

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية



مظاهر السلطة الجزائرية للإدارة

أثناء تنفيذ العقد الإداري

- دراسة مقارنة -

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص: قانون عام

إشراف:

أ.د. دايم بلقاسم

إعداد الطالبة:

سكران فوزية

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. بلماحي زين العابدين
مشرفا ومقورا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. دايم بلقاسم
مناقشا	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر "أ"	د. عبد اللاوي جواد
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	د. هديلي أحمد

السنة الجامعية: 1440-1441 هـ / 2019-2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۗ أُحِلَّتْ لَكُمْ
بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ
وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ تَحَكُّمٌ مَا يُرِيدُ ﴾

صِدْقُ
الْعَظِيمِ

(سورة المائدة، الآية 01)

إهداء

إلى

. أبي رحمه الله و طيب الله ثراه .

. أمي أطال الله في عمرها .

زوجي بومدين الذي كان لي نعم العون . والذي ضحى بوقته وعمله، لتمكيني من

إنجاز هذا العمل، وقاسمني أعبائه ورفع من همتي في سبيل استكمالته وظهوره .

إلى البراءة والأمل أبنائي أيمن بهاء الدين، وعبد المجيد الزين رمز التطلع إلى

المستقبل .

إلى أساتذتي الأفاضل الذين تعلمت على أيديهم بدون استثناء عبر مراحل التعليم

المختلفة، وعرفت قيمة العلم .

إلى كل هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع، وأتمنى من الله العلي القدير أن

يوفقني لما يحبه ويرضاه .

فوزية سكران

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، اللهم لك الحمد حتى ترضى

ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا .

لما كان شكر الناس من ذوي الفضل من الخصال التي ربانا عليها ديننا الحنيف،
فلا يفوتني أن أتوجه بالشكر لكل من أعانني على إنجاز هذه الرسالة من قريب أو
من بعيد، وأخص بالذكر أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور بلقاسم دايم، الذي كان
لي نعم الأستاذ وخير مؤطر؛ والشكر موصول كذلك للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة
المناقشة: الدكتور زين العابدين بلماحي، والدكتور جواد عبد اللاوي، والدكتور
أحمد هديلي الذين تكبدوا عناء قراءة هذه الرسالة ومناقشتها .
كما أشكر كل من استعملت مرجعا له في إعداد هذه الرسالة.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ت ص ع: تنظيم الصفقات العمومية.

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: الجزء.

د ب ن: دون بلد النشر.

د د ن: دون دار النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

د ش إ ع: دفتر الشروط الإدارية العامة.

د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ط: الطبعة.

ع: العدد.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق إ م: قانون الإجراءات المدنية.

م: المادة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Aff. : affaire.

AJDA : l'actualité juridique du droit administratif.

ART : article.

ASS : Assemblée

C / : contre.

CE : Conseil d'Etat.

C.P.C : code de procédure civile.

CMP : code des marchés publics.

Concl: conclusion.

.Ed : édition

IDARA : revue de l'école nationale de l'administration.

JCP : juris classeur périodique.

JO : journal officiel.

JORF : journal officiel de la république française.

LGDJ : librairie générale de droit et de jurisprudence.

N : numéro.

OP CIT : ouvrage précité (père ciato).

OPU : office des publications universitaires.

PUF : Presses universitaires de France

RDP : revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger.

Rec. : recueil.

RFDA : revue française du droit administratif.

T : tome.

TA : Tribunal administratif.

TC : tribunal des conflits.

V : volume.

مقدمة

إذا كانت القرارات الإدارية تشكل العمود الفقريّ لنشاط الإدارة العامة، وأداتها الأساسية في تنفيذ مهمّاتها ومسئولياتها، فإن الإدارة العامة تملك اللجوء بداهة إلى وسائل قانونية أخرى؛ لتنفيذ هذه المهمات والمسئوليات، فتلجأ عادة إلى أسلوب العقد¹، لكن العقود التي تبرمها الإدارة ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد؛ إذ تستطيع الإدارة الاختيار بين الأخذ بأسلوب القانون العام أو الأخذ بأسلوب القانون الخاص.

والعقود التي تبرمها الإدارة بأسلوب القانون الخاص هي تلك العقود التي تتخلى فيها الإدارة عن امتيازات السلطة العامة وتتعامل مع الأفراد أو الشركات، كما يتعاملون فيما بينهم وتعتبر العقود في هذه الحالة عقوداً مدنية تخضع للقانون الخاص، ويختص بها القضاء العاديّ.

أما عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون العام فهي العقود التي تبرمها بوصفها سلطة عامة، وتهدف بها إلى تنظيم مرفق عام، وتسييره، وتخضع تلك العقود لقواعد خاصة في القانون الإداري²، وبالتالي يختص القضاء الإداري بهذه العقود في الدول التي تأخذ بنظام الازدواج القضائي (الإداري والعاديّ)، والتي يطلق عليها مصطلح العقود الإدارية.

وتتميز العقود الإداريّة في نطاق القانون العام عن غيره من العقود في القانون الخاص، بتوافر ثلاثة شروط لا نجدها في العقد المدنيّ، وهي أولاً وجود الإدارة طرفاً في العقد بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام. ثانياً أن يكون محل العقد أو موضوعه متصلاً بتنفيذ التزام مرفق عام³؛ لأن مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واستمرار وضروراته هي الهدف من إبرام العقد⁴، ثالثاً أن

¹ - Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen, Etude comparative, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE (UT1 Capitole), thèse, 2016, p 09.

² - Journal du droit administratif J.D.A, 2016, chronique contrats publics, 01 ; Art. 105,p04.

³ - وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر والمحكمة العليا المصرية، حيث نصت في حكم لها بتاريخ 1998/1/8: "إن مناط العقد الإداري إلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطرافه أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته، مراعاة لوجه المصلحة العامة، وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة". حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1283، لسنة 35 ق، جلسة 1998/1/8، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج. 49، ص 58. مشار إليه لدى : د. بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري- دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 53.

⁴ - د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 496.

يتضمن العقد شروطاً استثنائية (Clauses exorbitantes)¹ غير مألوفة في القانون الخاص (Droit privé)، فالشروط التي تمتاز بها الإدارة، في مجال العقود الإدارية، تجعل موقف طرفي العقد - الإدارة والمتعاقد معها - غير متكافئ، وهذا يعد خروجاً عن المألوف أي قواعد القانون الخاص.²

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن فكرة العقد تقوم على فكرة التقاء أو اتفاق إرادتين - أو أكثر - على إحداث أثر قانوني معين؛ بقصد إنشاء التزامات متقابلة بينهما أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها³؛ ومن ثم فإن التشريعات في فرنسا تناولت تعريف العقد الإداري، كما أسندت أيضاً هذه المهمة إلى الفقه والقضاء الإداريين اللذين تصدوا لتعريف العقد الإداري، فالمرجع الفرنسي قد عرف العقد في المادة 1101 من القانون المدني بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه"⁴، كما أن المرجع المصري عرف العقد في مشروع تنقيح القانون المدني المصري المادة 122 بأن: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو

¹ - Renaud Souche, privilège du préalable et contrats administratifs, mémoire, faculté de droit et science politique, université de Montpellier, 2012, p 06.

² - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 93.

³ - فقد أكدت المحكمة الإدارية في حكما الصادر بتاريخ 2001/1/9 على أنه: "يعقد العقد الإداري بإيجاب من راغب التعاقد، يتمثل في تقدمه لعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها في الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايمة، والصادر عن الإدارة، والذي يعد دعوة التعاقد، وهذا الإيجاب لا ينتج أثره في انعقاد العقد إلا إذا صادف قبول الإدارة، واتصل هذا القبول بعلم من وجه إليه"، حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1242 لسنة 45. ق، جلسة 2001/1/9، مجلة الحمامة، العدد الثاني، في عام 2002، ص 522.

كما قد عرفت أيضاً محكمة القضاء الإداري في مصر العقد بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك يتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص...". حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 222 لسنة 10. ق، في 1956/12/13، منشور بمجموعة أحكام القضاء الإداري، ص 1855. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم لا حق لها الصادر في الطعن رقم 13838 لسنة 50. ق، جلسة 2008/4/15، الموسوعة الماسية في أحكام المحكمة الإدارية العليا في الأعوام 2008 و2009 حتى مارس 2010، أورده د. وجدي شفيق، شركة ناس للطباعة والنشر، طبعة 2011، الكتاب الأول، ص 201.

⁴ « Une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

- loi n 65- 51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration, JORF, 1965, p 945.

- Ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF, n 169, 24/07/2015

- Ordonnance no 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF, no 25, 30/10/2016.

أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"¹. فإنهما لم يعرفا العقد الإداري؛ إذ لم يعرف
المشرع الفرنسي العقد الإداري، وإنما عرف الصفقات العمومية في المادة الأولى من قانون الصفقات
العمومية code des marchés publics على النحو الآتي: "الصفقات العمومية هي عقود مبرمة على
سبيل مكلف بين السلطات المانحة المحددة في المادة 2 والشركات الاقتصادية العامة، أو الخاصة؛
لتلبية متطلباتها للأعمال واللوازم أو الخدمات"². كما لم يعرف المشرع المصري العقد الإداري في
القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات (الملغى)، و القانون
الحالي رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بإصدار قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة هو بدوره
لم يتطرق لتعريف العقد الإداري³، وإن كان قد أشار إلى مصطلح العقد الإداري في المادة العاشرة
من القانون رقم 47 لسنة 1972 المختص بمجلس الدولة، والتي نصت على اختصاصه بالفصل في
المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

ولم يخرج المشرع الجزائري على نهج نظيره الفرنسي والمصري فلم يعرف بدوره العقد
الإداري، بل اكتفى بالإشارة إليه؛ ليخص بالتعريف الصفقات العمومية من دون أن يصرح بأنها
عقود إدارية، فقد أشار المشرع الجزائري إلى مصطلح العقد الإداري في المادة (804) في فقرتها
الرابعة من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن ق.إ.م.إ والتي جاء
فيها: "خلافا لأحكام المادة (803) أعلاه ترفع الدعاوى وجوباً أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة
أدناه: "... في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها
مكان إبرام العقد أو تنفيذه.."، وعرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية في المادة الثالثة من
المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية السابق بأنها: "عقود مكتوبة في

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، صفحة 10 في الهامش.

² - L'article 1 du code des marchés publics (édition 2006): « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »

³ - راجع نصوص القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في: د. سامح سيد محمد، القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية، دار الكتب المصرية، 2009، ص 43، وكذلك قانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بقانون إصدار التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج.ر.العدد 39، المؤرخ في 03 أكتوبر لسنة 2018.

مفهوم التشريع المعمول به، وهي تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم بقصد إنجاز الأشغال، واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"، أما المادة الثانية من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عرفها بأنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"¹.

وإلى جانب التعريف التشريعي للعقد الإداري فقد تولى الفقه هذه المهمة أيضا ؛ إذ أورد الفقهاء العديد من التعريفات له، منها تعريف الأستاذ André de laubadère بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام ويتم هذا التوافق من خلال الأشكال والإجراءات المقررة في القانون الإداري².

¹ - حرص المشرع الجزائري على تعريف الصفقة العمومية عبر القوانين المختلفة المنظمة لها؛ إذ عرفها في المادة الأولى من قانون الصفقات الأول أمر 6790 بأنها " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات، أو البلديات، أو المؤسسات والمكاتب العمومية بقصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

وعرفها في المادة الرابعة من المرسوم 82145 المؤرخ في 10 ابريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي بأنها: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم بقصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".

= ولم يتعد المرسوم التنفيذي رقم 91343 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن سابقه كثيرا وقدمت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية بقولها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم بقصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة؛" وعرفتها المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 02250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بقولها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. وهي تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم بقصد إنجاز الأشغال، واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

- كما أن المرسوم الرئاسي رقم 1303 المؤرخ في 13 يناير المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 1303 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية فلم ينص على أي تعريف للصفقة العمومية.

- أما المرسوم الرئاسي رقم 15-245، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج.ر.العدد50، لسنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي فقد عرفها في المادة الثانية منه، ص 1.

² - André de laubadère et F Moderne et P Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J.1984, p17 et s.

كما عرفه الأستاذ Jean-Paul Pastorel بأنه: "العقد الذي تكون الإدارة بطريقة أو بأخرى طرفاً مشاركاً فيه، ويخضع هذا العقد للقواعد الخاصة بالقانون الإداري، كما يخضع لاختصاص القضاء الإداري"¹.

أما الأستاذ سليمان الطماوي يرى أن العقد الإداري هو: "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 شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"².

في حين يرى الأستاذ ماجد راغب الحلو: "لكي يكون العقد إدارياً يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام سواء أعلق الأمر بالدولة أم تعلق بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية ويجب أن تكون الإدارة قد اختارت في تعاقدتها الالتجاء إلى وسائل القانون العام والأخذ بأساليبه"³.

ويعرفه آخرون بأنه: "العقد الذي تبرمه الإدارة بوصفها سلطة عامة؛ بهدف تنظيم وتسييرها المرافق العامة ومثل هذا العقد يخضع لقواعد القانون الإداري"⁴.

في حين يرى البعض أن: "العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية بوصفها سلطة رسمية عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطراد

¹ - « Le contrat administratif est un contrat dans lequel l'administration est d'une manière ou d'une autre, partie prenante, soumis à des règles spéciales de droit administratif et relevant de la compétence de la juridiction administrative » Jean-Paul Pastorel, Droit administratif, DUNOD, Paris, 1995, p10.

Voir : Manuel Delamarre et Timothée Paris, Droit administratif, Ellipses, 2009 p291. Xavier Philipe, Droit administratif général, 2e Ed, Librairie De l'université 1996, p153.

² - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص50.

³ - د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص518.

⁴ - د. رمضان محمد بطيخ ونوفان منصور العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية (الكتاب الثاني)، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص488 وما بعدها.

لتحقيق مصلحة عامة ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص¹.

ونظراً للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية؛ إذ تملك الإدارة امتيازات وسلطات واسعة تفوق ما يتمتع به المتعاقد معها وهذا مظهر من مظاهر سلطتها العامة وتكمن الغاية من ذلك تحقيق المصلحة العامة، ومن بين هذه الامتيازات سلطتها في الرقابة وتوجيه المتعاقد معها بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بما ينسجم وظروف وأحوال المفاوضة محل العقد الإداري، وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد فلها أن تلجأ إلى تعديل العقد الإداري متى كانت هناك ضرورة تستوجب ذلك²، وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها سواء نص عليها العقد أم لم ينص، وهذا الامتياز الأخير؛ يعتبر مظهر من مظاهر السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها، هو ما يهمننا في مجال بحثنا؛ إذ إن هذه السلطة تهدف إلى التنفيذ الضروري للالتزامات التعاقدية لدوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

بالإضافة إلى أن العقد الإداري كغيره من العقود تنشأ عنه التزامات متبادلة بين الطرفين- الإدارة والمتعاقد معها- فإذا كانت الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات في مجال العقود الإدارية وهو مظهر من مظاهر السلطة العامة كما سبق وذكرنا، كسلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها والذي يعتبر أخطر السلطات الممنوحة لها بحكم أنها تسعى لتحقيق المصلحة العامة، فإن ذلك لا يحررها من وجوب احترام التزاماتها التعاقدية؛ إذ تنشأ في مواجهتها التزامات عديدة يجب الوفاء بها وإلا تحققت مسؤوليتها العقدية.

وعليه، تعد الرقابة القضائية، أهم آلية يمارسها القضاء بمختلف هيئاته حينما ترفع إليه الدعوى، فمهمة القضاء ممارسة العدل وإيجاد التوازن بين المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة، وبين المصالح الخاصة التي يمثلها الأفراد، التي تكمن في مصلحة المتعاقد مع الإدارة.

¹- د. بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص-ص 20 و21.

²- د. إحسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2017، ص 14.

وبناء على ما تقدم، فإن الإدارة ملزمة باستعمال هذه السلطات بالشكل الذي يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومتى كان تصرف الإدارة ليس على غرار ذلك، عد تصرفها خطأ عقديا يسمح للمتعاقد معها المطالبة بالتعويض، ومن جهة أخرى يفرض العقد الإداري التزامات شديدة وصارمة على المتعاقد مع جهة الإدارة قد تكاد تكون أكثر قسوة مما هي عليه في العقد المدني، نظرا لارتباط العقد الإداري بالمرفق العام وتلبية احتياجاته.

وعلى هذا الأساس، تتجلى دراسة موضوع مظاهر السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري بأهمية قانونية وموضوعية تفرض نفسها على واقع الأمر سواء في فرنسا أم في مصر أم في الجزائر، ومن أهم الموضوعات القانون الإداري الحديثة، فليس هناك أدنى شك في سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها، حيث تعتبر هذه الجزاءات الوسيلة المهمة التي تكفل بها الإدارة حسن سير المرافق العامة بانتظام، واطراد باستخدام امتيازها بالتنفيذ المباشر؛ إذ تعجز قواعد القانون الخاص وإجراءاته عن تحقيق هذه الغاية؛ لما تتصف به تلك الإجراءات من بطء قد يهدد سير المرفق العام، وهذا من الناحية الموضوعية.

أما بالنسبة للناحية القانونية تتجلى أهمية موضوع مظاهر السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري من خلال الوقوف بالدراسة والتحليل على مجموعة كبيرة ومتنوعة من النصوص القانونية التي نلمس من خلالها موقف المشرع الجزائري وغيره من النصوص التشريعية في الدول المقارنة سواء ما كان في التشريع الفرنسي أو التشريع المصري.

ويكمن سبب دراسة هذا الموضوع أيضا في الأهمية التي يكتسبها على ثلاثة أصعدة، الصعيد الفقهي، والقضائي، والقانوني. كما يكمن الدافع في معالجته، إلى توضيح السلطات الممنوحة للإدارة أو مظاهر السلطة العامة في مرحلة مهمة من المراحل التي يمر بها العقد الإداري وهي مرحلة التنفيذ، التي تعد مجالاً خصباً لممارسة هذه السلطات الواسعة والامتيازات الاستثنائية وعلاقتها ببعضها البعض.

بالإضافة إلى الأسباب السابقة نضيف سبب شخصي، وهو الرغبة الذاتية الملحة في دراسة موضوع حديث في القانون الإداري وخصوصا في مجال العقود الإدارية، لما له من علاقة مباشرة بين الأفراد والإدارة، تجعل موقف طرفي العقد غير متكافئ، وهذا يعد خروجاً عن المألوف أي قواعد القانون الخاص، مما أثار فينا الفضول لبحث خبايا هذا الموضوع بالتمحيص والتدقيق فيه.

إلا أن أي دراسة من هذا النوع تحاط بمجموعة من الصعوبات المنهجية تضع قيوداً على حركتها وتحد من فاعليتها. وهذه الصعوبات تستلزم سلوك مجموعة من الطرق للتغلب عليها أو للتقليل من أثرها حتى تؤتي الدراسة نتائجها بصورة مقبولة، وأهم الصعوبات التي واجهتنا في هذا البحث توسع موضوع مظاهر السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، إذا أنه يمس جميع تصرفات الإدارة، بالإضافة إلى ندرة الأحكام القضائية في مجال السلطة الجزائية للإدارة، لا سيما أحكام القضاء الإداري الجزائري حديث النشأة، وأغلب أحكامه وقراراته غير منشورة، وكذلك قلة المراجع المتخصصة في هذا البحث، لا سيما تلك المتعلقة بالدولة الأم الجزائر، إلا أننا تخطينا هذه الصعوبة بالتنقل لمجموعة من جامعات الوطن ومكتباتها المتخصصة، و معرضها الدولي من كل سنة، بالإضافة إلى زيارة دولة مصر الشقيقة، كل هذا سهل لنا مهمة اقتناء المراجع المتخصصة والحديثة في سبيل استكمال هذا البحث.

ومن هذا المنطلق يتبين لنا أن موضوع مظاهر السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد دقيق وشائك، خصوصاً أنه يأتي في مرحلة حساسة من المراحل التي يمر بها العقد الإداري وهي مرحلة تنفيذ العقد التي تمتاز بمجال خصب في المنازعات الإدارية؛ مما يفسح لنا المجال لطرح إشكالية رئيسة حول هذا الموضوع وهي: ما هي مظاهر السلطة الجزائية للإدارة التي تملك سلطة توقيعها على المتعاقد معها وما مدى فاعلية هذه السلطة؟ وللإجابة على هذه الإشكالية حاولنا إثارة مجموعة من التساؤلات الفرعية كالتالي:

- ما علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري؟

- هل السلطة التي تتمتع بها الإدارة مطلقة أم مقيدة؟

- ما هي الضوابط القانونية التي تحكمها؟

وبناء على ما تقدم، فإن الغاية من هذا البحث في تحليل النصوص القانونية التي تحكم السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري الواردة في التشريع الفرنسي والمصري في محاولة لمساعدة التشريع الجزائري في وضع تنظيم قانوني لهذه السلطة، لا سيما أن القضاء الجزائري حديث النشأة، إذ أسس مجلس للدولة بوصفه هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية بموجب المادة

152 من دستور 1996، ليصدر تبعاً لذلك، ومن أجل تجسيد نظام القضاء المزدوج في القانون العضوي رقم 98-01 الصادر في 1998/5/30م والمتعلق بالمحاكم الإدارية.

كما تعتمد هذه الدراسة بصفة أساسية على التعددية المنهجية بدلاً من الأحادية المنهجية¹ من خلال الموازنة بين المناهج، وتحديد أيها أكثر مناسبة لكل مرحلة بحثية من الدراسة، من دون الانغلاق في منهج محدد قد لا يتناسب في دراسة الظاهرة من مختلف جوانبها. ومن ثم فإن هذا التعدد لا يقوم فقط إلى التعرف على كل أبعاد الظاهرة؛ وإنما يساعد أيضاً على فهمها في تطوراتها وتفاعلاتها عبر مراحلها المختلفة مما يسهم به في تقليص العنصر الذاتي في التحليل إلى أدنى درجاته. ونظراً لطبيعة وأهمية الموضوع العلمية والعملية، تم إتباع طريقة الوصف والتحليل التي تعد أسلوباً من أساليب التحليل والتفسير بشكل علمي، ومنظم للظاهرة المدروسة ووصفها وجمع المعلومات وتحديد المشكلة، وتقييم الظاهرة والقيام بمقارنة الظواهر.

كما حاولنا اختيار المنهج المقارن الذي من أهم خطواته جمع البيانات، ووصف الحقائق التي تم الحصول عليها من خلال عملية التصنيف، وتحديد أوجه التماثل والاتفاق، والتباين والاختلاف وتوصيفها وتحليلها إلى مستوى الإيضاح سواءً في التشريع أم في الفقه والقضاء. وذلك من زاوية مقارنة وتحليل النصوص القانونية في إطار العقود الإدارية سواء أكان في القانون الفرنسي أم المصري أم الجزائري.

وعلى ضوء هذا وبهدف الإلمام بكل ما يفيد في تفصيل وتوضيح مظاهر السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، تم تقسيم البحث إلى باين، حيث خصص الباب الأول لدراسة مظاهر السلطة الجزائية للإدارة وعلاقتها بالسلطات الأخرى في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، أما **الباب الثاني** فعالج الضوابط القانونية للسلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري.

¹ - ترى إحدى الدراسات الإستمولوجية أن المنهج العلمي ليس شيئاً ثابتاً وغير قابل للتغيير، بل هو دائماً في تطور مستمر، وإذا كان واحداً في جوهره فهو كثير ومتعدد. فلكل ظاهرة من الظواهر منهاجها الأكثر مناسبة لها، والتي قد لا تتناسب مع غيرها، نظراً لطبيعة الظاهرة، واختلاف طبيعة العلاقة. بل إن مراحل وخطوات البحث تحتاج كل منها إلى مناهج مستقلة ومختلفة. أنظر:

- د. نصر محمد عارف، إستيمولوجيا السياسة المقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م، ص 86.
- د. مبارك محمد الصاوي، البحث العلمي: أسسه وطريقته كتابته، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1992م، ص 102.

وفي الأخير. فلقد شقّ علي هذا البحث بقدر ما شاقني، كما أنني جهدت بقدر ما اجتهدت، وإذا كنت قد أصبت شيئاً من التوفيق فيما أقدمت بشأنه، فهذا فضل من الله ونعمه، أما ما شابه من نقص أو ثغرات فهو مني وتبعته تقع على عاتقي وحدي، وعذري في ذلك أنه ما من باحث يندب نفسه لدراسة قضية ما، ويكف الحديث عنها ذات يوم ردّد ما قاله " العماد الأصفهاني" من قبل: "...إني رأيت أنه لا يكتب أحدا كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر على استيلاء النقص على جملة البشر...". ولكل شيء إذا ما تم نقصان، وهذه الدراسة ليست استثناء. لذلك سنسعد بكل كلمة ناقدة من أساتذتنا الأفاضل ترشدنا إلى أوجه النقص أو الأخطاء والثغرات أينما وردت عبر صفحاتها. ونرجو أن تكون هذه المساهمة المتواضعة ذات فائدة للبحث العلمي، فإن كان ذلك فبفضل من الله ونعمه وإن كان خلاف ذلك فمن أنفسنا واجتهادنا، فالكمال لله وحده، وللمرء جهد المقل، إن أخطأ بقي له شرف المحاولة، وإن أصاب كفاه أجر المجتهد.

والله ولي التوفيق

الباب الأول

مظاهر السلطة الجزائية للإدارة

وعلاقتها بالسلطات الأخرى

في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

تتميز العقود الإدارية بطبيعة خاصة¹، عن غيرها من العقود في القانون الخاص؛ إذ تملك الإدارة امتيازات وسلطات واسعة تفوق تلك التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد معها في مرحلة تنفيذ العقد الإداري وتكمن الغاية من ذلك تحقيق المصلحة العامة، ومن بين هذه الامتيازات سلطاتها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها سواء نص العقد أم لم ينص، وسلطاتها في الرقابة والتوجيه، وسلطاتها في التعديل الانفرادي للعقد.

ومن البديهي أن مجال العلاقة بمختلف أنواعها بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاء والسلطات الأخرى قائم دون شك؛ إذ تعتبر الإدارة العامل المشترك الذي يجمعهما، فضلا عن أن السلطات جميعها تفترضها الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، التي تستلزم اتصاله بالعقد الإداري وتعلقه بالمرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واطراد، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة. وعليه وجدنا من الأهمية أن ندرس هذه العلاقة والهدف منها الكشف عن المظاهر التي تكتسي السلطة الجزائية للإدارة، وتسلط الضوء على بقية السلطات الأخرى نظرا لأهميتها في مجال العقود الإدارية.

ولهذا خصص **الفصل الأول** لدراسة ماهية السلطة الجزائية للإدارة وصورها أثناء تنفيذ العقد الإداري وندرس في **الفصل الثاني** هذه السلطة وعلاقتها ببقية السلطات الأخرى.

¹ - " Contrat passé par une personne publique ou pour sons compte et soumis à la compétence et au droit administratif, soit par disposition expresse de là loi, soit en raison de la clause exorbitantes du droit commur dans ses stipulations, soit parce qu' il confère à son titulaire une participation directe à l'exécution d'une activité de service public." Voir: Thierry Debard, lexique des termes juridiques, 25^e édition, Dalloz, 2018, p 523.

الفصل الأول

ماهية السلطة الجزائية للإدارة وصورها أثناء تنفيذ العقد الإداري

قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ التزاماته مخالفات متعددة، كقيامه بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، أو يمتنع عن التنفيذ، أو التأخر في المواعيد المحددة في التنفيذ، أو مخالفة تعليمات الإدارة، أو التلاعب في معاملته مع الإدارة، وغير ذلك من المخالفات التي تخل بالعقد بين الطرفين.

وعليه، فإن هذه المخالفات من جانب المتعاقد مع الإدارة لا تخل فقط بالالتزام التعاقدية، ولكنها أيضا تنطوي على مساس بالمرفق العام الذي يتصل مع العقد، وتضر المصلحة العامة. ويترتب على ذلك أن المتعاقد مع الإدارة إذا ما أحل في تنفيذ التزاماته، فإن من حق الإدارة أن توقع عليه الجزاءات التي تكفل تنفيذ العقد، بما يتماشى مع حُسن سير المرفق العام¹.

وفي هذا المنحى قررت محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 18 مارس 1957 أن للإدارة سلطة أن توقع على المتعاقد "... جزاءات تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص، فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في واقع الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة. والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة؛ لأن سير المرافق العامة تقتضي ذلك..."².

وعلى هذا الأساس، فإن نظم الجزاءات في العقد الإداري تقتضي أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، لا يشترط لوجودها أن ينص عليها العقد بل هي موجودة، وإن لم

¹ - د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1955، ص- ص 793 و794.

² - محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 1827، لسنة 10 قضائية، جلسة 1957/3/17، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة القضاء الإدارية لسنة 11 ق، ص 272.

ينص عليها، وبموجبها يمكن للإدارة أن توقع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، بنفسها مباشرة دون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً¹.

وتمتاز الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها بالتنوع والتعدد، فللإدارة أن تطالب المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته بمبالغ مالية كالتعويض، وغرامة التأخير، وهذا ما يسمى بالجزاءات المالية، كما تستطيع الإدارة إرغام المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته، وذلك بأن تحل نفسها محله في التنفيذ، أو أن تتعهد به إلى غيره باستعمال ما تملكه من إجراءات جزائية ضاغطة، كما تملك الإدارة سلطة فسخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية، أما الجزاءات الجنائية تعتبر القيد الوحيد المفروض على الإدارة في سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته؛ بمعنى أن الإدارة لا تملك سلطة سن لائحة من لوائح الضبط الإداري مصحوبة بجزاءات جنائية في سبيل ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري، وإن فعلت ذلك فإنها قد تكون انخرفت بالسلطة².

وعلى الرغم من استقرار الفقه والقضاء على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته دون حاجة للجوء إلى القضاء، وحتى في حالة خلو العقد من نص صريح يخولها هذا الحق، ذهب الرأي الأول اعتماد فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً قانونياً لهذا الحق بينما عدّ أصحاب الرأي الثاني أن أساس هذا الحق يكمن في فكرة المرفق العام³. وعلى ضوء ما تقدم تم التعرض في هذا الفصل، لمفهوم السلطة الجزائية للإدارة في (مبحث أول) وأساسها القانوني في (مبحث ثان) وكذلك ندرس صور الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعامل أثناء تنفيذ العقد في (مبحث ثالث).

¹ - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص - ص 273 و 275 .

² - د. عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 195. وكذلك د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 146.

³ - د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2005، ص 527.

المبحث الأول

مفهوم السلطة الجزائية للإدارة

تتمتع الإدارة المتعاقدة في مجال العقود الإدارية إلى جانب سلطتها في الرقابة والتعديل بسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته، وهذه الجزاءات لا تقف عند نوع واحد، بل تتنوع وهذا راجع للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية والأسس التي تحكم وتنظم هذه السلطة. فالجزاءات التي توقع على المتعاقد في مجال العقود الإدارية، تحكمها قواعد خاصة وقوانين تتضمنها بنود العقد¹ التي عادة ما ينص فيها على حق الإدارة في فرض الجزاء على متعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، إلا أن سكوت العقد عن النص على بعض الجزاءات لا يعني بالضرورة أن الإدارة لا تستطيع توقيع الجزاء لم ينص عليها العقد، إذ أنه يحق لها أن تفرض الجزاء، سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليها؛ لأن هذا ناتج عن امتيازها بالتنفيذ المباشر باعتبارها سلطة عامة وهذا مظهر من مظاهرها، والغرض من هذا كله هو ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد²، وعليه نتطرق لتعريف السلطة الجزائية للإدارة وتمييزها عن الجزاءات الأخرى في (المطلب الأول) وخصائصها ومظاهرها في (مطلب ثان).

المطلب الأول

تعريف السلطة الجزائية للإدارة وتمييزها عن الجزاءات الأخرى

تعد السلطة الجزائية للإدارة إحدى امتيازات السلطة العامة، التي تمتلكها الإدارة بصفقتها المشرفة على حسن تنفيذ العقود الإدارية المتعلقة بسير المرافق العامة بانتظام، التي تستوجبها الطبيعة القانونية لهذه العقود.

¹ - Marie Christine Rouault, droit administratif, 10^{ed}, Gaulinolestino, édition, 2014- 2015, p 141.

² - نبيل زرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص128.

لذلك يقتضي منا الأمر للإلمام بموضوع السلطة الجزائية للإدارة ضرورة دراسة المقصود بالجزاء في (فرع أول) كما تم التعرض لدراسة أنواع هذا الجزاء في (فرع ثان).

الفرع الأول

المقصود بالجزاء

المقصود بالجزاء في المعنى اللغوي، مصدره جزى والذي معناه الثواب، العقاب، المكافأة عن العمل¹.

والجزاء في الاصطلاح الفقهي القانوني يعني: "ذلك الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية، من خلال اتخاذ الدولة - ممثلة في سلطاتها المختلفة - كافة الوسائل والإجراءات لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها، سواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة، أو عن طريق معالجة الوضع الذي أدت إليه المخالفة أو عن طريق ردع من قام بالمخالفة"².

ومن هنا نستخلص أن الجزاء هو جوهر وأساس القواعد القانونية بمفهومه العام؛ حيث لا يمكن تصور القوة الإلزامية للقواعد القانونية من دون ترتيب الجزاء على مخالفتها، فلا إلزام من دون جزاء، ولا جزاء من دون إلزام³.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الجزاء هو عنصر أساسي ومهم في تفعيل القاعدة القانونية وبدونه تصبح هذه الأخيرة مجرد حبر على ورق، لهذا ارتأينا دراسة أنواعه في الفرع الموالي.

¹ - المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت لبنان، 2003، ص169.

² - د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرة القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2007-2008، ص32.

³ - د عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008، ص36.

"La contrainte...constitue le critère absolu du droit, une règle juridique (reschtatz) sans contrainst juridique est une contradiction in se, un feu qui ne brule pas, une lumière qui n' éclaire pas."

- مشار إليه لدى: رمضان غنائي، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، قرار صادر عن مجلس الدولة 2003/04/08 ملف رقم : 014989، مجلة مجلس الدولة، ع 04، سنة 2003، ص 147.

الفرع الثاني

أنواع الجزاء

تختلف صور الجزاء تبعا لنوع وطبيعة القاعدة القانونية الملزمة التي خالفها الفرد؛ إذ أنه لكل فرع من فروع القانون جزاءات خاصة به.

لذلك نتعرض لدراسة أهم أنواع الجزاء كالاتي:

أولاً: الجزاء المدني.

ثانياً: الجزاء الجنائي.

ثالثاً: الجزاء الإداري.

أولاً: الجزاء المدني

هو ذلك الجزاء الذي يترتب على مخالفة القواعد القانونية والأحكام التشريعية التي وضعها المشرع لتنظيم العلاقات بين الأفراد في نطاق الحياة الاجتماعية وكل ما يتعلق بالمعاملات المالية والأحوال الشخصية، حيث أنه الجزاء المدني لا يمس الفرد من حيث المبدأ إلا في ذمته المالية فقط فهو محصور أساساً في التنفيذ العيني والتعويض، والغرض من هذا الجزاء ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد، ويهدف أيضاً إلى ضمان تنفيذ الالتزام الواجب العام المفروض على الجميع بعدم الإضرار بالغير¹.

كما يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الجزاء المدني المتمثل في بطلان التعاقد بين الطرفين يعتبر في كثير من الحالات غير كاف لجبر الضرر قد أصاب صاحب الشأن لذلك فإن المشرع الفرنسي كثيراً ما يلجأ إلى الجزاء الجنائي بالإضافة إلى الجزاء المدني².

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 118.

² - د. بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص 14.

ثانيا: الجزاء الجنائي

للجزاء الجنائي أهمية بالغة بين مختلف الجزاءات القانونية؛ إذ إن أثره يمتد للمساس بحق الإنسان في الحياة أو يسلبه جزءا من حياته أو ماله أو يقيد نشاطه أو يمنعه من مزاوله عمله أو حتى يجرمه من التمتع بأبسط حقوقه التي يكفلها القانون للأفراد بشكل عام¹. فالجزاء الجنائي أساسه مبدأ هام هو لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص²؛ بمعنى أن الجزاء الجنائي: هو الذي يقرره المشرع لارتكاب الجريمة في قانون العقوبات ويعبر عن الجزاء الجنائي بالعقوبة وهنا يتبادر إلى أذهاننا مصطلح الجريمة والأثر المترتب عليها هو الجزاء الجنائي، وعليه يمكن تعريف الجزاء الجنائي "الأثر القانوني المترتب على فعل أو امتناع يوصف بأنه جريمة"³.

ثالثا: الجزاء الإداري

إن الجزاء الإداري⁴، كبقية الجزاءات التي قررها المشرع له طبيعة جزائية أي الهدف منه الردع والعقاب⁵، على التقصير في أداء التزام ما، ويعتبر هذا جزاء إحدى وسائل الإدارة التي تلجأ إليها السلطة من أجل تحقيق النفع العام والمصلحة العامة، كما يتخذ هذا الجزاء أوجهها عديدة فمنها ما يشبه تلك المقررة في مجال القانون الخاص، ومنها ما يستمد إلى الامتيازات التي تتمتع بها السلطة باعتبارها سلطة عامة؛ بمعنى أنه للإدارة حق فرض الجزاء على من يخالف قواعد القانون الإداري، ودون اللجوء إلى القضاء، والأمثلة موجودة على سبيل المثال لا الحصر لأن القانون الإداري واسع جداً⁶.

¹ - د. أمين مصطفى، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، المكتبة القانونية، القاهرة، 1996، ص7.

² - راجع في ذلك المادة: 01 من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريمة الرسمية العدد 49، 1966، والتي تنص على أنه " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص119.

⁴ - " Véritable(punition) infligées par l'administration, dont la diversité va croissant..." Voir: Thierry Debard, lexique des termes juridiques, op. cit , p 1701.

⁵ -حكم محكمة القضاء الإداري في 1957/24 - القضية رقم 4186 لسنة 9، ص 1005.

⁶ - بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص14. وكذلك د. ديم بلقاسم، مدى فاعلية الجزاءات في إلزام الإدارة تنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة ضدها، ع. 10، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص 191.

ومن أمثلة الجزاءات التي تفرضها الإدارة كأسلوب من أساليب الضبط الإداري، كتدابير وقائية الغاية منها الحفاظ على النظام العام، وهذه الجزاءات قد تكون مالية كالمصادرة، وقد تكون غير مالية كالاتصال وإبعاد الأجانب وغير ذلك¹.

وهناك أيضا جزاءات تأديبية في مجال الوظيفة العامة توقعها الإدارة على الموظف المخل بالتزاماته الوظيفية².

وكذلك تمارس الإدارة سلطتها الجزائية في مجال العقود الإدارية بمختلف مراحلها، الإبرام والتنفيذ والنهاية سواء الطبيعية أو الغير الطبيعية على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية³.

المطلب الثاني

خصائص السلطة الجزائية للإدارة ومظاهرها

تمتاز الجزاءات في العقد الإداري بخصائص تميزها عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص؛ إذ يمكن للإدارة بموجبها أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، وإن لم ينص عليها في العقد، كما يمكنها توقيع تلك الجزاءات على المتعاقد بنفسها من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء شريطة إعداد المتعاقد قبل إصدار قرارها بتوقيع الجزاء عليه ويخضع هذا القرار لرقابة القضاء من حيث المشروعية والملائمة وهذا يعتبر مظهر من مظاهرها⁴.

¹ - د. بلقاسم دليم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003-2004، ص98.

² - أنظر المادة: 163 من الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في: 15 يوليو 2006، المتعلق ب القانون الأساسي للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية، ع 46، الصادر بتاريخ: 2006/06/15.

³ - بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 15.

⁴ - د. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2009، ص 22.

وللإشارة إلى أن هذه الخصائص مستمدة أصلاً من أحكام مجلس الدولة الفرنسيّ والمصريّ، وتضمنتها القوانين واللوائح بوصفها من الخصائص العامة لنظام الجزاءات في العقد الإداري.

ويمكن تحديد هذه الخصائص العامة للجزاءات الإدارية في العقد الإداري إلى أربع خصائص أساسية، ندرس حق الإدارة في فرض الجزاء بإرادتها المنفردة كخاصية أولى في (الفرع الأول)، والخاصية الثانية وهي حق الإدارة في فرض الجزاء وإن لم ينص عليها العقد في (فرع ثان)، أما الخاصية الثالثة هي حق الإدارة في توقيع الجزاء دون الحاجة لإثبات الضرر في (الفرع الثالث)، كما يتم إرجاء الخاصية الرابعة وهي إعدار الإدارة للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، والخاصية الخامسة وهي رقابة القضاء على سلطة الجزائية للإدارة في الباب الثاني من هذه الأطروحة وعليه يتم التركيز على الأولى والثانية والثالثة فقط.

الفرع الأول

حق الإدارة في فرض الجزاء بإرادتها المنفردة

من المسلم به فقها وقضاء أن للإدارة حق توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد المخل بإرادتها المنفردة ودون اللجوء للقضاء وذلك باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر فالسلطة الجزائية مطلق الحرية باستعمالها للسلطة في حدود ما يسمح به القانون والتي لا يقابلها في القانون الخاص¹، وهذا يعتبر مظهر من مظاهر السلطة؛ بمعنى أن هذا الامتياز الممنوح للإدارة لا وجود له في العقود المدنية، أي أن الأشخاص في ما بينهم لا يمكنهم توقيع الجزاء بأنفسهم واستفاء حقهم إلا من خلال الالتجاء للقضاء، وهدف السلطة الجزائية من كل هذا هو ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المؤرخ في 1963/12/28، ص 703. المشار إليه لدى: د. مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 236. وكذلك د. محمد حسن مرعي الجبوري سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية والمالية في العقود، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2014، ص 50.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقضائها أن " الإدارة تعمل في إبرامها للعقود الإدارية بوصفها سلطة عامة تتمتع بالحقوق والامتيازات التي لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق النفع العام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتنا المتعاقدين فيه غير متكافئتين؛ تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية؛ مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذا حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وذلك بإرادتها المنفردة"¹.

فالإدارة تملك حق فرض جميع أنواع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها المقصر بإرادتها من دون حاجة إلى اللجوء للقضاء مقدما، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يستثني من ذلك عقوبة إسقاط الالتزام *La déchéance de la concession*، فلا يجوز توقيعها إلا بحكم قضائي ما لم يوجد نص صريح بالعقد يخول جهة الإدارة حق توقيعه، إن هذا الجزاء شديد الوطأة على الملتزم الذي يتكبد نفقات ضخمة؛ لإعداد المرفق وتهيئته للاستغلال، ومن ثم توقيعه يجب أن يناط بالقاضي، وليس بجهة الإدارة المتعاقدة².

أما مجلس الدولة المصري لم يتبع مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص جزاء إسقاط الالتزام إذ منح للإدارة الحق في فرض عقوبة إسقاط الالتزام من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، وترخص الإدارة في اختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء بحسب ما تراه صالحا؛ لضمان سير المرفق العام؛ طالما لم يلزم العقد بفرض الجزاء في وقت معين، وأشار إلى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1967/5/20؛ إذ ثبت "بأنه وباستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار وقت مناسب في توقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا مسئولية عليها، إذا رأت في حدود

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن 1.59 لسنة 7 ق، جلسة 1963/5/25، مجموعة المبادئ السنة الثامنة، رقم 116، ص 1225. مشار إليه لدى: د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 23.

² - د. هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص 96 و ما بعدها.

سلطاتها التقديرية، أن تترىث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفىء بالحق من حيث النهوض بالتزامها، وقد يكون هذا التريث تحقيقاً للمصلحة العامة¹.

أما مجلس الدولة الفرنسي فهو يستثني جزاء إسقاط الامتياز من بث الجزاءات الإدارية، التي تملك الإدارة حق توقيعها بنفسها على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، ويجعل توقيعها بيد القضاء².

الفرع الثاني

حق الإدارة في فرض الجزاء وإن لم ينص عليها العقد

المبدأ الأساسي في مجال العقود الإدارية أن الإدارة تتمتع بسلطة التنفيذ المباشر في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص عليها في العقد ؛ بمعنى لا يشترط لوجودها، أن تتضمنها بنود العقد، بل هي موجودة وإن لم ينص عليها العقد الإداري أو نص على جزء من الجزاءات دون الجزء الآخر، وهو الأمر الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه المؤرخ في 31/07/1907 الصادر في قضية (دابلانك)³.

وهو ما أخذت به محكمة القضاء الإداري في حكمها المؤرخ في 17/11/1957 الذي جاء فيه: "... فليس بالذي يعتد به المدعي في مذكرته من شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين ... ذلك أنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو

¹ - أنظر: د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق ، ص51.

² le pouvoir de sanction présente deux particularités. D'une part, l'administration peut appliquer les sanctions d'office sauf la déchéance sans recourir au juge... »; Voir : Charles DEBBASCH, droit administratif, 6^{ème} édition, economica, Paris, 2002, p542.

³ - د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، 1975، ص80. وكذلك د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 27. جاء في تقرير المفوض " Romieu "، بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 31 مايو سنة 1907 في قضية "Déplanque"، قوله بهذا الخصوص:

"La déchéance est une mesure tellement grave que l'on devra hésiter d'y avoir recours. elle pourra dans des cas constituer une sanction trop radicale trop sévère pour le concessionnaire, trop gênante pour la puissance publique qui n'a aucune envie ni de voir le service public désorganisé, ni d'assurer la direction".

أشار إليه : د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011، ص 523 .

لم ينص عليه في الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع التأمين مع العطاء...¹.

وأكدت هذا الاتجاه محكمة الإدارية العليا عندما قررت بأن الإدارة تملك حق فرض الجزاء على المتعاقد معها، وهي ذلك لا تستند للعقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة². وعلى ضوء ما تقدم، يتبين لنا أن العقد الإداري إذا لم ينص على بعض الجزاءات، فلا يعني هذا أن الإدارة لا تستطيع توقيع جزاءات على المتعاقد معها، أو إذا نص العقد على بعض الجزاءات؛ فلا يعني ذلك اقتصاراً أياً من الجزاءات سواء أكان منصوصاً عليها في العقد أم لم يكن، تحقيقاً للمصلحة العامة فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في سيره وتنظيمه³.

الفرع الثالث

حق الإدارة في توقيع الجزاء دون الحاجة لإثبات الضرر

من مظاهر السلطة الجزائية للإدارة حق هذه الأخيرة في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر بدون حاجة إلى إثبات وقوع الضرر معين، فبمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته يبرر للإدارة استعمالها لذلك الحق فالهدف الإدارة من توقيع الجزاءات يتمثل في ضمان حسن التنفيذ المتصل بالمرافق العامة، تحقيقاً للمصالح العام، وليس تسليط العقوبة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته⁴.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بقضائها "... الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساساً تأمين المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد.

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري، القضية 1998 لسنة 10 ق، جلسة 1957/11/17، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة 12، ص 18.

² - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 11.9، جلسة 1963/12/28، سبق الإشارة إليه.

³ - د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 99.

ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على الإخلال بالتنظيمات إلى رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهي اتفاق ملزم لا يحمل الترخيص في أعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه"¹.

وتأسيسا على ما سبق اتضح لنا جليا أنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء للطعن في مشروعية الجزاء المفروض عليه من قبل الإدارة بحجة غياب الدليل على وقوع الضرر بالمرفق العام؛ بمعنى أن مجرد تقصير من المتعاقد في تنفيذ التزاماته دليل كاف للإدارة في توقيع الجزاء عليه، وإنما يجوز له إثبات غياب الخطأ من قبله أو أن هذه الجزاءات قد أوقعتها الإدارة عليه بصورة مخالفة للقانون².

ونظرا لخطورة هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية، اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لها.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1086 لسنة 7 ق، جلسة 1963/11/30، مجموعة المبادئ السنة التاسعة، ص 161. مشار إليه لدى: د. هشام حليم غازي، المرجع السابق، ص 100.

² - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 31. وكذلك بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 43.

المبحث الثاني

الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة

لمعرفة الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة لحقتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ إذ إن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة لها الحق في تنفيذ قراراتها بنفسها دون اللجوء للقضاء ويطلق عليه في القانون الإداري مصطلح التنفيذ المباشر، على المتعاقد والذي يكون ملزماً بتنفيذ العقد الإداري، على أكمل وجه لضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرارها لتحقيق المصلحة العامة¹.

إلا أن الخلاف في الفقه يكمن حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة تلك يكمن في فكرة "السلطة العامة" بينما يرى بعضهم الآخر أن هذا الأساس يقوم على فكرة "المرفق العام". ولذا ندرس في هذا المبحث أساس هذه السلطة، والذي بدوره ينطوي على مطالب ثلاثة، نحاول توضيح الآراء المؤيدة للسلطة الجزائية للإدارة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس السلطة العامة في (مطلب أول)، و الآراء المؤيدة للسلطة الجزائية للإدارة بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام في (مطلب ثان).

المطلب الأول

الآراء المؤيدة للسلطة الجزائية للإدارة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس

السلطة العامة

يرى جانب من فقهاء القانون العام بفرنسا بأن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة، يكمن في فكرة السلطة العامة، فهو مظهر من مظاهرها، فسلطة التنفيذ المباشر هي من

¹ - د.حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص50، وكذلك أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص334.

أهم وأبرز ما تملكه الإدارة من امتيازات وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليحكم لها بهذه الإجراءات¹.

وعليه، فالفقيه هوريو Hauriou يرى أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرفق العام، فلها أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته².

أما فيدال Vedel يرى أن الإدارة ما تملكه من امتيازات يخولها سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر المستمدة قوتها من السلطة العامة³.

ويرى فلام (Flam) أن حق الإدارة في فرض الجزاء امتياز أصيل مقرر قانوناً لها تمارسه دون الالتجاء للقضاء لصالح النفع العام⁴.

وبناء على ما تقدم، إن السلطة الجزائية للإدارة عند فرضها الجزاء بإرادتها المنفردة، على المتعاقد معها تعني قبول هذا الأخير تحمل بعض الالتزامات وعلى أن أي مخالفة يرتكبها يجب أن يعاقب عليها، وهي الغاية ذاتها التي تسعى إليها الإدارة عند تنفيذها للجزاءات، سواء كانت تستهدف معاقبة المتعاقد أم التعويض عن الضرر الناجم عن خطئه، أو إلزامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ لضرورة سير المرفق العام، وأن السلطة الجزائية للإدارة تفرض الجزاء على المتعاقد معها بنفسها و دون حاجة للجوء إلى القضاء بحكم القانون استناداً إلى فكرة السلطة العامة، التي تستطيع بموجبها الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، لضمان انتظام المرافق العامة واستمرارها، باستثناء جزاء إسقاط الالتزام⁵.

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1979، ص 86.

² - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 53.

³ - د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 25.

⁴ - د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الجامعي للطباعة، القاهرة، 1962، ص 122.

⁵ - للتفصيل أنظر: د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 54.

وقد أيد جانب من الفقه المصريّ هذا الرأي، وذهب إلى قول: إن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة يكمن في فكرة السلطة العامة بحجة أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزامه، هي مظهر من مظاهر السلطة العامة، وتطبيقاً لأهم امتياز من امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة. بمواجهة الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر¹.

وعليه، فالأستاذ ثروت بدوي يرى أن ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو منح الإدارة صفة السلطة العامة بامتيازاتها ومظاهرها، والتي تبرز بوضوح في أحد الشروط الاستثنائية، التي تتمثل في إتباع الإدارة أساليب القانون العام، بموجبها تتمتع الإدارة ببعض مظاهر السلطة العامة وذلك: بتقرير امتيازات استثنائية لأحد طرفي العقد المتمثل في الإدارة، بالإضافة يرى أنه ما يميز عمل الإدارة هو عنصر السلطة العامة².

كما يرى الأستاذ محمد كامل ليلة بأن فكرة السلطة العامة هي المعيار الأساسي لتحديد قواعد القانون الإداري، فالامتيازات التي تتمتع بها السلطة الجزائية للإدارة، مرتبطة بفكرة السلطة العامة³.

وكذلك يعتقد الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب بأن امتيازات السلطة العامة هي ما يميز الإدارة وتضعها في مركز أعلى وأن القيود الاستثنائية هي ملاصقة للامتيازات الاستثنائية⁴.

في حين يرى الأستاذ سليمان الطماوي بأن للإدارة حرية التصرف في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ومن جانب واحد دون بالحاجة اللجوء إلى القضاء، وهو ما لا يمكن تصوره في نطاق القانون الخاص⁵.

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا فكرة السلطة العامة في حكمها الصادر بتاريخ 1963/5/25 بقولها: "إن العقد الإداري... يتميز بأن الإدارة تعمل في إيرامها له بوصفها سلطة

¹ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 341 .

² - د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص - ص 243 و 261 .

³ - د. محمد كامل ليلة، نظرية المؤسسات العامة، منشورات جامعة بيروت العربية، دار الأحد، 1991، ص 23.

⁴ - د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 80.

⁵ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 500.

عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها؛ وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة؛ كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه، وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله، لتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء أكانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أم كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح، فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازية إذ بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري، تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية؛ مما يجعل للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد، وحق فسخ العقد دون تدخل القضاء¹.

إلى جانب فكرة السلطة العامة، هناك فكرة أخرى هي فكرة المرفق العام التي تعتبر الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها؛ حيث تعد مظهرًا آخر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهو ما ندرسه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الآراء المؤيدة للسلطة الجزائية للإدارة بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس

مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام

ذهب فريق من الفقه الفرنسي إلى أن فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واطراد، هي الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها عند تقصيره بتنفيذ التزاماته التعاقدية. إذ إن سير المرفق العام بانتظام واستمرار يتطلب أن تكون التزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة، ولا يقدم عليها في القانون الخاص نظاماً ملائماً بالجزاءات المناسبة التي تحتاجها الإدارة؛ لكونه يستلزم تدخل القضاء مقدماً لتوقيع الجزاء، بينما يسمح القانون العام للإدارة بتوقيع الجزاءات التي تهدف إلى استمرارية سير المرافق العامة بانتظام فمتطلبات المرافق العامة هي أساس جزاءات القانون العام ومعياريها، والتي تطلبها الإدارة لمواجهة تقصير المتعاقد معها دون اللجوء إلى

¹ - المحكمة الإدارية العليا، الطعن 1059 لسنة 7 قضائية، جلسة 1963/5/25، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، ص 1225. مشار إليه لدى: د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 48.

القضاء.¹ وفي هذا الصدد يرى أيضا الفقيه الفرنسي دي لوبادير André de laubadère أن الجزاء في العقود الإدارية لا يستهدف فحسب قمع أوجه الإخلال، وإعادة التوازن للالتزامات التعاقدية، بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان كفالة حسن سير المرافق العامة.²

ويضيف هذا الفريق إلى أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف مواجهة تقصير المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فحسب، وإنما تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة.³

وكذلك يرى الفقه جيز Jeze بأنه لضمان سير المرافق العامة بانتظام، لا بد من الدقة الكبيرة في تنفيذ العقد الإداري، ولا بد أن تكون الجزاءات المفروضة في حالة تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته صارمة وراعدة ودونما حاجة إلى التدخل من القاضي، باستثناء إسقاط الالتزام، وهذا ما اخذ به العديد من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه بيكينو والفقيه شارل ديباش وغيرهم.⁴

وعلى هذا الأساس تستطيع الإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها، بسبب إخلاله في تنفيذ العقد وإن لم يكن منصوصاً عليها في بنوده وذلك باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر.⁵ ويرى جانب من الفقه المصري أيضاً أن حق السلطة الجزائية للإدارة هو حق مستمد من طبيعة العقد الإداري الذي يتصل بالمرفق العام، ويستهدف انتظام سيره بانتظام واطراد.

ويستتبع ذلك أنه بإمكان الإدارة أن توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند عدم الوفاء بالتزاماته وإن لم يوجد نص في العقد ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً.⁶

وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1963/12/28 " .. إن للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين، وشطب الاسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد، أو إذا

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 51 .

² - « Les contrats administratifs, les sanctions n'ont pas seulement pour but de réprimer des manquements contractuels, mais aussi d'assurer la marche des services publics... » ; voir : André de laubadère, Traite de droit administratif, T 01, 16^{ème} édition, L.G.D.J, 2001, p 700.

³ - أنظر : د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 84 .

⁴ - د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

⁵ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 52 .

⁶ - د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 519.

استعمل الغش أو التلاعب في معلوماته معها، ولما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام، وضمان استمراره بانتظام تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن حق جهة الإدارة توقيعه دون انتظام لحكم من القضاء، فإنه لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق.. وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة¹.

وخلاصة القول استقر الفقه والقضاء على مبدأ ثبوت السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها بنفسها و دون اللجوء إلى القضاء، حتى لو لم ينص العقد الإداري على ذلك، إلا أن هناك اختلافاً حول الأساس القانوني لهذه السلطة ففريق يؤسسها على فكرة السلطة العامة وآخر يؤسسها على فكرة المرفق العام، وأصل هذا الخلاف يرجع إلى خلاف أعم وأشمل، يدور حول تحديد أساس القانون الإداري هل هو يقوم على أساس فكرة المرفق العام؟ أم على أساس فكرة السلطة العامة²؟

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الرأي الذي يعتمد على فكرة المرفق العام هو المبرر باعتبارها أساساً للسلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد؛ لأن مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد الذي ينشأ لتحقيق النفع العام، وهذه الحاجات مستمرة الأمر الذي يقتضي أن تكون

¹ المحكمة الإدارية العليا، الطعن 1109، لسنة 8 قضائية، جلسة 1963/12/28، سبق الإشارة إليه.

² وقد اختلف الفقه حول تحديد أساس القانون الإداري؛ إذ رجع بعضهم الأساس القانوني الإداري إلى المرافق العامة؛ إذ اعتبروها تشكل نواة القانون الإداري ومدار دراسته وعلى أساسها قامت كل نظريات القانون الإداري فالموظف العام لا يعتبر موظفاً عاماً إلا لارتباطه الدائم بنشاط المرفق العام، والمال لا يكون مالياً عاماً إلا إذا كان مخصصاً لسير المرفق العام، والمرافق العامة هي التي تؤسس العقود الإدارية بما فيها من أحكام خاصة، وبذلك تصلح المرافق العامة لتكون أساساً يعتمد لتطبيق القانون الإداري وتوزيع الاختصاصات بين المحاكم الإدارية والعادية. بينما أنكروا بعضهم القول إن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة لما فيه من خطأ مع كونه بعيداً عن الواقع لكون القانون الإداري أوسع نطاقاً من المرافق العامة، ولا يطبق في كل أنشطة المرفق العام، كون المرافق العامة لا تخضع لنظام قانوني واحد بل تنازعها مبادئ القانون العام ومبادئ القانون الخاص، ويعتبرون أن إعمال السلطة العامة التي تتجسد في تصرفات الصادرة عن الإدارة باعتبارها سلطة أمرة والمتضمنة أوامر ونواهي واتخاذ القرارات من جانب واحد هي معيار تحديد نطاق القانون الإداري وتوزيع الاختصاصات بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية للتفصيل انظر: د. يحيى الجمل دروس في القانون الإداري، مطبعة إخوان، القاهرة، من بدون سنة النشر، ص 29-38، ود. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 407، د. توفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 102. و د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 51.

للإدارة سلطة توقيع العقوبات الإدارية على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ باعتبارها المسئولة عن ضمان حسن سير المرافق العامة، وانتظامها¹.

أما في الجزائر إن الامتيازات التي تملكها السلطة الجزائية للإدارة في الجزائر تجاه المتعاقد ينتج عنها ضرورة المصلحة العامة، فتطلبت وضع هذه الامتيازات في يد الإدارة المتعاقدة، بوصفها المشرفة على حسن تنفيذ العقود الإدارية، والمكلفة بالمخططات الوطنية، التي تعد الصفقات العمومية من أهم أدوات تنفيذها².

ومن أجل ذلك تلجأ إلى إبرام صفقات عمومية، فيما بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني.

وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-02 بموجب نص المادة (34) التي تنص على أنه: " تنجز المخططات المؤسسات العمومية الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصد تبادل موادهم وخدماتهم في إطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليه في المخطط الوطني "

ومن هنا تبرز العلاقة بين الصفقات العمومية بوصفها عقداً بالمخطط الوطني؛ بحيث تصبح الصفقة شرطاً أساسياً لإنجاز المخطط الوطني في مختلف المجالات، لأن إنجاز هذه الصفقة وفق الشروط والمواصفات التي حددتها بنودها، يعد إنجازاً لجزء من المخطط نفسه³.

ومن ثم فعلى أطراف العقد التقيد بنوده وتنفيذه، ومن أجل ذلك ولضمان هذا التنفيذ وضعت القوانين الضوابط القانونية اللازمة، كإجراءات المادية لتسلط على الطرف المتعاقد المخلب تنفيذ التزاماته التعاقدية بقصد عدم الإخلال بها، وذلك في جميع القوانين المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر.

1 - د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 39.

2 - بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 56.

3 - عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المتعاقد معه في القانون الجزائري -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990، ص 91.

ومن هنا نجد السلطة الجزائية للإدارة أساسها القانوني في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل والمتمم، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام لسنة 2015 في الجزائر وتحديد نص المادة 01/147 حيث جاء فيها: "يمكن أن ينجر على 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 به"¹.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أكد على تحديد الجزاءات، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ لذلك فالمصلحة المتعاقدة مجبرة على تطبيق الجزاءات المحددة من قبل المشرع، ولا يمكن تجاوزها، وهذا ما أكده القضاء الجزائري بقوله: "إن بعضاً من هذه العقوبات (الجزاءات) قد يرد النص عليها في العقد الإداري ومن ثم فلا يمكن ممارسة هذه السلطة إلا في هذا الإطار"².

ومن ثم، فإن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها المحل بتنفيذ التزاماته التعاقدية مستمدة من التشريع الجزائري.

وبناء على ذلك، فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها أن هناك توافقاً حول الأساس القانوني، بينما هو وارد في نطاق القضاء والفقهاء المقارن، وهو ما ورد في مجال القانون الجزائري، وذلك على أساس أن ضرورات المرافق العمومية وحاجاتها من إنشاء وتسيير هي جزء من البرامج التنموية في الجزائر، وذلك كله بهدف تحقيق المصلحة العامة.

¹ - المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام لسنة 2015، المرجع السابق، ص 75.

² - قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في: 13/12/1968 في قضية شركة (V.B) (ضد الدولة، أشار إليه: أ.حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية) التنظيم الإداري - النشاط الإداري - دراسة مقارنة - ط 1، دار الخلدونية، 2007، ص 121. وكذلك د. بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 57.

المبحث الثالث

صور الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعامل معها أثناء تنفيذ العقد

تتنوع الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها، فبعضها توقع والعقد مستمر ولا يكون من أثرها إنهاؤه كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، وبعضها الآخر تنتهي بها الرابطة العقدية وهي الجزاءات الفاسخة وتعد أخطر الجزاءات الإدارية¹، دون حاجتها للجوء إلى القضاء بحسب نوع وجسامته الإخلال بالالتزام التعاقدية، وبعضها الآخر لا يمكن لها توقيعها إلا في حالات حددها القانون وهي الجزاءات الجنائية².

وعلى ضوء ما تقدم ندرس في هذا المبحث، الجزاءات المالية (Les sanctions pécuniaire) في (مطلب أول)، ووسائل الضغط (Les sanctions coercitives) في (مطلب ثان)، والجزاءات الفاسخة (Les sanctions résolutoires) في (مطلب ثالث)، والجزاءات الجنائية في (مطلب رابع).

المطلب الأول

الجزاءات المالية

Les sanctions pécuniaires

تتنوع صور الجزاءات المالية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد المقصر بالتزاماته، فهي قد تكون في صورة غرامة التأخير في حالة عدم التزام المتعاقد بالمواعيد المتفق عليها، أو مصادرة التأمين النهائي في حالة عدم قيامه بالوفاء بالتزاماته، وقد تكون في صورة تعويض عن الأضرار التي لحقت بالإدارة³، ولهذا ندرس في هذا المطلب غرامة التأخير (Pénalité) في (الفرع

¹ - فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2016، ص 49.

² - د.عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 167.

³ - د.هشام حليم غازي، المرجع السابق، ص 106.

الأول)، ومصادرة التأمين (Saisie de cautionnement) في (فرع ثاني)، والتعويضات في (فرع ثالث) (Les dommages intérêts).

الفرع الأول

غرامة التأخير (Pénalité)

تعد غرامة التأخير من الجزاءات المالية في العقد الإداري والأكثر شيوعاً في استعمال الإدارة لسلطتها وامتيازها في التنفيذ المباشر الذي يعتبر مظهراً من مظاهرها، بما يكفل لها الحق في اللجوء إلى هذا الجزاء دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء؛ حيث أن غرامة التأخير هي من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لضمان تنفيذ بنود العقد الإداري كما أن الإدارة توقع هذه الغرامات في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية في الوقت المحدد والمتفق عليه في العقد، وغرض الإدارة المنشود هو تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وعلى ضوء ما تقدم نحاول دراسة ماهية جزاء غرامة التأخير (أولاً)، وحالات الإعفاء منها (ثانياً).

أولاً: تعريف غرامة التأخير وخصائصها

أ- تعريف الغرامة التأخير:

الغرامة تعني الخسارة، وهي ما يلزم أدائه تأديبياً أو تعويضياً بعد انقضاء الوقت، وقد قيل أنها تعويض جزائي، وإنها تعويض اتفاقي، وإنها مبالغ مالية، وإنها عقاب¹.

ويعرفها الأستاذ سليمان الطماوي بأنها: "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً، وتنص على توقيعها متى أحل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري"².

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 151.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 512.

وقد عرفها أستاذنا الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب، في حين عرفها الأستاذ ماجد راغب الحلو " بأنها مبلغ من المال محدد سابقاً يفرض على المتعاقد أدائه إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد"¹.

وعرفها الأستاذ حسان عبد السميع هاشم بأنها: "مبلغ جزائي بوصفه تعويضاً اتفاقياً منصوصاً عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته"².

كما عرفها كل من الفقيهين (Paulduez) et Debye Guy بأنها: "تعويض جزائي محدد في العقد ولا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته، ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر"³.

في حين يرى الفقيه بيكينو Péquignot بأنها: "تعويض جزائي منصوص عليها في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية"⁴.

كذلك يعرفها الفقيه دي لوبادير André de laubadère بأنها: "تعويضات جزافية متفق عليها في العقد الإداري توقع على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية"⁵.

كما عرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها "المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أحل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية"⁶.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري لا يختلف في تعريفه لغرامة التأخير عن باقي الفقهاء؛ في المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد

¹ - د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، من دون دار النشر وسنة النشر، ص 267 . وكذلك د.

طارق سلطان، المرجع السابق، ص 151.

² - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 60.

³ - Duez(Paul) Debye (Guy): Traité de droit Administratif, Paris, 1962, p906.

⁴ - Péquignot, (G) : Construction a la théorie générale du contrat administratif, thèse, Paris, 1944, p13.

⁵ - «les pénalités se distinguent des dommages-intérêts en ce qu'elles sont fixées à l'avance contractuellement et se présentent ainsi comme des dommages-intérêts forfaitaires »; voir: André de Laubadère, Jean- Claude Vanezia, Yves Gandemet, Traité de droit Administratif, Tome 1, 15^{ème} Edition, L.G.D.J, Paris, 1999, p 824

⁶ - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 219.

في الآجال المقررة وتنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به¹.

وعلى العموم فإن الصورة الغالبة لغرامة التأخير، تفرض من جانب الإدارة على المتعاقد معها، في حالة وقوع تأخير من جانبه في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها².

ب- خصائص الغرامة التأخير وشروطها:

1- خصائص الغرامة التأخير:

تتميز الغرامة التأخير بمجموعة من الخصائص نوردتها فيما يأتي:

- المرونة وتفرض من قبل الإدارة:

تقوم الإدارة بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها من تلقاء نفسها كما هو الحال في جميع الجزاءات الأخرى³، فالإدارة لا تحتاج إلى صدور حكم قضائي لاستحقاق غرامة التأخير، بل يكفي صدور القرار الإداري منها بتوقيع جزاء الغرامة على المتعاقد معها، عند إخلاله بأحد شروط العقد⁴؛ وتظهر مرونة غرامة التأخير حيث اقتضائها منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد الإداري⁵.

¹ - أنظر : المادة 01/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المرجع السابق، ص 75 ..

² - la grande majorité des pénalités prononcées sont des pénalités de retard sanctionnant les retards dans l'exécution des prestations du marché »; Voir: Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Editions BERTI, Alger, 2007, p 173

³ - د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص 569.

⁴ - د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، 2012، ص 193، وكذلك د. طارق سلطان،

المرجع السابق، ص 159 . وكذلك د. فارس علي جانكي، المرجع السابق، ص 115.

⁵ - د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام- دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، 2007، ص

- جزاء اتفاقي:

من خصائص غرامة التأخير أنها جزاء اتفاقي (Formataire)؛ لأنها تحدد مقدما في العقد الإداري وكذلك فإن تنظيم توقيعها، ومقدارها يتم وفق نص قانوني¹، لأن أصل العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، بحيث يتم توافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله ومن ثم فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري أخطاء معينة ووضعوا لها جزاءات بعينها، فإنه يتعين التقيد بما جاء في العقد في هذا الصدد².

وتحدد غرامة التأخير مسبقاً من جهة الإدارة بالاتفاق مع المتعاقد عنها و في حالة إخلال هذا الأخير بأحد بنود العقد، تقوم الإدارة باقتضائها في مواعيدها المتفق عليها في العقد³.
أما في الجزائر فإن الغرامة التأخير ذات طبيعة اتفاقية؛ بمعنى أن عملية تطبيقها تتوقف على إرادة الطرفين، ومقدار الغرامة التأخير يحدد في الصفقة، وتلتزم المصلحة المتعاقدة به فلا تستطيع الإخلال بالقوانين المنصوصة في الغرامة التأخير، أو دفتر الشروط الخاص بها⁴. بالإضافة إلى هذا فإن المشرع الجزائري أكد على الغرامة التأخير من خلال النص القانوني الفقرة الثالثة كما يأتي: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط، والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة"⁵.

- غرامة التأخير تلقائية

تطبق غرامة التأخير بصفة تلقائية بمجرد التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، كما أنها توقع ولم يترتب عليها أي ضرر، والوضع في مصر يختلف عن فرنسا؛ إذ قضى مجلس الدولة

¹ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 348. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 115.

² - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 59.

³ - د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 126.

⁴ - د. عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، القانون الدولي أطروحة دكتوراه القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1998، ص 175.

⁵ - أنظر: المادة. المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص

المصري، أن: "الغرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون التنبيه باستحقاقها"¹.

كما نصت المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018 على أنه: "... وفي حالة عدم التزام بالتنفيذ لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء..."².

أما الوضع في فرنسا فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تعذر متعاقدتها المقصر بالغرامة قبل توقيعها عليه؛ وذلك تطبيقاً للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي تسري إلا من يوم الإعذار بها³.

وتوقع الغرامة التأخير دون أن تلتزم الإدارة بإثبات وقوع الضرر⁴، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير بإصابة الإدارة بضرر؛ لكي يتخلص من أداء الغرامة؛ إذ إن أي ضرر مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس بمجرد التأخير⁵. وهذا ما تتضمنه المادة (147) من القانون الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام؛ إذ أن المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة توجيه أي إعذار قبل فرض الغرامات التأخير من طرف المصلحة المتعاقدة، بل تقتطع بصفة مباشرة من مستحقته بمجرد وقوع التأخير في تنفيذ الصفقة، وكذلك نصت المادة (36) من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بتنظيم صفقات الأشغال العامة التي نصت على أنه: "إذا وردت في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها من دون إنذار مسبق".

¹ - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 67.

² - أنظر المادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018، المرجع السابق، ص 32. وأشار إليه: د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة التعاقدات الحكومية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020.

³ - Jezé Gaston, les principes généraux du droit administratifs, 3éd,t2 t3,1933, p 303.

⁴ - المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الثانية، الطعن رقم 1295 لسنة 34 قضائية، وجلسة 1993/6/29، الموسوعة رقم 49، ص 215.

⁵ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 270.

وبناء على ما تقدم، يتضح لنا أنه لا يشترط إعدار المتعاقد بجزاء غرامة التأخير قبل توقيعها عليه ، فغرامة التأخير تختلف عن بقية الجزاءات الأخرى، كونها اتفاقية وحددت مسبقا في العقد الإداري¹.

وما ذلك إلا تطبيقاً لفلسفة الجزاء الإداري، والذي يكون هدفه تأمين سير المرافق العامة⁽²⁾ كما أن غرامة التأخير تستحق دون حاجة إلى صدور حكم من القضاء³.

2- شروط غرامة التأخير:

لكي تستطيع الإدارة تطبيق جزاء غرامة التأخير على المتعاقد معها، لابد من توافر شروط تحقيق ذلك، ومن أهمها:

- تضمين العقد الإداري نصاً يعطي الإدارة الحق في توقيعها:

تعد غرامة التأخير كبقية الجزاءات المالية، تتطلب لفرضها من قبل الإدارة أن ينص عليها في العقد، بحيث يكون الحق للإدارة في فرض الغرامة على المتعاقد معها، وبعبكسه لا يمكن لها توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، ما لم يحتوي العقد على نص يميز لها ذلك⁴؛ فخلو العقد من النص على الغرامة، لا يميز للإدارة توقيع العقوبة على المتعاقد معها⁵. إلا أن بعضهم يرى أنه ليس من الضروري إدراج شرط الغرامة على بنود العقد؛ وذلك أن الإدارة بإمكانها أن تنص في العقد على عدم تطبيق الغرامة في حالة تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ولكن هذا لا يعني تنازلاً منها عن

¹ - أسكي ربيحة، سلطة المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص- ص 99 و100.

² - د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1984، ص- ص 302 و303.

³ - د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري- القرارات الإدارية - العقود الإدارية- شركة مطابع الطوبجي، 2001، ص 255.

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 345. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 117.

⁵ - انظر فتوى رقم 522، في 1966/5/23، جلسة 1966/9/4، 257 89 20، مشار إليه : د/ماهر أبو العينين، مرجع سابق الكتاب الثاني، ص 594؛ إذ جاء فيه " لما كانت غرامة التأخير تعويضاً إتفاقياً فإن خلو العقد الذي تبرمه القوات المسلحة مع المؤسسة المصرية العامة بوادي = النطرون بالنص عليها، لا يميز للقوات المسلحة توقيعها لذلك انتهى الرأي إلى أنه لا يجوز للقوات المسلحة توقيع غرامة التأخير على المؤسسة المصرية لتعمير الصحاري طالما خلا العقد من النص على هذه الغرامة ".

مواعيد تنفيذ العقد المنصوص عليها في العقد، ولا عن جزاء عدم الالتزام بها، بل تلجأ إلى تطبيق نظام التعويض في حالة التأخير عن تنفيذ العقد¹.

- تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد:

إن تأخر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدية يشكل خطأ عقدياً، بمجرد تأخره عن تنفيذ العقد، يمنح للإدارة الحق في توقيع الجزاء عليه، حتى وإن لم يترتب على ذلك أي ضرر، ودون حاجة إلى إنذار أو أية إجراءات قضائية²، فغرامة التأخير تستحق من جهة الإدارة بمجرد وقوعها³.

- الضرر:

تطبق غرامة التأخير تلقائياً من الإدارة دون الحاجة لتحقق الضرر، ؛ بمعنى أن الغرامة توقع مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضرراً قد أصابها⁴، كما أنه ليس للمتعاقد أن يتحلل من دفعها بحجة أن المرفق العام لم يصبه أي ضرر نتيجة تأخره عن تنفيذ العقد⁵. وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: " لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض، بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب، سواء ترتب على هذا التأخير أضراراً، فيما يستلزم لتحصيل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرراً نتيجة تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه"⁶.

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 172 . وكذلك د. أيمن فتحى محمد عفيفي، غرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة- د.د. ن، 2017، ص 16.

² - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 345 . وكذلك د. فارس علي جانكيو، المرجع السابق، ص 118.

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاءاً وتحكيمًا، المرجع السابق، ص 280.

⁴ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 192.

⁵ - د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 525.

- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3761 لسنة 41 ق، جلسة 28 / 10 / 1997، مجموعة مبادئها السنة 43، ص 195. مشار

إله لد

⁶ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 192.

ثانياً : حالات الإعفاء من غرامة التأخير:

لقد ورد في نص المادة 104 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات الحكومية التي تبرمها الجهات العامة والإعفاء من الغرامة إما أن يكون وجوباً على أساس أن جهة الإدارة هي السبب في تأخير تنفيذ العقد، نتيجة فعل أو خطأ صادر عنها أو إذا كان عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة، أو إما أن يكون الإعفاء جوازياً، فالإعفاء يعود للإدارة لما لها من سلطة تقديرية للظروف التي توافق تنفيذ العقد، فلها أن تعفي المتعاقد، أو أن لا تعفيه¹، ومن أهم حالات الإعفاء:

أ- القوة القاهرة: (La force majeure)

يقصد بالقوة القاهرة الحادث الفجائي الذي يستحيل دفعه والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، وطالما أن هناك استحالة في التنفيذ لا يد للمتعاقد فيها، وعدم إمكانه توقع الحادث الفجائي. وإذا توافرت القوة القاهرة بشروطها يجب أن يعفي المتعاقد من مدة التوقف عن التنفيذ حتى زوالها، ومن ثم يعفى من الغرامة التأخير، فيكون الحادث القهري سبباً قانونياً لإعفاء المتعاقد من توقيع أي جزاء عليه. إلا أنه ومما تجدر ملاحظته أن إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه يقتصر على مدة حلول القوة القاهرة، فإذا ما زالت يعود عليه الالتزام بالتنفيذ الكامل حسب الشروط المتعاقد عليها². ويجب أن يثبت أنه بذل غاية قصوى أقرب إلى التضحية والفداء منها إلى أسلوب العقد؛ إذ إن ضمان المتعاقد لدوام سير المرفق العام وانتظامه وتعاونه مع الإدارة في ذلك، وتوافر حسن النية في تنفيذ العقد، كل تلك المبادئ القانونية تلزم المتعاقد بأن يبذل العناية القصوى؛ لكي يعفى من التزامه³، فبوجود القوة القاهرة غير المتوقعة يكون التأخير قد حدث لسبب خارج عن إرادة المتعاقد، بل خارج عن إرادة الإدارة وتوقعها أيضاً.

¹ - د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 128. وكذلك د. حمدي ياسين عكاشة، التعاقدات الحكومية... المرجع السابق، ص 847.

² - د. محمد محسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 136. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 131.

³ - د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثره في تسيير المرفق العام، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص124.

وأهم شروط القوة القاهرة هي:

- أن يكون الظرف القاهر غير متوقع من الطرفين ولا يمكن دفعه.
- أن يكون مستقلا عن إرادة الطرفين.
- أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً¹.

ب- فعل الإدارة:

يرى بعض من الفقهاء الفرنسيين أنه من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من توقيع غرامة التأخير عليه يرجع إلى فعل صادر عن الإدارة سواء أكان فعل الإدارة خطأ منها أم كان إهمالاً، أم كان بسبب قيام الإدارة باستعمال حق من حقوقها بإجراء تعديل في العقد، ومن ثم يعد سبباً قانونياً لعدم التنفيذ أو تأخيره². وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن أعمال الإدارة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، تأخرها في تسليم المتعاقد صور المخططات والتصاميم اللازمة للبدء بتنفيذ العقد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من توقيع الغرامة عليه³. وعلى الإدارة أن تقوم بذلك في مدة زمنية معقولة؛ حتى يستطيع المتعاقد معها تنفيذ أعماله خلال المدة المتفق عليها، وخلافه فإن الإدارة لا تستطيع أن تفرض أية جزاءات عليه في حالة تأخير العمل؛ لأن الإدارة بفعالها هي من تسبب بالتأخير، كما أن للإدارة أن تعفيه من غرامة التأخير⁴. إذ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر - في أحكام لها - إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية العقدية، ومن دفع الغرامة إذا كان تأخير تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة، أو من جراء فعل صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة⁵.

¹ - د. محمد محسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 136.

² - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 168.

³ - د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 205.

⁴ - د. محمد سيد محمد أمين، عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2008، ص-ص 32 و 33.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 19 لسنة 33 قضائية، جلسة 1966/12/20 وكذلك الطعن رقم 232 لسنة 32 قضائية في جلسة 1966/4/7؛ مشار إليه لدى: د. إبراهيم السيد أحمد، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 401. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 132.

أما في الجزائر فإذا كانت الإدارة المتعاقدة هي وحدها من تسببت في تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة، كأن يكون سبب تأخيره في التنفيذ راجعا مثلا إلى توقيف الأشغال واستئنافها بناء على أمر صادر عنها¹، وإذا كانت أخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته يعود إلى سبب أجنبي لا دخل فيه، كأن تكون على سبيل المثال قوة القاهرة يعفى المتعاقد من الغرامة².

ج- الإعفاء الإداري من غرامة التأخير:

من مظاهر السلطة العامة للسلطة الجزائية للإدارة فلها أن تعفي المتعاقد معها من غرامة التأخير من تلقاء نفسها؛ وذلك لما لها من سلطة تقديرية في نطاق العقود الإدارية، فيجوز لها أن تعفي المتعاقد معها أو أن لا تعفيه، فللإدارة السلطة التقديرية في ذلك، غايتها تكمن في سبيل تحقيق المصلحة العامة³.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة في أن يغض النظر عن توقيع الغرامة المنصوص عليها في العقد، فلها أن تتنازل عن جزء من مبلغ الغرامة أو تعفيه منها، بشرط أن تعبر عن ذلك بإرادتها بشكل صريح⁴، فشرط الغرامة ذو طابع اختياري؛ فللإدارة حرية الاختيار بين تطبيقه على المتعاقد المقصر أو إعفائه منها صراحة أو ضمناً بشرط ألا تتراجع عن قراره عند الإعفاء⁵.

وقد نص المشرع المصري على حالة تأخير المتعاقد في تنفيذ العقد في المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الجديد والتي جاء فيها: "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة

¹ - تنص المادة 04/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم على أنه: "يعود القرار بالإعفاء م ندفع العقوبات المالية بسبب التأخير على مسئولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب في التعامل المتعاقد الذي تسلمه في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها".

² - تنص المادة 05/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم على أنه: "وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير".

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية المنازعات قضائياً أو تحكيمياً، المرجع السابق، ص 287.

⁴ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 178.

⁵ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 208. كذلك د. فارس علي جانكبير، المرجع السابق، ص 133.

لدواعي المصلحة العامة إعطاءه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعا لسبب خارج عن إرادته.

وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل التأخير من بداية المهلة دون حاجة لتنبهه أو إنذاره أو اتخاذ أي إجراء آخر...¹.

وعلاوة على ذلك فإنه من الجائز الجمع بين غرامة التأخير وغيرها من الجزاءات الإدارية²؛ إذ إن توقع الغرامة لا يخل بحق الإدارة في الرجوع إلى المتعاقد بما تستحقه من التعويض الكامل عليه جراء ما أصابها من أضرار بسبب تأخره في تنفيذ العقد³.

ويتضح مما سبق أن القضاء الإداري في الجزائر والدول المقارنة، يتفق بأنه من حق الإدارة توقيع جزاء غرامة التأخير، بمجرد وقوع مخالفة من المتعاقد معها، فإن الغرامة توقع لمواجهة تلك المخالفة حتى دون إثبات الضرر الذي أصاب الإدارة⁴.

الفرع الثاني

مصادرة التأمين

Saisie de Cautionnement

إن هدف السلطة الجزائية للإدارة من فرض الجزاء على متعاقد معها في العقد الإداري، هو حماية المرفق العام ودوام استمراره تحقيقا للمصلحة العامة، كما أن الجزاءات المالية من أهم وسائل الإدارة لضمان حسن تنفيذ العقد الإداري، إذ تفرضها على المتعاقد معها في حالة إخلاله أو تأخره في التنفيذ، ويكون ذلك من خلال استقطاع جزء من الأموال مودعة لديها كتأمينات

¹ - المادة 48 من قانون رقم 182 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، المؤرخ في 23 محرم من عام 1440هـ الموافق ل 03 أكتوبر لسنة 2018، ج. ر. ع. 39، ص 32.

² - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 151.

³ - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 151. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 135.

⁴ - د. حسين عثمان محمد، القضاء الإداري، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 639.

مقدمة من المتعاقد لإثبات جديته في التعاقد، ومواجهة ما قد يصدر عنه من إخلال أثناء التنفيذ، لذلك كان من ضمن الجزاءات المالية جزاء مصادرة التأمين¹.

نأتي على هذا الجزاء بالتوضيح في نقطتين، أولها مفهوم مصادرة التأمين، وثانيها الطبيعة القانونية لهذا الجزاء.

أولاً - مفهوم مصادرة التأمين:

تم التعرض لدراسة مفهوم مصادرة التأمين في ثلاثة نقاط أساسية: تعريف التأمين، ثم أنواعه، ومن ثم جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين.

أ- تعريف التأمين:

التأمين مبالغ مالية²، أو خطاب صادر من أحد البنوك بقيمته، ضماناً لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري، كما يضمن ملائمة المتعاقد معها لمواجهة مسؤولياته التي قد يتعرض لها من جراء إحلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري³، وفي بعض الأحيان فإن بعض التأمينات تشكل رسوماً مالية، بحيث تمثل جزءاً من قيمة استعمال أدوات المرفق، واندثار الآلات كما هو الحال في عقد التزام المرفق العام، وعقود الأشغال العامة. عندما يقوم المتعاقد مع الإدارة باستعارة بعض الأدوات الضرورية أو استئجارها من الإدارة، من أجل تنفيذ عقد المقاولة والاحتفاظ بها، بقدر قيمة مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة وذلك تعويض عن اندثار تلك الآلات⁴. وإن الهدف من التأمين هو ضمان الديون المختلفة التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ العقد من جراء إخلال المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁵؛ أي

¹ - د. محمد حسن خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 139.

² - د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أبريل، 2011، ص 96.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 184.

⁴ - أنظر: د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 136. وكذلك د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط 1، مكتبة دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010، ص 145.

⁵ - د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 137.

بمعنى أنه تعويض للإدارة في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته التعاقدية؛ حتى وإن لم تصب الإدارة بأية أضرار¹.

ب- أنواع التأمين:

إن التأمين يكون على نوعين: فهو إما ابتدائي مؤقت، وإما تأمين نهائيّ حسب تقديمه سواء قبل رُسو العطاء في مرحلة ما قبل إبرام العقد، أم قدم بعده.

1- التأمين الابتدائي المؤقت:

يقصد به التأمين الذي يدفع من قبل المتقدم بالعطاء؛ وذلك لضمان مدى جديته بالعطاء والمساواة بين المتنافسين، وعادة ما يكون ذلك نسبة قليلة بالمقارنة مع قيمة العطاء موضوع التعاقد².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن التأمين الابتدائي المؤقت كما سماه بكفالة التعهد المنصوص عليه في المادة (124) و(125) من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، هو الذي يشترطه المشرع لقبول العرض؛ وذلك لضمان جدية صاحب العرض، ومن دونه لا يقبل عرضه، ولا يلتفت إليه، ومن ثم استبعاده، ويصادر التأمين المؤقت إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء فترة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي³.

2- التأمين النهائي:

وهو التأمين الذي يدفع عند رسو العطاء عليه، لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد، ومعرفة ملائمة المتعاقد مع الإدارة والتزاماته عند قيامه بتنفيذ العقد⁴.

¹ - د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 182.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 185.

³ - أنظر: المادتين و124/125 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - د. عبد الله نواف العتري، المرجع السابق، ص 104.

فالتأمين الابتدائي: هو عبارة عن نسبة محددة من قيمة العطاء، يؤديه مقدم العطاء تعبيراً عن جدية هذا العطاء، أما التأمين النهائي: فهو ضمان حسن تنفيذ العقد مع التلويح بتعرضه لجزاء مصادرة التأمين عند إخلاله بأحد شروط العقد¹.

وفي الظروف العادية فإن التأمين الابتدائي يسترجع في حالة عدم رؤو العطاء على من تقدم به أو قد يفقده إذ عدل عن العطاء قبل فتح المظاريف، أو إذا رفض المتعاقد دفع التأمين النهائي بعد رؤو المناقصة عليه².

ففي مصر نص قانون المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 أحكام التأمين الابتدائي استناداً إلى المادة (16) منه والتي جاء فيها: " تحدد السلطة المختصة مبلغ التأمين المؤقت ضمن شروط الطرح، ويجب تقديره دون مبالغة بما لا يجاوز النسبة المنصوص عليها قرين العمليات الآتية:

1- في عمليات شراء أو استئجار والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية: نسبة 1.5 % من القيمة التقديرية وبما يتماشى وطبيعة العملية وحجمها...

2- في عملية شراء واستئجار العقارات: نسبة 1.5% من القيمة التقديرية للعملية المطروحة...³.

أما عن التأمين النهائي فقد نصت المادة (40) من نفس القانون على ما يلي: " على صاحب العطاء الفائز أن يؤدي التأمين النهائي بالنسب وخلال المدد وبالأحكام المبينة قرين الحالات الآتية:

¹ - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 101، وكذلك د. محمود حلمي، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص ص 93 و94.

² - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 217.

³ - قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، رقم 182 لسنة 2018 المادة (17) التي تنص على أنه: "... في عملية بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات وترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات يتم تحديد مبلغ التأمين المؤقت حسب طبيعة وأهمية المزايدة وفي جميع الأحوال يجب أن يكون التأمين المؤقت سارياً لمدة ثلاثين يوماً بعد تاريخ انتهاء مدة صلاحية سريان العطاء، أو تاريخ انتهاء مدة مد صلاحيته "

1- عملية شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية، خلال عشرة أيام عمل بنسبة (5%) من قيمة العقد تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بقبول عطاءه...¹.

أما في فرنسا، فإن مبلغ الكفالة يجب ألا يتجاوز عموماً 3% من مبلغ الصفقة الأساسي، و5% عندما تكون الصفقة مقترنة بفترة الضمان، هذه الكفالة التي يدفعها صاحب الصفقة تضمن حسن تنفيذ الصفقة².

وأما في الجزائر فإن التأمين النهائي هو الذي يقدمه من ترسو عليه العقد الإداري (الصفقة)، وهو ضمان لقيامه بتنفيذ التزاماته طبقاً لشروط الصفقة؛ بحيث إذا قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة مصادرة التأمين³.

3- جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض:

إن الفقه والقضاء الإداريين أجازا الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين؛ وذلك لجبر الضرر الذي يلحق الإدارة، بشرط إن لم ينص العقد على خلاف ذلك، والغاية في ذلك هو أنه قد لا يمثل مبلغ التأمين الحد الأقصى من التعويض؛ بل قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي تستحقه الإدارة في حالة إخلال المتعاقد في تنفيذ أحد التزاماته التعاقدية، ولا تجدي نفعا محاولة المتعاقد مع الإدارة إثبات أن مبلغ التعويض - ضروري لجبر الضرر - أقل من مبلغ التأمين⁴.

و قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها بجواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين وذلك بقولها: "إنه من المقرر .. إن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بأن لا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين وأن

¹- لمزيد من التفاصيل راجع المادة 40 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018، المرجع السابق، ص 37.

²- د. مورييس نخله، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت، 1986، ص 179 .

³- سيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 108.

⁴- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 156؛ وكذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري،

المرجع السابق، ص 527؛ د. حسين عثمان محمد، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص 641 - 642 . د. فارس علي جانكبير،

المرجع السابق، ص 140.

يجاوز قيمة هذا التأمين، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض بالتطبيق للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك"¹، ولكن حق الإدارة في مصادرة التأمين ليس مطلقاً؛ فإذا اشترط في العقد نسبة معينة من التأمين، فيترتب عليها احترام هذه النسبة وعدم تجاوزها، ففي حكم المحكمة الإدارية العليا جاء فيه: "الثابت من شروط العقد ليس حقا مطلقا بل يقف عند حدود معينة وهي ألا يتجاوز 10% من قيمة الفصائل التي لم يقم المدعي عليه بتوريدها... وبذلك لا يحق للوزارة وفق العقد أن تصدر من هذا التأمين سوى 10 % من قيمة ما لم يورده..."².

وتعقيبا على هذا الحكم يبدو أنه: إذا كانت مصادرة التأمين من السلطة الجزائية للإدارة قد جبرت الضرر الذي لحق بها ، فإنه لا داعي من الحكم بالتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك، أما إذا لم يكن مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة غير كافي ، فإنه لا مانع من الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض.

أما المشرع الجزائري فقد جمع هذا الجواز في المادة (152) من المرسوم الرئاسي 247/15 الذي تنص على أنه: " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها..."³.

وبناء عليه، فإن كان المشرع يمنع المتعاقد المقصر من الاعتراض على قرار سلطة الإدارة عند توقيعها جزاء الفسخ ، من فرض الجزاءات الأخرى من مصادرة التأمين وتعويض الأضرار، فإنه كان على الإدارة عدم الاعتراض عليها في الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض وذلك لتغطية الضرر الفعلي الذي لم يغطه مبلغ الضمان⁴.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم 108 لسنة 11 ق، جلسة 1969/ 6/21 (825/109/14)، ص 1891.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 1136 لسنة 15 ق، جلسة 1975/2/22، 218/70/20، ص 1892.

³ - المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - د. سبيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 111.

ثانيا : الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين:

هناك اختلاف فقهي حول التكييف و الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين وفي ما إذا كان من الضروري إدراج هذا الجزاء في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد فمنهم ما يرى وجوب الاتفاق عليه في العقد مسبقا، بينما يرى جانب آخر من الفقه ليس من الضروري الاتفاق عليه وحتجهم في ذلك أنه لا يظل هناك محل لاشتراط التأمين النهائي من العطاء¹.

وعليه، يتم التعرض لدراسة الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين في كل من الدول فرنسا ومصر والجزائر على النحو الآتي:

أ- مصادرة التأمين في فرنسا:

يتفق الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا على حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد مع كنوع من امتيازات السلطة العامة ومظهر من مظاهرها في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ومنها جزاء مصادرة التأمين²، و الذي يعد حقاً من حقوق السلطة الجزائية للإدارة تفرضه على المتعاقد معها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، ويرجع ذلك إلى السلطة التي تتمتع بها الإدارة أو على سلطة التنفيذ المباشر والتي لا يمكن للإدارة أن تتنازل عنها وهي بصدد فرض الجزاءات على المتعاقد معها³.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هذا الجزاء هو جزاء اتفاقي وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بالقول: "إذا اتفقت الإدارة والمتعاقد على تضمين العقد الإداري، أو قوائم الشروط، بنداً يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة، جزاء للإخلال بالتزامات المتعاقد؛ فإن هذا الشرط يعد شرطاً جزائياً متفقاً عليه عند عدم التنفيذ على هذا الأساس .. لا يحق للإدارة أي تعويضات أخرى، إلا أنه يجب إعدار المتعاقد عند توقيع جزاء مصادرة التأمين⁴.

¹- د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 139 .

²- د. عبد المجيد الفياض، مرجع سابق، ص- ص186 و 187 . وكذلك د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 308.

³- د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سابق، ص - ص 103 و 104 . فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 143. وكذلك د.

طارق سلطان، المرجع السابق، ص 196.

⁴- C.E. 1 Janvier 1944 ,Sée d'entreprise de construction, Rec, p 128.

وكذلك يعد الفقه والقضاء في فرنسا، أن مصادرة التأمين هي صورة من صور الجزاءات المالية التي يحق للإدارة توقيعها على الملتزم عند إسقاط الالتزام، ففي هذه الحالة فإن التأمين الذي دفعه الملتزم عند التعاقد يفقده حسب ما نصت عليه كراسات الشروط؛ إذ يصبح التأمين من حق الإدارة عند إسقاط الالتزام؛ كذلك يحق للإدارة مصادرة التأمين عند الفسخ الجزائي لعقد التوريد¹.

ب- مصادرة التأمين في مصر:

نصت اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر في المادة 40 الفقرة الأخيرة أنه: " يكون التأمين النهائي ضامنا لتنفيذ العقد ويجب رده أو ما تبقى منه فور انتهاء مدة الضمان المحددة بالعقد بغير طلب خلال عشرة أيام عمل ما لم تعدل مدة التعاقد..."²، أو أنه تراخى في تنفيذه، أو تقصيره، على غير الوجه المطلوب منه عمله أو قام بالتنفيذ بعد الميعاد المحدد³، علماً بأن جزاء مصادرة التأمين بوصفها جزاء جاز عن تأخر المتعاقد معها بتنفيذ التزامه دون فسخ للعقد أو إنهائه من قبل الإدارة⁴.

كما أن الفقه والقضاء الإداري في مصر متفقان على اعتبار مصادرة التأمين (شرطاً جزائياً) في العقود الإدارية في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فهي؛ أي مصادرة التأمين، جزاء تفرضه الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، ودون أن يكلفها ذلك

¹ - أشار إليه: د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 223، وكذلك تنص المادة 49، فقره 6 من كراسة الشروط العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا على أن: " زيادة النفقات الناتجة عن إبرام عقود الأشغال العامة الجديد تكون على عاتق المقاول المفسوخ عقده، وهذه الزيادة في النفقات تتقطع من المبالغ التي من الممكن أن تكون مستحقة له فإذا لم توجد أية مبالغ مستحقة لدى الإدارة فإن النفقات تستقطع من التأمينات المتفق عليها .."، ص 224.

² - المادة (40) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، لسنة 2018، المرجع السابق، ص 28، التي جاءت كما يلي: "... وإلا التزمت الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقا لسعر الائتمان والخضم المعلن من البنك المركزي، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك، وإذا تجاوزت قيمة التأمين المؤقت قيمة التأمين النهائي وجب رد الزيادة فوراً بغير طلب وفي جميع حالات عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية".

³ - د. ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 158. وكذلك د. فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1956، ص 330.

⁴ - د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 94.

عند فرض الجزاء عليه - أن تثبت بأن ضرراً ما قد لحق بها مما يجدر القول معه أن طبيعة هذا الجزاء يختلف عن التعويض الإتفاقي (شرط جزائي) الموجود في القانون المدني¹.

حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها بالقول أن: " الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد جراء إخلاله بالتزاماته، المقصود بها تأمين سير المرافق العامة وطرادها وبالتالي حق الإدارة مصادرة التأمين النهائي دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء في حالة عدم التنفيذ، ولا تلتزم بإثبات الضرر للإدارة ومن هذه الجزاءات مصادرة التأمين، مصادره لا تمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي حلت لها بسبب تقصير المتعاقد معها في تنفيذ التزامه، لا يعد ذلك جمعاً بين التعويضين عن فعل واحد"².

ويمكن القول .. أن أساس التكييف القانوني بمصادرة التأمين يمكن في اعتباره شرطاً جزائياً يقضي بفرض شرط جزائي مالي على المتعاقد - عند إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية³.

ج - مصادرة التأمين في الجزائر:

لقد نص المشرع الجزائري من المرسوم الرئاسي 247/15 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر على أشكال عديدة لهذه التأمينات، والمتمثلة في كفالة التعهد المادة (124) و(125) السالفتين الذكر؛ إذ إن هذه التأمينات هي عبارة عن كفالة مالية تعد ضماناً للإدارة؛ حتى تتوقى بها آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري، ومدى قدرته على المسؤوليات الناتجة عن أخطائه؛ فمصادرة التأمينات كجزاء مالي يتمثل في استحواذ الإدارة المتعاقد على هذه التأمينات وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية⁴.

¹ - د. احمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص - ص 349 و350.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 401 لسنة 29 ق، جلسة 1964/4/30، ص 396.

³ - د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار المسيري للنشر والتوزيع والطباعة، عمان الأردن، 1997، ص 264، ود. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص - ص 516 و517. د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - أ. بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 75. وكذلك د. بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2018، ص 197.

الفرع الثالث

التعويضات **Les dommages intérêts**

تعرف التعويضات في القانون الخاص على أنها مبلغ مالي يحكم به على المدين في حالة عدم تنفيذ التزاماته وهو الأمر نفسه في مجال العقود الإدارية ، إذ تتمثل طبيعته على أنه جزاء مالي يقابل الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد وإصلاحه ويمثل الجزاء العام الذي يغطي جميع الجزاءات الإدارية وخاصة الجزاءات المالية¹.

والجدير بالقول أن السلطة الجزائية للإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات واسعة، ومن ضمنها أنها تستطيع مطالبة المتعاقد معها بالتعويض، بصورة مباشرة، عن أي ضرر يصيبها جراء أي تقصير قد يصدر عن المتعاقد معها في أثناء تنفيذه لأحد التزاماته في العقد الإداري².

وعلى ضوء ما تقدم، نتعرض في هذا الفرع لمفهوم التعويض وشروطه من ناحية، وكيفية تقدير التعويض وتحصيله من ناحية ثانية.

