

الشروط الإشتائية في العقد الإداري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالبة: قدوري مختارية تحت إشراف الأستاذ: وقاص ناصر

لجنة المناقشة

رئيسا

الدكتور: حمادو دحمان

مشرفا ومقررا

الدكتور: وقاص ناصر

عضوا مناقشا

الدكتور: بن علي عبد الحميد

السنة الجامعية 2019 / 2020

شكر ونفاق



بادئ ذي بدء ، أشكر الله العليّ القدير الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع وما توفيقني
إلا بالله عليه توكلت و إليه أنيبت ، أشكره شكرا جزيلاً يليق بجلاله وعظيم سلطانه سبحانه وتعالى
عما يصفون

ثم أثنى من بعد شكر الله سبحانه و تعالى ، بشكر الناس وقوفاً عند قوله : **مَنْ لَوْ يَشْكُرُ
النَّاسَ لَوْ يَشْكُرُ اللَّهَ /** ، وقوله . **مَنْ شَرِحَ إِلَيْهِ مَغْرُوبَةً ، فَقَالَ لِفَاعِلِهِ : جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا ، فَقَدْ
أَبْلَغَ فِي الثَّنَاءِ ،** و عليه فإن من باب شكر و المكافأة و العرفان ، أن أتقدم إلى كل من تتلمذنا
أو طلبنا العلم على أيديهم في يوم من الأيام ، من الطور الابتدائي إلى الطور الأكاديمي ، من
معلمين و أساتذة ، جزاهم الله بما كل خير ، وجعل ذلك في ميزان حسناتهم.

ومن جملة هؤلاء الخيرين، الأساتذة الذين كان لهم صدى في هذه المذكرة ، على رأسهم
الدكتور وقاص ناصر الذي أشرف على هذه المذكرة ، و الأستاذين الفاضلين الذين ناقشا
هذه المذكرة ، الدكتور حمادو دحمان و بن علي عبد الحميد ، جزاهم الله كل خير و أنامهم
أجراً جميلاً.

كما أتقدم بالشكر الجزيل و خالص الاعتراف بالفضل بعد الله إلى كل من أسهم من قريب أو
بعيد في إعداد هذه المذكرة

الطالبة قدوري مختاربة

الإهداء

بكل تواضع... و بكل حبه... وبكل إخلاص... أتقدم بإهداء هذا العمل اليسير إلى خيرة الأقرابين وهم :

❖ والدائي الكريمين .. منبع الحياة... وفسحة الرجاء... وباب الجنة... واللذان لم أجد خيرا من قول المولى ﷺ تكريما وإهداء وإخبارا... لهما - (أبيي رحمة الله عليه) وأمي الغالية حفظها الله وورثتنا منهما الرضا والقبول - إذ يقول سبحانه : وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ مِنْكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَانْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا (24) سورة الإسراء.

❖ إلى رفيق الدرب... إلى من اختاره لي ربي زوجا طيبا كريما وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21) سورة الروم ، ومن خلاله إلى ابنتي الغالية... و فرتي عيني... وثمرتي في الحياة الدنيا وادخاري لأخرتي... جھينة مريم... حفظها الله بكل خير ... رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا (74) سورة الفرقان .

❖ إلى شقيقة القلب... و إلى وحيديتي وفريدتي، والتي شدت

أزرعي:أختي، وزوجها، والملكين:محمد و وفاء جنان ومن خلالهما إلى سند الحياة ... إخوتي و ذويهم أجمعين ... وَرَبَّنَا مَا فِي كُفْرِهِمْ مِنْ غِلٍّ إِخْوَانًا عَلَىٰ سُرُرٍ مُتَقَابِلِينَ (47).

❖ إلى كل أحبتي و أصدقائي في الدراسة أو العمل أو من لاقتنا بهم الأيام... الأخلاء يَوْمَئِذٍ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ إِلَّا الْمُتَّقِينَ (67) سورة الزخرفة .

❖ إلى كل من أحبنا في الله وتمنى لنا الخير... ودعا لنا في ظهر الغيب... جميعا من خير استثناء...

إلى كل هؤلاء الخيرين تحية إخبار وتقدير مادام في الحياة نبض... و للأمل وميض...

مقدمة

يتمثل نشاط السلطات الإدارية في الدولة من الناحية الأولى في إقرار وحماية النظام العام بمحتوياته الثلاثة، حماية الأمن العام و الصحة العامة و السكنية العامة ، كما يتمثل نشاطها من الناحية الثانية في إنشاء و إدارة المرافق العامة الأساسية. و تقوم الإدارة بمهامها عن طريق العديد من التصرفات و الأعمال الإدارية، ويتفق معظم الفقه على أن أعمال الإدارة قد تكون مادية أو قانونية، فالمادية هي كل ما تجر به الإدارة دون أن تنوي من ورائه إحداث أثر قانوني ، سواء كان ذلك التصرف إيجابيا أو سلبيا كترتيب أثاثها و مستلزمات أعمالها اليومية ، و الأعمال التي تحدث عن خطأ موظفيها أو آلتها أما القانونية فهي تتجه و تفصح فيها الإدارة عن إرادتها و نيتها في ترتيب أثر قانوني، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء ذلك المركز، فهذا التصرف مرتبط بإرادة الإدارة، ويحكمه نظام قانوني يحرس مشروعيته.

و الأعمال القانونية هي التي تفصح فيها الإدارة في ترتيب أثر قانوني لتسيير الشؤون العامة وهي نوعان، قرارات إدارية أي أعمال قانونية إنفرادية صادرة من الإدارة وحدها، و بإرادتها المنفردة. و العقود الإدارية هي الأعمال القانونية الإتفاقية أو الرضائية أي الأعمال الصادرة بناء على اتفاق و تبادل الرضا بين الإدارة و الطرف الآخر (شخص قانوني طبيعي أو شخص قانوني معنوي خاص أو عام) .

فإن نظرية العقود الإدارية تحتل أهمية بالغة في تسيير المرافق العامة في الدولة فهي تهدف إلى إخضاع الإدارة للقانون ، ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الأثر البارز في إرساء نظرية العقود الإدارية حتى أصبحت نظرية قضائية من النظام العام المعترف، فالعقد الإداري عنصرا من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة ، فهي وسيلة تستعملها الإدارة لتحسين وتطوير قطاعاتها المختلفة. وبذلك تلجأ إلى الأسلوب التعاقدية والذي تصدر من خلالها قراراتها الإدارية وتتبعها بعملية تعاقدية لتترجم تلك الرغبة في تلبية الحاجيات العمومية.

فلجوء الإدارة إلى الأسلوب التعاقدى كتنقية لتسيير الشؤون العامة¹ يعد أسلوباً حضارياً في تعاملها مع الأشخاص الطبيعية . فالعقد إنما يعبر عن الوجه الحديث للإدارة التي تتميز بحرصها الشديد على انشغالات الأفراد وبمرونة نشاطها، عكس تعاملها بالقرارات الإدارية الانفرادية التي يطغى عليها الطابع التعسفي² فالإدارة تستطيع أن تفرض إرادتها عن طريق القرار الإداري ولكنها قد تجد في كثير من الحالات أن سبيل التفاهم هو أنجح السبل لتحقيق غايتها فتلجأ إلى إبرام هذه العقود الإدارية خاصة عند ما تريد إنجاز أهدافها في أسرع وقت ممكن و بأقل تكلفة و على أفضل نحو.

وعقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ولكنها تنقسم إلى قسمين، الأول يتمثل في عقود القانون الخاص التي يخول التشريع للإدارة العامة أن تبرمها مع الأفراد وفقاً لقواعد القانون الخاص (القانون المدني ، قانون العمل) ، وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة.

أما الثاني يتعلق بالعقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة حيث تلجأ إلى استعمال الامتيازات التي خولها لها القانون بهذه الصفة، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص و التي تؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين طرفي العقد لتميل الكفة إلى الإدارة كطرف قوي. و الهدف من وراء تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية، هو الرغبة في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة.

إن الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، يجب ألا تحجب عن الأنظار القدر المشترك من الأحكام بينها وبين سائر العقود، ذلك القدر الذي يحكم جميع العقود لمجرد كونها عقوداً، فإن الدراسة في موضوع العقود الإدارية كانت في أول الأمر تقتصر على سرد الأحكام الخاصة بكل عقد إداري- لا سيما العقود الإدارية المسماة الهامة - على حدة، وبهذا اتسمت دراسات الفقيه

1 - **CHEVALLIER Jaques**, l'Etat poste moderne, L.G.D.J, Paris, 204, P 69

2 - **JEGAUX Yves** , « l'administration contractant en question », in « mouvement du droit public, mélange

جيز ، وهو أول من درس باستقاضة أحكام العقود الإدارية. ولكن الدراسات الحديثة تستهدف استخلاص الخصائص الذاتية الموجودة في العقود الإدارية والتي تميزها عن عقود القانون الخاص سواء أبرمتها الإدارة أو الأفراد³. ولقد استمد المشرع الجزائري فيما يخص المنضومة القانونية بصفة عامة من القوانين الفرنسية والمصرية بعد الإستقلال فيما لا يتعارض مع السيادة الوطنية وخاصة فيما يتعلق بالعقود.

يستمد العقد الإداري قواعده إما من نصوص تشريعية وإما من أحكام القضاء الإداري والتي يمارس القاضي من خلالها دورا بارزا في خلق واستخلاص المبادئ القانونية التي تحكم العقود دون تقييده في ذلك بأحكام القانون المدني⁴.

يشير تعريف العقود الإدارية عند البعض شيأ من الصعوبة، وذلك نظرا للتفاوت في المراكز القانونية لطرفي العقد لكونها تبرم بين الدولة من جهة أو أحد إدارتها وبين شخص أو أكثر من الوطنيين أو الأجانب، فالدولة هي شخص من أشخاص القانون العام ومن ثم فهي تتمتع بامتيازات استثنائية وسيادية، لا يتمتع بها المتعاقد الآخر والذي يعد من أشخاص القانون الخاص⁵.

يعرف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في العقود التي تخضع للقانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"⁶.

3 - ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية سنة 1999، ص 12.

4 - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 33.

5 - عكاشة حمدي ياسين، (1998م)، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العلمي، در الطبع، الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ص 15 وما بعدها.

6 - عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 192.

فيما يخص تنفيذ العقد ترجح فكرة مرونة العقود الإدارية على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والمساواة بين الأطراف المتعاقدة، فإنه ترد بعض الإستثناءات عن هذا المبدأ في مجال العقود الإدارية ومرد ذلك تضمنها شروطا استثنائية غير مألوفة، و توضح هذه الأخيرة مكانة الإدارة المختلفة كطرف مميز في العقد الإداري عن مكانة المتعاقدين في العقد، كما أن هاته الشروط تضيي على العقد الصفة الإدارية من خلال الإمتيازات التي تمنحها للإدارة والمتعاقد معها، فالعقد يتمتع بقوة تنفيذية لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يطالب بنقضه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر بحيث تستطيع الإدارة تعديل شروط العقد أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون موافقة المتعاقد معها.

إن هذا الموضوع بالغ الأهمية من الناحية العلمية والنظرية ضمن اطار فرضية التغييرات الكبرى في الإدارة الجزائرية منذ بداية التسعينات، لاسيما بعد تبين التوجه الإقتصادي الجديد من أجل تشجيع الإستثمار المرتبط بتهيئة المنشآت القاعدية عن طريق العقود الإدارية باعتبارها النشاط الضروري لضمان سير مصالح الدولة. وما يثيره ذلك في منازعات أمام القضاء الإداري المتدفقة دوريا أمامه.

ومن خلال ما سبق تبرز الإشكاليات القضائية و القانونية التي تثيرها العقود لاسيما إذا تضمنت شروطا استثنائية في مجال القانون الخاص وذلك من أجل معرفة المعيار الحاسم لتحديد طبيعة العقد الإداري. وتمييزها عن غيرها من العقود لعدم امكانية تطبيق قواعد القانون الخاص عليها، وعدم ارساء نظرية العقد الإداري من ناحية القضاء أو الفقه على معيار فاصل وحاسم لاضفاء الطابع الإداري على العقد. و سيتم معالجة الموضوع في الإشكالية التالية - : إلى أي مدى يمكن تحقيق التوازن بين أطراف العقد الإداري في ظل الشروط الإستثنائية ؟

ترجع أسباب اختيار الموضوع كون أن الموضوع يعالج العقد الإداري كعقد متميز عن غيره من العقود الأخرى خلال ما يتضمنه من شروط إستثنائية كون أن هذه الأخيرة توضح مكانة

الإدارة المختلفة كطرف مميز في العقد الإداري عن مكانة المتعاقدين في العقد الخاص، كما أنها تضيف على العقد الصفة الإدارية من خلال الإمتيازات التي تمنحها للإدارة والمتعاقد معها، و التمكن من معرفة الإمتيازات الممنوحة للإدارة المتعاقدة من خلال هاته الشروط في العقود الإدارية في مواجهة المتعاقد معها وفي تحديد الآثار المترتبة عنها، وهذا من حيث تبيان حدود سلطة المصلحة المتعاقدة و حقوق وواجبات المتعامل المتعاقد، وكذا تبيان دور ومدى مساهمة هاته الشروط في تحقيق الإدارة للهدف الذي تسمو إليه لتحقيق المصلحة العامة .

وتزداد أهمية الموضوع في إلزامية تحديد مدى سلطة المصلحة المتعاقدة و ما يقابلها من حقوق المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري وهذا كله يمشي بالتوازي مع نظام رقابة متين يضمن التطبيق الصارم و الفعال للقانون وهذا ما يتم معالجته في الإشكالية التالية - :مدى توفيق الإدارة المتعاقدة في الحفاظ على التوازن بين سلطاتها المتعاقدة في العقد الإداري أثناء مرحلة تنفيذها و حقوق المتعامل المتعاقد؟ - و إلى أي مدى تعد الشروط الإستثنائية شرطا مميزا لمعرفة الأسلوب الذي تتجه الإدارة لإستعماله في عقودها؟

للإحاطة بجميع جوانب الإشكالية فإن الدراسة لهذا الموضوع تقتضي منا معالجته بإتباع المنهج التحليلي بشكل أساسي، بجانب المنهج الوصفي من جهة لدى ضرورة عرض النقاط الجوهرية بهدف الإلمام بموضوع الدراسة ، فقد ارتأينا إتباع الخطة التالية مقسمة إلى فصلين :بحيث يخصص الفصل الأول سلطات الإدارة الإستثنائية في تنفيذ العقود الإدارية الذي بدوره يقسم إلى مبحثين، الأول سلطة الرقابة والتعديل للعقود الإدارية أثناء تنفيذها ، و الثاني يتمثل في سلطة توقيع جزاءات وإنهاء العقد أما الفصل الثاني يتمثل في أوجه الشروط الإستثنائية في العقد الإداري، الذي بدوره قسمناه إلى مبحثين، الأول حقوق المتعاقد مع الإدارة ، والثاني منازعات الصفقات العمومية وطرق تسويتها.

الفصل الأول

سلطات الإدارة الإستثنائية
في تنفيذ العقود الإدارية

الفصل الأول: سلطات الإدارة الإستثنائية في تنفيذ العقود الإدارية

تعتبر العقود الإدارية وسيلة أساسية من وسائل إدارة و تسيير المرافق العامة وهذا يستلزم ضرورة توافق العقد الإداري مع مقتضيات سير المرفق العام الذي أبرم العقد الإداري من أجل تسييره، فالعقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فقد تحتوي بعض العقود على شروط استثنائية مما تميزها وتجعلها تختلف في الكثير من النواحي عن باقي العقود الأخرى، كما أن احتواء العقد على شروط استثنائية هو دليل على وجود الدولة كسلطة عامة طرفا في العقد مما يؤدي إلى إخضاع تنفيذه لقواعد استثنائية، ويترتب على ذلك إخلال بالتوازن بين مركز الإدارة ومركز المتعاقد معها، و يجعل الإدارة في موضع أسمى من موضع الأطراف المتعاقدة معها، فالمرشح والقضاء الإداري اعترفا للإدارة بهذه السلطات الاستثنائية في مواجهة المتعاقدين معها .

و بدورها الشروط الإستثنائية تختلف وتتعدد باختلاف نوع العقد الإداري فكل عقد يمنح الإدارة المتعاقدة سلطات وامتيازات استثنائية تمارس من خلال دورها كطرف قوي في العقد الإداري من أجل ضمان السير الحسن لتنفيذ ما تم التعاقد عليه ولضمان الوصول إلى الهدف المرسوم من استعمال العقد الإداري كوسيلة قانونية لتحقيق المصلحة العامة، من خلال الحفاظ على سير المرافق العامة، وفي سبيل تحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد، وإن كان ذلك لا يسوغ للمصلحة المتعاقدة بتلك المصلحة الفردية كليا¹.

تستمد الإدارة تلك السلطات من حقوقها الدستورية والقانونية في تنظيم وإدارة المرافق العامة، ومن كون العقد عقدا إداريا، ومن ثم فهي تستمدها لا من اتفاق الطرفين المتعاقدين عليها صراحة أو ضمنا، بل من مبادئ القانون الإداري مباشرة².

1 - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 10.

2 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي، 1975، ص 466 و 447.

فالإدارة لا تستطيع أن تتخلى عن مسؤوليتها إزاء المرافق حتى و إن أشركت معها بعض أشخاص القانون الخاص في تنفيذها أو إدارتها لمشاريعها، وبالتالي فإن القانون منحها عدة حقوق وسلطات تتمكن بواسطتها من الاضطلاع بمهامها المتصلة بالمرافق العامة¹.

لا يجوز للإدارة الإتفاق مع المتعاقد على التنازل عن كل أو بعض ما تملكه من سلطات، أو أن يقيد حقها في استعمال تلك السلطات بقيود، ويعتبر باطلا كل اتفاق من هذا النوع، لأن استعمال تلك السلطات مرهون بما يقرره القانون في هذا الشأن، فهو ليس حقا شخصيا لرجال الإدارة، بل هو وظيفة يمارسها هؤلاء لتحقيق الصالح العام². فاستعمال الإدارة لسلطاتها مقيد بما يرسمه القانون لها من جهة، ومن جهة أخرى لا يجوز استعمالها مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، لذلك يجب تسليح المتعاقد مع الإدارة بضمانات في مواجهة استعمال الإدارة لتلك السلطات أقلها طلب التعويض³.

بناء على ذلك فالعقد الإداري يرتب بعد إبرامه مجموعة من الآثار على كل طرف فيه، بحيث ينشأ حقوقا والتزامات متبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها، فحقوق الإدارة تعتبر التزامات بالنسبة للمتعاقد معها، والتزامات الإدارة هي حقوق للمتعاقد معها، كما يرتب العقد آثارا بالنسبة للغير أي المنتفعين. ونظرا لطبيعة العقود الإدارية والأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها فإن الامتيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير مما يتمتع به المتعاقد معها، ومن بين هذه الامتيازات سلطة الرقابة والتعديل للعقود الإدارية أثناء تنفيذها و سلطة توقيع جزاءات وإنهاء العقد الإداري.

ويمكن حصر سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقود الإدارية في العناصر التالية:
أولا سلطة الرقابة والتعديل للعقود الإدارية أثناء تنفيذها (المبحث الأول)، ثم نعالج سلطة توقيع جزاءات و إنهاء العقد (المبحث الثاني).

1 - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 73.

2 - إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، دط، الكويت، مكتبة الفلاح، 1964، ص 166.

3 - RIVERO (J), Précis de droit administratif, 5^e ed, Paris, 1973, P115.

المبحث الأول: سلطة الرقابة و التعديل للعقود الإدارية أثناء تنفيذها

إن قواعد القانون الإداري للعقد الإداري تجعل من الإدارة المتعاقدة الطرف الأقوى في العقد، ففي الواقع أن الغاية من العقد الإداري هي ضمان السير الحسن للمرفق العام، فتقوم العقود على أسس من التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة، لأن المبدأ العام للعقود هو المساواة بين طرفي العلاقة العقدية، إلا أن هذا المبدأ لا يسري على العقود الإدارية، لأن القواعد التي تحكم العقد الإداري تختلف على تلك القواعد المتعلقة بالعقد المدني، خاصة فيما يتعلق بمدى حقوق وسلطات الإدارة اتجاه المتعاقد معها، حيث لا تنطبق على هذا العقد قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " بالصورة المعروفة بها في القانون الخاص.

الإدارة أو المصلحة المتعاقدة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، مما يخولها ممارسة سلطات وحقوق متعددة تهدف إلى حسن سير تنفيذ العقد الإداري وفقا لبنوده وفي آجاله، تحقيقا للمصلحة المتعاقدة. فالمطلب الأول يوضح أن القانون الإداري يمنح للإدارة المتعاقدة امتيازات واسعة بسلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد أو تعديل شروطه، كما يخولها القانون سلطات توقيع جزاءات تعاقدية على المتعامل المتعاقد إذا أخل بتنفيذ إلتزماته التعاقدية، قد تصل إلى إنهاء العقد ولكن كل ذلك يجب أن يكون في حدود تحقيق المصلحة العامة وهذا ماسنراه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سلطة الرقابة للعقود الإدارية أثناء تنفيذها

المشروع لا يعترف للإدارة بامتيازات السلطة العامة إلا من أجل تلبية وإشباع الحاجيات العامة للمواطنين، عن طريق المرافق العامة¹، هذه الأخيرة يجب أن تسير بصفة مستمرة ومنتظمة وتتمتع الإدارة بهذه الإمتيازات حتى ولو لم ينص عليها في العقد فهي من النظام العام، ولا يمكنها التنازل

1 - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت 2011، ص 338.

