبادئ العامة في القانون الإداري ، إلا أننا نخالف هذا الرأي جزئيا ، فحتى وإن كانت الرقابة سلطة أصيلة في عقد الأشغال العامة فإن صفة الإدارية لا يستمدّها من تلك الشروط أو البنود التي تتضمن حق الرقابة ، بل أن طبيعته الإدارية مقررة بالفانون " إن شروط العقد الإداري هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها ، وإن هذا القانون - وهو دستور العقود الإدارية- يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة ... والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام " هكذا وصفها القضاء الإداري³.

1/ أنظر المادة 35 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري 1964.

2/ أحمد عثمان عباد، المرجع السابق ، ص295.

3 / ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون 89 لعام 1998، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية 2003، ص284.

وفي هذا المعنى يقول (فلام): " مهما كانت حاجة الإدارة لمعاونة الأفراد في تنفيذ عمل ذي نفع عام ، فلا ملاذ من أنها تظل مسؤولة أمام الجمهور عن حسن تنفيذ المشروعات العامة على وجه سيئ"¹.

فحتى تواجه الإدارة هذه المسؤولية التي لا يمكن أن تنتصل منها ، فإنها تلجأ الى إستخدام سلطات استثنائية لرقابة كل ما يدخل ضمن تنفيذ المشروع محل العقد ، لذلك فإن سلطة الإدارة في الرقابة سلطة أصيلة ، ولا تملك الإدارة التنازل عنها ، فهي مشتقة من الهدف العام الذي تنتشده الإدارة ، أو كما يعبر عنها الفقه كون سلطات الإدارة في هذا الشأن ماهي إلا صدى لفكرة المرفق العام في العقد.

ولكن حتى مع القول بأن سلطة الرقابة تعتبر حقا أصيلا للإدارة المتعاقدة فإن الفقه إختلف بشأن تحديد أساسه وذلك على النحو التالي²:

* ويضيف فريق آخر من الفقهاء فكرة النية المشتركة للمتعاقدين إلى فكرة الطبيعة القانونية للمرفق العام كأساس لهذه السلطة.

وذلك على أساس أن ارتباط العقد بالمرفق العام يولد ارادة ضمنية مشتركة بين طرفي العقد - المفاوض و الإدارة - بضرورة خضوع تنفيذ العقد لما تمليه ضرورة حسن سير المرفق و هي قناعة قناعة موجودة لدى الطرفين حتى دون التعبير عنها في بنود العقد.

أما فريق ثالث من الفقهاء فيرى أن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد ترتكز على دواعي المصلحة العامة التي يجب على الإدارة أن تتوخاها في تعاقداتها كما في سائر أنشطتها كلها³.

ونحن نرى بأن أساس سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العمومية هو فكرة المرفق العام و ما تخوله للإدارة من حق إستعمال امتيازات السلطة العامة لتحقيق

1/ راجع التقرير الذي أعده "موريس أندري فلام بصفته مقررا للمؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية بمديرد في سبتمبر 1956، المنشور بمجلة العلوم الإدارية ، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية 1956، ص 261.

2 / ابراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، ص 11 وما بعدها.

3 / ANDRE DELAUBADERE : Traité théorique et pratique des contrats administratifs T1 et 2, Paris 1956. P300.

غرض المرفق المتمثل في المصلحة العامة ، وهذا ما يتماشى مع المعيار الراجح لدى الفقهاء لتحديد أساس القانون الإداري و نطاق تطبيقه¹. الذي يرى في السلطة العامة أساسا لذلك بإعتبارها الوسيلة لتحقيق المرفق العام ، الذي يمثل الهدف (أي تحقيق المصلحة العامة من خلاله) وأن الفكرتين متلازمتين ولا يمكن الإستغناء عن أحدها.

وتجب الإشارة هنا أن سلطة الرقابة والإشراف أكثر ما تتجسد هي في عقود الأشغال العامة لطبيعة هذا العقد الخاصة وكونه سيستغرق مدة زمنية طويلة حيث يتسع مداها و مجالها في عقود الأشغال بإعتبارها خزينة الدولة اعتمادات مالية باهظة كما أنها تحتاج إلى متابعة متواصلة و مستمرة تقاديا لأي خروج عما تم الإتفاق عليه في العقد من قبل الطرفين. وذلك بغض النظر عن الإختلاف بين الفقهاء ، حول أي الفكرتين تكون لها الصدارة ، أهي السلطة العامة ؟ أم المرفق العام ؟.

و بعيدا عن كل هذه الأفكار ، فإن كون الإدارة هي صاحبة المشروع ، فإنها وبقوة القانون تملك حق الرقابة على تنفيذه ، إذ لا يمكن أن يفرض المقاول على الإدارة طريقة أو وضعية تنفيذ المشروع الذي هو النهاية يمثل مرفقها، وما المقاول إلا مساهما في تحقيقه. وهي تتمتع بهذا الحق بالنسبة لجميع العقود الإدارية ، سواء تضمنته نصوص العقد ، أم نصت عليه قواعد تشريعية أو تنظيمية، أو لم تشر إليه أي من هذه المصادر فالحق في الرقابة قاعدة أصلية مستمدة من مقتضيات المصلحة العامة و المرافق العامة و ما يجب أن يكون عليه من حسن سير و إنتظام². لكن السؤال المطروح : بمراعات لأهمية هذه السلطة فما هي وسائل ممارستها المكفولة للإدارة ؟

الفرع الثاني : وسائل ممارسة الرقابة

تتدخل الإدارة في مقاولات الأشغال العامة لممارسة سلطاتها في الرقابة عن طريق عدة وسائل وميكانيزمات ، منها ما هو منصوص عليه في دفتر النصوص و النصوص التنظيمية ومنها ما يمارس دون النص عليه .

¹ / محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر العربي، مصر ، 1984، ص21 وما بعدها.

² / أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1998، ص222 .

تتكسر سلطة الرقابة هذه إما بأعمال مادية ، وذلك بزيارة مواقع العمل من قبل منتسبيها للتأكد من سير الأعمال بصورة منتظمة ، والتحقق من سلامة المواد المستعملة ذلك بفحصها واختبارها ¹.

ويتم ذلك عمليا ، بإشراف المهندس التابع لجهة الإدارة على تنفيذ العملية المستندة الى المقاول ، وذلك بمراقبة المقاول ومستخدميه في تنفيذهم العقد من الناحية الفنية وتوجيههم حتى يتم العمل طبقا للأصول الفنية، ووفقا للشروط والمواصفات والتصميمات المتفق عليها في دفتر الشروط .

ولهذا المراقب أو المراقبين الحق في المراقبة القبليّة و البعدية للأشغال ، لتتأكد الإدارة من مدى سلامة الأشغال من خلال ممارسة الرقابة.

كما يحق للمهندس مراقبة مدى التزام أعوان المقاول بالعمل ومدى كفاءتهم ، وله أن يطلب استبدال من ثبت له عدم كفاءته منهم ².

وعلى المقاول توفير الشروط الملائمة لممارسة المراقبين (المهندسين) لمهامهم . أما عن وقت ممارسة هذه الرقابة ، فعادة ماتتضمن دفاتر الشروط الخصوصية قواعد تنظيم ممارسة هذه الرقابة في كل عقد ، و التي قد تكون يومية أو أسبوعية مثلا.

وبالنسبة للجزائر فقد جرى العمل بالنسبة للمشاريع الكبرى ، أن توكل الإدارة صاحبة المشروع مهمة الرقابة الى هيئات متخصصة هي :

* هيئة المراقبة التقنية للبناء CTC.

* هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH.

* هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية CTPP.

1/ أ رياض عيسى ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، الطبعة الأولى ، 1976، ص127.

2/ المادة 13 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري 1964.

بحيث تقوم الإدارة صاحبة المشروع بإبرام " اتفاقية مراقبة تقنية " مع إحدى هذه الهيئات بحسب طبيعة المشروع ، ومن خلال هذه الهيئة تقوم الإدارة بمراقبة المشروع من عدة نواحي . وهو ما يكرس حق الإدارة في اللجوء إلى الخبرة الفنية الخارجة عن الإدارة المتعاقدة المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية لضمان حسن أداء الخدمة .

والى جانب هذه الهيئات في المشاريع الكبرى، تقوم الإدارة بإبرام اتفاقية مع مكتب الدراسات ، أي مع مهندس أو مهندسين معماريين وذلك للسهر على مطابقة التنفيذ الذي يقوم به المقاول مع المخططات و التصميمات الموضوعية من طرفهم .

كما يمكن للإدارة أن تقوم بإيفاد مهندسيها وأعوانها للتحقيق من سير تنفيذ المشروع بصورة مرضية ، وهذا عن طريق زيارتهم المنتظمة للورشة و الإطلاع على دفتر الورشة والتسجيل ملاحظاتهم وتوجيهاتهم للمقاول.

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

فما معنى الأوامر المصلحةية ؟

الأوامر المصلحةية يعرفها الفقهاء بأنها " تلك الأوامر التي تصدر من الإدارة صاحبة المشروع الى المقاول المتعاقد معها بقصد تحديد أوضاع تنفيذ الأشغال ، أو تكملة الناقص منها ، أو التعديل فيها"¹.

وتشمل الصلاحيات المخولة للهيئة المكلفة بممارسة الرقابة عموما مايلي :

- السهر على احترام المقاول لبنود العقد.
- ضمان المتابعة الدائمة لتنفيذ العمليات و السهر على مطابقتها للمخطط العام للتنفيذ.
- عقد الإجتماعات بشكل دوري في الورشة والتي تتوج بمحضر اجتماع.

1/ سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص.436

- يقترح تكييفات المشروع على الإدارة صاحبة المشروع و يبلغها للمقاول اذا وافقت عليها الإدارة (صاحبة العمل).

- يعمل المكلف بسلطة الرقابة وهو الضامن لمطابقة الأشغال المنفذة لما هو محدد في الرسومات والمخططات التي يكون قد أعدها ، وذلك بواسطة الدور الذي يلعبه في تنظيم الورشة.

وبهذه المهام فالهيئة المراقبة أو المهندس المكلف بمتابعة الأشغال يعتبر "المحاور" الوحيد للمقاول فيما يتعلق بتجسيد تنفيذ العقد .

فهو الذي يتابع الأشغال في الواقع بشكل منتظم ويواكب بما يراه من تعليمات و توجيهات ، ولما كانت الأوامر المصلحية هي الوسيلة القانونية الأساسية التي تمارس الإدارة من خلالها الرقابة ، فإنه من الضروري التعرض لأحكامها ، وبيان نظامها القانوني وذلك بالقدر الذي يهم موضوعا.

فالإدارة تمارس سلطة الرقابة عن طريق الأوامر المصلحية ، فعن طريق هذه الأوامر تصدر الأمر للمقاول بالشرع أو البدء في التنفيذ . إذ سابقا لا يستطيع المقاول الشرع فيها قبل ذلك كمبدأ عام ، و بما أن الأوامر المصلحية هي في النهاية قرارات إدارية¹ ، وإستنادا إلى ما للإدارة من إمتياز التنفيذ المباشر ، فإن هذه الأوامر تتمتع بقوة نفاذ ، تلزم المقاول الخضوع وبالتالي التقيد بتوجيهات الإدارة وتعليماتها² .

وهذا بمعنى أن الإدارة تملك أن تجبر المقاول على تنفيذ ما تريده دون اللجوء الى القضاء، ودون الحاجة الى وجود نص بذلك في العقد³ . وذلك لما لها من حق التنفيذ المباشر المعترف لها به والذي يمكنها من تنفيذ (أوامرها) بذاتها أو بمعاونة شخص آخر على نفقة المقاول في بعض الحالات.

¹ / أنظر المادة 01/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

² / سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 436.

³ / محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص 110.

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 02/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة حيث نص "... يتعين على المقاول أن يحترم جميع أنظمة وأوامر السلطة المختصة ، وكذلك عند اللزوم الأوامر الخاصة و المحددة من قبل رئيس المؤسسة التي يجري فيها تنفيذ الأشغال..."، والمادة 04/12 " ..فإنه ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه " ¹ .

أما من حيث شكل الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهات المخولة لرقابة تنفيذ عقد الأشغال العامة ، فيتفق الجميع من فقهاء و مشرعين على أن هذه الأوامر يجب أن تكون مكتوبة حتى تكتسي طابعها الإلزامي ² .

وعليه فإن أي أمر مصلحي لا يصدر في الشكل الذي أقر المشرع ، أو لا يحتوي على البيانات التي استوجبها ، فإنه يفقد قيمته القانونية ، وبالتالي لا يلتزم المقاول بمضمونه ، وإن التزم به فعلى مسؤوليته الخاصة ، ولا يمكنه الرجوع الى الإدارة بأي شئ ، فهو لا يستطيع أن يستند في طلبه المحتمل بالتعويض إلا على الأوامر المكتوبة ³ .

العنصر التالي الذي نحن بصدد التطرق إليه هو عبارة عن اجابة عن السؤال : فيما تتجلى مظاهر سلطة الرقابة وما نطاق تطبيق هذه السلطة ؟

المطلب الثاني : مظاهر سلطة الرقابة و نطاقها

من خلال دراستنا السابقة بينا أن الإدارة تمارس سلطاتها المختلفة في الرقابة على نطاق واسع ، حتى إن لم ينص عليها العقد ، بل ويبقى ورودها في النصوص التنظيمية أو التشريعية ، أو أكثر من ذلك عندما يقتضيها الصالح العام وحسن سير المرافق العمومية وهذا هو السبب الرئيسي لوجود هذا الكم الا محدود لسلطات الرقابة الإدارية تجاه المكلف بالمشروع ، إذ لا يمكن حصرها في نطاق معين غير أن ذلك لايعني أنها سلطة مطلقة ،

1 / أنظر المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

2 / عيسى الزهري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم والإقتصاد ، بغداد 1975 ، ص132.

3 / سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 437.

لا ترد عليها أية قيود ، بل بالعكس يجب أن يكون استعمال الرقابة في حدود الغرض الذي تقصده لأنها ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق أهداف معينة كالحفاظ على سلامة وتأمين سير الأعمال الأصلية في العقد.

ومن هذا المنطلق سنبحث في هذا المطلب مسألتين :

المسألة الأولى وهي مظاهر سلطة الرقابة في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني نتناول من خلاله القيود الواردة على سلطة الرقابة.

الفرع الأول : مظاهر سلطة الرقابة

كما أسلفنا فإن مقاول الأشغال العمومية يخضع لرقابة الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع منذ بداية تنفيذ العقد ، إذ الإدارة هي من تأمر ببدأ التنفيذ بإصدارها أمر مباشرة الأشغال والذي من تاريخه تبدأ احتساب المدة المحددة لإنهاء الأشغال وبالتالي تسليم المشروع. والإدارة (المصلحة المتعاقدة) سلطة توجيه ورقابة كاملة في مواجهة مقاول الأشغال العمومية الذي هو مجرد مساهم في تسيير المرفق العام¹.

لقد جاءت هذه الرقابة على مقاولي الأشغال العمومية ، نتيجة منطقية لكون الإدارة هي الحارس المكلف برعاية المصالح العامة وحسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ويعتبر واجبا على عاتق الإدارة لا يمكنها التنازل أو التخلي عنه وإلزام بما تخالفه ، وبالتالي فإنها غير مخيرة بين أن نستعملها أو لا، بل هي واجبة التنفيذ وليست رخصة ممنوحة للإدارة ، كونها مصلحة تتعلق بالصالح العام و تحقيق المنفعة العامة.

ويكمن نحدد نطاق ممارسة الرقابة في جانبين ، جانب ضيق ينحصر في الإدارة عند تنفيذ المقاول للأشغال طبقا للشروط والمواصفات الواردة في دفتر الشروط ، ويعبر عنها بالإشراف وممارسة الإدارة للرقابة عن طريق أعمال مادية تتجسد في زيارة مواقع العمل للتأكد من من سير الأعمال على أحسن ما يرام وكذلك التحقق من جودة المواد المستعملة ومطابقتها المطلوبة.

1/ سمير صادق ، العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1991، ص132

وأما الجانب الأوسع لسلطة الرقابة ، فهو جانب يسمح للإدارة بتوجيه العمل و التدخل في أوضاع تنفيذه عن طريق الإختيار الطريق الملائم للتنفيذ و تغيير بعض تلك الأوضاع ، ويجب أن يكون ذلك في الحالات غير المنصوص عليها في عقد المقاولة¹.

