مظاهر تفوق الادارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247

Administration superiority manifestations at the stage of implementing the public deal contract under Presidential Decree No. 15-247

بن حفاف سلام [*1]، العقون ساعد[2]

[1] مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية، جامعة ميره عبد الرحمان بجاية،(الجزائر) ،salam 2017benh@gmail.com

[2] جامعة زيان عاشور الجلفة ، (الجزائر)، saadlagoun@yahoo.com .

تاريخ الاستلام: 2021/05/13 تاريخ القبول:2021/05/27 تاريخ النشر: 2021/06/03

ملخص :

أقر المرسوم الرئاسي 247/15 جملة من السلطات التي يمكن للإدارة تفعيلها في مواجهة المتعاقد اثناء مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية ، من هذه السلطات ما يجد مصدره فيما تتمتع به الإدارة من إمتياز السلطة العامة كسلطة الإشراف والرقابة والتوجيه ، ومنها ما يجد مصدره في فكرة المصلحة العامة كسلطة التعديل و / او الإنهاء الإنفرادي للصفقة ، و كلها سلطات تعبر عن تفوق الإدارة من منطلق مركزها التعاقدي الممتاز ، في المقابل نجد أن اقرار حق المتعاقد في مواجهة هذه السلطات ببعض الأدوات التي تمكنه من المحافظة على مركزه المالي (لا سيما حق اللجوء للقضاء) لا يكفي للقول بأن المتعاقد ند كفؤ للمصلحة المتعاقدة إذ تملك المصلحة المتعاقدة ما لا يملكه المتعاقد معها (امتياز التنفيذ المباشر).

الكلمات المفتاحية :

الصفقة العمومية ، المتعاقد مع الادارة ، سلطة الإشراف و التوجيه ، سلطة توقيع الجزاء الإداري ، سلطة التعديل الانفرادي.

Abstract :

Presidential Decree 15/247 approved a set of authorities that the administration can activate towards the contractor during the implementation phase of the public procurement contract. Some of these authorities find the source of what the administration has in terms of the privilege of the public authority such as the authority of supervision, control and direction, and some of them find its source in the idea of the public interest such as the authority to amend and / or unilaterally terminate the deal, and all of them express the superiority of the administration on the basis of its excellent contractual position and acknowledging the contractor's right to confront these authorities with some tools that enable him to maintain his financial position (especially the right to resort to the judiciary) is not sufficient to say that the contractor is a competent equal for the contracting interest, as the contracting interest

[*] المؤلف المرسل

has what the contractor does not possess (the privilege of Direct execution).
Key words: Public procurement contract ,Contracting interest, Authority to supervise and direct, The authority to impose an administrative sanction, The authority of a unilateral amendment.

مـــــقدمـــــة :

ترتكز العقود المدنية على مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل من الإرادة مصدراً للحقوق و الالتزامات ، و بذلك يقف طرفي العقد على قدم المساواة أمام ما يفرزه العقد من آثار ، فالمساواة العقدية هي أساس التعاقد المدني إذ بها تتوازن سلطات طرفي العقد ، غير أن الأمر يختلف و لو نظريا بالنسبة للصفقات العمومية ، فدراستها كنموذج شائع من نماذج العقود الإدارية ، يظهر عدم المساواة بين طرفي الصفقة ، و تطفوا مظاهر اللامساواة أكثر في مرحلة التنفيذ ، إذ تبدو سلطات طرفي العقد غير متوازنة ، إلى الحد الذي دفع الكثير من الشراح لتقديم مبررات متعددة لحالة عدم التساوي هذه ، ويرد جانب من الفقه ذلك إلى طبيعة العقد الإداري في حد ذاته ، هذا الأخير الذي يرتبط أساساً بفكرة المرفق العمومي الذي وجد أصلاً لتحقيق المصلحة العامة والتي لا يسع الإدارة تحقيقها إلا بممارسة ما يمنحه القانون لها من إمتياز باعتبارها سلطة عامة ، هذا الإمتياز الذي يمكّنها من ادراج بنود غير مألوفة بالنسبة للغير الراغب في التعاقد مع الإدارة ، بحيث لا يسع هذا الأخير إلا القبول بهذه البنود على الشكل التي هي عليه في سبيل بلوغه غايته من التعاقد مع الإدارة.

غير أنه لا ينبغي التسليم بفكرة عدم المساواة – بصفة مطلقة – لأن التسليم باطلاقها من شأنه أن يقود إلى الإعتقاد بأن مصلحة المتعاقد مع الإدارة غير مضمونة في مواجهة السلطات التي تتمتع بها هذه الاخيرة (سلطة الإشراف و التوجيه ، سلطة توقيع الجزاء ، سلطة التعديل و / أو الإنهاء ....) ، و لأن الترويج لهذه الفكرة يوحي بعدم وجود ضمانات للمتعاقد في مواجهة الإستعمال غير المشروع للإدارة لهذه السلطات، وهو ما يمكن ان يؤدي على الاقل الى عزوف الخواص على التعاقد مع الإدارة نتيجة تخوفهم من عواقب التعاقد معها ، لذا وجب أن يكون هناك حد أدنى من الضمانات التي يقرها القانون و/ أو القضاء للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة آلاثار الناتجة عن تفعيل الإدارة لسلطتها على إختلاف أنواعها ، في حال ادى هذا التفعيل إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد و مصالحه ، ***لنتسائل عما اذا كانت سلطات المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية مجرد تجسيد لامتياز السلطة العامة وترجمة لتفوقها التعاقدي ام وسيلة لتمكينها من تحقيق المصلحة العامة*** ؟ ولدراسة الموضوع سنتطرق لهذه السلطات حسب مصدرها مع عرض مختلف الضوابط التي يتعين على الإدارة التقيد بها عند ممارستها وذكر اهم الضمانات و الأدوات التي تكفل للمتعاقد مع الإدارة مواجهة الآثار الناجمة عن استعمال الإدارة لسلطاتها مقسمين الدراسة الى مبحثين:

المبحث الأول : سلطات الإدارة كأداة لتكريس امتياز السلطة العامة.

المبحث الثاني : سلطات الإدارة كأداة لتحقيق المصلحة العامة .

المبحث الأول : سلطات الإدارة كأداة لتكريس امتياز السلطة العامة.

اتجهت الكثير من الآراء الفقهية إلى عدم كفاية أن يكون أحد طرفي العقد الإداري شخصا من أشخاص القانون العام حتى يعتبر العقد إداريا ، بل يحتاج الأمر أيضا إلى أن تتصرف الإدارة عند تعاقدها مع الغير بوصفها سلطة عامة و ذلك بأن يتصف العقد في شروطه أو موضوعه ببعض الصفات التي تتصل بفكرة السلطة العامة أو المرفق العام، ويتأتى اتصال العقد بفكرة السلطة العامة عندما تقوم الإدارة المتعاقدة بإدراج بنود غير مألوفة في القانون الخاص ، و يوصف العقد بأنه إداري إذا كان موضوعه تسيير مرفق عام [1]، و كنتيجة أصبحت فكرة العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها في العقود المدنية فكرة غير مقبولة في مجال العقود الإدارية ، لأن الإدارة لا تظهر بمظهر المتعاقد العادي و لا يمكنها أن تركن في كل مرة الى مزاعم المتعاقد معها و الذي كثيرا ما يدافع عن مصالحه بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين [2] ،وبحلول مبدأ العقد شريعة المرفق العام محل مبدا العقد شريعة المتعاقدين وجدت الإدارة فيه مبررا كافيا للدفاع عن المصلحة العامة التي تنشدها من خلال التعاقد مع الخواص ، من أجل ذلك مُكِّنت الإدارة بقدر كافٍ من الامتيازات التي تتيح لها جعل تنفيذ العقد موافقا لمقتضيات المرافق العامة [3] تستوي في ذلك كافة العقود الادارية بما في ذلك عقود الصفقات العمومية على اختلاف مواضيعها (أشغال، توريدات، خدمات، دراسات)، اذ تخول البنود غير المألوفة للإدارة مُكْنة تفعيل الامتيازات الممنوحة لها كسلطة عامة ، من خلال ممارسة سلطة الرقابة و توجيه المتعاقدين معها طيلة فترة تنفيذ عقد الصفقة ، و حقها في توقيع الجزاء الاداري على المتعاقد معها في حال إخلاله بتنفيذ محتوى العقد ،فهل يعبر اقرار –سلطتي الاشراف والتوجيه ، وتوقيع الجزاء - لصالح الإدارة والمستمدة من وصفها صاحبة امتياز السلطة العامة مساسا بمصالح المتعاقد معها ام أنها مجرد أدوات للمحافظة على المصالح العامة للإدارة في إطار تحقيق الغاية من إبرام الصفقات العمومية ، هذا ما سنحاول الإجابة عليه المطلبين المواليين.

المطلب الأول :سلطة الاشراف والرقابة والتوجيه

تتمتع الإدارة بحق الإشراف و الرقابة و التوجيه في تنفيذ العقد الإداري [4] اذ يقع عليها واجب الرقابة و السهر على مطابقة التنفيذ لمحتوى العقد ،ولها أيضا حق تغيير شروط العقد بإضافة شروط جديدة تراها أكثر ملائمة للصالح العام ، دون أن يكون للمتعاقد معها التحجج بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وتجدر الإشارة الى أن الإدارة تتمتع بهذه السلطات حتى لو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام [5] فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ولا يسع

[1] ماجد راغب الحلو ، **العقود الإدارية** ، دار الجامعة الجديدة ،ا لإسكندرية ،2013 ، (ص 53).

