جامعة زيان عاشور – بالجلفة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

العدالة العقدية في العقود الإدارية

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص: دولة ومؤسسات

إعداد الطالب: إشراف الأستاذ:

كرمة عبد العزيز غويني د/ العقون ساعد

لجنة المناقشة:

1- أ(*).....رئيسا.

2- أ(*).....مشرفا.

3- أ.....مناقشا.

السنة الجامعية: 2016/2015

شكـــر وعـــرفان

إلى كل من ساعدني في مذكرتي إلى الأستاذ الفاضل

ساعد العقون الذي قبل الإشراف على مذكرتي وساعدني

في إنجازها بتوجيهاته ونصائحه.

إلى زميلي عبد الوهاب أتقدم بالشكر والعرفان

الإهداء

إلى والدي ومعلمي المرحوم كرمة بن دقمان

إلى أمي العزيزة حانطي مسعودة

إلى كل أولادي وعائلتي

أهدي عملي المتواضع هذا

كرمة عبد العزيز غويني

مقدمـــة

مقدمة:

تعتبر سلطات الإدارة واسعة جدا في نطاق العقود الإدارية حيث أنها تشمل جميع مراحل العقد الإداري، منذ مرحلة إبرام العقد وقبل تنفيذه إلى غاية وضعه حيز التطبيق، الأمر الذي يجعل بحث كل هذه السلطات والإحاطة بمختلف إبعادها وجوانبها،أمر صعب التحقيق لا يمكن تناوله في موضوع دراسة واحد.

إلا انه يمكن الجزم بان غالبية الشروط الاستثنائية تظهر في مرحلة تنفيذ العقد حيث تبدو واضحة وجلية، وذات أثر واضح ومباشر يمس مباشرة المراكز العقدية للمتعاقدين، فبفضل هذه الشروط المستمدة من أساليب القانون العام تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة إنهاء العقد الإداري بشكل انفرادي دون خطأ المتعاقد أو تقصيره في التزاماته التعاقدية، كما بإمكانها كذلك فرض مختلف الجزاءات الإدارية عليه متى قصر في تنفيذ العقد أو خالف الشروط العقدية التي نصت عليها بنود العقد أو دفاتر شروطه، كما أنها تملك بالإضافة إلى ذلك سلطة رقابة وتوجيه تنفيذ العقد الإداري واختيار طرق تنفيذ العقد والوسائل والإمكانيات المستعملة في ذلك أثناء مرحلة التنفيذ، كذلك بفضل هذه الشروط الاستثنائية تتمتع الإدارة بسلطة التعديل الانفرادي لبنود وشروط العقد من جانب واحد دون استشارة المتعاقد معها أو اخذ موافقته المسبقة حول التعديل، الذي لا يملك أمامه إلا قبوله دون أن تكون له إمكانية رفضه أو عدم الالتزام بالأثر الذي أحدثه في العقد الإداري، ما يعد خروجا عن القواعد العامة التي تحكم العقود التقليدية والمتعارف عليها بين المتعاقدين.

هذا ما يجعل المساواة وتساوي الأطراف في العقود الإدارية وتكافئ الأداءات بينهم مساءلة حرجة تثير الكثير من التساؤلات حول مدى إمكانية وجود عدالة عقدية تجعل أطراف العقد أو الإدارة والمتعاقد معها في نفس الكفة والوزن أمام العقد الإداري، من خلال إيجاد توازن بينهم من حيث الحقوق والالتزامات التعاقدية.

وتتمثل أهمية موضوع الدراسة في أن مساءلة العدالة العقدية وتوازن الأداءات بين المتعاقدين يعتبر أمر ضروري في كل العقود سواء عقود القانون الخاص أو العقود الإدارية، لأن ذلك ما تقتضيه العدالة والمبادئ العامة للقانون، وإن كانت هذه المساءلة لا تثير أي إشكال في عقود القانون الخاص لوجود توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، يسهر المشرع على الحفاظ عليه بحماية الطرف الضعيف.

إلا أن هذا الأمر يختلف في عقود القانون العام لاختلاف اثر العقد الإداري على العقد غير الإداري، ومن هنا تتجلى أهمية هذا الموضوع المتمثلة في ضرورة البحث عن وجود عدالة عقدية في العقود الإدارية تحمي الطرف الضعيف في مواجهة سلطات الإدارة الواسعة وتشجعه على الإقدام على التعاقد معها دون خوف، هذا ما يساهم في السير الحسن للمرافق العمومية.

ويهدف هذا الموضوع لاستعراض سلطات الإدارة الواسعة في مرحلة تنفيذ العقد وما يترتب عن ذلك من آثار استثنائية تمس مصالح المتعاقد مع الإدارة، وتؤثر على توازن العقد الإداري،أما الهدف الثاني فيتمثل في بحث حقوق المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطاتها الاستثنائية، وما تنتجه هذه الحقوق من أثر في المرحلة الممتدة من إبرام العقد الإداري إلى غاية الانتهاء من تنفيذ المشروع ،على طرفي العقد وعلى مراكزهم العقدية وما يترتب على ذلك من نتائج تتعلق بالعقد الإداري.

وقد اعتمدنا من اجل دراسة موضوعنا والإحاطة بمختلف جوانبه ومعالجته معالجة أكاديمية سليمة وهادفة تتوافق وطبيعة هذا الموضوع على المنهج الوصفي التحليلي،وذلك من خلال وصف وتحديد السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وأثرها عليه،وتحليل ما ينتج عن هذا الأثر ويمس بمراكز المتعاقدين،لنتطرق إلى وصف حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة،وتحليل الأثر الذي تحدثه على توازن العقد الإداري،وتفسير ما يترتب عن ذلك من نتائج قانونية.

ورغم الأهمية الكبيرة لهذا الموضوع، إلا انه وحسب اعتقادنا وعلمنا بعد الاطلاع على مجموعة لا بأس بها من المصادر والمراجع، انه لم يتم التطرق لهذا الموضوع في العقود الإدارية خاصة في الجزائر بنفس الشكل والطرح الذي اعتمدنه، وان كانت هناك مجموعة من الدراسات الأكاديمية التي تتقارب وموضوع هذه الدراسة من ناحية أو جانب من الجوانب، أو من خلال تبني طرح يوازي ويناظر الإطار والأسلوب العام الذي استخدمناه في معالجة الموضوع،ومن بين هذه

الدراسات مذكرة بعنوان "معالجة مبدأ الاتفاق في العقود الإدارية" للطالبة شلالي خديجة، وهي مذكرة ماستر في قسم الحقوق بجامعة الجلفة زيان عاشور.

وبسبب أن الموضوع دقيق ومتخصص وجديد واجهتنا مجموعة من الصعوبات تتعلق بقلة وندرة وجود مراجع متخصصة في هذا الموضوع، وان كانت هناك مجموعة من الكتب تشير إلى الطرح العام الذي تتمحور حوله فكرة هذه الدراسة، إلا أنها تمتاز بالعمومية دون تفصيل أو شرح كافي ومضبوط يحيط بكل الجوانب والزوايا، خاصة الكتب باللغة العربية أما الكتب الجزائرية فهي غير موجودة في مكتبة قسم الحقوق أما الموجود منها فهو قديم أو يشير إلى الإطار العام لهذا الموضوع بشكل مختصر جدا.

ومن خلال هذا نطرح الإشكالية التالية: فيما تتجلى العدالة العقدية في العقود الإدارية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا خطة من فصلين،حيث عالجنا في الفصل الأول سلطات الإدارة الماسة بتوازن العقد وذلك من خلال مبحثين نتطرق في المبحث الأول لسلطات الإدارة المستمدة من امتيازات السلطة العامة وفي المبحث الثاني نعالج سلطات الإدارة المستمدة من القانون العام والمصلحة العامة، أما الفصل الثاني فعالجنا فيه حق المتعاقد في إعادة العدالة العقدية للعقد الإداري من خلال مبحثين، الأول بعنوان حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي ومبحث ثاني عنوانه حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

الفصل الأول:سلطــات الإدارة الماسة بتوازن العقد

الفصل الأول:سلطات الإدارة الماسة بتوازن العقد

تختلف العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص في أثرها على المتعاقدين،وما ينتج عن ذلك من حقوق والتزامات على عاتق أطراف العقد، فإذا كان "العقد شريعة المتعاقدين " في العقود المدنية والتجارية، فان العقد شريعة المرفق العام في عقود القانون العام، مما يجعل السلطة الإدارية المتعاقدة تتمتع "بامتيازات وصلاحيات خطيرة تجعل مركز الإدارة المتعاقدة غير متكافئ لان من حيث الحقوق أو الالتزامات"[1] كونها تهدف لخدمة المصلحة العامة، بينما الطرف الثاني يهدف لتحقيق مصلحته الخاصة.

هذه الامتيازات أو الشروط الاستثنائية "غير المألوفة في القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام وخضوع العقد لإحكامه وقواعده "[2] وتنقسم هذه الشروط إلى طائفتين، طائفة تشمل الامتيازات المتعلقة بامتياز السلطة العامة الممنوحة للإدارة وهذا ما سنناقشه في البحث الأول وطائفة تتعلق بالامتيازات المستمدة من القانون العام والمصلحة العامة وهذا ما سنعالجه في المبحث الثاني.

[1]– عمار عوابدى، القانون الإداري الجزاء الثاني النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2007، ص 216.

[2]– مازن ليلو راضى، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ب ط ، 2002، ص 50.

المبحث الأول: سلطات الإدارة المستمدة من امتيازات السلطة العامة

سنتناول في هذا المبحث مطلبين وهما حق الإدارة في الرقابة والتوجيه وحق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها .

المطلب الأول: سلطة الرقابة والتوجيه

وسنعالج في هذا المطلب معنى سلطة الرقابة والتوجيه في الفرع الأول والأساس القانوني لها في الفرع الثاني وحدودها في الفرع الثالث وذلك من خلال التالي:

الفرع الأول: معنى سلطة الرقابة والتوجيه

يمكن القول أن معنى سلطة الرقابة والتوجيه هو تثبت الإدارة وتأكدها من التزام المتعاقد بشروط العقد وتنفيذها [1]وفق النصوص العقد عن طريق الأعمال المادية أو القانونية وهذا هو المعنى الضيق لها، أما المعنى الواسع فيمتد لحق توجيه المتعاقد معها واختيار أفضل الطرق لتنفيذ العقد [2]وبالتالي تنقسم إلى :

أولا: سلطة الرقابة والإشراف:

المقصود بهذه السلطة أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد وفقا للمواصفات والشروط التي تم تحديدها مسابقا [3]ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفتر الشروط العامة والخاصة، التي تمنح الإدارة حق إصدار القرارات التوجيهية.

فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقد معها، إنما تساعده في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، [4]فلها سلطة كاملة في توجيه تنفيذ العقد والرقابة على تنفيذه في جميع المراحل، وتمارس الإدارة هذه السلطة سواء نص عليها العقد أو نص قانوني صريح أم لم ينص عليها، لارتباطها بحسن المرفق في مختلف الظروف. [5]وتتم الرقابة في هذا النطاق باستعمال الأعمال المادية، عن طريق دخول أعوان الإدارة وقيامهم بمراقبة وتفتيش أماكن العمل

---

[1]– نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ب ط،2009،ص 354.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ب ط، بدون سنة نشر، ص 255.

[3]– نصرى منصور نابلسى، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، الإسكندرية ، طبعة 2، 2012،ص 114.

[4]– عبد الحميد الشوربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف،الإسكندرية ، ب ط، 2003، ص 35.

[5]– ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المجد لنشر والتوزيع،ط 4، بدون سنة نشر، ص 294.

والمرافق والمصانع وغيرها، للتأكد من الأعمال تتم[1]وفق المواصفات والشروط الفنية المطلوبة والمحددة في دفاتر الشروط، كما يمكن للأعوان طلب واستلام الوثائق المتعلقة بالمشروع وفحصها والتأكد من سلامتها، وإجراء التحقيقات وتلقى شكاوى المتضررين، والفصل فيها.

وتتم كذلك في صورة أعمال قانونية، كإصدار الأوامر وتعليمات والإنذارات للمتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد، وتمارس الإدارة هذا الحق للتأكد عادة أن كل شيء يسير وفق مقتضيات المصلحة العامة، تمهيدا للاستلام المشروع أو العمل عند إتمامه.[2]

وتعد سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف حقا ثابتا لها، وان لم تذكر في العقد لا تملك الإدارة المتعاقد حق التنازل عنها أو تقييدها كونها تتعلق بالنظام العام، وعليه تعد النصوص الواردة بشأنها نصوص كاشفة وليست منشئة لها.[3]

والإدارة تمارس سلطتها في هذا الشأن أعمالا لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشر،وفي إصدار قراراتها بإرادتها المنفردة، التي تكون واجبة التنفيذ من طرف المتعاقد معها وكل تابعيه سواء، وجزاء كل من يهمل هذه التعليمات أو يرفض تنفيذها الأبعاد، ويختلف حق الرقابة والإشراف في مداه من عقد إداري إلى عقد أخر فيصل إلى أقصى مداه في عقود الامتياز والأشغال العمومية، في حين يضيق مجاله في باقي العقود الإدارية كعقد التوريد.[4]

ولسلطة الرقابة والتوجيه نظيرها في العقود التي يحكمها القانون الخاص، إلا أنها في العقود الإدارية أكثر شمولا وأوسع مجال، فتتعدى الرقابة إلى حق توجيه المتعاقد في كيفية تنفيذ العقد واختيار الطرق المناسبة لذلك، وإلزامه على التقيد بها.[5]

ثانيا:سلطة الإدارة في توجيه المتعاقد معها:

المقصود به حق الإدارة المتعاقدة في توجيه طرق وأعمال تنفيذ العقد عن طريق الأعمال القانونية كالتعليمات واللوائح والقرارات التي تخاطب بها المتعاقد معها، ويندرج ذلك عموما في نطاق سلطة الإدارة، فالإدارة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد وفق الشروط فقط فهي تستطيع التدخل في توجيه أعمال التنفيذ عن طريق اختيار أفضل وانسب طرق تنفيذ وفقا للمصلحة العامة

[1]– ناصر لباد، مرجع سابق، ص 114.

[2]– نصرى منصور نابلسى،مرجع سابق، ص 114.

[3]–حمدى القبيلات، القانون الإداري، دار وائل لنشر، ط 1، 2010، ص 145.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 257.

[5]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 34 وما يليها.

في تقديرها، فحق التوجيه يتجاوز حد التأكد من سلامة التنفيذ، ليشمل حق الإدارة في توجيه الطرق التنفيذية، أو منع المتعاقد من إتباع بعض الطرق التنفيذية[1]، وتأخذ أوامر العمل طريقها للتنفيذ بصورة مباشرة وفورية وما على المتعاقد إلا الاستجابة لها، كما له حق الطعن فيها أمام الإدارة أو القضاء بعد تنفيذها.

وحق التوجيه والتدخل ليس مقررا للإدارة كحق عام في جميع العقود الإدارية، كحق الإشراف والرقابة، فهو يختلف من عقد إلى آخر فيعتبر مبدأ عام غير قابل للسقوط أو التنازل في عقود الأشغال العامة ولو لم ينص عليه العقد أو القانون، عكس عقود التوريد التي لا يتقرر فيها هذا الحق ما لم ينص عليه العقد.[2]

فعقد الأشغال هو المجال الخصب لحق التوجيه، ويشمل هذه الحق مثله مثل حق الرقابة والإشراف الجانب الفني والمالي لعملية تنفيذ بنود العقد [3]، فيكون للإدارة حق إصدار الأوامر للمتعاقد معها "المقاول" بإلغاء أو إيقاف العمل إذا ظهر لأعوانه، أن انجاز أو تنفيذ العمل يتم بطريقة خاطئة أو بمواد غير صالحة أو بعمل غير ماهرين، أو مخالف لدفتر الشروط أو تجاوز آجال انجازه، وفي هذه الحالات يتحمل المقاول أعباء الأضرار التي سببها عماله والمصاريف المترتبة عن ذلك.[4]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه:

تستمد الإدارة سلطتها في الرقابة والتوجيه من العقد نفسه، أو من نص قانوني يمنحها هذا الحق، ومع ذلك فان عدم وجود بند ينص عن ذلك، لا يحرم الإدارة من حقها في ممارسة هذه السلطة، فهو حق أصيل لها بصفتها سلطة عامة تهدف للصالح العام، مقرر لها ومستمد من مبادئ القانون العام، ومقتضيات سيرورة واستمرار المرافق العامة، ويعتبر حق الرقابة والتوجيه من النظام العام، وكل نص يرد في العقد يستبعد هذه السلطة، يعتبر باطل بطلان مطلق.[5]

ومنه يمكن إرجاع أساس سلطة الرقابة والتوجيه إلى:

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 116 و 117.

[2]– محمود خلف الجبورى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1998، ص 110 وما يليها.

[3]– زكريا المصرى، العقود الإدارية مابين الإلزام القانوني والواقع العلمي، دار الفكر والقانون، ط1، 2014، ص 53.

[4]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 111 و 112.

[5]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 255.

أولا: أساس سلطة الرقابة والتوجيه بنود العقد الإداري أو نص قانوني:

فقد تتضمن العقود الإدارية أو دفاتر الشروط بنودا تمنح الإدارة هذا الحق و تنص على كيفية ممارسته والطرق والوسائل التي عليها إتباعها لتحقيق هذه الرقابة. كذلك قد ينص القانون على هذا الحق في القوانين واللوائح المتعلقة بنوع أو أنواع معينة من العقود الإدارية، فقد ورد في نص المادة 10 من دفتر الشروط العام للأشغال العامة في فرنسا حق الإدارة بإصدار أوامر خدمة للمتعهد أثناء تنفيذ الأشغال والمتعهد ملزم بالامتثال للأوامر الصادرة عن الإدارة وأعوانها التي يمكن أن تكون تعديلا أو زيادة في كمية الأشغال، والمطابقة للمادة 10 من دفتر الشروط العام للأشغال في لبنان[1]، أما في القانون الجزائري وعلى سبيل المثال تنص المادة 4 من الملحق رقم 02 المتعلق بدفتر الشروط النموذجي المطبق على دواوين التنظيم والهيئات العمومية الأخرى من المرسوم التنفيذي رقم 89 /01 "يحتفظ مانح الامتياز بحق القيام بأي عمل رقابة قصد التأكد من مدى احترام صاحب الامتياز لشروط سير الامتياز وقواعده كما هو منصوص عليه في دفتر الشروط ".[2]

ثانيا:أساس سلطة الرقابة والتوجيه مستمدة من المرفق العام:

يرى الكثير من الفقهاء أن أساس سلطة الرقابة والتوجيه مستمدة من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد، وبالتالي فالإدارة تستعملها لتحقيق الأغراض المتعلقة بالمرفق العام، ولا يجوز لها أن تستخدمها خارج هذا النطاق، وسلطات الإدارة إنما ترتكز على حاجيات الصالح العام التي يقع على الإدارة تحقيقها في كافة أنشطتها بما فيها نشاط التعاقدي.[3]

وان هذا الحق تملكه الإدارة وان لم ينص عليه العقد، لارتباطه بالسلطة التي تملكها الإدارة لتقدير المصلحة العامة ومتطلباتها المتعلق بحسن سير المرفق العام، وهو نفس الأساس الذي يقوم عليه القانون الإداري، ويجعل العقود الإدارية تختلف اختلافا جوهريا عن عقود القانون الخاص.

فالعقود الإدارية تستهدف تلبية احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، فإذا كانت مصلحة الأطراف متساوية في العقود المدنية

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 118 وما يليها.

