جامعة أكلي محند أولحاج– البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام

تخصص: قانون الإداري

من إعداد الطلبة:

- خلفان محمد أمين
- كمال محمد

تحت إشراف الأستاذة:

أ– حراش عفاف

لجنة المناقشة

الأستاذ: ربيع زهية .....رئيسا.

الأستاذ: أ/ حراش عفاف .....مشرفا ومقررا.

الأستاذ: حماني ساجية .....ممتحنا.

السنة الجامعية: 2019/2018

الحمد لله الذي يسر لنا درب العلم وأنعم علينا وأنار لنا طريقنا

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى

الله عليه وسلم

نشكر الله عز وجل على منه وكرمه إذ وفقنا في مسيرة البحث

لاتمام هذه المذكرة التي نرجو أن تكون لبنة في صرح المعرفة.

كما نخص بالشكر أستاذتنا الفاضلة"**حراش عفاف**"

التي تفضلت بالإشراف على مذكرتنا وجزاها الله خيرا.

ونتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة.

الاهداء

إلى سراج عقلي ولب قلبي أمي وأبي

دمتم نورا لقلبي وتاجا فوق رأسي

إلى من كانوا دوما بجانبي نورا على دربي علمي

وأجمل شعلة في حياتي هم عائلتي، إخوتي وأخواتي

صار الدهر لمعرفتكم أجمل الأيام وصار العمر بلقائكم أحلى

الأماني

إلى كل الأصدقاء الذين رافقوني في حياتي

إلى كل من يعرفونني من قريب أو بعيد ولم يكتبهم قلمي

إلى زميلي وأخي الذي رافقني في انجاز هذا العمل: محمد

أحمد أمين

الاهداء

قال تعالى:" وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين

إحسانا"

أهدي ثمرة عملي المتواضع هذا إلى أثمن من لدي في الكون

والوجود إلى اللذين أضاءا لي طريقي وأنارا لي دربي،

والدي الكريمين، حفظهما الله وأطال في عمرهما،

وإلى الإخوة والأخوات، إلى الأقاربه وإلى كل الزملاء

والأصدقاء.

إلى زميلي الذي رافقني في إنجاز هذا العمل: أحمد أمين

محمد

مقدمة

مقدمة

تعتمد الجزائر على آلية الصفقات العمومية لإنجاح برامجها التنموية، والتي تحظى بأهمية كبيرة لما توفره من إسهامات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، مع التركيز الدقيق عليها بالنظر للمبالغ الكبيرة، التي تخصص لإنجازها وما لهذا من ضرورة للحفاظ على هذه الأموال في التسيير العقلاني للمال العام، الغاية منها تجنب مظاهر الاختلاس والفساد والغش وضمان حقوق المتعاقدين.

إن نجاح الصفقة العمومية بالشروط الواجب توافرها حسب القانون يعتمد على طرفين (المصلحة المتعاقدة) أي الجهة صاحبة الصفقة (والمتعامل المتعاقد) الجهة التي تنفذ أو تنجز مضمون الصفقة وحدد القانون طريقة تحرير العقد وشروطه الشكلية والموضوعية والواجبات الملقاة على عاتق طرفي العقد وحقوق لكل منهما على الآخر وامتيازاته وكذا الضمانات المقدمة من كل طرف لإنجاز الصفقة على أحسن وجه في جميع مراحلها. وعليه فإنه يقع على الإدارة مهام كبيرة، والمتمثلة في إطار إدارة المشروعات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى وتظل من اختصاصها دون سواها لا سيما عندما تمارس وظيفتها الإدارية في سبيل مصالح الجمهور وتنفيذ مخططات التنمية وبرامجها، مستغلة في ذلك الوسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري التي يمكنها القانون ويتيح لها استعمالها.

ومن أهم تلك الوسائل والتصرفات القانونية، أن تتخذ الإدارة طريق الأوامر والإلزام سبيلا لفرض إدارتها المنفردة بإصدار القرارات الإدارية، والتي تعد من أنجع الوسائل القانونية التي تمكن الإدارة من ممارسة نشاطها الإداري وقيامها بالواجبات المتعددة والملقاة على عاتقها، إلا أن الأسلوب القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الإلزام وفرض الأوامر دون رضا إرادة المتعاقد وهذا قد يدفع بالعجز عن الوفاء ببعض الأهداف المنشودة. مما يجعل لجوء الإدارة لضرورة الاستعانة بخدمات الأفراد بطريق الإتفاق الودي، وهو ما يعرف بأسلوب التعاقد الذي يعتبر أحد الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة تلبية لاحتياجات المرفق العام عندما تعجز عن ذلك بإصدار القرار الإداري، كونه يقوم على عنصر الإلزام من جانب واحد، لكن هناك من

مقدمة

المشروعات والبرامج التنموية مما لا يمكن تنفيذها ونجاحها إلا باتفاق الطرفين (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد)، وهذا يهدف إلى التعاون في سبيل سير المرفق العام وتلبية حاجات الجمهور، لذلك كان أو أصبح على الإدارة لزوما أن تتعامل مع الأفراد بأسلوب التعاقد، بغرض الحصول على ما تريد من إنجاز أو توريد معدات أو أجهزة أو القيام بخدمات ودراسات وغيرها وما تحتاجه المصلحة المتعاقدة في نشاطاتها.

إن هذه العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، بل تنقسم إلى نوعين منها: من يخضع فيها الإدارة لقواعد القانون الخاص وتعامل معاملة عقود القانون الخاص التي تبرمها فيما بينهم.

وأخرى تخضع لقواعد استثنائية تميزها عن بقية عقود الإدارة الأخرى، ويطلق عليها عبارة العقود الإدارية.

إن أهمية التفرقة بين النوعين تكمن أن النوع الأول من تلك العقود التي تخضع نزاعاتها للقضاء العادي، وتخضع في تنفيذها إلى مبدأ رضائية المتعاقدين أما النوع الثاني من العقود يخضع في نزاعاتها للقضاء الإداري، وتتولى الإدارة فيها دائما تحقيق المصلحة العامة من أجل استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد وفيها تتمتع بجملة من السلطات والامتيازات، التي لا نجد لها مثيل وغير مألوفة في العقود الخاصة، محملة المتعاقد معها بالإرادة المنفردة لها التزامات، تجعل موقف الطرفين غير متكافئ ويظهر ذلك أثناء تنفيذ العقد، فالمصلحة المتعاقدة تحتفظ لنفسها في مثل هذه العقود بحق التعديل في التزامات المتعاقد، وكذا سلطة توقيع الجزاء في حال الإخلال بالالتزامات وسلطة الرقابة والفسخ.

ونظرا للقاعدة العامة لها فإن سلطة التعديل الانفرادي وسلطة توقيع الجزاءات تخالف قاعدة إلزام العقد لطرفيه،وهو جوهر الرابطة التعاقدية ويعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن غيرها، وبذلك تصبح هاتين السلطتين خطيرتين جدا على

المتعاقد مع الإدارة، إذا أساءت هذه الأخيرة استخدامها أو تعسفت في استعمالها أو ممارستها على وجه غير مشروع ومن هنا تكمن أهمية دراسة موضوعنا في:

اهتمامنا بالدراسات القانونية المرتبطة بالجانب الاقتصادي الذي يحظى بأهمية كبيرة نظرا لأثرها المباشر على التقدم الاقتصادي والمرتبط أساسا بنجاعة الصفقات العمومية، والبحث عن آليات وميكانيزمات فعالة من أجل حماية المال العام من خلال دراسة القيود والضوابط على سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات اللازمة في سبيل الحفاظ على حسن سير المرافق العمومية وتحقيق الصالح العام.

بالإضافة إلى نقص وندرة الأبحاث والدراسات القانونية في مجال الصفقات العمومية مما جعلنا نسعى إلى إثراء المكتبة القانونية من خلال مثل هذا النوع من البحوث بتقديم مساهمة متواضعة في تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن للدفاع عن حقوق المتعاملين المتعاقدين من جهة والهيئة المتعاقدة من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق وبغرض دراسة موضوع هام يمس حسن سير واستمرارية المرفق العام في تحقيق المصلحة العامة لكل الأطراف المتعاقدة مع الإدارة، ارتأينا إلى طرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها عند تنفيذ العقد الإداري باعتباره وسيلة فعالة لضمان حقوقها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، استوجب علينا توظيف مناهج علمية مختلفة، بداية بالمنهج الوصفي من خلال التطرق لأهم الآراء الفقهية الإدارية حول سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات والمنهج التحليلي حيث لا يمكن أن يخلو منه أي دراسة قانونية هادفة، من خلال استقراء وتشخيص بعض النصوص القانونية والتنظيمية وتحليلها وتوضيحها، إضافة إلى المنهج التاريخي الذي فرضته علينا ضرورة التطرق إلى نصوص قانونية تشريعية وتنظيمية سابقة، من

مقدمة

خلال تسلسلها من يوم التفكير في كيفية تحديد النقاط والنظام القانوني لها كونها ساهمت في إرساء ووضع النظام القانوني لمنح الامتيازات للإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات في الجزائر.

إضافة إلى المنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع فقط، وذلك بمعرفة بعض التجارب في إدارة وتسيير هذه العقود، خاصة في ظل التعديلات التي عرفتها هذه النصوص القانونية على ضوء التحولات العديدة التي شهدتها الجزائر للنهوض بالتنمية الاقتصادية في كل المجالات.

كما تجدر الإشارة أنه من خلال معالجة هذا الموضوع ودراسته، واجهتنا بعض الصعوبات تمثلت أساسا في ندرة الأبحاث والدراسات القانونية في الجزائر، نظرا لكون الفقه الجزائري اكتفى بالتعرض لسلطة التعديل وخاصة الجزاءات الإدارية بشكل سطحي لا أكثر، وغالبا ما تكون في شكل طابع مالي أو إداري، وعلى الرغم أن هذه الدراسة ارتكزت على الفقه المصري والفرنسي لما لهم من تجربة كونهم كانوا سباقين في الجانب القانوني في مجال العقود الإدارية.

كما واجهنا صعوبة أخرى في عدم تمكننا من الحصول على أحكام قضائية من القضاء الجزائري، مما دفعنا إلى الاعتماد على ما تم إيجاده وذكره في بعض المراجع وبعض الأحكام التي استطعنا الحصول عليها لتدعيم هذا الموضوع وإثرائه في بعض جوانبه خاصة الفصل الثاني.

وللإجابة عن الاشكالية التي طرحناها سلفا، ارتأينا إلى دراسة موضوعنا هذا بتقسيمه إلى فصلين، حيث تطرقنا في الفصل الأول لسلطة التعديل في تنفيذ العقد الإداري بدراسة مفهوم سلطة التعديل في المبحث الأول وضمانات مشروعية سلطة التعديل في المبحث الثاني، فيما تعرضنا في الفصل الثاني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، بدراسة سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في المبحث الثاني.

الفصل الأول

سلطة التعديل في تنفيذ الإداري كسلطة من سلطات الإدارة

الفصل الأول: سلطة التعديل في تنفيذ العقد الإداري كسلطة من سلطات الإدارة

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة واحدة من أهم المميزات التي تستأثر بها الإدارة كطرف في العقد، بل إنها تعتبر من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص ولو وردت في العقد لأبطلته.[1]

ويكون بإمكان المصلحة المتعاقدة بمقتضى هذه السلطة، وبالنسبة لكافة الصفقات العمومية أن تقوم بتعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد أو تنقصها ولها أن تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أو بالنقصان، على خلاف ما تنص عليه الصفقة وذلك بإرادتها المنفردة من غير أن يحتج عليها بقاعدة القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين [2] المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص، ذلك لأن طبيعة الصفقات العمومية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرارية المرافق العامة وقابليتها للتغيير والتبديل.

- تفرض مقدما حدوث تغيير في ظروف الصفقة وطرق تنفيذها.

- تبعا لمقتضيات سير المرفق لمواجهة الظروف المتغيرة لما يحقق المصلحة العامة.

---

[1] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2010م، ص 120.

[2] " يقصد بالعقد شريعة المتعاقدين أنه إذا انعقد صحيحا، فإنه يلزم المتعاقدين ويلتزم على كل متعاقد القيام بالالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، وعلى كل طرف احترام العقد، ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقصه أن يتحلل من العقد، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون صراحة".

أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، العقد في الإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 297-298.

- تقر المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم على أنه:« العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقصه ولا تعديله، إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون».

فخروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن المصلحة المتعاقدة يكون لها تجاوز أثناء تنفيذ الصفقة إلى امتلاك الحق في تبديلها بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعامل المتعاقد الحق في الإعتراض على قرارها في هذا الشأن ما دام قد اتخذ في إطار المشروعية.

وفي الحقيقة لا يمكننا تأسيس حق التعديل إلا على مستلزمات المرافق العامة وتغيراته المفاجئة والفكرة العامة في ذلك تتمثل في أن الإدارة يجب أن تتقيد بشكل غير محدود لعقود صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق ذلك لأن العقد يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بدوره بقابليته للتغيير والتعديل، مما يعني ضرورة تمتع العقد بنفس درجة المرونة التي يتمتع بها المرفق وإلا أدى إلى جمود العقد وبالتالي جمود المرفق وانقلب العقد الذي كان وسيلة لتسيير مهمة المرفق إلى قيد عليه.[1]

وقد ناقش الفقه الآراء المؤيدة في الفكرة لسلطة التعديل واستقرار الفقه على أن الرأي الراجح هو مزيج بين فكرتين احتياجات المرافق العامة وسلطة الإدارة في تحقيق تلك الاحتياجات وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استقرار المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرافق العامة. كما أن التعاقد قد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين 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 تسييره وتملك حق التعديل بما يلائم هذه الضرورة وفق تلك المصلحة.[2]

[1] عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996، ص 104.

[2] أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2003، ص 170.

ومن خلال ما تم ذكره، سنتطرق إلى المضمون العام لسلطة التعديل وذلك من خلال تعريف سلطة التعديل إضافة إلى الأساس القانوني لسلطة التعديل، إلى جانب التطرق إلى ضوابط ممارسة سلطة التعديل في العقد.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين في المبحث الأول سنتطرق لمفهوم سلطة التعديل أما في المبحث الثاني سنتطرق إلى ضمانات مشروعية سلطة التعديل في العقد الإداري.

المبحث الأول: مفهوم سلطة التعديل في العقد الإداري

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي للعقد من أهم السلطات الممنوحة للإدارة بحيث تستطيع من خلال هذا الامتياز تعديل بنود الصفقة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة واحتياجات المرافق العامة حتى ولم يكن العقد ينص على ذلك ولتفصيل أكثر حول مختلف الجوانب المتعلقة بهذه السلطة سنتطرق إلى ما يلي:

المطلب الأول: تعريف سلطة التعديل

تعرف سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بأنها حق ثابت لها بوسع الإدارة استعماله ولو خلا من نص بشأنه وحتى لو انطوى العقد على نص يحظره، حيث يبطل النص ويبقى الحق دائما حتى لو وجد نص العقد يجيز للإدارة تعديل العقد فإن هذا النص لا يعدو دوره أن يكون كاشفا للحق لا منشأ له.

ونظرا للاستناد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام، فإن حق استعمالها يتصل بالنظام العام الذي يجوز معه للإدارة التنازل عن استعمالها.[1]

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مصر، سنة 2005، ص 441.

ويكاد الفقه المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها وسبب ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان.

ويكون هذا الحق ثابت للادارة ولو لم يتم النص عليه في العقد لأن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة على طرف، فإن العقد الإداري يقوم على تفضيل المصلحة العامة [1] وعدم ثبات مبدأ المساواة بين الأطراف كون أن الإدارة العامة تحتل موقع أسمى طالما يكون هدفها تحقيق المصلحة العامة.

ومن منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى وبالنظر للدور الكبير الرائد للقضاء الإداري، كان من الأفضل أن نتطرق أولا التعريف التشريعي ثم يليه التعريف القضائي ثم تتوج جهود المشرع في القضاء بتبيان جهود الفقه.

وبناءا على هذا قسمنا المطلب إلى ثلاثة فروع هي كما يلي:

الفرع الأول: التعريف التشريعي.

الفرع الثاني: التعريف القضائي.

الفرع الثالث: التعريف الفقهي.

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور النشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 124.

الفرع الأول: التعريف التشريعي

لقد تناول المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات العمومية سلطة التعديل، وذلك حسب التدرج الزمني الآتي:

أولا: قانون الصفقات العمومية الأول أمر 67-90

حسب نص المادة 06 من الأمر:" إن دفاتر الشروط تحد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ، وتشمل خاصة على ما يلي:

1- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال والتوريدات والمصادق عليها بموجب مرسوم .....[1]".

ومن خلال فحوى ومضمون هذه المادة نجدها من خلال تضمنها دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال والذي بدوره قد نظم سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية.

وبتفحص سريع لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الأشغال العامة، نجد أنه قد تضمن العديد من النصوص التي تعطي الإدارة الحق في التعديل الانفرادي.[2] إضافة إلى ذلك جاء في المرسوم المذكور أعلاه وتحديدا في نص المادة (08) منه أن المصلحة المتعاقدة الحق دوريا في وضع الشروط التي توضع شروطها للإبرام وتنفيذ صفقاتها ومنها ما يتعلق بسلطة المصلحة المتعاقدة وحقها في تعديل صفقاتها التي تبرمها.

[1] الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967، العدد 52.

[2] أنظر القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن دفاتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 جانفي 1965، العدد 66.

كما جاءت المادة 12 في هذا الشأن صريحة:" على المتعاقد أن ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه، خلال العمل عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصلحة.