أولاً : مفهوم التعويض وشروطه:

أ- تعريف التعويض:

أ- فقهيًا: هو عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته العقدية حال سكوت العقد أو دفاتر الشروط على النص على جزاء مالي آخر كالغرامات بمواجهة هذا الإخلال؛ وبذلك يتضح أن الهدف الرئيس منها يتمثل في رآب الصدع الناجم عن الضرر الذي تسبب فيه المتعاقد³.

ب- قضائياً: قد نص المشرع في المادة (170) من القانون المدني المصري على التعويض القضائي بالقول: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور"، وهذا طبقاً

¹ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 509.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 199. وكذلك د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 147.

³ - J dufau ,les concessions de service public, moniteur Paris, 1979, p83. Péquignot contrat administratif, op.cit,p339. André de laubadère, Traité théorique des contrats administratifs, t1,1959, p 167.

لأحكام المادة (221 - 222) مراعيًا في ذلك الظروف والملابسات، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض يقينا ونهائيا فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .

كما نص في المادة (221) على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وفاته من كسب شرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به...". وهذا هو أصل نظام التعويض في القانون المدني المصري، وهو يطبق في العقود الإدارية، كما أن التعويض يقدر تبعا لجسامة الضرر الذي أصاب جهة الإدارة بسبب إخلال المتعاقد بالتزامه¹.

أما التعويض في الجزائر، هو الذي يفرض على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة، بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته؛ لذلك فإن التعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وهو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين، وفي هذا جاء في القانون المدني الجزائري أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"².

ب- شروط التعويض:

يقتررب نظام التعويض في العقود الإدارية إلى حد ما من نظيره الموجود في القانون الخاص³؛ فيما أن التعويضات مرتبطة ارتباطا وثيقا بنظرية المسؤولية التعاقدية، فإن الإدارة لا تستطيع فرضها على المتعاقد معها إلا إذا تسبب المتعاقد بإلحاق الضرر بالإدارة في أثناء تنفيذه للعقد الإداري⁴،

¹ - د. حسين درويش عبد العال، السلطات المخولة للإدارة، الطبعة الأولى، مطبعة لجان لبنان، 1961، ص119.

- André de Laubadère, traité théorique des contrats administratifs, op.cit, p 146.

² - راجع: المادة 124 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 201. و كذلك د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 181؛ د.فارس جان كبير، المرجع السابق، ص 155.

⁴ - د.عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 182.

وحسب القواعد العامة في القانون فإنها تقضي بأن كل خطأ يرتكبه المتعاقد ويترتب عليه ضرر فإن المتعاقد المقصر ملزم بدفع التعويض للإدارة¹، وعليه فلا بد من توافر شروط المسؤولية التعاقدية والمتمثلة في الخطأ والضرر وتحقق علاقة السببية بينهما².

1- الخطأ العقدي: (La faute contractuelle)

تنص المادة (389) من القانون المدني المصري "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"؛ وبذلك يكون مجال تطبيق هذه القاعدة عندما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزاماته عيناً، أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف؛ إذ إن الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً، بل يطالبه بتعويض بعدم تنفيذ الالتزام، فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه فإذا اثبت ذلك كان هذا إثبات للخطأ العقدي³.

والالتزام العقدي الذي يقع الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية، إما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة (Obligation de résultat)؛ وإما يكون التزاماً ببذل عناية (Obligation de moyen)؛ بمعنى آخر هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته، ويقع الخطأ العقدي للملتزم بتنفيذ العقد وهو المتعاقد مع الإدارة أو شخص آخر يسأل المدين عنه حينما لا تبذل العناية المطلوبة⁴.

ومن هنا نستنتج، أن التعويضات لا تشكل فقط جزاءً Sanction، ولكن أيضاً تشكل تعويضاً مالياً عن الضرر الذي لحق بالإدارة الناتج عن الخطأ العقدي، وهذا الجزاء قائم في العقود الإدارية كافة، وفي حالة عدم ثبوته لا تستحق الإدارة تعويضاً⁵.

1 - د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 516.

2 - د. فارس علي جانكبير، المرجع السابق، ص 156.

3 - د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص 117.

- " يقصد بالخطأ العقدي ذلك الخطأ الناتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيا كان السبب في ذلك، أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عدمه أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال". أشار إليه: د. بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 11.

4 - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 114.

5 - الطعن المدني رقم 344 لسنة 19 ق، جلسة 1999/1/23، مجموعة أحكام لسنة 21، قاعدة 30، ص 177، والمنشور بمجلة العدالة الدولية، الإمارات العربية المتحدة.

2- تحقق الضرر: (Le préjudice)

يعد الضرر الركن الجوهرى لقيام المسؤولية العقدية في ذمة المدين¹، والدائن هو الذي يتحمل عبء إثبات الضرر لأنه هو الذي يدّعيه، والضرر لا يفترض بمجرد أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه العقدي، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك².

ونخلص من ذلك : أن التعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ من التعاقد قد سبب ضرراً للإدارة، أي أفرغ تقصيره عن إلحاق ضرر بالإدارة³، والضرر إما أن يكون ضرراً مادياً وإما أدبياً وتعويض الضرر عن المسؤولية العقدية محدودة المدى فلا تعويض إلا عن الضرر المباشر⁴.

3- تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: (Lien de causalité)

لا بد أن تكون هنالك علاقة رابطة بين الخطأ الحاصل وحدث الضرر؛ أي بمعنى أن الخطأ من التعاقد هو السبب في حدوث الضرر للإدارة؛ بحيث تنعدم المسؤولية إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ كأن يرجع إلى سبب خارجي⁵.

ج - مدى اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية:

لقد اختلف الفقه حول مدى اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية؛ فذهب رأي إلى عدم اعتباره من الجزاءات الإدارية؛ على أساس أن التعويض ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة في

¹ - د. بن عبد المالك بوفلحة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام رقم 247/15، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ع. 17، جانفي 2017، ص 121.

² - د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص 117؛ وقد ذكر أمثله في عقد النقل إذا تأخر أمين النقل في تسليم البضاعة أو تأخر الراكب عن الوصول في الميعاد فهذا لا يعني وجود ضرر.

³ - حكم 1451 (14/11/1974) 3/1/20... "لا يعدو حقيقة تعويضا عما أصاب جهة من ضرر"؛ حكم المحكمة الإدارية العليا 1965/1/2، مجموعة المكتب الفني، س 10، رقم 34، ص 313؛ حكم المحكمة الإدارية العليا 1969/6/21، مجموعة المكتب الفني، س 14، رقم 109، ص 125.

⁴ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 182.

C.E. 11 Octobre 1992, compagnie de navigation Sud Atlantique, Rec., p892.

⁵ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 199. د. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 157.

القانون الخاص¹، وكذلك يرى بعض الفقهاء أن التعويض ما هو إلا جزء مالي وليس جزءاً إدارياً؛ لأنه لا يعدو أن يكون غرامة أطلق عليها اسم التعويض².

وعليه، هو ما يتفق في هذا الحكم تماماً مع غرامة التأخير إلا أنه يختلف عنها في أن مصادرة التأمين كأحد الجزاءات المالية تعتبر مستقلة عن فكرة التعويض، ومن ثم فقد أجاز الجمع بينهما، وذلك بما لا يجاوز التعويض الكافي لجبر ضرر الإدارة على أساس أن التأمين النهائي يمثل الحد الأدنى للتعويض إلى يحق للإدارة اقتضاؤه ولكن لا يمثل الحد الأقصى. فالتعويض في الواقع لا يعد جزءاً فقط؛ بل يعد أيضاً وسيلة لإصلاح الضرر الذي أصيبت به الإدارة، والتعويض بهذه الطريقة لا يستحق إلا في حالة إلحاق ضرر ما بالإدارة المتعاقدة بسبب تقصير المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية³.

وعلاوة على ذلك، فإن الفكرة في التعويض في العقود الإدارية، هي إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية أكثر من كونه تعويضاً للإدارة عن الأضرار التي لحقتها من جراء إخلال المتعاقد معها بأحد بنود العقد⁴.

ومن نافلة القول: أن جزء التعويض مرهون بالضرر الذي يصيب جهة الإدارة من المتعاقد المقصر، حيث أن الإدارة تلجأ للقضاء لاستحقاقه⁵.

ثانياً : كيفية تقدير التعويض وتحصيله:

للسلطة الجزائية أن تفرض جزء التعويض في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية⁶ و يقدر التعويض بقيمة الضرر الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه، ويراعى في تقدير

¹ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 350.

² - د. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 158.

³ - د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري القرارات الإدارية العقود الإدارية، شركة مطابع الطوبجي، 2001، ص - ص 676 و 680.

⁴ - د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 96.

⁵ - د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية: النظرية العامة وتطبيقها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37

لسنة 1964، مكتبة الفلاح الكويت، 1981، ط1، ص 208.

⁶ - د. بن سدير جلول، المرجع السابق، ص 83.

تعويض ما أسهمت به الإدارة من أخطاء أو أعمال أدت إلى حدوث الخطأ ووقوع الضرر أو ما سببه إخلال المتعاقد بالتزاماته¹.

وعليه، في حالة ارتكاب المتعاقد مع الإدارة خطأً يسيراً؛ فإن من مظاهر السلطة العامة الإدارة سلطتها الجزائية فهي تملك في مثل هذه الحالة سلطات استثنائية، أو ما يسمى بامتياز التنفيذ المباشر الذي يسمح لها بأن توقع جزاءات من جانب واحد من دون اللجوء في ذلك إلى قاضي العقد. على الرغم من عدم وجود نص بذلك، بل لها الحق في تقديره وتحصيله².

وبالمقابل يجب على الشخص العادي (الدائن)، أن يحصل في حالة ارتكاب المتعاقد الآخر لخطأً يسيراً، على قرار صريح من القاضي بالجزاء المالي ضد هذا الأخير³.

وبذلك يتضح أن الغاية الأساسية من التعويضات (Les dommages intérêts) والغرامات المالية (Les Pénalités) هي التغلب على الامتناع عن تنفيذ العقد. فأما عن حساب التعويضات فإنه يتم بالنظر إلى حجم الضرر⁴.

أما في مصر:

فقد أشارت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر لسنة 2018 السالف الذكر (في بعض موادها) إلى حق الإدارة بمطالبة المتعاقد معها بالتعويض عن إخلاله في تنفيذ العقد الإداري⁵، فضلاً عن ذلك؛ فإن الإدارة لا تستطيع أن تلجأ إلى التعويض من تلقاء نفسها إلا عن طريق القضاء عند عدم وجود نص في العقد يسمح لها بذلك⁶؛ إذ ذهبت

¹ - André de laubadère, et autres, traité des contrats administratifs, op.cit., pp 146,56.

² - د. شريف خاطر، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص 693.

³ - د. طارق سلطان، المرجع سابق، ص 205 .

⁴ - M. de Villiers, droit public général, litec, 2004 , p675 et s.

⁵ - اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر لسنة 2018 في المادة 41 التي تنص على أنه " ... في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري "

⁶ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 511 .

المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلى القول: "... إنه لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء؛ لتحصل منه على حكم بالتعويض، مادام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبلغ تكون مستحقة أو يستحق للمتعاقد معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى - عن خسارة تلحقها، فإذا كان العقد قد نص أيضا على أن يكون ذلك من دون إخلال بحق المصلحة في المطالبة القضائية- بالخسارة التي لا يتيسر لها استردادها؛ فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة للالتجاء إلى القضاء؛ مادام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية؛ لجبر التعويض عن الأضرار، بل النص يعني تخويل الإدارة حق الالتجاء إلى القضاء، إذا لم تكف المبالغ في حوزتها لجبر الضرر كاملا"¹.

ويتضح لنا من خلال هذا الحكم أنه أن الإدارة لا تستطيع اقتضاء التعويض بنفسها وإنما عليها اللجوء للقضاء إذا لم يكن نص قانوني يمنحها هذا الحق².

ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر يحدد كيفية تحصيل الإدارة للتعويض قضى بأنه: "يحق للجهة الإدارية المتعاقدة الحصول على مستحقاتها، مما يكون مستحقاً للمتعاقد معها سواء لديها أم لدى أية جهة إدارية أخرى، ولها أن تتخذ في سبيل ذلك إجراءات التنفيذ المباشر على ما تحت يدها من مبالغ مالية، أو معدات، أو آلات، ولها أيضا الحق في اتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداري..."³.

وفي الجزائر:

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فإن النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها، لم تشر صراحة إلى الكيفية أو الطريقة التي تحصل بها الإدارة المتعاقدة للتعويضات الناجمة

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1180 س 8 ق، جلسة 1965/11/27 (51/7/11)، مجلس الدولة المكب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما 1965 إلى 1980، ص 1871 . مشار إليه لدى: د. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 162.

² - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 185 .

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4125 لسنة 42 ق، جلسة 2000/2/25، مشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثاني، ص - ص 552 و 554 . مشار إليه لدى: د. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 163.

عن إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته؛ إذ نجد بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في الفقرة 07 من المادة (35) والتي تنص على أنه: "الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك بين ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد".

و تنص المادة (48) منه في فقرتها الأولى على أنه: "يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال، وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهدا لصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها".

كما تنص المادة: 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان كالمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها؛ بسبب خطأ المتعاقد معها".

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري، قد اكتفى فقط بالنص على حق الإدارة المتعاقدة في الحصول على التعويض، الذي تستحقه من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، لكن دون أن ينص صراحة على كيفية تحصيلها لهذا التعويض.

ومنه، فإن السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية في القانون الجزائري مقيدة بالنصوص القانونية. فإنه في هذه الحالة ومع غياب النص القانوني الذي يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في تحصيل هذا التعويض بنفسها، والذي ليس معناه سلب حقها في توقيع جزاء التعويض، و الخلاصة أنه لا يمكنها تحصيله بنفسها، بل عليها اللجوء إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني¹.

¹ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص116.

المطلب الثاني

وسائل الضغط **Les sanctions coercitives**

تعتبر الجزاءات الضاغطة إجراءات مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء العقد ومن ثم يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة وتتم العملية على حسابه ومسئوليته¹. كما أن اتخاذ الإجراءات الضاغطة المؤقتة لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعد مبدأً عاماً من السلطة المقررة للإدارة حتى إن لم ينص عليها العقد². وتباشر الإدارة تلك الإجراءات استناداً إلى سلطاتها في التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد في أداء التزاماته؛ وذلك ابتغاءاً لضمان وكفالة حسن سير المرافق العامة.

فالعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة؛ لضمان انتظام المرفق العام ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله أو أن تقوم بإحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام³، تم التعرض لدراسة فرض الحراسة على المرفق العام (la mise sous séquestre) في الفرع الأول، وسحب العمل من المقاول (La mise en régie) في (الفرع الثاني)، الشراء على حساب المتعاقد المقصر (Le marché par défaut) في الفرع الثالث.

¹ - راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في جلسة 1957/3/17، مجموعة مبادئ السنة الحادية عشر، ص 272؛ وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1345 لسنة 8 ق، جلسة 1964/2/1، مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص 571. مشار إليه لدى: د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 133.

«...l'administration se substituera au cocontractantes ou lui substituera un tiers. l'exécution du contrat étant ainsi pour suivie aux frais et risques du cocontractant»; voir: René CHAPUS, droit administratif général, T 01,14 éditions, Montchrestien, paris, France, 2000, p 1181.

² - « Le pouvoir de sanction coercitive est fondé sur les prérogative de puissance publiques .ces sanction peuvent être prononces même dans le silence du marché » voir : Christophe Lajoie droit du marchés....,Op,cit,p174.

³ - د.هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 133. وكذلك- فوزية سكرن، المرجع السابق، ص 105.

الفرع الأول

فرض الحراسة على المرفق العام

(La mise sous séquestre)

يعد عقد امتياز المرافق العامة، من العقود الإدارية والذي بموجبه يتولى عادة شخص من أشخاص القانون الخاص تشغيل أحد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محدودة على مسؤوليته، أو يستخدم فيه عماله أو أمواله لقاء رسوم يدفعها المنتفعون بهذا المرفق؛ وذلك مقابل الخدمات التي يقدمها لهم هذا المرفق¹، وحرصاً منها على استمرار المنتظم لسير المرفق من دون توقف مع شريطة أن تلجأ الإدارة إلى وضع المشروع أو المرفق تحت الحراسة إذا ما شعرت بأن هناك ما يهدد سيره بانتظام واستمرار.

فوضع المرفق العام تحت الحراسة هو من وسائل الضغط المؤقتة، بحيث تقوم الإدارة بوضع المرفق تحت الحراسة في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً الأمر الذي يستهدف من جهة الإدارة الضغط على الملتزم لأداء التزامه على أكمل وجه؛ ولضمان تنفيذ العقد وسير المرفق العام بانتظام واستمرار².

وندرس في هذا الفرع : فرض الحراسة على المرفق العام والذي بدوره يتضمن نقطتين

كالتالي:

مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة أولاً، وثانياً والآثار القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة.

أولاً: مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة:

1- تعريف وضع المشروع تحت الحراسة:

يتفق جزاء وضع المرفق تحت الحراسة والطبيعة الذاتية لعقد الامتياز إذا ما قصر الملتزم في تسيير المرفق تقصيراً جسيماً ، أو إذا كان هناك ما يهدد بالتوقف الكلي أو الجزئي (En cas d interruption total ou partielle du service)، بسبب عجز، أو عدم كفاية، أو عدم قدرة صاحب

¹ - أنظر: د. ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 196.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعه قضاءً أو تحكيمًا، المرجع السابق، ص 89.

الامتياز¹، ولو دون خطأ منه كاضطراب لا ذنب له فيه، أو قوة قاهرة عند ذلك يكون جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الفسخ أو الإسقاط.

يتضح من ذلك أن المقصود بوضع المرفق تحت الحراسة هو إبعاد المنتزم المقصر عن إدارته وتباشر السلطة مانحة الالتزام هذه الإدارة بنفسها؛ لتضمن للمرفق سيره المنتظم أو المستمر². أو هو رفع يد المنتزم عن إدارة المرفق لمدة محددة وقيام السلطة مانحة الالتزام بمباشرة الإدارة بنفسها أو بمن تعينه، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ولا يترتب عليه الفسخ أو إسقاط حقوق المنتزم وإنما رفع يد المنتزم مؤقتاً عن إدارة المشروع³، وهذا يسمح للإدارة أن تكف يد صاحب الامتياز المرفق العام عن حقه في تحمل ممارسة مهمته، وقد تلجأ الإدارة إلى تسيير الاحتكار الإداري (La mise en régie) أو أن تعهد إلى صاحب الامتياز بمهمة المرفق العام⁴؛ أي أن هذا الإجراء ضروري؛ لتسيير المرفق العام وليس له طابع الجزاء⁵.

2- أسباب وضع المشروع تحت الحراسة:

إن الإدارة تقوم بوضع المشروع تحت الحراسة لسببين: أولهما- إن قصر المنتزم في تنفيذ التزام (تقصيراً جسيماً) كما في حالات توقف المنتزم عن استغلال المرفق⁶ أو تركه للمرفق من دون أن يؤمن استمرار تشغيله⁷، وتنازله عن عقده للغير، أو تعاقدته من الباطن من دون إذن مسبق

¹ - C.E.17 juin 1921, Gaz de maubeuge, p595.5 mars 1943, ville de mines, p53. 8 avril 1959, société industrielle de travaux d assainissement et d urbanisme, p216. 25 mars 1966 ,ville de Royan et société an du casino de Royan et Cozinet, p237. pour un marché d entreprise de travaux public ,v 26 novembre 1971, SIMA , précité n 909.

² - Romieu , conclusions sous , C.E, 31 mai 1907 , déplanqua, précité.

- مشار إليه لدى: د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 218.

³ - C.E.29 octobre 1926, ville st Etienne ,Rec, p911.

- د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 200.

⁴ - C.E. 13 mars 1912, quintin, Rec, p362.

- د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 100.

⁵ - Auby J.M ,Doucos Ader, grands service public, 1 éd, Paris, 1969, p 220.

⁶ - C.E. 26 novembre 1971, sima, Rec , p 453.

- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 218.

⁷ - C.E. 26 juin 1905, compagnie département des eaux, Rec, p 61.

بذلك، وكذلك عدم احترامه للتعريفات والرسوم التي تحددها الإدارة، أو امتناعه الكشف عن حساباته الأصلية لجهة الإدارة المانحة للالتزام¹.

ثانيهما- إذا حدث شيء من شأنه يهدد المرفق العام - أو المشروع - بالتوقف عن الاستمرار في عمله دون أن يحدث ذلك بخطأ من الملتزم فيه، ففي هذه الحالة يكون الغرض من وضع المشروع تحت الحراسة مجرد إجراء وقائي الذي يجب علينا التمييز بينه في هذه الحالة، وبين الحالة لوضع المشروع تحت الحراسة - بوصفه جزاءً مؤقتاً - بوصفها وسيلة وقائية، لضمان سير المرفق بانتظام ومن دون توقف أو ذلك؛ لاختلاف في الآثار المالية لكل منهما².

مع تأكيدنا الأخذ بنظر الاعتبار أنه في حالة وضع المرفق تحت الحراسة لتقصير الملتزم، فإنه يتحمل مخاطر وخسارة المرفق وإدارته، ولكن إن كان وضع المشروع تحت الحراسة لا يعد خطأ منه، كأن يكون بسبب القوة القاهرة أو خطأ من جانب الإدارة، فإنه لا يتحمل الخسارة³.

وخلاصة القول: إن غاية الإدارة من فرض الحراسة على المرفق العام لضمان سيره بانتظام واطراد واستمرار من دون توقف وليس كجزاء يفرض على المتعاقد الملتزم من قبل الإدارة مانحة الالتزام سواء كان نتيجة خطأ صدر من جانبه أم قد كان فرض من دون أن يصدر خطأ عنه، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة⁴.

ثانياً: الآثار القانونية لوضع المشروع تحت الحراسة:

ويترتب على وضع المرفق، أو المشروع تحت الحراسة جملة من الآثار القانونية، ومنها:

1- من المستقر عليه، إن السلطة الجزائية للإدارة تقوم بوضع المرفق تحت الحراسة؛ لضمان سير المرفق واستمراره حتى يستبعد الملتزم مؤقتاً، فتديره بنفسها أو بواسطة حارس تعيينه⁵، ففي

¹ - C.E.18 novembre, p1983.agayon, rd , 1985, p244.

² - د.أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 357.

³ - أنظر: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 530.

⁴ - د.محمود حلمي، المرجع السابق، ص 99.

⁵ - C.E. 30 mars 1928, Ville de louons, Rec ,p481.

حالة وضع المرفق تحت الحراسة؛ فإن الإدارة قد تتولى إدارة المرفق بنفسها، وتباشر الإدارة بواسطة عمالها، أو تعين حارساً لإدارته سواء كان بين موظفي الدولة أم كان بين عمال الملتزم نفسه¹.

2- إن عقد الالتزام لا ينتهي بمجرد توقيع الإدارة هذا الإجراء، بل يبقى قائماً؛ إذ لا يستطيع دائنو الملتزم التمسك بحق الضمان العام على القيمة المالية بحق الالتزام على الرغم من فرض الحراسة².

3- من حق الإدارة الاستيلاء مؤقتاً على جميع ما يوجد بالمرفق من منشآت ومعدات لازمة مملوكة للملتزم لتشغيل المرفق وتساءل الإدارة عن أي تلف يحدث لها؛ بسبب أعمال الحارس، وتلتزم الإدارة بالعناية بهذه المنشآت والأدوات وصيانتها في أثناء حيازتها المؤقتة لها حتى يمكن إعادتها للملتزم عند نهاية الحراسة في حالة جيدة³.

4- في حالة وضع المرفق تحت الحراسة؛ بسبب خطأ جسيم من جانب الملتزم فإن الاستغلال المؤقت للمرفق يقع على نفقته وتحت مسؤوليته، وبذلك يتحمل كافة المصروفات اللازمة؛ لضمان سير المرفق وأما إذا كان وضع الحراسة لا يرجع إلى خطأ الملتزم. فإن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر الإدارة المالية للمرفق⁴.

5- تلتزم الإدارة بتنظيم استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة، كما من حقها تحصيل كافة رسوم الانتفاع وإيرادات المرفق طوال فترة الحراسة، وهذه الإيرادات من الأموال العامة، ومن ثم لا يجوز حجزها بناء على طلب دائني الملتزم، بالإضافة يجوز لها تخفيض رسم الانتفاع أو زيادة التكاليف⁵.

¹ - د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 100 . وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 218.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 208؛ وكذلك د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 236 ؛ وكذلك د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 58.

³ - C.E. 30 novembre 1928, société le centre électronique, p 1230.

⁴ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 136 . وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 218.

⁵ - Jéze ,théorie générale des contrats de l ' administration, R.D.P, 1935, p23.

6- بما أنه يكون استغلال المرفق وفق الشروط المنصوص عليها في العقد ودفاتر الشروط، فليس من حق الإدارة أن تقوم بخفض رسوم الانتفاع، أو زيادة في تكاليف الاستغلال، أو أن تمنح لنفسها زيادات لا مبرر لها، كما يكون للملتزم حق الرقابة وحق اللجوء إلى القضاء¹.
فالمتفق عليه في فرنسا فقها وقضاء، أن للحكومة أن تصدر قرارا إداريا بوضع المرفق تحت الحراسة لمدة زمنية مؤقتة تحددها بنفسها إذا طرأ على المرفق خلل في تسييره، وللسلطة الجزائية للإدارة القيام بهذا الإجراء من تلقاء نفسها دون اللجوء إلى القضاء، ولو لم يرد نص بخلاف ذلك².

وفي مصر، تتمتع الإدارة بسلطة توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة دون حاجة للجوء للقضاء، ولكن تشترط أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد الملتزم قبل فرض الحراسة على المرفق، كما أن فتوى تقضي بوضع سكك دلتا تحت الحراسة الإدارية، وقد تضمنت الفتوى أنه يجوز في مصر ووفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي، أن تضع الحكومة سكك الحديد دلتا تحت الحراسة لتديرها بنفسها وبواسطة حارس تعينه للمدة التي تحددها وتحت ومسؤوليتها، وذلك متى ثبت للحكومة أن الشركة قد ارتكبت مخالفة جسيمة لعقد الالتزام³.

يرى الفقيه وليم Walin أنه في الغالب يكون جزاء وضع المشروع تحت الحراسة بداية لتوقيع جزاء إسقاط الالتزام، لا سيما عندما يكون جزاء الإسقاط بحكم صادر عن القضاء حتى يسمح للإدارة بأن تسترد المرفق فوراً ومن دون أن تنتظر حكم القضاء وعادة تلجأ الإدارة مانحة الالتزام إلى إسقاطه عندما يتبين لها أن وضع المشروع تحت الحراسة لم يجد نفعاً، في حمل الملتزم على الوفاء

¹ - Polak(H), Les sanction pouvant atteindre le concessionnaire de service publics en cas de manquement a ses obligation, thèse, Paris, 1946, p 11.

- مشار إليه لدى : د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 358. وكذلك د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 136، ود. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 218 وما بعدها.

² - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 360؛ كذلك د. عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 173؛ كذلك د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 227. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 220. د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 137.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 227؛ كذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 221؛ كذلك د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ص 99. وكذلك د. سيف سعد مهدي الذليبي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017، ص 184.

بالتزاماته التعاقدية¹ كما في حالة تكرار إهماله أو ارتكابه مخالفات جسيمة أو عجزه عن إدارة المرفق، ويصدر قرار جزاء إسقاط الالتزام من جهة الإدارة مانحة الالتزام بعد توجيه إنذار للملتزم ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء².

و يجدر القول أنه: في حالة إسقاط الالتزام من قبل الإدارة، ينبغي لها صدور قرار من القضاء فالإدارة في فرنسا، لا تملك سلطة تنفيذ مباشر في هذه الحالة، فجزاء الإسقاط يرجع إلى القاضي وحده ما لم ينص العقد صراحة على حق الإدارة بتوقيعه بنفسها من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء³.

أما الوضع في مصر فهو مختلف؛ فإن قرار إسقاط الالتزام توقعه الإدارة دون حاجة اللجوء القضاء، كم أنه لا ضرورة لإعذار المتعاقد الملتزم أيضا بحيث تستطيع الإدارة مانحة الالتزام إسقاط الالتزام بقرار انفرادي؛ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر⁴.

الفرع الثاني

سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه

La mise en régie

يعد جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، من الوسائل الضاغطة أو الإكراهية التي تمتلكها الإدارة؛ لدفع المتعاقد على الوفاء بتنفيذ التزاماته وكذلك تقصد منها الإدارة قهر إرادة المتعاقد معها والضغط عليه وإجباره على أداء التزاماته في حالة تقصيره في ذلك⁵.
وندرس في هذا الفرع: تعريف جزاء سحب العمل (أولا)، ثم شروط سحبه (ثانيا)، والطبيعة القانونية لسحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول المقصر (ثالثاً)، والآثار القانونية لسحب العمل من المقاول (رابعاً)

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، 212؛ وكذلك د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 234.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 89. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 221.

³ - د. مصطفى فهمي أبو زيد، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 1990، ص 346.

⁴ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق؛ وكذلك د. فارس علي جانكيز، ص 222.

⁵ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 92.

أولاً: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول:

إن جزاء سحب العمل يقصد به: "حلول الإدارة محل التعاقد المقصر في تنفيذ العقد بأن تعهد به لتعاقد آخر على حساب التعاقد المقصر ومسئوليته"¹؛ بمعنى أنه في حالة تخلف المقاول في عقد الأشغال العامة عن تنفيذ التزاماته يمكن للإدارة أن تسحب العمل منه، وتقوم بتنفيذ الأعمال المطلوبة على حسابه وتحت مسؤوليته، ووضع المشروع تحت تصرف الإدارة مباشرة وذلك لضمان استمرار المرفق وحسن سيره².

ثانياً: شروط سحب العمل من المقاول:

لكي تقوم الإدارة بسحب العمل من المقاول لابد من توافر الشروط الآتية:

1- ضرورة إعطاء التعاقد مدة زمنية معينة لتدارك تقصيره، مع إعداره قبل فرض جزاء سحب العمل منه³.

2- وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول.

يسلم الفقه والقضاء الفرنسي بأن قيام الإدارة بوضع المقاول تحت الإدارة مباشرة يفترض فيه وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول، فإذا كانت المخالفات ذات أهمية ثانوية لا ترقى إلى هذه الدرجة، فإنها لا تعد مبرراً لتوقيع هذا الجزاء⁴، ويحق للمقاول التعاقد في هذه الحالة أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب على الإجراء من نتائج، بالإضافة إلى حق طلبه التعويض، وبوجه عام فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى تفسير إخلال المقاول بالتزاماته إلى نوعين⁵.

¹ - د. أحمد خورشيد المرعي، سلطة الإدارة في سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص 25.

² - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 241.

³ - الخطأ الجسيم "هو عبارة عن إخلال التعاقد بالتزامه التعاقدي أو القانوني جوهرى" مشار إليه لدى: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، الزقازيق، القاهرة، 1993، ص 199.

⁴ - أنظر: د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 213.

⁵ - د. هارون الجمل، المرجع السابق، ص 178.

أ- عدم مراعاة المقاول لشروط العقد:

يجق للإدارة سحب العمل من المقاول إذا لم يلتزم بمدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد، إما إذا كان التأخير في تنفيذ الأشغال العامة يرجع إلى الإدارة، أو إلى تعديل المشروع، أو بسبب القوة القاهرة أو ناشئ عن صعوبات غير متوقعة واستثنائية في التنفيذ فلا تملك هذا الإدارة هذا الحق. كما يجق للإدارة سحب العمل من المقاول في حالة إيقافه للأشغال أو التحلي عنها وتركها، ولا يستطيع المقاول أن يتعلل بأن تعطل الأعمال راجع إلى فعل الإدارة كالتأخير في دفع الأقساط أو رفع المقاول دعاوى ضد الإدارة، فالتوقف أو تعطل العمل خطأ جسيم من جانب المتعاقد¹.

ب- عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية: (Ordre de service)

فبمجرد عدم استجابة المقاول لهذه الأوامر يعد مخالفة منه تستوجب وضع المقاولة تحت سلطة الإدارة مباشرة².

والأمر المصلحي مغزاه يتمثل في إشراف الإدارة ورقابتها وتوجيهها؛ لأن التوجيه من اختصاص الإدارة للممارسة في مواجهة المتعاقد عن طريق إصدار أوامر التشغيل المتعددة³، والتزام المقاول بالخضوع لهذه الأوامر لا يقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكن يمتد أيضا إلى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة طالما يمكن أن تتدخل في تقديرات المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول.

وعلى سبيل المثال: أعمال تقتضيها قوة قاهرة أو أعمال ذات أهمية ضئيلة، أما إذا تضمن الأمر المصلحي أعمالا لا يشملها العقد فإن فرض المقاول تنفيذها لا يبرر وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة لأن الإدارة لا يجق لها تغيير موضوع العقد، أو أن تقلبه رأساً على عقب، وإن

¹ - راجع حكم المحكمة الإدارية بتاريخ 23 ديسمبر 1996 القضية رقم 248 لسنة 8 ق، والمشار إليه لدى: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 537.

² - د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 99؛ د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 212. وكذلك د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 233.

³ - د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 191.

فعلت ذلك يحق للمتعاقد التعويض¹. والأصل أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية (La forme Ecrite)، وعلى المقاول الالتزام به صراحة إلا أنه يمكن التحرر من هذه الشكلية بنص صريح في العقد إذا ما أقرت به الإدارة، أو أقر العرف الإداري الجاري أو الظروف الحاصلة بتبريره²، مع الملاحظة أن التحرر من الشكل الكتابي وإجازة الأمر الشفهي صراحة وتضمن العقد شروطاً بذلك، أمر نادر من الناحية العملية؛ لأن الأمر الشفهي بطبيعة الحال يسهل المنازعة فيه وجوداً وعدم³.

وإذا كان الأصل هو الشكل الكتابي كما ذكرنا، فإنه لا يوجد صورة بعينها يلتزم إثباتها كتابة بل يكفي بأي طريقة أو شكلاً للكتابة شرط بيان نية الإدارة القاطعة التي لا شك فيها⁴، وأن يكون بطريقة واضحة العبارات، فالمبهمة أو غير الواضحة لا يمكن أن تحل محل الأمر المصلحي⁵.

وفي مصر : وفق القانون رقم 182 سنة 2018 ولائحته التنفيذية يمكن تحديد الحالات التي يمكن للإدارة فيها وضع المقاوله تحت تصرف الإدارة المباشرة وهذه كالاتي :

- حالة عدم قيام المقاول الذي رسا عليه العطاء بأداء التأمين النهائي الواجب بالمهلة المحددة، عندئذ يجوز للجهة الإدارية الإخطار بكتاب موصى عليه أو بالبريد السريع بعلم الوصول ودون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر بإلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه وفق ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع هذه الحالات من حقها، كما يكون من حقها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب

¹ - C.E.13 novembre 1947, Sociétés. Le vergne, Rec, p966 ; C.E.13 Fev1942, les limousins de Paris, Rec, p52.

- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 233.

² - د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 193 .

³ - د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 195 ؛ كذلك د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 216

⁴ - المرجع نفسه، ص 196 .

⁵ - د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص 78 .

C.E.29 juillet1993, Ville Maine, Rec , p219.

العطاء المذكور، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري.

ج- حالة إخلال المقاول بأي شرط من شروط العقد :

حالة إهمال المقاول أو إغفاله القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد أو بالبريد السريع بالقيام بإجراء هذا الإصلاح¹.

ويتجه الفقه والقضاء في فرنسا، إلى أنه يلزم لصحة قرار سحب الأعمال إعدار المقاول بوضع المقاوله تحت تصرف الإدارة المباشرة، ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفته وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيباً².

أما في الجزائر فتقرر جزاء سحب العمل من المقاول في الفقرة 03 من المادة (35) من دفتر الشروط الإدارية العامة التي نصت: "إذ لم ينفذ المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر، على نفقة المقاول، وذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئياً"³.

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح النظام المباشر والذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال؛ أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال على نفقة المقاول المتخلف وعليه، فإن هذه المادة جاءت غير واضحة مقارنة بالنص المدون باللغة الفرنسية⁴ الذي جاءت الغاية منه واضحة.

¹ - د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، وفقاً لقانون 89 لسنة 1998، الطبعة الثانية، دار النهضة، القاهرة، 2003، ص 11. وكذلك

طارق سلطان، المرجع السابق، ص 234.

² - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 226.

³ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 119.

⁴ - ARTICLE 35 alinéa 03 de l'arrêté du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministère, JORA, N101,

ثالثاً: الطبيعة القانونية لسحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول المقصر:

تتمتع الإدارة بسلطتها الجزائية من امتيازات السلطة العامة باعتبارها القائمة على شئون المرفق العام، وضمان انتظام سيره. وبهذه الطريقة فإنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال العامة نصاً يحرم الإدارة من حق وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة عامة، وإذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام¹.

وعادة ما تنص كراسات الشروط أو عقود الأشغال على حق الإدارة في ممارسة هذه السلطة، وأوضاع ممارستها، إلا أن حق الإدارة في ممارسة هذه السلطة يوجد حتى لو لم ينص عليها في العقد أو في كراسات الشروط، فهذه السلطة مقررة بقوة القانون لمصلحة الإدارة في وضع المقاول تحت الحراسة الإدارية المباشرة سلطة تقديرية (*discretionnaire Le Pouvoir de mise en régie est un pouvoir*) وتمتع بها إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر من دون اللجوء للقضاء². أي أن هذا الجزاء جوازي والإدارة لها الحق في استعماله ما دام قد ثبت تقصير المتعاقد لديها؛ بمعنى أنها ترفع يد المقاول عن تنفيذ الأشغال موضوع العقد وتحل محله؛ لتنفيذ الأشغال التي تنفذ على حسابه، ومسئوليته مستخدمة أدواته ومهامه³.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك في حكمها: " أن سلطة التنفيذ المباشر المقررة لجهة الإدارة فيما يتعلق بإجراءات الضغط المؤقتة تخولها حق احتجاج ما يوجد محل العمل، والمنشآت، والآلات، والأدوات وما هو مستحق للمقاول لدى أي جهة حكومية حتى تستطيع اقتضاء حقها

du 11 Décembre 1964, qui dispose : " passé ce délai, si l'entrepreneur n'a pas exécuté les dispositions prescrites, l'ingénieur en chef après en avoir, sauf cas d'urgence, réfère au ministre, peut ordonner l'établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur. Cette régie peut n'être que partielle".

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، 1973/4/21 لسنة 4 مجموعة المبادئ القانونية، ص - ص 197 و 79. مشار إليه لدى: د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 144.

² - د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 176.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 235.

كاملاً، ومن المبالغ المستحقة لدى الجهات الحكومية الأخرى، ليكفل تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها"¹.

وخلاصة القول: إنه طالما لا يجوز صراحة استبعاد سلطة في وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، فإنه لا يجوز أيضا استبعادها ضمناً، بتضمين العقد نصاً يقضي بالغرامة أو التعويض بوصفه جزاء للالتزامات المقاول²، أما إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعوا له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تنفذ جهة الإدارة والمقاول المتعاقد معها بما جاء في العقد، ولا يجوز لأيهما مخالفته، وكما لا يصح في القانون، والقضاء العمل على غير مقتضاه³.

وبديهي أن ذلك ينطبق في حالة الخطأ اليسير العادي، أما في حالة الخطأ الجسيم التي يتعرض فيها المرفق العام للخطر فلا يسري هذا الاتفاق، ويختص قاضي العقد بتقدير هذه الحالات؛ إذ إن وضع المقاوله تحت الإدارة جزاء شديد ومؤثر⁴.

وإجراء سحب العمل من المقاول؛ إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء عقد الأشغال العامة الذي يستمر نافذاً وينفذ على حساب المقاول الأصلي الذي يتحمل مخاطر قيام الإدارة بهذا التنفيذ⁵؛ إذ إن التنفيذ على الحساب يفترض بقاء العقد قائماً وبقاء المتعاقد مقصراً مسئولاً أمام الإدارة عن تنفيذه؛ ومن هنا لا يجوز الجمع بين هذا الجزاء وجزاء إلغاء العقد ومصادرة التأمين⁶.

¹ - حكم محكمة النقض في 14 مارس 1967 مجموعة المكتب الفني، س18 ق؛ ص 612؛ مشار إليه لدى: د. هارون الجمل، المرجع السابق، ص178.

² - د. هارون الجمل، المرجع السابق، ص 121 .

-Péquignot (g) thèse précité, 1944, p 120.

³ - حكم المحكمة الإدارية 1982/11/3 في القضية رقم 501 لسنة 14 ق مجموعة المبادئ السنة 17 المبدئي، ص 158؛ وكذلك د. هارون عبد العزيز الجمل، ص 181.

⁴ - د. هارون الجمل، المرجع السابق، ص 182.

Jeze (Gaston), les principes généraux de droit administratif, op.cit, p983.

⁵ - د. عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 176 .

⁶ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 237 .

رابعاً: الآثار القانونية لجزء سحب العمل من المقاول:

الأصل أن سحب العمل من المقاول المقصر إجراء مؤقت لا ينتهي به العقد الإداري بل يظل قائماً ومستمرا على مسؤولية المقاول، وإنما يستبعد هذا الأخير مؤقتاً¹.
ومن الآثار القانونية التي يمكن أن تنشأ عن قرار الإدارة لسحب العمل من المقاول ووضعه تحت إدارتها المباشرة، تلك الآثار التي تتلخص في تنفيذ العقد، والأعمال التي تتم كلها أو بعضها على حساب المقاول، استعمال المواد والآلات الخاصة بالمقاول وتحمل المقاول كل التكاليف، والتعويضات، والمصاريف، وندرس هذه الآثار في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

1- في فرنسا:

يرى الفقه الفرنسي أن الإدارة صاحبة الاختصاص في اتخاذ الإجراءات اللازمة ، لتنفيذ الأعمال بعد قرارها بسحب العمل من المقاول، من الممكن أن ينفذ عن طريق مقاول آخر يكون ، وكذلك من الممكن أن يكون المقاول الأصلي نفسه ولكن بصفته عاملاً وليس بصفته مقاولاً بشرط أن يقبل ذلك²، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الأخطاء التي تبرر الفسخ الجزائي يجب أن تكون أكثر جسامة من الأخطاء التي تبرر توقيع جزاء وضع المقاوله تحت تصرف الإدارة مباشرة³، وكذلك تلتزم الإدارة في فرنسا أن تستعمل المواد والأدوات الخاصة بالمقاول في تنفيذ الأعمال التي سحبت منه بشرط ألا يتدخل في تنفيذها⁴.

كما أن للمقاول أن يلجأ إلى القضاء؛ للحصول على حكم بالتعويض، إذا ثبت عدم مشروعية الإجراء المتخذ من قبل الإدارة، المتمثل في سحب العمل منه، في فرنسا لا يستطيع تغيير

¹ - د.عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 176 ؛ وكذلك د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 219. د. سيف سعد مهدي الذليمي، المرجع السابق، ص 198.

² - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 132. وكذلك د. سيف سعد مهدي الذليمي، المرجع السابق، ص 199.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 253.

⁴ - د.عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 236 . د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 179.

الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة، ولكن يستطيع أن يحكم له بالتعويض باعتبار أن الإدارة غايتها تحقيق المصلحة العامة¹.

2 - أما الوضع في مصر:

تلجأ السلطة الجزائية للإدارة عند حجزها لتلك المواد والآلات والأدوات في أثناء تنفيذها للعقد على حساب ومسئولية المقاول، إلى بيع هذه الآلات والمواد الخاصة بالمقاول بعد انتهاء العمل وضمناً لاستيفاء حقها من المقاول، وعندما تستوفي الإدارة حقوقها بالكامل من المقاول ينبغي لها أن تعيد ما بقي من الأدوات والآلات المحجوزة أو ما تبقى منها بعد استيفاء حقها على أن تراعي جرد تلك المواد وعند تعذر بيان قيمة المهمات أو تعذرت على الإدارة تسليمها للمقاول بعد انتهاء العمل فإن المحكمة الإدارية العليا في مصر لها أن تلزم الإدارة في حكم لها بأداء قيمتها للمقاول².

ويمكن القول: إن للإدارة الحق في استرجاع جميع ما تكبدته من مصاريف وخسائر زيادة على قيمة العقد من جزاء سحب العمل من المقاول المقصر، ويتم ذلك بالخصم من التأمين المودع لديها³. بحيث أن الإدارة وهي بصدد توقيع الجزاء بسحب العمل من المقاول المقصر، لها الحق أن تحمل المقاول المقصر كافة التكاليف، والمصاريف، والخسائر التي يمكن أن تنتج عن فرض هذا الجزاء، وتقوم الإدارة باسترجاع جميع هذه المصاريف والخسائر التي تكبدتها من دون أن يخل ذلك بحقوقها في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق بها⁴.

¹ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص- 360 و 361 . وكذلك د. فارس علي جانكي، المرجع السابق، ص 187.

² - أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 929 لسنة 36 ق، جلسة 1996/11/19، مشار إليه لدى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص - 915 و 917 . وكذلك د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 254.

³ - د. عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 175 .

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1176 لسنة 42 ق، جلسة 2000/7/11 مشار إليه لدى: د. محمد ماهر أبو العينين الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص- 540 و 541 .

وكذلك يتحمل المقاول المقصر الفرق في الأسعار في أثناء توقيع العقد، وعند التنفيذ على حسابه¹. وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أنه: " للإدارة وهي بصدد تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر أن تقوم في ذلك بدور الوكيل وتحرص على بذل العناية في تنفيذها وخلال مدة معقولة الأمر الذي يترتب عليه في حالة تأخر الإدارة في التنفيذ فإن المتعاقد معها لا يتحمل فرق الأسعار"².

ولكن في حالة تحقيق نتيجة؛ لتنفيذ العمل مهما كانت الطريقة التي نفذت بها هذه الأعمال، فيذهب بعض الفقهاء إلى القول: إنه ليس من حق المقاول المطالبة بها وتصبح من حق الإدارة وذلك حتى لا يستفيد المقاول المقصر ويثري من إخلاله بعد سحب العمل منه³. وبناء على ذلك، فإن جزاء سحب العمل من المقاول المقصر قد ينتهي إما بفسخ مجرد للعقد مع مصادرة التأمين والحصول على جميع مستحقاتها من غرامات وتعويض من جراء الأضرار التي أصيبت بها، وأما قد يكون الفسخ مصحوبا بإعادة عملية المقاول عن طريق مناقصة جديدة، ويكون التنفيذ في هذه الحالة على حساب المقاول المقصر وتحت مسؤوليته، وفي كلتا الحالتين فإن العقد ينتهي بذاته⁴.

3 - وفي الجزائر:

يترتب على سحب العمل من المقاول، نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته تنفيذ الصفقة على حسابه؛ إما عن طريق الإدارة المتعاقدة بنفسها وإما بواسطة مقاول آخر تختاره هذه الأخيرة بالطريقة المناسبة، وهذا ما قضت به المادة (5/35) من دفتر الشروط الإدارية العامة التي

¹ أنظر: المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3136 لسنة 39 ق، جلسة 1999/6/1، مشار إليه لدى: د/ محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص- ص381 و885 حيث جاء فيه " للإدارة إذا ما تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته سحب العمل منه وتنفيذ الأعمال على حسابه سواء عن طريق الإدارة أم عن طريق الغير بمناقضه أو ممارسة ويتحمل المتعاقد المخل بالتزاماته بفروق التنفيذ على حسابه "

² أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8011 لسنة 45 ق، جلسة 2003/4/22، مشار إليه لدى: هيئة قضايا الدولة المكتب الفني مجموعة القوانين والمبادئ القانونية 11، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص- ص827 و830.

³ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 232؛ كذلك د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص105.

⁴ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 737. وكذلك د. عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 178، وكذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 518. وكذلك د. فارس علي جانكبير، المرجع السابق، ص 187.

تنص على: "أن يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعاً للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف، أو بفسخ الصفقة من دون قيد أو متابعه النظام المباشر بالإدارة"¹. ومن ثم يظل المقاول الأصلي مسئولاً عن الأشغال غير أنه يستبعد مؤقتاً عن تنفيذ العمل الذي عجز عن القيام به مع إمكانه الاحتفاظ بحقه بمتابعه العمليات شريطة ألا يعرقل تنفيذ أوامر الإدارة².

وكذلك يترتب عن جزاء سحب العمل من المقاول حق حصول الإدارة المتعاقدة على نفقات زائدة عن مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين، وهذا ما نصت عليه المادة (35-8) من دفتر الشروط الإدارية العامة، أما إذا تحصلت الإدارة على وفر مالي جراء التنفيذ المباشر للأشغال بقيمة تقل عن المبلغ الأصلي للصفقة فإنه لا وجه للمطالبة بها أو بأي جزء منها من قبل المقاول؛ لأن ذلك يصبح حقاً مكتسباً للإدارة³.

ويحق للإدارة احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت، وآلات، ومواد... ولا يحق للمقاول المقصر المطالبة باستردادها قبل إتمام العمل كما يكون لها الحق أيضاً في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها⁴. على شرط أن تكون صالحة للاستعمال، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقلها من موقع الأشغال⁵.

ونستنتج مما سبق أن سحب العمل من المقاول؛ يعد إجراء مؤقتاً يمكن للمقاول أن يطلب إنجاءه وإعادة الأعمال إليه؛ لإتمام تنفيذها إذا ثبت أنه أصبح يملك من الوسائل الكافية ما يمكنه من

¹ - يقصد بمصطلح النظام المباشر الوارد في نص المادة أعلاه: التنفيذ المباشر للأشغال؛ أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من قبل الإدارة على نفقة المقاول المقصر ومسئوليته.

² - تنص المادة 35 فقرة 6 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه " في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر من خلال مدته يسمح للمقاول بمتابعه العمليات ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين".

³ - أنظر: المادة (35) الفقرة 8 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق.

⁴ - د. عبد الرازق سعيد بخير، المرجع السابق، ص 259.

⁵ - د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، عين شمس، 1997، ص 260.

استئناف الأعمال، والوصول بها إلى نهاية مرضية، وهذا ما تقضي به المادة (36) الفقرة 6 من دفتر الشروط الإدارية العامة كما يمكن أن ينهي هذا الإجراء المؤقت بفسخ العقد¹.

الفرع الثالث

الشراء على حساب المتعاقد المقصر

Le Marché Par défaut

ويجري في قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن التنفيذ على حساب في مجال العقود الإدارية هو وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عينا إعمالا بامتيازات السلطة العامة، وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته بحيث يتحمل المتعاقد المقصر في التنفيذ بفروق الأسعار تطبيقا لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا، ولا يعتبر التنفيذ على حساب عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ، ولكنه تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة لاطراد سيرها ومنعا من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق².

وندرس في هذا الفرع، تعريف الشراء على حساب المتعاقد المقصر أولا، ثم نتطرق ثانيا لشروطه، وبعدها ندرس الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد (المورد)، وفي الأخير نبحث عن الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر.

أولا: تعريف الشراء على حساب المتعاقد المقصر:

يخص هذا الجزء في الغالب بعقد التوريد، فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد تقوم السلطة الجزائية للإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته³؛ أي يحق للإدارة إبرام عقود غيبية⁴،

¹ - د. سيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 127 .

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 922 لسنة 26ق.، جلسة 1982/11/20، مجموعة مبادئ السنة الثامنة والعشرون، ص 86. مشار إليه لدى: د. هشام حليم غازي، المرجع السابق، ص 148.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 238 وكذلك د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 116 .

وتكون وسيلة الضغط هنا على الشراء على حساب المقاول وهدفها هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وعدم تعرض المصلحة العامة في حالة عدم قيام المورد (Le fournisseur) بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فيكون لجهة الإدارة أن تتخذ أحد الإجراءات التالية وفق ما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد :

أ- شراء الأصناف التي لم يتم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة .

ب- إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

وفي هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، ويكون لها أن تخصم ما تستحق من غرامات، وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية - من أية مبالغ مستحقة لدى أية جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري، ومؤدى ذلك أن يكون المتعهد المقصر مسئولا عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه فيما عدا تلك التي تعود إلى خطأ الجهة الإدارية المتعاقدة¹.

وقيام الإدارة بتطبيق هذا الجزاء يرتبط بطبيعة عقد التوريد وتسمية هذا الحق من مبادئ القانون العام ويمكن للإدارة اللجوء إليه حتى وإن خلى العقد من النص عليه، ويجوز للإدارة أن تنازل عن استعمال هذا الحق إذا ما تطلبت المصلحة العامة ذلك². وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول: إن هذا الإجراء ليس من النظام العام، ويمكن للأطراف استبعاده بمقتضى نص عقدي صريح

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 407، لسنة 28 ق، جلسة 1986/5/17، ص 351.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا 1957/3/17، مجموعة المكتب الفني، س 17 رقم 48، ص 409.

-Jézé (Gaston), les généraux du droit administratif, Op.cit,p 1091.

باعتبار أن عجز المورد عن التوريد أمر لا يمس الصالح العام بدرجة خطيرة، وأن الإدارة يمكن أن تتلافى الضرر الذي يلحق المرفق بفسخ العقد وإبرام عقد جديد مع متعاقد آخر.

ثانياً: شروط الشراء على حساب المتعاقد (المورد) المقصر:

1- وقوع خطأ جسيم من قبل المورد:

يشترط الفقه الفرنسي لتوقيع الإدارة جزاء الشراء على حساب المورد وقوع خطأ جسيم من قبل المورد؛ بحيث يبرر التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته، كما في حالة تقاعس المورد عن التسليم أو التأخير على الرغم من إمهاله مدة إضافية أو رداءة الأشياء الموردة، وهذا التقصير يعرض المرفق للخطر، وتطبيق هذا الإجراء مرتبط بنسبة الالتزام بعمل مستحق - لم يوف به المورد أما الالتزامات المقبلة فلا تخضع لهذا الإجراء¹، ؛ فبمجرد التأخير ليس كافياً لتبرير اللجوء إلى تطبيق جزاء الشراء على حساب المورد المقصر؛ وإنما يجب أن يكون التأخير سبباً في تخلف المورد بتنفيذ التزاماته².

وقد أوردت المادة 17 من كراسة الشروط المطبقة على القوات البحرية الفرنسية أن استعمال الإدارة لجزاء الشراء على حساب المورد مرهون بعدم تنفيذ المورد لالتزامه أو عدم الرد من جانبه خلال المدة المحددة في الإنذار بضرورة تنفيذ الالتزام خلالها³

وفي مصر

إن القضاء الإداري في مصر يؤيد حق الإدارة في اللجوء إلى الشراء على حساب المورد، في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته؛ إذ ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى، والتشريع في فتوها إلى القول: " ... إن جوهر التزام المتعهد في عقد التوريد هو توريد الأصناف المتعاقد عليها خلال

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 240.

² - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 264.

³ - د. فارس علي جانكيير، المرجع السابق، ص 194.

المواعيد المحددة، فإذا ما تأخر المتعهد في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد جاز للجهة المتعاقد شراء الأصناف التي لم يف بتوريدها من غيره على حسابه أو إنهاء التعاقد فيما يتعلق بتلك الأصناف"¹.

أما الوضع في الجزائر:

يشترط لتطبيق جزاء الشراء على حساب ومسئولية المورد عدة من الشروط، وذلك حتى لا تتعسف السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقدين معها من بينها وجود خطأ جسيم من قبل المورد وكذلك ضرورة إعداره قبل اتخاذ أي إجراء وأن يصدر قرار الإدارة الذي تتخذه بهذا الشأن مشروعاً.

وعليه، يجب أن يكون الفعل الذي يرتكبه المورد المقصر في أثناء تنفيذه لصفقة اللوازم على درجة من الجسامة حتى يبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، أما الأفعال التي تكون دون ذلك فإنها لا تكون خطأ مبرراً لاتخاذ هذا الإجراء. ومن الأخطاء التي تبرر الشراء على حساب المورد العاجز ومسئولته ما يلي:

- التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.
- الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.
- تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها أو إحلال متعهد غيره من دون موافقة الإدارة .
- الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي فرضتها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام للخطر².

وذكرت هذه الأخطاء على سبيل المثال وليس الحصر على الرغم من أن بعض التشريعات الأخرى³ أشارت في نصوصها إلى بعض الأفعال التي بناء عليها يحق للإدارة توقيع جزاء الشراء في

¹ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 589 بتاريخ 1999/9/30، ملف 32 3037 مشار إليه لدى: د. محمد ماهر ابو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص - ص 921 و 923.

² - د. عبد الرزاق سعيد باخبيرو، المرجع السابق، ص 265.

³ - د. سيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 133 .

صفقات اللوازم، أما في غير ذلك فإن للإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في تقدير مدى جسامه الفعل الذي بموجبه تقرر جزاء الشراء.

أما المرسوم الرئاسي رقم 15 - 2247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في الجزائر فإنه لم يتطرق للأفعال والأخطاء التي تبرر هذا الجزاء.

2- ضرورة إعدار المورد قبل اللجوء إلى فرض جزاء الشراء على حسابه:

وقد كان للمحكمة الإدارية المصرية رأي؛ حيث قضت بأنه: "في حالة لجوء جهة الإدارة إلى طريق الشراء على حساب موردها إذا رأت أن صالح المرفق يقتضي ذلك لا يكون ثمة موجب لإعداره وإعطائه مهلة إضافية للتوريد بعد تنحيته لتأخره فيه وإسناده إلى غيره وعلى حسابه"¹، وذهب جانب من الفقه المصري إلى عكس ذلك واشترط ضرورة الإعدار قبل القيام بهذا الإجراء الخطير².

وكان للفقه الفرنسي رأي؛ مجلس الدولة الفرنسي يعمل على إلزام السلطة الجزائية للإدارة إعدار المتعاقد معها قبل عزمها الشراء على حسابه ومسئوليته³، ولا يوجد أي سبب يستتبع استبعاد هذا المبدأ⁴.

وكذلك في الجزائر: يجب على الإدارة المتعاقدة التقيد بشرط الإعدار قبل اتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب المورد العاجز عن التوريد ومسئوليته؛ وذلك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بموجب تنفيذ التزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1964/2/8 بمجموعة المكتب الفني / السنة 9، رقم 53، ص 622. وكذلك فارس علي جانكبير، المرجع السابق، ص 194 وما بعدها.

² - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 240؛ وكذلك د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 118.

³ - د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة، 1995، ص 349. وكذلك د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 267.

⁴ Jezé (Gaston), les principes généraux du droit administratif, Op.cit, p 1097.

ويعد شرط الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى مرتباته القانونية على المورد المستبعد فالمشرع الجزائري سار على نهج نظيره الفرنسي في الحرص على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، ولا يوجد سبب إلى لاستبعاد هذا المبدأ¹.

ثالثا: الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر:

الشراء على حساب المورد، وتحت مسؤوليته لا يعد عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعهد بل هو إجراء تستهدف به الإدارة تنفيذ الالتزام عينا، وذلك للضغط على المورد عند إخلاله بتعهدده وقد شرع لحماية سير المرفق العام بانتظام واطراد²؛ ومن ثم فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اللجوء إليه؛ ومن ثم فهو ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني³.

وإن هذا الجزاء كسائر وسائل الضغط الأخرى فإن الإدارة تستمد حقها في توقيعه من مبادئ العامة وليس من العقد، فإذا ما خلت بنود العقد الإشارة إليه فإن ذلك لا يعني حرمانها من سلطة اتخاذ هذا الإجراء⁴.

ويترتب على ذلك أن للإدارة الحق في أن تقرر بنفسها تنفيذ عقد التوريد على حساب وتحت مسؤولية المورد المقصر من دون حاجة إلى اللجوء للقضاء مسبقا ومن دون اشتراط نص على هذا الحق في العقد⁵.

وبهذا الصدد تشير المحكمة الإدارية في حكمها المؤرخ في 1991/1/7 بأن: "... لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تقرير التنفيذ على حساب المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزامه تطبيقا لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا؛ إذ تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ بنفسها وعلى حسابه وتحت مسؤوليته ومن دون أن تلجأ إلى القضاء ضمانا لحسن سير المرافق العامة وطرادها ومنعا من تعطلها فقد يعرض

¹ - أ. سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، رسالة ماجستير، القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 130.

² - المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم (2635 2688) لسنة 45 ق، جلسة 2002/3/12، ص 610.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن 118 لسنة 33 ق، جلسة 25، ص 445. د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 198.

⁴ - د. عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 180.

⁵ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 239.

المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق ... إلا أن حقها في ذلك ليس نهائياً؛ إذ يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة دائماً أن ينازعها في ذلك ... وللمحكمة في هذه الحالة أن تبسط رقابتها القانونية ... للتحقق إذا كان هذا الإجراء وهو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر لا يخالف قواعد القانون التي تحكم العقود الإدارية ... ومن مظاهر الرقابة القانونية التي تفرضها المحكمة في محل بحث أسس سلامة إجراء التنفيذ على حساب المتعاقد معها أنه إذا اشترت الإدارة الأصناف الذي قصر المتعهد في توريدها ألا تكون هذه الأصناف مغايرة للأصناف المتعاقد عليها ...¹.

ولكن مطابقة الأصناف المشتريات على حساب المتعاقد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ليس إلزاماً على الإدارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء إلا إذا راعته بل هو حق للإدارة تستخدمه لمصلحة المرفق العام؛ ومن ثم فإنها تملك التنازل عن هذا الحق إذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام كان يتعذر إيجاد أصناف مطابقة لمواصفات المتعاقد معها، وكانت الأصناف المتيسرة أقل جودة لكنها صالحة للاستعمال، وسد حاجة المرفق العام ففي هذه الحالة تملك الإدارة التنازل عن حقها في وجوب مطابقة الأصناف للمواصفات، ويصبح لها شراء أصناف أقل جودة على حساب المتعهد المقصر حماية لسير المرفق العام².

وقد ذهب بعض الفقه إلى القول: إن حق الإدارة في الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته ليس من النظام العام، ويمكن للأطراف استبعاده بمقتضى نص عقدي صريح باعتبار أن عجز المورد في التوريد ليست له نتائج خطيرة، إذ يمكن للإدارة أن تتدخل فوراً بأن تفسخ العقد وتبرم عقداً جديداً مع متعهد آخر، وبذلك لن يكون المرفق مهدداً بالتوقف³.

إلا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لاسيما في حالات الضرورة التي تواجه تنفيذ العقد كحالة الحرب التي تستلزم سرعة في توريد الأغذية أو الأسلحة للقوات المسلحة، أو

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2074 لسنة 34ق، جلسة 1991/1/7، أورده د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 124.

² - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 238.

³ - د. فارس علي جانكيير، المرجع السابق، ص 199.

حالات الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات ... وغير ذلك لأن البطء في التنفيذ أو في إجراءات فسخ العقد والتعاقد مع مورد ثاني تكون له نتائج خطيرة من الصعب تداركها¹.

رابعاً: الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر:

من الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر أن العقد يظل قائماً فهو إجراء مؤقت لا ينهي عقد التوريد القائم، بين الإدارة والمورد المتعاقد، وتقوم الإدارة بمتابعه تنفيذ العقد القائم بينها وبين المورد المقصر؛ إذ يشتري على حسابه وتحت مسؤوليته وينتج عن ذلك الآثار القانونية الآتية²:

1- استبعاد المورد المقصر مؤقتاً وحلول الإدارة محله في الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته أو أن تعهد به إلى مورد آخر.

جزاء الشراء على حساب المورد المقصر هو إجراء مؤقت فإنه لا ينهي العقد بل يبقى مستمراً، ويترتب عليه، تحل الإدارة محل المورد المقصر في تنفيذ التزامه وتقوم الإدارة بنفسها بالتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته أو أن تعهد به إلى مورد آخر³.

2- التزام الإدارة بشراء الأصناف وفق الشروط والمواصفات المتعاقد عليها:

تقوم الإدارة بشراء أصناف التي لم يتم المتعهد بتوريدها على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها، والمتعاقد عليها بالطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، فلا تستطيع الإدارة تغيير الصنف المتعاقد عليه عند التنفيذ على حسابه، وإن كان يجوز لها شراء أصناف تختلف في جودتها زيادة أو نقصاً عن تلك التي تم التعاقد عليها إذا تعذر الحصول عليها بذات الجودة، ويلتزم للمتعاقد بالفارق في السعر في هذه الحالة فضلاً عن غرامة التأخير المقررة⁴.

1 - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 155 .

2 - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 270 .

3 - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 242 .

4 - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 2013 لسنة 6 ق - جلسة 1961/12/16 مشار إليه لدى: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 541. وكذلك د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 152.

وبمراعاة أنه إذا كان سعر شراء أي صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفارق بين السعرين حتى لا يفيد المورد المقصر من تقصيره ولا يثرى من إخلاله في تنفيذ التزاماته¹.

3- التزام الإدارة ببذل العناية اللازمة كالتى تبذلها في أعمالها الخاصة:

عندما تقوم الإدارة بالشراء على حساب المورد، وتحت مسؤوليته فإنه يتعين عليها عدم إنهاء الرابطة التعاقدية، فعقد التوريد يبقى قائماً على الرغم من قيام الإدارة بالشراء على حسابه؛ إذ تعد الإدارة الوكيل وعليها بذل العناية اللازمة في هذه الوكالة كالتى تبذلها في أعمالها الخاصة²، وتؤكد على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صدر عنها بالقول "... إن جهة الإدارة وقد قامت بتنفيذ العقد على حسابه وتكون ملزمة بشروط المزايدة الأولى ومدتها نفسها، عدا السعر الذي تحدده المزايدة الثانية لأنها في ذلك تقوم بدور الوكيل فتلتزم بما نص عليه في المادة (704) من القانون المدني من أن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة..."³.

ويستنتج أن تلتزم السلطة الجزائية للإدارة عند الشراء على حساب المتعاقد بذل العناية اللازمة في ذلك حتى لا تتسبب في ضرر أو إرهاب المتعاقد مادياً فالمورد ليس مسؤولاً عن نتائج العملية التي ترجع إلى خطأ الإدارة⁴.

4- تحمل المورد كل النتائج والآثار التي تترتب على جزاء الشراء على حسابه:

يتحمل المورد المقصر كل النتائج في حالة توقيع الإدارة جزاء الشراء على حسابه، وإذا تمت عملية الشراء على حسابه، فهو ملزم بقيمة الزيادة في ثمن الشراء بالإضافة إلى ما يستحق من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بالسلطة الجزائية للإدارة، بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1964/2/1 القضية رقم 1345 لسنة 8 ق، مجموعة أحكام السنة التاسعة بند 48، ص 571 .

مشار إليه لدى: مرجع د. هشام حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 152.

² - أنظر: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 541 ؛ وكذلك د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 105 ؛ وكذلك د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 243.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 94 لسنة 9 ق، جلسة 1965/12/11 (128/15/11) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً 1965 1980، ص 1998 و 1899، كذلك بنفس المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا المرقم 1624 لسنة 31 ق جلسة 1989/1/17، ص 2015. مشار إليه لدى فارس علي جانكبير، المرجع السابق، ص 203.

⁴ - د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 181.

الإدارية على حسابه¹، وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلى أن: " المتعهد المقصر ملزم بفروق الأسعار الناتجة عن عملية التنفيذ على حسابه"²، كما أن المادة (51) من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018 نصت على: "إن إنهاء العقد فيما يختص بهذه الأصناف في هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات، وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها..."

وأكد مجلس الدولة الفرنسي أنه مادام العقد فإن المورد المقصر يتحمل كافة الآثار المالية الناجمة عن الشراء على حسابه كفروق الأسعار والغرامات والمصاريف الإدارية، فهو يظل مسئولاً عن جميع تبعات التوريد بحكم أن العقد الإداري قائم ومستمر لم ينتهي فهو إجراء مؤقت³.

5- عدم جواز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر، وإنهاء العقد في الوقت نفسه: من مميزات جزاء الشراء على حساب المورد المقصر ديمومة العقد واستمراره وعدم إنجائه على اعتبار ذلك جزاء مؤقتاً كما ذكرنا سابقاً، بحيث يستمر العقد إنتاج آثاره ويظل المورد مسئولاً أمام الإدارة مع استمرار العقد. وعليه فإن إلغاء العقد أو إنجائه أو الجمع بينهما كأنه لم يكن بما يتنافى مع المنطق⁴، وذلك وفق المادة(51) الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية من قانون السابق الذكر المصرية فإن الإدارة " مخيرة " بين التنفيذ على حساب المورد أو فسخ العقد⁵ ؛ بينما يجوز الجمع بين إجراء الشراء على حسابه والجزاءات الأخرى بشرط ألا يتعارض معه كالتعويض والغرامة⁶، كما يجوز للإدارة أن تختار بين إنهاء العقد فيما يتعلق بالأصناف المتعاقد معها ومصادرة

1 - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص - ص 224 و 243.

2 - أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1181 لسنة 33 ق جلسة 1994/1/25 مشار إليه د. محمد ماهر ابو العينين، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 875 . وكذلك د. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 204.

3 - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 271.

4 - أنظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص - ص 94 و 95 ؛ وكذلك د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 244. وكذلك د. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 205.

5 - اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018 المصرية، المادة 51 حيث نصت على أنه: " يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أحل بأي شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى بالبريد السريع عن طرق الهيئة القومية مع تعزيده في الوقت ذاته بالبريد الإلكتروني والفاكس بحسب الأحوال على عنوانه المبين في العقد" .

6 - د.عزيزة شريف، المرجع السابق، ص 181 .

التأمين بما يوازي 10 % من قيمتها من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ولها أيضا إنهاء العقد بعد أن تقوم بشراء الأصناف محل العقد أو بعضها على حساب المورد المقصر وتصادر التأمين بنسبة 10% من الأصناف التي يتم شراؤها¹.

المطلب الثالث

الجزاءات الفاسخة (الفسخ الجزائي)

Les Sanctions Résolutoires

تهدف الجزاءات الفاسخة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة وهذا مظهر من مظاهرها الجزائية، نتيجة ارتكاب المتعاقد معها أخطاء جسيمة أثناء تنفيذ العقد الإداري²، ويتفق الفقهاء على أن هذا الإجراء يعد من آخر الإجراءات التي تلجأ إليها³؛ لأن معناه الحيلولة بين تنفيذ العقد حتى نهايته، ولذا فإنه يترجم ما للإدارة من حق في توقيع الإجراء بالتنفيذ المباشر، ودليل ذلك أنه يحق لها الفسخ مباشرة، حتى وإن قامت دعوى أمام القضاء بفسخ العقد الذي أبرمته مع المتعاقد وهو ما أفتت به إدارة الجمعية العمومية للفتوى والتشريع: "أن مجرد رفع الدعوى بطلب فسخ العقد في ذاته لا يعد فسخاً للعقد؛ لأن الفسخ يقتضي أن تفصح الإدارة في إدارتها في أعمال حقها في الفسخ بالإرادة المنفردة؛ ولذا فإن رفع الدعوى بالفسخ لا يحول بينها وبين ممارسة حقها بالفسخ مباشرة"⁴.

¹ - أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري المرقم 4186 لسنة 9 ق بتاريخ 1957/11/24، نقلا عن: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص- ص 543 و 544.

² - د. سيف سعد مهدي الذليمي، المرجع السابق، ص 205.

³ - إذا عقوبة الإعدام هي اشد العقوبات وأقصاها في قانون العقوبات وإذا كانت عقوبة الفصل من أقصى العقوبات في قانون الوظيفة العامة فإن فسخ العقد هو أقصى الجزاءات في العقود الإدارية فالأصل في العقود الإدارية أن تنتهي نهاية طبيعية لذلك فإن فسخ العقد جزءا بغض لا تلجأ إليه الإدارة إلا في الحالة التي تفقد فيها الأمل في قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته وهذا الجزء هو أبرز السلطات التي تتمتع بها الإدارة إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام وليست للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية الذي لا يجوز أن يستقل احد الطرفين بفسخها أو إنائها دون إرادة الطرف الآخر، انظر: د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1998، ص 469.

⁴ - إدارة الجمعية العمومية للفتوى والتشريع، فتوى رقم 1999/4/28 بتاريخ 1999/4/28، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص 282.

غير أن حق الإرادة في الفسخ ليس حقاً مطلقاً تتصرف فيه كيفما تشاء بل هو مقيد بالمصلحة العامة؛ ولذلك فإنه لا يجوز لها التنازل عنه وهو ما يقول عنه: " لا يجوز للإدارة أن تتنازل بصفة عامة عن استخدام سلطاتها بفسخ العقد؛ لأن تلك السلطة ليست حقاً شخصياً لها، بل هي وظيفة تضطلع بالقيام بها بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد"¹.

وعلى هذا الأساس يمكن دراسة الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي في (الفرع الأول) وأنواع الفسخ الجزائي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

من المبادئ الأساسية في العقود الإدارية، أن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقود الإدارية إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالاً يستلزم فرض هذه العقوبة الصارمة، وإذا وجدت الإدارة أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد². والفسخ هو قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدية بعد أن تكون كل الوسائل لم تفلح في إصلاحه مما يفقد الإدارة الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة، فإذا كانت مقتضيات المصلحة العامة قد تفرض على الإدارة فسخ العقد حتى وإن لم يرتكب المتعاقد خطأ، فإن تحقيق تلك المصلحة ومن باب أولى يمنحها حق في فسخ التعاقد إذا ما أخل المتعاقد بالتزامه التعاقدية³.

ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء عادة إلا في حالة الإخلال الفادح أو الخطأ المتكرر الذي يفقدها الأمل في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية⁴.

1 - د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 153.

2 - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 545.

3 - د. عبد العزيز بد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 106، وكذلك د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2015، ص 199.

4 - د. ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 162.

ولبحث الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي للعقود الإدارية لا بد من إعطاء مفهوم للفسخ الجزائي (أولا) و ثم التطرق إلى خصائصه (ثانيا) .

أولا : مفهوم الفسخ الجزائي:

يعرف الفسخ الجزائي في القانون الإداري بأنه " جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة بينها وبين المتعاقد معها"¹، ويعد هذا الإجراء من أشد الجزاءات وأخطرها التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ إذ لا يمكن توقيعه على المتعاقد إلا عند ارتكابه خطأ جسيماً².

وكذلك يمكن تعريف الفسخ الجزائي بأنه: " جزاء تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة عندما ثبت لها بصورة قاطعه عجز أو عدم قدرة المتعاقد في تنفيذ التزاماته محل التعاقد بصورة مرضية أو عدم مراعاة تنفيذ الأعمال أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة وتنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها"³.

1- تعريف الفسخ الجزائي:

الفسخ في الشريعة العامة حق للمتعاقد إذا أخل الطرف الثاني في التعاقد بالتزاماته في أن يلجأ للقضاء طالبا حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل من التزاماته المقابلة، وفي مجال العقود الإدارية يعد فسخ العقد أشد الجزاءات وأخطرها التي يمكن أن توقعها الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها الذي يخل بإخلالا خطيرا بالتزاماته وهو يختلف عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة من دون خطأ من جانب المتعاقد ولا اعتبارات تتعلق بالصالح العام.

¹ - د.ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 201.

² - د.محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 529.

³ - د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة، المرجع السابق، ص 100 .

وتملك الإدارة تقدير مدى خطورة المخالفة التي ارتكبتها المتعاقد وأثرها على المرفق العام ويخضع ذلك التقدير إلى الرقابة اللاحقة لذلك العقد، وهي تستمد ذلك الحق من امتيازات السلطة العامة ولو لم يرد به النص في العقد، ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء¹.

وقد نصت المادة (50) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر على ما يلي: "يجب فسخ العقد في الحالات التالية:

1- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

2- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالية أو فساد أو احتكار.

3- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد..."².

وكما يتعين على الإدارة إخطار المتعاقد قبل فسخ العقد والالتزام بالمدة المتفق عليها بين الإخطار والفسخ متى نص العقد على ذلك، والتزام الإدارة بتعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لهذين الشرطين³.

والقرار الصادر بفسخ العقد تتخذه الإدارة بوصفها طرفاً في العلاقة التعاقدية ومن ثم فإن المنازعة التي تثار بشأنه تعد من المنازعات الحقوقية، فلا يكتسب قرار الفسخ صفة القرار الإداري

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1127 لسنة 15 ق جلسة 1978/1/28، مشار إليه لدى: د. سيف سعد مهدي الذليمي، المرجع السابق، ص 217. وكذلك د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 156.

² - أنظر: المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، رقم 182 لسنة 2018، المرجع السابق، ص 34.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3567 لسنة 44 ق جلسة 2001/5/15، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا (للفترة من 1965-2008)، ص 5035.

الذي يتعين وجوده بوصفه شرطاً لقبول دعوى الإلغاء¹، ولا يكون محلاً للطعن القضائي إلا تحت ولاية القضاء الكامل².

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بحق الإدارة في فسخ العقد إذا اتضح لها أن المتعاقد لم يعد في إمكانه تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد بطريقة فاعلة ومرضية³.

وفي الجزائر:

إن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام أشار للفسخ الجزائي، من خلال المادة (02/149) والتي جاءت كما يلي: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة... "وكذلك المادة (150) التي نصت عليه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى من دون خطأ من المتعامل المتعاقد".

يلاحظ من خلال المادتين المذكورتين أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الفسخ على أساس الخطأ من المتعامل المتعاقد المنصوص عليه في المادة 149 من المرسوم الرئاسي والفسخ بالإرادة المنفردة بدون خطأ القائم على المصلحة العامة في المادة 150 من نفس المرسوم، ومن هنا يتضح لنا جليا أن المشرع ترك فكرة المصلحة العامة سلسلة وغير ومحددة المعالم، مما يجعل من المتعاملين الوطنيين والأجانب في حالة من عدم الاستقرار القانوني، وعليه كان على المشرع الجزائري أن

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1654 لسنة 36 ق جلسة 1994/3/22. مشار إليه لدى: د. سيف سعد المهدي النليمي، المرجع السابق، ص 235.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 679 لسنة 46 ق جلسة 2001/8/7. مشار إليه لدى: د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 362.

³ - C.E. janvier 1956, Ville de Paris, p11.

يلتفت لهذه الفجوة القانونية حتى يتفادى تعسف الإدارة في استعمال سلطتها اتجاه المتعاقد المتعامل¹.

2- شروط الفسخ الجزائي:

يشترط لكي تقوم السلطة الجزائية للإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي أن يرتكب المتعاقد خطأً جسيماً وأن تقوم باعداره وإعطائه أجلاً محدداً قبل توقيع هذا الجزاء بسبب خطورة الآثار المترتبة عنه.

أ- وقوع خطأ جسيم من المتعاقد:

يتطلب جزم فسخ العقد إخلال المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية تمثل خطأً تعاقدياً خطيراً وجسيماً، حتى يكون حجة قانونية تستند إليها الإدارة لتوقيع جزم الفسخ، ويعرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام قانوني جوهري. حتى يكون مبرراً تستند إليه الإدارة في توقيع جزم الفسخ².

ويمكننا عرض بعض الحالات التي تبرر وقوع عقوبة الفسخ الجزائي على المتعاقد استناداً إلى القضاء الإداري والنصوص القانونية .

2- توقف الملتزم عن استغلال المرفق العام³، محل الالتزام يبرر توقيع جزم الإسقاط مهما كانت الصعوبات التي تواجه الاستغلال⁴؛ حتى وإن كانت هذه الصعوبات مالية⁵.

وحتى وإن رفضت الإدارة طلبه بفسخ العقد أو تعديله ولذلك فإن الملتزم الذي يتوقف عن استغلال المرفق بعد رفض الإدارة لطلبه يرتكب خطأً جسيماً من شأنه أن يقيم مسؤوليته تجاه

¹ - أنظر: المادتين 150 و02/149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق، ص-ص 77 و78.

² - « L'administration peut prononcer la résiliation unilatéralement...en cas de faute grave du cocontractant »; Rachid ZOUAÏMIA, Marie Christine ROUAULT, Droit Administratif, Editions BERTI, Alger, 2009, p 191.

³ -C.E .26November 1971,Sima,éc ,p727.

⁴ -C.E .08juillet 1923,liancoup,Rec ,p453.

⁵ -C.E .20 janvier 1988,Serap,R.O.P ,p1430.

الإدارة مانحة الالتزام¹، كما يستحق الملتزم جزاء الإسقاط؛ نتيجة توقفه عن استغلال المرفق حتى وإن ارتكبت السلطة المانحة للالتزام أخطاء تعاقدية²، وامتناع المورد عن التوريد أيضا يبرر فسخ عقد التوريد³.

3- إفلاس الملتزم⁴.

4- امتناع الملتزم عن أداء التأمين في الموعد المحدد⁵.

5- تنازل المقاول عن عقده إلى الغير من دون ترخيص مسبق من الإدارة صاحبة العمل⁶.

6- التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة المتعاقدة⁷.

7- عدم قدرة المقاول على مواجهة التزاماته والوفاء بها، وإعلان المورد نفسه عن عدم قدرته على التنفيذ⁸.

8- أفعال الغش، والاحتيال الصادرة عن المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁹.

وخلال تحديد الحالات التي تبرر للإدارة الفسخ الجزائي للعقد الإداري في النصوص القانونية أو دفاتر الشروط أو بنود العقد فإن الإدارة تتخذ قرار الفسخ عند توافر هذه الشروط ولكن هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر¹⁰.

أما فيما يتعلق بمسلك المشرع الجزائي بخصوص الخطأ الجسيم في مجال تنفيذ الصفقات العمومية فيقصد به إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدية أو قانونية جوهرية، وإذ يمكن القول أن الأفعال

¹ -C.E .05 féviers 1986,Stepalinoir,devetry sur, seine, gazette de palais, p1986 .

² -C.E .07 mai 1937,Stesoomson,et spiznear,Rec,p480.

³ -C.E .06 déc 1967,pascal ,Rec,p444.

⁴ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 544.

⁵ - C.E .22avril 1970,Syndicat départementale des alpes Martines ,Rec,p1099.

⁶ -T.A .de paris,30 juin 1975,office public ,p735.

⁷ -C.E .13 mars 1937,parodelle,Rec,p324.

⁸ - المادة 28 كراسة الشروط العامة الصادرة في عام 1977 المتعلقة بعقود التوريد في فرنسا .

⁹ -C.E .04 mai,1928,champion,Rec,p559.

¹⁰ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 545 .

التي تبرر الفسخ الجزائي يجب أن تكون أشد جسامة من تلك المتطلبة، لتوقيع جزاء الفسخ، ويرجع تحديد مدى جسامة الخطأ وكفايته؛ لتقدير جزاء الفسخ إلى الإدارة المتعاقدة وتحت رقابة القضاء . وكذلك قد تكون بعض الأفعال التي تبرر الفسخ الجزائي - بعبارة عامة - تخلو من التفصيل، وهذا يتضح فيما جاء به المشرع الجزائري في مرسوم الرئاسي الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لاسيما في المادة (149) السابقة الذكر¹.

ويستنتج من هذه المادة قصد المشرع الجزائري وهو بصدد أفعال جزاء الفسخ، فجعل من كل إخلال بالالتزامات التعاقدية أخطاء تبرر توقيع الفسخ، غير أنه يفضل ذكر الحالات الرئيسة حتى تبين اتجاهات المشرع في هذا الشأن، ومع ذلك تؤدي دفاتر الشروط الإدارية العامة دورا ملحوظا؛ إذ إنها تكمل البناء التشريعي فقد نجد أنها تتضمن أحكام فسخ الصفقة العمومية.

وقد أشارت دفاتر الشروط الإدارية العامة إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول - والتي تعتبر من قبل الأخطاء التي تبرر الفسخ - والمتمثلة فيها يلي:

- عدم مباشرة المقاول للأشغال في الآجال المحددة².

- عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة³.

- رفض المقاول للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل كالأوامر الصادرة عن المهندس المعماري⁴.

- وقوع أعمال التدليس والمخالفات المقررة بشرط الشغل أو التقصير الخطير في الالتزامات المتعاقد عليها⁵. ففي هذه الحالة فإن الإدارة المتعاقدة لا تكتفي بتوقيع جزاء الفسخ بسبب جسامة هذا الفعل بل يتعدى ذلك إلى إقصاء المقاول لوقت محدد أو إقصائه نهائيا من الصفقات التي تجريها إدارتها.

¹ - أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 24/15، المعدل والمتمم، المرجع السابق، ص 77.

² - أنظر: المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 10.

³ - أنظر: المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 10.

⁴ - أنظر: المادة 5/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 11.

⁵ - أنظر: المادة 12/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 66.

- ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال.
- التعامل الثانوي من دون موافقة الإدارة المتعاقدة¹.
- أما فيما يخص صفقة اللوازم فإنه من الأخطاء الجسيمة التي تبرر الفسخ، نذكرها كما يلي:
 - قيام المورد بتسليم أصناف رديئة على غير ما اتفق عليه.
 - توقف المورد عن تسليم التوريدات أو توقفه عن تصنيع البضاعة المتفق عليها، فالإدارة المتعاقدة وحدها التي يحق لها وقف التوريد أو تأجيله .
 - عدم تسليم الأصناف المطلوبة في المواعيد المحددة في صفقة اللوازم.
 - إذا كان التأخير في التسليم مماثلا لعدم تسليم الصفقة.
- وصفوة القول** ، أنه يلزم لتوقيع جزاء فسخ الصفقة العمومية على المتعاقد من جهة الإدارة صدور خطأ جسيم وعلى درجة كبيرة من خطورة وإلا صار تعسفا من جانب الإدارة المتعاقدة. وعليه، يجب التوضيح أن الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ²، التي نص عليها المشرع صراحة ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثم يجوز للإدارة اللجوء إلى فرض هذا الجزاء في غير الحالات المنصوص عليها على أن تخضع في ذلك إلى رقابة القضاء بصدد ملائمة الجزاء بعكس الحالات المنصوص عليها، فلا يجوز للقاضي التدخل في مدى ملائمة الفسخ احتراماً لإرادة المشرع³.

ب- وجوب إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ:

يستلزم مجلس الدولة الفرنسي لصحة قرار الإدارة لفسخ العقد وجوبا إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، ومنحه مهلة زمنية معقولة تسمح له بتصحيح أوضاعه وإصلاح أخطائه خلالها

¹ - أنظر: المادة 3/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 8.

² - بالإضافة إلى الأخطاء التي تبرر توقيع جزاء الفسخ فإن للإدارة المتعاقدة الحق في فسخ الصفقة بحكم القانون وبدون تعويض وذلك في حالة إفلاس المقاول وفي حالة التسوية القضائية.

أنظر: المادة 2 / 97 من دفتر الشروط العامة، المرجع السابق، ص 104.

voir: K,Aoudia,Mallem,M,Sabri,guide de Gestion, édition du sahel , Algérie, 2000,p171.

³ - د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة، المرجع السابق، ص 272. وكذلك د. سيكي ربيحة ، المرجع السابق، ص 145.

وإلا كان الفسخ غير المسبوق لهذا الإجراء معيبا ولا يرتب ثمة أثر تجاه المتعاقد وذلك ما لم يتضمن العقد شرطاً يعفي الإدارة من الإعذار¹.

أما في مصر: فإن المشرع تطلب وجوب إعذار المتعاقد قبل فسخ العقد في بعض الحالات من دون بعضها الآخر كما في حالة عدم قيام صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة فيجوز للإدارة بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر فسخ العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه وفق ترتيب أولوياتها وفق نص المادة(51) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018.

وفي الجزائر: يشترط قبل توقيع الفسخ الجزائي ضرورة إعذار المتعاقد مقاولاً كان أو مورداً تحديد أجل معقول؛ لتنفيذ التزاماته حتى يتدارك المتعاقد أخطائه ومن ثم محاولة تصليحها فإذا انقضت مدة الإعذار ولم يستجيب لها كان للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء الفسخ عليه؛ لأنه لا فائدة من بقاء الصفقة قائمة طالما لا نجد أمل في تنفيذها²، وهو ما قرره المادة (149) المذكورة سابقا من المرسوم الرئاسي رقم 247/15³.

وتطبيقا لنص المادة صدر قرار يهدف إلى تحديد البيانات التي تتضمنها الإعذار وأجل نشره وقد نصت المادة (2) منه على أنه: "إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف الإدارة المتعاقدة لا يتم إلا بعد اعذارين قانونيين للمتعاقد العاجز".

وتحدد الإدارة المتعاقدة الأجل الممنوح؛ لتنفيذ موضوع هذين الإعذارين الذي يعتبر من البيانات الإلزامية التي تتضمنها الأعدار، وهذا الأخير لا يكون عاما وغير محدد بل ينبغي للإدارة المتعاقدة التقيد بالشكلية المحددة من قبل المشرع⁴.

1 - المرجع نفسه، ص 272.

2 - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 31.

3 - قرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432، الموافق 28 مارس /2011 يحدد البيانات التي تتضمنها الإعذار وأجل نشره ج: العدد 24 الصادر في 20 ابريل سنة، 2011، ص1.

4 - أنظر: المادة 3 من القرار المحدد للبيانات التي تتضمنها الإعذار وأجل نشره، المرجع السابق، 2.

يبلغ الإنذار إلى المتعامل المتعاقد برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام¹. وينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما يحرر باللغة العربية، وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ويسري مفعول هذا الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في الصحافة².

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فثمة أحكام قضائية أشارت إلى ضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، ومن ذلك ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة الإدارية في قضية السيد "توهامي الطاهر" ضد السيد والي ولاية عنابه الذي جاء في مضمونه: "إن الإدارة لم توجه للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ." ولا سيما أن المادة السادسة والمادة (35) من العقد تقتضيه ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، وأن نص المادة 112 من المرسوم 82-145³ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام يقتضي صراحة بضرورة الإعذار⁴. فالإعذار يعد شرطا أساسيا قبل توقيع جزاء الفسخ لابد للإدارة المتعاقدة من أن تلتزم به، ومن دونه فتوقيع الفسخ الجزائي يكون غير مشروع ويتعين إعفاء المقاول من النتائج الباهظة المترتبة عليه. تعفي الإدارة المتعاقدة في بعض الحالات من الالتزام بإعذار المتعاقد معها كحالة الاستعجال، أو في حالة ما إذا كان جزاء الفسخ لاحقا لجزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة أو الشراء على حساب المورد في صفقة اللوازم وكان قد سبقها إعذار للمتعاقد بشرط أن يكون جزاء الفسخ قد صدر عن الأخطاء نفسها التي استلزمت جزاء السحب وجزاء الشراء، ولا محل للإعذار أيضا إذا أعلن المقاول أو المورد صراحة عن رفضه في تنفيذ الأشغال أو توريد الأصناف

¹ - المادة الرابعة من القرار المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وأجل نشره، المرجع السابق، ص 2.

² - المادة الخامسة، القرار المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وأجل نشره، المرجع السابق، ص 3.

³ - مرسوم رقم 82 145 مؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق 10 ابريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج العدد 15 (ملغى)

⁴ - المحكمة العليا الغرفة الإدارية مؤرخ في 1990/7/28 (قضية السيد "توهامي الطاهر" ضد السيد والي ولاية عنابه نقلا عن د. سعيد عبد الرازق بخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 350. وكذلك د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 146.

المتعاقد عليها، وفي كل الأحوال لا يكون الإعدار ضروريا إذا نص العقد صراحة على إعفاء الإدارة من هذا الالتزام¹.

ثانياً: حالات الفسخ: لحالات الفسخ نوعان: فسخ وجوبي، وفسخ جوازي.

1- الفسخ الوجوبي:

هو ذلك النوع الذي يكون بقوة القانون، ويأتي على حالتين:

الحالة الأولى: نصت عليه المادة (50) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018 بفسخ التعاقد في حالة ارتكاب المتعاقد الغش في تعامله معها، أو إفلاسه، أو إعساره². فثبوت استعمال المتعاقد لتلك الوسائل يؤدي إلى فسخ العقد؛ لأنه إن لم يستعمل المتعاقد تلك الوسائل لما كان للعقد وجود.

ولاشك في أن استعمال الإدارة لحق الفسخ في هذه الحالة يستوجب سوء نية المتعاقد، وذلك بأن يكون عالماً بالغش لأن الأمور تسري به في صالحه وتحقق له منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة؛ أي تحققت المخالفة التي النص عليها القانون.

الحالة الثانية: هي الإفلاس أو الإعسار الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة، ويبرر الفسخ هنا كونه غير قادر على الإطلاع بأعباء العقود المالية وفقده لمصدر التمويل اللازم لتنفيذ الأمر، الذي يجعل لاستمرار التعاقد معه غير مجد في تحقيق الفائدة المرجوة للتعاقد³.

2- الفسخ الجوازي:

للسلطة الجزائية للإدارة السلطة التقديرية في فرض هذا الجزاء أو التغاضي عنه في ضوء ما تراه محققاً للمصلحة العامة؛ وتملك الإدارة توقيعه حتى وإن لم ينص عليه في العقد أو في دفتر الشروط من غير حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لتقديره⁴.

¹ - د. محمود ابو السعود، المرجع السابق، ص 146.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 259.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا، في 1985/4/9، طعن رقم 436 السنة 22 ق، مجموعة السنة الرابعة والثلاثين، العدد الثاني، ص 925. وقد تعلق الحكم بعدم قيام الإدارة بفسخ العقد مع مورد جن بجهة أن الجبن مخالفاً لشروط التعاقد بالغش حيث ثبت أن هذا المورد اشترى الجبن من آخرين ارتكبوا هذا الغش ولم يثبت علمه به.

⁴ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 109 .

وقد ضرب قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة أمثلة للفسخ الجوازي في المادة (51) من القانون 182 لسنة 2018، وهنا يترك للإدارة سلطة تقديرية لمدى أهمية الشروط التي أحل بها بالنسبة للعقد في مجمله، وعلى ضوء تلك الأهمية تقرر الإدارة فسخ العقد، أو الإبقاء عليه إذا كان الضرر المترتب على مخالفة الشرط التعاقدي لا يشكل خطورة على تنفيذ العقد أو لا يضاهاى الضرر المترتب على فسخ العقد¹.

الفرع الثاني

أنواع الفسخ الجزائي وآثاره القانونية

هناك نوعان من الفسخ الجزائي في نطاق العقود الإدارية، ويكون تبعاً لمدى جسامة آثار كل منهما وخطورته على مركز المتعاقد مع الإدارة. وبناء على ما تقدم، للسلطة الجزائية للإدارة حق توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء، بحكم تمتعها بامتيازات السلطة العامة، بالتالي فإنها تملك سلطة تقديرية في تقدير نوع الفسخ الذي توقعه على المتعاقد معها فلها أن توقع الفسخ الجزائي المجرد أولاً؛ كما لها في حالة الخطأ الأكبر درجة من الجسامة توقيع فسخ الجزائي على حساب المتعاقد ومسئوليته ثانياً، ولهذا نقسم هذا الفرع إلى نقطتين، نتكلم في النقطة الأولى عن أنواع الفسخ الجزائي، وفي الثانية عن آثاره القانونية.

أولاً: أنواع الفسخ الجزائي:

أ- الفسخ الجزائي المجرد البسيط:

بموجبه تنهى السلطة الجزائية للإدارة العلاقة التعاقدية تماماً ويعود طرفي العقد إلى الحالة التي

كانا عليها قبل التعاقد².

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 273 .

² - د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير، المرجع السابق، ص 363. وكذلك د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 167.

تقوم السلطة الجزائية للإدارة بفسخ الصفقة الأصلية مع الاحتفاظ بحقها في توقيع غرامات التأخير¹، أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببها نتيجة لهذا الفسخ لخطأ المتعامل المتعاقد² وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المادة (1/152) من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام³ التي تنص على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها بنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية؛ لإصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

و الجدير بالملاحظة أن المشرع نص على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت السلطة الجزائية للإدارة المتعاقدة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة، وغاية المشرع هي الضغط على المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك لتحقيق المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وأيضاً تنص المادة (5/35) من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه: "وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعاً للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة أو بدون قيد أو متابعة النظام المباشر بالإدارة".

وتفسر هذه المادة أن الفسخ المجرد البسيط الوارد بعبارة "فسخ الصفقة بدون قيد أو شرط"؛ بمعنى أنه عندما تتخذ السلطة الجزائية هذا النوع من الفسخ فلا تكون لها متابعة للمتعاقد معها، فالعلاقة التعاقدية تنتهي بانتهاء الصفقة.

ب- الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد (La Résiliation aux torts et Risques du cocontractant)

يتميز هذا النوع من الفسخ بالشدّة والقسوة وهو أكثر خطورة بالمقارنة بالفسخ المجرد البسيط وذلك راجع إلى ما لهذا -الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد- من آثار ونتائج باهظة؛

¹ - « La résiliation d'un marché ne fait pas obstacle à l'application de pénalités de retard »

E.C.17décembre2008,syndicatintercommunal de gestion d'aménagement de Superbagnères, A.J.D.A,N14 ,Daloz,2009,p790.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 550 . وكذلك د. سبيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 155.

³ - المادة 1/152 من المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المعدل والمتمم، المرجع السابق، ص 78.

إذ أنه لا ينهي العقد بالنسبة للمستقبل فقط ولكن لأنه يكون مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام التنفيذ على مسؤولية المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزامه مع الإدارة بحيث يتحمل الأخير أي زيادة تطرأ على التعاقد الحالي¹.

وعليه، فإن هذا النوع من الفسخ غالبا ما يوقع على المفاوض في حالة قيامه بأي تصرفات تنطوي على غش، أو تدليس، أو عدم خضوعه للأوامر المصلحية².

لذلك يجب أن تكون هناك موافقة من المتعاقد عن إعلان الفسخ في هذه الصورة، وتحمله الأعباء المترتبة عليه حالة نشوء أسبابه، ومبرراته³، ومن ضمن هذه الأعباء مثلا تحمل المفاوض المفسوخ عقده بجميع النتائج الباهظة التي تسفر عنها عملية التعاقد مع مفاوض جديد⁴.

و غني عن البيان أن هذا النوع من الفسخ أشد جسامة على المتعاقد المقصر؛ إذ يكون في هذه الحالة مصحوبا بإبرام عقد جديد؛ لإتمام تنفيذ العقد الأصلي⁵، وعلى الإدارة أن تخير المتعاقد معها بإبرام العقد الجديد على مسئوليتها، وأن تعين له اسم المتعاقد الجديد حتى يستطيع المتعاقد القديم أن يباشر حقه في متابعة العمليات المنفذة على حسابه ومسئوليته؛ وذلك من أجل المحافظة على حقوقه ومصالحه، وهنا يجب على الإدارة إجراء المناقصة بأسرع وقت ممكن وأن تتم طبقا للشروط الشكلية والموضوعية الصحيحة، وإلا جاز للمتعاقد أن يطعن على قرار الفسخ غير المشروع ويطلب بالمبالغ المالية التي ترتبت على إبرام العقد الجديد⁶.

¹ -C.E .18juin1975, Sieurs Malmaire.R.D.P.1975,P1747.

² - C.E .03 fev1975,SieursBehetti Roger et pe T.T, Pierre.R.D.P.1975 ,p1737.

- مشار إليه لدى: د. هشام حليم غازي، المرجع السابق، ص 168.

³ -Flamme, Op.cit, p711.

⁴ -C.E .17 mars 1972,Figaro,R .P,p224.

⁵ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 278.

⁶ - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 351.

ويذهب غالبية الفقهاء في مصر بعدم الأخذ بنظام الفسخ على مسئولية المتعاقد¹، ومن الناحية التشريعية فإن قانون المناقصات المصري الملغى رقم (9) لسنة 1983 والقانون رقم (182) لسنة 2018 الساري، لم يأخذ بجزء الفسخ على مسئولية المتعاقد.

ولا يجوز للإدارة الجمع بين الفسخ وتنفيذ العقد على حساب المتعاقد وفق نص المادة (51) من اللائحة التنفيذية للقانون (182) لسنة 2018 بالنسبة لعقد التوريد وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من أن: "... ومن حيث إنه من المسلم به أن لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد؛ وذلك بإرادتها المنفردة من دون الالتجاء إلى القضاء باعتبار ذلك امتيازاً لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي يستهدف تسييره، مع حقها في الرجوع عليه بالتعويض عما أصابها من أضرار نتيجة خطأ هذا المتعاقد، وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية.

ومن حيث إن التنفيذ على حساب المتعاقد وفي مجال العقود الإدارية هو وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عينا؛ إعمالاً لامتيازات الإدارة وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسئوليتها المالية، بحيث يتحمل المتعاقد المقصر في تنفيذ بفروق الأسعار تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا كما لا يعد التنفيذ على حساب عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة، لاطراد سيرها ومنعاً من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق .

ومن حيث إنه إذا لجأت جهة الإدارة إلى توقيع جزاء الفسخ فإنه يجب أن تقف عند توقيع الجزاء من دون أن تجعله مصحوباً بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر وتحميله النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة لتعارض النتائج المترتبة على فسخ العقد مع نتائج التنفيذ على

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 557.

الحساب، بحسبان أن جزاء الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد في حين أن التنفيذ على الحساب يكون العقد قائما منتجا لأثاره القانونية وأنه لا يجوز الجمع بينهما"¹.