[2]– المرسوم التنفيذي، رقم 01/89 المؤرخ في 1989/01/15 المتعلق بكيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية، جريدة رسمية رقم 3، ص 69.

[3]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 122.

ففي العقود الإدارية غير متكافئة، كون الصالح العام يعلو على المصلحة الفردية، هذا ما يرتب للإدارة سلطة تخولها الإشراف على تنفيذ عقودها.

وبالتالي فالرقابة الإدارية تجد أساسها القانوني في فكرة المحافظة على المرافق العامة وضمان حسن تسيرها وتنظيمها، فلذلك هذه السلطة تتسع كلما زادت صلة العقد بالمرفق وتضعف عندما تتدنى هذه الصلة.[1]

ثالثا: أساس سلطة الرقابة والتوجيه مستمدة من امتيازات السلطة العامة:

فأساس هذه السلطة يرجع إلى كون الإدارة سلطة عامة تهدف للصالح العام، هذا ما يقتضي تمتعها بمجموعة من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها وترجيح كفتها عليه، ومن بين هذه السلطات والحقوق حقها في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه، وتمتعها بامتياز القرار التنفيذي[2]والتنفيذ المباشر الذي يعد مظهرا من المظاهر البارزة للسلطة العامة، وبالاستناد إلى ذلك تصدر الإدارة القرارات التي تنشئ بشكل مباشر وفوري، كما يترتب أثار قانونية تعدل في مركزه القانوني، وهذا ما يتنافى مع قاعدة تساوي الأطراف والمساواة بينهما في عقود القانون الخاص.

فالإدارة كسلطة عامة تبقى مسئولة أمام الجمهور عن حسن سير المرافق العامة وإستمراريتها، وان كان لهذه السلطة نظيرتها في القانون الخاص، فان الاختلاف يكمن في توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ واختيار الطرق المناسبة لذلك، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور وتحديد علاقة المتعاقد بمستخدميه، وإصدار الأوامر، خدمة للمصلحة العامة.

كما أن نظرية المرفق العام وبعد تراجعها لم تعد أساسا للقانون الإداري ومعيار تمييز له حتى أصبحت بمعناها الواسع متحققة في كل نشاطات الإدارة ومجرد عبارة لفظية ليس لها أي معنى فعلى، ولا تصلح كأساس لتمييز العقود الإدارية. هذا ما يؤكد أن حق الرقابة والإشراف يرجع لامتياز السلطة العامة في العقد الإداري، المتضمن شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص، تبرز مظاهرها.[3]

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 121 وما يليها.

[2]– مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 86 وما يليها.

[3]– المرجع نفسه، ص 50 وما يليها.

بينما ترى طائفة أخرى من الفقه أن أساس سلطة الرقابة أساس قانوني مزدوج بين الأساسيين السابقين.[1]

الفرع الثالث: حدود سلطة الرقابة والتوجيه:

كما اشرنا في الفرعين السابقين، فان سلطة الرقابة والتوجيه ممنوحة للإدارة في جميع العقود الإدارية في جميع العقود الإدارية، إلا أن مداها يختلف من عقد إلى آخر، كما أنها ليست مطلقة، فلها حدود لا ينبغي تجاوزها. فيخضع استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، لضابطين ضابط عام يتمثل في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية وضابط خاص بالعقد الإداري موضوع الرقابة،حيث يتعين أن يترتب على استعمال الإدارة لهذه السلطة تعديل في شروط العقد.

أولا: خضوع سلطة الرقابة والتوجيه لمبدأ المشروعية:

حيث يجب أن لا يشوب استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه عيب الانحراف في استعمال السلطة، فالإدارة منحت هذه السلطة من اجل تحقيق هدف محدد، هو ضمان سير المرفق العمومي، بانتظام واطراد للخدمة المصلحة العامة.

فإذا استعملت الإدارة هذه السلطة بهدف تحقيق غرض آخر، وانحرفت في استعمال سلطتها عن الغرض المخصص لها، خرجت قراراتها عن إطار المشروعية.

ثانيا:يجب أن لا يترتب عن استعمال سلطتها الرقابة والتوجيه تعديل في شروط العقد:

فلا يجب أن ينطوي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه على تعديل في شروط العقد، فسلطة الإدارة بمنعها المزدوج "الإشراف والتوجيه" سواء كانت مستمدة من نصوص العقد أو النصوص القانونية أو دفاتر الشروط أو قائمة بذاتها كسلطة أصيلة، لها نطاق معين لا بد أن لا تتجاوزه، حيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمفهوم التوجيه وبين سلطة التعديل الانفرادي للعقد، فإذا تجاوزته الإدارة، تصبح بصدد سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه، هذا ما يمنح المتعاقد معها الحق في المطالبة بالتعويض إذا أصابه ضررا جراء هذا التجاوز.[2]

---

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 258 وما يليها.

[2]– المرجع نفسه، ص 260 و 261.

المطلب الثاني: سلطة فرض الجزاءات الإدارية

تعتبر الجزاءات الإدارية من أهم المظاهر التي تعبر عن امتيازات الإدارة كسلطة عامة تهدف للمحافظة على السير الحسن للمرفق العام، وضمان التزام المتعاقد مع الإدارة ببنود العقد وعدم إخلاله بها، سواء بامتناعه عن التنفيذ أو تنفيذه لها بشكل مخالف للشروط والمواصفات والمواعيد.

وتشترك الجزاءات الإدارية في مجموعة من الأحكام المشتركة بينها، سنتطرق لها بالتفصيل في الفرع الأول، ثم سنعالج صورها أو أنواعها في الفرع الثاني، لنختم في الفرع الثالث برقابة القاضي الإداري على مشروعيتها.

الفرع الأول: الخصائص العامة للجزاءات الإدارية:

وسنعالج فيه أولا حق الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، ثم حقها في توقيع الجزاء حتى في حالة عدم وجود النص لنصل إلى حقها في اختيار موعد الجزاء دون الحاجة لإثبات الضرر وذلك من خلال التالي:

أولا:حق الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة:

تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص، وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، الممتنع أو المتخاذل في تنفيذ التزاماته التعاقدية،أو الذي استعمل طرق احتيالية في ذلك، دون حاجتها لاستصدار حكم قضائي،[1]حيث تملك حق توقيع الجزاء تلقائيا بمجرد ثبوت مخالفة المتعاقد معها، على أن يخضع قرارها في هذا الشأن للرقابة اللاحقة للقضاء الإداري للتأكد من مشروعيته.[2]

وتبرير ذلك يعود إلى أهمية المحافظة على المرافق العامة، وضمان استمرارية سيرها بشكل دائم ومستمر، وهذا ما لا يتناسب مع الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة، التي يتطلبها استصدار حكم من المحكمة، إذا اخل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ بنود العقد.

هذا كقاعدة عامة إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى عقود التزام المرافق العامة "" في الجزائر عقود الامتياز"" ولم يمنح الإدارة حق إسقاط الالتزام بإرادتها المنفردة، واستثناه من

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 148.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 280.

الجزاءات الإدارية، ومنح حق فسخ العقد إلى القاضي، مراعاة للاعتبارات العملية المتعلقة بعقود الامتياز والمتمثلة في رؤوس الأموال الضخمة التي أنفقها، صاحب الامتياز في إعداد المرافق العامة، والموظفة في إدارة واستغلال المرفق العام، والتي يتم استهلاكها خلال مدة طويلة، وحماية للمتعاقد مع الإدارة من تعسفها.[1]

ويرتبط حق الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، بشرط تناسب الجزاء مع الخطأ المنسوب للمتعاقد معها، فيكون حجم الجزاء يتناسب وجسامة الخطأ، وإلا اعتبرت تصرفاتها من قبيل الإساءة والانحراف في استعمال السلطة.[2]يجعلها عرضة للإلغاء أو التعويض من طرف القاضي الإداري.

ثانيا:حق الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لنص يقرره

أن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، الذي اخل بتنفيذ العقد، موجودة ومستقلة عن نصوص العقد، ولا يشترط أن تنص بنود عليها، لتمارسها الإدارة، فإذا نص العقد وتضمن بعضها بعضا فان ذلك لا يقيد حرية الإدارة، فلها أن توقع جميع أنواع الجزاءات المقررة متى توفرت شروط توقيعها. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 13 ماي سنة 1907 في قضية السيد ديلانك (2). وقد استخلص الفقه من هذه القضية، أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، قائمة بذاتها فستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة توقيع الجزاءات حتى عن المخالفات التي ينص عليها العقد.

واستثنى مجلس الدولة الفرنسي من ذلك الجزاءات المالية التي يشترط أن يتضمنها العقد، فلا يمكن للإدارة فرض غرامات مالية لم ينص عليها العقد، كما أن عليها أن تحترم الجزاءات المالية المتفق عليها بين المتعاقد وبينها.[3]

وإذا كانت الإدارة تملك حرية تامة في باقي الجزاءات الإدارية، التي من حقها توقيعها على المتعاقد، فإنها ملزمة إذا تضمن العقد جزءا محددا لخطا بذاته، أن تتقيد به،ولو كان مخالف للائحة المناقصات والمزايدة ""قانون الصفقات العمومية"" حيث أن الأصل في العقد انه توافق

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 148 وما يليها.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 281.

[3]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 157.

إرادتين، ""وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية إلى أشخاص بذواتهم"" [1]

ثالثا: حق الإدارة في اختيار موعد الجزاء دون الحاجة لإثبات الضرر:

تتميز الجزاءات الإدارية بأن مواعيد توقيعها، يكون وفقا لإرادة الإدارة المنفردة، ما لم يوجد نص صريح يثبت عكس ذلك، فلها حرية كاملة في اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء على المتعاقد معها،[2]بحسب ما تراه صالحا لخدمة المصلحة العامة، ويضمن استمرارية حسن سير مرافقها العامة، فلها سلطة تقديرية في ذلك.[3]

كما أن جهة الإدارة المتعاقدة ليست ملزمة بإثبات أن خلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية قد سبب لها ضررا، حتى توقع الجزاء عليه، "" فالضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه فالعقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شئون المرفق وتأمين سيره على أساسها ""[4]

رابعا: ضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه:

حيث يجب على الإدارة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه،فتأمره بتدارك ذلك في فترة زمنية تحددها له، وإلا اتخذت الإجراءات الردعية المناسبة، والجزاءات الإدارية.

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي ضرورة إنذار المتعاقد في قرار فسخ العقد الإداري، ومنحه مدة معينة لاستدراك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإنذار معيبا إجرائيا.[5]وقابل للإبطال من طرف القاضي الإداري.

وإذا كانت القاعدة العامة المتبعة في فرنسا ومصر ولبنان ضرورة إنذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه، إلا أنها لها استثناءات وهي :

---

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 281 و 282.

[2]– نفس المرجع، ص 282.

[3]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 165 و 166.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص 282.

[5]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 157.

1/ النص الصريح بإعفاء الإدارة من الإنذار المسبق :

قد يرد هذا النص في بنود العقد أو في دفاتر الشروط أو يكون نص تشريعي أو تنظيمي، يمنح الإدارة هذا الامتياز ويشترط أن يكون النص صريح عبارته قاطعة الدلالة وواضحة تنص على إعفاء الإدارة من الإنذار.

2/ ثبوت عدم جدوى الإنذار:

فعندما تتأكد الإدارة بشكل قطعي بعدم جدوى الإنذار وفائدته، لأسباب تتعلق بالمتعاقد معها، كإعلانه عدم قدرته على تسيير المرفق وتخلي عنه، أو مخالفته التزام جوهري غير قابل للتدارك، تتخذ الإدارة الإجراء المناسب دون اللجوء للإنذار.

3/ تنازل المتعاقد عن العقد للغير:

فعند تنازل المتعاقد عن العقد، فلا ضرورة في هذه الحالة للإنذار.[1]

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية

كما اشرنا سابقا فالإدارة تملك أن توقع مجموعة من الجزاءات المختلفة، التي تم التطرق لها في بنود العقد، والتي تركت لسلطتها التقديرية، ويمكن تقسيم الجزاءات الإدارية لثلاثة أنواعها وهي الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة وهذا ما سنتناوله بالشرح من خلال التالي:

أولا:الجزاءات المالية

وهي التعويضات الجزافية أو مبالغ المال المتفق عليه في العقد أو في دفتر الشروط بين الإدارة والمتعاقد معها، والتي يحق لها مطالبته بها، متى اخل بالتزاماته التعاقدية، بامتناعه أو تأخره أو بسبب سوء تنفيذه لبنود العقد [2]وهي :

1/ الغرامات: ""الغرامات التأخيرية"" : وهي مبالغ من المال تقدرها الإدارة مسبقا في نصوص العقد كجزاء عن التراخي أو التأخر في التنفيذ، لضمان تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المتفق عليه.[3]حيث تنص المادة 147 من قانون الصفقات العمومية ""يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ

[1]– نصرى منصور نابلسى ، مرجع سابق ، ص 163 وما يليها.

[2]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص38.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 284.

الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية،... تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية..."[1]

2/ مصادرة الكفالات: ""مصادرة التأمينات "":الكفالات هي عبارة عن مبالغ مالية تودع في حساب الإدارة كضمان لتلافي أخطاء المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد، واثبات لقدرته على مواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره وإخلاله بالتزاماته.[2] حيث تنص المادة 124 من قانون الصفقات العمومية "" يجب على المصلحة المتعاقدة إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط... لتنفيذ الصفقة تحدد الضمانات وكيفية استرجاعها في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة..."[3]

3/ مطالبة المتعاقد معها بالتعويض:يؤكد الكثير من الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من التعويض في القانون الخاص، بل أن هناك من لا يعتبره من الجزاءات الإدارية لكن الاختلاف يمكن في أن التعويض في مجال العقود الإدارية، تملك الإدارة إمكانية فرضه بإرادتها المنفردة، كما أنها هي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيله دون حاجتها للالتجاء للقضاء، ودون أن يرتكب المتعاقد معها خطا، هذا ما يمنحه صفة الجزاء الإداري.[4]

ويشترط لفرض الجزاءات المالية السابقة ذكرها ما يلي:

أ/ ارتكاب المتعاقد لخطئ غاية في الجسامة

ب/ أعذار الإدارة للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه ما لم يوجد نص يعفي الإدارة من ذلك

ج/ صدور قرار إداري يتضمن الجزاء الموقع.[5]

ثانيا: الجزاءات الضاغطة

لا يهدف هذا النوع من الجزاء إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء مالية، وإنما يرمي إلى الضغط عليه لإجباره على تنفيذ التزاماته نحو الإدارة المتعاقدة معه وتتمثل هذه الجزاءات في ما يلي:

---

[1]– المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق ، ص40 .

[3]– المادة 124 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[4]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق ، ص38 وما يليها .

[5]– بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، ب ط، 2011،ص104.

1/ وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز:

إذا اخل صاحب الامتياز بالتزامه التعاقدي إخلالا جسيما، تقوم الإدارة مانحة الامتياز بوضع المرفق محل العقد تحت الحراسة، وترفع يد صاحب الامتياز مؤقتا عن إدارة المشروع، وتحل محله في تنظيم استغلال المرفق بشكل مؤقت، وفقا لنفس الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط ويكون ذلك تحت نفقة ومسؤولية الملتزم ""صاحب الامتياز""[1]، وقد تفرض الإدارة هذا الجزاء حتى ولو لم يكن الخطأ منسوب للمتعاقد معها، في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب خارجية لا علاقة لها بطرفي العقد، وفي هذه الحالة يعفى المتعاقد معها من عبء نفقته ومسؤولية المرفق.

ولصاحب الامتياز الحق في الطعن في قرار الإدارة أمام القاضي، وطلب التأكد من أن الحراسة تمت لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

2/ التنفيذ على حساب المقاول المتعاقد معها في عقود الأشغال العمومية:

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، فتقوم بتنفيذ العمل بنفسها أو تعهده إلى غيره على أن يكون التنفيذ على مسؤوليته وحسابه، ويكون هذا الجزاء في حالة وجود تقصير، أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد معها، و تنص غالبا دفاتر الشروط على الحالات التي يجوز للإدارة فيها توقيع هذا الجزاء.

3/ الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد:

توقع الإدارة هذا الجزاء في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الوقت المحدد، أو خلال المهلة الإضافية الممنوحة له، فتستطيع الإدارة في هذه الحالة إما إنهاء العقد أو الشراء على حساب المتعاقد، بذات الشروط والمواصفات المتعاقد عليها بينهما والمحددة في العقد.[2]

وتلجأ الإدارة إلى أسلوب الحلول محل المتعاقد وتنفيذ العقد بنفسها عن طريق موظفيها وأموالها في حالات الاستعجال، على أن يتحمل المتعاقد معها، الفارق في السعر والنفقات والخسائر الإضافية.[3] ولتطبيق الجزاءات الضاغطة، يشترط أن تلتزم الإدارة بنفس الشروط، التي تخضع لها عند تطبيق الجزاءات المالية، والتي سبق ذكرها.

---

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 298 و 299.

[2]– عبد الحميد الشوربي، مرجع سابق، ص 41 وما يليها.

[3]– بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 103.

ثالثا: الجزاءات الفاسخة:

وهي التي تهدف الإدارة من خلالها، لأنها العلاقة التعاقدية وفسخ العقد، الذي كان يربطها بالمتعاقد معها، قبل الآجال المحددة لنهاية العقد، وتشمل هذه الجزاءات ما يلي:

1/ الفسخ الجزائي: ""الوجوبي"": هو إنهاء الإدارة للعلاقة التعاقدية، بإرادتها المنفردة بموجب قرار إداري، وبناء على سلطتها التقديرية، دون اللجوء للقضاء بسبب إخلال المتعاقد معها، لواجباته التعاقدية بشكل فادح وجسيم، مما يستدعى استبعاده من دائرة تنفيذ العقد.[1] حيث تنص المادة 149 من قانون الصفقات العمومية ""إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقد إعذار ليفي بالتزاماته في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الآجال الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد "" [2]

و تنص المادة 89 من نفس القانون ""..... كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمى إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص....مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير الصفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه وتنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق. ومن شأنه أيضا أن يكون سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي آخر، يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات وفسخ الصفقة"" [3]. كما أضافت المادة 75 من القانون 247/15 الإقصاء بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية للمتعاملين الاقتصاديون الذين تنازلوا عن تنفيذ الصفقة أو هم في حالة إفلاس، أو كانوا محل حكم قضائي، وغيرها من الأسباب التي تستوجب الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.[4]

2/الإسقاط:

وهو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الامتياز، قبل انتهاء مدته الطبيعية، ويكون بسبب الأخطاء الجسيمة التي ارتكبها صاحب الامتياز في إدارة المرفق، ويختلف عن الاسترداد، في عدم تلقى المتعاقد أي تعويض بسبب إسقاط حقه في الامتياز.[5]

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص164.

[2]– المادة 149 المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]– المادة 89 المرسوم الرئاسي 247/15.

[4]– المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[5]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 43.

ويشترط لتطبيق عقوبة الفسخ الجزائي والإسقاط ما يلي:

أ/ تقصير المتعاقد وإخلاله بالتزاماته نحو الإدارة المتعاقد معه، ويكون التقصير بسبب عدم احترام مواعيد التنفيذ أو التنفيذ السيئ، أو بعدم التنفيذ.