[2] مهند مختار نوح ،**الإيجاب و القبول في العقد الإداري دراسة مقارنة** ،منشورات الحلبي الحقوقية ،دمشق ،2013، (ص ص 117 - 118).

[3] ماجد راغب الحلو ، مرجع سبق ذكره ، (ص 183) .

[4] حمد محمد حمد الشلماني ، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري** ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2007 ، (ص 135).

[5] محمد فؤاد عبد الباسط ، **العقد الإداري -المقومات ، الإجراءات و الآثار -** ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2005،(ص ص 248- 249).

الإدارة أيضا التنازل عنها وكل اتفاق يقضي بغير ذلك يعد لاغيا، ولأهمية هذه السلطة ارتأينا التفصيل في معناها و بيان حدودها و ما إذا كان للمتعاقد مع الإدارة حق مخاصمة ما تتخذه الإدارة من قرارات في هذا الشأن .

الفرع الأول : مدلول حق و سلطة الادارة في الإشراف و الرقابة و التوجيه :

أولا - سلطة الإشراف و الرقابة :ينصرف مدلول سلطة الإشراف الى سعي الإدارة المتعاقدة للتحقق من قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته على النحو المتفق عليه ،أما الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل في تنفيذ العقد ، هذا التدخل قد يأخذ صورة أعمال مادية كمعاينة أماكن استغلال المرافق مثلا ، وقد يأخذ صورة أعمال قانونية كتوجيه الإدارة اعذارا للمتعاقد معها و في كلتا الصورتين فإن حق الرقابة بالمعنى الضيق يكون مرادفا لمعنى الإشراف اذ يكون تدخل الإدارة في الواقع ممهدا لتسلم العمل عند تمامه فهو مُكمِّل لرقابة الفحص اللاحق للتسليم [1].

ثانيا - سلطة الإدارة في توجيه المتعاقد معها : قد تصل سلطة الإدارة الى حد توجيه المتعاقد معها لسلوك طريق معين في التنفيذ .بما تراه المصلحة المتعاقدة أكثر ملائمة للصالح العام، حتى و إن لم يكن هذا الطريق منصوصا عليه في العقد ، لأن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في إمكانية التعديل الانفرادي للعقد الإداري تكفل لها ذلك ، وبتدخل الإدارة في طرق و أوضاع التنفيذ .بممارسة سلطة التوجيه إنما تتجاوز حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد [2] ، وحق الإدارة في ممارسة سلطة التوجيه يتعلق هو الاخر بالنظام العام ويشيع استعمالها له اكثر في صفقات انجاز الأشغال اذ يقع باطلا كل اتفاق يقضي باستبعاد سلطة التوجيه في هذا النوع من العمليات نظرا لطبيعة هذا النوع من العقود التي تتسم بالمرحلية في التنفيذ ، ومرد اعتبار هذه السلطة من النظام العام يرجع الى ما تتمتع به الإدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة تتخذ من أساليب القانون العام أدوات لها و في مقدمة هذه الأساليب القرار الإداري الذي يتمتع كعمل قانوني بالطابع التنفيذي [3].

الفرع الثاني: ضوابط ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه وضماناتها.

أولا - ضوابط ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه :ان الفائدة المتوخاة من وراء البحث على الضوابط التي تخضع لها الإدارة عند ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه تتمثل في الكشف عن مشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة في هذا الشأن، فالإدارة إذ تظهر .بمظهر المتفوق عند ممارسة سلطة الاشراف والرقابة والتوجيه فإنها تخضع في ممارسة هذا الحق لشرطين:

1-ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه في إطار مبدأ المشروعية : ويقصد بهذا الشرط أن تتخذ الإدارة قرارات الرقابة و التوجيه .بما يضمن سير المرفق العام و تنفيد العقد الإداري كيفما كان نوعه على نحو يحقق المصلحة العامة ، فاذا

---

[1] نصري منصور نابلسي،**العقود الإدارية -دراسة مقارنة -**، منشورات زين الحقوقية ،الإسكندرية طبعة 02 ، 2012 ، (ص ص 114-115).

[2] نصري منصور نابلسي ، نفس المرجع ، (ص 116) .

[3] مازن ليو راضي ، **دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2002 ،(ص87) .

قصدت الإدارة من قرار الرقابة هدفا غير الهدف المذكور فإنها بذلك تمارس سلطتها خارج إطار المشروعية [1] وهو الأمر الذي من شأنه أن يفتح المجال أمام المتعاقد معها للطعن في القرار المشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

2-وجوب ان لا يؤدي استعمال الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه الى تعديل شروط العقد : ويرتبط هذا الشرط بموضوع العقد في حد ذاته، فإذ تعلق الأمر بالمرفق العام مثلا فإنه لا يجوز للإدارة أن تتدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام و إلا انقلب أسلوب الإدارة من امتياز الى استغلال مباشر [2] ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على عنصر الاستلام سواء تعلق الأمر بصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم او الخدمات أو الدراسات، و لم ينص المشرع الجزائري صراحة على سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه الا أن ما ذكرته المادة 148 من تفاصيل بخصوص أنواع الاستلام وما يمكن أن تتخذه الإدارة من قرارات بشأن الاستلام يوحي مباشرة بما تملكه الإدارة من حق الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية، حيث نصت المادة 148 بانه " إذ قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بتحفظات، فإن محضر الاستلام يجب أن يتضمن جميع التحفظات مرفقا بأجل لرفعها ويبلغ للمتعامل المتعاقد ، ويعلم هذا الأخير كتابيا المصلحة المتعاقدة بالتاريخ الذي سيتم يه الانتهاء نم رفع التحفظات و تقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات ...." و بذلك فإن سلطة الرقابة و الإشراف و التوجيه تجد تطبيقها في هذه الفقرة من المادة 148 متى فعَّلت الإدارة سلطتها ، و ليس للمتعاقد ساعتها الا الاستجابة لأوامر الإدارة المتعلقة برفع التحفظات.

ثانيا - الضمانات التي يملكها المتعاقد في مواجهة تفعيل الادارة لسلطة الرقابة والتوجيه : لا يملك المتعاقد مع الادارة الغاء القرارات التي تتخذها الادارة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة ، غير ان ذلك لا يعني عدم خضوع القرارات المتخذة من الإدارة في هذا الشأن لرقابة القضاء ، اذ تخضع منازعات الصفقات العمومية بين فرقاء العقد في مرحلة التنفيذ لولاية القضاء الكامل، لان هذا النوع من المنازعات يتعلق بالتزامات عقد الصفقة و بشروطها و إن كانت هذه المنازعة تتضمن الطعن في قرارات إدارية صادرة عن المصلحة المتعاقدة ، لأن تلك القرارات الإدارية تعتبر إجراءات تعاقدية ولا تدخل في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة [3] وبذلك يعد القضاء الكامل ضامنا لمخاصمة القرار الذي تتخذه الإدارة في إطار ممارستها لسلطة الإشراف و التوجيه كقرار عدم استلام الصفقة مثلاً اذ يجوز للمتعاقد المتضرر من هذا القرار الادعاء أمام القضاء الكامل وللقضاء أن يقضي بالتعويض دون إلغاء القرار ، وبالتالي فإن الإدارة على الرغم من كونها صاحبة المركز المتفوق في الصفقة إلا أن خضوع القرارات التي تتخذها الإدارة بهذا الشأن لرقابة القضاء الكامل يخفف من حدة هذا التفوق ويعطي إنطباعا للمتعاقد مع الإدارة بأن تفوقها لا يعدوا أن يكون مجرد تكريس للسلطة

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره ، (ص 125).

[2] حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سبق ذكره ، (ص 140).

[3] كلوفي عز الدين ،**نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الإدارية** ، دار حيطلي للنشر،الجزائر،2012 (ص114).

العامة في ظل وجود ضمانة يراها كافية لاقرار عدم مشروعية القرار الاداري الصادر اعمالا لسلطة الرقابة في اطار التمهيد للحكم بالتعويض .

المطلب الثاني : سلطة الادارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها .

مُنِحت الإدارة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية لمواجهة حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، كامتناعه عن تنفيذ محتوى العقد أو تنفيذه تنفيذا غير مطابق ، أو التأخر في المواعيد المقررة لمراحل التنفيذ ، ذلك أن القانون ما كان ليترك الإدارة لتواجه هذه المخالفات بالوسائل العادية المعروفة بين المتعاقدين في القانون الخاص كالحاجة إلى مراجعة القضاء فيها و الدفع بوقف أو عدم التنفيذ ، على اعتبار أن الوسائل العادية لا تكفي لحماية المصلحة العامة [1] ، و انطلاقا من ذلك يمكن القول بأن هذا الامتياز يعد المظهر البارز الذي يعبر عن تفوق الإدارة في علاقتها بالمتعاقد اذ ان الإدارة لا تحتاج لتوقيع الجزاء بإرادتها المنفردة الى مصادقة القضاء عليه او استصدار حكم لنفاذ القرار الاداري المتضمن توقيع الجزاء .

الفرع الأول : خصائص الجزاءات الإدارية وضوابط توقيعها على المتعاقد .