و من صور الرقابة إصدار الإدارة المتعاقدة الأمر للمقاول ببدأ الأشغال ، كما ورد في التشريع الجزائري " ...يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن المهندس.."² ، فكما أسلفنا فإن تنفيذ العقد يخضع لإشراف و توجيه الإدارة صاحبة الأشغال عن طريق ممثلها منذ المرحلة الأولى للتنفيذ.

وان كان خضوع المقاول لهذا الأمر المصلي واجبا عليه إلا أن تجاوبه معه مرهون بالإنزام الإدارة من تمكينه من ذلك، عن طريق تسليمه موقع العمل و كذلك الخرائط و الرسوم أو المخططات ، وعموما كل ما يستلزمه البدء في التنفيذ.

كما أن الجهة التي تكلفها الإدارة بالرقابة ' المهندس ' هي التي تحدد خطوات سير العمل، ووتيرته، وتكييف طرق التنفيذ ، واحداث تغييرات في العمل المنجز، والوسيلة لكل ذلك هي الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهة المكلفة بالرقابة (صاحب الأشغال).

فالإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع ،ممثلة في الهيئة أو المهندس المكلف بمتابعة الأشغال، هو الذي يحدد جدول الأشغال ، أي الفترات أو المدد التي تستغرقها إنجاز كل طائفة من الأشغال (مدة طائفة الحفر ، وضع الخرسانة، التبليط...الخ).

وتمتد سلطة الرقابة لتشمل مجال اختيار العمال ومساعدو مقاول الأشغال العامة ، إذ تمتلك الإدارة سلطة الأمر بإستبدال بعض الأعوان المساعدين لإهمالهم ، أو لعدم امتثالهم للأوامر، أو غشهم ، أو عدم كفاءتهم وهو ماتناوله المشرع الجزائري وكذا المشرع المصري³.

1 / الأستاذ رياض عبد عبيسي، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات الأشغال العامة، النجف ، العراق ،الطبعة الأولى 1976،ص ص 150، 151.

2 / المادة 01/12 من دفتر الشروط الإدارية الجزائري.

3 / المادة 01/13 من دفتر الشروط الإدارية الجزائري" لا يجوز للمقاول اتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعاونته و الحلول محله في تسيير الشغل و قياسه" ، وتقابلها المادة 89 من اللائحة التنفيذية 08/ 79 لقانون المصري لعام 1998 .

ومن الموضوعات التي تكون محل مراقبة ، وربما بحرص أكبر ، هي مراقبة نوعية المواد المستعملة في الإنجاز من قبل المقاول ، والتي يجب أن تكون مطابقة لتلك المنصوص عليها في العقد، والا من النوع الذي يحدده ممثل سلطة الرقابة (المهندس الذي يتابع الإنجاز)، فالمواد التي يختارها المقاول للإستعمال في تنفيذ الأشغال ، لا يمكنه استخدامها إلا بعد موافقة الإدارة عليها (المهندس) ، وتستمر وجوب الموافقة الى غاية انتهاء وتسليم الأشغال¹.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري وهو يتكلم عن المواد المستخدمة في العمل حيث جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة "... ولا يجوز استخدامها إلا بعد اجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من طرف المهندس الدائرة أو المهندس المعماري ، أو منتدبيهم بناء على سعي من المقاول، بالرغم من ذلك القبول ولحين الإستلام النهائي للأشغال ، في حال فساد نوعها...يجوز لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري رفضها ويقوم المقاول بتعويضها على نفقته...".

وقد تتخذ سلطة الإدارة في الرقابة الأمر بتوقيف تنفيذ الأشغال الذي يعني الأمر بتأجيل تنفيذ الأشغال أو الوقف المطلق لها، فباعتبار الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال هي المدير الفعلي للمشروع فلها أن تتدخل قبل الشروع في التنفيذ و تأمر بتأجيل البدء فيها . أو تتدخل بعد الشروع في الإنجاز ولأسباب فنية أو عملية ، فتأمر المقاول بتوقيف تنفيذ الأشغال بصفة مؤقتة ، أو بصفة نهائية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يتم فسخ العقد ، وبعد فسخا من جانب واحد ويقرر من الإدارة المتعاقدة².

أما إذا كان الأمر بتأجيل التنفيذ لفترة زمنية معينة ، أي توقيفا مؤقتا للأشغال ، فهنا يجوز للمقاول طلب الفسخ ، إذا كان هذا التوقف يمتد لأكثر من سنة حسب التشريع الفرنسي³.

1/ المادة 02/21 من دفتر الشروط الإدارية العامة النموذجي الفرنسي الذي نظمته المرسوم 1976/1/21 وكذا المادة 01/23 من ذات المرسوم.

2/أنظر المادة 01/34 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

3/ أنظر المادة 01/48 من دفتر الشروط العامة النموذجي الفرنسي 1976.

بشروط أن يعبر عن رغبته كتابيا ، وفي خلال الأربعة أشهر من تاريخ تبليغه أمر المصلحة بالتوقف ، وهو ما يتفق مع موقف المشرع الجزائري المعبر عنه في دفتر الشروط الإدارية العامة¹.

ويمتد حق الإدارة في الرقابة الى الأشغال المنجزة التي لها أن تعابنها فإن اكتشف مهندسوها فسادا في البناء يجوز لهم الأمر بهدمه ، سواء كان قيد الإنجاز أو حتى قبل الإستلام النهائي ثم الأمر بإعادة بنائه من طرف المقاول المتعاقد .

وتتم عملية الهدم وإعادة البناء على نفقة المقاول المتعاقد ، كما يمكن للإدارة مطالبته بالتعويض عن ذلك . وإن كان المشرع لم يحدد أساس المطالبة بالتعويض ، فإن الإدارة لا تعدم أن تجد سببا لذلك إذا رأت الإلتجاء اليه ، " إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء ، فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب ، سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الإستلام النهائي، أو بالهدم وإعادة الأشغال أو أقسام الأشغال المظنون فسادها، إن لم يجري المقاول هذه العملية فتباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا ، فيتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به ، دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة².

وهذا الموقف ذاته نجده عند المشرع الفرنسي ، سواء تعلق الأمر بالهدم وإعادة البناء من طرف المقاول نفسه أو من الغير ولكن على نفقته ، أو في إمكانية الإدارة من المطالبة بالتعويض .

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري هو تقريره جواز الأمر بالهدم لمجرد شك المهندس في فساد البناء .

إذا كان الأخرى به أن يقرر ذلك بعد التأكد من عدم سلامة البناء ، حتى يغلق الباب أمام التعسف الذي يمكن أن يتعرض له المقاول ، حتى مع ماقرره في المادة 50 من دفتر

¹/ أنظر المواد 01،02،03،04،05،06/34، من دفتر الشروط العامة الجزائري 1964.

²/ أنظر المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

الشروط من عرض الأمر على المهندس الرئيسي في حال نازع المقاول في رأي المهندس الذي قام بالرقابة و أمر بالهدم نتيجة الشك ، لأن المهندس الرئيسي ليس جهة محايدة¹ .

المقاول في النهاية عليه أن يمثل لكافة التوجيهات و الملاحظات و التعليمات التي يبدونها أو يصدرونها متى اتخذت الشكل القانوني الذي حدده المشرع لها إذ يتعرض المقاول لآثار وهو ماسنتطرق اليه في العنصر اللاحق .

الفرع الثاني : آثار سلطة الرقابة

خضوع المقاول للأوامر المصلحية لا يعفيه من المسؤولية على الأضرار و المخالفات التي قد يتسبب فيها أو يرتكبها جراء قيامه بالأشغال على نحو معين² .

ولم تنبه الجهة الرقابية الى خطورة ذلك ، أي لا يمكنه أن يتذرع بعدم معارضة الإدارة المتعاقدة على الأسلوب الذي انتهجه أو عدم تنبيهها له للكف عن ذلك ، وكل ذلك لا يعد سببا للإعفاء من المسؤولية ، لا أمام الإدارة ولا في مواجهة الغير ، و تنتفي فقط مسؤولية المقاول إذا أثبت أن الضرر الحاصل كان نتيجة تطبيقه لأمر الجهة الرقابية.

إن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة بإصدار أوامر و توجيهات تتعلق بالتنفيذ ، لا يتولد عنه بشكل آلي الحق في التعويض بالنسبة للمقاول ، بل ان قد يلحق بالمقاول من ضرر جراء ذلك التدخل يعتبر من المخاطر العادية و المتوقعة منه أثناء توقيع العقد كما أسلفنا ، ولا يستبعد هنا "المبدأ" إلا في حالتين وفقا للقواعد العامة :

1/ حالة الخطأ المنسوب للإدارة في صورته المختلفة كأن تتأخر في إصدار الأمر بالبدا في التنفيذ لمدة تتجاوز المعقول ، أو تتأخر في تسليمه موقع العمل.

2/ وحالة الخطأ الناتج عن التعسف في استعمال السلطة ، والذي تخضع فيه الإدارة للرقابة القضائية³ .

1 / سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود... ، المرجع السابق ، ص440.

2 / DELAUBADERE : Traité Elimentaire de droit , op , cit .p 301.

3/ حسين درويش عبد العال ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1983 ، ص15.

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

* إدارة الأعمال وتعني اصدار الأمر للمقاول بإستعمال أدوات معينة واتباع طريقة ما محددة في التنفيذ، ويجب على المقاول الإلتزام بأوامر رب العمل التي تعتبر بمثابة عمل وقائي ضد أخطاء وإهمال المقاول بما تقدمه من توجيهات و بيانات ضرورية لحسن سير العمل بما توجهه له من أوامر مصلحة واضحة ومحددة.

* أما مهمة الرقابة فتتخصص في الملاحظة و المتابعة عن قرب من قبل الإدارة لكيفيات تنفيذه العمل من الناحية الفنية .

وعلى هذا فيتعين عليها أن تبادر الى اصدار الأوامر المصلحية الى المقاول، وفي حال تقاعسها عن ذلك ، فهي قد أهملت و قصرت في ممارسة سلطة الرقابة، التي كانت ستجنب المقاول الوقوع في المخالفة أو الخطأ في التنفيذ ، وفي هذا يرى بعض الفقهاء أنه لا مانع من إقرار مسؤولية الإدارة التعاقدية على عيب الرقابة في تنفيذ عقد الأشغال العامة.

هذا ويقع على عاتق الإدارة إلتزام حقيقي بالرقابة و الإشراف لضمان التنفيذ الجيد للأشغال حتى تتجنب عدم إنجاز الأشغال أصلاً أو انجازها بشكل سيئ . وهذا العمل من قبل الإدارة يشكل خطأ يستدعي مسؤوليتها¹.

المبحث الثاني : سلطة التعديل ومداهها

للإدارة الحق في تعديل ماتقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية ، وحقها في ذلك مستمد إما من العقد الإداري ذاته الذي قد ينص فيه على إعطاء الإدارة المتعاقدة هذا الحق، وإما

1 / حمدي عمر حلمي، المسؤولية التعاقدية للإدارة- دراسة مقارنة- المجلة القانونية و الإقتصادية ، العدد الثامن 1996 ، ص221.

أن تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها ، في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد.

ولا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذا ما وجد نصا يبيح لها ذلك، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لشروط تعاقدية ، ولاكن الأمر يدق إذا لم يرد بالعقد نصا يعطي الإدارة هذا الحق¹.

هذا الحق يعود لجهة الإدارة وحدها وإرادتها المنفردة ، حيث تحتفظ دائما بحق التعديل وتغيير شروط العقد زيادة أو نقصان ، تبعا لإحتياجات المصلحة العامة ، دون أن يحتج عليها الطرف المتعاقد بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ومراد هذا هو تغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة . وبناءا على ماسبق سنتطرق لدراسة أساس سلطة التعديل ومظاهرها في مقاولات الأشغال العامة في المطلب الأول ، ثم ننتقل الى المطلب الثاني لدراسة الحدود التي تقيد جهة الإدارة في ممارستها لهذا التعديل .

المطلب الأول : أساس سلطة التعديل و صورها

بما أن الإدارة تمارس سلطاتها في تعديل التزامات المتعاقد معها في عقود الأشغال العامة بشكل واسع دون أن يحتج عليها بقاعدة القوة الملزمة للعقد ولاكن من أين ياترى تستمد الإدارة هذا الحق المميز ؟ وهذا ماسنجيب عليه في الفرع الأول تحت عنوان أساس سلطة التعديل ، ثم نتطرق في الفرع الثاني لبحث مظاهر هذه السلطة² .

الفرع الأول : أساس سلطة التعديل

إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية و أبرز الخصائص التي تميزه عن نظام العقود المدنية ، فلإدارة -وبإرادتها المنفردة - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى إلتزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما إقتضت حاجة

1/ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 243.

2 / أ. رياض عيسى ، المرجع السابق ، ص 176.

المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل . ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في ظروف العقد وملايساته و طرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق . ويقال أحياناً ، تفسيراً وتبريراً لهذه السلطة بالإستناد إلى نصوص العقد الصريحة أو الضمنية ، أن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق و تحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة - وهي صاحبة الإختصاص في تنظيم المرفق و تحديد قواعد تسييره - قد حولها العقد حق التعديل بما يلائم هذه الضرورة ووفق تلك المصلحة . و الأصح أن هذه السلطة تجد أساسها في اتصال العقد بالصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة ، ولذا فهي سلطة أصيلة توجد مستقلة عن نصوص العقد و دفاثر الشروط ، ولا تجد أساسها في إرادة حقيقية أو مفترضة للطرفين .

والإدارة في ممارستها لسلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ وإنما تستعمل حقاً تستمده لا من نصوص العقد ، بل من طبيعة المرفق و إتصال العقد به ووجوب الحرص على إنتظام سيره .

ولذا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة الى النص عليه في العقد ، أو موافقة الطرف الآخر عليه ، وإذا ما أشارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فإن ذلك يكون مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع ممارستها وما يترتب عليه ، دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر للإدارة في التعديل¹ .

أساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي تتمتع به المصلحة المتعاقدة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، هو ضرورة حسن سير المرفق العام بانتظام و اطراد من جهة، كما أن العقد الإداري وخلافاً لعقود القانون الخاص يقوم على فكرة تفضيل المصلحة العامة على

المصلحة الخاصة، وهذا ما يمنح الإدارة الأحقية في تعديل العقد بالزيادة أو النقصان بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض عليها ويمس التعديل:

1 / د محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ص 224 225.

- ❖ كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد، وفي هذه الحالة يتم إبرام ملحق للصفحة طبقاً للمادتين 31 و 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة 1964 .
- ❖ شروط التنفيذ المتفق عليها.
- ❖ مدة تنفيذ العقد، حسب المادتين 32 و 34 من دفتر الشروط العامة.
- ❖ أسعار الصفقة، حسب المادة 33 من دفتر الشروط الإدارية العامة¹.
- ❖ إلا أن هذه السلطة الواسعة والتي تعد من قبيل الشروط الاستثنائية مضبوطة في إطار دقيق ومحدد يتمثل في:

01/ ألا يتعدى التعديل موضوع العقد:

لأن الإدارة إذا أقبلت على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها. وهنا القاعدة العامة تقضي أن للمصلحة المتعاقدة، إساءة حق تعديل الشروط المقررة في الصفقة، من دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في التعويض، إلا إذا بلغ الضرر الذي أصابه حداً معيناً.

02/ أن يكون للتعدي أسباباً موضوعية:

ذلك أن مناط التعديل هو حاجيات المرفق العام، المتغير والمتطور لذا لا يمكن استعمال هذه السلطة، إلا إذا تغيرت الظروف وبررت هذا التعديل، فإذا استعملتها من دون ذلك يكون عليها تحمل المسؤولية.

03/ أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية:

وهذا بأن تصدر الإدارة قراراً إدارياً له علاقة بالصفقة العمومية، كالقرار المتعلق بأعمال جديدة واردة في الصفقة العمومية ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل، غير أن هذا التعديل مشروط بما يلي:

- ❖ أن يكون مكتوباً ذلك أن التعديل جزء من الصفقة التي تتطلب شكلية الكتابة.
- ❖ أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة.

