وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقـوق

إمتيازات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون العام

تخصص: دولة ومؤسسات

إعداد الطالب :

أخضري أيوب

طهراوي أمينة

إشراف الدكتور:

لحول دراجي

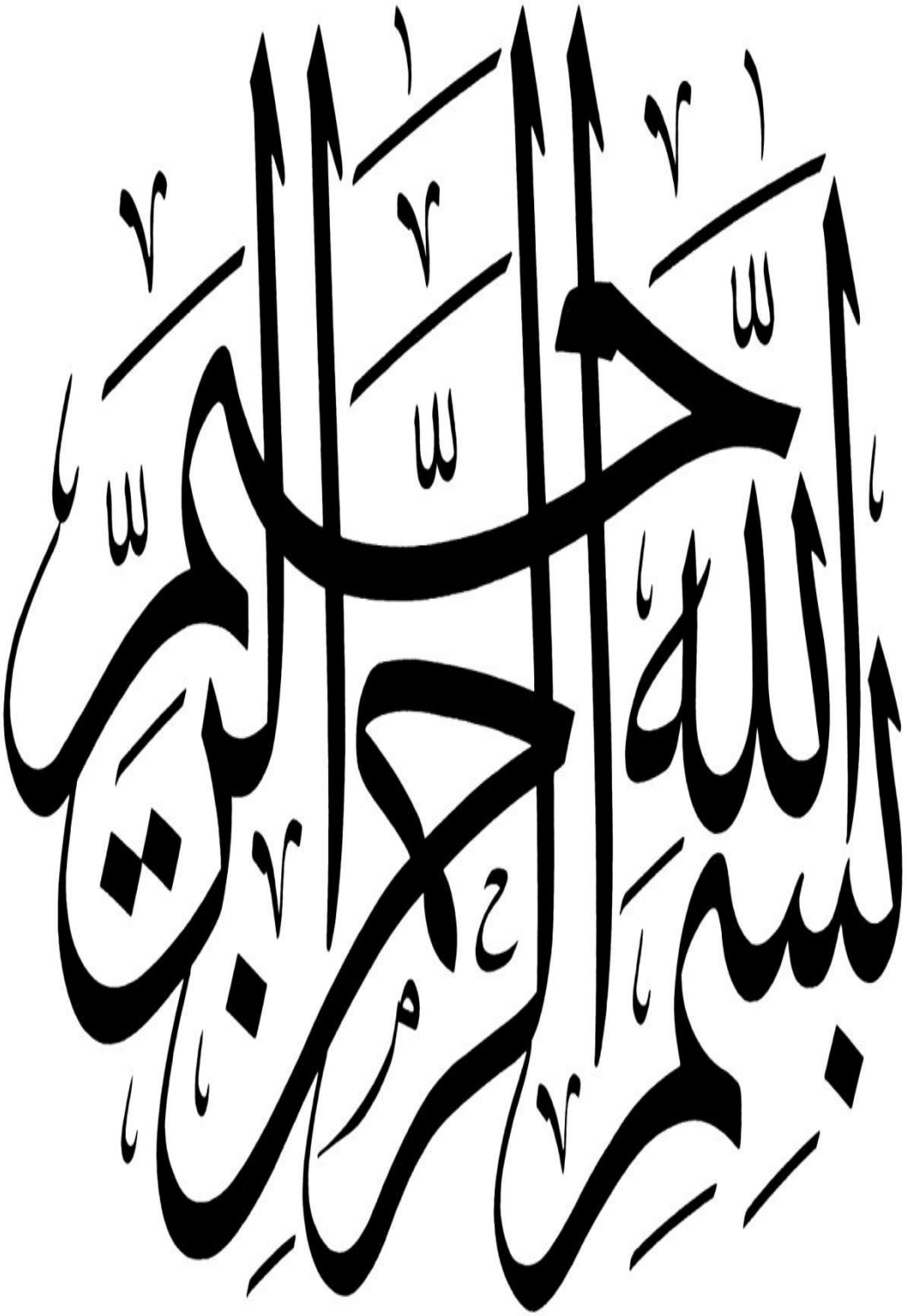
لجنة المناقشة

أ / د قراشة محمد رشيد رئيسا

ا/ د لحلول دراجي مشرفا ومقررا

ا / د سابق طه ممتحنا

الموسم الجامعي: 2021-2022


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء :

الى من كلله الله بالهيبة و الوقار . الى من علمني العطاء بدون انتظار . الى من احمل اسمه بكل افتخار .. (# و الدي العزيز)

و الى ملاكي في الحياة ..الى معنى الحب و الى معنى الحنان و التفاني .الى بسمة الحياة وسر الوجود الى من كان دعائها سر نجاحي الى اغلى الحبايب(امي الغالية)

الى اخوتي . محبتا و وفاء انتم سندي و المساندين في السراء و الضراء شكرا لكم دمتم لي

والى استاذتي كل باسمه شكرا لكم دمتم لنا

شكر وعرفان:

الحمد لله رب العالمين والشكر لجلاله سبحانه وتعالى الذي
أعاننا على إنجاز هذه المذكرة.
رغم أن عبارات الشكر والامتنان تكاد تكون عاجزة في هذا
المقام في إيفاء الغرض المنشود، إلا إننا نتقدم بأسمى
كلمات الشكر والامتنان للأستاذ الفاضل
" لحول دراجي "
على مجهوده الذي بذله في سبيل إخراج العمل
على ما هو عليه وتوجيهاته السديدة والقيمة
فجزاه الله خيرا في الدنيا وفي الآخرة
كما لا ننسى جميع الأساتذة الذين رافقونا
طوال مشوارنا الجامعي إليهم منا
فائق الاحترام والتقدير.

قائمة المختصرات

ص : صفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ج ر : جريدة رسمية

ج ج : جمهورية جزائرية

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.إ.ج.ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ب.س ن: بدون سنة انشر

مقدمة

لقد تطورت وظائف الدولة تطورا كبيرا، فبعد أن كانت وظيفة الدولة هي مجرد حراسة المجتمع ، فيما كان يسمى (بالدولة الحارسة)، أصبحت وظيفتها كبيرة بعد أن صار إسم الدولة المتدخلة أو دولة الخدمات والرفاهية، لقد كان لأسباب كثيرة كنمو الوعي لدى الشعوب، وظهور الثروات الطبيعية والتطورات العلمية والتقنية، وإقتراب المجتمعات من بعضها البعض ثورة الإتصالات والمواصلات وغير ذلك من الأسباب كان لتكلم الأسباب الأثر الكبير في تشعب وظائف الدولة، لقد إنصب هذا التطور والتضخم في وظيفة الدولة، إنصب على السلطة التنفيذية بصفة خاصة، بل على الوجه الإداري لتلك السلطة إن شئنا التحديد الدقيق، أصبحت الإدارة العامة مطالبة بتسيير الحياة اليومية لملايين البشر.

العقد الإداري عن باقي العقود الأخرى، هو عدم المساواة بين أطرافه، وذلك لأن الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات استثنائية لا مثيل لها في القانون الخاص وهذه السلطات أبرزها حق الرقابة والإشراف وكذا حقها في توقيع جزاءات إدارية في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وهذه الجزاءات التي توقعها عليه إما تكون جزاءات مالية والمتمثلة في مصادرة التأمين ،التعويض وغرامة التأخير أو غير مالية والمتمثلة في الجزاءات الضاغطة والفسخ الجزائي وهذا الأخير في العقود الإدارية بصفة عامة العمومية يعتبر جزاء خطير بحيث يمكن توقيعه دون اللجوء إلى القضاء ولكن بعد إعذار المتعامل المتعاقد، وحتى لا تتعسف الادارة في استعمال هذا الحق وجب عليها تطبيق ذلك في حدود المشروعية الإدارية .

وقد يكون ذلك قبل إتمام عملية تنفيذ العقد وانقضاء آجال التنفيذ وهذه الحالة تأخذ صورة الفسخ. والفسخ يأخذ عدة صور تتمثل في: الفسخ الاتفاقي، والفسخ بقوة القانون، والفسخ الإداري الذي ينبني على أساس ما تتمتع به الإدارة العامة من امتيازات السلطة العامة.

ويصنف الفسخ الإداري بدوره إلى نوعين هما: الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة دون حصول خطأ من المتعاقد لأن الإدارة قدرت أن المصلحة العامة تدعو إلى ذلك وهو الفسخ لدواعي المصلحة العامة، والفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد معها خطأ جسيما في تنفيذ العقد، ويعد الفسخ في هذه الحالة جزاء رادعا للمتعاقد المخل بالتزاماته، غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها تخضع أحيانا لقواعد القانون الخاص وأحيانا أخرى نجدها تخضع لتشريع متميز ومستقل ، وذلك راجع إلى طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد والذي يختلف في طبيعته وجوهره وأحكامه عن العقد الذي يبرمه الأفراد في ظل القانون الخاص ، وكذلك اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها .

وانطلاقا من أهمية الموضوع السالفة الذكر فان اختياري لهذا الموضوع ليكون محل دراستي راجع للأسباب التالية :

أولا: الأسباب الموضوعية : وتكمن هذه الأسباب في التعديل الدائم وبصفة دورية للنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية لأن المشرع يهدف من وراء ذلك حماية الإدارة العامة من جانب تحقيق المصلحة العامة ، بالإضافة إلى محاولة حماية المال العام والقضاء على ظاهرة الفساد ومكافحته.

ثانيا :أما الأسباب الشخصية : التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع هي أهمية الموضوع من الناحية العملية ذلك لان العقود الإدارية إحدى أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة في تنفيذ أعمالها وسير نشاطها خاصة فيما يتعلق بتسهيل نشاط المرافق العامة وحسن سيرها بانتظام واضطراد من اجل تحقيق المنفعة العامة .

ثالثا: أهداف الدراسة :الهدف الرئيسي من هذه الدراسة هو البحث للوصول إلى نتائج عملية صحيحة من شانها أن تسهل عملية البحث بالنسبة لباحثين آخرين في هذا المجال من اجل الوصول إلى درجة أرقى من العلم.