اولا - خصائص الجزاءات الإدارية : تتميز الجزاءات الإدارية بما يلي **:**

1- حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة و في أي وقت تختاره :تتمتع الإدارة بحق التصرف، ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها دون حاجة منها الى اللجوء للقضاء [2] ، و قد أتى المشرع الجزائري في نص المادة 147 من المرسوم 247/15 على ذكر الأحكام المتعلقة بتوقيع العقوبات المالية كجزاء يوقع على مخالفة آجال تنفيذ عقد الصفقة أو التنفيذ غير مطابق لها ، إذ عبر نص المادة عن سلطة الإدارة في توقيع الغرامات المالية كجزاءات إدارية بعبارة: **" يمكن** أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات من قبل المتعاقد ..." ،وعبر عن عدم حاجة الإدارة لحكم قضائي مسبق لنفاذ الجزاءات المالية بأن جعل اقتطاع مبالغ الغرامات المالية المقررة مباشرة من الدفعات المستحقة للمتعاقد المخالف ،كما وأرجع المشرع للإدارة وحدها دون سواها و بإرادتها المنفردة صلاحية اتخاذ قرار الإعفاء من الغرامات المالية بسبب التأخير و المذكورة نفسها ضمن دفتر الشروط في الحالات التي يعود فيها التأخير لمسؤولية المصلحة المتعاقدة او بسبب قوة قاهرة[3] ، و نلاحظ ان الأحكام الواردة على نص المادة 147 بقدر ما تكرس تفوق الإدارة في توقيع العقوبات المالية بقدر ما هي ضمانة للمتعاقد معها إذ تحميه أيضا من تعسف الإدارة في الحالات التي يثبت فيها المتعاقد مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن التأخير و/ أو وجود قوة قاهرة حالت دون إنجاز موضوع الصفقة في الآجال المحددة في

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره ، (ص ص 143 – 144) .

[2] سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-**، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة ،1991 (ص500).

[3] المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 **الجريدة الرسمية رقم 50** المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

دفتر الشروط ، إذ يمكن للمتعاقد الدفع بالأسباب الموضوعية للتأخير أمام الإدارة المتعاقد معها للاستفادة من الإعفاء أو أمام الجهات القضائية .

2-ثبوت سلطة حق الإدارة في توقيع الجزاء حتى في حالة عدم وجود نص صريح بذلك - تلقائية السلطة- ودون الحاجة لإثبات الضرر: تتمتع الإدارة بسلطة التقرير المباشر بمعاقبة المقصر بذاتها ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم لنفاذ الجزاء في حق المتعاقد ،وهذا الحق قائم سواء افرغ في اتفاق طرفي العقد الإداري او تغاضى الطرفان عن ذكره [1] و يترتب عن هذا القول أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات هي سلطة موجودة و مستقلة عن نصوص العقد إذ تتواجد بذاتها حتى لو لم يرد النص عليها ضمن بنود العقد ،بل ان تضمين دفتر الشروط لبعض الجزاءات لا يحول دون حرية الإدارة في تطبيق جزاءات اخرى لم يأت العقد على ذكرها [2] و ليس للمتعاقد مع الإدارة الدفع بعدم وجود الجزاء الإداري المتخذ ضده ضمن بنود العقد [3] و بالتالي فإن الجزاء لا يكون مرهونا بمنطوق الاتفاق [4] إلا عندما يتعلق الأمر بالجزاءات المالية ، لان نسب الغرامات المالية المحددة سلفا في عقد الصفقة ملزمة للطرفين، باعتبارها تعويضا متفقا عليه في العقد [5] وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الاستثناء في نص المادة 02/147 من المرسوم 247/15 حينما احال إلى الأحكام التعاقدية للصفقة لتحديد نسب العقوبات المالية و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من نفس المرسوم ، وقراءة نص المادة 147 تؤكد بان نية المشرع اتجهت الى تذكير المصلحة المتعاقدة بضرورة التقيد بالنسب المحددة سلفا في دفتر الشروط و عدم جواز خروجها عنها ، لأنها عنصر اتفاقي مقيد يقع تحت سلطان الرقابة القضائية لوجود النص[6] وبغض النظر عن وجود النص من عدمه فإن سلطة توقيع الجزاءات مظهر من مظاهر السلطة العامة و إعمال لامتياز مهم تملكه الإدارة في مواجهة الأفراد ألا وهو امتياز التنفيذ المباشر[7] كما ولا تُلْزَم الإدارة بإثبات الضرر اللاحق بها جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته لأن الضرر مفترض بمجرد ثبوت إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية ،ذلك أن تراخيه في تنفيذ العقد الإداري ينطوي في حد ذاته على إخلال بالترتيبات و الحسابات التي نظمت الإدارة نفسها عليها سلفا [8].

3-إلزامية إعذار الإدارة للمتعاقد قبل اتخاذ الجزاء الإداري في حقه :يعرف الإعذار بأنه التنبيه الذي توجهه الإدارة للمتعاقد معها و الذي توضح فيه ما تراه اخلالا أو تقصيرا في تنفيذ محتوى العقد مهلة اياه وقتا محددا لتدارك

---

[1] علي عبد الأمير قبلان ، **أثر القانون الخاص على العقد الإداري** ، الجزءالاول ،مكتبة زين الحقوقية ، بيروت لبنان ،الطبعة الثانية ،2014 ، (ص 404).

[2] نصري منصور نابلسي ، مرجع سبق ذكره ،(ص 152).

[3] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سبق ذكره ،(ص 503).

[4] علي عبد الأمير قبلان ، مرجع سبق ذكره ،(ص 405).

[5] نصري منصور نابلسي ، مرجع سبق ذكره ،(ص155).

[6] نص المادة 147فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

[7] نصري منصور نابلسي ، مرجع سبق ذكره ، (ص155).

[8]نصري منصور نابلسي ،نفس المرجع ،(ص ص 166 -167).

عملية التنفيذ على الوجه الصحيح تحت طائلة توقيع الجزاء الإداري المناسب عليه في حالة عدم امتثاله، ومرد فكرة الإعذار المسبق قبل توقيع الجزاء هو الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي ،إذ قيد هذا الأخير الجهات الإدارية المتعاقدة بضرورة إعذار المتعاقد المخالف قبل اتخاذ قرار الفسخ تحت طائلة اعتبار قرار الإدارة غير المسبوق بالإعذار معيبا اجرائيا ومن ثمة قابليته للإبطال [1] و يثير عنصر الإعذار المسبق ***- و نحن بصدد بحثنا المتعلق برصد مختلف مظاهر تفوق الإدارة على المتعاقد في مرحلة التنفيذ -*** مسألة هامة تتعلق بصفته التي تناولته بها مختلف المراجع، فقد أوردت الكثير من المراجع هذا العنصر كخاصية من خصائص الجزاء الإداري، و نرى بأن هذا العنصر يتأرجح بين اعتباره خاصية و ضمانة في آن واحد، و نميل أكثر الى اعتباره ضمانة مقررة للمتعاقد نظرا لما يخلفه عدم التزام الإدارة المتعاقدة به من أثر قانوني على طرفي العقد خاصة إذا علمنا بأن القضاء الفرنسي و بغض النظر عن جسامة خطأ المتعاقد ،قد اتجه الى اعفاء المتعاقد المفسوخ عقده مع الإدارة من التبعات المالية التي تترتب عن ممارسة حق الفسخ في حالة ما اذا لم تتقيد الإدارة بواجب الإعذار المسبق [2] وننتهي الى القول بأنه بقدر ما يعبر الجزاء عن تفوق الادارة بقدر ما يعتبر الإعذار المسبق ضمانة للمتعاقد في مواجهة هذا التفوق، إذ يكفل الإعذار المسبق للمتعاقد انقاذ ما يمكن انقاذه من العقد من خلال استثمار الأجل الممنوح له قبل الإدارة من جهة كما يكفل له -في حال عدم قيام الادارة بهذا الاجراء – إمكانية التخلص من التبعات المالية للفسخ وذلك بحرمان الإدارة من حق المطالبة بالتعويض، وبذلك يكون هذا العنصر مقررا نظريا لصالح المتعاقد ،وقد أتى المشرع على ذكر وجوب تقيد الإدارة بواجب الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ الكلي أو الجزئي للصفقة في نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي247/15 بقوله "إذا لم ينفذ المتعامل المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة أعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد ،وإذا لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه ، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، و يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة"، و الملاحظ أن المشرع لم يأت على ذكر الجزاء المترتب على قيام الإدارة بالفسخ الكلي و/ أو الجزئي للصفقة دون قيامها بتوجيه إعذار مسبق للمتعاقد ، غير أننا نرى بأن اغفال المشرع ذكر الجزاء المترتب يعد تراخيا تشريعيا، الغاية منه الإبقاء على المظهر العام للإدارة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة ، ويبقى إقرار الجزاء الواجب التطبيق في حال عدم قيام الادارة بالإعذار ثغرة تشريعية تفتح للقضاء باب الاجتهاد لتقرير مدى أحقية الإدارة في مطالبة المتعاقد بالتعويض .

الفرع الثاني : حدود سلطة الإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية و مدى خضوعها للرقابة القضائية : تتنوع الجزاءات الإدارية المقررة لفائدة الإدارة في مواجهة أخطاء المتعاقد التي تأخذ صورا متعددة كالتأخير في التنفيذ و عدم التنفيذ المطابق ...الخ وهو ما تفتح المجال أمام الإدارة في اختيار الجزاء الذي تراه مناسبا لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته

[1] نصري منصور نابلسي ، نفس المرجع ،(ص 157).

[2] نصري منصور نابلسي ، نفس المرجع ،(ص 158) .

على اعتبار أن الغاية من توقيع الجزاء ليست معاقبة المتعاقد فقط لتراخيه عن تنفيذ العقد بل وسيلة تعد أيضا وسيلة لتحفيز المتعاقد على الامتثال لمتطلبات التنفيذ .