1/. أنظر المواد 31، 32، 33، 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

- ❖ أن يراعي التعديل السقف المالي المحدد في المادة 93 من المرسوم نفسه، وقدره 20% من قيمة الصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة، و10% من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات، كما نصت المادة أعلاه على عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة القبلية كما تخضع سلطة التعديل لرقابة القاضي الإداري الذي دوره هنا هو الموازنة بين تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام ومدى علاقته بالصفقة الأم وبالحدود المالية، وهنا يقدر مدى التعسف في استعمال هذه السلطة.
- ❖ ومن الجدير بالذكر، أن هناك من الفقه الإداري ما أنكر على الإدارة تمتعها بهذه السلطة وهناك من قيدها وحصرها في نوع معين من العقود كعقد الأشغال العامة وعقد الامتياز، في ما عداهما فلا يجوز التعديل إلا إذا تم الاتفاق عليه صراحة في العقد¹.

إذا كان هناك إجماع فقهي حول حق الإدارة في تعديل شروط تنفيذ عقد أشغالها وفق شروط معينة أو في إطارها، فإن الفقه اختلف حول الأساس (القانوني)².

1/ أساس التعديل هو فكرة السلطة العامة

يرجع أصحاب هذا الرأي أساس سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي لعقد الأشغال العامة (باعتباره أحد العقود الإدارية) إلى فكرة امتيازات السلطة العامة، التي تملكها بمقتضى القوانين واللوائح، التي تقرر لها ذلك باعتبارها المكلفة بتحقيق المصالح الجماعية، وفكرة السلطة العامة، معروفة في فقه القانون الإداري، الذي يرى جانبا كبيرا منه أن هذه الفكرة تشكل أساس القانون الإداري، وهي المعيار لتحديد نطاق تطبيقه، وبالتالي اختصاص القاضي الإداري³.

1 / د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر، الجزائر، 2000، صص 150-151.

2/ أحمد عثمان عباد، المرجع السابق، صص 217، 216.

3/ أحمد محيو، المرجع السابق، صص 32 وما بعدها.

فالإدارة وفقا لهذا الفريق ، حين تقوم بتعديل شروط تنفيذ العقد ، فهي لا تباشر حقوقا تعاقدية ، وإنما تباشر امتيازاً من امتيازات السلطة العامة ، وتظهر هذه الفكرة بوضوح في نظرية " فعل الأمير " ¹.

ولو أن هذا التطبيق الواسع لهذه النظرية منتقد ، ونحن نؤيد هذا الإنتقاد للرأي الذي الذي يوسع مفهوم نظرية" فعل الأمير" ليشمل كل تدخلات الإدارة بغض النظر عن الصفة التي تدخلت بها ، فيجب حسب رأينا حصر مفهوم النظرية في ممارسة الإدارة لإختصاصاتها الخارجة عن نطاق التزاماتها التعاقدية ، بحيث لا تشمل سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة بشكل مباشر ، لأن العنصر الأساسي لنظرية فعل الأمير كما أسلفنا هو أن يصدر التصرف الذي أثر على تنفيذ العقد من السلطة الإدارية بصفة أخرى، لا على أساس أنها السلطة المتعاقدة ².

2/ أن مقتضيات الصالح العام للعقد هي أساس التعديل

من غير المقبول ، ولا المعقول ، تقييد الإدارة بعقود لا تتجاوب مع احتياجات المرافق العامة ، هذه هي الفكرة الرئيسية التي يستند إليها الفقهاء الذين اعتمدوا مقتضيات المرفق العام وبالتالي الصالح العام ، كأساس لحق التعديل الإفرادي الممنوح للإدارة المتعاقدة ، وفي هذا يقول أحدهم " إنه لا يمكن إلزام الإدارة إلى الأبد بمقتضى عقود أصبحت غير مفيدة أو غير مطابقة لحاجات المرافق العامة ³.

ففكرة السلطة العامة وفكرتي المرفق العامة و المصلحة العامة كلها مجتمعة تشكل الأساس الذي تخول الإدارة حق التعديل الإفرادي.

فعن طريق المرفق العام تعمل الإدارة على تحقيق الصالح العام ، وهو هدفها الأساسي من إبرام العقد ، ومن أجله حولها المشرع استعمال السلطة العامة.

¹ / ثريا العيوني ، معيار العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة الدكتوراه، جامعة عين الشمس ، مصر ، 1987،ص392.

² / حمدي عمر حلمي ، المرجع السابق، ص229.

³ / خميس السيد اسماعيل،الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية و التعويضات،الطبعة الأولى1994 ،

فالمصلحة العامة و المرفق العام فكرتان متلازمتان ، لأنه من الناحية العملية ليس هناك فرق بين التعريف الموضوعي للمرفق العام وفكرة النفع العام ، بإعتبار أن المرفق هو نشاط يهدف لتحقيق نفع عام ، وحيثما وجدت المصلحة العامة أمكن استخدام السلطة العامة .

فسلطة التعديل شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة مستمدة إذن من كل هذه الأفكار وذلك ربما هو سبب اجماع الفقهاء ، حول تقريرها ، كما إنها مستقرة في الوجدان العام ، سواء القانوني أو العرفي ، إذ أصبح راسخا لدى كل مقاول يرتبط مع الإدارة لإنجاز أشغال عامة، أن للإدارة سلطة تعديل شروط تنفيذ العقد دون أن يبحث على أساس ذلك، إذ أصبح ذلك من المسلمات لديه¹.

الفرع الثاني: صور سلطة التعديل

ينصب التعديل الإفرادي من قبل الادارة المتعاقدة على شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة

إذ غالبا ما يرد على الجوانب التالية:

- التعديل في مقدار التزامات المقاول .
- التعديل في وسائل وطرق التنفيذ.
- التعديل في مدة التنفيذ.

أولا : بالنسبة لمقدار وحجم التزامات المقاول:

فقد تضطر الإدارة صاحبة المشروع الى إضافة بعض الزيادات على مشروعها أو تدعيم بعض الأجزاء منها مما يستلزم الزيادة في حجم الأشغال عن تلك المتفق عليها مع المقاول. وقد يظهر تنفيذ الأشغال أن الإدارة قد أدرجت في المشروع بعضا من الأجزاء أو الأشغال التي لا يحتاج اليها المشروع أو التي تؤثر سلبا على هدف المشروع فتقرر إسقاطه منه ، وبالتالي ينقص حجم الأشغال المطلوب تنفيذها من قبل المقاول عن تلك المتفق عليها في

¹ / أحمد محيو ، المرجع السابق ، ص 385.

العقد ، ففي كلا الحالتين تستطيع الإدارة صاحبة المشروع أن تدخل التعديل المناسب على كمية ومقدار الأشغال موضوع العقد.

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

وهذا ثابت الإدارة في جميع عقودها الإدارية بما فيها عقد الأشغال العامة بحسب ما يجمع عليه غالبية الفقهاء¹.

وغالبا ما تتضمن النصوص هذا الحق و تشير اليه بشكل صريح ، كما هو حال المشرع الجزائري الذي ينص في دفتر الشروط العامة : " في حالة إجراء اضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أي مطالبة..."².

نرى أن المشرع نص على هذا يعتبر للتأكيد على هذه السلطة أو الحق ، لا غير ، فحتى بدون وجود مثل هذا الموقف من المشرع ، فتبقى الإدارة تمتلك القيام به نظرا للأساس الذي يبني علي.

ثانيا : التعديل في وسائل وطرق التنفيذ

عن أوضاع ووسائل التنفيذ فهناك أسباب عديدة قد تستدعي تعديلها ، كحدوث صعوبات مادية ، أو ظروف فنية مستجدة أو غيرها³ .

فأوضاع ووسائل التنفيذ اذا كان غير منصوص عليها في العقد ، فإنها تدخل ضمن سلطة الرقابة بمفهومها الواسع التي تمارسها الإدارة على مقاول الأشغال العامة.

¹ / أحمد عثمان عباد ، المرجع السابق ، ص333..

² / المادة 01/30 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري.

³ / إبراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، ص ص 58 ، 59.

فإن اتضح بعد مباشرة الأشغال و تنفيذ المشروع بأن الموقع غير صالح لإقامته أمر المهندس أو الجهة المكلفة بمتابعة من قبل صاحب المشروع ، بعد أخذ رأي هذا الأخير بتغييره.

أو إذا وجد أن سلامة الأشغال وتنفيذها على الوجه الأفضل، يتطلب تغيير طريقة التنفيذ المنصوص عليها في العقد ، فإن له أن يأمر بإتباع الوسيلة أو الطريقة التي يراها الأصلح. وعموما فإن تعديل طريقة أو أسلوب التنفيذ ، تمليه في غالب الأحيان مواجهة الظروف المستجدة بالنسبة لجميع جوانب التنفيذ ، كظهور مادة جديدة مثلا تستعمل في ذات الأشغال موضوع العقد ، أو اكتشاف طريقة علمية جديدة ووسائل حديثة أكثر تطورا ، أو أقل ضررا من تلك المستعملة¹ .

ثالثا: التعديل في مدة التنفيذ

وعن التعديل في مدة التنفيذ ، وربما أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة إذ كثيرا ما تتدخل الإدارة صاحبة المشروع بتقصير مدة التنفيذ خاصة ، أو تمديدها ، أو حتى بإنهائها وذلك بفسخ العقد دون الخطأ من المقاول .

فمقتضيات المرفق العام و المصلحة العامة ، و هي أساس سلطة التعديل ، وقد تفرض إدخال تعديلات على تنفيذ العقد في زمانه، و التي قد تصل الى الإلغاء التام للمشروع و بالتالي إنهاء العقد (خاصة في عقود الإلتزام) أي تقوم الإدارة بإسترداد المرفق العام وما يحدث غالبا في عقد الأشغال العامة ، وتحت ضغط حسن سير المرفق العام ، تأمر الإدارة بتسريع وتيرة الإنجاز و تقصير آجاله ، لذلك تعتبر مدة تنفيذ العقد أحد العناصر الأساسية التي تمارس الإدارة بشأنها سلطة تقديرية واسعة لذلك يعتبر مندوب الإدارة و المكلف من قبلها بمراقبة و متابعة الأشغال ، هو الموجه الحقيقي ، والمدير الفعلي للعمل، أما المقاول فهو مجرد منفذ لتعليماته ، ويأخذ حكم عمال الإدارة الذين يخضعون لتعليماتها و يلتزمون بتوجيهاتها² .

¹ / رياض عبد عيسى، المرجع السابق ، ص208.

² / حمدي عمر حلمي، المرجع السابق ، ص 68.

في هذا الموضوع ينص المشرع الجزائري على " يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.."¹ .

من المهم مراعات آجال التنفيذ، والواقع أن الإدارات المتعاقدة كثيرا ما تشكو من التأخر في انجاز المشاريع العامة، مما يؤثر سلبا على وتيرة النمو بشكل عام و على تكاليف الإنجاز و الخزينة العمومية بشكل خاص.

المطلب الثاني: نطاق سلطة التعديل

للإدارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة إلا أن هذه السلطة لا تكون مطلقة ، وإما تقف عند نطاق معين وضوابط يجب على المصلحة المتعاقدة أو الإدارة مراعاتها . هذه الحدود قد تكون مقررة بنصوص أو حدود درج القضاء الإداري على تكريسها لأنها تستند على مبادئ أساسية:

الفرع الأول : حدود التعديل المقرر بنص

قد يكون ما يحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لشروط تنفيذ عقد الأشغال العامة هو نصوص العقد ذاته ، بمعنى أن سلطة التعديل تحددها قيود إتفاقية² . بين المتعاقدين المتعاقدين ، ينبغي على الإدارة صاحبة المشروع الإلتزام بها و كل تجاوز لها يعتبر يعتبر تعسفا من طرفها يولد للمقاول الحق في طلب الفسخ الفوري للعقد، أو الحق بالمطالبة بالتعويض . فكراسات الشروط الإدارية العامة غالبا ما تنص على نسبة معينة من قيمة الصفقة التي يمكن أن يطالها تعديل الإدارة ، مما يعني أن كل تجاوز لهذه النسبة المنصوص عليها و المنفق عليها بين الطرفين يعتبر تعديا لحدود سلطة التعديل ، تتحمل الإدارة المتعاقدة مسؤوليته .

وهذا حال دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري الذي ينص على " في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال ، فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ، ومادامت الإضافة

1 / المادة 01/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

2 / مجلة العلوم الإدارية ، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية لعام 1959 ، العدد الأول التي نشرت التقرير لهذا الموضوع والذي أعده الأستاذ موريس فلام بصفته مقرا للمؤتمر، ص254.

المقررة بحسب الأسعار الإبتدائية لا تتجاوز 20 بالمائة من مبلغ المقاوله ، وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية ، حق له فسخ صفقته فوراً دون تعويض...¹ .

فقد حدد المشرع الجزائري إذا حدود سلطة التعديل الذي تملكه الإدارة صاحبة المشروع بنسبة 20 بالمائة من قيمة العقد، إذ في حدود هذه النسبة يكون للإدارة حق إدخال تعديلات على تنفيذ العقد بالزيادة في حجم الأشغال ، ولا يملك المقاول المطالبة بأي تعويض .

وإن تجاوزت الإدارة هذه النسبة تكون قد خرقت نطاق سلطة التعديل بما يفتح الباب أمام المقاول للدفاع عن مصالحه وذلك بطلب الفسخ الفوري للصفقة ، ودون أن يكون مطالباً بأي تعويض . مادام قد إلتزم بإتباع الإجراءات التي حددها المشرع المتمثلة في

" إخبار المهندس الرئيسي بكتاب خلال شهرين " ².

الفرع الثاني : الحدود القضائية لسلطة التعديل

و إذا لم يتضمن عقد الأشغال العامة حدود تبين نطاق سلطة التعديل الإفرادي فإن القضاء الإداري الفرنسي استقر على أفكار تبناها كضوابط لسلطة الإدارة في التعديل، ولذلك سماها البعض بالحدود القضائية ³.

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

- فكرة" عدم قلب اقتصاديات العقد" ، فاشتراط في التعديل أن يكون في الحدود المعقولة من حيث الحجم و النوع و الأهمية.

¹ / المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

² / المادة 01/30 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري .المرجع السابق .المقصود بالمهندس الرئيسي هناهي الجهة المكلفة من قبل الإدارة صاحبة المشروع ، بمراقبة ومتابعة الأشغال و الذي تدعى (صاحبة الأشغال).

³ / عيسى عبد القادر الحسن ، إلتزامات وحقوق المتعاقدين في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،

1987 ص309.

وهي الفكرة التي تبناها المشرع الفرنسي في دفتر الشروط العامة النموذجي¹. حيث بين بأن الحدود التي يمكن أن تسجلها سلطة التعديل يجب ألا تتعدى 25 بالمائة من قيمة الصفقة ، وإلا ففي حال تجاوز الإدارة صاحبة الأشغال ذلك فإنه يحق للمقاول طلب التعويض ، دون فسخ العقد.

والمفهوم المخالفة ، وإذا كانت نسبة التعديل في حدود 25 بالمائة فإن المقاول ليس له المطالبة بأي تعويض ، لأن ذلك يعتبر من المسائل المألوفة في مثل هكذا عقود.

¹ / المواد 15-16 من دفتر الشروط الفرنسي 1976 .

الفصل الثاني: السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي

إن الجزاءات - بمعناها العام - التي يستتبعها تنفيذ العقد يجب أن تكون مقابلاً لخطأ تعاقدية ، أي خطأ المتعاقد - أي كان وضعه - في تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد¹.

تتمتع الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع بحق توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها إذا أخل بأي وجه في تنفيذ التزاماته ، أو تأخر في ذلك ، أو نفذها على وجه غير مرض ، ومن باب أولى أن توقع عليه جزاءات إذا امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل .

كما أن عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته يجيز للطرف الأخر أن يطالب بالتنفيذ ، أو الحكم بالفسخ مع التعويض ، وهي أحكام منصوص عليها في القانون المدني الجزائري².

فالقانون الخاص إذن، يعرف هو كذلك الجزاءات التعاقدية في حالة عدم تنفيذ العقد من قبل أحد الأطراف، فيمكن للطرف الأخر أن يتوقف عن التنفيذ أو يطلب من القاضي فسخ العقد.