أما بالنسبة للجزائر فإن الجزاءات في المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام² لم ينص على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد إلا ما ذكر بالنسبة للمتعاقد الأجنبي في حالة عدم تجسيده للاستثمار ففي هذه الحالة تفسخ الصفقة تحت مسؤوليته دون سواه³، وقد يتعدى أمر هذا الجزاء إلى تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أحلت بالتزاماتها بقائمة المؤسسات الممنوعة من التعاقد في الصفقات العمومية⁴، أما الفسخ من جانب واحد المذكورة في المادة (150) منه فإن أحكامه تتفق مع أحكام الفسخ الجزائي الجرد البسيط؛ مما يعني أن المرسوم الرئاسي المذكور تضمن تمييز الفسخ الجزائي الجرد عن غيره بالنسبة للمتعاقد الوطني.

غير أن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة في الجزائر تضمنت بعض الإشارات إلى هذا النوع من الفسخ بمقتضى المادة 5/35 التي تنص على أنه: "... يرجع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف".

لقد أخذ المشرع الجزائري بالفسخ الجزائي على حساب المتعاقد ومسؤوليته وبعبارة "إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف".

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 3759 لسنة 43 ق جلسة 2000/10/3، مجموعة المبادئ السادسة والأربعون، ص 37، وهي ذات الاتجاه حكمها في الطعين رقمي 6357 لسنة 43 جلسة 2001/6/26 غير منشور.

² - المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المعدل والمتمم، المرجع السابق، ص 78.

³ - نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 98 / 11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم في الفقرة 16 منها: " يمكن للمصلحة المتعاقدة إذا رأت ضرورة في ذلك فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد الأجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة ". د. سيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - أ. رحمة شكلاط، الصفقات العمومية مقارنة تشريعية جديدة، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يوم 30 نوفمبر 2001، ص-ص 117 و 120.

ثانيا : الآثار القانونية للفسخ الجزائي:

يعتبر الفسخ الجزائي في مجال العقود الإدارية من أخطر الجزاءات والأشد قساوة التي من حق السلطة الجزائية للإدارة توقيعها على المتعاقد معها، كما ينتج على هذا الجزاء بنوعيه عدة من الآثار القانونية تختلف باختلاف نوعي الفسخ، وكذلك باختلاف نوع الصفقة، ومع ذلك هناك من الآثار ما هو مشترك بين نوعي الفسخ (أولا) ومنها ما هو خاص بالفسخ الجزائي المجرد البسيط (ثانيا) ومن الآثار ما هي خاصة بالفسخ الجزائي على حساب المتعامل المتعاقد (ثالثا).

أ- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي:

يترتب على قيام الإدارة المتعاقدة بإصدار قرارها بفسخ الصفقة سواء أكان فسحا مجردا أم كان فسحا على مسؤولية المتعاقد عدة من آثار قانونية نذكر أهمها:

- يترتب على الفسخ الجزائي بنوعيه إنهاء العقد الإداري بين الإدارة والمتعاقد بالنسبة للمستقبل¹؛ وذلك من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ إلى المتعاقد وابتداء من التاريخ المحدد في قرار الإدارة المتعاقدة بالفسخ.

- الفسخ الجزائي بنوعيه يشمل العقد كله فلا يحق للسلطة الجزائية للإدارة أن تفسخ العقد في جزء منه وأن تستبقي الجزء الآخر، وذلك من أجل عدم اختلال التوازن الملي للعقد الإداري.

- يترتب عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائياً؛ نتيجة لفسخ عقده ومن ثم يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها الإدارة فإذا رفض أو تأخر في الإخلاء جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسئوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها كتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء هذا التأخير².

¹ - La Résiliation n'a pas d'effet rétroactif, elle ne vaut que pour l'avenir, voir : Christophe la joje ,droit des marchés public ,Op.cit,p175.

² - أنظر : المادة 23 و2 و3 و4 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 17.

ب- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط:

يترتب على قرار السلطة الجزائية للإدارة بفسخ العقد الإداري فسخا مجردا عدة من الآثار القانونية أهمها:

- كما ذكرنا سابقا أن الجزاء الفسخ المجرد البسيط أقل صرامة و قساوة من جزاء الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد المقصر وأن الإدارة تقوم بجزاء الفسخ المجرد البسيط بلا قيد أو شرط؛ معناه أن العلاقة التعاقدية بين الطرفين تنتهي تماما ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد¹.

- تستطيع السلطة الجزائية للإدارة الجمع بين الفسخ الجزائي البسيط والجزاءات المالية المتمثلة في غرامة التأخير أو التعويضات على المتعاقد المقصر، إذا لحقها ضرر من هذا الفسخ، شريطة أن تكون غرامات التأخير التي تقررها السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها سابقة لصدور قرار الفسخ الجزائي².

- يجب على المتعاقد المفسوخ عقده أن يقوم بإخلاء أماكن العمل خلال مدة زمنية تحددها الإدارة³.

ج- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد:

في الواقع تنجم على هذا النوع من الفسخ الآثار كافة التي تترتب على الفسخ المجرد إلا أنه في الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد مع فارق جوهري بينهما وهو تحمل المتعاقد كل المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع غيره وأمام هذا الاختلاف مع النوع الأول فهو يؤدي إلى اختلاف الآثار المترتبة عنه، وتكمن أهمها فيما يلي:

¹ - د. ذنون سليمان العبادي، المرجع السابق، ص 320.

² - د. سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص 360.

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 295 . وكذلك د. ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 321.

- يترتب على أن السلطة الجزائية للإدارة لا تستطيع أن تقرر هذا الجزاء، إلا إذا كان منصوفا عليه صراحة في العقد الإداري، والسبب يكمن في خطورة هذا الجزاء والآثار المترتبة عليه وتحمل المتعاقد المفسوخ عقده الأعباء المالية للعقد الجديد¹.
- يتحمل المتعاقد الأصلي النفقات كافة التي تفرضها عملية التعاقد مع متعاقد جديد بما في ذلك الثمن الناتج عن الصفقة الجديدة مشتملة على زيادات ناتجة عن ارتفاع الثمن الناشئ عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال وهذه الزيادات يمكن خصمها من المبالغ المستحقة².
- تتخذ السلطة الجزائية للإدارة هذا النوع من الفسخ، عند ارتكاب المتعاقد معها أخطاء عمدية على درجة عالية من الجسام، ولا سيما في حالة استعماله الغش أو التدليس أو تركه العمل أو عدم احترامه للأوامر المصلحية الصادرة عن السلطة الإدارية³.

المطلب الرابع

الجزاءات الجنائية

(les sanctions pénales)

من المستقر عليه في العقود الإدارية، ضرورة الحفاظ على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعلى أساس هذه الضرورة منحت الإدارة عدة سلطات في العقد الإداري، ومن بينها سلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته، وعليه تتنوع الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد، وهي وسائل للضغط عليه في سبيل إتمام التزاماته التعاقدية مع الإدارة، ومن بين تلك الجزاءات، الجزاءات الجنائية التي للإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها في حالات معينة حددها القانون حرصا منها على المصلحة العامة وتنفيذ العقد الإداري على أكمل وجه⁴.

¹ - د. سيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 161.

² - د. يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية لعامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، أكتوبر، 1977، ص 199.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 323.

⁴ - د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 59.

وندرس المقصود بالجزاءات الجنائية في (فرع أول)، وحالات جواز توقيع جزاءات جنائية في العقود الإدارية في (فرع ثان)، وحالات عدم جواز توقيع عقوبات جنائية في (فرع ثالث).

الفرع الأول

المقصود بالجزاءات الجنائية

إن المقصود بالجزاءات الجنائية في العقود الإدارية، أمرا يظل مبهما وغامضا في ظل غياب تدخل تشريعي، لهذه الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المقصر من جهتها لما لها من طبيعة خاصة، وراعاة بصفة جوهرية ومهمة، مما يثير فينا فضول البحث العلمي لتعريف صحيح للجزاءات الجنائية، أو كما يسميها بعض الفقهاء العقوبات الجنائية في العقود الإدارية،¹ ولهذا نتطرق في هذا الفرع لتعريف بالجزاءات الجنائية (أولا)، وندرس خصائصها (ثانيا).

أولا: تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

الجزاءات الجنائية هي تلك التي تقررها النصوص سواء القانونية أو اللائحية، كعقوبة لإخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية مع الإدارة؛ حيث تعتبر هذه القوانين إخلال المتعاقد بالتزامه جرائم جنائية²، ومن ثم التأثير على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد³.

ثانيا: خصائص الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

أ- جزاءات تفرضها الجهة الإدارية

تعتبر العقوبات الجنائية التي تفرضها الإدارة في العقود الإدارية من أهم مميزات الجزاءات الجنائية بصفة عامة، ويرجع أساس ذلك إلى احتواء العقد الإداري على شروط استثنائية تميزه عن العقد المدني، مما يجعل مركز الإدارة كطرف في العقد أعلى بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات، تفوق تلك التي يتمتع بها المتعاقد معها، لذا نجد من البديهي أن تستعمل الجهة الإدارية سلطتها

¹ - د. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 60.

² - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 237.

³ - د. أحمد خورشيد حميد الفرجي، المرجع السابق، ص 20.

المخول لها قانونا للضغط على المتعاقد بتنفيذ التزاماته، فللإدارة حق اتخاذ القرارات بإرادتها المنفردة، ومن تلقاء نفسها، ودون الحاجة للجوء للقضاء¹.

ب- العقوبات الجنائية ذات طبيعة رادعة

تتميز العقوبات الجنائية بالصفة الردعية، ذلك لما يأتي به المتعامل المتعاقد مع جهة الإدارة من تصرف آثم يمثل مخالفة للقوانين والقرارات التي تصدر عن السلطة الإدارية، ويكون المتعاقد في هذه الحالة قد أحل بأحد بنود العقد الإداري، مما يؤثر سلبا على حسن سير المرفق العام، وينتج عن تميز هذه العقوبات بالردعية أن تكون خاضعة لنفس المبادئ التي تخضع لها العقوبات الردعية الأخرى، سواء ما لزم منها ضمان شرعيتها الموضوعية أم كان مقصده مشروعيتها الإجرائية، فهذه الجزاءات تتميز بنوع من القسوة، ولهذا لزم أن تحاط بمجموعة من الضمانات التي تحول دون انحراف السلطة الإدارية في توقيعها².

ج- شخصية العقوبة الجنائية في العقود الإدارية

يتعلق مبدأ شخصية العقوبة بشخص المستحق توقيعها عليه سواء بارتكابه الجريمة، وتفترض هذا المبدأ القواعد القانونية، والتي تأتي أن يتحمل وزر فعل ما من لم يأت به أو يشارك في إتيانه، فمبدأ شخصية العقوبة الجنائية ساري في مجال المسؤولية الجنائية فإنه يمتد أيضا ليشمل الجزاءات الجنائية التي تفرضها الإدارة في حدود ما تسمح به القوانين واللوائح لاتحاد غايتها في الردع العام، والتي يحكم تطبيقها وحدة النظامين الجنائي والإداري، لأن مبدأهما القيام بفعل أو الامتناع عنه يشكل ذلك خطأ محلا للتجريم³، وعليه أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة احترام هذا المبدأ، كما سارت مصر على نفس نهج نظيرها مجلس الدولة الفرنسي؛ حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ضرورة احترام مبدأ شخصية العقوبة الجنائية سواء في المجالين الجنائي والإداري، ومن

¹ - سوزان محمود جبار، السلطة التقديرية للإدارة في سحب العمل في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير في القانون، الجامعة المستنصرية، 2005، ص 21.

² - د. محمد حسن المرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 67.

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 67.

أحكامها في ذلك (... المسؤولية شخصية وكذلك العقوبة شخصية وهذا المبدأ يجد أصله في الشرائع السماوية وبصفة خاصة في الشريعة الإسلامية ومن ثم فهو أصل عام من أصول المسؤولية العقابية تردده نصوص الدساتير الدول المتقدمة القائمة على القانون وقداسة حقوق الإنسان...)¹، كما نص المشرع الجزائري على مبدأ شخصية العقوبة في الفصل الثالث من القسم الأول للكتاب الثاني الأفعال والأشخاص الخاضعون للعقوبة، من قانون العقوبات الجزائري في المواد 52 وما يليها،² وعليه نستنتج أن مبدأ شخصية العقوبة معمول به في كل من فرنسا ومصر والجزائر ومعظم دول العالم، فلا يسمح بالعقاب سواء الجنائي أو الإداري إلا على من اقترف الجريمة شخصياً.

الفرع الثاني

حالات توقيع الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

تتمتع الإدارة بامتيازات في العقود الإدارية مما يخول لها صلاحية ممارسة الضبط الإداري، بإصدار لوائح البوليس، وقد تتضمن هذه اللوائح جزاءات جنائية توقعها الإدارة على المتعاقد معها، بصفتها سلطة ضبط إداري وليس بصفتها التعاقدية، إذا ما قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته المدونة في العقد الإداري، إذ يشكل ذلك خطأ عقدياً، أو جريمة جنائية محلاً للتأثير في النصوص القانونية ولوائح الضبط الإداري، مما يخول للإدارة حق طلب توقيع جزاء جنائي من القاضي الجنائي، وتتنوع الحالات التي يجوز فيها فرض الجزاء الجنائي على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته مع جهة الإدارة.³

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 1154، 1989/01/25، ص 212. مشار إليه لدى: د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والجنائية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 68، ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، المرجع السابق، ص 69.

² - القانون رقم 06-23، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج. 84، ص 12.

³ - د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 65.

أولاً: الخطأ العقدي جريمة جنائية بنص القانون

من المستقر عليه في القواعد القانونية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولهذا لا يمكن للعقد الإداري أن يعين جزاءات جنائية من أجل مخالفة الالتزامات العقدية من طرف المتعاقد كقاعدة عامة، ولكن قد ينص نفس القانون على اعتبار بعض المخالفات العقدية جرائم جنائية وهذه الحالات نادرة في الفقه الفرنسي¹. ومن أبرز أمثلتها في القانون الفرنسي، قانون مخالفات الطرق 15 يوليو المتعلق ببوليس السكك الحديدية في فرنسا المتعلق بمخالفات لطرق المواصلات والتي تعتبر جرائم جنائية 1845، في حالة ارتكابها من طرف الملتزم، وكذلك فيما يخص جرائم الموردين، فقد نص القانون العقوبات الفرنسي في المواد 430 إلى 433 على جزاءات مالية وسالبة للحرية بالنسبة لمختلف الجرائم التي يرتكبها موردو القوات المسلحة البرية والبحرية بمناسبة تنفيذ عقودهم، تعتبر جرائم في نظر القانون الفرنسي².

أما في مصر فقد نص قانون العقوبات في المادة 116 مكرر على تجريم بعض المخالفات المرتكبة من قبل المتعاقد مع الإدارة في مجال العقود الإدارية وتقضي بأن "كل من أحل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات، التي يفرضها عليه عقد أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتباط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو مع إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن. وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، إذا ارتكبت الجريمة في زمن حرب وترتب عليها: إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها. وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذا لأي من العقود السالفة الذكر، ولم يثبت غشه لها أو عملة بغشها أو إفسادا، يعاقب بالحبس والغرامة لا تتجاوز 1000 جنيه، أو إحدى هاتين العقوبتين، وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد. ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة ويعاقب بالعقوبات السالفة الذكر - على حسب الأحوال - المتعاقدون من الباطن والوكلاء

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 304.

² - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 48.

والوسطاء، إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلى فعلهم¹ يتضح من خلال نص المادة 116 من قانون العقوبات المصري أن كل متعاقد مقصر مع الإدارة قد يقترف مخالفات منصوص عليها قانونا، يكون عرضة لجزاءات جنائية².

وكذلك المشرع الجنائي الجزائري نص على مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص" في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري³.

كما أشارت المادة 161 من قانون العقوبات السالف الذكر التي تنص في فقرتها الأولى على أن: " كل شخص مكلف يتخلى إما شخص أو كعضو في شركة توريد أو مقاولات أو وكالات تعمل لحساب الجيش الوطني الشعبي عن القيام بالخدمات التي عهدت إليه ما لم تكرهه على ذلك القوة القاهرة، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة لا يتجاوز مقدارها ربع التعويضات المدنية...."⁴.

في حين نجد أن المادة 1/123 تعالج حالات الغش وما يقابلها من عقوبات جنائية فهي تنص على ما يلي: " إذا وقع غش في نوع أو صفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة أو الأشياء الموردة فيعاقب الجناة بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 2000 دج"⁵.

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن الدعوى العمومية لا تتحرك من تلقاء نفسها، إلا بناء على شكوى من وزارة الدفاع الوطني.

ثانيا: مخالفة الالتزامات المقررة في لوائح الضبط الإداري

إن الإدارة بوصفها سلطة عامة لها الحق في أن تصدر لوائح الضبط الإداري، تصدر قرارات تتضمن جزاءات توقعها على من يخالفها، ومن بين هذه الجزاءات، العقوبات الجنائية مقيدة للحرية

¹ - المادة 116 مكرر ج من القانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، أضيفت بموجب القانون رقم 63 لسنة 1975، ص 431.

² - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 240.

³ - القانون رقم 06-23، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج. ر 84، ص 12.

⁴ - المادة 161 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 54.

⁵ - المادة 1/163، المرجع نفسه، ص 55.

ما كان منصوصا عليها قانونا في نطاق العقود الإدارية، فهذه الجزاءات تفرض على جميع الأفراد سواء أكانوا متعاقدين مع الإدارة أو مع الغير، وتوقع السلطة الجزائية لا لتقصير المتعاقد في شرط من شروط العقد وإنما لمخالفته أحكام لوائح الضبط الإداري، وغايتها في ذلك السهر والحرص على حسن سير المرافق العامة والصحة العامة والسكينة العامة¹. وعلى سبيل المثال نجد في فرنسا يوم العيد القومي يمكن لسلطة البوليس أن تمنع المتعاقد من أن يسير بعرباته في شارع مزدحم في ذلك اليوم. فالصفة التي يحملها المتعاقد مع الإدارة لا تحميه من تطبيق لوائح الضبط الإداري².

ويرجع أساس ذلك كما قال الفقهاء جيز وبيكينو "إن العقد الإداري لا يمكن أن يكون من غرضه إهدار حق السلطة العامة في الضبط الإداري العام، بأن تتخذ حتى مع المتعاقد معها الإجراءات اللازمة لضمان الأمن والسكينة العامة..."³.

الفرع الثالث

حالات عدم جواز توقيع عقوبات جنائية في العقود الإدارية

تمارس الإدارة سلطتها الجزائية بصفقتها سلطة عامة على متعاقديها في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو ارتكابه لمخالفات عقدية يترتب عنها عقوبات جنائية، لكن هذه السلطة المخولة للإدارة ليست على إطلاقها وإنما مقيدة، ومن هنا يمكننا التعرف على أبرز الحالات، على سبيل المثال حالة الاستعمال المنحرف لسلطة الضبط الإداري من طرف الإدارة، وكذلك عدم قدرتها على توقيع العقوبة الجنائية من تلقاء نفسها، ومن هنا ندرس كل حالة على حدة.

أولاً: الاستعمال المنحرف لسلطة الضبط الإداري

من المعلوم أن الإدارة لها حق إصدار لوائح الضبط الإداري وتضمينها عقوبات جنائية، في الحدود التي يسمح بها القانون، وإذا خالفها المتعاقد تعرض للمسائلة الجنائية، وذلك تطبيقاً لنص المادة 471 فقرة 15 من قانون العقوبات الفرنسي وتقابلها المادة 395 من قانون العقوبات المصري، والتي تتضمن توقيع الغرامة على الأفراد اللذين يخالفون أحكام اللوائح التي وضعتها

¹ - د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 80.

² - د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 71.

³ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 313.

الإدارة بطريقة مشروعة¹، ولكن سلطات الإدارة في تطبيق العقوبات الجنائية على المتعاقد معها ليست مطلقة بل مقيدة وفقا للنصوص القانونية، فليس لها أن تستعمل سلطات الضبط الإداري، استعمالا منحرفا، بهدف إجبار المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته وتعريضه للمسائلة الجنائية، سواء بإضفائها صفة لائحة الضبط الإداري على دفتر من دفاتر الشروط أو بإصدارها لائحة ضبط لا تستهدف من ورائها إلا إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته وتعريضه بهذا الأسلوب المنحرف إلى العقوبة الجنائية، فمثل هذه اللائحة تكون مشوبة بعيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة، مما يؤدي بفقدان لوائح الضبط الإداري لصفاتها الأساسية ألا وهي العمومية² فالغاية من لوائح الضبط الإداري، المحافظة على النظام العام، وإذا استهدفت إجراء آخر غير إجراءات البوليس، فإن هذا يعد من قبيل إساءة استعمال السلطة والانحراف بها وهذا ما أشار إليه حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 19/03/1930 بخصوص قضية (شركة تولوزين دي بازاكل) بحيث ألغى اللائحة الصادرة عن الإدارة، التي لوحت بفرض عقوبات جنائية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ العقد³.

ومن هنا نستخلص أن الإدارة تتمتع بامتيازات باعتبارها سلطة عامة، ولها الحق في إصدار لوائح الضبط الإداري والتي تتضمن إجراءات تهدف جميعها إلى المحافظة على النظام العام والأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وكل مخالف لها يتعرض للجزاء قد تصل إلى عقوبة جنائية، لكن في حدود ما يسمح به القانون لأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء مقيدة وليست مطلقة، وإذا أصدرت الإدارة لوائح ضبط مخالفة للهدف الذي تصبو إليه هذه اللوائح وأجبرت المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، تكون قد انحرفت وأساءت استعمالها لسلطتها العامة.

ثانيا: عدم جواز توقيع الجزاء الجنائي من تلقاء نفسها

من المبادئ المستقر عليها في قانون العقوبات هو مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص"، فإذا خلا النص من العقوبة، هنا لا تستطيع الإدارة توقيع الجزاء الجنائي بنفسها. فهي لا تملك هذه السلطة إلا إذا كان القانون يسمح لها بذلك، وأيضا تحول القوانين واللوائح للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بصفتها سلطة عامة، تستطيع إصدار لوائح الضبط الإداري

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 284.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 286.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق الذكر، ص 280.

متعلقة بلوائح البوليس وليس بصفتها كطرف في العقد، أما في غير هذه الحالات فإن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، لا يعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاء الجنائي عليه من تلقاء نفسها، وإنما تطلب من القاضي الجنائي ذلك، أو وجود نص صريح في القانون يميز لها توقيع الجزاء الجنائي على المتعاقد من تلقاء نفسها¹.

¹ - د. فارس علي جانكبير، المرجع السابق، ص75.

الفصل الثاني

مظاهر السلطة الجزائية للإدارة وعلاقتها بسلطاتها الرقابية والتعديل

الانفرادي للعقد

تتمتع الإدارة بسلطات وحقوق استثنائية لا مثيل لها في نطاق علاقة الأشخاص في القانون الخاص، وتجد مبرراتها في مقتضيات تنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار بما يحقق النفع العام، وتقوم الإدارة وهي بصدد تنفيذ العقد الإداري باستخدام سلطاتها وامتيازاتها بضمان التنفيذ على الوجه المطلوب صونا للمصلحة العامة التي تهدف إلى تحقيقها.

ومن أبرز هذه السلطات حق الإدارة في توقيع الجزاءات في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، كما لها الحق في الرقابة والتوجيه لتتأكد من التزام المتعاقد بشروط العقد، من خلال رقابتها على التنفيذ أو من خلال حقها في توجيه أعمال التنفيذ، وكذلك حقها في تعديل بعض نصوص العقد بإرادتها المنفردة.

ومن المسلم به في مجال العقود الإدارية أنه يوجد علاقة وطيدة، بين السلطة الجزائية للإدارة وسلطاتها الأخرى؛ إذ إن الإدارة هي القاسم المشترك الذي يجمعها، زيادة عن ذلك الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، التي تستلزم اتصاله بالمرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واطراد، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وعليه، نحاول دراسة هذه العلاقة بهدف الكشف عن المزيد من المبادئ التي تحكم السلطة الجزائية، وتسليط الضوء على السلطات الأخرى للإدارة لأهميتها في مجال العقود الإدارية.

مع العلم أنه تم دراسة سلطة الإدارة في إنهاء العقد أو ما يسمى بجزء الفسخ في الفصل الأول من هذا البحث مما يعني أننا سنخصص هذا الفصل لدراسة مظاهر علاقة السلطة الجزائية

للإدارة وعلاقتها بسلطاتها الرقابية والتعديل الانفرادي للعقد، وعليه ندرس علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها الرقابية في (المبحث الأول) وعلاقتها بسلطة التعديل الانفرادي للعقد في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها الرقابية

نظرا لأهمية العقود الإدارية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي يجعل الإدارة تمتلك امتيازات استثنائية وسلطات تتمتع بها، كسلطة توقيع الجزاء¹ وسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، ومما لا شك فيه أن هناك علاقة بين هذه السلطات التي تملكها الإدارة، كونها تخضعان للنظرية نفسها، التي تنظم مبادئ وأحكام العقد الإداري، وتحديدًا مرحلة تنفيذ العقد. ومن المعلوم أن الإدارة توقع الجزاء إلا في حالة إحلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، بينما سلطة الرقابة تمارسها الإدارة في الأحوال كافة. وإضافة على ما سبق أن كلا السلطتين تمثلان حقا للإدارة في استخدام وسيلة التنفيذ المباشر في عقودها الإدارية.

ولهذا نحاول دراسة هذه العلاقة من خلال التطرق لمفهوم سلطة الرقابة في (مطلب أول)، وثم دراسة صورها في (مطلب ثان)، وأوجه العلاقة بين سلطي الإدارة الجزائية والرقابية في (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم سلطة الرقابة

تتميز العقود الإدارية باتصالها بالمرافق العامة وقيامها على سد احتياجاتها بما يكفل أدائها لمهامها، لضمان حسن سير المرافق العامة، الأمر الذي يخول للإدارة حق الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ العقد الإداري وضمان حسن تنفيذه².

ويستخدم الفقه مصطلح الرقابة دلالة على مفهومين مختلفين في الدرجة وليس الجوهر ويقصد بالرقابة أن المتعاقد في معناها الضيق التأكد من أن المتعاقد يباشر تنفيذ التزاماته التعاقدية

¹ - تم التطرق للسلطة الجزائية للإدارة في الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث.

² - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 90.

وفقا لشروط العقد، وفي هذه الحالة تكون سلطة الرقابة التي تباشرها الإدارة مرادفه لمعنى الإشراف وهذا الإشراف لا يميز العقود الإدارية، بل يمكن أن نجد في مجال القانون الخاص. أما المعنى الثاني فهو أوسع وأشمل للرقابة؛ حيث يسمح للإدارة بالتدخل، ويعني هذا التدخل درجة تزيد عن حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد وذلك بأن تستخدم الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض أوضاع التنفيذ، كان تدخل الإدارة وتطلب من المتعاقد استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد¹.

كما أن سلطة الرقابة تفرضها طبيعة العقود الإدارية ومقتضيات المصلحة العامة للمرفق، ومن ثم فهي سلطة مفترضة تتمتع بها الإدارة سواء نص عليها العقد أو لم ينص²، فالرقابة لو اقتصر على حق الإشراف فإنها تصبح سلطة عادية ولا يثير استعمالها إشكالات بين الإدارة والمتعاقد معها، وعليه الهدف من سلطة الرقابة عندما يتم الاعتراف للإدارة بتجاوز حق الإشراف ويمتد إلى حد توجيه المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد وإضافة بعض الأعباء غير المنصوص عليها في العقد، إلا أن حق الإدارة في سلطة الرقابة والتوجيه ليس مطلقا وإنما قيده القانون حتى يضمن حق المتعاقد ويحميه من تعسف الإدارة³.

إن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ليس مقررا كمبدأ عام، في جميع العقود الإدارية، وإنما يختلف في موضوعه حسب طبيعة العقد، فهو مبدأ عام في عقود الأشغال العامة ولو لم ينص عليه العقد بعكس صفقة اللوازم أو التوريد؛ حيث لا يتقرر للإدارة إذا لم ينص عليه هذا النوع من العقود⁴.

¹ - د. مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، دار الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص- ص 400 و 401.

" Le pouvoir de direction permet à la personne publique maitre d' ouvrage de déterminer les modalités d' exécution du marché dans le cadre de la réalisation de l'ouvrage". voir: Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Bert éditions Alger, 2007, p172.

- مشار إليه لدى: د. زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة تنفيذ العقد، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2015، ص 18.

² - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 61.

³ - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 94.

⁴ - د. محمد محمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 143.

المطلب الثاني

صور سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

من بين السلطات والامتيازات التي تملكها الإدارة أثناء تنفيذ عقودها الإدارية إلى جانب سلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها كما ذكرنا سابقا، سلطة الرقابة على هذه الأخيرة، فالإدارة من واجبها الحرص على ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري، وتفادي الأخطاء قبل وقوعها. تتجلى سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة في صورتين، حق الإشراف بمعناها الضيق ونحاول دراستها في (فرع أول)، كما يمكن الإدارة أن تتجاوز سلطة الرقابة في مدلولها الضيق فلا تقتصر على مجرد الإشراف على تنفيذ العقد وإنما تتعدى ذلك إلى توجيه أعمال التنفيذ في (فرع ثان).

الفرع الأول

حق الإشراف (droit du surveillance)

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، وهذا حق ثابت لها في جميع العقود الإدارية بوصفها طرفا في العقد، ويكون المقصود بالرقابة هنا هو تحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها، ومن ثم فإن سلطة الرقابة بمعناها الضيق تكون مرادفة لحق الإشراف¹.

وعليه، فإن سلطة الإدارة بالرقابة في هذا الصدد تكون على شكل أعمال مادية، كدخول أماكن استغلال المرفق والمخازن والورش، أو تلقي شكاوى من المتفاعلين والبت فيها². كما تمارس أيضا عن طريق أعمال قانونية، كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها³.

¹ - د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع الأول، 1997، ص 200.

² - د. خالد خليل طاهر، القانون الإداري، دار المسيرة للنشر، جامعة الموصل، 1992، ص 113.

³ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 15.

ومن هنا يتضح جليا أن الإدارة تمارس سلطة الرقابة بهذا المعنى إيفاد مهندسيها وتعيين مندوبيها بقصد الإشراف على تنفيذ العقد والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته، إنما تهدف إلى التأكد من أن كل شيء يسير وفق مقتضيات الصالح العام، وهذا الحق محول للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد، كما أنها لا تستطيع التنازل عنه مقدما، فهو مقرر كمبدأ عام بالنسبة لكافة العقود الإدارية¹.

ونستنتج من خلال ما سبق، أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف، على العقد في مرحلة التنفيذ كما يراه الفقه، لا يخرج عن القواعد العامة لتنفيذ العقود².

الفرع الثاني

حق التوجيه (droit du direction)

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، وطبقا لهذا المعنى تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق السابق تحديده، فلا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها، وإنما تتعدى ذلك، بما يسمح للإدارة بالتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد³.

كما أن الرقابة تتم بأعمال قانونية فقط، كإصدار التعليمات بإتباع طرق معينة، في التنفيذ، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ وتوقيتها.

ومن هنا يمكن القول أن الرقابة بهذا المعنى الواسع الذي يجعلها تمتد إلى حد توجيه المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد، ولها في هذا السبيل الحق في أن تصدر أوامر ملزمة في أن ينفذ تلك الالتزامات على نحو معين، وهذا الحق قائم بالنسبة لكافة العقود الإدارية، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف مجال الرقابة من عقد إلى آخر، لا سيما في معناها الواسع؛ إذ إن الرقابة بالمعنى الضيق،

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 448.

² - د. عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 125.

³ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 16.

حق مكفول في جميع أنواع العقود الإدارية¹. وتمتلك الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ولو لم ينص عليه صراحة ومن دون اللجوء إلى القضاء².

وعليه، فإن المشرع الفرنسي قد نظم سلطة الرقابة والتوجيه في العديد من التشريعات ومنها على سبيل المثال، ما جاء في "المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 1908/12/13 الخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجري المياه، بأن الحكومة وهي شخص معنوي عام تمتلك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقرها القانون أو لائحة مستقلة لها قوة القانون، ويرى الفقهاء الفرنسيون أن هذه القاعدة التي تقوم وبالتأكيد بالنسبة إلى عقد التزام المرفق العام تمتد لوحدة الأسباب إلى كل العقود الإدارية"³.

وأيضاً أشار مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الصادر في سنة 1982 في أحد الشكاوى بتجاوز السلطة والموجهة ضد دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات الفكرية، قد قضى " بأن الوثائق تعتبر أعمالاً قابلة للطعن فيها، وبذلك فإن دفاتر الشروط الإدارية العامة لا تعتبر مجرد تدابير داخلية ليس لها أية قوة قانونية تجاه الغير؛ بل هذه النماذج تعتبر في حد ذاتها قرارات يمكن التحقيق فيها من طرف مجلس الدولة"⁴.

أما المشرع المصري فقد نظم هذه السلطة إلى جانب السلطات الأخرى المتمثلة في سلطة توقيع الجزاءات والتعديل الانفرادي للعقد، في العديد من النصوص القانونية التي تضمنت أحكام وقواعد سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه ومنها على سبيل المثال ما جاء في المادة 07 من القانون الخاص بتنظيم التزام المرافق العامة إذ نص في ها المشرع بقوله: "لما منح الالتزام أن يراقب

¹ - د. عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص127.

² - د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص166.

³ - د. عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 127.

⁴ - د. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 123.

إنشاء المرفق العام وموضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والهيئات... إلخ¹.

وكذلك المشرع الجزائري نظم أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في الفصل الخامس من الباب الأول تحت عنوان رقابة الصفقات العمومية لما لها من أهمية ودور فعال في تنفيذ هذه العقود، وذلك من خلال المواد التالية: نذكر نص المادة (156) " تخضع الصفقات العمومية التي ترميها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية".

وأيضاً ما جاء في المادة (157) " تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة من دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها"².

كما نصت دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في العديد من مواد المطبقة على صفقات الأشغال العامة، قد تضمنت سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية³.

¹ - القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بالالتزام المرافق العامة، وتعديلاته بالقانون رقم 497 لسنة 1954 والقانون رقم 185 لسنة 1958. وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا الأخير، في المادة 07 المعدلة ما يأتي: " وحق الرقابة على الملتزم حق أساس مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام... إلخ، مشار إليه: لدى د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 129.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق، ص 81.

³ - ومنها المادتين 16 و 21، التي فصلت العديد من أحكامها سلطة الرقابة والتوجيه، يراجع في هذا الصدد التعليق على هذه المواد: أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص - ص 119 و 121.

المطلب الثالث

أوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية

أقر القانون للسلطة العامة بمجموعة من الامتيازات، وهذه السلطات تتمتع بها الإدارة دون الحاجة للنص عليها في العقد، والتي تتمثل في سلطة التوقيع الجزاء على المتعاقد في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته وكذلك سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه في مختلف مراحل العقد، ذلك أن مرجع هذه الامتيازات والسلطات يمكن في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.

وتحرص محكمة القضاء الإداري المصرية في معظم أحكامها على أبرز مظاهر السلطات بحكمها الصادر في 30 يونيو سنة 1957 القضية رقم 982 لسنة 7 القضائية والذي تقول فيه "بعد أن أبرزت خصائص العقد الإداري، وفقا للمبادئ المقررة للقانون الإداري، وهذا القانون يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته..."¹.

فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء وسلطتها في الرقابة إحدى الامتيازات والاستثناءات الجوهرية التي تتمتع بها الإدارة، لهذا أخذنا الفضول للتطرق بالدراسة لأوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية وبما أنه تطرقنا للأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة في الفصل الأول ولهذا ندرس الأساس القانوني لسلطة الإدارة الرقابية في (فرع أول)، ثم حدود سلطة الرقابة في (فرع ثان)، تعدد مظاهر الرقابة على تنفيذ العقد الإداري في (فرع ثالث)، ثم التشابه والاختلاف بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية في (فرع رابع).

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 156، لسنة 35 ق، ، الصادر في 1992/4/28، مجموعة أحكام السنة الثامنة والثلاثون. مشار إليه لدى: د. سيف المهدي النليمي، المرجع السابق، ص 30.

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة الرقابية

من المسلم به في مجال العقود الإدارية حق الإدارة بالرقابة والتوجيه والإشراف على تنفيذ العقود الإدارية، فيكون لها بمقتضى هذا الحق مراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها من أن هذا التنفيذ يتم وفقا للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد، ووفقا لهذا الحق يكون لها تحديد الوسائل وطرق التنفيذ وذلك بما تصدره من تعليمات أو أوامر تنفيذية الخاصة بالإرادة المنفردة وفي نفس الوقت تكون ملزمة للمتعاقد معها وواجبة التنفيذ دون التوقف على رضاه، وذلك لدواعي المصلحة العامة.

ولهذا ارتأينا أن ندرس (أولا) الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، و(ثانيا) الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، (ثالثا) المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد.

أولا : الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة على التنفيذ العقد الإداري

تحرص الإدارة دائما على تضمين عقودها شروطا تنظم سلطات الرقابة على المتعاقد، وذلك في نطاق العقود الإدارية المختلفة، والإدارة تمارس هذا الحق لما لها من سلطة عامة مسئولة عن إدارة المرفق لعام، وهو حق ثابت لها ولو لم ينص عليه في العقد، ولقد أشير لهذا الحق في أكثر من حكم من أحكام القضاء الإداري¹.

غير أنه ومهما كانت سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه فإنه لا يجوز لها أن تبالغ في ممارسة هذه السلطة لدرجة تصل بها إلى تغيير طبيعة العقد، كما أنها سلطة مقيدة باستهداف الصالح العام ومقتضيات المرفق العام وحاجاته².

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1957/4/20، في الدعوى رقم 1520 لسنة 2 ق/3/1957، ص 239، مشار إليه لدى : د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 79.

² - د. محمود حلمي، العقد الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط. الثانية، 1977، ص 70.

وللإدارة أيضا وهي بصدد ممارسة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد، الحق في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم. ولمواجهة هذه المسؤولية، يمكن القول أن سلطات الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه سلطات أصيلة، وهدف الإدارة من هذه الرقابة هو التحقق من أن تنفيذ العقد يتم طبقا للشروط الموضوعية له، وكذلك إن الرقابة تتم بأعمال مادية كالتفتيش والزيارة المراجعة وطلب البيانات والإحصاءات والفحص¹.

إلا أن للجهة الإدارية رقابة من نوع آخر، فهي تعمل دوما على مراقبة المتعاقد معها والتحقق من مدى التزامه بتنفيذ شروط العقد ومن ثم فهي تصدر له التوجيهات والأوامر والتعليمات ما هو ضروري لحسن التنفيذ والالتزام بمواعيد إنهاء الأعمال، وفقا للأصول والمطابقة للمواصفات المتفق عليها، وبالتالي الإدارة تهتم على أمور تنفيذ العقد الإداري بالإشراف والتوجيه الكامل على تنفيذ كافة مراحل².

ويختلف حق الرقابة عن كثير من الحقوق التي تمتلكها الإدارة على العقد الإداري فمن ناحية يختلف حق الرقابة عن حق التعديل في أن الإدارة تبسط حقها في الإشراف على العقد خارج نطاق نصوصه، مثلا في عقد المقاولات فإن رقابة الإدارة على التعاقد معها عن المواد التي يستعملها في البناء، فإن ذلك يعد رقابة على المتعاقد دون المساس بشروط العقد ومن ثم لا يعد تعديلا.

ومن ناحية أخرى يختلف حق الرقابة عن سلطات الضبط الإداري، فسلطة الضبط الإداري تهدف إلى الحفاظ على النظام العام ومن ذلك إلزام المتعاقد بأخذ معايير وإجراءات السلامة لمنع الحوادث في موقع العمل وعادة تكون سلطة الضبط الإداري مطبقة بموجب الإجراءات اللاتحجية أو الفردية قبل التعاقد مع الإدارة فهي تعليمات بوليسية وامتناع المتعاقد عن تنفيذها قد يعرضه

1 - د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة أنجلو المصرية، 1961، ص 35.

2 - د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، 1998، ص 205.

لعقوبات جنائية، في حين الرقابة لا يمكن أن يتصف بالإجراءات البوليسية لأنه يهدف إلى تحقق من حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية¹.

ومما لا شك فيه أن الإدارة تجتهد أساسها في فكرة العقد، فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها مع المتعاقد ولكن تتعاون معه في تسيير المرفق العام تحت إشرافها ومراقبتها، فغالبا ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو ضمن دفتر الشروط العامة، التي تحيل عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع تنفيذ العقد، وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته².

ويتمثل الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في عقود الأشغال العامة من خلال ما تتضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، الذي فصل أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في مواد متعددة منها المادة 04/12 التي تنص على أنه "على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه" وجاء أيضا في المادة 02/13 "يحق لمهندس الدائرة أو المهندس أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم تأهيلهم أو عدم أمانتهم"³.

والهدف من ذلك إخضاع المقاول لمهندسي الإدارة في تحديد خطوات العمل وما قد يجد من تغيرات أثناء التنفيذ، وكذلك التأكد من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة التي يستهدفها إبرام الصفقة.

وقد برز أيضا حق الرقابة في مجال عقود الامتياز لما لها من طبيعة قانونية مختلطة الشروط التعاقدية واللائحية، وتنظم الرقابة غالبا بتلك الشروط اللائحية، فإن ذلك لا يعني أنها ليست ذات

¹ - د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط. الأولى، دار النهضة العربية، 2009، ص 300.

² - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 96.

³ - القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق ل 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية ع. 6 الصادر في يناير 1965.

أساس تعاقدية، فرغم طبيعتها اللائحية، إلا أن الاتفاق عليها بين طرفي العقد يجعل منها شروط تعاقدية¹.

وكذلك في مجال عقود التوريد، فلم تعد حق الرقابة، رقابة فحص لاحق للمنقولات التي تم تسليمها بالفعل من جانب المتعاقد بهدف التأكيد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، فقد أسفر التقدم الحديث على ظهور أشكال جديدة من عقود التوريد، كعقود التوريد الصناعية، والتي تتطلب خضوع المورد لرقابة فعالة من جانب الإدارة في مرحلة التصنيع².

ويمكن القول أن في الحالات التي ينص فيها صراحة في العقد الإداري، أو في دفاتر الشروط الملحقة، على سلطة الإدارة المتعاقدة، من حيث مداها ووسائلها، فإن هذه السلطة تركز على النصوص التعاقدية.

ثانيا: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

يرى الفقهاء أن أصالة نظرية العقود الإدارية تؤدي إلى نتيجة حتمية، هي أنه حتى في حالة سكوت العقد فإن ضرورات تسيير المرفق العام بانتظام واطراد تسمح للإدارة بمباشرة سلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات في الأحوال التي تكون فيها مباشرة هذه السلطات ضرورية لصالح المرافق العامة³، وسلطة الرقابة في نظر هؤلاء الفقهاء توجد أينما وجد المرفق العام سواء نص عليها في العقد أو سكت عليها، فأن نص العقد على هذه السلطات، فإن ذلك لا يكون إلا تنظيم لها وبيان أوضاعها وأحوال ممارستها، دون أن يكون في ذلك مساس بمدى تمتع الإدارة بممارسة هذه السلطات⁴.

كما آيدت هذه السلطة تشريعا في فرنسا باعتبارها سلطة مستقلة قائمة بذاتها، فقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 13 ديسمبر العام 1908 بالتزامات السكك

¹ - د. مجدي الشامي، المرجع السابق، ص 404.

² - د. مجدي الشامي، المرجع السابق، ص 404.

³ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 296.

⁴ - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 28.

الحديدية ومجري المياه إلى ما يأتي " أنه الحكومة تعتبر شخصا عام تملك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقرها القانون أو لائحة مستقلة ولها قوة القانون"، ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى القول إن هذه القاعدة التي تقوم بالتأكيد بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة وتشمل جميع العقود إدارية¹.

أما في مصر فقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول " إن الإدارة تستمد حقها في الرقابة في حالة عدم النص عليه في فكرة المرافق العامة التي هي موضوع العقد"²، كما ذهب التشريع المصري في نفس الاتجاه فقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 الصادر بتعديل المادة السابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة على أن " حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام"³.

أما في الجزائر نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من التشريعات والقوانين المنظمة للصفقات العمومية، وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وبما يكفل توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية، وليس ذلك فحسب بل وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة التي تتعلق بمرحلة إبرام وتنفيذ هذه الصفقات، ويتم إعمال النصوص حيث تقوم سلطة الرقابة مرتكزة عليها.

ومن المواد التي نظمت سلطة الرقابة والتي لها صلة بالموضوع نذكر نص المادة (156)" تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

¹-Gèorgel, la théorie générale,,Jeze, les principes gènèreaux,c4, p 431, des contrats administratifs, encyclopédie administratif, 1968, p510.

² - د. طعيمة الجرف، مبادئ القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1963، ص 405.

³ - د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ج 1، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1954، ص 791.

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية".

وأيضاً ما جاء في المادة (157) " تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة من دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها"¹.

ويتضح من خلال نص هذه المواد أن المشرع أكد على ضرورة ممارسة سلطة الرقابة في مختلف مراحل الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة، وذلك بأن تكون هناك رقابة عبر مختلف مراحل العقد الإداري.

ثالثاً : المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد

ويختلف الفقهاء بشأن الأساس القانوني لسلطة الرقابة على العموم في حالة سكوت العقد، فيرى فريق منهم أن الطبيعة القانونية للمرفق العام وحدها هي الأساس القانوني لهذه السلطة. وهم يستندون في ذلك إلى مبدأ وجوب تسيير المرفق العام بانتظام واطراد يعطي للإدارة الحق في السكوت عن العقد، الحق في مراقبة تنفيذه وتوقيع الجزاءات إذا ما أحل المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته. فسلطة الإدارة في نظرهم توجد حيثما وجد المرفق العام سواء نص عليها العقد أو لم ينص.

ويرى فريق ثاني من الفقهاء أنه في حالة سكوت العقد فإن الطبيعة القانونية للمرفق العام ليست وحدها هي الأساس القانوني لسلطة الرقابة، وإنما الأساس القانوني لهذه السلطة يتمثل في فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، كإرادة ضمنية مستخلصة من ظروف التعاقد².

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن قواعد العقود الإدارية، التي حاول الفريق الثاني إقامتها على أساس النية المشتركة للمتعاقدين، هي في حقيقتها قواعد أصيلة، استخلصها القضاء الإداري وأقامها على مجموعة من الأفكار المستمدة والمرتكزة على طبيعة العقد الإداري ذاته وأن النية

¹ - المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام رقم 247/15، المرجع السابق، ص 81.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 299.

المشاركة للمتعاقدين إذا كانت تمثل فكرة من هذه الأفكار فهي ليست الوحيدة في هذا المجال، ويرى هؤلاء الفقهاء أن سلطات الإدارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد الإداري كثيرا ما ينص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقود ذاتها، ولكن نظرا لكون هذه السلطات مستمدة من العقد الإداري، فإنها توجد بذاتها خارج نصوص العقد، لأن العقد لا ينشئها إلا إذا نص عليها، وأن سلطات الإدارة في هذه الحالة إنما تركز على مقتضيات المرفق العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في نشاطها التعاقدية¹.

وقد أيد الفقهاء المصريين رأي الفريق الأول الذي يعتبر الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الرقابة؛ تعرض في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 المتعلق بتعديل قانون التزام المرافق العامة إلى الأساس القانوني لفكرة المرفق العام ومقتضيات حسن سيره بانتظام واطراد.

ويؤيد هذا الرأي الأستاذ سليمان الطماوي بقوله " الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع (Entreprise) يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام"².

وكذلك الأستاذ ناصر لباد من مؤيدي فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية بقوله " تمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات للمتعاقد معها في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، لأن هذه السلطات تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف"³.

¹ - دي لوبادير، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 319.

² - د محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة...، المرجع السابق، ص-ص 215 و 216 .

³ - د. ناصر لباد، الوحي في القانون الإداري (تنظيم الإداري النشاط الإداري)، لباد للنشر، الجزائر، 2006، ص 284.

تجد إذن سلطة الرقابة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية فهي ثابتة للإدارة حتى لو لم ينص عليها العقد¹.

وتعتبر سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها، لأنها مقررة للمصلحة العامة، ولا يمكن للإدارة التنازل عنها، ومن ثم فحق الإدارة في الرقابة يعتبر مظهرا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية إلى جانب سلطتها الجزائية وتطبيقا من تطبيقات التنفيذ المباشر في هذا المجال بقصد تحقيق الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، لكن ما هي حدود هذه السلطة؟

الفرع الثاني

حدود سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

من المسلم به في العقود الإدارية تمتع الإدارة بسلطات وامتيازات استثنائية باعتبارها سلطة عامة تفرض رقابتها على المتعاقد معها ضمانا حسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وتخضع لضوابط تشكل في مجملها حماية للمتعاقد، قصد بها منع التعدي على حقوق المتعاقد، ضمانا لاستمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية. ومن ثم فإن بوسع الإدارة ممارسة سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري في إطار تحقيق المصلحة العامة ملتزمة في ذلك بالحدود القانونية لتلك الممارسة على نحو ما ندرس ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة (أولا)، وجوب جهة الإدارة الالتزام بمبدأ المشروعية (ثانيا)، أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلى تعديل شروط العقد ومضمونه (ثالثا).

أولا : ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة.

لكون تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصفة عامة، فإن مباشرة الإدارة لكافة سلطاتها ومنها الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يجب أن تكون بدافع تحقيق المصلحة المرفق الذي لأجله أبرم العقد من خلال تحسين أداء خدمات المتفاعلين بها في عقد الالتزام أو أداء العمل

¹ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 25.

المنوط بالمقابل أدائه في عقد الأشغال العامة على نحو ما ينبغي، أو مطابقة الأصناف الموردة لعينات المعتمدة في عقد التوريد.

وعلى ذلك يجب أن تكون المصلحة العامة هي الباعث التي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمال وإلا شاب تصرفها عيب انحراف السلطة، كما يجب أن تكون مجسدة في احتياجات ومقتضيات المرفق العام¹.

وكذلك يمكن القول في هذا الشأن أن تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، شأنه في ذلك كشأن التشدد فيها لا يحقق الغاية المتبغاة من منح الإدارة تلك السلطة وهي بلوغ المصلحة العامة؛ حيث يؤدي إلى تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ التعاقد معها لالتزاماته التعاقدية، إلى جنوحه بهذا التنفيذ لما يخالف شروط التعاقد مما لا يحقق المصلحة المتبغاة من إبرام العقد الإداري، كما أن إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع التعاقد لولوج سبيل التقاضي مما يؤثر علاقته بالإدارة الأمر الذي ينعكس سلبا على حسن أدائه للالتزامه التعاقدية بعد تحوله من مساعد للإدارة ومشارك لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمع به ساحات القضاء².

ثانيا: وجوب جهة الإدارة للالتزام بمبدأ المشروعية.

على الإدارة للالتزام بمبدأ المشروعية وهي بصدد ممارسة الرقابة والتوجيه على التعاقد معها، فلا يجوز أن تستعمل رقابتها لتحقيق أغراض لا تتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد، وإلا كان القرار مشوبا بعيب الانحراف باستعمال السلطة³؛ ويقصد بعيب إساءة السلطة استعمال رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، وعيب الانحراف في السلطة يبرز إلغاء القرار الإداري وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إن إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هما من العيوب المقصودة في السلوك الإداري، قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد

¹ - نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 100.

² - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 101. وكذلك د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 36.

³ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 320.

إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فعيب إساءة استعمال السلطة الذي يرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه...¹.

كما يجب عليها مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من الجهة التي يحق لها قانونا ممارسة هذه السلطة وفق النصوص التي يتطلبها القانون، كما يتعين عليها أن يكون الهدف من ممارسة سلطة الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة، وإلا كان تصرف الإدارة مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة.²

ثالثا : أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلى تعديل شروط العقد ومضمونه

لا يجوز أن يكون من شأن سلطة الإدارة في الرقابة أن تقوم بتعديل موضوع العقد³، فإذا تجاوزت الرقابة هذا النطاق وقامت بتعديل موضوع العقد، فإننا نكون بصدد سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه، فسلطة الرقابة بمعناه الواسع - الإشراف والتوجيه - سواء كانت مستمدة من القوانين واللوائح والنصوص أو دفاتر الشروط الإدارية العامة أو كان قائمة بذاتها كسلطة أصلية في خارج نصوص العقد، لها نطاق معين لا يجوز لها أن تتعداه، وهذا النطاق هو الحد الفاصل بين سلطة الرقابة وبين سلطة تعديل نصوص العقد؛ بحيث إذا تجاوزت الرقابة هذا النطاق فإننا نصبح بصدد سلطة تعديل العقد الإداري لا سلطة الرقابة عليه، وقد يترتب على تجاوز هذا النطاق فيما يختص بسلطة توجيه التنفيذ العقد الإداري، على الأخص استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض المالي، إذا تضرر من جراء ذلك⁴.

وبناء على ما تقدم إن سلطة الإدارة في الرقابة يجب أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد الإداري، وبما لا يتضمن تغييره أو تعديل مضمونه⁵.

¹ - د. حكم المحكمة الإدارية العليا، 3 مايو 1969، الطعن رقم 598 لسنة 11 ق، ص 641.

² - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 27.

³ - د. خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري العقود الإدارية، المجلد الثالث، دار محمود، القاهرة، ب. سنة النشر، ص 57.

⁴ - د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون رقم 89 المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 13 وما بعدها.

⁵ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 478.

الفرع الثالث

تعدد مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

قد درسنا فيما سبق أن الفقه والقضاء يعترف للإدارة بسلطة الرقابة حتى لو لم ينص العقد مثل نظيرتها سلطة الإدارة في توقيع الجزاء؛ إذ لا يوجد أدنى شك في أن هذه السلطة بمعناها الضيق والواسع تقوم بذاتها في كافة العقود الإدارية، كما أن استعمال هذه الإدارة سلطتها في الرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية يخضع لضابطين: أولهما ضابط عام يتمثل في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية، فالإدارة منحت هذه السلطة لضمان حسن سير المرافق العامة، فإذا قصدت لاستعمالها تحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك الهدف تكون الإدارة قد أساءت استعمال سلطتها وذلك يخرج قرارها عن مبدأ المشروعية، وثانيهما ضابط خاص بالعقد الإداري موضوع الرقابة؛ حيث أن لا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل في شروطه وبما أن أساس السلطة الرقابة هو اتصال العقد بالمرافق العامة، لذلك فإن هذه السلطة يختلف مداها باختلاف العقود الإدارية، حيث تزداد هذه السلطة كلما زادت صلة العقد بالمرافق العام، بينما تضعف عندما تتناقص صلة العقد بالمرافق العام¹.

إذن لا بد من التعرض إلى دراسة مختلف العقود الإدارية الرئيسية، وبحث مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، كما ندرس مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة (أولا) ثم مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد اللوازم (ثانيا) ومظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد التوريد (ثالثا).

أولاً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة

تلعب عقود الأشغال العامة دوراً مهماً في مجال العقود الإدارية، حيث تعتبر مجالاً خصباً للإدارة لممارسة حقها في رقابة تنفيذ العقد الإداري بمختلف معانيها - الإشراف والتوجيه - ويرجع ذلك للخصائص الذاتية لعقود الأشغال العامة؛ حيث أن الإدارة هي سيدة العمل وما

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 125.

المقاول إلا منفذ لتوجيهاتها، ومن ثم فسلطة التوجيه في عقد الأشغال العامة هي سلطة ذات أصالة لا شك فيها، وتعتبر سلطة الإشراف والتوجيه المقررة للإدارة في عقد الأشغال العامة من العناصر المعتادة في هذا العقد، ومن ثم مانع على الإدارة في ممارستها، ولا يترتب للمقاول بالتالي أي حق في التعويض إلا في حالات استثنائية، كحالة إئصال أو أوضاع العقد أو تجاوز توقعاته، فعقد الأشغال العامة من الوهلة الأولى خارج على القانون الخاص، وهذه الخصيصة الأساسية توجد منذ إبرام العقد وفي تنفيذه وعند إنهائه¹

ويرى أغلب الفقهاء على أن عقد الأشغال العامة يحتوي بطبيعة الحال على شروط استثنائية، وأن خصائصه تتركز في أن الشروط الاستثنائية الخارجة على القانون الخاص والتي توجد في العقد بجانب الشروط المستعملة في القانون المدني تهدف على وضع المقاول في مركز أدنى يفرض عليه الخضوع للإدارة في الأوامر التي تصدرها إليه لتوجهه في تنفيذ العقد أو تعديل الشروط الأصلية في العقد أو إنهائه، وأن هذه الشروط الاستثنائية يفترض وجودها حتى ولو لم ينص عليها في العقد²، والأصل أن سلطات الرقابة المقررة للإدارة في عقد الأشغال العامة إنما هي عناصر عادية في هذا العقد، فإذا تسببت ممارستها في أعباء مادية أو إرهاقا للمقاول، فإنه عليه تحمل هذه المخاطر، فالممارسة العادية لسلطات الرقابة في حدود توقعات العقد لا تعطي أي حق في التعويض³.

أما بخصوص الأوامر المصلحية فإن القاعدة العامة هي ضرورة استجابة المقاول لهذه الأوامر والخضوع لها، وإذا كان لديه اعتراض عليها فعليه أن يسلك في ذلك السبيل القانوني بالتظلم منها إلى الجهة التي أصدرت الأمر، كما له الحق في المطالبة بالتعويض، وإذا لم توافق الإدارة على الاستجابة إلى طلبه يجب عليه الاعتراض في المواعيد المحددة ثم اللجوء إلى القضاء، وقاضي العقد

¹ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 324.

² - Jèze, contrats, De laubadère, contrats administratifs, Rec, p 375.

³ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 325.

لا يملك سلطة إلغاء هذه الأوامر أو وقف تنفيذها وإنما يقتصر ولايته على التعويض عنها إن كان له محل¹.

ويتسع نطاق سلطة الرقابة في عقد الأشغال العامة إلى أبعد مدى، فمهندس الإدارة هو الموجه والمدير الحقيقي للعمل، وما المقاول، إلا منفذا لتعليمات الإدارة في هذا الشأن. فللإدارة سلطة الرقابة كاملة في مواجهة مقاول عقد الأشغال العامة سواء أكانت هذه السلطة هي سلطة الإشراف أو سلطة التوجيه، فهي تستطيع إعمالا لسلطتها في الإشراف دخول أماكن العمل والحصول من المقاول على العموم بالنسبة للوثائق والمستندات والمواد والآلات وغيرها²، وهي تستطيع إعمالا لسلطة التوجيه المقررة لها اتخاذ الإجراءات الآتية:

1- الأمر بالبدء بالتنفيذ المشروع

يكون المقاول ملزما بالبدء بتنفيذ الأشغال فور تلقيه الأمر المصلي، ويمكن للإدارة أن تعطي للمقاول مهلة تختلف بحسب نوع الأشغال حتى يتمكن من توظيف العمال المناسبين وتجميع أدوات العمل ثم يبدأ بتنفيذ الأشغال المطلوبة منه.

ويبدأ سريان موعد تنفيذ الأشغال من المقاول على إثر عمل مادي من جانب الإدارة، على سبيل المثال: قيام الإدارة بتسليم المقاول التصميمات أو تسليم موقع العمل. وكذلك يبدأ سريان مدة البدء في تنفيذ الأشغال العامة من تاريخ تسليم الإدارة موقع العمل للمقاول إما تسليمها فعليا بحضوره، أو تسليمها حكما في حالة عدم حضوره في التاريخ الذي حددته الإدارة³.

أما في الجزائر فقد حددت الإدارة للمقاول، بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة، أما إذا لم ينص في الصفقة على تحديد موعد البدء في التنفيذ فإن هذا يحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلي بالبدء في تنفيذ الأشغال من اليوم

¹ - د. هشام حليم غازي، المرجع السابق، ص 64.

² - د. سيف مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 54.

³ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 33.

الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول ما جاء في المادة 2/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة" يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في الأوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الإدارة أو المهندس المعماري".

ويتضح من نص المادة أعلاه أن أمر الخدمة هو أمر تنفيذي يتعين على المقاول احترامه، والتقيد بما جاء فيه ورفض الرضوخ للقرارات الإدارية المتعلقة بآجال مباشرة الأشغال تعد خطأ عقديا يعطي الإدارة حق توقيع الجزاءات عليه¹.

2 - تحديد خطوات سير العمل في مواعيد تسليم الأشغال

تأمر الإدارة بتحديد خطوات سير العمل وبتعديل طرق التنفيذ فمندوبي الإدارة هم الذين يحددون بعد تسليم موقع العمل للمقاول جدول الأعمال، أي الفترات التي تتم فيها كل طائفة من الأعمال، كما لهم أن يأمروا بتعديل طرق التنفيذ ووسائله، وذلك إذا لم يكن منصوصا في العقد أو دفتر الشروط على جدول الأعمال وعلى طرق التنفيذ، وإلا فإن الأمر يتعدى سلطة التوجيه إلى سلطة تعديل حقيقة لنصوص العقد².

كما تنص صنفقات الأشغال العامة أو في دفتر الشروط الإدارية لعامة على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال وكذلك مواعيد التسليم، وهذا ما نص عليه في دفاتر الشروط العامة على أنه: يجب أن ينفذ موضوع العقد في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز كأصل عام للمتعاقل المتعاقد تجاوز هذا الأجل بل إن تجاوز هذه المدة يعطي للإدارة حق توقيع جزاء الفسخ ويتحمل المتعاقد النتائج القانونية المترتبة على ذلك.

أما في حالة تأخر المقاول تسليم الأعمال موضوع الصفقة للإدارة الحق في توقيع غرامة بالمدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال³.

¹ - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها.

² - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 55.

³ - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 104.

3 - الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا

للإدارة أن تأمر بهدم وإعادة بناء الأشغال العامة المعيبة أو التي تمت على خلاف المتفق عليه، ويتم ذلك على حساب المقاول المقصر، كما للإدارة أن تأمر بوقف الأشغال، وهذا الحق يتضمن تأجيل الأشغال وسلطة الوقف المطلق للأشغال. وللإدارة الحق في أن تأمر بتأجيل تنفيذ الأعمال لمدة معينة، ولكن هذا الإجراء يترتب عليه حق المقاول في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا التأجيل، وقد يتجاوز هذا التأجيل مدة سنة، وحينئذ يتوقف باعتباره مؤقتا، ويكون للمقاول الحق في المطالبة بالفسخ مع التعويض، فقد نصت دفا تر الشروط الفرنسية على " أن المقاوله تفسخ فوراً" فتقرر الوقف المطلق يساوي الفسخ الانفرادي للعقد بقرار من الإدارة، وهذا المبدأ يمكن تطبيقه في مصر دون نص خاص، لأنه يصدر عن تفسير منطقي لقرار وقف الأشغال وقفا مطلقا، باعتباره يؤدي إلى نفس أثر الإنهاء، ومن ثم يجب أن يأخذ حكمه¹.

أما في الجزائر يحق لمهندسي الإدارة في هذا الصدد الأمر بهدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال على خلاف المتفق عليه في الصفقة المبرمة وإعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر طبقا لنص المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أنه " إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري الشك بوجود فساد في أشغال البناء فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي أو بالهدم أو بناء إعادة بناء الأشغال المضمون فسادها.

- إن لم يجر المقاول هذه العملية، فتباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا.

- يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به

دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة".

¹ - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

يتضح لنا من خلال نص المادة أعلاه أن الإدارة أثناء ممارستها للرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة، في مظهر إصدار أوامر بهدم الأشغال إذا شك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بوجود فساد في تلك الأشغال.

كما يمكن أيضا الأمر بوقف أو تأجيل تنفيذ صفقة الأشغال العامة بصفة مؤقتة) أنظر الملحق رقم 08، 09) لدواعي المصلحة العامة، على أن يكون الوقف لمدة معقولة وإلا كان من حق المقاول المطالبة بفسخ الصفقة والتعويض إذا كان لذلك داعي¹.

4 - الأمر باستبدال عمال المقاول

للإدارة الحق في استبدال أو عزل مهندسي أو عمال المقاول، وذلك إذا رفضوا أو أهملوا تنفيذ التعليمات التي تصدر من مندوبي الإدارة أو حاولوا غش الإدارة أو مخالفة شروط العقد، على سبيل المثال أن تطلب تغيير عمال المقاول لسبب نقص الكفاءة المهنية، أو بسبب تمردهم أو رفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيهم².

وفي الجزائر للمصلحة المتعاقدة الحق في أن تطلب تغيير عمال المقاول إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ التعليمات أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة، وهذا ما جاءت به المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه "لا يجوز للمقاول اتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعاونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل العمال والأعوان لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم.

يبقى المقاول مسئولاً عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها معاونون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم المواد"³.

¹ - نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 106.

² - د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 74.

³ - أنظر: المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 11.

وإضافة إلى ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة التدخل لما لها من سلطة رقابة لضمان احترام المقاول للقوانين ذات الصلة بتنفيذ موضوع الصفقة كاحترام قوانين العمل المتعلقة بشروط التشغيل ومراعاة قوانين التأمين التي تستلزم حماية العمال ضد الإصابة أو حوادث العمل طبقا لما جاء في نص المادة 17 من دفتر الشروط التي تنص على أنه "يقع على عاتق المقاول تمام العبء المتعلق بتطبيق مجموع تشريع ونظام العمل على موظفي المقاوله ولا سيما ما يخص منها الأنظمة الصحية وضمان العمال وكذلك التشريع والنظام الاجتماعي، وتستطيع الإدارة في حالة المخالفة تطبيق التدابير الجزائية المنصوص عليها في المادة 35"¹.

ثانيا : مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الالتزام

تملك الإدارة حق ممارسة سلطة الرقابة في عقد الالتزام ؛ حيث تجد مصدرها القانوني في اللائحة التي تخول للإدارة حق إبرام عقد الالتزام، ومن ثم فهذه السلطة توجد ولو لم ينص عليها في العقد، وإذا نص عليه فإنها لا تستمد وجودها منه لأنه في هذه الحالة يكشف عنها ولا ينشئها. وأن اختيار الإدارة أحد المرافق العامة عن طريق عقد الالتزام لا يعتبر تنازلا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله. وذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد إلى القول "إن الدولة حينما تبرم عقد الالتزام فإنها لا تكون طرفا في الاتفاق بصفتها شخصا خاصا كما هي الحال عندما تتولى إدارة أموالها الخاصة، بل بصفتها سلطة عامة من مهمتها بل من واجبها ضمان سير المرافق العامة واستغلالها وإدارتها، وكفالة ذلك محققة بما لها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة، وهذه حقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها"².

¹ - المادة 17، دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص14.

² - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1957/01/27، المجموعة السنة 11، رقم112، ص 162، وكذلك نصت المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم156، لسنة 35ق، الصادر في 1999/4/28 في حكم آخر لها: "بأن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية... دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"، كما أكدت على هذا الحق فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بقولها: "أن العقود الإدارية تتميز بطبيعة خاصة تختلف عن تلك التي تخضع لها عقود القانون الخاص، ومرد هذا الاختلاف إلى ما تتصف به العقود من اتصالها بسير المرفق العامة، الأمر الذي استتبع منح الإدارة الكثير من الامتيازات التي

وتأخذ سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ عقد الالتزام ثلاثة أنواع أساسية من الرقابة فنية وإدارية ومالية.

1- الرقابة الفنية

ويقصد بها الإدارة بالتأكد من استغلال المرفق وتسييره يتم وفقا للشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو في دفتر الشروط الإدارية العامة الملحق به، ولتحقيق هذه الغاية يقوم موظفي الإدارة بالدخول إلى جميع الإدارات في منطقة الاستغلال، والكشف على الوثائق الفنية والخرائط والرسوم، ومتابعة عملية التنفيذ وإجراء الفحوص¹، والتأكد من معدلات الإنتاج وكفاءة الاستغلال ومطابقته للشروط المتفق عليها في العقد الإداري، ويستند هذا الحق في الرقابة على ملتزم المرفق العام إلى نصوص لائحية، لأن ذلك الحق مقرر له ولو لم ينص عليه في العقد، لأنه مستمد من طبيعة المرفق العام ولا يمكن للإدارة التنازل عنه كلياً أو جزئياً²، وأيضاً يتضح من هذا النوع من الرقابة في مجال عقود الامتياز؛ حيث تمارسها الإدارة على الملتزم في مجال الاستغلال أي تشغيل المرفق وبصفة خاصة في تلك المرافق التي تتميز تكنولوجيا أو تلك التي يحيط استغلالها أخطار جسيمة؛ مثل امتياز توليد الطاقة الكهربائية بغير الطرق التقليدية في فرنسا، وعقود امتياز نقل وتوزيع الغاز وفي مصر تتضمن اتفاقيات الامتياز البترولية عادة تنظمها كسلطات الرقابة الفنية على الملتزم³.

لا مجال لها في نطاق العقود القانون الخاص، ولقد استقر الرأي في هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تستند إلى شروط العقد فقط وإنما تستند أيضاً إلى القواعد القانونية التنظيمية الخاصة بالمرفق العام... ويترتب على هذه الفكرة نتيجة هامة محصلتها أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى لو لم ينص عليها في العقد؛ بمعنى أن الجهة الإدارية لا تستند امتيازاتها في نطاق العقود الإدارية من نصوص العقد وإنما من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به، ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة وله إشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة ومن هنا يحق للإدارة مباشرة هذه السلطات ولو لم ينص عليها في العقد، مشار إليه لدى: سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص44.

1 - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 128.

2 - د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 19.

3 - د. مجدي الشامي، المرجع السابق، ص 407.

2- الرقابة الإدارية

وتعرف بأنها قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق العام والمشاركة في إصدار القرارات الداخلية، وتمارس الإدارة هذه الرقابة بوسيلتين: أولهما تعيين مندوب أو مفوض يحضر اجتماعات مجلس الإدارة ويكون له حق التصويت والاعتراض على موضوعات المطروحة والمتعلقة بإدارة المرفق، وثانيهما أن تقوم بتعيين المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة، ففي فرنسا على المفوض إليه أن يقدم سنويا قبل أول يونيه، تقديرا إلى السلطة المفوضة يتضمن بشكل خاص الحسابات التي تبين جميع العمليات الخاصة بتنفيذ تفويض المرفق العام وتحليلا لجودة الخدمة، ويرفق بهذا التقرير الملحق بسلطة التفويض أن تقيم أوضاع تنفيذ المرفق العام، كما أن القانون الصادر في 2 فبراير 1995 ألزم سلطة التنفيذ بتقديم تقرير سنوي إلى سلطة التقرير عن سعر وجودة الخدمات للمياه وتطهير النفايات المنزلية، ويوضع هذا التقرير مصحوبا برأي هذه السلطة تحت تصرف الجمهور¹.

أما الرقابة الإدارية في مصر فتكون على نوعين: النوع الأول الرقابة الإدارية بواسطة السلطة المانحة (الرقابة الداخلية)، طبقا للمادة (79) من القانون رقم 129 لسنة 1947 والمعدلة بالقانون رقم 185 لسنة 58 الخاص بالتزام المرافق العامة، أعطى السلطة المانحة مراقبة إنشاء المرفق العام موضوع الامتياز وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، ويكون ذلك عن طريق تعيين مندوبين عنها في كافة الفروع والإدارات لمراقبة النواحي السابقة ويتولى هؤلاء المندوبين وضع تقارير عن الرقابة الفنية والمالية والإدارية وإرسالها للجهة المانحة لغرض مراجعتها، والنوع الثاني: الرقابة الإدارية بواسطة لجان التحقيق (رقابة خارجية)، نجد المادة (7) من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزام المرافق العامة، أجازت للوزير المختص أن يشكل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات أو الهيئات العامة التي تتولى أمرا من أمور الرقابة على المرافق

¹ - د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص650.

العام، ويجب على الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل ما يطلبه من مستندات أو بيانات أو إحصائيات الغرض منها تسهيل مهمتهم في الرقابة¹.

3- الرقابة المالية

نعني بالرقابة المالية حق الإدارة مانحة الامتياز في التفتيش على حسابات المتعاقد الخاصة باستغلال المرفق العام، فالمتعاقد في مجال عقود الامتياز على اختلاف أنواعها يلزم بإمسك دفاتر حسابات منظمة وفقا للقواعد المحاسبية المعمول بها، وقد أقر القضاء الفرنسي حق الإدارة في مباشرة الرقابة المالية قبل الملتزم وذلك في حكمه الصادر في 18/07/1930 في قضية شركات السكك الحديدية² P.L.M. وقد تضمن تقرير مفوض الحكومة (جوس) بشأن هذه القضية بأن الرقابة المالية تنقسم إلى رقابة مالية لاحقة ورقابة سابقة، فالرقابة اللاحقة تتضمن تسوية الحسابات بقرار من الوزير المختص وهي تخول للإدارة حق الإطلاع على المستندات التي ترى ضرورة الإطلاع عليها، وحق قبول أو رفض المصروفات المفتعلة أو التخفيضات الصورية الواردة على الداخل، أما الرقابة السابقة أو المانعة فهي تنصب على الميزانيات التي يقدمها الملتزم، وكذلك على العقود التي يبرمها مع الغير، وعن طرق هذه الرقابة يمكن للإدارة تبيين الملتزم إلى الأعمال التي قد تضر بالمصالح المالية للدولة أو لا تتفق مع الإدارة الحكيمية³.

وأما في مصر فحق الرقابة المالية معترف فيه للإدارة فقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 أسباب التعديل المادة (7) بأن " حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده على فكرة المرفق العام، وما تقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولول م ينص عليه العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام..."⁴.

¹ - د. شريف خاطر، المرجع نفسه، ص 649.

² - CE 18/07/1930 societe.P.L.M. D.P. 1931, p172 conclJoss.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 130.

⁴ - د. هيثم حلیم غازي، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

ثالثا : مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد التوريد

يقصد بعقد التوريد بأنه " عقد يتم بين الإدارة ومورد خاص، فردا كان أو شركة وبمقتضاه يتعهد هذا الأخير بتوريد أشياء منقولة، تكون ضرورية ولازمة لخدمة المرفق العام وذلك لقاء بدل محدد في العقد¹، ويجب أن يرد هذا العقد على أشياء منقولة مثل توريد ملابس، أو توريد مواد غذائية للمدارس أو المستشفيات، وتنقسم عقود التوريد إلى طائفتين هما عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية؛ حيث تختلف الرقابة بالنسبة لكل منهما وقد وجد هذا التقسيم منذ سنة 1958 بعد أن صدر في فرنسا قراران بدفاتر الشروط الإدارية العامة، أحدهما ينظم عقود التوريد العادية والثاني ينظم عقود التوريد الصناعية الخاصة بمصلحة الدفاع الوطني، والتطور الذي حدث عمليا في عقود التوريد الصناعية والذي ترتب عليه زيادة أهمية هذه العقود، هو الذي أدى إلى التمييز بين هذه الطائفتين من عقود التوريد، وإحضاع كل منهما لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي تخضع له الأخرى، وعلى الأخص من ناحية سلطة الرقابة التي تباشرها الإدارة في تنفيذ العقود².

فسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه المورد تتفاوت درجاتها بحسب نوع عقد التوريد لأن الرقابة في عقد التوريد العادية لا تكون بذات القوة كما هو الحال في عقود التوريد الصناعية أو عقود التوريد الحربية وذلك النظر بتفاوت أهمية تلك العقود من ناحية، وعلى ضوء حجم تدخل المورد في عملية التصنيع ذاتها من ناحية أخرى، لذلك لا بد من بحث كل نوع من عقود التوريد للوقوف على مدى سلطة الرقابة على كل نوع من هذه العقود أي عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية³.

¹ - د. إلياس ناصيف، عقد بوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص46.

² - André de laubadère: traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, p399, 401.

³ - د. عاطف سعد محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الحريري للطباعة، القاهرة، 2005، ص418.

1- عقود التوريد العادية

يتمتع المورد في عقود التوريد العادية بجزية اختيار طريقة الحصول على الموارد المطلوب توريدها، فيستقل في تحديد واختيار طرق تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا يتقيد في ذلك إلا بنصوص العقد المبرم؛ حيث يقتصر دور جهة الإدارة على مجرد فحص الأصناف التي تم توريدها والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها في العقد، دون أن يمتد ذلك للإشراف على التعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته، ما لم ينص على غير ذلك صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به، وهذا الشرط يرد دوماً بدفتر الشروط الإدارية العامة لعقود التوريد العادية المتعلقة بوزارة الحربية الفرنسية فالإدارة تحتفظ لنفسها بموجب بنود هذه الدفاتر بالحق في الإشراف الدائم على التعاقد طوال فترة تنفيذ العقد؛ حيث يخضع التعاقد برقابتها وهو بصدد استخدامه لعمال أو معاونين له في التنفيذ، كما أنه يلتزم بإيضاح وتبرير المصادر التي يحصل منها على بضائعه، وكذلك تمكين الإدارة من إعمال كافة الاختيارات اللازمة على المواد التي يقوم بتوريدها وذلك بهدف التأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها¹.

2- عقود التوريد الصناعية

يقصد بعقد التوريد الصناعي بأنه " هو عقد التصنيع والتوريد الذي بسبب تقنيته الخاصة، يستدعي رقابة دائمة من الإدارة على التصنيع ذاته".

كما تتميز عقود التوريد الصناعية بأن الإدارة لا تتفق على مجرد توريد المنقولات المتفق عليها، بل تتضمن قيام المورد بنفسه وبإمكانياته بتصنيع البضائع المتفق على توريدها، في هذه الحالة لا تقتصر رقابة الإدارة كما هو الحال الأمر في عقود التوريد العادية على فحص البضاعة عند التسليم، بل يكون لها الحق في متابعة التعاقد أثناء عملية التصنيع.

¹ - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها، وكذلك د. ذنون سلمان العبادي، المرجع السابق، ص 105.

وتتمثل الرقابة الفنية في مراقبة عمليات التصنيع والإشراف الفني على المواد المستخدمة، بهدف التأكد من مطابقتها للمواصفات والأصول الفنية المتعارف عليها¹.

أما الرقابة المالية فإنها تتمثل في الرقابة المحاسبية التي تباشرها الإدارة على المورد بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات مشروعة؛ حيث تتم تلك الرقابة بمعرفة مندوبي الإدارة الذين يطلعون على كافة الدفاتر والمستندات التي يلتزم المورد بأن يطلعهم عليها .

أما الرقابة الإدارية فتتمثل في الإشراف على التعاقد وهو بصدد استخدامه لموظفين أو عمال في مصانعه، ومراقبة سير العمل وفقا للخطط المتفق عليها بين الإدارة والمورد².

وفي فرنسا نصت كراسة الشروط العامة المتعلقة بتوريدات الحرب على تنظيم سلطة الإدارة في هذه العقود بالنص في المادة (16) منها على حق الإدارة في مراقبة كافة تفاصيل تصنيع المواد أو الأشياء أو تصنيع المعدات، من خلال من يتدبهم الوزير المختص لهذا الغرض، ويكون لهم الحق في دخول مصانع المورد صباحا أو ليلا للقيام بكافة المراجعات والاختبارات التي يرونها لازمة.

كما نصت المادة (475) من نفس القانون على أن " تمارس الإدارة هذه الرقابة بالدخول إلى الورش ومواقع المورد بمعرفة ضباط وموظفين مهمتهم التأكد من النوعية الجيدة للمواد المستخدمة والعناية بالتصنيع...".

ونستخلص مما سبق أن حق الإدارة في الرقابة ثابتا في كل العقود الإدارية، لكن يختلف من نوع إلى آخر، فقد نجد أن عقود التوريد الصناعية أكثر تعقيدا من عقود التوريد العادية من حيث التصنيع ومخصصة لاستعمال الإدارة ذاتها، فالرقابة في عقود التوريد الصناعية تتسع لتشمل الإشراف والتوجيه على غرار عقود التوريد العادية التي تقتصر الرقابة فيها على الإشراف فقط.

¹ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 60.

² - د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 179 وما بعدها.

الفرع الرابع

التشابه والاختلاف بين سلطي الإدارة الجزائية والرقابية

رأينا في ما سبق أن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية حق ثابت لها في جميع العقود الإدارية وتمارسها حتى ولو لم ينص العقد الإداري أو دفتر الشروط الإدارية العامة على ذلك، إضافة إلى ذلك أن النظام القانوني الذي يحكم سلطة الإدارة في الرقابة مختلف عما هو متعارف عليه في مجال عقود القانون الخاص؛ حيث لا يوجد لذلك مثيل في نطاق العقود المدنية، لما تتمتع به الإدارة من امتيازات واستثناءات تجعلها تختلف عن التعاقد في نطاق القانون الخاص .

وقد اتضح جليا، أن الأسس والمبادئ العامة التي تنظم سلطة الإدارة الرقابية هي نفسها بالنسبة إلى سلطتها الجزائية، ومع ذلك ثمة بعض أوجه الاختلاف بين كلتا السلطتين، وكذلك فإن أوجه هذه العلاقة من الناحية الإيجابية، لا تقف عند حد الأساس الذي يجمعهما، بل إن هناك بعض العلامات الأخرى للتقارب والتشابه.

ولهذا يمكننا تلخيص أوجه علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها الرقابية (أولا)، ثم ندرس التمييز بين سلطة الإدارة الجزائية والرقابية (ثانيا).

أولا : علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها الرقابية

إلى جانب سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري نجد هناك سلطة أخرى تمارسها هي سلطة الإدارة الرقابية.

ومن خلال المقارنة بينهما نستخلص جملة من الأسس يقومون عليها، يمكن تحديدها في النقاط التالية:

1. تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية وامتيازات أثناء تنفيذ العقود الإدارية لا مثيل لها في مجال القانون الخاص وتعد كل من سلطة الإدارة في الرقابة وسلطة توقيع الجزاءات من بين هذه الامتيازات.

2. تمارس الإدارة كلا السلطتين حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط والهدف الأساسي هو ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام.

3. لا يجوز للإدارة التنازل عن كلا السلطتين نهائياً كونهما من النظام العام.

4. تملك الإدارة حق التنفيذ المباشر، دونما حاجة للالتجاء إلى القضاء وهذا امتياز مقرر لها وفق القانون، وكذلك الفقه يؤكد هذه العلاقة بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد وسلطتها في الرقابة وفي هذا المعنى يقول الفقيه بيكينو " إن كلاً من سلطة الرقابة وسلطة توقيع الجزاءات تعطي الإدارة حقاً لكي تتمكن من تنفيذ عقودها الإدارية، حق استعمال امتيازاتها في إصدار القرارات التنفيذية، وفي التنفيذ المباشر، وأن التعليمات والجزاءات تصدر انفرادياً عن الإدارة من دون حاجة إلى اللجوء مقدماً إلى القضاء.

5. يتمتع المتعاقد مع الإدارة بحق الحماية من كلا السلطتين وهو اللجوء إلى القضاء في حالة إذا تجاوزت الإدارة الحدود الموضوعية لها قانوناً¹.

6. سلطة الإدارة الرقابية وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ليست مطلقة بل مقيدة وفق حدود قانونية معينة، ولا يجوز لها تجاوزها على سبيل المثال " أن تصبو الإدارة إلى تحقيق أهداف لا تمد بصلة للمرفق العام موضوع التعاقد، كما يجب على الإدارة الالتزام بمبدأ المشروعية وهي بصدد ممارسة كلا السلطتين².

7. تمارس الإدارة سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه على المتعاقد معها، وفي حالة عدم امتثاله للأوامر الصادرة منها، يعتبر إخلالاً وخطأً جسيماً متعمداً من قبل المتعاقد، يترتب عليه قيام الإدارة باتخاذ إجراءات توقيع الجزاءات الإدارية عليه.

8. تعتبر سلطة الإدارة في الرقابة وسلطتها الجزائية من الامتيازات والسلطات المقررة للإدارة في مرحلة تنفيذ عقودها الإدارية وفقاً للتشريعات المنظمة لهذه العقود في كل من فرنسا مصر والجزائر³.

9. إن عدم حرص الإدارة على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها، يعد بمثابة إعفاء للمتعاقد من تنفيذ بعض الجزاءات، لا سيما غرامة التأخير. وذلك " كما لو كان حل ميعاد توريد

¹ - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 147.

² - د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، ط. الأولى، 1984، ص 961.

³ - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 148.

أدوات صحية مثلاً، بينما لم يكن البناء الذي تعقد آخر على تشييده قد أصبح مهياً لتركيب هذه الأدوات. فيتعين عندئذ إعفاء المتعاقد من توقيع جزاء غرامة التأخير عليه"¹.

ثانياً: التمييز بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية

يتضح التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة وسلطتها الجزائية في جملة من النقاط التالية:

1. تملك الإدارة سلطة الرقابة في جميع مراحل العقد الإداري، ولا يحكمها إلا ضوابط قانونية، بينما تلجأ الإدارة للسلطة الجزائية فقط عندما يخل المتعاقد بالالتزامات المقررة عليه قانوناً.
2. إن غرض الإدارة من سلطتها الرقابية ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد بينما في سلطتها الجزائية لا سيما سلطتها في توقيع الجزاءات الضاغطة المؤقتة كما رأينا سابقاً توقع الجزاء المناسب على المتعاقد المخل بالتزاماته، وكذلك لجبر الأضرار التي تصيبها.
3. إن ممارسة الإدارة لسلطتها الرقابية لا يترتب عليها إنهاء العقد القائم بينها وبين المتعاقد معها، بخلاف الوضع بالنسبة للسلطة الجزائية؛ إذ إن بعض الجزاءات الإدارية، تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية القائمة، وتحديد جزاء الفسخ.
4. مبادئ السلطة الجزائية وأحكامها أوسع مدى، مقارنة بسلطة الإدارة الرقابية، مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة تنوع الجزاءات وأحكامها، ومن جهة أخرى السلطة الجزائية تلي للإدارة حاجتها في تغطية الأضرار التي تلحق بها جراء تقصير المتعاقد معها عن الأداء الجيد للالتزامات التعاقدية ورغبتها في تقويم الاعوجاج الذي يصيب المرفق العام تبعاً لتقصير المتعاقد، فضلاً عما يمكن التسليم به، من حيث إنها تفرض العقاب المناسب عليه"².

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1970/03/21، السنة 12، ق، المجموعة في 15 عاماً (1965 - 1980)، ج. الثاني، ص 1884.

² - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 148.

المبحث الثاني

علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد

تعد سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وسلطتها في الرقابة والتوجيه وكذلك سلطتها في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، إحدى الخصائص التي تميز العقد الإداري، لذا يتم التعرض إلى دراسة مجال العلاقة بين السلطة الجزائية¹ والتعديل، وذلك من خلال البحث عن مضمون امتياز التعديل الانفرادي ومظاهره المختلفة التي تتمتع بها هذه السلطة، لهذا نتطرق بالدراسة في هذا المبحث لمفهوم سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد في (مطلب أول)، ثم الأساس القانوني لسلطة التعديل وتعدد مظاهرها وضوابطها في (مطلب ثان)، وأوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والتعديل الانفرادي للعقد في (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد

تعتبر سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، من أهم مواضيع النظرية العامة للعقود الإدارية، ونظرا لأهميتها في مجال تسيير المرافق العمومية، فقد لاقت العديد من ردود الأفعال، سواء من طرف الفقه أو القضاء، وسواء حول مدى وجودها، أو أساس قيامها، وعليه سيتم دراسة هذا المطلب من خلال تعرف على المعنى العام لسلطة التعديل الانفرادي للعقد في (فرع أول)، ثم موقف الفقه من سلطة التعديل بالإرادة المنفردة في (فرع ثان)، موقف القضاء والتشريع من سلطة التعديل في (فرع ثالث).

¹ - تم التطرق للسلطة الجزائية للإدارة في الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث.

الفرع الأول

المقصود بسلطة التعديل الانفرادي للعقد

الأصل في عقود القانون الخاص سريان مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين للأسباب التي يقررها القانون، فليس لأي منهما التحلل من التزامه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر.

ففي القانون المدني المصري نصت المادة (147) على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"¹.

وقد كرس المشرع الجزائري هذه القاعدة صراحة في نص المادة (106) من القانون المدني الجزائري إذ جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"².

أما في فرنسا نصت المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي على أنه: "تقوم الاتفاقيات المكونة بشكل قانوني مقام القانون تجاه الذين يرمونها...".

ولكن في ظل النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري ضمن أسس معينة، وفي ظل هذه السلطة فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا تسري على العقود الإدارية كما هو الحال في العقود القانون الخاص³، ومرد ذلك أن غرض الإدارة من العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي منح القانون للإدارة مجموعة من الاستثناءات، بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن أهم هذه السلطات، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

¹ - أنظر: المادة (147) من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948 معدل.

² - الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج. ر. ع 78 الصادرة في 30/09/1975، ص 818.

³ - يحي خير الدين، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مجلة قضايا الدولة، السنة 03، العدد الأول، يناير، د.د.ن، 1959، ص 102. مقتبس من رسالة د. عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 152.

والجدير بالإشارة، أن مجلس الدولة الفرنسي، قد اعترف للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية، "ابتداء من سنة 1910 في القضية الخاصة بشركة ترام مرسييليا المتعلقة بعقد التزام المرفق العام، ثم امتدت هذه السلطة لتمثل العقود الإدارية كافة، سواء عقود الأشغال العامة، أو عقود التوريد، أو عقود الوظيفة العامة ونحو ذلك من العقود."¹

وأيضاً اعترف مجلس الدولة المصري، بهذه السلطة في قرار محكمة القضاء الإداري، بقولها "مقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة، على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو نقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة والنقصان على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحتج عليه بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين. وذلك أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها، وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه، أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق المصلحة..."².

وعليه، يمكن تعريف سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، من حيث أنها الامتياز الذي تتمتع به الإدارة كسلطة تسمح لها تعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذه.³ وتتميز سلطة التعديل الانفرادي للعقد عن التعديل الإتفاقي للعقد الإداري، والذي يتم وفق آلية الملحق⁴، وعلى

¹ د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1975، ص 56 وما بعدها.

² - حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في ديسمبر 1957، الطعن رقم 1609، قضية وزارة التموين ضد السيد محمد خليل، لسنة 10

ق. المجموعة السنة 11، ص 90.

³ - د أحمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية طبقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري، دار الكتاب المصرية، 2003، ص 103.

⁴ - Charles Dudogon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N 5, 2009.

ذلك يعرف الملحق بأنه "عقد يتم إبرامه مع متعهد تم التعاقد معه سابقا على تنفيذ أعمال أو توريد مواد أو تقديم خدمات، بعدما تبين للإدارة المتعاقدة بروز أعمال جديدة ليست في العقد الأصلي، واعتبرت ضرورية لاستكمال المشروع"¹. وقد عرفه المشرع الفرنسي كالآتي:

« L'avenant est l'acte par le quel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ces clauses »².

أما المشرع المصري فقد نص على سلطة التعديل في القانون المتعلق بالتعاقدات الحكومية الصادر في 3 أكتوبر لسنة 2018 في الفصل الرابع من هذا القانون تحت عنوان تغيير حجم العقد.

والاهتمام عينه، الذي أولاه المشرع الجزائري، بصدد الاعتراف للإدارة بممارسة هذه السلطة في أثناء تنفيذ العقد الإداري وقد نص المشرع في القسم الخامس من الفصل الرابع من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام لسنة 2015 في المادة 135 "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"، ويعرف الملحق من خلال المادة 136 من نفس القانون على أنه "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة..."³.

كما أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد عن طريق الملحق لا يشكل أي امتياز للإدارة، بل ما يميز هذه الأخيرة عن المتعاقد معها هو بحق قدرتها على فرض تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو كان رغما عن إرادة المتعاقد معها⁴.

¹ - «Mais l'adaptation des services publics peut se faire aussi dans un cadre contractuel,...par voie d'avenant» Voir: David Moreau, les marchés de service public- un nouveau mode de gestion des services publics, le moniteur, Paris, France, 2005, p 91.

² - ART 20 du décret n 2006- 16 du 30 Juin 2006, portant code des marchés publics, www.legifrance.FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 15/ 245 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 69.

⁴ - د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات -دراسة مقارنة- لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، ج م ع، ط 1، 2009، ص 512.

الفرع الثاني

موقف الفقه من سلطة التعديل بالإرادة المنفردة

من المتعارف عليه في مجال العقود الإدارية، أن فقهاء القانون العام في نهاية القرن التاسع عشر كانوا يرون وفقا للرأي الذي كان سائدا في ذلك الوقت، ضرورة التزام الإدارة باحترام العقد الإداري شأنها في ذلك شأن الأفراد المتعاقدين معها ذلك ما لم ينص القانون بنصوص خاصة وبالتالي لا يكون لها مركزا متميزا عن هؤلاء الأفراد، ولا تحقق الإدارة الغرض الذي تهدف إليه من وراء تعديل العقد، كما يعتبر احترام التعهدات التعاقدية الضمان الأساسي لاستقرار العلاقات التعاقدية والقانونية، لأن السلطة تكون بمثابة المثل الأعلى للأفراد في احترام تعاهداتها في عقودها الإدارية، والحقوق المكتسبة تكون أشد من المصلحة العامة الذي تهدف من تحقيقه جراء المساس بالعقد الإداري¹، ولكن هذا الرأس لا يمكن التسليم به في الوقت الحاضر فالعقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية اختلافا أساسيا هو وجوب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة، ومن ثم فقد سادت في الفقه والقضاء فكرة مرونة العقود الإدارية أي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة إذا اقتضى ذلك الصالح العام، ومع أن أغلبية الفقهاء تأخذ بهذا الرأي، إلا أن هناك فريق آخر من الفقه يرى أنه يجب على السلطة الإدارية أن تقتصر التعديل على بعض العقود الإدارية وحصرها في نطاق الشرط اللاتحوية².

ونتناول بالدراسة الاتجاهات الثلاثة في الفقه الفرنسي (أولا) وفي الفقه المصري (ثانيا) وثم

في الفقه الجزائري (ثالثا)

أولا: الاتجاه الفقهي المنكر لسلطة التعديل (النظرية السلبية)

لم يعترف أنصار هذا الاتجاه للإدارة بسلطتها في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، فالعقد من وجهة نظرهم يلزم الإدارة كما يلزم الأفراد به وفق الشروط التي تضمنها العقد المبرم

¹ - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 137.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 194.

بينهما، فهم يخضعون إلى ذات القانون بدون تمييز بينهما، فلا يحق للإدارة تعديل العقد مهما كانت الأسباب، إلا بعد موافقة الطرف الآخر.

ومن أبرز الفقهاء الذين أنكروا هذه السلطة الأستاذ لوليه Jean L' huilier ويرى هذا الفقيه أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة تستند على فكرة ابتدعها الفقه، إلا أنها لم تجد لها صدى في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأن أحكام مجلس الدولة نادرة التي تؤيد هذه السلطة تستند على نصوص في العقد أو اللوائح، كما إن أغلب أحكام مجلس الدولة تنكر هذه السلطة¹.

وقد أسس الأستاذ لوليه Jean L'huilier رأيه استنادا لمجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي، من ذلك حكم شركة مرسيليا في 1903/1/23 " فقد أخذ أحد المحافظين قرارا يرغم الشركة صاحبة الامتياز أن تسيّر يوميا قطارا إضافيا علاوة على العدد المتفق عليه في عقد الامتياز، واستند في ذلك على اللائحة الإدارية الصادرة تنفيذا لقانون 21 حزيران 1881 الخاص ببوليس التزام السكك الحديدية المحلية، والتي نص فيها على أن للمحافظين الحق في تحديد سرعة القطارات وعددها، ولكن الشركة صاحبة الامتياز اعترضت واستندت في المادة 14 من دفتر الاشتراطات الخاص بعقد امتيازها، والتي لم تتعهد فيها الشركة إلا بتسيير قطارين فقط في فصل الشتاء، وأربعة في فصل الصيف، وقالت أن الإدارة باتفاقها مع الشركة على النص المذكور تنازلت عن حقها في زيادة عدد القطارات، وقد قضى المجلس بأنه لا يكمن زيادة عدد القطارات عما هو متفق عليه في العقد إلا باتفاق الطرفين"².

واستنتج الأستاذ لوليه L'huilier من هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقر بوجود سلطة للإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق، بل استند على نص صريح في مرسوم 6 أغسطس سنة 1861 الخاص بالسكك الحديدية الذي يخول للمديرين سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات، وأن مجلس الدولة فسر هذا النص على أساس أنه لا يقتصر على سلطة تحديد مواعيد

¹ - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 65.

² - د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 71.

سير القطارات، بل يمتد ليشتمل أيضا الحق في فرض التعديلات الإضافية لتأمين سير المرفق، فضلا عن أن البين من تقرير المفوض "ليون بلوم" أنه لم يقر وجود سلطة عامة للإدارة تتيح لها تعديل بنود العقد، بل سلطة لائحية تصدر عن القانون، ولا يجوز إعمالها إلا في حدوده.

ويؤكد L'huilier أن تلك السلطة لم تقرر مطلقا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والأحكام التي يستند عليها ما هي إلا مجرد حلول مقصورة على دعاوى معينة¹.

وقد أورد الأستاذ L'huilier حجتين تنكر على الإدارة سلطتها في التعديل المنفرد لتدعيم رأيه:

الحجة الأولى: أن الحكم الرئيسي الذي استند عليه مؤيدو فكرة التعديل الانفرادي وهو حكم شركة رام مرسيليا، وبموجب هذا الحكم فإن محافظ مقاطعة الرون Boucher-du rhone تمكن بطريقة قانونية أن يفرض على شركة ترام مرسيليا جدولا يتضمن زيادة عدد من السفريات بعدد أكبر من العدد المنصوص عليه في دفتر الشروط- هذا الحكم سبق الإشارة إليه- أي أداء خدمات أكثر من المنصوص عليها².

الحجة الثانية: وقد استند الأستاذ لوليه إلى أحكام قد صدرت من مجلس الدولة الفرنسي تنكر سلطة التعديل الانفرادي³، وقد استشهد الأستاذ L'huilier على ذلك بثلاثة أحكام:

الحكم الأول: حكم مستشفى وملجأ شوني الصادر بتاريخ Hôpital 1941/7/11 de Chauny Hospice ويتعلق هذا الحكم بعقد عهدت فيه الإدارة إلى أحد المهندسين بوضع الرسومات والتصميمات الخاصة بإعادة بناء المستشفى شوني وبتوجيه أعمال البناء وبسبب المهندس المتعاقد اضطر أثناء التنفيذ إلى الإقامة في مدينة أخرى فقد اختار مهندسا آخر ليشركه في أداء الأعمال المكلف بها، وقد وافقت الإدارة على الاختيار، إلا أنها اشترطت توزيع الأجر على المتفق عليه في العقد مناصفة بينهما، فرفض المهندس المتعاقد هذا الشرط، وعندما عرض النزاع على مجلس

¹ - د. بة بمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 201.

³ - د. سيف سعد المهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 65.

الدولة قضى بأنه لا يجوز للجهة الإدارية أن تعدل تعديلا انفراديا شروط هذه الوكالة المسموح بها للمتعاقد معها وإلزام الإدارة بدفع جميع الأتعاب للمهندس المتعاقد وقد أورد في القرار " n'appartient pas à l'administration de modifier unilatéralement les conditions dudit mandat.¹ وقد اعتقد الأستاذ لوليه أن هذا الحكم قد حرم الإدارة من سلطة التعديل الانفرادي للعقد، وانتهى بالقول أن سلطة التعديل لا توجد في أي عقد من العقود الإدارية وهي وإن وجدت أنها تجد أساسها في نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاتها.²

الحكم الثاني: استند الأستاذ لوليه Jean L'huilier في تبرير أفكاره لحكم آخر هو القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 مايو 1936 في قضية Ville de Vésinet والذي صدر بشأن نزاع حول ملحق عقد أبرم في فبراير سنة 1923 بين Ville de Vésinet وشركة الملتزمة بتوزيع الغاز في القرية، وكان الملحق يتضمن شرطا لتحديد التعريفات، بمقتضاه أن تكون المحاسبة على سعر الغاز المورد للأفراد، وفقا لشروط هذا الملحق في 31 ديسمبر التالي لإبرامه وبحلول هذا التاريخ، رأت السلطة الإدارية مانحة الالتزام، تطبيق سعر أقل قليلا من الأسعار التي كانت قد انتهت الاتفاق عليها، وقبلت الشركة الملتزمة هذا الوضع أولا، إلا أنه في سنة 1928، وبمناسبة خلاف متعلق بتطبيق شرط خاص بإعادة النظر ورد في الملحق رأت أن تطلب من المحاكم الإدارية تعويض الضرر الذي سببه لها قرار السلطة مانحة الالتزام، ويعلق لوليه على ذلك بان مجلس الدولة لاحظ أن عناصر صيغة التعريف الواردة في الملحق 1923 من الممكن تحويلها إلى الأرقام دون تدخل من الإدارة، وقرر أن هذه المدينة كان لها بلا شك (السلطة في حالة ما إذا كان المنتفعون قد نازعوا في أسس الحساب في التدخل في علاقاتهم من الملتزم بقصد العمل على احترام العقد وليس التدخل بقصد فرض تعريفة لا تتفق مع هذه الصيغة)³.

¹ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 203.

² - L'huilier: les contras administratifs tiennent, ils liscu de l'administation, dalloz, 1953, p 87 .

- مقتبس من مرجع د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 203.

³ - د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 78 .