ثانيا: المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145

بالرجوع إلى أحكام المواد 93 إلى 97 وردت تحت عنوان الملحق، فأجازت المادة 93 للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق تابع للصفقة الأصلية متضمن التعديل على بند أو بنود الصفقة الأصلية متضمن التعديل على بند أو بنود الصفقة العمومية، وفسرت المادة 94 المقصود بالملحق أنه:" وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية".

فمن خلال استقراء وتفحص ما جاء في المادة 94 نجد أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية هي الزيادة في الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة.

ثالثا: المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 91-434

لم يبتعد هذا المرسوم عن سابقيه وقد تضمنت المادة 89 منه على أنه:

" يمثل 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 الأصلية"[1].

[1] المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1991، العدد 57.

رابعا: المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

تضمنت المادة 90 من المرسوم الرئاسي تعريف الملحق وجاء كما يلي:" يمثل 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 الأصلية"[1].

خامسا: المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

تضمن هذا الأمر الاهتمام الكبير الذي أولاه المشرع الجزائري من خلال الاعتراف بالإدارة بممارسة سلطة التعديل في أثناء تنفيذ عقودها.

وقد نص المشرع في المادة 102 من المرسوم على أنه:" يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق الصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم".

كما جاءت في نفس الصدد المادة 103 التي تضمنت:" 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، ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي...."[2].

أما في المادة 104 من هذا المرسوم، فقد جاء فيها: يخضع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة، وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة، بالنسبة للعمليات الجديدة الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء".

[1] المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002، العدد 52.

[2] المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 2010، العدد 76.

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أن تعليمة وزارة الداخلية المحلية بشأن امتياز المرافق العمومية وتأجيرها،[1] تضمنت بوضوح ما يقرر سلطة التعديل بصدد عقود الالتزام وقد جاء في الفقرة 02 المتعلقة بحق تعديل النصوص تنظيمية الواردة في العقد من دون توقف على إرادة الملتزم، من البند رقم 04 الخاص بآثار الامتياز، وجاء فيه ما يلي:" هذا الحق مستمد هو الآخر من طبيعة المرفق العام، الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائما، ليؤدي خدماته على أحسن وجه، وهذا المبدأ معمول به في كل الدولّ.

سادسا: المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية

لقد جاء هذا المرسوم على نفس حذو المرسوم السابق الذكر، بحيث أعطى المشرع الجزائري بالغ الأهمية لهذا المرسوم الجديد، وذلك يتجلى من خلال منح الإدارة سلطة تعديل بعض بنود الصفقة أثناء تنفيذها وقد جاءت المادة 135 صريحة وكان فحواها ما يلي: يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في أحكام هذا المرسوم[2].

كما جاءت أيضا في نفس السياق المادة 136 والتي تضمنت ما يلي:" يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية.[3]

علاوة على دلك، جاءت المادة 137 والتي كان مضمونها ما يلي:

" يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة".

[1] تعليمة وزارة الداخلية الجزائري المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، الموجهة إلى السادة الولاة مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية ورؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/03/94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

[2] المرسوم الرئاسي 15-247 مؤرخ في ذي الحجة ل 1936، الموافق ل 16 سبتمبر 2015م، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015، العدد 46.

[3] المادة 136 من المرسوم 15- 247، المرجع السابق، ص 34.

وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء.[1]

ومن خلال ما تم ذكره وما تحتويه بنود ها المرسوم يظهر جليا سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية من خلال الملحق والأهمية البالغة التي أعطاها المشرع الجزائري لهذه السلطة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

الفرع الثاني: التعريف القضائي

تتجلى كذلك سلطة التعديل في الصفقة العمومية في الجزائر، من خلال أحكام القضاء الإداري، والمتمثلة في قضية "عمر طالبي" ضد " والي قالمة"، وتتخلص وقائع القضية: أن السيد عمر طالبي أبرم صفقة عمومية بتاريخ 26 فيفري 1980 مع ولاية قالمة، من أجل إنجاز 198 مسكنا بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين تراب، دائرة وادي الزناتي، وأنه بمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع السيد عمر طالبي بالأعمال وأنه بعد مرور شهرين أي في 19 أفريل 1980، تلقى أمر بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال سنة 1980 ومن خلال تغيير الموقع وعدم إثارة هذا التغيير أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا.[2]يمكن استخلاص أن القضاء الإداري الجزائري أقر بسلطة التعديل من خلال تغيير موقع التنفيذ.

[1] المادة 137 من المرسوم 15-247، نفس المرجع، ص 34.

[2] قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26 ديسمبر 1989م، ملف رقم 65145 قضية (عمر طالبي) ضد والي قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991، ص 134.

الفرع الثالث: التعريف الفقهي

يلاحظ أن غالبية فقهاء القانون العام تسير على فكرة واحدة ألا وهي للإدارة الحق في التعديل بشروط العقد، رغم أن النص لا يقر للإدارة حقا وإنما يعد نصا كاشفا لا منشئا لهذا الحق، ذلك أن هذا الحق في تعديل العقد يوجد مستق عن النص الوارد بخصوصه، بل إن هذه السلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط أو حتى القوانين أو اللوائح، كما يضيفون أن حق الإدارة بزيادة أو إنقاص الالتزامات الواجب على المتعاقد أداؤها مبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية بلا استثناء.[1]

بحيث تملك المصلحة المتعاقدة الحق في هذا التعديل لما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية، وحقها في ذلك مستمد من العقد ذاته الذي ينص على إعطائها هذا الحق وإما أن تفرضه المصلحة العامة، التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون تحقيا لها في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة وقت إبرام العقد.[2]

وفي هذا الصدد يشير الأستاذ "فلام" إلى أن حق الإدارة هي أن تعدل شروط العقد من دون حاجة لرضا الطرف الآخر، هو حق أصبح مستمد من صفتها كسلطة عامة، لا يمكنها النزول عنه، وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد.[3]

---

[1] سعيد عبد الرزاق بالخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008، ص149-150.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، سنة 2005، ص 234.

[3] Flamme (Maurice André), Traité Théorique Et Pratique Des Marchés Publics, TOME 02 Bruxelles, Brulant,1969, P P 178-179.

ويسلم الفقه الفرنسي المعاصر بحق التعديل الانفرادي للصفقة من جانب الإدارة، ومن بينهم الأستاذ:

Richer, Les Contrats Administratifs, Dalloz,Paris,1991,p61.

من جهة أخرى، ففي مصر يقول الدكتور " ثروت بدوي": إن الإدارة تقتضي حقها في اتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي بمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام.[1]

وبدوره يؤكد الأستاذ " أحمد محيو" أن حسن تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد وتحقيق النفع العام هو الهدف الوحيد الذي تستعمل الإدارة العامة من أجله سلطة التعديل الانفرادي وأنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة انفرادية وفي نفس الوقت يشدد على ضرورة ضبط كيفية ممارسة هذه السلطة غير مألوفة في القانون المدني، حتى لا تتعسف فيها الإدارة وعلى هذا الأساس فإنه إذا اقتضت المصلحة العامة في ممارسة هذه السلطة الذي يضمن تحقيق النفع العام فلها ذلك.[2]

ومن خلال ما تم تناوله يمكن استنتاج فكرة مفادها أن سلطة التعديل امتياز تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأنها لا يمكن أن تقوم هذه السلطة على أساس مقتضيات المرفق العام والتغييرات التي تطرأ عليه.

أي أن هذه السلطة تقوم على مبرر مقتضيات فكرة المرفق العام بمعناها الواسع ما من شأنه أن يحقق المنفعة العامة مع مراعاة مدلول السلطة العامة بإبراز الطابع السلطوي للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري وذلك بممارسة سلطة التعديل الانفرادي.

[1] ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، طبعة 1968، سنة 1971م، ص 136.

[2] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب مصين، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1996، ص 383-384.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

يرجع الفقه سلطة الإدارة في التعديل إلى أنها مزيج بين فكرتين هما: احتياجات المرافق العامة، وكذا سلطة الإدارة في تحقيق تلك الاحتياجات، لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها العامة اقتضت حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات المرافق العامة، كما أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة.[1]

الفرع الأول: أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام

السلطة العامة تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة، مع استعمالها لوسائل القانون العام الغير مألوفة في القانون الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة أن تراعي دوما ضرورات المصلحة العامة وترجحها على المصلحة الخاصة.[2]

وأنصار هذا الرأي يرون أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في تعديل الصفقة بالإرادة المنفردة باعتبارها سلطة عامة وأنها من النظام العام فهي حق أصيل للإدارة، كما ذهبوا إلى إنكار هذه السلطة على أنها امتياز تعاقدي بل هي امتياز من امتيازات السلطة العامة.[3]

ويترتب على اعتبار سلطة الإدارة في تعديل عقودها، يقوم على أساس السلطة العامة بحيث أن تصرف الإدارة وهي بصدد تعديل عقودها الإدارية يعتبر عملا من أعمال السلطة العامة وهكذا فإن الإدارة في هذه الحالة لا تستخدم امتيازا تعاقديا بل تستعمل حقا مقررا لها باعتبارها سلطة عامة.[4]

---

[1] أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 220.

[2] أحمد محيو، مرجع سابق، ص 383-384.

[3] إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح الكونية، الطبعة الأولى، عمان، 1981، ص 186-188.

[4] علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، عين الشمس، مصر، سنة 1975، ص 54.

الفرع الثاني: معيار المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق بانتظام وإطراد

من طبيعة العقود الإدارية قيامها على فكرة ومبدأ استمرارية سير المرافق العامة، ولما كان التعاقد فيها يتم على أساس الوفاء بحاجات المرفق في تحقيق المصلحة العامة، جعل من الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم وتسيير المرفق، مما ترتب على ذلك أنها تملك حق التعديل بما يحقق تلك المصلحة، وبالتالي وجوب الحرص على سير المرفق العام بانتظام لحماية تلك المصلحة.[1]

والمسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل تلك مصدرها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر السلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.

أيضا ما أشار إليه الدكتور "**عمار عوابدي**" بالقول:

"وأساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي تتمتع به السلطة الإدارية يتمثل في حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد وتبدل".[2]

المطلب الثالث: ضوابط ممارسة سلطة التعديل

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط لا بد من توفرها حتى يمكن ممارستها، حيث يجب أن يكون هناك ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل (الفرع الأول)، وإلزامية صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية (الفرع الثاني)، كما يجب على المصلحة المتعاقدة

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 124.

[2] عمار عوابدي، القانون الإداري، (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص 218.

أنتمارس سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ الصفقة (الفرع الثالث) وأن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي لها (الفرع الرابع) وأن لا يغير من طبيعتها (الفرع الخامس).

الفرع الأول: أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة

يجب أن تكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام الصفقة تبرز إجراء التعديل على مضمونها، وهذه الظروف تكون مغايرة لتلك التي أبرمت الصفقة في وقتها، بحيث يكون تنفيذها في ظلها غير محقق للمصلحة العامة أو أقل تحقيقا لها أو متعارضا معها، الأمر الذي يجعل من قرار تعديلها بما يتوافق مع المصلحة من إبرامها أمرا تحتمه مصلحة المرفق محل التعاقد.

كما يكون من الجائز للمصلحة المتعاقدة إذا تغيرت الظروف تعديل بعض شروط الصفقة التي قد تعرقل إمكان مسايرتها للتغيير الحادث، وبالتالي فإن في ذلك تمكين للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام لجهة الإدارة والأفراد.[1]

إن تغير الظروف ليس شرطا لازما للتعديل وإنما شرط يمهد للتعديل، الذي إما يكون ضروريا أو ليس ضروريا على حسب ما يستجد من تغيرات، وبقدر ما تريد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد من نشأتها إحداث تغير على الظرف الاقتصادي للعقد، ولهذا تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها، ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقدة عليها إلا عند الضرورة القصوى من ذلك:

- إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شأنه أن يسبب تأخيرا في التنفيذ أو ضررا كبيرا به من الناحية الاقتصادية والفنية.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص 32.

- إذا كان التغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة، مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة عن التأخير المحتمل بسبب هذا التغيير.

أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة يكون تغير الظروف أكثر من فرصة بيد الإدارة لإجراء التعديلات على الأسعار وعلى نوعية السلع محل التوريد، بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل المرفق، الذي انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة، ومن أمثلة ذلك قيام الإدارة باستبدال المدافئ الغازية بالمدافئ النفطية كجزء من حقها في تقليص كمية الوقود المستخدم.[1]

أما إذا لم تتغير الظروف، فإنه لا يكون ثمة مبرر لتعديل الصفقة ويكون من الواجب إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام الشروط كما تقررت عند ابرامها.

الفرع الثاني: صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدراية

يعد قرار تعديل الصفقة العمومية قرارا إداريا وبالتالي يتعين أن تتوفر له مقومات وأركان هذا القرار[2] من حيث صدوره عن سلطة مختصة بإصداره وفقا للشكل والاجراءات المقررة وفي إطار القواعد القانونية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن يكون الهدف من قرار التعديل تحقيق المصلحة العامة[3] وأن يستند إلى سبب قائم يبرره، يتمثل في تغيير الظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة الأمر الذي استوجب التعديل تحقيقا للمصلحة العامة[4] وعليه فإن قرار التعديل يجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام.

---

[1] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 173-174.

[2] راجع فيما يخص أركان القرار الإداري: عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية، قضائية، فقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص 28-170.

[3] رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، دار المطبوعات، الجزائر، 1985، ص 12.

[4] عبد الله بن حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، فهرسة مكتبة الملك، فهد الوطنية، السعودية، 2002، ص 221.

الفرع الثالث: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الصفقة

من الطبيعي أن يقتصر حق الإدارة في التعديل على الشروط والالتزامات المتصلة بموضوع الصفقة في خارج هذا النطاق، ومن ثم لا يجوز أن تفرض عليه التزامات خارج نطاق موضوع الصفقة.[1]

كما لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدل أحكام الصفقة على نحو يغير موضوعها، وإلا كنا أمام عقد جديد ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما فضل التعاقد معها والتزام بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه راعى في ذلك امكانياته المالية والفنية، لهذا لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الامكانيات لأن ذلك سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب والاضرار بمصالح المتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد والاتفاق المبرم بينه وبين الإدارة.[2]

ولذا فقد حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن يحصر التعديل في حدود 20٪ بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وهذه المادة تخص حالة الزيادة في جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أي مطالبة، ما دامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاولة، وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية حق له فسخ صفقته فورا...."."[3]

أما في حالة النقص في جملة الأشغال تنص المادة 31 من نفس الدفتر على أنه: " في حالة إجراء نقص في جملة الأشغال وعدا حالة تطبيق المادة 32 التالية:" لا يجوز للمتعاقد رفع أية مطالبة ما دام التخفيض مقدرا على الأسعار الابتدائية ولا يتجاوز العشرين في المائة من

[1] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص 232-233.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص 204.

[3] المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 يناير 1965، ص 57.

مبلغالمقاولة، وإذا كان هذا النقص أعلى من هذه النسبة المئوية يجوز للمتعاقد تقديم طلب تعويض في نهاية الحساب".[1]

فإذا زادت أو نقصت الأعباء الجديدة على المتعامل المتعاقد مع الإدارة عن هذه الحدود، فإنه لا يكون ملزما طبقا للعقد بتنفيذها، وإذا قام بتنفيذها له أن يطالب المصلحة المتعاقدة بأسعار أخرى غير التي اتفقت عليها في الصفقة، طالما أنه قد اعترض على حق الإدارة في التعديل لهذه الزيادة أو النقصان فقو القدر المشار إليه في الصفقة أو دفاتر الشروط.

الفرع الرابع: اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق

إن أساس سلطة التعديل يتمثل في إشباع حاجات المرفق العام، وهذا الأساس يحدد نطاق التعديل، أي مجاله أو محله[2] بحيث يجب اقتصار التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام. فمن المقرر أن الشروط التي يتضمنها العقد تنقسم إلى شروط لائحية وشروط تعاقدية، حيث يجوز للإدارة تعديل الشروط اللائحية كلما كان ذلك لازما لمصلحة المرفق بغير توقفه على رضا المتعاقد مع الإدارة، أما الشروط التعاقدية والتي على أساسها قبل المتعاقد مع الإدارة معها، فإنه لا يجوز تعديلها إلا برضا المتعاقد معها.[3]

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل الشروط التعاقدية، لأنها لا تؤثر على حسن سير المرفق العام، لأنها تخصص المزايا والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد مع الإدارة.

[1] المادة 31 من دفتر الشروط العامة، نفس المرجع، ص 57.

[2] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 232.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،2000م، ص 65.

المبحث الثاني: ضمانات مشروعية سلطة التعديل في العقد الإداري

إذا كان من المتفق عليه أن للإدارة سلطة وحق تعديل بعض بنود العقد أثناء التنفيذ، إلا أن ذلك لا يعني تزويدها بها فقط دون إعارة أي اهتمام لحقوق المتعاقد معها ولوضعيته المالية بعد هذا التعديل الإداري، وإلا أصبحت العقود الإدارية منافية للتشريع المعمول به، لذلك زود القضاء والتشريع الإداريين المتعاقد مع الإدارة بمجموعة من الضمانات، التي تعزز مركزه وتجعله يطمئن على الوضعية المالية التي تعاقد على أساسها.

فمن جهة، تحاط سلطة التعديل الانفرادي بمجموعة معتبرة من الضوابط والشروط التي يتعين على الإدارة احترامها وإلا اعتبر قرارها غير مشروع، مما يجعله عرضة للإلغاء ويعطي المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض.