الإدارة باعتبارها المسؤولة عن سير المرافق العامة لها الحق في اتخاذ اجراءات سريعة وفعالة لتحقيق موضوع العقد ، ومن البديهي أن التدابير السريعة يصعب تحقيقها باللجوء الى القضاء الذي عادة ما تطول إجراءاته ، وكان من الضروري أن تستفيد الإدارة من وسائل و إمتيازات السلطة العامة بصفتها صاحبة الإختصاص في سير هذه المرافق ، فيكون لها الحق في تطبيق هذه الإجراءات الجزائية بإرادتها المنفردة ، والمتمثلة في التعويضات و الغرامات التأخيرية ، فإمتيازات الإدارة تتمثل في اتخاذ هذه الجزاءات ضد المتعاقد معها مؤسسة على مبدأ إستمرار و إنتظام المرفق العام ، الذي يتصل به عقد الأشغال العمومية³ وهو ما يستلزم البحث في الأساس القانوني لهذه السلطة وأنواع الجزاءات الموقعة ، فما مدى هذه السلطة ؟ وما أساسها القانوني ؟.

1 / محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر ، طبعة 2005، ص275.

2 / نص المادة 119 من قانون المدني الجزائري "...إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، جاز للمتعاقد الأخير بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا أقتضى الحال ذلك".

3 / د فضل أحمد ، العقود الإدارية ، المديرية العامة للتكوين والإصلاح ، وزارة الداخلية ، الجزائر ، ص81.

المبحث الأول : مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني

إن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المفاوض المتعاقد معها من شأنها أن تحمله على تنفيذ التزاماته بشكل يلائم مستلزمات الصالح العام¹.

ويتفق معظم الفقهاء على أن الجزاءات متعددة ومتنوعة ويختلف نظامها القانوني عما هو معروف في عقود القانون الخاص، إلا أن أساسها القانوني لم يكن واحداً أو متفقاً عليه منذ البداية، حيث حدث خلاف فقهي حول تحديد أساس هذه السلطة فيما إذا كانت ترجع إلى فكرة المرفق العام، أم أن مردها فكرة السلطة العامة، وما يترتب عليها من امتيازات².

المطلب الأول : تطور أساس حق توقيع الجزاءات

تطور أساس سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة على متعاقدتها بشكل مباشر دون اللجوء إلى القضاء في نظر القضاء الفرنسي.

فلم يكن يقبل من الإدارة جزاءات على المتعاقد معها خارج ما كان منصوصاً عليه في العقد أو دفا تر الشروط أو تتضمنه اللوائح، أي أن الجزاءات المنصوص عليها فقط هي التي يجوز توقيعها دون غيرها.

ثم في خطوة متطورة تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن مبدأ الاكتفاء بنصوص العقد في ذاته بواسطة القضاء، وأتبعها بخطوة أكثر تقدماً بأن اعترف للإدارة بحق توقيع الجزاء بذاتها دون حاجة إلى طلب ذلك من القضاء.

الفرع الأول: التقيد بالجزاءات التعاقدية :

في البداية لم يكن مسموحاً بأن توقع عقوبات لم تتضمنها نصوص سابقة، فلم يكن يجوز

¹ / رياض عبد عيسى، المرجع السابق، ص 275

² / هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراء، جامعة عين الشمس، مصر 1997، ص 83 وما بعدها.

للقضاء توقيع عقوبات خارج تلك المنصوص عليها¹، فالعقد وحده يبين جزاءاته ، ولم يكن مسموحا بتوقيع جزاءات غير تلك التي تضمنها العقد باستثناء جزاء "فسخ العقد".

فإذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم عليه بتعويض للإدارة جراء ذلك ما دام العقد بين الجانبين لا ينص على التعويض .

وقد أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي في قضيتين تتعلقان بعقد الالتزام ، فأقر القضاء الفرنسي صراحة عدم جواز طلب الإدارة من قاضي الحكم لها بتعويضات لم تتضمنها العقود التي أبرمتها .

غير إن الفقه إنتقد المبدأ الذي استند اليه القاضي في الحالتين ، وهو مبدأ الوقوف عند الجزاءات العقدية ، لأن ذلك مخالف للعدالة ، اذ لا يحق لأي كان أن يعفي نفسه مسبقا من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها مستقبلا .

ثم إن مقتضى تبني هذا المبدأ يجعل الإدارة أمام خيارين نتائجهما سلبية ، فأمام اخلال المتعاقد الملتمزم اخلالا بسيطا ، فإما أن تتساهل وتتسامح معه مع ما يمكن أن يتولد عن ذلك من عيوب في سير المرفق العام .

وإما أن تلجأ الى عقوبة انتهاء العقد رغم بساطة الخطأ من جانب المتعاقد ، مع ما لذلك من تأثير على حسن سير المرفق العام محل العقد ، فبسبب خطأ بسيط توقع الإدارة جزاءا قاسيا على المتعاقد يتمثل في انتهاء التعاقد الذي يؤثر على استمرار المرفق وحسن سيره .

وأمام هذا الوضع غير المقبول ، كان لابد من وجود حل في حال وجود نصوص تتضمن جزاءات قاسية مقارنة مع بساطة المخالفة ، أو في حال عدم تعرض العقد لذكر جزاءات لبعض المخالفات ، هذا الحل الذي يكمن في اللجوء الى قواعد العامة² .

1/ خميس السيد اسماعيل، الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية و التعويضات، الطبعة الأولى، 1994، ص 90.

2/ عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 1997 ، ص 17 وما بعدها.

فإذا كان القانون المدني ينظم هذا الجزاء في حال سكت عنه العقد ، فمن باب أولى نتناول أحكام القانون الإداري ذلك باعتبار أنها ترعي المصلحة العامة .

وأمام هذه الانتقادات التي وجهت لموقف القضاء من مبدأ التمسك والاقتصار على الجزاءات المنصوص عليها في العقد دون غيرها ،خطى القضاء الجزائي خطوة الى الأمام في اتجاه التخلي عن موقفه.

الفرع الثاني: تقدير الجزاءات وفقا للقواعد العامة

في خطوة جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (ديبلانك)¹ ، أين قرر اللجوء الى القواعد العامة في حال أن دفتت الشروط لم ينص صراحة على جزاء لمخالفة معينة ، لأن عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته يعتبر اخلافا من جانبه يستوجب التعويض لصالح الإدارة متى لحقها ضرر جراء تصرفه هذا .

وهذا ما تضمنه أيضا حكم مجلس الدولة في قضية " شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي"². فنقير القاضي لحق الإدارة في التعويض في الحالتين كجزاء لمخالفة المتعاقد لإلتزاماته لم يكن بناء على نص في العقد ، وإنما كان تطبيقا للمبادئ العامة .

فاذا كان المتعاقد مع الإدارة له الحق في التعويض من قبل الإدارة في حال لحق به ضرر جراء تدخل الإدارة و الإخلال بالتوازن المالي للعقد ،وهذا كله وفقا لقواعد العامة ، فإن الإدارة أيضا من حقها أن تلجأ طبقا لذات المبدأ الى المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة، وليس طبقا لبنود العقد فقط .

وتطبيقا لذلك فإن الإدارة وهي المكلفة بالسهر على تحقيق المصلحة العامة، اذا أثبتت أن هذه المصلحة قد تضررت بما لحق بالمرفق العام من إخلال جراء تصرف المتعاقد (المقاول)، فإن القاضي سيوقع الجزاء عليه.

1 / قضية السيد (ديبلانك) ، حكم مجلس الدولة في 21ماي 1907 بعد الإستئناف أي كان العقد لم ينص على بعض المخالفات وجزاءاتها ، ورغم ذلك خرج مجلس الدولة مؤيدا في ذلك قرار قاضي الدرجة الأولى عن مبدأ كفاية الجزاءات العقدية ، و أقر بأحقية الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء إخلال المتعاقد معها.
2/LAURENT RICHER . Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J , 1955 /, P 206.

وهكذا فإن قضاء مجلس الدولة أنهى الحماية التي كان يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة جراء سكوت العقد عن تناول بعض المخالفات وجزائها.

وطبعا يجب عدم الخلط هنا بين التعويض بسبب الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد بالتزاماته ، وبين الجزاءات المتمثلة في الغرامات العقابية التي تطبقها الإدارة حتى اذا لم يحدث ضرر إلا أنه لا يمكن تطبيقها إلا إذا نص عليها العقد¹.

وهكذا فإن تطور موقف القضاء كان ايجابيا ، حيث أقر بأن عدم تطرق العقد الى جزاء بالنسبة لمخالفة معينة لايعني بقاء هذه المخالفة دون جزاء ، بل يمكن توقيع العقوبة إعمالا للقواعد العامة المعروفة في القانون المدني ، وان كان الحكم لم يشر الى ذلك، وكما يحدث في كثير من الحالات ، فإن القاضي الاداري يستلهم حوله من هذا القانون، دون أن يكون ملتزما به.

إلا أن مقتضى الأعمال بها هو تحقيق لمبدأ العدالة الذي يجب أن يطبع القواعد القانونية بشكل عام والتي يتدخل القاضي لتطبيقها بشكل مباشر في علاقات القانون الخاص .

بينما في علاقات القانون الاداري يسمح للإدارة أن تباشر ذلك بذاتها بما يخول لها من إمتياز التنفيذ المباشر، فتقرر جزاء التعويض بنفسها ، ولها أن تقدر قيمته ولكن تحت رقابة القاضي الذي يلجأ اليه المتعاقد في حال ما إذا كان غير موافق على قيمة التعويض².

وهذا ما يعطي مفهوما مخالفا لجزاءات القواعد العامة في القانون العام ، عنها في القانون الخاص ، إذ لايجب أن تكون هذه الجزاءات ذاتها في القواعد العامة في للعلاقات بين الأفراد وجزاءات المبادئ العامة في عقود الإدارة العامة ، التي هي مرتبطة بالمرفق العام وبالمصلحة العامة .

فالسماح للإدارة بأن تطبق الجزاءات بنفسها ، يعني إستبعاد مبادئ القانون المدني الذي يكون اللجوء الى القاضي ضروري دائما لتطبيقه ، فمنح التعويض يعتبر من الخصائص الجوهرية للقواعد العامة في القانون المدني .

¹ / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص33 وما بعدها.

² / LAURENT RICHER. : Op Cit , P 207

وهكذا أصبح لنظام الجزاءات في العقد الإداري ذاتية مستقلة تنبثق من القانون العام ولها خصائصها المميزة لها .

ولو أن النزاع في قضية " دويلانك " يتعلق بعقد التزام ، إلا أن المبدأ يطبق على كل العقود الإدارية بما فيها عقد الأشغال العامة ، حيث أخذ مجلس الدولة بالمبادئ التي إنتهى إليها مفوض الدولة في هذه القضية وتتلخص في :

-إذا حدد العقد جزاءات لبعض المخالفات و أغفل البعض فلا يعني ذلك أن تبقى هذه الأخيرة (المغفلة) بدون جزاءات¹.

-إن كل التزام تعاقدى يقابله جزاء في حالة مخالفته ،وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة في حال لم يتضمن العقد نصا صريحا² .

-إذا توقع المتعاقدان إخلالا معيناً وقررا له جزاء محدد ، فيجب على الإدارة أن تتقيد به بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة إستبداله بغيره .

فبموجب هذه المبادئ تحررت الإدارة من الأحكام التعاقدية في مجال توقيع الجزاءات ، وبقي القيد المتعلق بالتعويض الذي يستوجب تدخل القاضي للحكم به، الى أن جاء حكم مجلس الدولة في قضية " شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي " السابق الإشارة اليه الذي حرر الإدارة وقرر بأنها ليست بحاجة الى اللجوء الى القضاء لإستصدار حكم بالتعويض متى لحقها ضرر من جراء إخلال المتعاقد لإلتزاماته ، فلها أن تحصل على التعويض بشكل مباشر بعد أن تقوم بتقديره ، طبعا مع خضوعها لرقابة القضاء في ذلك³.

وهذا الحق يطبق على جميع الجزاءات الإدارية إلا أنه ولئن كانت تملك هذه السلطة أي الإدارة ، فإنه يتعين عليها الإفصاح عن نيتها في إستعمالها اذ لا بد من صدور قرار اداري بذلك ، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري المصري⁴. ثم أن الإدارة وهي تمارس هذه

¹ / أحمد عثمان عباد ، المرجع السابق ، ص 336.

² / عبد المجيد فياض، المرجع السابق ، ص28.

³ / خميس السيد اسماعيل ، المرجع السابق ، ص92.

⁴ / سمير صادق ، المرجع السابق ، ص197.

السلطة ، لايعني اطلاق يدها في توقيع الجزاء حسب هوها بل هي تقوم على مسؤوليتها وتحت رقابة القاضي الذي يقتصر دوره على الرقابة المادية ، حيث يبحث ما اذا وقع الما قول فعلا في مخالفة أم لا ؟ ومدى ملائمة الجزاء للمخالفة ، والقاضي لايملك إلغاء الجزاء الذي تقرره الإدارة . وإنما تقتصر السلطة على الحكم بالتعويض إذا وقعت الإدارة عقوبة غير سليمة على الما قول¹، فالقضاء المختص هنا هو القضاء الكامل بإعتبار أن المنازعات هنا تعتبر منازعات حقوقية تعويضية ومالية².

إضافة الى رقابة القضاء فنظام الجزاءات الادارية لا يتضمن حقوق الادارة وسلطاتها إزاء الما قول المتعاقد معها فقط ، بل أيضا ضمانات قانونية تحمي حقوقه من تجاوز الادارة لحدود سلطتها. فمن أين تستمد الإدارة سلطتها في توقيع الجزاءات ؟.

المطلب الثاني : الأساس القانوني لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أن للادارة المتعاقدة حق توقيع جزاءات على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية ، وذلك بإرادتها المنفردة ، دون اللجوء الى القضاء³. وذلك بالنظر إلى مسؤولياتها في مجال المرافق العامة ، والتي هي مجال عقود الإدارة ، والتي تتيح للادارة إمتيازات لامجال لها في القانون الخاص .

ومن أهم هذه الامتيازات اصدار قرارات ملزمة تتمتع بقوة تنفيذ ذاتية يلتزم بها الأفراد طواعية أو تنفذ عليهم جبرا، على الرغم من عدم مشاركتهم في إنشائها أو عدم أخذ رأيهم في إصدارها.

وحق الادارة في اصدار مثل هذه القرارات التنفيذية تعتبر من الأساليب العادية والغالبة في ممارسة الادارة لنشاطاتها ، وعن طريق هذه القرارات الادارية تحصل الادارة عن مستلزماتها ، فتحصل مثلا عن الأموال بواسطة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة أو

¹ / هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ، ص58.

² / حسن درويش عبد العال، المرجع السابق، ص22.

³ / هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ، ص83 وما بعدها.

بالإستيلاء المؤقت، وغيرها من القرارات التي تحدث أثارا قانونية وتؤثر في مراكز قانونية بمجرد صدورها ، وهذا كله خلافا لما هو مألوف في قواعد القانون الخاص ، بحيث لا تتشأ الالتزامات إلا عن طريق توافق إرادتين بتعبير حر عنهما.

ولا تحصل الحقوق الا طوعا ، أي بإرادة "المدين " أو عن طريق القضاء بواسطة دعوى ترفع اليه من طرف الدائن كمدعي ضد المدين المدعي عليه.

وهذا أيضا خلافا لما هو مستقر عليه في قواعد القانون الاداري ،حيث تقرر الادارة حقوقها قبل الأفراد وتباشر تحصيلها دون تدخل القضاء ،وكل ذلك وفقا للمبدأ المعروف:

privilège du préalable أو امتياز التنفيذ المباشر D'action D'office.

الفرع الأول: إمتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الادارة

إذا كان فقهاء القانون العام في أغلبهم يجمعون على سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، بل واتخاذ جميع الاجراءات التي تراها كفيلة بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الأشغال العامة .

إلا أنهم اختلفوا في تحديد أساسها القانوني ، فمنهم من يرد هذه السلطة الى فكرة " إمتياز التنفيذ المباشر" ومنهم من ينكر ذلك على الادارة.

وسنورد بعض الآراء لهذا الفريق والبعض للفريق الأخر، وذلك دون أن ندخل في تفاصيل " مبدأ امتياز التنفيذ المباشر " .