ب/ أعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء، مع بقاء تقصيره في الآجال التي حددها الإعذار وهذا ما نصت عليه المادة 112 من قانون الصفقات العمومية.[1]

الفرع الثالث: خضوع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية:

كما ذكرنا سابقا، للإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية، بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة المتعاقد معها، أو الحصول على حكم قضائي، يقضي بذلك لكن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، ليست مطلقة تماما فهي تخضع لرقابة القضاء، والتي تشمل رقابة مشروعية، تنصب على القرار الصادر من الإدارة، بتوقيع الجزاء من ناحية الشكل و الاختصاص والمحل والسبب والهدف، ورقابة ملائمة تبحث في بواعث الإدارة الفعلية، ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ المنسوب للمتعاقد.

وهذا ما سنتناوله بنوع من التفصيل من خلال التالي:

أولا:القضاء المختص بالرقابة على الجزاءات الإدارية:

من المعروف أن القضاء الإداري، هو القضاء المختص بالفصل في المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد الإداري والجهة المختصة أصلا، للنظر في المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية، هي جهة القضاء الكامل وليس قضاء الإلغاء.

ومن المستقر عليه في مجلس الدولة الفرنسي أن قاضي العقد هو صاحب الولاية العامة، في الفصل في مدى مشروعية قرارات الإدارة المتعلقة بالعقود الإدارية، والتي لا يمكن الطعن فيها من طرف المتعاقد المتضرر، إلا عن طريق دعوى التعويض في نطاق القضاء الكامل وليست دعوى الإلغاء.

إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا أشار إلى استثناء على القاعدة العامة، ويتعلق بالقرارات المنفصلة عن العقد التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء.[2]

---

[1]– بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 105.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 168 وما يليها.

ثانيا: حدود سلطة الرقابة القضائية على الجزاءات الإدارية:

تختلف سلطة القاضي باختلاف الجزء الذي وقعته الإدارة على المتعاقد معها، حيث يرى ""سليمان الطماوي"" أنه يجب التمييز بين الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة كما يلي:

أ/ فيما يتعلق بالجزاءات المالية، يستطيع القاضي الحكم بردها أو الإعفاء منها أو تخفيفها حسب كل حالة.

ب/ أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه ""الجزاءات الضاغطة"" التي تستعملها الإدارة، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها، لكنه لا يستطيع الحكم بإلغائها في جميع الحالات.

ويرقب القاضي الإداري ممارسة الإدارة لحقها في توقيع الجزاء رقابة مشروعية للقرار الجزاء بعناصره، ورقابة ملائمة بين تناسب الخطأ وحجم الجزاء الصادر، في حق المتعاقد معها، فيقضى بالتعويض أو الإلغاء حسب كل حالة.

وكنتيجة يمكن القول أن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات الإدارية دون استصدار حكم قضائي تقابلها رقابة قضائية لاحقة وشاملة، تضمن التوازن اللازم في العقد الإداري وتحافظ على حقوق المتعاقد تجاه قرارات الإدارة غير المشروعة.[1]

المبحث الثاني: سلطات الإدارة المستمدة من القانون العام والمصلحة العامة

أقر القانون العام، للإدارة مجموعة من الصلاحيات والسلطات الاستثنائية، في مواجهة المتعاقد معها، قبل وبعد وأثناء تنفيذ العقد الإداري، وتجد هذه السلطات أساسها وتبريرها، في الحفاظ على المصلحة العامة، التي تعتبر هدف كل نشاط إداري.

ومن بين أهم هذه السلطات، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهذا ما سيكون موضوع المطلب الأول من هذا المبحث، وسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد، وهذا ما سنبحثه من خلال المطلب الرابع والأخير في الفصل الأول.

المطلب الأول: سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة

للإدارة، على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين، حق تعديل بعض بنود العقد بإرادتها المنفردة، ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها، وهذا الحق مقررا لها

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 178 وما يليها.

وإن لم ينص عليه صراحة العقد.[1]فسلطة التعديل ثابتة للإدارة، لا يجوز النص على التنازل عنها، لارتباطها بالمصلحة العامة، ومقتضيات سير المرفق العام، وضرورة مسايرته للتطورات الجديدة.

وتظهر سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة في الصور التالية :

أولا: سلطة تعديل محل العقد بالزيادة أو النقصان وهو ما يصطلح عليه بالتعديل الكمي.

ثانيا: سلطة تعديل وسائل وطرق التنفيذ والتحكم فيها بالزيادة أو النقصان.

ثالثا: سلطة تعديل البرنامج الزمني والتحكم في آجال التنفيذ.[2] لكن هذه السلطة ليست مطلقة فهي مقيدة بمجموعة من الشروط الجوهرية، التي سنعالجها في الفرع الأول، لنعرج في الفرع الثاني على طريقة تعديل العقد الإداري، ثم نتناول في الفرع الثالث موقف الفقه الإداري والقضاء من التعديل الانفرادي للعقد.

الفرع الأول: شروط التعديل الانفرادي للعقد الإداري:

هناك مجموعة من القيود ترد على حرية الإدارة في تعديل العقد، يجب عليها احترامها وهي:

أولا: أن يكون التعديل لأسباب موضوعية:

فيجب على الإدارة عند قيامها بتعديل العقد، أن تستند لظروف مستجدة ولا حقه لإبرام العقد، تستوجبها ممارسة هذه السلطة، وعلى ذلك فإن بقاء نفس الظروف التي أبرم في ظلها العقد، على حالها يحول بين الإدارة وحقها في التعديل، لانعدام الأساسي القانوني لذلك. [3]

فيشترط حتى تستطيع الإدارة استعمال سلطتها في تعديل العقد الإداري، أن تقتضي المصلحة العامة ذلك، كون الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام العقد، قد تغيرت بحيث لم تعد شروط إبرام العقد، في ظل الظروف الجديدة ملائمة لحسن سير المرفق، مما يستوجب تعديلها.[4]خاصة وأن العقود الإدارية، كعقد الأشغال وعقد التوريد تأخذ زمننا طويلا في تنفيذها، فإن تغيرت الظروف،

[1]– زكريا المصري، العقود الإدارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2014، ص60.

[2]– بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 101.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 268.

[4]– المرجع نفسه، ص 268.

وجب الاعتراف للإدارة، بحقها في تعديل بنود العقد، بما يتماشى والظروف الجديدة، ويلبى حاجات المنتفعين من المرفق العام.[1]

ثانيا: أن يتصل التعديل بموضوع العقد:

ويكون جزئيا أي أن التعديل، يجب أن يكون في نطاق موضوع العقد الأصلي، الذي اتجهت إليه الإدارة المشتركة للأطراف، واتفقت عليه الإدارة مع المتعاقد معها، فإن فرضت الإدارة عليه التزاما خارجا عن العقد ولا صلة له بموضوعه، جاز له الامتناع عن تنفيذه، أو اللجوء إلى قاضي العقد لإلغائه، فالتعديل يجب أن يقتصر على حدود موضوع العقد فلا يتعداها.[2]

كما يجب أن يكون التعديل جزئيا بحيث لا ينصب على كافة شروط العقد في التعديل الكلي وإن كان يسمى مجازا تعديلا، فهو في حقيقته عقدا جديدا، يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه، مجبرا على الالتزام به، دون أن تكون لإرادته دخل في إنشائه.

فالمتعاقد تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية، يجب عليه الوفاء بالتزاماته، في إطارها فإذا خرجت الإدارة عن هذا الإطار تحت حجة التعديل، اعتبرت أعمالها باطلة، تستوجب التعويض وتمنح المتعاقد معها حق المطالبة بفسخ العقد.[3]

ثالثا: أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية:

قرار تعديل العقد هو قرار إداري، ومن ثم يتعين أن تتوفر فيه عناصر مشروعية القرار الإداري، فيجب أن يصدر عن الجهة المختصة، وفقا للشكل والإجراءات المقررة قانونا وفي إطار القواعد العامة التي تحكم موضوع التعديل، وإن يهدف لتحقيق المصلحة العامة، كما يشترط أن يستند إلى سبب قائم يبرره، يتمثل في تغير الظروف التي ابرم في ظلها العقد الأصلي.

فإذا خرج قرار التعديل عن مبدأ المشروعية، يكون بوسع المتعاقد مع الإدارة، الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء، إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال المنفصلة، أو أمام قاضي العقد.

رابعا : ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للعقد

فإذا كان للإدارة حق في تعديل العقد، في إطار مبدأ المشروعية فإن هذا الحق يجب أن لا يمس بالتوازن المالي للعقد، بمعنى أن لا يحدث التعديل خللا، بين حقوق المتعاقد والتزاماته، ومن

---

[1]– شلالي خديجة، (معالجة مبدأ الاتفاق في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق)، 2014/2013، ص 17.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 346.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص 268.

ثم فجهة الإدارة المتعاقدة، لا تملك أن تتناول بالتعديل النصوص المتعلقة بالحقوق المالية للمتعاقد معها، التي يجب أن يستفيد منها كاملة.[1]

الفرع الثاني: طريقة تعديل العقد الإداري ""الملحق""

تجد سلطة التعديل أساسها القانوني في التشريع الجزائري، في المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية، أن تعدل في بنود العقد بالزيادة والنقصان،[2]عن طريق الملحق، هذا ما سنعالجه بالشرح من خلال التالي :

أولا: تعريف الملحق

الملحق هو اتفاق إضافي للصفقة الأولى، هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية، تضمنتها الصفقة الأصلية، أو زيادة أو تقليل الخدمات، وهو عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين واتجاهها نحو تعديل بند أو بنود في العقد الأصلي.

وهذا ما تنص عليه المادة 136 من المرسوم الرئاسي 236/10 في الفقرة الأولى التي تنص أنه ""يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات، إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة""[3] وبالتالي فإن الملحق يبرم لأسباب متعددة من بينها :

1* زيادة أو تقليل الخدمات المتفق عليها.

2* زيادة أو تقليل الآجال.

3* تغيير في نوعية المواد أو اللوازم المتفق عليها.

4* ظهور أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها مسبقا بين الإدارة والمتعاقد معها.[4]

ثانيا: شروط إبرام الملحق:

يستدعى تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر أهم الشروط التالية :

---

[1]– نفس المرجع، ص 271 و 272.

[2]– المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]– المادة 136 المرسوم الرئاسي 247/15.

[4]– سبكي ربيحة، (سلطة المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولد معمري، تيزي وزو، 2013، ص 57.

1* أن يصدر الملحق في شكل مكتوب، ويكون مؤرخ ومرقم، ومصادق عليه من قبل السلطة المختصة، فلا يقبل أي تعديل صادر عن جهة غير مختصة، أو لا يحترم الشكلية المطلوب توفرها في الملحق.

2* يخضع الملحق لنفس الشروط الاقتصادية للعقد الأصلي "" الصفقة "" فتطبق في الملحق نفس الأسعار الموضوعة مسبقا والتي اتفق عليها المتعاقدون، وفي حالة تعذر تطبيق الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات الجديدة التي تضمنها الملحق، فبإمكانها تحديد أسعار جديدة، وهذا ما نصت عليه المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15. [1]

3* أن يحترم الملحق قواعد المنافسة، فلا يجب أن يمس بمبدأ المنافسة، ويمنع أي ملحق لا يحترم ذلك.

4* أن يتم اللجوء للملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 138 من المرسوم الرئاسي 247/15.

5* أن يخضع الملحق كأصل عام للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية.[2]

6* أن يتعلق التعديل بالزيادة أو النقصان، مع مراعاة الشق المالي، المحدد ب 15% من مبلغ الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات اللوازم والخدمات والدراسات، و 20%في صفقات الأشغال.

7* أن لا يؤدي التعديل الذي تناوله الملحق، إلى المساس بالشروط الجوهرية للصفقة.[3]

ثالثا : الرقابة الإدارية على الملحق:

كقاعدة عامة الملحق يخضع لنفس الرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية، إذا تم في حدود آجال تنفيذ الصفقة، أما إذا ابرم في ظل تأخير الآجال التعاقدية الأصلية للأسباب غير متوقعة، أو أبرم بصورة استثنائية وكان الهدف منه إقفال الصفقة نهائيا، فيعرض على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة، وذلك طبقا للمادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15.

لكن هناك حالات لم يشترط فيهما القانون خضوع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية القبيلة متى استوفت الشروط التالية:

---

[1]– المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2]– المادة 138 المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]– شلالي خديجة، مرجع سابق، ص19.

1/ إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية وآجال التنفيذ.
2/ إذا لم يكن للملحق أثر مالي، فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات التي تمارس الرقابة الخارجية.
3/ إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز نسبة 10% من مبلغ الصفقة زيادة أو نقصانا.[1]

أما في حالة ما، إذا تضمن الملحق عمليات جديدة تتجاوز نسب هذه المبالغ، فإنه يخضع للرقابة اللجان الخارجية[2]، وإضافة للرقابة الإدارية، فإن قاضي العقد يراقب الملحق ومدى التناسب بينه وبين مقتضيات الصفقة الأصلية.

الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة في تعديل العقد:

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، من أخطر السلطات التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، والتي يفترض أن تنص عليها صراحة العقود الإدارية ودفاتر الشروط، وتعتبر هذه السلطة من قبيل الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، والتي تميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى.

ولا تثير مسألة سلطة الإدارة في تعديل العقد بشكل انفرادي، أي أشكال متى ورد في العقد نص صريح يمنح ويجير للإدارة التعديل الانفرادي، لكن هناك خلاف فقهي حول مدى مشروعية هذه السلطة في حالة عدم وجود نص صريح يبيح للإدارة استعمالها في مواجهة المتعاقد معها وهذا ما سنناقشه من خلال النقاط التالية :

أولا: الاتجاه المعارض للسلطة الإدارة في تعديل العقد:

يرى الأستاذ ""لوليبه"" أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لا يمكن أن تجد لها أساسا قانونيا، إلا في نص صريح واضح في دفتر شروط العقد، أو ضمن نصوص تشريعية.

وأن سلطة التعديل الانفرادي، من ابتداع الفقه فقط، فلم تتأيد بوجود سابقة قضائية من مجلس الدولة، فالحكم الرئيسي الذي يستند إليه مؤيدو فكرة التعديل الانفرادي، وهو حكم الشركة العامة

[1]– المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2]– سبيكي ربيحة، مرجع سابق، ص 59 و 60.

للترامواي مرسيليا، لا يؤيد هذه الفكرة لوجود نص صريح في مرسوم 1981/8/6، الخاص بالسكك الحديدية، يمنح الإدارة حق تعديل العقد، وهو ما اسند عليه مجلس الدولة في قراره.[1]

ويسانده في الطرح الأستاذ""فرنسيس بنو"" الذي يعتبر أن واحد من اكبر الأخطاء التي ارتكبها الفقه خلال القرن العشرين، تأييده سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد دون وجود نص عقدي أو تشريعي، كون العقد الإداري شريعة المتعاقدين.

ثانيا: الاتجاه المؤيد جزئيا لسلطة الإدارة في تعديل العقد:

يرى الفقيه ""جيز"" أن سلطة الإدارة في تعديل العقد، تقتصر على عقد الأشغال العامة وعقد الامتياز فقط، نظرا للطبيعة الخاصة للعقدين، لكن ليس بالاستناد إلى وجود سلطة عقدية، تسمح لها بمثل هذا النوع من التعديل الانفرادي، إنما استنادا لطبيعية الخاصة لهذين الصنفين من العقود، التي تتمتع الإدارة أثناء تنفيذها، بسلطة تنظيمية تخولها هذا الحق.

ثالثا: الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل العقد:

ذهب غالبية الفقه الفرنسي، إلى إقرار حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حيث يرى الأستاذ""فالين"" أن من حق الإدارة أن تشدد التزامات المتعاقد معها،عن طريق قرار إداري أثناء فترة تنفيذ العقد، وذلك في سبيل انجاز العمل على أفضل مستوى أو من أجل التكيف مع المرفق، أو بهدف الاستفادة من التقنيات الحديثة.

وهذا ما ذهب إليه الأستاذ ""فيادل"" الذي يرى أن الجانب التعاقدي في العقد الإداري، محكوم بمبدأ التوازن المالي، الذي يقتضى نوعا من التغيير، مع استمرار التوازن في حقوق والالتزامات الأطراف، وهذا ما يجعله مختلفا عن عقود القانون الخاص التي تحدد فيها الحقوق والالتزامات بصورة نهائية.

ويرى الأستاذ ""لوبادير"" بأن الإدارة يمكن لها فرض تغييرات معينة على شروط العقد بإرادتها المنفردة، وإنه عندما ينص العقد على سلطة التعديل فإنه لا ينشئها، وإنما يكشف عنها وينظم شروط ممارستها، خاصة ما تعلق منها بالجانب المالي.[2]

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص322.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 324 و 325.

ويساند هذا الطرح الفقه الفرنسي المعاصر، الذي منح للإدارة حق تعديل العقد، وإن لم ينص عليه دفتر الشروط، أو نص تشريعي بشكل واضح وقطعي، ضمن ضوابط معينة مع الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة، وحقه في التعويض في حال سبب له تعديل العقد ضررا ماليا.[1]

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

الأصل أن العقد الإداري، مثل باقي العقود ينتهي بانتهاء المدة المحددة في العقد،واستثناء على هذا المبدأ فإنه يمكن في مجال العقود الإدارية، أن تنهي الإدارة العقد بناء على سلطتها التقديرية، قبل حلول أجل نهايته، ودون خطأ من المتعاقد معها، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرار السير الحسن للمرافق العمومية.

وهذا ما سنعالجه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: شروط ممارسة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، ليست مطلقة تستعملها دون قيد أو شرط، بل تخضع لضوابط، حيث يشترط لمشروعية ممارسة الإدارة لهذه السلطة توفر شروط وهي :[2]

أولا: أن يكون سبب إنهاء العقد الإداري المصلحة العامة:

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، ما يترتب عنه حق الإدارة في إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض إذا كان له وجه.

فضرورات المرافق العامة تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة،[3] ويقصد بالمصلحة العامة في هذا المجال مصلحة المرفق العام، وكل ما يتعلق بضمان ذلك، وليس مجرد الحصول على مقابل مالي أكبرمما دفعه المتعاقد الأول، عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد إنهاء العقد الأول.

---

[1]– المرجع نفسه، ص 326 و 327.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 386 .

[3]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص48 و 49.

وقد أكد القضاء الإداري في فرنسا ومصر ولبنان ضرورة تحقق المصلحة العامة، لكي يكون قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد مشروعا، ويخضع شرط المصلحة العامة لتقدير الإدارة تحت رقابة القضاء الإداري الذي يفصل في مدى توفر هذا الشرط من عدمه.

وهذه بعض الحالات التي اعتبرها القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي توفر شرط المصلحة العامة وهي:

1/ إعادة تنظيم المرفق.

2/ انقضاء احتياجات المرفق العام.

3/التعديلات في احتياجات المرفق العام وصدور قوانين جديدة تتعلق بالمرفق العام.

4/ تغير الظروف الاقتصادية.

5/ وجود بند باطل ضمن العقد.

ثانيا: أن يصدر قرار إنهاء العقد الإداري عن السلطة المختصة في حدود القواعد العامة للمشروعية:

إن طريقة إنهاء العقد عن طريق الفسخ الانفرادي أو الاسترداد ""بنسبة للعقود الامتياز"" يجب أن يتم بنفس الشروط التي خضع لها إنشاء العقد، ما لم يوجد نص في العقد يتعلق بتطبيق مبدأ توازي الإشكال، فيجب ""أن يصدر قرار الإنهاء الانفرادي للعقد"" عن نفس الجهة الإدارية المتعاقدة التي أبرمت العقد الإداري، فالسلطة المختصة التي أبرمت العقد هي وحدها التي تملك اختصاص إنهاء الرابطة العقدية.