وفي الأخير في سبيل تحقيق الإدارة للأهداف المنوطة بها نجدها تظهر بمظهر السلطة العامة مستعملة أساليب ووسائل القانون العام الذي يمنحها جملة من الامتيازات والسلطات التي تجعلها في مركز أسمى من مركز المتعاقد معها ، إلا أن كيفية ممارسة الإدارة لهذه السلطات تطرح العديد من الإشكاليات أساسها :

ما مدى إعمال الإدارة لامتيازاتها في تنفيذ العقد الإداري ؟

هذا وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية أبرزها :

- ما هو تأثير إمتيازات الإدارة على تنفيذ العقود الإدارية؟
- فيما تتمثل سلطات الإدارة العامة أثناء مرحلة إبرام العقد الإداري ؟
- وهل تختلف هذه السلطات أثناء مرحلة التنفيذ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات قمت بإتباع المنهج الوصفي كمنهج أساسي محاولة من خلاله سرد أهم مظاهر وسلطات الإدارة العامة في العقد الإداري ، والمنهج التحليلي كمنهج مكمل للمنهج الأول وذلك بتحليل بعض النصوص القانونية باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية التي ستكون محل دراستي .

وفي إطار معالجة الإشكاليات السالفة الذكر قسمت هذا العمل إلى فصلين:

الفصل الأول بعنوان ماهية الإدارة العامة والعقد الإداري .

الفصل الثاني الأساس القانوني لسلطات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد .

الفصل الأول

ماهية الإدارة العامة والعقد الإداري

المبحث الأول

مفهوم الإدارة العامة

هي النشاط الذي يعتمد على وجود تنسيق وتعاون بين الموارد البشريّة المُتنوّعة، ممّا يُساهم في تحقيق مجموعة من الأهداف التي تتميّز بدرجة كفاءة مُرتفعة. تُعرف الإدارة العامة بأنّها الوسيلة المُستخدَمة في توجيه الأفراد وتنظيم عملهم داخل المنشآت من أجل المُساهمة في تحقيق أهداف مُحدّدة خاصّة بجميع الأفراد وليس بفئة مُعيّنة منهم. كما يمكن تعريف الإدارة العامّة بأنّها نوع مُتخصّص من الإدارة، تهتمّ بكافّة النشاطات المُرتبطة بالأعمال الحكوميّة، والتي تسعى إلى تطبيق السياسة العامة الخاصّة في الدّول؛ لذلك تُعتَبر الإدارة العامة نوعاً مُتخصّصاً من الإدارة.

تاريخ وتطور الإدارة العامة تُعتَبر الإدارة العامة من العلوم الإداريّة ذات الأصول القديمة؛ إذ عُرِفت في الحضارتين المصريّة واليونانيّة، واهتّمت في إدارة الشؤون العامّة، ظهرت بشكل واضح ضمن المكاتب العامّة المسؤولة عن المُحافظة على القانون وتطبيق العدل والنظام. حرص الرومان على تطوير النظام الإداريّ في إمبراطوريّتهم ضمن العديد من المجالات الماليّة، والعسكريّة، والضريبيّة، والشؤون الداخليّة والخارجيّة، ولكن بعد أن سقطت إمبراطوريّة الرومان اختفت العديد من نُظمهم الإداريّة، إلّا أنّ أغلبها ظلّت مُستمرّةً في الإمبراطوريّة البيزنطيّة.

تطوّر مُصطلح الإدارة العامة بالتّزامن مع تقدّم المُجتمعات، وتأثّر هذا التطوّر بمجموعة من العوامل من أهمّها النهوض الاقتصاديّ، ووجود أزمات اقتصاديّة، وظهور الأنظمة السياسيّة مثل الاشتراكيّة، ممّا أدّى إلى تراكم أعباء جديدة على الدول نَتَج عنها تطوّر في الإدارات الحالية والأدوات المُستخدَمة فيها[1].

[1] د. أغادير العيدروس، مقدمة في الإدارة - (دراسة جامعية)، صفحة 2. بتصرّف. ^ أ ب "مفهوم الإدارة العامة"، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، اطّلع عليه بتاريخ 22-3-2017 ، ص 67.

حصلت الإدارة العامة على اهتمام من قِبَل العلماء في كافّة أنحاء العالم، وساهم ذلك في ظهور علم الإدارة العامّة بصفته من العلوم الاجتماعيّة التي اهتمّت في الأحداث الإداريّة بصفتها من الظواهر الاجتماعيّة. في الوقت الحالي أصبح للإدارة العامة أهميّة كبرى في الوصول إلى النموّ الاقتصاديّ وتنظيم الشؤون الاجتماعيّة عن طريق الاستعانة بأجهزة الإدارة العامة.

المطلب الأول

خصائص الإدارة العامّة

من الخصائص الخاصّة في المشروعات والدوائر الحكوميّة؛ إذ تُساهم الإدارة العامّة في قياس أداء المُؤسّسات من خلال نسبة الربح أو الخسارة التي تُحدّد الفروقات بين الإيرادات والتّكاليف الخاصّة بها، وتتحكّم هذه المُؤسّسات بطبيعة إنتاجها، وتُحدّد مقاييس الكفاءة المطلوبة منها، ويُعدُّ العنصر الإنسانيّ والأساسيّ فيها هي الإدارة العامة.

الفرع الأول

المسؤوليّة

هي القواعد التي تتحكّم في الإدارة العامّة منها القواعد الإداريّة والسياسيّة، فمثلاً يترتّب على المُوظّف في الدوائر الحكوميّة مسؤوليّةً أمام الجهة التشريعيّة العُليا، بعكس الإدارة الخاصّة التي تعتمد على مسؤولياتها الأخلاقيّة والاجتماعيّة. الرسميّة: من المُميّزات الخاصّة في الإدارة العامة؛ لأنّها ترتبط بالأعمال الحكوميّة وتُعتَبر أداةً من أدوات تنفيذ السياسات العامّة؛ إذ تتعامل مع الأفراد بصفتهم العامة، لذلك يتحكّم في الإدارة العامة القانون العام الذي يُشجّع المُوظّفين في القطاع العام على العمل بصفتهم الرسميّة وليست الشخصيّة، كما أنّ الإدارة العامّة تخضع للسلطة العامّة للدولة، والتي تعمل ضمن سياسة يضعها القانون العام[1].

[1] . Brian Chapman, Frederick Mosher, and Edward Page (5-2-2009), "Public administration

الفرع الثاني

الهيكل التنظيميّ

هو الشكل الذي يُنظّم الإدارة العامّة بأغلب مُستوياتها وصورها ضمن المُؤسّسات المُتنوّعة، كما يشمل الهيكل التنظيميّ على القوّة الماديّة والبشريّة والسلطة، ويُساهم في تحديد شكل الإدارة العامّة والعلاقات بين مستويات الجهاز الإداريّ. وظائف الإدارة العامة تسعى الإدارة العامة مثل كافة الأنواع الإداريّة الأخرى إلى تنفيذ مجموعة من الوظائف، هي: التخطيط: هي وظيفة تشمل على تحديد الأهداف، واختيار المسارات المُناسبة لها من أجل تحقيق تلك الأهداف بفاعليّة، وغالباً ما ترتبط المرونة مع التخطيط؛ إذ يجب على الفرد الذي يعمل في التخطيط الحرص على التنسيق بين كافّة المُستويات الإداريّة والقياديّة في المنشأة، كما يشمل التّخطيط على تحديد موارد المنشأة ووضع أهداف مُستقبليّة لها.

الفرع الثالث

التنظيم الوظيفة الإداريّة

هي التي تهتم في السيطرة على الهيكل التنظيميّ للمنشأة الذي يعدُّ أساساً لها؛ إذ دون وجوده يصبح العمل ضمن المنشأة صعباً ولا يمكن تحقيق النجاح. يعتمد التنظيم على مجموعة من المسؤوليّات والمَهام الخاصّة في المُوظّفين، والذين يتميّزون بمهارات مُعيّنة من أجل إنجاز هذه المَهام، كما يحرص التنظيم على تطوير الهيكل التنظيميّ داخل المنشأة. التنسيق: هو من الوظائف الإداريّة التي تهدف إلى تحقيق القيادة والسيطرة على كلٍّ من عمليّات التخطيط والتّنظيم والتوظيف داخل المنشأة، كما يضمن أنّ كافّة الأنشطة الخاصّة في المنشأة تتعاون معاً، وغالباً ما يتمُّ تطبيق التنسيق ضمن جلسات التخطيط والاجتماعات مع المديرين في المنشآت؛ من أجل ضمان أنّ كافّة الأقسام الإداريّة تعمل معاً من أجل تحقيق غايات وأهداف مُعيّنة، كما يشمل التنسيق على الإشراف والتوجيه والتّواصل من خلال الإدارة[1].

[1] - History - Early systems" ،Britannica, Retrieved 22-3-2017. Edited. ↑ ،(2006) زيد عبوي

المطلب الثاني

إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية

العقد الإداري رغم ما يتميز به من خصائص عن العقود المدنية والتجارية يبقى عقد ملزم لطرفيه وذلك بما يتضمنه من شروط تعاقدية ، وان الإدارة رغم تمتعها ببعض الامتيازات والسلطات في مواجهة المتعاقد معها فهي رغم ذلك تبقى ملتزمة بتنفيذ العقد ، والتزامات الإدارة التعاقدية متنوعة وتختلف بحسب نوع العقد الإداري إلا انه يمكن تقسيمها أو تصنيفها إلى نوعين الأول ذو طبيعة فنية والثاني ذو طبيعة مالية وان إخلال الادارة بأي منها يشكل خطأ تعاقديا يوجب مسؤوليتها ويعطي للمتعاقد معها الحق بالتعويض عما أصابه من ضرر وتأسيسا.