أولاً - السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الجزاء الإداري و ضوابطها : تتمتع الإدارة المتعاقدة بالحرية التامة في اختيار الجزاء الذي تراه مناسباً على المتعاقد المخالف ،وغالباً ما تكون الإدارة مدفوعة في الاختيار -عندما يتعلق الأمر بالصفقات العمومية- بمبادئ المحافظة على المالية العمومية وتحقيقا للمصلحة العامة التي تنشدها الإدارة من وراء التعاقد ، فللإدارة فرض جزاءات ذات طابع مالي ، كما ولها أن تلجأ إلى اتخاذ جزاءات أكثر صرامة بهدف إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته ويصطلح عليها بالجزاءات الضاغطة و يمكن أن يصل بها الامر إلى تفعيل الجزاء الفاسخ .[1] وفي ذلك نتعرض لـــــــــــ :

1- الجزاءات المالية : وهي المبالغ المالية التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد المخل بالتزاماته وهي نوعان، منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد و منها ما يقصد بها إلحاق العقوبة بالمتعاقد بغض النظر عن وجود الضرر من عدمه [2]،و تجد الجزاءات المالية مصدرها فيما اتفق عليه المتعاقدان من نصوص تحدد نسب العقوبات و كيفية فرضها، و يمكن للإدارة تحديدها من تلقاء نفسها في حال عدم وجود النص أو عند ما ترى الإدارة أن العقوبات المتفق عليها لا تفي بالغرض الذي يخدم سير المرفق [3] أو المصلحة العامة و تأخذ الجزاءات المالية ثلاث صور هي : فرض الغرامات ،مصادر الكفالات ،و المطالبة بالتعويض.

أ: فرض الغرامات :اقر المشرع الجزائري للإدارة المتعاقدة إمكانية فرض الغرامات على المتعاقد معها في حالة إخلال هذا الأخير بآجال التنفيذ أو في حالة تنفيذه غير المطابق لدفتر الشروط، و أحال الى الأحكام التعاقدية للصفقة لتحديد نسب العقوبات المالية و كيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 ، باعتبارها عنصر من العناصر المكونة للصفقة [4]، اذ يتعين على الإدارة التقيد في إِعْمَال سلطتها التقديرية لتوقيع الجزاء بما تضمنه العقد ، فلا ينبغي لها أن تطبق جزاءا آخر غير الجزاء المذكور في متن العقد إلا في حالة الضرورة كتعرض المرفق للخطر[5]، و لا يجب ان يفهم من ذلك أن المصدر الوحيد للغرامات هو دفتر الشروط، فلو افترضنا خلو هذا الأخير من تحديد الغرامات فإن امتيار السلطة العامة يحل محل هذا الاغفال، إذ لا يؤدي عدم التنصيص على الغرامة في العقد الإداري الى حرمان الإدارة من حقها الاصيل في توقيع الغرامات ،غاية ما في الأمر أن من واجب الإدارة في هذه الحالة (عدم وجود النص) أن تكيف الغرامات بما يتناسب و خطأ المتعاقد معها ،و يمكن للمتعاقد أن ينازع أمام قاضي العقد في صحة

---

[1] جليل مونية ، **التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15** ، موفم للنشر،الجزائر ،2018 (ص 174).

[2] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سبق ذكره، (ص 509) .

[3] نصري منصور نابلسي ،مرجع سبق ذكره ، (ص 183) .

[4] نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[5] نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2007، (ص 48).

الغرامة الموقعة ضده ،على أن تنحصر مجادلته في ركن الخطأ و ليس الضرر، إذ يمكنه التخلص من الغرامة اذا ثبت أن التأخير في التنفيذ لم يكن ناتجا عن فعله بل مرجعه خطأ الإدارة[1] .

ب- جواز مصادرة الكفالات : يصطلح على الكفالات المخصصة لإبرام العقود الإدارية بمصطلح التأمينات ايضا ، والتأمين مبلغ مالي محدد بنسبة معينة من التكلفة الكلية للعملية المطروحة ،وقد شرع التأمين أو الكفالة كضمان لصالح الإدارة يحميها و يؤمنها من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها بما يضر بالمال العام ويلحق به خسارة[2] وقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من المرسوم 247/15 على الكفالات كضمانات اذ يمكن أن تقوم الإدارة في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته بمصادرة مبلغ الكفالة دون أن تشكل مصادرة الكفالات مانعا يحول دون حق الإدارة في المطالبة بالتعويضات المالية عن الأخطاء التي ارتكبها المتعاقد.

ج- مطالبة الإدارة المتعاقد بالتعويضات المالية : التعويضات المالية هي مجموعة المبالغ التي تطالب بها الإدارة المتعاقد معها حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية عندما لا يتضمن العقد جزاءا ماليا معينا لمواجهة هذه الوضعية [3] وقد ذهب الفقيه سليمان محمد الطماوي استنادا الى اجتهاد القضاء الفرنسي الى أن التعويض يختلف عن الغرامات المالية في مسألة وجوب إثبات الضرر اللاحق بالإدارة ، فعندما يتعلق الأمر بالتعويضات المالية فإثبات الضرر أمر وجوبي للمطالبة بالتعويضات ولكنه غير ضروري لتوقيع الغرامات ،كما وانتهى استنادا الى ذات المصدر بانه يُسمح للإدارة بتحديد مقدار التعويض ، على أن للمتعاقد حق المنازعة فيه أمام القضاء ان شاء ،أما فيما يخص طريقة التحصيل فإنه في حالة عدم وجود نص يقضي بأن للإدارة حق تحصيل قيمة التعويضات بأوامر بالدفع فإنه لايسع الإدارة سوى اللجوء للقضاء [4] و تتقيد الإدارة بجملة من الشروط لتوقيع الجزاءات ذات الطبيعة المالية تتمثل في إخلال المتعاقد بالتزاماته إخلالا يأخذ صورة الخطأ وضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء مالم ينص القانون أو العقد على خلاف ذلك، و ضرورة صدور قرار توقيع الجزاء ضد المتعاقد اضافة الى ضرورة اثبات الضرر عندما يتعلق الأمر بالمطالبة بالتعويضات .

2- الجزاءات الضاغطة : لا يهدف هذا النوع من الجزاءات الى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إنما يهدف الى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ [5] ،و يعد هذا الجزاء أكثر قساوة مقارنة بباقي الجزاءات اذ يشيع استعمال هذا الجزاء في صفقات انجاز الأشغال ،و اقتناء اللوازم وياخذ صورتين هما سحب العمل من المقاول في صفقات الانجاز و الشراء على حساب و مسؤولية المورد في صفقات التوريد [6].

---

[1] نصر الدين محمد بشير ، نفس المرجع ، (ص 47).

[2] ما الله جعفر عبد الملك الحمادي ،**ضمانات العقد الإداري الإجراءات السابقة على ابرام العقد الإداري** ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،الطبعة الثانية،2010، (ص189).

[3] رشا محمد جعفر الهاشمي، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض جزاء على المتعاقد معها - دراسة مقارنة -**،منشورات الحلبي،لبنان،2010، (ص 55).

[4] سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره ،(ص ص 510-511) .

[5] علي عبد الأمير قبلان ،مرجع سبق ذكره ، (ص 414).

[6] جليل مونية ،مرجع سبق ذكره ، (ص 177).

2-أ- سحب العمل من المقاول في صفقات انجاز الأشغال: يقصد بها حلول الإدارة محل المتعهد المقصر في تنفيذ أعماله بنفسها على حسابه أو تعهد الى الغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المتعهد الأول وقد اصطلح المشرع الجزائري على تسميته هذا النوع من الجزاء بالنظام المباشر على نفقة المقاول في نص المادة 35 من دفتر الشروط العامة الصادر في 19 جانفي 1965 ،ويهدف هذا الجزاء إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة لا انهائها إذ تستمر العلاقة التعاقدية قائمة و منتجة لآثارها .

2-ب : الشراء على حساب و مسؤولية المورد في صفقات اقتناء اللوازم :عند تخلف المتعاقد عن القيام بتوريد اللوازم في الآجال المحددة في العقد أو خلال الأجل الإضافي الممنوح له ، فإن للإدارة سلطة تقديرية في إنهاء العقد بالفسخ أو اللجوء الى إقتناء اللوازم على حساب المتعاقد معها بذات البنود و المواصفات المتفق عليها [1] .

3- الجزاءات الفاسخة ينصرف مفهوم الفسخ في العقد الإداري الى حل الرابطة العقدية التي تجمع الإدارة بالمتعاقد معها، إذ تلجأ الإدارة الى الفسخ عادة في حالة الخطأ الجسيم و المتكرر الذي يفقد الأمل في حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مستقبلا [2] و اننا إذ نتعرض في هذا الباب لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات الفاسخة فإنه يعد من قبيل الخلط و عدم فهم الموضوع ان نتكلم عن باقي صور الفسخ (الاتفاقي ،القضائي ،بقوة القانون) ها هنا ، بل وجب أن نتكلم عن الصورة التي تتخذ فيها الإدارة الفسخ كجزاء، الا وهي الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة عند اخلال المتعاقد بالتزاماته تجاه الادارة ،حيث يعود للإدارة الحق في وضع حد للعقد بإرادتها المنفردة ومن دون تعويض للمتعاقد في حال ارتكابه خطأً فادحا ، و تنحصر آثار الإعلان عن الفسخ في انهاء العلاقة التعاقدية على مسؤولية المتعاقد في احتفاظ الإدارة بحقها في المطالبة بالتعويض عن الأضرار ،فآثار الفسخ بالإرادة المنفردة بداعي اخلال المتعاقد بالتزاماته هو ما يميز هذا النوع من الفسخ على الفسخ بدون خطأ من المتعاقد و الذي يخول المتعاقد حق المطالبة بالتعويض [3] وقد ادرجت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 حق الادارة في الفسخ الكلي او الجزئي لعقد الصفقة العمومية بداعي اخلال المتعاقد بالتزاماته ولا تحتاج الإدارة لفسخ العقد الى ضرورة الحصول على الصيغة التنفيذية من القضاء ليكون قرارها بالفسخ قابل للنفاذ ،لكن يتعين عليها مراعاة واجب الإعذار.