الفرع الثاني : الآراء المؤيدة لسلطة الادارة في توقيع الجزاء

وردت العديد من آراء الفقهاء تؤيد حق الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته بناء على امتياز التنفيذ المباشر، الا أن هذه الآراء لم تكن موحدة بخصوص أساس هذا الحق أو السلطة ، أهو فكرة المرفق العام وضرورة استمرار حسن سيره ؟ أم أن أساس ذلك هو السلطة العامة التي هي أساس وركن من أركان الدولة.

ومن الفقهاء المؤيدين لمبدأ امتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المفاوض المتعاقد الذي يخل بالتزاماته ودون الرجوع الى القضاء نجد الفقيه "قاستون جيز"، وبحسب رأيه فإن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة بشأن هذه المرافق دقيقا في تنفيذ التزاماته ، وحتى تضمن الإدارة هذه الدقة يجب أن تكون مزودة بجزاءات حازمة في اطار القانون العام، بعيدا عن تلك التي يتضمنها القانون الخاص والتي تتميز بالاجراءات الطويلة والمعقدة خاصة مع ضرورة تدخل القاضي في اقرارها ، وما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في تكييف أفعال أو تصرفات المتعاقد .

لذلك فإن في حالة العقد الاداري عموما يكون استخدام أسلوب القانون العام ، الذي يسمح للإدارة بتطبيق الجزاءات بنفسها هو ما تتفق عليه إرادة الطرفين الإدارة والمتعاقد معها. وميزة هذه الجزاءات أنه يحق للإدارة أن تباشرها بنفسها وبدون تدخل القضاء وبشكل فوري كلما رأت أن اخلال المتعاقد معها يمس بحسن سير المرفق العام واستمراره¹.

ومن مؤيدي الرأي أيضا الفقيه "بيكينو" وغيره الذي يرى بأن الإدارة المتعاقدة لها حق في استعمال سلطتها في التنفيذ المباشر لقرارها التنفيذي فتطبق الجزاء على المتعاقد المقصر دون أن ينص العقد على ذلك ، لأن هذا الامتياز يتعدى العقد، أي أنه مقرر للإدارة دون حاجة الى نص في العقد يقره .

فبحسب رأيه فانه ومنذ 1929 وبمناسبة "قضية شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي" (السابق الاشارة اليه) لم يعد امتياز التنفيذ المباشر محل رفض حتى ولو لم تتضمنه نصوص العقد الا استثناءا فيما يتعلق بإسقاط الالتزام في عقد الالتزام².

إلى جانب هؤلاء الفقهاء هناك آخرون يرون أيضا بأن أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء للقاضي هو امتياز التنفيذ المباشر ، لكن ليس على أساس " المرفق العام " كما يرى الفقيه ((جاز)) ومن معه بل " فكرة السلطة العامة " .

¹ / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق، صص 50، 51.

² / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق، ص 59

وعلى رأس هؤلاء الفقيه ((هوريو)) الذي يعتبر أن امتياز التنفيذ المباشر هو الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ عقد متصل بمرفق عام .

فلإدارة أن تتخذ أي إجراء تراه في مواجهة المتعاقد المقصر في التزاماته بمجرد قرار بسيط تصدره دون حاجة الى الاستعانة بالقاضي لقرار ذلك¹ .

الى جانب هذا الفقيه يوجد أيضا الفقيه "فيدال" الذي يرى بأن امتياز الإدارة بتوقيع ، الجزاء على المتعاقد معها هو من بين امتيازات متعددة تملكها ، وأن بعض هذه الجزاءات هو ناتج عن نظام السلطة العامة ،ويمكن للإدارة تطبيقها متى دعت ضرورة ضمان حسن سير المرفق العام ذلك وهذا دون حاجة أن تتضمنها بنود العقد² .

وحق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر هو حق أصيل للسلطة العامة موجود من تلقاء نفسه ، وهذا ما يراه الفقيه "موريس فلام"³ .

الفرع الثالث: الآراء المنكرة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

ينكر البعض وخاصة الفقه الفرنسي ، على الإدارة سلطة توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها دون وجود نص بذلك ،ويشترط وجوب اللجوء الى القضاء للحكم لتوقيعه وملخص آراء هذا الاتجاه الذي أوردناه في فقرة سابقة تحت عنوان: (التقيد بالجزاء التعاقدية)، مقتضاه أن الإدارة ملزمة بالتقيد بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" حسب القواعد العامة ، ولا يمكن لها أن تعمل التنفيذ المباشر في علاقتها العقدية مع الأفراد إلا إذا تضمن العقد ذلك.

فإذا كانت الإدارة بحسب رأيهم تتمتع بامتيازات إستثنائية في تنفيذ عقودها ، فإن ذلك لايجب إعتباره إمتيازاً عاماً في التنفيذ المباشر ، لأن نصوص العقد الإداري يمكن للإدارة

¹ / HOURIOU . M , Précis de droit administratif , 4eme edition 1933 , P 227.

² / GEORGE VEDEL : Droit Administratif , 4eme ed. Paris 1968 ., P 251.

³ / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص 55.

من خلالها أن تحفظ لنفسها هذه الوسيلة المتمثلة في السلطات الاستثنائية من هذا القبيل ما دام الطرفين المتعاقدين ليسا على قدم المساواة في ظل القانون العام .

فبحكم مركز الإدارة في هذه العقود يمكنها أن تضمن نصوصا استثنائية لصالحها بما يخدم المرفق العام ،بمعنى أن الإدارة لها هذا الأمتياز بأن تنص عقودها على هذه السلطات صراحة ،وعندما لاتقوم بذلك فان قواعد القانون الخاص هي الواجبة التطبيق .

ويبدو أن أصحاب هذا الاتجاه الفقهي قد بنو رأيهم على أوضاع ما قبل حكم مجلس الدولة في قضية " شركة ملاحه جنوب الأطنطي 1929".

حيث كان قبل ذلك على الإدارة اذا ما رغبت في الحصول على تعويض من المتعاقد المقصر أن تلجأ الى القضاء بطلب التعويض اذا كان ذلك جزاء غير عقدي ،كما حدث في قضية « Deplauque » سنة 1907.

غير أن الاوضاع قد تطورت بعد ذلك حيث أن القضاء أصبح يقر للإدارة سلطة توقيع الجزاء بنفسها حتى خارج ما نص عليه العقد ،ولكن تحت رقابته¹ .

وفي رأينا نجد أن توقيع الإدارة للجزاءات على المتعاقد معها والذي يكاد الموقف يكون مجمع عليه كما أسلفنا ، إنما هو تطبيق لإحدى مظاهر امتيازات السلطة العامة ، ممثلا في إمتياز التنفيذ المباشر ، الذي تملكه الإدارة في مواجهة الأفراد ، وهو ما يميز الإدارة عن الأفراد الذين لا يمكنهم التنفيذ العيني الا عن طريق القضاء ، أما بالنسبة للإدارة فانها تقوم بذلك بنفسها عند اخلال المتعاقد معها بالتزاماته ، وذلك منعا لتعطل حسن سير المرافق العامة بما يعرض المصلحة العامة للضرر .

لذلك فان النص على هذا الحق ضمن بنود العقد انما هو كاشف له وليس مقرر لوجوده ، وهو حق ينطبق على الجزاءات العقدية ، وكذا جزاءات القواعد العامة ،ولكن تحت رقابة القاضي في هذه الحالة الأخيرة.

¹ / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص 55 وما بعدها.

أما بالنسبة لاختلاف آراء الفقهاء حول أساس هذه السلطة، أي توقيع الإدارة للجزاء بنفسها، وهل هو يقوم على أساس فكرة السلطة العامة؟، أم هو قائم على أساس فكرة المرفق العام؟، فنحن نرى وكما أسلفنا أنه بالنسبة لما تملكه الإدارة من سلطات في تنفيذ العقد الإداري سواء تعلق الأمر بسلطة الرقابة والتوجيه، أثناء تنفيذ العقد، أو سلطة التعديل زيادة أو نقصانا في التزامات المتعاقد أو سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة عند اخلال المتعاقد بالتزاماته.

فنحن نرى بأن اختلاف الفقهاء حول هذه المسائل إنما يعود إلى اختلافهم الأساسي حول تحديد أساس القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه.

ولقد اعتبر البعض فكرة السلطة العامة هي أساس ذلك، وكان متزعم هذا الإتجاه هو الفقيه "هوريو"¹، الذي يرى بأن فكرة السلطة العامة هي أساس القانون الإداري ويوضح أن المقصود "بالسلطة" ليس الامتيازات الممنوحة للإدارة فقط، بل أيضا هي الإلتزامات التي تقع على عاتقها والتي هي أحيانا أشد من التزامات الأفراد، كما هو الحال مثلا بالنسبة لحرية اختيار المتعاقد الذي لا تملك الإدارة فيه هامشا واسعا من حرية الاختيار إذ هي مجبرة على التعاقد على من يرسو عليه العطاء.

في حين اعتبر آخرون أن القانون الإداري هو "قانون المرافق العامة" فالمرفق العام هو أساس القانون الإداري، إذ لولا المرفق العام الذي يهتم بالمصلحة العامة، لما وجدت قواعد قانونية استثنائية عن تلك القواعد المعروفة في القانون الخاص، ويوجد على رأس هذا الإتجاه ((دوجي))².

ووصلت معظم الآراء الفقهية إلى أن كل من الإتجاهين مبالغ في الفكرة التي اعتمد عليها، لأن الواقع أن الفكرتين معا: (المرفق العام - السلطة العامة) يشكلان أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه، ففكرة المرفق العام هي أساس وجود القانون الإداري، أما فيما يخص فكرة السلطة العامة هي المعيار المحدد لنطاق تطبيقه، فإن تخلت الإدارة عن

¹ / HAURIO (M) : Prccis . Op Cit , P 5.

² / DUGUIT . Traité de Droit constetutionnel T1 , P 680.

إستعمال وسيلة " السلطة العامة " لتحقيق هدف " المرفق العام " خضعت في تصرفها للقانون العادي وللقاضي العادي .

فالإدارة إذن بإعتبارها مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام فلها أن تتخذ كل الإجراءات بذاتها دون اللجوء إلى القضاء من أجل عدم الاضرار بالمصلحة العامة ، وينطبق هذا على توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها والذي أظهر تقصيرا أو إخلالا بالتزاماته.

وغني عن البيان أن إجراءات توقيع الادارة للجزاءات على المتعاقد تخضع لرقابة القضاء أو هو أداة الضمان الفعالة لتحقيق توازن سلطات الادارة الواسعة في هذا المجال ، من أجل حماية المتعاقد من تعسف الادارة ومخالفتها للقانون بخصوص قراراتها المتضمنة للجزاءات فيراقبهما القاضي منذ بداية الاجراء سواء من حيث الشكل في القرار ، وعيب عدم الاختصاص وعيب الانحراف باستعمال السلطة ، وهي كلها أوجه للرقابة على قرار توقيع الجزاء الذي أسلفنا وجوب صدور قرار صريح بشأنه ، بل ويراقب القضاء حتى البواعث التي دفعت بالإدارة الى إصدار قرار الجزاء ، فيتأكد من حدوث واقعة المخالفة ومدى ملائمة الجزاء الذي وقعته الادارة على المتعاقد ، لأن الجزاءات التي يمكن توقيعها عديدة ومتنوعة¹.
فما أنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة على المقاول المتعاقد معها في حالة الإخلال أو التقصير عن أداء التزاماته؟

¹ / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص 97.

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات الادارية

تتنوع الجزاءات التي تملك الادارة حق توقيعها على المقاولين المتعاقدين معها بمقتضى عقود الأشغال العامة¹ ، اذ أخلوا بالتزاماتهم المنصوص عليها في العقد ، كالإمتناع عن التنفيذ أو مخالفته المواصفات ، أو التأخير عن الموعد المقرر في العقد أو عدم الاحترام للتوجيهات والتعليمات التي تصدرها، وتتمثل هذه الجزاءات خاصة في : الجزاءات المالية أو وسائل الضغط أو الإكراه. فما معنى الجزاءات المالية وما أنواعها؟ ، وماهي وسائل الضغط والإكراه؟.

المطلب الأول: الجزاءات المالية

ويقصد بها المبالغ المالية التي يحق للادارة مطالبة المقاول بها اذا أخل بالتزاماته التعاقدية². وهي على نوعين ، هناك ما يقصد به جبر الضرر الذي يلحق فعلا بالادارة نتيجة خطأ المقاول ،وهناك ما يقصد به توقيع عقوبة على المقاول نتيجة اخلاله بالتزامه ، بغض النظر عن تضرر الادارة من عدمه ، وتتمثل الأولى في " التعويضات " ، أما الثانية فتتمثل في " الغرامات " .

الفرع الأول : التعويضات

وهي المبالغ التي يحق للادارة الحصول عليها من المتعاقد المخل بالتزاماته وتعتبر الجزاء الأصلي لذلك، إذ لم ينص العقد على جزاءات أخرى لمواجهة هذا الاخلال ، وهو جزاء قريب من ذلك المعروف في العقد المدني من حيث إشتراط توفر ركن الضرر وكيفية تقدير التعويض ، إلا أنهما يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل تلك التعويضات³ .

¹ / هارون عبد العزيز الجمل ،المرجع السابق ، ص97.

² / سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 461.

³ / ابراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، ص 74.

فحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول أي إخلال بأحد إلتزاماته وأن يتسبب ذلك في ضرر للإدارة وتكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدث الضرر الفعلي للإدارة ، لذلك فالتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث، أما كيفية تقدير التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بتغيير التعويض بنفسها مقدما ، وتلزم المقاول بذلك ، وله أن يخاصمها في ذلك أمام القضاء ، كما يمكن للإدارة أن لاتبادر بالتعويض وتترك ذلك للقضاء مباشرة¹ .

ويسمح القضاء الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تستعمل وسيلة " أوامر الأداء " لتحصيل قيمة التعويضات² .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت عنوان " الضمانات " أحكاما لضمان حسن تنفيذ الصفقة حيث أو جب على المتعامل (المقاول) " أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة ،زيادة على كفالة رد التسبيقات³ ويحدد مبلغ هذه الكفالة بحسب أهمية العقد ويتراوح ما بين 5 % و 10% من قيمة العقد وللمقاول حق استرداد هذا المبلغ بعد شهر من تاريخ التسليم النهائي للأشغال⁴ ، فالإدارة المتعاقدة اذن صاحبة الأشغال وفر لها المشرع مصدر لاقتطاع التعويضات⁵ .

التي تستحقها بمناسبة اخلال المقاول بحسن التنفيذ ن وبذلك يكون المشرع قد وفر عليها اجراءات اللجوء الى القضاء سواء للمطالبة بفرض التعويض أو بتقديره وتحرص الادارة على أن تتضمن عقودها بند بهذا الخصوص .

¹ / عبد المجيد فياض المرجع السابق، ص184.

² / سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص461.

³ / المادة 92من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري .

⁴ / المادة 100 ، 101 من المرسوم أعلاه .

⁵ / المادة 48 من دفتر الشروط العامة الجزائري .

خلافًا لوضع الإدارة في مصر التي تجد نفسها في غياب مثل هذا النص وامكانية التحصيل عن طريق " أوامر أداء " مضطرة الى اللجوء الى القضاء لتقرير ذلك في ظل القانون القديم، أما حاليًا في ظل قانون 89 لسنة 1998 الجديد ، حيث بمقتضى المادة 26 منه أصبح من حق الإدارة تحصيل التعويض مباشرة دون اللجوء الى القضاء وأن لها أن تخصم هذه التعويضات من مستحقات المقاول لديها أو من مستحقاته لدى جهات إدارية أخرى ، وذلك دون حاجة الى تدخل القضاء¹ .

وبهذه الأحكام يتضح جيدًا مدى استقلالية نظرية التعويض في العقود الإدارية عامة عنها في عقود القانون الخاص ما يراه البعض من أن " التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص " ² .

الفرع الثاني-الغرامات التأخيرية

وهي تعويضات جزافية ينص العقد على توقيعها متى أخل المقاول بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها ،وهي من الجزاءات المالية التي تنص عليها عقود الأشغال العامة وتطبقها الإدارة على المقاول الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية³ .

فهي تفرض بمجرد التأخير في تنفيذ الأشغال ، دون اشتراط حدوث ضرر نتيجة لذلك، كما أنها تستحق دون الرجوع الى القضاء ما دام التأخير حصل بسبب المقاول وهي عموما تنتم بجملة من الخصائص التي تميزها عن النظم المشابهة كالشرط الجزائي والغرامة التهديدية المعروفين في القانون المدني⁴ .