الحكم الثالث: القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19/1/1946 في قضية Ville de Limoge والذي استنتج الأستاذ لوليه من وقائعه موقف مجلس الدولة منها، أن الحكم متفق مع الحكم السابق فإن مرسومًا بقانون صادر في 16 مايو 1935 كان فرض تخفيضًا قدره 10% على أسعار الشريحة الأولى للتيار الكهربائي الذي يورد للمنتفعين، ولكن مدينة ليموج Limogé Ville de رأت أن تفرض على الملتزم أحداث تخفيض مماثل في سعر التيار الكهربائي الذي يقدمه لها في استعمال الإنارة العامة، وقد رفض مجلس الدولة هذا الإجراء، وبعد أن استعرض في حكمه الشروط الواردة في دفتر الشروط الخاصة بتعريفة الإنارة العامة، استنتج أنه إذا كانت هذه التعريفة " يجب أن تخضع للتغيرات وإعادة النظر النصوص عليها في العقد فيما يتعلق بتعريفة الإنارة الخاصة، فإنه لا يستنتج من هذه التعريفة محل النزاع أنه يجب أن تسري عليها التخفيضات غير متوقعة من الأطراف المتعاقدة، مثل التي يفرضها المشرع على الملتزم فيما يتعلق بالإنارة الخاصة"¹.

وقد انتهى L'huilier من ذلك إلى أن هذا الحكم في نفس اتجاه المفوض (بلوم)، فعندما يكون المقصود هو التعديل المنفرد لنظام المرفق العام للملتزم فإن الإدارة لا تملك إلا الحقوق التي تحول لها بنص، وفي موضوع هذه القضية فإن الحق في تعديل تعريفة الإنارة العامة لا تستمد من الإدارة لا من نصوص المرسوم بقانون الصادر في 16 يوليو 1935، ولا من نصوص الالتزام².

نقد نظرية L'huilier (النظرية السلبية)

ولكن رأي الأستاذ L'huilier في هذا الشأن لم يسلم من النقد حيث تولى الأستاذ A.de LAUBADER الرد على هذا الرأي ويقول أنه غير مقنع ويتعين تصحيح ما جاء فيه، ويؤكد بأن الأحكام المؤيدة لسلطة الإدارة في التعديل المنفرد متوفرة، فالقضاء يعترف فيما يتعلق بالالتزام المرفق العام بحق السلطة مأنحة الالتزام في أن تقرر التعديلات المتعلقة بتنظيم المرفق، كما ينص عليه دفتر الشروط، بل وحتى في الحالات التي لا ينص هذا الدفتر صراحة على التعديل ومن جانب آخر هناك

¹ - CE. 19 Janvier 1946, Ville de Limoge, p 15.

مشار إليه في كتاب، د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 71.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 203.

صورة لسلطة التعديل المنفرد التي قلما ينتقد وجودها في كل العقود الإدارية، وهي سلطة الإدارة في إنهاء العقد الذي يصبح تنفيذه غير محقق للمصلحة العامة، فيجوز للإدارة أن توقف التنفيذ إذا اقتضت الحاجة ذلك، قبل نهاية تنفيذ موضوع العقد أو قبل حلول أجل نهايته.

وعليه، يمكن تعديله في أي وقت طبقا للحاجات الاجتماعية والاقتصادية، فكما ذكر مفوض الدولة (بلوم) في قضية الشركة العامة الفرنسية لقطارات المدن (الترام): " لا تتخلى الدولة عن المرفق العام للنقل إذا منحته بطريقة الالتزام، فهو وإن كان قد منح عن طريق الالتزام، إلا أنه لا يزال مرفقا عاما، فالالتزام يمثل تفويضا أي أنه يكون طريق للإدارة غير مباشر ومن ثم لا يعد من قبيل الترك أو الإهمال، إذن تملك الدولة التدخل عند الضرورة لتفرض على الملتزم أداء أعلى من أداء المنصوص عليه أصلا وذلك باستعمالها السلطات التي تملكها باعتبارها سلطة عامة وليست تلك السلطة التي حولها لها الاتفاق"¹.

كما أنكر الأستاذ علي الفحام النظرية السلبية فرأى أنها متطرفة فهي تنكر طبيعة العقد الإداري، كما أنها تقع في التناقض؛ حيث تقرر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع بها الإدارة إذا ما تم النص عليها في العقد، وقد سار على نفس نهج الأستاذ سليمان الطماوي الذي يرى أن النظرية السلبية تعتبر رأيا متطرفا ينكر طبيعة العقد الإداري، وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أكد وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري².

ومما سبق يتبين لنا أن الأحكام الثلاثة التي استند إليها الأستاذ L'huilier لتدعيم رأيه في إنكار سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ضعيفة وأن رأيه مبني على حجج واهية لا تصلح سندا لهذا الرأي، ولا علاقة لها بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مما

¹ - د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 139.

² - محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 16.

يترتب عليه عدم الأخذ بها وهذا تدعيما لرأي الأستاذ دي لوبادير والأستاذ علي الفحام وآخرون.

ثانيا : الاتجاه الفقهي المؤيد لسلطة التعديل (النظرية الإيجابية)

من المسلم به أن الإدارة تملك سلطة تعديل عقودها الإدارية بناء على نص في العقد يميز لها ذلك، بما يتناسب مع حسن سير المرفق العام، ولكن الخلاف المثار حول تمتع الإدارة بهذا الحق في حالة عدم وجود نص قانوني، فذهب غالبية الفقه إلى القول بوجود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادة المنفردة من دون حاجة للنص عليها في العقد؛ حيث أن هذا الحق أصيل للإدارة ومستمد من صفتها سلطة عامة ولا يمكنها التنازل عنه لأنه من النظام العام.

1- في الفقه الفرنسي

حيث يؤسس أصحاب هذا الرأي أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة يشمل جميع العقود الإدارية بدون استثناء، وتهدف الإدارة من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة، وهذه المصلحة تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية وتطورات العصر مع التقدم العلمي وتكنولوجي

فكتب الأستاذ Haurio في تعليق له على حكم لمجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 27 تموز 1913 وخص بمدينة تولوز (إن كل عملية إدارية تعتبر احتمالية، بمعنى؛ أنه من الممكن أثناء التنفيذ إيقافها أو تأجيلها أو تعديلها؛ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، والنتيجة أن كل اتفاقية خاصة بعملية إدارية، هي حق احتمالي؛ أي خاضعة وقابلة للتعديل)¹.

«Toute opération administrative est aléatoire en se sens qu'elle peut en cours d'exécution, être interrompue, retardée ou modifiée pour des raisons d'intérêt public. Par conséquent, toute les conventions relative a une opération administrative est un contrat aléatoire».

كما يرى Péquignot بأنه لا يمكن التمسك بحقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة، وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن للمرفق ليساير أهدافه وبذلك يكون للإدارة

¹ - د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 118.

الحق في التعديل الانفرادي للعقد المتعلق بالمرفق العام، وإن هذه فكرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة ثبات العقد في القانون الخاص، ويقول: إن نظرية مرونة العقد الإداري كان من الممكن أن تكشفها منذ زمن بعيد كإحدى النظريات التي تختفي في أعماق القانون الإداري، لكنها بقيت غائبة في الأعماق، فلا يوجد نص تشريعي واحد جاء ليقررها، ثم إن مساس الإدارة بعقودها يبدو كإجراء استثنائي، والاستثناء الوحيد العام هو استثناء دفتر الاشتراطات¹، ولقد أصبح اليوم معترف للإدارة في أن تزيد أو تنقص في الأداء، ولها أن تؤجلها أيضا، إلغاء العقد ذاته².

ويرى الأستاذ Vedel أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق؛ لأن العنصر التعاقدية سيكون محكوما بمبدأ التوازن المالي الذي يقتضي نوعا من التغيير مع استمرار التوازن في حقوق والالتزامات الأطراف، وهذا ما يجعله مختلفا عن العقد المدني الذي تحدد فيه حقوق والتزامات الأطراف بصورة نهائية³.

كما يرى الأستاذ Marcel Valine في مؤلفه الصادر عام 1951 المطول في القانون الإداري، المتعلق بموضوع التطوع العسكري، إن هذا تطوع يعد عقدا إداريا وإن شروطه تبعا إلى لذلك تكون قابلة دائما للتعديل وفقا لمقتضيات المصلحة، بمعنى أن الإدارة تستطيع وفقا للقانون أن تعدل في شروط العقد والالتزامات المطلوبة من المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد⁴.

ويلاحظ الأستاذ بونار Bonnard بخصوص هذا الموضوع أنه لا تطبق بدقة قاعدة ثبات العقود في عقد الأشغال العامة أو فيما يتعلق بالعقود الإدارية، لأن الإدارة في أي وقت تستطيع بإرادتها المنفردة القيام بالتعديل في عقودها الإدارية⁵.

¹ - د. بة بمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 83.

² - د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 84.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 325.

⁴ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية- دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 482.

⁵ - د. سيف سعد المهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 77.

وأخيرا رأى الأستاذ A. de laubadère غالبا ما تحتوي العقود الإدارية على نصوص تقر للإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقد أثناء تنفيذه، ومن شأن ذلك التغيير في نصوصه الأصلية التي واجهها الأطراف، وأحيانا ينص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة، وحتى لو لم ينص عليه في العقد تحتفظ الإدارة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد، باعتبارها تتمتع بامتيازات السلطة العامة وتهدف من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة¹.

وأكد القضاء الفرنسي على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي Tramways de Marseill الصادر في 11 مارس 1910 أكد على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، وكذلك أحكام لاحقة لهذا الحكم، كالحكم الصادر في 26 مايو 1930 في قضية Visette والحكم الصادر في 12 مايو 1933، والحكم الذي أنهى الجدل الفقهي حول سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لكافة عقودها الإدارية الصادر في 2 فبراير 1983 في قضية Compagnie des chemins de fer économiques du nord²، والذي جاء فيه أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ما هي "إلا تطبيق للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية".

ويلاحظ من خلال ما سبق أن غالبية الفقه والقضاء الفرنسيين أجمع على حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة وهو ما يسير مع ضرورة الحفاظ على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد³.

¹ - د. بة بمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها. مقتبس من د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

² - C.E. 2 février 1983, union des transports publics urbain et Regionaux, Rec, p 33.

³ - د. سيف سعد المهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 80، وكذلك من بين المؤيدين لهذه السلطة حاليا:

* - Laurent Richer يرى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد على وجود هذه السلطة بشكل لا يدع مجالا للشك لما أقر أن سلطة التعديل الانفرادي تعتبر جزء من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية.

* - Didier Truchet؛ حيث يعتبر أن سلطة التعديل الانفرادي تشكل أبرز نموذج للشروط غير مألوفة في الشريعة العامة، لما يتم النص عليها بالوثائق التعاقدية، كما أنها توجد أيضا إذا لم تنص عليها؛ أشار إليه لدى: محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 21. مقتبس من علي الفحام، المرجع السابق، ص 135.

- Didier Truchet, droit administrative, 2 édition, France, 2013, p 279.-

وخلاصة القول أن الرأي الراجح في الفقه الإداري الفرنسي هو التسليم لسلطة الإدارة بحق التعديل الانفرادي لكافة عقودها الإدارية وفقا لنصوص قانونية محددة، وقد أكد ذلك العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، والهدف من كل هذا هو السهر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة، وذلك على غرار ما هو عليه الحال في الفقه العربي.

2- في الفقه العربي

يأخذ الرأي الراجح في الفقه العربي بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة فيرى الأستاذ العميد سليمان الطماوي أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية مناطها احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري، وعلى ذلك يجب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة بدون تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها¹.

وذهب الأستاذ أحمد عياد عثمان إلى القول أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة حق لها حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو في دفتر الشروط الإدارية العامة، هي سلطة موجودة وأكيدة وفقا لأحكام القضاء ونصوص التشريع مما يترك مجال للشك في ذلك².

ويرى الأستاذ نصري منصور نابلسي أن سلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري حق ثابت لها وذلك تحقيقا للمصلحة العامة وحاجات المرفق العام، وإن حصل ضرر للمتعاقد أو زيادة الأعباء عليه، فإن ذلك يحتم على الإدارة تعويض المتعاقد هذا الضرر³.

أما في الجزائر إن غالبية الفقهاء يؤيدون سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذه، وفقا لما يحدده القانون، حيث يرى الأستاذ أحمد محيو أن الإدارة تتمتع في ظل

¹ - د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. محمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 143.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 215.

* كامل ليلة يرى أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية موجودة وهي من النظام العام، لا يجوز للإدارة التنازل عنها مقدما، د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 129.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 332.

قواعد محددة بسلطة التعديل الانفرادي لأحكام العقد، وأن هذه القدرة هي التي تميز العقد الإداري عن نظيره المدني الذي لا يمكن تعديله إلا باتفاق بين الأطراف¹.

ويؤيد الأستاذ عمار بوضيف هذا الرأي؛ إذ يرى أن العقد الإداري ما دام قد تميز بموضوعه وبعلاقته بالمرفق العام وبالمصلحة العامة، فوجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل²، وأيضا الأستاذ عمار عوابدي يرى أن سلطة الإدارة ممكنة في كل الصفقات العمومية والعقود الإدارية³.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الفقه العربي حذا حذو الفقه الفرنسي - النظرية الإيجابية- من حيث الاعتراف لسلطة الإدارة بحق التعديل الانفرادي لكافة عقودها الإدارية، وهي مظهر من مظاهر السلطة العامة وتمتع بها حتى في حالة سكوت العقد عليها، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

ثالثا: الاتجاه التوفيقي لسلطة التعديل (النظرية التحديدية)

وبين الاتجاهين المؤيد والمنكر لسلطة الإدارة بحق تعديل عقودها الإدارية، يوجد اتجاه توفيقي - النظرية التحديدية- يعترف لسلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري مع تقييد هذه السلطة بقصرها على شروط اللائحية في عقد الالتزام، والقائلون بهذا الرأي يرون أن العقود الإدارية والعقود المدنية هي طائفة واحدة من طوائف الأعمال القانونية توجد بنفس الصفات ونفس الآثار، وذلك فيما عاد الشروط اللائحية في عقد الالتزام؛ إذ يجوز للإدارة تعديلها في أي وقت استنادا على سلطة الإدارة اللائحية في تنظيم المرافق العامة ويسمى هذا الرأي بالنظرية التحديدية⁴.

¹ - Voir: Ahmed Mahiuo, cours d'institutions administratifs, 3 édition avec complément, opu,1981, p249.

² - د. عمار بوضيف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط. 2، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص206.

³ - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، ج. 2، النشاط الإداري، ط 2002 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 218.

⁴ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 209.

وقد انضم الفقيه Jeze لهذا الاتجاه بعدما كان من مؤيدي سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية؛ حيث اعترف لسلطة الإدارة في التعديل العقد بإرادتها المنفردة إلا في عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز في مقال نشره في مجلة القانون العام سنة 1945، لما يحتويان على شرط تنظيمية Clause réglementaires زيادة عن الشروط العقدية¹؛ بمعنى أنه يحق للإدارة تعديل شروطها اللائحية دون أن تمس الشروط العقدية، لكونها تمثل المركز التنظيمي للمتعاقد دون مركزه التعاقدية، فلا يجوز من وجهة نظره للإدارة تعديل شروط عقد وافق عليه الطرفان بمحض إرادتهما².

Il n'appartient pas a l'administration de modifier les contrats d'un contrat librement accepte par les parties."³

ويدعم الأستاذ Jeze رأيه مستندا على قرار صادر من مجلس الدولة الفرنسي والذي جاء فيه "... أن الشركة الملتزمة ليس لها الحق في أن تطلب تخفيض المبلغ الذي كان قد حدد في العقد بحجة أن إيرادات الاستغلال كانت أقل مما كان يتوقعه الملتزم"، ونستخلص من هذا القرار أنه لا يمكن لطرفي العقد تعديل شروطه لأن بنوده هم من وضعوها - الإدارة والمتعاقد- وهذا التقييد يسري على كافة شروط العقد⁴.

ويخلص جيز Jeze أن الإدارة ليس لها الحق المطلق في تعديل شروط العقد الذي تم قبوله بحرية من جانب الأطراف؛ أي إنه يقر لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ولكن تلك السلطة تقتصر على عقدي الالتزام والأشغال العامة من دون سائر العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، وذلك راجع للطبيعة الخاصة لكل منهما وما يتضمنانه من نصوص لائحية في تنظيم المرافق العامة⁵.

¹ - المرجع نفسه، ص 210.

² - د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 18.

³ - Jeze Gaston, op cit, p 275.

⁴ - د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 99.

⁵ - بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 81.

وبناء على ما تقدم يلاحظ أن رأي الأستاذ Jeze تعرض لعدة انتقادات من طرف مؤيدو سلطة التعديل.

نقد نظرية Jeze (النظرية التحديدية)

وقد أخذ الفقهاء على الأستاذ Jeze أنه لم يستند في رأيه إلى أي سند قانوني، فضلا أنه أوجز هذا الرأي إيجازا لم يتضح منه المعنى الذي يهدف إليه، كما أخذ عليه أنه استثنى عقد التزام المرافق العامة وعقد الأشغال العامة على أساس الطبيعة الخاصة لكل منهما. كما لا حظ الفقهاء أن نظرية Jeze لا تؤيدها أحكام القضاء، ولذلك قيل في شأنها أنها ليست صحيحة سواء من الناحية النظرية أو من الناحية القانونية¹.

ويرى الأستاذ A. delaubadere أن الأستاذ Jeze وقع ضحية خلط شديد في رأيه هذا، لما قام بتشبيه عقد الأشغال العامة بعقد الامتياز، في حين أن ذلك مستحيل من الناحية القانونية، كون عقد الأشغال العامة لم يعرف أبدا بأنه عمل مركب² Comme un acte mixte.

وخلاصة القول أن الفقه لم يسلم كله بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، إلا بعد جدالا وتضارب في الحجج والتفاسير، ليستقر أخيرا على رأي الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي حتى في حالة سكوت العقد الإداري على ذلك³، ولعل ذلك كان نتيجة لتدخل الاجتهاد القضائي الذي فصل في هذا الأمر، وأكدته التكريس التشريعي لاحقا.

¹ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 211.

² - André de laubadere, op cit, p56.

- أشار إليه: محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 19.

³ - المرجع نفسه، ص 22.

الفرع الثالث

موقف القضاء والتشريع من سلطة تعديل الانفرادي للعقد الإداري

تختلف العقود الإدارية اختلافاً أساسياً عن العقود المدنية، ومرد ذلك هو وجوب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة، ومن ثم فقد سادت في القضاء والتشريع فكرة مرونة العقود الإدارية mutabilité أي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة، إذا اقتضى ذلك الصالح العام، ومع أن غالبية القضاء والتشريع تأخذ بهذا الرأي كمبدأ عام دون الحاجة للنص عليه في العقد ولكثرة استعمال الإدارة لهذا الحق تلبية لاحتياجات المرافق العامة، دفع بالمشروع تدخل لتنظيم هذه السلطة ورسم حدودها وفق ما يسمح به القانون، ويعتبر هذا تكريساً لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

ولهذا ندرس في هذا الفرع موقف القضاء والتشريع من سلطة الإدارة في تعديل الانفرادي لعقودها الإدارية من خلال التطرق للاعتراف القضائي بها (أولاً)، ثم الاعتراف التشريعي (ثانياً).

أولاً : الاعتراف القضائي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري

قد عرف القضاء الفرنسي تطوراً بارزاً؛ حيث اعترف للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية، حتى في حالة سكوت العقد على ذلك، وقد سار القضاء العربي على نفس نهج نظريه الفرنسي فيما بعد.

في فرنسا اعترف القضاء بحق الإدارة في التعديل بإرادتها المنفردة لعقودها الإدارية منذ بداية القرن الماضي Société nouvelle du gaz de déville- lés- rouen¹، وتتلخص وقائعها فيما يلي: في عام 1874 حصلت الشركة الجديدة للغاز على الامتياز المانع من طرف بلدية " دوفيل ليروان لإنارة المدينة عن طريق الغاز، وأمام تطور الإدارة الكهربائية، فإن البلدية حاولت إقناع الشركة باستعمال هذه التقنية الجديدة لكن دون جدوى، وأمام رفض الشركة توجهت البلدية نحو شركة كهرباء فطالبت شركة الغاز بالتعويض مقابل الضرر الحاصل لها جراء حرق البلدية لاحتكار الممنوح سابقاً

¹ -CE 02/01/1902, note HAURIUO, GAJA, 16 édition, dalloz, FRANCE, 2007, p 58 et suite.

ووصل الأمر إلى القضاء مجلس الدولة فسر العقد الرابط بين البلدية وشركة الغاز بأنه يعطي احتكار للإدارة ولكن بأية وسيلة من الوسائل لأن بعض البلديات كانت تستعمل الكهرباء، وفي المقابل اعتبر أن من حق البلدية أن تضمن هذه الخدمة عن طريق الكهرباء ولو بتسليمه لشركة أخرى إذا رفضت شركة الغاز ذلك رغم إنذارها، وبذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي أن من حق الإدارة تعديل العقد من جانب واحد¹.

لقد توالى الاجتهادات القضائية التي تعترف لسلطة الإدارة بحقها في التعديل المنفرد لعقودها الإدارية، كما أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، في أن هذه السلطة مقررة للإدارة دون أدنى شك وفي كافة العقود الإدارية، فهي تشكل جزء من المبادئ العامة التي تطبق على العقود الإدارية، وذلك في نطاق الصالح العام².

كما اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية

بإرادتها المنفردة حيث جاء فيه أن: " Le pouvoir de modification unilatérale existe donc. sur ce "

point le droit français ne se singularise pas, aussi bien les droits nationaux que la jurisprudence internationale admettent l'existence d'un pouvoir souverain pour modifier, voir résilier, moyennant compositions, un contrat conclu avec des particulières ainsi le veulent la prééminence des intérêts supérieures de l' état sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder l'équilibres du contrats"³.

أما في مصر قد أخذ مجلس الدولة بما ذهب إليه غالبية الفقه المصري، مؤكداً أن الإدارة تتمتع بسلطة تعديل عقودها الإدارية بصفة عامة، وأسس هذه السلطة على اعتبارات المصلحة العامة، وقرر أن لا يجوز للإدارة التنازل عنها، أو أن تنفق على تعطيل ممارستها، كما نظم هذه الممارسة وفقاً لضوابط قانونية محددة، فهي تملك هذا الحق حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد،

¹ - د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 24.

² - Laurent RICHER, op cit, p253.

³ - Voir: cour européenne des droits de l'homme, 09/12/1994, aff. Raffineries grecques Stran C/ Grèce.

- مشار إليه لدى : د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 25.

وذلك في أحكامه الصادرة، سواء عن محكمة القضاء الإداري أم عن المحكمة الإدارية العليا، أو ما أفنت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الشأن.

وعليه، جرت الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري بخصوص الاعتراف لسلطة الإدارة بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ومن أول هذه الأحكام ما جاء في الحكم الصادر في 1951/12/26 من أن " للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة: إن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان لها وجه¹.

كما قضت ذات المحكمة بحكمها الصادر في 1956/12/16 أن "... سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطالع الرئيسي لنظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية"².

وتؤكد ذات المحكمة وجود سلطة التعديل الانفرادي أيضا: إذ قضت " إن جهة الإدارة المتعاقدة تملك أن تراجع الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري، وأن تجري عليها التعديلات المناسبة؛ حتى يتطابق التنفيذ مع متطلبات المرافق العامة للمطالبة بالتعديلات التي قد تظهر لهم على ضوء مراحل تنفيذ العملية بدون أن يتقيدوا ويتقيد المرفق معهم بالقاعدة الصارمة: "العقد شريعة

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم 313، الصادر في 1951/12/26، وأضافت ذات المحكمة أن سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرافق واتصال العقد الإداري به، ضرورة الحرص على انتظام سيره ووجوب استدامته، وتعهد الإدارة له، وإشرافها عليه بما يحقق الصالح العام، ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليها اعتبارا بأن هذا الحق يتركز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان لأوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك، ويضاف إلى هذا أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة؛ لأنها تتعلق بالنظام العام، مشار إليه لدى: د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 111.

² - حكم محكمة القضاء الإداري، في قضية رقم (1609)، الصادر بجلسته 1956/12/16، لسنة 11 القضائية، مجموعة أحكام السنة العاشرة، ص 90، مشار إليه: لدى د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة- منشورات حلبي الحقوقية، جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 2013، ص 127.

المتعاقدين"، وقد استقر القضاء الإداري على تقرير هذا المبدأ ما دام استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل لا يؤدي إلى قلب كيان العقد أو تغيير الملامح الأساسية لموضوعه...¹.

وتضيف ذات المحكمة في حكم آخر أن سلطة الجهة الإدارية دائما في تعديل العقد الإداري بل واستطردت إلى أن وجود شرط بالعقد يفيد تنازل الجهة الإدارية عن هذه السلطة يعد شرطا باطلا وهو "إن للإدارة سلطة تعديل العقد الإداري من جانبها وحدها، وهي تتمتع بهذه السلطة ولو لم ينص عليها في العقد؛ لأنها تتعلق بالنظام العام"².

في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري، مؤكداً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، الصادر في 2010/06/22 والمتعلق ببطلان عقد بيع مشروع (مدينتي) بمدينة القاهرة الكبرى، حيث قضت "...وحيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد تواتر على أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه... إذ إن كفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وتوجيه أعمال التنفيذ، واختيار طريقته، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق، وتنظيمه، والخدمة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة، حسبما تقتضيه المصلحة العامة، من دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)"³.

أما بشأن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد استقر قضاء هذه المحكمة منذ نشأتها عام 1955 على الاعتراف بتمتع الإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية بصفة عامة وعقود الأشغال العامة بصفة خاصة؛ حيث ذهبت إلى "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسيره وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إذا بها العقود الإدارية غير

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم (927)، الصادر بجلسته 1/03/1980، لسنة 22 ق. مشار إليه لدى: د. بهيمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 112.

² - حكم محكمة القضاء الإداري، بجلسته 3/3/1976، المجموعة الماسية، س 11ق، ص 607.

³ - حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم (1622) بتاريخ 2010/06/22، لسنة 63 ق، ص 420. مشار إليه لدى: د. بهيمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 114.

متكافئة، فيجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، إذ وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها الحق في تغيير شروط العقد دائما وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفقا مع الصالح العام، من دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة: إن العقد شريعة المتعاقدين، وكل بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كليا¹.

ومن أحكامها أيضا "... إن للجهة الإدارية تملك من جانبها وحدها بإرادتها المنفردة على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينه حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان، على خلاف ما ينص عليه في العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق العام هذا التعديل، من غير أن يحتاج عليها المتعاقد معها بقاعدة: الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين².

ولقد سارت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري واستقر إفتاؤها على أن " للجهة الإدارية المتعاقدة تتمتع من جانبها وحدها بإرادتها المنفردة، على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل أثناء تنفيذ العقد وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق العام هذا التعديل من غير أن يحتاج عليها بقاعدة: الحق المكتسب، أو قاعدة: أن العقد شريعة المتعاقدين³.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 1957/4/20 في الطعن رقم 1520 لسنة 2. ق عليا، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، ص305.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا: في الطعن رقم (4665)، الصادر بجلسة 2004/3/30، لسنة 46. مجموعة كنوز لأحكام المحكمة الإدارية العليا من عام 1955 حتى عام 2010.

³ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (984)، في 1973/12/9، جلسة 1973/28 ملف رقم 35/20/28، منشورة في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية ولقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، ص393، وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جلسة 1983/12/21 ملف رقم 13/2/78: " حيث أجازت للإدارة القيام بتعديل شروط عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، بالزيادة أو النقصان، في حدود معينة دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة

كما أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن العقد الإداري، يخضع كأصل عام إلى القاعدة الأصولية المنصوص عليها في المادة (1/147) من القانون المدني، وهي " أن العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون، وإنه وإن كان يجوز لجهة الإدارة تعديل العقد بإرادتها المنفردة مقابل تعويض المتعاقد معها عما يثمره هذا التعديل من التزامات على عاتقه، فإنه في كل الأحوال لا يعتد بهذا التعديل إلا إذا صدر عن السلطة المختصة في إجراءاته، وهي السلطة التي أبرمت العقد¹.

وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة " إلى أنه يجوز للإدارة أن تعدل الأجر المقرر لإتمام العمل في العقود الإدارية، فتحديد هذا الأجل يخضع إلى محض تقرير الإدارة حسبما تقتضيه ظروف العمل في المرفق العام الذي تتولاه، ومن ثم فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق أن حددته، سواء تم التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أم بعد انقضائه، مع مراعاة أن قيام الإدارة بتعديل الأجل مقرر لإتمام الأعمال يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عن المدة التي امتد عليها الأجل الجديد، ويستوي في ذلك أن يتم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أو بعده².

أما في الجزائر يعتبر القضاء الجزائري الأساس في تشييد القانون الإداري فهو موجود منذ سنة 1962، إلا أنه نجد ندرة في أحكامه المتعلقة بسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ولكن بعد التحري والبحث يوجد قرار يمكن القول من خلاله أن القضاء الإداري الجزائري يعترف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن

بالتعويض، فإذا أجاز التعديل هذه الحدود لظروف خاصة جاز التعديل بشرط موافقة المفاوض على التعديل. مشار إليه لدى: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 29.

¹ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (75) بتاريخ 1999/2/1، جلسة 1999/1/2، ملف رقم 202/1/47، المنشورة في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام 2005، المكتب الفني للجمعية العمومية، ج. الأول، ص 936.

² - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (264) بتاريخ 2003/05/25، ملف رقم 403/1/54، جلسة 2003/04/16، أشار إليه: د. محمد فؤاد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص 142.

المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 فصلا في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد (أ. أ)؛ حيث كانت تربط بينهما صفقة عمومية لإنجاز مجموعة من المساكن، تضم الأولى تسعين مسكنا بقرية " تازودة"، والثانية تضم خمسين مسكنا بقرية " كافالو"، إلا أنه أثناء الأشغال قررت الإدارة المتعاقدة سحب رخصة بناء 10 مساكن من كل مجموعة وبناء العشرين مسكنا بقرية "زيامة منصورية"، مما يجعل هذا القرار تعديلا واضحا لبنود الصفقة وتغيير لطريقة تنفيذها، ورغم أن موضوع النزاع الذي أخطر من أجله القاضي كان يتعلق بدفع قيمة المنجزات، إلا أن القرار احتوى على ما يدل اعترافه للإدارة بسلطة تعديل الانفرادي، حيث قرر أن "... يتعذر على المقاول أن يرفض إنجاز هذه البناءات"¹.

كما ذهب المحكمة العليا بالجزائر في قرار صادر عنها في قضية (ع. ط) ضد (و. ق)، حيث أن السيد (ع. ط) أبرم صفقة عمومية مع (و. ق) بتاريخ 1980/2/26 مع ولاية قلمة لإنجاز 198 مسكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين التراب دائرة وادي الزناتي، وبمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع (ع. ط) بالأعمال، لكن بعد مرور شهرين تلقى أمرا بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع وعدم إثارة ذلك أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (تغيير موقع التنفيذ)².

ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن القضاء الإداري الجزائري سار على نفس النهج لنظيره الفرنسي والمصري في الاعتراف لسلطة الإدارة بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ولكثرة اللجوء لهذا القضاء، تدخل المشرع لتنظيم هذه السلطة الممنوحة للإدارة وفق ضوابط قانونية، فكانت بمثابة الاعتراف التشريعي لهذه السلطة.

¹ - أشار إليه: د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 26.

² - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم (65143) قضية ع. ط ضد و. ق، المحلة القضائية، ع 1، ص 134. مشار لدى: د. محفوظ عبد القادر المرجع السابق، ص 27.

ثانيا : الاعتراف التشريعي بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة مظهر من مظاهر السلطة العامة باعتبارها تتمتع بامتيازات وسلطات تفوق تلك التي يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة، فهذا تدخل المشرع لتنظيم هذه السلطة وتقنينها.

ولقد اعترفت العديد من الدول في تشريعاتها بهذه السلطة، مما لا يدع مجالا للشك؛ حيث أن قانون الصفقات العمومية في فرنسا يسمح بإمكانية لإدخال تعديلات على الصفقة أثناء التنفيذ، وفق المادة 118 منه¹.

ولقد كان المشرع الفرنسي أكثر وضوحا للاعتراف للإدارة بسلطة تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة حتى في حالة سكوت العقد على ذلك.

أما في مصر فقد اعترف المشرع بدوره لسلطة الإدارة بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة وذلك من خلال نصوص التشريع ومنها: المادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرفق العام على أن "لما منح الالتزام متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل"².

وقد تضمن قانون تنظيم التعاقدات الحكومية التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في المادة 46 منه "إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد، ما يوجب تعديل حجم التعاقد يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يتجاوز 25% من كمية كل بنود

¹ - Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soit forfaitaires ou unitaire, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur, alors que la circulaire du 3 août 2006 définit la décision de poursuivre comme "un acte unilatéral qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe", Voir: ART 118 Décret n 2006- 16 du 30 juin 2006, portant code des marchés publics, www. Legifrance, FR dernière modification du texte le 01 mai 2013.

- مشار إليه لدى : محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 27.

² - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 24.

لعقود المقاولات وبما لا يتجاوز 15% من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار، على أن تضمن كراسة الشروط والمواصفات مضمون ذلك.

ويتعين لتعديل العقد الحصول على الموافقة من السلطة المختصة أو مجلس الوزراء، بحسب الأحوال، ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد، وألا يؤثر ذلك على أولوية التعاقد في ترتيب عطاءه، وأن تعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر ذلك بالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص¹.

بالإضافة إلى المادة 47 من نفس القانون متعلقة بتعديل قيمة عقود المقاولات وهذا ما جاء فيها: " في عقود المقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة الإدارية في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من تاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر إسناد بالاتفاق المباشر وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ من واقع نشرة الأرقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبة العامة والإحصاء، ويكون هذا التعديل ملزما لطرفي التعاقد، ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك...، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط والإجراءات المتبعة في هذا الشأن، معادلة تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها².

والاهتمام عيه الذي أولاه المشرع الجزائري بخصوص الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذها، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 135 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، على أن " يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"³.

¹ - المادة 46 من القانون رقم 182 المتعلق بتنظيم التعاقدات الحكومية التي تيرمها الجهات العامة، الصادر بتاريخ 2018/10/03، ج.ر.ع. 39 مكرر(د)، ص 31.

² - المادة 47 من نفس القانون، ص 32.

³ - المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 69.

وتليها المادة 136 من نفس القانون بقوله: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"¹.

أما في المادة 137 من هذا المرسوم، فقد جاء فيها: "يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة بالنسبة إلى العمليات الجديدة الموجودة في الواردة في الملحق، يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء"². كما أن المادتين 138 و139 تبينان لنا شروط التزام المصلحة المتعاقدة عند ممارستها تعديل الصفقة.

تجدر الإشارة إلى أن دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المطبق على صفقات الأشغال العامة، قد نص على مواد تتعلق بسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة؛ إذ جاء في المادة 4/12 و5 منه على ما يلي: "ينفذ المفاوض بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات التي تفرض عليه خلال العمل".

ونصت المادة 1/32 على ما يلي: "وعندما يتبين أن التغييرات التي تقوم بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المفاوض، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بالزيادة أو النقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري..."³.

ويلاحظ من ما سبق أن المشرع الجزائري بدوره اعترف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي مثله مثل نظيره الفرنسي والمصري من خلال المواد في المرسوم الرئاسي متعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ودفتر الشروط الإدارية العامة.

¹ - المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 69.

² - أنظر: المادة 137 من نفس المرسوم، ص 70.

³ - أنظر: القرار المؤرخ في 1964/11/21، ج. ر 6 الصادرة في 1965/01/19، ص 46. يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

ترى الباحثة أنه بعد استعراضنا لموقف الفقه والقضاء والتشريع في كل من فرنسا، مصر والجزائر حول سلطة الإدارة في التعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة فقد لاحظنا وبعد جدال فقهي طويل أن هناك من الفقهاء من أنكر هذه السلطة ومنهم من قيدها، ومنهم من اعترف بوجودها، ولكن مع مرور الزمن أصبحت هذه السلطة موجودة مما لادعي للشك، ونحن نميل بدورنا إلى تأييد ما ذهب إليه غالبية الفقه والقضاء والتشريع في الاعتراف للإدارة بهذه السلطة، من أجل تحقيق النفع العام وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد مع الحفاظ للمتعاقد وفقا للقانون بضمانات التعاقد في حالة إصابته بالضرر.

وسلطة الإدارة في تعديل كافة عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة أصبحت اليوم مبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري؛ ونظرا لأهميتها في نطاق العقود الإدارية نبحت في أساسها القانوني و مظاهرها وضوابطها.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة التعديل وتعدد مظاهرها وضوابطها

لقد ثار خلاف فقهي حول تحديد الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، فجانبا من الفقه يرى أن الأساس القانوني لهذه السلطة يكمن في فكرة السلطة العامة، وأن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون لها بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة، في نظرهم أن الإدارة بهذا الوصف موقف السلطة العامة تجاه المتعاقد معها، فلو اعتبرت كطرف متعاقد فقط لما كان لها هذا الحق في ذلك، وبينما يميل الرأي الراجح إلى اعتناق فكرة احتياجات المرفق العام كأساس قانوني لهذا الحق، ولا بد من عرض كلا الرأيين للوصول إلى حقيقة الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري في (الفرع الأول)، ثم نتعرض لتعدد مظاهر التعديل الانفرادي للعقد في (الفرع ثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة التعديل

من المستقر عليه في العقود الإدارية، أن الإدارة تهدف لتحقيق المصلحة العامة والنفع العام مما يترتب عليها مساندة التطور سعياً لتلبية الحاجات العامة وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد عند ممارستها لسلطة التعديل.

وعليه، اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، فذهب جانب من الفقه إلى أن الأساس القانوني لهذا الحق يكمن في فكرة السلطة العامة، بينما جانب آخر من الفقه يميل إلى فكرة المرفق العام كأساس قانوني لهذه السلطة، ولا بد من عرض كلا الرأيين للوصول إلى حقيقة الأساس القانوني لحق الإدارة في التعديل.

أولاً: أساس تعديل العقد الإداري هو فكرة السلطة العامة

يذهب أنصار هذا الرأي أن أساس حق التعديل يوجد خارج الرابطة التعاقدية، ويتعلق بسلطة الإدارة الضابطة، وإن كان يستهدف المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة وإشباع حاجات الجمهور، إذ تعددت القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية من أعمال السلطة، وهي مظهر من مظاهر هذه الأخيرة في العقود الإدارية، تمارسها باستعمال امتياز من أهم الامتيازات السلطة العامة التي تملكها وهو امتياز التنفيذ المباشر¹.

ففي فرنسا يرى الأستاذ بيكينو Péquignot في قوله بأن الإدارة تستمد سلطتها في التعديل من سلطتها العامة، فهو ليس امتيازاً من امتيازات الإدارة التعاقدية، بل هو حق واجب للإدارة، وهذا الحق من النظام العام لا يجوز لها التنازل عنه، وأي اتفاق يرد عليه يعد باطلاً².

¹ - G. Pequignot: contribution a la théorie du contrat administratif, thèse, montre lier, 1945, p. 367-369.

- مقتبس من مذكرة محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 34.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 216.

ويرى الأستاذ برنييه Bernier أن سلطة الإدارة من أعمال السلطة العامة لتحقيق المصلحة العامة، وأحيانا تتصرف بوصفها شخصا معنويا يسعى إلى تحقيق مصالحها¹.
واتفاقا مع هذا الاتجاه، في مصر فقد رأى جانب من الفقه ومن بينهم الأستاذ مصطفى كمال وصفي أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري يجد أساسه في فكرة السلطة العامة، وأن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون لها باعتبارها متعاقدة، بل بوصفها سلطة عامة، فالإدارة هي في موقف السلطة العامة تجاه المتعاقد معها، لا تستطيع أن تفعل ما تفعله لو كانت في موقف كطرف متعاقد فقط².

ويذهب الأستاذ أحمد عياد عثمان إلى القول أن حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة هو مظهر من مظاهر سلطتها العامة في العقود الإدارية.

كما يرى جانب آخر من الفقه أنه من واجب الإدارة تحقيق المصلحة العامة عن طريق إنشاء المرافق العامة وتكون لهذه المرافق الشخصية القانونية، وتكون الإدارة مسئولة عن هذه المرافق أمام الرأي العام، مما يستوجب تدخلها باعتبارها سلطة عامة، ويضيفون أيضا أن إدارة المرفق العام أو تعديل أساليبه ووسائل تقديم الخدمات العامة، يجعله منسجما باستمرار مع مقتضيات المصلحة العامة³.

وجانب آخر من الفقه يرى أن الأساس الذي يقوم عليه حق الإدارة في التعديل يقوم على وجهين:

- الوجه السلبي: إذا تعارض الصالحان العام والخاص وجب أن تكون الغلبة للصالح العام دون الصالح الخاص.

¹ - بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 132.

² - د. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، السنة الثانية عشر، العدد الأول، 1979، ص 358.

³ - د. ثروت بدوي، القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص 580.

أما الوجه الثاني إيجابي: وذلك أن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وهي تباشرها في عقودها الإدارية، لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لإشباع الحاجات العامة، وهذه السلطة تبان في نظرية عمل الأمر، والذي يسلم به القضاء في العديد من أحكامه. ويرتب على اعتبار حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية يقوم على أساس السلطة العامة النتائج التالية:

- 1- أن هذا الحق واسع ليشمل جميع العقود الإدارية.
 - 2- ممارسة الإدارة سلطتها في تعديل عقودها الإدارية، لا يكون امتيازاً قد حصلت عليه من التعاقد، بل هو حق مقرر باعتبارها سلطة عامة¹.
- ويستندون أنصار هذا الرأي إلى أن القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية تعد من أعمال السلطة العامة؛ بمعنى أن الإدارة لا تمارس امتيازاً تعاقدياً بل تستعمل حقاً كسلطة إدارية تستطيع بموجبه إجراءات تعديلات في العقد دون الرجوع إلى المتعاقد معها أثناء التنفيذ².
- وقد تم انتقاد هذا الرأي من قبل بعض الفقه وذهبوا إلى القول أن الإدارة تصدر تعليمات إلى المتعاقد كفرد عادي في العقد وليس باعتباره متعاقدًا مما يؤدي إلى حرمانه من حقوقه الأساسية في العقد، لا سيما حقه في طلب التعويض، وأن هذا الرأي يسوي بين كافة العقود الإدارية من حيث ممارسة سلطة التعديل، في حين أن هناك اختلافات جوهرية بين بعض العقود الإدارية من حيث التعديل، ويعاب على هذا الرأي أن فكرة السلطة العامة هي أساس سلطة التعديل يجعل الإدارة تمارس هذا الحق دون قيد أو شرط، لأن النصوص العقدية لا تشكل قيوداً على ممارسة الإدارة لهذه السلطة، وهذا ما يتعارض مع ما استقر عليه القضاء الإداري، والذي يتطلب العديد من القيود والحدود التي يجب على الإدارة مراعاتها³.

¹ - د. علي الفحام، المرجع السابق، ص- ص 150 و 151.

² - د. محمد عبد العال السناري، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية، د.س.ن، ص 208.

³ - د. ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 17.

ومن خلال المآخذ الموجهة لفكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل الانفرادي، طرح اتجاه آخر من الفقه يستند على فكرة احتياجات المرافق العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

ثانياً: أساس تعديل العقد الإداري هو المرفق العام

يؤكد هذا الاتجاه أن قيام الإدارة المتعاقدة بتعديل عقودها الإدارية، لا يمكن أن يؤسس إلا على أساس حاجات ومقتضيات المرافق العامة، وقابلية المرفق العام للتغيير والتبديل هي التي تدعو إلى هذه التعديلات فهذه المبادئ التي تحكم المرافق العامة هي التي تؤكد أن الإدارة لا يمكن أن تقيد بعقود وبشروط تعاقدية تصير غير متجاوبة مع احتياجات المرافق العامة.

ومن أنصار هذا الاتجاه في فرنسا الأستاذ دي لوبادير A. D. LAUBADERE، إذ يرى أن احتياجات المرفق العام هي التي تدفع الإدارة للقيام بالتعديلات،

¹ Le fondement du pouvoir de modification se trouve dans l'exigence du service public

كما يجب على الإدارة تهيئة الوسائل، وإيجاد ما يلزم لتسييرها وإعادة النظر في ظروف المرفق العام وما طرأ عليه من مستجدات لتعديل العقد الإداري من أجل المصلحة العامة، لأن هدف الإدارة من تعديل العقد الإداري هو تلبية لحاجات ومقتضيات المرافق العامة.²

وقد أيد معظم فقهاء القانون العام الفرنسيين هذه الفكرة؛ حيث لا حظ الأستاذ André FLAMME أن الأساس الوحيد لهذه السلطة يظهر في الاختصاص الذي تتمتع به الإدارة في مجال تنظيم المرفق العام.³

¹ - A.de laubadere, op.cit, p 402.

² - د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 136.

³ - د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 152، وكذلك د. السيد فتوح محمد هندواوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية - دراسة مقارنة- ط. الأولى، مركز الدراسات القانونية، القاهرة، 2016، ص 153.

ويرون أيضا أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة العامة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري¹.

أما في مصر فقد أيد غالبية الفقهاء ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري مستمد من مقتضيات المرفق العام، وبما يحافظ على حسن استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد؛ إذ يرى الأستاذ سليمان الطماوي إلى القول أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية مناطها الاحتياجات العامة كما أن سلطة التعديل لا يمكن اعتبارها مجرد مظهر للسلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة وإنما هي نتيجة مباشرة لفكرة المرفق العام والتي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري².

ويتفق معظم الفقه المصري مع هذا الاتجاه فيرى الأستاذ ثروت بدوي أن مفهوم المصلحة العامة هو أساس حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ويقر أن هذا المفهوم للمصلحة العامة هو مفهوم مرن ولا يكون دائما في قوة واحدة فإذا كانت المصلحة تستلزم التعديل بقصد تحقيق أفضل إشباع ممكن للحاجات العامة³.

ويؤيد الأستاذ علي الفحام هذا الرأي بقوله أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تقوم على مستلزمات المرافق العامة⁴.

في حين يرى الأستاذ جابر جاد نصار أنه يتأسس حق التعديل على مقتضيات سير المرافق العامة، والتي تتطلب دوماً أن يكون المرفق قابلاً للتقدم والتغيير، لذا تأتي العقود الإدارية التي تتصل بنشاط المرافق العامة خاضعة إلى سلطة الإدارة في التعديل والتغيير، إعمالاً للمبادئ التي تحكم المرافق العامة⁵.

¹ - د. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T. - دراسة مقارنة- دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، 335.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 456.

³ - د. مجدي الشامي، المرجع السابق، ص 257 وما بعدها.

⁴ - د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 157.

⁵ - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 276 وما بعدها.

أما في الجزائر فقد أيد الفقهاء الجزائريين فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة؛ حيث يرى الأستاذ عمار بوضياف يؤكد أن تأصيل سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، يعود إلى حسن سير المرفق العام؛ أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان...¹.

ويرى الأستاذ محمد قبطان إذ يرى أن أساس سلطة الإدارة في التعديل مستمد من فكرة احتياجات المرافق العامة، لأن الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية وهي توجد ضمن متطلبات الحفاظ على مصالح المرافق العامة².

في حين يرى الأستاذ أحمد محيو أن القيود الواردة على سلطة التعديل الانفرادي أنه يقيمها على مقتضيات المصلحة العامة، وهي المصلحة التي يسعى المرفق العام لتحقيقها وضمانها دائما، حيث يرى أنه إذا كانت المصلحة العامة تحتم تكيف العقد، فإنها لا يمكن أن تتجاهل حقوق المتعاقد³.

وخلاصة القول أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لكافة عقودها الإدارية وفقا للرأي الراجح في كل من فرنسا ومصر والجزائر فكرة المرفق العام كأساس لهذه السلطة، ونحن بدورنا نميل لهذا الرأي، لأن المرفق العام قابلا للتغير تبعا للتقدم العلمي والتكنولوجي والاقتصادي المستمر، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة والنفع العام وتلبية احتياجات الأفراد.

¹ - د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 203.

² - "Le fondement de ce pouvoir qui, comme tous les pouvoirs exorbitante de l'administration, réside dans le souci de la préservation des intérêts du service public", Mohamed KOBTAN, le régime juridique des contrats de secteur public, étude de droit comparé algérien et français, OPU, ALGER, Algérie, 1984, p 76.

- مشار إليه: لدى محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 41.

³ - " Si l'intérêt général nécessite l'adaptation d'un contrat...", Ahmed MAHIOU, cours d'institution administratifs, 3 édition avec complément, OPU, 1981, p 250.

الفرع الثاني

تعدد مظاهر التعديل الانفرادي للعقد

لقد أجمع الفقهاء على سلطة الإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة وهو حق مؤكد لها حتى في حالة سكوت العقد الإداري ودفا تر الشروط الإدارية العامة؛ حيث أن سلطة التعديل المقررة للإدارة تعتبر مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تسعى دائما لتحقيق المصلحة العامة وتلبية احتياجات الأفراد، ولهذا نتطرق في هذا الفرع إلى تعدد مظاهر التعديل الانفرادي للعقد الإداري، من خلال دراسة التعديل في مقدار التزامات المتعاقد (أولا) ثم التعديل في طرق التنفيذ المتفق عليها (ثانيا)، والتعديل في مدة تنفيذ العقد (ثالثا).

أولا: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

للإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها وذلك بزيادتها أو نقصها، والتعديل يرد هنا على مقدار الالتزامات وليس على نوعها؛ حيث تكون الزيادة أو النقصان المطلوب من نفس طبيعة الالتزامات المزايدة أو المنقوصة¹، والتعديل في كميات العمل في أثناء التنفيذ المقاولات إجراء ضروري، نظرا لكون العمل يختلف في أثناء التنفيذ عما هو مرسوم في الخرائط والتصاميم، ذلك الكثير من التفاصيل تكون غير واضحة بالنسبة للإدارة في أثناء وضع التصاميم وصياغة الوثائق، وهو الأمر الذي يكتشف عندما تطرأ تعديلات على كميات العمل عند البدء بالتنفيذ².

ومن الأمثلة على ذلك موضوع السكك الحديدية في فرنسا عندما زادت التزاماتها في العشر سنوات الأولى من هذا القرن من أجل إشباع وكفالة الاحتياجات الجديدة للجمهور، وقد سار قضاء مجلس الدولة الفرنسي في نفس الاتجاه؛ حيث قضى بأن للإدارة الحق في أن تفرض على ملتزم النقل تسيير عدد من العربات أكبر من الحد الأقصى المتفق عليه في العقد، ويكون للإدارة

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 1.1.

² - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 164.

أن تفرض على ملتزم توزيع الكهرباء أو المياه القيام بالتدابير اللازمة وعمل التجهيزات الضرورية، لتغطي خدمات المرفق جمهور المتفعين من عمل الالتزام¹.

أما في مصر فقد سار القضاء المصري على ما سار عليه نظيره الفرنسي فقضت محكمة القضاء الإداري بأن "... زيادة عدد السيارات بالقدر الذي تطلبه البلدية، سترتب عليه زيادة الأعباء المالية على الشركة دون أن يقابل ذلك في الإيراد، كما أن عدم تنفيذ ما تطلبه البلدية سيؤدي إلى توقيع غرامة يومية على الشركة بواقع 50 جنيهًا عن كل سيارة تتأخر الشركة في تسيرها وسحب الالتزام منها..."، ومن هذا الحكم يتضح لنا ما ستقر عليه قضاء محكمة القضاء الإداري من حق الإدارة أن تفرض زيادة على التزامات المتعاقد معها، كما أن الإدارة تملك وسائل ضغط ما تدفعه بسرعة التنفيذ².

أما في الجزائر فقد سار المشرع الجزائري على نفس نهج نظيره الفرنسي والمصري بخصوص التعديل في مقدار التزامات المتعاقد فقد نصت المادة 10 من نموذج لدفتر التعليمات الخاصة بصفقة مشروع مركز الردم التقني للنفايات لمدينة سطيف إذ جاء فيها "المتعامل المتعاقد لا يحق له الشروع في إنجاز الأشغال الإضافية غير المعرفة في هذه الصفقة، هذه الأشغال تطلب مسبقاً من طرف المصلحة المتعاقدة التي تأمر بإنجازها بواسطة ملحق. وتقييم هذه الأشغال يتم على أساس جدول الأسعار المرافقة لهذه الصفقة إذ تعلق الأمر بالأشغال الإضافية، وفي حالة الأشغال التكميلية الأسعار تقترح من طرف المتعامل المتعاقد ويتم المصادقة عليها من طرف المصلحة المتعاقدة"³.

ويلاحظ من خلال ما سبق أن ممارسة الإدارة سلطة تعديل الصفقة عن طريق زيادة مقدار العمل يتطلب زيادة مهلة إضافية كافية للمتعاقد تسمح له بتنفيذ هذه الأعمال وعدم الإخلال بالتزاماته التعاقدية وتسليمها في وقت محدد.

¹ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 222 وما بعدها.

² - محكمة القضاء الإداري رقم 357 في 24 مارس 1957، س 11 ق.، ص 300. مشار إليه لدى: د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 220.

³ - مشار إليه لدى: د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 67.

وجدير بالذكر أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد حق ثابت لها في كافة العقود الإدارية، ولكن يجب أن ينصب على كمية الأعمال وليس على نوعها، ؛ حيث أن التعديلات لا يجب أن تمس جوهر العقد فيتم تغيير محل العقد¹.

وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15، نسبة 10 % من المبلغ الإجمالي لقيمة العد كحد لسلطة الإدارة في التعديل، القيام بإدخال تعديلات على تنفيذ موضوع الصفقة بالزيادة أو النقصان في حجم الأشغال، دون قيام المتعاقد بطلب التعويض.

وإذا تجاوزت الإدارة هذه النسبة، تكون قد اخترقت نطاق التعديل مما يؤثر على المتعاقد معها، الأمر الذي يجعله يطلب الفسخ فوراً دون تعويض، شريطة إخبار المهندس الرئيسي بطلب كتابي في أجل شهرين ابتداء من تاريخ أمر المصلحة وهذا حسب ما نصت عليه المادة 1/30 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964².

ثانيا : التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد المتفق عليها

للإدارة حق في تغيير أسلوب ووسائل التنفيذ هذه الأداءات المطلوبة من المتعاقد مع الإدارة كما كان لها الحق في تعديل الأداءات المطلوبة تنفيذها بالزيادة أو النقصان³، كلما دعت الضرورة تلجأ الإدارة أن تعدل في طرق ووسائل تنفيذ العقد، كحالة معرفتها بأن هناك أخطاء تضمنتها المشروعات الأصلية أو في حال الاكتشافات الحديثة المبتكرة والتي من شأنها أن تكون أوفر اقتصاداً وأكثر تقدماً من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية⁴.

ففي فرنسا تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد تعديلات في وسائل التنفيذ المتفق عليها في العقد كإحلال آلات جديدة مكان الآلات القديمة التي أصبحت لا تسير متطلبات المرفق العام

¹ - د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 67.

² - د. هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين - دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الخليلي الياس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2018، ص 70.

³ - د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 225.

⁴ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، 226.

ولا تليي الحاجات العامة التي أنشئ المرفق من أجلها تماشياً مع التقدم التكنولوجي وعلمي، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بأن "الإدارة تستطيع أن تفرض على الملتزم استعمال وسائل فنية أحدث من تلك المنصوص عليها في العقد الأصلي، كإحلال الإضاءة بالغاز، كما تستطيع أن تأمر الملتزم بإجراء تطوير أو تحسين الأوضاع للاستغلال المرفق العام، كإلزامه بتدفئة القطارات"¹.

أما في مصر فقد أعطى القضاء الإداري لجهة الإدارة الحق في تعديل الطرق والوسائل المستخدمة من قبل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وتعتبر أحكام القضاء الإداري إقرار صريحاً لحق الإدارة في حكمها الصادر في 15/11/1992؛ حيث جاء فيه: "أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريق تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة، تملك من جانبها وإرادتها المنفردة، وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذ وتعديل التزامات المتعاقد عليها، على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها بشريط أن تقضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل... طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة، وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير استمرار المرفق العام وانتظامه ويقوم المتعاقد فيه على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسيير تملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة، مع الضرورة، وبما يحقق تلك المصلحة..."².

¹ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 6 ديسمبر 1907، في قضية شركة الشمال، المجموعة، ص 922، مشار إليه لدى: سيف سعد المهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 110.

² - قضية رقم 3986 سنة 35 ق. جلسة 15/11/1992، الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع منذ عام 1958 حتى عام 1993 بمجموعة الفكهاني، الجزء الخامس والثلاثون، ص 369.

وأكدت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الجديد لسنة 2018 المادة 46 منه: " إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل العقد يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو بالنقص وبما لا يجاوز 25 % من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز 15% من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار، على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات مضمون ذلك..."¹.

ويلاحظ من خلال ما سبق أن إعطاء القانون الحق لسلطة الإدارة في تعديل طرق ووسائل تنفيذ العقد من قبل المتعاقد مهمة جدا وذلك لتحقيق المصلحة العامة وتأمين حاجات الأفراد، وحصول الإدارة على الجودة والسرعة لتنفيذ العمل، وذلك لضمان حسن سير المرفق بانتظام واطراد.

وفي الجزائر لقد نص المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية إلى أنه تستطيع الإدارة تعديل الأدوات والأشغال بناء على أوامر المصلحة، وذلك في المادة 2/22 منه: " بالاستناد إلى أمر المصلحة الذي يصدره مهندس الدائرة أو المهندس المعماري الذي يحدد فيه أجل التنفيذ، يتعين على المقاول تعويض الأدوات..."، وكما جاء في المادة 25 منه: " عندما يرتئي المهندسون استخدام الأدوات الجديدة أو الأنتقاض العائدة إلى الدولة مما هو خارج عن احتياطات الصفقة فلا تدفع للمقاول إلا نفقات اليد العاملة والاستخدام ويجرى تسديدها وفقا لبيانات المادة 29 الواردة فيما بعد".

ثالثا : التعديل في مدة تنفيذ العقد

أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لها الحق أيضا في تعديل مدة تنفيذ العقد المتفق عليه مسبقا والمثبتة في العقد المبرم بين الطرفين إما بتمديد المدة أو تقصيرها وفقا لمتطلبات العمل وتعتبر حق مناط للإدارة في جميع العقود الإدارية متى دعت الضرورة إلى ذلك.

¹ - أنظر: المادة 46 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، رقم 2018/10/182، المرجع السابق، ص 31.

في فرنسا قضى مجلس الدولة في حكمه الصادر في 30 مايو 1907¹، في قضية وزارة الحربية حينما أيدت التعديلات التي أمرت بها الإدارة المتعاقدة معها بالإسراع في بناء حصن بسبب حاجات الدفاع الوطني إليها، وتستطيع الإدارة تأخير تنفيذ الأعمال وذلك حسب ظروفها، فتأمر الإدارة بذلك التأخير مراعاة للمصلحة العامة، وقد أكد ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 28 يونيو 1920².

وقد حرص المشرع المصري بموجب القانون رقم 129 لسنة 1947، بخصوص عقد الامتياز وحددها القانون مدة الامتياز بثلاثين عاماً؛ حيث تعتبر مدة الالتزام ضمن الشروط التعاقدية، والتي لا تستطيع الإدارة أن تستقل بإجراء التعديل عليها، فالإدارة إذا عهدت ملتزم بإدارة مرفق عام بطريق الامتياز فلا تستطيع أن تسحب المرفق منه وتعطيه ملتزم آخر يديره بطريق الالتزام قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد، إلا أن شرط المدة هذا لا يمنع الإدارة من أن تسترد المرفق قبل نهاية المدة إذا رأت تغيير طريقة إدارته من الالتزام إلى طريقة الإدارة المباشرة أو المؤسسة العامة³.

فإذن يمكن للإدارة أن تعدل في مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد سواء بتقصيرها أو تمديدتها وفقاً لمقتضيات الصالح العام، فإن الإدارة تستطيع أن تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للإسراع في التنفيذ أو العكس حسب ما تستوجب الظروف وقف الأعمال أو تأخير تنفيذها على المدد المتفق عليها في العقد⁴.

¹ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في بتاريخ 3 مايو 1907 مشار إليه لدى: د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 115.

² - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 28 يونيو 1920، مشار إليه لدى د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاً، دار النهضة العربية، 1994، ص 109.

³ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 476.

⁴ - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 288.

أما في الجزائر حرص المشرع على هذه الصورة من التعديل في المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية؛ حيث جاء فيها ما يلي: "عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده...".
ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد المدة الزمنية بالتدقيق سنة واحدة وهي المدة القصوى للتمديد¹.

وخلاصة القول أن على سلطة الإدارة تعديل مدة تنفيذ العقد الإداري سواء بالتأخير أو التمديد، أو التقصير أو الزيادة أو النقصان، كلما دعت ضرورة المصلحة العامة ذلك، وعلى المتعاقد الامتثال لأوامرها دون اعتراض وذلك من أجل تحقيق الصالح العام والسير الحسن لهذه المرافق تلبية لحاجات ومقتضيات الجمهور.

الفرع الثالث

الضوابط القانونية التي ترد على سلطة التعديل الانفرادي للعقد

تتمتع الإدارة بسلطة التعديل الانفرادي على كافة عقودها الإدارية، ولكنها ليست مطلقة، فتطبيق سلطة التعديل الانفرادي تختلف من عقد إلى آخر، فترد على هذه السلطة ضوابط قانونية تحكمها، ويجب على الإدارة الالتزام بها، منعا للتعسف في استعمالها وذلك حماية للمتعاقد مما قد يصيبه من ضرر، وهذه القيود يمكن دراستها في النقاط التالية، أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام (أولا)، أن لا يؤدي التعديل إلى تغير العقد وموضوعه (ثانيا)، أن تستجد ظروف جديدة تبرر ممارسة سلطة التعديل (ثالثا)، صدور قرار التعديل في ضوء المبدأ العام للمشروعية الإدارية (رابعا).

أولا: أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام

إن ممارسة سلطة الإدارة للتعديل الانفرادي للعقد يرتبط بفكرة مقتضيات المرافق العامة والصالح العام، كما يلزم على الإدارة عند ممارستها سلطة التعديل عدم المساس بالنصوص المتعلقة

¹ - د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 69.

بالمقابل المالي للمتعاقد،¹ ذلك أن هذه الشروط تعتبر خارجة عن فكرة المرفق العام وبالتالي تخضع لقواعد القانون الخاص الذي يحكم العقود بصفة عامة، فلا يجوز تعديلها أو المساس بها، وإلا كان قرار الإدارة مخالفا للقانون.²

وعليه، استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها للمتعاقد، تعتبر شروط أجنبية عن المرفق العام، وخاصة تلك المتعلقة بالمقابل المالي للمتعاقد، لأنها تعتبر الضمانات والحوافز التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد، وهي لا تؤثر على سير المرفق العام، ولهذا تبقى خاضعة لقواعد القانون المدني الذي يحكم العقود بصفة عامة وهي القاعدة الأصولية المعروفة ب: "العقد شريعة المتعاقدين"³، فلا يجوز للإدارة أن تعدل فيها وإلا كان قرارا باطلا، أما ماعدا ذلك من شروط العقد، فهي شروط مرنة يجوز للإدارة تعديلها كلما اقتضت ذلك المصلحة العامة.⁴

وهذا ما أكدته اللجنة الثالثة لقسمي الفتوى بمجلس الدولة المصري بأنه: "الشروط التي تتعلق بالتحديد المالي للعقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية تحدد بدقة وقت التعاقد الذي لا يستطيع أحد طرفيه كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر"⁵.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها بقولها: "ومن المسلم به أن شروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد، سواء تعلق بتحديد هذا المقابل في أي صورة تم الاتفاق عليها، وفقا لطبيعة العقد أم أساليب الوفاء بهذا المقابل، ومواعيد إجراءات وحالات الوفاء بالثمن تعد كصفة عامة شروطا تعاقدية، وتحدد باتفاق الطرفين لا يملك أي طرف

¹ - د. مطيع على محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص 233، وكذلك د. بته يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 150.

² - د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 119.

³ - A. de laubadere, contrats administratifs, Rec, p 339.

⁴ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 9 مارس سنة 1951، في قضية didonna، والذي قضى بأن الشروط المتعلقة بالالتزام تعتبر مستقرة لا يجوز تعديلها، مشار إليه في كتاب د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 332.

⁵ - فتاوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري، رقم 23 وملف رقم 258 بجلسة 2005/6/22، ص 148، فتوى رقم 25، مشار إليهم لدى: فتاوى اللجنة عن الفترة من أول أكتوبر 2002 إلى مارس 2011، مشار إليه لدى: د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 54.

التحلل منها، أو تعديلها بإرادتها المنفردة من دون موافقة الطرف الآخر، نفاذا لمبدأ ثبات أو جمود تلك الشروط التعاقدية"¹.

ويتضح لنا من خلال ما سبق أن المقابل المالي في العقد له صورة متعددة حسب التزام المتعاقد، فيكون المقابل المالي الذي حصل عليه المتعاقد على صنفين وهما: الأول إذا كان حصول المتعاقد على المقابل المالي مباشر من الإدارة نتيجة تنفيذه للالتزام يسمى (الثمن)، ويكون ذلك في عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل أما الثانية: فهي إذا كان نوع التعاقد هو عقد الامتياز، فالمقابل النقدي الذي يحصل عليه هو (الرسم)، الذي يتقاضاه من جمهور المتفاعلين من الخدمة، ومن هنا نستنتج أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تقتصر على الشروط المتصلة بالمرفق العام، أي التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق العام تتمثل في شروط المتعلقة بالمدة والكمية، وذلك أن غرض الإدارة من سلطة التعديل مرتبط باحتياجات المرافق العامة وليس بالحقوق والمزايا المالية للمتعاقد².

وأما في الجزائر يجب على المصلحة المتعاقدة أن تراعي في إطار الحفاظ على التوازن المالي للصفقة عدم مساس التعديل بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد معها والمتفق عليها في الصفقة، لأن طبيعة الصفقات العمومية يجب أن تتجه لتحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها³.

ثانيا: أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير العقد وموضوعه

عند ممارسة الإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري يجب عليها أن لا يصل هذا التعديل إلى درجة تغيير العقد أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه،

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية: الطعن رقم (9689) لسنة 49 ق.ع، جلسة 2006/1/17، المجموعة الإلكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام 2010. مقتبس من مرجع د. بهيمان حسن جلال، المرجع السابق، ص 116.

² - د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998، ط. الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 43.

³ - د. سبيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 52.

بمعنى أن المتعاقد يجد نفسه أمام عقد جديد¹، فسلطة الإدارة في التعديل مقيدة بألا يتجاوز التعديل نسبة معينة، ومهما كانت احتياجات المصلحة العامة، لان المتعاقد قبل التعاقد على عقد معين وعمل محدد، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتجاوز الإمكانيات الفنية والمالية للمتعاقد معها مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وأن تؤدي إلى تغيير جوهر العقد وموضوعه².

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 29 ديسمبر 1997 في قضية شركة "نيوبولار"، أنه إذا قامت جهة الإدارة باتخاذ إجراء خارج موضوع العقد، وألزمت به المتعاقد معها، فإنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن ذلك³، وكما أضافت أيضاً في حكم لها الصادر في 27 أكتوبر 2010 "ضرورة أن لا يمتد التعديل إلى محل العقد أو إلى شروطه المالية، فإذا كان لا بد فتلزم موافقة المتعاقد على ذلك"⁴.

كما قضت المحكمة الاستئنافية الفرنسية بمدينة (ليون): يجب أن لا يكون تحايل من جهة الإدارة في استخدام سلطتها في التعديل بإضافة أعمال جديدة تخرج عن موضوع العقد، ولم ترد في كراسة الشروط، في حكمها الصادر في 15 ديسمبر 2011 في النزاع الذي تتلخص وقائعه في قيام جهة الإدارة بالتعاقد مع أحد أشخاص لبناء مظلة في أحد الأندية الرياضية، وعقب إبرام العقد وأثناء تنفيذه أضافت أعمالاً إضافية تتمثل في قيام المتعاقد بتزيين المظلة بأعمال الإنارة واللوحات الضوئية أعمال الليزر، وهذا ما دفع مجلس الإدارة إلى الطعن في قرار إضافة أعمال وبنود إضافية، وقد قررت المحكمة إبطال قرار إضافة أعمال إضافية مع بقاء التعاقد الأصلي، حيث إن ما قامت به الإدارة بعد طرح الموضوع للتعاقد، تم إدراج بنود لم ترد في كراسة الشروط، يعد بمثابة تحايل

¹ - د. عمر الخولي، الوجيز في القانون الإداري السعودي، ط. 1، دون دار النشر، 2012، ص 364.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 446.

³ - C.E 29 déc., 1997, Société civil des NEO- POLDERS, cite pascale GONOD, droit administratif, op cit, p 78.

⁴ - 27 oct 2010, Syndicat inter communal des transports publics de Cannet, Monde lieu- la- Napoule, Rec., 850, AJDA, 2010, 20766, cité par: DIDIER Truchet, droit administratif, 2013, op C.I.T, p 279.

- مشار إليه لدى : بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 155.

مخالف للقانون يستوجب إبطاله، وكان على الإدارة أن توضح احتياجاتها الفعلية وقت إعداد كراسة الشروط¹.

وفي مصر سار مجلس الدولة المصري على مسار عليه نظيره الفرنسي ففي حكمه الصادر 1951/12/26 والذي جاء: " أن للإدارة حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرق الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بشرط أن لا يصل التعديل إلى فسخ العقد الأصلي كلياً، وإلا جاز للطرف الآخر فسخه وبشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا احتلت الموازنة في الشروط المالية..."².

و أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في قولها أن " لما كان من المسلم به أن إعمال جهة الإدارة في سلطتها الزيادة في كميات أو حجم العمال المتعاقد عليها يستلزم بالضرورة أن تكون الأعمال الإضافية من ذات جنس ونوع الأعمال الأصلية، وحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عن ذات الفئات الخاصة والأسعار الخاصة لكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية غير مرتبطة الصلة بالأعمال الأصلية فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة"³.

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر تقول " جهة الإدارة المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير ما يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو أن العقد شريعة المتعاقدين كما يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو الحجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد

¹ - د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 259. بة بمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 157.

² - سيف سعد المهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 129، وكذلك د. السيد حميد يونس، عقود المقاولات التي الدولة طرفاً فيها- دراسة مقارنة- بحث مقدم إلى رئاسة مجلس التخطيط والتربية والتنمية الاجتماعية، بغداد، 1970، ص 33.

³ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم(49) الصادرة بتاريخ 2002/1/22 وجلسة 2001/10/3، ملف رقم 440/2/47، قاعدة رقم(163)، مجموعة الفتاوى بشأن العقود، الجزء الأول، ص 559.

الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية، وعلى أن يكون مقابل حق الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء التنفيذ حق المتعاقد معها في المحافظة على التوازن المالي للعقد وتعويضه على الآثار المترتبة على هذا التعديل، سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة؛ حيث تقتصر تلك السلطة على نصوص العقد المتصلة بسير بالمرفق العام ومقتضياته لا يجوز أن تفرض على المتعاقد تعديلات تجعله أمام عقد جديد¹.

وفي الجزائر نصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن ينحصر التعديل في حدود 20% بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وهذه المادة تخص حالة الزيادة في جملة الأشغال والتي تنص على أنه "في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة، ما دامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المفاوضة وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المثوية، حق له فسخ صفقته فوراً..."².

أما في حالة النقص في الأشغال، نصت المادة 31 من نفس الدفتر على أنه: "في حالة إجراء نقص في جملة الأشغال وعدا حالة تطبيق المادة 32 التالية، لا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ما دام التخفيض مقدرا على الأسعار الابتدائية ولا يتجاوز العشرين في المائة من مبلغ المفاوضة وإذا كان النقص أعلى من هذه النسبة المثوية، يجوز للمقاول تقديم طلب تعويض في نهاية الحسابات"³.

ويلاحظ من خلال المادتين السابقتين أنه في حالة زيادة الالتزامات جديدة أو نقصها على المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة عن هذه الحدود، فإنه لا يكون ملزما طبقا للعقد بتنفيذها، وإذا قام بتنفيذها له أن يطالب المصلحة المتعاقدة بأسعار أخرى غير التي اتفق عليها في الصفقة، وله أيضا أن يطالب الإدارة بالتعويض في نهاية الحساب⁴.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن بتاريخ 2006/5/30، مشار إليه في موسوعة د. ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 53.

² - المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 57.

³ - المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة، ص 57.

⁴ - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 117.

ثالثا: أن تستجد ظروف جديدة تبرر ممارسة سلطة التعديل

إن هدف الإدارة من التعاقد هو تحقيق المصلحة العامة، ومما لا شك فيه أن مقتضيات وحاجات المرافق العامة، متغيرة بتغير الظروف الاقتصادية والتطور التكنولوجي والاكتشافات العلمية، ولهذا ظهرت فكرة تغير الظروف، ومقتضى هذه الفكرة التي أبرمت في ظروف معينة، يكون للإدارة الحق في تعديل بعض شروطها، لمواكبة الظروف الجديدة، وتوفير مستلزمات المرفق العام، وتمكين العقد في أن يحقق هدفه من إشباع الحاجات العامة؛ تحقيقا للصالح العام¹.

وفي هذا الصدد اشترط مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه " لكي تستطيع الإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام العقد بحيث تصبح شروط العقد غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق وغير محققة للصالح العام"².

كما سارت المحكمة الإدارية العليا في مصر بذات الاتجاه الموجود في فرنسا فتشترط أن يكون التعديل يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ومن أحكامها في هذا الشأن الذي جاء فيه: " ومن حيث أن سلطة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي في العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة مستهدفة حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام تملك من جانبها وحدها وإيرادتها المنفردة وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها بشرط أن تقضى حاجة المرفق العام أو المصلحة العامة هذا التعديل... وهذا الحق لجهة الإدارة في تعديل العقد بما يشمل عن إنهائه يترتب على ما للعقود الإدارية من تميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة على مصلحة الأفراد الخاصة... ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير

¹ - د. بة بمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 156.

² - د. أحمد عياد عثمان، المرجع السابق، ص 240.

واستمرار المرافق العامة وهي تفترض مقدما حصول تغير ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه...¹.

ويؤكد الأستاذ سليمان الطماوي بقوله: "إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل هي إنها مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة أن أولها قاعدة قابلية للمرفق العام للتغير في كل وقت متى ثبت التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، سواء كانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنها يجب أن تتمكن من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها، ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة"².

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الإدارة عند إبرامها العقد تضع الشروط التي تلاءم سير المرفق العام في ظل الظروف القائمة، فإذا ما تغير الظروف بعد ذلك فإنه يحق لجهة الإدارة القيام بالتعديل في شروط العقد ما يحقق المصلحة العامة، أما إذا لم تتغير هذه الظروف فإنه لا يكون مبررا للتعديل، ويكون من واجب الإدارة احترام الشروط كما تقررت وقت إبرامها³.

رابعا : صدور قرار التعديل في ضوء المبدأ العام للمشروعية الإدارية.

إن تطبيق مبدأ المشروعية الإدارية يعتبر قيد على كافة أعمال الإدارة، باعتبارها سلطة عامة؛ إذ يجب أن يصدر قرار الإدارة بالتعديل مستوفيا لأركان المشروعية الإدارية، حيث يصدر من شخص مختص بإصداره وفي الشكل والإجراءات المقررة ووفقا للقواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم الموضوع، وأن تستهدف تحقيق المصلحة العامة⁴، وهناك بعض الشروط في العقد الإداري قد تقررت بنصوص قانونية أو لائحية فإن الإدارة لا تستطيع تعديل هذه الشروط، وإلا خرجت على مبدأ المشروعية وكان قرارها باطلا، ويكون الطعن بالإلغاء على هذه الإجراءات أما

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 15/11/1992 الطعن رقم(3986) لسنة 35 ق، مشار إليه في كتاب د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 126.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 457.

³ - د. نبيل زرايب، المرجع السابق، ص 115.

⁴ - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 67.

قاضي العقد، ومثالها الجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ والجوانب الفنية وتعريفات الأسعار، فهذه الشروط يجوز تعديلها وحتى دون موافقة المتعاقد، أما الشروط التعاقدية والتي تتعلق بالمزايا المالية للمتعاقد فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة المتعاقد¹.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية نزاع شركات السكك الحديدية يسمى P.L.M أن مرسوم 15 حزيران 1926 نص على أن عقود التوريد التي كانت الإدارة قد أبرمتها، ينص على مثل هذه العقود تعرض للفحص وليس للتصديق المسبق وبناء على مخالفة هذا النص ألغى مجلس الدولة هذا الإجراء².

وهذا ما أكدته محكمة الإدارية العليا المصرية على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، في قولها: "المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي تملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت ووفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، ومن المسلم به أن التعريفه وخطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة..."³.

وكما نصت المحكمة الإدارية العليا بقولها: "...وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة الصادرة عن يملك التعبير عن هذه الإرادة، إذ لا تملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من نيط بهم قانونا هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك أنه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى القيام بهذا التعديل والاعتماد به ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة، فلا يأتي التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 134.

² - قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص نزاع شركات السكك الحديدية المعروفة باسم P.L.M أن مرسوم 15 حزيران 1926، مشار إليه في كتاب د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 122.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (110) لسنة 13 ق.، الصادر لسنة 1977/12/31، مشار إليه في كتاب د. سيف سعد مهدي الدليمي، ص 135.

ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة عن غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد، وتحويل آثاره، وتغيير مقتضاه"¹.

وأما في الجزائر فإن قرار التعديل يجب أن يصدر في حدود المشروعية التي تعتبر المبدأ العام الذي يحكم كافة الأعمال الإدارية، وإذا خالفت الإدارة مبدأ المشروعية تعتبر قراراتها باطلة وفق القانون، وعلى المتعاقد الطعن عليه بالإلغاء أمام القاضي الإداري إذا أمكن تطبيق نظرية القرارات المنفصلة، أو باللجوء إلى القضاء الكامل، إذا كانت سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل قد تناو لها بالتنظيم نصوص صريحة بالصفقة أو دفتر الشروط الملحق بها.

ويقع عبء إثبات عيب الإدارة على عاتق المتعاقد مثل قرار عيب الاختصاص ومخالفة الإجراءات والأشكال أو عيب السبب... إلخ.

وقبل أن يطبق القاضي الإداري بالإلغاء قرار التعديل ينبغي على المتعامل المتعاقد أن يسبب قراره ببيان وجه الخرق في القرار الصادر، كأن يشري في مخالفته إلى ركن الاختصاص أو ركن الشكل... إلخ"².

المطلب الثالث

أوجه علاقة بين سلطي الإدارة الجزائية والتعديل الانفرادي للعقد

تعتبر كلا من سلطة توقيع الجزاء وسلطة التعديل الانفرادي للعقد من امتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية وتتلاقى في العديد من الأوجه وتشابهان من حيث خاصية تعدد مظاهرهما، كما تتميز كل منهما عن الأخرى، بطريقة مستقلة في العديد من الحالات المقررة قانونا، ولهذا ندرس أوجه علاقة التشابه بين سلطي توقيع الجزاء والتعديل في (الفرع الأول)، ثم التمييز بين سلطي الجزاء والتعديل الانفرادي للعقد في (الفرع الثاني).

¹ - حكم المحكمة الإداري العليا، الصادر في الطعن رقم (845) لسنة 9. ق، جلسة 1980/11/22، المجموعة الالكترونية، ص 68.

² - أنظر: المادة 11 من القانون 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 2، على أنه " يجب ان تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة". مشار إليه لدى: د. سبيكي ربيحة، المرجع السابق، ص 69.

الفرع الأول

علاقة التشابه بين سلطتي توقيع الجزاء والتعديل

من المسلم به أنه من مبادئ وأحكام القانون العام المطبقة على العقد الإداري أثناء تنفيذه تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية تميزها عن مبادئ القانون الخاص ومن بين هذه السلطات سلطة الإدارة في توقيع الجزاء وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري لكافة العقود الإدارية، وتشابه السلطتين في نقاط عديدة نذكر منها ما يلي:

1. تنتمي كلا السلطتين الجزائية والتعديل إلى مجال العقود الإدارية؛ حيث تقوم بهما الإدارة بوصفهما سلطة عامة دون اللجوء إلى القضاء، بحيث تعتبران السلطتان مظهران من مظاهر السلطة العامة¹.

2. تتشابه كلا السلطتين من حيث نطاق التطبيق من طرف الإدارة فكلاهما يكون في إطار الالتزامات التعاقدية، فتفرض الإدارة الجزاء في حالة إخلال المتعاقد بأحد التزاماته التعاقدية، وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة التعديل تقوم الإدارة بالتعديل في بنود العقد كلما دعت الضرورة ذلك².

3. يترتب على التعديلات التي يمكن أن تقوم بها الإدارة، لا سيما في طبيعة الأشغال أو كمياتها، أو مددها؛ عدم توقيع الإدارة على المتعاقد الجزاءات المتعلقة التي كانت مقررة قبل إجراء هذا التعديل، وذلك كأن يترتب على إجراء التعديل تأخير تسليم الأشغال، أو التوريدات المطلوبة في المواعيد المقررة قبل إجراء التعديل، وكذلك كأن يتقرر تبعا للتعديل تغير في المواصفات المطلوبة في هذه الأشغال، أو التوريدات ففي هذه الحالة لا يتصور فرض تلك الجزاءات التي كانت مقررة فيما إذا لم تقم الإدارة بإجراء التعديل.

4. تتشابه كلا السلطتين الجزائية والتعديل في أن القانون وضع حدودا ونسبا معينة بالنسبة لإجراءات التعديلات، وكذلك الحال بالنسبة للجزاءات المالية.

¹ - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 182.

² - ويقول : (Bonnar) " أن التعديل الانفرادي لا يفترض أن يؤدي إلى إهدار قاعدة التزام العقد لطرفيها، وإنما يعني أن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة، تستلزمه طبيعة العقد الإداري واتصاله بالمرفق العام؛ (في مؤلفه موجز القانون الإداري)، المرجع السابق، ص 620، مشار إليه لدى: د. عبد الرزاق باخيرة، ص 183.

5. إن في كلا السلطتين تمنح جهة الإدارة المتعاقدة المهلة الزمنية المحددة قانوناً، لا سيما تلك الأعباء والإضافات في العقد الإداري التي يكلف المتعاقد القيام بها عند ممارستها سلطة التعديل، وكذلك الحال بالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر معها.
6. تتلاقى كلا السلطتين في حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من توقيع الجزاء عليه، وذلك كأن يترتب عن إجراء الإدارة لبعض التعديلات إعفاؤه من غرامة التأخير مثلاً¹.
7. من خلال دراستنا لمظاهر السلطة العامة تبين لنا أن سلطة الإدارة في التوقيع الجزاء على المتعاقد معها وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري مقيدة ولها ضوابط قانونية تحكمها وليست مطلقة، والتي من خلالها تمنح للمتعاقد الحماية القانونية من تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها.
8. يتمتع المتعاقد مع جهة الإدارة في كلا السلطتين (الجزائية والتعديل) الحق بالمطالبة بالتعويض في حالة ما لحقه ضرر جراء التعاقد.
9. تهدف جهة الإدارة من خلال ممارستها لكلا السلطتين تحقيق المصلحة العامة وضمان حين سير المرفق العام بانتظام واطراد.

الفرع الثاني

التمييز بين سلطتي الجزاء والتعديل الانفرادي للعقد

تتميز سلطة توقيع الجزاء عن سلطة التعديل في عدة النقاط يمكن استخلاصها كما يلي:

1. يختلف هدف الإدارة خلال ممارستها السلطتين؛ حيث يعد استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي هو حدوث تغيير ما في الالتزامات التعاقدية مواكبة للتغيرات التي تلازم المرفق العام ويُلبي حاجاته ومقتضياته بالدرجة الأولى، بينما عند ممارسة جهة الإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد مخل بالالتزامات يعتبر أحد أهدافها الجزائية، التي تحقق من خلاله جبر الأضرار التي قد تصيب المرفق العام.
2. تقوم الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد إذا أحل بالالتزامات، بينما في سلطة التعديل ينعقد شرط خطأ المتعاقد تماماً.

¹ - د. عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 184 وما بعدها.

3. قد تؤدي ممارسة جهة الإدارة لسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، بينما في سلطة التعديل الانفرادي للعقد لا يؤدي إلى فك الرابطة التعاقدية بين المتعاقد وجهة الإدارة.
4. إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية تقوم الإدارة بتوقيع الجزاء المناسب عليه وهنا تقع مسؤولية التعويض على عاتقه، بينما في سلطة التعديل، فإن جهة الإدارة هي التي تلقي بالأعباء الزائدة على المتعاقد ولهذا مسؤولية التعويض تقع على عاتقها¹.
5. يتميز نطاق وحدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد عن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لكافة عقودها الإدارية²، وعلى سبيل المثال: فإن الإدارة لا تستطيع أن تفرض على المتعاقد إجراء تعديلات معينة على العقد كجزاء من الجزاءات، وكذلك فإنه من المستحيل اعتبار تعديل شرط من شروط العقد يهدف لمعاقبة المتعاقد.
6. إن ممارسة جهة الإدارة لسلطة التعديل بإرادتها المنفردة لا يجب أن يصل إلى درجة فسخ العقد، وإلا أصبحنا أمام سلطة توقيع الجزاء الفسخ من جانب واحد - الإدارة - وعندها يكون للمتعاقد اللجوء إلى القضاء لمطالبة الإدارة بالتعويض³.

¹ - د. عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 190.

² - يشير د (عوابدي عمار) " إلى أن نطاق سلطة الإدارة في تعديل التزامات وشروط العقود الإدارية يمتد ليشمل الالتزامات والشروط المتعلقة بالمرفق العام؛ في (مؤلفه القانون الإداري)، الجزء الثاني، النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 218. ولمزيد من التفاصيل حول نطاق سلطة الإدارة في = تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، راجع في ذلك د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية المرجع السابق، ص 349 وما بعدها، وكذلك د. سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 101، وكذلك سامال اسكندر محمد، سلطة الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليه - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015، ص 124.

³ - وهذا ما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية في المادتين (30، 31) بأنه: " يحق للمقاول طلب فسخ العقد في حالة تجاوز الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه في هذه الدفاتر وهو 01/06 مبلغ المفاوضة، علاوة على التعويض الذي يحصل عليه المقاول في حالة تضرره من جراء ذلك"، د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 282، وكذلك د. عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 191.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر بتاريخ 1970/04/11، المجموعة، السنة 15 ق.، ص 264، وكذا فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، جلسة 1989 /04/05 المنشور في مجموعة مبادئها الستتان 43 و44، قاعدة رقم 112، ص 309، مشار إليه لدى: د. عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 192.

الباب الثاني

الضوابط القانونية للسلطة الجزائية للإدارة

أثناء تنفيذ العقد الإداري

إن للعقد الإداري نظاما قانونيا خاصا، والذي جعله يتميز عن العقد المدني، بحيث أصبحت الإدارة المتعاقدة بمركز قانوني أعلى من المتعاقد معها، يتيح لها إدارة العقد دون أن يستطيع المتعاقد الاعتراض عليها، مستندا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تحكم العقد المدني في جميع مراحلها¹.

ومن هذه الزاوية فالإدارة تسهر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، من أجل النفع العام وتحقيق المصلحة العامة، ولهذا الغرض أقر الفقه والتشريع للإدارة بسلطات وامتيازات مهمة، وهذه الامتيازات تتمثل في السلطة الجزائية التي تعتبر أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة، وكذلك سلطتها في الرقابة والإشراف وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد بإرادتها المنفردة وهو ما لا يقل أهمية عن سلطتها الجزائية والرقابية، ومما لا شك فيه أنه هناك علاقة وطيدة بين السلطة الجزائية وبقية السلطات الأخرى التي تتمتع بها الإدارة كما رأينا في الباب الأول من هذا البحث، وتبعاً لذلك فالإدارة رغم تمتعها بكافة هذه السلطات إلا أنها ليست مطلقة، بل هناك ضوابط قانونية تحكمها وهي بمثابة حماية للمتعاقد وضمانة له تجاه تعسف الإدارة، وبرزت هذه الضوابط التزام الإدارة بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، ويعتبر هذا الالتزام إجراء جوهري يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء كقاعدة عامة، وكذلك فإن قرار الإدارة في توقيع الجزاء يخضع لرقابة لاحقة من قبل القضاء سواء من زاوية المشروعية أو الملائمة، فالرقابة القضائية على الجزاء الإداري يعتبر الضابط الثاني على سلطة الإدارة وقيدها لها.

وبناء على ما تقدم، نتطرق بالدراسة في هذا الباب إلى فصلين، **الفصل الأول** يتمثل في الضوابط السابقة الإجرائية والموضوعية على السلطة الجزائية للإدارة المتعاقد مع الإدارة، أما **الفصل الثاني** خصص لدراسة الرقابة القضائية كضابط لاحق على الجزاء الإداري.

¹ - د. أحمد سلمان خريبط، المرجع السابق، ص 63.

الفصل الأول

الضوابط السابقة الإجرائية والموضوعية

على السلطة الجزائية للإدارة

يُولد العقد الإداري كغيره من العقود التزامات متبادلة بين طرفيه الإدارة والمتعاقد، وإذا كانت الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات واسعة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية - كسلطتها في توقيع الجزاءات سواء أنص العقد أم لم ينص عليها كما ذكرنا ذلك في الفصل الأول من دراستنا، بحكم أن هذه الإدارة تسعى لتحقيق المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد- فإن ذلك لا يحررها من وجوب احترام التزاماتها التعاقدية؛ إذ تنشأ في مواجهتها التزامات عديدة يجب الوفاء بها وإلا تحققت مسؤوليتها العقدية، وهذه الالتزامات تعد ضوابط تحكم الإدارة في أثناء ممارستها لهذه السلطة،

وكذلك تعد هذه الضوابط ضماناً للمتعاقد تجاه الإدارة.

ومن أبرز هذه الضوابط التي يقر الفقه والتشريع للسلطة الجزائية للإدارة، التزامها بإعذار

المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، ولهذا ندرس في هذا الفصل الضوابط الإجرائية في (مبحث

أول)، والضوابط الموضوعية في (مبحث ثان).

المبحث الأول

الضوابط الإجرائية

يعتبر الإعذار من الضوابط الإجرائية الأساسية السابقة على توقيع الجزاء الإداري، ومن الضمانات المهمة في مجال العقود الإدارية؛ والحكمة من إعذار المتعاقد من طرف الإدارة تدارك المتعاقد أخطائه قبل توقيع الجزاء عليه، وعدم إعذاره قد يتسبب بالحاق خسائر فادحة به دون منحه الفرصة المناسبة ليصحح الخلل أو التقصير الذي وقع فيه، وعلى ضوء ذلك يقع على عاتق الإدارة بوصفه قاعدة عامة التزام بضرورة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، وإلا أصبح قرارها غير مسبوق بالإعذار معيياً جزائياً، قابلاً للبطلان¹.

ولدراسة هذا الضابط الإجرائي، وأثره في تحقيق مشروعية الجزاء التعاقدية، نقسم هذا المبحث إلى تعريف الإعذار في (المطلب أول)، ثم وجوب الإعذار بالجزاء في (المطلب الثاني)، ووسيلة الإعذار وشكله ومضمونه وشروطه في (المطلب الثالث)، وكذلك حالات الإعفاء من الإعذار في (المطلب الرابع).

المطلب الأول

تعريف الإعذار بالجزاء

Mise en demeure

يعد الإعذار (Mise en demeure) بالجزاء ضماناً من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، وذلك للحد من تجاوز سلطة الإدارة في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات كما أسلفنا الذكر.

¹ - د. عبد الله النواف العتري، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 196.

يقصد بالإعذار وضع المتعاقد قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزاماته، فهو لا ينشئ حالة قانونية جديدة؛ بل هو إجراء تمهيديّ سابق قبل تطبيق الجزاءات القانونية على المتعاقد مع جهة الإدارة.

ويعرف أيضاً بالتنبيه أو الإنذار الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد، وتوضح له الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمرة بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد وفق القواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، تحت طائلة اتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه، الذي يتخذ في مجمل الأحوال طابع الجزاء الإداري.

والإعذار هو أمر منطقيّ تفرضه قواعد العدالة؛ ذلك أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق العام، ومن ثمّ يمكن له بعد إعذاره أن يصحح من هذه المخالفة وتنتهي المشكلة عند هذا الحد؛ كما أنه يعني أيضاً إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة مناسباً، إذا استمر في هذه المخالفة¹.

كما أن الإعذار في القانون الفرنسي يعتبر تدبير وقائي²، وغالباً ما يسبق توقيع الجزاءات التي تفرضها الإدارة ويكون هدفها وقاية المتعاقد وإعطائه فرصة لتدارك أخطائه، قبل اتخاذ التدابير القانونية الصارمة في حقه³.

وهذا تطبيقاً لنص المادة 1136 من القانون المدني الفرنسي والتي جاءت كما يلي: " لا تكون التعويضات مستحقة الأداء إلا حينما يكون المدين قد وجه إليه إنذاراً".

وعرفت المادة أعلاه من القانون الفرنسي الإعذار على بكونه: " أن المدين يوجه إليه الإنذار إما بطريقة الإخطار، وإما عن طريق كل مستند مكافئ، وإما بفعل الاتفاقية

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 93.

² -Thierry debar, lexique juridiques, op. cit, p 1224." Injonction adressée par une autorité administrative, dans les cas prévus par les textes, pour ordonner à un particulier ou à une collectivité publique de prendre une mesure obligatoire ou de mettre fin à un comportement illégal".

³ -H. polak, thèse précité, p 51.

التي تؤكد على أن المدين وجه إليه إنذار بدون حاجة للإثبات، وبفعل وجود أجل محدد".

ويتضح لنا من خلال المادة أن فقهاء القانون الإداري الفرنسي يسلمون بضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها حين يتأخر في التنفيذ أو يمتنع عن التنفيذ، وتمهله فرصة ليتدارك أخطائه وينفذ التزاماته وتعلمه بالجزاء الذي سوف توقعه عليه¹.

ولا يقتصر الإعذار فقط، على إنذار موجه إلى المتعاقد، ولكنه يفرض على الإدارة منح مهلة معقولة للملتزم الذي لم يبذل كل جهده لتنفيذ التزاماته، وأن تناقش الإدارة معه في ملاحظاته وأوجه دفاعه. فالإعذار يعد من أهم الضمانات التي يتعين توافرها للمتعاقد، لا سيما عند اتخاذ بعض الجزاءات، كفسخ العقد، أو التنفيذ على حسابه، أو غيره من الجزاءات العقابية؛ ولذا قضي بأنه يتعين لتنفيذ العملية على حساب المقاول إخطاره بوقوع المخالفة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، حتى يتسنى له إصلاح تلك المخالفة، فإذا ثبت عدم إخطاره فلا وجه لإلزامه بالمبالغ الناجمة عن التنفيذ على حسابه².

وعليه، إذا كانت السلطة الجزائية للإدارة الحق في ممارسة بعض الإجراءات الخطيرة، فعليها في المقابل التزامات اتجاه المتعاقد معها، كنوع من الحماية القانونية له ومن أبرزها إعداره قبل توقيع الجزاء عليه لمنحه فرصة لتدارك أخطائه وتصحيحها، ويعتبر الإعذار من الضمانات المهمة التي يجب على الإدارة الالتزام بها، وإعطاء الإدارة مهلة للمتعاقد المقصر من شرح الظروف وتبيان الأسباب التي أدت به إلى الإخلال بالتزامه.

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 455.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 24 / 2 / 2004م، في الطعن رقم 45/8229، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005م، الجزء الأول، ص 84.

ومن هذه الزاوية فالإعذار بهذين الإلزامين للسلطة الجزائية للإدارة، يعد تطبيقاً لإحدى الضمانات المكفولة للمتعاقد في مواجهة الإدارة، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Veuve trompiez* إلى أنه طبقاً للمبادئ العامة للقانون المطبقة بذاتها حتى في حالة عدم وجود نص، أن الجزاء لا يمكن توقيعه قانوناً دون أن يحاط المتعاقد علماً بالاتهامات الموجهة إليه حتى يعد دفاعه، وأن يجب تبعاً لذلك أن يخطر صاحب الشأن مقدماً بأساس الاتهامات المنسوبة إليه؛ بحيث يتمكن من أن ييدي في هذا الموضوع جميع الملحوظات التي يقدر ضرورتها¹.

بالإضافة إلى حكم *Maillon* الذي جاء فيه: " أن العقوبة لا يمكن توقيعها دون إحاطة صاحب الشأن بالاتهامات المنسوبة إليه حتى يعد دفاعه، ولذلك يجب إخطاره مقدماً بالاتهامات الموجهة إليه.

ويتضح لنا من خلال ما سبق أن الإعذار وحقوق الدفاع وجهان لعملة واحدة يستطيع أن يغني الأول عن الثاني، لأنه يهدف لذات الغاية التي يسعى الإعذار إليها².

المطلب الثاني

وجوب الإعذار بالجزاء

يرى الفقهاء أن وجوب الإعذار بالجزاء شرط مهم قبل فرض الجزاء على المتعاقد مع الإدارة، ومن باب المقارنة نحاول دراسة في هذا المطلب كل من وجوب الإعذار بالجزاء في كل من فرنسا في (فرع أول)، مصر في (الفرع الثاني)، والجزائر في (الفرع الثالث).

¹ - Long Weil Brabants, Del volve, et Genevoix, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 2003, p133.

² - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 199.

الفرع الأول

في فرنسا

قيد مجلس الدولة الفرنسيّ جهة الإدارة بضرورة إنذار المتعاقد معها¹، وتنبهه إلى الخطأ الذي ارتكبه قبل فرض الجزاء عليه، فالإعذار هو التزام ضروري بالنسبة لبعض الجزاءات مثل غرامات التأخير (Pénalités de retard)، وجزاء فسخ العقد (Résiliation).

أما في الجزاءات الأخرى؛ مثل جزاء وضع المشروع تحت الحراسة (La mise sous séquestre)؛ فإن الفقهاء مختلفون حول ضرورة الالتزام بتوجيه إعذار للمتعاقد قبل فرض هذا الجزاء عليه. يستفاد ذلك من بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسيّ لتعميم هذا الالتزام، ومنها حكم مجلس الدولة الصادر في 11/6/1941م بخصوص قضية (Grenouiller)².

وحكم الصادر بتاريخ 21 يناير سنة 1921 في قضية³ Compagnie des salîtes، وأيضا حكم الصادر في 03 نوفمبر سنة 1961 في قضية⁴ Garreau وعليه، فالإعذار كما يراه مجلس الدولة، هو تدبير إعداديّ لا يعلق العقد؛ إذ تشترط دفاتر الشروط توجيه إعذار للمتعاقد مع الإدارة. قبل اتخاذ أيّ تصرف تجاه المتعاقد المخل بالتزاماته⁵.

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 158.

² - أنظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 506، وأورد مجموعة الاجتهاد الفرنسي، ص 124، وقد جاء في هذا الحكم قول المجلس:

"Aucune clause du contrat ne dispensait la commue en cas d'inexécutions par le avant contractant d'un de ses engagements de l'obligation de la mètre en demeure que ne soient prises les sanctions que pouvaient comporter ses manquements".

³ - حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 21 يناير سنة 1961، ص 56.

⁴ - حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 03 نوفمبر 1961، مجلة القانون عام سنة 1962، ص 377. أشار إليه د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 172.

⁵ - د. فارس علي جان كبير، المرجع السابق، ص 80.

كما استقر الفقه الفرنسيّ على أن إهمال الإجراءات الشكلية التي تسبق فرض الجزاء مثل توجيه إنذار للمتعاقد مع الإدارة، قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من النتائج المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت جسامة المخالفات أو الأخطاء المنسوبة إلى هذا المتعاقد¹.

ومن ثم؛ إن إهمال إجراء الإعذار معييا من حيث الشكل، مما يؤدي إلى بطلان الإجراء المتخذ من قبل السلطة الإدارية².

وعلى هذا الأساس؛ يجب أن يتضمن الإعذار بياناً دقيقاً للمخالفات المرتكبة، وكيفية تجنبها، بالإضافة إلى تحديد المدة أو المهلة الكافية لإفساح المجال للمتعاقد لإصلاح المخالفة بعد إعذاره وقبل فرض الجزاء عليه³.

ومن هذا نستنتج، أن الإعذار بالجزاء هو إجراء جوهري على سلطة الإدارة قيام به قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، في حالة تقصير هذا الأخير بتنفيذ التزاماته⁴.

الفرع الثاني

في مصر

إن المادة 48 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية لا تشترط وجوب توجيه الإعذار للمتعاقد قبل توقيع الجزاء، ويكون ذلك حسب ما نصت المادة المذكورة "... في حالة عدم الالتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد يحصل مقابل التأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه، أو إنذار، أو اتخاذ أي إجراء آخر..."⁵.

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 158.

² - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص ص 93 و 94.

³ - د. حسان عبد السمیع هاشم، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 241.

⁵ - أنظر: المادة 48 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، المرجع السابق، ص 32.