ثانيا - خضوع الجزاءات الادارية للرقابة القضائية: لا تستقل الادارة في توقيع الجزاءات الإدارية بأنواعها المذكورة سابقا، بل تمارسها تحت رقابة القضاء، ولا قاضي الا قاضي العقد سواء وردت الدعوى بغية التعويض او توصلا الى إبطال التدبير المشكو منه على اعتبارات نظرية الانفصال لإبطال القرارات لا تتعدى مرحلة تكوين عقد الصفقة العمومية كعقد إداري [4]، و تثير هذه المسالة عنصرين هما :

---

[1] عبد الحميد الشوربي ،**العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع** ،مشأة المعارف ،الإسكندرية ،2003، (ص 41).

[2] ماجد راغب الحلو ،**العقود الإدارية و التحكيم** ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2004 ،(ص 124) .

[3] علي عبد الأمير قبلان ،مرجع سبق ذكره ، (ص ص 419-420).

[4] علي عبد الأمير قبلان ، نفس المرجع ،(ص 406).

1-الجهة القضائية المختصة بالرقابة على الجزاءات الإدارية : لقاضي العقد وهو القضاء الكامل الولاية العامة للنظر في كافة المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد و لأن جلّ القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في مرحة التنفيذ ناتجة عن العقد و مشتقة، غير لا يخول للمتعاقد الا الحق في إقامة دعوى تعويض أمام القضاء الكامل و ليس له اقامة دعوى الإلغاء بشأنها ، و لا تعرف هذه القاعدة إستثناءا إلا بالنسبة للقرارات المنفصلة عن العقد كما هو الحال بالنسبة لطعن الغير الخارج عن العقد في قرار الإدارة المتضمن فسخ العقد متى تضرر هذا الغير من القرار المذكور [1].

2- حدود سلطة قاضي العقد في الرقابة على الجزاءات الإدارية :إذا كانت مسألة الاختصاص مرتبطة بمدى إتصال القرار المطعون فيه بالعقد أو انفصاله عنه، فان سلطة قاضي العقد في نظر موضوع النزاع تثير مسألة هامة في الواقع تشكل صلب ورقتنا البحثية هذه ألا وهي مدى اعتبار عمل القاضي في إطار الرقابة ضمانة كافية لحماية حقوق المتعاقد ليس فقط من الناحية النظرية بل حتى من حيث الأحكام التي أوردها المرسوم 247/15 ، و قد سبق لنا أن اعتبرنا سكوت المشرع عن الجزاء المترتب على عدم قيام الإدارة بالإعذار المسبق قبل توقيع الجزاء ، تفتح الباب أمام القضاء لتحديد مدى مشروعية الجزاء من عدمه ومدى اعتبار القاضي (للإعذار المسبق) خطأ من جانب الإدارة يؤدي إلى قيام مسؤوليتها ، وبالنتيجة اعفاء المتعاقد من عواقب الفسخ تطبيقا لرقابة المشروعية ، اما رقابة الملائمة فان القاضي يراقب فيها ملائمة الجزاء لحجم وجسامة الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد . [2] و تتعدد سلطات القاضي في مواجهة الجزاءات غير المشروعة ، فيجوز له عندما يتعلق بالجزاءات المالية الأمر بردها أو الإعفاء منها أو تخفيضها ، و يمكنه أن يحكم فقط بالتعويض عن الإستعمال غير المشروع للإدارة لوسائل الضغط دون إمكانية إلغائها ، و يرى الأستاذ سليمان محمد الطماوي يعضده في ذلك الرأي الأستاذ نصري منصور نابلسي أن الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال و تمثل ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون [3] لأن سلطة الإدارة في تقرير الجزاء وتوقيعه دون حاجة لاستصدار قرار قضائي لنفاذه ، تضمنه رقابة قضائية لاحقة تحافظ على حقوق المتعاقد بتعويض المتعاقد عن أضرار اللاحقة به جراء توقيع هذا الجزاء عليه أو بإبطاله متى كان قابلا للإبطال .[4]

المبحث الثاني : سلطات الإدارة كأداة لتحقيق المصلحة العامة .

ان سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة بداعي المصلحة العامة يفتح المجال أمام الإدارة لإعمال سلطتها التقديرية بناء على ما تراه تحقيقا للمصلحة العامة ،و سواء تعلق الأمر بسلطة التعديل الإنفرادي لمضمون العقد أو سلطة الانهاء بالإرادة المنفردة بسبب المصلحة العامة فإن اختلاف الأساس القانوني لكلى السلطتين من شأنه أن يبرز درجة تفوق الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ،ولنستبين درجة تفوق الإدارة عند ممارستها لسلطتي التعديل و/ أو الانهاء ينبغي أن تنطوي دراستنا على ما يملكه المتعاقد ازاء استعمال الإدارة لسلطتي التعديل و الإنهاء .

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره ،(ص ص 170 - 171).
[2] نصري منصور نابلسي، نفس المرجع ،(ص 179) .
[3] سليمان محمد الطماوي،مرجع سبق ذكره ،(ص ص 507 – 508).
[4] نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره ،(ص 181).

المطلب الأول :سلطة الادارة في تعديل شروط الصفقة .

يؤدي مبدا - العقد شريعة المتعاقدين – الى نتيجة مباشرة تتمثل في عدم جواز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله من طرف واحد فقط ،لان العقد في شريعة القانون المدني وليد ارادتين وما تعقده ارادتين لا تحله إرادة واحدة [1] ، لكن اختلاف غاية العقود المدنية عن الغاية في العقود الادارية يؤثر على مبدا القوة الملزمة للعقد لارتباط هذا الاخير بالمرفق العام[2]، ودون ان نخوض في الآراء الفقهية المؤيدة و المعارضة لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري فان جل التشريعات اقرت حق الإدارة في تعديل العقد متجاوزة المبدأ العام –العقد شريعة المتعاقدين- لعدة اعتبارات لعل اهمها قابلية المرفق العام للتأقلم و التعديل بناءاً على تغير متطلبات المصلحة العامة ، وإذا كان تمتع الإدارة بهذه السلطة يعبر عن ما بلغته سلطة الإدارة من مدى يصل إلى حد مهاجمة جوهر الرابطة العقدية وقاعدة إلزام العقد لطرفيه في الصميم، فإن الجانب الكبير من الفقه - لا سيما الفقه الفرنسي – أقر وجود هذا الحق للإدارة حتى ولو لم يرد بشأنها نص في العقد بل اعتبر وجود نص في العقد يتضمن هذا السلطة مجرد نص كاشفٍ و غير مُنشيءٍ لهذه السلطة [3] و بالنتيجة فإن الإدارة تملك حق التعديل في بنود العقد بإرادتها المنفردة ودون ما حاجة لرضا المتعاقد معها حتى و لو لم يتفق الطرفان صراحة على ذلك في العقد ، و تنصب سلطة التعديل على مضمون الالتزامات المنصوص عليها في العقد و المتمثلة في امكانية التعديل الكمي بالزيادة أو النقصان في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد أو التعديل في وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها أو التعديل في مدة تنفيذ العقد [4] ، لكن حق الادارة في تعديل عقدها ليس طليقاً من أية ضوابط ، اذ يبقى محكوما بقاعدة عدم جواز المساس بالحقوق المالية للمتعاقد معها ، لأن هذه الحقوق المالية هي التي حدت بالآخرين للتعاقد مع الإدارة لتأمين الصالح العام ، وبانتفاء هذه الحقوق المالية تنتفي الرغبة في التعاقد فينهار عندئذ نظام التعاقد من أساسه ، كما و أن الاعتراف للإدارة بهذا الحق لا يهدر قاعدة إلزام العقود لأطرافها و إنما يعني بأن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة التي تستلزمها طبيعة العقد و اتصاله بسير المرفق العام [5] .

الفرع الأول : ضوابط التعديل الانفرادي للعقد الإداري : يتعين على الإدارة المتعاقدة في مجال الصفقات ضرورة التقيد بالشروط العامة للتعديل في عقد الصفقة العمومية وهي:

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام -**، المجلد الأول ،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الثالثة،2000 (ص ص 698-699) .

[2] مهند مختار نوح ،مرجع سبق ذكره ،(ص 110).

[3] سلميان محمد الطماوي ،مرجع سبق ذكره ،(ص 458).

[4] طارق محمد عبد الرحمان سلطان ،**سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها -دراسة مقارنة-** القاهرة ،دار النهضة العربية ،2010، (ص 92).

[5]عبد اللطيف قطيش، **الصفقات العمومية تشريعا فقها واجتهادا -دراسة مقارنة-** ،بيروت لبنان ،الطبعة الثانية ،2013،(ص ص 221-222).