ومن جهة أخرى فإن للمتعاقد الحق في اقتضاء التعويض حتى ولو كان قرار التعديل مشروع، وذلك في حالة ما إذا أدى المساس بحقوقه المالية، وذلك وفق نظرية فعل الأمير وإذا ما جاوز التعديل المألوف كان للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد، باعتبار ذلك التجاوز إخلالا من جانب الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.[1]

ونظرا لخطورة سلطة التعديل الانفرادي، فإن للمتعاقد مجموعة من الضمانات التي تساعده على مواجهة هذه السلطة والتخفيف من حدة اللامساواة، التي تهيمن على العلاقة العقدية الإدارية وهذه الضمانات يستحقها المتعاقد، حتى ولو لم تخطأ الإدارة أثناء استعمال هذه السلطة، وذلك من خلال تمكينه من إعادة التوازن المالي للعقد طبقا لنظرية فعل الأمير (الأول)، كما وأنه يتمتع بهذه الضمانات وفي حالة ارتكاب الإدارة لخطأ أثناء ممارسة هذه السلطة سواء من خلال

[1] إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية– النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 73 لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1981، ص 195–196.

تمكينه من التعويض في حالة خطأ بسيط أو السماح له بالمطالبة بفسخ العقد في حالة الخطأ الجسيم (الفرع الثاني).

المطلب الأول: ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري

الفرع الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد طبقا لنظرية فعل الأمير

إذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ العقد والانصياع إلى التعديلات المفروضة عليه من طرفها، فهو ليس مكلفا بتحمل نتائج ذلك التعديل دون مقابل، إذا كان من شأنها زيادة التزاماته وأعبائه بصورة لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد، [1] بل من حقه أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد.[2] ويكون ذلك- في حالة التعديل الانفرادي- وفق نظرية فعل الأمير.

فمن المعلوم أن نظرية فعل الأمير هي نظرية قضائية قديمة من صنع اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، وهي كثيرة الاستعمال من الناحية العملية.[3]

ونظرا لأهمية نظرية فعل الأمير في مجال العقود الإدارية بصفة عامة في نطاق التعديل الانفرادي للعقد الإداري بصفة خاصة وباعتبارها نظرية أصلية في القانون الإداري لا يعرف لها مثيل في القانون الخاص، [4] لذا كان لا بد من التطرق إلى هذه النظرية وذلك من خلال تناول تعريف وفحوى هذه النظرية (أولا)، ومن ثم التطرق إلى شروط تطبيق نظرية فعل الأمير (ثانيا).

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون المقارن، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، ص 531.

[2] يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1998، ص 486.

[3] انظر: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 78.

[4] يذكر الفقيه De Laubadaire، ما خلاصته أن نظرية فعل الأمير هي نظرية خاصة للقانون الإداري، وليس لها أي علاقة بالقانون الخاص، والذي يصبغ عليها هذه الصفة الأساسية، كونها تضع مسألة تدخل الإدارة موضع الاهتمام والتساؤل، وهذا على عكس ما يحصل في نطاق القانون المدني.

أولا: تعريف نظرية فعل الأمير

تعتبر هذه النظرية من خصوصيات القانون الإداري ولا يوجد لها صلة بالقانون الخاص[1]، حيث تعد أعمال السلطة التي تمس عقود الأفراد بمثابة السبب الخارجي الغريب عن العقد والذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تسبب بها الشخص العام، فنظرية عمل الأمير من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، [2] وهي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزامات في حقوق المتعاقد مع الإدارة.

وأمام أصالة هذه النظرية ودقتها، من خلال اختلاف معانيها كان لزاما إبراز التعاريف التي أعطيت لها سواء في كتابات الفقهاء أو من خلال اجتهادات القضاء ففي الفقه يمكن تعريف فعل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر في العقد الإداري يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتضرر عن كافة الأضرار، التي تلحقه مما يعيد التوازن المالي إلى العقد.[3]

ففي الجزائر ورغم وجود اجتهاد قضائي تبني القضاء لنظرية فعل الأمير كوسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، إلا أن هذه الأخيرة نجد أساسها القانوني في نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.[4]

---

[1] دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر العاصمة، 2011م، ص 81 وما بعدها.

[2] M.Hauriou, Note Sous C.E, 11 Mars 1910, Comp.Gen.Fr. De Trammays.S, 1911-3-1.

[3] محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 81.

[4] المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق ل 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015، العدد 46.

ولقد جاء المرسوم الرئاسي 15-247 على نفس نهج المرسوم الرئاسي الذي سبقه وجاءت المادة 153 من كالآتي: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".[1]

ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

إن قرار حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير يستدعي وجود عدد من الشروط مجتمعة منها أن يكون هناك ضررا وأن يكون هذا الضرر صادرا من جهة السلطة العامة ذاتها التي أبرمت العقد بالإضافة إلى شروط أخرى وذلك على النحو التالي:

أ- حدوث ضرر بالمتعاقد:

يشترط لإقرار التعويض استنادا لنظرية فعل الأمير أن يؤدي عمل الإدارة إلى تشديد تفاقم الأعباء والالتزامات على المتعاقد، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وبالتالي إلحاق الضرر به.[2] فلا يستطيع المتعاقد المتضرر بالادعاء بحق التعويض إلا في حالة أن يكون فعل الأمير قد تسبب بإحداث الضرر، ويتميز هذا المبدأ بعنصري الاستقرار والإطلاق كما لا يشترط في الضرر أن يكون جسيما أو يسيرا، بل يكفي أن يكون مجرد إنقاص في الربح المهم أن يكون الضرر مؤكدا ومباشرا.[3]

[1] المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع، ص 34.

[2] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2010م.

[3] محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 84.

ب – عدم توقع الفعل المسبب للضرر:

يشترط لتطبيق عمل أو نظرية الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة.[1]وبالتالي إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقيا أن يتوقعه فلا يجوز له المطالبة بالتعويض إعمالا لنظرية فعل الأمير. وقد سار الاجتهاد الفرنسي في هذا الاتجاه.[2]

ج – صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة:

تتميز نظرية فعل الأمير Le Fait Du Praince بصورة رئيسية عن باقي النظريات (نظرية القوة القاهرة) La Théorie De La Force Majeure ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة La Théorie Des Sujétions Imprévues، ونظرية عدم التوقع Théorie De L'imprévision، بأن الإجراء المتخذ قد صدر عن السلطة العامة، ولكن ليس أية سلطة عامة بل أن الإجراء صدر من سلطة عامة معينة محددة.

ويترتب على ذلك أن من شأن هذا الاشتراط أن يستبعد التعويض، عندما لا يكون الفعل صادرا عن الإدارة، كما يستبعد أيضا عندما يكون تدخل الإدارة كان بناءا على طلب من المتعاقد نفسه.[3]

د- عدم صدور خطأ عن الإدارة:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن لا ينطوي الإجراء الإداري الذي أضر المتعاقد مع الإدارة على خطأ ينسب للإدارة المتعاقدة[4]، فتطبيق فعل نظرية الأمير يشترط أن لا يكونالإجراء الذي

---

[1]Lauraent Richer, Op-Cit,P287.

[2] أنظر: حكم محكمة القضاء المصري، القضاء الإداري بتاريخ 191957/06/30، القضية رقم 983، أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 714.

[3]محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 85-86.

[4]Christophe Guettier, Droit Des Contrats Administatifs, Puf, 2011, p560.

اتخذته الإدارة المتعاقدة قد أضر بالمتعاقد معها هو إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها، فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية عمل الأمير، بل تنعقد مسؤولية الإدارة على أساسه هذا الخطأ حيال المتعاقد معها.[1]

الفرع الثاني: حق المتعاقد في التعويض والفسخ:

أولا: حق المتعاقد في التعويض

تستطيع الإدارة من جانبها أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها، وفي المقابل تلك التدخلات في شروط تنفيذ العقد، أن يكون لهذا الأخير هذا في التعويض المالي مقابل ما لحقه من ضرر، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي إلى تسبيب ضرر للمتعاقد، من خلال تفاقم التزاماته، فإن ذلك يستدعي الحق في التعويض نتيجة تنامي أعبائه.[2]

ومهما كان أساس التعويض فإن الثابت أن للمتعاقد الحق في تقاضي تعويض لجبر ما لحقه من ضرر جراء التعديلات الملقاة على كاهله، سواء ورد النص على هذه التعديلات بالعقد أم لا خاصة لو كان من شأنها تغيير طبيعة الأشغال، وذلك على النحو التالي:

أ- تعويض المتعاقد على التعديلات التي ترد في شروط العقد:

عندما تفرض الإدارة تعديلات في جوهر العقد بزيادة أو تخفيض الأشغال التي يجب على المتعاقد تنفيذها فإن له الحق في التعويض. وكثيرا ما تنص دفاتر الشروط على ذلك وهكذا يكون هذا الحق مقررا حتى خارج نطاق النصوص التعاقدية [3]، وإذا ورد على أحقية المتعاقد في

---

[1] نصري منصوري نابلسي، المرجع السابق، ص 718.

[2]Le Préjudice Eprouvé Par La Ville De Saint- Molo A Cette Décision Doit Méme En L'absence De Toute Expresse Du Cahier DechargesAplicable Au Cas Se L'espéceAtrré Pare L'état.....» C E F,27/10/1978, Ville De Saint-Malo, Citépar.

[3] علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 438.

اقتضاء التعويض جبرا لما لحقه من ضرر وذلك بموجب المادة 12 الفقرة 7 من دفتر الشروط الإدارية العامة[1]، وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي بعض هذه المبادئ في أحكامه، فالحق في التعويض يفترض أن المتعاقد تعرض لضرر، وعلى ذلك يستوجب تعويضه من طرف الإدارة.[2]

ب – تعويض المتعاقد في حالة التعديل غير المنصوص عليه في العقد:

وفي مثل هذه الحالة يستحق المتعاقد ثمن جديد عن تلك الأعمال وهذا ما تنص عليه عادة دفاتر الشروط، وهذا التحديد ليس مقصورا على حالة الأشغال المطلوبة في غير المنصوص عليها، بل يشمل كذلك تلك الإجراءات في حالة إعادة النظر المترتبة على التغيير في الأسعار.[3]

ج – تعويض المتعاقد في حالة تغيير طبيعة الأعمال:

في حالة التعديلات التي تفرض على المقاول ويكون من نتيجتها تغيير طبيعة الأعمال، يكون للتعويض نظام خاص حيث يعوض المقاول طبقا لطبيعة الأعمال، التي ورد عليها التعديل، فإذا كانت التعديلات تقلل من حجم الأشغال التي قد تكون اقتصاديا في غير مصلحتها يكون من العدل أن يعوض خاصة إذا ما بلغت قيمة الضرر درجة معينة، ومثل هذا التعويض أصبح اليوم منصوص عليه في دفاتر الشروط وكذلك في حالة الانقاص، ولكي يباشر المتعاقد حقه في التعويض، لا بد أن يكون قد أصابه علاوة على التخفيض ضرر.[4]

---

[1] والتي ينص على ما يلي:« عندما يرتئي المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزامات المتعاقد عليها الدائرة في الصفقة، فيجب تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام.....

[2] علي عبد العزيز الفحام، المرجع نفسه، ص 439.

[3] علي الفحام، المرجع السابق، ص 460.

[4] علي عبد العزيز الفحام، المرجع نفسه، ص 461.

هـ – تعويض المتعاقد في حالة سوء استعمال سلطة التعديل الانفرادي:

إذا كان التعديل الإداري من السلطات الممنوحة للإدارة، فإن استعمالها لتلك السلطات لا يجوز أن يكون طليقا من كل قيد حيث يؤدي ذلك إلى مجموعة من الأضرار غير المبررة لذلك فإن هذا الاستعمال غير المشروع يشكل خطأ عقديا يترتب عليه التعويض، حيث يخضع هذه السلطة لمجموعة من الضوابط تتمثل فيما يلي:

- عدم استهداف الإدارة بالتعديل تحقيق المصلحة العامة.
- عدم توافر مبررات التعديل.
- عدم اتصال التعديل بموضوع العقد.
- تجاوز التعديل نطاق المشروعية.
- تجاوز التعديل للنسب المحددة قانونا.[1]

وعليه يجب أن يقدم المتعاقد طلباته في نهاية الأمر بخصوص الحصول على تعويض، حسب المواعيد التي تحدد لمثل هذا النوع من الطلبات، وهي 10 أيام في دفتر الشروط الإدارية العامة[2]، ولا يسمح له ذلك بتوقيف تنفيذ الأمر بل يبقى ملزما بالخضوع له إلى حيث الفصل في طلبه.

هذا وإن حق المتعاقد في التعويض العادل عن الأضرار التي لحقت به نتيجة التعديل الانفرادي لا يكون إلا في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي، أما في حالة التعديل الاتفاقي الذي يتم وفق آلية الملحق فلا يترتب لأي منهما الحق في التعويض، إلا بقدر ما ورد في اتفاقهما المشترك.[3]

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 114.

[2] حسب المادة 7/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق.

[3] عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دون بلد نشر، 2009، ص 229.

الفرع الثاني: حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد

على الرغم من أن العقد الإداري يجعل للإدارة مركزا متميزا مرده مسؤوليتها عن تنظيم وسير المرفق العام، إلا أن العقد يجب أن تحترم فيه الإدارة العامة ما اتفقت عليه مع المتعاقد معها ولا تتجاوزه إلا للضرورة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان انحرافا بالسلطة العامة كان للمتعاقد أن يلجأ للقاضي مطالبا بفسخ العقد الإداري كجزاء لتجاوز سلطاتها[1]، وبما أن التعديل الانفرادي يعتبر من أهم أخطر هذه السلطات، فقد تم تقنينه بضوابط وشروط تحد منه وتخفف من حدته بل وتشكل ضمانات للمتعاقد في مواجهته بحيث يحق له المطالبة بفسخ العقد إذا ما ثبت خروج الإدارة عن هذه الحدود، أو إذا أدى تنفيذه لقرار التعديل إلى تحمل التزامات جديدة تؤدي لإرهاقه بصورة كبيرة. فالمتعاقد أبرم العقد وفي حسبانه أوضاع معينة ومحددة فلا يجوز بالتالي للإدارة تحميله ما يتجاوز تلك المعطيات تحت طائلة الفسخ إذا ما توفرت حالات معينة (أولا)، مما ينتج عنه آثار قانونية هامة (ثانيا).

أولا: حالات الفسخ

يحكم القاضي بالفسخ في الحالات الآتية:

أ- تجاوز الحد الأقصى المقرر للتعديلات:

يحدث في بعض الأحيان أن تنص بعض العقود أو النصوص القانونية على نسبة مئوية معينة بالنسبة لحجم الأداءات التي يمكن أن تطلب من المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بالزيادة أو النقص باعتبارها نسبة تمثل الحد الأقصى للتعديلات المفروضة. ولكن فيما زاد عنها يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ عقده [2]، ومثال ذلك ما نصت عليه المواد 31 و 30 من

[1] جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004، ص 362.

[2] علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 294.

دفتر الشروط الإدارية العامة مع العلم أن المشرع من خلال هذه المواد خول للمتعاقد المطالبة بالفسخ في حالة تجاوز النسب المحددة لكن دون تعويض.

ب – فرض أعباء جديدة على المتعاقد ترهقه وتتجاوز امكانياته الفنية والمالية:

فإذا فرضت الإدارة على المتعاقد معها التزامات جديدة تفوق امكانياته الفنية والمالية وما كان له ليقبل بها لو علم بها أول مرة يحق له في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد أمام القضاء الإداري[1] إلا أنه وإذا تجاوز التعديل الذي تأمر به الإدارة من حيث أهميته أو طبيعته الإمكانات المالية أو الكفاءات الفنية للمتعاقد، فلا شك أن الحل الأمثل الذي يحقق نوعا من التوفيق بين المصالح المشروعة للمتعاقد وتحقيق أهداف سير المرفق العام يكمن في الحق المعترف به للمتعاقد في طلب إلغاء تلك التعديلات الجديدة مع احتفاظه بعقده، إلا أن التعويض المالي فقط في هذه الحالة قد لا يكون كافيا لحماية مصالح المتعاقد عندما يتجاوز التعديل إمكانياته الاقتصادية أو الفنية مما يدفعه للمطالبة بفسخ العقد.[2]

ج – إذا أدى التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد:

في هذه الحالة يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا وصل التعديل لقلب اقتصادية العقد كما له في التعويض إذا ما توافرت عناصره فالقاضي لا يحكم به إلا بتوفر بعض الشروط كما أن للقاضي الحرية في تقدير الظروف التي بمقتضاها يمكن له أن يقضي فيها بفسخ العقد على أنه سيراعي في ذات الوقت أهمية التعديل بالنسبة لتوقعات الأطراف وكذلك الامكانيات الاقتصادية والفنية للمتعاقد مع الإدارة[3]. وهناك مجموعة من الإجراءات التي يجب على المتعاقد

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 865.

[2] THAROUAT BADAOUI, Le Fait Du Prince Dans Les Contrats Admiratifs,L G D J , France, 1955,P125.

[3] للمزيد من التفاصيل، أنظر علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 298.

اتباعها للمطالبة بالفسخ فإذا تجاوزت الإدارة سلطتها في التعديل، يحق للمتناعقد طلب فسخ عقده كتابة في أجل مدة شهرين ابتداءا من صدور الأمر. [1]فإذا نقضت مدة الشهرين دون أن يطلب التعاقد فسخ العقد اعتبر هذا تنازلا منه عن حقه في المطالبة بالفسخ، وبالتالي يصبح ملزم بالتنفيذ الكامل لما طلب منه.

ثانيا:آثار الفسخ

يرضى المتعاقد بكل حرية على المساهمة في سير المرفق العام ويقبل على التعاقد مع الإدارة إلا أنه ليس مجبرا على الاستجابة لحاجات المرفق إلى ما لا نهاية ومن ثم يسمح له بالتخلص من النتائج الضارة من فعل الإدارة الصادر بالتعديل والذي يتجاوز امكانياته من خلال المطالبة بالفسخ.