1 / المادة 26 من القانون رقم 1998/98 المصري الذي يمنح الإدارة صلاحيات واسعة في تحصيل مستحقاتها على المتعاقد معها بشتى الطرق بدءًا من خصمها من مستحقاته لدى إدارات أخرى ثم الرجوع عليه فيما تبقى منها.

2 / أحمد عثمان عباد ، المرجع السابق ، ص345.

3 / رياض عيسى ، المرجع السابق ، ص 283.

4 / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في مصادر الإلتزام الجزء 02، المجلد الأول ،دار النهضة ،1981 ، ص851.

ويمكن إجمال هذه الخصائص فيما ذهب اليه القضاء الإداري المصري " تتميز الغرامة بأنها اتفاقية لأنها تحدد مقدما في العقد فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد ضرر ما قد أصابها . كما لا يمكن رفعها الى مبلغ أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين ، وأنها تطبق بمقتضى قرار اداري دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها .. وتستحق بمجرد التأخير دون حاجة الى التنبيه بإستحقاقها ... " وهي إذ تختلف عن النظم المشابهة في القانون الخاص ، لأن الهدف منها أيضا يختلف وهو يتمثل في ضمان تنفيذ العقد الاداري في الميعاد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرافق العامة .

ثم أن التأخير في تنفيذ الأشغال العامة يؤدي بالضرورة الى زيادة تكاليف المشاريع ، ولهذا تحرص الادارة على اتمام الأشغال في مواعيدها وتدرج في عقود الأشغال العامة بندا ينص على الغرامة التأخيرية والتي غالبا ما تكون بتطبيق هذه القاعدة¹ ، ويرمز بحرف (ع) لكلمة العقوبة ، وحرف لقيمة الصفقة (ق)، وحرف (أ) لأجل أو ميعاد التنفيذ باليوم ، ويكون حاصل هذا المبلغ عن كل يوم تأخير بما في ذلك أيام العطل و الراحة الأسبوعية .

على ألا يتجاوز المبلغ الاجمالي للغرامة نسبة 10 % من قيمة الصفقة ، وهذا ما تطبقه الادارة في الجزائر بالنسبة لعقود الأشغال العامة ، فقيمة الغرامة التأخيرية تحدد وفق نسبة محددة تعينها شروط العقد ، وهي تحدد عن كل يوم كما هو الحال في الجزائر أو كل أسبوع أو كل وحدة زمنية قد تحدد في بلاد أخرى .

إذ أن أحكام الغرامة التأخيرية تتمثل في:

- إذا كانت تمتاز هذه الغرامة بأنها اتفاقية فان ذلك يعني أنه لا يجوز للإدارة أن تسعى الى تطبيقها على المفاوض اذا لم يكن منصوصا عليها في العقد ، ولها أن تلجأ الى جزاءات

$1 / \epsilon = \frac{q}{71}$

أخرى ، كفسخ العقد أو مصادرة التأمين باعتبار أن التأخير في التنفيذ يعتبر كعدم التنفيذ ولها أن تلجأ للقضاء¹ .

-ولما كانت الغرامة التأخيرية تلقائية تطبقها الإدارة دون حاجة لاثبات الضرر اللاحق بها نتيجة التأخير ، فانه بالمقابل لا يحق لها أن ترفع من قيمتها ، ولو كان الضرر الناتج عن مخالفة التأخير يزيد عن قيمتها المعينة .

-ومن خصائص الغرامة التأخيرية أنها تطبق بقرار اداري صادر من الإدارة صاحبة الأشغال دون تدخل من القضاء بخلاف حكمها في عقود القانون الخاص التي تستوجب تقريرها من القاضي .

وتتميز الغرامة التأخيرية بأنها تستحق بمجرد انقضاء الميعاد المحدد للتنفيذ بما يعني حصول التأخير دون حاجة الى التنبه بذلك خلافا لنظام الفوائد التأخيرية في القانون الخاص² .

وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف بحق الإدارة في تطبيق الغرامة أو التنازل عنها أو توقيع غرامة أقل من تلك المنصوص عليها ، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الاداري المصري أيضا³ ، التي بينت الحالات التي يعفى فيها المقاول من توقيع الغرامات كليا أو جزئيا...⁴ .

من المسلم به فقهاء وقضاء أن المتعهد يبرأ من كل مسؤولية في حالات أربعة :

1-إذا كانت الإدارة وحدها السبب في التأخير .

2- إذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة.

3-إذا طلب مهلة جديدة ووافقت الإدارة .

¹ / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص140.

² / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص141.

³ / سمير صادق ، المرجع السابق ، ص197.

⁴ / سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص471.

4- اذا قدرت جهة الادارة ظروفه وقررت اعفائه ..."

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

كما أن المقاول يعفى من دفع هذه الغرامات في حالة انتفاء مسؤوليته في وقوع التأخير كحالة القوة القاهرة ، أو فعل الادارة كصدور أمر للمقاول بتوقيف الأشغال وفي كلتا الحالتين يترتب على الاعفاء من الغرامات المالية بسبب التأخير إصدار شهادة ادارية لذلك¹.

وهذا ما يقره الفقه، فإذا قررت الادارة اعفاء المقاول من الغرامة فلا تستطيع أن تعدل عن هذا الاعفاء². وان كان هذا التنازل يلاقي معارضة من بعض الفقهاء الذين يرون عدم أحقيتها في التنازل عن جزء من المال العام³.

ولاضرورة لاعدار المقاول المتعاقد قبل تطبيق الغرامة بحسب غالبية الفقهاء باعتبار أن هذا الجزاء منصوص عليه في العقد الذي غالبا ما يشير الى استحقاقه دون اعدار مسبق . وها بعكس ما درج عليه القضاء الفرنسي من وجوب الإعدار قبل توقيع الغرامة⁴.

خلافًا لمجلس الدولة المصري الذي يرى بأن غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة في العقد دون حاجة الى التنبه باستحقاقها .

ولما كانت الغرامة اتفاقية فانه لايجوز للادارة أن ترفع قيمتها أكثر مما هو منصوص عليه في العقد ، حتى ولو كانت الأضرار التي لحقت بها فعلا تفوق قيمة الغرامة المحددة⁵.

¹ / المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 السابق الذكر الذي تناول كيفية تحصيل الغرامات وحالات الإعفاء منها .

² / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص 146.

³ / رياض عبد عيسى ، المرجع السابق ، ص 329.

4/ DELAUBADERE : Les Contrats Administratif Paris 1956 T2 , , P 129.

⁵ / أحمد عثمان عباد ، المرجع السابق ، ص ص 345،346.

الإدارة تجتهد لإيجاد الحلول الملائمة للوقوف في وجه المقاول المتعاقد المخالف ، أو المقصر في تنفيذ الإلتزامات التي على عاتقه وهو ما يستوجب القيام بإجراءات أخرى من طرف الإدارة لإتمام المشاريع العالقة ، من خلال ذلك سنتطرق الى نوع من الجزاءات المتمثل في الجزاءات الضاغطة . فما هي هذه الجزاءات ؟.

المطلب الثاني : الجزاءات الضاغطة

إلى جانب توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، تملك الإدارة أن ترغمه على ذلك بواسطة حلولها محله في القيام بالتنفيذ مباشرة أو عن طريق الغير الذي يقوم بإدارة المقاول.

وتجد هذه الإجراءات القهرية مبررها في ضرورة ضمان حسن سير المرافق العامة مع ملاحظة أن الرابطة العقدية تبقى سارية بين المقاول المتعاقد والإدارة أثناء هذه الإدارة(التسيير) المباشرة التي يتم التنفيذ فيها على مسؤولية المقاول المتعاقد ولحسابه ولما كانت هذه الإجراءات القسرية شديدة مقارنة بالجزاءات المالية فإن الإلتجاء إليها مرتبط بتوفر شروط هي:

الإخلال الخطير من طرف المتعاقد بالتزاماته العقدية كعدم إمتثاله مثلا للأوامر المصلحية¹ ، وتتخذ وسائل الضغط التي تستعملها الإدارة إحدى مظاهر ثلاث بحسب نوع العقد² ، ففيما يتعلق بعقد الأشغال العامة فإن الطريقة هي حلول الإدارة محل المقاول في تنفيذ الأشغال بنفسها وهو ما يطلق عليه " الإدارة المباشرة" ، أو عن طريق " فسخ العقد".

1 / حسن درويش عبد العال ، المرجع السابق ، ص56.

2 / وفي عقد التزام المرافق العامة تكون الوسيلة هي وضع المشروع تحت الحراسة ، وفي عقد التوريد فإن الوسيلة هي الشراء على حساب المتعاقد .

الفرع الأول : الإدارة المباشرة

المقصود بالإدارة المباشرة (النظام المباشر) هو وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة) فيحل محل المقاول أو يعين مديرا يقوم بتسيير المقاوله. وتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول ويتم ذلك لحساب هذا الأخير وعلى مسؤوليته¹.

وتختلف " الإدارة المباشرة " للمقاوله كجزء قسري تطبقه الإدارة صاحبة الأشغال على المقاول عن " الإستغلال المباشر " الذي هو أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، أين تتولى الإدارة بنفسها تسيير المرفق العام مستعمله أموالها وموظفيها، مستخدمة إمتيازات السلطة العامة ومتحملة مسؤوليتها بذلك.

أما وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة أو النظام المباشر كما أطلق عليه المشرع الجزائري في المادة 04/35 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري "... يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات الى الوزير الذي يمكنه تبعا لظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على نمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة... " فكما أسلفنا يقصد به إرغام المقاول على تنفيذ التزاماته دون إلغاء العقد الذي يبقى ينتج آثاره، وهو إجراء مؤقت.

أولا : شروط وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة

يتطلب من أجل التسليم بهذه السلطة للإدارة توافر شروط معينة تضمن إحترام الإدارة لمصالح المقاول وهي :

1 / وقوع خطأ جسيم من طرف المقاول : يشترط لوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة أن يرتكب المقاول خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته، فإذا كانت المخالفة التي إرتكبها ثانوية وأذات أهمية بسيطة فإنها لاتقبل مبررا كافيا لتطبيق هذا الجزاء المتشدد، وهو ما يعطي الحق للمقاول في تحميل الإدارة مسؤولية تصرفها وحق طلب التعويض عن ذلك².

¹ / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق، ص171.

² / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص 214 .

ويلاحظ أن دفا تر الشروط العامة ومنها الجزائي لسنة 1964 تتضمن نصوصا ذات عبارة عامة ، ويمكن أن يؤدي التمسك بالحرفية في تفسيرها إلى إمكانية تطبيق هذا الجزاء من قبل الإدارة حتى ولو كان خطأ المقاول ذا أهمية ضئيلة أو ثانوية.

فتتنص المادة 01/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائي: " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة... يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة " .

* وهذا الأجل باستثناء حالة الإستعجال لايجوز أن يقل عن عشرة ايام إبتداء من تاريخ الإنذار .

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

فالعبارات الواردة في النص عامة (عدم التقيد بشروط الصفقة وأوامر المصلحة) وتفسيرها الحرفي البسيط يعني أن كل تقصير مهما كان بسيطا يمكن أن يؤدي إلى وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، ولانعتقد بأن المشرع الجزائي يقصد ذلك وإلا لما شرع جزاءات أخرى أقل من هذا والتي يمكن تسليطها على المقاول في حالة الإخلال البسيط.

وعموما فإن مجلس الدولة الفرنسي لايسلم بالتفسير الحرفي لمثل هذا النص، بل يستوجب أن يكون إخلال المقاول ذا جسامه كافية يعرض المصلحة العامة للخطر¹ . حتى يقر مشروعية هذا الإجراء، وتبقى السلطة التقديرية لذلك في يد القاضي² .

¹ / هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ، ص183.

² / DELAUBADERE : Les Contrats Administratif Paris 1956 T2, P 157.

ومن خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي ودفتر الشروط الإدارية الجزائري فإنه يمكن تقسيم إخلال المقاول بالتزاماته إلى نوعين :

أ/ عدم تقيد المقاول بشروط العقد .

ب/ عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية .

أ/ - فعدم التقيد بشروط العقد يكون مثلاً بعدم مراعاة المقاول لمدة التنفيذ المنصوص عليها، وهذا ما يسمح للإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن من شأنه أن يؤدي إلى تأخير في تنفيذ الأشغال، بشرط أن يكون المقاول هو المتسبب في التأخير، أما إذا كان ذلك ناتج عن ظرف إستثنائي أو قوة قاهرة أو تدخل الإدارة ذاتها ، فإن ذلك كله يعفي المقاول من هذا الجزاء حتى ولو ساهم بخطأ يسير مع ظرف من هذه الظروف.

ومن الأمثلة أيضاً التي تدخل ضمن عدم التقيد بشرط الصفقة، تخلي المقاول عن مزاوله الأشغال وتركها دون مبرر مقبول، ولايقبل كمبرر في هذا الصدد تعطل الإدارة عن دفع الأقساط للمقاول أو أن يتعلل هذه الأخير بوجود نزاع مطروح أمام القضاء بينه وبين الإدارة صاحبة الأشغال¹، والأمثلة على ذلك كثيرة. وكما قلنا تبقى للقاضي سلطة واسعة في تقدير جسامه الخطأ، إذا لم يقيدده المشرع، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري قديماً الذي حدد الحالات التي يمكن فيها للإدارة اللجوء إلى توقيعها جزاء سحب العمل من المقاول²، قبل أن يعود في اللائحة الجديدة 1998 في المادة 84 ويضع نصاً عام³.

ب - رفض المقاول للأوامر المصلحية، كما أسلفنا فالمقاول في عقد الأشغال العامة يجب عليه الإمتثال للأوامر المصلحية التي تصدرها الإدارة متى كانت تلك الأوامر مستوفية للشروط القانونية (تكون مكتوبة وتصدر من سلطة مختصة ... إلخ).

1 / هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ، ص189.

2 / سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص484.

3 / أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظام المناقصات و المزايدات للقانون 1998/1989 خاص بالمناقصات، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ص436.

والإدارة بما تملكه من سلطة توجيه ومراقبة في تنفيذ الأشغال العامة، فإنها بناء على هذه السلطة قد تصدر أوامر للمقاول المتعاقد الذي يقوم بالتنفيذ، وعلى هذا الأخير الإمتثال لتلك الأوامر وما تتضمنه من مقتضيات تنفيذ الأشغال ومن شأن عدم إمتثاله للأوامر المصلحية أن يعرضه للعديد من الجزاءات، منها وضع المقاوله تحت النظام ، أو الإدارة المباشرة ، أو فسخ العقد.

ويشمل إلتزام المقاول بالأوامر المصلحية إضافة إلى التنفيذ الدقيق للعقد، أيضا تنفيذ التعديلات التي قد تجريها الإدارة في الحدود التي أسلفنا (إذا كانت تدخل في تقديرات المتعاقدين أو أعمال ذات أهمية بسيطة ... إلخ). فإذا رفض المقاول الإستجابة لتلك الأوامر، جاز للإدارة وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة أما إذا كانت تلك الأوامر تشمل تعديلات خارجة عن العقد ، أو تعدل شروطه الأساسية بشكل كبير، فإن عدم إمتثال المقاول لتلك الأوامر لا يقبل كمبرر للإدارة المباشرة للمقاوله¹ .

2/ وجوب إعدار المقاول (وإعطاءه مهلة معينة) الشرط الثاني الذي يتطلبه المشرع وكذا الفقه والقضاء لوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، وجوب إنذار المقاول وتبنيه إلى الخطأ الذي وقع فيه، وبالتالي وجوب تداركه في مهلة زمنية معينة يحددها له الإنذار، فالإعدار شرط أساسي لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المقاول الذي إرتكب خطأ جسيما في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية² ، طبعاً إلا إذا نص في العقد أو في دفتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء³ . أو في حالة الإستعجال⁴ .

والمقصود بالإعدار هنا هو وضع المقاول في وضع المتأخر أو المقصر في تنفيذ إلتزاماته، وكما هو معروف في القانون المدني أن مجرد إستحقاق أداء الإلتزام لا يكفي لجعل المدين معذورا بل يجب على الدائن أن يقوم بإعداره مالم يقض الإلتفاق بغير ذلك. وبالنسبة

1 / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص216.