عنها، ذلك أنها تشكل أهم تطبيقات الشروط الإستثنائية غير المألوفة الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية¹.

الفقه والقضاء الإداريين اعترفا بحق الرقابة و التوجيه أثناء تنفيذ العقد الإداري، فتراقب مدى تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته التعاقدية، وتصدر له توجيهاتها بأن يتم تنفيذ الأعمال المنوطة به، بطريقة معينة تحقيقا للصالح العام، كما يخول الإدارة تعديل شروط العقد أو طريقة تنفيذه، أو زيادة التزامات المتعاقد معها، أو إنقاصها بإرادتها المنفردة متى اقتضت مصلحة المرفق العام ذلك .

إن الإدارة تلتزم بعدم التعسف، باستخدامها لتحقيق أغراض خاصة، لا تتعلق بالمصلحة العامة، كما أنه لا يجوز المبالغة بهذه الرقابة، إلى الحد الذي يؤدي إلى تغيير طبيعة العقد أو الاعتداء على الحقوق المالية للمتعاقد².

تقوم عقود القانون الخاص على مبادئ رئيسية و هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومضمونها، لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من التزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق مع المتعاقد الآخر. إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الصفقة العمومية لكون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة، بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، مما يقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها³، ومنحها سلطة تعديل العقد وفق أحكام معينة لمقتضيات المصلحة العامة. و نظرا لأهمية العقود الإدارية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العامة فالإدارة تسعى دائما إلى مراقبة تنفيذها وتتجاوز ذلك

1 - محمد الصغير بعلی، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص 73.

2 - محمد خلايلية، القانون الإداري: الكتاب الثاني، ط10، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص306.

3 - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص142.

بتوجيه المتعاقد في أعمال التنفيذ¹، وللبحث في هذه السلطة يجب أولاً تحديد معناها والأساس القانوني الذي يحكمها وشم نطاق ممارستها و ضوابطها.

الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة في الإدارة

من أهم الآثار المترتبة عن العقد الإداري سلطة الرقابة ، وهي مستمدة من الإتصال بالمرفق العام، وتحويل للإدارة "الإشراف على تنفيذ المتعاقد معها للالتزامات، بإصدار الأوامر والمنشورات والدوريات والتعليمات العامة الملزمة للتصرف في اتجاه دون الآخر²." كما تستمد هذه السلطة من النصوص المدرجة في العقد، وليست بسلطة مطلقة ولا يمكنها تجاوز مبدأ المشروعية، مثل: ميول الإدارة نحو هدف لا علاقة له بالمرفق العام موضوع العقد، أو مخالفة موضوع العقد بالتعديل. إذا تجاوزت سلطة الرقابة حدودها تضرب العقد في الصميم وفي الشكل أيضاً، كأن يشكل تدخل الإدارة المفرط في عقد الامتياز تحويله إلى أسلوب الاستغلال المباشر.

تعتبر سلطة الإشراف امتياز يحول للإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة وفق الشروط المتفق عليها³، والرقابة بهذا المعنى الضيق المتمثل في حق الإشراف تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على تنفيذ الصفقات العمومية، إذ من واجبها أن تتولى الإشراف على المتعاقد معها حتى تتأكد من قيامه بتنفيذ العقد طبقاً للبنود والشروط المتفق عليها⁴.

1 - خوخة توي، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري)، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012/2013، ص 32.

2 - محمد يحيى، المغرب الإداري، الطبعة الثالثة، 2004 مع آخر المستجدات، ص 396.

3 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، ط 5، 1991، ص 257.

4 - محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية 94 الحقوق، جامعة عين الشمس، ع 1، 1997، ص 20.

سلطة الرقابة تتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد¹، فالإدارة، كأى متعاقد، لها كامل الحق لمراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها، و سلطة الرقابة تتوسع إلى سلطة الإشراف أي مراقبة إذا ما كان المتعاقد ملتزماً بما تم الاتفاق عليه في العقد، وتمارس الإدارة هذا الحق عادة عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة موقع العمل، والتأكد من سيره وفقاً للمواعيد المحددة، وفحص المواد المستعملة للاطمئنان لجودتها، و إلى أن كل شيء يسير وفقاً لمقتضيات الصالح العام، ويكون تدخل الإدارة هنا في الحقيقة ممهداً لتسليم العمل عند إتمامه، فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم².

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة والتوجيه، كحق أصيل مستمد من المبادئ العامة للعقود الإدارية دون حاجة للنص عليه في العقد، أو حتى دون الأخذ بما يحضر عليها استعمال هذه السلطة، وهذا يعني عدم امكانيتها التنازل عن استعمالها لتعلقها بالنظام.

والإدارة تكون مقيدة في رقابتها على التنفيذ بحدود مبدأ المشروعية، لأنها منحت هذه السلطة لضمان سير المرافق العامة بانتظام، فإذا قصدت استعمال سلطتها هذه لتحقيق غرض آخر، فإنها تكون قد خرجت عن هذا المبدأ وأساءت استعمال سلطتها³، ولكن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق السابق، ويسمح للإدارة بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، في حالة ما إذا استعملت الإدارة هذا الحق التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد، ولأن حق الرقابة غير حق التعديل الذي سوف نتعرض لدراسته فيما بعد، ومن ذلك

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 200.

2 - سليمان مجد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 433.

3 - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، ط2، منشورات زين الحقوقية، 2012، ص 125.

مثلا أن تتدخل الإدارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعهد، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد¹.

و لسلطة الإدارة في الرقابة و الإشراف أهمية كبيرة تمثل في خضوع المتعاقد مع الإدارة لرقابة وتعليمات و أوامر وتوجيهات الإدارة في التنفيذ، لضمان حسن الخدمة و تنفيذ العقد، والتصرف وفقا للخطة المقررة، في الحدود المرسومة لها بحسن استخدام الموارد المحددة لها. وضمان حسن أداء الخدمة، وتنفيذ العقد للمواصفات المتفق عليها، وهذا من أجل ضمان حماية المال العام وترشيد النفقات العامة². ومن خلال كشف الإنحرافات التي قد توجد في مجال التطبيق، العمل على رفع مستوى فعالية وكفاءة الأنشطة الفنية وغيرها في قطاع الخدمات والإنتاج وعلى جميع المستويات.

الفرع الثاني: أساس سلطة الإدارة في الرقابة

إن أساس سلطة الرقابة يتجسد في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية، فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد، إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يهدف لحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة³، حيث مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، هو الذي يعطي الإدارة المتعاقدة، الحق في ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ عقودها حتى في حالة سكوت العقد والأنظمة والقوانين، وهذا واضح في أحكام المحاكم الإدارية في فرنسا ومصر، ففي حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر في 02 مارس 1968 جاء فيه، أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترب

1 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2008، مرجع سابق، ص 433.

2 - ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مؤسسة الطويجي، مصر، 2003، ص 199.

3 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 200.

على ذلك أن الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقود الإدارية، و للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه و إن لم ينص في العقد على ذلك هذا بهدف ضمان تلبية الحاجات¹.

لا يمكن الإتفاق على مخالفة سلطة الإشراف والمراقبة، التي تعتبر من النظام العام لأنها قررت للمصلحة العامة، لا يمكن التنازل عنها ، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والمراقبة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة، وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات²، وهذه الأوامر والتعليمات التي تصدر عن مشيئة الإدارة وحدها وهي ملزمة للمقاولين رغم أنها تتعلق بشؤون أساسها رابطة تعاقدية³.

و إن كانت سلطة الإشراف والمراقبة، ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة ومقررة في سائر العقود الإدارية، إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى، فسلطة الإشراف والمراقبة تبرز أكثر، ويتسع مجالها ومداهما في عقود الأشغال وهذا بالنظر لطابعها الخاص.

الفرع الثالث: نطاق وضوابط سلطة رقابة الإدارة

قيد المشرع سلطة الرقابة بمجموعة من الضوابط، التي تكفل عدم إساءة استعمالها وضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها، وانحرافها عن تحقيق المصلحة العامة، وهاته الضوابط تتمثل في⁴: الضابط العام و هو ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية، أي في حدود القانون، فالخروج عن الهدف الذي منحت من أجله هاته السلطة للإدارة يعد إساءة

1 - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1985، ص12.

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط01، مرجع سابق، ص201 .

3 - شفيق حاتم، القانون الإداري، الأهلية للنشر و التوزيع، بيروت، 1979، ص144.

4 - جهاد جودي، مظاهر السلة العامة في العقد الإداري قانون إداري، كلية الحقوق،، جامعة بسكرة، 2012-2013، ص 51.

لاستعمال سلطتها وهذا التصرف يخرج قراراتها عن إطار المشروعية فتصبح مشوبة بعيب الإنحراف باستعمال السلطة. أما الضابط الخاص يتعلق بالعقد الإداري موضوع الرقابة، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه¹، و لا تمارس الرقابة خروجاً عن القواعد المعمول بها، أو المعترف بها في العقود المدنية، إذ يمكن أن يُعترف للدائن بالحق في الإشراف على تنفيذ المدين للالتزاماته².

يجب على الإدارة استعمال الرقابة في حدود الغرض الذي تقصده، وبالتالي يجب أن لا تخرج في مراقبتها عن حدود مصلحة الدولة لأن الرقابة ليست غاية في ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق غاية معينة هي الحفاظ على سلامة وتأمين سير الأعمال وجعلها مطابقة لمستلزمات مصلحة الإدارة المتعاقدة، كما يجب أن لا تخرج عن حدود الأعمال الأصلية في العقد، وإنما يجب أن تدور في إطار العقد فقط، إضافة إلى ذلك يجب أن تمارس الرقابة من قبل السلطة المختصة وأن تتبع الإجراءات والأشكال المنصوص عليها³.

قد لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تتخذ من سلطتها في الرقابة والتوجيه سِتاراً لتعديل العقد، حيث يعد عملها في هذه الحالة غير مشروع، الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليتها عما أحدثه تصرفها من ضرر للمتعاقد معها، ففي عقد الأشغال العامة يحق للإدارة اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من استعمال المقاول ذات المواد المتفق عليها في تنفيذ العقد، ولكنها تتجاوز حقها إذا قررت إحلال مواد أخرى محل تلك المتفق عليها بالعقد، حيث تكون بذلك قد عدلت أحد الشروط التعاقدية، التي كانت محل اعتبار لدى المتعاقد معها حين قدر المقابل المادي

1 - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، 01، منشورات زين الحقوقية و الأدبية، الشياح، البقاع، 2010، ص 125.

2 - سعيد عبد الرزاق باخبيرو، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري: دراسة مقارنة، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008.

3 - رياض عيسى، مرجع سابق، ص 13.

لتعاقده¹. لا يجوز للإدارة استعمال سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد لتحقيق غرض آخر لا يتصل بموضوع العقد والمرفق العام الذي يتصل به، وإلا كان ذلك انحرافا بالسلطة، ولا يجوز أن تؤدي الرقابة على تنفيذ العقد إلى الخروج عن موضوعه أو تعديله².

المطلب الثاني: سلطة التعديل للعقود الإدارية أثناء التنفيذ

سلطة التعديل ليست مطلقة و هي مستمدة بدورها من المصلحة العامة، فالإدارة تملك حق التعديل في العقد تعديلا آليا أو نوعيا أو زمنيا كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه، ولا يمكن لها تعديل موضوع العقد نهائيا، أو المساس بالجانب المالي للمتعاقد، "لقد أباح كل من المشرع والقضاء للإدارة إذا حدثت ظروف لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد الحق في تعديل بنود العقد بما يجعلها ملائمة للظروف المستجدة لأن الطرفين المتعاقدين لم يتوقعا هذه الظروف الجديدة، وهذا يؤكد حق الإدارة في تعديل العقد مما يجعله متمشيا مع الأوضاع التي طرأت بعد إبرامه وأثناء تنفيذه"³.

للإدارة المتعاقدة حق تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضا المتعاقد معها، وهي تمثل خروجاً على المبدأ الأساسي في القانون الخاص الذي يقضي بعدم المساس بالقوة الملزمة للعقد، وعدم جواز تعديل العقد إلا بناء على اتفاق إرادتي طرفي العقد، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁴. لذا يعترف المشرع والفقهاء والقضاء الإداريين بسلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة، ويجد حق تعديل العقد سنده وأساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، وقابليته للتعديل و التغيير في أي وقت لمواجهة

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 224.

2 - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري: " نظرية العمل الإداري"، الإسكندرية، 1993، ص 354.

3 - محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، م.م.ا.م.ت. سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ص 88.

4 - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقدين مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2014، ص 453.

الظروف المتغيرة وهو ينبثق من المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية¹، فمن غير المعقول تقييد الإدارة بعقود لا تتجاوب مع احتياجات المرافق العامة .

يرى معظم الفقه أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل العقود بإرادتها المنفردة تشمل كافة أنواع العقود الإدارية، وأنها تمارس من طرفها ولو لم يتم النص عليها في التشريع المنظم لعقود الصفقات العمومية ولا شك في أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورة. فالمصلحة المتعاقدة لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالزيادة أو النقصان ويمكن أن يرجع التعديل إلى عنصر من العناصر الآتية :

- كمية الأعمال والأشياء محل العقد

- شروط التنفيذ المتفق عليها

- وأخيرا مدة التنفيذ².

و التعديل الذي تملك الإدارة فرضه على العقد الإداري قد يتخذ صورا مختلفة في عدة أوجه منها³:
- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد: تعديلا كميًا بالزيادة أو النقصان، أو نوعيا بدون زيادة أو نقصان في الكميات كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه⁴.

1- jean-david dreyfus, in l'execution, des contrats, « les pouvoirs de contrôle de l'administration en France (sous la direction de Geard Marcou et autres) IRJS Edition, pari 2007, tome 21 p 235a 243.

2 - سليمان مجد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005، المرجع السابق، ص 377

3 - نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 356.

4 - حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني (القرارات الإدارية-العقود الإدارية-الأموال العامة-الوظيفة العامة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص 146.

- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ: مواجهة للظروف المستجدة، كظهور مادة جديدة مثلا تستعمل في الأشغال موضوع العقد، أو اكتشاف طريقة علمية جديدة، ووسائل حديثة أكثر تطورا أو أقل ضررا من تلك التي كانت مستعملة.... إلى غير ذلك¹.

- التعديل في مدة التنفيذ: وهي أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة، كتقصير أو تمديد مدة التنفيذ أو وقف التنفيذ بسبب الظروف المالية أو عدم كفاية الميزانية².

الفرع الأول: حق الإدارة في تعديل العقد الإداري

يفرض القانون الإداري على الإدارة في مبادئه العامة وفي الأحكام القضائية قيود وضوابط لا بد من المحافظة عليها عند نية إجراء أي تعديل على مضمون العقد الإداري³. وسلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل ليست مطلقة فالإدارة تحدها ضوابط معينة حتى لا تتعسف في استعمال سلطتها وهذه الضوابط تتمثل فيما يلي :

أولا- الإلتزام بموضوع العقد

ينتج عن تنفيذ العقود الإدارية امتيازات لصالح الإدارة غير معهودة في القانون الخاص، من بين هذه الامتيازات، سلطة التعديل التي يشترط فيها عدم تعدي التعديل موضوع العقد ولا شك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، فلا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد، و لا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد يختلف كلية عن الموضوع الأصلي، ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد الحق في أن يطلب فسخ العقد.

1 - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2011-2012، ص 94.

2 - بن شعبان علي، نفس المرجع، ص 96.

3 - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998، ص 101.

وفي المجال الذي تملك الإدارة تعديله في شروط العقد تنقيد سلطتها في التعديل بألا تتجاوز حدا معيناً ذلك أنه مهما كانت سلطة الإدارة ومقتضيات المصلحة العامة يجب ألا يغيب عن البال أن المتعاقد قبل الالتزام في عقد بعينه، يقوم على موضوع محدد، فيجب على الإدارة ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد، ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة، كما أن المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء إمكانياته المالية والفنية، فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، يجب أن لا يمس التعديل جوهر العقد كما وردة في الفقرة الأخيرة من المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي نصت انه لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهرياً¹، و تقدير ذلك أمر متروك للقاضي الإداري في حالة النزاع².

ثانياً- أن يكون التعديل لأسباب موضوعية

هناك عوامل تدفع الإدارة و هي تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية لضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه، إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمناً طويلاً في تنفيذها كعقد الأشغال أو عقد التوريد، فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي³، يلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام⁴.

1 - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ، في 21/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، سنة 2002، ص

52 تم إلغائه 36/10 ثم تعديله، و تم إلغائه 247/15.

2 - مُجَد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص75.

3 - خوخة توتي، جع سابق، مرص 46.

4 - عمار بوضياف، الصفقات العمومية بالجزائر، ط01، جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2007، ص147.

يحدث تغيير في ظروف المتعاقد تستدعي هذا التعديل، فالإدارة أبرمت العقد في سبيل المصلحة العامة، وهي يجب أن تراعيها، فإذا كانت ظروف لم تكن في حسابان هذه المصلحة العامة، فعندئذ فقط يمكن للإدارة أن تعدل في شروطه لينسجم مع الظروف الجديدة للمصلحة العامة .

إذا كان التعديل الانفرادي للعقد يستند على فكرة التغيير في ظروف المرفق التي يتصل به العقد، فإن ذلك لا يجب أن يصبح حجة سهلة، بل لا بد أن يكون هناك حاجة مستجدة. وهي الحالة التي يجوز فيها تدخل الإدارة انفراديا في تعديل العقد، وإن التعديل الانفرادي يجب استبعاده إذا كان راجعا إلى عوامل وجدت عند إبرامه، ويجب تطبيقه إذا كان مرده إلى عوامل أو ظروف مستجدة كلياً¹.

في القانون الجزائري لا بد أن لا يكون التعديل جوهريا لدرجة تغيير موضوع العقد و إنشاء صفقة جديدة تختلف عن الصفقة الأصلية التي تم التعاقد عليها وقد ذكر ذلك في المادة 103 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 بعدم جواز تأثير الملحق على توازن الصفقة.

ثالثا- احترام مبدأ المشروعية

إن التعديل الذي تدخله الإدارة على العقد الإداري يقتصر على الشروط التي تمس سير المرفق العام، و أن تكون السلطة صاحبة التعديل هي المختصة بإجرائه و وفقا للشكل والإجراءات القانونية، والقواعد التي تحكم موضوع التعديل، وأن تكون غايته تتعلق بالمصلحة العامة. فلا يجوز تعديل الشروط المتعلقة بالناحية المالية للمتعاقد بالإرادة المنفردة للإدارة، رغم صحة الاتفاق التام

1 - محمد مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري: دراسة مقارنة، 01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص135،

بين فقهاء القانون الإداري فمن حيث هذا الاتفاق فإنه توجد صعوبة في التمييز بين الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وتلك الشروط المرتبطة بالنواحي المالية للعقد¹.

على الإدارة أثناء أعمال سلطتها في التعديل، أن لا تتناول جميع شروط العقد، بل تقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام، ذلك أن قرارات التعديل شأنها شأن سائر أعمال الإدارة، يجب أن تصدر متفقة مع أحكام القانون في عناصرها وأركانها المختلفة²، ويكون ذلك بأن يصدر قرار من السلطة المختصة قانونا وفقا للإجراءات المقررة و أن تهدف لتحقيق الصالح العام، حيث للمتعاقد حق التمسك ببطان التعديل الذي يتم خلاف القواعد المقررة. وتلك نتيجة أخرى لعلاقة العقد بالمرفق العام، ومن ثم فإن الإدارة لا تملك تعديل شروط العقد الأخرى، ذات الصلة بالمرفق العام.

الفرع الثاني: قيود حق الإدارة في تعديل العقد الإداري

يكون قرار الإدارة المتعاقدة باطلا إذا تجاوزت قيود التعديل، فيحق للمتعاقد الإمتناع عن تنفيذ العقد وفقا لما جاء بقرار التعديل، العدالة تقضي بضرورة تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تكون لحقته في مركزه التعاقدية جراء ممارسة سلطة التعديل إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تعديل العقد الإداري، لأن ضرورات الحفاظ على المصلحة العامة في المرفق العام لا تبرر التضحية بمصلحة المتعاقد³، و ذلك لأنها هي أيضا مصلحة مشروعة، فينبغي إيجاد توازن من الناحية الحقوقية .

1 - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1985، المرجع السابق، ص 15.

2 - جهاد جودي، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012-2013، ص 46.

3- رياض عيسى، مرجع سابق، ص 22 .

إن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد جراء التعديل يراه الفقه أنه مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة، ويؤسسها البعض على فكرة المسؤولية بدون خطأ الإدارة، و على فكرة التوازن المالي للعقد.

ويشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة تتمثل في المصروفات الفعلية التي أنفقها على العقد وهذه تختلف حسب طبيعة التعديل و نتائجه. كذلك ما فات المتعاقد من كسب على اعتبار أن من حقه التعويض عن أرباحه المشروعة والتي لولاها لما أقدم على إبرام العقد مع الإدارة .

المبحث الثاني: سلطة توقيع جزاءات وإنهاء العقد

فإنهاء العقد يعتبر كسلطة يمكن استعمالها في أي وقت ودون الحاجة إلى توفر خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد، لهذا يتم التساؤل، مفاده ما مدى سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات وإنهاء العقد؟ ولهذا من أجل ضبط هذه السلطات، فإنه سوف نتعرض في هذا المبحث إلى سلطة توقيع الجزاءات في المطلب الأول و سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد في المطلب الثاني.

يمكن للمصلحة المتعاقدة إنهاء العقد الإداري بسلطتها الانفرادية، فكل عقد أو عمل قانوني له نهاية ينتهي بها. فالإدارة لها سلطة إنهاء الرابطة العقدية مع المتعامل المتعاقد ودون ارتكاب هذا الأخير أي خطأ يذكر. ومرد ذلك مقتضيات المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، فالإدارة هي التي تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري أو أنه غير متفق مع حاجات المرفق، وتقوم هذه السلطة على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مسيرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياته¹.

1 - قرانة عادل، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 84.

المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها

إذا أخل المتعاقد بالتزاماته، سواء تمثل هذا الإخلال في الإمتناع عن التنفيذ أو في التأخير فيه، أو في القيام به بصورة غير مرضية، فللإدارة حق توقيع جزاءات متعددة عليه، وهذا الحق مقرر ولو لم يرد النص عليه صراحة في العقد. وهكذا فهو الأثر المترتب على مخالفة أحكام القانون ويستهدف ضمان احترام المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية للضغط أو لمعاقبة المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، فتعتبر سلطة توقيع الجزاء امتياز استثنائي، ومن الشروط غير المألوفة التي تتمتع بها في تنفيذ العقود الإدارية¹، دون اللجوء للقضاء.

تملك الإدارة حق توقيع الجزاءات التعاقدية بقصد ضمان تنفيذ العقد، فإما أن تكون جزاءات مؤقتة ذات طابع مالي فهي عبارة عن التعويضات التي يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتسديدها، وغرامة التأخير ومصادرة التأمين، أو ذات طابع إكراهي حسب طبيعة العقد، وقد تكون جزاءات للضغط على المتعاقد معها، كما يمكن للإدارة المتعاقدة حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ.

الفرع الأول: تعريف الجزاءات الإدارية

للإدارة حق توقيع جزاءات تعاقدية مختلفة على المتعاقد معها، بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، بقصد ضمان تنفيذ العقد، وليس إنجائه على المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهي لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى العقد، وإنما إلى امتيازات السلطة العامة التي تملكها وهدفها لتحقيق المصلحة العامة. وتأخذ الجزاءات المحتمل توقيعها على المتعاقد مع الإدارة عدة صور وأشكال، منها خاصة: الجزاءات المالية ووسائل الضغط المختلفة، وأخطرها الفسخ الجزائي².

1 - مرجع سابق، ص 55.

2 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 75.

اختلفت آراء الفقهاء في إعطاء تعريف للجزاءات حيث عرفها البعض بأنها:

"الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض جزائي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء المتعاقد في تنفيذ إلتزماته".

و عرفها آخرون "الجزاءات الإدارية هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ إلتزماته التعاقدية".

أما بعض آخر يرى أن الجزاءات الإدارية عبارة عن "إجراء تهدف الإدارة من ورائه إلى حمل المتعاقد على تنفيذ التزماته وهذا من أجل سير المرفق العام بانتظام واضطراب"¹

توضح هذه التعاريف، أن الجزاءات الإدارية المفروضة على المتعاقد المخل بالتزماته، هي عبارة عن عقوبة تفرض وتعوض للإدارة، و إجراء يهدف إلى حمل المتعاقد على تنفيذ إلتزماته الموكلة إليه، لأن نظام الجزاءات في العقود الإدارية، لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين التزامات الطرفين فقط ، بل يتسم بطابع العقوبة كجزاء رادع، والهدف الأساس هو الوصول إلى تنفيذ الإلتزام الضروري لسير المرفق العام، من خلال تنفيذ العقود المتصلة به بدقة².

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية

التأخير أو الإهمال في التنفيذ قد يكون على درجة من الجسامه، بحيث أن الغرامة المتفق عليها في العقد غير كافية، لذلك فللإدارة الحق في أن تفرض على المتعاقد جزاء وفق القواعد العامة دون أن تكون مقيدة بهذا الجزاء العقدي³.

1 - رشا محمد جعفر القاسمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المتعاقدة معها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 39.

2- جهاد جودي، مرجع سابق، ص 61.

3 - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة 1975، ص 89.

وكان المبدأ السائد في الفقه والقضاء الفرنسي، أن الجزاءات التي يجوز توقيعها على المتعاقد هي تلك التي ينص عليها في العقد، أما في حالة خلو العقد من النص على جزاءات، فلم يكن من الجائز قانوناً، أن تستعمل من عندها سلطة توقيع جزاء والقضاء في الوقت نفسه، لا يجوز له أن يفترض وجود تلك السلطة بيد الإدارة و لم يكن أمام الإدارة إلا طريقاً واحداً وهو إلغاء، وكانت نتائج ذلك عدم رغبة الإدارة في هذا الحل المتطرف أو أنها لا تسلك هذا السبيل وتغض النظر عن المخالفات غير الجسيمة¹، لذلك عدل الفقه والقضاء عن ذلك وظهر نوع آخر من الجزاءات غير العقابية، التي تملك الإدارة إيقاعها على المتعاقد، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير بتاريخ 03 ماي 1907 في قضية² (Deplanque).

إن نظام الجزاءات في العقود الإدارية، لا تستهدف فقط إعادة التوازن بين إلتزامات الطرفين فقط، كما لا يتسع بطابع لعقوبات كجزاء رادع، و إنما الهدف الأساسي منه هو الوصول إلى تنفيذ الإلتزام الضروري لسير المرفق العام، من خلال تنفيذ العقود الإدارية المتصلة به بدقة.

يمكن أن تلجأ لأنواع من الجزاءات وهذه تختلف بطبيعتها عن طبيعة تلك التي توقع على المتعاقد معها كما إن القاضي يملك سلطات تضيق وتتسع في مجال فرض الجزاءات على الإدارة المقصورة³.

أولاً- الجزاءات المالية

وهي عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أحل بالتزاماته التعاقدية، وعليه تمنح الإدارة صلاحية فرض عقوبات مالية كحق المتعاقد معها بغية ضمان تنفيذ عقودها الإدارية وفق الشروط و المواعيد المتضمنة في العقد¹.

1 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 111-114.

2 - رشا محمد جعفر القاسمي، مرجع سابق، ص 23.

3 - عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 159.

فقد تكون الجزاءات المالية مرتبطة بحصول ضرر لحق الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد، وقد تكون نوع من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه²، أو قد تعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه³.

تشمل الجزاءات المالية على أنواع عديدة، منها الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض عن الأضرار، و يرى البعض إلى أن النوع الأخير، لا تعد من الجزاءات الإدارية، لأنها لا تخرج عن كونها تطبيق لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص⁴.

ونجد سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية أساسها القانوني في نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعمول به سابقاً⁵، والتي نصت على ما يلي: " يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

1- الغرامات : هي مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدماً و تنص على توقيعها متى أحل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، هذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري⁶.

1 - علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، ص 200.

2 - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ونظرية العمل الإداري، دار الكتاب الحديث، مصر، 1993، ص

3 - حسين درويش، النظرية العامة للعقود الإدارية، ج2، القاهرة 1958، ص 30.

4 - خالد خليل الطاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 1997، ص 262.

5 - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 10-236، المعدل و المتمم، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58.

6 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005، مرجع سابق، ص 490.

وحالات التأخير قد لا تعود دائما وحتما إلى خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة، إذ قد يكون التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، لذلك فإن العدل يقضي بأن تسمح للمتعاقد أن يثبت بأن سبب التأخير ليس من فعله، بل عن فعل قوة قاهرة خارجة عن إرادته، أو أن الإدارة هي و حدها قد سببت كل مدة التأخير، فعندئذ يبرأ المتعاقد من كل مسؤولية عن هذا التأخير، أما لو كان سبب التأخير راجعا إلى الطرفين (الإدارة والمتعاقد) فهنا يخصم من مدة التأخير المحتسبة مقدار ما تسببت فيه الإدارة .

وهكذا فإنّ الغرامة تأخذ في الواقع صورتين¹:

-الصورة الأولى هي الغرامة التأخيرية التي يمكن للإدارة أو المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى توقيع غرامات على المتعاقد معها جزاءً عن تأخره في إنجاز وتنفيذ العقد في أجله وموعده المحدد، وفي ذلك ضمان لحسن إدارة المرافق العامة واستمراريتها في تلبية الاحتياجات العامة للجمهور.

-وغرامة التأخير هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء إخلاله بالوفاء بالتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة².

ويطلق على هذه المبالغ تسمية الغرامات التأخيرية لأن الإدارة تلجأ إليها كجزء للتأخير ويرجع أساس فرضها إلى أن الإدارة هي التي تحدد مواعيد خاصة لتنفيذ العقد وبناء على ذلك

1 - المادة 78 من المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2002/07/21 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، سنة 2002، العدد 52..

2 - عبد العزيز عبد المنعم ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 265.

تقدر حاجة المرفق إلى هذه المواعيد ولذا تلجأ إلى فرضها على المتعاقد معها لحثه على تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد¹.

فبخصوص الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية فهي منصوص عليها في العقد الإداري، أي إنها ذات طبيعة عقدية، كجزاء عقدي وتعويض اتفاقي في آن واحد تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لما التزم به في العقد². فتوقيع الغرامة متروك لتقدير جهة الإدارة التي تمارسها بناء على امتياز التنفيذ المباشر³.

ومن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزماني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد، خاصة وإن هذه المدة هي من إقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة و تعهد بإحترام المدة المتفق عليها⁴.

حيث عند عدم التزام المتعاقد مع الإدارة بالتزامات التنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد فلا بد أن يخضع لجزاء، وهذا ما تسلطه الإدارة دون الحاجة إلى القضاء.

حيث أن سلطة الإدارة في التنازل عن توقيع الجزاء بنفسها باللجوء إلى القضاء هو حق مقرر لها دون نزاع تلجأ إليه كي تتجنب تقرير مسؤوليتها فيما بعد لأن القضاء هو الذي يقرر الجزاء، وهذا ما يؤكد جانب من الفقه الذي يذهب إلى "إن الإدارة إذا كان لها أن توقع الجزاء بنفسها، فأنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق

1 - محمود خليل خضر، اغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1991، ص 48.

2 - رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص 44.

3 - زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 59.

4 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 212.

الأحوط فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية¹.

فالغرامة التأخيرية تتميز بأنها اتفاقية لأنها تحدد مقدماً في العقد، أما إذا لم ينص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد، ويجوز لها توقيع أي من الجزاءات المالية أو الإدارية الأخرى ولذلك فهي تشبه من هذه الناحية بالعربون و لكنها مع ذلك ثمة فروق جوهرية بينها وتتجسد هذه الفوارق بالدرجة الأساس في جهة فرض كل منهما والأساس الذي يقومان عليه و النتيجة التي يؤولان إليها، فالعربون يستخدم لغرض جعل الإلتزام باتاً لهذا فهو كجزاء للعدول لا يرتبط بالضرر فلذلك لا يجوز تخفيضه أما الغرامة فهي تعويض عن الضرر لذلك يجوز تخفيضها بحيث تتوازى مع الضرر².

فالإدارة تتمتع بهذا الحق ولو لم ينص عليه في العقد لأن إقدام الأفراد على التعاقد مع الجهات الإدارية لا يلغي المصدر الإتفاقي للغرامات التأخيرية حتى مع علمهم بأن الأنظمة الإدارية أو الشروط العامة التي يخضع لها يسمح للإدارة بفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد إذ تأخر عن تنفيذ التزاماته وذلك لأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون ضمناً إذ كان المظهر الذي اتخذته ذاته موضوعاً لكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن أن يفسر من دون أن يفترض وجود هذه الإرادة³.

1 - سليمان مجد الطماوي، مرجع سابق، ص 455.

2 - رشا مجد جعفر القاسمي، مرجع سابق، ص 46-47.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، الجزء الأول، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 189.

وتطبق غرامة التأخير بمقتضى قرار إداري يصدر من الجهة الإدارية دون الإلتجاء إلى القضاء للأمر بتوقيعه، لذا يجب أن يقوم القرار الإداري الصادر بخصوص توقيع غرامة التأخير على خمسة أركان هي : ركن السبب والشكل و الإختصاص و المحل و الغاية¹.

في فرنسا نجد القانون الفرنسي يلزم الإدارة بإعذار المتعاقد و لا تسري إلا من يوم الإعذار بها وفي حالة فرض الغرامة التي يتم إيقاعها دون إتخاذ هذا الإجراء فتكون غير صحيحة ولا يمكن التسليم بها وهذه القاعدة ليست مطلقة والقاضي عموما يملك سلطة تقديرية بهذا الخصوص².

وتأسيسا على ما تقدم نرى إن لجوء الإدارة إلى هذا الطريق أفضل من توقيع الجزاء بنفسها لما فيه من ضمانات بالنسبة إلى المتعاقد مع الإدارة، إلا فيما يخص الجزاءات السريعة مثل الجزاءات الضاغطة³.

- أما الصورة الثانية فهي الغرامات الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي يمكن أن توقع على المتعاقد في حالة التنفيذ غير المطابق لأحكام وبنود الصفقة، من حيث عدم الالتزام بتنفيذ الصفقة طبقا للمواصفات المتفق عليها، مثل الإخلال ببعض الجوانب الفنية والكمية في الأشغال العامة تتعلق بشق طريق أو بناء سد.

-2- التعويض: هو عبارة عن مبالغ يدفعها المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية للإدارة، لتعويض وتغطية الضرر الحقيقي الذي لحق وأصاب الإدارة المتعاقدة من جراء هذا الخطأ والإخلال الذي ارتكبه المتعاقد معها⁴.

1 - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 52.

2 - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 174-175.

3 - رشا مُجَّد جعفر القاسمي، المرجع نفسه، ص 32.

4 - عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص 271.

فالنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات، و المبالغ المالية التي يتفق على أن يدفعها المتعاقد، في حالة إخلاله بالتزاماته عن الأضرار التي أحدثها ذلك الإخلال¹، في مجال العقود الإدارية تتميز في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة و هي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيل قيمته، وهذه الإمتيازات تبرز الطبيعة الخاصة لهذا الجزاء بصفته جزاء إداريا².

التعويض بعكس الغرامة المالية، لا يحكم القاضي به، إلا إذا أثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص، كما أن التعويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذي تتحمله الإدارة، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكن من الطرفين وفقا للقواعد المدنية أيضا³. فيجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفاء المتعاقد من التعويض أو تخفيضه متى رأى ذلك مناسبا، كما يجوز للمتعاقد أن يطعن بالتعويض أمام القضاء.

فالقاعدة المسلم بها بأن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أو بالتزام فرضه القانون سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض لذلك فإن التسليم بأن الجزاءات الإدارية المفروضة من قبل الإدارة هو جبر للأضرار التي لحقت بالإدارة يقودنا إلى أن الجزاءات الإدارية في هذه الحالة ليست تعويضا ذو طابع مالي فقط وإنما قد يتخذ صورا متعددة نتيجة للصور والأنواع المختلفة التي تتخذها الجزاءات الإدارية والتي قد تكون ذات طبيعة مالية مثل الغرامات والتعويض والمصادرة أو تكون ضاغطة مثل سحب العمل أو الشراء على حساب المتعاقد أو قد تكون فاسخة تؤدي إلى نهاية العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد وبهذا الصدد يذهب الدكتور محمد فؤاد مهنا بالقول إلى أن فكرة التعويض عن جبر الضرر نتيجة خطأ المتعاقد تأتي في (المرتبة الثانية)

1 - عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، باتنة، عدد 10، جانفي 2014، ص 97.

2 - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه-القضاء-التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 38.

3 - إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون 1998/89، الطبعة 02، النهضة العربية، 2003، ص 74.

إذ أن الهدف الأساسي من فرض هذا الجزاء هو لإجبار المتعاقد على التنفيذ لأن ضمان سير المرفق أهم بلا شك بالنسبة للمصلحة العامة من تعويض الضرر¹.

لم يشر التنظيم القانوني للصفقات العمومية بالجزائر بطريقة مباشرة وصريحة إلى التعويض كجزء مالي يطبق على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله أو تقصيره في أداء التزاماته التعاقدية، إلا أنه يمكن إدراجه في إطار ما أسماه التنظيم بالعقوبات المالية التي أفاد أنه² يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به³.

كما أن التعويض يعد ذا طابع قضائي إذ لا تستحقه الإدارة إلا بصدور حكم من القضاء المختص، بينما الغرامة التأخيرية تفرضها الإدارة على المتعاقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء⁴.

3- مصادرة الضمان " كفالة الضمان " في حال إخلال المتعاقد مع الإدارة أو تقصيره في أداء إلتزامه التعاقدية يلتزم عليه تقديم التأمين أو مبلغ الضمان الذي يعد بمثابة شرط جزائي لصالح الإدارة .

التأمين هو مبلغ من المال تحدده الإدارة عند إبرام العقد، يودعه المتعاقد لصالحها، كضمان لها ضد الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، فتستحوذ الإدارة

1 - محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الناشر مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة طبع، ص 766.

2 - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005 ص 121.

3 - المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل و المتمم، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58.

4 - محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، 1977، ص 96-97.

المتعاقدة على هذا الضمان بحكم سلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي، ودون حاجة إلى إثبات الضرر الذي لحق بها والذي يبرر هذه العقوبة¹، وقد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعاملين المتعاقدين الذين يشاركون في الصفقات العمومية للأشغال واللوازم تقديم كفالة تعهد تفوق 1 % من مبلغ العرض.

غالباً ما تنص العقود الإدارية على الجزء المالي الذي هو مصادرة التأمينات، وهي مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء العقد الإداري ويضمن لها ملائمتها لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، فهي حماية وضمادة هامة للمصلحة المتعاقدة لمواجهة تقصير المتعامل المتعاقد في أداء المهام المسندة له أو الإخلال بها².

يقصد بالضمان الذي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة القيام بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد والمواعيد المحددة، فإذا كان هناك تقصير وجب على المصلحة المتعاقدة حق مصادرة هذا الضمان أو الكفالة، حتى ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط أو في العقد ما دام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي للصفقة³.

ثانياً- الجزاءات غير المالية (الضاغطة)

هي جزاءات مؤقتة و تقوم على إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد بصورة صحيحة وفق الشروط والمواصفات وبالتالي فإنها لا تنهي العقد، وهذا عن طريق حلول

1 - Aiad Shwekat, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen (Etude comparative), Thèse du doctorat en Droit public, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE (UT1 Capitole), 2016, p 158.

2 - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 124.

3 - عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011، ص 151.

الإدارة محل الالتزام المقصر أو بإخلال غيرها محله، وذلك لأن أول ما يعنى للإدارة في هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد، ومن ثم فإن وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية السالفة التي يستلزمها سير المرفق العام بانتظام واستمرار¹، فعتبر الجزاءات الضاغطة أشد ثقلاً على المتعاقد من الجزاءات المالية، فهي مظهر من مظاهر سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر.

ومن أهم مظاهرها سحب العمل في عقد المقاولات أو الأشغال العامة، وحلول الإدارة محل المتعاقد، ووضع المشرع تحت الحراسة في عقد الإلتزام المرفق العام والشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد².

فهي تقوم بالضغط على المتعاقد المقصر أو المهمل في أداء إلتزاماته كاملة ومن أبرزها التنفيذ على حساب المتعاقد الذي هو "جزء من الجزاءات التي تملك الإدارة ممارستها، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك"³.

والفقه الفرنسي أيضاً يأخذ بالجزاءات الضاغطة⁴، والمسلم به أن التجاء الإدارة إلى وسائل الضغط السابقة لا يكون إلا لخطأ جسيم، ويقع فيه المتعاقد، وأن الإدارة تستعمل سلطتها تحت رقابة القضاء، الذي يملك سلطات واسعة في هذا الصدد، تتناول جوانب المشروعية والملاءمة معا.

1 - سليمان مجد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 506.

2 مجد فؤاد مهنان، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإلتجاهات الحديثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975، ص 813.

3 - مجد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2005، ص 334.