على اعتبار أن الروابط التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها تظل قائمة طالما لم يتم الفسخ وإذا كان الفسخ بناءا على رغبة المتعاقد حتى يتخلص من التزامات تفوق امكانياته فهذا لا يجعله السبب في إنهاء العقد بل على الرغم من أن الفسخ تم بناء على طلبه إلا أن الواقع أن للإدارة بسبب تدخلها بالتعديلات الجذرية الصادرة عنها جعلت من ظروف العقد عبئا لا يمكنه أن يتحمله وعلى ذلك يعتبر فعل الإدارة هو السبب المباشر الذي دفع المتعاقد إلى طلب الفسخ لهذا يجب أن يمنع في هذه الحالة تعويضا كاملا، كما أن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد. فيرد كل منهما الآخر ما تسلمه فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض [2]، وأن آثار الفسخ تعود بأثر رجعي إلى يوم رفعالدعوى[3]وعلى اعتبار أن الفسخ في إطار الصفقات العمومية يمثل الإجراء الأكثر صرامة

[1] المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

[2] علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 302.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 745.

على أطراف الصفقة لما له من تأثير على مراكزهم الاقتصادية وعلى مصالحهم فإنه يجوز للمتعاقد

المتضرر من هذا القرار إعتبارا لخطا الادارة ان يطالب بالتعويض عن الضرر الحاصل له جراء هذا الخطأ.[1]

اما في حالة غياب أي نص على التعويض ضمن بنود العقد أو دفاتر الشروط الإدارية فإن القاضي الإداري يتمتع في حالة بسلطة واسعة تمكنه من اقرار التعويض لفائدة المتضرر من قرار الفسخ.

وأن التعويض عن الضرر الناتج عن فسخ العقد يشمل عادة جملة الخسائر والإ ضرار التي لحقت بالمتضرر. فجبر الضرر عادة ما يكون من خلال التعويض عن جزء من الخدمات التي لم تنجز أي دفع قيمة الخدمات التي من المفترض انجازها في ظل تواصل العقد بالإضافة إلى التعويض عما فات صاحب الصفقة من الربح جراء عدم اتمامه لإنجاز موضوع الصفقة.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

من الطبيعي أن تنشأ منازعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها في أي مرحلة من مراحل التي تمر بها الصفقة العمومية منذ إجراءات الإبرام إلى غاية نهاية التنفيذ رغم أن بعض العقود الإدارية لا تخضع لنظام واحد منها عقود تطبق عليها قواعد القانون الخاص ومنها ما يطبق عليها قواعد القانون العام.

أولا: تحديد الاختصاص القضائي

نلاحظ في الجزائر أن التشريعات المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية أو المتعلقة بالعقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية قد تطورت وخاصة تلك المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد وما

[1]Gvibal M, Mémento Des Marché Publics, 2emeEd ,Lemoniteur, Paris, 1998, p 241.

يترتب بشأنها من منازعات تتعلق بامتيازات وسلطات المصلحة المتعاقدة وخاصة النزاعات المرتبطة بالحقوق المالية لكلا الطرفين وخاصة تجاه المتعامل المتعاقد.

ولقد جاء قانون الاجراءات المدنية والإدارية 09-08 صريحا وتحديدا في المادة 807 منه، حيث نص أن منازعات الصفقة العمومية هي من اختصاص القضاء الإداري، سواء فيما يتعلق بإعدادها وتكوينها وكذا تنفيذها وحتى حالة فسخها، وهذا ما تأكد من خلال قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 08 ماي 2000 وقضاء المحكمة العليا، فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 1990/01/13 في قضية (ب.م.ب) ضد وزير المالية ووالي ولاية المسيلة..."حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في هذه الحالات.[1]

ومن ثم فإن القضاء المختص في النظر في المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية هو القضاء الإداري وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية كأصل عام للمعيار العضوي لفصل اختصاص جهة القضاء الإداري عن القضاء العادي فنصت المادة 800 على:" المحاكم الإدارية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرف فيها....."[2]

وهكذا قضت المادة 800 المذكورة في طبيعة المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، واشترطت أن تكون ذات صبغة عمومية إذارية، بما يعني أن القاضي الإداري يقتضي بعدم الاختصاص في حال عرضت منازعة أمامه تتعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري، وهذا ما أكده مجلس الدولة في كثير من قراراته.

[1] شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 398.

[2] المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08/09 المؤرخ في 2008/02/25.

ففي قرار له صدر بتاريخ 24 ماي 2002 ملحق رقم 05147 الوكالة الوطنية للسدود ضد شركة لحميد أنتل ناسيونال، اعتبر مجلس الدولة الوكالة الوطنية للسدود مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، فأقر عدم اختصاصه وبنى قراره على المادة 07 من قانون الاجراءات سابقا.[1]

ثانيا: أوجه ممارسة الدعوى

إن القاعدة العامة تقضي أن جل "المنازعات التي قد تثور بشأن تنفيذ الصفقة العمومية تعود بالدرجة الأولى لولاية القضاء الإداري التي تخضع لها تلك المنازعات حيث أن منها ما يخضع للقضاء الكامل ومنها ما يخضع لقضاء الالغاء"[2]

لذلك فإن اللجوء للقضاء الإداري في مجال المنازعات الناشئة في تنفيذ العقد يندرج إما تحت القضاء الكامل بمختلف أشكاله خاصة دعوى فسخ العقد أو تحت قضاء الإلغاء، ذلك بممارسة دعوى الإلغاء لبعض القرارات الإدارية خاصة في مرحلة التنفيذ عند تعديل بنود الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة [3] ومن ثم فإن قاضي العقد هو المختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد وانهائه.[4]

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 192.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 303.

[3] بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 137.

[4] مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 389.

وعليه فإن القضاء الكامل تدخل تحت طائلته جميع الدعاوي المتعلقة ببطلان العقود والدعاوي المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة [1]، دعاوي التعويض [2] والدعاوي المتعلقة بمراجعة الأسعار [3] ودعوى قيمة الأشغال المنجزة.[4]

الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل بنظر منازعات سلطة التعديل

إذا كان محل المنازعة الإدارية عقد إداري وسواء اتصلت بانعقاده أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإن المنازعة تدخل تحت ولاية القضاء الكامل[5]، ويرجع خضوعها للاختصاص القضاء الكامل دون قضاء الالغاء، لأن قضاء الإلغاء يندرج تحت فكرة قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي، وهو صورة من القضاء تدور المنازعة التي ينظرها حول تهديد المراكز الموضوعية التي يشغلها الأفراد بالاعتداء عليها.[6]

[1] انظر قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2004/01/20، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم 013565، فهرس 83، قضية بلدية باتنة ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات.

[2] انظر قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/16، الغرفة الأولى، ملف رقم 11136، فهرس 917، قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد يعيش.

[3] انظر قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 2003/01/02، فهرس 012، قضية بلدية عين الكحيل ضد مجاهد عبد الرحمان.

[4] انظر قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 2007/08/09، ملف رقم 035101، فهرس رقم 456، قضية بلدية بريكة ضد أشغال البناء وجميع هياكل الدولة.

[5] من المسلم به فقها أن القضاء الكامل هو صاحب الاختصاص الأصيل في منازعات العقود الإدارية، لتفصيل أكثر راجع:
د- عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال التطبيق في النظرية، دون تاريخ النشر، ص 56-57.
د- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 187-188.
د- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 134-135.

[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 304.

ويدخل تحت اختصاص القضاء الكامل الدعاوي المتعلقة بالبطلان العقود والدعاوي المتعلقة بالحصول على المبالغ المالية، وهي كثيرة جدا أو تكاد تطغى على بقية أنواع المنازعات الأخرى، حيث أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة تخضع لنوع من الرقابة القضائية والمتجسدة في رقابة القضاء الكامل وفي إطار اختصاص القضاء الكامل في هذا النوع من الرقابة سنتطرق بالدراسة إلى الحالات التالية:

- دعوى بطلان التعديل.
- دعوى فسخ العقد.

أولا: دعوى بطلان التعديل: ويحكم القاضي ببطلان التعديل في الحالات الآتية:

أ/ من المعروف أن سلطة التعديل ترتكز على فكرة مفادها المرفق العام فلا تباشر الإدارة هذه السلطة إلا تلك الشروط المتعلقة بسير وانتظام المرفق العام ولضمان حسن سير المرفق وتلبية الخدمات العامة للجمهور في أحسن وجه.[1]

وترتكز فكرة نظام التعديل على الشروط التي تتصل بالنشاط الذي يؤديه المرفق، وعلى ذلك فإنه يمكن القول أنه لصحة التعديل لابد من وجود سبب قانوني وهو الدافع والهدف منه هو دائما احتياجات المرفق العام.

ب/ قد تتقرر بعض الشروط في العقد بنصوص قانونية أو تنظيمية، ومن ثم لا يعترف للإدارة بتعديل تلك الشروط، فإن فعلت فإنها تكون قد خرجت على مبدأ المشروعية ويعتبر هذا القرار عملا باطلا[2] ومعرض للإلغاء.

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 125.

[2] عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 293.

ج/ اقتصار سلطة التعديل على موضوع العقد ذاته، وذلك لأن المتعاقد قبل أن يساهم في تسيير المرفق يقصد هدفا معينا، وبالتالي فإن التزامه ينتهي تماما عند وجود الموضوع الذي تعاقد من أجله.

وتبعا لذلك فإنه لا يمكن للإدارة أن تفرض أي التزام أو تعديل مهما كانت غايته ما لم يكن له علاقة بموضوع العقد. فكل تعديل يتجاوز موضوع العقد يعتبر عملا باطلا وأن المصلحة المتعاقدة عند ممارستها سلطة التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يمس الشروط المالية والتقنية فهنا لا يجوز استخدام سلطة التعديل لإرهاق المتعامل المتعاقد.[1]

د/ أما فيما يتعلق بضرورة تغيير الظروف كشرط لإجراء تعديل فهناك سبه إجماع في العقد سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر على ضرورة توافر هذا الشرط لمباشرة الإدارة لسلطتها في التعديل والأصل هو تنفيذ تعهدات الاتفاقية [2].والاستثناء هو أن تباشر الإدارة هذه السلطة من جانبها ‘ذا لم يكن هناك مبرر قانوني يبرر هذا الخروج وإلا تكون الإدارة قد تجاوزت سلطاتها ولا تستطيع أن تباشر هذه سلطة في التعديل.

ثانيا: دعوى فسخ العقد

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد بالزيادة في الالتزامات أو انقاصها مشروطة بأن لا تتجاوز تلك التعديلات حدود معينة وأن لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب أو على تغيير جوهره، بحيث يصبح المتعاقد أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه في

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 293.

[2] علي عبد العزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 293.

بادئ الأمر، وإذا تخطت الإدارة تلك الحدود للسلطة فإن المتعاقد إذا وجد أن التعويض لا يفيده في مواجهة الظروف الجديدة حق له أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد.[1]

وتكون هذه المطالبة في حدود معينة ودعواه، في هذا الصدد تندرج في نطاق اختصاص القضاء الكامل[2]، خاصة إذا ترتب على التدابير والإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في إطار سلطة التعديل إرهاق المتعامل المتعاقد وتجاوزت الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها ووصل الأمر إلى حد قلب اقتصاديات العقد بمعنى أن الأعباء الجديدة تؤدي إلى إرهاق المتعامل وتجاوز امكانياته التقنية أو المالية.

مما يؤدي ذلك إلى تغيير موضوع العقد الأصلي، حيث إذا وجد المتعامل المتعاقد نفسه أمام عقد جديد ولم يكن التعويض كافيا كان له الحق أن يلجأ إلى القضاء لطلب فسخ العقد.[3]

الفرع الثاني: اختصاص قضاء الإلغاء بالطعن في قرار التعديل

المبدأ أن المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد تندرج غالبا تحت ولاية القضاء الكامل حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله، واساس ذلك أن الإدارة ما تصدره من قرارات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية كتعديل بالزيادة أو النقصان في بند أو عدة بنود أو قرارها بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة أو بتوقيع الجزاءات تنعقد جل النزاعات الناشئة بشأن هذه القرارات ضمن اختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء.[4]

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 745.

[2] حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 101.

[3]

[4]

غير أن قيام الإدارة بالأعمال المنفردة في شكل قرارات إدارية وأحيانا تعاقدية في شكل صفقات عمومية لا يعني بالضرورة إنفصال القرار الإداري عن العملية التعاقدية، إذ قد يحدث مزج بين العملين لأداء عملية واحدة وهو ما يعرف بالأعمال المختلطة أو المركبة.[1]

وعليه فإن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد إذا أصدرت الإدارة قرارا انتهكت فيه نصا من نصوص العقد أو عدلت في العقد بأن زادت مثلا في حجم الأشغال الموكلة إليه أو أنقصت من ثمن الخدمة التي يتقاضاها من المنتفعين إلا أن القضاء الإداري أورد استثناء على هذا الأصل وسمح برفع دعوى الإلغاء في مواجهة هذه القرارات بصورة مستقلة عن دعوى العقد إذا ما صدرت هذه القرارات من السلطات الإدارية ليس بصفتها كمتعاقد وإنما باعتبارها سلطة ضبط إداري أو تطبيق للقوانين [2] مثل قرار التعديل في الصفقة أو التعليمات الموجهة للمتعامل المتعاقد بشأن تنفيذ المشروع. فقد اعتبراها الفقه والقضاء الإداري قرارات إدارية منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا بالإلغاء.[3]

أولا: إلغاء القرار الإداري المنفصل الخاص بالتعديل

القرار الإداري المنفصل هو:" قرار ساهم في تكوين العقد الإداري يستهدف اتمامه إلا أنه ينفصل عن العقد ويختلف في طبيعة الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا" [4]، ومن جهة أخرى فإن عقود الإدارة سواء كانت من عقود القانون العام أو الخاص تبرم بطريقة خاصة تقتضي في بعض مراحلها إصدار قرارات إدارية، والتي يطلق عليها اسم القرارات الإدارية المنفصلة، وهذه القرارات الإدارية سواء أسهمت في تكوين العقد الخاص أو العقد الإداري فإن الطعن فيها يكون أمام جهة القضاء الإداري، باعتباره جهة القضاء العام في قضاء الإلغاء.[5]

---

[1]

[2] بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 139.

[3] عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2009.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 338.

[5] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 182.

ثانيا: أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل الخاص بالتعديل

إن من بين أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العملية التعاقدية هي ذات الأوجه التي يقررها القانون للطعن بالإلغاء، ويشترط في طلب الإلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عيب من العيوب كعيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة أي الانحراف باستعمالها.[1]

وللطعن بالإلغاء في القرار يجب أن يكون ركن أو أكثر من أركانه مشوب بعيب من العيوب التي تصيب هذا القرار الإداري، ومن ثم فهي تتضمن أوجه الإلغاء.[2]

فحالات وأسباب الحكم بالإلغاء في القرار الإداري هي مجموعة الحالات والعيوب التي قد تشوب هذا القرار وتجعله غير مشروع ومخالف لقواعد القانون العام عند تحقق شروط انعقاد دعوى الإلغاء ينعقد الاختصاص للقاضي المختص بدعوى الإلغاء في فحص القرار الإداري.[3]

كما يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب المشوب للقرار الإداري مثل مخالفته للاجراءات، الشكل أو قواعد الاختصاص أو عيب السبب أو عيب الانحراف بالسلطة، كما أن قاضي الإلغاء يملك سلطات ضيقة جدا، فقبل النطق بالإلغاء القرار المنفصل يجب عليه تبيان أوجه الخرق في القرار الصادر سواء لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل أو الاجراءات.[4]

---

[1] محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2007، ص 287.

[2] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 175.

[3] عمار عوابدي، القانون الإداري: الجزء الثاني (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2005، ص 173.

[4] عمار بوضياف، الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 196.

وإلغاء القرار المنفصل يرجع إلى أسباب مشروعيته الداخلية أو الخارجية، مثل عدم اختصاص السلطة التي اتخذت القرار المنفصل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة.[1]

ثالثا: الحكم بإلغاء القرار المنفصل

لقد استقر الاجتهاد القضائي على بقاء العقود حيز الوجود القانوني على الرغم من إلغاء القرار المنفصل، وذلك ما لم يتمسك به أحد طرفي العقد ويطالب بإبطال العقد بناءا على إلغاء هذا القرار المتعلق بالتعديل.[2]

وأنه في مجال القضاء الإلغاء لا يمكن الإستناد إلى مخالفة الإدارة التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري فدعوى الإلغاء هي جزء لمبدأ عدم المشروعية [3]، واثر إلغاء القرار المنفصل يمتد إلى أطراف العقد، حيث يمكن أن يعدلوا الأوضاع القانونية للعقد المبرم سابقا لما يقضي به حكم الإلغاء، كما يمكنهم أيضا فسخ العقد القديم ويمكن أن لا يتفقا أطراف العقد على ذلك عندئذ يمكن للمتعامل اللجوء إلى قاضي العقد.[4]

ومعنى هذا أن بطلان القرار المنفصل يقتصر أثره على الاجراءات التالية له، والتي بنيت عليه ولا يمتد هذا الأثر إلى الاجراءات السابقة عليه والتي تمت في حد ذاتها.

وبهذا فإن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل له حجية مطلقة أمام قاضي العقد ويترتب عليه الآثار الآتية:[5]

---

[1] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 245.

[2] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 256.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 197.

[4] مهند مختار نوح، المرجع نفسه، ص 257.

[5] جمال عباس أحمد عثمان، في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، دون بلد النشر، 2007، ص 555.