الفرع الأول

إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية

يبدو من الصعب في مجال القانون الإداري تحديد الالتزامات التعاقدية ذات الطبيعة الفنية التي تقع على كاهل الإدارة بعكس الوضع بالنسبة للالتزامات ذات الطبيعة المالية . وبالتالي فمن الطبيعي أن يكون المرجع في تحديد هذه الالتزامات هو العقد الإداري ذاته المبرم بين الإدارة والطرف المتعاقد معها التي يتعين عليها أن تفي بها وإلا قامت مسؤوليتها التعاقدية ، وعليه فأن ابرز التزامات الإدارة ذات الطبيعة الفنية تتمثل في التزام الإدارة بوضع التصاميم وعمل مقايسات الأعمال التي تحدد فيها المواد اللازمة للتنفيذ وخصائصها وأوصافها وإدارة الأعمال ومراقبة تنفيذها ، أو تأخر الادارة في إعطاء الأمر للمقاول بالبدء في تنفيذ الأعمال أو تأخرها في تقديم المواد اللازمة لتنفيذ العقد ، وكذلك امتناع الادارة دون سبب مشروع عن تنفيذ العقد الذي وقعت عليه.

وتأسيسا على ما تقدم يمكن تقسيم صور الإخلال الذي قد ترتكبه الإدارة عند تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية والذي يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية إلى ثلاث صور نتناولها على النحو التالي:

- **أولا : خطأ الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم.**
- **ثانيا: تأخر الإدارة أو تراخيها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية.**
- **ثالثا: امتناع الإدارة عن تنفيذ العقد.**

الفرع الثاني

خطأ الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم

تعتبر عملية وضع تصميمات الإعمال وإعداد المقايسات من أولى التزامات الإدارة التي يجب عليها القيام بمراعاتها عند تنفيذ العقد الإداري، كما وتلتزم بمراجعة تصميمات الأعمال ومقاييسها ومطابقتها للدراسات السابقة التي قامت الإدارة بأجرائها وطبقا للأصول الفنية حتى ولو لم تكن هي التي قامت بأعداد هذه التصاميم والمقايسات [1]، ففي فرنسا أكدت الشروط العامة الفرنسية للعقود الإدارية الصادرة في 21/يناير/ 1976 على ذلك في المادة 3 /31 والتي نصت على قيام المسئول عن تنفيذ العقد بتجهيز المتعاقد بكافة المستندات الضرورية للعقد مع وثيقة الالتزام [2].

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الادارة مخطئة بأعداد العقد ، لان هناك أخطاء فنية في الرسومات المقدمة منها أو في تقدير حجم الأعمال المتعاقد عليها ، كذلك تلتزم الإدارة بإمداد المتعاقد معها بالرسومات والمعلومات والبحوث والتقارير التي تشتمل على تقصي الحقائق وكل المستندات التي تتعلق بإقامة المرفق أو ترميمه أو صيانته أو إصلاحه ، فالإدارة تلتزم بأن تقدم للمتعاقد كل المعلومات اللازمة لتنفيذ العقد ، ويسلم القضاء والفقه الفرنسيان أن هذا الالتزام من مستلزمات العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد .

[1] ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1984 ،ص182 وما بعدها.
[2] Andre de labdere, Traite des contrats Administratifs – tom ll L.G. D.S. 1984.P138.

كما تلتزم الإدارة وأثناء إبرام العقد الإداري بأن تقدم كافة التعهدات والتسهيلات للمتعاقد الذي وقع العقد حيث تصبح هذه التعهدات والوعود أو التسهيلات وبمجرد توقيع العقد من قبيل الالتزامات التعاقدية التي تقع على كاهل الإدارة ويجب عليها الوفاء بها وإلا قامت مسؤوليتها التعاقدية [1].

الفرع الثالث

تأخر الإدارة أو تراخيها في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية:

تلتزم الإدارة بمراعاة مدة تنفيذ العقد فهذا الالتزام من أهم الالتزامات التي ينبغي على الإدارة مراعاتها ، مثلها في ذلك مثل المتعاقد .فإذا اتفق المتعاقدان الإدارة والمتعاقد معها على مدة معينة لتنفيذ العقد فيجب عليهما السعي لتنفيذ العقد في خلال هذه المدة، فالمتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ العقد وانجازه في الفترة المتفق عليها وإلا تعرض لتلك الوسائل التي يمكن أن تستخدمها الإدارة تجاهه من جزاءات أو غرامة تأخيرية أو فسخ العقد أو إنهاؤه أو التنفيذ على حساب المتعاقد ،كما تلتزم الادارة بالمقابل باحترام المدة المحددة للتنفيذ[2].

أولا: امتناع الإدارة عن تنفيذ العقد.

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أن العقد المدني متى قام المتعاقدان بإبرامه والتوقيع عليه صار ملزما للطرفين ويجب على كل منهما تنفيذ التزاماته وكذلك التمتع بما يعطيه هذا العقد من حقوق لهما دون أن يكون لأي منهما الحرية في إنهائه أو فسخه أو إلغائه بالإرادة المنفردة ، إلا أن العقد الإداري يتيح للإدارة حقوقا لا يستطيع المتعاقد التمتع بها ، فالإدارة تستطيع أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة إذا ما توفر لديها المبرر المشروع لذلك آلا وهو المصلحة العامة والمتمثلة بضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد وبدون هذا السبب لا تملك الادارة إنهاء العقد الذي وقعت عليه أو الامتناع عن تنفيذ التزاماتها وإلا ترتبت مسؤوليتها التعاقدية .ويجب على الإدارة أن تمكن المتعاقد معها من التنفيذ وألا تضع أمامه العراقيل، فإذا كانت الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه فأنها من باب أولى أن تكون

[1] نظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 25 ،10 /1961 أشار إليه الدكتور حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الإداري ، ط1 ،2002، ص297

[2] ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (12/15 /1978)أشار أليه الدكتور حمدي علي عمر ، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، العدد الثامن ، 1996، ص193.

ملزمة بتنفيذ كافة الالتزامات التعاقدية التي وقعت بالموافقة عليها ، فهي لا تستطيع أن تفلت أو تتحلل من تنفيذ جزء من التزاماتها بغية عرقلة العقد بشكل كلي[1].

كما يجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقه سليمة فمن أولى الالتزامات التي يلقيها العقد على عاتق الجهة الإدارية التزامها بتنفيذ العقد الإداري بحسن نية ، فلا يحق للإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد أو أن تقوم بتنفيذه بطريقة لا يمكن معها للمتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية كأن تقوم الإدارة بعرقلة تنفيذ العقد، كما أن الإدارة لا تستطيع التحلل من التزاماتها العقدية بمجرد رغبتها في ذلك ،وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن الإدارة لا تستطيع أن تتحلل من التزاماتها المتولدة عن العقد الذي أبرمته مع احد المتعاقدين[2].

[1] ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (19 / 5 / 1948 (أشار أليه الدكتور حمدي علي عمر ،المصدر السابق ،ص193.
[2] Andre de labdere, op. cit.P457.

ثانيا: إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية.

يعد التزام الإدارة بأداء المقابل المالي من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة باعتبار هذا المقابل يمثل الدافع الرئيسي على تعاقده مع الإدارة ،فالمتعاقد مع الإدارة غالبا ما يسعى إلى الربح من وراء تعاقده ، وهذا السعي وراء الربح يعتبر أمرا طبيعيا ومشروعا ولا يمكن إنكاره على المتعاقد ،وان نشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة ، مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد وهي الحق في اقتضاء المقابل المحدد في العقد ،أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية ،[1]وتتنوع صور إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية وعليه سوف نختار من هذه الصور أكثرها شيوعا وتتمثل في تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد أولا ، وتأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة ثانيا، وكذلك عدم مراعاة تقلبات الأسعار ثالثا ،وإخلالها برد التأمين النهائي رابعا[2].

المبحث الثاني

التعريف بالعقد الإداري وبيان أركانه

وبيان أركانه تعد نظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري بالقياس إلى المواضيع الأخرى كالقرار الإداري والضبط الإداري, حيث كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في نشوئيا.

[1] ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر ، مصدر سابق ، ص191.

[2] ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (2013 / الصادر بتاريخ 1992/7/21)أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر ، مصدر السابق ، ص194-195.

المطلب الأول

التعريف بالعقد الإداري

فكرة العقد الإداري لم تنشأ في القانون الإداري الفرنسي إلا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي , حيث كان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاءا وفقهاً في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري, فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة (كالقرار الإداري) هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الإفراد تخضع للقضاء العادي[1].

وفي مصر تعد نظرية العقد الإداري حديثة أيضا نظراً لحداثة القضاء الإداري فيها حيث انشأ مجلس الدولة المصري سنة 1946 , ولم تكن العقود الإدارية من ضمن اختصاصه بادئ الأمر ولما صدر القانون رقم (9) سنة 1949 الخاص بمجلس الدولة الذي حل محل القانون السابق , ادخل في المادة الخامس منه عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد ضمن اختصاصه واستمر هذا الحال لحين صدور القانون رقم 165 لسنة 1955 الذي اخضع جميع العقود التي ينطبق عليها وصف العقد الإداري, والقانون الحالي لمجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 أكد المعنى نفسه[2].

[1] د . سليمان محمد الطماوي , الأسس العامة لمعقود الإدارية , دار الفكر العربي الطبعة الرابعة –1948ص 32 .

[2] نصت الفقرة (11) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 عمى اختصاص محاكم مجلس الدولة بقوليا)) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الإشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري أخر.))

- **الطائفة الأولى : عقود مدنية Contrats civils**

وهي جميع العقود التي تبرمها الإدارة كونها شخصا من أشخاص القانون الخاص وفيها تتخلى الإدارة عن سلطتها وتنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم، وتخضع لأحكام القانون الخاص ، ويختص القضاء العادي بالفصل في منازعاتها[1].

- **الطائفة الثانية : عقود إدارية Contrats administratifs**

وهي تلك العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها صاحبة سلطة عامة ، وتخضع لأحكام القانون العام ، والى جانب ذلك تظهر فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها في مواجهة المتعاقد معها نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة فضلا عن أنها تسعى دائما لتحقيق الصالح العام .

وإذا كانت السلطة العامة في معناها العام تعني الحق الشرعي في إصدار الأوامر ومتابعة تنفيذها فان السلطة العامة هي مجموعة الامتيازات الممنوحة للإدارة والتي تستخدمها من اجل إشباع الحاجات العامة في الدولة.