لكن محكمة القضاء الإداري المصريّ كان لها رأي آخر، وجعل من الالتزام بالإعذار قاعدة عامة المستمد من أحكام القانون المدني المصري ففي حكم له صدر في 1953/06/21م جاء فيه: "والأصل فيه الإعذار إن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على النحو يضار الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف وفق أحكام المادة (120) من القانون المدني الملغى، والمادة (218) من القانون المدني الجديد، إذ إن المسؤولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها إعذار المدين، كما يجب أن يتم هذا الإعذار فور التأخير، وأن يتضمن تكليفاً صريحاً جازماً بالتنفيذ"¹.

كما يرى الفقه المصريّ أن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني المتعلقة بالإعذار يتوجب العمل بها في نطاق العقود الإدارية. وطبقا لهذه النصوص، فإن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها قبل فرض الجزاء عليه. كذلك فإن القضاء المصريّ هو الآخر يقرر وجوب الإعذار قبل توقيع الجزاء².

وكما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في حكمها المؤرخ في 1992/06/02 بقولها: "... وأيا كان الرأي في هذا الشأن ما أصاب إبرام العقد من تأخير، وتراخي حتى تمام التوريد وإثارة عدم مطابقة الكميات بعد توريدها بالكامل وكذا الاختلاف بشأن العينات التي يعاد تحليلها والمعمل الذي يقوم بذلك فإن إخطار معهد بحوث الإنتاج الحيواني بتاريخ 1995/1/3 كلية الزراعة بوجوب سحب الكميات المفروضة وتوريد الصنف المتفق عليه وقيام الكلية بسحب تلك الكميات يحول دون اتخاذ إجراء التنفيذ على حساب وهو ما قام به المعهد بالمخالفة لحكم المادتين

¹ -حكم محكمة القضاء الإداري المصري المرقم 719 لسنة 5 ق، مجموعة المكتب الفني، س7، ص 1643، مشار إليه : د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 506.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4393 لسنة 37 ق، جلسة 1994/2/8، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً، من عام 1955م حتى عام 2005م، الجزء الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، د. ت. ن، ص 2305.

الملغتين 90 و91 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري... حيث أصدر أمر التوريد رقم 75 بتاريخ 1994/11/30 - قبل إخطار الكلية بسحب الكمية المرفوضة لمتعهد آخر لتوريد كمية من نفس الصنف المشار إليها فمن غير المتصور التنفيذ على الحساب قبل إخطار المتعهد بسحب الكميات المرفوضة وتوريد بدلا منها، وإلا فما الفائدة من إخطار المتعهد بتوريد كمية بديلة للكمية المرفوضة..."

وليس شرطا أن يكون الإعذار في قالب معين، وإنما للإدارة الحرية في التبليغ بالطريقة التي تراها مناسبة لذلك، أما الوضع في فرنسا فإن طريقة تبليغ المتعاقد تكون بموجب رسالة موجهة للمتعاقد، أو وفقا للطريق الإداري الذي تحدده الإدارة في العقد¹.

وتجدر الإشارة إلى أن موقف مجلس الدولة المصري يختلف عن موقف نظيره الفرنسي؛ إذ إن القضاء المصري لا يلزم الإدارة بإعذار المتعاقد المقصر قبل فرض الجزاء عليه باستثناء عقد التزام المرافق العامة²، ففي حكم محكمة القضاء الإداري المصري لم تلزم الإدارة بإعذار المتعاقد معها، ولكنها من باب الملائمة استحسنت توجيه إنذار للمتعاقد المقصر بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك لمنع من الاستمرار في التأخير والتقصير³.

¹ - الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فتوى رقم 602، جلسة 1992/6/8، ملف رقم 2744/2/32، أوردها د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 37.

² - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 204.

³ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 97، وكذلك د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 282.

الفرع الثالث

في الجزائر

يشترط قبل توقيع الجزاء على المتعاقد في الجزائر ضرورة إعداره مع تحديد أجل معقول لتنفيذ التزاماته؛ حتى يتدارك المتعاقد أخطائه ومن ثم محاولة تصليحها؛ فإذا انقضت مدة الإعدار ولم يستجيب لها كان للإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاء عليه، وهذا ما نصت عليه المادة (149) حيث جاء فيها: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقد إعداراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقد أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...¹.

ومن خلال تحليل مضمون المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد نص على الإعدار صراحة إذا أخل المتعاقد بالتزاماته تجاه الإدارة المتعاقدة، وإذا لم يتدارك المتعاقد الإعدار في الفترة المحددة له في هذه الحالة للإدارة المتعاقدة الحق في فسخ الصفقة العمومية.

كما أن المشرع الجزائري سار على نهج نظيره الفرنسي؛ حيث اعتبر شرط الإعدار ضرورة تفتضيها طبيعة الجزاء الصادر من السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقد معها، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حرص على وجوب إعدار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه، ولا يوجد أي سبب أو داعي لاستبعاد هذا الإجراء القانوني².

¹ - المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 77.

² - د. سيبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 132.

المطلب الثالث

وسيلة الإعدار وشكله ومضمونه وشروطه

نظرا لأهمية الإعدار بوصفه ضابط من ضوابط الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد، لا بد لنا من دراسة وسيلة الإعدار وشكله ومضمونه وشروطه، في المطالب الآتية:

الفرع الأول

وسيلة الإعدار

نصت لائحة المناقصات والمزايدات للقانون رقم 89 لسنة 1998م الملغى في المادة (87) منها أنه على: "المقاول بمجرد إتمام العمل إخلاء الموقع من جميع المواد والأتربة، وأن يمهده وإلا كان للجهة الإدارية الحق - بعد إخطاره بكتاب موصى عليه في تنفيذ ذلك على حسابه.. ويوجه للمتعاقد على موطنه المبين في العطاء". هذا يتفق مع القواعد العامة في إجراءات تنفيذ العقود الإدارية التي تنص على قيام السلطة المختصة بإخطار متعاقدتها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد¹، ونصت المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات الحكومية التي ترميها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 الحالي في المادة (48) على أنه: "يكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة يخطر به المتعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، مع تعزيزه في الوقت ذاته بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال على عنوانه المبين في العقد".

¹ - اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998(الملغى)، المادة 75 الخاصة بالفسخ، المادة 77 الخاصة بالوفاء، والمادة 87 الخاصة بالتنفيذ على حساب المقاول، والمادة 86 الخاصة بسحب العمل من المقاول.

كما أن هذا يتفق مع المادة (219) من القانون المدني المصري التي نصت على أن يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر.

أما وسيلة الإعدار في الجزائر فإنه يبلغ إلى المتعاقد مع الإدارة برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام، وينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما يحزر باللغة العربية والأجنبية، ويسري مفعول هذا الإعدار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة¹.

الفرع الثاني

شكل الإعدار

Forme de la mise

من المستقر عليه في مجال العقود الإدارية أن الإعدار ليس له شكل محدد، والإدارة غير ملزمة بذكر تفاصيل تقصير المتعاقد معها كافة. كما لها السلطة التقديرية في توجيه الإنذار للمتعاقد أو العدول عنه، لها أيضاً الحق بالتمسك بالخطأ المنسوب للمتعاقد، وإنذاره من جديد. ويشترط في عدول الإدارة من توجيه الإنذار أن يكون صريحاً، أو كنتيجة لموقف إيجابي من الإدارة؛ بحيث لا يكفي عدول الإدارة من توجيه الإعدار بمجرد تراخي المتعاقد أو مرور فترة زمنية طويلة بين توجيه الإنذار وفرض الجزاء عليه².

¹ - د. سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 147. وكذلك د. عمار بوضيف، المرجع السابق، ص 33.

² - أنظر: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 507. وكذلك د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 178.

وأيضاً فيما يتعلق بطريقة الإعذار، ففي فرنسا وطبقاً للقواعد العامة، فإن الإدارة تقوم بإعذار المقاول حسب الطرق المحددة في العقد الإداري المبرم بين الطرفين، كما يمكن أن يتم عن طريق تسجيل رسالة موجهة إلى المقاول¹.

أما في مصر، فإن الإعذار يتم عن طريق توجيه إنذار للمدين وحسب ما هو مذكور في القانون المدني المصري².

كما أنه ليس من الضروري أن تحدد الإدارة في الإعذار كل ما هو مطلوب من المتعاقد المقصر وإنما يكفي تنبيهه إلى الوفاء بالتزاماته وإلا وقعت الجزاء عليه.

بالإضافة إلى أنه يجوز للإدارة أن تبلغ المتعاقد المخل بالتزامه معها بأوجه مخالفته والمدة التي يمكن أن تمهله إياها حتى يتدارك ما فاتته ويصحح خطأه، كما يجب أن يعبر الإعذار عن إرادة الإدارة ويجب توجيهه مباشرة إلى المتعاقد مع الإدارة، وكذلك يجب أن يكون الإعذار واضحاً لا يشوبه أي غموض أو عدم الفهم، وأن يكون الجزاء مطابقاً للسبب المتضمن الإعذار³.

وأما بالنسبة للجزائر فقد نصت الفقرة 4 من المادة (149) على شكل الإعذار أنه: "... يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك أجال نشره في شكل إعلان قانوني"⁴.

¹ - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 97. وكذلك فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 78.

² - أنظر القانون المدني المصري (النافذ) رقم 131 لسنة 1948م، المادة 219 منه: "يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي: بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل للوفاء بالتزاماته دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر".

³ - د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص 89، وكذلك د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 460.

⁴ - المادة 149 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 275-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 77.

ويتضح لنا من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري حدد صراحة أن الوزير المكلف بالمالية هو من يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره، كما ينبغي على السلطة الجزائية للإدارة بالتقيد بالشكلية المحددة قانونا من قبل المشرع.

و بالرجوع لعقد الأشغال العامة في الجزائر نجد أن الإدارة غالباً ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبية المعني قبل اتخاذ الإدارة أي إجراء ضد المتعاقد وهذا ما تؤكد الإعدارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد¹.

الفرع الثالث

مضمون الإعذار

Contenu de la mise en demeure

لقد نصت المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م الملغى على أنه: "إذا أحل المقاول... كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءات التالية وفق ما تقتضيه المصلحة العامة:

- فسخ العقد.

- سحب العمل من المقاول، وتنفيذه على حسابه الشروط والمواصفات المعلن عنها ذاتها.

وبناء على ما تقدم، يجب أن يتضمن بيان الإعذار المخالفات التي ارتكبها المتعاقد مع الإدارة، وكيفية تفاديها، كما يجب أيضاً تحديد المهلة، وأن تكون المهلة كافية، وكذلك نصت المادة(51) من قانون تنظيم التعاقدات الحكومية التي ترمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 السابقة الذكر على أن يكون الإعذار مسبباً من السلطة المختصة يخطر به المتعاقد المخل بأحد شروط العقد خلافاً جوهرياً.

¹ - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، المرجع السابق، ص 33.

وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة (1/39) من دفتر الشروط الخاص بعقود الأشغال العامة في فرنسا وهي مهلة خمسة عشر يوماً فيما إذا كانت هناك حالة الاستعجال وللقاضي السلطة التقديرية في مدى كفاية هذه المهلة من عدمه¹. ويجب أن يعبر الإعذار عن إرادة الإدارة دون شك في استخدامها لوسائل أخرى، فلا تعد الأوامر المصلحية التي يصدرها المهندسون إعداراً؛ فالإعذار توجهه السلطة المختصة التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط، وفي حالة عدم تحديد السلطة المختصة باتخاذ إجراءات تحضيرية، يجب أن تكون عبارات الإعذار واضحة وقاطعة في الدلالة عليه، وفي حالة غموض عبارات الإعذار يقوم القاضي الإداري بتفسير الإرادة المفترضة لطرفي العقد، وفي حالة التزام العقد الصمت لا يكون الجزاء واجب التطبيق؛ إذ يجب أن ينص العقد على أجل لانتهاء الالتزام أو تحديد مهلة لتنفيذ الخدمة، ويسمح الإعذار أن تفرض الإدارة على المتعاقد معها احترام الالتزامات التي تعاقدها، أو على أقل تقدير أن يصدر التدابير التي تكفل التنفيذ السليم للمهلة المكلف بها، ومن ثم فالإعذار يقوم بدور وقائي في المقام الأول؛ لأن موضوع أو مضمون الإعذار يكمن في السماح للمتعاقد بالاحتجاج بحقوقه ضد المآخذ الموجهة ضده².

والغاية من فرض العقوبة على المتعاقد لتقصيره وإخلاله بالتزاماته فإنه يوجد محلاً لتطبيق المبدأ العام لاحترام حقوق الدفاع، حتى يتمكن صاحب المصلحة من مناقشة الأسباب التي دفعته لارتكاب المخالفة³.

كما أوجب القضاء الإداري الفرنسي ضرورة أن يتضمن قرار الإعذار المخالفات المنسوبة إلى المتعاقد المقصر والمخل بالتزاماته التعاقدية وهو الإجراء الذي تتولى الإدارة القيام به⁴.

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 460.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 461.

³ - د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 277.

⁴ - C.E, 20 juil. 1934, debrum, Rec., p 850.

الفرع الرابع

شروط الإعذار

حتى يحدث الإعذار أثره صحيحا، يجب أن تتوفر فيه عدة شروط حددها القانون، أولا يجب أن تكون الإدارة هي المختصة في إصدار القرار، وثانيا أن يكون الإعذار واضحا ومبينا للمخالفات المنسوبة للمتعاقد، كما يجب على الإدارة إعطاء مهلة للمتعاقد ليصحح خطأه ثالثا.

أولاً: أن يصدر القرار من الجهة الإدارية المختصة

يجب أن يكون الإعذار صادرا من الجهة الإدارية المختصة، وأن تخطر به المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بشكل صريح¹، وعلى سبيل المثال، لا يمكن اعتبار الأوامر المصلحية التي يصدرها المهندسون، أو بعض الموظفين إعدارا، ما لم تصدر أو تصدق عليها الجهة الإدارية المختصة المتعاقدة².

ثانياً: شروط وضوح الإعذار

يجب أن يكون الإعذار مبينا للمخالفات التي اقترفتها المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته مع سلطة الإدارة وواضحا، حتى يتسنى للمتعاقد المقصر مع الإدارة، تفادي هذه المخالفات ومحاولة تصحيحها، وهذا الأمر إلزامي، مما لا شك فيه أن هذا المتعاقد إذا علم بأخطائه قد يصححها، أو على الأقل يتجنبها³.

ثالثاً: شروط المدة الزمنية

إن شرط المدة في مجال العقود الإدارية عنصر جوهري، فيجب تحديد مدة معينة بين الإعدار وتوقيع الجزاء، على أن تكون تلك المهلة المحددة قانونا معقولة، حتى يتدارك المتعاقد المقصر مع جهة الإدارة الأخطاء والمخالفات التي ارتكبها ومحاولة منه تصحيحها

¹ - إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم 2/349، في 1979/12/31، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 22.

² - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 200.

³ - د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 217.

فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية قضى بأنه: "يتعين على الإدارة، إن هي رأت توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ التزاماته، أن تقوم بإنذاره بضرورة تنفيذ هذه الالتزامات... ويتعهد بضرورة القيام بتنفيذ التزامه طبقاً للعقد، أو على الأقل بمطالبتة بتقديم ملاحظاته ودفاعه مع إعداره،... وأن الإنذارات الشفوية التي يوجهها المختصون إلى المتعاقد لا تقوم مقام الإنذار في هذا الشأن"¹.

كما أن الهدف من الإعدار هو منح الجهة الإدارية المختصة المتعاقد المقصر أو المخل بالتزاماته مدة زمنية لإصلاح أو تنفيذ التزاماته التي تأخر عن تنفيذها، وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها: "أن منح الجهة الإدارية للمورد المتأخر مقصود به الإعدار ذلك المورد، واستنهاض همته وحثه على القيام بسرعة توريد ما تعهد به، ومن المفروض أن المهلة لا تمنح إلا بعد انتهاء الميعاد المحدد بالعقد وأنها تمنح للمورد المتعاقد إذا ما أبقت عليه رغم تجاوزه المدة المحددة للقيام بالتنفيذ، ليقوم بنفسه بتنفيذ العقد وتوريد الكميات المتعاقد عليها معه"².

المطلب الرابع

حالات الإعفاء من الإعدار بالجزاء

يسلم الفقه والقضاء الإداريين على أن الإعدار إجراء سابق قبل توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر وهو يعتبر القاعدة العامة في مجال العقود الإدارية، لكن مجلس الدولة الفرنسي وضع بعض الاستثناءات على تلك القاعدة؛ بحيث تعفى الإدارة من اتخاذ إجراء الإعدار في عدة حالات منها: الاتفاق مع المتعاقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإعدار له في (الفرع الأول)، والإعفاء من

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 03 نوفمبر 1961، السنة التاسعة، ج. الأول 1965، ص 103.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1964/2/8، في الطعن رقم 8/923، ق. عليا، مشار إليه لدى: د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 202.

الإعذار لظروف معينة في (الفرع الثاني)، وكذلك لا جدوى من الإعذار إذا تبين أن الإعذار لا فائدة منه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاتفاق على الإعفاء من الإعذار

إذا ورد نص في العقد الإداري بإعفاء الإدارة من إعذار المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن هذا الإعفاء قد يرد في حالة اتفاق طرفي العقد على الإعفاء من الإعذار، يشترط أن يكون ذلك واضحاً دون غموض¹.

ويعد هذا الإعفاء من الإعذار مظهراً واضحاً من مظاهر احترام إرادة المتعاقدين الذي ينبغي مراعاته في مجال العقود الإدارية المدنية². فالمادتين (219) و(220) من القانون المدني المصري أشارتا إلى الإعفاء من الإعذار في حالة اتفاق الطرفين على ذلك.

وقد يرد ضمن بنود العقد الإداري نص يعفي سلطة الإدارة من الإعذار المسبق قبل فرض الجزاء على المتعاقد، ففي هذه الحالة يجب تفسير العقد لصالح الإدارة، أما في حالة عدم وجود نص الإعفاء من الإعذار، أو يكون النص غامضاً، فإن العمل بالقاعدة العامة بوجوب توجيه إعذار للمتعاقد مع الإدارة يفرض نفسه بوصفه إجراءً ضرورياً يرتب المقتضى القانوني المحق والعاقل³.

ويرى جانب من الفقه أن هذا الاتفاق بين الطرفين قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً في مجال عقود القانون الخاص، وعرفوا الاتفاق الصريح بأنه الاتفاق الدال دلالة قاطعة لا تحتمل الشك أو التأويل على الإعفاء من شرط الإعذار.

¹ - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص149. وكذلك د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص86.

² - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص98.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص161.

أما بخصوص الاتفاق الضمني فهو الذي يستخلصه القاضي من أحكام العقد وفقا للقواعد العامة لتفسير العقد، فمن الأمثلة على وجود اتفاق ضمن يفي عقود المقاوله إذا كان رب العمل قد ألزم المقاول بإتمام العمل محل العقد في تاريخ معين، وفي عقد التوريد يوجد الاتفاق الضمني على عدم الحاجة للإعذار إذا اشترط العقد على تسليم الأصناف المتفق عليها فوراً¹.

وأما في العقود الإدارية يتعين أن يكون الإعفاء من الإعذار واضحاً لا يشوبه أي غموض؛ فبمجرد النص في العقد مثلاً على سحب العمل من المقاول سوف يطبق بقوة القانون إذا أحل المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا لا يعني إعفاء الإدارة من توجيه إعذار للمتعاقد معها، وذلك لأن تطبيق الجزاء دون إخطار ليس ضرورياً، بالإضافة أن توقف المقاول أو عجزه لا يعرقل سير المرفق العام².

الفرع الثاني

الإعفاء من الإعذار لظروف معينة

بالنسبة لحالة الإعفاء الظرفي من الإعذار، يختص قاضي العقد الإداري بتقدير هذه الظروف، آخذاً في اعتباره طبيعة العقد، والعبارات التي جرى بها النص الخاص بالجزاء³، فإذا كانت الظروف تضيي على تنفيذ العقد، طابع الضرورة الملحة، كما هو الشأن في توريدات المواد العسكرية خلال زمن الحرب، فإن المتعاقد يعد كأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ، ومن ثم لا يتوجب إعذاره قبل فرض الجزاء عليه⁴.

¹ - د. محمد شتا أبو السعود، الإعذار في القانون المدني المصري وما جرى عليه في القضاء - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 108.

² - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 100.

³ - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 212.

⁴ C.E.4/6/1922.Durous. R.D.P. 1922. p.532.

- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 27 مارس لسنة 1920 في قضية Chelas، المجموعة، ص 371.

وأيضاً لا ضرورة للإعذار عندما يتنازل المتعاقد عن عقده، وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد من الباطن دون إذن مسبق من الإدارة¹.

كذلك يسقط الإعذار في حالة قيام الإدارة باتخاذ طرق تخالف الهدف من توجيه الإعذار؛ كما في حالة اتفاق الإدارة مع المتعاقد بتغيير سير العمل بعد الإعذار، أو انتهاء المهلة الزمنية المحددة في الإعذار.

ويرى جانب من الفقه الفرنسيّ عدم الفائدة والجدوى من الإعذار في بعض الجزاءات الإدارية؛ كما في عقد التزام المرفق العام، فإن الجزاء الإداري المترتب على المتعاقد المقصر في تنفيذه يكون بوضع المرفق تحت الحراسة الإدارية؛ بسبب طبيعة هذا العقد الذي يتطلب سيره بانتظام واستمرار، وهو نفسه ما سار عليه الفقه المصريّ بخصوص عدم ضرورة توجيه الإعذار إلى المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته قبل وضع المرفق العام تحت الحراسة الإدارية، ويرون أن سندهم في هذا الإعفاء ما نص عليه القانون المدنيّ المصريّ والذي يعفي المدين من وجوب الإعذار؛ إذا ما أصبح تنفيذه غير ممكن بفعل المدين².

وكذلك يكون الإعذار غير قائم على الرغم من توجيه إعذار للمتعاقد المقصر، والذي يمكن استخلافه من بعض الوقائع والتي تتطلب توجيه إعذار جديد للمتعاقد المقصر إذا ما رغبت الإدارة التمسك بالخطأ المنسوب إليه؛ كما في حالة تفاوض الإدارة مع المتعاقد معها باستئناف العمل على أسس جديدة؛ ومن أجل تنفيذ العقد بعد توجيه

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 165.

² - على اعتبار أن المتعاقد مع الإدارة مخطئ بمجرد تخلفه عن أداء التزامه، وهذا تطبيق للمادة 1146 من القانون المدنيّ الفرنسيّ: "حيث يعتبر المدين كأنه أعذر دون حاجة إلى توجيه إنذار للمتعاقد المقصر، لأن هذا النوع من العقود يتطلب السرعة في الإجراء لمواجهة الحالة الطارئة التي تهدد المرفق العام".

إعذار إليه، فإذا أحل المتعاقد بتنفيذ التزامه، فإن الإعذار لم يعد قائماً، فالإدارة لا تستطيع فرض الجزاء عليه دون توجيه إعذار جديد له¹.

ونحن من جانبنا نرى عدم الفائدة والجدوى من إعذار المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته قبل فرض الجزاء عليه في حالة توافر حالات الإعفاء من الإعذار بالجزاء المنصوص عليها قانوناً المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث

الإعفاء بسبب عدم الجدوى والفائدة من الإعذار

وأيضاً من الأسباب التي تعفي الجهة الإدارية المتعاقدة من الإعذار، تبين لها أن إعذار المتعاقد لا جدوى ولا فائدة منه، إذا ما أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المتعاقد، وذلك أ، الهدف من الإعذار دعوة المتعاقد إلى تنفيذ التزامه، وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن، أو بلا فائدة². وقضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 1945/06/29 "أن لا محل للإعذار إذا كانت الظروف تقطع بعدم الفائدة منه نظراً لأن المتعاقد قد أعلن من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد وباعتباره لاغياً وكأنه لم يكن"³.

وقد يصرح المتعاقد مع الجهة الإدارية بعدم قدرته على تنفيذ التزاماته المتفق عليها في العقد الإداري، ففي هذه الحالة تعفى الجهة الإدارية المتعاقدة من الإخطار، كما لا يكون فائدة ولا جدوى من هذا الإعذار، وقد نصت المادة 220 من القانون المدني المصري على أنه: "لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا صرح المدين كتابة بأنه لا يريد القيام بالتزامه".

وأقرت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 1967/2/14 بأنه: "متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتبار العقد مفسوخاً من جهته وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على

¹ - أنظر: د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص- 95 و96، وكذلك د. فارس علي جانكي، المرجع السابق، ص90.

² - د. بلاوي ياسن بلاوي، المرجع السابق، ص102.

³ - حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1945/6/29، أشار إليه: د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص102.

هذا الإعلان أن المطعون ضده لم يكن بحاجة إلى إعدار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار أن الطاعن قد صرح بهذا الإعلان أنه لا يريد القيام بالتزامه"¹.

وأيضاً قررت في حكم لها المؤرخ في 1966/5/4 بأنه: "... لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه، فإن مفاد ذلك الالتزام المترتب على عقد المقاول قد أصبح غير ممكن تنفيذه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون..."².

الفرع الرابع

تنازل المتعاقد عن العقد للغير

لا ضرورة من إنذار المتعاقد في حالة تنازله عن العقد للغير، وكذلك إذا تعاقد من الباطن دون إذن مسبق وصریح من الإدارة كما سنرى لاحقاً في الفصل الثاني من هذا الباب³.
ومن المسلم به التزام الإدارة بإعذار المتعاقد، وذلك قبل توقيع الجزاء الإداري عليه، وإعطائه مهلة حتى يصلح أخطائه ويبيدي ملاحظاته وأوجه دفاعه عن التقصير الذي حدث منه، وهو ما يسمى بمبدأ احترام حقوق الدفاع (Le respect des droits de la défense)⁴.

لكن يمكن إعفاء الإدارة من اتخاذ إجراء الإعذار وذلك بنص صريح في العقد؛ بمعنى يجوز لأطراف العقد الاتفاق على إعفاء الإدارة من الإعذار مع الالتزام بمراعاة حقوق الدفاع، على أن يكون التعبير عن الإعفاء من الإعذار واضحاً وصریحاً من أطراف العقد، حتى يكون هذا الإجراء واضحاً أمام قاضي العقد الإداري⁵.

¹ - محكمة النقض المصرية، نقض 1967/2/14 طعن رقم 222، ص 110.

² - محكمة النقض المصرية، نقض 1966/5/4 ص 17.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 165.

⁴ - A. DE Laubadère et autres, contrats, op.cit, t.2, p 119.

⁵ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 166.

المبحث الثاني

الضوابط الموضوعية

تعتبر الضوابط الموضوعية ضماناً هي الأخرى إلى جانب الضوابط الإجرائية التي دارسناها في المبحث الأول من هذا الفصل للمتعاقد في مواجهة السلطة الجزائية للإدارة وتعسفها في استعمال حقها؛ بحيث أن هذه الضوابط بمثابة حماية للمتعاقد، ومشروعية للجزاء وتقييداً للإدارة المتمثلة في تسبب الجزاء الإداري وهذا ما نتعرض له في (المطلب الأول) من هذا المبحث، ثم ندرس شرعية العقوبات الإدارية في (المطلب الثاني)، التناسب بين الجزاء الإداري والمخالفة المقترفة في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تسبب الجزاء الإداري

مما لا شك فيه أن تسبب القرارات الإدارية يعد ضماناً لحماية حقوق المتعاقد ضد التعسف ، فالإزام الإدارة بتسبب القرار من أهم و أنجع الضمانات للأفراد لأنه يسمح لهم وللقضاء على السواء بمراقبة مشروعية تصرف الإدارة ، فمتى استوجبه القانون يصبح التسبب إجراءً يترتب على إغفاله بطلان قرار الجزاء الإداري، وعليه يتم التطرق لتعريف التسبب وأهميته في (الفرع الأول)، ثم أنواع التسبب وشروطه في (الفرع الثاني)، ونطاق التسبب في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف التسبب وأهميته

أولاً: تعريف التسبب

يقصد بتسبب القرار الإداري للسلطة الجزائية لغة مأخوذ من السبب وهو كل ما يتوصل به إلى غيره كما يطلق على الحبل والسبب أيضا هو الطريق يقال " مالي إليه سبب " أي الطريق قال الله تعالى " إنا مكنا له في الأرض وآتيناه من كل شئ سببا، فاتبع سببا"¹.

أما في اللغة الفرنسية ظهر لفظ التسبب motiver كمصطلح لغوي في القرن التاسع عشر ، ولفظ motiver مشتق من كلمة (motif)، ويقصد به الدافع الشخص إلى إجراء معين، أما اصطلاحا يقصد به الأدلة والأسانيد التي بني عليها القرار.

أما تسبب القرارات الإدارية قانونا هو "بيان الأسباب التي حفزت الإدارة على اتخاذ القرار" كذلك عُرف بأنه "اشتمال القرار على بيان الوقائع المادية والقانونية التي أدت إلى إصداره"².

و يقصد بتسبب القرارات الإدارية في الفقه الإداري بيان وتوضيح العناصر التي اشتمل عليها هذا القرار قانونا، كما يجب أن يصدر القرار لذات الأسباب التي دعت الإدارة على اتخاذها، وأن يتم إعدار المتعاقد بهذه الأسباب.

وذهبت محكمة القضاء المصرية " أن المقصود بالتسبب في بعض أحكامها هو إيضاح وجهة نظر اللجنة في الطلب الذي ترفضه، حتى يكون صاحب الأمر على بينة من أمره وليحدد موقفه على أساس هذا الإيضاح، عله يستكمل أوجه النقض، أما القول إجمالا بعدم توافر الشروط المنصوص عليها في القانون فهو قول لا يصح أن يكون سببا لقرار الرفض بالمعنى الذي يقصده القانون"³.

¹ - سورة الكهف ، الآيتان 84-85.

² - لويس معلوف، المنجد في اللغة، الطبعة 19 ، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، بدون سنة، ص 316.

³ - د. سعد علي بشير، تسبب القرارات الإدارية- دراسة مقارنة- مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 27 ، جوان 2016، جامعة الخلفة، الجزائر، ص 53.

أما المحكمة الإدارية العليا ذهبت بالقول في معنى التسبب " يحمل على إقناع الخصوم بعدالة الأحكام والقرارات الإدارية حتى تترك في النفوس منزلة الاحترام ، ولكفالة حقوقهم المتعلقة بهم وعلى رأسها حق الدفاع"¹.

المبدأ العام أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية باعتبارها سلطة عامة ، إلا أن المشرع الجزائري أوجب تسبب القرار التأديبي بنص صريح في المادة 125 من الأمر 59/85 " تقرر السلطة عقوبة الدرجة الأولى بمقرر الأسباب"². وجاء أيضا في الأمر 06/03 المتضمن قانون الوظيفة العمومية في المادة 165 كما يلي : " تتخذ السلطة التي لها صلاحية التعيين بقرار مبرر، العقوبة التأديبية من الدرجة الأولى والثانية ، بعد حصولها على توضيحات كتابية من المدعي". كما أن التسبب في مجال الجزاءات الإدارية هو من الضوابط الموضوعية السابقة على توقيع السلطة الإدارية للجزاء على المتعاقد معها حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه و تدارك الأخطاء قبل توقيع العقوبة عليه، حيث أن تسبب الجزاء يعتبر بمثابة حماية للمتعاقد وتسهيل مهمة معرفة الوقائع والدوافع التي ينازعها في ذلك الجزاء³.

وهو ما أكده مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الرابعة بتاريخ 31 /1/ 2000 في قضية والي مستغانم ضد الجمعية المسماة منتجي الحليب، يتعلق الأمر بإصدار الوالي قرار بوقف نشاط جمعية منتجي الحليب الذي تم إلغاؤه من طرف قضاة الدرجة الأولى ، معللين قضاؤهم بأن قرار الوالي جاء خاليا من ذكر أي سبب مما يجعله غير شرعي وسائر مجلس الدولة هذه القراءة معتبرا عدم ذكر السبب مخالفه لمبدأ قانوني عام⁴.

ثانيا: أهمية التسبب

يلعب تسبب الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية دورا هاما وجوهريا على كافة الأصعدة ، سواء من جانب السلطة الإدارية ، والمتعاقد معها، وحتى بالنسبة للقاضي الإداري.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2002/10/26، الطعن رقم 48/403، ق . عليا، مجموعة المبادئ القانونية 2006، ص 189.

² - القانون رقم 59/85، المؤرخ في 85/3/23، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع. 13، المؤرخ في 24 مارس 1985.

³ - د. صوالحية عماد، الجزاءات الإدارية العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2012، ص 109.

⁴ - د. نسيغة فيصل ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ص 136.

و تظهر الأهمية بالنسبة للسلطة الإدارية مصدره القرار بالجزاء التعاقدية، في تحليل الوقائع بشكل معمق ودقة متناهية، حتى تتفادى الإدارة إصدار قرار بالجزاء مشوبا بعبء يؤدي إلى بطلانه. ومن جهة المخاطب بالجزاء - المتعاقد مع جهة الإدارة - فأهمية التسبب تتجلى في إعلامه بالدوافع والأسباب لإصدار هذا الجزاء في حقه، والتي يحدد فإطارها موقفه منه، إما قبولا أو طعنا أمام القاضي الإداري¹.

أما بالنسبة للقاضي الإداري يولي أهمية بالغة لتسبب الإجراءات الإدارية عند مراقبته لقرارات السلطة الجزائية للإدارة وتأكد من مدى إصابة الإدارة في توقيع الجزاء أو إخفاقها له. بالإضافة إلى فاعلية الجزاء فتظهر أهميته في أن قد يعرقل الطعن فيها من صدرت في حقهم بسبب عدم علمهم بسببها الأمر الذي يولد لديه قناعة بعد مشروعيتها بدوافع توقيعها. ولهذا الأسباب أصدرت فرنسا قرار في 1 يوليو يلزم الإدارة بتسبب القرارات الإدارية ويسمى القانون بتسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور وعلى الأخص تلك التي تنطوي على جزاء إداري حيث يجب أن يكون التسبب وفقا للمادة 3 من القانون مكتوبا ويحتوي على حيثيات وقائعية وقانونية والتي تمثل أساس القرار ويؤدي انعدام التسبب بالبطلان ومن ثم عدم مشروعية الإجراءات الإدارية².

الفرع الثاني

أنواع التسبب وشروطه

أولاً: أنواع التسبب

تنوع تسبب القرارات الإدارية بتنوع الوجهة التي ينظر بها إلى ذلك التسبب، فإذا نظرنا إليه من جهة مدى الإلزامية نجد أنه ينقسم إلى تسبب إجباري وتسبب اختياري ومن ناحية أخرى ينقسم حسب المصدر إلى تسبب قانوني أو تسبب قضائي.

1- تسبب القرار من حيث مدى إلزاميته

ينقسم تسبب القرار من حيث مدى الإلزامية إلى تسبب إجباري وتسبب اختياري.

¹ - د. صوالحية عماد، المرجع السابق، ص 110.

² - راضية زرقيني، بلخير دراجي، ضمانات مشروعية الإجراءات الإدارية، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي الثامن حول "التوجهات الحديثة للقاضي الإداري ودوره في إرساء دولة القانون، يومي 6-7 مارس 2018، ص 263.

أ- **التسبب الإجباري:** فإذا رأى المشرع أنه من الضرورة تسبب القرارات الصادرة من سلطة الإدارة في حالات معينة حددها القانون، فهنا الإدارة تكون مجبرة بتسبب القرارات الصادرة عنها وإلا كانت قراراتها مشوبة بعيب شكلي ترتب إبطاله¹.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: " ومن حيث أن قضاء هذه

المحكمة جرى على أنه فيما يتعلق بأسباب القرار الإداري فإنه كلما ألزم المشرع صراحة في القوانين واللوائح جهة الإدارة بتسبب قراراتها، وجب ذكر هذه الأسباب التي بني عليها القرار واضحة جلية، حتى إذا ما وجد صاحب الشأن مقنعا تقبلها، وإلا كان له أن يمارس حقه في التقاضي، ويسلك الطريق الذي رسمه القانون..."².

ب- **التسبب الاختياري:** تلجأ السلطة الجزائية للإدارة أحيانا إلى تسبب قراراتها من تلقاء نفسها دون أي التزام قانوني، وذلك لإقناع المتعاقدين معها بأحكام تلك القرارات وبمشروقيتها، فالإدارة هنا غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا أنها متى قامت بذلك، فإن ما تبديه من أسباب يكون خاضعا لرقابة القضاء الإداري.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر " إذا افصححت جهة الإدارة عن سبب قرارها أو كان يلزمها بتسببها فإن ما تبديه يكون خاضعا لرقابة القضاء الإداري"³.

2- تسبب القرار الإداري من حيث مصدره

تسبب القرار الإداري من حيث مصدره ينقسم إلى تسبب قانوني وتسبب قضائي.

أ- التسبب قانوني:

وهو ما نص عليه المشرع قانونا بوجوب الإدارة تسبب القرارات الصادرة عنها في حالات معينة حددها القانون، وهنا على سلطة الإدارة تسبب تلك القرارات وإلا ترتب على عدم تسببها عيب شكلي يترتب عليه بطلان القرار الإداري.

¹- د. صالح بن صالح محمد الجامودي، تسبب القرارات الإدارية، البحوث القانونية، محكمة القضاء الإداري، سلطنة عمان، 2013، ص24.

²- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1513، س 34 ق، جلسة 27.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1150، لسنة 36 ق، بتاريخ 1990/11/10.

وغاية المشرع بإلزام الإدارة تسبب قراراتها حماية وضمانة للمتعاقدين معها، فبخصوص القرارات التأديبية ألزم المشرع الفرنسي في المادة 4 من الأمر الصادر في 14 فيفري رقم 59-311، على ضرورة تسبب القرار الصادر بالعقوبة، أما في مصر نصت المادة 28 من القانون 117 لسنة 1958 تصدر الأحكام مسببة ويوقعها الرئيس والأعضاء الذين أصدروها".

أما في الجزائر نص المشرع في العديد من القوانين على تسبب القرارات الإدارية، نصت المادة 195 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 على ضرورة تسبب القرار من طرف اللجنة وجاءت كما يلي: "...يمكن اللجنة أن تمنح التأشير أو ترفضها، وفي حالة الرفض، يجب أن يكون هذا الرفض معللاً".

من خلال دراستنا لنص المادة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري، حث السلطة الإدارية بتسبب قراراتها الإدارية".... يجب أن يكون الرفض معللاً".

ونستنتج أن كل من الدول المقارنة تلزم الجهة الإدارية بتسبب قراراتها الصادرة عنها وهذا ضمانا لحقوق المتعاقد معها من تعسفها.

ب- التسبب القضائي

في حالة إذا لم يكن هناك نص قانوني يلزم سلطة الإدارة بتسبب قرار الجزاء الإداري ، يكون من مهمة القضاء إلزام الإدارة بتسبب قراراتها.

بالإضافة إلى أن هناك فرق بين طلب الإفصاح عن السبب القانوني الذي دفع الإدارة لإصدار قراراتها، وبين إلزام القضاء للإدارة بتسبب قراراتها، حيث أن الإفصاح عن الأسباب فهو أحد إجراءات الدعوى الإدارية ورفض الإفصاح يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته، إغفال تسبب القرار الإداري يؤدي إلى إلغاء القرار لعيب في الشكل، ولهذا فإن التسبب هو السبيل الوحيد لاحترام مبدأ المشروعية وضماني حقوق الأفراد¹.

ثانيا: شروط التسبب

لما كان تسبب القرار هو وسيلة سلطة الإدارة لبلوغ غاية حسن التطبيق الجزاءات الإدارية العامة وتمكينها من أن تصل إلى تحقيق الهدف المنشود، لذلك لا بد من احترام مجموعة من

¹ - د. سعد علي البشير، المرجع السابق، ص 56.

الشروط القانونية التي استقر عليها القضاء الإداري، تؤدي في مجملها إلى تحقيق الهدف الذي لأجله تقرر ذلك الجزاء ومن أهمها ما يلي:

1- التسبب المباشر والمعاصر للقرار

ويقصد بالتسبب أن تدرج الأسباب القانونية والواقعية التي استند عليها مصدر القرار بالجزاء الإداري في متن القرار نفسه.

كما أن التسبب المباشر لا يعول عليه كالتسبب بالإحالة ويقصد به أن "يحيل مصدر القرار إلى وثيقة أخرى غير القرار تتضمن أسباب قراره". بمعنى أنه لا يمكن الاعتماد على وثيقة أخرى غير القرار نفسه في تبيان الأسباب الواقعية والقانونية المستند إليها في إصدار القرار الإداري، ومن ثم يعد مخالفا للاعتماد على الأسباب الواردة في الوثائق الأخرى غير القرار الإداري نفسه¹. غير أنه هناك استثناءات على التسبب بالإحالة في حالات قانونية معينة، الحالة الأولى: حالة تبني مصدر القرار الأسباب الواردة في الوثيقة المحال إليها، وقد أوجب المشرع الفرنسي توفر ثلاثة شروط لقبول التسبب عن طريق الإحالة وقد وردت هذه الشروط في منشور رئيس الوزراء الصادر في 31 أوت سنة 1979.

- أن يكون الرأي أو الاقتراح أو التقرير أو بصفة عامة المستند المحال إليه مسببا تسببا كافيا.
- أن يعلن مصدر القرار أنه يتبنى الأسباب الواردة في المستند المحال إليه.
- أن يكون نص الرأي أو الاقتراح أو التقرير وارد في القرار نفسه أو مرفقا به.

الحالة الثانية: حالة المواجهة في الإجراءات، فإذا كانت المواجهة ضرورية قبل اتخاذ القرار، وإطلاع صاحب الشأن على أسباب القرار فإن ذلك يشفع للإدارة أن تقوم بتسبب القرار بالإحالة إلى وثائق أخرى.

الحالة الثالثة: التسبب بالإحالة بالنظر إلى طبيعة بعض الموضوعات، ولعل من أهم هذه الموضوعات في القانون الفرنسي هو إيداع المصابين بعاهاات عقلية في المصحات ويتم هذا الإيداع بقرار مسبب من المحافظ وفقا للمادة L-343 من تقنين الصحة العامة وليس وفقا لقانون 11 جويلية 1979.

¹ - د. خالد أحمد محمد إنزم، تسبب القرارات الإدارية بين الفعالية وغياب النص القانوني، مجلة الجامعي، العدد 26، النقابة العامة لأعضاء هيئة التدريس الجامعي، ليبيا، د.س.ن، ص 119.

أما التسبب المعاصر للقرار يعني به أن تتوفر الأسباب القانونية والواقعية التي تشكل سبب القرار الإداري وقت إصدار القرار، فيكون هنالك تزامن بين إصدار القرار و الإفصاح عن أسبابه، ومن ثم يتعين أن يكون التسبب معاصرا للحظة صدوره ويتفق التسبب المعاصر للقرار الإداري مع مشروعية القرار الإداري ، فالمشروعية تقدر وقت صدوره واتخاذها، وليس في وقت سابق أو لاحق، سواء تعلق ذلك بالمشروعية الداخلية أو الخارجية، كما أن التسبب باعتباره من القواعد الشكلية يشكل ضمانا لحماية الأفراد وتحقيق المصلحة العامة، التي يجب أن تتم نهائيا قبل إصدار الإدارة لقرارها، ولن تكون لها قيمة إلا إذا كانت مرافقة للقرار، وذلك لتحقيق الغرض من فرضها، فتخلف التسبب وقت صدور القرار قد يكون فرصة للإدارة لتضمين قرارها أسبابا مفتعلة وغير حقيقية، ومن ثم يقلل التسبب المعاصر من إصدار الإدارة لقرارات غير مبنية على أسبابها الحقيقية. وعليه ، فقد قضى القضاء الفرنسي أنه لا يقوم مقام التسبب ولا يحل محله إخطار ذي الشأن بأسباب القرار سواء كان هذا الإخطار سابقا أو لاحقا على صدور القرار، فالتسبب والإخطار أمران متميزان فالإخطار ليس شرطا لصحة التسبب، فرغم عدم الإخطار، فإن القرار يكون مسببا ولا يكون باطلا لسبب يرجع لعدم الإخطار أو عدم سلامته¹.

وقد جاء الحكم من مجلس الدولة الفرنسي في قضية *la Duff* حول هذا الشرط، حيث تتعلق القضية بصدور قرار من وزير الدفاع برفض منح صاحب الشأن إعفاء من أداء الخدمة العسكرية نظرا لظروفه العائلية، ولم يتضمن القرار المذكور سوى الإشارة إلى دراسة ملف صاحب الشأن والإشارة إلى رأي اللجنة الإقليمية والاكتفاء بالقول أن مركز صاحب الشأن لا يمثل الخطورة الاستثنائية التي جاءت بها المادة (13-L) من قانون الخدمة العسكرية، فقد انتهى المجلس إلى أن قرار وزير الدفاع يتضمن بيانا كافيا للاعتبارات القانونية والواقعية التي تشكل أساسه وأسبابه ، إذ يعتبر هذا القرار بمثابة العمل بفكرة الإخطار².

2- الشروط المتعلقة بالعناصر القانونية والواقعية للقرار الإداري

من المستقر عليه في مجال تسبب القرار الإداري يتوجب على الإدارة أن تستوفي جميع العناصر القانونية والواقعية لقرارها الإدارية، فيقصد بالعناصر القانونية تلك التي تستند عليها

¹ - د. بلباقي وهبية، شروط صحة التسبب الواجب قانونا في القرارات الإدارية، مجلة القانون والمجتمع، العدد 10 ، ديسمبر 2017، جامعة أدرار " مخبر القانون والمجتمع، أدرار، ص ص-442 و443.

² - د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 144.

سلطة الإدارة مصدره القرار والتي تتمثل في النصوص التشريعية واللائحية والمبادئ القانونية العامة ، وهذا ما أكدت عليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها¹ من المبادئ المستقر عليها في القضاء أن القرارات الإدارية تُتخذ بناء على اعتبارات قانونية...¹.

والسؤال الذي يطرح ما إذا كان لزاما على سلطة الإدارة ذكر جميع العناصر والبيانات والنصوص القانونية بشكل كامل لتسبب القرار الإداري، أم أنها تكفي بذكر النصوص القانونية التي استندت عليها فقط، وفي الحقيقة ومن المنطقي أن ذكر الإدارة لجميع البيانات والعناصر لتسبب القرار يكون أفضل لأنها تضيء على قراراتها نوع من الشفافية ، ولكن هذا يأخذ وقتا طويلا مما يؤدي إلى عرقلة العمل الإداري، فلذلك سلطة الإدارة تكفي بالإشارة للنصوص التي استندت عليها لتسهيل العملية الإدارية².

وقد ثار خلاف بين فقهاء القانون الإداري الفرنسي ، حول مدى ارتباط الإشارات بصحة التسبب وهل تعتبر جزءا منه أم لا، إذ يرى الفقه السائد في فرنسا أن الإشارات لا تعتبر جزءا من التسبب فهي تتميز عنه بأنها ليست شرطا شكليا لسلامة القرار، كما أنها ليست سوى قيمة إرشادية ولا تكفي وحدها لتكييف القرار.

ويرى جانب آخر من الفقه ومن بينهم (ISSAQ) أن توضع الإشارات في موضعها الحقيقي في نظرية تسبب القرارات الإدارية؛ لأنها أصبحت تمثل جزءا لا يتجزأ من التسبب، ومن ثم فإنها تخضع للنظام القانوني للتسبب.

وعليه، يمكن التفرقة بين حالتين : الحالة الأولى هي إذا كان التسبب اختياريا، فالإدارة تكون غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية ، ولهذا فإن الإشارات تخضع لنفس النظام القانوني لهذا النوع من التسبب، فتكون الإدارة غير ملزمة كذلك بالإشارة إلى النصوص القانونية في القرار ، والحالة الثانية إذا كان التسبب وجوبيا فإن الإشارات تكون جزءا لا يتجزأ من التسبب في الحالة التي تساهم فيها حتما وبالضرورة في التسبب، بأن تكون ذي صلة بموضوع القرار؛ بمعنى أن الإشارة تكون إلى النصوص القانونية التي صدر القرار استنادا إليها وتكون السلطة الإدارية مجبرة

¹ - القرار رقم 56705 ، الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، بتاريخ 22 أكتوبر 1988 ، المجلة القضائية، العدد 3 ، 1992 ، ص 143.

² - د. بلباقي وهيبة، شروط صحة التسبب الواجب قانونا في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 256.

وملزمة بتسبب قراراتها، لأنها تكون هذه البيانات عنصرا من التسبب، أما إذا كانت الإشارات مجرد إضافة لا لزوم لها، فإنها لا تكون عنصرا في التسبب الوجوبي¹.

أما بخصوص العناصر الواقعية لتسبب القرار الإداري يقصد بها تلك العناصر المتعلقة بالواقع والتي يتحدد بها الجوانب الأساسية لمركز ذي الشأن والتي يؤدي وضعها في الحسبان إلى إصدار القرار، فإذا كان تحديد العناصر القانونية ضروريا إلا أنه ليس كافيا إذ يجب بيان العناصر الواقعية أيضا لتكملة تسبب القرار الإداري، فلا يجوز الاكتفاء ببيان نص قانوني صدر القرار مستندا إليه، بل يجب إضافة إلى ذلك ذكر العناصر الواقعية التي تحدد بها المركز القانوني لذي الشأن والتي وضعت في الاعتبار عند إصدار القرار، وبذلك لا تملك السلطة الإدارية إصدار قرارات إدارية بناء على إرادتها المنفردة، بل يتوجب أن تتوفر واقعة أو مجموعة وقائع يتعين أن تحدث أولا غير أن سلطة الإدارة ليست ملزمة بتحديد وحصر جميع العناصر القانونية للقرار وهذا أمر اختياري بالنسبة لها، ولكن يجب عليها بيان الجوانب الأساسية والجوهرية، التي تؤثر في مركز صاحب الشأن، والتي يؤدي وضعها في الحسبان إلى إصدار القرار، ونتيجة لذلك فلا يجوز لسلطة لإدارة مثلا إصدار قرار بالطرد بناء على أن وجود الأجنبي يهدد النظام العام، ولكن يجب أن تحدد الأفعال المنسوبة إليه².

كما يجب أن يكون تسبب القرار الإداري من جهة الإدارة واضحا ولا يشوبه غموض، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى كفالة فاعليته، بالإضافة إلى أن تسبب القرار الإداري من جهة سلطة الإدارة لا يجب أن يكون نمطيا؛ حيث أن السلطة الجزائية تستعمل صيغة واحدة في كافة الحالات لتسبب قراراتها الإدارية، فالتسبب النمطي لا يتفق مع صلب القرار الإداري، ويتناقض مع حكمته فالإدارة ملزمة لدراسة كل حالة على حدة، وعدم استخدام صيغة موحدة وتوجب على السلطة الإدارية تحديد الخطأ الذي يختلف من حالة إلى أخرى³.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا: "بقولها أن القرار يجب أن يقوم على سبب يبرره، بحيث يقوم حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخل الجهة الإدارية بتوقيع الجزاء، وأن رقابة القضاء لصحة الحالة الواقعية والقانونية، تجدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهت

¹ - د. خالد أحمد محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 177.

² - المرجع نفسه، ص 178.

³ - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 225.

إليها جهة الإدارة مستخلصة استخلاصا سائغا من أصول تتيحها ماديا أو قانونيا، فإذا كانت منتزعة من غير الأصول أو كانت مستخلصة من أصول لا تتيحها أو كان تكييف الوقائع على زمن وجودها غير صحيح كان القرار فاقدا لركن من أركانه هو ركن السبب ووقع مخالفا للقانون، أما إذا كانت النتيجة التي انتهت إليها جهة الإدارة مستخلصا استخلاصا سائغا من أصول تتيحها ماديا وقانونيا كان القرار قائما على سببه متفقا وصحيح حكم القانون"¹.

الفرع الثالث

نطاق التسبب

من المبادئ المستقر عليها في مجال العقود الإدارية، أن نطاق التزام الإدارة بتسبب قراراتها الجزائي، ويكون إما بعدم التزامها بتسبب قراراتها كقاعدة عامة، والتزامها بتسبب قراراتها الإدارية كاستثناء .

أولا: عدم التزام سلطة الإدارة بتسبب قرار الجزاء التعاقدي

كأصل عام في نطاق القانون الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية ، باعتبارها سلطة عامة وتتمتع بامتيازات تفوق تلك التي يتمتع بها المتعاقد معها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وخصوصا تلك المتعلقة بسلطتها الجزائية، إذ يفترض أن القرار سببه دائما المصلحة العامة².

وتأييدا لما سبق، أقر مجلس الدولة الفرنسي " أنه في غياب كل قيد يلزم الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها فإنها لا تكون ملزمة بتسببها"³.

وفي نفس المعنى أقرت المحكمة الإدارية العليا: " أنه وكأصل عام الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ، مادام القانون لا يلزمها بهذا التسبب، وأن القرار الإداري قائم على قرينة صحته من جهة أخرى"⁴.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2002/12/29، الطعن أرقام 4565، 7612، 7616، 45. عليا مجموعة المبادئ القانونية، 2006، ص 264.

² - د. محمد عبد اللطيف، تسبب القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 83.

³ - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 219.

⁴ - الطعن رقم 4169 لسنة 41 ق. جلسة 1999/12/26، مشار إليه لدى : حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرارات الإدارية، 2001، دون دار النشر، ص 919. وكذلك د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 219.

وبناء على ما تقدم، أن عدم إلزامية الإدارة بتسبب قراراتها الإدارية هو الأصل، وأن التسبب يكون إلا بناء على نصوص قانونية، حتى يخفف العبء الواقع على عاتق الإدارة ويعرقل مهامها الإدارية.

وقد أيد هذا الرأي مفوض الحكومة في فرنسا Genevoix بقوله " أنه من غير الملائم إحاطة النشاط الإداري بتقييد خانق للالتزامات، لأن من شأن ذلك إهدار الفكرة الفرنسية عن الإدارة، أصحاب الشأن يأسفون لتعقيد الإجراءات الإدارية وعرقلة النشاط الإداري، كما أن فرض التسبب يؤدي إلى كثرة الدعاوى أمام القضاء، استنادا إلى الإخلال بالتسبب، الأمر الذي يحدث قلقا وخوفا للإدارة، فيزيد من إعاقة نشاطاتها"¹.

وعليه، أن سلطة الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الجزائية، ولها السلطة التقديرية في تحديد الأسباب التي تعطيها الحق بتوقيع الجزاء، ولكن هذا لا يعني أن قراراتها الإدارية لا تخضع للرقابة القضائية، وفحص القاضي لقراراتها ورقابة مدى انحرافها بسلطتها في توقيع الجزاء الإداري².

ثانيا: التزام سلطة الإدارة بتسبب قرار الجزاء التعاقدية

الأصل في نطاق القانون الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية، ولكن استثناء وحتى تضمن حقوق الأفراد المتعاملين معها تلتزم بتسبب قراراتها وهذه في حالات معينة، الأولى تلتزم الإدارة بتسبب القرار في حالة وجود نص يلزمها بذلك، أما الحالة الثانية إذا أصدرت سلطة الإدارة قرار بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها.

وبناء على ما تقدم، نجد أن المشرع الفرنسي ألزم الإدارة بتسبب قراراتها الجزائية من خلال قانون 11 مايو، المتعلق بإصلاح العلاقة بين الإدارة والأفراد، والمعدل والمتمم بالقانون 17 يناير 1967 والقانون يوليو 2000³.

وبالنسبة لتسبب القرار جزائيا، ذهب الأستاذ De Laubadere، بقوله " أن القانون أشار للجزاءات بصفة عامة، دون أن يقيم مثل هذه التفرقة، ولذا فإن الجزاءات الإدارية يجب أن تكون مسببة مثل غيرها من الجزاءات الغير التعاقدية".

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2003/3/22، في الطعن رقم 6259، 6698/46، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2006، ص 265.

² - د. عبد الله النواف العتزي، المرجع السابق، ص 220.

³ - Vincent j , acte administratif, J.C.A, 2001, p 108.

وقد استند الأستاذ دي لوبادير، في قوله على المنشور لرئيس الوزراء في 31 أوت 1979 قد ذكر الجزاءات الصادرة ضد متعاقد مع الإدارة من بين القرارات الواجبة التسبب من طرف الإدارة، كما أن المنشور الصادر في 10 يناير 1980 قد أحصى عددا محددًا من القرارات المتعلقة بالجزاءات الواجبة التسبب¹.

وبناء على ما سبق، نستخلص أن الفقهاء الفرنسيين أجمعوا على وجوب وإلزام الإدارة بتسبب قراراتها الجزائية أيا كانت هذه الجزاءات، وخاصة تلك المتعلقة بفسخ العقد الإداري. وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية على نفس نهج نظيرها الفرنسي بقولها "بحيث إن قواعد الشكل في إصدار القرار ليست كأصل عام هدفا في ذاتها أو طقوسا من إتباعها تحت جزاء البطلان الحتمي، وإنما هي إجراءات منشؤها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، يفرق فيها بين التعليمات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة ويقترح إغفالها في سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات القانونية"².

وعليه، يتضح أن التسبب بناء على نص يكون من الإجراءات الجوهرية والضرورية والتي يجب على الإدارة الالتزام بها، وإلا اعتبر قرارها باطلا وغير مشروع، وفي هذه الحالة تكون السلطة الجزائية للإدارة قد أهملت ضمانات الضمانات الضرورية والأساسية المقررة قانونا للمتعاملين معها³.

أما في الجزائر، كرس المشرع مبدأ التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية، بمعنى إلزام الإدارة بتسبب قراراتها الإدارية من خلال قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في المادة 06/01، وكذلك المادة 11 منه "القرارات الإدارية التي تصدر في غير صالح المواطن"، ويتضح لنا جليا من خلال نص المادة إلزام الإدارة بالتسبب الوجوبي لقراراتها الصادرة بإرادتها المنفردة، غير أن وبالمقارنة بالقانون الفرنسي السابق الذكر (11 مايو 1979)، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض بالتفصيل لمعنى القرارات الصادرة في حق الأفراد والمخاطبين بها، مما جعل من هذه المادة مبهمة وخصوصا أمام القاضي الإداري في حالة تكييفه للنص القانوني، لأن الغاية من تسبب

¹ - د. عبد الله النواف العتزي، المرجع السابق، ص 222.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1979/5/12، الطعن رقم، 18/571، ق. عليا، مجموعة 15 ج3، ص 2043.

³ - د. الديداموني مصطفى، الإجراءات والأشكال في القرارات الإدارية- دراسة مقارنة-الهيئة المصرية للكتاب بالقاهرة، 1992، ص 13.

قرارات السلطة الجزائية للإدارة تكمن في الضمانة من الضمانات التي منحها القانون وأقرها للأفراد والمتعاملين مع السلطة الإدارية، تهميهم من تعسف هذه الأخيرة.

ومن خلال ما سبق، نستخلص أن السلطة الجزائية للإدارة خرجت عن القاعدة العامة إذا أن القانون لما منح الإدارة سلطة توقيع الجزاء، بالمقابل ألزمها بتسبب هذه القرارات ضمنا لمشروعيتها وحماية للمتعاقدين المتعاملين معها، فالجزاءات في مجال العقود الإدارية، هي عقوبات شديدة الوطأة، على سبيل المثال أن السلطة الجزائية للإدارة، إذا أصدرت قرار إداري بفسخ العقد، فإن هذا التسبب لا ينطبق على جميع الحالات الأخرى، وإن كانت تتشابه فيما بينها، وإنما يجب أن تختلف الأسباب لكل قرار إداري على حدا .

المطلب الثاني

شرعية العقوبات الإدارية

لقد درسنا سابقا في الباب الأول من هذا البحث أنه من المستقر عليه في القواعد القانونية أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، بمعنى أن لا تجرم عقوبة إلا بنص قانوني. ويعود هذا الاختصاص إلى كل من المشرع والقاضي، فالأول يحدد النصوص القانونية، والثاني يقوم بتطبيقها في المجتمع، وبالتالي يلعب مبدأ الشرعية دورا هاما وفعالا في حماية حقوق الأفراد وضمانا لهم.

فقد حرصت التشريعات المقارنة ومعه المشرع الجزائري على احترامه خاصة وأنه يهدف في مجال الجزاءات الإدارية إلى تأكيد احترام الإدارة والتزامها بالقانون.

واستنادا لهذا المبدأ، فإن السلطة الجزائية للإدارة عند فرضها العقوبات الإدارية على المتعاقد متعامل معها، تكون تحت رقابة القضاء الإداري المختص ما لم يوجد نص قانوني يحدد جهة الاختصاص¹.

وعلى هذا الأساس ندرس سلطة تحديد العقوبة الإدارية في (الفرع الأول)، ثم نتائج مبدأ الشرعية في (الفرع الثاني).

¹ - د. راضية زرقيني، بلخير دراجي، ضمانات مشروعية الجزاءات الإدارية، المرجع السابق، ص 264.

الفرع الأول

سلطة تحديد العقوبة الإدارية

المشرع هو المختص بتحديد الجزاءات الإدارية كأصل عام، إلا أنه لاعتبارات عملية يجوز للإدارة بتحديد الجزاءات الإدارية؛ حيث أن الواقعة الإدارية أسرع في تغييرها وتطورها بأن تنالها يد المشرع بتنظيم كذلك فالإدارة تكون أكثر خبرة بالأنشطة والمجالات التي يرتادها الأفراد مما يكسبها علما ودراية، مما يجعلها أكثر قدرة في تقدير الجزاء المتعاقد الذي يردع المخالف. غير أنه لا يعفي الإدارة من الالتزام بالضمانات القانونية، فيبقى اختصاصها بتحديد الجزاء محدود، على نحو لا ينال معه من اختصاص المشرع إلا ما يناله الاستثناء من القاعدة¹.

أولا: اختصاص المشرع بتحديد العقوبة الإدارية

القاعدة القانونية تقول أنه لا جريمة ولا العقوبة بغير قانون وبالتالي فإن القانون هو الذي يحدد العقوبة الإدارية كما ذكرنا سابقا، لأن هذا الجزاء ينطوي على إجراء شديد الوطأة على حقوق الأفراد لدرجة يكون أثره أكثر وقعا من العقوبة الجنائية.

وعليه، فإن اختصاص المشرع بإصدار العقوبة الإدارية يعد ضمانه أساسية للأفراد من خلال ضمان شفافيته وعموميته وعدالته ما يحول دون تقييد الحريات العامة فضلا عم تكفله الرقابة على الدستورية القوانين من تأكيد احترام الحقوق والحريات².

ثانيا: الاختصاص الاستثنائي للإدارة بتحديد الجزاءات الإدارية

كأصل عام أن المشرع هو المختص بتحديد العقوبات الإدارية كما أشرنا سالفًا، إلا أنه لاعتبارات عملية وموضوعية، ونظرا للتطورات التكنولوجية الحديثة التي يواكبها عصرنا زادت الاتجاهات الفقهية التي تنادي بجواز اطلاع الإدارة بهذا التحديد.

كما أن سلطة الإدارة أكثر خبرة بالأنشطة والمجالات التي يقوم بها المتعاملين معها، ما يجعلها أكثر قدرة في تقرير الإخلال بالالتزام في ممارستها وتقدير العقوبة الفعالة له والذي يضمن ردع المتعاقد المقصر، إلا أن هذا لا يعفي سلطة الإدارة من الالتزام بالضمانات القانونية فيظل اختصاصها بتحديد الجزاء محدد على نحو لا ينال معه من اختصاص المشرع وهو ما أكده مجلس

¹ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، صوابط العقوبة الإدارية العامة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008، ص 60.

² - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 143.

الدولة الفرنسي في تفسيره لهذا المبدأ بقوله: " أنه لا جزاء إداري إلا بنص سواء كان قانونا أو لائحة"¹.

وهو ما جاء في المادة 34 من دستور 1958 في فرنسا والتي جعلت للائحة دورا في مجال التجريم والعقاب.²

يقع على عاتق السلطة الجزائية للإدارة التزامات كثيرة، مما يجعلها مقيدة بالنص القانوني المقرر للمخالفة، حيث لا يجوز لها استبداله بعقوبة لواقعة أخرى بحجة أنها أكثر فعالية، وإلا وقع تصرفها تحت طائلة البطلان لقراراتها الجزائية في حق المتعاقد معها .

وبناء على ما تقدم، نستنتج أن المشرع هو الأصل بتحديد الجزاءات الإدارية ، وأن الإدارة ملزمة بتنفيذ وتطبيق ما جاء في النص القانوني ، ولكن استثناء ولتسهيل العملية والنشاط الإداري خولها القانون تحديد الجزاء ومنحها السلطة التقديرية ، لدوام حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.³

ثالثا: ضوابط ممارسة الإدارة للاختصاص بتحديد العقوبة الإدارية

تتنوع الضمانات و الضوابط القانونية التي تحمي حقوق الأفراد والمتعاملين مع الإدارة والتي لا يجوز المساس بها، بحيث تعتبر هذه الضوابط تقييدا لاختصاص الإدارة في تحديد العقوبة الإدارية ومنها ما يلي:

- خروج العقوبات السالبة من نطاق التحديد للعقوبة الإدارية.
- استثناء للإدارة سلطة الاختصاص بتحديد العقوبات الإدارية، لأن الأصل العام في أن المشرع صاحب الاختصاص بحق تقرير تلك العقوبات السالبة للحرية، وهو ما يشكل حد فاصل بين الاختصاص القضائي والإداري في اتخاذ تلك الجزاءات والغاية في عدم منح سلطة الإدارة حق تقرير عقوبات سالبة للحرية لمجاهة المخالفات الإدارية هو طبيعة تلك المخالفات الاقتصادية والاجتماعية والتنظيمية والتي لا تتناسب معها العقوبات السالبة للحرية.⁴
- عدم احتواء الجزاء الإداري على مصادرة لأحد الحقوق.

¹ - محسن خليل، علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق، السنة الرابع عشر، العدد الثالث والرابع، 1969، ص 11.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية عقوبات الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 60.

³ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 144.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 64.

للسلطة الجزائية حق توقيع العقوبات الإدارية على كل مخالف لشروط ممارسة هذا الحق حيث تخرج تلك الجزاءات عن إطار الحرمان من ممارسة الحق أو تعطيله وتدخل في إطار محاولة تنظيم وضبط ممارسته في إطار القانون وتحقيقا للمصلحة العامة ودوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وليس لها الحق في مصادرة حق دستوري مكفول قانونيا للأفراد، فهي مقيدة في توقيع الجزاء بضوابط قانونية لا يمكنها الخروج عنها، وإلا عدت قراراتها باطلة ويشوبها عيب المشروعية، ومن أمثلة القرار الجزاء الذي يكمن للإدارة توقيعه الغلق المؤقت¹.

الفرع الثاني

نتائج الشرعية

يعتبر مبدأ الشرعية من المبادئ الأساسية في قانون العقوبات " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، ويقصد بذلك لا يمكن اعتبار فعل أو تركه جريمة، إلا بنص صريح يجرم ذلك الفعل، بمعنى إذا لم يرد نص واضح ولا يشوبه غموض فلا مسؤولية ولا عقاب على الفعل أو ترك، ويطبق هذا المبدأ أيضا في نطاق العقود الإدارية، والغاية من ذلك بإحاطة الشخص - المتعاقد مع الإدارة - بالالتزامات التي يترتب على مخالفتها توقيع الجزاء الإداري، وأن يحاط أيضا بما يمكن أن يكون عليه فرض هذا الجزاء، ليتضح للمتعاقد مع الإدارة مركزه ووضع القانوني، وهذا يستلزم عدة ضوابط شرعية منها، أن يكون منصوص عليها في التشريع، وأن تكون مصادرة من سلطة مختصة، أن تكون بعد إتباع إجراءات، وطبقا للضمانات المقررة قانونا، وهذا له ما يبرره باعتبار الجزاء يرتبط بالمصالح العليا للمجتمع والقيود التي ترد عليها ما هي الحقيقة إلا الحدود الطبيعية لمبدأ المشروعية. وعند الحديث على مبدأ الشرعية للجزاءات الإدارية، لا بد لنا أن نفرق بين نوعين من هذه الأخيرة، الأول: الشرعية الشكلية وتعني وجود نص قانوني له طابع تجريمي وآخر تشريعي، بحيث يكون صادر من سلطة تشريعية وسلطة إدارية بصفة استثنائية، أما الثاني: وتعني التزام المشرع بتحديد أركان الجريمة بشكل واضح وغير غامض، ويوضح العقوبة المقررة لها، حيث أن النص التجريمي يتألف من عنصرين هما، عنصر التحريم، ويعني بيان الفعل سواء إيجابا أو سلبا، والذي يجرمه المشرع والعنصر، والعنصر الثاني هو تحديد نوع العقوبة وبيان مقدارها².

¹ - د. محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، د.د.ن، 2007، ص231.

² - نقلا عن: د. صوالحية عماد، المرجع السابق، ص- 115 و116. وكذلك د. عبد الوهاب البنداوي، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة، د.د.ن، 1995، ص- 29 و30.

المطلب الثالث

التناسب بين الجزاء والمخالفة العقدية

تلجأ الإدارة للجزاء للضغط على المتعاقد معها المقصر، لدى وجب أن تكون هذه الجزاءات متناسبة مع المخالفة المرتكبة؛ بمعنى تطبيق مبدأ التناسب بين الجزاء المقرر من الإدارة والمخالفة المرتكبة.

وبناء على ما تقدم، ندرس في هذا المطلب تعريف التناسب في (الفرع الأول)، وأهميته في (الفرع الثاني)، وأساسه القانوني في (الفرع الثالث)، ثم نطاق تطبيق التناسب في (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف التناسب

يقصد بالتناسب ألا تبالغ الإدارة بفرض الجزاء في اختياره، وإنما عليها أن تتخذ الجزاء المناسب لمواجهة المخالفة الإدارية وأثارها؛ بمعنى أن تكون العقوبة المقررة من طرف الإدارة متناسبة مع تلك المخالفة المرتكبة من المتعاقد المقصر في التزاماته.

كما أن الجزاءات الإدارية العامة لها نظام عقابي من أهمها عدم الرجعية، وهي تمثل ضماناً وحماية أكيدة لجميع الأطراف الإدارة والمتعاقد معها على حد سواء.

و يعرف الأستاذ فيدل (Vedel) التناسب بأنه " ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضراراً أكثر مما تطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها".

ويرى الأستاذ عبد الغني بسيوني بأنه " في المرحلة الثالثة من الرقابة على السبب يجب أن يوجد تناسب أو تلازم بين شدة القرار وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت الإدارة إلى اتخاذه"¹.

و الأستاذ محمد باهي أبو يونس فيقول "إن مقتضى التناسب بين المخالفة الإدارية والجزاء الإداري ألا تغلو السلطة المعنية بتحديد الجزاء في اختياره، ولا تتركب متن الشطط في تقديره وإنما عليها أن تتخير ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة الخرق القانوني أو المخالفة الإدارية وما

¹ - د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 664.

يترتب على اقترافها من آثار وما فيه القدر المتيقن من معقولية الردع المخالف وزجر غيره عن أن يرتكب ذات فعله"¹.

في حين يعرفه الأستاذ مصطفى فهمي أبو زيد بأنه: "عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه ، فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بسن السبب والإجراء المتخذ أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ"².

أولاً: التناسب بين المخالفة والعقوبة الإدارية

من المتعارف عليه في نطاق القانون الإداري، أن تكون العقوبة الإدارية ملائمة للمخالفة المرتكبة ، وذلك بأن يخلو من الإسراف في الشدة، أو الإمعان في الرأفة، وبالتالي فإن مبدأ التناسب يقتضي العمل بقاعدة لا إفراط ولا تفريط، وهذا يعني أن مبدأ التناسب في الجزاءات الإدارية يعد عنصراً جوهرياً، في تقرير الجزاء على المخالف ، وهو أحد الضمانات الأساسية لحماية حقوق الأفراد بشكل عام، والمتعاقد مع الإدارة في مجال العقود الإدارية بشكل خاص.

وعليه، فالتزام السلطة الجزائية للإدارة في تقريرها للجزاءات الإدارية بالتناسب بينها وبين المخالفة الإدارية، غايتها تحقيق التوازن المنشود بين مبدأ الفاعلية و الضمان في مجال العقوبة الإدارية، والذي يتحقق به الهدف الإصلاحية للجزاءات الإدارية العامة³.

في فرنسا أكد المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ 28 جويلية 1989 حيث قضى بما يلي: "لا يقتصر تطبيق مبدأ التناسب على الجزاءات الجنائية وإنما يمتد تطبيقه إلى كل جزاء يتسم بصفة الردع، حتى لو عهد بسلطة توقيعه إلى جهة غير قضائية"⁴.

أما في مصر، أكدت المحكمة الإدارية العليا على مبدأ التناسب كشرط أساسي لمشروعية الجزاءات الإدارية، كما أضافت إلغاء القرار بالعقوبة الغير متناسبة مع المخالفة المقترفة، مع حق تعديله إلى القدر الذي تراه مناسباً⁵.

¹ - د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 113.

² - د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 764.

³ - د. صوالحية عماد، المرجع السابق، ص 121.

⁴ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق ، ص 151.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية المصرية، طعن رقم 415 لسنة 25 ق، جلسة 1984/02/27، مجلة إدارة هيئة قضايا الدولة، سبتمبر 1984، ص 123.

وهناك بعض من الفقه المصري لم يتفق مع المحكمة الإدارية العليا فيما ذهبت إليه من حقها في تعديل العقوبة الإدارية ، لأن رقابتها في هذا الشأن استثناء من الأصل عام الذي يترك للسلطة الجزائية للإدارة، حرية تقدير خطورة المخالفة المرتكبة واختيار الجزاء المناسب له¹.

وبالعودة إلى الجزائر أقر المشرع مبدأ التناسب في المجال التأديبي من خلال المادة 161 من الأمر 06/03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة حيث تنص: " يتوقف تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الموظف على درجة جسامة الخطأ ، والظروف التي ارتكب فيها ، ومسؤولية الموظف المعني، والنتائج المترتبة على سير المصلحة ، وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة أو المستفيدين من المرفق العام"².

كما أن تقدير المخالفة الإدارية أمر يستنتج من طبيعة وظروف ارتكابه ومدى أضراره بالمصلحة العامة، يعتبر التناسب بين العقوبة الإدارية والمخالفة المقترفة أحد المبادئ الأصيلة التي تفرضها مقتضيات العدالة.

فالتناسب في القانون الجزائري هو أحد الضمانات الأساسية لحماية حقوق وحرية الأفراد من تعسف السلطة الجزائية للإدارة في مخاطبة المتعاقدين المتعاملين معها، ففي مجال الجزاءات الإدارية نجده يحدد لكل مخالفة إدارية جزاء معيناً تلتزم به الإدارة، وبالتالي يكون الجزاء الإداري متماشياً مع العقوبة الجنائية، وفي حالات أخرى حددها القانون يترك للسلطة الجزائية للإدارة ، السلطة التقديرية في الاختيار بين أكثر من جزاء في مواجهة المخالفات الإدارية المقترفة، وعلى الإدارة في هذه الحالة أن تختار من بين هذه الجزاءات ما يتناسب مع ما ارتكب من مخالفات دون شدة أو تساهل مع المخالف إنما تقيم التوازن بين درجة المخالفة ودرجة الجزاء الإداري؛ بحيث أن السلطة الجزائية للإدارة عند فرضها للجزاء الإداري على المتعاقد معها أن تتقيد بمبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة المقترفة لأنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري الذي امتدت سلطته لتقضي مدى ملائمة القرارات الإدارية والتي تخوله ييسر رقابته على مدى تناسب الجزاء مع المخالفة، فمبدأ التناسب من المبادئ الدستورية التي تطبق على كافة الجزاءات بما فيها الإدارية ويكون القرار الإداري المتضمن عقوبة إدارية غير مشروع إذا تضمن مخالفة لهذا المبدأ³.

¹ - د. صوالحية عماد، المرجع السابق، ص 122.

² - المادة 161 من الأمر 06/03 ، المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية، المرجع السابق، ص 15.

³ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 151.

ثانيا: عدم رجعية الجزاء الإداري

تتسم الجزاءات الإدارية بالطبيعة الرادعة ما يجعلها تخضع للقواعد العامة في النظام العقابي، ومن أهمها عدم الرجعية والذي بمقتضاه لا يسري الجزاء على ما اكتمل من وقائع قبل نفاذ النص العقابي الذي يجرمها حيث أنها لم تكن مجرمة من قبل هذا النفاذ وحتى لا يفاجأ الشخص بوقوعه تحت طائلة عقوبة إدارية عن فعل كان مباحا حال إتيانه له.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في تبريره لسريان مبدأ عدم الرجعية على الجزاء الإداري باعتباره أصلا لا يقتصر على النصوص الجنائية فحسب وإنما ينصرف إلى كل نص عقابي حتى لو حدد في إطار غير جنائي في قراره الصادر في 2 مارس 1982¹.

وعليه، عدم رجعية العقوبات الإدارية صادر بقرار إداري، وهذه الأخير لا تكون رجعية إلا بناء على نص قانوني يجيز لها ذلك، عملا بالقاعدة العامة " لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص ". إلا أن هذه القاعدة - عدم رجعية القرارات الإدارية- لها استثنائيين يتمحور أولهما في طبيعة المخالفة، والثانية في مصلحة المخالف².

1- رجعية القانون الجديد استنادا لطبيعة المخالفة

هناك من المخالفات الإدارية ما تتعدد فيها مراحل سلوك المخالف وتسمى بالجرائم المتعاقبة وهي تشكل في مجموعها جريمة واحدة، وإن كانت تتم على مراحل متتابعة كل منها يشكل في ذاته مخالفة فإذا كان ارتكاب المخالفة في ظل قانون قديم وامتدت مراحلها من ظل قانون جديد، فتسري عليها قانون الأحكام الجديد ومثال ذلك الشخص الذي يقيم بناء دون ترخيص في ظل قانون قديم يطبق عليه القانون الجديد حتى ولو كان قد تشدد في الجزاء طالما استمرت هذه المخالفة³.

2- رجعية الجزاء الإداري الأصلح للمتهم

من المبادئ الأساسية في مجال العقوبات الجنائية، رجعية العقوبة الأصلح للمتهم، و تشمل أيضا الجزاءات الإدارية، حيث يمكن إقرار الجزاء ما دام أصلح للمخالف، كانت العقوبة المقررة

¹ - د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 81.

² - د. صوالحية عماد، المرجع السابق، 123.

³ - د. زرقيني راضية وبلخير دراجي، الملتقى الدولي...، المرجع السابق، ص 268.

للمخالفة في القانون الجديد أخف وطأة من تلك المقررة في القانون القديم الذي ارتكب في ظله المخالفة، الأمر الذي يجوز معه إقرار رجعية العقوبة مادامت أصلح للمخالف¹.

لقد ساوى القانون بين سلطة الإدارة في فرض العقوبة الإدارية مع توفير الحماية لحقوق الأفراد وذلك من خلال إقراره لمجموعة من الضمانات التي تضمن سلامة قرارات سلطة الإدارة خاصة أن هذه الأخيرة تمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال تقرير العقوبة الإدارية المناسبة، وتمثل هذه الضمانات في احترام السلطة الجزائية للإدارة لمشروعية قراراتها الجزائية؛ حيث أن هذه الأخيرة تخضع لضوابط قانونية تحكمها.

كما أن القانون ألزم السلطة الجزائية للإدارة بضرورة احترام مجموعة من الإجراءات الشكلية والإجرائية والموضوعية وهي بصدد إصدار الجزاءات الإدارية، حفاظا على سلامة القرارات الإدارية وأيضا حفاظا على حقوق الأفراد².

ثالثا: أهمية التناسب

يعتبر مبدأ التناسب بين الجزاء الإداري والمخالفة المرتكبة، من أهم الضمانات التي يقرها القانون للأفراد قصد حمايتهم من تعسف الجهة الإدارية المصدرة للقرار كما ذكرنا سابقا؛ بمعنى أن الجزاء المقرر من طرف السلطة الجزائية يكون على قدر الذنب المقترف من المتعاقد معها، وبالتالي خروج الإدارة على هذا المبدأ يمثل خرقا لمشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها وتعد قرارات السلطة الجزائية باطلة ولا يعتد بها.

فهدف السلطة الجزائية من توقيع الجزاء على المتعاقد معها، ليس انتقاما وانتقاصا منه، وإنما تحقيق معنى الردع مقابل ما ارتكبه من مخالفة، شريطة أن تكون موازنة بين الجزاء المقرر والمخالفة المقترفة، وهذا تحقيقا لنوع من الاعتدال، وتطبيقا للمشروعية، مما يحد من تعسف الإدارة في استعمال حقها باعتبارها سلطة عامة³.

وبمفهوم المخالفة، إذا تجاوزت السلطة الجزائية للإدارة الحد المعقول بين الجزاء المقرر والذنب المقترف؛ بمعنى عدم مراعاة هذه الأخيرة مبدأ التناسب، يعد خرقا للمشروعية وهذرا لحق المتعاقد

¹ - د. صوالحية عماد، المرجع السابق، 123.

² - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 154.

³ - د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 113.

المخالف معها وانتقاصا، وبالتالي يمثل إساءة للسلطة الجزائية للإدارة وعدم احترامها للقانون الذي يفرض عليها تطبيق مبدأ التناسب حفاظا على حقوق الأفراد المتعاقدين معها.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بالقول: "ولئن كان تقدير الجزاء متروك إلى حد بعيد لتقدير من يملك توقيع العقاب، إلا أن هذه السلطة تجحد حدها في قيد عدم جواز إساءة استعمال السلطة التي يعبر عنها بالغلو في تقدير الجزاء والتناسب بين خطورة الذنب الإداري، وما يتم توقيعه من جزاء على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة، فإذا شاب الجزاء غلو معين كان على سلطة الرقابة على ذلك الجزاء أن تلغيه"¹.

لقد تبوأ مبدأ التناسب في مجال القانون الإداري مكانة قانونية، أدت بالقضاء الإداري إلى رفعه لمرتبة المبادئ الدستورية، التي لا يجوز مخالفتها.

وعليه، قضت المحكمة الدستورية العليا: "من أن خضوع الدولة للقانون مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وحرياته وكرامته وشخصيته المتكاملة ويندرج تحتها طائفة من الحقوق؛ تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة 41 منه، واعتبارها من الحقوق الطبيعية التي تمس، ومن بينها: ألا تكون العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها ممعنة في قسوتها..."².

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتناسب في الجزاء الإداري

باستقراء التعريفات السابقة للتناسب، نجد أنه من الضروري دراسة الأساس القانوني للتناسب، والذي يجد سنده الفقهي في فكرة التدرج في ذكر الجزاءات لتبرير رقابة القاضي الإداري على التناسب باعتبارها أساسا قانونيا لها حيث رأوا أن قصد المشرع من تدرج الجزاءات الإدارية أن يقاس الجزاء بمقدار المخالفة المقترفة، لذلك يفسرون أن أعمال رقابة القاضي الإداري على التناسب في الجزاء الإداري إنما كان تماشيا مع قصد المشرع في تدرج الجزاءات³.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2004/9/25، في الطعن رقم 48/4198، ق. عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، 2006، ص 98.

² - حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1992/1/4، في الطعن رقم 8/22، ق. دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الخامس، ص 79، مشار إليه لدى: د. عبد الله النواف العززي، المرجع السابق، ص 229.

³ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 187 وما بعدها.

فقد قضى المجلس الدستوري في فرنسا بأنه لا يقتصر تطبيق مبدأ التناسب على الجزاءات الجنائية وإنما يمتد تطبيقه بشكل أوسع إلى كل جزاء وعقوبة تتسم بصفة الردع حتى لو أعلن بواسطة سلطة غير قضائية ، و هو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 14 جوان 2002 حيث اعتبر مبدأ التناسب شرطا جوهريا وعنصرا هاما لصحة الجزاء الإداري، لاسيما فيما يتعلق بالغرامة بشكل يتناسب مع قدر الضرر المترتب على المخالفة الإدارية المقترفة ، فالجزاء الإداري العام يجب أن يكون متناسبا مع خطورة الذنب المرتكب لأنه إن لم يمكن كذلك كان غير مشروع¹.

وذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى إلزام الإدارة بمبدأ التناسب أي الموازنة بين الجزاء الذي تريد توقيعه على المتعاقد معها والمخالفة المرتكبة بقولها: "إذا انطوى الجزاء على غلو بركوب الشطط في القسوة، فإنما يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة ومتعاقدتها، عن دخول مجال خدماتها، خشية التعرض لهذه القسوة الممقته في الشدة"².

أما في الجزائر نجد المشرع أخذ برأي نظيره الفرنسي والمصري بخصوص مبدأ التدرج في الجزاءات في العديد من النصوص القانونية وخير مثال على ذلك المادة 35 من قانون 2000/03 المتعلق بالقواعد العامة للبريد والمواصلات "إذا لم يلتزم متعامل مستفيد من رخصة إقامة واستغلال شبكات عمومية للاتصالات الشروط التي تفرض عليه من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية فإن سلطة الضبط تقوم بإعذاره بضرورة التقيد في مدة 30 يوم، وإذا لم يتقيد المتعامل بالإعذار شروط الرخصة فإن الوزير المكلف بالاتصالات يعلن عبر قرار يتضمن المبررات وباقتراح من سلطة الضبط لإجراءات عقابية في حقها على عاتقها منها التعليق العام أو الجزئي للرخصة لمدة 30 يوما أو أكثر أو تعليق الرخصة لمدة تتراوح من شهر إلى ثلاثة أشهر وتخفيض مدة الرخصة إلى سنة على الأكثر.

وفي حالة استمرار المعني بالمخالفة يجوز للوزير المعني إصدار قرار بسحب الكلي والنهائي لرخصة حسب المادة 36 من نفس القانون".

¹ - د. محمد أمين مصطفى، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، المرجع السابق، ص 277.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2004/3/20، في الطعن رقم 10826، 11968/48، ق.. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، الجزء الثالث، ص 248.

من خلال نص المادة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري قد نص على احترام مبدأ التناسب بين الخطأ والجزاء من خلال إعطاء المخالف أو المتعاقد المقصر مع جهة الإدارة فرصة جديدة لتدارك خطئه من خلال إمهاله مدة معينة محددة في النص القانوني مذكور أعلاه. ويضيف الفقه أن الأساس القانوني لمبدأ التناسب بين الجزاء الإداري المقرر من طرف الإدارة على المتعامل معها، متمثل في دور القاضي الإداري؛ حيث أن هذا الأخير يتمتع بسلطات واسعة، وله السلطة التقديرية في حل المنازعات الإدارية، التي تكون الإدارة طرفا فيها، فالقانون الإداري يتسم بالمرونة والحدأة، بالإضافة إلى أنه غير مقنن مما يفسح المجال أمام القاضي الإداري إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة و له سلطة تفسيرها.

فيرى الأستاذ دي لوبادير : " أنه إلى جانب السلطة المقيدة بواسطة القانون فالقاضي ينشئ قواعد جديدة تحدد اختصاص الإدارة وتحرمها سلطتها التقديرية في نطاق معين فيصبح اختصاص الإدارة طبقا لهذه القواعد اختصاص مقيدا بعدما كانت تتمتع بسلطة تقديرية"¹. أما الأستاذ فديل بقوله "أن القاضي الإداري لا يزال قاضي المشروعية وهي تشمل القواعد التي يخلقها القاضي وأن الحدود بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية يضعها القاضي بنفسه والذي يستطيع أن يضيف الملائمة إلى المشروعية أعمالا لسلطته الإنشائية"².

وخلاصة القول أن الأساس القانوني لتناسب العقوبة الإدارية مع الذنب المرتكب، يكمن في مبدأ تدرج الجزاءات الإدارية، كما أن فقهاء القانون الإداري استندوا إلى الدور المهم الذي يلعبه القضاء الإداري في مدى مراقبة تناسب الجزاء الإداري والمخالفة المقترفة، خصوصا وأن القانون الإداري يتميز بالمرونة والحدأة، تحوله سلطة تقديرية في مراقبة جميع تصرفات السلطة الإدارية وخصوصا تلك المتعلقة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها ، حتى لا تنحرف على مبدأ مشروعية وملائمة الجزاءات التي تصدرها وهذا ضمنا لحقوق المتعاقدين معها وحماية لهم.

الفرع الثالث

نطاق تطبيق التناسب على الجزاء الإداري

من المبادئ الأساسية في المجال الإداري هو نطاق تطبيق مبدأ التناسب، كقيد على السلطة الجزائية للإدارة، أينما كان مجالها ، سواء أكانت تمارسه في النطاق العقود الإدارية في معاملاتها مع المتعاقد

¹ -د. نسيعة فيصل، المرجع السابق، ص 190.

² - د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، 184.

معها أم غيره؛ حيث يعد مبدأ التناسب قيدها وضمانة للمتعامل معها وغيرها من أعمال الإدارة فهو تقييد لسلطتها في العقاب، أيا كان مجال ممارستها.

وهذا ما أكده المجلس الدستوري الفرنسي " من أن المشرع يجب ألا يقرر من العقوبات إلا ما يكون ضروريا صراحة لردع الفعل الآثم".

كما ذهب مجلس الدولة المصري بتطبيق هذا المبدأ في نطاق العقود الإدارية، وفي غير المجال الجزائي، وهو ما يمكن أن نفهمه من حكم المحكمة الإدارية العليا، تحدد من خلال هذه سلطة الإدارة في تعديل العقد، بردها في ممارستها إلى الحد المعقول، بما قالتها، من أن سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست سلطة مطلقة، بل ترد عليها قيود، تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها، ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليها من أعباء جديدة، تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل، إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد، بحيث لا تتجاوز إمكانات المتعاقد الفنية والمالية¹.

وقد نصت المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على هذا المبدأ أنه لا يقتصر على العقوبات الجنائية فحسب، بل يسري بالنسبة لكل جزاء له طبيعة ردعية؛ حتى ولو عهد المشرع به إلى جهة غير قضائية².

وبناء على ما تقدم نستنتج من خلال دراستنا لهذا الفصل أن اتخاذ الإدارة إجراء الإعذار الذي يعتبر من الضوابط الإجرائية إلى جانب الضوابط الموضوعية لصالح المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، يعتبر أحد القيود والضوابط القانونية المقيدة لها لحماية المتعاقدين معها وضمانة لهم، إلى جانب الرقابة القضائية التي يتم التطرق إليها في الفصل الموالي من هذه الدراسة، وأن ممارستها لهذه السلطة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بضوابط حددها القانون لحماية المتعاقد من تعسف الإدارة، بحكم امتيازها بمركز أقوى من مركز المتعاقد في العقد.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2004/3/30، في الطعن رقم 48/6465، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، الجزء الأول، ص 848.

² - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 232.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية كضابط لاحق على السلطة الجزائية للإدارة

تعتبر الرقابة القضائية على الجزاء الإداري أحد الضوابط القانونية الجوهرية إلى جانب إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه ، فالرقابة القضائية تبين لنا مدى تحكم المشرع في السلطة الجزائية للإدارة ومدى خضوعها لمبدأ المشروعية في حالة توقيعها الجزاء الإداري على المتعاقد معها، فالرقابة القضائية تعتبر ضماناً من الضمانات المهمة لمشروعية الجزاء الإداري وحماية حقوق ومصالح المتعاقدين من تعسف الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطتها الجزائية¹. فالمشرع قيد حرية الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها، من خلال هذه الرقابة².

وعليه؛ فغاية المشرع من الرقابة القضائية هو خلق نوع من التوازن بين عمل الإدارة والحد من سلطاتها في فرض الجزاء و المتعاقد المقصر معها، وضرورة طمأنته وفق ضمانات وحقوق معينة، فكما للإدارة سلطة فرض الجزاء عليه، فإنه بالمقابل - للمتعاقد معها - أن يلجأ إلى القضاء وهذا الحق من النظام العام فلا تجوز مخالفته ويبتل أي اتفاق يخالفه، إذا فمن الواجب إخضاع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات لرقابة القضاء التي تمثل ضماناً للمتعاقد ضد تعسف سلطة الإدارة في حالة خروجها عن القانون³.

لذا نتناول في هذا الفصل خضوع سلطة الإدارة لرقابة القضاء من خلال التطرق إلى ماهية الرقابة القضائية ومظاهرها، والمحكمة المختصة بها في (المبحث الأول)، ثم ندرس نطاق الرقابة القضائية في (المبحث الثاني)، وآليات الرقابة القضائية على الجزاء في (المبحث الثالث).

¹ - أنظر: د. محمود حلمي، العقود الإدارية، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 80.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2010م، ص 117.

³ - أنظر: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 507 و508، وكذلك د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 99، وكذلك د. حسان عبد السمیع هاشم، المرجع السابق، ص - ص 41 و42.

المبحث الأول

ماهية الرقابة القضائية ومظاهرها والمحكمة المختصة بها

ندرس في هذا المبحث مفهوم الرقابة القضائية في (المطلب الأول)، ثم مظاهرها في (المطلب الثاني)، وفي (المطلب الثالث) ندرس المحكمة المختصة بممارسة هذه الرقابة.

المطلب الأول

مفهوم الرقابة القضائية

ويمكن تحديد مفهوم الرقابة القضائية، من خلال دراسة تعريف الرقابة القضائية في (الفرع الأول)، وتطرق لأهميتها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الرقابة القضائية:

قد أجمع فقهاء القانون العام على أن الضمان الحقيقيّ لمبدأ المشروعية¹ يكمن في خضوع السلطة الجزائية، لرقابة القضاء.

والقضاء يقصد به فصل في المنازعات الناشئة بين الأفراد؛ وذلك لما يتسم به من استقلال ونزاهة وحياد عن أطراف النزاع، والإلمام بالشؤون القانونية والمسائل المتعلقة بالمنازعات بين الأفراد²، فالقضاء يعد الملجأ لجميع السلطات العامة والأفراد لتحقيق الالتزام بمبدأ المشروعية، عن طريق فرض احترام القانون على الإدارة وممارسة الرقابة عليها من السلطة القضائية.

¹ - يقصد بمبدأ المشروعية خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القانون، للمزيد من التفاصيل أنظر: د. ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، دار الجامعة، بيروت، 1998م، ص10 وما بعدها، وكذلك د. رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص13 وما بعدها.

² - د. ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص60. وكذلك د. حسين عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص82. وكذلك فارس علي جانكيير، المرجع السابق، ص92.

وعليه، يقصد بالرقابة القضائية إسناد الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية، بوصفها سلطة مستقلة دستورياً عن السلطة التنفيذية، وفروعها من الجهات الإدارية¹.

كما تعتبر الرقابة القضائية التي تقوم بها المحاكم على أعمال الإدارة وتصرفاتها أحد أهم الضمانات القانونية تعد لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم²، كما أن الجزاء الصادر عن الإدارة بحق المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة يخضع لرقابة القضاء؛ وذلك ضماناً لعدم تعسف هذه الأخيرة في الجزاءات المفروضة على المتعاقد؛ بحيث لا تخرج تلك الجزاءات عن تحقيق الهدف من توقيعها³.

الفرع الثاني

أهمية الرقابة القضائية

تكمن أهمية الرقابة القضائية في نطاق العقود الإدارية؛ في الحد من تعسف الإدارة في حالة فرض الجزاء على المتعاقد معها، أو مخالفتها للقانون، فإن المتعاقد يمكنه اللجوء للقاضي الإداري للحكم بعدم مشروعية قرار الإدارة من عدمه⁴، ومن ثم الحكم للمتعاقد بالتعويض المناسب⁵.

بالإضافة إلى أن جميع تصرفات الإدارة تخضع لرقابة القضاء الإداري وبمناخبة تقييد لها يعتبر ضماناً من ضمانات الجوهريّة للمتعاقد، لحمايته من تعسف الإدارة مما قد يترتب على فرض الجزاءات من عواقب وخيمة؛ قد تلحق تهديداً بمركز المتعاقد المالي، ومن ثم قد يكون له أثر في سمعته المعاملات التعاقدية⁶، وذلك لن يكون إلا من خلال خضوع أعمال الإدارة لرقابة القضاء التي تعيد شيئاً من التوازن بين أطراف العقد الإداري.

¹ - أنظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 90.

² - أنظر: د. ماجد راغب الحلوي، المرجع السابق، ص 60.

³ - د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - د. أحمد سلامة بدر، المرجع لسابق، ص 180.

⁵ - د. نصري منصور ناسبي، المرجع السابق، ص 169.

⁶ - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 238.

المطلب الثاني

مظاهر الرقابة القضائية وتقديرها

ولدراسة مظاهر الرقابة القضائية ارتأينا تقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول خصص لدراسة مظاهر الرقابة القضائية، والثاني لتقديرها.

الفرع الأول

مظاهر الرقابة القضائية

تعدد مظاهر الرقابة القضائية أيًا كانت جهتها، وتختلف من نظام إلى آخر، ومن بين هذه المظاهر نذكر كل من:

- 1- قضاء فحص المشروعية: وهو قيام المحكمة بفحص القرارات الإدارية، لتقرير مخالفتها، أو عدم مخالفتها للقانون، وذلك في حالة الدفع بعدم الشرعية في أثناء نظر إحدى الدعاوى، فإذا تبين مخالفتها للقانون استبعدت تطبيقها على الدعاوى المعروضة عليها؛ أي إنها رقابة مشروعية فقط.
- 2- ثم قضاء التعويض: هو إصدار القاضي الحكم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي يصيبه بفعل الإدارة أو نتيجة لسير المرافق العامة، أو نتيجة لمسئولية الإدارة عن عقد ميرم بينها .
- 3- قضاء الإلغاء: يختص القاضي الإداري بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون، وتكون نافذة بالنسبة للكافة¹.

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 470.

الفرع الثاني

تقدير الرقابة القضائية:

تتميز الرقابة القضائية بأنها تصد عن جهة مستقلة ومحيدة، وهي الأجدر من غيرها على ممارسة هذه المهمة، كما أن لها الخبرة في مجال حماية المشروعية، هذا بالإضافة إلى تميز الأحكام القضائية بحجة الشيء المقضي به " L'autorité de chose jugée " وقد أجمع الفقهاء على وصف الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة بأنها أكثر أنواع الرقابة فاعلية. وبمفهوم المخالفة يرى جانب من الفقه، أن الرقابة القضائية توقف تحريكها بناء على طلب صاحب الشأن عن طريق الدعوى أو الدفع. وأيضاً تتمثل في تقييد الطعن في القرارات الإدارية أمام الجهات القضائية بمواعيد زمنية محددة، بالإضافة إلى انحصار الرقابة القضائية في فحص شرعية القرارات المخالفة للقانون؛ وذلك نظراً لعدم اختصاص القضاء بمباشرة رقابة ملائمة القرارات الإدارية (Opportunité) أو تعديلها¹.

المطلب الثالث

الحكمة المختصة بممارسة الرقابة القضائية على الجزاء

يثور التساؤل في كثير من الأحيان حول الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة ، حيث يبدو من غير اليسير تحديد النطاق الفاصل بين حدود اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري، أم ينعقد الاختصاص لهما معا ؟ ويتضح مكن الصعوبة في الإجابة عن هذا التساؤل بمعرفة أن عقود الإدارة ليست جميعها العقود الإدارية ففقه الإداري متواتر على التفرقة بين عقود الإدارة وبين العقود الخاصة التي تبرمها الإدارة، وتعمل فيها بنفس تعامل الأفراد، فلا تتمتع فيها بسلطتها وصلاحياتها، بل تؤثر خلال هذه العقود الخاصة بالخضوع إلى قواعد

¹ - د. بكر القباني ود. محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، المجلد الأول، دار الثقافة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1997، ص 35.

القانون الخاص، أما في العقود الإدارية فإن الإدارة تتصرف فيها مستعملة امتيازات السلطة العامة ، وما تتضمنه من أساليب غير مألوفة في القانون الخاص¹.

وبالتالي فالمنازعات المتعلقة بالعقود الخاصة ينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء العادي، بينما ينعقد للقضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم العادية هي التي تمارس الرقابة على تصرفات الإدارة وأعمالها، في الدول ذات النظام القضائي الموحد كإنجلترا؛ إذ تقوم بالفصل في جميع أنواع المنازعات الإدارية وغير الإدارية.

بينما يختلف الوضع في الدول ذات القضاء المزدوج، كفرنسا، فإنه يوجد إلى جانب المحاكم العادية، محاكم إدارية تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بين الإدارة والأفراد، والتي تكون الإدارة طرفاً فيها وتتصرف بوصفها سلطة عامة². تتسع الرقابة القضائية على أعمال السلطة الجزائية الإدارية؛ بحيث تشمل مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة بفرض العقوبة الإدارية على المتعاقد معها، وذلك من ناحية: الشكل، الاختصاص، مخالفة أحكام القانون، تعسف الإدارة وانحرافها، إضافة إلى النظر في ملائمة القرار الإداري؛ من خلال النظر في تناسب الجزاء المفروض على المتعاقد مع الخطأ الذي ارتكبه³.

ومن المبادئ الأساسية في مجال القانون الإداري أن القضاء الإداري هو القضاء المختص في المنازعات الناشئة بين طرفي العقد، باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العاديّ مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها. والقضاء الإداري هو الجهة المختصة أصلاً بالنظر في المنازعات القضائية الناتجة عن العقود الإدارية هو قاضي العقد أي جهة القضاء

¹ - د. يوسف بن مصبح الشكيلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية - دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 211.

² - د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 60، وكذلك د. حسين عثمان محمد، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص - ص 82 و 83.

³ - د. جمال عباس، المرجع السابق، ص 405.

الكامل وليس قضاء الإلغاء¹. وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي: "إن قرار السلطة بإسقاط الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء من جانب الملتزم المستبعد"².