2 / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص200.⁷

3 / حسين درويش عبد العال ، المرجع السابق ، ص18.

4 / المادة 35 الفقرة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري الذي يشترط ألا يقل الأجل عن عشرة أيام إلا في حالة الإستعجال ، حيث يفهم أنه يمكن تقصير المدة في هذه الحالة.

للمشرع الجزائري فالمادة 35 من دفتر الشروط السالفة الذكر فرضت إجراء الإعدار الذي يجب أن يوجهه المهندس (ممثل الإدارة) إلى المقاول يحدد له فيه أجل إستدراك الخطأ، مدة هذا الأجل يجب ألا تقل عن عشرة أيام إبتداء من تاريخ التبليغ كحد أدنى، أما الحد الأقصى فهو مفتوح يبقى للسلطة التقديرية للإدارة التي تراعي العمل المطلوب من المقاول. أما المشرع المصري فقد حدد الأجل خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار كفرصة للمقاول من أجل تصحيح الخطأ وتدارك التقصير، وإلا حق للإدارة تطبيق الجزاءات. الضاغطة¹. ولايتطلب قرار الإعدار شكلا معينا، فكل شكل يبين أن نية الإدارة قد إتجهت إلى توقيع الجزاء عليه، حتى تتاح له فرصة تقادي ذلك بالتعجيل في تنفيذ ما هو مطلوب منه في العقد.

3 / فسخ العقد بحكم القانون : إذا كان فسخ العقد كجزاء على تقصير المقاول في أداء إلتزاماته لايمكن للإدارة أن تلجأ إلى توقيعه إلا إذا توفر الشرطين السابقين، فإن هناك حالات يتم فيها الفسخ بحكم القانون ولا مجال معها لتقدير الإدارة في إمكانية توقيع التي الجزاء من عدمه وهو ما ورد في دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري التي أوردت الحالات التالية : الوفاة، الإفلاس، والتسوية القضائية ، إذ في هذه الحالات يفسخ العقد وبدون تعويض، إلا إذا قبلت الإدارة في حالة الوفاة إقتراح الورثة بتكملة الأشغال أو قبول عرض وكيل دائني التفليسة وموافقة المحكمة على ذلك.

فالفسخ في هذه الحالات وجوبي، وقد نص المشرع المصري أيضا على الفسخ الوجوبي، ولكن جعله لأسباب أخرى كالغش وذلك وفقا لقانون المناقصات والمزايدات السابق الإشارة إليه.

¹ / المادة 84 من القانون 89 لسنة 1998 المصري السابق الإشارة إليه.

ثانيا : الآثار القانونية للإدارة المباشرة

نشير في النهاية إلى أن أغلب الفقهاء يعتبرون إجراء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه كجزء على تقصيره من النظام العام، ولا تستطيع الإدارة أن تضمن العقد شرطا يحرمها هذا الحق وإلا وقع هذا الشرط باطلا لأنه يلغي في الواقع سلطة قانونية ضرورية لضمان سير المرفق العام. ويترتب على سحب العمل آثار يمكن إجمالها في الآتي:

- سحب العمل بمقتضى إجراء الإدارة المباشرة هو إجراء مؤقت¹. لاينهي الرابطة العقدية بين المقاول وصاحب الأشغال، ولها أن تنتهي الجزاء في أي وقت وبالتالي إستئناف المقاول إدارة الأشغال.
- تقوم الإدارة بتنفيذ الأشغال إما بنفسها أو عن طريق الغير بحسب ما تقدره هي ويتم ذلك على مسؤولية المقاول² المتعاقد ولحسابه، وبذات الشروط المنصوص عليها في العقد، فالمقاول وحده يتحمل مخاطر المشروع.
- من حق المقاول المسحوب منه العمل مراقبة تنفيذ الأشغال في مقابل التزاماته بالنفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إجراء الإدارة المباشرة، ولايستطيع أن يتحلل من هذه المصروفات الإضافية إلا إذا أثبت أن سبب الزيادة يعود إلى خطأ الإدارة في التنفيذ، وهنا يحق طلب إستبعاد المصروفات التي لا أساس لها.
- وإذا تم التنفيذ بثمن أقل من القيمة المقدرة في العقد، فلا يحق للمقاول أن يطالب بهذا الفائض حتى لايستفيد من تقصيره، وهو ما جاء به المشرع الجزائري والمصري كذلك³ حيث جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري في المادة 35 الفقرتان 7 و 8 : " ... إن الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة عن النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري إقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، وبخلاف ذلك فمن ضمانه . ولايحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد.

¹ / ابراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، صص 111، 112.

² / رياض عبد عيسى ، المرجع السابق ، صص 351.

³ / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، صص 224.

- إذا أدى النظام المباشر أو الصفقة الجديدة بالعكس إلى خفض في النفقات فلا يجوز للمقاول المطالبة بأية حصة من هذا الربح الذي يعتبر حقا مكتسبا للدولة ... "

إذ يسمح للمقاول بمتابعة عمليات التنفيذ فإنه لا يحق له التدخل فيها وبالتالي (عرقلة العمل أو الاعتراض على أوامر المكلف بالإدارة ¹ .

تستطيع الإدارة صاحبة الأشغال في ظل النظام المباشر (الإدارة المباشرة) أن تستعمل المواد والأدوات والآلات والمنشآت الخاصة بالمقاول، كما أن لها الحق في الإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء الأشغال ضمانا لحقوقها ² .

كما أن للإدارة أن تجمع بين وسائل الضغط والجزاءات الأخرى ³ ، والتي منها حق توقيع الغرامات ما دامت هذه الجزاءات لا تتناقض مع الإدارة المباشرة كما لو كانت فسخ العقد مثلا، لأنه لا يعقل أن تفسخ الإدارة العقد وفي نفس الوقت تقوم بالإدارة المباشرة للمقولة.

يمكن أن يكون وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة جزئيا فقط *Parcielle* ولا يشمل بالضرورة جميع الأشغال إذا كانت طبيعة هذه الأخيرة تسمح بتجزئتها ⁴ .

وأخيرا فإن تطبيق إجراءات الضغط تخضع لرقابة القضاء إذ من حق المقاول أن ينازع أمام القضاء في صحة إجراء توقيع الجزاء عليه، وللقاضي أن يحكم على الإدارة بالتعويض، متى قدر أنها تسببت بتصرفها المعيب بالحاق ضرر بالمقاول المتعاقد ⁵ ، ولكن دون أن يستطيع إلغاء الإجراء .

بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي بعكس مجلس الدولة المصري إذ يلغي إجراء الضغط في عقد الأشغال العامة ⁶ .

¹ / المادة 06/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

² / أنس جعفر ، المرجع السابق ، ص 227.

³ / سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق، ص 486.

⁴ / DELAUBADERE ... CONTRATS , T2 , OP CIT , P368.

⁵ / أحمد عثمان عباد ، المرجع السابق ، ص 360.

⁶ / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص ص 240 ، 245.

الفرع الثاني/ الفسخ الجزائي :

يعتبر الفسخ الجزائي للعقد من جانب الإدارة المتعاقدة نتيجة الأخطاء الجسيمة الصادرة عن مقاول الأشغال العامة هو التطبيق الثاني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد كجزء على متعاقدتها وذلك في مجال عقد الأشغال العامة.

فيمكن تعريف الفسخ الجزائي بأنه ذلك الجزء المتشدد الذي توقعه الإدارة صاحبة العمل على المقاول الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل جسيم والذي يترتب عنه إستبعاد المقاول بشكل نهائي من الإستمرار في تنفيذ الأشغال موضوع العقد¹.

والإدارة لا تلجأ إلى توقيع هذا الجزء إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية أن المقاول لم يعد بإمكانه تقديم معاونته ومشاركته في تنفيذ المرفق العام.

فالإدارة يسمح لها بإنهاء العقد حين يظهر لها وبصورة أكيدة أن المقاول لم ينفذ أو لم يعد قادرا على تنفيذ التزاماته على وجه مرض أو لم يعد قادرا على تأمين التنفيذ مما يعرض المرفق العام وبالتالي المصلحة العامة للخطر، فهنا للإدارة أن تستغني نهائيا عن مشاركة هذا المقاول، فهذا هو أساس سلطة الإدارة في هذا الشأن².

ويثور التساؤل عن طبيعة هذا الفسخ، ما إذا كان تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بفسخ العقد أم أن فسخ عقد الأشغال العامة كجزء من طرف الإدارة له طبيعة خاصة؟. إنقسم الفقه الفرنسي حول هذه المسألة إلى فريقين :

فريق يرى أن الفسخ في عقد الأشغال العامة ليس إلا تطبيقا للمبدأ المقرر في القانون المدني الذي يقضي بأن الفسخ دائما مقرر في العقود الملزمة للجانبين حال عدم قيام أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته حيث يجوز للطرف الثاني طلب حل الرابطة العقد حتى يتحلل من التزاماته.

1 / محمد صلاح عبد البديع السيد ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 1993 ، ص 170.

2 / أحمد عثمان عياد ، المرجع السابق ، ص 362.

إلا أن أغلبية الفقه قد إستبعدت تطبيق أحكام القانون المدني على عقد الأشغال العامة على إعتبار أن ما تتضمنه أحكام هذا القانون تختلف في موضوعها عن موضوع الفسخ في عقد الأشغال العامة من حيث أن هذا الأخير ليس بين أفراد، بل بين الإدارة وما تمثله من مصلحة عامة وبين المقاول الذي يمثل المصلحة الخاصة، ثم أن الإدارة هي من تقرر وتوقع الفسخ في هذه الأشغال العامة وليس القاضي هو من يحكم به كما في القانون المدني ... وغيره من أوجه الإختلاف¹.

لذلك فإننا نرى ومع غالبية فقهاء القانون الإداري بأن توقيع الفسخ كجزاء على مقاول الأشغال العامة يجد أساسه في الطبيعة الخاصة لعقد الأشغال العامة (أشغال مملوكة للإدارة + متعلقة بمرفق عام).

وعليه فنظام الفسخ يختلف في عقد الأشغال العامة، كون الإدارة وهي أحد طرفي العقد تملك أن تعلن هذا الفسخ دون اللجوء إلى القضاء، وذلك باعتباره من الجزاءات الضاغطة التي تملك توقيعها على المقاول المقصر كجزاء لخطئه الجسيم، والذي يترتب عنه إنقضاء العلاقة العقدية ، وإبعاد المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد، وهذا ما يميزه عن جزاء سحب العمل والتنفيذ عن طريق الإدارة المباشرة، الذي يستبعد بموجبه المقاول عن تنفيذ العقد بشكل مؤقت وربما بشكل جزئي أيضا².

كما يتميز فسخ العقد الجزائي بسبب خطأ المقاول عن إنهاء العقد الذي قد تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة لضرورة المصلحة العامة³.

وتنص غالبا دفاतर الشروط العامة أو الخاصة على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المقاول الذي يقصر في تنفيذ التزاماته.

فقد نص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية في الجزائر على أنه: " ...إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزامته التعاقدية في أجل

¹ / محمد صلاح عبد البديع ، المرجع السابق ، ص172.

² / عيسى عبد القادر الحسن ، المرجع السابق ، ص 225.

³ / رياض عبد عيسى ، المرجع السابق ، ص129.

محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ... " ¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل عبارات عامة من شأن تطبيقها الحرفي من قبل الإدارة اللجوء إلى الفسخ في كل صغيرة وكبيرة. خاصة وأنه حين تكلم عن التقصير الخطير من جانب المقاول في المادة 35 فقرة 11 من دفتر الشروط الإدارية فقد نص على جزاء أشد من الفسخ والذي يتمثل في إمكانية إقصاء المقاول من قبل الوزير (قمة الهرم للإدارة المتعاقدة) للمقاول وبصفة نهائية من المشاركة في العقود التي تبرمها إدارته مستقبلا، وذلك في حالات تكرار وقوع المخالفات في التنفيذ، حالة التدليس وحالة التقصير الخطير.

وهذا ما يجعلنا نفهم أن حالات الخطأ الأخرى غير هذه الثلاث المذكورة يمكن توقيع جزاء الفسخ بشأنها، وهو أمر غير منسجم.

إذ كان على المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي وفي المادة 99 أن يذكر على الأقل بعض الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى الفسخ على أن يكون ذلك على سبيل 1998 المادة 21 وما / المثال وكمؤشر فقط كما فعل المشرع المصري في القانون رقم 89 بعدها، حيث نظم سلطة الفسخ وأيضا المشرع الفرنسي نظم هذه السلطة في دفترالشروط الإدارية الصادرة في جانفي 1976 بالمواد 46 وما بعدها. إذ يتبادر الى أذهاننا هذا السؤال : متى يحق للإدارة ممارسة سلطة الفسخ ؟ ، وماهي شروطه ؟.

¹/ المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10 السابق الإشارة إليه ، ورد النص تحت عنوان * الفسخ* .

أولا / شروط ممارسة سلطة الفسخ :

نظرا لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة الإدارة في توقيعه لاتعتبر سلطة مطلقة، بل هي مقيدة حيث تخضع الإدارة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه والقضاء بل وحتى التشريع، خاصة وأن الإدارة ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع هذا الجزاء، كما أنها تستطيع أن تمارس هذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد و كراسة الشروط¹، إلا أن اللجوء إلى هذا الإجراء لابد له من مبرر أو شروط :

1 / يتمثل المبرر أو الشرط الأول في إرتكاب المقاول لمخالفة، وإن كان كل مخالفة يرتكبها المقاول المتعاقد تعتبر خطأ تعاقديا من جانبه ضد المرفق العام، إلا أنه لايعتبر كل مخالفة سبب لتوقيع جزاء الفسخ بل يجب أن يكون خطأ المقاول على درجة معينة من الجسامه لأن جزاء الفسخ يتطلب صدور خطأ جسيم من المقاول² . ويكون كذلك إذا كان إخلالا بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري.

ومن قبيل تلك التي إعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مقبولة³ كمبرر لتوقيع جزاء أو فسخ العقد مثلا ترك الأشغال، وإهمال مواعيد تنفيذها، وكذلك الغش في الأشغال، وعدم إكمال دفع أقساط التأمين والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ورفض تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة.

وعموما يرى الفقه الفرنسي أن كل الأعمال المبرره لوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة إذا إزدادت جسامتها بدرجة معينة فإنها ذاتها تبرر الفسخ⁴، ويرجع ذلك إلى أن الفسخ أشد جسامه في آثاره من جزاء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة الذي يعد إجراء مؤقتا وقد ينتهي بالفسخ : " ... وعلى كل حال يرجع الأمر المتعلق هذه العمليات إلى الوزير الذي

¹ / أحمد عثمان عباد ، المرجع السابق ، ص 362.

² / ابراهيم فياض ، المرجع السابق ، ص 225.

³ / ابراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، ص 129.

⁴ / محمد صلاح عبد البديع ، المرجع السابق ، ص 199.

يمكنه تبعا للظروف أن يأمر إعادة إجراء المناقصة على نمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر للإدارة ... " ¹.

وللإدارة وحدها إذن (الوزير) تقدير مدى جسامة خطأ المقاول وما إذا كان كافيا لتوقيع الفسخ، ويقوم القاضي بناء على دعوى المقاول برقابة تقدير الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير الفسخ، فإن رأى القاضي خلافا ما قدرت الإدارة فإنه لا يملك إلا أن يحكم للمقاول بالتعويض دون أن يلغي قرار الإدارة بالفسخ، لأن النزاع أصلا يعرض أمام قاضي العقد لا قاضي الإلغاء. وإذا ما نص العقد على أخطاء تؤدي إلى فسخ العقد، فإن ذلك لا يعني حرمان الإدارة من توقيع هذا الجزاء على المقاول إذا ارتكب خطأ جسيما خارج تلك المنصوص عليها في العقد ².

2/ أما الشرط الثاني الذي ينبغي توفره حتى يمكن للإدارة توقيع جزاء الفسخ، فيتمثل في إلزام الإدارة بإعذار المقاول طبقا لما إستقر عليه الفقه والقضاء ³.