وهذه الامتيازات تجعل الإدارة في مركز أعلى من مركز الأفراد المتعاقدين معها ويمنحها سلطات واسعة في مجال التعاقد وللبحث في هذه السلطات وكيفية ممارستها يجب دراسة هذه السلطات أثناء جميع المراحل التي يمر بها العقد الإداري و سنحاول من خلال هذا الفصل دراسة سلطات الإدارة العامة أثناء إبرام العقد الإداري بتخصيص المبحث الأول لدراسة سلطة إ عداد دفتر الشروط والمبحث الثاني لسطة الرقابة السابقة على إبرام العقد الإداري .

[1] توتي خوخة، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، - 2012، ص 29.

المبحث الأول

سلطة إعداد دفتر شروط العقد

من المسلم به أن العقود الإدارة غالبا ما تتضمن عدة وثائق تحتوي على شروط تعد جزءا لا يتجزأ من العقد ، واهم هذه الوثائق المكتوبة ما يطلق عليها اصطلاح دفاتر الشروط.

المطلب الأول

تعريف دفتر الشروط

تتولى الجهة الإدارية التي تنوي التعاقد تحديد احتياجاتها وشروطها في وثائق خاصة نموذجية تسمى دفاتر الشروط .

ويقصد بدفاتر الشروط :<< مجموعة الوثائق التي تحررها جهة الإدارة منفردة ، تبين فيها التزامات أطراف العقد ، سواء الالتزامات المالية أو الإدارية أو الفنية، وتكون من ثم أساسا للتعاقد بين هذه الأطراف >>.[1]

ويعرف الدكتور عمار بوضياف دفتر الشروط بأنه : << يقصد بدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفية اختيار المتعاقد معها.

والإدارة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل خبرتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إطاراتها من اجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة>>.[2]

_____

(1)- محمد رمضان ، القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية>>، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثاني ، سنة2007، ص21.

(2)- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2011، ص142.

كما يعرفها أيضا الدكتور محمد الصغير بعلي بأنها : << دفاتر الشروط عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا بإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة ، حتى تنطبق على عقودها الإدارية بصفة عامة ، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة>>.[1]

ويتضح من خلال التعاريف السابقة الذكر أن لدفاتر الشروط عدة مميزات نذكر أهمها فيما يلي:

أولا :أنها تمكن الأشخاص المتعاقدين مع الإدارة من الإلمام بالقواعد التي ستطبق على علاقاتهم بالإدارة باعتبار أن هذه الدفاتر تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين المالية والإدارية والتقنية بشكل دقيق ومفصل.

ثانيا : إن وجود دفاتر الشروط يجعل عملية إعداد العقد الإداري تتسم بالبساطة خاصة بالنسبة للموظفين المكلفين بمهمة تقرير الشروط الخاصة والضرورية التي من شانها تحديد الأشغال أو التوريدات أو الخدمات.....الخ ، محل التعاقد تحديدا دقيقا .[2]

ثالثا : يجسد دفتر الشروط بحق مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة، لان الإدارة عندما تضع شروطا ما في دفتر شروط معين فانه لا يجوز للمتعامل المتعاقد التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.[3]

---

(1)- محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، بدون طبعة، سنة 2005، ص48.

(2)- محمد رمضان ، الرجع السابق ، ص142.

(3)- عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص144.

الفرع الأول

أنواع دفاتر الشروط

دفاتر الشروط بصفة عامة وفي غالبية الدول تنقسم إلى نوعين ، دفاتر الشروط العامة التي تنطبق على جميع العقود التي تبرمها الإدارة ، كما قد تكون خاصة تخص عقدا محددا بذاته .

الفرع الثاني

دفاتر الشروط العامة

أو كما يطلق عليها بدفاتر الشروط والمواصفات العامة التي يرمز إليها باللغة الفرنسية بـ :(CCG) وتعني :

Les Cahiers des clauses et conditions générales

وهي كما يتضح من خلال تسميتها أنها تتضمن شروطا عامة تنطبق على العقود الإدارية التي تبرمها الإدارات الحكومية ، والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية بالدولة ، شريطة أن تكون هذه العقود من طبيعة واحدة كعقود الأشغال أو عقود الخدمات والدراسات ، لذا فهي دفاتر تتضمن قواعد عامة ومجردة ، وتنقسم هذه الدفاتر

إلى نوعين:

أولا : دفاتر الشروط العامة الإدارية والمالية : وهي تتضمن القواعد والشروط ذات الطبيعة الإدارية والمالية .

ثانيا : دفاتر الشروط العامة الفنية والتقنية : وهي تتضمن القواعد والشروط ذات الطبيعة الفنية والتقنية.[1]

(1)- محمد رمضان ، المرجع السابق ، ص21.

هذا وان كانت دفاتر الشروط العامة تتضمن قواعد لائحية أو تنظيمية أو قواعد عامة ومجردة ، فإنها جزءا لا يتجزأ من العقد أي أنها تكتسب الطبيعة العقدية بمجرد الإحالة إليها.

الفرع الثالث

دفاتر الشروط الخاصة

وهي تعد اشد أنواع الدفاتر تخصيصا ، ويرمز إليها باللغة الفرنسية بـ : (C.P.C) أي :

LES Cahiers des Prescriptions Spéciale.

وهي الدفاتر تخص عقدا بعينه ، أو محددا بذاته أو تتعلق بكل حالة عقدية على حدا ويتمثل دورها في إكمال ما لم يحط به دفتر الشروط العامة السابق الإشارة إليه .

وهي بدورها تنقسم إلى قسمين :

أولا : دفاتر الشروط الخاصة المالية والإدارية : وهي دفاتر تتضمن مجموعة القواعد والأحكام ذات الطبيعة المالية والإدارية ، المتعلقة بعقد معين بذاته أو بالعقد الذي يراد إبرامه .

ثانيا : دفاتر الشروط الخاصة الفنية أو التقنية : وتتضمن مجموعة القواعد والأحكام ذات الطبيعة الفنية أو التقنية الخاصة بإبرام عقد معين .[1]

(1)– محمد رمضان ، المرجع السابق ، ص 21–22.

وطبقا لأحكام المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

والتي تنص على انه : << توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقا الصفقات وهي تشمل على الخصوص ما يأتي : [1]

–1– دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي .

–2– دفاتر التعليمات المشتركة ، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعين .

–3– دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة >>.[2]

ويتضح من خلال نص المادة أعلاه أن دفاتر الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية في التشريع الجزائري هي ثلاثة أنواع كما جاء موضحا في نص المادة .

وكما يتضح كذلك من النص السابق عرضه أن هناك نوعين من الشروط :

–**1– شروط عامة** : تتضمنها دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة .[3]

(1)– المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

(2)- الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

(3)- سردوك هيبة ، المرجع السابق ، ص141.

- **دفاتر البنود الإدارية العامة :**

وتشمل على الأحكام التي تطبق على كل الصفقات المتعلقة بانجاز الأشغال واقتناء اللوازم وتقديم الخدمات التي تمت الموافقة عليها بموجب مرسوم تنفيذي .

- **دفاتر التعليمات المشتركة :**

وتحدد الأحكام التقنية المطلوبة المطبقة على جميع الصفقات التي من نوع واحد ، كعقد الأشغال العامة ، أو عقد اقتناء اللوازم مثلا الموافق عليها بقرار من الوزير المعين .

-**2- شروط خاصة :** وهي شروط توضع خصيصا لكل صفقة يراد إبرامها ، وتدرج ضمن دفاتر الشروط الخاصة بالمناقصة أو كلها أطلق عليها المشرع الجزائري دفاتر التعليمات الخاصة .

وهي تحدد وتكمل الشروط التي لم يمكن تحديدها في النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة للعقد موضوع الإبرام .[1]

ونظرا لتعدد دفاتر الشروط واختلاف أنواعها فانه قد يثور التساؤل حول مدى إمكانية مخالفة دفاتر الشروط الخاصة لما ورد في دفاتر الشروط العامة من ضوابط وأحكام .

نجد أن تنوع وثائق التعاقد بين عامة وخاصة يثير مشكلة التعارض بينهما مما يقودنا إلى طرح جملة من التساؤلات أهمها :[2]

---

(1)- سردوك هيبة ، المرجع السابق ، ص141.

(2)– إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام ، دراسة مقارنة ، مؤسسة الطوبجي بدون طبعة ، سنة 2003 ، ص137.

هل تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام جميع الدفاتر سواء كانت عامة أو خاصة ، أو دفاتر التعليمات الخاصة فقط ؟

وللإجابة على هذا التساؤل سنحاول الاستعانة بآراء بعض الفقهاء الذين اتجه معظمهم على الاتفاق على أن القاعدة المتبعة في هذا الشأن هي أن الأحكام الواردة بدفاتر الشروط الخاصة يمكنها أن تعدل الأحكام الواردة بدفاتر الشروط العامة وذلك إعمالا للقاعدة الأصولية التي تقضي بان : " الخاص يقيد العام " ،[1] وانطلاقا من هذه القاعدة فانه يمكن القول أن الإدارة العامة تستطيع بما تملكه من امتيازات السلطة العامة أن تعدل الأحكام الواردة بدفاتر الشروط العامة إعمالا لقاعدة الخاص يقيد العام ، بشرط أن يكون هذا التعديل في الإطار المسموح به قانونا .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط

عرفنا سابقا أن دفاتر الشروط قد تكون عامة تنطبق على جميع العقود التي تبرمها الإدارة ، كما قد تكون خاصة بنوع معين من العقود ، وسنحاول من خلال هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط وما إذا كانت ذات طابع تعاقدي أو ذات طابع تنظيمي .[2]

(1)– إبراهيم الشهاوي ، المرجع السابق ، ص137.

(2)– محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي القاهرة ، طبعة 2007 ، ص 160.

الفرع الأول

دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية

الأصل في دفاتر الشروط أنها ذات طبيعة تعاقدية ، لان الشروط والمواصفات التي ترد في دفاتر الشروط تصبح جزءا لا يتجزأ من العقد طالما قد أشير إليها فيه ، وتكون ملزمة للمتعاقد بهذه الصفة بمجرد توقيعه على العقد ، وذلك باعتبار أن صياغة ووضع الشروط أو الأحكام العقدية يكون من طرف الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها .

لكن لا يمكن الأخذ بهذا التكييف القانوني على إطلاقه لان هناك بعض العقود الإدارية ، والتي من أهمها عقد الامتياز التي تكون بعض شروطه من طبيعة تعاقدية وبعضها الآخر من طبيعة لائحية.[1]

وباعتبار أن عقد الامتياز احد أهم أنواع العقود الإدارية ، فان الإدارة تتمتع فيه بسلطة أحادية الجانب في وضع الشروط اللائحية بإرادتها المنفردة ، ثم في الاعتراف بتعديل هذه الشروط إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج عن هذا التعديل ، لذا فهو يقترب كثيرا من العقود الإدارية المقننة أو ما يسمى بالصفقات العمومية.[2]

(1)– محمود عاطف البنا ، المرجع السابق ، ص160.

(2)– عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 101.

الفرع الثاني

دفاتر الشروط ذات طبيعة لائحية

إن الشروط العامة التي تتضمنها دفاتر الشروط العامة والمتعلقة بإبرام العقد فالأصل أنها ترد في القوانين واللوائح التي تبين كيفية التعاقد وإجراءاته ، خاصة القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات وهي بذلك شروط تنظيمية لائحية ، ولا يغير هذه الصفة عليها إذا تمت الإشارة إليها أو تضمينها في العقد ، أو في دفاتر الشروط الخاصة ، وهي ملزمة لجهة الإدارة وللمتعاقد ، ويترتب على مخالفتها بصفة عامة – البطلان – وذلك ضمانا لحياد وسلامة العملية التعاقدية .

وعلاوة على الشروط المنصوص عليها في قوانين تنظيم المناقصات والمزايدات ، فقد تدرج الجهات الإدارية في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة بعض الشروط الإضافية أو التفصيلية المتعلقة بإجراءات إبرام العقد ، وهي شروط لائحية ملزمة للإدارة ، وفي الغالب تكون من قبيل الأوامر ، وإجراءات التنظيم الداخلي ، التي لا تؤثر على العقد طالما أنها لا تمس حقوق التعاقد،[1] وفي الأخير يجمع اغلب فقهاء القانون الإداري على أن الشروط التي تتضمنها دفاتر الشروط تعتبر شروط تعاقدية في طبيعتها بالرغم من انفراد الإدارة المتعاقدة بوضعها سلفا ويقتصر دور التعاقد مع الإدارة عادة على قبول هذه الشروط ، بالنسبة لكافة العقود الإدارية باستثناء عقد امتياز المرافق العامة الذي تعتبر شروطه ذات طبيعة تعاقدية وتنظيمية نظرا لما يترتب للمنتفعين بناء عليها من حقوق .[2]

---

(1)– محمود عاطف البنا ، المرجع السابق ، ص161.

(2)– ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، سنة 2004 ، ص94.

الفصل الثاني

الأساس القانوني لسلطات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد

المبحث الأول

سلطة الرقابة والإشراف

نظرا لأهمية العقود الإدارية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العامة ، فان الإدارة تسعى دائما إلى مراقبة تنفيذ هذه العقود ، كما قد تتجاوز ذلك بتوجيه المتعاقد في أعمال التنفيذ ، وللبحث في هذه السلطة يجب أولا تحديد معناها والأساس القانوني الذي يحكمها وفي الأخير الضوابط والقيود الواردة عليها .

المطلب الأول

معنى سلطة الرقابة والإشراف

سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد تعريف سلطة الرقابة بمفهومها الضيق ومفهومها الواسع أي التوجيه.

الفرع الأول

سلطة الرقابة بالمعنى الضيق

إن سلطة الرقابة بالمعنى الضيق يكون مرادفا لمعنى الإشراف الذي يقصد به : تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه،[1] أي أن للإدارة الحق بالإشراف المباشر على أعمال المتعاقدين معها وممارسة الرقابة على كل خطوة من خطوات التنفيذ للتأكد والاطمئنان من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وحسب الشروط التي يتضمنها العقد ودفاتر الشروط العامة والخاصة.[2]

---

(1)- عمار بوضياف ،المرجع السابق ، ص200.

(2)- نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، طبعة 2010، ص115.

الفرع الثاني

سلطة الرقابة بالمعنى الواسع

تتمثل سلطة الرقابة بمعناها الواسع في : << حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ ، في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد >>.

وتستهدف الإدارة بهذه السلطة أن يقوم المتعاقد معها بتنفيذ العقد وفقا للمواصفات والشروط التي تتضمنها نصوصه وقائمة الشروط العامة الملحقة به.

وإذا كان للإدارة الحق في الرقابة والإشراف كما رأينا سابقا ، إلا نجد أن الإدارة تتعدى ذلك إلى حد التدخل في أوضاع التنفيذ أو توجيه المتعاقد.

ويكون بذلك حق الرقابة والإشراف الذي تمارسه الإدارة يتجاوز المفهوم الضيق ويصل إلى حد سلطة التوجيه ،أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار انسب الطرق التي تؤدي إليه.

وحق الإدارة في التوجيه يسمح لها بان تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به في حالة ما إذا استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع التنفيذ وتغيير بعض الأوضاع وذلك في بعض الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد.[1]

و القاعدة العامة أن العقود الإدارية تحفظ للإدارة العامة سلطة ممارسة الإشراف و الرقابة على عمليات التنفيذ إذا اقتضت ضرورات المصلحة ذلك من أجل فحص و مراقبة سير التنفيذ خاصة في مادة الأشغال العامة .(2)

---

(1)- نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص1.

(2) - Marie – Christine Rouaut, droit administratif ,galino éditeur , parie 2001 , p200 .

وحق الإدارة في التوجيه يتم بأعمال قانونية ، كإصدار التعليمات والأوامر ،أما الرقابة تتم غالبا في صورة أعمال مادية ، كدخول أماكن استغلال المرفق عبر الفنيين والأخصائيين والتابعين للإدارة ،للتأكد من أن العمل يسير طبقا للقواعد المحددة ووفقا للمواصفات الفنية المطلوبة ، واستلام بعض الوثائق من المتعاقد والاطلاع عليها وفحصها وإجراء التحريات أو تلقي الشكاوى من المتضررين والبت فيها .

والرقابة بهذا المعنى تتم أثناء تنفيذ العقد ،باعتبار أنها حق مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد صراحة.[1]

الفرع الثالث

الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف في تنفيذ العقد الإداري ، لابد من الوقوف على القواعد التي ترتكز عليها هذه الرقابة ، لذلك لابد من البحث على الأساس القانوني للرقابة في حالة وجود نص وسلطة الرقابة والإشراف في حالة عدم وجود نص .

الفرع الرابع

الأساس القانوني لسلطة الرقابة في حالة عدم وجود نص

قد لا يرد نص في العقود الإدارية أو دفاتر الشروط أو القوانين أو اللوائح بشان ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ، وإنما قد تجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد ،فهي سلطة ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد ، كما أن هذه السلطة ليست مطلقة بمعنى أن ليس للإدارة أن تستخدمها لتحقيق غرض لا يتصل بالمرفق العام موضوع العقد.[2]

---

(1)- علاء الدين عشي ، مدخل القانون الإداري ،الجزء الثاني ، دار الهدى للنشر والتوزيع ،الجزائر ،بدون طبعة ،سنة 2010،ص148.

(2)- حمد محمد حمد الشلماني ،امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،بدون طبعة ،سنة 2007، ص138.

والقاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ، لأنها قررت للمصلحة العامة من جهة ، كما انه لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها ، ذلك أنها تشكل أهم مظهر من مظاهر السلطة العامة ، وتطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية من جهة أخرى.[1]

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الرقابة في حالة وجود نص

قد تتضمن العقود الإدارية أو دفاتر الشروط نصوصا تبين كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه ،والطرق والوسائل المتبعة لتحقيق هذه الرقابة ،كذلك قد تبين بعض القوانين واللوائح المتعلقة بأنواع معينة من العقود التزامات المتعاقد وسلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ هذه العقود ووسائل ممارسة هذه السلطة .

وسلطة الرقابة تجد أساسها القانوني في التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية كتشريع الصفقات العمومية ، باعتبارها احد أهم أنواع العقود الإدارية المحددة بنص القانون. [2]

ونجد أن هذا التشريع كرس سلطة الرقابة على الصفقات العمومية كما رأينا سابقا في الفصل الأول .

حيث جاء في نص المادة 116 منه والتي تنص على انه << تخضع الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده >>

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع أكد على ضرورة ممارسة سلطة الرقابة في مختلف مراحل العقد الذي تبرمه الإدارة العامة ،وذلك بان تكون هناك رقابة سابقة لمرحلة إبرام العقد كما تناولناها سابقا ورقابة أثناء التنفيذ ورقابة بعد عملية تنفيذ العقد الإداري.[3]

---

(1)- محمد الصغير بعلي ،المرجع السابق ،ص73.

(2)- حمد محمد حمد الشلماني ،المرجع السابق ،ص142.

(3)- .لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السمطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى ، العدد 53 ، 2011.

الفرع الأول

نطاق وضوابط ممارسة سلطة الرقابة والإشراف

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لنطاق ممارسة سلطة الرقابة والإشراف ثم الضوابط التي ترد على ممارسة هذه السلطة .

أولا: نطاق ممارسة سلطة الرقابة والإشراف:

إن ممارسة سلطة الرقابة والإشراف يعتبر بمثابة حق مقرر للإدارة بالنسبة لكافة العقود الإدارية على مختلف أنواعها ،وهو حق ثابت للإدارة حتى ولو لم يرد ذكره في شروط العقد صراحة كما رأينا سابقا ،إلا أن ممارسة هذا الحق أو السلطة يختلف من عقد لأخر .[1]

وفي هذا الإطار سنحاول الإشارة إلى بعض العقود الإدارية وكيفية ممارسة سلطة الرقابة والإشراف فيها .