4 - Andrée Coudeville, précis de droit public, ellipses éd, marketing, 2005, p295 « l'administration peut aussi prononcer des sanctions coercitives de durée provisoire, pour assurer, en cas de défaillance ou de carence du cocontractant la continuité du service public »

ثالثا - الجزاءات الفاسخة

تتسم بصفة تميزها عن بقية الجزاءات الأخرى وهي أنها تنهي العقد و يعتبر الفسخ من أخطر الجزاءات الموقعة ويتم على جميع أنواع العقود الإدارية¹، وبالرغم من أن قرار الفسخ هو حق للمصلحة المتعاقدة، إلا أنه يبقى دائما قرارا استثنائيا، نظرا للنتائج التي تترتب عليه في مواجهة الطرف المتعاقد معها².

سلطة الفسخ تبقى إحدى مظاهر و امتيازات السلطة العامة المميزة للعقود الإدارية عن العقود المدنية، هذه الأخيرة التي تتطلب اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد³، فيرى بعض الفقهاء أن الفسخ الجزائي للعقد من النظام العام، ومنه لا يشترط على النص عليه في العقد، ولا يتفق على أن يستبعد فلإدارة حق فسخ العقد بنفسها دون اللجوء إلى القاضي ودون تدوين هذا الحق في الشروط التي ينص عليها العقد، كما يمكن للإدارة أن تلجأ للقاضي بطلب الحكم له بفسخ العقد بدلا من أن تقرره بنفسها، و لا يحول دون الفسخ الجزائي ما سبق أن وقعته الإدارة من جزاءات على المتعاقد⁴ غير أن سلطة فسخ العقد، وبالنظر لخطورتها وآثارها فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذارها المعني بالأمر⁵.

حيث أشار المشرع الجزائري إلى سلطة الفسخ في المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث خول الحق في فسخ العقد الإداري للمصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، خروجاً عن

1- نصر الشريف عبد الحميد قاضي، النظام القانوني للعقود الإدارية، (مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء)، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، الدفعة الثانية عشرة، ص 29.

2 - Jacques Eygasier, Charles Pareydt, Exécution des marchés publics de travaux, Edition Lamy, France 2010, p 263.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 288.

4 - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، توزيع دار الكتب الحديث، 1990، ص (123-124)

5 - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 176.

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون الخاص، يكون الخطأ على درجة من الجسامة من المتعاقد، وللإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد حالات الفسخ تحديدا دقيقا.

يعتبر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن اخلايا بالزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا، وبالتالي فإن من حق الإدارة الإلتجاء إلى الفسخ في هذه الحالة و مع المطالبة بالتعويضات عند اللزوم¹.

ويتبع الفسخ الجزائي بإعذار، بمنحه فترة معقولة تسمح بأداء التزاماته ليتدارك تقصيره، يكون واضحا و مستوفيا للشكليات و البيانات التي يجب أن يتضمنها، غير أنه لا ضرورة للإعذار في حالة ما إذا كان للفسخ أثرا عن إجراء ضاغط سبق إعذار المتعاقد به ومن أجل ذات الأخطاء².

يعد الإعذار فرصة ثانية للمتعاقد لتدارك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية، وفي حالة عدم امتثاله يمكن للإدارة فسخ العقد وإبرام عقد جديد مع غيره، مع تحميل المتعاقد الأول المقصر، جميع التكاليف الإضافية الناجمة عن العقد الجديد طبقا للمادة 152 من المرسوم رقم 247-15.

فقد نص المشرع الجزائري بخصوص الإعذار في المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 والتي أفادت في فقرتها الأولى والثانية على أن "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد".

وقد نصت المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 على أنه إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإن لم يتدارك

1 - سليمان مجد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 432.

2 - عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، توزيع دار الفكر العربي، 1988، ص 92.

المتعاقد تقصيره في الآجل الذي حدده الإعدار، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد¹.

إلا أن قاعدة وجوب إعدار المتعاقد في العقود الإدارية ترد عليها بعض الإستثناءات ومنها إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بإعفاء الإدارة من الأعذار كما أن الإعدار يسقط².

إذا ما صدر قرار الفسخ من المصلحة المتعاقدة وتم إبلاغه للمتعامل المتعاقد تترتب عنها إنهاء العقد وانفصام الرابطة العقدية بين طرفيه، و الفسخ يشمل العقد كله فلا يجوز فسخ جزئي إذ لا يجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد، بأن تفسخ حتى "في حالة خطأ المتعاقد الجزء المربح وتبقى على الجزء الخاسر، كما يشمل الفسخ بالنسبة لعقد التوريد جميع الالتزامات الباقية دون تنفيذ³، نجد الإدارة المتعاقدة في حالة الفسخ تطالب المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة خطأه الجسيم وكذلك عن النفقات التي أنفقتها جراء هذا الخطأ⁴.

فالخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية او القانونية⁵ "ولأجل هذا يجري مجلس الدولة الفرنسي على أن ينعت الخطأ المبرر لجزء الإسقاط بنوع مميّزة ومن ذلك قوله "أن الخطأ على درجة خاصة من الجسامة أو أن هذا الملتزم قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الإلتزام"⁶.

1 - المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

2 - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 174.

3 - بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 135.

4 - قرانة عادل، مرجع سابق، ص 75 .

5 - ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 362.

6 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 495.

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري

باعتبار العقود عامة والإدارية خاصة تصرفات قانونية، تنتج عن اتحاد إرادتين على الأقل، فإن العقد يبين الالتزامات التي تقع على كاهل كل طرف، كما يوضح الحقوق التي تترتب على كاهل كل طرف، وكأي تصرف قانوني لا بد وأن تكون للعقد نهاية، ينقضي بها العقد وتنتهي به حياته في الساحة القانونية. فزواله قد يتحقق بتدخل من السلطات العامة بإنهاء العقد أو دون تدخل منها وهو ما يعرف بانتهاء العقد، فالإدارة تتمتع بامتياز مهم في عقودها الإدارية وهو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل إتمامه نهائياً، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد¹، فلها سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام و ليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، ولا تنتهي العقود نهاية موحدة، وإنما تتنوع نهايات العقود الإدارية.

تنتهي العقود الإدارية كسائر العقود نهاية طبيعية في حالتين: إما بالتنفيذ الكامل لما تترتب عنه من التزامات، بتحقيق كل الشروط المنصوص عليها في بنود العقد²، وإما لانتهاء الأجل المحدد لسريانها³، إن كان عقداً محدد المدة. كما ينتهي العقد بناء على اتفاق رضائي يوقع بين المتعاقدين يقضي بفسخ العقد وإنهاءه قبل تمامه أو بفعل قوة قاهرة تجعل من تنفيذه أمراً مستحيلاً. فإنقضاء العقد في هاتين الحالتين، إنما هو انقضاء ذاتي تلقائي يقع دون تدخل من أي شخص أو هيئة خارج العقد.

تحدث النهاية الطبيعية بقيام المتعاقد بتنفيذ إلتزامه في الوقت المحدد وبشكل كامل، إذا العقود الإدارية تنتهي مثل بقية العقود، بتحقيق الغرض الذي عقدت من أجله، أي تنفيذ الإلتزامات

1 - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم والنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص 122.

2- محمد رفعت عبد الوهاب، د محمد عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، القانون الإداري، دار المطبوعات دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص 725.

3 - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1997، ص

التعاقدية، (تسليم المشروع)¹، لكن علينا التمييز بين التسليم المؤقت أين يبقى فيه المتعاقد ملتزما ببعض الواجبات لفترة محددة، للتأكد من تنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها، والتسليم النهائي أين يتحرر فيه المتعاقد من جميع الإلتزامات². وإما لإنهاء الأجل المحدد لسريانها.

أما النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية فيها ينتهي العقد قبل المدة المحددة بإتفاق الطرفين (المتعاقد وجهة الإدارة) ويحصل المتعاقد على حقوقه وفقا ما يقتضي به الإتفاق أو يقضي أي أن يصدر حكم قضائي بإنهاء التعاقد لأي سبب على الوجه الذي سبق توضيحه.

إذ كثيرا ما ينقضي العقد أو ينتهي قبل تنفيذ أغراضه أو تحقيق أهدافه. وقد ينتهي قبل إتمام مدته إن كان للعقد مدة محددة .

هنا لا تكون النهاية طبيعية، لقد وقعت قبل إتمام العقد لأهدافه، أو قبل وصول العقد لنهاية مدته. ويطلق بعض الفقه على مثل هذه النهاية تسمية النهاية المبسترة، إشارة إلى وقوعها قبل بلوغ العقد أهدافه أو أجله. وبديهي أن لا تكون هذه النهاية طبيعية، أو أن تكون تلقائية، إذ يلزم- في الغالب الأعم- تدخل عامل أو شخص أو هيئة _ لإحداث هذه النهاية.

قد لا ينتهي العقد الإداري نهاية طبيعية بالتنفيذ أو بانقضاء مدته، بل قد ينتهي نهاية غير طبيعية وقبل أوانه³، فيمكن القول بأن أكثر حالات الإنقضاء المبستر للعقود الإدارية تتمثل في الفسخ القضائي، والفسخ بإرادة الإدارة منفردة، والفسخ التلقائي، ثم الفسخ بقوة القانون .

الفرع الأول: ماهية سلطة الإنهاء

تملك الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بقرار منها، ومرد ذلك اعتبارات المصلحة العامة، حيث تستطيع الإدارة أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري قبل انتهاء مدته، أي أنه لا يكون

1 - لباد ناصر، مرجع سابق، ص 300.

2 - بعلی محمد الصغير، مرجع سابق، ص 101-102 .

3 - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 277.

هناك خطأ من جانب المتعاقد وتدفع الإدارة تعويضا له¹، إذ رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري أو أنه غير متفق مع حاجاته⁽²⁾. وهذا ما يميز سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة عن الفسخ في العقد الإداري كجزاء، فكلاهما يعتبر من أسباب انقضاء العقد الإداري وزواله، ولكن في الفسخ تلجأ إليه الإدارة كجزاء توقعه على المتعاقد معها في حالة ارتكابه خطأ جسيما، في حين إنهاء العقد الإداري لا يعتبر من الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها وكلما استدعت المصلحة العامة وذلك إعمالا لمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة .

وتمارس الإدارة سلطة الإنهاء دون النص عليها في العقد وحتى دون إعدار سابق للمتعاقد، وبالتالي تستطيع الإدارة استعمال هذه السلطة حتى في غياب نصوص أو بنود خاصة في العقد. وفي حالة إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة نكون أمام أحد الامتيازات الهامة التي تمنحها الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية للإدارة المتعاقدة⁽³⁾، وفي الوقت نفسه أخطر السلطات المخولة لها في مواجهة المتعاقد معها، إلا أن للأخير اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ومافاته من كسب من جراء إنهاء العقد بهذه الطريقة⁴. لذلك ليس له الاعتراض على سلطة الإدارة في إنهاء التعاقد معه بهذه الطريقة طالما أن حقه في التعويض عما أصابه من ضرر بسبب إنهاء العقد مضمون و بالقدر المناسب⁵.

1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. عرب محمد صصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2009، ص 384.

2 - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، ص 235 وما بعدها.

3 - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص 383.

4 - ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير، الموصل، 2009، ص 448.

5 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري بتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 131 وما بعدها.

الفرع الثاني: إنهاء العقد في حالة خطأ المتعاقد أو عدم خطئه

يعرف الإنهاء الإداري بأنه قيام الإدارة بوضع نهاية للعلاقة التعاقدية القائمة بينها و بين المتعاقد معها قبل انقضاء الأجل المحدد للتنفيذ وأساس هذا الإنهاء يكون لاعتبارات المصلحة العامة لذلك نجد أن الإدارة تقوم بهذا الإجراء سواء في حالة عدم خطأ المتعاقد أو في حالة خطئه بشرط أن يكون الخطأ جسيماً.

في حال لم يصدر من المتعاقد مع الإدارة أي خطأ يكون إنهاء العلاقة التعاقدية للإعتبارات التالية:

-إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك حيث يجب قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة الإنهاء، وذلك كأن يكون العمل المطلوب تنفيذه غير ذي فائدة للإدارة والنفع العام أو أن الإدارة قد تتحمل ضرراً كبيراً من الناحية الاقتصادية والفنية إذ أنجز العمل¹.

-أن يكون قرار الإنهاء مشروعاً ويقصد بمشروعية القرار الإداري أن لا يتعارض مضمون القرار مع التشريع الجاري به العمل داخل الدولة سواء أكان تشريعاً أساسياً (الدستور) أو تشريعاً عادياً (القانون) أو تشريعاً فرعياً (كالمراسيم بنوعيتها والقرارات) ذلك أن الأصل في القرار مضموناً يتعارض مع التشريع الساري المفعول داخل الدولة².

لذلك كان يجب أن يستوفي القرار أركانه الشكلية و الموضوعية ليكون قراراً مشروعاً، وبالتالي صحة قرار الإنهاء تتضمن صحة وشرعية القرار الذي تصدره الإدارة بهذا الصدد. فالمصلحة العامة من الضروري مراعاتها في كل إجراء تتخذه الإدارة العامة، وتأخذ المصلحة العامة مفهوم واسع

1 - يونس حشاني، سلطة إنهاء العقد الإداري، (مذكرة لنيل شهادة الماستر)، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2011، ص 135.

2 - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 196.

و مرن لذلك تكون للإدارة السلطة التقديرية في تقدير هاته السلطة، و إذا وقع المتعاقد في أي خطأ بإمكانه التأثير على خزينة الدولة واقتصادها لذلك تكون الإدارة حريصة على عدم حدوث ما يؤثر عليها خاصة إن كان هذا الخطأ صدر من المتعاقد وكان جسيما.

الخطأ الجسيم يمثل كل إخلال صادر من المتعاقد مع الإدارة بالتزام تعاقدية أو قانوني جوهري، حيث أنه يؤثر تأثيرا فادحا على استمرار العقد باستقرار المراكز القانونية. وبالنظر لهذه السلطة وخطورتها وآثارها، على الإدارة أن لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ العقد وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعدارا ينشر في الصحف لتتذر به الطرف المخل وبعدها تمارس الإجراءات اللازمة في هذه الحالة .

و توجيه الإنذار للمتعاقد يعني ضرورة منح المتعاقد مهلة أو فترة معقولة تسمح له بتنفيذ التزاماته، ولا تعفى الإدارة من ضرورة الإعدار إلا في حالة وجود نص صريح في العقد أو في دفاتر الشروط . لذلك يمكن القول بأن الإعدار يمثل قيد أو ضابط يرد على حرية الإدارة ويقيد سلطتها أثناء ممارستها لسلطة الإنهاء¹. ونظرا لأهمية هذا الإجراء نجد أن المشرع الجزائري جاء بالجديد وحدد شكل الإعدار والبيانات الواجب إدراجها ضمنه و كذلك آجال نشر في شكل إعلان قانوني.

وبالرجوع إلى الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 2011 نجدها قد تضمنت القرار الموعود به وصدر بتاريخ 28 مارس 2011، حيث نصت المادة 02 منه أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدارين للمتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة.

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 217.

الفصل الثاني

أوجه الشروط الإستثنائية

في العقد الإداري

الفصل الثاني: أوجه الشروط الإستثنائية في العقد الإداري

تتمتع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة، مما يخولها ممارسة سلطات وحقوق متعددة تهدف إلى حسن سير تنفيذ العقد الإداري وفقا لبنوده وفي آجاله ، تحقيقا للمصلحة العامة و قد تكون مصالح الطرفين في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلوه الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفقا مع الصالح العام، وللإدارة حق تعديل العقد الإداري على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة لهذا التعديل وبشرط ألا يصل إلى حد فسخ العقد كلية، كذلك للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، ونتيجة لإبرام العقد الإداري تترتب عنه مجموعة من الآثار على كل طرف فيه، بحيث تنشأ حقوقا للمتعاقد مع الإدارة.

كما يترتب عند إبرام العقد الإداري وتنفيذه وفقا للشروط المتفق عليها آثارا بالنسبة للمتعاقد المتعاقد أقر بها القانون، و أضفى عليها حماية قانونية للحفاظ على حقوقه باعتباره طرفا ضعيفا في العقد الإداري، ونظرا لطبيعة العقود الإدارية والأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها فإن الامتيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير مما يتمتع به المتعاقد معها، ومن بين هذه الامتيازات سلطة الرقابة والتوجيه، سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، سلطة فسخ العقد من جانب واحد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وبناء على ما تقدم سيتم التطرق للقواعد المتعلقة بحقوق الأطراف وتنفيذ العقد (المبحث الأول)، ثم منازعات الصفقات العمومية و طرق تسويتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة

يتمتع المتعاقد مع الإدارة بحقوق و يتحمل التزامات و مسؤوليات و تتلخص هذه الأخيرة في تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق للشروط المحددة في العقد و النصوص القانونية، كما يتعين عليه القيام بالمسؤوليات الملقاة على كاهله بعناية كبيرة بما يتفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود علاوة على احترام الأجل المحدد للوفاء بالمهام المنوط إليه¹ غير ان الإدارة تلتزم هي الأخرى بأن لا تعوق تنفيذ العقد أو تضع العراقيل في سبيله فالعقد في مواجهة الإدارة هو التزامات عقدية اخصها ان تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل و من المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازها، فإذا لم تقم بهذا الإلتزام فان هذا يكون فان هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول للطرف الاخر الحق في أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها أو من جراء تأخرها في القيام به².

المتعامل المتعاقد يسعى من وراء تعاقدته إلى تحقيق الربح، فعندما ينفذ إلتزاماته المتعلقة بموضوع العقد من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون، وإذا أصابه ضرر جراء عمل قامت به الإدارة جاز له بمطالبة التعويض³.

إقتضاء المقابل المالي يحق أيضا الحصول على التعويض ، وذلك طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض ولا يأتي له ذلك إلا بأعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة⁴. لسير المرافق العامة بانتظام وإطراد، فإن العقد الإداري ذاته يعترف بمجموعة من الحقوق للمتعامل

1 - راجي أحسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2013، ص 83.

2 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 143.

3 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 220.

4 - عباد صوفية، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011، ص 47.

المتعاقد، نظير ما قام بتنفيذه من التزامات، و هي ذات طبيعة مالية، فمن حقه الحصول على المقابل المالي واقتضاء بعض التعويضات (المطلب الأول)، للحفاظ على التوازن المالي للعقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحق في المقابل المالي والتعويض

يتمتع المتعاقد مع الإدارة بحقوق تقابل سلطات الإدارة الخطيرة التي سبق ذكرها، وهي حقوق اعترف بها الفقه والقضاء الإداريين بهدف تمكينه من الاستمرار بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، وحتى يستطيع المرفق العام بالتالي الاستمرار في أداء خدماته. فإن العقد الإداري ذاته يعترف بمجموعة من الحقوق للمتعاقد نظير ما قام بتنفيذه من التزامات وهي ذات طبيعة مالية، وتشمل حقوق المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾: الحصول على المقابل المالي و التعويضات اللازمة في بعض الحالات لحفظ التوازن الإقتصادي والمالي للعقد لمواجهة الظروف الغير المتوقعة وقت التعاقد التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا له و هذا بالكيفية المحددة قانونا كما يعترف الفقه والقضاء بضمان التوازن المالي لعقد للإستمرار في تنفيذ الإلتزمات إذا طرأت ظروف مفاجئة أثناء تنفيذ العقد.

العقد الإداري ليس عقدا محققا للمساواة، بيد أن هذا لا يعني أن الإدارة غير مرتبطة بعقد، وأنه ليس لهذا قوة إلزامية تجاهها، فليست السلطة بالنسبة للإدارة مرادفة للقدرة أو للرخصة، بأن تنهرب من التزاماتها التي رضيت بها بكل حرية، ويكون تنكرها لالتزاماتها التعاقدية عرضة لأن تنال جزاء من قبل القضاء كانتهاكات للعقد وترتب مسؤوليتها عن ذلك².

1 - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 365.

2 - خالد خليل الطاهر، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، ط01، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 1997، ص 269.

تأخذ حقوق المتعامل المتعاقد في مجملها طبعة واحدة هي الطبعة المالية وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها وحالاتها بين حق وآخر¹، و تصنف حقوق المتعامل المتعاقد إلى :

حق الحصول على المقابل المالي، حق اقتضاء بعض التعويضات، حق ضمان التوازن المالي للعقد ووجوب احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية وفيما يلي وبشيء من التفصيل نتناول في المرحلة الأولى الحصول على المقابل المالي و حق اقتضاء بعض التعويضات (الفرع الأول)، ثم في مرحلة ثانية حق ضمان التوازن المالي للعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق المتعاقد في المقابل المالي

من أهم التزامات الإدارة المتعاقدة و كذلك من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة المقابل المالي، لأن الهدف من التعاقد هو الحصول على الربح، و الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد هو الحق الأول والأساسي للمتعامل المتعاقد مع الإدارة و يتخذ هذا المقابل المالي صوراً متعددة و هذا بحسب موضوع العقد، فقد يكون مرتباً شهرياً كما هو الحال في عقد التوظيف في مجال الوظيفة العمومية، و قد يكون ثمناً للسلع و البضائع كما هو الحال في عقود التوريد، و ثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية، أو رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقد امتياز المرفق العمومي، كما يمكن أن يكون هذا الدفع دفعة واحدة، كما يمكن أن يكون وفق نظام الأقساط التي يدفع كل منها بعد إنجاز مرحلة من العمل المطلوب².