وكاستثناء على هذه القاعدة، فان المشرع تمكنه أن ينهي العقد لدواعي المصلحة العامة.[1] ويعتبر الإنهاء الانفرادي للعقد، حق لا تملك الإدارة أن تتنازل عنه، كما يقع باطلا كل اتفاق يقضي بذلك، وتمارس الإدارة هذه السلطة، دون حاجة لوجود نص في العقد الإداري يخولها ذلك وليس للمتعاقد في هذه الحالة، إلا الحصول على تعويض كامل عما فاته من كسب وما لحق به من خسارة بسبب إنهاء العقد.[2]

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 386 ومايليها.

[2]– ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة لنشر والتوزيع، الاسكندرية، ب ط، 2004،ص131.

ولا يخضع قرار الفسخ الإداري للعقد بالضرورة للمصادقة السلطة الوصية، حتى ولو تطلب إبرام العقد تدخل هذه السلطة، إلا إذا ورد نص في دفتر شروط العقد، يلزم الإدارة المتعاقدة بضرورة الحصول على موافقتها قبل إنهاء العقد.

ومع أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بشكل انفرادي، سلطة تقديرية، إلا أن ذلك لا يعني عدم خضوعها لرقابة القضاء الإداري، فيشترط لصحة ممارسة هذه السلطة أن يقتضي الصالح العام ذلك، وان يكون قرار الإنهاء معيبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وان يكون مستوفيا لجميع الشروط الشكلية والموضوعية التي تؤثر في صحة القرارات الإدارية، مثل شرط الاختصاص والمحل والشكل والإجراءات.

كما يشترط أن يكون قرار الإنهاء، قائم على أسباب جدية، حيث يمكن للقاضي وبناءا على طلب المتعاقد مع الإدارة، التحقق من صحة وجدية هذه الأسباب، عن طريق البحث في الدوافع التي جعلت الإدارة تقدم على تصرفها هذا، فإذا تبين أن هذه الدوافع غير سليمة، فان قرار الإنهاء يكون غير مشروع يستوجب التعويض.[1] وتقتصر رقابة القاضي في حالة الفسخ بدون خطا المتعاقد، على وجود السبب دون التطرق إلى مدى ملائمته لقرار الفسخ

أما بالنسبة لضرورة تسبيب قرار الإنهاء، فان الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي، وقضاء مجلس الدولة، يرى أن القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة بإنهاء العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة أو مصلحة المرفق، غير واجبة التسبيب.

""ولا تخضع للقانون رقم 79/587 الصادر في 1979/7/11 والمتعلق بتعيين وتحديد القرارات الإدارية الواجبة التسبيب"".[2]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري

قد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية فاعتبر اغلب الفقه، أن هذه السلطة ما هي إلا صورة من صور التعديل الانفرادي، على أساس أن الإنهاء هو تعديل للشرط الخاص بالمدة،[3] بينما ترى طائفة أخرى أن هذه السلطة ترتبط بامتيازات

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص397 و400.

[2]– المرجع نفسه، ص 398 و399.

[3]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 48.

السلطة العامة، ويوجد رأي ثالث، يرى أن الأساس القانوني للسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد، قائم على المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق.

أولا: أساس سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد هي امتيازات السلطة العامة:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن حق الإدارة في إنهاء العقد، قائم على فكرة السلطة العامة، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الامتيازات الاستثنائية للإدارة، ومن بينها سلطة الإنهاء الانفرادي هي النتيجة الطبيعية لنظام السلطة العامة.

فالإدارة تملك دائما اختصاصات لا يمكنها أن تتنازل عنها أو تتصرف فيها بمقتضى نصوص في العقد، فعندما تبرم الإدارة مع المتعاقد معها عقدا بقصد استغلال المرفق العام، فإنها تحتفظ دائما بالمسؤولية الأساسية في تنظيم وتسيير المرفق،[1]وهذا التبرير هو الذي يسمح بتفسير سلطات الإدارة في التعديل والإنهاء الانفرادي للعقد.

ثانيا: أساس سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد قائم على مقتضيات المصلحة العامة وسير المرفق

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مصلحة المرفق الذي يقوم عليه العقد هي التي تبرر إنهاء العقد الذي أصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لاحتياجاته، فسلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد بدون خطا المتعاقد تجد تبريرها في ضرورة توافق العمل الإداري مع الظروف القابلة للتطور، وان الإدارة من حقها أن تنهي العقود التي أبرمتها متى تطلبت المصلحة العامة ذلك، فلا يجب إلزام الإدارة بالاستمرار في عقد اتضح لها عدم جدواه.

فالمصلحة العامة والمتمثلة في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بشكل طبيعي ومنتظم، هي الباعث على إنشاء العقد واستمراره وتعديله وإنهائه، ومن غير المعقول أن تستمر الإدارة في علاقة تعاقدية لا تتوافق واحتياجات المرفق العمومي، أو تبقى على عقود إدارية أصبحت عديمة الفائدة، أو لا تحقق المصلحة العامة المنشودة.[2]

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 367.

[2]– نفس المرجع، ص 364 و365.

ثالثا: سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد هي صورة من صور التعديل الانفرادي

يعتبر في اغلب فقهاء القانون الإداري، أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، ما هو إلا امتداد طبيعي لسلطتها في التعديل الانفرادي، فلا اختلف بينهما إلا من ناحية نطاق تطبيق كل منهما المستقبل عن الأخر، فإذا كان التعديل معناه تغيير في التزامات الأطراف المتعاقدة، فان الإنهاء يعني كل حذف جزئي أو كلي لهذه الالتزامات التعاقدية. [1]

كما أن هناك علاقة وثيقة بين حق التعديل والإنهاء، فحق الإدارة في تعديل العقد يشمل إنهاؤه قبل الأوان توافقا مع احتياجات المرفق العمومي إذا استجدت ظروف تستدعي ذلك.

فمن حق الإدارة العدول عن التعاقد أو إنهاء العقد بعد انعقاده وقبل تنفيذه، إذا قدرت أن ذلك ما تقتضيه المصلحة العامة.[2]

فسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد، ما هي إلا صورة من صور تعديل العقود الإدارية من حيث المدة، التي اعتمدتها قواعد النظرية العامة في العقود الإدارية، واستقرت على أتباعها محاكم القضاء الإداري، إذ أن تعديل الإدارة لعقودها يشمل زيادة عن حجم الأعمال المتعاقد عليها وأسلوب تنفيذها، مدة تنفيذ هذه الأعمال حسب الآجال التي نص عليها العقد، والتي تملك الإدارة حق تعديلها بما يتماشى واحتياجات مرافقها العمومية.

فإذا قدرت الإدارة إنهاء العقد قبل اجله المحدد، وهو ما يحصل عادة في عقود امتياز المرافق العامة وعقود الأشغال العمومية، تكون هنا في مواجهة حالة خاصة لحق التعديل المنفرد المقرر لها، حسب رأي الفقيه ""لوبادار""

أما ما ذهب إليه بعض الفقه، في اعتبار أن أساس سلطة الإنهاء الانفرادي، تبرره ضرورة المصلحة العامة، فان ذلك لا يمكن اعتباره إلا شرط يبرر ممارسة هذه السلطة، أكثر من كونه أساسا لها.[3]

---

[1]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 48 و 49.

[2]– ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 131 و 132.

[3]– مازن ليلو راضى، مرجع سابق، ص 121 و 122.

الفرع الثالث: رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد

كما اشرنا سابقا، فان سلطات الإدارة غير مطلقة تمارسها دون قيد أو شرط، وكما تخضع سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة فرض الجزاءات الإدارية،لرقابة القاضي الإداري،كذلك هو الحال بالنسبة لسلطة تعديل العقد وسلطة الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية دون خطا المتعاقد، تخضع لرقابة القضاء الإداري لتأكد من مشروعيتها، وهذا ما سنبحثه من خلال التالي:

أولا: القضاء المختص بالرقابة على سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية

1/ بالنسبة للطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة:

استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر ولبنان على أن القاعدة العامة، هي أن قاضي العقد هو القاضي المختص بالفصل في مشروعية قرار الإدارةبالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية، لدواعي المصلحة العامة، عن طريق دعوى القضاء الكامل، وفي هذا الشأن اصدر مجلس الدولة قراره بالتالي أن دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري انفراديا وليس دعوى الإلغاء وقرر مجلس الدولة الفرنسي أيضا نظرا لان قرار السلطة مانحة الامتياز الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعتبر قرارا منفصلا عن العقد بالنسبة لصاحب الامتياز لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد.

وقد نهج القضاء الإداري المصري منهج نظيره الفرنسي، فذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى انه "" متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كل تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"".[1]

وقد استثنى القضاء الإداري المصري القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الإدارية، حيث فتح باب الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات وهذا ما ذهب إليه مجلس شورى الدولة اللبناني حيث

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 413 وما يليها.

أورد "" وبما أن القرارات الإدارية عن العقد تقبل الطعن لتجاوز حد السلطة متى كان السبب الذي تستند إليه مستقبلا عنه ويتعلق بعدم قانونيته....

2/ بالنسبة للطعن المقدم من الغير:

قد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للمنتفعين، في عقد الامتياز أن يطعموا بالإلغاء في القرارات الإدارية، التي تصدرها الإدارة استنادا لسلطتها التنظيمية، إذا كانت مخالفة لشروط العقد المنظمة لكيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وتبرير ذلك عند معظم الفقهاء في فرنسا ومصر، هو الطبيعية التنظيمية لجانب من الشروط التي تنظم عقد الامتياز، وبالتالي فان مخالفة الإدارةأو صاحب الامتياز لهذه الشروط لا يعتبر إخلالا بالالتزامات التعاقدية التي تضمنها العقد، بل مخالفة للقواعد التنظيمية التي تحكم العقد، مما يعرضها لعدم المشروعية لمخالفتها القانون.

ويرى سليمان الطماوي أن هذا هو التبرير الوحيد الذي يمكن على أساسه، أن يطعن الغير بإلغاء القرار المتصل بالعقد الإداري، وينحصر ذلك في عقد الامتياز، أما في باقي العقود فان العلاقة تكون غالبا مقتصرة على الإدارة والمتعاقد معها.

كما يمكن للغير فقط عند الضرورة أن يقيموا دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من اجل الحصول على تعويض من الإدارة عن الضرر الذي سببه تدبير صادر منها يتعلق بتنفيذ أو إنهاء العقد.[1]

ثانيا: حدود سلطة رقابة القضاء الإداري على الإنهاء الانفرادي للعقد:

لقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على قاعدة عامة مفادها، انه لا يحق لقاضي العقد أن يلغي القرار الصادر عن الإدارة بإنهاء العقد الإداري، حتى ولو كان تعسفيا وليس للمتعاقد المتضرر من هذا القرار، إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث منحت للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض إذا كان له وجه حق، دون حق المطالبة بإلغاء قرار الإنهاء.

وقضى مجلس شورى الدولة اللبناني في هذا الشأن بأنه ""عندما تسترد الدولة امتيازا ما عليها أن تعوض صاحبه عن الضرر الذي لحق به، وتعويض الإدارة الجزئي لا يمنع المطالبة بالتعويض المستحق "".[2]

---

[1]– المرجع نفسه، ص 418 و419.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 420 وما يليها.

ويتم تحديد مقدار هذا التعويض المستحق، حسب ما نص عليه العقد أو القوانين أو اللوائح أما إذا لم يكن محدد سابقا، فإن تقديره يرجع للقاضي العقد، وفي جميع الأحوال فإن التعويض يكون كامل يراعى فيه ما فات المتعاقد من ربح وما لحقه من خسارة .

فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته ودون موافقة المتعاقد معها أو خطئه يجب أن يقابلها بالضرورة حق المتعاقد في الحصول على تعويض عادل، لجبر الأضرار التي سببها هذا الإنهاء.[1]

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 277 و 278.

الفصـــل الثانـــي:حق المتعاقـــد في إعادة العدالـــــة العقديـــة للعقـــــد الإداري

الفصل الثاني: حق المتعاقد في إعادة العدالة العقدية للعقد الإداري

في مقابل السلطات الواسعة والخطيرة التي تملكها الإدارة و الأمر الذي يجعلها في مركز غير متكافئ مع المتعاقد معها، وهذا ما أشرنا إليه في الفصل الأول، يعترف الفقه والقضاء الإداري للمتعاقد، بمجموعة من الحقوق أو الضمانات التي تعادل أو توازن امتيازات وسلطات الإدارة.[1]

وذلك لكي لا تشكل هذه السلطات عقبة أمام الراغبين في التعاقد مع الإدارة، فتفقدها بذلك وسيلة من أهم وسائل تسيير المرافق العامة وهي العقود الإدارية.[2]

فالمتعاقد يهدف من وراء الدخول في العملية التعاقدية للحصول على الربح وتجنب الخسارة، مقابل المساهمة في تسيير المرفق العمومي، هذا ما يجب أن تأخذه الإدارة بعين الاعتبار.

وسنتناول في هذا الفصل أهم هذه الحقوق والضمانات التي يملكها المتعاقد في مواجهة الإدارة، والتي يعتبر بعضها غير مألوف بالنسبة للقانون الخاص والعقود المدنية، وذلك من خلال مبحثين، مبحث أول: نعالج فيه حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي.

ومبحث ثاني: خصصناه لحق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

[1]– عمار عوابدى، مرجع سابق، ص 222.

[2]– محمد خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 177.

المبحث الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق، لأن هدف المتعاقد الرئيسي هو الحصول على الربح وذلك هو ما يسعى إليه من خلال تعاقده مع الإدارة، ويتخذ المقابل المالي صورا متعددة، فقد يكون مرتبا شهريا، في عقود التوظيف وثمنا في عقود التوريد والأشغال والخدمات، أو رسم يتقاضه صاحب الامتياز من المنتفعين في عقود الامتياز،[1]وباستثناء الرسوم في عقد الامتياز التي يجوز للإدارة تعديلها فإن المقابل المالي في باقي العقود له صفة عقدية، لا يمكن لها تعديله إلا إذا نص على ذلك العقد أو القانون، وتلتزم بأدائه فور تنفيذ العقد.

ويرتبط بهذا الحق، التزام الإدارة باتخاذ كافة الإجراءات والتسهيلات اللازمة لمساعدة المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية.[2]

ويتمثل المقابل المالي في العقود الإدارية الرئيسية في الثمن وهو ما سنتطرق له في المطلب الأول والرسم وهو ما سنعالجه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: الثمـــن

يمكن تعريف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة، لتغطية تكاليف ونفقات العمليات المتعاقد عليها، إضافة إلى أرباحه المشروعة.

الفرع الأول: كيفية تحديد الثمن:

سنتعرف أولا إلى معنى تحديد الثمن وثانيا إلى الطريقة في ذلك وذلك من خلال التالي:

أولا: تحديد الثمن في العقد:

الأصل أن يتم تحديد الثمن في العقد باتفاق الإدارة والمتعاقد معها، ويكون ذلك قبل الانطلاق في تنفيذ العقد، ويتم ذلك ضمن شروط العقد أو الوثائق الملحقة به، التي تشكل جزء لا يتجزأ من العقد ومكملا لبنوده.

وتأخذ طريقة تحديد الثمن الصور التالية:

[1]– عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 222.

[2]–حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 157.

1/ تحديد السعر الإجمالي لكامل العملية: يتم في هذه الحالة الاتفاق على مبلغ السعر الإجمالي لكل الصفقة محل التعاقد.[1]

فمثلا في عقد الأشغال العمومية، يتضمن العقد حجم الأعمال الإجمالي وإجمالي الثمن المستحق.

2/ تحديد السعر وفقا لكل جزء:يتم تنفيذه أي يتم تحديد الثمن بالاعتماد على وحدة قياس معينة، كالمتر أو الكيلومتر...، أو وفقا لنوع الأعمال أو السلع أو الخدمات.

3/ تحديد الثمن على أساس سعر مرجعي : فقد يحدد السعر وفقا للسعر الرائج في السوق، أو على أساس متوسط الأسعار السابق التعامل بها خلال العام الفارط أو فترة سابقة.

وكقاعدة عامة فإن الثمن المحدد في العقد، هو الذي يجب على الإدارة دفعه لمتعاقد معها، مقابل تنفيذه للعقد، إلا أن ذلك لا يعني الثبات النهائي لهذا الثمن، فثمة ظروف تستدعى ضرورة تعديله، وتحتم على الإدارة ذلك.[2]

وفي هذا الشأن نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أن سعر الصفقة، يمكن أن يكون ثابتا، أو قابلا للمراجعة كما يمكن أن يحين إذا استدعت الظروف ذلك، وهذا ما سنوضحه من خلال ما يلي :

أ/ الأسعار الثابتة: وهي الغير قابلة للمراجعة أو التغيير خلال المدة، الممتدة من إبرام العقد إلى غاية تنفيذه، مهما كانت الظروف أو الأسباب.

ب/ الأسعار القابلة للمراجعة في الصفقة: فعندما تكون أسعار الصفقة محتملة التغيير بسبب الظروف الاقتصادية، يتم إدراج طريقة مراجعة الأسعار[3]، ""وتحدد صيغة أو صيغ المراجعة في الصفقة وكيفية تطبيق ذلك...ضمن الشروط المحددة في المواد من 101 إلى 105 ""[4] من المرسوم الرئاسي 247/15.

ج/ تحيين الأسعار: ويكون بسبب الظروف الاقتصادية، فيسمح التحيين بتحويل سعر الصفقة الأصلي من ثابت، إلى سعر جديد جزافي إجمالي أو بطريقة تدرج في الصفقة.[5]

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 435.

[2]– المرجع نفسه، ص 435 وما يليها.

[3]– مقراني سهام، (حقوق والتزامات المتعاقد وفقا للقانون صفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق)، جامعة بسكرة، 2013، ص 09.

[4]– المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[5]– مقراني سهام، مرجع سابق ، ص 10.

ثانيا : طريقة تحديد الثمن إذا لم ينص عليه العقد:

استنادا إلى القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي، في حال عدم النص على الثمن في العقد، يمكن تحديده من قبل أحد أطراف العقد، شرط عدم ارتكاب أي تعسف أو إساءة استعمال.

وهنا يجب التمييز بين حالتين:

1/ حالة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر: فإذا تعاقدت الإدارة مع المتعاقد، بأسلوب الاتفاق المباشر دون أن يتفقا على تحديد الثمن في العقد، في هذه الحالة يلتزم الطرفان بالطريقة إلى حددها المشرع، أو يتم تحديد الثمن بناء على سعر السوق.[1]ولكن في حالة الخلاف وعدم الاتفاق على ثمن معين يرضي الطرفين، ونظرا للطبيعة التعاقدية للشروط المتعلق بالثمن والتي لا يملك أي من المتعاقدين تجاوزها أو تعديلها بإرادته المنفردة، فإن حسم الخلاف يرجع للقاضي العقد الذي يتولى تقدير الثمن المناسب.[2]

2/ في حالة الأمر الصادر من الإدارة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في العقد: فإذا طلبت الإدارة من المتعاقد معها تنفيذ أكثر مما اتفقت معه عليه، ففي هذه الحالة إذا كانت الأعمال أو توريدات من نفس جنس وموضوع العقد الأصلي، يسرى عليها نفس السعر الأصلي المتفق عليه في العقد، أما إذا كانت تختلف عن جنس وموضوع العقد الأصلي يقدر السعر بطريقة أخرى[3]، مثل تحديد الثمن وفق سعر السوق وقت طلب تنفيذ هذه الأعمال، وفي حالة عدم الاتفاق حول ذلك بين الإدارة والمتعاقد معها، فإن الفصل في تحديد السعر يرجع للقاضي الإداري.[4]

الفرع الثاني: كيفية الوفاء بالثمن:

تنص الفقرة الأولى من المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 ""تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب"".[5]

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 442.