أولا - أن يبنى التعديل على مبررات موضوعية : و يتحقق هذا الشرط بأن تطرا بعد إبرام الصفقة ظروف تحتم على الإدارة سلوك طريق التعديل حتى تتحقق الغاية من وراء إبرام الصفقة ألا وهو تحقيق النفع العام للإدارة والأشخاص [1] و يفهم من ذلك أن بقاء الظروف التي ابرم بها العقد على حالها لا يبرر للإدارة ممارسة حق التعديل لعدم وجود مبررات تدعوا الإدارة إلى ذلك غير التعسف، و قد أشارت المادة 07/136 من المرسوم الرئاسي 15-247 لهذا الشرط بقولها "يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك ، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها لأداء خدمات ..." ،وتختلف سلطة التعديل من عقد لآخر حسب طبيعة كل نوع و حسب الظروف التي ينفذ فيها ، ففي صفقات إنجاز الأشغال لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال و الشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى ،وفي حالتين فقط وهما ان يؤدي عدم التعديل إلى التأخير في التنفيذ و/او إذا كان من شأن التعديل يوفر مبالغ كبيرة للإدارة المتعاقدة ، أما في صفقات اقتناء اللوازم و توريدها و نظراً لكونها صفقات طويلة الأمد فإن تغير الظروف فيها يعد فرصة لتعديل الأسعار و نوع السلع و قد يؤدي التعديل إلى إعادة تنظيم عمل مرفق انصب عليه التوريد .بمواصفات جديدة تفرض إعادة التنظيم [2] .

ثانياً - أن يتعلق التعديل بموضوع الصفقة : اذ لا يحق للإدارة تعديل موضوع أو طبيعة الالتزامات التي تم الاتفاق بشأنها ، فلا تمارس سلطة التعديل إلا في إطار الموضوع الأصلي للعقد الذي توجهت إليه الإدارة المشتركة للطرفين و بهذا لا يحق للإدارة في عقود الأشغال العامة فرض إعداد منشأة جديدة تختلف في طبيعتها عن تلك التي تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد ، وبذلك فإن التعديل الذي ينصب على محل العقد و يُغير من موضوعه يخول المتعاقد حق طلب فسخ العقد و/أو التعويض بحسب المخالفة التي أقدمت الإدارة عليها عند إصدار قرار التعديل[3] ، و يعد من قبيل التعديل الذي يؤدي إلى المساس بموضوع الصفقة قيام الإدارة بتعديلات تتجاوز إمكانيات المتعاقد المالية وهو ما عبر عنه الفقه بقلب إقتصاديات الصفقة العمومية فيعجز المتعاقد مع الإدارة عن مواصلة التنفيذ نتيجة زيادة التزاماته بما لا يتماشى مع قدراته المادية و المالية، لذلك حددت بعض التشريعات نسباً معينة لا تتعين على الإدارة تجاوزها في نوع معين من الصفقات حتى لا يؤدي ذلك الى تغيير الصفقة من ذلك قانون المناقصات في مصر رقم 89 سنة 1991 الذي حدد نسبة التعديل بـــــــــ 25 % لكل بند بنفس الشروط و الأسعار دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعويض [4] ، و قد اورد المشرع الجزائري لضمان تجسيد هذا الشرط نص المادة 08/136 من المرسوم 15-247 حيث ينص على انه " زيادة على ذلك فإنه لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها" ، إذا فإن على الإدارة ممارسة حقها في التعديل دون قلب اقتصاديات الصفقة العمومية ، لذلك حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،**تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما** ،منشأة المعارف ، مصر ،2009 ، (ص 62).
[2] جليل مونية ، مرجع سبق ذكره ،(ص167).
[3] نصري منصور نابلسي ،مرجع سبق ذكره ،(ص ص 346-347-348).
[4] نصري منصور نابلسي ، نفس المرجع ،(ص 350).

على حصر التعديل في حدود 20 % بالنسبة لعقد الأشغال العامة [1] اما في عقود الصفقات المتعلقة بأداء الخدمات أو اقتناء اللوازم فقد عثرنا في نص المادة 07/136 من المرسوم 247/15 على النسبة التي أقر المشرع امكانية زيادتها من المصلحة المتعاقدة في قرار التعديل محددا اياها 10% من القيمة الكلية للصفقة .

ثالثا- ضرورة تقيد الإدارة بمقتضيات مبدأ المشروعية : يتعين ان تصدر القرارات المتضمنة تعديل بنود الصفقة متفقة مع القانون في عناصرها و أركانها المختلفة ، بأن تصدر من السلطة المختصة ووفقا للأشكال و الإجراءات المقررة قانونا و أن تستهدف تحقيق الصالح العام [2] ، و يفهم من ذلك أن الإدارة مقيدة في إصدار قرار التعديل بكل ما يحكم القرار الإداري من قواعد يتعين على الإدارة مراعاتها مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية التعديل وما يتطلبه من توافر شروط لعل أهمها ضرورة إثبات السبب الذي دعى المصلحة المتعاقدة إلى اللجوء لإعمال سلطة التعديل –وهو تغير الظروف تغيرا يمكن ان يعصف بالمصلحة العامة و أن يكون التعديل هو الحل اللازم لضمان المصلحة العامة– ، بالإضافة الى ضرورة التزام الإدارة بالقيود التشريعية للتعديل كما هو الحال بالنسبة للنسب المسموح التعديل في حدودها، ويذهب الاستاذ الطماوي الى اعتبار ان سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرافق العامة وليست مجرد مظهر للسلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة [3] على أن تخضع قرارات التعديل في هذا الشأن لرقابة القضاء الذي يرقب هذه القرارات رقابة مشروعية بما يعد ضمانة للمتعاقد تحول دون تعسف الإدارة بفتح إمكانية الطعن في قرارات التعديل الجزافية او المشوبة بعيب من العيوب .

رابعا- ألا يؤدي التعديل الى اختلال التوازن المالي لعقد الصفقة :و هو الشرط الذي يعبر عنه الفقه باحترام التوازن المالي للعقد ،فالمتعاقد مع الإدارة ملتزم بتنفيذ العقد بالثمن المتفق عليه، الا أن وقوع ظروف غير متوقعة عند التنفيذ على نحو يجعل التنفيذ باهظ الكلفة الى درجة قد تؤدي الى عجز المتعاقد مع الإدارة على مواصلة التنفيذ و انقطاع العمل فالمرفق العام جعل الفقه والقانون يعترفان بمبدأ احترام التوازن المالي للصفقة [4] وبموجب هدا المبدأ تلزم الإدارة في إطار المسؤولية التعاقدية دون بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تنشأ عن التعديل الانفرادي للصفقة من قبل الإدارة[5].

الفرع الثاني : الأدوات القانونية لممارسة سلطة التعديل وضمانات المتعاقد في مواجهتها

أولا - التعديل بطريق الملحق والرقابة عليه : ان استعراض الشروط الواجب توفرها لممارسة الإدارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة تسمح لنا بفحص مدى مشروعية قرار الإدارة المتضمن تعديل العقد الإداري كما و تسمح

[1] جليل مونية ،مرجع سبق ذكره ،(ص 168).

[2] محمود عاطف البناء ، **العقود الإدارية** ،القاهرة ،الطبعة الأولى ،2007، (ص 228).

[3] سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره ، (ص 464).

[4] ناصر لباد ، **الوجيز في القانون الاداري** ، دار المجدد للنشر والتوزيع سطيف، الجزائر ، 2010 ،(ص 296-297).

[5] نصري منصور نابلسي ،مرجع سبق ذكره ،(ص 344).

لنا بتبين مدى إمكانية طعن المتعامل المتعاقد بالبطلان في القرار المذكور ،و بذلك نصل إلى تكوين رأي واضح بخصوص مدى تفوق الإدارة عن المتعاقد معها ، بعد معرفة ما يملكه المتعاقد معها في مواجهة هذه السلطة ، وإذا كان للإدارة الحق في التعديل فإن المشرع قد مكنها من ممارسة هذه السلطة بأدوات تمكنها من تحقيق الغاية المرجوة من التعاقد ، و يتم ممارسة سلطة التعديل بأحد الصورتين :

1- تفعيل الملحق خدمة للمصلحة العامة :جسّد المرسوم الرئاسي رقم 247/15 هذه الالية في القسم الخامس من المادة 135 الى المادة 139 حيث نصت المادة 135 منه بانه" يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ الى ابرام ملاحق للصفقة في اطار احكام هذا المرسوم "و تستطرد المادة 136 من ذات المرسوم مدرجة مدلول الملحق و طبيعته بقولها "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ،و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة "، و قد ادرج المشرع جملة من الأحكام يمكن أن نطلق عليها الشروط الواجب توفرها لإبرام الملحق اهمها أن يفرغ الملحق في الشكل الكتابي و توضح فيه الجهة الإدارية المختصة التي صدر عنها وأن يخضع للشروط الأساسية الاقتصادية للصفقة و في حال تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة و بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق فإنه يمكن ان تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء [1]وعدم مساس الملحق بالشروط الأصلية للمناقصة [2]وعدم جواز ابرام الملحق الا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية و يعرف هذا الشرط الاخير استثناءين هما حالة وجود الظروف الطارئة وحالة إبرام الملحق في الآجال التعاقدية [3] يضاف الى ذلك وجوب أن لا يؤثر ابرام الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة وان لا يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها أو يمس بشروط الصفقة ليجعل منها صفقة جديدة[4]وان يخضع الملحق كأصل لمبدأ الرقابة الذي تخضع له الصفقة الأم[5]وان يتصل التعديل بموضوع العقد زيادة أو نقصا مع ضرورة مراعاة الإدارة للنسب المذكورة في نصوص المرسوم المتعلقة بالقيمة التي لايمكن للإدارة تجاوزها حال التعديل و المحددة ب 15% من القيمة الكلية للصفقة بالنسبة لصفقات اللوازم والخدمات والدراسات و20 % في صفقات انجاز الأشغال [6].