يحصل على المقابل المالي من عائد مادي مقابل تنفيذه للعقد، ولتغطية التكاليف والنفقات التي يتحملها لتنفيذ العقد، ويكون مستحقاً بمجرد الإنتهاء من الأعمال أو تسليم الأصناف الموردة

1 - عمار بوضياف، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005، المرجع السابق، ص 220.

2 - ناصر لباد، مرجع سابق 2003، ص 296.

على نحو ما أورده العقد أو دفتر الشروط¹. وفي الواقع إن المقابل المالي هو الدافع الحقيقي من جانب المتعامل المتعاقد لإبرام العقد الإداري. ذلك أنه يسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح ، و هو أمر طبيعي ومشروع، ومن المستقر عليه فقها وقضاء، أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة المساس بالمقابل المالي للمتعاقد أو حقوقه المالية عموما.

أولى المشرع الجزائري هذه المسألة أهمية كبيرة بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 ويظهر ذلك من خلال المادة 108 التي تنص على كفاءات الدفع حيث تنص على أنه " تتم التسوية المالية للصفحة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على رصيد الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب"².

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10-236 نجد أن المشرع الجزائري نص على كفاءات الدفع في المادة 73 والمادة 74 منه ولم ياتي المشرع بالجديد في هذا الأمر فهي نفسها المذكورة في المرسوم الرئاسي 15-247.

كما يعتبر المقابل المالي من الحقوق التي لا تستطيع الإدارة ممارسة سلطتها في التعديل نحوه، ذلك أن سلطة التعديل تنصب في الغالب على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام بشكل منتظم، أما الشروط المالية ومنها المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة لا يجوز أن تتناوله مع بالتعديل³.

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام ، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقا لأحكام المناقصات و المزايدات وأحدث تعديلاته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 252.

2 - أنظر المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المؤرخ في أهد 06 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق 20 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 50.

3 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 222.

الأصل في العقود الإدارية أن دفع المقابل المالي للمتعاقد لا يكون إلا بعد تنفيذ التزاماته التعاقدية، ذلك لأن الإدارة لا تدفع للمتعاقد معها أي مقابل مالي إلا مقابل خدمات أو أعمال أو لوازم قدمت فعلا، وتطبيقا لهذا الأصل فإنه يفترض ألا يدفع ثمن اللوازم للمتعهد في عقد التوريد إلا بعد تنفيذ العقد وتسليم اللوازم للإدارة المستفيدة وفقا للشروط و المواصفات، واستثناءا من هذا الأصل يجوز بموافقة الجهة الإدارية المستفيدة من العقد، بعد تقديرها لمصلحة المتعاقد مع الإدارة وتمكينه من تنفيذ التزاماته التعاقدية تحقيقا لمصلحة المستفيدين من خدمات المرفق العام محل العقد¹.

الفرع الثاني: حق المتعاقد في التعويض

تسأل الإدارة عن الضرر اللاحق بالطرف المتعاقد معها، مما يستوجب تعويضها له و ذلك في حالة ما اذا نسب اليها الخطأ، الذي كان سببا في الحاق الضرر و تحقق العلاقة السببية بينهما، فقد يكون أساس إلزام الإدارة بالتعويض هو الإثراء بلا سبب او لإعتبرات العدالة و رغبة الإدارة في الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

إذا تسببت الإدارة في إحداث ضرر للمتعاقد المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض، فيلزم الإدارة بتعويضه وفقا للقواعد العامة، أو أن يقوم المتعاقد بأداء خدمات غير مطلوبة أصلا في العقد، ولم تطلبها منه الإدارة².

التجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة، بمناسبة تنفيذ بنود العقد، فتلزم عندئذ بالتعويض، و في كل الحالات وجب اللجوء إلى القضاء المختص، و أن يثبت المتعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد البنود المنصوص عليها في العقد للمطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية أو تحمل أعباء إضافية³، وبالتالي يكون الحق

1 - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 366.

2 - سليمان مجد الطماوي، المرجع السابق، ص 970.

3 - عباد صوفية، مرجع سابق، ص 47.

للمتعاقدين مع الإدارة مطالبتها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية¹ أو مساهمتها في الإخلال. كما يحق له أيضا مطالبتها بالتعويض، عن الأعمال التي نفذها خارج نطاق الإطار التعاقدية. وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعامل المتعاقد معها تنعقد على أساس الخطأ أو دونه.

أولاً: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ

إذا كان على المتعاقد مع الإدارة، الإلتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصفقة المبرمة ودفتر الشروط المصاحب لها، فإن الإدارة هي الأخرى وفي المقابل، تكون مجبرة على تنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد المبرم. وملزمة باستعمال السلطات الإستثنائية المقررة لها، على نحو مشروع. ذلك أن أي إخلال منها بإلتزاماتها التعاقدية، وأي استعمال منها لسلطاتها على نحو غير مشروع، يشكل خطأ عقدياً يترتب مسؤولية الإدارة و يولد معه حق المتعاقد في التعويض².

و تأسيساً لما سبق، فإن الخطأ العقدي المرتب لمسؤولية الإدارة في تعويض المتعاقد معها يأخذ صورتان³:

- إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد الإلتزامات العقدية المقررة، كعدم تسليمها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع، أو عدم تقديمها المواد الضرورية للتنفيذ، أو حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد، أو عدم منحها المقابل المالي للمتعاقد في الآجال المقررة.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 189.

2 - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهي و قضائية، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، طبعة 2010، ص 116.

3 - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية للقرارات والعقود الإدارية في الفقه والقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007، ص 93-94.

- بجانب الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها، كإستعمالها اللامشروع لسلطات الرقابة والتوجيه أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشروعية، أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دون مبرر، أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامه دون مبرر لها، أو فسخها للعقد لمجرد التحلل من الإلتزامات¹.

ولقيام هذه المسؤولية يجب أن تتوفر أركانها الثلاثة المتمثلة في: الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ والضرر².

و من أهم حالات الخطأ التي توجب التعويض:

- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.
- امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها.
- الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد.

ثانيا: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ

و يكون أساس الإلتزام للإدارة بالتعويض هنا، إما التعويض المؤسس على الإثراء بلا سبب عن اعمال إضافية، أو التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد³.

1-التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب : بإمكان الإدارة أن تكون مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها، نتيجة قيامه معها بانجازات إضافية، متى ثبت انها ضرورية لإنجاز محل العقد على أحسن وجه، او إنها ذات فائدة تعود على الإدارة و إن الإدارة كانت راضية عن قيامه بها، و هو في إطار التنفيذ لإلتزامه التعاقدية، و التعويض في هذه الأحوال يكون استنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة، و هذا ما جاء في فحوى المادة 141

1 - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 117.

2 - سعاد الشراوي، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، د.م.ن، 1973، ص 237.

3 - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011 ، ص 109.

من القانون المدني "كل من نال عن حسن نية عمل الغير او من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل او الشيء"¹.

2- التعويض على الأعمال الإضافية وغير التعاقدية : في حال قيام المتعاقد بإنجازات إضافية، متى ثبت أنها ضرورية لانجاز محل العقد على أحسن وجه، أو أنها ذات فائدة تعود على الإدارة، فإن جهة الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها إن كانت الإدارة راضية عن قيامه بها، وهو في إطار التنفيذ لإلتزامه التعاقدية، والتعويض في هذه الأحوال يكون إستنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة².

و هذا ما أكده الفقه والإجتهد الإداريين المستقران، على أحقية التعويض للشخص الذي يقدم للإدارة عطاءات معينة تفقره وتثريها، بغض النظر عن صحة العقد القائم بينما أو عن استمراره أو حتى عن وجوده، وذلك تأسيسا على اعتبار أن هذه الوضعية نتيجة لعلاقات شبه تعاقدية ترتب بالتالي مسؤولية شبه التعاقدية عن إثرائها دون سبب على حساب متعاقدتها الفعلي³.

المطلب الثاني: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد (المعادلة المالية)

تحدث ظروف معينة بفعل الإدارة نفسها بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه، خاصة عندما تمارس حقها في التعديل الإفرادي للعقد، أو بسبب خارج عن إرادتها وإرادة المتعاقد معها، لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وتؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة بدرجة مرهقة، مما يؤدي إلى ضرورة المصلحة العامة بمساعدة المتعاقد في تحمل أعبائها الجديدة وتعويضه عن

1 - المادة 141 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2 - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 117.

3 - أحمد فتح الله سكيينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، (رسالة دكتورا)، كلية الحقوق، عين الشمس، القاهرة، 1997، ص 147.

خسائره الناتجة عن هذه الظروف بحيث لا يختل التوازن المالي للعقد. ففي المحافظة على الحقوق المالية للمتعاقد محافظة في نفس الوقت على مصلحة المرفق ذاته¹.

إن مبدأ التوازن المالي قد نشأ في مواجهة السلطات الواسعة النطاق التي تتمتع بها المصالح المتعاقدة في تعديل شروط تنفيذ عقودها المبرمة مع الغير²، مما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعاقد المتعاقد بحقه في التوازن المالي³، و التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد يكون في إطار توافر شروط، و من أجل تحقيق هذه الفكرة ابتدع مجلس الدولة الفرنسي النظريات المتعلقة بهذا الأمر، و هي النظريات التي يمكن للمتعاقد بموجبها و في الأحوال التي تتوفر فيها شروط تطبيقها استحقاق التعويض و هذه النظريات هي⁴:

1 -) نظرية فعل الأمير

2-) نظرية الظروف الطارئة

3-) في إطار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، و التي وجدت تطبيقها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁵.

هذه النظريات من شأنها الحفاظ على ذلك التوازن، وكان مبتغى القضاء الإداري من وراء ذلك بالإضافة إلى تحقيق العدالة، تحقيق المصلحة العامة عن طريق عدم توقف المتعاقدين مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، مما يؤثر تأثيراً إيجابياً على سير المرافق العامة بانتظام

1- مُجَّد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005، ص 878.

2 - علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 1975، ص 318.

3 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 228.

4 - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 109-110.

5 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 296-397.

و اضطراد، حتى لا يجزم الأفراد عن التعاقد مع الإدارة، وستتطرق إلى هذه النظريات بالتفصيل في فروع .

الفرع الأول: تعويض المتعاقد أخذا بقواعد نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، و هي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزاماته وحقوق المتعاقد مع الإدارة. ففعل الأمير يعني تدخل السلطة العامة المتعاقدة تدخلا غير متوقع، يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر تكلفة بالنسبة للمتعاقد معها¹.

يقصد بفعل الأمير، الأعمال و الإجراءات الإدارية المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، لدى ممارستها لأعمال السلطة، التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها، والتي تؤدي -عرضا - إلى زيادة الأعباء المالية للطرف المتعاقد معها، وبالتالي إلى إرهاقه بصورة جدية "مخاطر إدارية"، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه، حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري تحقيقا للمصلحة العامة.

عرف الفقه أفعال الأمير بأنها: الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة، أثناء تنفيذ العقد، أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب.

لتحديد شروط تطبيق نظرية فعل الأمير اشترط القضاء و الفقه أن يكون هذا التطبيق في إطار عقد إداري، كما يضاف لهذه الشروط التي يتعين توافرها في الإجراء الذي اتخذته الإدارة حتى يشكل اتخاذه سببا لتطبيق نظرية عمل الأمير، حيث يتعين صدوره من جهة الإدارة المتعاقدة و أن يكون مشروعا مع إلحاقه ضررا خاصا بالمتعاقد مع الإدارة لم يتوقعه.

1 - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 371.

يكون تقدير القاضي لهذا التعويض، وفقا للقواعد العامة في هذا الشأن، حيث يقوم تقديره على عنصرين، أولهما ما لحق المتعاقد من خسارة، تتمثل فيما أنفقه من مصروفات إضافية فرضت عليه كأثر لقرار الإدارة، في صورة زيادة في أيجور من يستخدمهم في الوفاء بالتزامات التعاقدية، أو في فروق ثمن الخدمات وغيرها من الأمور التي تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة و الثاني ما فات المتعاقد من كسب، في صورة ربح كان يتوقع أن يحققه من تنفيذ تعاقد، لولا تدخل الإدارة بما اتخذته من إجراءات أدت إلى إنقاص هذا الربح.

حيث يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة في ضوء ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في هذا الشأن عن الفرق بين الربح المتوقع قبل اتخاذ الإدارة الإجراء الذي توافرت بشأنه شروط نظرية فعل الأمير و الربح الفعلي بعد اتخاذ هذا الإجراء.

ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر، تبريرا لذلك، إلى أن من حق المتعاقد مع الإدارة، أن يعوض عن ربحه، و الهدف من جعل التعويض كاملا، متى تم إعمال نظرية فعل الأمير، هو الحيلولة دون إثراء الإدارة بلا سبب على حساب المتعاقد معها، بإجراءات أحادية الجانب تتخذها لتحقيق مكاسب لها، في حين أنها تؤدي إلى إرهاب المتعاقد معها، الأمر الذي يجعله يحجم عن التعاقد مع الإدارة لاحقا لفقدان الثقة و مخالفتها لمبدأ حس النية في تنفيذ العقود الإدارية¹.

تجد نظرية فعل الأمير أساسها في القانون الجزائري في المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 338-08 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة للمادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250². كما يمكن القول أنها تستند على مبدأ عام من المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 181-182.

2 - المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 338-08.

العامّة وهو "مبدأ الاستمرارية"، أي ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد تلبية للاحتياجات العامّة¹.

ولكي تتحق نظرية فعل الأمير وتقوم لا بدّ من الشروط التالية²:

1- أن يتعلق الأمر بعقد إداري فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص و لو كانت طرفا فيها.

2 - أن يكون عمل أو فعل الأمير عملا مشروعاً، فأعمال الإدارة غير المشروعة أو الخاطئة لا تعتبر من أفعال الأمير، لأن أعمال الإدارة الخاطئة وغير المشروعة تقرر التعويض بسببها طبقاً لقواعد وأسس المسؤولية الإدارية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

3 - أن تصدر أفعال وأعمال الأمير هذه بإرادة الإدارة المتعاقدة المنفردة.

4- أن يصدر فعل أو عمل الأمير من السلطة الإدارية نفسها التي أبرمت العقد، ذلك أن نظرية فعل الأمير لا تجد طريقها إلى التطبيق إذا ما كان العمل صادراً عن جهة أو سلطة إدارية غير الإدارة المتعاقدة، كما يتجلى من القضاء المتأخر لمجلس الدولة الفرنسي.

5- أن ينشأ عن هذا الفعل ضرراً للمتعاقد مع الإدارة، يشترط فيه درجة معينة من الجسامة، و يتمثل هذا الضرر في زيادة الأعباء المالية للمتعاقد بما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

يترتب على توافر شروط نظرية فعل الأمير استحقاق المتعامل المتعاقد التعويض الكامل عن جميع الأعباء والتكاليف الإضافية التي تحملها، كما يحق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد

1 - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 225 وما بعدها.

2 - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 244.

إذا قدر صعوبة الإستمرار في تنفيذه، و يقوم التعويض في هذه الحالة على أساس مسؤولية الإدارة التعاقدية، رغم عدم وقوع خطأ منها اعتباراً لفكرة إعادة التوازن المالي للعقد.

الفرع الثاني: تعويض المتعاقد نتيجة الظروف الطارئة

خلال الحرب العالمية الأولى، أدى الإضطراب والإنقلاب الإقتصادي إلى ظهور نظرية الظروف الطارئة، فظهرت في أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي خرج لمقتضيات¹ العدالة و انتظام سير المرافق العامة، وقد ارتبطت النشأة القضائية للنظرية بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في 1916/03/24 في قضية "غاز بوردو"²، وقد اشتمل هذا الحكم على معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية، و لذا يرى البعض أن هذا الحكم يعد دستور نظرية الظروف الطارئة³.

كغيرها من نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، فإن نظرية الظروف الطارئة أنشأها مجلس الدولة الفرنسي، و اتبعه في ذلك مجلس الدولة المصري في تطبيقها خلال نظره في منازعات العقود الإدارية، حيث جعلها من المبادئ الأساسية التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية.

فمحتوى هذه النظرية، يكمن في أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب عن حدوثها تنفيذ الإلتزام التعاقدي مرهقاً للمدين فانه يجوز للمتعاقد المتضرر مطالبة الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته بمنحه تعويضاً جزئياً⁴.

1 - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 187.

2 - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط 3، دار النهضة، القاهرة، 1976، ص 454.

3 - سعد السيد علي، الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديثن القاهرة سنة 2006، ص 78-79.

4 - بو عمران عادل، مرجع سابق، ص 112-113.

الصفة الإستثنائية للظرف الطارئ، معناه أن لا يندرج الحادث في عداد الحوادث¹ التي تتعاقب و تقع وفقا لنظام معلوم، و ليس معنى اشتراط كون الحادث الطارئ عاما، إن يشمل كل إقليم الدولة أو عامة الشعب، بل يكفي أن يصيب منطقة معينة، بأن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس.

مفاد هذه النظرية أنه كلما جدد بعد إبرام العقد ظروف استثنائية خارجية لم تكن في الحسبان ومن غير الممكن توقعها، أي ليست ناتجة عن الإخلال بالتزامات تعاقدية، وترتب عنها اختلال التوازن المالي للعقد لدرجة يصبح معها تنفيذ الصفقة يشكل إرهاقا، وتكاليفه أكبر بكثير من تلك التي تم توقعها عند إبرام العقد، فإنه يجوز للمتعاقد أن يطلب من المصلحة المتعاقدة المساهمة بتحمل جزء من التكاليف والأعباء الإضافية، بما يضمن له تعويضه جزء من الخسارة التي لحقت به، فالمصلحة المتعاقدة تدفع تعويضا يمنع تجاوز عتبة اختلال التوازن الذي لا يحتمل وهو ما يسمى "بالتوازن الحدي"، وليس تعويضا عن كل الأضرار، ومن أجل ذلك يجب أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وقوع الاختلال المالي الذي أصابه وبمحسن نية.

من أمثلة الظروف الطارئة الحروب أو الأزمات الاقتصادية أو زلزال أو صدور أوامر أو مناشير أو قرارات من الإدارة، أي من غير المصلحة المتعاقدة كقرار بتخفيض قيمة العملة... مثال آخر: قد تؤدي زيادة الضرائب وارتفاع الرسوم الجمركية أو رفع أجور العمال بصورة مفاجئة إلى جعل مواصلة تنفيذ الصفقة مكلفا ومرهقا بالنسبة للمتعاقد، مما يقتضي تحمل الإدارة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية من أجل استمرارية تقديم الخدمات العامة.

إن الظروف الطارئة تعتبر مستقلة عن أطراف العقد، بحيث قد يحصل أن تحدث أثناء تنفيذ العقد ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقد والإدارة، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام أكثر كلفة و ليس مستحيلا، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما ينعكس سلبا على سير المرفق العام وانتظامه في حال تعثر المتعاقد عن متابعة التنفيذ، لذلك أنتج القضاء

1 - سعيد السيد، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار ابو المجد للطباعة، مصر، 2005، ص 103.

الإداري نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك بمساعدة الملتمزم ليتمكن من متابعة التنفيذ وتعويضه عن التي أصابته، مما يساهم بالتالي بعدم توقف المرفق محل العقد¹.

تختلف بذلك الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنها لا تصل بتنفيذ الإلتزام إلى درجة الإستحالة التي تعفي المتعاقد منه و تؤدي إلى انفساخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكنا و إن أصبح شاقا للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض و ليس بانقضاء الإلتزام حتى لا يتوقف سير المرفق العام². و بذلك تكون شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة تدور حول الشروط الواجب توافرها في الظرف الإستثنائي الذي تقوم عليه تلك النظرية³.

إن التعويض الذي تتيحه الظروف الطارئة لا يغطي الخسارة و إنما جزء منها فقط يقدره القاضي المختص وفقا لظروف كل حالة على حدى، كما أنه تعويض مؤقت و لا يمكن أن يستمر بصفة دائمة، وإذا كان الظرف مستمرا و دائما يكون للطرفين إما أن يبرما عقدا جديدا على أساس المعطيات الجديدة أو يطلبوا إلى القاضي فسخ العقد و ذلك و وفقا لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي⁴.

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في القانون والتنظيم، وذلك من خلال المادة 107 من القانون المدني التي جاء فيها: «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة

1 - أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية مكتب دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن سنة 1998 ن ص 699.

2 - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر 1993، ص 472.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 183-186.

4 - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 478-479.

الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». وكذلك من خلال المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 والمعدلة للمادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

نص المشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة قبول تحيين الأسعار إذا تطلبت الظروف الإقتصادية ذلك، وذلك إما بطريقة إجمالية و جزافية و باتفاق مشترك، وإما بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار إذا نصت على ذلك الصفقة، فيمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة و غير قابلة للمراجعة¹، و بالتالي فإن حق المتعامل المتعاقد في تحقيق التوازن المالي يمكن اقتضاؤه دون اللجوء إلى القضاء الإداري، غير أنه في حالة عدم حصوله على ذلك فإنه يمكنه اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقه في تحقيق التوازن المالي.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر شروط وهي: أن يطرأ بعد التعاقد أمر استثنائيا لم يكن متوقعا عند إبرام العقد كحرب أو فتنة أو اضطراب²، وأن يخل الطرف الطارئ بالتوازن المالي للعقد إخلالا من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة وأن يكون أجنبيا عن المتعاقد مع الإدارة، و لإمكان تطبيق هذه النظرية يشترط أن يستمر الطرف الطارئ في تنفيذ العقد، إذا امتنع المتعاقد مع الإدارة عن الإستمرار في تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة، فإنه يفقد حقه في المطالبة بتطبيق النظرية³، وذلك حرصا على احترام مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة نفسها.

1 - المادتين (65 و66) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ج ر العدد 58 لسنة 2010.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزام)، الجزء الأول، مصر، سنة 1985. ص 871.

3 - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 192.

من آثار تطبيقها أنه ليس للقاضي أن يعدل من شروط العقد الإداري بنفسه لإعادة التوازن المالي إليه، و كل ما يستطيع في هذا الشأن هو أن يدعو طرفيه إلى التفاوض لإجراء مثل هذا التعديل.

للقضاء الإداري في حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض، إلا أن هذا التعويض في هذه الحالة ليس كاملا أي أن الخسارة توزع بين طرفي العقد، و بالإضافة إلى ذلك فإن التعويض يكون لفترة مؤقتة تنتهي بزوال الظرف الطارئ الذي قلب التوازن الإقتصادي للعقد أو باتفاق الطرفين على تعديل شروط العقد، فإذا ثبت استحالة رجوع الأمور إلى ما كانت عليه من قبل ولم يتفق الطرفان على تعديله بما يناسب الأحوال الجديدة حق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد¹.

هذا وقد عرفت الجزائر ابتداء من 1991 وبعد 1994 تخفيض الدينار وقد نتج عن هذا أن أسعار السلع وخاصة المستوردة منها قد إرتفع بأضعاف وكان لهذه الوضعية آثار على العقود التي أبرمت مع الإدارة لاسيما منها التي مازالت في حالة التنفيذ واستنادا إلى نظرية الظروف الطارئة فقد أصبح المتعاقدون مع الإدارة خاصة منهم المقاولون في الأشغال العمومية والموردون إذا كانت السلع مستوردة يطلبون إعادة النظر في الوضعية المالية للعقد وقد كونت لجنة عرفت بلجنة المتابعة للخسارة عن الصرف، وأصبح المقاولون من خلالها يطالبون بالتعويض من جراء الخسارة عن الصرف²، يجب على المتعاقد في حالة الظروف الطارئة مواصلة تنفيذ الصفقة تحت طائلة التعرض للمسؤولية التعاقدية، لأن نظرية الظروف الطارئة إنما أقامها مجلس الدولة الفرنسي أصلا لضمان استمرارية المرافق العامة لتلبية الاحتياجات العامة للجمهور.

1 - سليمان مجد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس القاهرة، سنة 1991، ص 693.

2 - طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 127.

الفرع الثالث: تعويض المتعاقد أخذاً بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعتبر هذه النظرية- كما هو الحال في نظريتي الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير- من النظريات العامة التي ابتدعها القضاء الفرنسي التي تطبق على كافة العقود الإدارية التي تستوفي شروط تطبيقها، حيث تمت فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة وتحدد معالمها بل وغدت بعد ذلك مستقلة قائمة بمحد ذاتها¹.

فصنع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية و كان أول حكم قضائي يبرز هذه النظرية هو حكم دوشي الصادر في 1864/06/24 حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من الإستمرار في التنفيذ.

عرف القضاء الإداري الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لمواجهة الحالة التي يجد فيها المتعاقد مع الإدارة نفسه أمام صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة في أعبائه و ذلك بتعويضه عن كامل الأضرار التي لحقت به تأسيساً على فكرة العدالة ونية الطرفين المشتركة.

إن معنى أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الإمكان توقعها عند التعاقد أن ظروفها خارجة عن إرادة طرفي العقد، ولا يمكن توقعها، تظهر أثناء تنفيذ العقد، و تجد تطبيقها في كافة العقود الإدارية و لكن يتمحور تطبيقها في مجال عقود الأشغال العامة وهذا ما ذهب إليه دولوبادير مؤكداً أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق الأشغال العامة، ومع ذلك يرى الفقه أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق تلك النظرية في كافة

1- أنور أحمد رسلان، "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"، مجلة القانون الاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ديسمبر 1978، العددان الثالث والرابع، السنة 1980، ص(824-825).

العقود الإدارية متى توافرت شروطها¹، وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه الفقيهين جيز و بينكو². و تنطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط و لا من دراسته الأولية للمشروع، تختلق صعوبات تتجاوز المخاطر الطبيعية، ومن غير أن تصل هذه الصعوبات إلى أن تجعل التنفيذ مستحيلاً.

المتعاقد مع الإدارة في عقود الأشغال العامة ملزم بأن يتحدا بنفسه طبيعة الأعمال، وكل ما يلزم لها من اختيارات خاصة بطبيعة التربة التي يقام عليها المشروع محل العقد، ومراجعة الرسومات والتصحيحات والمعلومات المقدمة إليه من الإدارة صاحبة المشروع وإبداء ملاحظاته عليها في الوقت المناسب، وأنه إذا قصر في ذلك وكان بوسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد فإنه لا يستطيع الاستناد لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للمطالبة بالتعويض³.

وفقاً لهذه النظرية فإن المتعاقد مع الإدارة لا بد أن يستمر بتنفيذ العقد لكنه في هذه الحالة يمتلك الحق في الحصول على تعويض، وتطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الجزافية، حيث يتحمل المتعامل المتعاقد جميع مخاطر العقد، مع ذلك، يشترط القضاء لتطبيق هذه النظرية، أن تكون الشروط الاقتصادية للعقد قد انقلبت⁴.

فإن ذلك يفهم منه أن تلك الصعوبات المادية وإذا قصر المتعاقد في ذلك وكان بوسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد فإنه لا يستطيع الإستناد لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

1 - سليمان مُجَّد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 715.

2 - حورية بن أحمد، مرجع سابق، ص 115.

3 - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 375.

4 - فاروق أحمد خماس، مُجَّد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، بغداد، 1992، ص 178.

للمطالبة بالتعويض كانت موجودة بالفعل وقت إبرام العقد، وكل ما في الأمر أن توقعات أطراف العقد كانت في غير محلها¹.

كانت هذه النظرية امتداد لنظرية القوة القاهرة، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً، حيث نمت فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة وتحدد معالمها، بل وغدت بعد ذلك مستقلة قائمة بحد ذاتها، تطبق في حالة نشوء صعوبات مادية، تعترض تنفيذ العقد، وتجعله أكثر تكلفة².

الأساس القانوني للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة أن مقتضى هذه النظرية عند تنفيذ العقود الإدارية و خاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد و تجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة حيث يجب - من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها بالعقد، زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط حيث انصرفت النية المشتركة للمتعاقدين إلى ذلك³.

من هذا الرأي الفقيه جيز، الذي يقرر صراحة، إلا أنه هذا التبرير تعسفي في كثير من الحالات، لاسيما إذا لاحظنا أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية رغم احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها. وذهب الفقيه بيكينو إلى رد هذه النظرية إلى نظرية عمل الأمير أو

1 - أنور أحمد رسلان، مرجع سابق، ص 16 و 17.

2 - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات اعمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 96 .

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 2004.

إلى فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة، ولكن هذا التبرير لا يكفي لمواجهة جميع الفروض، إذ كثيرا ما يكون مرجع الصعوبات المادية إلى غير عمل الإدارة¹.

القول الراجح يعتبر هذه النظرية القضائية وليدة اعتبارات العدالة، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، نظرا للعلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية وبين المرافق العامة، تلك العلاقة التي تجعل من المتعاقد معاونا ومساعدًا للإدارة في تسيير تلك المرافق، وهذا الرأي الذي رجحه كل من الفقيهين فالين ودي لوبادير².

حتى يستحق المتعامل المتعاقد التعويض عن الخسائر بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يشترط توافر شروط و هي كالتالي:

1 - يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية استثنائية لإعمال نظرية الصعوبات المادية وفق هذا الشرط فإنه يتعين أن يواجه تنفيذ العقد الإداري بصعوبة ذات طابع مزدوج حيث ينبغي أن تكون تلك الصعوبة مادية بحتة، وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، لأنه يطلق على هذه النظرية أيضا بنظرية المخاطر الإدارية أي عمل الأمير، اما الصعوبات المادية ترتبط في أكثر الأحيان إلى الظواهر الطبيعية كأن يواجه المتعاقد طبقات مائية كثيفة لم تكن متوقعة الأمر الذي يحمل المتعاقد عبئا إضافيا يتمثل في زيادة نفقات مالية لم يكن قد وضعها في حسابه، لأنه أمام هذه الظاهرة سيضطر إلى سحب هذه المياه وتخفيف الأرض، إلا أن هذا لا يعني ارتباط هذه النظرية بالظواهر الطبيعية في جميع الحالات، فقد يكون مصدر الصعوبات "فعل بعض الناس من الغير"، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في المواصفات التي على أساسها أعد العقد³. ومن ثم فيخرج عن نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا

1 - سليمان مُجَد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 689 .

2 - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات اعمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 98.

3 - فاروق أحمد خماس، مُجَد عبد الله الدليمي، جع السابق، ص 180.

كان ما تعترض تنفيذ العقد صعوبات ذات طبيعة اقتصادية أو طبيعية، حيث تنطبق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروط تطبيقها.

ذلك أن الصعوبات المادية ليست مجرد عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف، ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة، وواضح أن هذا الشرط ينتهي بنا إلى موقف ذاتي، فيتعين أن تتصف تلك الصعوبة بالطابع الإستثنائي و هو ما يخرجها من إطار الصعوبات البسيطة أو العادية و التي تدخل في إطار المخاطر العادية للتعاقد فلا يكون هناك مجالاً لتطبيق نظرية الصعوبات المادية بشأنها حيث أن من المفترض أن يكون المتعاقد مع الإدارة قد توقع تلك المخاطر ووضعها حساباته وقت التعاقد، الأمر الذي يحمله وحده بالعبء المادي الناشئ عنها.

تقدير استثنائية الصعوبة المادية أو اعتبارها من قبيل المخاطر العادية التي لا ترقى التطبيق نظرية الصعوبات المادية متروك لتقدير القاضي بالنسبة لكل حالة على حده ، ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة، التي صادفها المتعاقد، وجرى مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في تقدير هذا الشرط، كلما احتوى العقد على نصوص تحمل المتعاقد كافة المخاطر عند التنفيذ¹.

2- أن تؤدي الصعوبات المادية إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا من الناحية المالية وليس مستحيلا بحيث لو كان من شأن الصعوبات المادية إستحالة التنفيذ لترتب على ذلك إنقضاء العقد وفقا لنظرية القوة القاهرة، التي تختلف عن نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة.

3- يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد و الواقعة غير متوقعة و خارجة عن ظروف المتعاقدين

عدم توقع المتعاقد للصعوبة المادية الإستثنائية عند التعاقد وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، و التي رفعت تكلفة تنفيذه لتعاقدته شرط أساس لإستفادته بتعويض الإدارة له كأثر

1 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005 ، مرجع سابق، ص 697.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري، والقاعدة هي أن المفاوض ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ.

حيث لا تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا كان المتعاقد قد توقع حدوث الصعوبة التي اعترضت تنفيذ العقد دون أن يبدي أية تحفضات للإدارة بشأنها، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حتى ولو اعترض تنفيذ العقد صعوبات جسام¹. حيث يفترض أنه وضع تكلفة التنفيذ الزائدة التي أوجدتها الصعوبة المادية في حساباته عند التقدم بأسعار تعاقدية فلا تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

إذا لا يستحق التعويض الذي تكلفه تلك النظرية كما لا يكون ذلك التعويض مستحقا له إذا كان بوسعه توقع الصعوبة المادية إلا أنه لم يبذل لذلك جهدا فيكون مقصرا لا يستحق تعويض الإدارة له، و من هنا يبدو دور القاضي هاما إذ يتعين عليه أن يبحث ما إذا كان المتعاقد قد بذل في تاريخ إبرام العقد الجهد الضروري، وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختيارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، و إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته².

من ثم فإنه يقع على الإدارة إلتزام في معاونة الراغب في التعاقد معها على تحري الصعوبات المادية التي قد تتعرض تنفيذ العقد، وذلك بأن تضع تحت تصرفه كافة ما لديها من معلومات من شأنها معاونته في الوصول إلى تلك الغاية وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التعاقد³.

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 208-209.

2 - بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 97.

3 - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 723.

المبحث الثاني: منازعات الصفقات العمومية وطرق تسويتها

عندما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، وأنها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة ثانية، فإنها لا شك تثير منازعات إن على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد، وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات¹.

في الواقع العملي تبدو هذه المنازعات أثناء تطبيق النصوص القانونية، إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقد معها أو المتعهد باعتباره الطرف الثاني في هذا العقد وذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطاتها تجاه المتعامل المتعاقد أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما². في هذا المبحث نقوم بدراسة منازعات الصفقات العمومية في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، في المطلب الأول و طرق تسوية هذه المنازعات في المطلب الثاني.

المطلب الأول: منازعات الصفقات العمومية

المنازعات التي تدور حول تنفيذ وإبطال العقود الإدارية، هي بطبيعتها منازعات حقوقية لتعلقها بمركز قانوني ذاتي للطاعن³، فالصفقات العمومية عقد من عقود الإذعان، التي تفرض الإدارة من خلاله شروطها على المتعامل المتعاقد، وفقا للتشريع والتنظيم المعمول به، رغم إمكانية التفاوض بين الطرفين أثناء تنفيذ مضمونها فإنها تعرف عدّة نزاعات ذات طابع إداري، تطرح في غالب الأحيان على الجهات القضائية المختصة، وبالتالي فإن دراسة مضمون المنازعات الناشئة عن

1 - خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013، ص 4.

2 - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص 95.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 302.

الصفقات العمومية يشكل أهمية بالغة، وذلك بالنظر إلى الخصوصية التي تمتاز بها، فهناك منازعات ناشئة سواء أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية ومنازعات أخرى ناشئة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية¹.

سنقوم بدراسة منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة الإبرام (الفرع الأول) ثم دراسة منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة الإبرام

عادة الطعن المرفوع يؤسس في المراحل التمهيدية لإبرام الصفقة، على المخالفات الواردة في دفتر الشروط، ومخالفة الإدارة للأشكال والإجراءات المقررة قانوناً، إذ أنّ الصفقة العمومية هي عقد من عقود الإذعان، كما أنّها تتميز بالكثير من مميزات العقود النموذجية، والتي لا يمكن إبرامها إلاً وفقاً لإجراءات خاصة محددة مسبقاً، كما ترتبط الصفقة العمومية بالمال العام، مما يجعل إجراءات إبرامها تخضع لمبدأ الشفافية والمساواة والمنافسة، وأي إخلال لهذه المبادئ يؤدي إلى نشوء منازعات، ومن هنا تظهر المنازعات الناشئة عن مرحلة الإبرام، والمتمثلة في الإخلال بمبدأ الشفافية، و الإخلال بمبدأ المساواة و الإخلال بمبدأ المنافسة العامة².

أولاً- الإخلال بمبدأ الشفافية: في الثمانينات و لأول مرة ظهر مصطلح الشفافية ، في العلوم الإدارية، ثم تبنته مختلف القوانين من أجل تقريب الإدارة من المواطن، لكن لم يبقى هذا المصطلح لصيقاً بالإدارة فقط، بل انتقل ليشمل المجال السياسي والمجال الاقتصادي في بداية

1 - بن معزوز خديجة، عباش لامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2011، ص 13 .

2 -- بن معزوز خديجة، عباش لامية، نفس المرجع، ص 13 .

التسعينات، ولقد اتسع مصطلح الشفافية ليشمل العقود العامة وبالضبط في إجراءات إبرام الصفقات العمومية¹.

الإخلال بالشفافية يخلق جنحة المحاسبة التي امتدت إلى عقود القانون العام، ونظرا لما تنطوي عليه هذه الجريمة من إهدار للمال العام و المفسدة في مجال الصفقات العمومية، فالمشرع الجزائري وبالضبط في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته²، أقر على وجوب اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية، حيث أكد على أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية، وعلى ضرورة تكريس القواعد التالية التي تحقق مبدأ المنافسة :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
 - الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
 - وضع معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
 - ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية .
- من خلال هذه القواعد السالفة الذكر، نجد أن مبدأ الشفافية، يقوم على عدّة مبادئ أهمها مبدأ العلانية، الذي يعد وسيلة لضمان الشفافية، وبالتالي احترام القانون، وتحقيق العلانية عدة فوائد أهمها:

1-Mangue Christine, la portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics, Dalloz, Paris, 2004, p609.

2 - قانون 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14، بتاريخ 8 مارس 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر، عدد 50، بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 15-11، مؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر، عدد 44، بتاريخ 10 أوت 2011.

- تجنب الإدارة أجواء الشك في التعامل وتحقيق النزاهة في عملية إبرام الصفقات العمومية.
- خلق أجواء المنافسة المشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين في التعاقد، مما يؤدي إلى الحصول على أنسب العروض من حيث الثمن ومن حيث الناحية الفنية¹.

حتى يتحقق الهدف من الإعلان عن الصفقة يجب أن يكون منوطا على بيانات معينة، فشمولها تلك البيانات أمر هام حتى يتسنى للكافة العلم التام بموضوع الصفقة².

ثانيا- الإضطلاع بمبدأ المساواة بين المتنافسين: تحقيق المساواة بين جميع مقدمي العروض بحيث تكون المفاضلة بينهم على أساس الكفاءة والمقدرة المالية³.

أكد المرسوم الرئاسي 15-247 على ضرورة احترام هذا المبدأ وذلك من أجل الاستعمال الحسن للمال العام، وذلك في المادة 05 منه التي نصت على ضرورة احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات، وهذا لضمان نجاعة الطلبات العمومية⁴.

وعليه لا يجوز للإدارة أن تمنح فرصة التنافس لبعض الأشخاص دون البعض الآخر ولكن يحق لها أن تحدّد من لهم حق الاشتراك في الصفقة ابتداءً وذلك دون الإخلال بمبدأ المساواة، الذي يعدّ مبدأً مكتملاً، وهذا المبدأ أكدّه الدستور الجزائري في مادته 34⁵.

من وسائل التمييز القانونية إعفاء أحد مقدمي العطاءات من دفع التأمين أو من تقديم الأوراق المطلوبة، ومن وسائل التمييز الواقعة، خلق وضع واقعي يضع بعض المتقدمين في الصفقة

1 - بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيجل، (غير منشورة)، 2008، ص 75 .

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 154.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع، ص 158-128.

4 - المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

5 - قانون رقم 01-16 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، لسنة 2016.

في وضع أفضل أو أسوء من غيرهم¹. لكن هذا المبدأ لا يؤخذ به في كل الأحوال، حيث أن الإدارة لها امتيازاتها التي تتمتع بها اتجاه المتنافسين، إذ تستطيع أن تفرض شروطاً تضامنية على المتقدمين إليها، حيث يمكن لها أن تطلب توفر وثائق، أو شهادات معينة، لا تتوافر إلا لفئة من الراغبين في التعاقد².

كما تعتبر تحقيقاً لمبدأ المساواة عملية حرمان بعض أصحاب العروض لسبب جزائي، وتكفل قوانين العقوبات في مختلف الدول، حماية مبدأ المساواة في الصفقات العمومية، فتنص على عقوبة لكل من يخلّ بشكل أو آخر بمبدأ المساواة بين المتنافسين³.

3 - الإخلال بمبدأ المنافسة العامة: من أساسيات هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين أو مورّدين للمهنة التي تختص بنوع من أنواع النشاطات الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعبءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي، ولا يجوز للإدارة أن تبعد أيّ من الراغبين في الدخول في التعاقد وأن تمنعهم من المشاركة في طلب العروض، ويقوم أساس المنافسة على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، كما يقوم هذا المبدأ على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المنافسة، فهي ليست حرّة في استخدام سلطتها التقديرية في فئة المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعتها، إلا أنّ هذا المبدأ لا يسري بإطلاقه إذ ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة تسمح للإدارة إبعاد بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتاً أو نهائياً مع الإدارة وهذه القيود تتمثل فيما يلي:

- إذا تأخذ تنفيذ الصفقة بما يجوز المدة المتفق عليها.
- إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم في إبرام وتنفيذ العقد.

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 159.
 2 - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد مجّد الشلّمانبي، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 96.
 3 - بوزيرة سهيلة، مرجع سابق، ص 113.

- إذا امتنع عن أداء التأمين النهائي أو عن توقيع العقد.