بالإضافة إلى أن قاضي العقد هو صاحب الاختصاص في الفصل في مدى مشروعية قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية، وليس قاضي الإلغاء؛ وبالتالي فإن المتعاقد المفسوخ عقده يجب أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقده. بمقتضى دعوى العقد (دعوى القضاء الكامل) أمام قاضي العقد، وليس أمام قاضي الإلغاء³. فكل القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على أساس العقد في أثناء تنفيذه لا يمكن أن تنشئ للمتعاقد إلا الحق في إقامة دعوى التعويض في نطاق القضاء الكامل وليس دعوى الإلغاء⁴.

إذا كان الأصل المتبع في فرنسا يسند الاختصاص للقضاء الكامل في الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا أشار إلى استثناءات على هذا الأصل فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بقبول دعوى الإلغاء من الغير ضد قرار الإدارة برفض فسخ العقد، على أساس أن قرار الإدارة برفض فسخ العقد يعد بالنسبة للغير قراراً منفصلاً عن تنفيذ العقد الإداري ومن ثم يجوز الطعن فيه استقلالاً عن طريق الإلغاء أمام قاضي الإلغاء مقررًا أنه: " إذا كانت الشركة المدعية ليس طرفاً في العقد المبرم بين طرفي العقد؛ ومن ثم لا تستطيع أن تطلب من قاضي العقد أن يفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، فإن هذه الشركة بوصفها من الغير

¹ - C.E. 20 Janvier 1965, Sté des pompes funèbres générales, Rec. ,p. 42.

² - C.E. 28 Mai 1924, Montier, Rec. p .513.

³ -C.E. 29 Juin 1966 , Sté pour le traitement industriel des bois, Rec., p 423.

C.E. 6 nov. 1970, sté anonyme touristique et hôte Riere Rec., p.654.

وقد قرر المجلس في هذين الحكمين ما يلي: أن صدور قرار فسخ العقد طبقاً لأوضاع شكلية وموضوعية مخالفة لشروط العقد يسمح فقط للجهة المدعية بأن تطلب من قاضي العقد أن يقضي بصدور الفسخ على مسؤولية المقاطعة وليس المدعية، وعلى العكس من ذلك، فإنه لا يقبل من المدعية أن تستند إلى هذه الأوضاع المخالفة للعقد لتأييد الطلبات التي تقدمها فقط إلى إلغاء قرار مجلس المقاطعة بفسخ العقد بناء على دعوى الإلغاء.

- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 170.

⁴ - Voir: Ph. Threnégre, la responsabilité contractuelle des personnes public en droit administratif économique, Paris, 1989, p285.

بالنسبة للعقد المذكور، يقبل منها أن تطعن أمام قاضي الإلغاء من خلال الدفع بعدم المشروعية في كل القرارات سواء كانت المتعلقة بإبرام العقد، أم كانت المتعلقة بتنفيذ العقد، على أساس أن هذه القرارات يمكن النظر إليها بوصفها قرارات منفصلة عن هذا العقد¹. يجب أن تكون القرارات منفصلة عن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها حتى يسمح للغير بالطعن أمام قاضي الإلغاء، وذلك بحجة عدم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن جهة الإدارة ؛ بحيث تكون قابلة للإبطال.

وقد سار مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه اللاحقة على الموقف نفسه؛ إذ قرر في العام 1984م باعتبار قرار الإدارة برفض فسخ العقد قراراً منفصلاً عن تنفيذ العقد الإداري وبالتالي يجوز للغير أن يطعن فيه استقلالاً أمام قاضي الإلغاء. وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء المقدم مباشرة من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق العام في عقد الامتياز، وأن هذا الطعن يتعلق بالشروط اللائحية في العقد²، وليس بالشروط العقدية فهذه لا تقبل الطعن بالإلغاء³.

وقد تبني مجلس الدولة الفرنسي القرارات المنفصلة عن العقد وأجاز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً منذ عام 1905م وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي يعد عملاً قابلاً للانفصال كل قرار سابق على الإبرام النهائي للعقد بما في ذلك القرار الذي بمقتضاه تقرر الجهة الإدارية إبرام العقد، أو إقراره، أو رفض ذلك⁴.

وقد سار القضاء الإداري المصري على نهج نظيره الفرنسي نفسه في العقود الإدارية كافة، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أنه: " متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء

¹ - C.E. 24 Avril 1964, Sté anonyme de livraisons in dustrielles, Rec, p 239.

² -C.E. 10 juillet 1996 cayzele ,Rec, p 274.

³ - C.E. 12 Mars 1997 cascongne, R, F, H , A, 1997, p 349.

⁴ -C.E. 4 Aout 1905 , martin, Rec., p 749. conseil, Romieu.

أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم صحته، أم تنفيذه، أم انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء¹.

لم يختلف المشرع الجزائري عن نظيره المصري والفرنسي في اعتمادهما النظام القضائيّ المزدوج²، فإنه يسند الاختصاص في النظر في المنازعات الإدارية إلى جهات القضاء الإداري الممثلة في المحاكم الإدارية، أو مجلس الدولة³؛ وكما هو معلوم أن اختصاص القضاء الإداري يستند في كثير من القضايا التي ترفع أمامه إلى نوعين رئيسيين من الدعاوى الإدارية هما:

دعاوى الإلغاء والتي تدور فيها المنازعة حول المطالبة بإلغاء قرار إداري صادر عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة، لكونه مشوباً بأحد عيوب عدم المشروعية⁴، وإلى جانب ذلك توجد دعاوى القضاء الكامل، والتي تدور المنازعة حول الاعتداء على مركز قانوني للشخص الطاعن، لذلك فإن من بين المنازعات الإدارية تلك التي تثور في أثناء تنفيذ الإدارة لعقودها الإدارية، والتي تتعلق بالطعن في عدم مشروعية قراراتها المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، ومن ثم نتساءل هل الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، تندرج فيه المنازعة ضمن ولاية قضاء الإلغاء، أم أن المنازعة فيه تندرج ضمن ولاية القضاء الكامل؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب التفرقة بين نوعين من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في نطاق العقود الإدارية:

النوع الأول: يتضمن القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيديّة للتعاقد وقبل إبرام العقد الإداري، والتي تعرف باسم القرارات القابلة للانفصال، ومن هذا القبيل

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 18 نوفمبر 1956 المجموعة س10، رقم 118.

² - د. مباركي ابراهيم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الجزائري - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص 72.

³ - أنظر المادة 901 من قانون 0809 المتضمن ق.إ.م.إ. المؤرخ في 25 فبراير 2008، ص 206.

⁴ - د. عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، برج بوعريبيج، الجزائر، 2012، ص 100.

القرارات الإدارية المتضمنة قرار المنح المؤقت فهذه القرارات تعد جميعها قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالاً بالإلغاء، ويترتب على إلغائها بالضرورة إلغاء الصفقة العمومية¹؛ لأنها قرارات إدارية نهائية يخضع إلغاؤها لاختصاص للمحاكم الإدارية بوصفها جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية².

أما النوع الثاني : يتضمن القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة تنفيذاً للصفقة العمومية، واستناداً إلى نص من نصوصها، وهذه القرارات لها ارتباط وثيق بالصفقة العمومية الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العقد غير جائز، على سبيل المثال القرار الصادر بمصادرة التأمين أو سحب العمل من المقاول، فالمنازعات الناشئة عن هذه القرارات إذا ما شابها خطأ أو سوء تقدير، تخضع لاختصاص القضاء الإداري على أساس دعوى القضاء الكامل³، وهذا ندرسه في المبحث الثالث من هذا الفصل.

¹ -Alix Perrin, Laure Marcus," Annulation de l' acte détachable du contrat et distinction des contentieux", in juris classeur Droit administratif, n 01, 2006, p 5.

² - أنظر: المواد 800، 801، 804 من القانون رقم 0809 المتضمن ق.إ.م.إ، المرجع السابق، ص ص 187 و 188.

³ - أنظر: المادة 801 من القانون رقم 0809 المتضمن ق.إ.م.إ، المرجع السابق، ص 187.

المبحث الثاني

نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدية

من المستقر عليه أن رقابة القضاء الإداري على الجزاء التعاقدية، تتسع لتشمل الرقابة على مشروعية هذه العقوبة الإدارية المقررة من الإدارة، والرقابة على ملائمتها، فهي رقابة القضاء الكامل يبسطها عليه بوصفه قاضي العقد¹؛ بمعنى أنها لا تتوقف عند البحث في مدى توافر صحة القرار من حيث عناصره، الاختصاص، الشكل، والمحل، السبب، وإنما تمتد لفحص الأسباب التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ العقوبة الإدارية على التعاقد معها، فيقرر القاضي ما إذا كان هذا الأخيرة ملائمة للأسباب التي دفعت الإدارة إلى توقيعه أم لا، بالإضافة لتعويض المتعاقد من طرف القاضي عن عما لحقه من أضرار نتيجة لإصدار الإدارة قرار الجزاء الغير المشروع ضده، على نحو ما تبين بعد ذلك².

وبناء على ما تقدم، يتم الدراسة هذا المبحث في مطلبين: الأول يتمثل في رقابة المشروعية على القرار الجزائي، والثاني يتعلق بالرقابة على ملائمة هذا القرار الجزائي.

¹ -DE Laubadere (A) : op.cit. , p 595.

² - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 258.

المطلب الأول

رقابة المشروعية على القرار الجزائي

(Contrôle de légalité)

إن رقابة القضاء الإداري على القرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الجزاء الإداري؛ هي رقابة واسعة، وتشمل رقابة مشروعية القرار بمعناها الواسع؛ أي من مختلف النواحي كالشكل، الاختصاص، السبب، مخالفة أحكام القانون، أو الانحراف بالسلطة والتعسف باستخدامها .

الفرع الأول

عيب الشكل "Vice de la forme"

يقصد بعنصر الشكل "المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها التي تتبعها في إصداره" ومثال على ذلك قرار الجزاء غير المسبوق بإعذار¹. والعيب في الشكل يتحقق عند عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية الواجب إتباعها عند ممارستها لسلطاتها بفرض الجزاء على المتعاقد معها ويعتبر الجزاء غير مشروع إذا أغفلت الإدارة أحد الشكليات، ويميز القاضي الإداري بين الشكليات الأساسية الجوهرية والشكليات الثانوية أو الغير الجوهرية².

وفي بعض الأحيان قد يشترط العقد إجراء معيناً، فهنا يكون قرار الجزاء غير المسبوق

بالإعذار مثلاً؛ إذ إن الإعذار يشكل التزاماً عقدياً على الإدارة احترامه فهو من الشكليات

الأساسية والجوهرية³، وكذلك الحالة المتمثلة بوجود تصديق القرار من قبل سلطة إدارية أعلى،

ففي هذه الحالات فإن القرار الصادر من الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد معها، يكون غير

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 102.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 474.

³ - Voir par exemple: C.E 11 juillet 1941, grenouiller, p124: "Aucune clause du contrat ne dispensait la commune, en cas d'exécution par le contractant d' un de ses engagements, de l'obligation de la mètre en demeure avant que ne soi prise les sanction que pouvaient comporter ses manquement".

مشروع؛ إذ أغفلت الأخيرة مراعاة الشكليات المذكورة¹. أما إذا استندت مخالفة الإدارة للشكل إلى حالة الاستعجال، أو الضرورة، أو نص يعفيها من هذا الالتزام، فإنها تعفى من الإجراء الشكلي².

والشكلية في مجال العقود الإدارية؛ عنصر جوهري ويعتبر حماية للمتعاقد؛ وبمثابة تقييد الإدارة والحد من التسرع في إصدار القرار بفرض العقوبة الإدارية عليه³.

ويأخذ عيب الشكل صورتان أساسيتان:

أولاً: مخالفة الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار الإداري

للإدارة السلطة التقديرية في إتباع إجراءات معينة لإصدار قراراتها الإدارية، غير أنه إذا أمرها المشرع بإتباع إجراءات معينة عند إصدارها القرار الإداري، فتكون الإدارة في هذه الحالة ملزمة بهذا الإجراء، ويترتب على عدم إتباعها له إلى بطلان القرار الإداري المتضمن للجزاء الإداري، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بإلغاء قرار وزير الداخلية ومن معه، لأنه لم يستوفي الإجراءات اللازمة قانوناً حيث قضت "إن القرار الولائي بغلق المحل التجاري نهائياً والذي يسبقه إعدار المخالف يكون قد اتخذ بصورة غير شرعية... مما يتعين معه النطق بإبطاله".

ثانياً: مخالفة الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار الإداري

المقصود بالشكل هو أن تصدر الإدارة قرارها المتضمن جزاءات إدارية في شكل معين ومحدد قانوناً على الرغم من أن الإدارة غير مقيدة في الإفصاح عن إرادتها عن طريق صفة معينة، إلا أن القرار الصادر بجزاء معين يجب أن يكون مكتوباً في ما يتعلق بتسبيب القرار فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها، إلا أن هذه القاعدة لا يعمل بها في مجال الجزاء الإداري، إذ أن المشرع الجزائري في جل النصوص التي تناولناها من خلال بحثنا نجده يلزم الإدارة بتسبيب الجزاء لأن هذا التسبيب يعد ضماناً جوهرياً لحماية حقوق الأفراد⁴.

¹ - د. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 216. وكذلك د. فارس علي جانكي، المرجع السابق، ص 99.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 121.

³ - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص - ص 266 و 267.

⁴ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 169.

واستنادا إلى ما سبق نستخلص أن الإدارة ملزمة بإتباع إجراء الشكل المطلوب في القرار بالجزاء الصادر عنها بحق المتعاقد معها، ويترتب على عدم إتباعها له إلى بطلان القرار الإداري المتضمن للجزاء الإداري، بحجة عيب في الشكل.

الفرع الثاني

عيب عدم الاختصاص: "Vice de l'incompétence"

أولاً: تعريف عيب عدم الاختصاص

وعيب عدم الاختصاص يعرفه البعض على أنه: "عدم القدرة القانونية، على القيام بتصرف معين، لأن التشريعات جعلته من اختصاص جهة أو شخص آخر"¹؛ وهو عيب من النظام العام لا يجوز الخروج عليه أو الاتفاق على مخالفته². وفي مجال إصدار القرارات الإدارية يقصد به صدور القرار ممن ليس له صلاحية إصداره طبقاً للقوانين المحددة لذلك.

ثانياً: حالات عيب عدم الاختصاص

لعيب عدم الاختصاص حالتين: عيب عدم الاختصاص البسيط، والثاني جسيم

1- عدم الاختصاص البسيط

إن عيب عدم الاختصاص البسيط الأكثر شيوعاً في النطاق الإداري، وأقل خطورة من حيث ما يترتب من آثار، ويكون على ثلاث صور، فقد يكون في صورة عدم الاختصاص الموضوعي، وعدم الاختصاص الزماني، وعيب عدم الاختصاص المكاني.

أ- عيب عدم الاختصاص الموضوعي

ويعرف عيب عدم الاختصاص الموضوعي بصدور قرار من هيئة إدارية في موضوع هو من اختصاص هيئة إدارية أخرى، وتتعدد صور عيب عدم الاختصاص الموضوعي ومنها: الاعتداء الرئيس الإداري على اختصاص الرؤوس، واعتداء الرؤوس على اختصاص الرئيس الإداري، اعتداء هيئة إدارية على هيئة موازية لها، واعتداء هيئة مركزية على اختصاص هيئة لا مركزية³.

¹ - د. مبارك إبراهيم، المرجع السابق، ص 334.

² - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 259.

³ - د. نوفان كنعان، القضاء الإداري، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 260.

وهو ما أكدته القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في الطعن رقم 44497 بتاريخ 1980/02/01 أن رئيس المجلس الشعبي البلدي لا يتمتع بصلاحيه اتخاذ قرار الغلق النهائي لأن

الوالي هو المعني في النص لاسيما المادة الأولى من المرسوم رقم 34/74 لاتخاذ الإجراءات الملائمة¹.

كما جاء به مجلس الدولة الجزائري في القضية التي كانت بين رئيس مندوبية بلدية قسنطينة ضد السيد كباش سليم ؛ حيث قام رئيس المندوبية بسحب رخصة الاستفاده من كشك على اعتباره أنه مبني على قطعة أرض عمومية، حيث قضى مجلس الدولة أنه بناء على المادة 164 من المرسوم 91/ 454 المحدد لشروط إدارة أملاك الدولة الخاصة والأملاك العامة للدولة وتسييرها تنص على رخصة الطريق تسلّم أو ترفض من طرف السلطة المكلفة بتسيير الأملاك العامة ويسلمها رئيس المجلس الشعبي أو الوالي بقرار إذا كان تسيير مرفق الأملاك العامة المعني لا تتولاه سلطة إدارية أخرى².

وبناء على ما تقدم، يتضح لنا، أن الوالي هو المختص بمنح رخصة البناء أو إلغائها أو سحبها ، حيث أن المادة 165 ومن المرسوم أعلاه تبين أن قرار إبطال الرخصة أو سحبها يتخذ حسب الأشكال نفسها التي تم تسليمه.

ب- عدم الاختصاص الزمني

من المستقر عليه أن القرار الإداري يجب أن يصدر عن هيئة إدارية أو موظف وخلال مدة ومنية معينة، وهي التي يكون فيها الموظف أو الهيئة الإدارية المختصة قانون بإصدار هذا القرار، ومعناه أن اختصاص أي موظف أو جهة إدارية يكون قابلا للممارسة طالما ظل شاغلا لمنصبه، وبالتالي فإن عيب عد الاختصاص الزمني يظهر في حالتين هما:

الحالة الأولى: صدور القرار قبل تقلد المهام أو بعد انتهاء الرابطة الوظيفية

إصدار القرارات الإدارية للموظف محددة بالمدة التي يتقلد فيها المنصب الإداري، بحيث يفقد هذا الحق بمجرد انقطاع صلته بالوظيفة المشغولة ، فمن غير المعقول أن يصدر قرارات إدارية،

¹ - د. محمد تقيّة ، مبدأ المشروعية على رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، مجلة ملتقى قضاة الغرفة الإدارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 149.

² - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 166.

ويكون له سلطة عليها ، وإن فعل ذلك يكون قراره مشوباً بعيب عدم الاختصاص الزمني وعد قرار باطلاً.

الحالة الثانية: صدور القرار خارج الفترة التي يحددها المشرع لاتخاذ القرار

هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة باتخاذ القرار خلال المدة الزمنية التي حددها المشرع، كما أن إصدار الإدارة للقرار خارج المدة الزمنية المحددة قانوناً يكون باطلاً، وغاية المشرع هي إلزام الإدارة بإصدار قراراتها خلال المدة الزمنية المحددة، وهذا واضح من خلال عدة نصوص قانونية التي تحدد المدة الزمنية لإصدار القرارات الإدارية¹.

ج- عدم الاختصاص الإقليمي

يقصد بذلك إصدار أحد الموظفين الإداريين قرار إداري متضمناً اتخاذ إجراء معين داخل إقليم لا يخضع لسلطتهم، ويترتب عليه بطلان القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص المكاني (الإقليمي)².

2- عدم الاختصاص الجسيم

لا يؤدي عيب عدم الاختصاص الجسيم إلى إلغاء القرار فقط بل انعدامه تماماً، فهو فاقد لصفته الإدارية ولا يترتب عليه أي حقوق ، ولا يتحصن من الطعن بمجرد فوات آجال الطعن، ويأخذ عيب عدم الاختصاص الجسيم عدة حالات.

- صدور قرار من فرد عادي لا صلة له بالإدارة.
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة تشريعية.
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة قضائية .
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية لا تمت لها بصلة³.

¹ - د. محمد الخلايلة، القانون الإداري ط 2، دار الثقافة النشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 207.

² - د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 168.

³ - د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 207.

الفرع الثالث

"Vice du Détournement de Pouvoir" عيب الانحراف بالسلطة أو تجاوزها:**أولاً: تعريف عيب الانحراف بالسلطة أو تجاوزها**

عيب الانحراف بالسلطة أو عيب إساءة استعمال السلطة وهو أن يمارس مصدر القرار سلطته التي حولها له القانون في تحقيق أهداف غير مرتبطة بالمصلحة العامة أو الغاية المخصصة له قانوناً¹، ويقصد به الهدف الذي تسعى إليه الإدارة مصدرة القرار الإداري وتأمل في تحقيقه²؛ بمعنى إذا لم تتحقق تلك الغاية فإن القرار يكون مشوباً بعيب انحراف السلطة وإساءة استعمالها لمصالح خاصة، أو أغراض غير مشروعة مما يجعل القرار الإداري باطلاً؛ حيث يمكن لصاحب الشأن رفع دعوى الطعن بإلغاء ذلك القرار.

ويعرفه الأستاذ طعيمة الجرف بقوله: " أن تصدر الإدارة قراراً إدارياً لغير الغرض المقرر له قانوناً".

ويعرف كذلك بأن: " عيب الانحراف بالسلطة عندما تستعمل هيئة إدارية سلطتها لغرض مغاير لذلك الذي منحت من أجله السلطة"³.

ثانياً: صور التعسف في استعمال السلطة

ويمكن تحديد صور تعسف استعمال السلطة في صورتين أساسيتين:

¹ - د. عطا الله التاج، الانحراف في استعمال السلطة كوجه من أوجه إلغاء القرار الإداري- دراسة مقارنة- مجلة الدفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة ع. 16، جانفي 2016، ص 14. - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 495.

² - د. فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 101. ود. صفاء شكر محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة إساءة استعمالها- دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2017، ص 135.

³ - د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 191.

1- أن يهدف القرار إلى تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة

القاعدة العامة التي تحكم مبادئ القانون الإداري المنظم لنشاط الإدارة، هو تحقيق المصلحة العامة، لأن الإدارة تتمتع بامتيازات وصلاحيات منحها المشرع لها بقصد تحقيق النفع العام، وبالتالي أي قرار يحقق المصلحة الخاصة، يعتبر انحراف في استعمال السلطة ومن أمثلتها :

أ- تحقيق نفع شخصي لمصدر القرار

ويقصد به أن اتخاذ الإدارة قرارات لمصلحة شخصية وليس تحقيقا لمصلحة عامة؛ بمعنى خروج القرار عن هدفه الطبيعي بتحقيق نفع مادي، وعلى سبيل المثال عزل موظف من منصبه لأسباب شخصية بهدف توفير منصب شغل لأحد أفراد العائلة، وبالتالي فإن أي قرار لا يهدف لتحقيق المصلحة العامة يعد مشيئا بعيب التعسف في استعمال السلطة يستوجب إلغاءه¹.

ب- استعمال السلطة بقصد الانتقام

يعني أن السلطة الإدارية تصدر قرارات بهدف الانتقام من الغير وليس تحقيقا للمصلحة العامة، ومثال على ذلك توقيف موظف من عمله بسبب توتر العلاقة بينه وبين رئيسه².

2- مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

القاعدة العامة أن هدف الإدارة من إصدار قراراتها هو تحقيق المصلحة العامة، وخروج الإدارة عن هذه القاعدة كان قرارها مشوبا بعيب التعسف في استعمال السلطة، حيث أن القانون يقوم بتخصيص هدف معين ، ففي هذه الحالة بل يجب ألا يستهدف القرار الإداري المصلحة العامة فحسب بل أيضا الهدف الخاص الذي بينه القانون عملا بقاعدة تخصيص الأهداف. ويترتب على العيب الذي يصيب ركن الغاية في القرار الإداري، الإلغاء سواء إداريا أو قضائيا. وعليه، فإن عيب استعمال السلطة، يتعلق بجوهر القرار الإداري لا شكله الظاهري، فهو يعني مخالفة الإدارة لروح التشريع، والغاية التي يبتغيها المشرع بنصوصه، لأن القاعدة و ما تفرضه من أحكام ليست غاية في ذاتها وإنما هي سبيل لتحقيق الصالح العام.

¹ - د. سعيد بوعلي المرجع السابق، ص 176.

² - د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 108.

هو ما أكده مجلس الدولة الجزائرية في قضية السيد مكّي ضد بلدية أولاد فايت، حيث قضى بإبطال قرار البلدية بإقصاء السيد مكّي من ملكية قطعة الأرض على اعتبارات القرار الإداري يهدف إلى تحقيق غرض بعيد عن الأهداف المخصص للإدارة¹.

الفرع الرابع

عيب مخالفة القانون: "Vice de la violation de la loi"

يقصد بعيب مخالفة القانون، العيب الذي يلحق بعنصر المحل؛ بمعنى أن يخالف محل القرار الإداري أو موضوعه إحدى القواعد القانونية، إذ يشترط في عنصر محل العقد أن يكون ممكنا ومعينا، وأن يكون مشروعاً يعني مطابقاً للقانون²، وأي عيب يشوب القرار الإداري إنما يعد مخالفاً للقانون، ورقابة القضاء الإداري على محل القرار ليست رقابة خارجية كما هو الشأن في رقبته على الاختصاص والشكل، وإنما هي رقابة داخلية تنصب على جوهر القرار وموضوعه لتكشف عن مطابقته أو مخالفته للقانون³.

وبناء على ما تقدم، يجب أن تكون العقوبة الإدارية مطبقة تطبيقاً صحيحاً للنصوص القانونية، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير الجزاء، أو كانت هذه الواقعة لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فإن قرار الجزاء يكون غير مشروع⁴.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسيّ بأن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة دون اعتداد بحجية الشيء المقضي فيه غير مشروع⁵. ومن ناحية أخرى يعد القرار الصادر بالجزاء العقديّ معيباً بسبب مخالفة القانون أو العقد نفسه؛ ولذا أفتت الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصريّ بأنه الأصل في العقد أياً كانت طبيعته، سواء أكان إدارياً أم كان من عقود القانون الخاص، أن يحوي كل آثاره، وأن يتضمن جميع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، ولا سيما الأحكام

¹ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 172.

² - د. ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995م، ص 392.

³ - د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 271.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا: قرار حظر التعامل مع الطاعن لم يرقم على سبب صحيح واقعا أو قانونا، فإنه يعتبر قرارا مخالفا للقانون، الأمر الذي يتحقق به ركن الخطأ في جانب الجهة الإدارية. مشار إليه لدى: د. عبد الله النواف العتري، المرجع السابق، ص 271.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 9/ 1985/4م، في الطعن رقم 436، ق. عليا، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص 643.

الماثلة أمام جهة الإدارة في لوائح تقيدها، وكون الإدارة طرفاً في العقد لا يغير من اعتباره عملاً ذاتياً فردياً على أن تتولد عنه مراكز شخصية لا يمكن أن تحدد مسبقاً بالنسبة لكل شخص. فهو ليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية لأفراد معينين، ولما كانت غرامة التأخير تعويضاً اتفاقياً؛ فإن خلو العقد الذي أبرمته القوات المسلحة المصرية العامة لوادي النطرون من النص عليها لا يجوز، للقوات المسلحة توقيعها؛ ولذلك انتهى الرأي إلى أنه لا يجوز للقوات المسلحة توقيع غرامة التأخير على المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحاري، طالما خلا النص من هذه الغرامة¹.

وأكدت أيضاً ذات الجمعية بأنه لا يجوز توقيع الغرامة التأخير إلا إذا نص العقد عليها، فإذا تبين من العقد أنه لم يذكر مقدار الغرامة التي تستحق في حالة التأخير، كما أنه قد تم شطب الفراغ المعد لبيان مقدارها، فإن ذلك لا معنى له، غير أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى تقدير هذا الجزاء، الأمر الذي مفاده عدم جواز توقيعها، وأن القرار الصادر بتوقيعها يعد مخالفاً للقانون نظراً لوروده على غير ما نص عليه العقد المبرم بين المتعاقد وجهة الإدارة².

وكذلك يعد مما يخالف فيه الجزاء العقدي للقانون أن تعدد الإدارة في حساب غرامة التأخير بواقعة التسليم الابتدائي؛ ذلك أن هذا الأخير تقتصر مهمته قانوناً على إثبات كمية الأصناف وعددها المتفق على توريدها وتاريخ ورودها، أما التسليم النهائي فهو الذي يقطع بمدى اتفاق هذه الأصناف مع الاتفاق أو نصوص العقد، ذلك أن التوريد غير المطابق للمواصفات وفق محضر التسليم النهائي هو الذي يأخذ حكم عدم التوريد من حيث توقيع الجزاء العقدي أو غرامة

¹ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: رقم 225 في 23/5/1996م، جلسة 4/5/1966، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص516.

² - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: رقم 417 في 15/4/1967، جلسة 5/4/1967، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص517.

التأخير، إذا لم يورد بديلها المطابق للمواصفات في الميعاد المحدد للتوريد¹. ويأخذ عيب مخالفة القانون عدة صور منها:

أولاً: المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية

وتكون هذه الحالة عند تعمد الإدارة الخروج عن القاعدة القانونية الملزمة لها، فتصدر قرارات مخالفة لهذه القواعد أو تمتنع عن القيام بعمل يلزمها بها القانون، كأن تلجأ الإدارة إلى التنفيذ المباشرة في حالة لم ينص عليها القانون، وبالتالي تكون الإدارة مقيدة بنصوص القانون وليست حرة في اتخاذ قرارا إدارية من تلقاء نفسها.

ثانياً: الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

هذه الحالة تكون أخطر من الحالة السابقة، لأن الإدارة تتحجج من عدم وضوح النص القانوني ويشوبه غموض، واحتمال تأويله لأكثر من معنى، أو قد يكون متعمد حين تكون القاعدة القانونية على درجة من الوضوح بحيث لا تحتمل الخطأ في التفسير ولكن الإدارة تتعمد التفسير الخاطئ، وبالتالي على القاضي البحث في حقيقة قصد الإدارة من وراء هذا التفسير الخاطئ وهنا يظهر انحراف السلطة الإدارية عن الغرض القانوني لتحقيق غرض آخر غير ذلك المحدد قانوناً من قبل المشرع².

الفرع الخامس

عيب السبب

لكي يكون توقيع الجزاء التعاقدية صحيحاً، يجب قيام سبب يبرره، على سبيل المثال يأتي المتعاقد فعلاً أو يمتنع عن إتيانه في حين أن هذا أو ذلك يعد خطأ تعاقدياً؛ أو قانونياً مما يشكل إخلالاً بالتزاماته التعاقدية، الأمر الذي يواجهه معه مسلكه السلبي أو الإيجابي غير المشروع بالجزء. ويقصد بعيب السبب الحالة القانونية أو الواقعية التي تتيح تدخل الإدارة، وتعني الوقائع التي تسبق القرار مما يجعلها تتصرف باتخاذ القرار الإداري.

¹ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: رقم 619 في 16/6/1990م، جلسة 6/6/1990م، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص 520.

² - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 181.

وباستقراء التعريف السابق، يتضح لنا أن أي سبب لقرار إداري يبرز في حالتين أساسيتين:

أولاً: الحالة الواقعية

ويقصد بها الحالة المادية الناجمة عن الطبيعة، الخارجة عن إرادة الإنسان كالزلازل، الفيضانات، انتشار الوباء...، أو حالات أخرى بإرادة البشر كالإضراب مثلاً، والتي تكون سبب إصدار القرار¹.

ثانياً: الحالة القانونية

ويقصد به إدراج حالة واقعية داخل إطار قاعدة قانونية، للقرار الإداري وتمثل في وجود مركز قانوني عام أو خاص².

وبناء على ما تقدم، يتضح أن لقيام ركن السبب للقرار الإداري بالعقوبة، فإنه يجب أن تتضمن هذه الوقائع المادية الخصائص والأسباب التي يتطلبها القانون، كما أن للقاضي الإداري الحق في مراقبة الإدارة في حالة عدم تكييفها القانوني الصحيح.

فيرى الأستاذ جورج فيديل "أن عملية التكييف القانوني للوقائع تقتضي من القائم بها جهداً مزدوجاً في خصوص عنصرَي الوقائع والقانون، فبالنسبة لعنصر القانون"، وتجدر الإشارة أن غالبية النصوص التشريعية القانونية تتسم بالعمومية والتجريد، مما يفسح مجالاً واسعاً أمام من يقوم بالتكييف القانوني.

وهذا ما جاء به القضاء الإداري المصري في القرار رقم 94/90 بتاريخ 1994/06/30 إن الجزء الإداري ينبغي أن يقوم على نقل يستوجب المؤاخظة وأن يستفاد الجزء في هذا الشأن من أصول ثابتة في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار الصادر بالجزء، فإذا كانت إدانة المدعي قد انتزعت انتزاعاً من أصول لا تحتملها أو من مقدمات لا تؤدي إلى تلك النتيجة فيكون القرار قد فقد أساسه القانوني... ومن ثمة يكون الجزء الإداري قد انعدم أساسه القانوني ويتعين إلغاؤه³.

ومن أجل صحة ركن السبب في القرار الإداري، يجب توافر ثلاث شروط أساسية:

¹ - د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 159.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 222.

³ - د. نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 178.

– أن يكون السبب قائما وموجودا:

ولصحة هذا الشرط يجب أن يكون سبب هذا القرار صحيحا من الناحية المادية أو الواقعية، وإلا يكون القرار معيبا في سببه، ومن الناحية الثانية يجب أن تتسم الوقائع بالاستمرارية لغاية صدور القرار¹.

– أن يكون السبب مشروعاً

من المستقر عليه أن الإدارة السلطة التقديرية في إصدار قراراتها الإدارية واختيارها للأسباب، ولكن المشرع قد يورد نصوصاً على سبيل الحصر، فإذا صدر القرار من الإدارة وكان مستندا لسبب أجنبي، حكم القاضي الإداري بإلغاء القرار لعيب السبب الغير المشروع².

– أن يكون السبب محدد

يجب أن يكون سبب القرار الإداري واضحا ولا يشوبه غموض، محمدا بوقائع مادية وقانونية تبرره، فقد عرفه الأستاذ ماجد راغب الحلو: "عيب السبب هو عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في سببه، بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني"³.

وعرفه الأستاذ Chapus "تكون بصدد عدم مشروعية بفعل تلك الأسباب، إذا كان غلط في القانون أو غلط في الوصف القانوني للوقائع، أو غلط في الوقائع"⁴.

واستنادا على ما سبق، فإن قرار الجزاء التعاقدية يصبح غير مشروع متى انعدمت الواقعة التي يشكل وجودها إخلالاً من المتعاقد بالتزامه التعاقدية، أو كانت الواقعة المستندة إليها ذلك الجزاء تخرج عن نطاق الخطأ العقدي أو القانوني⁵.

¹ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 222.

² - د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، مصر، 1987، ص 497.

³ - د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995، ص 421.

⁴ - Chapus René, droit administratif general, tome 1, 9^{ème} edition, Paris, p 914.

⁵ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 122.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على ملائمة الجزاء التعاقدية

(Contrôle d'opportunité)

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية قرار الجزاء الرقابة على مدى ملائمته؛ إذ يبسط القضاء رقابته للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه ارتكابه، بحيث يكون بوسع القاضي رد الجزاء المبالغ فيه، إلى الدرجة التي تتحقق معها الموازنة بينه وبين الخطأ محل توقيعه¹.

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن السلطات التي يتمتع بها القاضي في مواجهته للجزاءات غير المشروعة، تكون مقيدة بحسب نوع الجزاء فبالنسبة للجزاءات المالية، يكون باستطاعة قاضي الحكم رد هذه الجزاءات أو الإعفاء منها، كما يستطيع تخفيضها حسب كل حالة².

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فلا وجود لمثل هذا القيد، كما هو الحال في القضاء الفرنسي، فقاضي العقد يمارس سلطاته بإلغاء الجزاء غير المشروع والحكم بالتعويض عنها بغض النظر عن نوع العقد الإداري سواء أكان عقد التزام، أم عقد أشغال عامة، أم عقد توريد³.

أما في الجزائر قضى مجلس الدولة في قرار له بأن: "حيث أنه يستخلص من دراسة المستندات المودعة في ملف النقاش بأن العارض أحيل سنة 1996 أمام المجلس الأعلى للقضاء بسبب الأعمال التالية... حيث أنه بموجب القرار المؤرخ في 27 يوليو 1998، قام مجلس الدولة وبعد التصريح باختصاصه باعتباره أن المجلس الأعلى للقضاء ارتكب خطأ صريحا في تقدير الوقائع

¹ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 125.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 508.

³ - د. جمال عباس، المرجع السابق، ص 400.

المنسوبة إليه وإن ثمة عدم توافق بين الوقائع والعقوبة المسلطة، حيث أن مجلس الدولة أبطل قرار المجلس الأعلى للقضاء"¹.

وفي ذات السياق أقر مجلس الدولة الجزائري في حكم آخر له: "... حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة عليه بموجب المادة 22 من المرسوم رقم 59/85، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا، هو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطعا، فضلا على أنها تدل إخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي، وحيث ترتب على ذلك فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيا ثابتا، مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعاءاته، وحيث من جهة أخرى فإن الثابت فقها وقضاء، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير محقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف..."².

¹ - قرار 28 يناير 2002 رقم الملف 5240، مجلة مجلس الدولة، ع. الثاني، 2002، ص 165 وما بعدها.

² - قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة بتاريخ 26 يوليو 1999، فهرس 371، في قضية "بالرحمة يوسف" ضد مدير التربية والتعليم لولاية سيدي بلعباس قرار غير منشور، مشار إليه لدى: د. مباركي إبراهيم، المرجع السابق، ص 423.

المبحث الثالث

آليات الرقابة القضائية على الجزاء الإداري

من المبادئ الأساسية في العقود الإدارية أن رقابة القضاء الإداري على الجزاء التعاقدية، تتسع لتشمل الرقابة على مشروعية هذه العقوبة الإدارية المقررة من الإدارة، والرقابة على ملائمتها كما رأينا سابقا، بالإضافة إلى أنها الوسيلة القانونية المهمة لتحريك الدعوى الإدارية، لحل المنازعات بين الإدارة والمتعاقد معها، كما تعرف الدعوى الإدارية بأنها الآلية الوحيدة التي يخولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقه والمطالبة به من الإدارة التي أضرت به¹. وتتعدد التقسيمات الفقهية للدعوى الإدارية؛ بحسب الأسس والمعايير التي تتبع بشأنها، ولعل أبرز هذه التصنيفات الفقهية للدعوى الإدارية هي التصنيف الشكلي، والتصنيف الموضوعي والتصنيف المختلط².

ويعتمد فقهاء التصنيف الشكلي على طبيعة السلطة التي يتمتع بها القاضي الإداري في المنازعة المعروضة عليه، فتتمتع المحاكم الإدارية بسلطات القضاء الكامل التي تتضمن تقديرا شاملا للوقائع والقانون في الدعوى المعروضة عليه وسلطات الإلغاء تقتصر على إلغاء القرارات غير المشروعة فقط من دون أن يملك تعديل هذه القرارات، أو استبدالها بقرارات يصدرها. وعلى هذا الأساس يمكن القول أن من السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري تنوع الدعاوى الإدارية، وهي تتمثل في دعوى القضاء الكامل، ودعوى الإلغاء إلى جانب إلى دعاوى أخرى.

¹ - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج. الثاني نظرية الدعوى، ط. الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2014، ص 226 وما بعدها، وكذلك بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2008، ص 127.

² - للمزيد من التفاصيل في التقسيمات الفقهية للدعوى الإدارية، راجع د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986 ص 317، وكذلك د. شنتاوي علي المختار، موسوعة القضاء الإداري، ج. الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004، ص 253.

وأما بالنسبة للتصنيف الموضوعي يعتمد فقهاءه على الخصائص الذاتية للوظيفة القضائية التي لا تخلو بأن تتعلق بحق عيني أو حق شخصي، وبناء على هذا تصنف الدعاوى الإدارية تبعاً لهذا التقسيم إلى دعاوى شخصية، ودعاوى عينية، فالدعاوى الشخصية يرفعها أصحابها على أسس قانونية ذاتية وشخصية، ويطالبون الجهات القضائية المختصة الاعتراف لهم بالحقوق المكتسبة وحماية هذه الحقوق ومن أبرز هذه الدعاوى دعوى التعويض أو المسؤولية ودعاوى العقود، وبعض دعاوى التفسير، أما الدعاوى العينية فإنها تتعلق بحق عيني أو موضوعي وأهم هذه الدعاوى دعوى فحص الشرعية القرارات الإدارية والدعاوى الضريبية ودعاوى الإلغاء وهذه الدعوى هي التي تهمنا بالدراسة.

وبخصوص التقسيم المختلط فقد جمع بين التصنيفين السابقين في نفس الوقت، وقسم فقهاء هذا التصنيف الدعاوى الإدارية إلى طائفتين دعاوى المشروعية ودعاوى الحقوق، فدعاوى المشروعية تهدف إلى تقدير مشروعية عمل قانوني أو مادي، وفقاً للقاعدة القانونية، ويندرج ضمن دعاوى المشروعية دعوى الإلغاء...، أما دعاوى الحقوق فهي تتعلق بوجود الحقوق ومضمونها، ومجال هذه الدعاوى الحقوق التعاقدية، وحق التعويض في حالة المسؤولية التقصيرية، وتكون ضمن دعاوى القضاء الكامل.

وتتعدد الدعاوى الإدارية التي تمارس أثناء تنفيذ العقد الإداري بتعدد المنازعات الناشئة عنها، لدى نحاول دراسة أهم الدعاوى الإدارية وأبرزها التي تمارس في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، دعوى الإلغاء في (المطلب الأول)، ثم دعاوى القضاء الكامل في (المطلب الثاني)، رقابة دعاوى قضاء الاستعجال في (المطلب الثالث)، وتطبيقات الرقابة القضائية في (المطلب الرابع)..

المطلب الأول

دعوى الإلغاء

le contrôle du recours en annulation

تسمى دعوى الإلغاء (Recours en annulation)، أو دعوى تجاوز السلطة (recours pour excès de pouvoir) هي دعوى موضوعية عينية، وتعد من دعاوى القضاء الشرعية، تستهدف إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وهي تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل على اعتبار أن العقد الإداري يعد من العمليات القانونية المركبة، وتصدر الإدارة قرارات سواء كانت ممهدة له أو متصلة بإبرامه، أم كانت متعلقة بإتمامه، وهذه القرارات المتعلقة بالعقد لا تعامل معاملة العقد نفسه، وإنما تخضع لرقابة قضاء الإلغاء في مجال ما يعرف بنظرية القرارات القابلة للانفصال التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي كي يسهل عملية الرقابة على جانب من التصرفات القانونية التي تقوم بها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة¹.

وعلى هذا الأساس نتناول بالدراسة في هذا المطلب تعريف دعوى الإلغاء في (الفرع الأول)، تم الاختصاص القضائي لدعوى الإلغاء في (الفرع الثاني)، شروط قبول دعوى الإلغاء في (الفرع الثالث)، وكذلك نظرية القرارات القابلة للانفصال في (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف دعوى الإلغاء

لقد عرفها الفقهاء الفرنسيون بتعريفات عديدة، فمنهم من عرفها بأنها دعوى قضائية تهدف إلى أن يلغي القاضي الإداري قرارا غير مشروعاً²، وعرفها بعضهم الآخر بأنها دعوى

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 30.

² - " Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux visant à faire annuler par le juge administratif un acte administratif illégale". André de l'aubader et Jean- Claude Venezia et Yves Gaudemer, op. cit, p 497.

تستهدف إلغاء قرار، لمخالفته للقواعد القانونية¹، وعرفها آخرون بأنها دعوى قضائية يطلب الطاعن بمقتضاها من القضاء الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري والحكم بإلغائه إذا تبين له أنه غير مشروع².

وفي مصر عرف الأستاذ سليمان الطماوي قضاء الإلغاء على أنه: "القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي أن يفحص القرار الإداري فإذا تبين له مجانية القرار لقانون حكم بإلغائه ولكن من دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك ليس له تعديل القرار المطعون فيه، أو استبدال غيره به"؛ بمعنى أن دعوى الإلغاء في نظر الأستاذ سليمان الطماوي دعوى يرفعها أحد المتعاقدين إلى القضاء الإداري لإلغاء قرار إداري مخالف للقانون³.

وكذلك عرفها الأستاذ ماجد راغب الحلو أنها دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفا للقانون، وتعتبر هذه الدعوى من أبرز وسائل حماية المشروعية؛ إذ تؤدي إلى ترتيب البطلان بوصفه جزاء يصيب القرار المخالف للقانون⁴.

وفي فرنسا فقد عرف مجلس الدولة الفرنسي دعوى تجاوز السلطة في حكمه بتاريخ 17 فبراير 1950 في قضية Damme Lamotte بأنها: "طعن مفتوح حتى دون نص ضد كل قرار إداري، وأثره كفالة احترام الشرعية طبقا للمبادئ العامة للقانون⁵.

¹ - " un recours tendant à l'annulation d' une désistions administrative et fandé sur la violation par cette désistions d'une règle de droit". Jean - Marie et Auby et Roland Drago, traité des recours en matière administrative, litec, Paris, 1992, p 116.

² - Recours par lequel le requérant demande au juge l'annulation d'un acte administratif pour illégalité" Charles debbaseh, contentieux administratif, 2^{ed} Dalloz, Paris, 1978, p 647. Rémy Schwartz et Myriam Kaczamerek, la gazette, n 2 , 26 Avril 2004, p 114.

³ - د. سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 315.

⁴ - د. ماجد راغب الحلو، قضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 279.

⁵ - " Le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit du contentieux du droit, le respect de la légalité". Rêne Chapus, Droit du contentieux administratif, 7^{ed}, Montchrestien, Paris, 1998, p 175.

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد عرفت دعوى الإلغاء بقولها إنها " في الأصل دعوى عينية تهدف إلى طلب إلغاء القرار المطعون فيه إعمالاً لمبدأ المشروعية، وهي بوصفها كذلك تتأبى تطبيق الأثر بشطبها، لعدم حضور رافعها"¹.

وفي الجزائر عرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها: "الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ذو الصفة والمصلحة أما جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة"².

من خلال التعريفات السابقة نستخلص أن فقهاء القضاء الإداري أجمعوا على أن دعوى الإلغاء دعوى قضائية، مما يجعل على المدعي اللجوء للقضاء المختص طالبا بإلغاء قرار إداري غير مشروع طبقاً للقواعد حددها القانون.

الفرع الثاني

الاختصاص القضائي لدعوى الإلغاء

لمعرفة اختصاص القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، يقتضي منا دراسته بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي والمصري والجزائري.

أولاً: الاختصاص القضائي الفرنسي بدعوى الإلغاء

نص المشرع الفرنسي في المادة الثالثة من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية³، والمادة 1-211 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي⁴، على أن محاكم الإدارة Les

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1117 لسنة 29 الق. - جلسة 1987/03/10، راجع أحكامها في الطعن رقم 4256 لسنة 35 ق.، جلسة 1992/3/2، الطعن رقم 3014 لسنة 34 ق.، جلسة 1990/12/1. مشار إليه لدى: د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 316.

² - د. محمد الصغير بعللي، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2008، ص 71.

³ - L'article 3 de code des tribunaux administratifs et des cours administrative d'appel " Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve d'appel, juges de droit commun du contentieux administratif.

Les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation".

⁴ - L' article 1 211-1 de code de justice administrative (Version consolidée au 4 janvier 2015) " Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve des compétences attribuées aux autres juridiction administratives juges de droit commun du contentieux administratif".

tribunaux administratifs هي صاحبة الاختصاص العام بالمنازعات الإدارية، فهي درجة التقاضي الأولى، وتخضع الأحكام الصادرة عنها للاستئناف أما محاكم الاستئناف الإدارية Les cours administratifs d' appel¹، وهذا ما نصت عليه المادة 2- 211 من قانون العدالة الإدارية الفرنسية والمادة R62 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية²، وينظر مجلس الدولة Conseil d'état بوصفها أعلى محكمة في النظام القضائي الإداري الفرنسي في النقض ضد الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف الإدارية؛ إذ يتحقق من الامتثال للقواعد الإجرائية والتطبيق الصحيح للقانون من قبل المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وهذا ما نصت عليه المادة 1- 111 من قانون العدالة الإدارية الفرنسية³

ثانيا: الاختصاص القضائي المصري بدعوى الإلغاء

أما المشرع المصري نص في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1948 على أنه: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية... خامسا الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية، أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح".

وفي نفس القانون نصت المادة 13 على أنه: "تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة 10 عدا ما تختص به المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية كما

¹ - بموجب القانون 31 ديسمبر 1987 أنشئت محاكم الاستئناف الفرنسية للتخفيف من أعباء مجلس الدولة، وقد حدد عددها بموجب مرسوم 15 فبراير 1988 وهو خمس محاكم في Paris, Nancy, Douai, Marseille, Nantes, Lyon, Bardeaux أما المحاكم الإدارية فيبلغ عددها 28 محكمة.

Voir: Gustave Peser, contentieux administratif, 13^{ed}, Dalloz, 2004, p 14 et p19.

² - L' article 1 211-2 de code de justice administrative " les cours administratives d'appel connaissent des jugements rendus en premier ressort par Les tribunaux administratifs, sous réserve des compétences attribuées au Conseil d'Etat en qualité de juge d'appel et de celles définies aux articles".

L' article R62 de code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel " La cour administrative d'appel territorialement compétentes pour connaitre d'un appel forme contre un jugement d'un tribunal administratif....".

³ - 1111-1 de code de justice administrative (Version consolidée au 4 janvier 2015) " Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême. il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridiction administrative ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel".

تختص بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، ويكون الطعن من ذوي الشأن أو من رئيس هيئة مفوضي الدولة وذلك خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم".

و من خلال هذا النص فإن المحاكم الإدارية تختص بنظر دعاوى الإلغاء للقرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة بحق الموظفين العموميين من شاغلي الدرجة الثالثة فما دونها¹.

أما المحاكم التأديبية تختص بنظر الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من الأشخاص المحددين في المادة 15 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972².

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المحكمة المختصة في نظر المنازعات الإدارية هي محكمة القضاء الإداري.

ثالثا: الاختصاص القضائي الجزائي بدعوى الإلغاء

الجهة القضائية المختصة بنظر الطعن في القرار الإداري في الجزائر هي المحكمة الإدارية، ومجلس الدولة وندرس كل جهة على حدة.

1/ الاختصاص القضائي للمحكمة الإدارية بدعوى الإلغاء

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 801 من القانون رقم 08-09 الصادر في 2008/2/25 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى

¹ - أنظر المادة 13 من القانون المصري رقم 47 لسنة 1972 على أنه: "تختص المحاكم الإدارية:

1/ بالفصل في الطلبات الإلغاء للقرارات المنصوص عليها في البنود ثانيا وثالثا ورابعا من المادة العاشرة متى كانت متعلقة بالموظفين العموميين من المستوى الثاني والمستوى الثالث ومن يعادهم وفي طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات.

2/ بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات، والمعاشات، والمكافآت، والمستحقة لمن ذكروا في البند السابق، أو لورثتهم..."

² - جاء في المادة 15 من نفس القانون على اختصاص المحاكم التأديبية إذ نصت على أنه: "تختص المحاكم التأديبية بنظر الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من:

1/ العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة في وزارات الحكومة، ومصالحها، ووحدات الحكم المحلي والعاملين بالهيئات العامة والمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات الشركات التي تتضمن لها الحكومة حد أدنى من الأرباح.

2/ أعضاء مجلس إدارة التشكيلات النقابية للمشكلة طبقا لقانون العمل، وأعضاء مجلس إدارة المنتخبين طبقا لأحكام القانون رقم 141 لسنة 1963.

3/ العاملين بالجمعيات والهيئات الخاصة التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس الجمهورية ممن تجاوز مرتبهم خمسة عشر جنيها شهريا كما تختص هذه المحاكم بنظر الطعون المنصوص عليها في البندين التاسع والثالث عشر من المادة العاشرة.

إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية، ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية¹، والمصالح الأخرى للبلدية². وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 98-02، المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية على أن: "... أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 901 من ق.إ.م.إ على اختصاص مجلس الدولة باعتباره درجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء، والتفسير، وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، كما تنص في الفقرة الأولى من المادة 9 من القانون رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله على أن مجلس الدولة يختص بالفصل ابتدائيا ونهائيا في الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية، أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية³، والمنظمات المهنية الوطنية.

وجاء في المادة 10 من القانون نفسه على أن: "... يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في الحالات جميعها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

كما ينص في المادة 11 من نفس القانون على أن: "يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات الإدارية الصادرة نهائيا، وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة".

يتضح من استقراء النصوص القانونية السابقة أن المشرع الجزائري حصر اختصاص مجلس الدولة الابتدائي النهائي في القرارات الفردية والتنظيمية الصادرة عن السلطات المركزية فقط، كما يعترف المشرع الجزائري لمجلس الدولة بسلطة الفصل في بعض المنازعات الإدارية باعتبارها ابتدائية

¹ - يقصد بالمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية المديرية التنفيذية على المستوى المحلي مثل مديرية التربية.

² - يقصد بالقرارات الصادرة عن المصالح الإدارية الأخرى للبلدية بالقرارات الصادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو عن الأجهزة الإدارية (من كاتب عام ورؤساء المصالح الإدارية...).

³ - السلطات الإدارية المركزية يقصد بها كل الهيئات الإدارية المركزية المتمثلة في الوزارة وكل الهيئات الإدارية التابعة للهيئات الوطنية المذكورة.

نهائية، مما أدى إلى خرق مرحلة من التقاضي على درجتين المحاكم الإدارية وحذف طريق عادي من طرق الطعن هو طريق الاستئناف، بما يفرض على المتقاضي استعمال الطرق الغير العادية وهي التماس إعادة النظر والنقض، مما يبعث حالة من عدم التكافؤ الفرص بين المتقاضين في نطاق القضاء العادي والقضاء الإداري¹.

الفرع الثالث

شروط قبول دعوى الإلغاء

حتى يقبل القاضي الفصل في دعوى الإلغاء يجب توافر شروط هذه الدعوى وهي تلك المتعلقة بالطاعن ذاته، وأخرى متعلقة بالقرار المطعون فيه.

أولاً: شروط المتعلقة بالطاعن

لكي يباشر المدعي دعوى الإلغاء يجب عليه أن تتوافر فيه الأهلية والصفة والمصلحة الشخصية سواء أكانت هذه المصلحة قائمة أم كانت محتملة للطعن بالإلغاء في القرار الإداري الذي الحق به ضرراً².

1- شرط الصفة

لقد وضع المشرع المصري لقبول دعوى الإلغاء أن يتوافر في رافعها شرط المصلحة الشخصية³، أما المشرع الجزائري فقد اشترط توافر الصفة والمصلحة معا سواء كانت قائمة أم كانت محتملة في المادة 13 التي جاءت كما يلي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"⁴.

¹ - د. عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء القانون إجراءات المدنية والإدارية، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ع. الخامس، جوان 2011، ص 12 وما بعدها، وكذلك د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

² - د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية (دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 55 وما بعدها.

³ - أنظر المادة 12 من قانون تنظيم مجلس الدولة المصري.

⁴ - أنظر المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج، المرجع السابق، ص 03.

أما في فرنسا اشترط توافر في المدعي الأهلية والمصلحة¹.

2- شرط المصلحة

يعتبر شرط المصلحة ضروري لقبول الطعن في القرار الإداري وهذا تطبيق للقاعدة الرومانية القديمة بأن المصلحة هي مناط الدعوى؛ ويقصد بهذه القاعدة بأن الحق غير موجود بدون مصلحة، فالدعوى هي وسيلة لحماية هذا الحق، فالمبدأ إذن هو لا توجد مصلحة فلا دعوى؛ معنى ذلك إذا لم يكن هناك مصلحة في تعديل الحكم فلا يقبل الطعن فيه².

ثانيا: الشروط المتعلقة بالقرار المطعون فيه

وهي شروط تتعلق بموضوع محل الدعوى للإلغاء؛ بحيث يشترط أن يكون القرار المطعون فيه إداريا ونهائيا، وأن يصدر من سلطة إدارية، ويحدث أثر قانوني³.

ثالثا: شرط الميعاد

لقد حدد المشرع الجزائري ميعاد رفع دعوى الإلغاء بأربعة أشهر سواء أكانت أمام المحاكم الإدارية أم مجلس الدولة في المادة 829 والتي جاء فيها: "يحدد أجل الطعن أمام المحاكم الإدارية بأربعة أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو تنظيمي".

وكذلك المادة 907 وجاءت كما يلي: "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 838 أعلاه"⁴.

¹ - " Pour le recours pour excès de pouvoir soit recevable le requérant doit avoir une certaine qualité pour agir: il doit d'une part avoir la capacité pour ester en justice, d'autre part justifier d'un intérêt à l'annulation de l'acte". André de laubadere et Jean- Claude Venezia et Yves Gaudmet, op. cit, p 421.

² - د. بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 58.

³ - لمزيد من التفاصيل راجع: د. سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية (دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية)، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

⁴ - أنظر المواد 829 و 907 من ق.إ.م.إ. ج، المرجع السابق، ص- ص 193 و 207.

أما المشرع المصري فقد حدد في المادة 24 من قانون مجلس الدولة أجل رفع الميعاد بـ ستين يوماً.

الفرع الرابع

نظرية القرارات القابلة للانفصال

لدراسة نظرية القرارات القابلة للانفصال يتطلب منا الوقوف عند تعريف هذه القرارات، ثم التطرق إلى معايير تمييزها، وكذلك نتناول بالدراسة أسباب الطعن بالإلغاء في هذه القرارات.

أولاً: تعريف القرارات القابلة للانفصال

يقصد بالقرارات القابلة للانفصال، أنها "قرارات إدارية تكون جزءاً من بنين عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية أخرى، ولكن القضاء يقوم بالفصل في هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على انفراد"¹.

وكذلك عُرِّفت على أنها: "تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنب هذه التصرفات؛ لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة؛ لترتيب أثر قانوني معين بوصفه تصرفاً قانونياً فردياً مكتملاً ونهائياً في حد ذاته من دون أن يخل ذلك ببقية المكونات الأخرى للعملية ومن دون أن يؤثر في كيان العملية ذاتها، أو يعطل، أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها"².

¹ - د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة - دراسة مقارنة - في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 495. وكذلك د. يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019، ص 240.

² - د. جورج شفيق، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 44.

وقد عرفها القضاء الإداري المصري بأنها: "القرار الذي يسهم في تكوين العقد الإداري وستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد، ويختلف عنه في طبيعته وهو الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزاً"¹.

باستقراء التعريفات السابقة يتضح جلياً أن القرارات القابلة للانفصال ترتبط بعمليات مركبة، وتتخذ من خلالها ونكون بصدد عملية مركبة في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على اتخاذ قرارات أخرى عديدة تكون ضرورية ولازمة لإصدار قرار نهائي، فهذا الأخير لا يمكن اتخاذه، إلا بعد اتخاذ قرارات أخرى متتابعة وحتمية².

ثانياً: معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للانفصال

تحتوي القرارات الإدارية القابلة للانفصال على عمليات قانونية مركبة؛ بحيث يمكن تمييزها عن غيرها من العمليات، فهذا يعني أن هناك من القرارات في العمليات القانونية المركبة غير قابلة للانفصال عنها؛ وهذا يدفعنا للبحث في المعايير التي يمكن الميل إليها؛ للتمييز بين الطائفتين من القرارات³.

إن النظام القانوني للقرارات يخضع له كل من النوعين: الأول فيما يتعلق بالطعن بهما أمام الجهات القضائية المختصة؛ بحيث أن القرارات القابلة للانفصال يقبل الطعن فيها استقلالاً عن بقية العملية ذاتها التي تتضمنها تلك القرارات، ومن دون الانتظار لحين الانتهاء من العملية ذاتها، أما النوع الثاني: الأعمال الغير قابلة للانفصال، لا يقبل الطعن فيها استقلالاً عن باقي العملية نفسها، وإنما يجب على المصلحة الانتظار إلى حين انتهاء العملية، وإتمامها للطعن بها، استناداً إلى العيوب التي تشوب القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقمي 456 و320، جلسة 1975/4/5، لسنة 17 ق.، مجموعة أحكام لسنة 20، ص 307.

² - " Il ya opération complexe lorsqu' ' une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d' une ou de plusieurs décision successives, spécialement "dictées pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale est l'aboutissement". R. Chalus, Cours de contentieux administratif, les cours du droit, 1979 p, 248.

³ - د. عبد الرحمن البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، ع. الأول، الكويت، مارس 2013، ص 511.

ويمكن القول أن معيار تمييز القرارات القابلة للانفصال عن غيرها من القرارات التي لا تقبل الانفصال عن العملية المركبة هو معيار مركب من شقين¹، الشق الأول: يتمثل في مدى صلاحية القرار بحد ذاته وبغض النظر عن بقية العمليات التي تدخل في تكوينها؛ لترتيب آثاره القانونية.

أما الشق الثاني: من المعيار يتمثل في مدى تأثير فصل القرارات الإدارية عن العملية المركبة بحد ذاتها من حيث قيامها، وإتمام خطواتها وترتيب آثارها على حدة، بمعزل تلك القرارات. فإذا كان القرار صالحا بحد ذاته؛ لترتيب الآثار القانونية بمفرده ومن دون الاستناد إلى أجزاء أخرى من العملية، ومن دون انتظار لحين اكتمال العملية ذاتها، وإن كان هذا القرار لا يؤثر في أجزاء أخرى من العملية، ولا يعوق إتمام مراحلها ومن ثم ترتيب آثارها، فيمكن أن يكون القرار قابلا للانفصال، بعكس ذلك إذا كان القرار غير صالحا بحد ذاته، لترتيب آثاره القانونية لأنه مرتبط بمراحل أخرى من العملية التي تدخل في تكوينها، وإذا كان فصل هذا القرار سوف يؤثر على في أجزاء أخرى من العملية، بحيث يكون من نتيجة هذا الفصل الحيلولة دون إتمام باقي إجراءاتها ومراحلها، ومن ثم يحول دون تحقيق آثارها ونتائجها المطلوبة، فبطبيعة الحال يكون قرارا غير قابل للانفصال².

ثالثا: أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال

من المسلم به في الفقه والقضاء أن أسباب الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية العقدية، هي الأسباب نفسها التي يقرها القانون، للطعن بالإلغاء في القرار الإداري، فالقرار الإداري المنفصل يمكن إلغائه، إذا صدر معيبا بأحد عيوب المشروعية، وهي عيب الاختصاص، أو عيب الشكل، أو عيب مخالفة القانون، أو إساءة استعمال السلطة، أو عيب السبب كما ذكرنا سابقا في بحثنا هذا، وتعتبر أوجه الإلغاء هذه ليست مستقلة عن بعضها، وإنما مرتبطة ببعضها، فكل

¹ - د. جورجى شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها قضاء التعويض، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 50.

² - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 49.

وجه من أوجه الإلغاء يرتبط بمشروعية كل عنصر من عناصر القرار المطعون فيه، فعيب السبب يرتبط بالحالة الواقعية التي تسبق القرار الإداري وتثيره، وعيب الشكل مرده إلى عدم إتباع القواعد الإجرائية والشكلية المقررة قانوناً، وعيب الاختصاص يرتبط بالجهة المختصة المكلفة بمباشرة عمل من الأعمال، وعيب مخالفة القانون يلحق أساساً بمحل القرار الإداري؛ لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية، أما عيب انحراف السلطة فهو مرتبط بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار الإداري، فإذا شاب القرار الإداري أحد هذه العيوب اعتبر مخالفاً للمشروعية¹.

ولهذا انقسم الفقهاء بخصوص هذه المسألة إلى رأيين، يذهب الاتجاه الأول وهي وجهة نظر غالبية الفقهاء إلى أن مخالفة القرار الإداري لنصوص العقد الإداري أو شروطه لا تعد مخالفة للمشروعية ومن ثم لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء²، واستندوا في ذلك إلى حجتين أساسيتين، تتعلق الحجة الأولى بالطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء؛ إذ إن إلغاء القرار المطعون فيه جزاء لمخالفة الشرعية بالمعنى الموضوعي أي القاعدة القانونية عامة ومجردة، في حين أن العقد الإداري ينتج عنه مراكز شخصية وذاتية تقتصر آثارها على أطرافه فقط، أما الحجة الثانية تتعلق بفكرة الدعوى الموازية والتي لا تجيز لقاضي الإلغاء أن يفحص نصوص العقد الإداري؛ لكي يستخرج منها أسباب مشروعية القرار.

أما الاتجاه الثاني فيرى أنه لا مانع من بناء الطعن بالإلغاء على مخالفة القرار الإداري نصاً عقدياً³، ويستند هذا الاتجاه بدوره إلى حجتين أولهما أن قواعد القانون التي ينبغي مراعاتها لتظل في إطار المشروعية، هي كل التزام يرتب المشرع جزاءً لمخالفته، ولا يهتم بمحمول هذا الالتزام، ولا مجال تطبيقه، فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد قانونية ذاتية وفردية، فالعقد الإداري يولد التزامات واجبة الاحترام من أطرافه، ويوقع القضاء جزاءً لمخالفته فلا يوجد مانع من وصفها

¹ - د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية (دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية)، المرجع السابق، ص 176.

² - د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 11، العدد الثالث، سبتمبر 1987، ص 16.

³ - د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة -دراسة مقارنة- في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 18.

بالقاعدة القانونية أما الحجة الثانية ، مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يعد مخالفة لقاعدة قانونية عامة، وهي قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"¹.

يبدو أن أغلب الفقهاء آيدوا الاتجاه الأول بسبب حججه المقنعة التي استند إليها؛ بحيث أن مخالفة القرار الإداري للمشروعية يفترض أن تكون مخالفة لقاعدة قانونية عامة ومجردة وهذا الأمر يستحيل وجوده في نصوص العقد الإداري، بالإضافة إلى أن المخالفة إذا كانت مستندة لنصوص العقد الإداري فإن قاضي المختص بنظرها هو قاضي العقد.

أما موقف القضاء الإداري في هذا الموضوع، فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على رفض الطعن بالإلغاء المؤسس على مخالفة القرارات الإدارية للنصوص العقدية².

أما القضاء الإداري المصري سار على نهج نظيره الفرنسي بخصوص هذه المسألة، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 15/4/1952 بأنه: "إذا كان من الثابت أن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراءً تعاقدياً مستمداً من نصوص العقد، وليس قراراً إدارياً يرد عليه قضاء الإلغاء"³.

رابعاً: الطعن بالإلغاء في المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

لقد كانت القاعدة العامة في هذه المسألة هي عدم جواز الطعن في القرارات التي تصدرها الإدارة سواء في مرحلة تنفيذ العقد، ولكن القضاء الإداري في فرنسا ومصر قرر بعض الاستثناءات في هذا المجال خروجاً على الأصل، حيث أجاز للمتعاقد مع الإدارة والغير الطعن بالإلغاء في حالات معينة. وتتناول هذا الموضوع على النحو الآتي⁴:

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 51.

² - د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاً في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 123.

³ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 15/4/1952، القضية رقم 247 لسنة 5 ق.، مجموعة القضاء الإداري، السنة السادسة، ص 507.

⁴ - د. زينب سالم، سكران فوزية، نطاق الرقابة القضائية على القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، مجلة أكاديميا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشلف، ع. الثالث، 2015، ص 123.

1- عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري

القاعدة العامة هي أن القرارات التي تصدرها الإدارة بعد إبرام العقد الإداري وأثناء تنفيذه مجرد إجراءات ليس لها صفة القرار، تفقد طبيعتها وذاتيتها القانونية وتندمج في العملية العقدية وتكون جزء لا يتجزأ منها فلا يمكن فصلها والطعن فيها بالإلغاء على استقلال¹. فالقضاء الإداري يطبق في مرحلة

التنفيذ المنهاج التركيبي² القائم على وحدة العملية العقدية وعدم قابليتها للتجزئة وتدخل العملية العقدية برمتها ضمن نطاق اختصاص قاضي الإلغاء³.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذه القاعدة العديد من أحكامه، منها حكمه الذي قضى فيه أنه: " حيث أن النزاع يدور حول تنفيذ العقود المبرمة لحساب المديرية فإنه يخضع بناء على ذلك الاختصاص لقاضي العقود"⁴.

كما لم يقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء الموجه ضد قرارات المتعلقة بالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بشروط العقد أو دفا تر الشروط⁵ أو تلك المتعلقة برفض تعديل العقد⁶، أو إنهائه⁷.

وفي مصر أيضا استقر مجلس الدولة والقضاء والفتوى على أعمال ذلك المبدأ مسائرا بذلك نهج نظيره الفرنسي. فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى "أن التعاقد بالطريق المباشر يعتبر قرارا إداريا العقد دون مشاركة من قاضي الإلغاء"⁸.

¹ - د. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981، ص386.

² - المنهاج التركيبي يتميز بعدم التجزئة الاختصاص بنظر المنازعة القضائية ومن ثم فإنه يجعل المنازعات كافة التي تنتمي إلى عملية قانونية واحدة تخضع لاختصاص قاض واحد أياً كانت صفات الأعمال محل النزاع. د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص5. وكذلك د. أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية طبقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا، طبعة 2016، دار العدالة، القاهرة، ص244.

³ - " LES actes relatifs à l'exécution du contrat n'en sont pas détachables. la théorie de l'incorporation subsiste pour eux, car ils sont pas pris en vertu du contrat et dans le cadre de celui-ci ". Voir: André de laubadere et Moderne et P Delvolvé, op, cit, p 1055.

⁴ - C.E.5 janvier 1944,Sainton, Rec, p3:" Le litige porte sur l'exécution de contrats passé pour le compte du département et relève des lors de la compétence du juge du contrat".

⁵ - C.E.19 janvier 1945.Rec.p9.

⁶ - C.E.22 avril 1964.Rec.p961.

⁷ - C.E.6 mai 1955.D.P579.note Auby.

⁸ - حكم محكمة القضاء الإداري جلسة 1963/3/21 الدعوى رقم 329 لسنة 14ق.حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، المرجع السابق، ص122.

من حيث كونه إذنا بالتعاقد والقرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قرارا إداريا وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثمة يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرا جائزا قانونا لان إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة. أما القرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مستندة إلى السلطة العقدية ويراعى في هذه القرارات أنها جميعا تصدر أثناء تنفيذ العقد وهذه وحدها هي التي تدخل في منطقة النزاع العقدي ولا يرد عليها طلب الإلغاء¹.

وفي الجزائر كذلك تبنى القضاء الإداري المبدأ السابق حيث اعتبر قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية هيتزل "Sté Hétzel" أن القرارات الإدارية التي تهدف إلى حسن تنفيذ عقد الأشغال العامة قرارات إدارية متصلة وغير منفصلة عن العملية العقدية وفقا للمعيار المادي الموضوعي، وكذا المعيار الذاتي الشخصي المطبق قضاء لتحديد وفصل القرارات الإدارية المرتبطة بالعمليات الإدارية المركبة، ومن ثم رفضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء دعوى الإلغاء المقدمة لها من طرف شركة هيتزل ضد هذه القرارات المتصلة والمرتبطة بعقد الأشغال العامة².

كما رفضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/7/9 دعوى الإلغاء المرفوعة من طرف السيد (ص.ب) ضد قرار والي الولاية برفع بدل الإيجار الشهري من 200 إلى 2000 دج، على أساس أن ذلك يدخل في نطاق الدعوى العقدية الأصلية³.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 2348 لسنة 36 ق. جلسة 1995 /3/7. مشار إليه لدى: د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 56.

² - د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 463.

³ - قرار الغرفة الإدارية المحكمة العليا رقم 33139، المجلة القضائية، عدد 3 سنة 1989 ص 187.

2- الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ

العقد الإداري

شد القضاء الإداري في فرنسا ومصر عن القاعدة المتقدمة متيحا الطعن بالإلغاء ضد طائفة من القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للمتعاقد مع الإدارة وكذلك للغير، بخلاف نظيرهما الجزائري الذي ظل متمسكا بقاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، وسنوضح ذلك على النحو الآتي¹:

أ- الطعن بالإلغاء من قبل الغير على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري

كان القضاء الإداري لا يقبل الطعن بالإلغاء المقدم من الغير ضد القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ العقد استنادا إلى فكرة القرار المنفصل. ذلك أن وضع الغير في مرحلة تنفيذ العقد الإداري يختلف عن وضعهم في مرحلة إبرام العقد، لأنهم في الأخيرة كانوا ذوي صفة في الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة خلال هذه المرحلة لكونهم ذوي مصلحة في أن يتم التعاقد مع الإدارة، ولكن لم يتحقق لهم ذلك. أما الغير في مرحلة تنفيذ العقد فلا صفة لهم لنسبية آثار العقد، فتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه لن يمس مصالحتهم.

وقد أفصح مجلس الدولة الفرنسي صراحة عن رفض طعون الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري في حكم صدر له سنة 1952²، رفض فيه الطعن بالإلغاء المقدم من الغرفة النقابية ضد قرار متعلق بتنفيذ عقد مبرم بين الإدارة وأحد أعضائها، حيث أن هذا القرار ليس قابلا للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة حتى من جانب الغرفة النقابية، ولا يغيب عن البال أن الغرفة النقابية لم تكن طرفا في العقد³ وبسبب اصطدام مسلك مجلس الدولة الفرنسي السابق مع مبادئ العدالة

¹ - د. زينب سالم وسكران فوزية، المرجع السابق، ص 124.

² - C.E.24 octobre 1952 chambre syndicale de la Bonneterie du sud-ouest et du midi de la France. Rec. P465.

³ - M. Kahn, conclusions précitées sur l'arrêt C.E.5 déc 1958, Secrétaire d'état à l'agriculture/Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Espère, A.J.D.A. 159. II. 157" Apres la conclusion définitive du contrat, l'acte n'est jamais détachables, En particulier, les actes qui interviennent pour l'exécutions du contra... ne peuvent diferes au jige de l'excès de

والإنصاف فيما يتعلق بوضع الغير فقد اضطر إلى العدول عن الاتجاه السابق وذلك لأن الغير بعكس المتعاقد الذي يملك دعوى القضاء الكامل لا يملك هذه الدعوى، وبجرمانه أيضا من قبول دعوى الإلغاء المقدمة منه يكون بذلك قد فقد وسائل الحماية القضائية لحقوقه التي قد تتأثر بالقرار المطعون في شرعيته، فدعوى تجاوز السلطة وسيلته الوحيدة للدفاع عن مصالحه¹.

لذلك أجاز مجلس الدولة الفرنسي للغير الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة والمتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، واعتبرها قرارات قابلة للانفصال عن العملية التعاقدية. هذا التحول في مسلك مجلس الدولة الفرنسي تم على مراحل متتابعة، فأول حكم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي وأقر فيه بقبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ضد القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ هو حكمه الشهير الصادر في 1964/4/24 وجاء فيه: "حيث أن شركة (L.I.C) لم تكن طرفا في العقد.... وبالتالي لا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد أن يفصل في الصعوبات التي تقع أثناء تنفيذ الاتفاقية، إلا أنها بصفتها من الغير بالنسبة للاتفاقية يقبل طعنها أمام قاضي تجاوز السلطة... إذ أن كافة القرارات التي رغم تعلقها بإبرام العقد أو تنفيذه يمكن مع ذلك اعتبارها قرارات قابلة للانفصال عن العقد"².

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي إلى أن هذا الحكم قد ألغى التفرقة القديمة بين القرارات المتعلقة بإبرام العقد وتلك المرتبطة بتنفيذه وأن الحكم يتعلق بطعون الغير بصفة عامة³. وفي مرحلة تالية أجاز مجلس الدولة الفرنسي في 1978/2/2 للغير الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها جهة الإدارة باعتبارها سلطة عامة مستندة فيها إلى القوانين واللوائح المقررة⁴.

pouvoir même si l'intéresse n'invoque à leur rencontre que des moyens de l'égalité.....".Andre de laubadere, op. cit, p 1055.

¹ - د. جورج شفيق، المرجع السابق، ص-ص 93 و94.

² - C.E.24/4/1964.Société Anonyme de livraisons Industrielles et Commerciales.

³ - راجع: د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 401.

⁴ - C.E.7 mai 1981.Cie française des chemins de fer,Rec p144.

كما قبل الطعن ضد القرارات التي يصدرها الملتزم وتخل بالشروط الواردة في وثيقة الالتزام حيث أن لمستخدمي المرفق العام الحق بالتقدم بطلب إلى الإدارة -مأخذ الالتزام- لإجبار المتعاقد معها على احترام هذه الشروط المفروضة عليه، فإذا رفضت طلبهم بشكل صريح أو ضمنى حق لهم الطعن بالإلغاء في قرار الإدارة السلبي هذا على استقلال¹.

وتابع مجلس الدولة الفرنسي مسلكه فقبل الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تستند الإدارة في إصدارها إلى الشروط التعاقدية والتي يكون من طبيعتها التأثير على مصالح الغير الذين لا يملكون أية وسيلة أخرى لمهاجمتها². كما قبل مجلس الدولة الفرنسي طعن الغير بالإلغاء ضد قرارات فسخ العقد³، وكذلك قرارات رفض فسخ العقد⁴.

وقد اتبع مجلس الدولة المصري نهج نظيره الفرنسي إذ قبل طعن الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري⁵، ومن ذلك الحكم الذي أصدرته المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1966/3/26 وقبلت فيه الطعن بالإلغاء الموجه من شركة القاهرة للنقل والسياحة-وهي من الغير ضد قرار مؤسسة النقل العام بالاستيلاء على سيارات مؤسسة خطوط القاهرة أبو رجيلة⁶.

أما بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فلم نعثر على قرار قبل فيه الطعن المقدم من الغير بالإلغاء القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، لذلك نرى أن مجلس الدولة الجزائري لم يأخذ

¹ - د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 37.

² - C.E.9/12/1983, Ville de Paris, Société de mobiliers Urbains pour la publicité et l'information, A.J.D.A, 1983, p82, note Lassere et Delarue-

³ - C.E.2 fév 1987, soc. Tv 6 Rec, A.J.1987, p315.

⁴ - C.E.24 avril 1964, et C.E.11 Janvier 1984, Fayard, Rec, p4.D.A.1984.

⁵ لا توجد أحكام سابقة للقضاء الإداري المصري تفيد رفضه فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد في حالة الطعن المقدم من قبل الغير، في حين تتوفر أحكام عديدة يرفض فيها القضاء الإداري المصري فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري في حالة الطعن المقدم من قبل المتعاقد. راجع: عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 53.

⁶ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1966/26، 3، القضيتان رقم 444 لسنة 7 ورقم 730 لسنة 8، مجموعة السنة 11، ص 565.

بمسلك نظيره الفرنسي والمصري، والقاضي بقبول الطعن بالإلغاء المقدم من الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري تحقيقاً للعدالة والإنصاف¹.

ب- الطعن بالإلغاء من قبل المتعاقد مع الإدارة على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري

المبدأ الذي يحكم ذلك هو أن هذه القرارات غير قابلة للانفصال عن العقد الإداري بالنسبة لأطراف العقد، وبالتالي هذه القرارات غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء من قبلهم بسبب وجود طريق طعن مواز أمامهم ضد هذه القرارات². ولكن يخرج عن هذا المبدأ بعض الاستثناءات التي يستطيع فيها المتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري وذلك أمام قاضي الإلغاء. وهذه الاستثناءات تتمثل في حالتين:

الحالة الأولى: الطعون الموجهة ضد القرارات الخارجة عن نطاق العقد الإداري

قد تتخذ الإدارة بعض القرارات الإدارية بصفة أخرى غير صفتها التعاقدية، أي كسلطة عامة تخولها القوانين واللوائح حق اتخاذها، ولكن هذه القرارات ترتبط بتنفيذ العقد بطريقة أو بأخرى هذه القرارات تقبل الانفصال عن العملية العقدية، والطعن فيها بالإلغاء على استقلال³. ومنها القرارات التي تتخذها استناداً إلى سلطتها الضبطية (البوليسية) الإدارية التي تسمح بها القوانين واللوائح، ولكنها تؤثر على وضع المتعاقد مع الإدارة في تنفيذه للعقد، فهذه القرارات يجوز للمتعاقد الطعن فيها بالإلغاء على استقلال، ويجب أن يكون الطعن مبني على مخالفة قواعد المشروعية، وليست نصوص العقد⁴.

¹- د. زينب سالم وسكران فوزية، المرجع السابق، ص 126.

²- د. جورج شفيق، المرجع السابق، ص 95.

³- د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 286.

⁴- راجع: د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 219.

الحالة الثانية: الطعون الموجهة من المتعاقدين ذوي المراكز اللائحية

تضع بعض العقود التي تبرمها الجهات الإدارية المتعاقدين مع الإدارة في مراكز لائحية أو تنظيمية أكثر منها تعاقدية، ولذلك فإن القرارات الخاصة بتنفيذ عقودهم أو إنهاؤها، ولو أنها ارتبطت بهذه العقود إلا أنها تخص في حقيقة الأمر هذه المراكز اللائحية التي يوجد بها المتعاقد مع الإدارة¹.

ومن جانب آخر هناك بعض القيود-ولو أنها أخذت المظهر التعاقدية-إلا أنها في حقيقتها تطبيق لنصوص لائحية، وبهذا تكتسب الصفة اللائحية، مما يمكن الطعن عليها بالإلغاء ويبني الطعن هنا على أساس مخالفة القرارات الإدارية للنصوص اللائحية²، ومثال هذه: العاملين المعينين بالإدارات العامة بعقود، وليس بقرارات تعيين، والموظفين بعقود.

الفرع الخامس

آثار حكم الإلغاء على العقد الإداري

إن التعارض بين وحدة العملية التعاقدية في مجال العقود الإدارية والفصل في القرارات المرتبطة بها هو الذي يثير الكثير من الإشكالات بالنسبة لحكم الإلغاء على العقد الإداري، لذا ندرس أثر حكم الإلغاء على العملية التعاقدية (أولاً)، ثم أثر حكم الإلغاء على القرار الإداري (ثانياً)، وحجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد (ثالثاً).

أولاً: أثر حكم الإلغاء على العملية التعاقدية

يعتبر الحكم الصادر بالإلغاء في أحد القرارات القابلة للانفصال في العملية التعاقدية ليس له أي أثر مباشر على العقد ذاته، فهذا الأخير يظل قائماً، ما لم يرقم أحد الطرفين برفع دعوى بطلان العقد أمام القاضي الإداري، طالبا الحكم بالبطلان استناداً للحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات التي تدخل في تكوينه، وانتقد الفقه هذا المبدأ مستندا في ذلك أن القرار الذي حكم

¹ - د.أشرف حماد خليل، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية-دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص152.

² - انظر: د. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص-ص 33 و34.

بإلغائه هو جزء لا يتجزأ من العملية التعاقدية ، فمن غير المعقول أن يظل العقد قائماً رغم الحكم بإلغاء جزء منه، وظل الأمر كما هو عليه حتى مطلع التسعينيات من القرن العشرين إلا أنه بصدور قانون 8 فبراير سنة 1995 جاء بحلول مقنعة على أثر الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال على العقد الإداري فالغاية من صدور هذا القانون هي حث الإدارة على ضرورة احترام أحكام القضاء، واحترام حجيتها وقوة الشيء المقضي فيه¹.

فهذا القانون يسمح لمجلس الدولة الفرنسي و المحاكم سلطة إصدار الأوامر من القضاء لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم على الإدارة منها توقيع غرامة تهديدية على الإدارة حال تأخرها وتقاعسها عن تنفيذ الحكم .

وبناء على ما سبق، إن الإلغاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا ينصب إلا على القرار الإداري المنفصل، ولكن العقد يظل قائماً إلى أن يلجأ أحد المتعاقدين إلى قاضي العقد يصدر حكماً بإلغاء العقد، ولكن أغلب الفقهاء لم يسلموا بها وذهبوا إلى أن هذا الحكم سيكون من شأنه أن يشوه العقد ويصبح غير قابل للفصل إلا أنه في الحقيقة يكون من مجموع القرارات الأخرى كالا لا يتجزأ، فإذا بتر جزء من هذا الكل فإن ما يعلوه من أجزاء يجب أن ينهار بالتبعية، فنظرية الأعمال المنفصلة لا تنفي الحقيقة الواقعية وهي أن العقد كل لا يتجزأ، ويخلصون من ذلك إلى القول بأن حكم الإلغاء القرار كان أحد الدعامات التي قام فوقها العقد من شأنه أن يبطل العقد كله ويشل آثاره، واتفق مجلس الدولة الفرنسي مع هذا الاتجاه فقضى في حكم حديث له بأن إلغاء القرار الصادر بالموافقة على عقد الالتزام يجعل الطلب اللاحق الذي قدم لتفسير العقد غير ذي موضوع، ويجعل البنود المدونة في قائمة الشروط غير قابلة لأي تطبيق، وهذا على الرغم من أن المتعاقدين لم يذهبا إلى قاضي العقد ليصدر حكماً بإلغائه².

أما في مصر قضت محكمة القضاء الإداري في أحد الأحكام الصادرة عنها أنه: "إذا صح أن إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي تنشأ عنه إلا

¹ - د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية...، المرجع السابق، ص 531 .

² - د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 533.

إذا هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه...". وتعترف المحكمة على أن الأمر يجافي المنطق بقولها: "...على أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغي قرار بإرساء المناقصة، ثم يظل الإجراء المترتب عليه (إبرام العقد) قائما، على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة الإدارة، وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة في حالة اختيارها متابعة التنفيذ للعقد رغم صدور الحكم يقضي بإلغاء القرار المنفصل إصدار قرار جديد يحل محل القرار الملغى، وأن تحرص على أن يخلو هذا الأخير من العيوب التي أدت إلى إلغاء القرار الأول¹.

أما بالنسبة لموقف الفقه الإداري المصري

أجمع فقهاء القانون الإداري، على أن الأحكام الصادرة بسبب تجاوز السلطة، غير ذلك من أسباب الإلغاء، تتمتع بحجية الشيء المحكوم به²، شأنها في ذلك شأن سائر الأحكام القضائية ولكنها تزيد عليها، وتختلف عنها في كون هذه الحجية مطلقة وليست نسبية، فالحكم ينتج أثره، ليس فقط في حق المدعي، بل في مواجهة الكافة، ويرجع ذلك إلى طبيعة قضاء الإلغاء، كونه قضاء موضوعيا، إلا أن هناك تباينا في موقف هؤلاء الفقهاء، بشأن مسألة امتداد أثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن العقد على هذا الأخير، واعتباره باطلا، ما بين مؤيد ومعارض، فجانبا من الفقه يؤيد امتداد أثر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري، يرى أنه من الناحية العملية لا ينبغي أن يكون القانون عملا فقهيًا بحثا مجردا من كل فاعلية والقول بعدم امتداد أثر حكم الإلغاء، في هذه الحالة يؤدي إلى تكرار إجراءات التقاضي أما قاضي الإلغاء، ثم أمام قاضي العقد، ومن الناحية النظرية: فإنه مما يتعارض مع المنطق انهيار ركن من أركان عملية قانونية، وتظل العملية رغم ذلك

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 25 نوفمبر 1948، منشور في مجموعة أحكام المجلس، السنة الثانية، ص 104.

² - يقصد بحجية الأمر المقضي أن للحكم حجية فيما بين الخصوم، وبالنسبة إلى ذات الحق محلا وسببا، أما قوة الأمر المقضي فيه، فهي المرتبة التي يصل إليها الحكم، إذا ما أصبح هائيا، وغير قابلا للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية، وأن يظل قابلا للطعن فيه بطرق غير العادية؛ مشار إليه لدى: د. يوسف بن مصبح بن سعد الشكيلي، المرجع السابق، ص 264، وكذلك د. أحمد عوض هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 503.

قائمة، وإذا كان المشرع قد استلزم إتباع سلسلة من الإجراءات الإدارية، في سبيل إتمام العقد الإداري، فإنما يقصد بذلك سلامة العقد، وشرعيته.

وعليه، فكيف يقبل مع كل هذا الإبقاء على العقد بعد ثبوت عدم مشروعية ما أحيط به من قرارات، وقد أيد جانب من الفقه هذا الاتجاه بقول: "إن عدم ترتيب أي أثر على إلغاء القرار المنفصل على العقد الذي أسهم في تكوينه، يتضمن مخالفة صارخة لحجية الأمر المقضي فيه، وتساءل قائلاً: "كيف يتسنى الإبقاء على العقد، مع ما يتضمنه من عدم المشروعية، ومع أن أحد العناصر التي قام عليها بمقتضى حكم الإلغاء"¹.

وساير غالبية الفقه المصري امتداد أثر حكم بالإلغاء، خاصة المتعلقة بالقرارات الصادرة في مرحلة إبرام؛ حيث يرى الأستاذ سليمان الطماوي أن هناك تناقض في موقف القضاء الفرنسي والمصري في شأن أثر حكم إلغاء القرار الإداري على العقد الإداري حيث أن القرار المنفصل الذي حكم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المنفصلة يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليها ولم يستثن المجلس من هذه القاعدة إلا حالة أن تنتهي العملية المركبة للعقد، ولم يعد هذا الاستثناء ما يبرره في الوقت الحاضر لوجود ظروف تاريخية في فرنسا كان بسببها نشأة قاعدة عدم قبول دعوى الإلغاء إذا وجد طريق طعن مقابل فلما بدأ المجلس يتخلى عنها فعل ذلك تدريجياً فألغى القرار الذي كان أساساً للعقد دون أن يتصدى للعقد، لذلك فإن هذا القضاء يمثل مرحلة انتقال ولا محل للتقيد به في مصر...².

ويستطرد الأستاذ سليمان الطماوي عرض هذا الموقف، بقوله: "إن للحكم بإلغاء القرار المنفصل فوائده في جميع الحالات، ولو لم يؤدي إلى إلغاء العملية المركبة، فهو سبب للحكم بالتعويض، إذا ما ترتب على هذا القرار ضرر، وقد يستند عليه أطراف العقد لطلب التحرر منه، كما أن الأحكام بالإلغاء هي بمثابة توجيه للإدارة، أو تنبيه لها بأن تصرفها معيب"³.

¹ - د. يوسف بن مصبح بن سعد الشكيلي، المرجع السابق، ص 265.

² - د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 535.

³ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 205.

ويذهب الأستاذ حسين درويش إلى أنه: "يجب أن يترتب على إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقى العقد قائماً على تصرف باطل ومخالف للقانون ذلك أن إبرام العقد لا يجعل الإدارة بمنجاة من تنفيذ القانون، ووجوب أن تصدر قراراتها مطابقة له هذا فضلاً عن أنه يتجافى مع المنطق، وإلا ما كان هناك دعوى الإلغاء، فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة، ما دام أن الإلغاء سوف لا يترتب عليه، ولن يترتب عليه، إلا أن يحصل المحكوم لصالحه على تعويض من جهة الإدارة، هذا إذا لا حظنا أن دعوى التعويض يمكن أن ترفع ابتداءً، وبصفة أصلية"¹.

لم يوافق جانب من الفقه الفرنسي على امتداد أثر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري، ويقول في هذا الصدد: "إنه يجب أن لا يكون إلغاء القرار المنفصل أي أثر في العقد ذاته، حيث يبقى العقد قائماً إلى أن يتم إلغاءه من طرف قاضي العقد، بناءً على طلب أحد طرفيه، و أن القول بغير هذا، من شأنه زعزعة استقرار المعاملات، وإهدار قواعد الاختصاص القضائي من اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد"².

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول: "إن كان القرار المنفصل عن العقد لا يؤدي بذاته إلى إبطال العقد، إلا أنه ليس معنى ذلك أن يصير حكم الإلغاء، أن هناك نتائج إيجابية تترتب على حكم الإلغاء، هو: أنه للإدارة أن تصحح الوضع القانوني بإجراء لاحق، وتمكن لأحد أطراف العقد للمطالبة بإثائه استناداً إلى الأثر المطلق لحكم الإلغاء، أما إذا تمسك الطرفان ببقاء العقد، فسيكون أثر هذا الحكم: أنه إعلان حكم القانون في الرقابة على قرارات الإدارة، ويلاحظ أن هذا الأمر عادة محل تقدير محاكمتين المدنية والإدارية، ولقاضي العقد أن يقرر إلغاءه، بعد طلب أطراف العقد ذلك، حيث يقوم قاضي العقد بتقدير مدى القرار الملغى للعملية العقدية، ومدى تأثير حكم بإلغاء العقد الحقوق المكتسبة، فقد يكون سبب إلغاء القرار راجعاً إلى عيب في ذات القرار،

¹ - د حسين درويش عبد العال، النظرية العامة للعقود الإدارية، الجزء الثاني، 1958، ص 204.

² - Jean Rivero, Droit administratif, Dalloz, 1983, p 31.

- مشار إليه لدى: د. يوسف بن المصباح بن سعد الشكيلي، المرجع السابق، ص 267.

فالقاضي لا يملك تصحيحه، ولكنه يبحث أثر بطلان القرار على صحة العقد ذاته، فإذا كان القرار المطلوب إلغائه قد رتب حق مكتسبا لأحد المتعاقدين، فإن هذا الحق المكتسب يحول دون إلغاء العقد في مجموعة، أما إذا كان الإلغاء قرارا مستندا على دعم المشروعية العقد نفسه، أو عدم صحة بعض شروطه، فحكم الإلغاء يؤدي في هذه الحالة إلى بطلان العقد¹.

ثانيا: أثر حكم الإلغاء على القرار الإداري

من المستقر عليه في القضاء الفرنسي والمصري أن الحكم بالإلغاء للقرار المنفصل عن العقد لا يترتب عليه بطلان العقد، بل يظل هذا العقد منتجا لآثاره حتى ترفع المنازعة بشأنه أمام قاضي العقد لهذا نجد بعض الأحكام التي قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد، يترتب عليه مباشرة إلغاء العقد.

1- الأحكام التي تقضي بأن إلغاء القرار المنفصل لا يترتب عليه مباشرة إلغاء العقد

أ- أحكام مجلس الدولة الفرنسي

يعتبر الحكم الرئيسي في هذا الصدد الصادر بتاريخ 4 أغسطس 1905 في قضية Martin، حيث أوضح مفوض الحكومة Romieu في تقرير له حول القضية، عدم تأثر العقد بإلغاء القرار المنفصل بل يظل العقد ساريا، حتى يطلب إبطاله من قاضي العقد². ويقول مفوض الحكومة مخاطبا مستشاري المجلس: "إننا لا ننكر قيمة الإلغاء في هذه الحالة قيمة النظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لا حق، قد يبقى العقد على الرغم من إلغائه قائما، إذا لم يتقدم احد المتعاقدين بطلب فسخه، لكن هذه النتيجة، يجب أن لا تدهشكم، أو تبعث التردد في نفوسكم، فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء في بعض الأحيان، إلا إلى نتائج نظرية، فليس على القاضي إلا أن يبحث فيما إذا كان قرار المطعون فيه، يجب أن يلغي، فإذا صححت الإدارة الوضع بإجراء لا حق، فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمهم، أما

¹ - د. عبد الحميد حشيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، السنة 67، العدد 363، 1976، ص 521.

² - د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 548.

إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد، على الرغم من حكم الإلغاء، فسيكون لهذا حكماً دائماً أثر هام، يرتكز في أنه إعلان حكم القانون، ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه المواطن يستعمل رخصة خوله إياها القانون؛ لكي يراقب قرارات الإدارة، وأنه قد أثار الرأي العام، يتمتع في المستقبل من العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير، ومستلزمات الديمقراطية...¹.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف، وذلك من خلال رأي أبداه قسم التقرير والدراسات التابعة له Section du rapport et des études بصدده على المذكرة التوضيحية طرحها أحد الوزراء، كان هذا الرأي كما يلي: "أنه طبقاً للاجتهاد القضاء المستقر منذ زمن، أن الحكم بالإلغاء، الصادر عن قاضي الإلغاء بشأن قرار قابل للانفصال عن العقد، ليس له أي أثر مباشر على هذا العقد، ويبقى هذا الأخير شريعة المتعاقدين، ينبغي أن يستمر تنفيذه لمصلحة المرفق العام، وأن الحق في التعويض محفوظ للطاعن"².

كما أن وجهة نظر المفوض في القضية المعروضة وبيان تقريره حولها، ولا يزال مجلس الدولة الفرنسي يأخذ غالباً بما يراه المفوض، نظراً إلى قوة التأصيل القانوني الذي تتميز به تقارير وفي رده على الاستفسار حول النتائج المترتبة على الإلغاء، أجاب قسم التقرير والدراسات التابع لمجلس الدولة الفرنسي "... ومع ذلك، فإن مبدأ المشروعية الذي يحكم العمل الإداري، قد يقود الإدارة إلى اللجوء إلى قاضي العقد، لتطلب منه الحكم، بإبطاله أو تقوم هي نفسها بفسخه"، أي إن تكريس مبدأ المشروعية المتمثل في تمديد أثر الحكم الصادر بالإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري إلى هذا الأخير يتوقف على مبادرة من الإدارة، ولا يكون بشكل تلقائي، حيث لا يوجد ما يلزمها القيام بهذه المبادرة، إن لم ترغب هي في ذلك"³.

¹ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 200.

² - Extrait du rapport, public 1989, ED CE, no 41, p 127.

- مشار إليه لدى د. يوسف بن مصبح بن سعد الشكيلي، المرجع السابق، ص 270.

³ - د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 548.

وظل مجلس الدولة الفرنسي يرفض تأثر العقد بحكم الإلغاء الخاص بالقرار المنفصل عن هذا العقد مؤكدا حرصه على المحافظة على الرابطة التعاقدية، بغض النظر عن الاعتبارات الأخرى، كمبدأ المشروعية حيث أكد: " أن إلغاء القرار القابل للانفصال لا يؤدي حتما إلى بطلان العقد، ويعود القاضي التنفيذ المختص بناء على طلب الغير أن يلزم أحد المتعاقدين باللجوء إلى القاضي المتخصص؛ للحصول على حكم ببطلان العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة القرار الملغى، وسبب إغائه، على أن لا يؤدي الحكم ببطلان العقد إلى المساس البالغ بالمصلحة العامة"¹.

ب- من أحكام القضاء المصري

أما في مصر قضت محكمة القضاء الإداري في أحد الأحكام الصادرة عنها أنه: " إذا صح أن إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي تنشأ عنه إلا إذا هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإغائه...". وتتعرف المحكمة على أن الأمر يجافي المنطق بقولها: "... على أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار بإرساء المناقصة، ثم يظل الإجراء المترتب عليه (إبرام العقد) قائما، على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة الإدارة، وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة في حالة اختيارها متابعة التنفيذ للعقد رغم صدور الحكم يقضي بإلغاء القرار المنفصل إصدار قرار جديد يحل محل القرار الملغى، وأن تحرص على أن يخلو هذا الأخير من العيوب التي أدت إلى إلغاء القرار الأول"².

ونستخلص من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة القضاء المصري أنه لا يترتب على إلغاء القرار المنفصل على العقد بطلانه مباشرة، بل لا بد أن يرفع أحد أطرافه دعوى بذلك أمام قاضي العقد³.

¹ -C.E 19 déc. 2007, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du conflotiais, no 291487.

² - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 25 نوفمبر 1948، منشور في مجموعة أحكام المجلس، السنة الثانية، ص 104، سبق الإشارة إليه.

³ - د. يوسف بن مصبح الشكيلي، المرجع السابق، ص 549.

2- الأحكام التي تقضي مباشرة بإلغاء العقد لإلغاء القرار المنفصل عنه

من أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة بإلغاء القرار المنفصل يؤدي إلى بطلانه حكمه في قضية " Société d'énergie industrielle " والتي تتلخص وقائعها في أن القضاء العادي أحال على القضاء الإداري كراسة الشروط المتعلقة بعقد الالتزام، وكان قد سبق أن صدر حكم من القضاء الإداري، بإلغاء قرار التصديق على عقد الالتزام؛ لصدوره عن غير الجهة المختصة، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن طلب تفسير عقد غير ذي موضوع؛ استنادا على أن عقد الالتزام لا يكتمل إلا بالتصديق الصحيح، وبذلك يكون مجلس الدولة قد اعتبر أن إلغاء القرار المنفصل يؤدي نفسه إلى فصل الرابطة العقدية دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك من قاضي العقد¹.

وكذلك نجد حكمه الصادر بتاريخ 7 يونيو 1982 في قضية Commune de Guidel حيث قضى بأن القرار الصادر باختيار أحد المقاولين لبناء مدرسة دون الالتزام باتخاذ إجراءات الممارسة بينه وبين من لهم حق الاشتراك فيها يؤدي إلى بطلان القرار الصادر في هذا الشأن، وبالتالي بطلان العقد الذي تم إبرامه مع المقاول بناء على القرار المذكور².

وفي حكم آخر صادر عنه بتاريخ 19 ديسمبر 1990، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي، أنه يتعين على الإدارة اللجوء إلى قاضي العقد لإبطال هذا الأخير، وأن رفضها القيام بذلك، يشكل قرار منفصلا، يقبل بدوره الطعن عليه بالإلغاء³.

وبناء على ما تقدم، نستنتج أن أثر حكم القاضي بإلغاء قرار العقد الإداري المنفصل، يبقى محتملا ومبنيا على إرادة طرفي التعاقد في اللجوء إلى قاضي العقد، مما قد يمس بالحجية المطلقة للأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإداري، كما أنه قد يبقى إلغاء القرار المنفصل نظريا خاصة إذا ما تم طلب الإلغاء من جانب الغير.

¹ - C.E10 MARS 1946, Société d'énergie industrielle, Rec, p 66.

² -C.E 07juillt 1982 Commune de Guidel, Rdp 1983, p 1439.

³ - C.E19 déc. 1995, RAPP public du ce Ede 1995, p 432.

- مشار إليه لدى: د. يوسف المصباح الشكيلي، المرجع السابق. ص 282.