2- الرقابة على الملحق و امكانية مخاصمته :ان عدم مراعاة الإدارة المتعاقدة لأحكام التعديل يمكن أن تكون مسوغا يسمح للمتعاقد معها مخاصمة قراراتها المتضمنة تعديل الصفقة ،يكفي في نظرنا فقط أن يؤسس المتعاقد طعنه على مخالفة الإدارة عند ممارسة سلطة التعديل للأحكام القانونية الواردة في الباب الخامس من المرسوم 247/15 خاصة عندما يتعلق الأمر بعدم مراعاة الإدارة للإمكانيات المادية و المالية للمتعاقد و التي من شأنها قلب اقتصاديات

[1] المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15 .
[2] جليل مونية ،مرجع سبق ذكره ،(ص 171) .
[3] المادة 138 من المرسوم الرئاسي 247/15.
[4] جليل مونية ،مرجع سبق ذكره ،(ص171).
[5] نص المادة 138 من المرسوم الرئاسي 247/15 .
[6] نص المادة 138 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 247/15 .

الصفقة ،و كذا حالة تجاوز الإدارة للقيود التشريعية للتعديل بتجاوز النسب المقررة في نص المادة 138 فقرة أخيرة وبالنتيجة فإن للمتعاقد الحق في مخاصمة القرارات المتضمنة تعديل الصفقة متى رغب في ذلك شريطة تأسيس مخاصمته ،و يبقى أن نشير الى أن نص المادة 153 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 أوجب على المصلحة المتعاقدة ضرورة ادراج بنود في دفاتر الشروط تتعلق بضرورة اللجوء الى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ثانيا- ممارسة سلطة التعديل بما يتماشى ومبدأ احترام التوازن المالي للصفقة :

1-تفعيل الملحق لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية :

إذا كانت الإدارة ملزمة بإبداء مبررات موضوعية أساسها تغير الظروف في مرحلة التنفيذ تغيرا يمكن أن يضر بالمرفق او المصلحة العامة المتوخاة من إبرام الصفقة فإن للإدارة ايضا ممارسة سلطة التعديل بواسطة الملحق لإعادة التوازن المالي للصفقة ، اعمالا لنظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الامير ، و يكمن الفرق في نظرنا بين لجوء الإدارة للملحق في الحالة الاولى و الحالة الثانية في أن الحالة الاولى تدافع الإدارة فيها عن فكرة انتظام المرفق العام والمصلحة العامة أما الملحق في الحالة الثانية -الظروف الطارئة وفعل الامير - ،فإن الإدارة تحاول فيه الالتزام بمبدأ احترام التوازن المالي للعقد و يحاول من خلاله المتعاقد التعويض على ما لحقه من خسائر جراء مواصلة تنفيذ العقد في ظل ظروف استثنائية خارجة عن إرادته ، وقد كرس المشرع الجزائري ضرورة سعي الإدارة لإيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف مدرجا اياها ضمن القسم الحادي عشر من المرسوم 247/15 بعنوان -التسوية الودية للنزاعات - فأوجب على المصلحة المتعاقدة أن تضمن دفاتر الشروط بنودا تتعلق بضرورة اللجوء الى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة .

ان تطبيق نظرية فعل الامير الامر يقتضى أن تصدر عن الادارة المتعاقدة اعمال تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها احداث تعديلات على العقد الذي أبرمته ويكون من شأن هذه الأعمال أن تؤدي الى تسوئ مركز المتعاقد ، بما يكون سببا في التزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار اللاحقة به من جراء ذلك ، وهو ما يعيد التوازن المالي للعقد [1] ونرى بأن منح المشرع الادارة امكانية تسوية النزاع الناشئ عن تنفيذ الصفقة العمومية يمكن أن يبرر لجوء الادارة لإبرام ملحق وفقا للشروط القانونية والضوابط التشريعية من أجل اعادة التوازن المالي للصفقة العمومية في الحالة التي يحتج فيها المتعاقد بنظرية فعل الأمير ، اما اذ كان تطبيق الملحق غير ممكن بسبب عدم امكانية تحقق الشروط –كان تكون الاضرار اللاحقة بالمتعاقد تفوق النسب القانونية التي لا يجوز للإدارة تجاوزها لإعمال الملحق– فإنه لا يبقى امام المتعامل المتعاقد الا اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض، و اذا كانت نظرية فعل الامير تنطبق على الحالة التي يرجع فيها سبب اختلال التوازن المالي للصفقة الى المصلحة المتعاقدة نفسها فان سبب اختلال التوازن المالي للصفقة وفق نظرية الظروف الطارئة مستقل تماما عن إدارة أطراف العقد بحيث تقع

[1]- سليمان محمد الطماوي ، مرجع سبق ذكره ،(ص 624).

ظروف اقتصادية غير متوقعة خلال مرحلة التنفيذ تفرض على المتعاقد أعباء باهضة، كما هو الحال بالنسبة لارتفاع الأسعار أو انخفاض قيمة العملة[1] بما ستدعي تدخل الإدارة المصلحة لإعادة التوازن المالي للصفقة بتفعيل الملحق .

2- الأدوات التي يملكها المتعاقد لحث الادارة على ابرام الملحق لإعادة التوازن المالي للصفقة والضمانات التي يملكها في حالة امتناع الادارة عن ذلك: يملك المتعاقد مع الادارة وسيلة وحيدة لحثها على المبادرة أو القبول بتسوية النزاعات التي تنشا عند التنفيذ عندما يكون جوهر النزاع اختلال التوازن المالي للصفقة وفقا لنظرية فعل الامير او الظروف الطارئة ، هذه الوسيلة هي القبول والسعي الى تسوية النزاع الناشئ للسببين السالفي الذكر في اطار ما تمليه احكام المادة 153 من المرسوم 247/15 ،فاذ استطاع المتعاقد اثبات توفر الشروط المطلوبة وقررت المصلحة المتعاقدة قبول اسبابه فان لها أن تبرم ملحقا مع المتعاقد تسعى من خلاله الى ايجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين[2] وفي حالة عدم قبول الطرفين يعرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المنشاة بموجب احكام المادة 154 لدراسته حسب الشروط المنصوص عنها في المادة 155 من ذات المرسوم ، وتجدر الاشارة الى أن نص المادة04/153 يدلل على وجوبية الاجراء المتعلق بالتسوية الودية قبل كل مقاضاة أمام العدالة ، لكن نص المادة155 نص على جوازية اللجوء لتسوية النزاعات ، وغموض هذه المسالة يقودنا الى التساؤل عن ما اذا كانت التسوية الودية للنزاع قيدا من قيود رفع الدعوى ضد الإدارة في حال تعنتها ام ان عدم استيفاء الاجراء لا يحول دون امكانية لجوء المتعاقد المتضرر الى القضاء ؟ ان وضع هذا الشرط تحت تسمية "التسوية الودية للنزاع" في متن المرسوم يوحي في اعتقادنا - على الرغم من التناقض المذكور بين المادة 04/153و01/155 - بفكرة مفادها أن الطرفين غير ملزمين بالتسوية الودية ،ونرى أن دليل عدم الزامية هذا الاجراء يتضح في الفقرة الأخيرة من المادة 155 من ذات المرسوم التي انتهت الى أنه " تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في اجل اقصاه 08 أيام ابتداءا من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام وتعلم اللجنة بذلك " ، وهذا يعني أن راي اللجنة في حد ذاته غير ملزم الا اذا قبلت به المصلحة المتعاقدة ، ومادام راي اللجنة غير ملزم لطرف فانه لا لايعقل في نظرنا أن يكون ملزما للطرف الاخر ، خاصة وأن جوهر النزاع جانب مالي اتفاقي بحت ،ومهما يكن من حال فان التعريج على مسالة التسوية الودية للنزاع لا يجب أن تنسينا أهم ضمانة في حالة رفضت الإدارة إبرام ملحق لإعادة التوازن المالي للعقد ، وهي أن القانون كفل للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض امام القضاء على أساس فعل الامير او الظرف الطارئ ، فمتى اقر القضاء ثبوت الشروط فلا يكون أمام الإدارة الا تنفيذ الاحكام القاضية بالتعويض لفائدة المتعاقد المتضرر.

المطلب الثاني: سلطة الادارة في الانهاء الانفرادي للصفقة العمومية بداعي المصلحة العامة

[1]-ناصر لباد ، مرجع سبق ذكره ،(ص ص 298-299).