أ/ إذا كان حكم الإلغاء قد استند إلى عيب في العيوب في القرار القابل للانفصال ففي هذه الحالة فإن دور القاضي هو بيان ذلك العيب في العملية التعاقدية.

وبيان ذلك أيضا أن قاضي العقد يشمل العقد بنظرة كلية، فلا يترتب بطلان العقد بشكل آلي بناء على الغاء القرار المنفصل، إذ أن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى بطلان العقد وأن البذلان يكون حسب السبب الذي برر الإلغاء فإن كان محل الالغاء الشروط التعاقدية للقانون فإن الإلغاء يحتم عندئذ إبطال العقد.

ب/ أن بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الاجراءات التالية له التي بنيت عليه ولا يمتد إلى الاجراءات السابقة عليه رغم استقرار قاعدة تأثر العقد الإداري بالحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عنه ولا ينفصل هذا العقد تلقائيا نتيجة لحكم الإلغاء إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية حكم الإلغاء فيمكن للمتعامل المتعاقد استنادا إلى هذا الحكم أن يلجأ إلى قاضي العقد مطالبا بالفسخ.[1]

[1] د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 347.

خلاصة الفصل الأول:

وما نخلص إليه في نهاية هذا الفصل أن تفوق الإدارة كطرف في العقد الإداري على المتعاقد معها من حيث امتلاكها سلطة تعديل العقد انفراديا، ولكن هذا لا يعني انعدام المساواة بينهما، لأن المساواة في العقد الإداري تقوم على التوازن الدقيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة دون افراط أو تفريط بينهما، مما يجعل المتعاقد معاونا للإدارة في تحقيق الصالح العام، وبالتالي فهو ملزم على الامتثال للتعديلات التي تدخلها على بنود العقد أثناء تنفيذه، والتي تفرضها مقتضيات المصلحة العامة لحسن تسيير المرافق العامة كلما تطلب النفع العام ذلك، وهو ما نصت عليه مختلف المراسيم المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر، فضلا عن ذلك أن الإدارة لا تملك سلطة تعديل العققة وبشروط محددة، مما يجعل المساواة قائمة في العقد الإداري ومبينة على أساس قانوني، في المقابل إن المتعاقد مع الإدارة ليس خاضعا للتحكم المطلق للإدارة، بحيث له الحق في التعويض عن الأضرار التي تلحق به من جراء تعديل الإدارة أثناء تنفيذ العقد، طالما أن حقوقه محفوظة بمقتضى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري،

الذي يحققه القاضي في إيجاد التوازن بين هذه الامتيازات وتقرير الضمانات المقررة للمتعاقد معها.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

لسلطة الإدارة الجزائية العديد من السمات المميزة لها عن غيرها من السلطات المخولة لها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وتأتي في مقدمة هذه المميزات من الخصائص ما يدل عليه من حيث تسميتها، فهي سلطة استثنائية تفرض فقط عند الاخلال بتنفيذ الالتزامات القانونية من قبل المتعاقد معها ومقيدة بشروط.

كما تتمتع هذه السلطة بجملة من الخصائص والمتمثلة في سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، إضافة إلى توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد، علاوة على ذلك تعدد الجزاءات المفروضة على المتعاقد إضافة إلى خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لمجموعة من القيود وذلك يتجلى في الإعذار بالجزاء وخضوع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء بالإضافة إلى ذلك عدم جواز الإدارة توقيع جزاءات جنائية بنفسها. وقد مر الاعتراف للإدارة بحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمراحل تطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أن استقلت بنظام قانوني مصدره القانون العام، وبموجبه أصبح لنظرية الجزاءات في العقد الإداري خصائصها المشتركة في أساسها القانوني، الذي تقوم عليه وهو ما يتميز به نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عن نظام الجزاءات المعمول به في نظام القانون الخاص.

هذه الجزاءات تختلف في مجال تطبيقها عن الجزاءات المقررة في مجال العقود المدنية، فإذا كانت هذه الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء في تعويض المتعاقد، بحيث تعيد التوازن إلى الالتزامات الناشئة بين طرفي العقد فإن الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تستهدف بالدرجة الأولى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية بما يكفل دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

وعلى ضوء ما تم ذكره تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين هما على النحو التالي:

- المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري.

- المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية.

المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية كإحدى امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن تنفيذ عقودها الإدارية المتصلة بسير المرافق العامة بانتظام وإطراد والتي فرضتها مجريات مسار العلاقة التعاقدية نتيجة وقوع خطأ عقدي ويقصد به ذلك الخطأ الناتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا من عدمه أو اهماله عن فعله دون عمد أو اهمال،[1] وهذا الخطأ الذي يكون في الغالب من جانب المتعاقد في أثناء مرحلة تنفيذ العقد مما يترتب عنه المساس باستمرارية المرفق العام المتصل بموضوع العقد.

لذلك يقتضي منا الأمر الإلمام بموضوع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية ضرورة تناول تعريف سلطة الجزاءات الإدارية (المطلب الأول)، ومن ثم التطرق إلى أنواع الجزاءات الإدارية (المطلب الثاني)، وبعد ذلك التطرق للأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف سلطة الجزاءات الإدارية

أدى فقه القانون العام دورا كبيرا في تحليل ودراسة مسلك القضاء الإداري بهذا الخصوص واستخلاص القواعد التي تحكم هذه السلطة والتركيز على الآراء والتحاليل والأفكار ذات الطابع القانوني التي تساعد على فهم مضمون هذا الامتياز السلطوي، لذا نرى أن معالجة ذلك لا تكون مناسبة إلا بالتطرق إلى المعنى العام للجزاء (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى تحديد معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني (الفرع الثاني).

[1] جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 630.

الفرع الثاني: المعنى العام للجزاء

الجزاء لغة مصدره الفعل جزى، والذي معناه: مكافأة، عقاب، عقوبة.[1]

أما في الاصطلاح الفقهي القانوني فيقصد بالجزاء:" ذلك الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية من خلال اتخاذ الدولة ممثلة في سلطاتها المختلفة كافة الوسائل في الاجراءات لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها سواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أو عن طريق معالة الوضع الذي أدت إليه المخالفة أو عن طريق ردع من قام بالمخالفة".[2]

ومعنى ذلك إنه إذا خالفها أي شخص تحرك عناصر الجزاء ليترتب أثره وفي نفس الوقت تبرز مكانة القاعدة القانونية ودرجة الزامها.[3]

فالجزاء بهذا المعنى هو ركن القاعدة القانونية وعنصر من العناصر المكونة لها بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر.[4]

وعلى هذا الأساس وصف الجزاء بأنه بمثابة الركن الجوهري للقاعدة القانونية وبدونه تصبح القاعدة القانونية مجرد أحرف ميتة لا وجود لها من الناحية العلمية.[5]

---

[1] المنجد في الوسيط في العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2003، ص 169.

[2] أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)/ كلية الحقوق، جامعة نبها، السعودية، سنة 2007، ص 32.

[3] عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 27.

[4] علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرقم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

[5] عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 27.

الفرع الثاني: معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني

1- المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية:

يقصد بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية:" تلك الجزاءات التي تفرضها جهة إدارية مخولة بموجب القانون، على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري".[1]

كما يقصد بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، بمعنى أدق وأوسع:" تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية وغير التقاعدية مهما كانت طبيعتها وذلك لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من أوجه الإخلال بعد اعذاره.[2]

وبناءا على ذلك، فإن حق الإدارة في مباشرة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ليس بهدف تعجيزه أو إعادة التوازن للالتزامات المتبادلة بينهما وإنما بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد واستبعاد الإخلال بالتنفيذ مهما كانت صورته بالدرجة الأولى.[3]

2- التكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية:

يقصد بالتكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تحديد الوصف الذي تأخذه الجزاءات حينما تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية حيث انقسم الفقه الإداري إلى عدة أراء منها رأي يكيفها على أنها تعويض من المتعاقد للإدارة

---

[1] د- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 43.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 41.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع نفسه، ص 42.

المتعاقدة (أ)، وآخر يكيفها على أنها عقوبة من الإدارة على المتعاقد معها (ب)، ورأي آخر يكيفها على أنها إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته (ج).

أ- الرأي الأول: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تعويض من المتعاقد للإدارة:

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة، وهي بصدد تنفيذها لعقودها الإدارية بمثابة تعويض جزائي لها، وذلك نتيجة الأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية.[1]

ويجد هذا الرأي أساسه فيما أبداه القضاء المصري بقوله: " إن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ".[2]

وفقا لهذا الرأي كل خطأ سواء كانت نتيجة لإخلال بالتزام تعاقدي أو نتيجة لإخلال بالتزام فرضه القانون سبب ضررا لغيره يلزم من ارتكبه بالتعويض [3]حسب المادة 124 من القانون المدني الجزائري إلا أن التكييف القانوني الذي جاء هذا الرأي غير مؤسس ذلك للسبب التالي:

حيث أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية ليست تعويضاذي طابع مالي فقط، بل تتخذ الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية صورا وأنواعا عديدة، منها ما هي ذي طبيعة مالية، ومنها ما هي ذي طبيعة غير مالية[4]، كما سيتم التعرض لذلك لاحقا عند التطرق لأنواع الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

---

[1] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 45.

[2] فتوى مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ: 1959/05/10، مقتبسة عن مرجع حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 45.

[3] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 46.

[4] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 46.

ب – الرأي الثاني: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها:

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها لأن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية يقضي توقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة المتعاقدة معه بهدف ردعه واجباره، مما يدفعه ذلك إلى تنفيذ ما أخل به من التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد الإداري الذي يربط بينهما.[1]

كما أنه وفقا لهذا الرأي يتبين الفرق الجوهري بين الجزاءات التي تفرض في مجال العقود الإدارية والجزاءات التي تفرض في مجال العقود المدنية، فينما تهدف هذه الأخيرة إلى إصلاح المخالفات التي تحدث أثناء مرحلة التنفيذ من خلال تعويض الطرف المتعاقد عن الأضرار التي لحقته بما يعيد التوازن إلى الالتزامات بين طرفي العقد وبالتالي فإنه لا يوجد من وراء ذلك معنى العقوبة، وهذا على خلاف الجزاء الذي تستطيع الإدارة توقيعه على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنه بالإضافة إلى أن الجزاء يستهدف معنى العقوبة فإنه يعد كضمانة لدوام استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد وها ما يجعل من الجزاءات في مجال تنفيذ العقوبة الإدارية بمثابة آليات هدفها الأساسي و العمل على ضمان تنفيذ مضمون ومحتوى العقد الإداري مما يعطي للإدارة الحق في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات المناسبة على المتعاقد معها عند اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.[2]

ويجد هذا الرأي سنده فيما أكده القضاء الإداري المصري بقوله: أن كل اخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون اخلال بالتزام تعاقدي فحسب..... يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ثم سلة معنى العقوبة.....

[1] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 46-47.

[2] رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 36-37-38.

وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد (المتعاقد) المتخلف بمجرد قيام سببها.....[1]

غير أن التكييف القانوني وفقا لهذا الرأي هو الآخر غير سديد وذلك على أساس أن التسليم بالقول أن الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية هي عقوبة للمتعاقد يعني ذلك خضوعها لذات المبادئ التي تخضع لها الجزاءات الرادعة سواء من حيث مشروعيتها الموضوعية أو الجزائية.[2]

ج- الرأي الثالث: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزامات التعاقدية.

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية المنصوص عليها بموجب عقد من العقود الإدارية بمثابة إجراء يحمل بين طياته وسيلة لحمل المتعاقد وإجباره على تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية بما يكفل ضمان دوام استمرارية المرفق العام وذلك بشكل يجعله دائما يؤدي وظيفته في انتظام واطراد وعلى الوجه المطلوب، وذلك نظرا للعلاقة الوثيقة والمباشرة التي تربط تنفيذ العقود الإدارية بالمرافق العامة التي تدار بواسطتها.[3]

وكما و معلوم أن الإدارة هي المسؤولة أساسا عن إدارة المرافق العامة والإشراف عليها من حيث تنظيمها وتسييرها، بحيث كان من الواجب تمتعها بسلطة توقيع الجزاءات في مجال تنفيذها لعقودها الإدارية من أجل إجبار المتعاقد معها وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه أفضل.[4]

---

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 475-476.

[2] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 48.

[3] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 48.

[4] رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 39.

ويجد هذا الرأي سنده القانوني فيما صدر عن القضاء المصري بقوله:..... أن الشراء على حساب المتعاقد المقصر وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد على أكمل وجه، وهو جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها، والتي جرى العرف الإداري على اشتراطا في العقود الإدارية.[1]

وبالتالي فإنه وفقا لما سبق تناوله من الآراء، فإن الفقه الإداري يرجح الاتجاه الأخير لكونه يجسد التكييف القانوني السليم للجزاءات في مجال تنفي العقود الإدارية.[2]

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية

تمتلك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع عدة جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد أو عدم مراعاته آجال التنفيذ، أو لم يحترم شروط التعاقد أو التنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة.[3]

ومن هذا المنطلق تأذ الجزاءات الإدارية التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المخل بالتزامات عدة صور وأشكال، ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية (الفرع الأول) وجزاءات ضاغطة (الفرع الثاني).

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 477.

[2] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 48.

[3] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 128.

الفرع الأول: الجزاءات المالية

للإدارة الحق أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، توقيع عدة جزاءات مالية على المتعاقد في حالة إحلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ومن بين هذه الجزاءات مايلي:

أولا: الغرامة التأخيرية

1_ تعريفها: يمكن ابراز تعريف الغرامة التأخيرية من خلال تناول مختلف التعاريف الفقهية للغرامة التأخيرية والتي في مجملها تبرز الطبيعة القانونية لهذا الجزاء بحيث عرفها الأستاذ André De Laubadaire بأنها "تعويضات جزافية متفق عليها في العقد الإداري توقع على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزماته التعاقدية"[1].

كما عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنها:" عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة المتعاقد مقدما وتنص على توقيعها متى أدخل المتعاقد معها بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ "[2].

ما يلاحظ من خلال هذه التعاريف وبحسب ما تشير إليه تسمية هذا الجزاء، فإن الغرامة التأخيرية تفرضها الإدارة على المتعاقد في حالة وقوع تأخير من جانبه في تنفيذ التزلماتهالتعاقدية، ومن ذلك على سبيل المثال تأخر المتعاقد في انجاز الأشغال محل التعاقد في الأجل المتفق عليه بالنسبة لعقد الأشغال العامة أو تأخيره في تسليم التوريدات في أجلها المتفق عليه بالنسبة لعقد التوريد"[3].

---

[1]. les Pénalités De Retard Se Distinguent Des Dommages Intérêts En Ce Qu'elles Snt Fixes A L'avance Contractuellement Et Se Présentent Aini Comme Des Dommages_ IntérêtsForfaitaires. Voir: André De Laubadaire, Jean Claude Vane Zia, Yves Gandet, Tracté De Detroit Administratif,T01 15 eme Edition, L .G.D.J. Paris,1999,P.824.

[2]. سليمان محمد الطماوي, الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص490.

[3]. محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص116.

ومن جهة أخرى يوجد من الفقهاء من وسع في حالات فرضها لتشمل أيضا حالة التنفيذ المعيب أو غير المطابق للعقد الإداري، وذلك بشكل لا ينسجم مع الشروط المتفق عليها من حيث مواصفات وكيفيات التنفيذ.[1]

وهو ما نلمس تكرسه من قبل المشرع الجزائري بقوله: يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة تنفيذا غير المطابق، فرض عقوبات مالية.....».[2]

ويرجع أساس فرض الغرامة التأخيرية إلى أن الإدارة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار العنصر الزمني، الذي ينبغي على المتعاقد خلاله تنفيذ العقد الإداري، والذي يكون حسب حاجة المرفق العام له خاصة وأن هذه المدة الزمنية هي أصلا من اقتراح المتعاقد مع الإدارة، لأنه حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة قد تعهد باحترام المدة المتفق عليها، ومن هذا المنطلق وجب على الإدارة فرض جزاء مالي في شكل غرامة تأخيرية على كل متعاقد معها ثبت إخلاله بالمدة المقررة لتنفي العقد الإداري.[3]

2- خصائص الغرامة التأخيرية:

تتميز الغرامة التأخيرية بالعديد من الخصائص التي تميزها عن الجزاءات الإدارية الأخرى، فهي تحدد مسبقا، وذات طبيعة عقابية، كما أنها توقع إداريا، فضلا عن كونها توقع تلقائيا. وسنبين ذلك على النحو التالي:

[1] محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 135.

[2] انظر: المادة 01/09 من المرسوم الرئاسي، 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم.

[3] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 153.

أ -الغرامة التأخيرية تحدد مسبقا:

يمكن القول أن الغرامة التأخيرية لها ميزة الطبيعة الاتفاقية، أي أنها تحدد مقدما في العقد أو القانون[1]، وهذا ما تحرص عليه في الغالب بالنص في العقود الإدارية التي تبرمها ودفاتر شروطها على اشتراط توقيعها للغرامة التأخيرية على المتعاقد معها، وذلك كجزاء في حالة وقوع تأير من جانب المتعاقد في انجاز موضوع العقد في الآجال المنصوص عليه في العقد المبرم.[2]

كما جاء المشرع الجزائري صريحا في هذا الصدد بقوله: تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين، بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة. [3] وفي الجهة المقابلة لا يمكن للمتعاقد أن يتفادى فرض الغرامة المالية التأخيرية من جانب الإدارة المتعاقدة، بحجة أنه مبالغ فيها وأن تأخيره في التنفيذ في الأجل المحدد لم يترتب عنه وقوع ضرر لها أو أن الضرر غير كبير ولا يتناسب مع قيمة الغرامة، فالعبرة هنا ليست في وقوع الضرر بل في حصول التأخير.[4]

ب – الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية:

بمعنى أن الإدارة تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته دون الحجة لإثبات وقوع ضرر لها لأن هذا الضرر مفترض وقوعه بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات

[1] تنص المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10-247 المعدل والمتمم على أنه: تقطع العقوبات المالية التعاقدية على المتعاملين المتعاقدين، بموجب بنود من الدفعات التي تتم حسب كيفيات المنصوص عليها في الصفقة.