ثانيا: عقد الأشغال العامة :تظهر سلطة الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة من خلال قيام الإدارة العامة بتوجيه المتعاقد في أعمال التنفيذ ، وذلك من خلال " إصدار أوامر العمل " لتلزم المقاول على تنفيذ العقد حسب الطريقة التي تراها مناسبة .[2]

ثالثا: عقود التوريد :سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ عقود التوريد اقل بطريقة واضحة منها في عقد التزام المرافق العامة وعقد الأشغال العامة ،لأنه في عقود التوريد تسود فكرة أن المورد يستقل بتحديد واختيار طرق التنفيذ ،فإذا اغفل عقد التوريد تقرير سلطات رقابية للإدارة ،فان سلطة الإشراف فقط هي التي تقوم بذاتها خارج النصوص دون سلطة التوجيه .[3]

---

(1)- ماجد راغب الحلو ،المرجع السابق ،ص112.

(2)- محمد الصغير بعلي ،المرجع السابق ، ص74.

(3)- نصري منصور نابلسي ،المرجع السابق ،ص137.

رابعا : عقد الامتياز : تمارس الإدارة رقابتها بالمعنى الضيق في عقود الامتياز عن طريق الإشراف للتأكد من سير عمليات الأشغال بانتظام وباضطراد ، دون أن تتضمن توجيها أو تدخلات في إدارة المرفق على نحو يعيق الملتزم عن مباشرة نشاطه ،على عكس عقد الأشغال العامة الذي تكون فيه سلطة الرقابة والإشراف أوسع والتي تصل إلى حد التدخل في التنفيذ .

إلى جانب أن الإدارة مانحة الامتياز تحرص بصفة عامة أن تمنح الملتزم بعض الحرية لإدارة المرفق واستغلاله في مقابل التضحيات المالية التي يتحملها الملتزم ، ومن ثم يكون تدخل الإدارة في حدود الإشراف والتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام وباضطراد .

وخلاصة القول أن جهة الإدارة مانحة الامتياز تراعي دائما وهي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم الملائمة بين اعتبارين جوهريين هما:

1- كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز
2- ضمان سير مرفق الامتياز بانتظام وباضطراد.

تمارس الرقابة على عقود الامتياز بإحدى الصور الآتية :

1- الرقابة الفنية : le contrôle technique

وتتم هذه الرقابة عن طريق حق دخول الموظف المكلف من قبل الإدارة إلى مناطق الاستغلال للاطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط وإجراء الاختبارات اللازمة.

2- الرقابة المالية : le contrôle financier

وتتمثل الرقابة المالية في حق الجهة المانحة الامتياز إجراء تفتيش في أي وقت على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام محل الامتياز .[1]

---

(1)- إبراهيم الشهاوي ،المرجع السابق ،ص145الى ص149.

فالمتعاقد في نطاق عقود الامتياز على اختلاف أنواعها يلتزم بإمساك دفتر حسابات منتظم وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها والمعمول بها .

-3- رقابة أعمال الصيانة والتجديد :

من المتعارف عليه بالنسبة للمشروعات الإنتاجية و الخدماتية على حد السواء أن أصولها تستهلك بفعل الزمن ما لم يتم على الدوام صيانة وتحديد ما تأكل منها وتقادم به العهد .

ويتلازم مع هذا الأمر ضرورة متابعة مستوى أداء المشروع للتأكد من عمليات الترميم والإصلاح والتجديد.

وفي هذا المجال لا تقتصر أعمال الصيانة والتجديد والتحديث على الأصول المادية فحسب ،بل إن العنصر البشري هو الأخر بحاجة ماسة إلى التدريب وتجديد المهارات .

الفرع الثاني

الضوابط التي ترد على ممارسة سلطة الرقابة والإشراف

إن استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يخضع لضابطين ضابط عام وضابط خاص .

أولا – الضابط العام : ويتمثل هذا الضابط في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية ،أي أن تكون في الحدود التي يسمح بها القانون ، فالإدارة العامة منحت لها سلطة الرقابة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد ،فإذا قصدت استعمالها لتحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك الهدف ،تكون بهذا المعنى قد أساءت استعمال سلطتها وهذا التصرف من شانه أن يخرج قراراتها عن إطار المشروعية وتصبح قراراتها مشوبة بعيب الانحراف باستعمال السلطة.

ثانيا – الضابط الخاص : ويتعلق هذا الضابط بالعقد الإداري موضوع الرقابة ، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه .[1]

وبما أن سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه أساسها اتصال العقد بالمرفق العام ، لذلك فان هذه السلطة يختلف مداها باختلاف العقود الإدارية ، حيث تزداد صلة العقد بالمرفق وتضعف عندما تنقص صلة العقد بالمرفق ،حيث يتحرر المتعاقد نسبيا من تدخل الإدارة من الرقابة والتوجيه خلال تنفيذ العقد كما رأينا سابقا في عقود الامتياز .

الفرع الثالث

الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإدارة العامة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري دون حاجة إلى نص في القانون أو في شروط العقد ، فهذا حق أحيل للإدارة مستمد من صفتها سلطة عامة ، ولا يمكنها التنازل عنه كما أنها ليست بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد إلى جانب كون هذه السلطة عنصر من عناصر النظرية العامة للعقد الإداري .

---

(1)– نصري منصور نابلسي ، المرجع السابق ، ص125.

الفرع الرابع

سلطة الإدارة العامة في تعديل شروط العقد الإداري

للإدارة الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود و حقها هذا مستمد من طبيعة العقد الإداري نفسه الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة.

أولا : نشأة فكرة سلطة الإدارة العامة في تعديل شروط العقد

نشا جدال فقهي كبير حول مسالة تمتع الإدارة بسلطة تعديل شروط العقد الإداري بالإرادة المنفردة بين مؤيدين ومعارضين .

ثانيا: الاتجاه المعارض لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري

ذهب بعض فقهاء القانون الإداري إلى إنكار هذه السلطة ،ورأى أصحاب هذا الاتجاه انه يجب على الإدارة العامة أن تلتزم وتحترم شروط العقد الإداري شانها في ذلك شان المتعاقد معها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وان سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد فكرة ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي وفقا لنية المتعاقدين التي تتضح من نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته أو اللائحة المرفقة به .[1]

(1)- عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، منشاة المعارف الإسكندرية ،بدون طبعة ،سنة2003،ص45.

وفي الأخير لاقت هذه السلطة القبول لدى الفقه والقضاء الإداريين وأصبحت حق أحيل للإدارة تفرضه بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها ، كتغيير احد شروط العقد أو مدته أو أوضاع تنفيذه أو غيرها .[1]

ثالثا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد

تجد سلطة تعديل شروط العقد الإداري أساسها القانوني في فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من جهة ومن جهة أخرى تجد أساسها في النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية .

رابعا: السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل

إن حق تعديل الإدارة للعقود التي تبرمها يقوم على فكرة السلطة العامة ،لان الإدارة باعتبارها سلطة عامة مكلفة بان تراعي دائما ضرورات المصلحة العامة ، وإذا كانت الإدارة وهي تباشر تحقيق المصلحة العامة قد فوضت احد الأفراد بأسلوب التعاقد الإداري للمساهمة في تحقيق الهدف فإنها تبقى دائما صاحبة الحق الأصيل في أن تراعى تلك المصلحة وهكذا فهي تتدخل بوصفها سلطة عامة لتفرض ما تراه مناسبا لتحقيق ذلك .

---

(1)- عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق ، ص45.

الفرع الخامس

حق التعديل مستمد من فكرة المرفق العام

سلطة الإدارة العامة في تعديل شروط العقد الإداري تجد أساسها القانوني في فكرة المرفق العام ومقتضياته ،من حيث ضرورة سيره بانتظام وباضطراد وقابليته للتطوير والتغيير ،ويرى الفقه الإداري أن الإدارة المتعاقدة بتعديل ما تبرمه من عقود لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق أو احتياجات الجمهور نفسه .[1]

أولا: حق التعديل مستمد من النصوص القانونية

تجد سلطة التعديل أساسها القانوني في نص المواد 135 وما يليها من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

---

(1)- حمد محمد حمد الشلماني ،المرجع السابق ،ص161.

ثانيا: الضوابط التي تحكم جهة الإدارة العامة في تعديل شروط العقد الإداري

إن الإدارة العامة تستطيع تعديل بنود العقود الإدارية التي تبرمها لكنها لا تتمتع بسلطة مطلقة في هذا المجال ، وذلك حتى لا تترك المتعاقدين في حالة خضوع تام إلى تعسف الإدارة ، ولهذا لابد أن تكون هناك قيود وضوابط تحكم جهة الإدارة في تعديل شروط العقد ومن بين هذه الضوابط نجد :

ثالثا : الضوابط الاتفاقية

تتضمن اغلب العقود الإدارية بنودا صريحة تنص على حق الإدارة العامة في تعديل الالتزامات الأصلية للمتعاقد ولا تقتصر هذه البنود على ذكر هذا الحق فحسب ،وإنما تنظم أيضا كيفية ممارسته وتضع له قيود ولا يحق للإدارة تجاوزها .

هذا ويمكن القول أن بنود العقد تحدد على المستوى العملي للقيود المفروضة على سلطة التعديل ،إذ يجب على الإدارة أن تحترم هذه القيود الاتفاقية عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد إدراج بنود تحرم الإدارة من استعمال سلطتها في تعديل شروط العقد بصفة مطلقة .[1]

رابعا : الضوابط القضائية

لقد اقر القضاء الإداري عدة قيود على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري يمكن إجمالها فيما يلي :

خامسا: الالتزام بموضوع العقد : أي لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد ، فلا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد، وعليه فان الإدارة لا تستطيع أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه . [2]

---

(1)- حمد محمد حمد الشلماني ،المرجع السابق ،ص156.

(2)- عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق ،ص47.

سادسا: احترام قواعد المشروعية : أي أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية أي انه يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية إذ لابد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون ، وينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة القانونية النافذة .

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .[1]

سابعا: أن يكون التعديل لأسباب موضوعية : كوجود ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد، لان الإدارة العامة تتعاقد في ظروف قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تتطلب وقتا طويلا لتنفيذها كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد ،فان تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة ،وبما يراعي موضوع العقد الأصلي .[2]

---

(1)- عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق ،ص47.