[2]– مقراني سهام، مرجع سابق ، ص 11.

[3]– نصرى منصور نابلسى ، مرجع سابق ، ص 443.

[4]– مقراني سهام، مرجع سابق ، ص 12.

[5]– المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أولا : التسبيقات

1/ تعريف التسبيقات: عرفتها المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأولى بأنها "" كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة""[1]مما يعني أنها مبالغ مالية تدفع للمتعاقد في رقم حسابه الجاري، قبل مباشرته تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة، بهدف مساعدته على الوفاء بالتزاماته العقدية، وتحمل الأعباء المالية التي تتطلبها تنفيذ الصفقة.

ولا يمكن دفع هذه التسبيقات، إلا إذا كان المتعاقد مع الإدارة قد قدم مسبقا كفالة بقيمة هذه التسبيقات، صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

2/ أشكال التسبيقات: تنص المادة 111 من المرسوم الرئاسي 247/15، ""تسمى التسبيقات حسب الحالة، جزافية أو على التموين""[2]

أ/ التسبيقات الجزافية: وهي عبارة عن مبلغ مالي يوضع تحت تصرف المتعاقد المتعامل قبل الانطلاق في تنفيذ الصفقة، لا تتجاوز قيمتها كحد أقصى 15%من السعر الأول للصفقة، يدفع على فترة واحدة كما يمكن توزيعه على عدة فترات.[3]

ب/ التسبيقات على التموين: هي عبارة عن مبالغ مالية يتحصل عليها المتعامل المتعاقد، إذا أثبت للإدارة بموجب وثائق وعقود ارتباطه مع الغير، بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة، ويكون ذلك قبل شروعه في التنفيذ.

ونصت المادة 113 من المرسوم الرئاسي 247/15 أنه يمكن لأصحاب صفقات الأشغال واللوازم أن يقبضوا إضافة لتسبيق الجزافي تسبيقا على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة.

كما أضافت المادة 115 من نفس المرسوم شرط عدم تجاوز مبلغ الجمع بين التسبيقين نسبة 50%من المبلغ الإجمالي للصفقة.[4]

---

[1]– المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2]– المادة 111 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]– مقراني سهام، مرجع سابق، ص 20.

[4]– المرجع نفسه، ص 20.

ثانيا : الدفع على الحساب:

1/ تعريف الدفع على الحساب: تنص المادة 109 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي المشار إليه أعلاه ""الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"".[1]

كقيام المتعاقد المتعامل مثلا بإنجاز جزء من الأشغال في عقد الأشغال العمومية، أو تسليم بعض التوريدات أو التجهيزات في عقود التوريد، فيتحصل على مبلغ مالي كمقابل لهذه الأعمال.[2]

2/ ضوابط الدفع على الحساب:

أ/ إثبات المتعاقد قيامه بعمليات جوهرية: وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 117 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ب/ عند التموين بالمنتوجات في صفقة الأشغال العمومية: وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 117 من نفس المرسوم.[3]

ج/ الدفع على الحساب يكون شهري: وهذا ما نصت عليه المادة 118 من نفس المرسوم الرئاسي التي تنص على ""الدفع على الحساب يكون شهريا، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات، ويتوقف هذا الدفع على تقديم إحدى الوثائق الآتية حسب الحالة:

- محاضر أو كشوف خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية، مؤشرا عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص""[4]

---

[1]- المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2]- مقراني سهام، مرجع سابق ، ص 21.

[3]- المادة 117 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[4]- المادة 118 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب:

1/ تعريف التسوية على رصيد الحساب: تنص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15، على أن التسوية على رصيد الحساب هي ""الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضى لموضوعها.""[1]

2/ أنواع التسوية على رصيد الحساب:

أ/ التسوية على رصيد الحساب المؤقت: أوضحت أحكام المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15، كيفية التسوية على رصيد الحساب المؤقت، حيث تتم هذه التسوية بعد تسليم المتعاقد المتعامل المشروع، أو أداء الخدمة المتعاقد على تنفيذها، بعد أن تقوم الإدارة باقتطاع الضمانات المحتملة، والغرامات المالية عند الاقتضاء، والتسبيقات والدفعات على الحساب التي لم تسترجعها.[2]

ب/ التسوية النهائية: تكون التسوية النهائية لرصيد حساب المتعامل المتعاقد، بإرجاع الاقتطاعات بعنوان الضمانات، وشطب الكفالات التي قدمها، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وتقديم الوثائق القانونية التي تثبت ذلك، وهذا وفقا لأحكام المواد 120، 121 من المرسوم الرئاسي 247/15. كما تنص المادة 122 من نفس المرسوم على أن الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية، يجب أن تدفع للمتعاقد المتعامل، في أجل لا يتجاوز 30 يوما.ابتداءا من استلام الكشف أو الفاتورة، ويجوز تمديد هذا الأجل ليشمل فترة أطول، شرط أن لا يتجاوز بأي حال من الأحوال أجل شهرين.

وخول القانون للمتعاقد الحق في اقتضاء فوائد التأخير دون اللجوء إلى القضاء، وبدون قيامه بأي إجراء بما فيه الأعذار وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة المطبقة على القروض قصيرة المدى، ابتداء من اليوم المالي لنهاية الأجل المحدد للدفع.[3]

كما يترتب على عدم دفع كل الفوائد أو جزء منها عند صرف الدفعات زيادة نسبة 02%من هذه الفوائد على كل شهر تأخير.[4]

---

[1]– المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[2]– المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]– مقراني سهام، مرجع سابق، ص 34 و35.

[4]– نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 33.

الفرع الثالث: حقوق المتعاقد في حالة امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن:

يجب أن يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ التزاماته العقدية، فيقع على عاتق الإدارة الوفاء بكل التزاماتها اتجاه المتعاقد معها ويعتبر أهم هذه الالتزامات الوفاء بالثمن المتفق عليه في العقد في مقابل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، لكن في حال امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن، فإن حقوق المتعاقد يكفلها القضاء المختص بعد اللجوء إليه وهذا ما سنوضحه من خلال التالي :

أولا: حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء من أجل إلزام الإدارة بالوفاء بالثمن

يحق للمتعاقد الذي نفذ التزاماته العقدية، عند امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن الذي نص عليه العقد واتفقا عليه معها، اللجوء للقضاء المختص وهو جهة القضاء الكامل، الذي يقدر مدى استحقاقه هذا الثمن ومن ثم يلزم الجهة الإدارية بالوفاء به إذا استحق المتعاقد الثمن، أو يقرر رد طلب إلزام الإدارة بدفع الثمن في الحالة العكسية.

وأن امتناع الإدارة عن دفع الثمن للمتعاقد معها، قد يكون عن عمد من دون أي مبرر أو عائق، يمنعها من الوفاء بالالتزامات العقدية، كما قد يكون الامتناع بسبب خطأ أو إهمال أعوانها.[1]

وفي كل الحالات فان امتناع الإدارة عن دفع الثمن للمتعاقد عند استحقاقه يعتبر خطا عقديا ينتج عنه إلزام الإدارة من طرف قاضي العقد،بدفع الثمن إضافة للتعويض المستحق.

ثانيا: حق المتعاقد في الحصول على تعويض

يعتبر عدم وفاء الإدارة بالثمن، أو مخالفة المواعيد المحددة في العقد، لدفع مستحقات المتعاقد المالية، خطا تعاقدي يستوجب التعويض، ويتخذ هذا الخطأ صورتين.

1/ الصورة الأولى: امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية فالعقد الإداري يترتب على الإدارة الالتزامات عقدية،أهمها تمكين المتعاقد من الحصول على مستحقاته المالية، عند تنفيذ العقد ويشكل عدم التزام الإدارة، خطا عقديا من جانبها، يخول المتعاقد معها الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه.

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 488 و489.

2/ الصورة الثانية: تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ففي الكثير من الأحيان، لا تدفع الإدارة الثمن المتفق عليه في الوقت المحدد، بحجة عدم وفرة السيولة المالية، هذا ما يرتب عنها مسؤولية تعاقدية.

وتجدر الإشارة إلى أن الحقوق المالية للمتعاقد، قد طبق عليها القضاء الإداري في فرنسا قواعد القانون المدني.

وبالتالي فالإدارة ملزمة بدفع كامل الثمن عند تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، إضافة للفوائد القانونية عن كامل فترة التأخير.[1]

المطلب الثاني: الرسم

يمكن تعريف الرسم بالمقابل المالي، الذي تحدده الإدارة ويحصل عليه صاحب الامتياز، ويلتزم بأدائه المنتفعين من خدمات المرفق محل عقد الامتياز.[2]

فالرسوم التي يجنيها المتعاقد من المنتفعين، تعتبر بمثابة المقابل النقدي، الذي يتحصل عليه مقابل تسيير المرفق،[3]باعتباره مفوضا من الدولة في ممارسة هذه السلطة، والتي تعتبر غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، ومستمدة من الشروط الاستثنائية التي تخول المتعاقد، استخدام بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير.[4]

ويختلف عقد الامتياز من حيث المقابل المالي عن باقي العقود الإدارية، فلا يخضع للشروط التعاقدية المتعلقة بالجوانب المالية في بقية العقود، فالرسوم في عقود الامتياز تعتبر من قبيل الشروط العامة التنظيمية، التي تملك الإدارة الحق في تعديلها بإرادتها المنفردة،[5]شرط عدم تجاوز القيود التي تتعلق بتحديد هذه الرسوم.

وهذا ما سنشرحه من خلال الفروع التالية :

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، ص 490 وما يليها.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع سابق، ص 207.

[3]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 189.

[4]– مازن ليلو راضى، مرجع سابق، ص 110.

[5]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 189.

الفرع الأول: التمييز بين الرسم والمقابل المالي في باقي العقود الإدارية

سنتعرف في هذا الفرع إلى الطبيعة القانونية الى الرسم ثم الفرق بينه وبين المقابل المالي وذلك من خلال التالي:

أولا : الطبيعة القانونية للرسم

لقد كان هناك رأيان في الفقه الفرنسي حول الطبيعية القانونية للرسوم في عقود الامتياز.

الرأي الأول: ذهب إلى اعتبار الرسم من الشروط التعاقدية وبالتالي لا تملك الإدارة حق تعديله بإرادتها المنفردة، دون موافقة المتعاقد معها، وهو رأي هجره الفقه الإداري المعاصر.

الرأي الثاني: وهو السائد حاليا في الفقه والقضاء الإداري والذي أعتبر الشروط المتعلقة بالرسم من الشروط التنظيمية التي تستطيع الإدارة تعديلها انفراديا دون حاجة للرضا المتعاقد معها.

فبما أن الشروط التنظيمية في العقد، تم وضعوها من قبل الإدارة مانحة الامتياز، ولم تكن محل تفاوض بين الطرفين، ولا يملك صاحب الامتياز حق المفاوضة حولها، فإما أن يقبلها كما هي، أو يرفضها، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في تعديل هذه الشروط وفقا لما تتطلبه مصلحة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام.

فيمكن للإدارة تعديل الرسوم بإرادتها المنفردة، دون موافقة المتعاقد معها، شرط أن تكون هناك مصلحة عامة، تبرر هذا التعديل، وفي مقابل ذلك يبقى لصاحب الامتياز إمكانية الحصول على تعويض مناسب، إذا سبب له هذا التعديل ضررا.[1]

ثانيا: الفرق بين الرسم والمقابل المالي في العقود الإدارية:

كما أشرنا فإن الرسم يعتبر من الشروط التنظيمية على عكس الثمن أو الأجر أو المقابل المالي في العقود الإدارية.هذا ما يعني أن الإدارة هي التي تحدد قيمته، ولها الدور الأساسي في ذلك، وهذا لا يمنعها من استشارة المتعاقد معها، صاحب الامتياز في تحديد مقادير الرسوم، غير أن هذه الاستشارة لا تعني أن الرسم أصبح من الشروط التعاقدية.[2]التي لا تملك الإدارة سلطة تعديلها، فعلى عكس الثمن أو المقابل المالي، للإدارة سلطة تعديل حدود الأسعار المفروضة على

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 502 و 503.

[2]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 189.

المنتفعين من خدمات المرفق العمومي، باستمرار وحينما تقوم بتعديل الرسوم سواء بالزيادة أو النقصان، يسرى هذا التعديل من وقت صدوره دون أثر رجعي.[1]

فالاختلاف الجوهري يتمثل في كون المقابل النقدي في العقود الإدارية عموما يعتبر شرطا تعاقديا، لا يجوز تعديله إلا باتفاق وتراضي المتعاقدين، أما في عقد الامتياز فان المقابل النقدي المتمثل في الرسم يعتبر من الشروط اللائحية "" التنظيمية"" تملك الإدارة سلطة تعديله من طرف واحد دون حاجة لموافقة صاحب الامتياز.

إضافة إلى أن الرسم تحدد قيمته أو مقداره الإدارة وتعدله بشكل انفرادي من طرفها متى قدرة ذلك، فان الاختلاف والفرق الثالث يتمثل في كون المقابل المالي في عقد الامتياز لا يتمثل في سعر أو مبلغ مالي تدفعه الإدارة المتعاقدة، كما هو الحال في سائر العقود الإدارية، إنما يتمثل هذا المقابل في الرسوم المفروضة على المنتفعين من خدمات المرفق، والتي[2] يحصل عليها صاحب الامتياز جراء التزامه تسيير المرفق العمومي[3] وتجدر الإشارة إلى انه لا يحق لصاحب الامتياز أن يعمل على زيادة الرسوم بمفرده مهما كانت الصعوبات، دون موافقة الإدارة مانحة الامتياز.[4]

الفرع الثاني: أساليب تحديد الرسم

تساهم الإدارة في عقود الامتياز بتحديد الرسم بشكل أساسي وتنظم عقود الامتياز ودفاتر الشروط الملحقة بها، تحديد الرسوم التي يجوز لصاحب الامتياز تقاضيها من المنتفعين.[5]

وتلجا الإدارة إلى إتباع احد الوسائل التالية:

أولا: الإدارة هي التي تحدد الرسم :فتتولى الإدارة المتعاقدة في هذه الحالة تحديد الرسم وتقدير قيمته، بصورة قطعية دون استشارة المتعاقد معها، أو اخذ رأيه في تقدير الرسوم التي يجب أن يستوفيها من جمهور المنتفعين من المرفق العمومي.[6]

---

[1]– محمود خلف الجبورى ،مرجع سابق، ص 189.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص500.

[3]– محمود خلف الجورى، مرجع سابق ، ص 189.

[4]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 500.

[5]– مقراني سهام، مرجع سابق ، ص 13.

[6]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ، ص 208.

ثانيا: الإدارة تحدد الرسم بعد استشارة المتعاقد معها: في هذه الحالة تتولى الإدارة تحديد قيمة الرسوم التي يجب أن يدفعها المنتفعين، بعد استشارة المتعاقد معها صاحب الامتياز مع الإشارة أن هذه الاستشارة ليست إلزامية، تفرض على الإدارة التقيد بها، كما أنها لا تمنح الشروط المتعلقة بتحديد الرسم الطابع التعاقدي، كما سبق وان اشرنا، فهي اختيارية يجوز للإدارة مانحة الامتياز أن تلجا لها، كما يجوز لها أن تقوم بتحديد الرسم دون استشارة صاحب الامتياز.

ثالثا: الإدارة تحدد الحد الأقصى لمقدار الرسم:قد تكتفي الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسم وتترك للمتعاقد معها صاحب الامتياز حرية تقدير قيمة الرسوم التي يجب على المنتفعين دفعها له شرط أن يكون تقديره في حدود الحد الأقصى الذي سبق وان وضعته مسبقا الإدارة مانحة الامتياز.[1]

ولا تكون في هذه الحالة الرسوم التي حددها صاحب الامتياز سارية المفعول، إلا بعد موافقة وتصديق الجهة الإدارية المختصة، حفاظا على الصالح العام وخدمة للمصلحة العمومية.

ذلك أن جمهور المنتفعين من المرفق العام، الذين يدفعون الرسوم يعتبرون طرفا مهما وله تأثيره في عقد الامتياز، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار من قبل السلطة الإدارية أيضا عند تحديد الرسم.

الفرع الثالث: القيود الواردة على تحديد الرسم:

بداية نشير إلى تثبيت الرسم غير ممكن وقابل لتطبيق، في عقود الامتياز، كونها عقود طويلة الأجل عموما، فقد تصل مدتها لغاية 99 سنة، وتتراوح على العموم بين 20 و 50 سنة ذلك ما يفرض وجود بنود في العقد واليات تحدد مستوى الأسعار إذا كانت هناك ظروف اقتصادية ساهمة في تغير الأسعار، وتعتبر هذه البنود والآليات إذا نص عليها العقد قيودا تفرض على الإدارة الالتزام بها.

أما القيود العامة خارج إطار العقد فهي:

أولا: القيود التشريعية:

فقد يتدخل المشرع في تحديد مقدار رسم الانتفاع، الذي يجب أن يدفعه جمهور المنتفعين،مقابل الخدمات التي يستفيدون منها من المرفق العمومي، وفي هذه الحالة يحب على

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 506.

الإدارة مانحة الامتياز، وصاحب الامتياز التقيد بالسعر الذي حدده المشرع ويحدث ذلك في العادة إذا ما تعلق الرسم بالمرافق العامة الحيوية مثل الكهرباء، والمياه، والغاز والنقل.. [1]

إضافة إلى ذلك، فان الزيادة في الرسوم والضرائب التي يفرضها المشرع تؤدي إلى تعديل الرسم في عقود الامتياز، فالقيد التشريعي الذي يحكم تحديد الرسم قد يتضمن تحديدا مباشرا للرسم المفروض لقاء الخدمة العامة المستفادة من المرفق العمومي، كما قد يكون إضافة على هذا الرسم، مثل إحداث ضريبة جديدة، أو زيادة في معدل ضريبة قائمة، وفي كل هذه الحالات تبقى مسؤولية الإدارة في مساعدة الملتزم للحفاظ على التوازن الاقتصادي في عقد الامتياز قائمة.

ثانيا: القيود الناشئة عن احترام مبدأ المساواة:

يعتبر مبدأ المساواة احد القواعد الأساسية التي تضبط سير المرافق العامة، وتجد هذه القاعدة تطبيقها في عقود الامتياز، بضرورة المساواة بين المنتفعين في الرسوم التي حددها عقد الامتياز. ولا تعني المساواة بين المنتفعين المساواة الحسابية أو المطلقة، إنما المقصود هنا توحيد المعاملة بينهم، عندما يكونون في نفس الظروف والمراكز القانونية، وتوحيد المعاملة استنادا لهذا المبدأ الذي يقصد ب هان الرسوم المدفوعة هي رسوم عامة ينبغي أن تكون واحدة ومتساوية يدفعوها كل المنتفعين من المرفق العمومي دون تمييز بينهم.[2]

كذلك الحال بالنسبة للخدمات التي يقدمها المرفق، ويستفيد منها المنتفعون بشكل متساوي فلا يجب على صاحب الامتياز أن يمنح شخص معين ميزات يرفض منحها للآخرين،وكل تمييز من هذا الشكل يتسبب في ضرر لأحد المنتفعين يوجب على الملتزم التعويض عنه.[3]

هذا كقاعدة عامة واستثناءا على ذلك يجوز أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على التخفيض في الرسوم أو الإعفاء منها[4] فيمكن تغيير الرسم وفقا لبعد المكان التي تقدم فيه الخدمة كالتمييز في المعاملة بين سكان المدينة وسكان الأرياف أو وفقا لنوع الخدمة المطلوبة أو طبيعتها. وقد رفض مجلس الدولة التمييز بين المنتفعين وعدم المساواة بينهم في الر سوم إذا كان التمييز يستند إلى:

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 508.