[2] عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1989-1990، ص 36.

[3] انظر: المادة 01/147 من المرسوم الرئاسي 247/15، المؤر في 02 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015، العدد 46، ص 36.

[4] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 493.

العكس.[1]وذلك بمجرد وقوع التأخير أو التقصير في التنفيذ من جانب المتعاقد معها، على اعتبار أن الإدارة المتعاقدة عندما حددت أجلا لتنفيذ موضوع العقد، فإنها قد أخذت بعين الاعتبار في ذلك حاجات ومتطلبات تسيير المرفق العام التي تستوجب تنفيذها خلال هذا الأجل.[2]

كما أنه يجوز للإدارة المتعاقدة الجمع بين الغرامة التأخيريةوالجزاءات الإدارية الأخرى إذا ما توفرت أسباب كل منهما، فيجوز لها مثلا أن تفرض على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته جزاء الشراء على حسابه، فضلا عن توقيع الغرامة التأخيرية عليه.[3]

ج- الغرامة توقع إداريا:

إذا كانت الغرامة التأخيرية تعتبر كجزاء مالي لا يكفي مجرد النص عليها ليصبح استحقاقها أمر مقضيا تطالب به الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء، بل أنها تفرض من جانب الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب قرار إداري صادر عنا ودون أن تكون ملزمة باللجوء لاستصدار حكم قضائي يقضي بتوقيعها،[4] كما أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تأخر المتعاقد معها بالفعل في تنفي التزاماته، لأنه لا يجوز فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة وثابتة، وفي المقابل يحق للمتعاقد أن ينازع أمام القضاء في صحة الغرامة المفروضة عليه.[5]

---

[1] ربيحة سبكي، سلات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معه في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الاجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 13-05-2013، ص 97.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 493.

[3] محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 123.

[4] منصور ابراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة في القانون، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، يناير 2013م، ص 350.

[5] اسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 103.

د- الغرامة التأخيرية توقع تلقائيا:

معنى ذلك أنها تستحق بمجرد وقوع التاخير من جانب المتعاقد في تنفيذ لالتزاماته في الآجال المحددة، ودون الحاجة إلى تنبيه أو اعذار. [1] مادام أن العقد الإداري قد تضمن أجلا محددا للتنفيذ ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة [2]، وهذا ما نلمس تكريسه من قبل المشرع الجزائري في المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، والتي تنص على أنه :" إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات (جزاءات) على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق، بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي في تاريخ استلام الأشغال المؤقت".[3]

[1]. نواف كنعان, القانون الإداري, الكتاب الثاني(الوظيفة العامة- القرارات الإدارية- الأموال العامة)، الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان , الأردن، سنة 2005،ص 360.

[2]. تجدر الإشارة إلا أن من الفقهاء من يرى أنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعذار المتعاقد معها بتأخيره قبل فرض الغرامة التأخيرية عليه، لأن بإعذاره قد تجنب استمراره في التأخير، وهو الأمر المعمول به في التشريع الجزائري، والقانون الفرنسي، محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري(تنظيم الإدارة- نشاط الإدارة- وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 554-555.

[3]. القرار المؤرخ في 1964/11/21م، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد06، الصادر بتاريخ 19 يناير 1965.

ثانيا: مصادرة التأمينات

تخضع العقود الإدارية في إبرامها لقاعدة مفادها لاعطاء بغير تأمين [1]، وهو عند رسو العطاء عليه يصبح هذا التأمين بمثابة ضمان مالي نهائي [2] ليكفل للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لدفعه بتنفيذ التزاماته، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد الإداري ودفتر الشروطالملحق به. وبالتالي فإن أي إخلال من جانبه سوف يدفع بالإدارة المتعاقدة الى مصادرة هذا التأمين، ونظرا لأهمية هذا الإجراء أي مصادرة التأمين كجزاء مالي يقتضي بيانه الوقوف بداية بتعريفه ثم التطرق إلى أهم خصائصه.

1. تعريف مصادرة التأمينات:

يمكن تعريف التأمينات على أنها:" كفالة مالية تعتبر كضمان للإدارة وذلك حتى تتوقى بها أثار الأخطاء التي من شأنها أن يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري ومدى تحمل قدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن أخطائه التي يرتكبها. فمصادرة التأمنيات كجزاء مالي يتمثل في إستحواذ وحجر الإدارة المتعاقدة على ضده التأمينات، وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته في أثناء التنفيذ، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بمصادرة هذه التأمينات بإرادتها

[1]. وهو ما يعرف بالتأمين النهائي: فهو ضمان للإدارة اتجاه المتعاقد معها من أجل تنفيذ ما التزم به العقد الإداري فهو نهائي لأن المتعاقد يلزم بعد رسو العطاء عليه، كضمان لحسن التنفيذ، محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 118.

[22]. وهو ما يعرف بالتأمين المؤقت: والذي يكون في العادة نسبة محددة من قيمة العطاء في موضوع التعاقد وذلك لضمان جدية المتقدم بالعطاء ، فيصادر ادا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل انتهاء فترة سريان العطاءات، أي اذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي، محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 118.

المنفردة، حتى ولو لم يترتب عن إخلاله وقوع ضرر لها ودون أن تكون هناك حاجة للجوء الى القضاء لاستصدار حكم يقضي بذلك.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المصلحة المتعاقدة على أن تحرص على ايجاد الضمانات الضرورية، سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية، والتي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة وبما يكفل لها حسن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها.

وكل ذلك بهدف الوصول إلى نتيجة تتمثل في إبرام العقد مع متعاقد مأمون من جميع الجوانب، وحتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها في مضمون الصفقة [1]. ولن يتأتى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية تتراوح قيمتها ما بين 5% و 10% من القيمة الاجمالية للعقد[2].

ومن هنا يبرز الفرق الجوهري بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء الغرامة التأخيرية من حيث غاية كل واحد منها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محمل العقد في أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، في حين أن جزاء الغرامة التأخيرية ينصب على مدة التنفيذ أنه يواجه في الغالب مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الأجال المتفق عليها[3].

2. خصائص مصادرة التأمينات:

يتميز جزاء مصادرة التأمينات بمجموعة من الخصائص، من أبرزها كالأتي:

[1]. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص222.

[2]. أنظر المادة 1/133 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[3]. منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 217.

أ/ إن حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمينات يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط إيداع هذا الضمان[1].

ب/ تباشر المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمينات حتى لو لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها ودون أن تكون ملزمة بإثبات هذا الضرر[2].

ج/ يتطلب جزاء مصادرة التأمينات لتوقيعه ضرورة صدور قرار اداري من جانب المصلحة المتعاقدة، ودون أن تكون هناك حاجة لتقرير من طرف القضاء[3].

د/ تمثل التأمينات المودعة لضمان حسن تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاءه، وعليه فإنه لا يحق للمتعاقد أن يثبت أن الضرر اللاحق باللإدارة المتعاقدة من جراء إخلاله يقل عن التأمين[4].

هـ/ يمكن للإدارة المتعاقدة بناء على سلطتها التقديرية أن لا تصادر الضمان، وذلك إذا قدرت مثلا أنه لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها، لكن لا يمكنها أن تتنازل عنه مقدما.[5]

---

[1]. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009، ص156.

[2]. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه– القضاء– التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003، ص41

[3]. رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق،ص66-67.

[4]. ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص110-111.

[5]. مفتاح خليفة عبد الحميد، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 204.

و/ إن سلطة الإدارة في مصادرة التأمينات تدخل في نطاق السلطة التقديرية لها وبذلك فهي تنأى عن رقابة القضاء الإداري الا إذا خرجت على مبدأ المشروعية واقترنت بإساءة استعمال السلطة.[1]

الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة

تتمتع الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية بسلطة توقيع جزاءات ضاغطة من أجل الضغط عليه لإجباره على تنفي التزاما المنوطة به وذلك بأن تحل الإدارة المتعاقدة محله في التنفيذ بنفسها وأموالها وأن تعهد بذلك إلى متعاقد أخر.

ونظرا لشدة هذا النوع من الجزاءات الضاغطة فإن الإدارة المتعاقدة لا تلجأ اليها الا اذا كان اخلال المتعاقد معها درجة من الجسامة.

وتختلف الجزاءات الضاغطة، باختلاف نوع العقد الإداري المبرم، بحيث أنه سوف تقتصر دراستنا فقط بالنسبة للجزاءات الشائعة في العقود الإدارية الأكثر تطبيقا من الناحية العملية والمتمثلة في وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز الإداري (أولا)، وسحب العمل من المقاول بالنسبة لعقد الأشغال العامة(ثانيا)، والشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد الإداري(ثالثا).

[1]. يوسف بركان 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 والإدارية، بن عكنون، الجزائر، أكتوبر1977، ص 125.

أولا: وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري

1. تعريفه:

يعد هذا الإجراءات كجزاء من الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ صاحبة الامتياز لاتزاماته الناجمة عن عقد الامتياز الإداري. [1] وهو بذلك إجراء ضروري لتنظيم المرفق محل الامتياز وذلك باعتبار أن المصلحة المتعاقدة المانحة الامتياز هي المكلفة بتنظيمه ومراقبة سيره حتى يستمر المرفق في أداء خدماته للجمهور، فهو عبارة عن جزاء تواجه به الإدارة اخلال صاحب الامتياز (المتعاقد معها) بالتزاماته بشكل جسيم من خلال رفع يده بشكل مؤقت عن إدارة المرفق.[2]

2. خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية

يتميز هذا الإجراء كغيره من الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال العقود الإدارية، بمجموعة من الخصائص والمتمثلة كالآتي:

أ/ إن حق الإدارة المانحة للامتياز في وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية هو جزاء تباشره بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر سواء نص على ذلك في العقد أو لم ينص.[3]

---

[1]. تعرف الأستاذة عمار عوابدي عقد الامتياز الإداري أو كما يسمى أيضا بعقد التزام المرفق العام بأنه: "عقد اداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحته مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقا للشروط التي توقع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع(المرفق) لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، نادية ظرفي، المرفق العام في التحويلات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010، ص162-163.

[2]. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري في تسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص87.

[3] نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العا (فرع قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معمري مولود، تيزي وزو، 12-12-2013م، ص 110.

ب/ تفرض الحراسة الإدارية على المرفق المدار بطريق الامتياز بموجب قرار إداري صادر عن الجهة الإدارية المانحة لهذا الامتياز كما تنتهي أيضا بذات الطريقة.[1]

ج/ لا يشترط كقاعدة عامة إعذار صاحب الامتياز بإجراء المرفق تحت الحراسة الإدارية، نظرا للطابع الاستعجالي لهذا الجزاء باعتباره يتطلب سرعة فورية في توقيعه ودون اللجوء للقضاء مسبقا، وذلك لما تتميز به اجراءات التقاضي من بطء قد تعرض السير المنتظم للمرفق العام للخطر.[2]

د/ يجب على الإدارة المانحة للامتياز أن تحدد فترة الحراسة الإدارية في قرار فرضها إذا كانت هذه المدة محددة في العقد، فليس لهذا التحديد صفة الإلزام بالنسبة للإدارة، فهي ليست ملزمة بإنهاء الحراسة الإدارية عند انتهاء مدتها، إذ يجوز للإدارة إطالة مدة الحراسة إذا رأت ضرورة لذلك.[3]

هـ/ لايجوز للإدارة المانحة الامتياز تضمين العقد شرطا بتنازلها عن حقها في إجراء فرض الحراسة.[4]

[1] عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، ص 101.

[2] بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2011، ص 136-137.

[3] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 509.

[4] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص 114.

ثانيا: سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة

1. تعريفه:

يمكن تعريفه من خلال الإجراء المتبع بالنسبة لعقد الأشغال العامة، [1] فهو كنظيره بالنسبة لعقد الامتياز الإداري إذ يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط، التي تلجأ إليها الإدارة أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة، وذلك لأجل تجنب النتائج المترتبة عن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وعليه فالجزاء سحب العملية من المتعاقد في عقد الأشغال العامة هو:" جزاء بمقتضاه يتم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة)، فيحل محل المتعاقد المتخلف ويتم ذلك على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته.[2]

2. خصائص سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة:

يتميز إن هذا الجزاء كبقية الجزاءات المذكورة سابقا بجملة من الخصائص، تتمثل أبرزها فيما يلي:

أ/ جزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة هو إجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد وإنما تظل الرابطة التعاقدية قائمة كما يظل المتعاقد الأصلي ملتزما أمام الإدارة صاحبة الأشغال بتنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عن هذا العقد.[3]

---

[1] يعرف عقد الأشغال العامة بأنه:" عقد مقاولة بين شخصين من أشخاص القانون العام أو فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة، مقابل ثمن محدد في العقد"، نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري، (التنظيم الإداري–النشاط الإداري)، دار بلقيس الجزائر، سنة 2014، ص 168.

[2] علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2011–2012، ص 120.

[3] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 140.

ب/ يصدر جزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة بموجب قرار إداري، صادر عن الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بذلك.[1]

ج/ تلتزم الإدارة كقاعدة عامة بضرورة سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال منه وتنفيذها على حسابه، وذلك على عكس الوضع كما سبق لنا التطرق بالنسبة لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الامتياز الإداري، أين يمكن للإدارة المانحة فرض الحراسة الإدارية دون إعذار صاحب الامتياز المقصر.

د/ إن جزاء سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه مرتبط بالنظام العام بإعتباره ضمانة هامة لإتمام تنفيذ الأشغال محل التعاقد ضمانا لسير المرفق العام، ويترتب على ذلك أنه لايجوز أن تتضمن عقود الأشغال نصا يحرم الإدارة من وضع المشروع تحت الإدارة مباشرة، واذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام، لأته يلغي سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام.[2]

هـ/ إن أعمال الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال لسطتها في توقيع جزاء سحب العمل من المتعاقد أمر تفرضه إعتبارات الصالح العام، فهو يتعدى في حد ذاته فكرة أنه حق للإدارة وامتيازاتها وإنما هو إجراء واجب عليها تباشره حتى دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد.[3]

---

[1]. محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري (تنظيم الإدارة– نشاط الإدارة– وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2006، ص 563.

[2]. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص162.

[3]. رشا جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص76.

ثالثا: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري

1. تعريفه:

يمكن تعريف هذا الجزاء على أنه عبارة عن إجراء متبع في حالة مخالفة المورد لالتزاماته، بالنسبة لعقد التوريد الإداري. [1]فهو يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط التي تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ التوريد الإداري وذلك لمواجهة ما يمكن أن يترتب عن عجز المورد المتعاقد بمهامه. ويمكن تعريفه أيضا على أنه إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم، وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه تحت مسؤوليته.[2]

2. خصائص الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري:

كبقية أنواع الجزاءات الضاغطة الأخرى يتميز جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد بمجموعة من الخصائص، حيث تتمثل أهمها كالأتي:

أ/ إن جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري هو اجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصلي بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة ويظل المورد المقصر ملتزما أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد.[3]

---

[1]. تعرف الأستاذة تياب نادية عقد التوريد الإداري بأنه: "اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون العام أو فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين"، نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، المرجع السابق،ص168.

[2]. سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص262.

[3]. رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص84.

ب/ تقوم الإدارة المتعاقدة بشراء الأصناف التي قصر المورد في توريدها على حسابه وتحت مسؤوليته وهي تقوم بهذا الإجراء إما بنفسها أو بالتعاقد مع مورد أخر دون إنهاء العقد الأصلي.[1]

ج/ يصدر جزاء الشراء على حساب المورد بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك.[2]

د/ تلتزم الإدارة المتعاقدة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المورد المتعاقد معها بتقصيره قبل اتخاذ إجراء الشراء على حسابه ومسؤوليته، كما هو الشأن بالنسبة لجزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

هـ / إن جزاء الشراء على حساب المورد كما هو المبدأ بالنسبة لبقية الجزاءات الضاغطة الأخرى، حيث تمتلك الإدارة حق توقيع الجزاء الضاغط سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليه، وعادة ما تتضمن دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء.[3]

المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات.

من المسلم فقها وقضاء أن الإدارة لها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية،ومبرر ضده السلطة هو ضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره تحقيقا للمصلحة العامة[4]، لذلك نجد أنه تعددت الأراء الفقهية حول أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، فمنهم من أكد على جانب السلطة العامة فيما رأى البعض الأخر عكس ذلك، وأقر بأن الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاء يكمن في فكرة المرافق العامة واحتياجاتها، وذلك على التفصيل الأتي:

---

[1]. بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص184.

[2]. رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع نفسهن ص87.

[3]. عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص103.

[4]. المرجع نفسه،ص 94.

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني.

يرى بعض فقهاء القانون الإداري أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر يحكم في فكرة السلطة العامة، ودليلهم في ذلك ارتباط العقد الإداري بسير المرفق العام وديمومته مما يخضع لعقد الظروف الاستثنائية ولم يكن منصوصا عليها فيه لأن السلطة العامة لها خصائص ومميزات تحدد الفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاصة.