(2)- عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ،المرجع السابق ،ص147.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة العامة في توقيع الجزاءات

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ ،أو تأخر أو نفذ الالتزام على غير الوجه الصحيح .

وتعد سلطة توقيع الجزاءات من اخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة معها.

المطلب الأول

تعريف الجزاءات الإدارية

حاول الفقه الإداري تعريف الجزاءات الإدارية على أنها : << هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية >>.

<< الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته .>>[1]

ويتضح من خلال هذين التعريفين أن غاية الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد ، وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي لحقه .

كما تتسم الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر بخاصيتين أساسيتين :

- حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة الالتجاء للقضاء مقدما ،وان كان ذلك يتم تحت رقابة القضاء .[2]

---

(1)- رشا جعفر الهاشمي ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2010،ص34.

(2)- بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، دراسة تشريعية فقهية وقضائية ،دار الهدى للنشر والتوزيع ،الجزائر ،طبعة 2010،ص111.

إذا كان هدف الإدارة من إبرام العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة، فإن بوسعها إنهائه بالإرادة المنفردة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي إذا ما تعارض تنفيذه مع المصلحة العامة ، أو أصبح هذا التنفيذ غير ذي أثر في تحقيقها، ذلك لأن المصلحة العامة هي المحور الذي يدور حوله العقد الإداري باعتباره وسيلة الإدارة لتحقيقها .[1]وسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تقوم على مقتضيات المرفق العام ومواكبة تطوراته المستمرة، فإذا أصبح العقد يمثل عقبة لتحقيق الإدارة.

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإنكندارية، مصر، 2010،ص 130.

لأهدافها فلا ينبغي أن يبقى قائما[1]، كما أن هذه السلطة تقررت كمبدأ عام لتشمل طوائف العقود الإدارية المختلفة، كعقد الأشغال العامة وعقد الالتزام وعقد التوريد، وغيرها من العقود الإدارية الأخرى[2] .

[1] د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدراية- دراسة تطبيقية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر، 2014،ص 37، 34.
[2] د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1973،ص 257.

في العقد يجيز هذه السلطة فإنه يكون كاشفا لها وليس مقررا لها، كما لا يجو ز للمتعاقد الاعتراض عليها مادام حقه في التعويض الكامل مضمون. [1]

ولقد أشار المشرع الجزائري لهذه السلطة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد [2]. إلا أنه لم يتناولها بوضوح تام، هذا ما قد يوسع من سلطة الإدارة التقديرية في ممارستها لهذه السلطة .وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، ليست مطلقة بل هي مقيدة بشروط.

ويترتب على ممارستها آثار مهمة. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

الفرع الأول

أن يكون الإنهاء قد اقتضاه الصالح العام أو صالح المرفق

إن الإدارة ملزمة بتوخي المصلحة العامة وهي بصدد الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، حتى ولو كان هذا الحق منصوص عليه بالعقد ومقررا باتفاق طرفيه. والعبرة بتوفر هذا العنصر هو بتاريخ معاصر لصدور قرار الإنهاء ومن الأمثلة على هذا الشرط، انتهاء احتياجات المرفق التي أبرم العقد من أجل توفيرها. كفسخ عقد توريد معدات ومؤن حربية للجيش بسبب توقف القتال .كذلك نجد حالة إلغاء المرفق الذي أبرمت العقود من أجل تسييره أو إعادة تنظيم هذا المرفق بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة، وحالة التعديلات في احتياجات وطريقة سير المرفق العام وتزايد احتياجات المرفق العام محل العقد، وحالة الصعوبات التي تواجه المتعاقد في تنفيذه للعقد ومن الأمثلة أيضا، حالة تغير في الظروف الاقتصادية والتي تثقل كاهل الميزانية العامة للدولة .وعليه لا يجوز للإدارة ممارسة هذه السلطة إذا كان دافعها أسباب شخصية أو عقائدية أو سياسية أو لتحقيق مصلحة مالية لها. وإلا كان هذا الإنهاء غير مشروع.

[1] د. مفتاح خليفة عبد المجيد، إنهاء العقد الإداري – دراسة مقارنة – دار المطبوعات الجامعية، الاسكندارية،مصر، 2014،ص 89-91.

[2] تنص المادة 150 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق ل 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوضيفات المرفق العام، المنشور في الجريدة الرسمية رقم (50) المؤرخة في 6 ذو الحجة 1436ه الموافق ل 2015/09/20، على ما يلي :" يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب وةاحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

الفرع الثاني

أن يصدر قرار الإنهاء في إطار المشروعية.

إذا لم تراع الإدارة إجراءات الإنهاء المنصوص عليها في العقد والقوانين واللوائح كان قرار الفسخ في هذه الحالة غير مشروع. ويكون الأمر كذلك إذا صدر قرار الإنهاء من سلطة غير مختصة بإصداره، كما أنه يكون غير مشروع وبلا مبرر إذا كان مشوبا بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الصادرة بناء على سلطة تقديرية كالغلط في الواقع إذا سببت الإدارة قرار الفسخ تسبيبا معيبا، وكالانحراف في استعمال السلطة إذا استهدفت الإدارة من إنهاء العقد منفعة مالية فقط[1].

الفرع الثالث

آثار سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

–انقضاء العلاقة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة، أي إنقضاء الالتزامات التعاقدية بين الطرفين.

–حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض مقابل هذا الفسخ[2]. لكن بشرط أن يكون قد لحقه ضرر بسبب الفسخ والا فلا محل للتعويض. و إذا نظم العقد مدى استحقاق التعويض وعناصره، فيجب إعمال شروطه حتى ولو تضمن إعفاء المتعاقد من التعويض، وكذلك الشأن إذا حددت القوانين واللوائح مقدار التعويض المستحق للمتعاقد. أما إذا لم تنظمه أيا منها فإن القاضي هو الذي يقدره. التعويض المستحق هنا هو التعويض الكامل عن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .لكن هذا الأخير يرد عليه قيدان هما: ألا يكون الفسخ قد تم بسبب ظروف خارجية، لا يد للإدارة فيها، كالحرب. وألا يكون قرار الفسخ قد صدر بناء على طلب المتعاقد أو بسبب تخليه عن التنفيذ بموافقة الإدارة المتعاقدة.

– تستعمل الإدارة سلطتها بالفسخ لدواعي المصلحة العامة تحت رقابة القضاء، الذي يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة للإنهاء.

[1] د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 271،272.
[2] د. عبد العزيز منصور نابلسي ، مرجع سابق، ص 132

الفرع الرابع

فسخ العقد الإداري كجزاء للمتعاقد المخل بالتزاماته.

إن الفسخ الجزائي هو الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد.

وحق الإدارة في فسخ العقد هو حق أصيل لها مستقلا عن العقد ودفاتر الشروط فهي تصدر قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر ودون حاجة للجوء إلى القضاء[1]. وقد يرد النص على حق الإدارة بالفسخ في نصوص بعض القوانين والأنظمة كما هو الحال بالنسبة لقانون الصفقات العمومية الجزائري في المادة 149 منه. وجزاء الفسخ من النظام العام، فلا يمكن الاتفاق على استبعاده بوجه عام ومطلق، إذ يماثل هذا الاتفاق شرطا بعدم المسؤولية . وبالرغم من ذلك فإن سلطتها في هذا المجال ليست مطلقة، إذ يشترط لمباشرة حقها في فرض هذا الجزاء توفر شروط معينة. وينتج عنه عدة آثار. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي.[2]

[1] د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ،ص 362.

[2] برادعية موسى ، هواري ليلى، الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية دراسة مقارنة ، المجلد06،العدد02 (2021)- ص 571-592.

الفرع الخامس

وقوع خطأ جسيم من قبل المتعاقد.

لا يعتبر كل خطأ صادر من المتعاقد سببا مبررا لتوقيع الإنهاء الجزائي عليه بل لابد أن يرتكب المتعاقد خطأ على درجة معينة من الجسامة. والخطأ الجسيم يعرف على أنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري. ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة: عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة، التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقرر. التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة، نكول الملتزم عن تنفيذ التزاماته، ومخالفة شروط العقد، أفعال الغش والاحتيال الصادرة عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

أولا: إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.

يعد الإعذار التزام عام يقع على عاتق الإدارة ولو لم ينص عليه العقد، و إلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق به معيبا من الناحية الإجرائية قابلا للبطلان[1]. وهو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، فمن جهة ينبه المتعاقد إلى مخالفته، ومن جهة أخرى ينذره بتوقيع الجزاء عليه إذا استمر فيها. ولقد اشترط المشرع الجزائري ضرورة إعذار المتعاقد قبل ممارسة سلطة فسخ العقد معه[2]. إلا أن قاعدة الإعذار المسبق ليست مطلقة، وإنما استثناءات تعفي الإدارة منه، نجد منها: النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار، تعمد المتعاقد عدم التنفيذ وإعلانه ذلك صراحة أو فقده النهائي النهائي القدرة عليه، غش المتعاقد، تنازل المتعاقد عن العقد للغير، ثبوت عدم جدوى الإعذار لأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه، مثل مخالفته لالتزام جوهري يتعذر تداركه. حالة الاستعجال، كما تعفى الإدارة منه أيضا إذا كان الفسخ إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعذار المتعاقد به، ومن أجل ذات الأخطاء.

[1] وتنص المادة149 من قانون الصفقات العمومية الجزائري السالف الذكر على أنه: "إذ لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجد له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.
وإذ لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يكمنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة."

[2] د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري- دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة،1975،ص 272- 237.

ثانيا: أثار فسخ العقد كجزاء للمتعاقد مع الإدارة.

–انتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، وبالتالي توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية. كما أن الفسخ يكون كليا، وليس جزئيا، إذ لا يمكن للإدارة أن تفسخ الجزء الذي لا يحقق لها نفعا وتبقي على الجزء الذي يحققه لها[1].