- إذا وقع منه احتيال في تعامله¹.

الفرع الثاني: منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة التنفيذ

في الواقع العملي، تثير الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة لتسيير مرافقها العمومية عدّة منازعات، لاسيما في حالة تعسف الإدارة في استعمال امتيازاتها أو تخلفها في تنفيذ إلتزاماتها ملحقّة بذلك أضرار للمتعاقد معها، مما يستوجب تدخل الجهة القضائية المختصة، بناء على طلب إلغاء تصرف الإدارة غير المشروع أو المطالبة بالتعويض نتيجة الضرر اللاحق به .

إنّ تنوع أشكال المنازعات الناشئة عن مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تؤدي إلى تصور قسمين من المنازعات المطروحة أمام الجهات القضائية المختصة، لذلك سنتناول في هذا الفرع الإخلال بالشروط التقنية و كذا الإخلال بالشروط المالية .

أولاً- الإخلال بالشروط التقنية: تنشأ المخالفات بمناسبة تنفيذ الجانب التقني للصفقة، وذلك بمخالفة أحد البنود الواردة بها، فقد يحدث وأن تعمد المصلحة المتعاقدة، إلى تفسير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها، لإرغام المتعامل على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة، وفي الواقع العملي نجد أكثر هذه المنازعات شيوعاً في صفقات الأشغال، نظراً للميزة التي تتصف بها، من خلال استعمال الطرق التقنية والتكنولوجية، ومن أهم المنازعات المتعلقة بالجانب التقني للصفقة نذكر ما يلي²:

1 - بن معزوز خديجة، عباش لامية، مرجع سابق، ص 17 .

2 - بن معزوز خديجة، عباش لامية، مرجع سابق ، ص 46

- مخالفة بنود الصفقة، فقد يحدث وأن تقوم المصلحة المتعاقدة بتفسير أحد البنود الغامضة بإدائها المنفردة، وتضيف بذلك التزامات أخرى على عاتق المتعامل المتعاقد كالإختلاف الناشئ بشأن نوعية الحديد المستعمل في إنجاز بناية معينة¹.

أيضا تضطر المصلحة المتعاقدة إلى تغيير مخطّط إنجاز المشروع، ممّا يترتب إلتزاما إضافيا على عاتق المتعامل المتعاقد، الذي يرفض تحمّل تكاليف هذا التغيير. و تجدر الإشارة إلى أنه توجد عمليا منازعات شبه تقنية، نظرا للطبيعة الخاصة التي تميزها و مثالها: الحالة التي يتم فيها المنح المؤقت للصفقة لأحد المتعهدين، وقيامه بإنجاز الأشغال أو الخدمات المطلوبة بدون الحصول على وثيقة الأمر ببدء الأشغال، وبعد استنفاد الآجال المحدّدة في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، (30 يوم) يتم عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدارسة و منح التأشيرة². فإذا قام المتعامل المتعاقد بمخالفة الإجراءات التنظيمية، ترفض منح التأشيرة، وعند مطالبة بقيمة الأشغال التي أنجزها ترفض المصلحة المتعاقدة تسديدها .

- حالة تعديل الصفقة عن طريق الملحق، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدخل تعديلات على الصفقة، عن طريق ملحق إضافي للصفقة، ويشكل هذا الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، فالأصل أنّ الملحق لا يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة، إلاّ إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة أو خارجة عن إرادة الأطراف³.

1 - إسكندر لحماري وهشام قندوزي، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر 2008، ص 20

2- تنص المادة 195 من نفس المرسوم على ما يلي: "وبهذه الصفقة، يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها، وفي حالة الرفض، يجب أن يكون هذا الرفض معلّلا، ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما تعابنها اللجنة تكون سببا لرفض التأشيرة...".

3 - أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

المصلحة المتعاقدة تملك سلطة تعديل الصفقة، بإضافة ملاحق جديدة لها، وهو حق ثابت لها حتى ولو لم يتم النص عليه في العقد، إلا أن هذا الحق غير مطلق، يمارس ضمن إطار محدد وشروط دقيقة لا يمكن تجاوزها وتتمثل فيما يلي:

- أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد.
- أن يكون للتعديل أسبابا موضوعية.
- أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية، وفي حالة مخالفة المصلحة المتعاقدة لهذه الضوابط، يحق للمتعاقل الاحتجاج أو الاعتراض على هذا التعديل، الذي يدخل ضمن الإطار العام للصفقة، ولم تقتضيه المصلحة العامة ولا حسن سير المرفق العام¹.
- الأصل أنه لا يمكن إبرام الملحق، وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، غير أن المبدأ لا يطبق في الحالات التالية :
- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي، ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.
- إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي.
- إذا كان الغرض من الملحق بصفة استثنائية إقفال الصفقة نهائيا².

ثانيا- الإخلال بالشروط المالية: تتمثل في تلك المخالفات المتعلقة بالجانب المالي للصفقة، وتنشأ نتيجة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية، وتتمحور أساسا في عملية التسديد أو التأخر في تسديد مستحقات الصفقة .

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 124-125 .

2 - المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق .

- الإخلال بالشروط المتعلقة بتعيين الأسعار، و فيه يعتبر التحيين إجراء يسمح بتغيير السعر القاعدي للصفقة، وهذا بسبب التغيرات الاقتصادية. ولا يطبق التحيين إلا في الفترة الممتدة بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر يبدأ التنفيذ، ويمكن أن يطبق التحيين في الصفقات غير القابلة للمراجعة أو المبرمة بأسعار ثابتة¹.

- الإخلال بالشروط المتعلقة بالتأخر في تسديد المستحقات، باعتبار الصفقة العمومية عقد معاوضة، فالمتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ الخدمة موضوع الصفقة وفقا لما اتفق عليه، وبمقابل ذلك تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفع المقابل المالي وفق الأشكال التي حددها القانون².

المرسوم الرئاسي 15-247 حدد كفيات الدفع حسب المادة 108 منه، والتي تنص على أن التسوية المالية للصفقة تتم بدفع التسيقات أو بالدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب³. في حالة ما إذا أخلت الإدارة بهذا الالتزام يؤدي إلى دخولها في نزاع مع المتعامل المتعاقد فيترتب لهذا الأخير حق في مطالبة الإدارة بتنفيذ التزاماتها⁴.

كما أنه عند التسليم النهائي لمشروع الصفقة، تقوم المصلحة المتعاقدة بتسوية حساب الرصيد النهائي، ورد اقتطاعات الضمان و شطب الكفالات، و هذا في أجل لا يمكن أن يتعدى ثلاثين يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية، ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين⁵.

- نصت المادة 122 فقرة 4 بخصوص الإخلال بالشروط المتعلقة بالفوائد التأخرية على أنه :
"يخوّل على عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه للمتعامل المتعاقد

1 - أنظر المادة 97-98 من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 136.

3 - أنظر المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق .

4 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 137.

5 - المواد 120 و 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

وهذا في حالة عدم إمكانيتها من دفع مبلغ الدفعات على الحساب ويتم حسابها ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ انتهاء ثلاثين (30) يوما المقررة قانونا للدفع. وفي هذا الإطار يتعين على القاضي المختص بالفصل في هذا النزاع أن يقوم بتعيين خبير محاسب وذلك من أجل تحديد قيمة الفوائد التأخيرية¹.

- و مثال على الإخلال بالشروط المتعلقة بالأشغال التكميلية، كأن تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد، القيام ببعض الأشغال الإضافية غير المدرجة في بنود الصفقة، ولم يتفق على السعر المحدد لها، مع الإشارة على أنّ دفتر البنود الإدارية العامة، ينص في هذا المجال على أن تقوم المصلحة المتعاقدة باقتراح سعر معين لهذه الأشغال التكميلية².

المطلب الثاني: طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية

بعد تطرقنا لدراسة مختلف المنازعات المطروحة في الواقع العملي على الجهات القضائية، سواء المتعلقة بمرحلة إبرام الصفقة العمومية أو سواء المنازعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، سنحاول في هذا المطلب دراسة طرق تسوية هذه المنازعات بمختلف الإجراءات المنصوص عليها قانونا، وبالتالي خصصنا الفرع الأول لدراسة طرق تسوية المنازعات الناشئة عن الإبرام وفي الفرع الثاني نتناول طرق تسوية المنازعات الناتجة عن التنفيذ .

الفرع الأول: طرق تسوية المنازعات المتعلقة بمرحلة الإبرام

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 وأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن أن نصنف منازعات الصفقة العمومية في مرحلة الإبرام إلى قسمين: منازعات تعرض على لجنة الصفقات العمومية المختصة، ومنازعات تعرض على القضاء الإداري

1 - المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

2 - إسكندر حماري وهشام قندوزي، مرجع سابق، ص22 . 68

الإستعجالي، ومن هذا المنطق سنقوم بدراسة تسوية المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة ثم نقوم بدراسة منازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني.

أولاً- تسوية المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة : حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 65 من هذا المرسوم، أكد المشرع الجزائري على ضرورة إدراج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة¹.

ذلك من أجل الإطلاع على نتيجة الانتقاء، والنقاط التي تحصل عليها المتعهد الفائز من طرف الجمهور، سواء المعنيين بالصفقة أو غير المعنيين، والهدف هو إضفاء الشفافية في الصفقات العمومية، وبالرجوع إلى المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجدها تكرر حق الطعن الناتج عن المنح المؤقت، أمام الجهات المختصة بممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة، حيث نصت على أنه " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة، أو إلغائه، أو إعلان عدم جدوى، أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض، أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة ويرفع هذا الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، أو في بوابة الصفقات العمومية².

و في أجل 15 يوم تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرار ، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة و لصاحب الطعن. و في حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجان الصفقات المختصة لدراسته، إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ نشر إعلان المنح

1 - إسكندر حماري وهشام قندوزي، مرجع سابق، ص 23 .

2 - أنظر المواد 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق .

المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة. و فيما يخص الصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية وفق حدود لجنة الصفقات لسلطة الوصاية¹.

ثانيا- تسوية منازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني: تتمتع منازعات الصفقات العمومية بأبرز خاصية وهي الاستعجال القانوني، و هذا النوع من المنازعات يؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال بنص القانون، ولقد أدرج المشرع الجزائري نوعا معينا من منازعات الصفقات العمومية، وهذا النوع من المنازعات يستقرأ من نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية"².

فقد أجازت هذه المادة للطرف المعني، رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بدعوى استعجالية في حال إخلال المصلحة المتعاقدة لقواعد الإشهار والمنافسة .

يتميز الاستعجال في مجال منازعات الصفقات العمومية في كون الحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي الإداري، والذي يتعلق بالبث في منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام، هو حكم قطعي فاصل في أصل الحق، ومن ثم فهو يتميز بنفس حجية الحكم الذي يصدر عن القضاء الإداري ويحوز على حجية الشيء المقضي فيه، فهو ليس بحكم مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية كما هو عليه الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة³.

1 - المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

2 - المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق .

3 - المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

تحدد آجال الفصل في منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري الإستعجالي بعشرين "20" يوما، من تاريخ إخطاره بالعريضة الافتتاحية، وذلك طبقا للمادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه"، وتعدّ مدّة عشرين يوما للفصل في المنازعات مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة، ولصالح الغير، وحتى لا تتعطل مصالح كل منهم¹.

الفرع الثاني: طرق تسوية المنازعات المتعلقة بمرحلة التنفيذ

للإدارة سلطات وامتيازات كبيرة تتمتع بها، و تتجسد أهمها في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، لذا فإن معظم نزاعات الصفقات العمومية، تتركز في هذه المرحلة. نظرا لتعلقها المباشر بحقوق وواجبات الطرفين، لكن حفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف، لم يغفل المرسوم الرئاسي 15-247 مسألة هامة، وهي تسوية المنازعات الناجمة عن التنفيذ بأيسر الحلول وأسرعها، يبدو واضحا من خلال تبني الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ، وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار².

يتم اللجوء إلى الجهات القضائية، في حالة عدم التوصل إلى حل النزاع عن وديا، وذلك عن طريق مختلف الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري، سواء المتعلقة بدعاوى القضاء الكامل، أو دعاوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية .

و على هذا الأساس سنقوم بدراسة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية و إلى دراسة منازعات الصفقات العمومية المطروحة أمام القضاء .

1 - بدرية عبد الكريم، أساس ومجال إختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد4، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2008. ،ص 106 .

2 - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 143.

أولاً- التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية : تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول به نصت عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حلٍ وديٍّ للمنازعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاته¹.

حتى لا تتعطل المشاريع العمومية تبني المشرع الجزائري، مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ ، وحتى يمكن من أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم، يضعون به حداً لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، ومن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 على مستوى التسوية الودية للمنازعات، هو نصّه على تشكيل لجان محلية للتسوية إلى اللجان المركزية، بعدما كانت محصورة في اللجان المركزية فقط في المرسوم الرئاسي 10-236².

استحداث المشرع الجزائري لجنتين للتسوية الودية للمنازعات، وذلك بموجب المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تنص على أنه "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين"³ و تشكل اللجنة من :

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

تختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها. أما اللجنة المتمثلة لدى كل والي فتتشكل من:

1 - فاضلي سيد علي، "التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية"، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول

"التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة، ص 1.

2 - أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

3 - فاضلي سيد علي، مرجع سابق، ص 2.

- ممثل عن الوالي رئيسا.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

نظرا لكفاءات هؤلاء الأعضاء في الميدان المعني يختارون ، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني¹.

نصّ المشرع الجزائري بالنسبة لصلاحيات هذه اللجنة، على أنّها تختص بدراسة نزاعات الولاية و البلديات، و المؤسسات العمومية المحلية التابعة لها، و المصالح غير الممركزة للدولة، و البلديات و المؤسسات العمومية المحلية التابعة لها.

كما تضمنت المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247، الكيفيات القانونية لعمل لجان التسوية الودية، حيث وضحت الآليات القانونية والإجرائية لبت هذه اللجان في النزاع المعروض أمامها فنصّت على أوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة، تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام²، يقوم رئيس اللجنة باستدعاء الجهة الشاكية لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل عشرة أيام من تاريخ مراسلتها³. و تتم دراسة هذا النزاع في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم برأي مبرّر⁴.

كما يمكن للجنة التسوية الودية، أن تستمع لطرفي النزاع أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، وتأخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها، وعند

1 - المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

2 - المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

3 - فاضلي سيد علي، مرجع سابق، ص 4.

4 - المادة 03/155 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا، ثم يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من المرسوم 247/15.

نصّ القانون على أن تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعاقل المتعاقل في أجل أقصاه ثمانية "08" أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك¹.

وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام والضوابط يتم على أساسها الحل الودي، و هذا يمكن أن نستخلصه من خلال المواد 153 و 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 ومن أهم هذه الأحكام والضوابط: حفظ التوازن في تحمل المسؤوليات بين المتعاقل المتعاقل والمصلحة المتعاقدة.

ثانيا- منازعات الصفقات العمومية المطروحة أمام القضاء الكامل: تدخل في اختصاص القضاء الإداري الكامل منازعات الصفقات العمومية، ولا تدخل في اختصاص قضاء الإلغاء سوى القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، باعتبارها قرارات تمهد لانعقاد الرابطة العقدية، الأمر الذي يجعلها تنفصل عن العقد الإداري².

و تعد دعوى بطلان الصفقة العمومية من أبرز دعاوى القضاء الكامل لأن موضوعها موجه إلى عيب في تكوين الصفقة العمومية، فالسبيل لدعوى بطلان صفقة عمومية هي دعوى القضاء الكامل، وهذا ما أخره القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا بقوله: "إن الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الشامل، لأنه غير

1 - المادة 155/03 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

2 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 315.

موجه ضد أي قرار إداري و إنما ضد عقد... و إن الطعون بالبطلان في القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها وتشريعها هي التي تكون من اختصاص قضاء الإلغاء¹ "

أما دعوى الحصول على مبالغ مالية فجميع منازعات الصفقات العمومية التي يكون موضوعها الحصول على مبالغ مالية التي تمثل الشروط الواردة في عقد الصفقة، مهما كانت صورها، سواء كانت تمثل قيمة للالتزام المتفق عليه ضمن بنود الصفقة، أم جزء منه، أم قسط من الأقساط، أو كان يمثل المطالبة بالتعويض عن الأضرار متسبب فيها أحد الأطراف المتعاقدة، أو كانت المنازعة تتعلق بغرامة مالية التي تنتمي إلى إحدى الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إيقاعها على المتعامل المتعاقد في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه خارج الآجال، أو أن التنفيذ غير مطابق للاتفاق، أو كانت المنازعة تتعلق باسترداد مبالغ الكفالة المدفوعة مسبقا، أو منازعات مبالغ ضمان حسن التنفيذ أو تحميل فارق السعر، وبصورة عامة جميع المنازعات في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع المالي، في إطار بنود عقد الصفقة العمومية، فهي تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل، لأنها منازعات تندرج ضمن دائرة تنفيذ الصفقة وناشئة عن نصوصها².

و للبحث عن المنازعات في مجال الصفقات التي تمارس عن طريق دعوى الإلغاء، وجب التطرق إلى تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية، وبيان الشخص المؤهل قانونا لمباشرة دعوى الإلغاء في تلك القرارات الإدارية المنفصلة، ثم معرفة حجية الأحكام الصادرة بإلغاء تلك القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفقة العمومية ومدى استمرارها وذلك من خلال ما يلي³ :

1 - علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيذر، بسكرة، 2005، ص 127.

2 - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص 110.

3 - المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ج ر العدد 58 لسنة 2010.

تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية فهي تظهر جليا في مرحلة إعداد الصفقة العمومية و إبرامها، فكل القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في أي إجراء من تلك الإجراءات المتعلقة بمرحلة إعداد الصفقة وإبرامها تعد من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية للصفقة العمومية، ويندرج الطعن فيها ضمن ولاية قضاء الإلغاء، وتخرج عن نطاق دائرة دعوى القضاء الكامل لعدم ارتباطها بنصوص الصفقة العمومية وشروطها، كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، و نشوئها، ولا تتعلق منازعاتها بينود الصفقة العمومية ولا الخصومة المترتبة عنها¹. الأشخاص المؤهلون قانونا لممارسة دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة هما.

الأشخاص المؤهلون قانونا لممارسة دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة هما:

- الغير يقصد به في هذا المقام غير المتعامل المتعاقد، وهو الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية، فهذا الغير إذا تضرر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة، واستوفت فيه الشروط القانونية كشرط المصلحة. فليس أمامه للطعن في هذا القرار الإداري إلا طريق دعوى الإلغاء .
- من ثم فغير المتعامل المتعاقد ليس له إلا طريق دعوى الإلغاء للطعن في القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية سواء كان منها في مرحلة إعداد الصفقة العمومية و إبرامها أو كان منها في مرحلة التنفيذ².
- المتعامل المتعاقد يمكن أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء إذا ما صدرت عن المصلحة المتعاقدة قرارات غير مشروعة، أي لم يستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقد، فحينئذ يكون للمتعاقد المتعاقد كسائر المواطنين، أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شروط المصلحة أو كان القرار المطلوب إلغاؤه غير مشروع³.

1 - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 103.

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 313.

3 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 102.

حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية على عقد الصفقة العمومية فإن الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن طريق دعوى الإلغاء لتلك القرارات المنفصلة على عقد الصفقة العمومية إذا ما كان ذلك الإلغاء يؤدي بصفة تلقائية إلى بطلان الصفقة العمومية¹.

1- - بوشي صفية، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 10/236 المعدل والمتمم، مذكرة لاستكمال شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2013-2014، ص 66.

خاتمة

خاتمة

إن المشرع الجزائري قد خص العقود الإدارية بتشريع خاص و لم يخضعها للقانون الخاص، و حرص على تحديد جملة من الإجراءات و الضوابط لإبرام هاته العقود. و إن ما يمكن إستنتاجه هو أن العقد الإداري عقد تبرمه إدارة عامة، تستعمل فيه قواعد إستثنائية، و تستهدف به المصلحة العامة فالمشرع الجزائري يلزم الإدارة أن تتبع طرق معينة في إبرام العقود الإدارية .

من خلال دراستنا لموضوع الشروط الاستثنائية في العقد الإداري، يتضح لنا بجلاء أنه لم يرد تعريف جامع بشكل دقيق وواضح لهذه الشروط في القضاء، و لم يوضع لها تعريف موحد مما يجعل المتعاقد مع الإدارة في حيرة لا يدرك ما هي الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة، والتي يواجهها من خلال تنفيذ العقد، مما يؤدي إلى عدم الثقة بالإدارة و عدم تعرف المتعاقد عليها لعدم تحديد صورها بطريقة واضحة وثابتة في كل العقود الإدارية، مما أدى إلى صعوبة تحديد طبيعتها القانونية لأنه لم يتم تحديد هاته الشروط حصرا أو النص عليها صراحة، و تختلف من عقد إلى آخر.