كما يؤكد ذلك الفقيه ديلوبادير بقوله أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من المصلحة المتعاقدة، وأن هذه الأخيرة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر وامتياز التنفيذ المباشر هو سلطة الإدارة في أن تصدر قرارا في مواجهة الأفراد وتنفذها بنفسها دون الحاجة للجوء القضاء.[1]

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني

هناك جانب أخر من الفقه يرى أن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة تكمن في فكرة المرفق العام، ففي مجال الفقه الفرنسي نجد أن جانب منه يذهب إلى الإدارة تفرض الجزاءات باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، وهذا الامتياز يعد استعماله التزامات ليس رخصة، وهذا ما أكده الفقيه" جيز"، بقوله أن ضمان السير المنتظم أن تكون الجزاءات المترتبة على الإخلال مؤثرة، ومبرر ذلك أن احتياجات المرافق العامة هي أساس جزاءات القانون العام ، وهذا ما يجعل اتخاذ هذه الجزاءات يكون على الفور ودون وساطة القاضي.[2]

[1]. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص201.

[2]. رشما محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص203.204.

الفرع الثالث : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري

تعد امتيازات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية لم يكن أساسا التناقضات كما هو الحال في نظرية الجزاءات في العقد الإداري في ظل القضاء والفقه المقارن، بل فرضتها الظروف الموضوعية للتطور الاقتصادي والاجتماعي ومتطلبات التنمية في الجزائر [1]، وتعمد المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها الى اللجوء الى ابرام صفقات عمومية بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-01 بموجب نص المادة 34، والتي تنص على أنه: " تنجز مخططات المؤسسات الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصد تبادل مواردهم وخدماتهم في اطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليها في المخطط الوطني"[2].

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية والمرفق العام في الجزائر حاليا وتحديدا في نص المادة 01/147، والتي فحواها ما يلي:" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"[3].

ومن خلال ما سبق تناوله يمكن القول أ، الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية في التشريع الجزائري هو المخطط

[1]. عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص90.

[2]. القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد02،1988.

[3]. المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

التنموي بالدرجة الأولى، ثم يأتي العقد(الصفقة) واستنادا الى النص الأصلي في المخطط ليؤكده ويجسد هذه التعليمات في تفصيل وتدقيق هذه الجزاءات في بنوده حتى تصبح واضحة ومعلومة للأطراف المتعاقدة[1]ن وبناءا على ذلك فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها أن هناك توافق حوا الأساس القانوني بين ما هو وارد في ظل الراجح في نطاق القضاء والفقه المقارن وما هو وارد في نطاق القانون الجزائري، وذلك على أساس أن ضرورات وحاجات المرافق العمومية من انشاء وسير وتسيير وتنظيم هي جزء من المخططات والبرامج التنموية في الجزائر، وذلك كله بهدف تحيق المصلحة العامة.

[1]. عبد القادررحال، المرجع السابق، ص 133.134.

المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية

مما لا شك فيه أن هناك ظوابط شكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية بحيث تمثل في مجملها ضمانات سابقة للمتعاقد في مواجهة امتياز المصلحة المتعاقدة وتكون لازمة لصحة توقيع تلك الجزاءات هذا من جهة، ومن جهة أخرى وإضافة ماله من حق اللجوء لقاضي العقد لممارسة رقابته على مشروعية تنفيذ العقد حيث يمثل ضمانة لاحقة على توقيعه في حالة حدوث تعسف من طرف المصلحة المتعلقة في توقيع جزاء معين على المتعاقد [1]، وهذا ما سوف نتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الضمانات الشكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية.

[1]. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص111.

المطلب الأول: الضمانات الشكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية

إلى جانب شروط إعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توجد هناك بالمقابل ضمانات شكلية تكون بمثابة ضمانة مقررة لصالح المتعاقد، حيث تتجلى هذه الضمانات الجوهرية في ضرورة إعذار المتعاقد (الفرع الأول) مع ضرورة توقيع الجزاء من طرف السلطة المختصة (الفرع الثاني)، إضافة إلى ضرورة تسبيب الجزاء (الفرع الثالث)، بحيث أي قرار من طرف الإدارة بعيد عن هذه الضمانات الشكلية يخرج عن إطار المشروعية وتجعله هذا القرار معرض وقابل للإلغاء، وهو ما سوف نلقي الضوء عليه فيما يلي:

الفرع الأول: الإعذار السابق لتوقيع الجزاء

يعتبر الإعذار وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء لذلك الإخلال إذا لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته في وقت يحدده الإعذار، ولهذا الإجراء الأخير أهميته الخاصة بالنسبة للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة على حد سواء، فقد يثنى المتعاقد عن الاستمرار في الإخلال بالتزامه التعاقدي تحت تأثير علمه بجسامة الجزاء الوارد ذكره بالإعذار للأمر الذي تتحقق معه مصلحة الإدارة من خلال تنفيذ العقد على نحو ما ينبغي [1]، على الرغم من أهمية الإعذار باعتباره ضمانة مقررة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء إلا أن الجزاء يعد صحيحا ولم يسبقه اعذار إذا ورد النص على هذا الإجراء بالعقد أو كانت الضرورة تستوجب سرعة توقيع الجزاء الأمر الذي يتعارض مع الإعذار وبالتالي يخضع تقدير الإدارة لتوافر تلك الضرورة لرقابة القضاء[2]، وتعفى المصلحة المتعاقدة من إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه إذا ما أصبح هذا الإعذار غير مجد في تحقيق غايته من إعادة للمتعاقد للوفاء بالتزاماته التعاقدية كما في حالة إعلان المتعاقد رفضه الصريح للوفاء بتلك الالتزامات أو عدم مقدرته على الوفاء

[1] حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد النشر، سنة 2002، ص 76.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 114.

بها أو كانت مخالفة المتعاقد لالتزاماته من الجسامة لدرجة يتعذر عليه معها تدارك تلك المخالفة أو اصلاحها [1] وفي هذا الصدد أناط المشرع الجزائري بالوزير المكلف بالمالية تحديد البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني.

الفرع الثاني: توقيع الجزاء من طرف السلطة المختصة

إذا كانت الجزاءات التعاقدية تعتبر من الأمور المتصلة بتنفيذ العقد الإداري فإن جهة الاختصاص المنوطة بتوقيعها هي السلطة المختصة في هذا الصدد هي المتعاقدة المبرمة للعقد مع المتعاقد بحيث هي من تملك سلطة توقيع الجزاء المناسب لحجم التقصير أو الإخلال من طرف المتعاقد.

كما لا يجوز للسلطة المختصة تفويض اختصاصها من غير السلطة المختصة وهذا ما يكون منافيا لقواعد العقود الإدارية ومن هنا فيقع باطلا كل جزاء تعاقدي موقع من غير السلطة المختصة وإلا يكون هذا الجزاء الموقع على المتعامل المتعاقد في هذه الحالة غير مشروع ويعرض للإلغاء.

الفرع الثالث: تسبيب قرار الجزاء

يعد قرار توقيع الجزاء الصادر من طرف المصلحة المتعاقدة مشروعا وفي إطار القواعد العامة للعقود الإدارية المعمول بها إذا كان الجزاء الموقع مسببا، وعليه أصبحت الإدارة ملزمة بتسبيب قرار الجزاء الصادر ضد متعاقد بها، حيث ذهب الفقه إلى سريان هذا المبدأ على القرارات الجزائية وذلك كضمانات مقررة في حق المتعاقد أيا كانت تلك الجزاءات.[2]

[1] باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2000، ص 116.

[2] محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في انتهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة)، سنة 1998، ص 228.

وعلى الرغم من أهمية تسبيب قرار الجزاء التعاقدي في تسهيل الرقابة القضائية على مشروعية هذا القرار في حمل الإدارة على التمهل في إصداره مخاف انعقاد مسؤوليتها حال ثبوت عدم مشروعيته، إلا أن المشرع في فرنسا والجزائر وأن ألقى على الإدارة التزاما بتسبيب قرارات الجزاءات التأديبية، إلا أنه لم يلق عليها ذات الالتزام بالنسبة للجزاءات التعاقدية رغم اتحاد على التسبيب في كل منهما، الأمر الذي قد يفتح للإدارة بابا لا يغلق للعصف بحقوق المتعاقد معها.[1]

المطلب الثاني: الرقابة القضائية لتوقيع الجزاءات التعاقدية

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات التعاقدية يجد مصدره عما تتمتع به من مظاهر امتيازات السلطة العامة الأمر حيث لا يكون للمتعاقد أمام ذلك سوى اللجوء إلى القضاء طاعنا في مشروعية أو ملائمة تلك الجزاءات الموقعة عليه من طرف المصلحة المتعاقدة، كما يكون بوسع المتعاقد تقييد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء عليه وفق نصوص ترد بالعقد يحدد فيه المخالفات المتوقعة والجزاء المقرر لها وهذا ما سوف نتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الأول: الطعن القضائي ضد الجزاءات التعاقدية

تكون سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية بارادتها المنفردة وإن كان الهدف من ذلك منحها تحقيق المصلحة العامة من خلال تأمين سير وانتظام المرافق العامة في أداء خدمتها إلا أن ذلك يتعارض مع المصلحة العامة ترك تلك السلطة تمارس بصورة طليقة من كل قيد يؤدي ذلك إلى تضحية كاملة بحقوق المتعاقد مع الإدارة مما يجعله يعزف عن التعاقد معها مستقبلا.

ولأجل ذلك كان من الواجب إخضاع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية لرقابة القضاء، رغبة في طمأنة المتعاقد مع الإدارة ولتحقيق نوع من التوازن بين سلطات الإدارة وحقوق المتعاقد معها[2]، وعليه سوف نتطرق إلى هذه الرقابة القضائية على الجزاءات التعاقدية،

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 115.

[2]

من حيث بيان ولاية القضاء الإداري التي تخضع لرقابتها تلك الجزاءات ونطاقها وذلك على النحو التالي:

أولا: طبيعة اختصاص القضاء الإداري في نظره للطعن ضد الجزاءات التعاقدية

إن ما تملكه الإدارة من حق توقيع الجزاءات التعاقدية يدخل في إطار تنفيذ العقد الإداري وبالتالي فإن الطعن في قرار توقيع هذه الجزاءات يخضع لولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء ومن هنا يمكننا القول بأن اخضاع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية ومنها المناعة في صحة الجزاءات التعاقدية لولاية القضاء الكامل يعتبر الأكثر تناسبا مع الطبيعة الحقوقية لتلك المنازعات وفي إطار ولاية القضاء الكامل بالنظر في منازعات تنفيذ العقود الإدارية لا يقتصر على الأمر على إلغاء القاضي للقرار المطعون فيه وإنما يتجاوز ذلك لتعديل مالي،[1] حيث يمكن لهذا القضاء كذلك التسوية النهائية لنزاع فيلغي القرارات المخالفة للقانون إذا وجدت مرتبا في ذلك نتائج كاملة من الناحيتين الإيجابية والسلبية، وقد جاء المشرع الجزائري صريحا في هذا الصدد أثناء النظر في إحدى الطعون المستأنفة أمامه بقوله:" لا يتم رفع الدعوى أمام الغرفة الإدارية بتطبيق الطعن في قرار أو عقد إداري صادر عن سلطة إدارية عمومية ذات صبغة إدارية".[2]

ونلخص مما سبق في هذا الشأن أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وبضمنها، التي تنشأ أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها بتوقيع الجزاءات المختلفة أثناء تنفيذ العقود الإدارية تخضع جميعها لاختصاص القضاء الكامل، حيث يمكن لهذا الأخير أن يفصل فيها من حيث إلغاء قرار توقيع الجزاءات، وكذلك الحكم بالتعويض المالي في حالة إحداث آثار سلبية للمتعاقد مع الإدارة.

[1] محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 185.

[2] قرار رقم 6531 صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 12 نوفمبر 2002، منشور في مجلة المجلس الدولة العدد 01، 2002، ص 145.

ثانيا: نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

تشمل رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية على رقابة المشروعية إلى جانب رقابة الملائمة، ويختص بتلك الرقابة في الحالتين قاضي العقد دون قاضي الإلغاء، حيث أن القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات التعاقدية ليست قرارات منفصلة عن العقد لدخولها في إطار تنفيذه.

أ- رقابة المشروعية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

لأن وسيلة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية هو قرار يصدر عنها بهذا الشأن يتعين لصحته، إضافة إلى صدوره عن سلطة مختصة وفي الشكل الذي حدده القانون أن تتفق غايته مع المصلحة العامة، وأن يقوم على أسباب تبرره مع عدم إصابته بعيب مخالفة القانون، ومن ثم فإن رقابة القضاء الكامل على مشروعية قرارات الجزاءات التعاقدية تنصب على الاختصاص بإصدار القرار وشكل اجراءات إصداره، إضافة إلى غاية إصدار القرار سبب إصداره ومحله [1] ومن ثم فإن قرار الإدارة الصادر بتوقيع جزاء تعاقدي يكون غير مشروع إذا ما شابه عيب من العيوب التي تجعل هذا القرار معرضا للإلغاء، ومنها:

1- عيب الاختصاص:

يكون قرار الجزاء التعاقدي غير مشروع إذا ما ثبت لدى قاضي العقد صدوره من غير السلطة المختصة، وهي السلطة المنوطة بها إبرام العقد أو صدوره عن سلطة مفوضة من السلطة المختصة، في حين أنها لا تدنوا السلطة المختصة، وهذا ما يجعل هذا القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص، مما يجعل هذا الجزاء الصادر من المصحة المتعاقدة في المتعاقد غير مشروع.[2]

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص 121.

[2] عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 90.

2- عيب الشكل:

إذا ما استحب المشرع شكلا أو إجراء معينا لصدور القرار يتعين أن يسبق توقيع جزاء تعاقدي ما على نحو ما اشترط المشرع من إعذار لتوقيع الجزاء فإن الإدارة تكون ملزمة به بحيث يعد قرارها بتوقيع الجزاء غير مشروع إذا أغفلت هذا الجزء جزئيا أو كليا أو أجرته على نحو لا يتفق مع ما يتطلبه القانون. وتجدر الإشارة إلى أنه لا تقع مسؤولية الإدارة إذا كان الشكل الذي خالفته قد تقرر لمصلحتها أو إذا استندت في إغفاله إلى حالة استعجال أو ضرورة أو نص تعاقدي يعفيها من هذا الالتزام وإن كان قد ورد عليه نص في قانون الصفقات العمومية.[1]

3- عيب الانحراف بالسلطة:

يمكن اعتبار الجزاء التعاقدي مشروع إذا كان الهدف من وراء اصداره تحقيق المصلحة العامة كأن مثلا تفرض توقيعه مصلحة المرفق الذي لأجله ابرم العقد الإداري بما ينطوي عليه من ردع عقابي للمتعاد إما لإعادته لجادة الصواب أو اقصاءه تماما عن تنفيذ العقد لعدم مقدرته وفق ما يحقق مصلحة المرفق.[2]

فإذا ما ثبت لقاضي العقد أن المصلحة المتعاقدة قرارها الجزائي لم تقصد تحقيق المصلحة العامة كان تقصد مثلا الضغط على المتعاقد معها لإجباره على تقديم تنازلات تعاقدية أو الكيد له لعدم رضوخه لرغباتها التي يخرج تنفيذها عن إطار العقد، فإنه في هذه الحالة يقضي بعدم مشروعية قرار الجزاء بما يرتبه ذلك من انعقاد المسؤولية التعاقدية للإدارة حيث يستقر على حق المتعاقد في التعويض.[3]

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص 122.

[2] عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 194.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 124.

4- عيب مخالفة القانون:

يكون قرار توقيع الجزاء الإداري الموقع من طرف المصلحة المتعاقدة غير مشروعا، إذا كان صادر وفق ما تنص عليه القواعد العامة للعقود الإدارية ومختلف النصوص القانونية المعمول بها، وأي قرار خارج ما يقرره القانون يكون الجزاء الموقع في حق المتعاقد غير مشروع.[1]

5- عيب السبب:

يتعين لصحة توقيع الجزاء التعاقدي قيام سبب يبرره، بأن يأتي المتعاقد فعل أو بحجم عن إتيانه، في حين أن هذا أو ذلك يعد خطأ تعاقديا أو قانونيا ما يشكل إخلالا بالتزاماته التعاقدية، الأمر الذي يواجه معه مسلكه السلبي أو الإيجابي غير المشروع بالجزاء، ومن هنا فإن قرار الجزاء التعاقدي يصبح غير مشروع متى انعدمت الواقعة التي تشكل وجودها إخلالا من المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، أو كانت الواقعة المستندة إليها ذلك الجزاء تخرج عن إطار الخطأ التعاقدي أو القانوني.[2]

ب-الرقابة القضائية على ملائمة الجزاء التعاقدي:

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية قرار الجزاء الرقابة على مدى ملائمة حيث يبسط القضاء رقابته للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه ارتكابه، بحيث يكون بوسع القاضي رد الجزاء المتنازع فيه إلى الدرجة التي تتحقق معها الموازنة بينه وبين الخطأ محل توقيعه، وتتفاوت سلطة قاضي العقد في رقابته على ملائمة أو مشروعية قرارات الجزاء التعاقدي بحسب نوعية العقد، بحيث لا يملك تعويض المتعاقد عنه ووفقا للقواعد العامة للعقود الإدارية، إضافة إلى جانب التعريض يملك القاضي سلطة إلغاء

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 124.

[2] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 197.

الجزاء في حال تجاوزه لحدود التناسب مع جسامة الخطأ إضافة إلى ذلك لما له من حق في تخفيفها للدرجة التي يتحقق معها هذا التناسب.