[2]– نفس المرجع ، ص 509.

[3]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق ، ص 190.

[4]– نفس المرجع ، ص 190.

1/ تغيير سعر الكهرباء وفقا لمساحة ارض المنتفع.

2/ تغيير سعر توريد المياه وفقا لمدى مقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهي الوفاء به.

3/ تحديد سعر البيع بما ترتب عليه التمييز بين المصانع التي أنشئت قبل تاريخ معين وبعده.[1]

وفي الأخير نشير إلى أن الأسعار التي تقررها السلطة العامة بالنسبة للعقود الامتياز، تكون بقوة القانون لا يجوز للمتعاقدين وجمهور المنتفعين الاتفاق على مخالفتها، وكل غلط أو انحراف يقع عند تطبيق تلك الأسعار يكون قابلا للتصحيح.[2]

المبحث الثاني: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

يعتبر إعادة التوازن المالي للعقد الإداري من أهم الخصائص الذاتية للنظرية العامة للعقود الإدارية، وتقوم فكرة التوازن المالي، على تحقيق توازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يستفيد منها.[3]

لأن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لابد أن يقابلها من جانب آخر، حق المتعاقد في الحصول على امتيازات مالية تساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضى أن يكون من طبيعة العقود أن تحقق بقدر الإمكان توازن بين الأعباء التي يتحملها الطرفين.[4]وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وبالتالي فإن منح الإدارة الحق في التعديل الانفرادي لعقودها وهو حق لا وجود له في القانون الخاص، يقابله منح المتعاقد معها الحق في إعادة التوازن المالي للعقد،[5] الذي يعتبر من قبيل البنود أو الشروط الاستثنائية التي تعد تطبيقا لمبادئ القانون العام. [6]

ويتحقق هذا التوازن على أساس التعويض بلا خطأ، ذلك أن امتيازات وسلطات الإدارة في نطاق العقود الإدارية المتعلقة بتعديل شروط العقد، لا تشكل أخطاء ترتب المسؤولية الإدارية لارتباطها بسير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، مما يعني أن تعويض المتعاقد مع الإدارة

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق ، ص 512.

[2]– مقراني سهام، مرجع سابق ، ص 14.

[3]– نواف كنعان، مرجع سابق،ص 366.

[4]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 51.

[5]– زكريا مصطفى، مرجع سابق، ص 87.

[6]– مازن ليلو راضي، مرجع سابق ،ص 122.

عن الأعباء المرهقة والاستثنائية التي تحملها بسبب استعمال الإدارة لهذه السلطات، يقوم على أساس مبدأ التعويض بدون خطأ.[1]

ويطبق القضاء الإداري فكرة التوازن المالي للعقد من خلال نظريات يحكم من خلالها بالتعويض للمتعاقد دون خطأ من الإدارة وهذه النظريات هي نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: نظرية عمل الأمير

سنتطرق فيه للمقصود بنظرية عمل الأمير في الفرع الأول ثم نتعرف على شروط تطبيقها في الفرع الثاني، لنصل في الأخير إلى آثار هذه النظرية على العقد الإداري وذلك من خلال التالي:

الفرع الأول: المقصود بنظرية عمل الأمير بشكل عام:

تعتبر هذه النظرية من أقدم النظريات التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الأضرار التي أصابته جراء تصرفاته وإجراءات الإدارة.[2]

وقد كان مجلس الدولة يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة، وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال فحصرها في الأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة فقط دون سواها.[3]

أولا: تعريف نظرية عمل الأمير

يقصد بفعل الأمير كل عمل مشروع صادر من السلطة التي أبرمت العقد، وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض،[4] ويشمل عمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية

[1]– عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 223.

[2]– نواف كنعان، مرجع سابق،ص 366.

[3]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 52.

[4]– ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 220.

المتعاقدة، التي تؤدي إلى الأضرار بالمركز المالي للمتعاقدة مع الإدارة،وتجعل تنفيذ التزاماته العقدية أكثر صعوبة.

ويعرف سليمان الطماوى نظرية فعل الأمير بأنها "" عمل إداري صادر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه ضرر مركز المتعاقد في عقد إداري معين ويؤدي إلى التزام الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"".[1] أما عمار عوابدي فعرفه بأنه ""الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها السلطة الإدارية المتعاقدة ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالي بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الأمر الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير عادية"".[2]

كما يوجد تعريف آخر يعرف فعل الأمير بأنه ""كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي تصدره أو بقواعد تنظيمية عامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أكثر كلفة مما يلحق به ضررا يستوجب التعويض""[3]

ويعرف بعض الفقه الفرنسي أفعال الأمير بأنها "" الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري، دون خطأ من جانبها، وتترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ فعل الأمير التزاما على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقا للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه""[4]

في حين عرفت محكمة القضاء الإداري بمصر عمل الأمير بأنه "" كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية. وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون من الجهة التي أبرمت العقد...."".ونلاحظ هنا كيف أن محكمة القضاء الإداري بمصر قد

[1]– حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 220.

[2]– عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 224.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 213.

[4]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 697.

وسعت من نطاق النظرية فاكتفت بصدور العمل عن سلطة عامة وليس بالضرورة المصلحة المتعاقدة.

أما محكمة التمييز الأردنية فعرفت هذه النظرية في قرارها التالي ""أن السلطة العامة بوصفها سلطة آمرة إذا سبق تعاقدها مع أحد الأشخاص بعقد إداري للتوريد أو الأشغال العامة أو غير ذلك، ثم أصدرت عملا مشروعا يمس عناصر العقد الذي ارتبطت به ويقلب اقتصاديته ويحمل المتعاقد معها أعباء وتكاليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم بها في مواجهتها تكون السلطة مسئولة بالتعويض عليه عما لحقه من ضرر جراء عملها المشروع"".[1]

ثانيا: صور عمل الأمير

تختلف حالات تطبيق نظرية فعل الأمير بحسب الصور التي يصدرها فيها الفعل، فقد يكون عمل الأمير في صورة قرار فردي خاص صادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، أو يتخذ صورة قرار تنظيمي عام.

1/ عمل الأمير في صورة قرار فردي صادر عن الإدارة المتعاقدة: وينقسم إلى نوعين:

أ/ القرارات الفردية التي تعدل مباشرة في شروط العقد: فإذا سبب تعديل العقد ضررا للمتعاقد يكون له الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه في إطار نظرية عمل الأمير لضمان التوازن المالي للعقد.والتعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير يكون سواء تدخلت الإدارة بتعديل التزامات المتعاقد أو بإنهاء العقد بشكل انفرادي ووضع حد له قبل نهاية الأجل المتفق عليه، فالتعديل الانفرادي أو الإنهاء من طرف واحد يشكل نموذجا لفعل الأمير لا خلاف حوله، واستعمال الإدارة لأحد السلطتين، يعطى للمتعاقد الحق في التعويض عن كامل التكاليف والمصاريف الإضافية والخسائر التي تكبدها، إذا تضرر من جراء ذلك.

ب/ القرارات الفردية التي تؤثر في ظروف تنفيذ العقد: ومن أهم التطبيقات لهذه الطائفة على سبيل المثل لا الحصر :

* القرارات الصادرة عن الإدارة بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه في مجال تنفيذ العقود الإدارية، والتي تحمل المتعاقد أعباء جديدة مثل قرار الإدارة بتعديل سير العمل، أو إدخال وسائل جديدة في تنفيذه.

[1]– حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 164.

* القرارات التي تدخل في تدابير الضبط الإداري الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، والأوامر الصادرة عنها بوصفها سلطة ضبط.

* إضافة إلى الأشغال العمومية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة وينجم عنها ضررا للمتعاقد بمناسبة تنفيذ العقد، فيتم التعويض عن هذه الأضرار استنادا لنظرية فعل الأمير في حالة إغفال العقد تنظيم هذه المساءلة.

* قيام الجهة المتعاقدة لأعمال مادية من شأنها زيادة أعباء المتعاقد.[1]

2/ عمل الأمير في صورة أعمال وإجراءات إدارية عامة: المقصود بالإجراءات العامة صدور لوائح أو قرارات تنظيمية من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقدة مع الإدارة، وهنا نكون أمام حالتين :

أ/ الحالة الأولى: وهي الحالة الخاصة بتعديل شروط العقد، ويكون التعديل عن طريق الإجراءات الإدارية العامة ""لوائح أو قرارات تنظيمية"" إما بتعطيل بعض شروط العقد أو بتعديل فحوها أو بإنهاء العقد قبل أوانه الطبيعي والمنصوص عليه في العقد، وفي هذه الحالة وحسب رأي ثروت بدوى، فإنه بغض النظر عن مشروعية هذه الإجراءات العامة، يتعين تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير.

ب/ الحالة الثانية: وهي الحالة الخاصة بتغيير ظروف تنفيذ العقد، مما يحمل المتعاقدة أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد.

ويرى الفقهاء أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن لا يعوض في هذه الحالة إلا في أضيق الحدود، حيث يمكن القول أن القاعدة هي الرفض، والاستثناء هو التعويض على أساس نظرية عمل الأمير.[2]

فقد قرر القضاء الإداري أن التعويض عن الإجراءات والأعمال الإدارية العامة لا يكون إذا توفرت شروط خاصة، لأن هذه الإجراءات غالبا ما تصدر في شكل قواعد قانونية عامة، تحمل الجميع أعباء وتكاليف عامة متساوية، وبالتالي لا يمكن تعويض المتعاقد، إلا إذا تضرر تضررا استثنائيا وخاص لدرجة اختلال مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.[3]

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 700 وما يليها.

[2]– زكريا المصري، مرجع سابق، ص 113.

[3]– عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 225.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن القاعدة العامة في فرنسا تعتبر الإجراءات الخاصة من أفعال الأمير ""القرارات الفردية"" سواء نصبت على العقد ونصوصه أو كانت متعلقة بالظروف المحيطة بتنفيذه، يجرى التعويض عنها، أما الإجراءات العامة ""اللوائح، قرارات تنظيمية "" فإنه لا يجرى التعويض عنها إلا إذا نتج عنها ضرر خاص يصيب المتعاقد.[1]

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

وتتمثل هذه الشروط في اتصال هذه النظرية بعقد إداري وأن يكون عمل الأمير صادر من الإدارة نفسها وأن يسبب ضررا للمتعامل المتعاقد وهذا ما سنعالجه من خلال التالي:

أولا: أن يتصل عمل الأمير بعقد إداري:

لأن نطاق تطبيق هذه النظرية لا يسرى على عقود القانون الخاص،[2] فنظرية عمل الأمير هي من الأفكار الموجودة في القانون الإداري ولا مقابل لها في القانون الخاص، ولهذا لا يمكن تطبيقها إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري.[3]

ولا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد، فليست كافة العقود التي تبرمها الإدارة، عقود إدارية تخضع للقانون الإداري والنظام القانوني للعقود الإدارية، فمنها ما يندرج ضمن دائرة عقود القانون الخاص، خاصة إذا ما قدرت الإدارة أن تنزل إلى منزلة الأفراد العاديين وتتعامل معهم على قدم المساواة،[4]ولهذا يجب أن يكون العقد عقد إداري لتطبيق نظرية عمل الأمير.

حيث أوردت محكمة القضاء الإداري بمصر هذا الشرط في حكمها الصادر في 9 سبتمبر 1956 والذي جاء فيه ""من حيث أنه لا محل لبحث ما آثاره المدعى بشأن تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير، إذ أن ذلك يفترض استناد التعويض إلى عقد إداري تأسيسا على المخاطر الإدارية، وقد بان مما تقدم أن سند الدعوى، من حيث الوجه الذي يرتب ولاية هذه المحكمة، يخرج من مجالات العقود الإدارية، ولا يدخل إلا في نطاق تعويض...عن قرارات إدارية نهائية.""[5]

---

[1]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 193.

[2]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 194.

[3]– زكريا المصري، مرجع سابق، ص 108.

[4]– حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 166.

[5]– مازن ليلو راضي،العقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ب ط،2003، ص 138.

ثانيا: أن يصدر عمل الأمير عن الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة:

فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يكون العمل أو التصرف صادر عن نفس الجهة الإدارية التي أبرمت العقد،[1] فيجب أن يكون عمل الأمير صادر عن الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية، أما إذا كان العمل صادرة عن جهة إدارية أخرى، فإن المتعاقد لا يستفيد من تطبيق نظرية فعل الأمير لكن بإمكانه المطالبة بالتعويض

عن طريق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما يمكنه مطالبة السلطة التي أصدرت الإجراء بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية الإدارية.[2]

وأوردت محكمة القضاء الإداري بمصر في قرارها الصادر بتاريخ 5 ماي 1969 هذا الشرط حيث قررت ""من حيث أنه يشترط لتعويض المدعيين أعمالا لنظرية عمل الأميران يترتب الضرر الذي يكون قد أضربهما... على إجراء تكون الإدارة المتعاقدة قد اتخذته من جانبها، سواء كان ذلك في نطاق العقد وعلى سبيل استعمال حقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد""[3]

ثالثا: أن يسبب فعل الأمير ضررا للمتعاقد مع الإدارة:

لا يكفى لتطبيق نظرية فعل الأمير، صدور إجراء عن الإدارة، بل يجب أن يسبب هذا الإجراء ضررا خاصا، يلحق بالمتعاقد وهذا الضرر هو الذي يعطيه الحق في التعويض لجبره.

ولا يشترط في الضرر أن يكون على قدر معين من الجسامة، فأي ضرر يصيب المتعاقد يمنح له الحق في التعويض استنادا إلى نظرية عمل الأمير،[4]فقد يكون الضرر فادحا أو يسيرا، وقد يكون ضررا فعليا الحق خسائر بالمتعاقدة مع الإدارة أو قد يؤدي إلى مجرد التقليل في الأرباح التي يستهدفها المتعاقد من وراء تعاقده.

وفي كل الحالات يكفى لتطبيق نظرية فعل الأمير تحقق أي ضرر يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط أن يكون على درجة كبيرة من الجسامة، تهدد المتعاقد بالإفلاس أو التوقف عن تنفيذ العقد.[5]

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 716.

[2]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 194.

[3]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 717.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 217 و 218.

[5]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 713.

ويشترط في الضرر أن يكون محددا ومباشرا خاصا بالمتعاقد يصيبه وحده،[1]أو يصيبه بصورة أشد جسامة من الآخرين، كما يجب أن يكون فعليا وحقيقيا لا احتماليا.[2]

رابعا: أن يكون عمل الأمير غير متوقع وقت إبرام العقد:

ينبغي لتطبيق نظرية فعل الأمير أن تكون الإجراءات والأعمال الإدارية الصادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة جاءت بشكل مفاجئ لا يمكن للمتعاقد توقعه وقت إبرام العقد الإداري، فإذا كان بإمكانه توقع هذه الإجراءات والأعمال، لا تطبق هذه النظرية لأنه يفترض في المتعاقد، أن يدخلها في حساباته حين قدر سعر العقد.

فيتعين عليه توقع هذه الأعمال في ضوء معيار الرجل العادي الحريص، الذي يوجد في نفس ظروفه، حيث أنه إذا كان بإمكانه توقع صدور مثل هذه الإجراءات عن الإدارة المتعاقد، وقت إبرام العقد، ولم يتخذ احتياطاته ويبذل الجهد الكافي، يعتبر مقصر لا يستحق التعويض.

وتطبق نظرية عمل الأمير إذا مارست الإدارة حقها في تعديل العقد، وأصاب المتعاقد معها، من جراء ذلك خسائر فادحة يختل معها التوازن المالي للعقد، حيث يكون تنفيذ العقد أكثر كلفة وإرهاقا عما توقعه وهو يضع في اعتباره إمكانية قيام الإدارة بتعديلها العقد انفراديا.

فهذه النظرية تطبق حتى لو توقع المتعاقد صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة، إذا لم يكن بوسعه توقع مدى الأثر الذي يمكن أن يحدثه هذا العمل.[3]

وفي هذا الشأن أبرزت محكمة القضاء الإداري المصري هذا الشرط بوضوح في حكمها الصادر في سنة 1957 القضية رقم 983 حيث قررت ""ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير""[4]

---

[1]– محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 194.

[2]– عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 224.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 216 و 217.

[4]– زكريا المصري، مرجع سابق، ص 109 و 110.

خامسا: أن يكون عمل أو فعل الأمير عملا مشروعا:

فيفترض أن تكون الأعمال والإجراءات التي أصدرتها الإدارة المتعاقدة وأضرت بالمتعاقد مشروعة اتخذتها في إطار اختصاصاتها، فإذا ثبت أن هذه الإجراءات غير مشروعة لا تطبق نظرية عمل الأمير.[1]

لأن أعمال الغدارة غير المشروعة لا تعتبر من أفعال الأمير، ولا يتم التعويض عليها على أساس هذه النظرية، بل على أساس المسؤولية الإدارية العقدية أو التقصيرية،[2]حيث أن مسؤولية الإدارة بموجب نظرية عمل الأمير تقوم بلا خطأ.[3]

ولا يقتصر عمل الأمير على ما ذكرناه سابقا، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي، يعتبر الموقف السلبي من جانب الإدارة، بمثابة عمل أمير وذلك عندما تمتنع عن تطبيق القوانين والأنظمة التي يكون من واجبها تطبيقها، مما يترتب عليه""الامتناع"" فرض أعباء جديدة على المتعاقد معها.

ويطلق الفقيه ""بكينو"" على هذا الموقف السلبي من جانب الإدارة تسمية عمل الأمير السلبي **(Le fait du prince négatif)**وفي الأخير يمكن القول أن عمل الأمير لا يشوبه خطأ كونه ناتج عن الممارسة الطبيعية لسلطة الإدارة، التي تهدف من خلالها تحقيق المصلحة العامة، أما إذا نسب للعمل الإداري خطأ فلا يسمى عمل أمير بل عمل إدارة، لأن عمل الأمير لا يمكن أن ينسب إليه عدم المشروعية ولا الخطأ العقدي.[4]

الفرع الثالث: آثار نظرية عمل الأمير:

سنعالج في هذا الفرع أولا إعادة التوازن المالي للعقد وثانيا حق المتعاقد في حق فسخ العقد وثالثا حقه في الامتناع عن دفع الغرامات المالية وذلك من خلال التالي:

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 218.

[2]– عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 224.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص218.

[4]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 195.