ثالثاً: حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد

مما لا شك فيه أن نطاق العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل ودعوى القضاء الكامل يقصد بها الدعوى التي يرفعها المتضرر أو صاحب المصلحة الذي أعتدي على حق من حقوقه الشخصية من جهة الإدارة بغرض الحصول على تعويض مقابل ما لحقه من أضرار¹، كما يلتزم قاضي العقد باحترام أعمال حجية حكم الإلغاء، ولا يناقش مشروعية القرار المحكوم بإلغائه، ولا يصدر في قضائه ما يتعارض وحكم الإلغاء، وتسري حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد، ولو كانت الدعوى مرفوعة من غير المتعاقدين فأياً كان الأمر لا بد من اللجوء إلى قاضي العقد لأنه صاحب الاختصاص الأصلي والمطلق في الحكم بإبطال العقد سواء كان القاضي مدنياً أو إدارياً، ولا يقتصر دور القاضي على ذلك بل يبحث مدى أثر الحكم الصادر بالإلغاء على العملية العقدية، وما إذا كان قد تم تصحيح الإجراءات الباطلة بواسطة قرارات لاحقة، كما يبحث فيما إذا كان إبطال العقد يؤدي إلى مساس بالحقوق المكتسبة يجب حمايتها، ويقرر مفوض Mosset في أحد تقاريره إن قاضي العقد يختص بتحديد الأثر الذي يمكن أن يحدثه عدم مشروعية القرار الإداري الصادر عن إرادة واحدة على صحة الاتفاقات².

ولكن في حالة إلغاء القرار بسبب عيب في القرار ذاته فإن القاضي لا يملك أن يقرر صحة هذا القرار ولكن يبحث في مدى تأثير بطلان القرار على صحة العقد ذاته ولهذا ذهبت محكمة النقض المصرية بالقول: "إذا ألغى قرار وزير المالية جميع نصوصه بحكم من محكمة القضاء الإداري فإن مقتضى هذا الإلغاء اعتبار القرار منعدماً من يوم صدوره وإلغاء كل ما يترتب عليه من آثار، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بتصفية عقد الطاعنة التي تمت بسعر 145.3 ريالاً للقنطار بناء على رفض المطعون عليه استلام أقطانها استناداً إلى قرار وزير المالية، ولم يعمل أثر حكم الإلغاء على التصفية ولم تجر تسوية الحساب بين الطرفين بالسعر الذي تحدده اعتبارات التكامل في السوق والظروف الملائمة على أساس أن قرار وزير المالية لم يصدر أصلاً فإن الحكم يكون قد أخطأ في

¹ - د. ميسون جريس الأعرج، آثار حكم إلغاء القرار الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، 2013، ص 140.

² - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1929/1/25، ص 49، مشار إليه لدى: د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 553.

تطبيق القانون¹، أم إذا كان إلغاء مستندا إلى عدم مشروعية العقد نفسه أو عدم صحة شروطه هنا لا يستطيع قاضي العقد إعادة تقدير الأسباب التي استند إليها قاضي العقد في حكمه لأن في ذلك إخلال الشيء المقضي به، فحكم الإلغاء هنا يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله.

وخلاصة القول أن إلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد يؤدي فقط إلى بطلان الأعمال التي بني عليها امتداد الإجراءات السابقة عليه، وعلى سبيل المثال بطلان قرار التصديق على العقد لأنه صدر من غير صاحب الاختصاص أو دون إتباع الأشكال والإجراءات القانونية فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان قرار الترخيص بالعقد أو بقرار إبرام العقد ذاته، كما يمكن للغير حصولهم على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة عن العقد أن يطالبوا بالتعويض لما أصابهم من ضرر ويكون حكم الإلغاء حجة أما القاضي الذي ينظر دعوى المسؤولية، ويحرك حكم الإلغاء المسؤولية السياسية للحكومة، كما يترتب على ما تقدم عدة نتائج منها: إذا شاب القرار القابل للانفصال عيب في ذاته فإن دور القاضي ينحصر في بيان ذلك العيب على العملية التعاقدية، كما أن بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في ذاتها، وإنه إذا استحال أعمال حكم الإلغاء بسبب إتمام تنفيذ العقد فإن الحكم بالإلغاء يكون له اعتباره عند تقرير التعويض المستحق لمن أضره القرار الملغى بحقوقه.

ويتضح لنا جليا أن الحكم الصادر بالإلغاء له حجية مطلقة أمام قاضي العقد، ولو كانت الدعوى المرفوعة من الغير ويتولى قاضي العقد بحث أثر الحكم الصادر بالإلغاء على العملية التعاقدية، ويبحث كذلك في أثر حكم الإلغاء الحقوق المكتسبة، ولا تمتد ولاية قاضي العقد إلى التقرير بصحة المطعون فيه بل يبحث في أثر بطلان القرار الطعين على العقد نفسه².

¹ - حكم محكمة النقض الصادر في 1968/5/21 طعن رقم 270 لسنة 35 ق السنة 18، ص 927 .

² - د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 556.

المطلب الثاني

رقابة دعاوى القضاء الكامل

في الفقه والقانون يعتبر القضاء الإداري المختص بالفصل في المنازعات التي تعد من منازعات القضاء الكامل الخاصة بالعقود الإدارية، وما يتفرع عنها، والغرض من دعوى القضاء الكامل الحكم ببطلان العقد أو استرداد مبالغ مالية متفق عليها في العقد أو طلب التعويض¹.

وتسمى بدعاوى القضاء الكامل بالنظر إلى دور القاضي الذي يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه وإعادة الحقوق إلى أصحابها، فله أن يحكم بالإلغاء والتعديل وإبراز نقاط العيب في القرار الغير مشروع، وتتنوع دعاوى القضاء الكامل التي يختص بها القاضي ومنها: دعوى التعويض، دعاوى العقود الإدارية، والمنازعات المالية الخاصة بالموظفين وبالضرائب والرسوم، وتطبق رقابة القضاء الكامل في مرحلة تنفيذ العقد الإداري على مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، كما تطبق على المسؤولية العقدية للإدارة والمتعاقد معها. ولهذا ندرس في هذا المطلب دعاوى المسؤولية العقدية في (الفرع الأول)، تم دعاوى التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دعاوى المسؤولية الإدارية العقدية (les recours de responsabilité contractuelle)

إذا استوفى العقد الإداري شروط انعقاده أصبح واجب التنفيذ وملزماً لطرفيه - جهة الإدارة والمتعاقد معها - في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وإذا أحل أحدهما بذلك ترتبت المسؤولية العقدية، ويحق للطرف المتضرر اللجوء للقضاء الإداري ورفع دعوى المسؤولية العقدية أمامه.

¹ - وقد أفصحت محكمة القضاء الإداري بحكمها الصادر في 18/11/1956 عن بعض تلك المنازعات بقولها: "إن ما يصدر من القرارات تنفيذاً للعقد، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إلغائه أو إنجائه، فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، فهي منازعات حقوقية (أي منازعات القضاء الكامل)، وتكون محلاً للطعن على أساس استعلاء ولاية القضاء الكامل، فيفصل فيها على نحو يختلف عن ولاية القضاء المدني العادي عندما كان يفصل - في حدود اختصاصه - في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الإدارة الصرف وتخضع فيها سلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم، واستطردت المحكمة تقرر أن القرار الصادر بفسخ العقد ومصادرة التأمين، هو قرار صادر تنفيذاً للعقد واستناداً إلى نصوصه، فهو من القرارات التي لا تدخل في نطاق قضاء الإلغاء، بل في نطاق ولاية القضاء الكامل".

أولاً: صور دعوى المسؤولية العقدية

1- دعوى بطلان العقد الإداري (L'action en nullité)

تعد دعوى بطلان العقد الإداري من دعاوى القضاء الكامل¹، حيث يقيمها أحد أطراف العقد طالبا من القضاء إبطال العقد²، حيث يشوبه عيب يتعلق بتكوينه، أو مخالفته لشكل أو جب القانون استيفاءه.

ومن أسباب البطلان التي ترجع إلى تكوين العقد هي الأسباب التي تعود إلى تخلف أحد أركان العقد، كالرضا والمحل والسبب، أما أسباب البطلان التي ترجع إلى صحة العقد فهي ذات الأسباب المعترف بها في القانون الخاص، والتي تتعلق بركن الرضا كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال³.

كما يمكن أن يكتسي بطلان العقد الإداري بطابع النظام العام فقد ينبع من كون العقد قد تم إبرامه في موضوع يتمتع التعاقد عليه، أو لكونه يشتمل على شروط تتعارض مع النظام العام، أو تم التوقيع عليه ممن لا يملك الصفة لذلك، ولقاضي العقد وحده يملك صلاحية إعلان بطلانه، ما لم يستطع قاضي الإلغاء والإدارة الإعلان عن ذلك⁴.

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري، رقم 198 لسنة 11 ق.، جلسة 1957/27 فيما قررت به بأنه: "إذا كان الإلغاء مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لإحكامه، كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها، ويرد عليه وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذ له، فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن على أساس استعداء الولاية الكاملة للقضاء الإداري". وفي حكم آخر أكدت قضاءها السابق وذلك بحكمها الصادر بجملة 1957/12/29 فيما قررت به بأن: "القرار الذي تصدره جهة الإدارة إسناداً إلى نصوص العقد الإداري بسحب العمل من التعاقد معها، لا يعتبر قراراً إدارياً، بل هو إجراء تعاقدي، ومن ثم فلا يخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً، بطلب وقف تنفيذها، بل يدخل في ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري".

² - قضت المحكمة العليا في الجزائر أن: "الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الشامل... لأنه غير موجه ضد أي قرار إداري وإنما ضد عقد... وان الطعون بالبطلان في القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها وتفسيرها هي التي تكون من اختصاص قضاء الإلغاء". مشار إليه لدى: د. علاء عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005، ص 129.

³ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 69.

⁴ - على خلاف الحال بالنسبة للفسخ الذي لا يترتب آثار إلا في المستقبل، فإن البطلان يعدم العقد من بدايته وفي حالة بطلان العقد يسعى الطرف المضرور إلى ملاحقة المسؤولية شبه التقصيرية للمتعاقد بسبب الخطأ مصدر البطلان، ويستطيع الطرف المضرور أن يحتج كذلك بإثراء

2- دعوى الاستحقاق للحصول على مبالغ مالية استناداً للعقد (Réclamations pécuniaires)

يقصد بدعوى الاستحقاق، تلك التي يكون موضوعها الحصول على مبالغ مالية، سواء تمثل قيمة الالتزام المتفق عليه ضمن بنود العقد أم تمثل جزءاً منه، أم تمثل قسطاً من الأقساط، أم كان يمثل المطالبة بالتعويض عن أضرار تسبب فيها أحد الأطراف المتعاقدة، وعلى العموم فإن المنازعات في مجال العقود الإدارية جميعها ذات طابع مالي في إطار بنود العقد الإداري تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل، لأنها منازعات تندرج ضمن دائرة تنفيذ العقد الإداري، فهي منازعات تتعلق بالحق ومدى التزام بشروط العقد، ومما لا يدع للشك في أنها منازعات حقوقية يختص بها القضاء الكامل¹.

3- دعوى فسخ العقد الإداري (Action en résiliation)

يختص القضاء الكامل بالنظر في طلب المتعاقد مع جهة الإدارة بفسخ العقد الإداري، لأن المتعاقد لا يستطيع أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، بل يتوجب عليه اللجوء إلى القضاء، لاستيفاء حقه والحصول على حكم بفسخ العقد الإداري، بعكس الإدارة التي تملك حق فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة عند حدوث خطأ من المتعاقد معها مباشرة من تلقاء نفسها ومن دون اللجوء إلى القضاء، بالإضافة على حقها في إنهاء العقد الإداري حتى من دون خطأ المتعاقد وذلك لدواعي المصلحة العامة، ويمكن للمتعاقد مع جهة الإدارة رفع دعوى الفسخ في حالتين: الأولى حالة القوة القاهرة ويقصد بها ذلك الحادث الفجائي الذي يستحيل دفعه ويؤدي على استحالة تنفيذ العقد الإداري استحالة مطلقة²، بمعنى أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية متى اتصفت لظروف الحادثة بأنها خارجة تماماً عن إرادة المتعاقد، وأنه لم يكن على علم بحدوثها، فالقوة القاهرة

الطرف الآخر بدون سبب، ومن ثم فإنه يمكن الجمع بين المسؤولية التقديرية وشبه العقدية. راجع في هذا الخصوص د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص- ص 1349 و 1348.

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 68. وكذلك د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 189. وكذلك د. شطاوي حطار، المرجع السابق، ص 369.

² - د. محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 722.

تؤدي إلى فسخ العقد فسخاً مجرداً من دون تعويض¹، أما الحالة الثانية خطأ الإدارة الجسيم، ويعني أن ترتكب الإدارة خطأً جسيماً مما يدفع بالمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد الإداري، فعلى سبيل المثال تعديل الإدارة لشروط العقد يؤدي إلى إحلال بتوازنه الاقتصادي إحلالاً جسيماً يفوق الإمكانيات الاقتصادية للمتعاقد معها، أو يخل بجوهر العقد بما يجعله عقداً جديداً، فهذا يخول المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد الإداري أمام قاضي العقد مع المطالبة بالتعويض، وهذا ما جاءت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: "... لما كان من المسلم به أن المتعاقد مع جهة الإدارة لا يملك فسخ العقد بإرادته المنفردة بقرار منه، في حالة إحلال جهة الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وإنما يتعين عليه اللجوء إلى القضاء بطلب فسخ العقد، هذا الفسخ القضائي وصفه جزاءً لخطأ الإدارة لا يوقع إلا إذا تبث أن جهة الإدارة المتعاقدة قد اقترفت خطأً عقدياً بحسبان أن الجزاء الأصيل الواجد توقيعه على جهة الإدارة في حالة تحقق مسؤوليتها العقدية هو التعويض"².

4- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على خلاف التزاماتها العقدية (Action en annulation)

قد تقوم الإدارة المتعاقدة بتصرفات مخالفة لالتزاماتها المتضمنة في نصوص العقد الإداري وتتجلى بعض تلك التصرفات في صورة قرارات إدارية، وللمتعاقد أن يسعى لإبطال تلك التصرفات عن طريق دعوى القضاء الكامل، ولا يستطيع أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء، حتى لو اقتضت دعواه على طلب إلغاء ذلك القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة المتعاقدة، لأن هذا القرار الإداري أصدرته الإدارة المتعاقدة استناداً إلى نصوص العقد الإداري، فهو يعد إجراءً تعاقدياً، ويخرج عن نطاق القرارات الإدارية المنفصلة، ومن ثم فهذه القرارات تعتبر منازعاتها من قبيل المنازعات الحقوقية التي صدرت عن الإدارة المتعاقدة، وبالتالي فهي تدخل في ولاية القضاء

¹ - د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ط. الأولى، 1958، ص 161.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 2000/9/19، الطعن رقم 3373، لسنة 42 ق.

الكامل¹، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن إلى أن: "... المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهة الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات، أو إجراءات قبل التعاقد معها، إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم قسم القضاء بمجلس الدولة، حتى لو انصب طلب التعاقد على إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله، وذلك لأن ما تصدره الإدارة تنفيذاً للعقد هي منازعات حقوقية، وتكون محلاً للطعن عليها، على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل من دون ولاية قضاء الإلغاء"².

وقضت أيضاً بأنه: "... إذا كان الإجراء صادراً من جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد الإداري وتنفيذاً له، فإن الإجراء لا يعد قراراً إدارياً، ومن ثم لا يرد عليه طلب الإلغاء أو طلب وقف التنفيذ، وإنما يعد من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد، وتكون محلاً للطعن باستعداد ولاية القضاء الكامل..."³.

ثانياً: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية

مما لا شك فيه أن الدول المقارنة - فرنسا، مصر الجزائر - تنتمي إلى النظام القضائي المزدوج والذي تخضع فيه المنازعات المتعلقة بالمسؤولية الإدارية العقدية لولاية القضاء الكامل، وهذا ما ندرسه الآن:

1- الاختصاص القضائي الفرنسي بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة 55 R على اختصاص المحاكم الإدارية بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والصفقات وجاء فيها: "أن المنازعات المتعلقة بالصفقات والعقود وشبه

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 71.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في جلسة 1995/3/7، الطعن رقم 1148، لسنة 36 ق. سبق الإشارة إليه.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في جلسة 1980/10/29، الطعن رقم 605، لسنة 23، مجموعة أحكام الخمسة عشر عاماً، ص 181.

العقود وعقود الامتياز تختص بنظرها المحاكم الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ هذه العقود أو الصفقات أو شبه العقود أو عقود الامتياز...¹.

2- الاختصاص القضائي المصري بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية

لقد نص المشرع المصري في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على أنه: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية...: - حادي عشر المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر...".

ويلاحظ أن المشرع المصري من خلال هذا النص عقد الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة، بعقود التوريد أو الالتزام أو الأشغال العامة...، وهذا يعني أن اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية اختصاصا شاملا للعقود الإدارية كلها بغير استثناء².

3- الاختصاص القضائي الجزائري بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية

يعتبر القضاء الإداري صاحب الاختصاص في الفصل في المنازعات الإدارية، ومن بينها المنازعات التي تتعلق بالصفقات العمومية، باعتبارها من الصفقات القانونية الصادرة باتفاق الإرادتين- الإدارة والمتعاقد معها³، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 800 من القانون رقم 09-08، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، إذ تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

¹ -L' article R55 de code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel" Les litiges relatifs aux marches, contras, quasi- contras, ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort du quel ces marchés, contras, quasi- contras ou concessions sont exécutés...".

² - د. ابراهيم المنجي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 72.

³ - د. بن احمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 241.

كما نص في المادة 801 من القانون نفسه على أنه: تختص المحاكم الإدارية كذلك:...

2- دعاوى القضاء الكامل...".

كما تنص المادة 803 من القانون نفسه على أنه: "خلافًا لأحكام المادة 803 أعلاه ترفع

الدعاوى وجوباً أماما المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

3- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أما المحكمة التي يقع في دائرة

اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه...".

يتضح جلياً من خلال نص المادة 800 أن المشرع الجزائري تبني المعيار العضوي في تحديد

اختصاص القضاء الإداري، في مجال العقود الإدارية، ومن بينها الصفقات العمومية، وأن تكون

الإدارة طرفاً فيها- أحد أطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام-، فإن الجهة القضائية المختصة

بالفصل في المنازعات الناشئة عنها هي المحاكم الإدارية، إلا أن هذا الأصل تعترضه إشكالية قانونية

مهمة ناتجة عما تضمنته المادة 6 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض

المرفق العام رقم 15- 247: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل

نققات:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز

عملية ممولّة، كلياً، أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة " .

ويلاحظ من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري اعتبر العقد صفقة عمومية خاضعة

لقواعد وإجراءات مراحل إبرامها، لكن المشكل في انعقاد الاختصاص القضائي في حالة حدوث

نزاع يتعلق بهذه المؤسسات هل يعود الاختصاص للقضاء الإداري أم يعود الاختصاص للقضاء

العادي هنا يلاحظ التعارض بين المادتين 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 لسنة 2008، إذا تم انعقاد الاختصاص للقضاء العادي، لأن المنازعة لا نجد أحد أطرافها شخصا من أشخاص المحددين في المادة 800 من ق.إ.م.إ. المذكورة سابقا، وعلى الرغم من تكريس المشرع الجزائري للمعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن المشكل يظل قائما لتمييز الصفقات العمومية بالطابع الإداري فيما يخص إجراءاتها، مما يجعلها تختلف اختلافا كبيرا عن العقود المدنية والتجارية التي يفصل في منازعاتها أمام القضاء العادي في مجال قواعد القانون الخاص، لما لهذا الاعتراف بالفصل بالمنازعة من أثر سلبي، وتوظيفها على المنازعة يغلب عليها الطابع الإداري¹.

الفرع الثاني

دعوى التعويض (Le recours en réparation)

أولاً: تعريف دعوى التعويض

يقصد بدعوى التعويض أنها دعوى قضائية ذاتية يجردها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، طبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً، للمطالبة بالتعويض الكامل واللازم والعاقل للأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار، وتمتاز دعوى التعويض الإدارية هذه بأنها من دعاوى القضاء الكاملة، وأنها من دعاوى قضاء الحقوق².

ثانياً: خصائص دعوى التعويض الإدارية

من أبرز خصائص دعوى التعويض الإدارية ما يلي:

¹ - د. بن احمد حورية، المرجع السابق، ص 245. وكذلك د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم

15-247...، المرجع السابق، ص 172.

² - د. عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج. الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

2014، ص 566.

1- دعوى التعويض الإدارية دعوى قضائية (Un recours juridictionnel)

تتسم دعوى التعويض بالطبيعة القضائية، فهي ترفع وتتحرك ويفصل فيها عن طريق الشكليات والإجراءات القضائية المقررة قانوناً¹.

2- دعوى التعويض الإدارية دعوى ذاتية (Un recours subjectif)

إن دعوى التعويض من الدعاوى الشخصية الذاتية؛ حيث أنها لا تتحرك إلا على أساس حق شخصي وذاتي، والغرض منها تحقيق مصلحة فردية ذاتية وشخصية، تتمثل في تعويض الشخص الذي رفعها مادياً ومعنوياً عن الأضرار التي أصابته².

3- دعوى التعويض من دعاوى القضاء الكامل (Recours de contentieux de pleine juridiction)

تعتبر دعوى التعويض الإدارية من دعاوى القضاء الكامل؛ حيث يبحث القاضي فيها عن مدى وجود حق شخصي لرافع هذه الدعوى، وتقدير التعويض إذا ما أصابه ضرر من جهة الإدارة، فسلطة القاضي هنا تقدير التعويض العادل واللازم للشخص المتضرر رافع الدعوى³.

4- دعوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق (Un recours de contentieux des droits)

دعاوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق، لأن الغرض منها حماية الحقوق الشخصية والذاتية والدفاع عنها قضائياً، كما يترتب عنها منح القاضي سلطة ليتمكن من حماية الحقوق المكتسبة وإصلاح الأضرار التي تصيب الشخص رافع الدعوى بفعل جهة الإدارة المتعاقدة، بالإضافة أن دعوى التعويض تتقدم بتقادم الحق الذي تحميه هذه الدعوى⁴.

¹ - د. معوض عبد التّوّب، دعاوى التعويض الإدارية وصيغها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص 12.

² - د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، المرجع السابق، ص 568.

³ - د. عبد العزيز خليل بدوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1980، ص 39.

⁴ - د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، المرجع السابق، ص 570.

ثالثاً: الاختصاص القضائي بدعوى التعويض عن الأعمال المادية

يثور الإشكال حول تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالتعويض عن الأعمال المادية؛ بحيث نص المشرع المصري في كل القوانين المتعاقبة لتنظيم مجلس الدولة على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في دعاوى المسؤولية عن أعمال الإدارة المادية، إذ حصر اختصاص مجلس الدولة بصدد دعاوى المسؤولية في نطاق القرارات الإدارية، ونتيجة لذلك ساد تردد أحكام القضاء الإداري بشأن الاختصاص بدعاوى المسؤولية عن أعمال الإدارة المادية، إذ كان المتوقع بعد أن أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام بنظر المنازعات الإدارية أن تمتنع جهة القضاء العادي عن نظر دعاوى التعويض عن أضرار الأعمال المادية للإدارة¹، إلا أن هذا توقع لم يحدث على أرض الواقع، بل على العكس من ذلك أكد القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض على اختصاصه في هذه الدعاوى ووجود الأحكام الكثيرة الصادرة من القضاء العادي، يؤكد أن لها الاختصاص بنظر دعاوى التعويض عن الأعمال المادية².

واستندت محاكم جهة القضاء العادي إلى تأكيد اختصاصها المطلق بنظر دعاوى التعويض عن الأضرار التي تحدثها أعمال الإدارة المادية إلى معيار محدد، يتمثل في وجود قرار إداري أو عدم وجوده، فينعتد لها الاختصاص إذا لم يكن الضرر يستند للقرار الإداري، وهذا ما جاءت به محكمة النقض على وجه التحديد في حكمها الصادر في جلسة 1994/3/17 إذ قضت المحكمة: "... أما المنازعات المتعلقة بالأعمال المادية والأفعال الضارة من الجهة الإدارية دون أن تكون تنفيذاً مباشراً لقرارات إدارية تنسب إلى موظفيها ارتكابها في أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم، فينعتد الاختصاص بنظرها إلى محاكم القضاء العادي"³.

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 77.

² - حكم محكمة النقض الصادر في 1997/3/2، الطعن رقم 732، لسنة 41 ق.، السنة السابعة والعشرون، ص 528، حكم محكمة النقض الصادر في 1980/7/10، الطعن رقم 623، لسنة 49 ق.، مجموعة السنة الحادية والثلاثون، ص 1736، قاعدة رقم 323.

³ - حكم محكمة النقض الصادر بجلسته 1994/3/17، الطعن رقم 2456 لسنة 58 ق.، المجموعة السنة الخامسة والأربعون، ج. الأول، يناير - مايو 1994، ص 501 قاعدة رقم 102.

غير أن فقهاء القانون العام يؤيدون دخول دعاوى المسؤولية عن أعمال الإدارة المادية في اختصاص مجلس الدولة، باستثناء قلة من الفقهاء يفضل بقاء اختصاص القضاء العادي بالنظر في دعاوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، فأغلب الفقهاء يرون أن النصوص الجديدة قد نقلت الاختصاص بدعاوى التعويض عن الأعمال المادية سواء أكانت مادية لاختصاص القضاء الإداري وحده¹.

فهو صاحب الولاية العامة في النظر في المنازعات الإدارية بحسبانه القاضي الطبيعي والمختص بالنظر في هذه المنازعات، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد حيث جاءت بما يلي: "... وإنما هي دعوى تعويض عن عمل مادي، مدارها مدى مسؤولية الدولة عن أعمالها المادية في نطاق القانون العام ومجالاته، إذ هي منازعة يتأكد اتصالها بمرفق عام يدار وفقا للقانون العام وأساليبه ويتبدى فيها واضحا وجه السلطة العامة ومظهرها،... ومن ثم لا يجوز النأي بها عن القضاء الإداري قاضيها الطبيعي وقواعد القانون العام وضوابطه، من حيث المسؤولية، وأركانها والتي لا تبني على قواعد القانون المدني؛ إذ لا غنى في مجالها من وجوب استظهار ظروف المرفق وأعبائه، وما يثقل به من الواجبات والصعاب وظروف الزمان والمكان ووجه العلاقة بين مدعي الضرر والمرفق... وهو ما غاب عن محكمة القضاء الإداري نظره والتصدي له، بعد أن نأت بالمنازعة عن صحيح تكييفها قانوناً، وتنكبت مسارها السري، وهو الأمر الذي يقضي من أجله جميعاً إلغاء الحكم الطعين والقضاء باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الدعوى بحسبها منازعة إدارية مدارها مدى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، وإعادتها إليها مجدداً؛ للفصل في موضوعها بعد أن تنهياً أسباب الحكم".

غير أن القضاء الإداري في مصر تراجع عن قراره بخصوص الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة وأخرجها من نطاق اختصاص القضاء الإداري؛ حيث جاء في هذا الحكم أن: "إزالة التعدي الذي يقع على أموال الدولة هو من أهم واجبات الإدارة الملقاة على عاتقها؛ إذ نصت

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 78.

المادة 97 من القانون المدنيّ على أنه عند حصول على هذه الأموال يكون للجهة صاحبة الشأن التعدي إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة...، واقعة الإزالة تكشف وفقاً للظروف المحيطة بها عن أن قراراً إدارياً صدر من جهة الإدارة بإزالة التعدي، الذي رأت أنه وقع على مال مملوك للدولة...، إذ لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في صيغة معينة أو بشكل معين...، وعليه فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أنه لم يثبت صدور قرار إداري بإزالة التعدي.

وبالتالي يكون ما قامت به جهة الإدارة بواسطة تابعيها من إزالة التعدي الواقع على أملاك الدولة يعتبر عملاً مادياً يخرج نظر التعويض عنه عن الاختصاص ألولائي لمجلس الدولة- وما ذهب إليه الحكم في هذا الصدد غير سديد"¹.

أما مجلس الدولة الفرنسي اختلف عن نظيره المصري حول إخضاع الأعمال المادية للإدارة للقواعد الإدارية في المسؤولية؛ إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه بنظر دعاوى المسؤولية عن أعمال الإدارة المادية إلى القضاء الإداري²، وانتهج القضاء الإداري الجزائري نفس نهج نظيره الفرنسي حول إخضاع الأعمال المادية للإدارة للقضاء الإداري³.

رابعاً: شروط قبول دعوى التعويض

عند دراسة مواد قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 نجد أن المادة 153 منه لم تتطرق إلى كليات اللجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية، إذ اكتفى فقط بالقول بأنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...".، لكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على شروط قبول الدعوى والجهة المختصة بها في المادة 13 السالفة الذكر والتي تتمثل في الصفة والمصلحة.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1982/3/6، الطعن رقم 1475، لسنة 26 ق. مشار إليه لدى: د. سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، د.د.ن، القاهرة، 1983، ص 336.

² - Pour plus de détails Voir: Michel Paillet, la responsabilité administrative, Dalloz, 1969, p 227.

³ - د. أحمد محبو، المنازعة الإدارية، ترجمة فايز أنحق وبيوض خالد، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 220.

بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المواد 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بعريضة الدعوى بأن تكون مكتوبة، وتتضمن بيانات أطراف الخصومة، وكذلك أوجه الدفاع والطلبات والمحكمة التي رفع الطلب أمامها، ويجب أن تكون مؤرخة وموقعة من قبل المدعي أو محاميه¹.

أما في مصر فقد نصت المادة 12 من قانون مجلس الدولة على أنه: "لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية"، وقضى مجلس الدولة المصري على أنه: "لكي تقبل دعوى التعويض يجب أن يكون لرافعها مصلحة شخصية، ويضيف المشرع المصريّ شرطا آخر هو عرض التراجع على لجان التوفيق وذلك بموجب القانون رقم 7 لسنة 2000²، كما يشترط لقبول دعوى التعويض أن لا يكون الحق الشخصي والمكتسب الذي تحميه الدعوى قد انقضى بمدد التقادم المقررة في القانون؛ بمعنى أن يكون الحق الذي تستهدف دعوى التعويض موجودا وقائما وحالا، لأن سقوط هذا الحق وانعدامه بسبب التقادم يؤدي إلى انعدام وجود دعوى التعويض التي تحميه بسبب تقادم هذا الحق، ويقرر القضاء الإداري أن قواعد تقادم الدعوى المقررة في القضاء العادي يمكن تطبيقها على فكرة تقادم الحقوق في دعوى التعويض الإدارية كلما كانت هذه القواعد العادية ملائمة وأصلح لتطبيقها على تقادم الحقوق ودعوى التعويض الإدارية³. ويخضع تقادم دعوى التعويض عن أعمال الإدارة المادية في القضاء الإداري المصري إلى نص المادة 182 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: "تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه وتسقط هذه الدعوى في كل الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع".

¹ - د. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 171.

² - د. إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص 156.

³ - د. طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1965، ص 296 و297.

أما دعوى التعويض عن الأعمال المادية في القضاء الإداري الجزائري نص عليها في المادة 133 من القانون المدني: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من وقوع العمل الضار".

يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري سار على نهج نظيره المصري من حيث المدة المحددة قانونا للتقادم المسقط بالنسبة لدعوى التعويض عن أعمال الإدارة المادية والمحددة بـ خمسة عشر سنة من وقوع الفعل الضار.

المطلب الثالث

رقابة دعاوى قضاء الاستعجال

تعتبر الدعوى الإستعجالية الإدارية من الوسائل الناجعة ، التي وضعت للمتقاضين بهدف ضمان وحماية حقوقهم، أو الحفاظ على مراكزهم القانونية.

كما أن للدعوى الإستعجالية دورا هاما في نطاق القانون الإداري، فقد وضع لها المشرع تنظيم خاص من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية الإدارية ودعمها الاجتهاد القضائي الإداري¹.

وبناء على ما تقدم، تتخذ رقابة قضاء الاستعجال أثناء تنفيذ العقد الإداري ثلاث صور نعرضها في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية: الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية في (الفرع الأول)، ثم دعوى إثبات الحالة في (الفرع الثاني)، الإشكال في تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في (الفرع الثالث).

¹ - د. بلعابد عبد الغاني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2007، ص 9.

الفرع الأول

الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية

نص المشرع المصري عل وقف تنفيذ القرارات الإدارية في المادة 49 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1982 على أن: " لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار الإداري المطلوب إلغائه، على أنه لا يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها...". وتعرف الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرار الإداري في فرنسا بالاستعجال الوقفي¹ le référé suspension ، كما نص المشرع الجزائري عليها في المادة 919 من القانون رقم 08-09، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: " عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع الطلب إلغاء كلي أو جزئي يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار...".

وبناء على النص، يجب لقبول الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية توافر شرطين موضوعيين أساسيين، يتمثل الشرط الأول في الاستعجال، والثاني في الشك الجدي حول مشروعية القرار ندرسه أولاً، كما يجب أن يتوافر شرطان شكلياً يتمثل الشرط الأول في أن يكون طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ولو بالرفض، والشرط الثاني في أن تكون دعوى الإلغاء قد سجلت يتم تعرض له ثانياً .

¹ - استبدل المشرع الفرنسي في قانون 200-597 نظام وقف تنفيذ الذي كان معروفاً منذ سنة 1806، بما اصطلح عليه بالاستعجال الوقفي، أما المشرع الجزائري فكان له موقف مخالف إذ أبقى على نظام وقف التنفيذ أمام قاضي الاستعجال. مشار إليه لدى د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 86.

أولاً: شروط الدعوى الاستعجالية

1- الشروط الموضوعية

ذكرت الشروط الموضوعية للدعوى الاستعجالية بوقف تنفيذ القرارات الإدارية على سبيل الحصر، تتمثل في شرط الاستعجال، وشرط توافر أسباب جدية.

أ- شرط الاستعجال

يعتبر الاستعجال شرطاً جوهرياً في النصوص القانونية المنظمة لوقف تنفيذ القرارات الإدارية، ففي فرنسا نصت المادة 102 من تقنين المحاكم الإدارية على الاستعجال بقولها: "... في جميع حالات الاستعجال يستطيع رئيس المحكمة الإدارية، أو القاضي الذي ينتدبه الأمر بجميع التدابير اللازمة..." كما نصت المادة 104 من تقنين المحاكم الإدارية والمتعلقة بإثبات حالة الاستعجال على أنه "... في جميع حالات الاستعجال يستطيع رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي ينتدبه تعيين خبير..." كما أن ذات المصطلح ورد في قانون 2000 عندما يكون قرار إداري و لو 597 المؤرخ في 30 جوان 2000، حيث تنص المادة 1-1521، عندما يكون قرار إداري و لو بالرفض محلاً للطعن بالإلغاء أو التعديل، فإن قاضي الأمور المستعجلة والمطعون أمامه، يستطيع أن " يأمر بوقف تنفيذ قرار إداري، أو بعض آثاره عندما يبرره الاستعجال.

أما المشرع المصري نص على الاستعجال في المادة 45 من قانون المرافعات المدنية و التجارية و التي تنص على أنه: "...يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاها ليحكم بصفة مؤقتة... في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت..."

سواء المشرع الجزائري أو المشرعين المصري والفرنسي لم يعطوا تعريفاً جامعاً مانعاً للاستعجال، وإنما الفقه تولى مهمة ذلك.

ويعرفها الأستاذ René CHAPUS يعرفه على أنه "الضرر الذي يصعب إصلاحه أو الرجوع فيه، أو محوه و الناتج عن تنفيذ قرار إداري"¹.

¹ - « Il faut comprendre conséquences difficilement réversible dans les faits, du jugement et arrêts

l'expriment énonçant, a l'appui de l'octroi du sursis, qu'il serait très difficile de faire disparaître « en fait » ou « pratiquement » les conséquences de l'exécution de la décision. » Pour plus de détail, voir : René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 5eme ed, p.1082.

- مشار إليه لدى: د. غيثاوي عبد القادر، وقف تنفيذ القرار الإداري، مذكرة ماجستير، مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007، ص 105.

كما عرفها الأستاذ M.Franck MODERNE فيعتبر أن الاستعجال من أهم إجراءات الاستعجال الثلاثة التقليدية في القانون الإداري، هو وقف تنفيذ القرارات الإدارية¹. وفي الفقه المصري يعرف الاستعجال الأستاذ حامد فهمي " الحالة التي يكون من شأن التأخير فيها وقوع ضرر لا يمكن إزالته، أو حالة الخطر العاجل، الذي لا يجدي في اتقائه الالتجاء إلى القضاء العادي".

أما الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة يعرفه " فيرى أن الاستعجال الموجب لوقف تنفيذ القرار الإداري، يتوافر إذا كان من شأن تنفيذ هذا القرار، ترتيب نتائج يتعذر تداركها فيما لو قضي بإلغاء القرار"².

ويعرفه آخرون بأنها ضرورة الحصول على حماية قانونية عاجلة التي لا تتحقق من إتباع الإجراءات العادية للتقاضي؛ نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه أو إصلاحه³.

وللقاضي سلطة تقديرية فيما يتعلق بمدى توافر ركن الاستعجال، قد يتخذ القضاء الإداري من استمرار نفاذ القرار الإداري لمدة زمنية طويلة قرينة على أن النتائج المترتبة عليه، ليست من تلك التي يتعذر تداركها، و أن طول الفترة الزمنية التي يتحقق منها شرط الاستعجال، و الخطر العاجل، مسألة تقديرية للقاضي، يتحسسها بخبرته حسب ظروف كل حالة على حدة، وهذا ما جاءت به النصوص القانونية ومنها المادة 49 من القانون المصري السالفة الذكر .

ويتضح لنا من نص المادة أن القضاء المصري غايته من وقف تنفيذ القرارات الإدارية ، توقي النتائج الوخيمة ، التي تترتب عن تنفيذ هذه القرارات، مع مراعاته في الوقت نفسه على مبدأ قابلية القرارات الإدارية للتنفيذ رغم الطعن فيها بالإلغاء⁴.

¹ - «Comme le faisait remarquer "M. Franck MODERNE" lors du 12eme congres des centres d'étude judiciaires, des trois procédures traditionnellement considérées comme des procédures d'urgence en droit administratif, c'est sans doute le sursis a exécution des décisions administratives qui parait le moins directement lie a la notion d'urgence, sans qu'il soit question pour autant de l'en dissocier.» Pour plus de détail, voir: Encyclopédie juridique, Contentieux administratif, 17eme année, T 3, p.6.

- مشار إليه لدى: د. غيثاوي عبد القادر، المرجع السابق ، ص 105.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 94.

³ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 88.

⁴ - د. غيثاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 109.

قد تتوفر شرط الاستعجال في واقعة معينة وتنتفي في واقعة أخرى مماثلة وكذلك تختلف درجة الاستعجال من دعوى لأخرى، وهناك نوعين من الاستعجال في المجال الإداري وهما كالاتي:

- حالة استعجال بسيطة : وهي الحالة العادية للاستعجال والتي تسمح بنشر دعوى استعجالية تنظر أسبوعيا ضمن جلسات القسم الاستعجالي ويفصل فيها في آجال معقولة.

وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 299 بالنسبة لحالة الاستعجال البسيطة على وجوب الفصل فيها في اقرب الآجال 299ق إ م إ. على خلاف ما قام به في مادة الاستعجال الإداري حيث ميز بين ما أطلق عليه بالاستعجال الفوري والذي يتعلق بحالات الاستعجال القصوى والتي جاء النص عليها في المواد من 919 إلى 922 ق إ م إ. ما والاستعجال الذي يتعلق بحالات الاستعجال البسيطة بنص القانون التي اقراها ق إ م إ المواد 939 و 948.

- حالات الاستعجال القصوى: وهي التي تنظر من ساعة إلى ساعة فإذا ما اقتنع رئيس المحكمة الإدارية بأن القضية المعروضة عليه تتضمن حالة استعجال قصوى أمر بتسجيلها وتحديد موعد نظر هو تبليغ الخصم فورا وكذا تقصير آجال الرد فيها إلى أقصى حد.

ونص المشرع الجزائري على حالة الاستعجال القصوى من ساعة إلى ساعة في المادتين 301 و 302 كما يلي:

المادة 301: "يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين ساعة في حالة الاستعجال القصوى يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصيا أو إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي...".

المادة 302: "في حالة الاستعجال القصوى يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل، بمقر الجهة القضائية حتى قبل قيد العريضة في سجل أمانة الضبط. يحدد القاضي تاريخ الجلسة، ويسمح عند الضرورة بتكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة. ويمكنه الفصل خارج ساعات العمل وحتى خلال أيام العطل"¹.

ب- الجديدة

ويُقصدُ بشرط الجديدة، أن يَثْبُتَ للمحكمةِ حال نظرها لطلب وقف التنفيذ، أنه من المرجح الحكم بإلغاء القرار الإداري محل طلب وقف وذلك من واقع الأسباب التي أسس عليها الطاعن

¹ - د. مقيمي مريم، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا لقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2012، ص 14.

دعوى الإلغاء. حيث أن طلب وقف التنفيذ، هو طلب متفرع عن طلب الإلغاء، فيقبل الأول إذا كان الثاني مرجح القبول.

و لقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي، تواجد الأسباب الجدية الشق الموضوعي للدعوى الاستعجالية بوقف تنفيذ القرارات الإدارية، أما على مستوى المحاكم الإدارية، فإن الأحكام التي منحت وقف التنفيذ، سار بعضها على نهج مجلس الدولة، في الطريقة الصحيحة للتسبب التي حددها في قضائه، لتبين أن الأسباب المثارة بواسطة الطاعن، من شأنها تبرير طلب الوقف. في حين منحت أحكاماً أخرى وقف التنفيذ، دون الاستناد صراحة إلى شرط الأسباب الجدية. وبعض الأحكام اغفل ذكر هذا الشرط تماماً، اكتفاء بتوافر شرط الضرر. أما على الصعيد الفقهي، فيرى الأستاذ لافريير أن الأسباب الجدية، تعتبر أحد الشرطين اللازمين لمنح وقف التنفيذ فيكون بتوافر طعون جدية واضحة ضد القرار. أما الأستاذ لافو "Lavau" ذهب بالقول أن السبب الجدي هو الذي يبدو معه الإلغاء اللاحق للقرار ممكناً¹.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد أورد شرط الجدية لقبول طلب وقف التنفيذ والقضاء به القرار رقم 013772 الصادر بتاريخ 14/08/2002، وقف تنفيذ قرار طرد أجنبي من التراب الوطني إلى غاية الفصل في مدى شرعية القرار، حيث جاء فيه أنه "حيث ثابت مما سبق أن القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ، لم يصدر عن الجهة الإدارية المختصة و هي وزارة الداخلية، كما أنه لم يبلغ للمدعي، ومن ثم يحتمل إبطاله، و يجعل دفع المدعي جدية مما يتعين قبولها و الطلب معاً، علماً أن تنفيذ هذا القرار قد يسبب للمدعي أضراراً لا يمكن تصليحها في حالة إبطال القرار"².

أما في مصر اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن الجدية شرط لازم لقبول طلب وقف تنفيذ القرار الإداري سببان أولهما الرغبة في عدم تحول نظام وقف تنفيذ القرار الإداري إلى وسيلة لإعاقة النشاط الإداري من خلال وقف تنفيذها على الرغم من مشروعيتها الظاهرة، وثانيهما الطبيعة الخاصة لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية من كونه استثناء من مبدأ الأثر غير الموفق للطعن

¹ - د. غيثاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 112.

² - مجلس الدولة الغرفة الخامسة، قرار رقم ، بتاريخ 009451، بتاريخ 2002/4/30، مشار إليه لدى: د. غيثاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 113.

بالإلغاء على تنفيذ تلك القرارات ، وهو الأمر الذي لا يجوز معه التضحية بهذا المبدأ إلا في أضيق نطاق، ويكون ذلك إذا كان القرار المطلوب وقف تنفيذه يتصف بحسب الظاهر بعدم المشروعية الواضحة¹ .

و عن الأسباب الجدية التي تثير الشك في ذهن القاضي الإداري في مرحلة من الإجراءات ليس له أن يمس الموضوع، بمعنى أن القاضي الإداري يحكم بالوثائق والمستندات لهذا الإجراء المؤقت- طلب وقف التنفيذ-، عن طريق الأسباب الموجودة بين يديه من الطاعن، دون المساس بأصل الحق² .

أما المشرع الجزائري في المادة 919 من ق.إ.م.إ. لم يعرف الشك الجدي، وترك المجال لقاضي الاستعجال الإداري، لشرحه وتحليله وتبقى هذه المادة قيد الغموض ومجالا خصبا لتأويل أصحاب الإختصاص.

2- الشروط الشكلية

أ - القرار الإداري:

يتميز القضاء في مجال العقود الإدارية بين نوعين من القرارات الإدارية، النوع الأول هي القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية قبل التعاقد ، أي في مرحلة إبرام العقد الإداري، وهي القرارات القابلة للانفصال، كالقرار الصادر بإلغاء المناقصة على شخص معين يعتبر من القرارات النهائية تنطبق على عليها أحكام خاصة بالقرارات الإدارية النهائية جميعها، أما النوع الثاني من القرارات الإدارية يكون وقت تنفيذ العقد الإداري، كالقرار الصادر بسحب العمل من المتعاقد مع المصلحة الإدارية ، فهذا النوع من القرارات الإدارية يختص بها القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عنها³ .

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 89.

² - د. غيثاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 114.

³ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 90.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن في حكمها الصادر بتاريخ 1960/10/20: "أن طلب الإلغاء و بالتالي وقف التنفيذ لا يردان إلا على القرار الإداري الذي تصدره الجهة الإدارية مفصحة عن إرادتها الملزمة استنادا إلى السلطة التي حولها إياها القوانين واللوائح، أما إذا كان الإجراء الصادر من جهة الإدارة استنادا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له لا يعد قرارا إداريا، وبالتالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ، وإنما يعد من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد، وتكون محلا للطعن باستبعاد ولاية القضاء الكامل، وغني عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها بشأن الطلبات المستعجلة فمادامت مختصة بنظر الأصل فهي مختصة بنظر الفرع أي الطلب المستعجل..."¹.

من خلال الحكم السابق يتضح لنا أن اختصاص قاضي الإلغاء أكثر تضييقا في هذا الشأن، بالنظر إلى اختصاص قاضي الموضوع.

ب- شرط رفع دعوى الإلغاء

يرتبط طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بطلب الإلغاء وجودا وعلما كأصل عام إذ لا يُقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري سواء الموجه إلى قاضي الموضوع أو قاضي الاستعجال ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع أو تقديم تظلم إداري مسبق. فسواء كان طلب وقف التنفيذ مرفوعا أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة أو قاضي استعجال فيجب أن تسبقه دعوى إلغاء مرفوعة أمام قاضي الموضوع أو تقديم تظلم إداري أمام الجهة الإدارية المختصة، على أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت في ميعادها القانوني، وإلا فلا تقبل دعوى وقف التنفيذ لعدم جدوى ذلك ما دام القرار الإداري أصبح محصنا من أية دعوى موضوعية. وكون طلب الوقف يعد طلبا فرعيا مرتبطا بالطلب الأصلي.

وغاية المشرع من تقرير هذا الشرط في كون طلب وقف التنفيذ يعتبر طلبا فرعيا مرتبطا ارتباطاً وثيقا بالدعوى المرفوعة في الموضوع. فلن يكون طلب الوقف مقبولا شكلا إذا قدم منزها أي

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في 1980/10/26، الطعن رقم 605، سنة 23 ق، مجموعة الخمسة عشر عاما، ص 181 وما بعدها.

منفرداً عن دعوى الموضوع ؛ بمعنى دعوى الوقف متوقفة على رفع دعوى الإلغاء. كما أن رفع دعوى الإلغاء دليل على جدية الشخص المدعي طالب وقف تنفيذ القرار الإداري¹.

وفي هذا الصدد أشار قانون العدالة الإدارية الفرنسي في المادة 551-1 على أنه: "عندما يكون القرار الإداري ولو بالرفض موضوع عريضة إلغاء أو تعديل".

أما المشرع المصري اشترط لقبول طلب وقف التنفيذ أن يكون هذا الطلب مقترنا بصحيفة دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرار، وقد نص على ذلك في المادة 49 من قانون مجلس الدولة على أنه: "يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاءه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى"².

وبالرجوع للمشرع الجزائري، فقد اشترط في نص المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر، بأنه: "موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي".

وأما الاجتهاد القضائي الجزائري، نجد أنه اشترط رفع دعوى الإلغاء في العديد من أحكامه منها قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا والتي ألغت قرار استعجاليا بوقف التنفيذ في غياب رفع دعوى في الموضوع وأقرت بما يلي "من المستقر عليه قضاء أن القضاء الإداري لا يمنح وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن مسبقا بدعوى مرفوعة ضده في الموضوع، لأن طلب وقف التنفيذ يعتبر طلبا فرعيا مرتبطا ارتباطا وثيقا بالدعوى المرفوعة في الموضوع"³.

وأكد مجلس الدولة على هذا الشرط في قرار بتاريخ 2003/01/07، حيث جاء فيه: "من الثابت أن مجلس الدولة مختص طبقا للمادة 9 من قانون رقم 98-1 في الطعون المرفوعة بالبطلان ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن المنظمات الوطنية. ومن الثابت أن إجراء وقف التنفيذ يشكل طبقا لأحكام المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية إجراء تبعا لدعوى أصلية لبطلان القرار محل الطلب، وبما أن هذه الدعوى لم ترفع فیتعين رفض الطلب شكلا"⁴.

¹ - د. كمون حسن، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 152.

² - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 166 سنة 2 ق، جلسة 19/11/1959، مجموعة السنة الرابعة عشر، ص 6.

³ - قرار الغرفة الإدارية (بالمحكمة العليا)، ملف رقم 72400، صادر بتاريخ 16/06/1990، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1993، ص 131 و 132.

⁴ - قرار مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، ملف رقم 13397، الصادر بتاريخ 07/01/2003، مجلس الدولة، العدد 4، الجزائر، 2003، ص 135 و 137.

ثانيا: طبيعة الحكم في طلب وقف التنفيذ

من المسلم به أن الأوامر المستعجلة ذات طبيعة مؤقتة تتخذ بالنظر إلى حالة الاستعجال ودون التطرق إلى أصل الحق، ولا تلزم محكمة الموضوع عند نظرها في أصل النزاع، فشرط عدم المساس بأصل الحق، يفيد دائما بأن الأمر الفاصل في النزاع الاستعجالي، لم يحسم أصل النزاع بين الخصوم، الذي يبقى دائما من اختصاص قاضي الموضوع، الذي يملك سلطة الفصل النهائي و بصفة دائمة في المنازعة الموضوعية، بغض النظر عن الإجراء المتخذ في إطار الدعوى المستعجلة. وقد نص المشرع على ذلك في المادة 918 ق.إ.م.إ " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، ولا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال"¹.

ووفقا لنص المادة يلاحظ إن القاضي الإداري، حين يصدر أمرا استعجالي يكون له طبيعة مؤقتة.

كما أن الحكم الاستعجالي ذو طبيعة قطعية، ويقصد به أنه عندما يفصل في النزاع في مسألة من مسائل الخصومة، يكون حاسما وقطعيا حائزا لحجية الشيء المقضي به، أمام المحكمة التي فصلت في النزاع، بحيث لا يجوز لها الرجوع عنه.، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 922 من ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز لقاضي الاستعجال بطلب كل ذي مصلحة، أن يعدل في أي وقت وبناء على مقتضيات جديدة التدابير التسييق أن الأمر أو يضع حدا لها".
لما كان طلب وقف تنفيذ متفرع من دعوى الموضوع، هذا يعني أن المختص في الفصل في دعوى الموضوع هو نفسه الفاصل في الطلب.

وعليه، أن قواعد الاختصاص النوعي والمحلي المطبقة على الدعوى الإلغاء، هي ذاتها التي تسري بشأن طلبات وقف التنفيذ في فرنسا ومصر وحتى الجزائر².

1- المحاكم الإدارية

في فرنسا أصبحت المحاكم الإدارية هي الأخرى المختصة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بموجب المادة 14 من المرسوم 53-934، الصادر في 30/90/1953، بعدما كان مجلس الدولة الفرنسي الوحيد المختص بالفصل في طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية.

¹ - د. مقيمي مريم، المرجع السابق، ص 50.

² - د. غيثاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 123.

أما في الجزائر نص المشرع على اختصاص الغرف الإدارية في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة ، الولاية ، أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها". كما نصت المادة 801 على توزيع الاختصاص النوعي بين الغرف الإدارية ومجلس الدولة وجاءت كما يلي: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1 دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،
- البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية،
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية ،

2 دعاوى القضاء الكامل ،

3 القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

2- مجلس الدولة

في الجزائر ينظر مجلس الدولة في الدعاوى الإدارية كجهة نقض ، كجهة استئناف و كأول وآخر درجة 902 و 903 ق.إ.م.إ. إما في الدعاوى الاستعجالية الإدارية فيختص ، قضائية حسب المواد 901 مجلس الدولة كأول وآخر درجة و كقاضي استئناف فقط .

- اختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة في المسائل الاستعجالية:

تنص المادة من 901 ق.إ.م.إ. أن مجلس الدولة يختص بالفصل كدرجة أولى و أخيرة في دعوى الإلغاء ، دعوى التفسير، ودعوى فحص المشروعية المتعلقة بالقرارات الإدارية الصادرة عن السلطات

الإدارية المركزية. وعلى هذا الأساس يختص مجلس الدولة كدرجة قضائية إدارية أولى و أخيرة في الدعوى الاستعجالية الإدارية المتعلقة بنفس القرارات.

- اختصاص مجلس الدولة كدرجة استئناف في المسائل الاستعجالية:
إضافة إلى اختصاص مجلس الدولة بالنظر في القرارات الإدارية كقاضي درجة أولى، فإنه يختص كذلك بالنظر في طلبات الاستئناف المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن الغرف الإدارية. و01، بقولها "يفصل مجلس الدولة في استئناف - هذا ما نصت عليه المادة 10 من ق.ع رقم 98 القرارات الصادرة ابتداءً من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

الفرع الثاني

دعوى إثبات حالة

يقصد بإثبات الحالة "تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا طال الانتظار لغاية الفصل في موضوع النزاع".

كما تعرف أيضا أنها من الطلبات المستعجلة لأنها ناتجة عن الخشية من ضياع معالم أو أدلة واقعة وتهدف إلى إثبات حالات معينة إذا لم تثبت مباشرة، استحال بعد ذلك استنباط الدليل منها فإذا ما رفعت دعوى الموضوع بعد ذلك أمكن الاستناد إلى ما انتهت إليه دعوى إثبات الحالة¹.

وخير مثال للأستاذ بلعيد بشير "... الأمر بخبرة فنية على شاحنة تعطلت بسبب اصطدامها بحفرة وسط الطريق، فالواقعة لا تتغير بمضي الوقت ولكن ترك الحالة لمدة أطول يلحق ضرراً بصاحب الشأن، إذ المدعي يضار إذا تأخر في إثبات الحالة، حيث ستتعمل الشاحنة التي يستغلها في مشاريع اقتصادية، لذلك من مصلحته إثبات حالتها وتقدير الأضرار لاحقة بها، حتى يتمكن من إصلاحها فوراً، والمطالبة بالتعويضات أمم قاضي الموضوع لاحقاً..."².

ويضيف أيضا " إن قاضي الاستعجال عن تكليفه مهمة للخبير بإثبات الحالة تكون مجرد تصوير الوقائع الحاصلة والتي طلب منها إثباتها ووصفها مثل حالة الطريق المغلوق من طرف العمال المضربين أو إثبات حالة البضائع التي وصلت الميناء هي فاسدة، حتى يتمكن المدعي من مطالبة شركة التأمين بالتعويض مستقبلاً أمام قاضي الموضوع"³.

¹ - د. مقيمي مريم، المرجع السابق، ص 91.

² - د. بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1993، ص 79.

³ - د. بلعيد بشير، المرجع السابق، ص 130.

وبناء على ما تقدم، يستنتج أن مهمة الخبير بإثبات الحالة محدودة في تصوير الوقائع الحاصلة فقط، وهذا ما جاء في قرار رقم 46897 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/04/1986 أنه:

"يجوز لقاضي الأمور الاستعجالية الإدارية، تعيين خبير و تكليفه بمأمورية الانتقال إلى الأمكنة و الوقوف على ما إذا كانت القطعة الأرضية المحاذية للفيلا التي يشغلها قد بيعت فعلا وعلى أي سند قانوني، وهذا بقصد إثبات ما إذا كانت هناك مؤشرات تقطع بتبعية القطعة المذكورة للفيلا الأنفة الذكر...

وحيث أن المادة 171 مكرر تجيز لرئيس المجلس القضائي أو العضو الذي ينتدبه في جميع حالات الاستعجال اتخاذ الإجراء المطلوب بموجب عريضة ترفع إليه، ونصت صراحة على جواز ذلك حتى في حالة عدم وجود قرار إداري سابق ويكفي أن تكون العريضة مقبولة ليتم الإجراء المستعجل المطلوب..."¹.

و نص المشرع الجزائري على إثبات الحالة في المادة 939 منه أجاز إثبات الحالة بواسطة الخبراء فقط ". يجوز لقاضي الاستعجال ما لم يطلب من أكثر من إثبات الوقائع بموجب أمر على عريضة و لو في غياب قرار إداري مسبق، إن يعين خبيرا ليقوم بدون تأخير بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أتؤدي إلى نزاع إمام الجهة القضائية، يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور".

ويشترط لقبول الدعوى الاستعجالية لإثبات حالة ما يلي:

أولا: تحديد الوقائع

يجب أن يقوم الخبير المكلف من قاضي الاستعجال بتحديد الوقائع، المراد معاينتها بدقة، وتكون خاصة بإثبات حالة فقط.

¹ - قرار الغرفة الإدارية (المحكمة العليا) بتاريخ 12/04/1986، 46987، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1989، ص 216.

ثانيا: توافر الاستعجال

لا بد على العارض إبراز حالات الاستعجال ، فالاستعجال شرط جوهري لقبول دعوى إثبات حالة، لقد نص المشرع المصري في قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 في المادة 133" إذ إن دافع إقامة الدعوى لإثبات حالة هو ضياع معالم واقعية يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء¹.

ثالثا: ضرورة التدبير

على الرغم من عدم نص المشرعان المصري والجزائري على هذا الشرط، إلا أنه مهم ولا بد من توافره لقبول دعوى إثبات حالة، وقد حصل وأن رفض القضاء الفرنسي طلب معاينة في اجتهاد قضائي سابق بتاريخ 1954/12/8؛ حيث رفض معاينة الوقائع لأنه يمكن معاينتها من طرف المحضر القضائي².

الفرع الثالث

الإشكال في التنفيذ

تواجه الأحكام والقرارات القضائية الإدارية الصادرة ضد أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر بعض المشاكل والصعوبات في تنفيذها، هذه المشاكل عادة ما تكون ذات طبيعة قانونية، ويلاحظ أن موقف الفقه لم يكن موحدا اتجاه هذه المسألة والمشكلة القانونية التي عانت منها القرارات القضائية الإدارية في حالة تنفيذها، فعرف بعض الفقه الإشكال في التنفيذ ، بأنه عبارة عن عوارض قانونية يبيدها أصحاب المصلحة فيه عند التنفيذ، ويقصد منها عمل إجراء وقي لوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، ويبيدها أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الطرف الآخر، وسميت كذلك بالمنازعة للإشكالات لأنها تنشأ عن صعوبات وعراقيل تعترض السير الطبيعي لإجراءات التنفيذ، وتقدم للمحاكم للفصل فيها، ويقول آخرون أنها تلك المنازعة التي تدور حول أركان وشروط يجب توافرها لوجود أو لصحة التنفيذ ويصدر فيها إما حكم وقي باستمرار التنفيذ مؤقتا وإما بوقفه مؤقتا وإما بصحته، أو بطلانه.

¹ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور المستعجلة وقف تنفيذ القرار الإداري- إشكالات التنفيذ- دعوى تهيئة حالة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 240.

² - د زينب سالم، المرجع السابق، ص 95.

ويشترط لقبول الإشكال في التنفيذ عدة شروط منها ، توافر شرط الاستعجال كقاعدة عامة، بحيث تكون هناك ضرورة ملحة لحماية الحق للحصول على حكم مستعجل بالإجراء الوقي المطلوب، والشرط الثاني رفع الإشكال قبل تمام التنفيذ، الغاية من ذلك الوقف المؤقت للتنفيذ الحكم، أو الاستمرار المؤقت له ، أما الشرط الثالث يتمثل في تأسيس الإشكال على وقائع لاحقة لحكم الإشكال في التنفيذ، الأصل في قبول الإشكال في التنفيذ وجوب أن يكون قد وقع بعد صدور قرار الحكم باعتباره منصبا على إجراءات التنفيذ.

والجدير بالذكر أن المشرع المصري لم يحدد الجهة القضائية المختصة بنظر إشكالات التنفيذ في قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1982، على غرار محكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا

وذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لإبداء رأيها حول مسألة الإشكال في التنفيذ من خلال المادة 275 مرافعات والتي تنص على : " أن قاضي التنفيذ يختص دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية أو الوقتية".

وفي هذا الصدد جاء حكم المحكمة بقولها: " أنه من المقرر قانونا أن قاضي التنفيذ يعتبر فرعا من فروع جهة القضاء العادي، ومن ثم فإنه حيث تخرج المنازعة الموضوعية عن ولاية تلك الجهة، فإن الشق العاجل منها يخرج حينئذ عن اختصاصه، وأنه تبعا لذلك لا يختص قاضي الأمور المستعجلة أو قاضي التنفيذ بالحكم في أمر من الأمور التي تدخل في اختصاص جهة القضاء الإداري بحسبان أن القاضي المذكور يمارس اختصاصه في نطاق ولايته المستعجلة، واستمدادا من الأصل المقرر أن اختصاصه فرع من القضاء المدني، ومتى كان ذلك ثمة اعتبارا آخر له أهميته، ويجب مراعاته عند تطبيق القواعد المشار إليها.

وهذا الاعتبار هو أنه في المنازعات المتعلقة بالتنفيذ حينما يجري التنفيذ على المال، فإن جهة القضاء العادي التي يتفرع عنها قاضي التنفيذ، تكون هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات المتعلقة بالمال، ومن ثم يختص قاضي التنفيذ بالمنازعة الوقتية في التنفيذ، كلما كان السند المنازع في تنفيذه منفذا به على مال، حتى ولو كان السند المنفذ بمقتضاه صادرا أو يتصل بجهة قضاء أخرى خلاف جهة القضاء العادي، وترتبيا على ذلك، فإنه متى رفع أمام قاضي التنفيذ منازعة في تنفيذ الحكم الإداري، فإن القاضي حينئذ يترسم القاعدة المشار إليها سلفا وهو بسبيل الفصل في تلك المنازعة، فإذا كان الأمر غير منصب على المال امتنع على قاضي التنفيذ المدني النظر في المنازعة لخروجها عن

اختصاصه ما دام لا يوجد نص يقرر الاختصاص للجهة التي يتبعها ذلك القاضي، وترتبا على ما تقدم كله فإن لما كان الثابت أن المنازعة المطروحة حاليا تعد فرعا من الأصل الذي يدخل في الاختصاص الولائي لمجلس الدولة عملا بنص المادة 172 من الدستور والمادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1982 وأنه تبعا لذلك يكون القاضي الإداري هو المختص وحده بنظر الإشكال المائل، وينحصر تبعا لذلك اختصاص قاضي التنفيذ لأن القاضي العادي لا يختص أصلا بالمنازعة الماثلة والتي مبناها في واقع الحال أمر من الأمور التي تنفرد جهة القضاء الإداري بنظرها من دون جهة القضاء العادي، بحسبان أن القاضي الإداري الذي أصدر الحكم المستشكل في تنفيذه يكون الأقدر على تمحيص وتنفيذ ما قد يثار من عقبات مادية أو قانونية تتعلق بالتنفيذ، ومتى كان ذلك فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون غير قائم على أساس قانوني صحيح متعينا الالتفات إليه¹.

وأكدت المحكمة أن محاكم مجلس الدولة دون غيرها هي المختصة بمنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكام القضاء الإدارية، إذ جاء حكمها كما يلي: "أن قاضي التنفيذ المختص دون غيره بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بهذه الأحكام والمتفرعة من أصل المنازعة الإدارية التي فصلت فيها هو محاكم مجلس الدولة كل في حدود اختصاصه، وقاضي الأصل هو قاضي الفرع، وعلى ذلك فلا اختصاص لقاضي التنفيذ بالمحاكم العادية بنظر مثل هذه المنازعات فيكون رفعها إليه غير ذي أثر في صدد منازعة التنفيذ أمام القاضي الإداري"².

وبالرجوع للقضاء الجزائري ذهبت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في القرار رقم 399207

المؤرخ في 2008/2/21 بقولها: "القضاء الإداري هو المختص بالفصل في إشكال تنفيذ قرار قضائي إداري وليس القضاء العادي"³.

أما المشرع الجزائري نص على الإشكال في التنفيذ في المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 على أنه: "خلافًا لأحكام المادة 803 أعلاه ترفع الدعاوى وجوبا أمام

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم 3560 لسنة 41 ق، جلسة 1987/5/12، حكم غير منشور، مشار إليه لدى: د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 100.

² - حكم محكمة القضاء الإداري رقم 2945 لسنة 31 ق، جلسة 1988/3/26، وحكمها في الطعن رقم 29 لسنة 35 ق، جلسة 1990/5/5، والمنشور في مجموعة المبادئ القانونية، العدد الثاني، ص 1713.

³ - قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا رقم 399208 المؤرخ في 2007/2/21، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص 227.

المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:....8 - في إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية أمام المحكمة التي تصدر عنها الحكم موضوع الإشكال".
 يلاحظ من خلال مضمون المادة أن المشرع لم يتطرق بالتفصيل الدقيق لكيفية عرض الإشكال في التنفيذ والإجراءات المتبعة قانونا أمام المحاكم الإدارية، كما أنه أهمل نقطة مهمة وجوهرية مدة توقيف التنفيذ أمام قاضي الإداري للأمور الإستعجالية.

المطلب الرابع

تطبيقات الرقابة القضائية على تنفيذ العقد الإداري

لقد تعرضنا في هذا المبحث لآليات الرقابة القضائية على الجزاء الإداري ، من خلال بحث رقابة دعوى الإلغاء على المنازعات الناشئة أثناء تنفيذ العقد الإداري، ورقابة دعاوى القضاء الكامل المتمثلة في دعوى المسؤولية التعاقدية ودعوى التعويض، وللتوضيح أكثر في مجال الآليات القضائية السالفة الذكر، لا بد من بيان تطبيقاتها، ونظرا لكونها متعددة ومتنوعة ولا يمكن حصرها لذا نحاول عرض أهمها من خلال عرض تطبيقات رقابة دعوى الإلغاء في (الفرع الأول)، ثم تطبيقات رقابة دعاوى المسؤولية العقدية في (الفرع الثاني)، تطبيقات رقابة دعاوى القضاء المستعجل في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تطبيقات رقابة دعوى الإلغاء

لم يساير القضاء الجزائري نظيره الفرنسي والمصري من حيث إجازة للغير بالطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد الإداري، وتمثلت التطبيقات الرقابية القضائية، لذلك في قبول طعن الغير بالإلغاء في القرارات الخاصة بالشروط اللاتحوية لعقود الالتزام المرافق العامة بموجب طبيعتها المزدوجة وقبول طعن الغير بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة بوصفها سلطة عامة لا بوصفها متعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

لذا نبحث في هذا الفرع الطعن بالإلغاء في القرارات الخاصة بعقد التزام المرافق العامة (أولاً)، الطعن من المقدم من الملتزم (ثانياً)، والطعن بالإلغاء المقدم من الغير (ثالثاً)، ثم الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة من الإدارة (رابعاً).

أولاً: الطعن بالإلغاء في القرارات الخاصة بعقد التزام المرافق العامة

يقصد بعقد التزام المرافق العامة بأنه عقد إداري يتولى الملتزم - المتعاقد - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله لمدة محدودة، مقابل رسم يتقاضاه من المتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة بالإضافة إلى الشروط التي تضعها الإدارة في عقد التزام المرافق العامة¹. ومن آثار عقد التزام المرافق العامة في مواجهة الغير وهذا استثناء عن قاعدة نسبية آثار العقد، وهذا راجع في أن الملتزم يدير مرفقاً عاماً لإشباع حاجات عامة للجمهور مقابل رسم يتقاضاه من المتفعين، فتكون لهم مصلحة في أداء المرفق للخدمات بصفة منتظمة وعلى نحو يتفق مع القانون، بالإضافة إلى استعانة الملتزم بالعمال لصالحه، وبناء عليه يترتب علاقة بين الملتزم و المتفعين من جهة، وبينه وبين العمال من جهة أخرى، يضبطهم عقد التزام المرافق العامة، فهذا الأخير ذو طبيعة خاصة مزدوجة ومركبة فقها وقضائياً²، فهو يتضمن نوعين من الشروط، النوع الأول شروط تعاقدية وهي تتعلق بالحقوق والالتزامات فيما بين الملتزم وجهة الإدارة مانحة الالتزام، وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتتصل هذه الشروط بالجوانب المالية للعقد ومدة الامتياز وكيفية استرداده، أما النوع الثاني شروط لائحية وهي تتعلق بإدارة المرفق العام وقواعد تسييره، وتمتد هذه الشروط إلى المتفعين بخدمات المرفق العام المسير بطريق الامتياز كتحديد الرسوم التي يجب تحصيلها، والإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المتفعين وشروط انتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق... إلخ، فمن خلال هذه الشروط التعاقدية واللائحية ينشأ عقد التزام المرافق العامة مركزاً

¹ - حكم محكمة القضاء المصري الصادر بتاريخ 1956/03/25، القضية رقم 146، لسنة 8 القضائية، مجموعة أحكام القضاء الإداري، السنة العاشرة، ص 259. قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 11950، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، 2004، ص 215.

² - د. محمد سمير جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2011، ص 197.

لائحيا ومركزا تعاقديا، فالمركز اللائحي يخول للملتزم حقوق مستمدة من السلطة العامة يقتضيها المرفق العام وتسييره¹.

كما تمتلك الإدارة تعديل الشروط اللائحية فقط، وتقوم بهذا التعديل في أي وقت طبقا لما تقتضيه مصلحة المرفق العام²، وخروج كل من الإدارة والملتزم على الشروط اللائحية لا يتضمن إخلالا بأحد الالتزامات التي يتضمنها العقد، بل مخالفة القاعدة التنظيمية التي وردت به وهو الأمر الذي يجعل القرار غير مشروع لمخالفة قاعدة التنظيم، ويترتب على عقد التزام المرافق العامة آثار على صعيد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري فعقد التزام المرافق العامة يتميز عن غيره من العقود الإدارية بوجود قضاء مزدوج وهو قضاء المشروعية للعمل اللائحي، وقضاء العقد³. يعتبر عقد التزام المرافق العامة من العقود المهمة في القضاء الفرنسي أكثر من غيره من العقود الإدارية الأخرى، كما حضي باهتمام الفقه الواضح من خلال استثناءه عن قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية.

ثانيا : الطعن المقدم من الملتزم

من الطبيعي أن عقد التزام المرافق العامة يتميز عن غير من العقود الإدارية مما يخول للملتزم حق اللجوء إلى القضاء لإلغاء بعض القرارات التي تصدرها الإدارة بوصفها سلطة عامة أثناء تنفيذ العقد الإداري، إذا استندت هذه الأخيرة في اتخاذها هذه القرارات إلى النصوص اللائحية، وكانت مخالفة لها، كما يسوغ بعض الفقهاء ذلك أن عدم قبول الطعن بالإلغاء المقدم من الملتزم ضد القرارات التي تتخذها الإدارة استنادا إلى النصوص اللائحية مخالفة للمشروعية، أما القضاء الإداري اتخذ موقفا مغايرا؛ إذ استقرت أحكامه على أن المنازعات جميعها التي تنشأ بين الإدارة والملتزم

¹ - مجموعة القضاء الإداري 1 السنة 11 ق.، ص 160.

² - ذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1977/12/30 إلى القول: "إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد الالتزام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية والشروط اللائحية فقط هي التي تملك مانح الالتزام تعديلها بإرادتها المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة من دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بها من الشروط القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة". حكم المحكمة الإدارية العليا في 15 سنة، ص 375. مشار إليه لدى: د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 123.

³ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 123.

معها في عقد التزام المرافق العامة تدخل ضمن اختصاص قاضي العقد¹، فلا يتصور قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد الملتزم في القرارات الصادرة بالمخالفة لشروط عقد التزام؛ حتى لو صدرت هذه القرارات مخالفة للشروط اللائحية²، لكن هذا لا يعني أن المتعاقد الملتزم ليس الحق في الطعن بالإلغاء مطلقا، بل قام القضاء في هذا الخصوص بالترقية الجوهرية بين نوعين من القرارات الإدارية، والتي نجدتها في العقود الأخرى فالنوع الأول يتمثل في القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة، وهي بصدد تنفيذ العقد الإداري بوصفها تتمتع بمظاهر سلطتها العامة المستنبطة من القوانين، كاستخدامها سلطة الضبط الإداري في تنفيذ عقد التزام المرافق العامة، وهذه قرارات إدارية ليست لها علاقة مباشرة بالعقد، فيجوز للملتزم الطعن في مثل هذه القرارات بالإلغاء، ويجب أن يستدل في طعنه على مخالفة قواعد الضبط الإداري (المشروعية) وليس مخالفة نصوص العقد³.

النوع الثاني: يتمثل في القرارات التي تتخذها الإدارة بوصفها متعاقدة وهذا لا يجوز الطعن فيها بأي حال من الأحوال بدعوى الإلغاء.

وعلى هذا الأساس، فإن القضاء الإداري لا يقبل فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ عقد التزام المرافق العامة في حالتين: الأولى إذا صدرت القرارات الإدارية تنفيذا للعقد الإداري وإعمالا لنصوصه، فالقرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا للعقد مثل القرارات الصادرة بتوقيع أي من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد، إنما يدخل في مجال العقد، وتكون المنازعة متولدة عن تلك القرارات فهي إجراءات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل من دون قضاء الإلغاء⁴. أما الحالة الثانية: إذا استند مقدم الطعن على مخالفة القرار الإداري للعقد ذاته ولو كان القرار الإداري مخالفا

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1994/3/22، الطعن رقم 1664، لسنة 36 ق. مشار إليه لدى: د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، 126.

² - د. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012، ص 407.

³ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 125.

⁴ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1957/3/24، القضية رقم 307، لسنة 11 ق، ص 300.

لنصوص العقد اللائحية، وفي هذا الشأن جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي: " لا يقبل من الشركة المدعية الطعن بالإلغاء لمجاوزة السلطة على أساس ادعائها أن القرار قد تضمن مخالفة عقد الالتزام¹.

ثالثا: الطعن بالإلغاء المقدم من الغير

من آثار عقد التزام المرافق العامة أنها واسعة وممتدة ، ولا تقتصر على أطراف العقد مثل بقية العقود الإدارية الأخرى، بل تمتد على الغير، ويتفق القضاء الإداري مع عدة نصوص عقد التزام ذات طبيعة لائحية، ويطبق فيها ما يتعلق بإلغاء قرارات تنفيذ العقد الإداري نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، ويقبل الطعن المقدم من الغير ضد هذه القرارات، وهو ما يعد استثناء حقيقيا على قاعدة عدم قابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري للانفصال عنه². ويتمثل الغير في عقود الالتزام في عدة طوائف، الطائفة الأولى وتشمل الأشخاص الذين استوفوا شروط الانتفاع بالخدمة ويريدون اقتضاءها وليست لهم مع الملتزم أي رابطة قانونية وهؤلاء هم طالبوا الانتفاع، أما الطائفة الثانية: هم اللذين لا يعدون من المنتفعين أو العمال، والطائفة الثالثة تشمل العاملين مع الملتزم ومعاونيه في تنفيذ التزاماته³.

1- المستفيدون بخدمات المرافق العامة

مما لا شك فيه أن المستفيدون يأخذون من عقد الالتزام حقوقا مباشرة تتمثل في حق اقتضاء المنفعة، وحق المساواة وحق التقاضي وهذه الحقوق يستعملونها في مواجهة كلا طرفي التعاقد الملتزم وجهة الإدارة مانحة الالتزام، كما أن المستفيدون بخدمات المرافق العامة نوعان: إما طالبوا الانتفاع وهم اللذين استوفوا شروط الانتفاع بالخدمة، وإما منتفعين في مواجهة الإدارة مانحة الالتزام.

¹ -C.E Compagnie Française des chemins de fer,p 145.

² -د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 126.

³ -د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 411.

أ- طعون المنتفعين في مواجهة الملتزم

من المسلم به فقها وقضاء أن للمنتفع الحق في الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الملتزم، والمخالفة لنصوص كراسات الشروط اللائحية الخاصة بعقد التزام، إلا أن هذا لا يكون بطريقة مباشرة، وإنما يكون بطريقة غير مباشرة، وذلك بأن يتقدم المنتفع إلى الإدارة مانحة الالتزام طالبا التدخل بوصفها سلطة عامة، لإجبار الملتزم على احترام كراسات الشروط اللائحية، فإذا رفضت أو امتنعت عن الرد، جاز للمنتفع أن يطعن بالإلغاء في قرار الإدارة السلي الصادر بالرفض والامتناع¹.

وفي هذا الصدد جاء مجلس الدولة الفرنسي بحكم الصادر بتاريخ 1906/12/21 في قضية Croix de seguey حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي لطالب الانتفاع الطعن على القرار المدير برفض التدخل لدى الملتزم (شركة التزام الكهربائي ببوردو)؛ لإجباره على احترام كراسة الشروط التنظيمية بأسلوب تجاوز السلطة².

وقد ساير مجلس الدولة المصري نهج نظيره الفرنسي في القانون رقم 47 لسنة 1972 على الأخذ بذلك المبدأ، فقد نصت المادة 10 منه في الفقرة الأخيرة على أن: "ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح".

ب- طعون المنتفعين في مواجهة الإدارة مانحة الالتزام

من المسلم به أن يكون من حق المنتفعين الطعن في القرار الصادر من الإدارة مانحة الالتزام إذا مس بمصالحهم، وقد سار القضاء الإداري الفرنسي منذ حكم 29 أكتوبر 1956 في قضية Gay إذ تقدم السيد GAY بطلب إلى البلدية لتمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة الملتزمة بالإضافة فلم تستجب لطلبه، فلجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم منه بأحقية في

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 127. وكذلك د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 420.

² - C.E 21/12/1906 , Croix Seguey.

- مشار إليه لدى: د. إبراهيم عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1994، ص 106.

اقتضاء تلك الخدمة، واستقر مجلس الدولة الفرنسي أن حق المنتفع يستمد من عقد التزام على أساس هذا العقد تضمن شروطاً مقررّة لصالح الغير وأن هذه الشروط تنشأ حقوقاً للأفراد قبل المرفق يحق لهم المطالبة بها أما المحكمة¹.

2- طعون عمال الملتمزم

أقر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1968/2/23 في قضية شركة الطيران اير فرانس بالقول: "إن النظام الخاص بالعمالين والمدرج في الاتفاقية المبرمة بين الدولة وشركة اير فرانس ذو طبيعة لائحية"². وعلى ذا الأساس أجاز القضاء الإداري الفرنسي والمصري الطعن بالإلغاء لفائدة عمال الملتمزم على القرارات الإيجابية والسلبية التي تصدر عن الإدارة بالمخالفة للنصوص اللائحية التي تتضمنها وثيقة الامتياز. ولكن اختلف كلا من القضاء المصري والفرنسي حول صفة الطاعن؛ حيث فرق مجلس الدولة الفرنسي بين العمال وبين حقوق نقاباتهم، فبالنسبة للعمالين ليس لهم إلا اللجوء إلى قاضي العقد (القاضي المدني)، أما بالنسبة للنقابات لهم الحق بالطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المخالفة للنصوص اللائحية التي تتضمنها وثيقة الالتزام³. ولكن القضاء المصري أخذ موقفاً أكثر منطقية، فسمح للعمالين بالطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة من جهة الإدارة ويبدو هذا واضحاً من خلال قرار محكمة القضاء الإداري سنة 1963 في قضية تتلخص وقائعها في أن: "شركة قد سحبت التزامها، وأسندته إلى شركة أخرى وقد نص عقد الالتزام الجديد على شروط تلزم الشركة بتشغيل عمال الملتمزم السابق، ولما طلب أحد العمال من الإدارة التدخل، لإجبار الشركة الجديدة على ذلك رفضت التدخل الأمر الذي دعاه للطعن في قرارها السليبي مطالباً بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به"⁴.

¹ - نقلاً عن: د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 131.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 212.

³ - د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص 69.

⁴ - حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1963/3/31، القضية رقم 37، لسنة 11 ق.، مجموعة السنوات الخمس، ص 180.

رابعاً: الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الغير المشروعة الصادرة من الإدارة

تختلف القرارات التي تصدر عن جهة الإدارة، فمنها ما يصدر بوصفها سلطة عامة حولتها القوانين واللوائح ومنتها امتيازات لا مثل لها في القانون الخاص، وبعضها الآخر يصدر بوصفها المتعاقدة، وقد فرق القضاء الإداري الفرنسي والمصري بين القرارات التي تصدر عن الإدارة بوصفها متعاقدة، وتلك التي تصدر عنها باعتبارها سلطة عامة وذلك في شأن جواز الطعن فيها بالإلغاء من عدمه، واستقر الفقه و القضاء الإداريين على عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الإدارة بوصفها متعاقدة، وقبول الطعن بالإلغاء عن القرارات الصادرة عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول: " بأن القرار يكون متعلقاً بتنفيذ العقد إذا كان صادراً من جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذاً له"¹. ومن أمثلة تلك القرارات ما تعلق منها بقرارات الضبط الإداري التي تتخذها الإدارة لتحقيق غايات الضبط الإداري المتعلقة بالأمن والصحة والسكينة العامة، وهذا ما جاء في قرار المحكمة بأن: " لا يخرج عن كونه إجراء صدر من الجهة القائمة على شؤون التمويل بوصفها سلطة عامة واستناداً إلى أحكام القانون... فلا يعد هذا الاستيلاء استعمالاً من جانب الإدارة المتعاقدة لحقها المستمد من العقد..."².

الفرع الثاني

تطبيقات رقابة دعاوى المسؤولية العقدية

تنشأ بموجب العقد الإداري حقوق والتزامات متبادلة بين طرفي العقد كغيره من العقود الأخرى، فالإدارة بحكم تمتعها بامتيازات السلطة العامة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، بهدف تحقيق المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإن ذلك لا يحررها من وجوب احترام

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1956/12/29، دعوى رقم 867، لسنة 11 ق، مجموعة السنتين 12 و 13، ص 36.

² - حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1957/1/17، الدعوى رقم 197 لسنة 11 ق، مجموعة السنتين 12 و 13، ص 43.

التزاماتها العقدية، وفي المقابل يتمتع المتعاقد معها بحقوق عديدة، ويلتزم بتنفيذ التزاماته، ويترتب على التقصير بهذه الالتزامات مسؤوليته العقدية ويتعرض للسلطة الجزائية للإدارة.

لذا ندرس في هذا الفرع تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للإدارة (أولاً)، ثم تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة (ثانياً).

أولاً: تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للإدارة.

1- تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ.

أ- التزام الإدارة بتنفيذ العقد وفق مقتضيات حسن النية وكذا احترامها لشروط العقد الصريحة والضمنية.

يعتبر العقد الإداري كغيره من عقود القانون الخاص، وأن ينفذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية¹. أي أن تحترم المصلحة المتعاقدة جميع التزاماتها الناشئة عن العقد، وتنفيذها بطريقة سليمة.

وهذا ما وضحته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها: " أن من المبادئ المسلمة أن العقود الإدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية"².

وبناء على ما تقدم، يعد قيام الإدارة برفض استلام بضائع موردة بها بعض الشوائب التي لا تؤثر في صلاحيتها للاستعمال مخالفاً لالتزامها بتنفيذ عقدها مع ما يوجبه حسن النية ، وعلى سبيل المثال قيام الإدارة بإتقال كاهل المتعاقد معها بدلاً من أن تعاونه على التنفيذ. ويشير الأستاذ (De

¹ تنص المادة 148 من القانون المدني المصري على أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية."

² حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 20 أبريل 1958م ، الطعن رقم 152، السنة الثانية ، ص 516 وجاء فيها: "إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون ، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ، فإذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التركيب ، وإن الشوائب اللاحقة بما لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال ، فلم يكن ثمة ما يحول تطبيقاً لمبدأ تنفيذ العقود بحسن النية دون قبول هذه الكميات الموردة " أشار إليه د إبراهيم محمد علي ، المرجع السابق، ص153.

(Laubadère) في هذا الخصوص إلى تطبيقات من أحكام مجلس الدولة الفرنسي¹. إذ يلتمس القاضي في جانب منها العذر لجهة الإدارة بأنها بذلت أقصى جهدها في سبيل أداء التزاماتها التعاقدية وأن الظروف القاهرة هي التي قد حالت بينها وبين هذا التنفيذ، وفي أحكام أخرى يعتمد القاضي في تقدير مسلك الإدارة على الظروف التي تواجه العقد عند تنفيذه، ومبعث هذا السلوك لسوء النية المعتاد من جانبها². واستناداً على ذلك نجد أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا رأت أن هذا مما يقتضيه الصالح العام و ليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه ذلك³، ولا يوقف التزام الإدارة عند حد احترام شروط العقد، ومراعاة حسن النية في تنفيذه، بل تلتزم أيضاً بتنفيذ موضوع العقد كله من دون أن يمس ذلك حقها في أن تزيد فيه إعمالاً لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها وفق الأوضاع المقررة في القانون⁴.

ونخلص من ذلك أن فكرة حسن النية من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة القضاء، ويتأثر بشأنها القاضي بالظروف والملابسات التي تصادف العقد في أثناء تنفيذه، وكما يقدر القاضي مدى حرص جهة الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، وفي أحكام أخرى قد يتشدد القاضي في تقدير مسلك الإدارة على ضوء الظروف التي تواجه العقد عند تنفيذه، وينبعث هذا المسلك من سوء نية من جانبها⁵.

أما فيما يتعلق بحسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية بالجزائر، فقد أقر المشرع الجزائري أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر تنفيذ العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفق القانون والعرف والعدالة بحسب

¹ C.E.14 Avril 1947, Bard Sery, p.159.

- مشار إليه لدى: د. طارق سلطان، المرجع السابق، 426.

² De L aubadère, traité des contrats administratifs, t 2 éd, 1983, p 187.

³ - د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص 382.

⁴ - د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 293.

⁵ - د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 154.

طبيعة الالتزام...¹ ، وهذا المبدأ هو من المبادئ العامة في القانون كما أسلفنا، وهو يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.

ب- التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ المنصوص عليها ومواعيدها في العقد

القاعدة في العقود الإدارية أن المدد المقررة يلتزم بها عادة المتعاقدون مع الإدارة، على أساس أن ذلك يدخل ضمن التزامات المتعاقد مع الإدارة.

ولكن قد ينص في العقد الإداري صراحة على التزامات معينة يجب على الإدارة الوفاء بها في مواعيد محددة، عندئذ يتعين على الإدارة احترام المدد المحددة للتنفيذ.

وفي هذه الحالة يقرر مجلس الدولة الفرنسي أن ثمة مدداً معقولة لتنفيذ العقد يتعين على الإدارة احترامها، ومن ثم لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها في إطالة مدد التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول من دون أن تعرض نفسها للمسئولية، ويحدد مجلس الدولة الفرنسي "المدة المعقولة" للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاول²، والتزام الإدارة باحترام المدد المقررة في العقد لا يقتصر على المدة الإجمالية لتنفيذ العقد، بل يسري على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد، وعلى سبيل المثال واجب الإدارة في احترام المدد المقررة لبدء التنفيذ، بوصفها موعداً لتسليم الموقع ملتزم الأشغال العامة، والمدد المحددة لتسديد الثمن بالنسبة لما ينفذ من الأعمال أو ما يورد من بضائع³.

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن حكمها الذي جاء فيه "إذا كان إخلاء الموقع واتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأرض التي ستنشأ فيها المباني الجديدة إنما هي أمور تقع على عاتق الإدارة وهي ملزمة باستكمالها قبل إصدار أمر للمتعاقد بالبدء في العمل طالما أنه لا

¹ - المادة 107 من القانون المدني الجزائري، أمر رقم 58/ 75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

² - C.E.7 Fièvre, 1951, Ville de Paris, Rec , p 76.

³ - د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق، ص 570.

يستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد إلا بعد أن يتم الإخلاء ونزع الملكية ومنع التعرض، وبذلك تكون جهة الإدارة قد أخطأت بأن تأخرت في تسليم المتعاقد معها موقع العملية"¹.

ويسير قضاء مجلس الدولة المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي نفسه في حالة عدم اشتغال العقد على شرط يحدد مدة للتنفيذ تلتزم بها الإدارة، وجعل المعيار عندئذ " المدة المعقولة" وقد ورد في أحد الأحكام: "يجب أن ينفذ العقد خلال المدة المحددة بالعقد، فإذا كان العقد لم ينص على مدة معينة تقوم المصلحة في أثناءها تسليم الرسالة، واختيارها و الانتهاء إلى قرار في شأنها تقوم بإبلاغ المتعاقد معها، إلا أن المفروض أن تقوم المصلحة بكل ذلك في مدة معقولة، وهي تختلف باختلاف الصنف وما يتطلبه نقله، وفحصه، واختياره من وقت. فإذا كانت المدة التي استغرقتها المصلحة في تسليم الرسائل وفحصها تفوق المدة المعقولة فإنه لا يعتد في هذا الصدد بأن الروتين الحكومي ونظام العمل بجهات الإدارة يستغرق وقتاً طويلاً، وذلك لأنه مهما كان الروتين الحكومي وذلك النظام في العمل، فإنه لا يجوز أن تجاوز جهة الإدارة المدة المعقولة غافلة عما قد يترتب على تأخيرها من أضرار تلحق ذوي الشأن"².

وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والتي ورد فيها: "...ومن المبادئ المسلمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل من أصول القانون يظلها جميعاً يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع حسن النية، وأن هذا الأصل وعلى ما جرى به إفتاء مجلس الدولة وقضاؤه لا مندوحة من التقييد به في شأن العقود المدنية، بل إن التقييد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة، الذي تتطبع به هذه العقود، ولا تنفك عنها ومقتضى ذلك أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين، لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك أن

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2 أبريل عام 1985 م ، القضية رقم 1503 لسنة 27 ق.

² - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 11 / 5 / 1958 ، القضية رقم 2402 لسنة 9 ق.

يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمني، وإنما يتعين أن يتم في مدد معقولة وفق المجرى العاديّ للأمور وطبيعة التعاقد ذاته، والهدف الذي يرنو إليه¹.

ج- التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد التصديق عليه من السلطة المختصة

تبرم العقود باسم الإدارة بواسطة أشخاص محددین يعينهم المشرع، والقاعدة أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم، بحيث لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم في ممارسة هذا الاختصاص، كما لا يجوز لهم تفويض غيرهم في ممارسته إلا في إطار القواعد القانونية التي يضعها المشرع².

وبالتالي إن التزامات الإدارة العقدية لا تترتب إلا ابتداء من تاريخ القرار الصادر بإبرام العقد³. أما مجرد الوعد بالتعاقد (Simple Promesses) فإنه لا يولد في مواجهة الإدارة أيّ التزام⁴.

وبناء على ما تقدم، فإن المشرع المصريّ يقرر في المادة (40) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018 أنه: "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطاءه- التأمين النهائيّ الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي 5% من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوماً، ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء- في الحالتين- بما لا يجاوز عشرة أيام، وإذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائيّ وجب رد الزيادة فوراً بغير طلب ويكون التأمين النهائيّ ضامناً لتنفيذ العقد ويجب رده فور إتمام التنفيذ بغير طلب."

ويقصد بذلك أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتنفيذ العقد كله؛ فلا يجوز لها أن تقوم بتنفيذ جزء من العقد، ورفض تنفيذ الجزء الآخر دون مبرر قانونيّ.

¹ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الرأي التشريعي بمجلس الدولة، ملف 154 315 الصادرة بجلسته 11/1/1992م .

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 432.

³ - د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - C.E., 2Fév 1940, consort Ducos, Rec., p 45.

كما لا يجوز لها أيضاً أن تتخذ إجراء يتناقض مع التزاماتها التعاقدية على سبيل المثال أن تقوم بأعمال يتضرر منها الطرف الآخر، أو تزيد في الأشياء المفروضة عليه وإلا كانت الإدارة معرضة للمسئولية⁽¹⁾، وهذا ما تسيّر عليه المادة (184) من القانون المدني المصري والتي ورد فيها ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه النص. ويجب على الإدارة احترام شروط العقد، ومن أهمها شروط عدم المنافسة في عقد الامتياز²، وكذلك حكم قضاء مجلس الدولة الفرنسي بمسئولية جهة الإدارة المتعاقدة والتي لجأت إلى نزع بعض الأراضي، مما ترتب عليه المساس بالحقوق المتعاقد عليها³.

واستناداً لما سبق نستنتج أنه ما دام أن المصلحة العامة لم تتطلب من الإدارة التجاوز عن التزاماتها التعاقدية فإن مخالفتها لتلك الالتزامات يشكل خطأ عقدياً من جانبها يستوجب مسئوليتها وإبطال أعمالها الالاقانونية⁴.

2- تطبيقات الرقابة على المسئولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ

قد يواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف تؤدي به إلى عدم قدرته على تنفيذ التزاماته، فيصبح في حاجة إلى تعويض مالي عن ما لحقه من ضرر ويعيد التوازن المالي للعقد، فقلب التوازن المالي للعقد قد يترتب عليه التعديلات، وهذه الأخيرة قد تكون مرتبطة بإرادة الأطراف، وقد تكون خارجة عن إرادتهما.

أ- التعويض عن التعديلات التعاقدية بإرادة الأطراف

قد تكون هذه التعديلات من جهة الإدارة، وقد تكون من جانب المتعاقد.

¹ - د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص 107.

² - حكم محكمة القضاء الإداري في 11/3/1956م، مجموعة أحكام السنة 10، ص 239.

³ - C.E. 14 Mars 1941, "Roda" Rec., p 195.

⁴ - نقلاً عن: د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 433.

1- التعويض عن التعديلات من جانب الإدارة

- تعويض الإدارة عن التعديل وفسخ العقد الإداري

قد تطرأ على العقد الإداري تعديلات من جهة الإدارة- المصلحة المتعاقدة- بإرادتها المنفردة أو فسخ العقد باعتبارها تتمتع بامتيازات تفوق تلك التي يتمتع بها المتعاقد معها ، وهذا مظهر من مظاهر سلطتها العامة، والهدف من ذلك تحقيق المصلحة كما ذكرنا سابقا، وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بخصوص التعديل بالقول: "... لما كان التعديل أمرا تملكه الإدارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل..."¹، ولها أيضا الحق في فسخ العقد الإداري وإنهاء الرابطة التعاقدية دائما لذات الغرض وهو دوام سير المرفق العام وانتظامه مع استحقاق المتعاقد المتضرر التعويض عما لحقه، وذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد: " لا مانع أما المتعاقد الذي أنهت الإدارة عقده قبل الأوان لدواعي المصلحة العامة في المطالبة بالتعويض الكامل للضرر الذي أصابه"².

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: " تعاقد أحد الأفراد مع إدارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة، على توريد عدد كبير من الملاصق الزجاجية ، وتم التعاقد على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا لعينة قسم الصدر التي لم يستدل عليها، وعند توريد المباشق، رفضت الإدارة تسلم المباشق، لعدم الحاجة للمباشق الموردة بعد أن تمسكت مصلحة الأمراض الصدرية بأنها لا تصلح، وأنه ليس لها وجه الانتفاع بها"³.

¹ - د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 156.

² - C.E 24 Janv. 1975, Clerc- Renaud, rec., p 55.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1968/5/11، 897، سبق الإشارة إليه.

- التعويض عن تعديل الإدارة طبقاً لامتيازاتها غير التعاقدية (نظرية عمل الأمير)

يقصد بعمل الأمير جميع الأعمال المادية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى آثار ضارة بالمتعاقد تتجلى في زيادة أعبائه المالية اللازمة لتنفيذ التزاماته التعاقدية. ولقد كان القضاء الإداري المصري يطبق النظرية بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدول وينتج عنها إخلال التوازن المالي للعقد¹.

وعرفها الأستاذ ماجد راغب الحلو يقصد بعمل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه الجهة الإدارية المتعاقدة وينصب على العقد المبرم أو ظروف تنفيذه، ويكون من شأنه زيادة أعباء المتعاقد المالية في تنفيذ التزاماته، بأن يجعلها أكثر تكلفة أو أكثر صعوبة، ويترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ومن ثم يترتب للمتعاقد الحق في التعويض².

وكذلك عرفها الأستاذ سليمان الطماوي بأن عمل الأمير يصدر عن السلطة العامة بدون خطأ من جانبها، يترتب عليه إضرار بمركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن جميع الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد³.

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عمل الأمير بقضائها: "بأن المقصود بعبارة فعل الأمير هو إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية"، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد نكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وتتخذ شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية عامة"⁴.

¹ - د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 576.

² - د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 597.

³ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 562.

⁴ - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 983 لسنة 9 ق. أشار إليه، هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 65. وكذلك الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عرفت عمل الأمر بأنها: "إجراء خاص أو عام

كما أن غالبية أحكام القضاء الإداري المصري تستخدم مصطلح "عمل الأمير" أو "فعل الأمير" وهي بالمقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي¹. Le fait du prince بأنها تطلق على كل تصرف من السلطة العامة الإدارية ويؤدي دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها².

وعرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها "عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ من جانبها، وينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري؛ بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري"³.

وفي الجزائر عرفها الأستاذ عمار بوضياف أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تجتد أساسها القانوني في التشريع الجزائري ضمن نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10، والتي تنص على ما يلي: "تسوى التزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للتزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...".

أما المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نص على فعل الأمير في المادة 153، غير أنه يلاحظ من خلال نص المادتين سواء السابقة أو الجديدة، أن المشرع الجزائري لم يعالج نظرية فعل الأمير بصفة دقيقة بل جاء النص عاما يخلو من الدقة، بل اكتفى بالإشارة إلى الحلول الودية بين الطرفين المتعاقدين، وترك فراغا تشريعيًا حول عمل القضاء الإداري وإعادة التوازن المالي للصفقات العمومية في مجال العقود الإدارية.

يصدر من جانب جهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد قد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من بمسهم الإجراء". فتوى رقم 297 الصادرة في 1965/3/11، مجموعة مبادئ السنة 19، ص 39.

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 697.

² - د. محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، 2018-2019، ص 23. وكذلك لمياء هاشم سالم قيع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 47.

³ - د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 23.

باستقراء التعريفات السابقة نستنتج أنه على الرغم من اختلاف صياغتها الحرفية ومبانيها اللفظية، إلا أنها أجمعت على أن نظرية عمل الأمير تصدر عن سلطة عامة ودون خطأ من جانبها، والتزام هذه الأخيرة بتعويض المتعاقد معها في حالة تسبب له ضرر.

ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ما يلي:

أ- وجود عقد إداري

من البديهي في نطاق العقود الإدارية، قيام العقد الإداري بين طرفين- المتعاقد وجهة الإدارة -بوصفها سلطة عامة، كما هو متعارف عليه في الفقه والقضاء الإداريين، كشرط أساسي لتطبيق نظرية عمل الأمير، باعتبارها من النظريات التي تهدف إلى الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري¹.

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بقضائها بأن: "متى كان الأمر بين الشركة والحكومة خارجا عن نطاق الرقابة العقدية، فإن طلب التعويض من الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية (عمل الأمير) يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية أعمال الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان الضرر بسبب التشريعات الجديدة التي تربطه بالدولة علاقة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد"².

ب- وجود ضرر نتيجة فعل الإدارة

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء محدث الضرر صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة وليس من جهة أخرى خارج عن نطاق التعاقد³.

¹ - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي... المرجع السابق، ص 74.

² - حكم محكمة القضاء الإداري في 1957/3/3، مجموعة السنة الحادية عشر، ص 237.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 712. وكذلك د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة المرجع السابق، ص 178.

واستقر مجلس الدولة الفرنسي على جواز تعويض المتعاقد مع الإدارة على أساس نظرية عمل الأمير نتيجة الأعمال الصادرة من جهة الإدارة المتعاقدة وحدها وفق حكمها الصادر في 4 مارس 1949 في قضية "Ville de Roulon"¹

وكذلك اتجه مجلس الدولة المصري إلى اشتراط صدور الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة ذاتها لتطبيق نظرية عمل الأمير، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه: "... يشترط لتعويض المدعين إعمالاً لنظرية عمل الأمير أن يترتب الضرر الذي يكون قد أصابها، إن كان ثمة ضرر قد لحقتها نتيجة تنفيذ عقد التوريد محل هذه المنازعة على إجراء تكون جهة الإدارة المتعاقدة قد اتخذته من جانبها سواء كان ذلك في نطاق العقد، وعلى سبيل استعمالها لحقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق العام وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد، إلا أن ذلك لا ينطبق على حالة المدعين، إذ أن رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن المواد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة المتعاقدة ومن ثم لا تطبق نظرية عمل الأمير المذكورة على المنازعة المعروضة، وبذلك لا يحق للمدعين المطالبة بتعويضهما عن هذا الارتفاع على أساس تلك النظرية"².