ولعل انحصار سلطة القاضي العقد في التعويض عن الجزاءات التعاقدية حال ثبوت عدم مشروعيتها أو انعدام ملائمتها مرجعه الطبيعة القانونية الخاصة لتلك الجزاءات والهدف من تقريره دفع المتعاقد للمضي في الوفاء بالتزاماته التعاقدية تحقيقا لمصلحة المرفق محل التعاقد.[1]

الفرع الثاني: طلب المتعاقد فسخ العقد

إذا كانت الإدارة تملك فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا ما أخل المعاقدة معها بأي شرط من شروط التعاقد، فإن المتعاقد لا يملك القيام بذلك الإجراء من تلقاء نفسه في حالة جاوز المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها تجاهه، حيث يتعين عليه اللجوء لقاضي العقد طالبا فسخه.[2]

حيث ذهب الفقه الإداري في هذا الشأن إلى تبرير أن سلطة الإدارة وحق المتعاقد معها في فسخ العقد يفسر بأن ذلك من نتائج اختلاف العقود الإدارية عن العقود المدنية، والتي بموجبها لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة فسخ العقد المبرم معها بإرادته المنفردة، حيث يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك.[3]

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 126.

[2] حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 104.

[3] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 107.

خلاصة الفصل الثاني:

وكخلاصة لهذا الفصل يمكن القول أن سلطة الإدارة الجزائية في تنفيذ العقد الإداري تعد إحدى الامتيازات الضرورية، التي تحتاج إليها الإدارة أثناء حفاظها ورعايتها لتسيير مرافقها العامة من جراء تقصير أو إهمال أو إخلال من طرف المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، والتي من شأنها التأثير على حسن سير المرفق بانتظام واضطراد، لذلك كان لزوما التصدي لمثل هذه التصرفات المخلة للالتزامات بالجزاءات المتناسبة معها من قبل الإدارة، وما يمكن الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري قد اعترف بحق الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، لكنه تفادى التفصيل الدقيق للجزاءات المالية وعدم تناول الجزاءات الضاغطة خلافا للمشرع الفرنسي، وهو ما يقودنا إلى القول أن الفقه الجزائري اكتفى بالتعرض للجزاءات الإدارية بشكل سطحي لا أكثر هذا من جهة، ومن جهة أخرى وعلى الرغم من انعدام نصوص قانونية واضحة تكون في مصلحة المتعاقد في مواجهة الجزاءات المفروضة عليه من طرف المصلحة المتعاقدة، إلا أنه لديه الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة ما إذا كانت الجزاءات الموقعة عليه خارج إطار المشروعية، وهذا ما يعتبر من الضمانات المقررة لصالح المتعاقد في مواجهة أي تعسف من طرف الإدارة.

وأ

الخاتمة

الخاتمة

ختاما لهذه الدراسة التي تم تخصيصها لموضوع " سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وسلطة توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية من خلال تبيان تعريف هاتين السلطتين والتطرق إلى أهم الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الصدد، ليتم تحديد الأساس القانوني التي تقوم عليه كل من سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات وأحقيتها في ذلك مع الحديث على أنواع هذه الأخيرة والتطرق إلى ضوابط ممارسة سلطة التعديل وحدودها ثم انتهينا إلى تناول ضمانات مشروعية هاتين السلطتين أثناء تنفيذ العقد. وما يمكن الجزم به بعد هذه الدراسة أن الإدارة تستمد هذا الحق في التعديل وتوقيع الجزاءات من الخصائص الذاتية التي تتميز بها العقود الإدارية والتي يراعى في تنفيذها تغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود على المتعاقد وهذا ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام وإطراد والتي بدورها وجدت العقود الإدارية من أجلها، وتبعا لذلك فقد اعترف التشريع والقضاء الإداري في الجزائر بهاتين السلطتين حيث نجد أن المشرع اعترف بسلطة التعديل من خلال آلية الملحق في حين نجد أنه تفادى التدقيق في سلطة توقيع الجزاءات حيث لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض وكذا تقرير الضمانات لصالح المتعاقد إضافة إلى عدم تطرقه للرقابة السابقة واللاحقة كما هو مستقر في التشريعات المقارنة كفرنسا ومصر هذا من جهة أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال تفحص المرسوم الرئاسي 15-247 لم يشر إلى الجزاءات الضاغطة ضمن الشكل والموضوع وهنا نلاحظ عدم توازن في إعطاء كل سلطة حقها وهذا ما يمكن تبريره أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء تعد من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة لذا تفادى المشرع تكريس نصوص قانونية لصالح المتعاقد خدمة للصالح العام وترك السلطة التقديرية للإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية في حالة تقصير وإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. حيث أن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري تقتضي ترجيح كافة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وبعد هذه الدراسة فضلنا أن تكون الخاتمة إشارة إلى ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج وملاحظات كالآتي:

الخاتمة

- سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي ليست مطلقة بل هي محددة بشروط وضوابط لا بد من احترامها.
- تفرض الجزاءات على المتعاقد في حالة اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية بارادتها المنفردة ودون الحاجة للجوء إلى القضاء حتى ولو لم يكن العقد ينص على بند يقضي بتوقيع هذه الجزاءات.
- يكون التعديل الانفرادي وتوقيع الجزاء في حدود المشروعية القانونية ويستلزم صدورهما من السلطة المختصة.
- للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة ما إذا كانت التعديلات أو الجزاءات الموقعة في حقه خارجة عن إطار المشروعية وهو الأمر الذي من شأنه أن يثقل كاهل المتعاقد وقد يؤدي إلى تعطيل سير المرفق بانتظام وإطراد.

وفي ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي توصلنا إليها بعد هذه الدراسة فإنه يمكننا أن نقدم بعض التوصيات للمساهمة في إثراء موضوع سلطتي التعديل وتوقيع الجزاء أثناء تنفيذ الصفقة العمومية والتي نوجزها فيما يلي:

- سلطة التعديل الانفرادي تعتبر من المبادئ العامة للعقود الإدارية والتي تطبق دون نص صريح يجيزها بحيث كان على المشرع الجزائري النص عليها صراحة ضمن قانون الصفقات العمومية دون النص عليها ضمن آلية الملحق.
- تخصيص قسم خاص بالجزاءات ضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.
- إلغاء العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبق على صفقات الأشغال العامة أو على الأقل تعديله زفق ما يتماشى ونصوص التنظيم الحالي المنظم للصفقات العمومية.
- الإفراج عن نصوص جديدة أو تحيين النصوص القديمة بما يتماشى وسلطات الإدارة والتحولات الاقتصادية في الجزائر.

- على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بالقيود المفروضة عليها قبل الولوج في التعديل أو توقيع الجزاءات خاصة إذا تعلق الأمر بمتعاقد وطني بحيث يجب تشجيعه ومساعدته على تنفيذ التزاماته لا إثقال كاهله بالتعديلات والجزاءات المبالغ فيها.
- توسيع الضمانات المقررة لصالح المتعاقد سعيا لتشجيع المتعاقدين مع الإدارة والمشاركة في التنمية الاقتصادية في الجزائر.
- إعطاء سلطات أكثر للقاضي الإداري في ضبط خروج الإدارة في استخدام هذه الوسائل (سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات) سواء في مجال سلطتها المقيدة أو التقديرية وذلك للحفاظ على التوازن العقدي من جهة الامتيازات المقررة قانونيا وقضائيا للمصلحة المتعاقدة ومن جهة تقرير وتعزيز الضمانات للمتعاقد مع الإدارة.

وفي الأخير وبعد ذكر هذه التوصيات والاقتراحات نأمل أن نكون قد قدمنا مساهمة متواضعة في إثراء هذا الموضوع وإعطائه أكثر فعالية من الناحية القانونية والعلمية بغية المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية في الجزائر.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب

أ/ الكتب العامة:

1. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة نبها، سنة 2007.

2. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1971.

3.جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة في تطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، سنة 2007.

4. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2012.

5. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية (المبادئ، الأسس العامة)، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1998.

6. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة 2005.

7. شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1998.

8. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة للأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2009.

9. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه– القضاء–التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2003.

10. عبد العالي السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، في مجال التطبيق والنظرية، دون تاريخ النشر ودار النشر.

11. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، سنة 2005.

12. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون المقارن، دراسة مقارنة للأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، بدون سنة نشر.

13. عبد الله بن حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، فهرسة الملك فهد الوطنية، السعودية، سنة 2008.

14. علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرقم للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005.

15. عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية– قضائية– فقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.

16. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.

17. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.

18. عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2005.

19. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1995.

20. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر العربي، الاسكندرية، بدون ذكر سنة النشر.

21. محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2007.

22. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر سنة 2008.

23. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 2012.

24. مفتاح خليفة عبد المجيد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2000.

25. منصور ابراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة في القانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، سنة 2013.

26. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010.

27. نادية ظريفي، المرفق العام في التحولات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2010.

28. نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري– النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2014.

29. نواف كنعان، القانون الإداري، (الوظيفة العامة– القرارات الإدارية– العقود الإدارية– الأموال العامة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005.

ب/ الكتب المتخصصة:

1. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1981.

2. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2003.

3. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب مصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1996.

4. باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2000.

5. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2011.

6. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2004.

7. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2007.

8. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010.

9. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1985.

10. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة 2009.

11. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.

12. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور، الطبعة الثالثة، سنة 2011.

13. عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.

14. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2009.

15. محمد حس مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2014.

16. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1988.

17. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.

18. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1998.

19. منصور نصري النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2010.

ثانيا: النصوص الرسمية

أ/ القوانين العادية

1. القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2008، العدد 50.

2. القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، الصادرة 1988، العدد 02.

ب/ المراسيم والأوامر:

1/ الأمر 90/67 المؤرخ في 17-06-1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 27 جوان 1967، العدد 52.

2/ الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

3/ المرسوم التنفيذي رقم 145/82 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، الصادرة في 13-04-1982، العدد 15.

4/ المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1991، العدد 57.

5/ المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002، العدد 06.

6/ المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 28 شوال 1433 الموافق ل 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 2010.

7/ المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015، العدد 46.

ج/ القرارات:

1/ القرار الوزاري الصادر في 1964/11/21 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية رقم 06 المؤرخة في 1965/01/19.

2/ تعليمة وزير الداخلية الجزائري المؤرخة في 1994/09/07 الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ورؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/03 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

ثالثا: الأحكام القضائية الجزائرية:

1/ قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 16-12-1989، ملف رقم 65145 قضية (عمر طالبي) ضد والي ولاية قالمة، المجلة الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991.

2/ قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول بتاريخ 02-01-2003، فهرس 012، قضية بلدية عين الكيحل ضد مجاهد عبد الرحمان.

3/ قرار مجلس الدولة بتاريخ 16-12-2003، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم 0011136، فهرس 917، قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش.

4/ قرار مجلس الدولة بتاريخ 20-01-2004، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم 013565، فهرس 83، قضية بلدية باتنة ضد المؤسسة الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات.

5/ قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى، القسم الأول بتاريخ 09-05-2007، ملف رقم 035101، فهرس رقم 456، قضية بلدية بريكة ضد مقاول أشغال البناء وجميع هياكل الدولة.

6/ قرار رقم 6531 صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 12 نوفمبر 2002، منشور في مجلة المجلس الدولة، العدد 01، 2002.

رابعا: الرسائل الجامعية

أ/ أطروحات الدكتوراه:

1- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2012.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008.

ب/ مذكرات الماجستير:

1- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008.

2- دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجائر، سنة 2012.

3- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معه في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الاجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013.

4- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، سنة 1990.

5- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013.

6- يوسف بركان أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجزائر، سنة 1977.

خامسا: المجلات والمعاجم

1- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2014.

2- المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، سنة 2007.

سادسا: المؤلفات باللغة الفرنسية

1. André de l'aubaderai, jean- ClaudeVane Zia, Yves ; Gaudemet, traité de droit Administratif,t 01,15 Eme Edition ; L.G.DJ, paris,1999.

2. ChristophGuettier ; droit des Contras administratifs, Puf, année 2001.

3. Flamme (MauriceAndré), traité théorique et pratique des marchés publique, tome 02 ,Bruxelles, Bruylant, année 1969.

4. Richer, Les Contras administratifs, Dalloz, Paris, Année 1991.

5. M. Hauriou, Notes Sous, C,E, 11 mars 1910, Camp, Gen, Fr, de TramwaysS, Année 1-3-1911.

6. TatouaitBadaoui ,Le Fait DuPrince Dans Les Contras Administratifs. L GDJ, France 1955.

7. Gvibal. M. Mémento Des Marchés Publics, 2 Eme Ed. Lomoniteur, Paris, Année 1998.

الفهرس

الفهرس

اهداء

مقدمة .....أ-و

الفصل الأول: سلطة التعديل في تنفيذ العقد الإداري/كسلطة من سلطات الإدارة.....06

المبحث الأول: مفهوم سلطة التعديل في العقد الإداري 08

المطلب الأول: تعريف سلطة التعديل 08

الفرع الأول: التعريف التشريعي 10

أولا: قانون الصفقات العمومية الأول أمر 67-90.....10

ثانيا: المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145.....11

ثالثا: المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 91-434.....11

رابعا: المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.....12

خامسا: المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.....12

سادسا: المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية.....13

الفرع الثاني: التعريف القضائي 14

الفرع الثالث: التعريف الفقهي 15

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.....17

الفرع الأول: أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام 17

الفرع الثاني: معيار المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق بانتظام واطراد.....18

المطلب الثالث: ضوابط ممارسة سلطة التعديل 18

الفرع الأول: أن تطرأ مستجدات بعد ابرام الصفقة 19

الفرع الثاني: صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية.....20

الفرع الثالث: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الصفقة.....21

الفرع الرابع: اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق 22

المبحث الثاني: ضمانات مشروعية سلطة التعديل في العقد الإداري.....23

المطلب الأول: ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري....24

الفرع الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد طبقا لنظرية فعل الأمير.....24

أولا: تعريف نظرية فعل الأمير 25

ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير 26

أ- حدوث ضرر بالمتعاقد 26

ب- عدم توقع الفعل المسبب للضرر 27

ج- صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة 27

د- عدم صدور خطأ عن الإدارة 27

الفرع الثاني: حق المتعاقد في التعويض والفسخ 28

أولا: حق المتعاقد في التعويض 28

أ/ تعويض المتعاقد على التعديلات التي ترد في شروط العقد 28

ب/تعويض المتعاقد في حالة التعديل غير المنصوص عليه في العقد 29

ج/ تعويض المتعاقد في حالة تغيير طبيعة الأعمال 29

هـ/ تعويض المتعاقد في حالة سوء استعمال سلطة التعديل الانفرادي 30

الفرع الثاني: حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد 31

أولا: حالات الفسخ 31

أ/ تجاوز الحد الأقصى المقرر للتعديلات 31

ب/ فرض أعباء جديدة على المتعاقد ترهقه وتتجاوز امكانياته الفنية والمالية.....32

ج/ إذا أدى التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد 32

ثانيا: آثار الفسخ 33

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.....34

أولا: تحديد الاختصاص القضائي 34

ثانيا: أوجه ممارسة الدعوى 36

الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل بنظر منازعات سلطة التعديل 37

أولا: دعوى بطلان التعديل 38

ثانيا: دعوى فسخ العقد 39

الفرع الثاني: اختصاص قضاء الإلغاء بالطعن في قرار التعديل 40

أولا: إلغاء القرار الإداري المنفصل الخاص بالتعديل 41

ثانيا: أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل الخاص بالتعديل 41

ثالثا: أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل 42

خلاصة الفصل الأول 45

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية 46

المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري.....48

المطلب الأول: تعريف سلطة الجزاءات الإدارية 48

الفرع الأول: المعنى العام للجزاء 49

الفرع الثاني: معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني.....50

1- المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية 50

2- التكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية 50

أ- الرأي الأول: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تعويض من المتعاقد للإدارة....51

ب- الرأي الثاني: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها 52

ج- الرأي الثالث: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية 53

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية 54

الفرع الأول: الجزاءات المالية 55

أولا: الغرامة التأخيرية 55

1- تعريفها 55

2- خصائص الغرامة التأخيرية 56

أ. الغرامة التأخيرية تحدد مسبقا 57

ب. الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية 57

ج. الغرامة توقع إداريا 58

د. الغرامة التأخيرية توقع تلقائيا 59

ثانيا: مصادر التأمينات 59

1. تعريف مصادرة التأمينات 60

2. خصائص مصادرة التأمينات 61

الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة 62

أولا: وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري 63

1. تعريفه 63

2. خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية 64

ثانيا: سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة 65

1. تعريفه 65

2. خصائص سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة 65

ثالثا: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري 67

1. تعريفه 67

المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات 68

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني 69

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني 69

الفرع الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري 70

المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية 72

المطلب الأول: الضمانات الشكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية 73

الفرع الأول: الإعذار السابق لتوقيع الجزاء 73

الفرع الثاني: توقيع الجزاء من طرف السلطة المختصة 74

الفرع الثالث: تسبيب قرار الجزاء 74

المطلب الثاني: الرقابة القضائية لتوقيع الجزاءات التعاقدية 75

الفرع الأول: الطعن القضائي ضد الجزاءات التعاقدية 75

أولا: طبيعة اختصاص القضاء الإداري في نظره للطعن ضد الجزاءات التعاقدية.....76

ثانيا: نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية.....77

أ- رقابة المشروعية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية.....77

1. عيب عدم الاختصاص 78

2. عيب الشكل 78

3. عيب الانحراف بالسلطة 79

4. عيب مخالفة القانون 79

5. عيب السبب 79

ب- الرقابة القضائية على ملائمة الجزاء التعاقدي 80

الفرع الثاني: طلب المتعاقد فسخ العقد 81

خلاصة الفصل الثاني 82

خاتمة 83

قائمة المصادر والمراجع 86