أولا: إعادة التوازن المالي للعقد الإداري:

يترتب على توفر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي أصابته من جراء عمل الإدارة المشروع، تعويضا كاملا،[1]ويعتبر هذا هو الأثر الرئيسي المترتب على هذه النظرية.[2]

وقد استقر القضاء الإداري على أن يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير وما ترتب عن ذلك من نفقات جديدة إضافية ورسوم، وكذلك ما فاته من كسب متمثل في المبلغ الذي كان سيحصل عليه لو لم يختل التوازن المالي للعقد، ويتم تقدير مبلغ التعويض باتفاق الطرفين، فإذا لم يتم الاتفاق بينهما يتولى قاضي العقد تقدير هذا التعويض.[3]

وهذا ما قررته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 30 جوان 1957 والذي نص على ""أن القاعدة بالنسبة للتعويض... إذا لم يكن مقداره متفقا عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقدره القاضي اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة"".[4]

ويقدر قاضي العقد التعويض وفقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذه الحالة من خلال عنصرين وهما:

1/ ما لحق المتعاقد من خسارة: ويتضمن هذا العنصر المصاريف الفعلية الإضافية التي أنفقها المتعاقد والتكاليف الزائدة والخسائر المختلفة التي لحقته من جراء عمل الإدارة المتعاقدة معه.

2/ ما فات المتعاقد من ربح: ويتضمن هذا العنصر ما فات المتعاقد من كسب مشروع كان سيحققه من عمله ورأس ماله، لو لم يختل توازن العقد بسبب الإدارة.[5]

ثانيا: حق المتعاقد في طلب فسخ العقد

يستطيع المتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد الذي يربطه بها في حالة، استحالة تنفيذه بسبب فعل الأمير كصدور مثلا تشريع يمنع استيراد بعض السلع موضوع عقد التوريد، والتي لا

---

[1]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 54.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 719.

[3]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 54 و 55.

[4]– حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 168.

[5]– عبد الحميد الشوربى، مرجع سابق، ص 55.

يمكن الحصول عليها إلا من الخارج،[1]أو منع استخدام مواد لازمة لتنفيذ العقد بموجب قرار صادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، وكل ما يشبه ذلك مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.
كما يمكنه المطالبة بفسخ العقد كذلك إذا ترتب عن الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة، والمسمى بعمل الأمير، أعباء لا يمكن أن تتحملها إمكانيات المتعاقد المالية أو الفنية.[2]

ثالثا: حق المتعاقد في المطالبة بعدم دفع الغرامات المالية

كما اشرنا سابقا تملك الإدارة سلطة فرض الجزاءات المالية على المتعاقد بإدارتها المنفردة، ومن بين هذه الجزاءات الغرامات المالية التأخيرية، التي يدفعها المتعاقد وتفرضها عليه الإدارة المتعاقدة إذا لم يلتزم بآجال ومواعيد التنفيذ التي نص عليها العقد.

لكن إذا كان التأخير بسبب الإدارة وناتج عن إجراءات عمل الأمير التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة ومتأخرة، يمكن للمتعاقد المطالبة بعدم دفع الغرامات المالية،[3] استنادا لهذه النظرية التي تمنحه هذا الحق، وتسد الطريق أمام الإدارة في مطالبته وإجباره بدفع هذه الغرامات التأخيرية.

وتجدر الإشارة إلى أن المتعاقد يمكنه الجمع بين أكثر من اثر من الآثار الناتجة عن نظرية فعل الأمير، فيمكنه المطالبة بفسخ العقد وإعفائه من غرامات التأخير مثلا...[4]

ونشير إلى أن المشرع الجزائري قد أكد على أهمية مبدأ التوازن المالي في العقد، وذلك من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 خاصة المادة 153 التي جاء في فحوها ""تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الساري العمل بها، غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا... بإيجاد التوازن بين التكاليف المترتبة على كل من الطرفين..."

ومن خلال نص المادة 153 السابق ذكرها، نلاحظ أن المشرع رخص للإدارة والمتعاقد معها ومنحها إمكانية إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد، ويرجع التوازن المالي للعقد الإداري.[5]

---

[1]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 196.

[2]– حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 169.

[3]– عمار عوابدى، مرجع سابق، ص 226.

[4]– حمدى القبيلات، مرجع سابق، ص 169.

[5]– مقراني سهام، مرجع سابق، ص 45 و46.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة

سنتطرق فيه إلى نشأة هذه النظرية وتعريفها في الفرع الأول وشرط تطبيقها في الفرع الثاني وآثارها في الفرع الثالث وذلك من خلال التالي:

الفرع الأول: نشأة وتعريف نظرية الظروف الطارئة:

سنعالج في هذا الفرع نشأة هذه النظرية أولا لنتطرق ثانيا لتعريفها وذلك من خلال التالي:

أولا: نشأة نظرية الظروف الطارئة

الأصل في نظرية العقود التقليدية في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يعفى المتعاقد من التزاماته تجاه الطرف المتعاقد معه إلا القوة القاهرة، إلا أن هذه القاعدة لم يأخذ بها على الإطلاق في العقود الإدارية، حيث إنشاء مجلس الدولة الفرنسي حالة وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد تنفيذ التزاماته، وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها الوفاء بالالتزام على الإطلاق.

وهي الحالة التي يستطيع فيها المتعاقد الوفاء بالتزاماته ولكن سيناله إرهاق مالي شديد، ولمعالجة ذلك إنشاء مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة مطلع القرن العشرين،[1]

والتي ارتبطت نشأتها بالحكم الشهير في قضية غاز بوردو، وقد اشتمل هذا الحكم على أغلبية الأحكام العامة والتفصيلية لهذه النظرية، لدرجة أن بعض الفقهاء اعتبروا دستور نظرية الظروف الطارئة.[2]

وصدر هذا الحكم بتاريخ 30 مارس 1916 بشان قضية إنارة شركة وغاز مدينة ""بوردو"" وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة المسئولة عن توريد الغاز لمدينة ""بوردو"" أثناء تنفيذ العقد وجدت أن أسعار التي ستتقاضاها من المنتفعين ابعد بكثير من أن تغطي النفقات، بعد ارتفاع أسعار الفحم المستخدم في إنتاج الغار ارتفاعا كبيرا، بعد نشوب الحرب العالمية الأولى، حيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة ضعف سعره الأصلي عند إبرام العقد سنة 1904، مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقا.[3]

---

[1]– حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 159.

[2]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص731.

[3]– مازن ليلو راضى، مرجع سابق، ص 142.

فطلبت الشركة من البلدية المتعاقدة معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين باعتبارها مانحة عقد الامتياز، فرفضت البلدية ذلك وتمسكت بشروط العقد استنادا إلى قاعدة "" العقد شريعة المتعاقدين"" المتعبة في القانون الخاص،[1] فرفعت الشركة الأمر إلى المحكمة الإدارية المختصة، وهي مجلس المحافظة، فرفض طالبها أيضا، مما دفع الشركة لاستئناف قراره، أمام مجلس الدولة الفرنسي بصفته أعلى جبهة قضائية في القضاء الإداري، وطلبت منه تعديل شروط العقد وذلك بمضاعفة سعر بيع الغز، والحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي تكبدها بسبب رفض مدينة ""بوردو"" الاستجابة لطلبها بتعديل سعر الغاز، لكن مجلس الدولة رفض طلب الشركة الأول، لان القاضي لا يملك سلطة تعديل العقد، ورفض طلبها الثاني المتمثل في التعويض على أساس الخطأ، لان مدينة بوردو لم ترتكب خطا، ومع ذلك حكم مجلس الدولة بالتعويض لكن على أساس آخر.[2]

وبذلك اقر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد، حيث ورد في حكمه الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 ما يلي «...من حيث انه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الأكبر من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورتها أكثر فأكثر...، فان الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع سعر كلفة صناعة الغز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوزت أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام العقد، وانه نتيجة لكل ذلك واجتماع كل الظروف السابق بيانها، انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وان الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع الاستمرار في تسيير المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلا طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه...».[3]

وخلص مجلس الدولة من ذلك إلى قوله«... بالتزام الشركة بضمان المرفق محل عقد الامتياز، ومن ناحية أخرى تتحمل خلال هذه الفترة الوقتية جزاء فقط من النتائج الباهظة... بشكل يسمح بالتفسير المتزن للعقد الذي على عاتقها...».[4]

[1]– مازن ليلو راضى، مرجع سابق ، ص142.

[2]– حمدى القبيلات مرجع سابق، ص 160.

[3]– مازن ليلو راضى، العقود الإدارية، نفس المرجع، ص 143.

[4]– المرجع نفسه، ص 143.

وبذلك تلا في مجلس الدولة الفرنسي الأحكام العامة للقانون المدني، بعد أن أدرك النتائج التي يمكن أن تترتب عليها، إذا طبقت في العقود الإدارية، وقرر من خلال حكمه في قضية غاز بوردو السابق ذكره أعلاه، أن تزويد السكان بالغاز يعتبر مرفق عمومي، لذلك فان سيره يجب أن يكون منتظما ودون انقطاع، وان المصلحة العامة تقضي مساعدة الشركة للتغلب على الصعاب الناجمة عن ارتفاع أسعار الفحم، ولهذا يجب تعويض الشركة ومساعدتها، فتتحمل الشركة الخسارة المتوقعة وقت إبرام العقد مضافة إليها جزء من الخسارة غير المتوقعة على أن تتحمل الإدارة الخسائر الباقية،[1] وبذلك نشأة نظرية الظروف الطارئة.وبعد ذلك تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ودخل نطاق تطبيقها كافة العقود الإدارية،إضافة للعقد الامتياز الذي كان محل قضية غاز بوردو.[2]

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة

يقصد بهذه النظرية انه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة وخارجة عن إرادة الطرفين، لم يكن بالوسع توقعها وقت إبرام العقد أو دفعها، وترتب عنها اختلال اقتصاديات العقد الإداري اختلالا فادحا وخطيرا، بحيث أصبح تنفيذ الالتزام من طرف المتعاقد اشد إرهاقا وأكثر تكلفة بكثير من القدر الذي توقعه المتعاقد أن وقت إبرام العقد، جاز للمتعاقد مع الإدارة [3] أن يطالبها بمساعدته عن طريق المساهمة في تحمل جزء من التكاليف والأعباء المستجدة بتعويضه تعويضا جزئيا عن الخسائر التي لحقت به.[4]

وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل الظرف الطارئ، سواء كان سبب الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير جهة الإدارة المتعاقدة.[5]

حيث يعتبر من الظروف الطارئة وقوع الحرب، حدوث أزمة اقتصادية خطيرة، تخفيض العملة أو انخفاض قيمتها، حدوث زلزال عنيف، فيضان أو وباء أو إضراب مفاجئ.

---

[1]– حمدى القبيلات، مرجع سابق، ص 161 و162.

[2]– نصرى منصور نابلسى، ، مرجع سابق، ص 733.

[3]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 198.

[4]– عمار عوابدى، مرجع سابق، ص 226 و227.

[5]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 220.

ويعتبر المجال الواسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، العقود الإدارية طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ، كعقود امتياز المرافق العامة وعقود الأشغال العمومية، وهنا يجب أن نميز بين الظرف الاستثنائي أو الطارئ الذي ينتج استحالة تنفيذ العقد، بحيث ينقضي معه التزام المتعاقد الناشئ عن العقد الإداري، وبالتالي يخرج من نظرية الظروف الطارئة إلى ما يسمى بالقوة القاهرة والتي تخضع لإحكام قانونية مختلفة عن هذه النظرية.[1]

وتجد نظرية الظروف الطارئة السابقة تعريفها أعلاه، أساسها في ضمان استمرار المرافق العمومية وسيرها بانتظام واطراد، إذ لاشك أن المرفق الذي يساهم المتعاقد في تسييره قد يتعرض لخطر التوقف، إذا أصبح تنفيذ العقد بفعل الظروف الطارئة مرهقا للمتعاقد.[2]

ونشير إلى أن هذه النظرية تعد من الأسس التي تقوم عليها النظرية العامة للعقود الإدارة، بحيث لا يجوز أن تتضمن هذه العقود أو تنص بنودها أو دفاتر شروطها، على استبعاد تطبيقها إذا توفرت شروطها، حيث أن الهدف تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو مساعدة المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، التي لا يستطيع أن يتحمل أعبائها بفرده إذا أصابته ظروف طارئة، وذلك لضمان استمرار سير المرفق العمومي وهو الهدف العام الذي من اجل تحقيقه تم إبرام العقد الإداري.[3]

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

وتتمثل هذه الشروط في، أولا حدوث ظرف استثنائي أو ظرف طارئ عام وثانيا عدم إمكانية دفع وتوقع هذا الظرف وثالثا أن يكون الظرف خارج عن إرادة المتعاقدين وهذا ما سنعالجه من خلال التالي:

أولا: حدوث ظرف استثنائي أو ظرف طارئ عام:

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقوع حادث أو ظرف طارئ يدخل ضمن الحوادث الاستثنائية، ويكون الحادث استثنائيا أو طارئ عندما يكون نادر الوقوع وغير مألوف بالنسبة

[1]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 198.

[2]– ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 223.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 220.

لمعيار الرجل العادي،[1]حيث أن الحوادث أو المخاطر غير العادية تتميز عن المخاطر العادية، في كونها تخرج عن الحد المألوف والعادي والمتوقع الذي قد يصيب المتعاقد.

ويشترط إضافة لاستثنائية الظرف أن يكون الظرف عاما، والعبرة في اشتراط ذلك، تتمثل في عدم توقع ذلك الظرف أو الإدعاء بأن المتعاقد كان يجب أن يتوقعه أثناء إبرام العقد فيما لو كان الأمر مقتصرا عليه، فعندما يكون الظرف عاما فهو يشمل المتعاقد مثلما بشمل غيره.[2]

ونشير هنا إلى أن الظرف الطارئ في مفهوم الفقه الإداري التقليدي، قد كان يقتصر على الحوادث الاستثنائية ذات الطبيعة الاقتصادية الخارجة عن إرادة المتعاقدين، والتي تصيب المتعاقد غير أن مجلس الدولة الفرنسي وسع من ذلك، وأعتبر الحادث الإداري أو الطبيعي حادثا طارئا متى أخل باقتصاديات العقد الإداري.[3]

ثانيا: عدم إمكانية توقع وعدم إمكانية دفع الظرف:

1/ عدم إمكانية توقع الظرف: يجب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع الحدوث، فلم يكن بوسع المتعاقد توقعه أثناء إبرام العقد، وتوقع حدوثه وفقا للمجريات العادية للأمور في ضوء معيار الرجل العادي الموجود في نفس ظروفه، ويرجع تقدير مدى توقع المتعاقد للظرف الطارئ إلى قاضي العقد الذي يقدر إمكانية أو عدم إمكانية توقع الظرف الاستثنائي.[4]

والمقصود بعدم التوقع في نظرية الظروف الطارئة، لا يعني عدم توقع الحدث مطلقا، فلا يوجد حادث أو ظرف غير قابل للتوقع بالمطلق، إنما المقصود بذلك أن يكون الظرف من غير الطبيعي حدوثه في الحالة العادية بحسب ظروف كل حالة، مما يدفع المتعاقد لعدم أخذه بعين الاعتبار.

وفي ذلك عرف القضاء الإداري الفرنسي الحادث غير المتوقع ""بأنه الحادث الذي يتضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف"".[5]

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، ، مرجع سابق، ص 734.

[2]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص 199.

[3]– نصرى منصور نابلسى، ، مرجع سابق ، ص 734.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 223.

[5]– نصرى منصور نابلسى، ، مرجع سابق، ص 754 و 755.

ومبرر استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا توقع المتعاقد الظرف الطارئ يمكن إرجاعه لسببين، يتمثل السبب الأول في أنه يفترض أن المتعاقد قد وضع في اعتباره حدوث هذا الظرف عند تحديده للأسعار التي اتفق عليها مع الإدارة المتعاقدة معه، وبالتالي ليس له حق في التعويض، أما السبب الثاني فيتمثل في عدم تعويض المتعاقد بسبب تقصيره إذا كان بوسعه توقع الحادث ولم يتخذ التدابير اللازمة لمواجهة ذلك.

وعدم التوقع لا يشمل فقط توقع الحادث بل يمتد إلى ما يمكن أن تصل إليه آثار الظرف الطارئ، فقد يتوقع المتعاقد وقوع هذا الظرف لكنه لم يتوقع المدى الذي يمكن أن تصل إليه آثاره، وفي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة.

2/ عدم إمكانية دفع الظرف: لا يكفي عدم توقع المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل يجب ألا يكون بوسع المتعاقد دفعه أو مواجهته بالطرق العادية المألوفة، فإذا كان بإمكانه ذلك ولكنه تخاذل فلم يقوم بما يتوجب عليه لاجتناب الضرر الذي يمكن أن يسببه الظرف الطارئ، لا تطبق هذه النظرية ولا يعوض المتعاقد عن ما أصابه من أضرار، لإخلاله بتنفيذ العقد وفق ما يفرضه عليه مبدأ حسن النية، الذي كان يتعين عليه بموجبه، تنفيذ التزاماته التعاقدية بما يجنب الإدارة تحمل أعباء مالية إضافية كتعويضات عن الحوادث الاستثنائية التي أصابته.[1]

ثالثا: أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين:

فيجب أن يكون الظرف الطارئ مستقل عن إرادة الإدارة والمتعاقد معها، فإذا كان هذا الظرف سببه راجع للمتعاقد فليس له الحق في التعويض بناءا على هذه النظرية، أما إذا كان السبب راجع للإدارة، فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان سبب الظرف الطارئ الجهة الإدارية المتعاقدة وهنا يطبق نظرية فعل الأمير، أما إذا كان نتج عن غير الإدارة المتعاقدة، فكن سببه جهة إدارية أخرى فيطبق نظرية الظروف الطارئة متى توفرت شروطها.[2]

رابعا: حدوث الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ العقد:

إضافة إلى اشتراط أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وأجنبي عن إرادة الطرفين وغير ممكن الدفع، يجب أن يقع هذا الظرف في المدة الزمنية المحددة لتنفيذ العقد وقبل نهاية تنفيذه،

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 223 و 224.

[2]– محمود خلف الجبورى، مرجع سابق، ص203.

حيث لا تطبق هذه النظرية إذا كان العقد لم ينعقد بعد أو انقضى بتمام تنفيذه، ذلك لأن الظرف الطارئ إذا وقع قبل إبرام العقد فإنه يدخل في حسابات المتعاقد عند تقديره السعر الذي سيتقاضاه، أما إذا وقع الظرف الطارئ بعد انقضاء العقد فإنه لا يلحق بالمتعاقد ضررا يمنح له حق المطالبة بجبره.[1]

خامسا: انقلاب اقتصاديات العقد بسبب الحادث الطارئ:

يعتبر من أهم شروط نظرية الظروف الطارئة، أن يكون من شأن الحادث الطارئ أو الظرف الاستثنائي تسبيب انقلاب حقيقي في اقتصاديات العقد، مما يترتب عنه اختلال التوازن المالي للعقد بأن يلحق المتعاقد ضررا على قدر كبير من الجسامة،[2] ويجعل تنفيذ المتعاقد للعقد مرهقا دون أن يكون مستحيل.[3]

ويقصد بالإرهاق هنا أن تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ فادحة واستثنائية، تتجاوز الخسارة العادية المتوقعة، أما إذا كانت الخسارة متوقعة في الحدود العادية، فإنه لا يكون هناك إرهاق يستوجب تطبيق النظرية،[4] فالتعويض الذي تدفعه الإدارة بناءا على نظرية الظروف الطارئة لا يشمل الخسارة ككل إنما يغطى جزء منها فقط، وبالتالي ليس للمتعاقد حق مطالبتها بتعويضه عن جميع الخسائر بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لتفويت كسب ضاع عليه.[5]

سادسا: أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد

هناك من يعتبر أن هذا هو آخر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث يجب أن يلتزم المتعاقدة مع الإدارة بمتابعة تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من الحادث الطارئ، الذي سبب اختلال التوازن المالي للعقد متى كان ذلك ممكنا.