–يجوز لجهة الإدارة الجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة. كغرامة التأخير لاختلاف السبب في توقيع كل منهما. ومصادرة التأمين والتعويضات، لكن بشرط كون الضرر مجاوزا لقيمة التأمين المصادر، وألا يتضمن العقد شرطا يحضر هذا الجمع[2].

–جواز عدم تعامل الإدارة مستقبلا مع المتعاقد المفسوخ عقده، وشطب إسمه من قائمة المتعاملين معها. على اعتبار أن سبب الفسخ غالبا ما يكشف عدم صلاحية المتعاقد لإسناد أعمال إليه لاحقا.

–تقوم الإدارة بفرض جزاء الفسخ تحت رقابة القضاء.

[1] د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلماني ، انقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 185- 186.
[2] فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على النتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجيستير، جامعة الإسكندارية، مصر،ص 93.

الخاتمة

في الأخير ومن خلال هذه الدراسة المتعلقة بموضع الإدارة العامة في العقود الإدارية، تبين لنا أن ما يترتب من نتائج لتميز العقد الإداري شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، هو الاعتراف للإدارة بجملة من الامتيازات، التي تكون بها الإدارة مركز أسمى وأقوى في العلاقة التعاقدية، من أجل تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة.

– والاعتراف للإدارة بهذه الإمتيازات في مجال العقود الإدارية يضفي عليها طابعا متميزا ومستقلا عن عقود القانون الخاص.

وقد اتضح لنا بجلاء مدى حجم الامتيازات الضخمة الممنوحة للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، باعتبارها المشرفة على كل تراتيب إبرام العقد الإداري وتنفيذه.

والإدارة العامة تمارس إمتيازات المخولة لها أثناء تنفيذ العقد الإداري بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء.

وقد توصلت إلى النتائج التالية بخصوص الإمتيازات الإدارة في العقود الإدارية.

* أن هذه الإمتيازات تعتبر من النظام العام، فلا يجوز للإدارة التنازل عنها أو تمتنع عن استخدامها إن توافرت مبرراتها وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.

* أن الإدارة تستخدم هذه الإمتيازات وهدفها دائما هو تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في ضمان استمرار المرفق العام في أداء وظيفته بانتظام واطراد.

* أن الإدارة بمكانها اللجوء إلى هذه الإمتيازت حتى ولو لم ينص عليها في العقد.

* أنها سلطات مقرر لها قانونا وحقا أصيلا وثابتا في كافة العقود الإدارية رغم اعتراف المشرع الجزائري للإدارة بجملة من السلطات في جميع مراحل العقد الإداري، غير أنه في مرحلة تنفيذ العقد الإداري بصفة عامة ومرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بصفة خاصة، من خلال تشريعات الصفقات العمومية إلا أن هذه الأخيرة تتخللها بعض النقائص خاصة فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاءات تتمثل فيما يلي:

* استمرار العمل بدفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على صفقة الأشغال العامة يعتبر غير منطقي كون أن تأشيراته في مجملها هي نصوص فرنسية ملغاة تماما، فقد تم إلغاء العمل بهذا القرار في 1975 ومن ثمة يعتبر هذا القرار ملغى ضمنيا.

ولمواجهة هذه النقائص مستقبلا لا بد من تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن على المشرع مراعاتها وهي:

* وكان من المستحسن أن ينص القانون على الجزاءات الضاغطة وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع الجزاء، لتفادي أي تعسف من طرف المصلحة المتعاقدة، حيث يجب أن تراعي بين الخطأ والجزاء المقرر له.

– يفترض على المشرع استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ، ما دام قد تضمن المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه، وذلك بإضافة فقرات تتضمن أهم حالات الفسخ الجزائي، و توضح لنا من خلال هذا البحث الدور الهام الذي يلعبه امتياز أو سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري في مجال تنفيذه. فتأكد لنا من خلال هذه الدراسة أن العقود الإدارية ليست عقودا أبدية، إذ يمكن للإدارة أن تقوم بفسخها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، حتى ولو لم يصدر خطأ من المتعاقد وذلك لدواعي المصلحة العامة، أو تقوم بفسخها كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما.

كما أنه لا يمكن للمتعاقد الاعتراض على هذه السلطة مهما كان نوعها، باعتبار أن أساسها هو تحقيق الصالح العام من خلال ضمان حسن سير المرفق العام محل العقد الإداري المبرم، بانتظام واضطراد. واتضح لنا أيضا أن نما هي مقيدة بشروط وقيود. وأن من من أهم آثارها الرقابة القضائية عليها والتي تشكل ضمانة قوية للمتعاقد معها. وأخيرا نقترح على المشرع الجزائري صل في أحكام الفسخ لدواعي المصلحة العامة كما فعل بالنسبة للفسخ الجزائي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا :المصادر:

ثانيا: باللغة العربية

1/الكتب

1- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام ، دراسة مقارنة ، مؤسسة الطوبجي بدون طبعة ، سنة 2003 .

2- بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، دراسة تشريعية فقهية وقضائية ،دار الهدى للنشر والتوزيع ،الجزائر ،طبعة 2010.

3- حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الإداري ، ط1 ،2002، ص297

4- سليمان محمد الطماوي , الأسس العامة لمعقود الإدارية , دار الفكر العربي الطبعة الرابعة – 1948ص 32 .

5- محمد رمضان ، القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية>>، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثاني ، سنة2007.

6- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2011.

7- محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، بدون طبعة، سنة 2005.

8- نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، طبعة 2010.

9- علاء الدين عشي ، مدخل القانون الإداري ،الجزء الثاني ، دار الهدى للنشر والتوزيع ،الجزائر ،بدون طبعة ،سنة 2010.

10- حمد محمد حمد الشلماني ،امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،بدون طبعة ،سنة 2007.

11- عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، منشاة المعارف الإسكندرية ،بدون طبعة ،سنة2003.

12- رشا جعفر الهاشمي ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2010.

13- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإنكندارية، مصر، 2010.

14- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدراية- دراسة تطبيقية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر، 2014.

15- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1973.

16- مفتاح خليفة عبد المجيد، إنهاء العقد الإداري – دراسة مقارنة – دار المطبوعات الجامعية، الاسكندارية،مصر، 2014.

17- أغادير العيدروس، مقدمة في الإدارة – (دراسة جامعية)، صفحة 2. بتصرّف. ^ أ ب "مفهوم الإدارة العامة"، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، اطّلع عليه بتاريخ 22-3-2017.

18- محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي القاهرة ، طبعة 2007.

19- ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، سنة 2004 ، ص94.

20- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري- دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة،1975،ص 272- 237.

1. Brian Chapman, Frederick Mosher, and Edward Page (5-2-2009), "Public administration

[2] – History – Early systems" ،Britannica, Retrieved 22-3-2017. Edited. ↑ زيد عبوي (2006)،

(3) – Marie – Christine Rouaut, droit administratif ,galino éditeur , parie 2001 , p200 .

النصوص القانونية:

المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق ل 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوضيفات المرفق العام، المنشور في الجريدة الرسمية رقم (50) المؤرخة في 6 ذو الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/20

الرسائل الجامعية:

1 – فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على النتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجيستير، جامعة الإسكندارية، مصر.

2- توتي خوخة، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، – 2012.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وعرفان.....

مقدمة..... أ- ب- ج

الفصل الأول ماهية الإدارة والعقدالإداري

المبحث الأول مفهوم الإدارة العامة:..... 5

المطلب الأول خصائص الإدارة العامّة..... 6

الفرع الأول المسؤوليّة..... 6

الفرع الثاني الهيكل التنظيميّ..... 7

الفرع الثالث التنظيم الوظيفة الإداريّة.....7

المطلب الثاني إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية..... 8

الفرع الأول إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية..... 8

الفرع الثاني خطأ الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم..... 9

الفرع الثالث تأخر الإدارة أو تراخيها في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية:..... 13

أولا: امتناع الإدارة عن تنفيذ العقد..... 10

ثانيا: إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية..... 12

المبحث الثاني التعريف بالعقد الإداري وبيان أركانه..... 12

المطلب الأول التعريف بالعقد الإداري..... 13

عقود مدنية..... 14

عقود إدارية..... 14

المبحث الأول سلطة إعداد دفتر شروط العقد..... 15

المطلب الأول تعريف دفتر الشروط.....
15

الفرع الأول أنواع دفاتر الشروط..... 17

الفرع الثاني دفاتر الشروط العام..... 17

الفرع الثالث دفاتر الشروط الخاصة..... 18

المطلب الثاني الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط..... 21

الفرع الأول دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية..... 22

الفرع الثاني دفاتر الشروط ذات طبيعة لائحية..... 23

الفصل الثاني الأساس القانوني لسلطات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد

المبحث الأول سلطة الرقابة والإشراف..... 25

المطلب الأول معنى سلطة الرقابة والإشراف..... 25

الفرع الأول سلطة الرقابة بالمعنى الضيق..... 25

الفرع الثاني سلطة الرقابة بالمعنى الواسع..... 26

المطلب الثاني الأساس القانوني لسلطة الرقابة في حالة وجود نص..... 28

الفرع الأول نطاق وضوابط ممارسة سلطة الرقابة والإشراف..... 29

الفرع الثاني الضوابط التي ترد على ممارسة سلطة الرقابة والإشراف..... 31

الفرع الثالث الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد..... 32

الفرع الرابع سلطة الإدارة العامة في تعديل شروط العقد الإداري..... 33

الفرع الخامس حق التعديل مستمد من فكرة المرفق العام..... 35

المبحث الثاني سلطة الإدارة العامة في توقيع الجزاءات..... 38

المطلب الأول تعريف الجزاءات الإدارية..... 38

الفرع الأول أن يكون الإنهاء قد اقتضاه الصالح العام أو صالح المرفق..... 41

الفرع الثاني أن يصدر قرار الإنهاء في إطار المشروعية..... 42

الفرع الثالث آثار سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.....42

الفرع الرابع فسخ العقد الإداري كجزاء للمتعاقد المخل بالتزاماته..... 43

الخاتمة..... 47- 49

المصادر والمراجع..... 51- 54

فهرس المحتويات.....56- 57- 58