هذه الشروط ترك تحديدها للإدارة و يعطيها الحرية في اختيارها مع إمكانية التعسف في استعمالها أو استغلالها لتحقيق مصالح خاصة، و في هاته الحالة لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الرجوع إلى القانون للإطلاع عليها ليتمكن من التعامل معها دون التفاجئ بوجودها أثناء تنفيذ العقد، سواء في الدول التي أخذت بمبدأ الوحدة أو الازدواجية في نظامها القضائي ومرد ذلك ابتعاد جهات القضاء الإداري عن تقرير مبدأ أو قاعدة قضائية يستقر عليها العمل لتعلق ذلك بفن القضاء الإداري وحتى لا تعمم هذه المبادئ وتعلق باب الاجتهاد فيما سيعرض مستقبلا من منازعات عليها.

وإن كان هذا الأمر لا يثير أي إشكال في الجزائر، كون أن المعيار العضوي هو المعتمد في تقرير اختصاص القاضي الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية، تميزا لطبيعة العقد الإداري عن غيره من العقود، ونفس الشيء يصدق على الفقه الإداري في وضعه تعريفا لهذه الشروط

الاستثنائية، لاختلاف الطرق القانونية المعتمدة من الإدارة في إبرامها للعقود، فقد ترد مباشرة أو غير مباشرة، إن كان ذلك في دفتر الشروط. ومنها ما هو مستحيل وباطل لو أدرج في عقود القانون الخاص، لاعتبارها غير مألوفة في هذا النوع من العقود وعليه ومما سبق لم يتوصل إلى تحديد صياغة هذه الشروط بل يكتفى بالإشارة إليها، لاعتبار أن القانون يحكم أشياء محددة ولكثرتها لا يمكن حصرها، وتجدر الإشارة أن هذا التحديد بدوره لم يلق صدق في الجزائر لاعتماد القضاء الإداري.

الطبيعة الخاصة التي تضيء على العقد الإداري جعلت منه نظاما قانونيا قائما بذاته سببه الشروط غير المألوفة التي تتضمنها دون أن تكون محددة حصرا ضمنه لكثرتها. وسبب ذلك تطور هذا المجال بسرعة لا متناهية من أجل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتحقيق المصلحة العامة.

نظرا لطبيعة العقد الإداري المتميزة عن العقد المدني فإن الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة تتمتع بامتيازات لا مثيل لها في القانون الخاص، والتي تمنحها الشروط الاستثنائية فيه. ومناطق هذه الامتيازات احتياجات المرفق العام. وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وتتجلى هذه الامتيازات في سلطة الرقابة والتوجيه، وسلطة تعديل شروط العقد، سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها وسلطة إنهاء العقد الإداري.

العقد الإداري يخول جهة المصلحة المتعاقدة هذه المجموعة من السلطات لضمان تنفيذ العقد الإداري تنفيذا سليما. في سلطة الرقابة والإشراف، سلطة التعديل، وسلطة توقيع الجزاءات، وسلطة إنهاء العقد، وكل ذلك إلا أنه ما توصلنا إليه أن استعمال هذه السلطات من قبل المصلحة المتعاقدة يلزمها بعدم التعسف في استخدامها لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة، فسلطة الرقابة امتياز ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية، تعني التحقق من أن المتعاقد معها يباشر تنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها. وهذا الحق ثابت ودون

حاجة للنص عليه في العقد، فحق الرقابة مرده وأساسه فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وتنظيمه، وتختلف سلطة الإدارة في الرقابة باختلاف العقود ومدى صلتها بالمرفق العام.

كما تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد، ودون حاجة للنص عليه في العقد لضمان سير المرفق وتحقيق المصلحة العامة، فيمكن لها تغيير الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالزيادة أو النقصان في كمية الأعمال ومدة التنفيذ موضوعية وليس انطلاقاً من فراغ. لكن دون أن يتعدى ذلك إلى التعديل من موضوع العقد وتصبح أمام عقد جديد.

وأن يكون لأسباب وللمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته كأن يعمل أو يقصر في التنفيذ أو لم ينجز العقد في المدة المتفق عليها، أو تنازل عليه دون موافقتها، فلها سلطة توقيع جزاءات مالية أو ضاغطة أو فاسخة.

كما أن للإدارة العامة حق بسلطة إنهاء العقد الإداري دون صدور ووقوع أي خطأ من المتعاقد معها يوقع على المتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله بأحد التزاماته التعاقدية، طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة ويمكن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد لامتيازات حماية المصلحة العامة.

يمكن القول من خلال ما سبق أن هذه الامتيازات التي تمنحها الشروط الاستثنائية في العقد الإداري لها حدودها، ويجب على الإدارة احترامها لكونها تشكل ضماناً للمتعاقد معها، فامتياز الإدارة بسلطة الرقابة تحكمه عدة قيود تتمثل في احترام الإدارة لصياغة وموضوع العقد، المبرم مع المتعاقد، وذلك من خلال احترامها للقوانين واللوائح لتحقيق المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام بانتظام كما يكون للقاضي الإداري سلطة بسط رقابته عن طريق الإلغاء أو التعويض.

أما سلطة التعديل فالإدارة تلزم باحترام جملة من الشروط أهمها احترام قواعد المشروعية وأن تنصب سلطة التعديل على نصوص العقد المتصل بسير المرفق.

بالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات فإن استعمال الإدارة لها تحكمه مجموعة من الشروط تتمثل في وجوب إعداد المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه مع ضرورة احترام قواعد المشروعية وتنصب رقابة القاضي الإداري على الجزاء الموقع من طرف الإدارة المتعاقدة على رقابة المشروعية والملائمة.

وأخيرا و بالنسبة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري فيجب أن يكون مبرر الإنهاء هو المصلحة العامة، ولها في ذلك السلطة التقديرية الواسعة في إنهاء العقد، و إنهاء العقد مرده ومن جانب آخر أيضا للمتعاقد مع الإدارة حقوق في مجملها ذات طبيعة واحدة وهي الطبيعة المالية، وإن كانت تختلف صورها و إجراءاتها و حالاتها بين حق وآخر.

المتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته التعاقدية يصبح من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية المحددة في شروط العقد، وبعد هذا الحق من أهم الحقوق على الإطلاق وذلك عليه وهو الحق الأساسي الذي يطمح إليه المتعاقد مع الإدارة. نظرا لما سبق تبيانه في المبحث الأول من الفصل الثاني بأن المتعاقد يستهدف الربح أصلا، والحصول وللمتعامل المتعاقد الحق في التعويض، ولو دون خطأ من الإدارة فتلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة، وإن قام المتعاقد مع الإدارة بأداء خدمات غير مطلوبة أصلا في العقد، ولو لم تطلبها منه الإدارة وذلك إما على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو القيام بأعمال لم يكون العمل قد استفادت منه المصلحة المتعاقدة وأن لا تعترض عليه. يتم الاتفاق عليها مسبقا ولم تكلفه بها، إلا أنه استثناء له حق طلب التعويض عما أداه بشرطين، أن بالإضافة إلى ذلك للمتعامل المتعاقد الحق في التوازن المالي في حالة أصيب بضائقة مالية وذلك على أساس نظرية التوازن المالي التي تعد نظرية قضائية يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه.

كذلك لا يمكن ترك المتعامل المتعاقد مع الإدارة وحده يعاني من هذه الضائقة المالية، فقد يؤدي هذا إلى الإفلاس وغلق المشروع والتوقف عن كل نشاط، وهذا ما يؤثر على سير المرفق العام وخدمة الجمهور سلبا مما يفترض عند النهاية الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي.

أما الشق الثاني من هذا الموضوع فرغم ما قرر من حقوق لصالح المتعامل المتعاقد فإن ذلك يعد غير كافي إذا ما قارناه مع ما هو مخول للإدارة من سلطات غير معهودة في القانون الخاص كسلطة إنهاء العقد من تعسف الإدارة في استعمالها لسلطاتها في مواجهة المتعامل المتعاقد، أو تعديله دون رضي المتعامل المتعاقد معها، كذلك يبقى القضاء هو الحصن الحصين والملاذ الأمين، وتجدد الإشارة إلى أنّ الكثير من المقاولين ورؤساء مؤسسات قد وجهوا انتقادات، باعتبار إبرام العقود الإدارية اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بوجود بعض التناقضات.

فإنه قد تقوم نزاعات بين الطرفين سواء أثناء مرحلة الإبرام أو بعدها، فإنه يستدعي تدخل المشرع الجزائري لضبطها و تحديد صلاحيات الجهات القضائية الإدارية بنظرها و الفصل فيها، و ذلك بموجب نصوص قانونية واضحة و محددة لوضع نظام قانوني واضح المعالم بخصوص منازعات العقود الإدارية في الجزائر، فلذلك قام المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 إلى وسائل حل هذه النزاعات.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية :

أولاً-القوانين والمراسيم:

- 01- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
- 02- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ج ر العدد 58 لسنة 2010.
- 03- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد14، بتاريخ 8 مارس 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر، عدد50، بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 15-11، مؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر، عدد 44، بتاريخ 10 أوت 2011.
- 04- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، لسنة 2016.
- 05- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد21، بتاريخ 23 أبريل 2008.
- 06- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 21/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سنة 2002، العدد 52 تم إلغائه 10/36 ثم تعديله، و ثم إلغائه 15/247.
- 07- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في الأحد 06 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق 20 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 50.
- 08- المرسوم الرئاسي رقم 08-338.

ثانياً-الكتب

- 01- ابراهيم الشهراوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مؤسسة الطويجي، مصر، 2003.
- 02- ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، دط، الكويت، مكتبة الفلاح، 1964.

قائمة المصادر والمراجع

- 03- ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1997.
- 04- ابراهيم مُجَّد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون 1998/89 ، الطبعة 02 ، النهضة العربية، 2003، ص74.
- 05- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية مكتب دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن سنة 1998.
- 06- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: د. مُجَّد عرب صاصيلا، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 07- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011 .
- 08- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهي و قضائية، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، طبعة 2010.
- 09- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية سنة 1999.
- 10- خالد خليل الطاهر، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، ط01 ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 1997.
- 11- راجحي أحسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2013.
- 12- رشا مُجَّد جعفر القاسمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المتعاقدة معها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 13- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1985 .
- 14- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ونظرية العمل الإداري، دار الكتاب الحديث، مصر، 1993.
- 15- سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، د.م.ن، 1973.
- 16- سعد السيد علي، الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2006.

قائمة المصادر والمراجع

- 17- سليمان مُجَّد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 5، مطبعة عين الشمس، القاهرة، 1991.
- 18- سليمان مُجَّد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 3، القاهرة، دار الفكر العربي، 1975.
- 19- سليمان مُجَّد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 20- طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.
- 21- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط 3، دار النهضة، القاهرة، 1976.
- 22- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، توزيع دار الفكر العربي، 1988.
- 23- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، توزيع دار الكتب الحديث، 1990.
- 24- عبد الحميد لشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 25- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزام)، الجزء الأول، مصر، سنة 1985.
- 26- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، الجزء الأول، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 27- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقاً لأحكام المناقصات و المزايدات وأحدث تعديلاته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 252.
- 28- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 29- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

قائمة المصادر والمراجع

- 30- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه والقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007.
- 31- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة 1975.
- 32- عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- 33- عكاشة حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العلمي، دار الطبع، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر ، 1998.
- 34- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت 2011.
- 35- عمار بوضياف، الصفقات العمومية بالجزائر، ط 01، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2007.
- 36- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 37- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 196.
- 38- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 39- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 40- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.
- 41- فاروق أحمد خماس، مُجَدِّد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، بغداد، 1992.
- 42- ماجد راغب الحلوى، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
- 43- ماجد راغب الحلوى، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1994.
- 44- مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، ط 2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- 45- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائنات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2014.
- 46- ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير، الموصل، 2009.
- 47- مُجَدِّ الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- 48- مُجَدِّ الصغير بعلي، القانون الإداري دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004.
- 49- مُجَدِّ الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم والنشر و التوزيع، عنابة، 2005.
- 50- مُجَدِّ خلايلية، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط10، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 51- مُجَدِّ رفعت عبد الوهاب، مُجَدِّ عثمان مُجَدِّ عثمان، مبادئ القانون الإداري، القانون الإداري، دار المطبوعات دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.
- 52- مُجَدِّ فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر 1993.
- 53- مُجَدِّ فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2005.
- 54- مُجَدِّ فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الناشر مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة طبع.
- 55- مُجَدِّ فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975.
- 56- مُجَدِّ مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري: دراسة مقارنة، 01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005 .
- 57- مُجَدِّ يحيى، المغرب الإداري، الطبعة الثالثة، 2004 مع آخر المستجدات .
- 58- محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، 1977 .
- 59- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية ،مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.

قائمة المصادر والمراجع

- 60- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد مُجَّد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
- 61- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، منشورات لباد، الطبعة الثالثة، سطيف، الجزائر 2003.
- 62- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، ط2، منشورات زين الحقوقية، 2012.
- 63- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. عرب مُجَّد صصيلا، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009
- 64- جون قوديل بيار لقولقيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001 .

ثالثا- الأطروحات و المذكرات

1-أطروحات الدكتوراه

- 01- أحمد فتح الله سكينه، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، عين الشمس، القاهرة، 1997.
- 02- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2011-2012.
- 03- سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008 .
- 04- علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعية عين الشمس، سنة 1975.

2- مذكرات تخرج

- 01- إسكندر لحماري وهشام قندوزي، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر 2008 .
- 02- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005 .
- 03- بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عباس لغرور خنشلة، 2011/2010 .
- 04- بن معزوز خديجة، عباش لامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2011.
- 05- بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيجل، (غير منشورة)، 2008 .
- 06- بوشي صافية، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 10/236 المعدل والمتمم، مذكرة لاستكمال شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2013-2014.
- 07- جهاد جودي، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012-2013
- 08- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013.
- 09- خوخة توتي، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري)، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012/2013.
- 10- عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011 .
- 11- علاء عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيذر، بسكرة، 2005.

- 12- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.
- 13- نصر الشريف عبد الحميد قاضي، النظام القانوني للعقود الإدارية، (مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء)، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، الدفعة الثانية عشرة.
- 14- يونس حشاني، سلطة إنهاء العقد الإداري، (مذكرة لنيل شهادة الماستر)، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2011.
- 15- سبكي ريحة، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013.

ثالثا- المقالات العلمية

- 01- أنور أحمد رسلان، "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"، مجلة القانون الاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ديسمبر 1978، العددان الثالث والرابع، السنة 1980 .
- 02- بدرية عبد الكريم، أساس ومجال إختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد4، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2008.
- 03- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، باتنة، عدد 10، جانفي 2014.
- 04- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت.
- 05- محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية 94 الحقوق، جامعة عين الشمس، ع1، 1997 .

رابعاً-الملتقيات العلمية

- 01- فاضلي سيد علي، "التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية"، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة.

خامساً-المراجع باللغة بالفرنسية

- 01- CHEVALLIER Jaques, l'Etat poste moderne, L.G.D.J, Paris, 2004.
- 02- JEGAUZE Yves , « l'administration contractant en question », in « mouvement du droit public, mélange.
- 03-AIAD Shwekat, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen (Etude comparative), Thèse du doctorat en Droit public, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE (UT1 Capitole), 2016.
- 04-ANDREE Coudeville, précis de droit public, ellipseséd, marketing, « l'administration peut aussi prononcer des sanctions coercitives de durée provisoire, pour assurer, en cas de défaillance ou de carence du cocontractant lacontinuité du service public”2005,
- 05-ERO (J), Précis de droit administratif, 5 e ed, Paris, 1973.
- 06-JACQUES Eygasier, Charles Pareydt, Exécution des marchés publics de travaux, Edition Lamy, France 2010.
- 07-JEAN -david dreyfus, in l'execution, des contrats, « les pouvoirs de contrôle de l'administration en France (sous la direction de Geard Marcou et autres) IRJS Edition, pari, 2007.
- 08-MANGUE Christine, la portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics, Dalloz, Paris, 2004.

الفهرس

الفهرس

الإهداء

شكر وعرفات

01.....	مقدمة.....
07.....	الفصل الأول: سلطات الإدارة الإستثنائية في تنفيذ العقود الإدارية.....
09.....	المبحث الأول: سلطة الرقابة والتعديل للعقود الإدارية أثناء تنفيذها.....
09.....	المطلب الأول: سلطة الرقابة للعقود الإدارية أثناء تنفيذها.....
11.....	الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة في الإدارة.....
13.....	الفرع الثاني: أساس سلطة الإدارة في الرقابة.....
14.....	الفرع الثالث: نطاق وضوابط سلطة الرقابة في الإدارة.....
16.....	المطلب الثاني: سلطة التعديل للعقود الإدارية أثناء تنفيذها.....
18.....	الفرع الأول: حق الإدارة في تعديل العقد الإداري.....
18	أولاً- الإلتزام بموضوع العقد.....
19.....	ثانياً- أن يكون التعديل لأسباب موضوعية.....
20.....	ثالثاً- احترام مبدأ المشروعية.....
21.....	الفرع الثاني: حق الإدارة في تعديل العقد الإداري.....
22.....	المبحث الثاني: سلطة توقيع جزاءات و إنهاء العقد.....

- المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها.....23
- الفرع الأول: تعريف الجزاءات الإدارية.....23
- الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية.....24
- أولاً- الجزاءات المالية.....25
- ثانياً- الجزاءات غير المالية (الضاغطة).....33
- ثالثاً - الجزاءات الفاسخة.....35
- المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري.....38
- الفرع الأول: ماهية سلطة الإنهاء.....39
- الفرع الثاني: إنهاء العقد في حالة خطأ المتعاقد وعدم الخطأ.....41
- الفصل الثاني: أوجه الشروط الإستثنائية في العقد الإداري.....44
- المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة.....45
- المطلب الأول: الحق في المقابل المالي والتعويض.....46
- الفرع الأول: حق المتعاقد في المقابل المالي.....47
- الفرع الثاني: حق المتعاقد في التعويض.....49
- أولاً: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ.....50
- ثانياً: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ.....51

- المطلب الثاني : حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد (المعادلة المالية).....52
- الفرع الأول : تعويض المتعاقد أخذا بقواعد نظرية فعل الأمير.....54
- الفرع الثاني : تعويض المتعاقد نتيجة الظروف الطارئة.....57
- الفرع الثالث: تعويض المتعاقد أخذا بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....62
- المبحث الثاني : منازعات الصفقات العمومية وطرق تسويتها.....68
- المطلب الأول : منازعات الصفقات العمومية.....68
- الفرع الأول : منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة الإبرام.....69
- أولا- الإخلال بمبدأ الشفافية69
- ثانيا- الإصلاح بمبدأ المساواة بين المتنافسين.....71
- الفرع الثاني : منازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة التنفيذ.....73
- أولا- الإخلال بالشروط التقنية.....73
- ثانيا- الإخلال بالشروط المالية.....75
- المطلب الثاني: طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية.....77
- الفرع الأول: طرق تسوية المنازعات المتعلقة بمرحلة الإبرام.....77
- أولا- تسوية المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة.....78
- ثانيا- تسوية منازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني.....79

الفهرس

80.....	الفرع الثاني: طرق تسوية المنازعات المتعلقة بمرحلة التنفيذ.....
81.....	أولاً- التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية
83.....	ثانياً- منازعات الصفقات العمومية المطروحة أمام القضاء الكامل.....
88.....	خاتمة.....
94	قائمة المراجع.....
104.....	الفهرس.....

الملخص

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تعتمد عليها الإدارة لتسيير وتنظيم وضمان وديمومة خدمات مرافقها العامة، وهذا يستلزم ضرورة توافق العقد الإداري مع مقتضيات سير المرفق العام الذي أبرم العقد الإداري من أجل تسييره، وتتميز هاته العقود عن غيرها من العقود الأخرى بما تحتويه من شروط استثنائية خصها المشرع بها، وهي عبارة عن بنود غير مألوفة في القانون الخاص هدفها تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة من خلال إظهار الإدارة كسلطة عامة عن طريق تطبيق قواعد القانون العام في العقد الإداري.

وتختلف الشروط الإستثنائية باختلاف العقود الإدارية واختلاف مصادرها، فكل عقد يمنح الإدارة المتعاقدة سلطات وامتيازات استثنائية تمارس من خلال دورها كطرف قوي في العقد الإداري من أجل ضمان السير الحسن لتنفيذ ما تم التعاقد عليه ولضمان الوصول إلى الهدف المرسوم من استعمال العقد الإداري كوسيلة قانونية لتحقيق المصلحة العامة، تستمد الإدارة تلك السلطات من حقوقها الدستورية والقانونية في تنظيم وإدارة المرافق العامة.

و من آثار تطبيق الشروط الإستثنائية خلال تنفيذ العقد الإداري التزامات تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة ، وحقوق تلتزم الإدارة منحها للمتعاقد معها كحقه في اقتضاء مقابل مالي وفي التعويض في حالات معينة وأخيرا حقه في الحفاظ على التوازن المالي للعقد في حالة خروج تنفيذ العقد عن الظروف العادية.