وبذلك يجب على المتعاقد متابعة تنفيذ التزاماته مهما كان حجم الصعوبات وأثرها على تنفيذ العقد، لأن ذلك ما يقتضيه السير الحسن للمرفق العمومي، واضعا في حساباته أن هذه الفكرة لها صداها في تعويضه كليا أو جزئيا عن الإرهاق الذي صادفه في التنفيذ، فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استنادا إلى الظرف الطارئ، فان من حق الدارة ان توقع عليه الجزاءات التي تراها

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 226 و 227.

[2]– نصرى منصور نابلسى، ، مرجع سابق، ص 761.

[3]– ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق، ص 224.

[4]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص764.

[5]– ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 225.

مناسبة، لتقصيره خاصة غرامات التأخير لان الظرف الطارئ لا يعد عذرا للامتناع عن تنفيذ العقد، طبقا لما هو مقرر في قضاء مجلس الفرنسي.

كما انه في حال توقف المتعاقد عن متابعة تنفيذ التزاماته التعاقدية لوجود ظرف طارئ، فانه يحرم من التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة ويتحمل نتائج وأضرار فسخ العقد على مسؤوليته فلا يجوز له أن يتوقف عن التنفيذ إلا في حالة استحالة متابعة تنفيذ العقد، بسبب تحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة.[1]

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

سنعالج في هذا الفرع حق الإدارة في إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد وحقه في الحصول على التعويض وذلك من خلال النقاط التالية:

أولا: حق الإدارة في إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد: إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، بل يبقى ملزما بالاستمرار في تنفيذ العقد، لان هذا يعتبر احد الشروط التي تقوم عليها النظرية،[2] كما اشرنا إلى ذلك سابقا ، وشرحناه من خلال الفرع المتعلق بشروط تطبيق النظرية الظروف الطارئة، ويعتبر التزام المتعاقد بتنفيذ العقد إضافة لكونه شرطا، احد أثار نظرية الظروف الطارئة التي تميزها عن القوة القاهرة التي يعفى فيها المتعاقد من التزاماته لاستحالة تنفيذها.[3]

ثانيا: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض: إن التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد، يقابله التزام الإدارة المتعاقدة بتحمل جزء من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد معها، بسبب الظرف الطارئ وذلك بهدف مساعدته على الاستمرار في تنفيذ العقد ضمانا لسير الحسن للمرفق العمومي موضوع العقد.[4]

وتكون هذه المساعدة قي صورة تعويض يتميز بأنه:

1/ تعويض جزئي عن الخسارة التي أصابت المتعاقد: أي أن الإدارة لا تتحمل وحدها عن المتعاقد كافة أعباء الظرف الطارئ، ولكنها تشاركه فيها فحسب ويدخل في تقدير التعويض ما سبق أن

---

[1]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 764 وما يليها.

[2]– نفس المرجع، ص 768.

[3]– مازن ليلو راضى، مرجع سابق، ص 147.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 233.

حققه المتعاقد من ربح خلال الفترة السابقة على ظهور الظرف الطارئ، لان القصد هو إعادة التوازن المالي للعقد ككل وليس فقط خلال إحدى مراحل تنفيذه.[1]

2/ تعويض مؤقت يرتبط بالظرف الطارئ: فالتعويض تدفعه الإدارة بشكل مؤقت إلى غاية نهاية الظرف الطارئ، لكن إذا استمر هذا الظرف وأصبح دائما، واتضح للإدارة انه لأمل في انقضائه، كان لها الحق في التوقف عن دفع التعويض واتخاذ الإجراءات اللازمة لفسخ العقد بسبب القوة القاهرة.[2]

ويحصل المتعاقد مع الإدارة على التعويض بالاتفاق بينه وبينها على مقدار هذا التعويض، كما يمكن للإدارة تلافي دفع التعويض للمتعاقد معها استنادا لنظرية الظروف الطارئة، إذا ما قبلت إعادة النظر في شروط العقد بما يعيد إليه توازنه، وتلجا الإدارة لهذا الحل خاصة في عقود امتياز المرافق العامة، حيث تقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين بالقدر الذي يرجع التوازن المالي للعقد.

أما إذا لم يتوصل المتعاقدين لاتفاق ودي بشان التعويض يكون بوسع المتعاقد اللجوء للقضاء، وفي هذه الحالة يقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون ان يكون له حق تعديل شروط العقد.

ويقوم القاضي وهو بصدد تقدير التعويض بتوزيع عبئ الخسائر بين طرفي العقد واضعا في اعتباره موقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ وما بذله من جهد في التغلب عليه وتجنب آثاره، إضافة إلى الحالة الاقتصادية للمشروع والوضع الاقتصادي في الدولة عموما، ومدى مساعدة الإدارة أو امتناعها عن تقديم يد العون للمتعاقد معها...

فالتعويض هنا لا يخضع لأسس ثابت بل يراعى فيه قاضي العقد ظروف التعاقد والمتعاقدين، وهنا نشير إلى أن التعويض المحكوم به لمتعاقد لا يعدو أن يتجاوز حدود معاونة الإدارة له في الوفاء بالتزامه التعاقدي لا أكثر، ومن ثم فهو يكون بالقدر الذي يحقق تلك الغاية فقط، وذلك حتى لا يتحول التعويض إلى وسيلة إثراء للمتعاقد على حساب الإدارة المتعاقدة دون سبب.[3]

---

[1]– زكريا المصري، مرجع سابق، ص 130.

[2]– نفس المرجع ، ص 130.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 234 و 235.

وبشكل عام يمكن إجمال كل ذلك في انه من حق الطرف المتعاقد مع الإدارة الحصول على مساعدة ومساهمة الإدارة المتعاقدة، والتي تكون في صورة تعويض جزئي ومؤقت لإعادة تصويب التوازن المالي للعقد، والتعويض الجزئي من طرف الإدارة للمتعاقد معها والذي أرهقه تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة يكون تحت رقابة القاضي الإداري، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق حول إعادة التوازن اقتصاديات العقد بمساعدة وتعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة حكم القضاء بفسخ العقد بناء على طلب احد طرفي العقد الإداري،[1] وتعويض المتعاقد المتضرر.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اهتم بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها : « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل وبحسن النية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفق للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق غالى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك » [2]

وهكذا فان المشرع الجزائري قنن نظرية ظروف الطارئة ووسع من مجالها لتشمل العقود الإدارية والعقود الإدارية الأخرى التي تخضع للقانون الخاص سواء كانت عقود مدنية أو تجارية أو عقود أبرمتها الإدارة، ولم تستعمل فيها أساليب القانون العام وامتيازاتها بصفتها سلطة عامة وتصرفت فيها على قدم المساواة مع الأشخاص العاديين.

وذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يقنن نظرية الظروف الطارئة وحصر نطاق تطبيقها في العقود الإدارية فقط، ورفض تطبيقها في العقود المدنية وهذا ما يؤيده القضاء الفرنسي بشقيه الإداري والعادي.[3]

[1]– عمار عوابدى، مرجع سابق، ص 227 و 228.

[2]– مقراني سهام، مرجع سابق، ص 50.

[3]– نصرى منصور نابلسى، مرجع سابق، ص 734.

خاتمـــة

خاتمة :

مما سبق يمكن القول أن البحث في موضوع العدالة العقدية، في مجال العقود الإدارية يحتاج مجموعة من الدراسات الأكاديمية المطلوبة للإحاطة بجميع جوانبه ودراسة مختلف حدوده، ذلك أن العقود التي يحكمها القانون العام، وان تشابهت في مجموعة من الخصائص العامة المشتركة بينها كوجود الإدارة طرفا في العقد واستعمال أساليب القانون العام وتضمين العقد بنود غير مألوفة وغيرها من المميزات التي تختلف بها العقود الإدارية عن باقي العقود الأخرى، إلا أنها تختلف في الكثير من التفاصيل الهامة التي لها تأثيرها الواضح على المتعاقدين حيث أن الأثر الذي يرتبه عقد إداري معين، ليس بالضرورة هو نفسه الأثر الناتج عن عقد إداري آخر.

إضافة إلى ذلك فإن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي تنص عليها القانون المدني وكرسته مواده، يجعل المتعاقدين في نفس المركز المتساوي أمام القانون الخاص، حيث أن أطراف العقد متكافئون من حيث الأداءات فلا يعلو طرف عن الثاني، فالطرفين متساويين في الحقوق والالتزامات التي أقرها العقد، لا يملك أي منهما حق تعديل أو نقض شروط العقد إلا باتفاق الطرفين، لأن ذلك ما تقتضيه العدالة العقدية.

إلا أن هذا يختلف في العقود الإدارية، حيث أن الإدارة دائما طرفا ممتاز تملك من المزايا والسلطات ما لا يملكه المتعاقد، مما يجعلها في مركز سامي على المتعاقد وغير متكافئ معه، كونه الحلقة الضعيفة في العقد الإداري، هذا ما يؤدي لاختلال الأداءات بينهما في العقد الإداري. مما يدفعنا للتشكيك في وجود عدالة عقدية في العقد الإداري، غير أنه ومن خلال نظرة ثاقبة ومتفحصة للعقود الإدارية من خلال بحثنا هذا وجدنا عكس ذلك.

فمن خلال الفصل الأول يتضح لنا أن الإدارة تتمتع بمجموعة من السلطات الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، في مواجهة المتعاقد معها، والتي ما كان ليقبل بها لو كان العقد مدني أو تجاري.

حيث أنها تملك سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وإن كان لهذه السلطة نظيرها في القانون الخاص، إلا أن الاختلاف الجوهري يتمثل في مدى هذه السلطة، فالإدارة لا تكتفي في العقود الإدارية بحق الرقابة، إنما تتعداه إلى حق توجيه المتعاقد في اختيار طرق التنفيذ، الأمر الذي يبدو غريب إذا ما تم في عقد من العقود التي يحكمها القانون الخاص، إلا أن هذه الغرابة

سرعان ما تختفي عندما نعرف الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، وهو ديمومة سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، التي تعتبر هدف كل نشاط إداري.

كما أن هذه السلطة وإن كانت تملكها الإدارة، دون حاجة لاستنادها لنص قانوني أو بند من بنود العقد، فإن لها حدود لا يجب أن تتعداها الإدارة، وإلا اعتبرت أعمالها غير مشروعة تستوجب التعويض من طرف القاضي الإداري، الذي له الحق في أن يمارس عليها رقابة لاحقة متى طلب المتعاقد ذلك.

وإذا كانت الإدارة إضافة لسلطتها في الرقابة والتوجيه، تملك سلطة فرض مختلف الجزاءات الإدارية بإرادتها المنفردة متى قدرت ذلك ودون حاجة لإثبات الضرر الذي سببه المتعاقد معها، أو وجود نص صريح يمنحها هذا الحق، فإن لهذه السلطة تبريرها وهو المحافظة على سير المرافق العامة، وذلك عن طريق ضمان التزام المتعاقد بشروط العقد، وعدم مخالفتها سواءا بالامتناع عن التنفيذ أو التنفيذ السيئ أو مخالفة الآجال والمواعيد، وإلا عرض نفسه للجزاءات والتي من أهمها الغرامات التأخيرية.

إلا أن هذه السلطة ورغم اتساعها تقابلها رقابة قضائية لاحقة وشاملة، تضمن توازن اقتصاديات العقد الإداري، وتحافظ على حقوق المتعاقد في مواجهة قرارات الإدارة غير المشروعة.

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد انفراديا تعتبر من أهم المظاهر التي تعتبر عن امتيازات الإدارة وأخطرها على الإطلاق في مواجهة المتعاقد معها، وأن ثار جدل فقهي حاد حول مشروعية هذه السلطة إذا لم ينص عليها العقد الإداري في بنوده أو دفاتر شروطه، على شاكلة العقود المدنية التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين يبقى هذا الحق مقررا للإدارة وقائما بذاته، لا يحتاج لنص عقدي أو تشريعي يستمد منه مشروعيته.

ذلك أن سلطة التعديل ترتبط بمصلحة المرفق واحتياجاته المتطورة والمتغيرة بشكل مستمر،هذا ما يمنح الإدارة المبرر والمشروعية اللازمة لتعديل العقد دون حاجة لموافقة المتعاقد، إذا استجدت ظروف تستدعي ذلك، وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة و سيرورة المرفق.

وأخيرا فالإدارة تملك سلطة إنهاء العقد انفراديا، التي تعبر امتدادا لسلطة التعديل، فالإنهاء ما هو إلا تعديل يمس الآجال المتعلقة بتنفيذ العقد، وان كان بإمكان الإدارة استعمال هذه السلطة متى قدرت ذلك ودون خطا المتعاقد، فهذه السلطة مثلها مثل سلطة التعديل غير مطلقة تستعملها

الإدارة دون قيد أو شرط، فهي تخضع لرقابة قضائية لاحقة من طرف قاضي العقد، ففي الحالتين بإمكان المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء التعديل أو الإنهاء.

أما الفصل الثاني من خلاله، نرى أن المتعاقد يتمتع بمجموعة من الحقوق التي من شانها إعادة العدالة العقدية للعقد الإداري، فله الحق في الحصول على المقابل المالي، وان كان هذا الحق موجود في عقود القانون الخاص، فهو يتميز عليه في كون أن المقابل المالي في العقد الإداري يأخذ أحيانا شكل حقوق مالية استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص مثل الرسوم التي يأخذها صاحب الامتياز من المنتفعين، والتي تعبر عن تمتع المتعاقد مع الإدارة ببعض امتيازات السلطة العامة.

يمكن القول إن أهم فكرة تعبر عن العدالة العقدية بوضوح، هي فكرة إعادة التوازن المالي للعقد، التي تجد مجال تطبيقها الخصب في العقود الإدارية، دون عقود القانون الخاص، حيث تهدف لإيجاد موازنة بين سلطات الإدارة الواسعة وحقوق المتعاقد معها.

فمن خلال نظرية فعل الأمير تتجلى احد مظاهر العدالة العقدية وأبرزها، ذلك أن الإدارة تتكفل بتعويض المتعاقد عن فعلها المشروع الذي سبب اختلال التوازن المالي للعقد، حيث أن هذه النظرية تهدف إلى إيجاد توازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، فسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وما تنتجه من اثر ، يقابلها حق المتعاقد في التعويض بلا خطا من خلال نظرية فعل الأمير.

كما أن الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد، متى كان سبب اختلال العقد الإداري ظرفا طارئ وعام، هذا ما يعبر عن عدالة استثنائية، لأن الإدارة تعوض المتعاقد عن ضرر كان نتيجة أسباب خارجة عن نطاق إرادتها سواء كانت هذه الظروف الطارئة طبيعية أو اقتصادية، أو كان سببها جهة إدارية غير الإدارة المتعاقدة.

ومن خلال نظرة عميقة للعقود الإدارية نرى أن الإدارة تتمتع بمجموعة من السلطات تهدف لخدمة هدف متميز وهو المصلحة العامة ودوام السير المرافق العمومية بانتظام، وبالتالي يفترض أن تسمو هذه المصلحة على مصلحة الأفراد الشخصية، كما انه ورغم ما تملكه الإدارة من سلطات استثنائية وواسعة في العقود الإدارية، إلا أنها تستعملها في إطار مبدأ المشروعية الذي يراقبه القاضي الإداري ، حيث أنأي انحراف أو تعسف في استعمال هذه السلطات من طرفها يرتب تعويض عادل وشامل للمتعاقد، وأحيانا يؤدي لفسخ العقد قضائيا.

وفي مقابل هذه السلطات الاستثنائية التي تملكها الإدارة يتمتع المتعاقد معها بحقوق استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إضافة للحقوق العادية الناتجة عن العقد، مما يجعله في مركز موازي للإدارة، يحقق تكافئ الأداءات بينه وبين الإدارة المتعاقد معه.

من خلال هذا الطرح، نعتقد أن هناك عدالة عقدية متميزة في العقود الإدارية، وان اختلفت عنها في القانون الخاص إلا أنها تبقى موجودة بخصائصها الواضحة والفريدة والتي تتجلى في كل ما سبق أن ذكرناه في خاتمة هذه الدراسة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

اولا : الكتب

1/ عمار عوابدى، القانون الإداري الجزاء الثاني النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4 ، 2007.

2/مازن ليلو راضى، دون الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ب ط، 2002.

3/ نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، ب ط، 2009.

4/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ب ط، بدون سنة نشر.

5/نصرى منصور نابلسى، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية الإسكندرية، ط 2، 2012.

6/عبد الحميد الشوربى، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشاة المعارف، الإسكندرية، ب ط ، 2003.

7/ناصر اللباد، الوجيز في القانون الإداري، المجد لنشر والتوزيع الجزائر، طبعة 4، بدون سنة نشر.

8/زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العلمي، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، طبعة1، 2014.

9/محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2، 1998.

10/بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، بدون طبعة، 2011.

11/ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة لنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون طبعة، 2004.

12/حمدى القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار وائل لنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.

ثانيا : المذكرات

1/ شلالي خديجة، معالجة مبدأ الاتفاق في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجلفة زيان عاشور،2014/2013.

2/ سبكي ربيحة، سلطة المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص العقود الإدارية، جامعة مولد معمرى، تيزي وزو، 2013.

3/نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثانية عشر، 2004.

ثالثا: القوانين

1/ المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بقانون الوظيفة العمومية.

2/المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 والمتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق.

الفهـــــــــرس

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها 5
المبحث الأول: سلطات الإدارة المستمدة من امتيازات السلطة العامة 6
المطلب الأول: سلطة الرقابة والتوجيه 6
الفرع الأول: معنى سلطة الرقابة والتوجيه 6
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه: 8
الفرع الثالث: حدود سلطة الرقابة والتوجيه: 11
المطلب الثاني: سلطة فرض الجزاءات الإدارية 12
الفرع الأول: الخصائص العامة للجزاءات الإدارية: 12
الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية 15
الفرع الثالث: خضوع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية 19
المبحث الثاني: سلطات الإدارة المستمدة من القانون العام والمصلحة العامة 20
المطلب الأول: سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة 20
الفرع الأول: شروط التعديل الانفرادي للعقد الإداري 21
الفرع الثاني: طريقة تعديل العقد الإداري ""الملحق"" 23
الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة في تعديل العقد: 25
المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة 27
الفرع الأول: شروط ممارسة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري 27
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري: 29
الفرع الثالث: رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد: 32
الفصل الثاني: حق المتعاقد في إعادة العدالة العقدية للعقد الإداري 36
المبحث الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي 37
المطلب الأول: الثمـــــن 37
الفرع الأول: كيفية تحديد الثمن: 37
الفرع الثاني: كيفية الوفاء بالثمن: 39

الفرع الثالث: حقوق المتعاقد في حالة امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن: 43
المطلب الثاني: الرسم.....44
الفرع الأول: التمييز بين الرسم والمقابل المالي في باقي العقود الإدارية: 45
الفرع الثاني: أساليب تحديد الرسم 46
الفرع الثالث: القيود الواردة على تحديد الرسم:.....47
المبحث الثاني: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.....49
المطلب الأول: نظرية عمل الأمير 50
الفرع الأول: المقصود بنظرية عمل الأمير بشكل عام:.....50
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير 54
الفرع الثالث: آثار نظرية عمل الأمير 57
المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة 60
الفرع الأول: نشأة وتعريف نظرية الظروف الطارئة:.....60
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: 63
الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:.....67
قائمة المراجع 77