ج- عمل الإدارة المسبب للضرر غير مخطئ

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير ألا ينطوي الإجراء الإداري الذي أحدث ضرراً للمتعاقد مع الإدارة على خطأ ينسب للإدارة المتعاقدة³، إذ إن مسؤولية الإدارة في مجال نظرية عمل الأمير

¹ - C.E.4/3/1949, Ville DE Roulon, Rec., p 197.

² - حكم محكمة القضاء الإداري في 1969/5/5، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة من أول أكتوبر 1966 حتى آخر سبتمبر 1969، ص 477. كما أيدت محكمة الإدارية العليا ذات الاتجاه في أحد أحكامها الصادر بتاريخ 1968/5/11 على أن: "... تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية عمل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذ ما توافرت شروطها". كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى انه يتعين تطبيق نظرية عمل الأمير ان يكون الفعل الذي أدى على زيادة أعباء المتعاقد أو التزاماتها صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا صدر هذا الفعل عن جهة أخرى غير تلك التي أبرمت العقد الإداري، فإن ذلك يؤدي إلى تخلف أحد شروط تطبيق نظرية عمل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها". فتوى رقم 754 في 1981/7/13، جلسة 1981/7/11 ملف رقم 46/1/78.

³ - C. GUETTIER, op cit, p 560.

هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ¹.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقضائها بأن: "من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار، فمسئوليتها بلا خطأ"².

د- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن جهة الإدارية غير المتوقعة، لكن إذا توقع المتعاقد مع الإدارة صدور هذا الإجراء الضار من جانب الإدارة، أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقع صدوره من جانبها فلا يجوز له المطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية عمل الأمير لتخلف شرط تطبيقها، على اعتبار توقع المتعاقد وقوعها أثناء إبرام التعاقد³.

وشرط عدم توقع يعتمد أيضاً للعمل في جميع النظريات الباقية التي تم الاستناد إليها لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وهي نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة وهذا ما نتطرق له بالدراسة لاحقاً⁴.

وقد سار مجلس الدولة الفرنسي وقضاء مجلس الدولة المصري على نفس الاتجاه، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه: "إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد الإداري بسبب تعديل طريقة التنفيذ، إنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة.... ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع جهة الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو

¹ - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 84.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 65 لسنة 12 ق.، جلسة 1956/5/20.

³ - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي...، المرجع السابق، ص 80.

⁴ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 714.

مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية عمل الأمير...¹. و يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة تعويضا كاملا يغطي جميع الأضرار اللاحقة بالمتعاقد، وتشمل الأضرار الخسائر اللاحقة بالمتعاقد والربح الفائت².

2- التعويض عن التعديلات من جانب المتعاقد

أثناء تنفيذ العقد الإداري يجد المتعاقد نفسه أمام بعض الأعمال الضرورية التي يجب عليه القيام بها وتكون لازمة لأداء العمل الأصلي محل التعاقد والتي تعود بالنفع على جهة الإدارة المتعاقدة معه، فالقاضي الإداري له السلطة التقديرية في تمييز بين الأعمال الضرورية والأعمال الغير مطلوبة.

وعلى هذا الأساس قضى مجلس الدولة الفرنسي "بإلزام الإدارة بدفع المقابل هذه الأعمال على أساس السعر المتفق عليه في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية بسبب أهميتها فقضى بإلغاء حكم بناند، والذي حكمت فيه برفض الشركة مانحة قيمة الأعمال الإضافية التي نفذتها على أساس أن هذه الأعمال قد نفذت من دون أمر صادر من صاحب العمل، إذ تبين للمجلس أنه حتى ولو لم يكن هناك أمر صادر من صاحب العمل بأداء هذه الأعمال، إلا أنها ضرورية لتنفيذ الأعمال الأصلية المنصوص عليها في العقد تطبيقا للقواعد العامة، وانتهى المجلس إلى أنه بصرف النظر عن قلب موازين العقد، فإن المحكمة الإدارية، قد ارتكبت خطأ برفضها دفع قيمة الأعمال المذكورة

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1957/6/30، القضية رقم 983 لسنة 7 ق. السنة 11، ص 624. وكذلك أشارت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1964/1/11، المجموعة س 13، ص 874 وقد جاء كما يلي: " إن صدور القانون رقم 204 لسنة 1960 خلال فترة الامتداد هذه لا يترتب عليه أن تتحمل الهيئة، دون الشركة، بقيمة الزيادة في رسم الإحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون دون الحاجة إلى الخوض في نظرية عمل الأمير هذه النظرية إما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد، ولكن من الثابت أن المتعاقدين قد توقعوا عند إبرام = العقد، زيادة في الرسوم الجمركية وأجور النقل أو نقصها ووضعها لها نصا البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة...". مشار إليه لدى: د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 715.

² - د. سامال اسكندر محمد، المرجع السابق، ص 181.

للشركة، وقضى المجلس بحق الشركة في مقابل الأعمال الإضافية، والتي تعد ضرورية لتنفيذ العقد الأصلي¹.

كما ذهب مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 2005/07/12 بالقول: " هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب " أسياحم " بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز، حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها، حتى وإن لم يتلق أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى، وأنه في قضية الحال، اعترف صاحب المشروع بالأشغال الإضافية إنما لم يتفق مع المستأنف حول قيمة الأسعار الموحدة ، وأنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد القول بأن للمستأنف الحق في مقابل الأشغال الإضافية المنجزة وتعيين خبير بمهمة الانتقال إلى الأمكنة، ودراسة الوثائق التي بحوزة الأطراف، وتحديد مقابل الأشغال الإضافية المنجزة من طرف المستأنف"².

ب- التعويض عن التعديلات الخارجة عن إرادة أطراف التعاقد

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري تغيرات خارجة عن إرادة المتعاقد، قد تزيد من الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتقه مما يجعله مرهقا في تنفيذ التزاماته، وبناء على هذا أقر القضاء الإداري للمتعاقد تعويضا كضمانة له لحمايته من المخاطر والظروف التي قد تطرأ على هذا العقد من خلال نظريتين: نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية.

¹ -C.E 14 NOV 1967, Société Nicou, R.D.P, 1968, p 401.

- مشار إليه لدى: د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 160.

² - مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 22350، المؤرخ في 2005/7/12، قضية (ق.ع.ب) ، ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، رشيد خلوفي، الاجتهاد القضائي الجزائري في القضاء الإداري، ج الثالث، المرجع السابق، ص 1400.، مشار إليه لدى: د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 160.

- الظروف الطارئة

فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا نظرية الظروف الطارئة بأنها: "... تقوم على فكرة العدالة المجردة، التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية، كفاءة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها..."¹.

وذهبت محكمة القضاء الإداري المصري إلى تحديد ماهية نظرية الظروف الطارئة كما يلي: "... ومفاد نظرية الظروف الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند الإبرام فقلبت اقتصاديا العقد، وإذا كان من شأن هذه الظروف الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبأ وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما... ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة، بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه، أما في نظرية الظروف الطارئة بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع بسبب غريب عن جهة الإدارة وغالبا ما يكون ظرفا أو حادثا اقتصاديا فإن العقد يظل قائما وموجودا هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي يكون

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي 549/801، جلسة 1993/4/4. سبق الإشارة إليه.

= وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن: "قوام نظرية الظروف الطارئة في معنى المادة 147 من القانون المدني، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد، دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه".

تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد مع الإدارة، أما في حالة الظروف الطارئة، فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في تحمل قدر من الضرر¹.

أما في الجزائر

لقد عرف المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري والتي جاءت كما يلي: "غير أنه طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده خسارة فادحة، جاز للقاضي بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف نظرية الظروف الطارئة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ساري المفعول من خلال المواد 135 و138 بل اكتف بإشارة إلى كيفية إبرام الملحق وتجاوز الأجل المتفق عليه للتنفيذ في العقد الإداري _ الصنفقة العمومية-، وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية ولو خارج حدود آجال التنفيذ التعاقدية².

من المسلم به في الفقه والقضاء الإداريين³، أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب مجموعة من الشروط، يمكن إجمالها فيما يلي:

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري جلسة 1956/6/30، طعن رقم 982 لسنة 11 ق. المجموعة، ص 614.

² - أنظر المواد 135 و138 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق، ص - ص 69 و70.

³ - قضت المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومن ذلك قضائها: "يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية أو اقتصادية أو عمل من جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك دفعا ومن شأنها أن تتول به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، متى توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة معها تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطرد، ويكون من حق الطرف المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في الخسارة التي يتحملها فعوضه عنها تعويضاً جزئياً، هذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا = جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميز نتيجة ذلك، يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعة لا ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها أساس ذلك: قد يكون بعض هذه العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة، لا تنطبق هذه النظرية إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقاً للسير الطبيعي

أ- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة وقت إبرام العقد الإداري وأثناء تنفيذه، حيث لا يمكن دفعها أو تداركها ومثال ذلك كالإعلان عن الحرب أو الزلازل، وبذلك بيّنت محكمة القضاء الإداري هذا الشرط أنه ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو على الرغم من تنبيهه أو ما اتخذته من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على الإسهام في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه¹.

هذا ويعد هذا الظرف الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار ولكنه لم يكن يتوقع ارتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه فإن الشرط يعد متوفرا وتطبق هذا النظرية في هذه الحالة².

أما إذا كان الظرف الطارئ ممكن توقعه، كأن تكون الحرب ممكنة الوقوع نتيجة استيلاء العلاقات بين دولتين لدرجة كبيرة جدا، فإن المتعاقد لا يمكنه الاستفادة من أحكام نظرية الظروف الطارئة لأنه في وسع المتعاقد توقع حدوث الحرب في هذه الحالة.

بالإضافة إلى أنه لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا كان بإمكان المتعاقد تفادي حدوثه ووقوعه، لأن المتعاقد مع جهة الإدارة ملزم بتحاشي مثل هذه الظروف التي ترهقه ما دام في استطاعته القيام بذلك، وعلى سبيل المثال عدم قيام المقاول بوضع سدة ترابية بسيطة لمنع وصول

للأمر للنظام المعتاد للعمل في الإدارة العاملة". حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 549 لسنة 35 ق.، جلسة 1992/4/4، مجموعة المبادئ السنة 38، ص 888، سبق الإشارة إليه.

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة 1975/1/50 ق. 7892، 8 ق.

² - د. صبيح بسير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، 1978، د.د.ن، 232.

المياه إلى موقع العمل في موسم ارتفاع المياه، أو كان سبب التأخير شحنه التوريد في إحدى الموانئ يعود لتأخير التعاقد في تجهيزها¹.

ب- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن نطاق إرادة التعاقد

يشترط لقيام نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث خارج نطاق إرادة التعاقد، ومستقلا عن إرادتهما فلا يستطيع التعاقد أن يستفيد من هذه النظرية، إذا كان متسببا بإحداث الظرف الذي يجعل تنفيذ التزامه مرهقا². وهذا ما أيده العميد جيز بقوله: "إن الظروف الطارئة هي تلك التي تكون مستقلة عن إرادة المتعاقدين"³.

أما إذا وقع الظرف الطارئ بإرادة الإدارة فتتحى نظرية الظروف الطارئة جانبا، حيث تطبق نظرية فعل الأمير⁴.

وعلى الرغم من ذلك يرى بعض الفقه جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا نجم الظرف الطارئ عن إجراء صدر من الجهة الإدارية المتعاقدة، تأسيسا على الحكمة من إنشاء النظرية هي تمكين المتعاقد من السير في استغلال المرفق العام وتحقيق العدالة في تنفيذ العقد، ولا يعقل أن يكفل للمتعاقد مع الإدارة حقه في اقتضاء تعويض طبقا لنظرية الظروف الطارئة في حالة حدوث الظرف لا دخل للإدارة المتعاقدة فيه، في حين يجرم هذا الحق إذا ما وقع بإرادتها⁵.

لكن ليس من مصلحة التعاقد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، على اعتبار أنه بإمكانه المطالبة بنظرية عمل الأمير، ومما لاشك فيه أنها الأفضل بالنسبة له، لأنه يكفي توافر اختلال التوازن المالي دون استلزام وقوع الخسارة، بالإضافة أن التعويض في نظرية عمل الأمير يشمل ما أصابه من ضرر وما فاته من كسب، وذا بخلاف التعويض في نظرية الظروف الطارئة فهو جزئي ومؤقت⁶.

¹ - د. إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، 216.

² - د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 234.

³ - د. محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - د. إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 217.

⁵ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 224.

⁶ - د. ماجد راغب الحلوي، المرجع السابق، ص 226.

ونحن نرى من جانبنا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بهذا الشرط، لا يمكن حدوثه، حيث أن مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية وبالخصوص مسألة تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه في أغلب الأحيان ما تكون ضمن حيز الخطأ أو نظرية عمل الأمير، وهما كفيلتان بضمان حقوق المتعاقدين مع جهة الإدارة.

ج- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى اختلال التوازن المالي للعقد

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالإضافة إلى الشروط السابقة، أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إلحاق خسائر غير مألوفة بالمتعاقد مع جهة الإدارة، ومن شأن هذه الخسائر أن تؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد وإرهاقه¹، وعلى ذلك أن حدوث خسائر بسيطة للمتعاقد لا تسمح بالاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ تجاوز الخسارة العادية والمألوفة.

وقد أفصحت المحكمة الإدارية العليا على هذا الشرط في أحكام عديدة لها مثال حكمها الصادر في 1985/11/30 الذي جاء فيه ما يلي: "..... يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عدة شروط..... وأن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً"².

¹ - En premier lieu, l'événement doit avoir provoqué un déficit d'exploitation, tout indemnisation d'un manque à gagner, d'une diminution ou d'une disparition totale du bénéfice est donc exclue sur le terrain de la théorie de imprévision concrètement, la jurisprudence exige un surcote d'une certaine importance, dont le minimum parait de situer approximativement entre 5 et 10% , CE 10nov. 1990, soc Coignet entreprise, le b, p, table p 875: absence de bouleversement lorsque les charges supplémentaires n'excèdent pas 3% du montant définitif du marché, par ailleurs à la suite de la hausse importante du prix de Lancien en 2003- 2004, le ministère de l'équipement a préconisé l'application de la théorie de l'imprévision au cas par cas à partir d'un serait de 10% M?T.P.B, 11 juin 2004, p 476.

- Il faut, en second lieu , que l'événement ait engendré un dépassement du prix ou de la de la limite que les parties pouvaient envisage, ce rejoint ici en fait l'exigence d'imprévisibilité que nous avons évoquée tout a heure, CE 3 janv.- 1936, commune de Tursac, le b, p 6 .

- En troisième lieu, il faut que l'événement ait impliqué "une perturbation profonde, in normal, An de laubadère, F?Moderne et Patrick, traité des contrats administratifs, , t 2, L.G.D.J, 2, 184, p 597.

- مشار إليه لدى: د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 761.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1972/6/17 مجموعة أحكام السنة 17، ص 576.

ونحن نرى من جانبنا ضرورة تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى واجه المتعاقد مع جهة الإدارة ظرفا طارئا لا دخل له فيه وخارج عن إرادته وكان سببا في قلب اقتصاديات العقد مما كان سببا في إرهاقه وإحاقه خسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية، دون انتظار تنفيذ الجزء الباقي من الالتزام، ونعتقد هذا يتفق مع الهدف من تقرير هذه النظرية، المتمثل في تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، بما يضمن حسن سير المرفق العام، وهو الهدف الأساسي للإدارة من التعاقد لتحقيق المصلحة العامة.

د- وقوع الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ العقد

من البديهي في مجال العقود الإدارية بأن يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يقع الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد، وليس قبل إبرامه، أو بعد انقضاءه، فالميزة الأساسية التي تتصف بها نظرية الظروف الطارئة، هو أن يكون الظرف طارئا، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل إتمامه.

وفي حالة وقع الظرف الطارئ قبل إبرام العقد فإنه يكون تحت أنظار المتقدم على التعاقد ليضعه في حساباته عند تقديره للأسعار، حيث بمقدور مقدم العطاء سحب عطائه، إن لم تكن الإدارة قد بثت في العطاء، فإن لم يفعل ذلك فإنه عالم بالظرف الطارئ ولا يستحق التعويض، أما إذا وقع هذا الظرف بعد انقضاء العقد، فإنه لا يلحق بالمتعاقد ضرر يتيح له الحق في المطالبة بالتعويض.

غير أنه في حالة امتداد أو تنفيذ العقد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، تأخذ تلك المدة حكم مدة العقد الأصلية، وبالتالي فعن الظرف الطارئ الذي يقع في تلك المدة المضافة يعوز عليه المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة¹.

¹ - د. إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 222.

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه: "..... إذا كانت الوزارة قد وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ، ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق وأن وافقت عليه الوزارة فحكمه حكم المدة المحددة في العقد"¹.
ومن ثم يترتب على توافر شروط تطبيق النظرية في الحصول على التعويض من جهة الإدارة.

– نظرية الصعوبات المادية

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غي المتوقعة من النظريات المهمة في مجال العقود الإدارية شأنها شأن نظرية عمل الأمير تعد من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي والتي تعود جذورها لسنة 1864 في قضية دوتشي² Duche.

وتم التأكيد عليها أيضا في سنة 1969 في حكم مجلس الدولة في قضية veghet³ والذي أوضح المجلس فيه حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة بشرط ألا يوجد خطأ من جانب الطرفي.

وأخذ مجلس الدولة المصري بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عام 1953/5/5⁴

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2150 لسنة 6 ق، جلسة 1962/6/9، الموسوعة الإدارية، ص 899.

² - حيث حكم مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير المتوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ، وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم لمنح التعويض للمتعاقد مع الإدارة في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة على أساس المادة 28 من كراسة الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والكباري في فرنسا، والتي كانت تقرر التعويض عن الهلاك والتلف أو الخسارة والأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، مشار إليه لدى: د. محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص 154.

³ - وأقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الحكم للمتعاقد حقه في الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة شرط أن لا يوجد خطأ من جانب أحد طرفي التعاقد. د. لمياء هاشم قبيع، المرجع السابق، ص 193.

⁴ - وقد جاء في هذا الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصري بأنه: "بالنسبة للصعوبة التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأثرية المتكثلة، فإن الثابت من الاطلاع على الملف الإداري للمقاول أن المدعي قد شكك من هذا الأمر مرارا، وقد عني وكيل الوزارة بشكواه ففحصها، وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين وحصر فرق التكاليف ورفع تقريرا للوزارة أوضح فيه الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفرة للأجزاء المتكثلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها.... ومن ثم لا يجوز تحميل المدعي جميع النفقات التي تكبدتها بسبب ذلك... بل إن العدالة تقضي بمشاطرة الحكومة المدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكثف الأثرية". مشار إليه. د. محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص 155.

والجدير بالملاحظة أن مجلس الدولة المصري قد أخلط بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لجهة التعويض، فالحسارة اللاحقة بالمتعاقد في الظرف الطارئ توزع بين المتعاقد والإدارة، أما الأعباء الإضافية الناتجة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يتم التعويض عنها بشكل كامل من قبل الإدارة، لكن انتقد الفقه هذا الحكم، لأنه كان من المفترض على المحكمة الحكم بالتعويض عن كامل التكاليف الزائدة والناشئة عن تكتل الأثرية¹.

ولكن محكمة القضاء الإداري المصري وفي حكم لاحق لها²، أوضحت معالم النظرية بجلاء حيث عرفت وأوضحت أسسها ومعالم تطبيقها.

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العديد من أحكامها الحديثة على نفس الأسس والشروط التي أوردتها محكمة القضاء الإداري³.

وإلى جانب محكمة القضاء الإداري المصرية نجد أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد عرفت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك من خلال فتاها التي أصدرته في عام 1964 والتي نصت فيه على ما يلي: "إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 611.

² - حيث أقرت محكمة القضاء الإداري في حكم لها: "ومن حيث إن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذا الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي التعاقد وتقديرهما له، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له عن الأسعار المتفق عليها، وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قبل اقتصادات العقد أو اختلال توازنه المالي، ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة، كما تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسراً وأكثر كلفة في حين أنه في حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلًا، كما أنه يترتب على القوة القاهرة إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد، أما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ...". حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 20 يناير 1957، القضية رقم 7892 لسنة 8. ق، مجموعة أحكام المحكمة، السنة 11، ص 152.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر قرار رقم 567 بتاريخ 1997/12/30 لسنة 38. ق، منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء 49، قاعدة رقم 41، ص 170. مشار إليه لدى: د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، 612.

تنفيذ العقد مرهقا فإن من حقه أن يطالب بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"¹.

وقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مثل نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة من أجل تطبيقها على جميع العقود الإدارية، وذلك باعتبارها نظرية عامة ويؤيد ذلك جمهور الفقهاء في فرنسا ومصر حيث يرون أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية عامة تطبق على كافة العقود الإدارية بصفة عامة، وعقود الأشغال العامة بصفة خاصة².

ويعرف الفقه نظرية الصعوبات المادية ومن بين الفقهاء Flamme بقوله "..... هي النظرية التي تستهدف خاصة في مادة الأشغال العامة، السماح للمتعاقد مع الإدارة الذي يصطدم وهو بصدد تنفيذ العقد بصعوبات مادية وعلى الأخص فنية أو جيولوجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد على الرغم من وجودها، وتؤدي إلى جعل التنفيذ أكثر سوءا وأكثر ضررا، فلا بد من

¹ - أشار إليه: د. محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص 156.

² - ويستندون في ذلك إلى حجج عديدة منها:

- حاجة عقود الأشغال العامة لتعاون واضح وكامل بين المتعاقد والإدارة طيلة مدة تنفيذ العقد.

- سماح طبيعة، عقود الأشغال العامة بتوافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

- عدم وجود مانع من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الأخرى، متى توافرت فيها شروطها، مثال ذلك تطبيق مجلس الدولة الفرنسي للنظرية في حكمه الصادر في أو أغسطس عام 1928 في قضية GRENE على عقد من عقود التوريد والذي جاء فيه: "لا يعد فرز الأخشاب من الأعمال التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة، بل من الصعوبات المادية التي تواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد، ومن ثم فإنه يجوز تعويض المتعاقد عنها وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة".

- رجوع الصعوبات المادية في أغلب حالات تطبيقها إلى ظواهر طبيعية ترجع إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها عقود الأشغال العامة، مثل ظهور قطع صخرية في باطن التربة المراد تطهيرها والتي هي محل عقد الأشغال العامة، فبدلا من أن يظهر المتعاقد طميا من باطن التربة فإنه يجد صخورا تحتاج إلى آلات مختصة في قطع الصخور مما يكلفه نفقات كبيرة. وعلى خلاف ذلك يرى بعض الفقهاء مثل "VEDEL أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية خاصة بعقود الأشغال العامة على الأقل من الناحية العملية، حيث لم يطبقها مجلس الدولة إلا على عقود الأشغال العامة، ويؤكد هذا القول الفقه "دي لوبادير" أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة، ولكنه سلم في ذات الوقت، بأنه لا توجد أسباب قاطعة، تحول دون تطبيق النظرية متى توافرت شروطها في مجال العقود الإدارية الأخرى، وما يؤكد ما قاله VEDEL رفض مجلس الدولة =الفرنسي تطبيقها في قضية الشركة الفرنسية للكابلات التلغرافية في حكمه الصادر في 1944/4/21 والذي تلتخص وقائعه" في وقوع زلزال شديد ترتب عليه تحطم الأسلاك التلغرافية الممتدة تحت الماء والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام الذي يديره، وعندما طلب الملتزم من مجلس الدولة الحكم له بنفقات إصلاح هذه الأسلاك من الإدارة، استنادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، واعتبار الزلزال صعوبة مادية طبيعية استثنائية كان =يصعب توقعها أثناء التعاقد، وإن كان قد سمح له بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة". حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1944/4/21 في قضية Cie française des câbles télégraphiques، المجموعة، ص 119. مشار إليه لدى: د. إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 142.

التعويض الكامل عن هذه الصعوبات، حيث إنه ليس من العدالة أن يترك أعباء هذه الصعوبات على عاتق المتعاقد وحده¹.

وقد عرفها الأستاذ سليمان الطماوي بقوله أنه: "إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات الطبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"².

وخلاصة القول وباستقراء التعريفات السابقة يمكن تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنها تلك الصعوبات الاستثنائية التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزامه، بحيث لا يمكن توقعها من طرفه والتي تكون عادة في عقود الأشغال العامة.

و لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لابد من توافر مجموعة من الشروط حتى يتمكن المتعاقد مع جهة الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته وهي:

أ- يجب أن تكون الصعوبات المادية ذات طبيعة مادية استثنائية

يتعين لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذه للعقد صعوبات ذات طابع مادي غير عادي، والوضع الغالب أن يكون مصدر هذه الصعوبات المادية الظواهر الطبيعية على سبيل المثال أن تكون طبقات الأرض التي يتم عليها المشروع محل التعاقد ذات طبيعة صخرية مما يستلزم تفتيتها، أو هشة غير متماسكة مما يتطلب تدعيمها، أو ارتفاع غير عادي في منسوب المياه الجوفية، مما يستلزم سحبها ومعالجة التربة، حتى يمكن تنفيذ المشروع، وهو ما يكلف نفقات باهظة تجعل العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد، ويشترط في كافة الأحوال أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة استثنائية وغير عادية تجاوز الحدود والمدى المتوقع وفقا للمجرى العادي للأمر³.

¹ - د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 112.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 686.

³ - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي...، المرجع السابق، ص 164.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بقضائها بأن: "... شرط الصعوبات المادية الاستثنائية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي وهو يتولى تطهير ترعة كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون هذه الطبقة امتداد غير عادي أيضا، بأن تكون مساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية"¹.

ب- يجب أن تكون هذه الصعوبات المادية خارجة عن إرادة المتعاقدين

يجب أن ألا يكون لأحد طرفي العقد سواء الإدارة أو المتعاقد معها دخل في وجود هذه الصعوبات، أما إذا كانت هذه الصعوبات ترجع إلى تدخل الإدارة طبقت نظرية عمل الأمير كما ذكرنا سابقا.

كما يتعين أن تخرج هذه الصعوبات عن إرادة المتعاقد فيجب أن تكون ليس له يد في إحداثها، وأن يثبت له لم يكن في وسعه توقي آثارها الخطرة، بالإضافة كذلك أن يثبت المتعاقد مع جهة الإدارة أنه لم يخرج عن شروط العقد وقت قيامه بتنفيذ التزاماته.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تنتج عن عمل من جانب أي طرف من الأطراف المتعاقدة².

وعلى هذا الأساس فإن التعويض في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة ناشئة عن ظروف خارجة عن إرادة الطرفين التعاقد ولا يد لهم فيها وتعرقل عملية التنفيذ من حق المتعاقد المطالبة به³.

كما أن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت الصعوبات التي واجهت تنفيذ العقد متوقعة أو كان بالإمكان توقعها ليطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من عدمه، وذلك وفقا لمعيار موضوعي ينظر فيه إلى حال الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف التي رافقت إبرام العقد، ويتطلب القضاء في هذا الشأن أن يبذل الراغب في التعاقد جهدا معقولا للإلمام

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم، 7892 لسنة 8 ق.، جلسة 1957/1/20، مجموعة المبادئ السنة 11، ص 152.

² - C.E30 juillet 2003, commune le Lens, B.J.D.CP, 2003, no 31, p 462 concl Piverteau, A.J.D.A, 2003, 1727., Dreyfus.

- L. RICHER, droit des contrats administratifs, 2006, op. cit , p 327.

³ - C. GUETTIER, droit des contrats administratifs, 2008, op. cit, p 420 et 421.

بالصعوبات التي قد تواجهه أثناء تنفيذ العقد، وأن يتخذ كل ما من شأنه إحاطته بالظروف التي قد تستجد لدى تنفيذ العقد¹.

وعليه، فإذا قصر المتعاقد في التزامه، رغم أنه كان بإمكانه تفادي الصعوبات المادية عند إبرام العقد، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض القضاء له بالتعويض².

وفي جميع الأحوال إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يقع عبئ الإثبات على عاتق المتعاقد من حيث إمكانية توقعها من عدمه، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي الذي يقدر مدى توفر هذا الشرط وفقاً لملايسات كل قضية على حد³.

ج- أن تكون هذه الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد

يبدو أن تسمية هذه النظرية تدل على هذا الشرط، فجوهرها هو التعويض عن الصعوبات غير المتوقعة عند إبرام العقد، ومفاد ذلك أن تكون هذه الصعوبات بمثابة مفاجأة للمتعاقدين لعدم توقعهما إياها عند إبرام العقد، ويقدر هذا الشرط بذات الأوضاع التي تقدر بها في نظرية الظروف الطارئة.

وقد حددت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري مضمون شرط عدم التوقع فقالت: "لم يخطر ببال أي من المتعاقدين أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد"⁴.

¹- Des difficultés dues à des circonstances extérieurs aux parties(un fait décontractant au de l'administration ne doit pas "être à la couse de la sujétions de son aggravation) imprévisibles au moment de la conclusion du contrat(la jurisprudence par de sujétions" n'entrant pas dans la commune intention des parties, E, 10 déc 1938, société entreprise =coopérative, française, led, p 930, à la contrario, des difficultés prévisibles ne donneront pas lieu à indemnité, Ce. 2 juillet 1982, société routier colas, leb, p 261. il semble que l'appréciation du caractère prévisible au imprévisible des difficultés rencontrées soit assez largement fonction du comportement des intéressés, ainsi le juge recherche si, largement fonction du comportement des intéressés, ainsi le juge recherche si, au moment de la conclusion du contrat, le contractant a fait l'effort nécessaire pour prévoir les difficultés possibles d'exécution, C.E, 29 mars 1985, société française de travaux public fargerolle, RDP, 1985, p 1702.

- مشار إليه لدى: د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 629.

²- المرجع نفسه.

³-د. عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 226.

⁴- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، سبق الإشارة إليه.

كما أن للقاضي السلطة التقديرية في النظر في مدى معاونة جهة الإدارة المتعاقدة في هذا الخصوص ذلك لأن موجبات مبدأ حسن النية تقتضي أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات قد تعينه على توقع الصعوبات التي قد تصادفه فإن هي قصرت في ذلك فإن القاضي يحكم بتعويض المتعاقد¹.

د- أن تجعل الصعوبات تنفيذ العقد مرهقا

من شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أن يتولد عن تلك الصعوبة ضررا مما يجعل المتعاقد مع جهة الإدارة مرهقا في تنفيذ التزامه التعاقدية، ولتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تطرأ ظروف وصعوبات أثناء تنفيذ العقد فتسبب خسائر مالية، حتى يحكم القاضي بالتعويض للمتعاقد استنادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة².

أما في الجزائر فلم يفصح القضاء الجزائري صراحة عن شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فلم نجد ما يدل على إعماله إياها صراحة، بحيث أن يلجأ لمنح المتعاقد التعويض على أساس هذه النظرية ولكن بتغييره لمصطلح "الصعوبات المادية غير المتوقعة". بمصطلح "حوادث استثنائية غير متوقعة"، ومن ذلك قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 1993/10/10، أين تقر ما يلي: " من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول.

ولما ثبت من مستندات القضية الحالية أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك

¹ - د. محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص 160.

² - C. GUETIET, droit administratif, 2008, op. cit, p 420.

يعد حدثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به، ومتى كان ذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقتة"¹.

يتضح من هذا القرار أن القضاء لم يشير صراحة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرا لخلط بين المصطلحات حيث استعمل مصطلح الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة، مما يدع الشك للباحثة ما إذا كان هذا القرار ينظم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أم نظرية الظروف الاستثنائية، فضلا عن أن القضاء لم يمنح التعويض للمتعاقد بطريقة مباشرة، وإنما بني ذلك على أسس وقواعد القانون المدني في مادته 3/107، حيث أخلط القضاء بين قواعد القانون الخاص مع قواعد القانون العام.

ويستنتج من خلال ما سبق أنه يلزم لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الدول المقارنة أن تصادف المتعاقد عند تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية غير عادية واستثنائية، لم يكن يتوقعها وقت العقد، مما تجعل التنفيذ مرهقا ولكن ليس مستحيلا.

ثانيا: تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة

1- الرقابة القضائية على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته الشخصية

تخضع العقود الإدارية لمبدأ عام هو وجوب تنفيذها من المتعاقد شخصيا ويعد ذلك من المسلمات الواجب إعمالها حتى وإن لم يُنص عليها في العقد.

ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة الاعتبار الشخصي، إذ إن لهذه الفكرة أثرها سواء أفي مجال العقود المدنية، أم العقود الإدارية؛ إذ تكون شخصية المتعاقد أوصفة جوهرية من صفاته محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر.

أما في ما يتعلق بالتنفيذ، فإن القضاء يجري على أنه من المبادئ الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأنه: "بالنظر إلى صلة العقد

¹ - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 10/10/1993، سبق الإشارة إليه.

الإداري الوثيقة بالمرفق العام، فإنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها¹.

وعليه، فإن فكرة الاعتبار الشخصي تعني أن المتعاقد مع الإدارة قد تم اختياره بسبب صفاته، أو قدراته الشخصية، ويكون ذلك عنصراً جوهرياً في التعاقد².

أما الوضع في الجزائر فقد حرص المشرع الجزائري فيما يتعلق بفكرة الاعتبار الشخصي على صياغة أحكام قانونية تتضمن تنظيم الالتزام بالتنفيذ الشخصي في مسألة العقود الإدارية، فقد نصت المادة (56) من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 في الجزائر على أن: " تستعلم المصلحة المتعاقدة في أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء، عن قدرات المتعهدين، ومواصفاتهم المرجعية حتى يكون اختيارها لهم اختياراً سديداً، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية..."³.

يتبين من نص المادة المذكورة أعلاه، أن المشرع الجزائري قد ألزم الإدارة المتعاقدة على حسن اختيار المتعاقد معها عن طريق الاستعلام على المرشحين للتعاقد مع مختلف المؤسسات الجزائرية الداخلية والخارجية منها في إطار تنظيم قانوني .

بالإضافة أوجب المشرع الجزائري كل جهة إدارية متعاقدة على ضرورة: " أن يتقدم كل متعهد بمفرده، أو تجمع لا يجوز له استظهار إلا مؤهلاته الخاصة ومراجعته المهنية"⁴.

ومن نص المادة يتضح أن المشرع ألزم المتعاقد على أن يقدم مؤهلاته الخاصة به وكفاءته، وخبرته المهنية، من أجل تنظيم الصفقة العمومية.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 ديسمبر، 1963. المجموعة س8، ص324.

² - د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص335.

³ - المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، 2015، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - المادة 40، المرجع نفسه.

نخلص إلى أن فكرة الاعتبار الشخصي تمثل عنصراً جوهرياً في نطاق العقود الإدارية؛ نظراً لصلة هذه الأخيرة بالمرافق العامة، لا سيما أن التنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعنى به التنفيذ المادي للعقد من طرف المتعاقد بقدر ما يعنى به مسؤوليته الشخصية عن التنفيذ.

2- الرقابة القضائية على التنازل عن العقد

يقصد بالتنازل عن العقد (la cession) أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله في تنفيذ جميع الالتزامات التعاقدية، أي تنفيذ العقد كلياً¹.

وهذه القاعدة مسلم بها حيث يمتنع على المتعاقد أن يحل غيره محله من دون موافقة مسبقة من جهة الإدارة؛ لأن التنازل من دون هذه الموافقة يعد إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري، فالإدارة عندما تتعاقد مع الشخص تضع في تقديرها شخصيته، ومدى قدرته المالية، وكفاءته الفنية، و من ثم لا يمكنه أن يتنازل عن العقد لشخص يفتقد ذلك، أو لشخص لا يجوز للإدارة التعاقد معه لسوء سمعته.

وتنبع تلك القاعدة من طبيعة العقد الإداري والتزام المتعاقد مع الإدارة بأن يكفل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعدم تعريض هذا السير المستمر والمنتظم للخطر².

- الأساس القانوني للتنازل عن العقد:

تستند قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة الإدارة مسبقاً، إلى النصوص التشريعية وأحكام القضاء المستقرة³.

¹ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 126.

² - jeze gaston, op.cit, p 204.

³ - د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 346.

الوضع في فرنسا:

أكد مجلس الدولة الفرنسيّ في العديد من أحكامه على قاعدة عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده لأحد الأشخاص إلا بموافقة الإدارة مقدّمًا، ومن ثمّ إذا تنازل المتعاقد دون الحصول على ترخيص سابق من الإدارة، فإنّ التنازل في هذه الحالة يعدّ باطلاً، ولا يُحتج به في مواجهة الإدارة¹.

الوضع في مصر:

تنص المادة (92) من قانون التعاقدات الحكومية السابق الذكر رقم 182 لسنة 2018م على أنه: "لا يجوز للمتعاقد التزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكفي في هذه الحالة تصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد كما لا يخلّ قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من الحقوق".

يتضح من هذا النص عدم إجازة التنازل عن العقد إلا بموافقة الإدارة، غير أن النص أجاز للمتعاقد التنازل عن المبالغ المستحقة له لأحد البنوك بشرط تصديق البنك المتنازل إليه دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد. ومن ذلك أحكام محكمة القضاء الإداري: "... العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد يجب تنفيذها شخصياً وبنفسه، فلا يجوز له أن يخلّ غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة..."².

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا إتباع ذلك المبدأ: "وحيث إنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية لا يجوز له أن يخلّ غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة... فإذا حصل التنازل يعدّ باطلاً ولا يحتج به في مواجهة

¹ - C.E,9janv1951,commune de lesparron,Rec,p3.

² - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 27/1/1957م، القضية رقم 198 لسنة 11 ق، ص 174.

الإدارة، ولا تنشأ بين المتعاقد من الباطن و الإدارة أية علاقة ، ويبقى المتعاقد الأصليّ مسؤولاً عن مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين"¹.

الوضع في الجزائر:

يترتب على الاعتبار الشخصيّ إبرام العقود الإدارية نتيجة حتمية؛ وهي أن يلتزم المتعاقد بأن ينفذ بشخصه الالتزامات الناشئة عن العقد، أو أن يقوم بذلك مندوبه الذي يوكله بعد أن توافق عليه الإدارة .

وغرض المشرع الجزائريّ من هذا هو إبعاد الوسطاء الذين لا يهمهم إلا تحقيق مصالح شخصية، لأن المتعاقد هو معاون الإدارة في المرفق العام وهو يعمل من أجل ضمان حسن سير المرفق العام، وهو الشيء الذي قد لا يحرص عليه من يحل محله في التنفيذ؛ لكون العقد الإداريّ له صلة وثيقة بالمرفق العام².

وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائريّ يعد كل مخالفة لهذا الالتزام القانونيّ من قبل المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً تترتب عليه عقوبات صارمة. ومثال ذلك ما جاء في مجال المقاولات حيث إنه: "لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء من مقاولته أو كلها لمقاولين فرعيين، أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة دون إذن صريح من الإدارة..."³.

وبناء على ما تقدم، يتبين أن قاعدة الاعتبار الشخصيّ هو عدم جواز تنازل المقاول عن عقده لفائدة مقاول آخر أو جهة أخرى، كما لا يجوز له التعاقد بشأنه من الباطن، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة المتعاقدة معه مقدماً.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في 28 / 12 / 1963م، القضية رقم 1109 لسنة 8 ق، ص324 .

² - د. ابن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائريّ، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2012م، ص242.

³ - أنظر : المادة 11 الفقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائريّ، المرجع السابق، ص 9.

3- الرقابة القضائية على التعاقد من باطن

يمكن تعريف التعاقد من الباطن (la sous traité) على أنه اتفاق المتعاقد مع الإدارة، مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد¹، والتعاقد من الباطن هو شكل من الأشكال التي يمكن من خلالها الإسهام في تنفيذ العقد الإداري، ويفترض فيه أن محل العقد الأصلي يقبل التجزئة، وهذا أمر ممكن في غالبية العقود الإدارية². وقد تعددت تعاريف الفقهاء للتعاقد من الباطن، ونذكر فيما يلي بعضاً منها:

ومنهم من عرفه بأنه: "اتفاق يحل بمقتضاه شخص معين محل أحد أطراف العقد الأصلي لتنفيذ هذا العقد الأخير و مثل ذلك، الوكالة من الباطن، الإيجار من الباطن، والمقاوله من الباطن"³.

في حين عرفه الدكتور فؤاد العطار بأنه: "الاتفاق الذي بمقتضاه يتخلى المتعاقد الأصلي، عن كل أو جزء من العقد المبرم مع الإدارة، لصالح شخص آخر، على أن يبقى مسئولاً بصفة شخصية أمام الإدارة عن تنفيذ العقد الأصلي"⁴.

وذهب بعض الفقهاء إلى تعريف التعاقد من الباطن بأنه: "التصرف الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد، أو تنفيذ جانب من التزاماته التعاقدية"⁵.

ومن خلال ما تقدم يمكننا صياغة تعريف للتعاقد من الباطن: (هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الإدارة مع شخص آخر بهدف تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية)⁶.

¹ -de laubadère Andre: traité théorique et pratique des contrats administratifs, t.1.1956, p.105.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 357. وكذلك د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الإعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003، ص 87.

³ - د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الطبعة 2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م، ص 14.

⁴ -El Attar F : le marché de travaux publics, thèse, Paris, 1953, édition le Caire, 1955, p77.

⁵ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 126، د. عزيزة شريف، دراسات في العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 135.

⁶ - سكران فوزية، المرجع السابق، ص 186.

أ- الأساس القانوني للتعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية

- موقف المشرع المصري:

لم يتعرض القانون الحالي لتنظيم التعاقدات الحكومية رقم 182 لسنة 2018م لمسألة مشروعية التعاقد من الباطن.

- موقف المشرع الفرنسي:

في عام 1976م صدر تعديل تشريعي للمادة الثانية من مدونة العقود الإدارية الصادرة سنة 1975م¹ أصبحت بمقتضاه صمت الإدارة عن الرد على التعاقد من الباطن خلال 21 يوماً قرينة على الرفض وبتاريخ 15 / 12 / 1985 صدر مرسوم أدخل جزاءات القبول الضمني (acceptation tacite) فالترام الصمت على مدى 21 يوماً يعادل القبول والإقرار²، ويلاحظ أيضاً أن العقد الناشئ بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن لا يقع باطلاً، وإنما يكون غير نافذ في مواجهة الإدارة وتقتصر آثاره على طرفي العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن³.

وقد قدم المشروع للموافقة عليه، ويتضمن ذلك القانون، إجراءات عاجلة وخاصة بالإصلاحات ذات الصلة الاقتصادية والمالية إلى الجمعية الوطنية في 18/04/2001م يستكمل من جديد القانون الصادر في عام 1975م والمتعلق بالمقاول من الباطن .

¹ - القانون الخاص للتعاقد من الباطن والصادر في 31 / 12 / 1975م ، قد أوجب في المادة الثالثة على المتعاقد الأصلي أن يقدم المتعاقد من الباطن إلى صاحب العمل، فإن لم تقبل الإدارة المتعاقد من الباطن فإن التعاقد من الباطن لا يقع باطلاً، وإنما يكون غير نافذ في مواجهتها وتقتصر آثاره الطرفين المتعاقدين . مع ملاحظة أن موافقة الإدارة ليست شرطاً لانعقاد التعاقد من الباطن؛ إذ إنه من الممكن أن تصدر تلك الموافقة إما عند إبرام اتفاق التعاقد من الباطن وإما في أثناء تنفيذ عقد الأشغال محل التعاقد من الباطن.

² -Lauren Richer: droit des contrats administratif, 5^{ème} édition, L, G, D, J, Paris, p413.

³ -Ive goudemet, traité de droit administratif, Tome1, droit administratif général, 16^{ème} édition, Delta, Parie, 2001, p679.

موقف المشرع الجزائري:

لقد أباح المشرع الجزائري مشروعية التعاقد من الباطن أو ما أطلق عليه مصطلح المناولة في نص المادة (140) من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على أنه: " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ..."¹.

وبناء على ما تقدم، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء لعقد المناولة بغرض تنفيذ جزء من الصفقة العمومية بحسب مضمون المادة 140 من المرسوم رقم 15-247، وراعى أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل بنود العقد المتفق عليها بين - الإدارة والمتعاقد المتعامل معها- على سبيل المثال لا الحصر، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني والعمل موضوع المناولة يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترخيص، ففي هذه الحالة يجب أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض استكمال تنفيذ العقد الأصلي، شريطة أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة ويظل المتعاقد الأصلي هو المسئول الأول أمام الجهة الإدارية المتعاقد معها.²

الفرع الثالث

تطبيقات رقابة دعاوى قضاء المستعجل

الأصل في مجال العقود الإدارية أن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة صنفين، الأول القرارات الإدارية تكون قبل إبرام العقد الإداري، وهي قرارا منفصلة عن العقد الإداري، ويقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القاضي الإداري، كما ذكرنا سابقا في هذا البحث ، والصنف الثاني القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري ، ويقبل الطعن فيها أمام القضاء الكامل، وتتفرع عنها الطلبات المستعجلة، ومن التطبيقات القضائية لهذه الأخيرة أمام قاضي العقد

¹ - المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 71.

² - د. عمار بوضياف، تنظيم الصفقات العمومية...، المرجع السابق، ص 60.

ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا: "إن أحكام القانون رقم 9 لسنة 1983 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية يمنح الإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته، ومنها توقيع غرامة التأخير، وفسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا ما توافرت حالات معينة، ومنها توقيف العمل فإنه وقد توقف المدعي عن تنفيذ الأعمال محل العقد فإنه يكون للإدارة الحق في سحب الأعمال منه تنفيذها على حسابه..."

إن ركن الاستعجال غير متوافر نظرا لأن قرار سحب الأعمال قد تم تنفيذه فضلا عن أن المفاوض الذي قام بتنفيذ الأعمال على حساب المطعون ضده قد أنجز الأعمال وسلمها للإدارة الأمر الذي يفيد انتفاء الاستعجال.

ومن حيث أنه من المستقر عليه أن القرارات الإدارية بفسخ العقود الإدارية أو سحب الأعمال من المتعاقد معها وتنفيذها على حسابه لا يعتبر من القرارات الإدارية بالمعنى الفني بحسبانها تدخل في منطقة العقد ونشأ عنه.

ومن ثم فإن المنازعة المتعلقة بتلك القرارات لا تدخل في ولاية الإلغاء، وإنما تدخل في ولاية القضاء الكامل للقضاء الإداري باعتباره الجهة القضائية المختصة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تطبيقا لأحكام المادة العاشرة من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1982، وأن هذا الاختصاص يشمل الفصل في الطلبات المستعجلة باعتبار أن تلك الطلبات متفرعة عن اختصاصها بالفصل في المنازعات الأصلية المتعلقة بالعقود الإدارية إعمالا لقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وغاية الأمر أن المحكمة تفصل في الطلب المستعجل في الحدود وضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة، فتتظر أولا في توافر الاستعجال، ثم تنظر في جدية الأسباب، أو عدم جديتها بالنسبة إليها في ظاهرها، فتحكم على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت في الوجه المستعجل للتراجع باتخاذ الإجراء المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للتراجع، وهو الذي تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلا نهائيا على مقتضى ما تبينه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفي الخصومة.

ومن حيث أنه لما سبق فإنه يشترط في الطلب العاجل المقدم من المتعاقد ضد قرار الإدارة المتضمن سحب العمل منه ، وبتنفيذه على حسابه توافر شرط الاستعجال، وذلك بأن يترتب على هذا الإجراء إصابة المتعاقد بأضرار يتعذر تداركها، وهذا ما يفترض أن هذا الإجراء لم يتم تنفيذه بحيث ما إذا تبين أن الإدارة قد نفذت قرار سحب الأعمال من المتعاقد وشرعت في التنفيذ على حساب، فإن الطلب المستعجل يصبح غير ذي موضوع ومن ، ثم فإنه لذلك ونظرا لأن الثابت من مستندات الإدارة والتي لم ينكر المطعون ضده أن الإدارة قد سحبت الأعمال من المطعون ضده وأسندت تلك الأعمال إلى شركة ألفا للمشروعات بموجب العقد المؤرخ في 1993/4/17 والتي قامت بتنفيذها وتسليمها للهيئة الطاعنة بتاريخ 1993/8/9 استلاما ابتداءيا حيث تم تسليم المدرسة للإدارة التعليمية المختصة يكون ركن الاستعجال غير متوافر حيث تحول حق المطعون ضده للتعويض إن كان لذلك أساس من القانون، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب المستعجل للمطعون بسحب الأعمال منه، وذلك لانتفاء ركن الاستعجال وإن ذهب الحكم المطعون عليه غير هذا المذهب، فإنه يكون مخالفا للقانون جديرا بالإلغاء الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغاء الحكم المطعون عليه والقضاء مجددا برفض هذا الطلب"¹.

وفي الأخير نخلص أن الرقابة القضائية على الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ بموجب العقد الإداري، وتبين لنا أنها ضمانة من ضمانات هذا الأخير؛ وذلك لتحقيق نوع من التوازن بين الطرفين؛ الأمر الذي يؤدي إلى حماية المتعاقد من تعسف الإدارة في توقيع الجزاء. وهذه الرقابة واسعة تشمل رقابة مشروعية وتشمل أيضاً رقابة ملائمة القرار الجزائي ومدى تناسبه مع الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد المقصر.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 723، جلسة 1669/6/25، سنة 1400، مشار إليه في مرجع د. زينب سالم، المرجع السابق، ص 174.

وهكذا نكون قد بيّنا في هذا الفصل أحد القيود التي تحد من مظاهر السلطة الجزائية للإدارة على المتعاقدين معها ووضحنا أن ممارستها لهذه السلطة ليست مطلقة، بل هناك ضوابط قانونية تحكمها، في نطاق العقود الإدارية، بوصفها ضماناً لحماية المتعاقد مع الإدارة.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة نستنتج أن موضوع "مظاهر السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري" من المواضيع المهمة والمتشعبة في مجال العقود الإدارية، نظرا لكون السلطة الجزائية للإدارة تعد بمثابة امتياز ومظهرا من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة، التي تستطيع من خلالها تنفيذ عقودها الإدارية مع المتعاقدين بطريقة تضمن المحافظة على مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، هذا المبدأ الذي يسمو فوق كل اعتبار، والذي يتجاوز المصالح الذاتية والمادية لأطراف العقد، ويهدف بالنهاية إلى تحقيق المصلحة العامة؛ بمعنى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

وبعد هذا البحث المتواضع تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات، من خلال دراسة الأقوال الفقهية والاجتهادات القضائية في الدول المقارنة، وتحليل النصوص القانونية المختلفة، المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد الإداري توصلت إلى النتائج التالية:

- بعد دراستنا لمظاهر السلطة الجزائية للإدارة اتضح لنا بجلاء أن الإدارة تتمتع بامتيازات عديدة وأبرزها سلطتها الجزائية الغرض منها تلبية حاجات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة في نطاق العقود الإدارية.

- توصلنا إلى أن ممارسة الإدارة لسلطتها الجزائية حق ثابت ومؤكد لها، سواء أنص أم لم ينص عليها في العقد الإداري - الصفقات العمومية - غير أن استعمالها يكثر في صفقات اللوازم، وصفقات الأشغال العامة؛ إذ تتمتع هذه العقود بطبيعة خاصة تميزها عن سائر الصفقات الأخرى وهي الأكثر شيوعاً.

- تحظى السلطة الجزائية للإدارة باعتراف جميع الدول المقارنة - فرنسا، مصر والجزائر - فقها وقضائيا وتشريعيا، لا سيما هذه الدول تأخذ بالنظام القضائي المزدوج.

- إن السلطة الجزائية للإدارة في تنفيذ عقود الإدارية لا تستطيع أن تنازل عن أي حق من حقوقها لأن هذه الحقوق تستهدف تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي تعتبر من النظام العام الذي لا يجوز التنازل عنه بأي حال من الأحوال.

- فكرة المرفق العام بوصفها أساساً للسلطة الجزائية للإدارة أرجح؛ لأن مبدأ السير المنتظم والمطرّد الذي يحكم نشاط المرافق العامة، يستلزم أن تكون الإدارة سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ كونها هي المسئولة عن ضمان حسن سير المرافق العامة، وإن تقصير المتعاقد في تنفيذ شروط العقد، من شأنه الإخلال بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

- تعد مرحلة تنفيذ العقد الإداري أكثر أهمية من مرحلة إبرامها، إذ إن الإدارة المتعاقدة تتمتع بامتيازات، وإجراءات خصبة وواسعة في هذه المرحلة الحساسة، والحاسمة، وهو الأمر الذي نعتقد أنه يتطلب تغطيتها تشريعياً بصورة كاملة، لا سيما في التشريعات الجزائرية؛ إذ لوحظ وجود بعض الفجوات القانونية فيما يخص هذه المرحلة.

- الغرض من السلطة الجزائية للإدارة، ليس فقط إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد الإداري، وليس هدفها العقوبات التي توقع على المتعاقد، وإنما دافعها الرئيس هو الوصول إلى تنفيذ العقد الإداري على أكمل وجه.

- كما أن النظام القانوني الذي يحكم السلطة الجزائية للإدارة في مجال العقود الإدارية يختلف إلى حد كبير عن ذلك الموجود في مجال العقود المدنية، لأن العقود الإدارية تتسم بأنها ذات قواعد مرنة وغير ثابتة؛ ذلك لازدياد تدخل الدولة في خدمة المصلحة العامة.

- قد تبين لنا من خلال هذا البحث أن أهم هذه السلطات التي منحت للإدارة إلى جانب السلطة الجزائية، من أجل تحقيق المصلحة العامة والسير الحسن للمرفق العام، هو سلطتها في الرقابة والتوجيه للمتعاقد معها من أجل أن يقوم بتمام العمل على أكمل وجه، وكذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة بما يتلاءم مع تحقيق مصلحة العامة والنفع العام.

- إن الإدارة من خلال سلطتها في الرقابة والتوجيه تمارس نوعين من الرقابة النوع الأول: الرقابة بمعناها الضيق ولا تختلف هذه الرقابة عما هو موجود في قواعد القانون الخاص، والنوع الثاني: الرقابة الواسعة وهي التي تظهر فيها الإدارة سلطات غير موجودة في القانون الخاص.

- إلى جانب السلطة الجزائية للإدارة سلطتها في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة، حيث اعترف الفقه والقضاء الإداريين بالإجماع في الدول المقارنة بهذه السلطة.

- خلصت الدراسة إلى أن ممارسة الإدارة لسلطاتها الثلاثة المتمثلة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها وسلطتها في الرقابة والتوجيه، وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري حق ثابت ومؤكدها في جميع العقود الإدارية- الصفقات العمومية- ولا يجوز مخالفتها لأنها من النظام العام.

- تتمتع الإدارة بالسلطات الثلاثة الممنوحة لها، تعكس استقلال كل واحدة منها على حدا، غير أنه هناك علاقة وطيدة فيما بينها، من خلال تأثير كل منها بالأخرى، وهذا يخلق نوع من التكامل في ما بينها.

- توصلت الدراسة إلى أنه توجد علاقة بين السلطة الجزائية للإدارة وسلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، فلا يتصور توقيع الجزاء على المتعاقد بسبب قيام الإدارة بتعديل شروط العقد الإداري، فإن إخلال المتعاقد الجسيم للالتزامات التعاقدية المطلوب تنفيذها من طرف الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها الرقابية، يخول للإدارة سلطتها في توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد معها.

- لقد كشفت لنا الدراسة أن السلطة الجزائية للإدارة ليست مطلقة، بل هناك قيود وضعها القانون تحد من ممارسة هذه السلطة، وتكون ضمانات للمتعاقد مع الإدارة بحيث تعيد شيئاً من التوازن بين طرفي العقد الإداري، وقد عرضنا هذه القيود والتي تتمثل في إعدار المتعاقد معها قبل توقيع أي جزاء عليه، زيادة على ذلك خضوع سلطة الإدارة إلى رقابة القضاء من ناحيتي المشروعية والملائمة.

- لقد توصلنا إلى أن القضاء الإداري هو المختص في كل من الدول ذات النظام القضائي المزدوج -فرنسا ومصر والجزائر- بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ولكون قرار الجزاء الصادر بحق المتعاقد يعد من القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد، فإن المنازعات التي تنشأ

عنه هي منازعات حقوقية، يختص بها القضاء الكامل الذي يتولى النظر في مدى مشروعية قرار الإدارة بتوقيع الجزاء من زاويتي المشروعية والملائمة.

- توصلنا إلى أن هناك نوعان من القرارات الإدارية، النوع الأول: يتضمن القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام الصفقة العمومية، وتعرف باسم القرارات القابلة للانفصال، مثل قرار المنح المؤقت فهذه القرارات تعد منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها استقلالاً بالإلغاء، أما النوع الثاني: يتضمن القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة تنفيذاً للصفقة العمومية، وهذه القرارات لها ارتباط وثيق بالصفقة العمومية ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، على سبيل المثال القرار الصادر بمصادرة التأمين أو سحب العمل من المقاول، فالمنازعات الناشئة عن هذه القرارات إذا ما شابها خطأ أو سوء تقدير، تخضع لاختصاص القضاء الإداري على أساس دعوى القضاء الكامل.

وأما في الجزائر على الرغم من اعتراف المشرع الجزائري للسلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري - الصفقات العمومية- من خلال تشريعات قانونية، إلا أن هذه الأخيرة تتخللها بعض النقائص، تتمثل فيما يأتي:

- تفادى المشرع الجزائري التفصيل الدقيق للجزاءات المالية، وبالخصوص غرامة التأخير على الرغم من أهميتها في الواقع العملي؛ إذ تكثر حالات تأخر المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته في المدة المحددة في الصفقة.

- لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته بوضوح، فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض، وتحصيله بنفسها باعتباره جزاءً مالياً، كما هو الحال في كل من دولة - فرنسا ومصر-
- لم يتطرق المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل والمتمم للجزاءات الضاغطة كما هو بالنسبة للدول المقارنة- فرنسا ومصر- غير بعض الإشارات في النصوص القانونية التي تعتبر عامة وغير دقيقة .

- اكتفى المشرع الجزائريّ بالنص على حق الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائيّ، دون أن يحدد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء، بالإضافة إلى خلو تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد ومسؤولية، غير أنه نجد بعض التلميحات والإشارات في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964م المطبقة على صفقات الأشغال العامة .

- لا يزال العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964م المطبقة على صفقة الأشغال العامة بل وحتى دون تعديله إلى يومنا هذا؛ مما يجعله من الناحية القانونية ملغى، وعلى الرغم من أهميته فإن كثيراً من أحكامه تتعارض مع التنظيم الحاليّ للصفقات العمومية .

لمواجهة هذه النقائص - المذكورة سابقاً - مستقبلاً لا بد من تقديم بعض الاقتراحات التي

يمكن للمشرع مراعاتها واستيعابها فيما يأتي:

1- اكتفى المشرع الجزائريّ في المادة 147 من المرسوم الرئاسيّ رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل والمتمم بإحالة موضوع تحديد نسب اقتضاء غرامة التأخير إلى بنود الصفقة وعليه، نقترح أن يقوم المشرع بوضع النسب التي يراها مناسبة، ويفصلها، ويحددها في كل نوع من الصفقات على حدا وذلك أسوة بالمشرع المصري .

2- نقترح على المشرع الجزائريّ تطوير النصوص التشريعية التي لمح فيها على مسألة التعويض بنفسها، ويعيد صياغتها بشكل دقيق يتيح للإدارة تقدير التعويض بنفسها، كما هو الحال في فرنسا.

3- مراجعة النصوص التشريعية المتعلقة بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، لا سيما أنها أهم مرحلة تبرز فيها سلطات الإدارة المتعاقدة سواء تلك الغرض منها متابعة تنفيذ الصفقة العمومية أم توقيع الجزاءات في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك بأن يحرص المشرع الجزائري النص على السلطات المخولة للإدارة في أثناء هذه المرحلة- تنفيذ العقد الإداري- وتخصيص لها قسم خاص بها في قانون الصفقات العمومية.

- 4- كان من الأفضل أن ينص القانون على الجزاءات الضاغطة، التي يشوبها نوع من الغموض، وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء؛ لتفادي أيّ تعسف من طرف الإدارة في أثناء توقيعه؛ إذ حيث يجب أن تراعي التناسب بين الخطأ والجزاء المقرر لها.
- 5- نقترح على المشرع الجزائريّ استكمال البناء التشريعيّ لجزاء الفسخ مادام قد تضمن مرسوم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه، لا سيما في المادة 152 منه وذلك بإضافة فقرات لهذه المادة تتضمن أهم حالات الفسخ الجزائيّ والنص على الأخطاء والأفعال التي تبرر هذا الجزاء؛ إذ يعد أخطر الجزاءات الإدارية.
- 6- نوصي بإلغاء العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964م المطبقة على صفقة الأشغال العامة، أو على الأقل تعديله بما يتماشى ونصوص التنظيم الحاليّ المنظم للصفقات العمومية .
- 7- نأمل من سلطة الإدارة عند قيامها بأي تعديل على الصفقة، فمن المستحسن أن تقوم بتعويض المتعاقد معها جراء هذا التعديل بأسرع وقت ممكن من أجل تمكينه من التنفيذ في الآجال المحددة.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- القرآن الكريم

أولاً: الكتب

أ) الكتب العامة

1. باللغة العربية

- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرة القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2007-2008.
- أحمد محيو، المنازعة الإدارية، ترجمة فايز أنجق وبيوض خالد، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
- أمين مصطفى، النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1996.
- بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2008.
- توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ج 1، دار النشر المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1955.
- ثروت بدوي القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2010.
- (- ، -) ، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- حسين طاهري، القانون الإداريّ والمؤسسات الإدارية(التنظيم الإداريّ- النشاط الإداريّ)- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2007.
- حسين عثمان محمد، أصول القانون الإداري، ج 1، كتاب جامعي، 2014.
- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى ، دار المسيري للنشر والتوزيع والطباعة، عمان الأردن، 1997.
- (-،-)، القانون الإداري، دار المسيرة للنشر، جامعة الموصل، 1992.
- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية(شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

- رمضان محمد بطيخ ونوفان منصور العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية (الكتاب الثاني)، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- زكريا المصري، أسس الإدارة العامة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2007.
- شاب توما منصور، القانون الإداري، ج1، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1971.
- شريف خاطر، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- صبيح يسير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، د.د.ن، 1978.
- طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1965.
- عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري - القرارات الإدارية - العقود الإدارية - شركة مطابع الطوبجي، 2001.
- عبد العزيز خليل بدوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1980.
- عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرة العامة للقانون وتطبيقاته في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، جصور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج 2، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- (-،-)، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- (-،-)، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج. الثاني نظرية الدعوى، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2014.
- عمر الخولي، الوجيز في القانون الإداري السعودي، الطبعة الأولى، دون دار النشر، 2012.
- فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- (-،-)، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987.

- مبارك محمد الصاوي، البحث العلمي: أسسه وطريقة كتابته، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1992م.
- محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2001.
- (-،-) ود. عصام أحمد عجيلة، أصول القانون الإداري، جامعة صنعاء، كلية الشريعة والقانون، د.س.ن.
- (-،-) د. ماجد راغب الحلوي، مبادئ القانون الإداري، د.س.ن.
- (-،-) مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2005.
- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- محمد كامل ليلة، نظرية المؤسسات العامة، منشورات جامعة بيروت العربية، دار الأحد، 1991.
- محمد مختار عثمان، المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية، منشورات قارينوس، بنغازي، د س ن.
- مصطفى فهمي أبو زيد، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 1990-
- ممدوح عمر مصطفى، القانون الروماني، د.د.ن، 1962.
- ناصر لباد، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج. 2، لباد للنشر، الجزائر، 2004.
- (-،-)، الوجيز في القانون الإداري (تنظيم الإداري النشاط الإداري)، لباد للنشر، الجزائر، 2006.
- نصر محمد عارف، إستيمولوجيا السياسية المقارنة: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م.

2. باللغة الفرنسية

- Ahmed Mahiuo, cours d'institutions administratifs, 3 édition avec complément, opu,1981.
- André de Laubadère, Jean- CLaudeVanezia, Yves Gandemet, Traité de droit Administratif, Tome 1, 15ème Edition, L.G.D.J, Paris, 1999.
- André de laubadère, Traite de droit administratif, T 01, 16 eme édition, L.G.D.J, 2001.

- Charles DEBBASCH, droit administratif, 6emeédition, economica, Paris, 2002.
- Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Editions BERTI, Alger, 2007.
- cour européenne des droits de l'homme, 09/12/1994, aff. Raffineries grecques Stran C/ Grèce.
- Didier Truchet, droit administratif, 2 edition, france, 2013.
- Duez(Paul) Debyre (Guy): Traité de droit Administratif, Paris, 1962.
- J dufau ,les concessions de service public, moniteur Paris, 1979. M. de Villiers, droit public général, litec,2004 .
- JeanPaul Pastorel, Droit administratif, DUNOD, Paris, 1995.
- Jezé (Gaston) ,les principes généraux du droit administratif , 03éme édition,Paries,1934.
- Jezé Gaston, les principes généraux du droit administratifs, 3éd,t2 t3,1933.
- L Richer, droit administratifs, L.G.D.J,3éd,2002.
- Manuel Delamarre et Timothée Paris, Droit administratif, Ellipses, 2009.
- Marie Christine Rouault, droit administratif,10ed, Gaulino lestino, édition, 2015.
- R. Chalus, Cours de contentieux administratif, les cours du droit, 1979.
- Rachid ZOUAÏMIA, Marie Christine ROUAULT, Droit Administratif, Editions BERTI, Alger, 2009.
- Rêne Chapus, Droit du contentieux administratif, 7 ed, Montchrestien, Paris, 1998.
- René CHAPUS, droit administratif général, T 01,14 éditions, Montchrestien, France, 2000.
- Xavier Philipe, Droit administratif général, 2 Ed, Librairie De l'université 1996.

ب) الكتب المتخصصة

1. باللغة العربية

- إبراهيم السيد أحمد، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود المنازعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- إبراهيم الشارف تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.
- إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T - دراسة مقارنة- دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.

- إبراهيم المنحي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية: النظرية العامة وتطبيقها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة، 1964، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح الكويت، 1981.
- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998، ط. الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- إحسان سليمان خريط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2017.
- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- أحمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات المصري، دار الكتاب المصرية، 2003.
- أشرف محمد حماد خليل، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية - دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.
- إلياس ناصيف، عقد BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.
- أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية طبقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا، دار العدالة، القاهرة، 2016.
- بكر قباني، عاطف البناء، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المجلد الأول، دار الثقافة العربية، ط.1، 1970.
- بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري- دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1993.

- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- (-،-)، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- (-،-)، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، د.د.ن.
- جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
- جورجى شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها قضاء التعويض، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
- (-،-)، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- حسين درويش عبد العال، السلطات المخولة للإدارة، الطبعة الأولى ، مطبعة لجان لبنان، 1961.
- (-،-)، النظرية العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، 1958.
- (-،-)، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى،، مكتبة أنجلو المصرية، 1961.
- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1998.
- حسين عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية- دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، 1998.
- (-،-)، موسوعة التعاقدات الحكومية في ضوء قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، 2020.

- خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري العقود الإدارية، المجلد الثالث، دار محمود، القاهرة، ب.س.ن.
- الديداموني مصطفى، الإجراءات والإشكال في القرارات الإدارية- دراسة مقارنة- الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1992.
- ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2015.
- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- سامح سيد محمد، القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية، دار الكتب المصرية، 2009.
- سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية (دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2007.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011.
- (-،-)، القضاء الإداري الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- السيد حميد يونس، عقود المقاولات التي الدولة طرفا فيها، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى رئاسة مجلس التخطيط والتربية والتنمية الاجتماعية، بغداد، 1970.
- السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية - دراسة مقارنة-، ط. الأولى، المركز الدولي للمنشورات الحقوقية، 2016.
- سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.
- شنتاوي علي المختار، موسوعة القضاء الإداري، ج. الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004.
- صالح بن صالح محمود الجامودي، تسبيب القرارات الإدارية، محكمة القضاء الإداري، سلطنة عمان، 2013.

- صفاء شكر محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية إساءة استعمالها" دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، 1994.
- عاطف سعد محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الحريري للطباعة، القاهرة، 2005.
- عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات - دراسة مقارنة- لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.
- عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة- دراسة مقارنة -في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- (-،-)، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2010م.
- (-،-)، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 2014.
- (-،-)، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- (-،-)، ضوابط العقوبة الإدارية العامة تدرج العقوبة من الغرامة إلى الغلق الإداري، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008.
- (-،-)، قضاء الأمور المستعجلة) وقف تنفيذ القرارات الإدارية- إشكالات تنفيذ الإدارة- دعوى تهيئة الدليل- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

- عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطبع والتوزيع، 1990.
- عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي، في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003.
- عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- عبد الله النواف العتري، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1975.
- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، الجزائر، 2012.
- عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، دار جصور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة متعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2014.
- فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1956.
- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.
- (-،-)، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل، 2011.

- مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، دار الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
- محمد أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج. 1، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2008.
- (-،-)، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد باهي أبو يونس، الرقابة على مشروعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية والمالية في العقود، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2014.
- محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1984.
- محمد شتا أبو السعود، الإعدار في القانون المدني المصري وما جرى عليه في القضاء- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- محمد شعبان الدرهبوي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري- دراسة مقارنه- الطبعة الأولى، الزقازيق، القاهرة، 1993.
- محمد عبد العال السناري، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية، د.س.ن.
- (-،-)، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2005.

- محمود حلمي، العقد الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط. الثانية، 1977.
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010 .
- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، الطبعة الأولى، 1984.
- محمود عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- معوض عبد التّوّب، دعاوى التعويض الإدارية وصيغها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998.
- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- (-،-)، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري- دراسة مقارنة- منشورات حلبي الحقوقية، جامعة دمشق، سوريا، ط. 2، 2013.
- موريس نخله، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت، 1986.
- ميسون جريس الأعرج، آثار حكم إلغاء القرارات الإدارية، دار وائل للنشر، الأردن، 2013.
- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- نبيل زرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018.
- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثره في تسيير المرفق العام، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007.
- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، 2012.
- هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- (-،-)، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى،
2014.

- يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية -دراسة
مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

2. باللغة الفرنسية

- Alix Perrin, Laure Marcus, " Annulation de l' acte détachable du contrat et distinction des contentieux", in juris classeur Droit administratif, n 01, 2006.
- André de laubadère et F Moderne et P Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J.1984.
- André de laubadère,et autres, Traite des contrats administratifs, T 1, éd, L.G.D. J, Paris,2e Ed ,1983.
- André de laubadère: Traité théorique des contrats administratifs, t1,1959.
- Auby J.M ,Doucos Ader, Grands service public, 1 éd, Paris, 1969.
- David Moreau, les marchés de service public- un nouveau mode de gestion des services publics, le moniteur, Paris, France, 2005.
- Gèorgel, la théorie générale,,Jeze, Les principes gènèreaux,c4, des contrats administratifs, encyclopédie administratif, 1968. Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N 5, 2009.
- Guettiez CH , Droit des contrats administratifs, Thémis droit, Puff, 2008.
- Jean - Marie et Auby et Roland Drago, Traité des recours en matière administrative, litec, Paris, 1992.
- K. Aoudia, Mallem, M. Sabri, Guide de Gestion, édition du sahel , Algérie, 2000.
- L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 5 édition, 2006.
- Mohamed KOB TAN, Le régime juridique des contrats de secteur public, étude de droit comparé algérien et français, OPU, ALGER, Algérie, 1984.
- Ph. Thrénégre, La responsabilité contractuelle des personnes public en droit administratif économique, Paris, 1989.

ثانيا: المقالات والمدخلات

1. باللغة العربية

- أنور أحمد أرسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، العددان الثالث والرابع، 1980.
- بلباقي وهيبة، شروط التسيب الواجبة قانونا في القرارات الإدارية، مجلة القانون والمجتمع، ع. 10، جامعة أدرار، ديسمبر 2017.
- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام رقم 247/15، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ع. 17، جانفي 2017.
- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية. المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989.
- حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، منشور على الموقع التالي: <http://sciencesjuridiques,ahlamontada.net>، تاريخ آخر دخول في الموقع: 2019/4/29، دون ترقيم الصفحات.
- خالد أحمد أزييم، تسيب القرارات الإدارية بين الفعالية وغياب النص القانوني، مجلة الجامعي، ع. 26، النقابة العامة لأعضاء هيئة التدريس الجامعي، ليبيا، د.س.ن.
- دايم بلقاسم، مدى فاعلية تعدد الجزاءات في إلزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة ضدها، ع. 10، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2010.
- راضية زرقيني وبلخير دراجي، ضمانات مشروعية الجزاءات الإدارية، الملتقى الدولي الثامن، التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون، جامعة الشهيد حمة الأخضر الوادي، يومي 06-07 مارس 2018.
- رحمة شكلاط، الصفقات العمومية مقاربة تشريعية جديدة، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يوم 30 نوفمبر 2001.

- زينب سالم، سكران فوزية، نطاق الرقابة القضائية على القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، مجلة أكاديميا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشلف، ع. الثالث، 2015.
- سيد علي بشير، تسبب القرارات الإدارية - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع. 27، جامعة الجلفة، الجزائر، جوان 2016 .
- عادل الطيباني، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 11، العدد الثالث، سبتمبر 1987.
- عبد الحميد حشيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، السنة 66، ع. 362، مصر، 1976.
- عبد الرحمن البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. الأول، مارس 2013.
- عطا الله التاج، الانحراف في استعمال السلطة كوجه من أوجه إلغاء القرار الإداري - دراسة مقارنة - مجلة الدفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ع. 16، جانفي 2016.
- عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء القانون إجراءات المدنية والإدارية، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ع. الخامس، جوان 2011.
- لحاج نصيرة، تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في المنتدى الوطني حول " دور قانون الصفقات العمومية لحماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20 ماي 2013.
- محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع الأول 1997.
- محسن خليل، علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة -، مجلة الحقوق، السنة 14، العدد الثالث، 1969.
- محمد سعد، فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، د.د.ن.، 2006.

- مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، السنة الثانية عشر، العدد الأول، 1979.
- يحيى خير الدين، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مجلة قضايا الدولة، السنة 3، د.د.ن، العدد الأول، يناير، 1959.

1. 2. باللغة الفرنسية

- Charles debbaseh, contentieux administratif, 2ed Dalloz, Paris, 1978.
- Gustave Peser, contentieux administratif, 13 ed, Dalloz, 2004. Michel Paillet, la responsabilité administrative, Dalloz, 1669.
- Journal du droit administratif J.D.A , chronique contrats publics, 2016.
- L'huilier: les contras administratifs tiennent, ils liscu de l'administation, Dalloz, 1953.
- Long Weil Brabants, Del volve, et Genevoix, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 2003.
- Patrick Janin, cours de droit administratif, presse, Universitaires de Lyon, France, 1994.
- Rémy Schwartz et Myriam Kaczamerek, la gazette, n 2 , 26 Avril 2004.
- syndicat inter communal de gestion d'aménagement de Superbagnères, A.J.D.A,N14 ,Dalloz,2009.

ثالثا: أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير

1. باللغة العربية

أ) أطروحات الدكتوراه

- إبراهيم عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1994.
- بلقاسم دابم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003-2004.
- بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2018.
- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011.

- رياض عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، القاهرة، 2007.
- زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981.
- عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008.
- علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1975.
- علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.
- علي محمد عبد المولى، الظروف الاستثنائية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 1991.
- عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، القانون الدولي أطروحة دكتوراه القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1998.
- كمون لحسن، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018.
- كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية بين القانونين الفرنسي والجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018.
- مباركى ابراهيم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الجزائري -دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، جامعة تيزي وزو، 2017.
- محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2019.

- محمد أحمد عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1995.
- محمد سمير جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، أطروحة دكتوراه، مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2011.
- محمد فؤاد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
- مطيع على محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.
- نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010.
- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1979.
- هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين - دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجليلي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2018.

ب) مذكرات الماجستير

- أحمد خورشيد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1989.
- أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.

- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2009.
- بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقها في الجزائر- دراسة تحليلية مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2007.
- بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2015.
- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة تنفيذ العقد، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015.
- سامال اسكندر محمد، سلطة الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليها- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015.
- سبكي ربيحة، سلطة المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، رسالة ماجستير، القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005 .
- سوزان محمود جبار، السلطة التقديرية للإدارة في سحب العمل في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير في القانون، الجامعة المستنصرية، 2005.
- صوارحية عماد، الجزاءات الإدارية العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2013.
- عبدا القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المتعاقد معه في القانون الجزائري - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990.
- علاء إبراهيم محمود، الالتزامات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل ملكية BOT، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة بابل، 2008.

- علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005.
- غيثاوي عبد القادر، وقف تنفيذ القرار الإداري قضائيا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008.
- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1960.
- محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2014.
- محمد سيد محمد أمين، عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2008.
- مريم محمد سامي حواش، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2013.
- مقيمي مريم، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا لقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2012.
- يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، أكتوبر، 1977.

2. باللغة الفرنسية

- Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen, Etude comparative, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE (UT1 Capitole), thèse, 2016.
- LISA PREUX, le traitement de l'imprévision en droit des contrats publics et privés, master en droit, Paris, France, 2013/2014.
- M.M, mhouach, la liberté contractuelle des collectivités territoriales, thèse de Marseille, 2004.

- Péquignot, (G) : Construction a la théorie générale du contrat administratif, thèse, Paris, 1944.
- Polak(H), Les sanction pouvant atteindre le concessionnaire de service publics en cas de manquement a ses obligation, thèse, Paris, 1946.
- Renaud Souche, privilège du préalable et contrats administratifs, mémoire, faculté de droit et science politique, université de Montpellier, 2012.

رابعاً: القواميس

1. باللغة العربية

- المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت لبنان، 2003.
- لويس معلوف المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، د.س.ن.

2. باللغة الفرنسية

-Thierry Debard, lexique des termes juridiques, 25e édition, Dalloz, 2018.

خامساً: النصوص القانونية

أ) في الجزائر

- دستور سنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادرة في 08/12/1996.
- القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30/05/1998، المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة، الجريدة الرسمية 37 الصادرة في 01/06/1998، المعدل بموجب القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26/07/2011، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخ في 03/08/2011.
- القانون رقم 59/75، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية، ع. 13، المؤرخ في 24/03/1985.
- القانون المدني الجزائري رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988.
- القانون رقم 06-23، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج. ر 84.
- القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ. المؤرخ في 25 فبراير 2008.
- الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري،

- الجريدة الرسمية، ع 49، 1966.
- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر.ع. 78، الصادر في 1975/9/30.
- الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في: 15 يوليو 2006، المتعلق ب ق، أ، ع، و، ع، ج، ر، ج، ع 46، الصادر بتاريخ: 2006/06/15.
- المرسوم رقم 82 / 145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق 10 ابريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج العدد 15 (ملغى) .
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-245، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية. ع 50، لسنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- المرسوم التنفيذي رقم 43/913 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية ع.57، لسنة 91، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 178/94، المؤرخ في 1994/06/26، ج.ر.ع. 42، والرسوم التنفيذي 54/96، المؤرخ في 1996/01/22، الجريدة الرسمية ع 06.
- المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2018/08/02، يتعلق بتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، ع. 48، الصادر بتاريخ 2018/08/05.
- القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق ل210 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية ع. 6 الصادر في يناير 1965.
- القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432، الموافق 28 مارس / 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجل نشره ج: العدد 24 الصادر في 20 ابريل سنة 2011.
- ب) في مصر**
- القانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
- القانون رقم 129 المتعلق بالتزام المرافق العامة لسنة 1947.

- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- القانون رقم 497 لسنة المتعلق بالتزام المرافق العامة 1954.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم 165 عام 1955.
- القانون رقم 185 المتعلق بالتزام المرافق العامة لسنة 1958.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم 5، لسنة 1959 .
- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.
- القانون رقم 96 / 314 المتعلق بالوحدات المحلية والمؤسسات التابعة لها الصادر في 12 ابريل 1996.
- القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، ع. 19 مكرر، بتاريخ 1998/5/8.
- القانون رقم 182 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، المؤرخ في 23 محرم من عام 1440ه الموافق ل 03 أكتوبر لسنة 2018، الجريدة الرسمية ع. 39 .

ج) باللغة الأجنبية

- code des marchés publics (édition 2006).
- code de justice administrative Version consolidée au 4 janvier 2015.
- code des tribunaux administratifs et des cours administrative d'appel.
- loi n 65- 51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration, JORf, 1965.
- Ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF, n 169, 24/07/2015.
- Ordonnance no 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF, no 25, 30/10/2016.
- ARTICLE 35 alinéa 03 de l'arrêté du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministère, JORA, N101, du 11 Décembre 1964,
- 1 -ART 20 du décret n 2006- 16 du 30 Juin 2006, portant code des marchés publics, www. legifrance.FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

سادسا: مصادر القرارات القضائية

- سايس جمال، الاجتهاد القضائي في القضاء الإداري، الجزء الأول، الجزء الثاني، الجزء الثالث، ط. 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1991.
 - المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1994.
 - مجلة المحكمة العليا، ع. 2، 2002.
 - مجلة المحكمة العليا، ع.1، 2011.
 - مجلة مجلس الدولة، ع.3، 2003.
 - مجلة مجلس الدولة، ع. 7، 2005.
- سابعاً: المواقع الالكترونية

- <http://sciencesjuridiques,ahlamontada.net>.
- <http://marches-publics.legibase.fr>.
- www.google.com
- www.memoireonline.com
- www.conceil-etat.fr.
- www.legifrance.gouv.fr.
- <https://www.asjp.cerist.dz>

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

1	مقدمة
12	الباب الأول: مظاهر السلطة الجزائية للإدارة وعلاقتها بالسلطات الأخرى في مرحلة تنفيذ العقد الإداري
14	الفصل الأول: ماهية السلطة الجزائية للإدارة وصورها أثناء تنفيذ العقد الإداري
16	المبحث الأول: مفهوم السلطة الجزائية للإدارة
16	المطلب الأول: تعريف السلطة الجزائية للإدارة وتمييزها عن الجزاءات الأخرى
17	الفرع الأول: المقصود بالجزاء
18	الفرع الثاني: أنواع الجزاء
18	أولاً: الجزاء المدني
19	ثانياً: الجزاء الجنائي
19	ثالثاً: الجزاء الإداري
20	المطلب الثاني: خصائص السلطة الجزائية للإدارة ومظاهرها
21	الفرع الأول: حق الإدارة في فرض الجزاء بإرادتها المنفردة
23	الفرع الثاني: حق الإدارة في فرض الجزاء وإن لم ينص عليها العقد
24	الفرع الثالث: حق الإدارة في توقيع الجزاء دون الحاجة لإثبات الضرر
26	المبحث الثاني: الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة
26	المطلب الأول: الآراء المؤيدة للسلطة الجزائية للإدارة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس السلطة العامة
29	المطلب الثاني: الآراء المؤيدة للسلطة الجزائية للإدارة بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام
34	المبحث الثالث: صور الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعامل معها أثناء تنفيذ العقد
34	المطلب الأول: الجزاءات المالية
35	الفرع الأول: غرامة التأخير

35	أولاً: تعريف غرامة التأخير وخصائصها
35	أ- تعريف غرامة التأخير
37	ب- خصائص الغرامة التأخير وشروطها
37	1- خصائص الغرامة التأخير
40	2- شروط غرامة التأخير
42	ثانياً: حالات الإعفاء من غرامة التأخير
42	أ- القوة القاهرة
43	ب- فعل الإدارة
44	ج- الإعفاء الإداري من الغرامة التأخير
45	الفرع الثاني: مصادرة التأمين
46	أولاً: مفهوم مصادرة التأمين
46	أ- تعريف التأمين
47	ب- أنواع التأمين
47	1- التأمين الابتدائي المؤقت
47	2- التأمين النهائي
49	3- جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض
52	ثانياً: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين
52	أ- مصادرة التأمين في فرنسا
52	ب- مصادرة التأمين في مصر
53	ج- مصادرة التأمين في الجزائر
54	الفرع الثالث: التعويضات
54	أولاً: مفهوم التعويض وشروطه
54	أ- تعريف التعويض
55	ب- شروطه
57	ج - مدى اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية

58	ثانيا: كيفية تقدير التعويض وتحصيله
62	المطلب الثاني: وسائل الضغط
63	الفرع الأول: فرض الحراسة على المرفق العام
63	أولاً: مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة
63	1- تعريف وضع المشروع تحت الحراسة
64	2- أسباب وضع المشروع تحت الحراسة
65	ثانيا: الآثار القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة
68	الفرع الثاني: سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه
69	أولاً: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول
69	ثانيا: شروط سحب العمل من المقاول
73	ثالثاً: الطبيعة القانونية لسحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول المقصر
75	رابعاً: الآثار القانونية لسحب العمل من المقاول
75	1- في فرنسا
76	2- في مصر
77	3- في الجزائر
79	الفرع الثالث: الشراء على حساب المتعاقد المقصر
79	أولاً- تعريف الشراء على حساب المتعاقد المقصر
81	ثانيا: شروط الشراء على حساب المتعاقد المقصر
81	1- وقوع خطأ جسيم من قبل المورد
83	2- ضرورة إعدار المورد قبل اللجوء إلى فرض جزاء الشراء على حسابه
84	ثالثاً: الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد
86	رابعاً: الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر
89	المطلب الثالث: الجزاءات الفاسخة
90	الفرع الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي
91	أولاً: مفهوم الفسخ الجزائي

91	1- تعريف الفسخ الجزائري
94	2- شروط الفسخ الجزائري
94	أ- وقوع خطأ جسيم من المتعاقد
97	ب- وجوب إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ
100	ثانيا- حالات الفسخ الجزائري
100	1- الفسخ الوجوبي
100	2- الفسخ الجوازي
101	الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائري وآثاره القانونية
101	أولاً: أنواع الفسخ الجزائري
101	أ- الفسخ الجزائري المجرّد البسيط
102	ب- الفسخ الجزائريّ على مسؤولية المتعاقد
106	ثانيا: الآثار القانونية للفسخ الجزائري
106	أ- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائريّ
106	ب- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائري المجرّد البسيط
107	ج- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائري على مسؤولية المتعاقد
108	المطلب الرابع: الجزاءات الجنائية
109	الفرع الأول: المقصود بالجزاءات الجنائية
109	أولاً: تعريف الجزاءات الجنائية
109	ثانيا: خصائص الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية
109	أ- جزاءات تفرضها الجهة الإدارية
110	ب- العقوبات الجنائية ذات طبيعة رادعة
110	ج- شخصية العقوبة الجنائية في العقود الإدارية
111	الفرع الثاني: حالات توقيع الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية
112	أولاً: الخطأ العقدي جريمة جنائية بنص القانون
113	ثانيا: مخالفة الالتزامات المقررة في لوائح الضبط الإداري

114	الفرع الثالث: حالات عدم جواز توقيع عقوبات جنائية
114	أولاً: الاستعمال المنحرف لسلطة الضبط الإداري
115	ثانياً: عدم جواز توقيع الجزاء الجنائي من تلقاء نفسها
117	الفصل الثاني: مظاهر السلطة الجزائية للإدارة وعلاقتها بسلطاتها الرقابية والتعديل الانفرادي للعقد
119	المبحث الأول: علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها الرقابية
119	المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة
120	المطلب الثاني: صور سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
120	الفرع الأول: حق الإشراف
122	الفرع الثاني: حق التوجيه
125	المطلب الثالث: أوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية
126	الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة الرقابية
126	أولاً- الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
129	ثانياً- الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد
131	ثالثاً - المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد
133	الفرع الثاني: حدود سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
133	أولاً- ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة
134	ثانياً- وجوب على جهة الإدارة الالتزام بمبدأ المشروعية
135	ثالثاً- أن لا تؤدي سلطة الرقابة إلى تعديل شروط العقد ومضمونه
136	الفرع الثالث: تعدد مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
136	أولاً - مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة
138	1 - الأمر بالبدء بالتنفيذ المشروع
139	2 - تحديد خطوات سير العمل في مواعيد تسليم الأشغال
140	3- الأمر بدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتاً
141	4 - الأمر باستبدال عمال المقاول

142	ثانيا - مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد اللوازم
142	1- الرقابة الفنية
144	2- الرقابة الإدارية
145	3- الرقابة المالية
146	ثالثا - مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقد التوريد
147	1- عقود التوريد العادية
147	2- عقود التوريد الصناعية
149	الفرع الرابع: التشابه والاختلاف بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية
149	أولا- علاقة السلطة الجزائية للإدارة بسلطتها الرقابية
151	ثانيا- التمييز بين سلطة الإدارة الجزائية والرقابية
152	المبحث الثاني: علاقة سلطة الجزائية للإدارة بسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد
152	المطلب الأول: مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد
153	الفرع الأول: المقصود بسلطة التعديل الانفرادي للعقد
156	الفرع الثاني: موقف الفقه من سلطة التعديل بالإرادة المنفردة
156	أولا- الاتجاه الفقهي المنكر لسلطة التعديل (النظرية السلبية)
162	ثانيا- الاتجاه الفقهي المؤيد لسلطة التعديل (النظرية الإيجابية)
162	1- في الفقه الفرنسي
165	2- في الفقه العربي
166	ثالثا - الاتجاه التوفيقى لسلطة التعديل (النظرية التحديدية)
169	الفرع الثالث: موقف القضاء والتشريع من سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري
169	أولا- الاعتراف القضائي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري
176	ثانيا - الاعتراف التشريعي بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري
179	المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل وتعدد مظاهرها وضوابطها
180	الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة التعديل
180	أولا- أساس التعديل هو فكرة السلطة العامة

183	ثانيا- أساس التعديل هو المرفق العام
186	الفرع الثاني: تعدد مظاهر التعديل الانفرادي للعقد
186	أولا - التعديل في مقدار التزامات المتعاقد
188	ثانيا - التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها
190	ثالثا- التعديل في مدة تنفيذ العقد
192	الفرع الثالث: الضوابط القانونية التي ترد على سلطة التعديل الانفرادي للعقد
192	أولا - أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام
194	ثانيا - أن لا يؤدي التعديل إلى تغير العقد وموضوعه
198	ثالثا - أن تستجد ظروف جديدة تبرر ممارسة سلطة التعديل
199	رابعا- صدور قرار التعديل في ضوء المبدأ العام للمشروعية الإدارية
201	المطلب الثالث: أوجه علاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والتعديل الانفرادي للعقد
202	الفرع الأول: علاقة التشابه بين سلطتي توقيع الجزاء والتعديل.
203	الفرع الثاني: التمييز بين سلطتي الجزاء والتعديل الانفرادي للعقد.
205	الباب الثاني: الضوابط القانونية للسلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري
207	الفصل الأول: الضوابط السابقة الإجرائية والموضوعية على السلطة الجزائية للإدارة
208	المبحث الأول : الضوابط الإجرائية
208	المطلب الأول: تعريف الإعذار بالجزاء
211	المطلب الثاني: وجوب الإعذار بالجزاء
212	الفرع الأول: في فرنسا
213	الفرع الثاني: في مصر
216	الفرع الثالث: في الجزائر
217	المطلب الثالث: وسيلة الإعذار وشكله ومضمونه وشروطه
217	الفرع الأول: وسيلة الإعذار
218	الفرع الثاني: شكل الإعذار
220	الفرع الثالث: مضمون الإعذار

222	الفرع الرابع: شروط الإعدار
222	أولا : أن يصدر القرار من الجهة الإدارية المختصة
222	ثانيا: شروط وضوح الإعدار
222	ثالثا: شروط المدة الزمنية
223	المطلب الرابع: حالات الإعفاء من الإعدار
224	الفرع الأول: الاتفاق على الإعفاء من الإعدار
225	الفرع الثاني: الإعفاء من الإعدار لظروف معينة
227	الفرع الثالث: الإعفاء بسبب عدم الجدوى والفائدة من الإعدار
228	الفرع الرابع: تنازل المتعاقد عن العقد للغير
229	المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية
229	المطلب الأول: تسبب الجزاء الإداري
230	الفرع الأول: تعريف التسبب وأهميته
230	أولا: تعريف التسبب
231	ثانيا: أهمية التسبب
232	الفرع الثاني: أنواع التسبب وشروطه
232	أولا: أنواع التسبب
234	ثانيا، شروط التسبب
239	الفرع الثالث: نطاق التسبب
239	أولا: عدم التزام الإدارة بتسبب قرار الجزاء التعاقدية
240	ثانيا: التزام سلطة الإدارة بتسبب قرار الجزاء التعاقدية
242	المطلب الثاني: شرعية العقوبات الإدارية
243	الفرع الأول: سلطة تحديد العقوبة الإدارية
243	أولا: اختصاص المشرع بتحديد العقوبة الإدارية
243	ثانيا: الاختصاص الاستثنائي للإدارة بتحديد الجزاءات الإدارية
244	ثالثا: ضوابط ممارسة الإدارة للاختصاص بتحديد العقوبة الإدارية

245	الفرع الثاني: نتائج الشرعية
246	المطلب الثالث: التناسب بين الجزاء والمخالفة العقدية
246	الفرع الأول: تعريف التناسب
247	أولاً: التناسب بين المخالفة والعقوبة الإدارية
249	ثانياً: عدم رجعية الجزاء الإداري
250	ثالثاً: أهمية التناسب
251	الفرع الثاني: الأساس القانوني للتناسب في الجزاء الإدلري
253	الفرع الثالث: نطاق تطبيق التناسب على الجزاء الإدلري
255	الفصل الثاني: الرقابة القضائية كضابط لاحق على السلطة الجزائية للإدارة
256	المبحث الأول: ماهية الرقابة القضائية والمحكمة المختصة بها
256	المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية
256	الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية
257	الفرع الثاني: أهمية الرقابة القضائية
258	المطلب الثاني: مظاهر الرقابة القضائية وتقديرها
258	الفرع الأول: مظاهر الرقابة القضائية
259	الفرع الثاني: تقدير الرقابة القضائية
259	المطلب الثالث: المحكمة المختصة بممارسة الرقابة القضائية على الجزاء
265	المبحث الثاني: نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدية
266	المطلب الأول: رقابة المشروعية على القرار الجزائي
266	الفرع الأول: عيب الشكل
268	الفرع الثاني: عيب عدم الاختصاص
271	الفرع الثالث: عيب بالانحراف بالسلطة وتجاوزها
273	الفرع الرابع: عيب مخالفة القانون
275	الفرع الخامس: عيب السبب
278	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على ملائمة الجزاء التعاقدية

280	المبحث الثالث: آليات الرقابة القضائية على الجزاء الإداري
282	المطلب الأول: دعوى الإلغاء
282	الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء
284	الفرع الثاني: الاختصاص القضائي لدعوى الإلغاء
284	أولاً: الاختصاص القضائي الفرنسي بدعوى الإلغاء
285	ثانياً: الاختصاص القضائي المصري بدعوى الإلغاء
286	ثالثاً: الاختصاص القضائي الجزائري بدعوى الإلغاء
288	الفرع الثالث: شروط قبول دعوى الإلغاء
288	أولاً- شروط المتعلقة بالطاعن
288	1- شرط الصفة
289	2- شرط المصلحة
289	ثانياً: الشروط المتعلقة بالقرار المطعون فيه
289	ثالثاً: شرط الميعاد
290	الفرع الرابع: نظرية القرارات القابلة للانفصال
290	أولاً: تعريف القرارات القابلة للانفصال
291	ثانياً: معيار تمييز القرارات القابلة للانفصال
292	ثالثاً: أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال
294	رابعاً: الطعن بالإلغاء في المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري
295	1- عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري
297	2- الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري
297	أ- الطعن بالإلغاء من قبل الغير على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري
300	ب- الطعن بالإلغاء من قبل المتعاقد مع الإدارة على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري
301	الفرع الخامس: آثار حكم الإلغاء على العقد الإداري
301	أولاً: أثر حكم الإلغاء على العملية التعاقدية

306	ثانيا- أثر حكم الإلغاء على القرار الإداري
310	ثالثا- حجية حكم الإلغاء أمام قاضي العقد
312	المطلب الثاني: رقابة دعاوى القضاء الكامل
312	الفرع الأول: دعاوى المسؤولية العقدية
313	أولا- صور دعاوى المسؤولية العقدية
313	1- دعوى بطلان العقد الإداري
314	2- دعوى الاستحقاق للحصول على مبالغ مالية استناداً للعقد
314	3- دعوى فسخ العقد الإداري
315	4- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على خلاف التزاماتها العقدية
316	ثانيا- الاختصاص القضائي في دعاوى المسؤولية العقدية
316	1- الاختصاص القضائي الفرنسي بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية
317	2- الاختصاص القضائي المصري بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية
317	3- الاختصاص القضائي الجزائري بدعوى المسؤولية الإدارية العقدية
319	الفرع الثاني: دعوى التعويض
319	أولا- تعريف دعوى التعويض
319	ثانيا- خصائص دعوى التعويض الإدارية
320	1- دعوى التعويض الإدارية دعوى قضائية
320	2- دعوى التعويض الإدارية دعوى ذاتية
320	3- دعوى التعويض من دعاوى القضاء الكامل
320	4- دعوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق
321	ثالثا- الاختصاص القضائي بدعوى التعويض على الأعمال المادية
323	رابعا- شروط قبول دعوى التعويض
325	المطلب الثالث: رقابة دعاوى قضاء الاستعجال
326	الفرع الأول: الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية

327	أولاً- شروط الدعوى الاستعجالية
327	1- الشروط الموضوعية
331	2- الشروط الشكلية
334	ثانياً- طبيعة الحكم في طلب وقف التنفيذ
334	1- المحاكم الإدارية
335	2- مجلس الدولة
336	الفرع الثاني: دعوى إثبات حالة
337	أولاً- تحديد الوقائع
338	ثانياً- توافر الاستعجال
338	ثالثاً- ضرورة التدبير
338	الفرع الثالث: الإشكال في التنفيذ
341	المطلب الرابع: تطبيقات الرقابة القضائية على تنفيذ العقد الإداري
341	الفرع الأول: تطبيقات رقابة دعوى الإلغاء
342	أولاً- الطعن بالإلغاء في القرارات الخاصة بعقد التزام المرافق العامة
343	ثانياً- الطعن المقدم من الملتزم
345	ثالثاً- الطعن المقدم من الغير
348	رابعاً- الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الغير مشروعة الصادرة من الإدارة
348	الفرع الثاني: تطبيقات الرقابة على دعاوى المسؤولية العقدية
349	أولاً- تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للإدارة
349	1- تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ
354	2- تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون الخطأ
376	ثانياً: تطبيقات الرقابة على المسؤولية التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة
376	1- الرقابة القضائية على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته الشخصية
378	2- الرقابة القضائية على التنازل عن العقد

381	3- الرقابة القضائية على التعاقد من الباطن
383	الفرع الثالث: تطبيقات رقابة دعاوى قضاء الاستعجال
387	الخاتمة
394	قائمة المصادر والمراجع
418	فهرس المحتويات



الملخص:

تعتبر السلطة الجزائية للإدارة، إحدى الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة تجاه المتعاقد معها في نطاق العقود الإدارية، فهي مظهر من مظاهر السلطة العامة، إلى جانب سلطاتها الأخرى، المتمثلة في الرقابة والتوجيه والتعديل الانفرادي، فالسلطة الجزائية للإدارة تعد أخطر السلطات الممنوحة لها بحكم أنها تسعى لتحقيق المصلحة العامة، غير أن هذا الامتياز لا يحررها من وجوب احترام التزاماتها التعاقدية، فهي مقيدة بضوابط قانونية التي تعتبر في المقابل بمثابة حماية للمتعاقد معها.

الكلمات المفتاحية: العقد الإداري- الجزاء- الإدارة- المتعاقد- الصفقات العمومية- القضاء الإداري-

دعوى.

Résumé :

L'autorité pénale de l'administration est l'un des privilèges dont bénéficie l'administration vis-à-vis du contractant dans le cadre des contrats administratifs. L'intérêt public, cependant, ce privilège ne le libère pas de l'obligation de respecter ses obligations contractuelles.

Mots clés: contrat administratif - sanction - administration - passation de marchés - marchés publics - tribunal administratif - action en justice.

Summary:

The penal authority of the administration is considered one of the privileges that the administration enjoys towards the contractor within the scope of administrative contracts, as it is a manifestation of public authority, in addition to its other powers, represented in supervision, direction and unilateral amendment, so the penal authority of the administration is the most dangerous powers granted to it by virtue of it seeking to achieve The public interest, however, this privilege does not free it from the obligation to respect its contractual obligations, as it is bound by legal controls that are considered in return as a protection for the contractor.

Key words: administrative contract - penalty - administration - contracting - public procurement - administrative court - lawsuit.