إلا أن سكوت المشرع أو كراسة الشروط أو عدم اشتراط العقد للإعذار قبل توقيع الجزاء لا يغير من الوضع شيئا، إذ لا بد من إعذار المقاول قبل توقيع الجزاء عليه حتى مع عدم النص على ذلك ⁴، كما أسلفنا ذلك أن القاضي لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي ولو أنه معيب.

إلا أنه وعلى الرغم من إلزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المقاول قبل الفسخ إلا أن هناك حالات تعفي فيها الإدارة من هذا الإلتزام وفقا للفقه والقضاء الفرنسيين وهي:

- حالة ما إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الإعذار قبل توقيع الجزاء، سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة.

¹ / المادة 35 الفقرة 05 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري .

² / محمد صلاح عبد البديع ، المرجع السابق ، ص201.

³ / هارون عبد العزيز الجمل ، المرجع السابق ، ص 275.

⁴ / F. LLORENS : Op Cit, P 437. F. LORENS : Contrat Dentreprise en Marche des Travaux Publics , Paris 1981.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون التعبير عن إرادة الطرفين في إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق بشكل واضح وصريح، وفي حالة الشك حول شرط الإعفاء فإن إجراء الإعذار المسبق يكون واجبا وملزما قبل الفسخ¹.

كما تعفي الإدارة من الإعذار المسبق حالة ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ التزامه أو عدم قدرته على ذلك، إذ لافائدة من الإعذار في هذه الحالة.

كما أنه لا ضرورة ولا جدوى من الإعذار إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو ارتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الإعذار.

وفي حالة تنازل المقاول عن عقده دون موافقة الإدارة وفقا لما ينص عليه التشريع أو قام بالتعاقد من الباطن، كما تعفي الإدارة من الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ في حالة الإستعجال، لأن الظرف لايسمح من حيث سعة الوقت لذلك.

وأخيرا تعفي الإدارة من ضرورة إعذار المقاول قبل فسخ عقده إذا كان هذا الفسخ - كما أسلفنا - تاليا لجزاء سابق هو وضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة لأن هذا الأخير جزاء مؤقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا إستمر المقاول في المخالفة، شرط أن تكون هذه المخالفة ذاتها هي سبب توقيع جزاء الفسخ.

وغني عن البيان أن الجهة التي توجه الإعذار يجب أن تكون مختصة وفقا لما ينص عليه العقد أو دفتر الشروط وإلا فالجهة المختصة باتخاذ الاجراءات التمهيدية.

كما أنه غني عن البيان ضرورة منح المقاول فرصة من الزمن بين تاريخ توجيه الإعذار وتاريخ توقيع الجزاء تكون كافية لتدارك تقصيره، وإلا فلا معنى لتوجيه الإعذار.

لأن هذه المدة الغرض منها هو فسخ المجال للمقاول من أجل إصلاح أخطائه وتنفيذ التزاماته، كما أن منح هذه الفرصة هي من أجل تمكين المقاول من تقديم ملاحظاته وأوجه دفاعه وتبريراته لعدم تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاء عليه².

¹ / محمد صلاح عبد البديع ، المرجع السابق ، ص217.

² / محمد صلاح عبد البديع ، المرجع السابق ، ص222.

ثانيا : الآثار القانونية المترتبة عن الفسخ الجزائي

تبعاً لآثار الفسخ الجزائي على مركز المقاول صاحب العقد المفسوخ يتم التمييز عادة بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة¹ .

1 / الفسخ الجزائي على حساب ومسئولية المقاول :

وذلك عندما تحمل الإدارة المقاول آثار هذا الفسخ وذلك عن طريق إعادة طرح الأشغال موضوع العقد لمناقصة جديدة على مسؤولية المقاول المقصر وعلى حسابه من أجل إختيار مقاول آخر لإستكمال تنفيذ الأشغال، وما ينجر على ذلك من أعباء ضخمة يتحملها المقاول المفسوخ عقده بسبب تقصيره وإهماله.

كما يمكن الإدارة بعد فسخ العقد أن تتفق بشكل مباشر أي بالتراضي مع مقاول آخر، ويجمع الفقه الفرنسي على أن فسخ العقد مع إعادة طرح الصفقة في مناقصة عامة هو إجراء لايمكن اللجوء إليه بناء على القواعد العامة، بل لابد أن يكون منصوصا عليه في العقد²، وذلك لخطورة نتائجه وما يتضمنه من عقوبة قاسية بالنسبة للمقاول، الذي يتحمل تكاليف غالية جدا، لذلك وجب موافقته على ذلك بناء على العقد.

لذلك فإن إجراء إعادة المناقصة هو إجراء إداري ولايمكن أن يحكم به القاضي، غير أن هذا الأخير يمكنه مراقبة إجراءات إعادة التعاقد التي تقوم بها الإدارة، سواء كانت المناقصة أو الممارسة، وما إذا تمت بشكل قانوني وبأسلوب لايتضرر منه المقاول المفسوخ عقده، الذي يعترف له بضمانات لحماية مصالحه منها.

أن يتم العقد الجديد على أساس دفتر شروط العقد المفسوخ واحترام أشكال ومواصفات الأشغال المطلوبة .

¹ / حسن درويش عبد العال ، المرجع السابق ، ص 75.

² / عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص 272.

2/ الفسخ المجرد :

ويقصد به الفسخ الجزائي الذي ينهي الرابطة العقدية ودون التعاقد على حساب المفاوض المفسوخ عقده، كما في حالة إفلاس المفاوض وتصفية ذمته المالية، حيث غالبا ما ينص العقد على الفسخ المجرد في مثل هذه الحالة، حيث تبعد الإدارة المفاوض المفلس دون أن تحمله مخاطر التعاقد الجديد.

أي أن الإدارة هنا تبدو أقل صرامة في ممارسة سلطة الجزاء عنها في الفسخ على حساب المفاوض¹.

¹ / حسين درويش عبد العال ، المرجع السابق ، ص103.

خاتمة

إن فكرة المصلحة العامة وضرورة سير المرافق العامة بانتظام ، قد كان لها الدور الحقيقي والفعال في إرساء قواعد القانون العام على عقد الأشغال العامة وثمة تحويل جهة الإدارة تلك السلطات والإمكانيات الغير في ظل القانون الخاص فكان لجهة الإدارة أن تمارس في مواجهة المتعاقد معها سلطات واسعة وهذا بغية الحفاظ على إنتظام سير المرافق العامة ومن خلالها متطلبات الصالح العام ، والذي تقتضي حمايته إعطاء فعالية حقيقية للجهاز الإداري يسهر على تنفيذ وتلبية مستلزمات الجمهور.

وقد تناولنا في موضوعنا جوانب هذه الإمكانيات إنطلاقا من الفصل الأول جوانب تدخل في تنفيذ عقد الأشغال العامة بواسطة وتسأل الرقابة ولاحظنا أنها جد ثقيلة بحيث تؤثر سلبا على تنفيذ المشروع في الأجال القانونية وفق المقاييس المعمول بها .

ونقترح إعادة النظر في تلك الوسائل بترك نوع من روح المبادرة للمقاول حتى لانجعله حبيسا لبعض التصرفات التي نستطيع أن نغير عنها أكثر بيروقراطية منها تقنية.

وكذلك لاحظنا من خلال السلطات التي تتمتع بها الإدارة أن هناك أجحاف في استعمال سلطة التعديل الإفرادي حيث أن المتعاقد يعد دائما الطرف الضعيف في هذه المعادلة ومن ثمة نقترح على المشرع الجزائري إعادة النظر في هذا البند.

أما في الفصل الثاني و الأخير و المتعلق أساسا في السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي لا حظنا أن الإدارة حملت المتعاقد معها الكثير من الأعباء و المتمثلة في الغرامات التأخيرية و التعويضات في حالة عدم تنفيذ لأوامر و انجازه للمشروع في أوانه. ومن هنا نقترح إعادة النظر في بعض الجزاءات المالية التي تثقل كاهل المتعاقد مع الإدارة.

وختامنا نقول أنه حقيقة لا مجال لإخضاع الإدارة في عقود الأشغال العامة لتلك القواعد التي تحكم قواعد القانون الخاص ، والتي تقتضي توازن كفتي العقد في اتخاذ القرار ، حيث يبقى العقد فيها شريعة المتعاقدين ولا قرار الا باتفاق.

وفي نهاية الأمر نأمل أن يعطي مجلس الدولة الجزائري لهذه القواعد الإدارية سواء على مستوى هذه النظري أو يأتي بنظريات القانون الإداري الوجه الأفضل و الدقيق بحيث ينزع مايشوب هذه المسائل من غموض في كثير من الأحيان نظرا لصعوبة وتشعب قواعد هذا القانون عملا على خدمة الصالح العام من أجل أكثر تطور للجزائر اقتصاديا و إجتماعيا.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات:

- 1- أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1998.
- 2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004 .
- 3- محمد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر، الطبعة الرابعة.
- 4- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 1983.
- 5- رياض عيسى ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، الطبعة الأولى ، 1976.
- 6- ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون 89 لعام 1998، دار النهضة العربية، مصر ، الطبعة الثانية 2003.
- 7- محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1984 .
- 8- محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر، الطبعة الأولى 2007 .
- 9- سمير صادق ، العقد الإداري في المبادئ الادارية العليا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر ،1991.
- 10- رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات الأشغال العامة ، النجف ، العراق ، الطبعة الأولى 1976.
- 11- حسين درويش عبد العال ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، القاهرة ،مصر، الطبعة الأولى1983.

- 12- **حمدي عمر حلمي**، المسؤولية التعاقدية للإدارة- دراسة مقارنة- المجلة القانونية و الإقتصادية، ، العدد الثامن 1996.
- 13- **عمار بوضياف** ، الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر ،الجزائر، طبعة 2000.
- 14- **خميس السيد اسماعيل**، الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية و التعويضات، الطبعة الأولى 1994 .
- 15- **محمد فؤاد عبد الباسط**،العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر ، طبعة 2005.
- 16- **فضل أحمد** ، العقود الإدارية ، المديرية العامة للتكوين والإصلاح ، وزارة الداخلية ، الجزائر.
- 17- **هارون عبد العزيز الجمل**، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ،جامعة عين الشمس، مصر 1997.
- 18- **خميس السيد اسماعيل**، الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية و التعويضات، الطبعة الأولى، 1994.
- 19- **عبد المجيد فياض**، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 1997 .
- 20- **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في مصادر الإلتزام الجزء 02، المجلد الأول ،دار النهضة ، 1981.
- 21- **أنس جعفر** ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظام المناقصات و المزايدات للقانون 1998/1989 خاص بالمناقصات، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، مصر.
- 22- **محمد صلاح عبد البديع السيد** ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 1993.

• باللغة الأجنبية :

- 1/ ANDRE DELAUBADERE : Traité théorique et pratique des contrats administratifs T1 et 2, Paris 1956.
- 2/ LAURENT RICHER : Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J , 1955.
- 3/ GEORGE VEDEL : Droit Administratif , 4eme .. ed. Paris 1968
- 4/ HOURIOU . M : Précis de droit administratif , 4eme edition 1933 .
- 5/ F. LORENS : Contrat Dentreprise en Marche des Travaux Publics , Paris .1981
- 6/ DEGUIT : Traité de Droit Costitutionnel , 3eme Edition.
- 7/ F. LORENS : Contrat Dentreprise en Marche des Travaux Publics , Paris 1981.

ثانيا: الرسائل الجامعية:

- 1- عيسى الزهري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم والإقتصاد ، بغداد 1975.
- 2- ثريا العيوني ، معيار العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة الدكتوراه، جامعة عين الشمس ، مصر ، 1987.
- 3- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، رسالة دكتوراء،جامعة عين الشمس ، مصر ،

أ/ النصوص القانونية :

- 1- دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر لسنة 1964.
- 2- القانون المدني الجزائري أمر رقم 58-75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1438 الموافق 07 أكتوبر سنة 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.
- 4- دفتر الشروط الإدارية العامة النموذجي الفرنسي المؤرخ في 1976/1/21.

ثالثا: المجالات

- 1- مجلة العلوم الإدارية ، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية لعام 1959 ، العدد الأول التي نشرت التقرير لهذا الموضوع والذي أعده الأستاذ موريس فلام بصفته مقررا للمؤتمر.

سلطة الإدارة في عقد الأشغال العامة

الصفحة

أ-ب

مقدمة

01

الفصل الأول: السلطات الإدارية ذات الطابع الفني

02

المبحث الأول: سلطة الرقابة ومداهها.....

02

المطلب الأول: الأساس القانوني لسلطة الرقابة ووسائل ممارستها.....

02

الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الرقابة

05

1- حق الرقابة يستند الى نص.....

06

2- سلطة الرقابة حق أصيل.....

09

الفرع الثاني: وسائل ممارسة الرقابة.....

13

المطلب الثاني: مظاهر سلطة الرقابة وأثارها.....

13

الفرع الأول: مظاهر سلطة الرقابة.....

17

الفرع الثاني: آثار سلطة الرقابة.....

19

المبحث الثاني: سلطة التعديل ومداهها

20

المطلب الأول: أساس سلطة التعديل وصورها.....

20

الفرع الأول : أساس سلطة التعديل.....

23

1- أساس سلطة التعديل هو فكرة السلطة العامة.....

24

2- أن مقتضيات الصالح العام للعقد هي أساس التعديل.....

25

الفرع الثاني: صور سلطة التعديل.....

25

أولا : بالنسبة لمقدار وحجم إلتزامات المقاول

26

ثانيا : التعديل في وسائل وطرق التنفيذ

27

ثالثا : التعديل في مدة التنفيذ.....

28

المطلب الثاني: نطاق سلطة التعديل.....

28

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

29

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

الفصل الثاني: السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي

31

المبحث الأول: مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني.....

31

المطلب الأول: تطور أساس حق توقيع الجزاءات.....

36	المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....
37	الفرع الأول: امتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الإدارة.....
38	الفرع الثاني: الآراء المؤيدة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء.....
39	الفرع الثالث : الآراء المنكرة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها.....
43	المبحث الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية
43	المطلب الأول: الجزاءات المالية.....
43	الفرع الأول: التعويضات.....
45	الفرع الثاني: الغرامات التأخيرية.....
49	المطلب الثاني: الجزاءات الضاغطة.....
50	الفرع الأول: الإدارة المباشرة.....
51	أولا: شروط وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة.....
55	ثانيا: الآثار القانونية للإدارة المباشرة.....
57	الفرع الثاني: الفسخ الجزائي.....
60	أولا : شروط ممارسة سلطة الفسخ
63	ثانيا:الآثار القانونية المترتبة عن الفسخ الجزائي.....

خاتمة

قائمة مراجع

المخلص

تتدخل الدولة الحديثة في النشاط الإقتصادي و الإجتماعي بشكل مباشر يتلائم مع تنظيم شؤون مواطنيها ، فالدولة تأخذ على عاتقها ، وفي سبيل ممارسة نشاطها إنشاء مختلف المرافق العامة من جسور وأبنية ، وطرق ومنشآت مختلفة ، إضافة الى صيانة منشآتها القائمة وترميمها تسعيا لإشباع حاجيات جمهورها ، وفقا لمقتضيات الصالح العام تلجأ الدولة لإبرام صفقات متعددة منها عقد الأشغال العامة الذي يعتبر عقدا اداريا مرتبط بفكرة المصلحة العامة ، فتتمتع الإدارة بإعتبارها طرفا في هذا العقد الإداري بسلطات واسعة تمارسها على المتعاقد معها، وهذه السلطات من الجانب الفني تتمثل في سلطة الرقابة والتوجيه تقوم بمقتضاها الإدارة بالتأكد من سلامة الأشغال ونوعية المواد المستعملة فيها عن طريق أعوانها المتخصصين ، إضافة الى سلطة التعديل فحاجة الإدارة الى التعديل لاتنقطع خاصة بمراعات المدة الزمنية والرسومات والتصاميم والشروط الخاصة بالتنفيذ.

أما السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي هي سلطة تقويم وتأمين سير المرافق العامة ، وعلى هذا الأساس وجب على الإدارة توقيع جزاء على المتعاقد المقصر أو المخل بأحد بنود العقد من أجل ردعه وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية .

فإمميزات الإدارة تتمثل في إتخاذ الإجراءات الممكنة ضد المتعاقد معها مؤسسة على

مبدأ استمرار و إنتظام المرفق العام ، والذي يتصل به عقد الأشغال العامة.