[2]- نص المادة 02/153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

نتناول في هذا المطلب سلطة الادارة في انهاء العقد بإرادتها المنفردة بداعي المصلحة العامة وهنا ينبغي علينا التمييز بين هذه السلطة وما تناولناه في المطلب الثاني من المبحث الاول الذي تعرضنا فيه لسلطة الادارة في الانهاء الانفرادي للصفقة مع المتعاقد بالفسخ جزاء الاخلال بالتزاماته ، وان كان الفسخ طريقة من الطرق التي ينتهي بها العقد شأنه شأن الانهاء الانفرادي بداعي المصلحة العامة فان الفرق بين النوعين شاسع فالفسخ بالإرادة المنفردة لخطأ المتعاقد هو نوع من انواع الجزاء الاداري الذي توقعه الادارة نتيجة خطأ أو عدم التزام المتعاقد معها بشروط الصفقة عند تنفيذها ولا يترتب على هذا الجزاء تغريم الادارة على ممارسة حقها بل أن ممارسة هذ الحق تمنح الادارة حق مطالبة المتعاقد المفسوخ معه بالتعويض ، اما سلطة الادارة في انهاء العقد بداعي المصلحة العامة فهي مكنة نصت عليها المادة 150 من المرسوم 247/15 تلجأ لها الادارة حتى في حالة عدم ارتكاب المتعاقد لاي خطا في التنفيذ و تتذرع الإدارة في ممارستها هذه السلطة بالمصلحة العامة ويترتب على هذا الانهاء امكانية تغريم الادارة بتعويض المتعاقد معها عن ما اصابه من ضرر جراء هذا الانهاء .

الفرع الاول: شروط ممارسة الادارة سلطة الانهاء الانفرادي للصفقة بداعي المصلحة العامة : تعتبر سلطة الادارة في انهاء العقد بدون خطا المتعاقد اكثر السلطات خطورة لعدة اسباب لعل اهمها ان مسالة تقدير المصلحة العامة امر يدخل في صميم السلطة التقديرية للإدارة ، ومع ذلك فان سلطة الادارة في انهاء العقد مقيدة بشرطين جوهريين[1]:

أولا- أن تبرر الادارة لجوئها الى سلطة الانهاء الانفرادي بدون خطا المتعاقد لوجود المصلحة العامة : يقصد بالمصلحة العامة في هذا المجال مصلحة المرفق العام و ما تقتضيه ضرورة التجاوب مع حاجته ومقوماته وما يصلح من شأنه وليس لمجرد الحصول على مقابل مالي أكبر مما يدفعه المتعاقد مع الادارة عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد انهاء العقد الاول بإرادتها المنفردة [2] فالإدارة بما لها من سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة من التعاقد ، ويصبح قرار الانهاء غير مشروع اذا استهدفت الادارة من خلاله مصلحة غير المصلحة العامة [3] وقد أنتهى الفقه والقضاء الفرنسي الى ان سلطة الانهاء بداعي المصلحة العامة من النظام العام ، والاتفاق على ما يخالف هذا المبدأ يقع باطلا ولا يجوز للمتعاقد الاعتراض على الادارة في ممارستها لهذا الحق لان الادارة تتمتع بهذه السلطة طبقا لامتياز التنفيذ المباشر[4].

ثانيا – ان يتخذ قرار الانهاء وفقا للقواعد العامة للمشروعية: ينبغي أن تراعي المصلحة المتعاقدة عند ممارسة حق الفسخ بداعي المصلحة العامة القواعد الشكلية والجوهرية المتطلبة لإنهاء العقد اذ تنتهي الصفقة بنفس الشكل الذي انشأت به من طرف المصلحة المتعاقدة ذاتها ودون سواها فلا ينعقد لاختصاص لغيرها ، ولا يتطلب الإنهاء ضرورة

---

[1]-نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره ،(ص 386).

[2]- نصري منصور نابلسي، نفس المرجع ،(ص387).

[3] - محمد سليمان الطماوي ، مرجع سبق ذكره ،(ص ص 780-781).

[4]- مفتاح خليفة عبد الحميد ،حمد محمد حمد الشلماني، **العقود الادارية واحكام ابرامها**، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،2008،(ص176).

مصادقة الوصاية ولو كانت موافقة الوصاية ضرورية في الابرام ، ما لم يوجد نص تنظيمي يقضي بإلزامية موافقة الجهة الوصية عند رغبة المصلحة المتعاقدة في الإنهاء[1] واذا كان هذا الشرط يعبر عن عنصر الاختصاص و تراقب فيه الادارة رقابة مشروعية من قبل القضاء فان الرقابة على وجود المصلحة العامة من عدمها هي الاخرى قائمة على رقابة المشروعية وجودا فقط دون ان يتعدى الامر إمكانية خوض القاضي في مدى ملائمة الانهاء لسببه ، وقد منح المشرع الجزائري الادارة سلطة انهاء الصفقة العمومية بداعي المصلحة العامة بموجب نص المادة 150 من المرسوم الاساسي 247/15 التي تنص على انه :" يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عند ما يكون ذلك مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد "،وبإقرار المشرع للإدارة هذا الحق يثور التساؤل عن ما اذا كان لهذه السلطة ما يقابلها من ضمانات.

الفرع الثاني :حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في انهاء العقد بداعي المصلحة العامة ومدى كفايتها كضمانة للمتعامل المتعاقد :

اولا - حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في انهاء العقد بداعي المصلحة العامة: ان تفوق الإدارة عن المتعامل المتعاقد بسبب ما تتمتع به من سلطة في إنهاء العقد تبقى متوقفة على معرفة الحدود التي تقف عندها السلطة التقديرية للإدارة في تحديد ما هو ماس بالمصلحة العامة وما هو عكس ذلك ، ولا يمكن معرفة الحدود و لا أن ترتسم للباحث ألا بمعرفة ما للقاضي من سلطة في رقابة مضمون قرار الإنهاء الانفرادي حال الطعن فيه فإذا علمنا بأن للإدارة الحق في إنهاء الصفقة حتى قبل انقضاء المهلة المحددة للعقد ، بداعي أن مواصلة التنفيذ لا تخدم المصلحة العامة وان الإدارة تتمتع بهذه السلطة طبقا لامتياز السلطة العامة – التنفيذ المباشر- الذي يعفيها من اللجوء للقضاء لتقرير الإنهاء فإن القضاء المختص يقتصر دوره على أن يفصل في مدى توفر شرط المصلحة العامة من عدمه دون أن تتعدى سلطته تلك الحدود ، فلا يجوز للقضاء إلغاء قرار الفسخ المتخذ من الإدارة في هذا الشأن ، و بالتالي فإن سلطة القاضي في مراقبة ملائمة السبب الذي تتذرع به الإدارة في اصدار القرار بالفسخ بدون خطا المتعاقد تضيق ومرد هذا التضييق هو ان المتعاقد لا يضار من هذا التضييق لأنه سيحصل على التعويض في اي حال من الأحوال [2] فوصف القضاء للسبب الذي تقدمه الإدارة على أساس أنه مصلحة عامة إنما يؤثر في المسألة المتعلقة بمدى استحقاق المتعاقد للتعويض من عدمه فقط ، دون نتطرق الى إمكانية إلغاء قرار الفسخ ، ونرى بأن قيام الجهة قضائية بإلغاء قرار الفسخ يناقض تماما المبدأ العام الذي منحت على أساسه الادارة هذه السلطة - امتياز السلطة العامة في التنفيذ المباشر- .

ثانيا - مدى كفاية الرقابة القضائية كضمانة للمتعامل المتعاقد : سبقت الاشارة الى أن بحث القاضي ينحصر في مدى تعلق السبب الذي قدمته الإدارة كعذر لإنهاء الصفقة بالمصلحة العامة من عدمه ، لمعرفة مدى احقية المتعاقد في التعويض و لا يمكنه للقاضي إلغاء قرار الفسخ لأن ممارسته مظهر من مظاهر امتياز الإدارة كسلطة عامة في تنفيذ عقد

[1] - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني ، نفس المرجع ، (ص176).

[1] - سليمان محمد الطماوي ، مرجع سبق ذكره ، (ص 782).

الصفقة ، غير ان ذلك لا يعني أن يترك المتعهد و شأنه لمواجهة حظه العاثر ، و انما يعطى لمقتضيات العدالة و الإنصاف حق المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من ضرر [1] و يوازن حق الإدارة الخطير في انهاء العقد حق المتعاقد في الحصول على التعويض[2] ، فتصبح المسألة منحصرة في معالجة نتائج الفسخ و بما الحقه من أضرار بالمتعهد الذي لايَدَ له في ما حصل ، فهل يقتصر التعويض على ما لحق المتعاقد من خسارة فقط ام يشمل ما فاته من كسب جراء فسخ الصفقة [3] ؟ جوابا على ذلك فانه يتعين على القاضي مراعاة ما ورد في عقد الصفقة ذاته و كذا القوانين و اللوائح سارية المفعول متى تضمنت تحديدا لمقدار التعويض المستحق للمتعاقد و السهر على تطبيقها حتى لو افضت الى حرمان المتعاقد من أي تعويض [4] و في حال عدم وجود نصوص قانونية أو تعاقدية يستند عليها القاضي في تحديد مقدار التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي أوجد مخرجا للقاضي في هذه الحالة بإقرار التعويض الكامل الذي يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب بما في ذلك الأضرار المعنوية [5] و بصفة عامة فإن تمتع الإدارة بسلطة انهاء الصفقة العمومية والتي لا يملك المتعاقد معها سوى المطالبة بالتعويض يظل مظهرا من المظاهر المعبرة عن تفوق الإدارة على المتعاقد وتكريسا نموذجيا لامتيازات السلطة العامة و يبقى حق المتعاقد في التعويض عن ما اصابه من ضرر جراء الانهاء ضمانة تجبر بها توابع قبوله التعاقد مع طرف ممتاز .

خاتمة :

إن دراسة الأحكام التفصيلية المتعلقة بكل سلطة من السلطات التي تملك المصلحة المتعاقدة تفعيلها في مواجهة المتعاقد بمناسبة تنفيذ مضمون الصفقة العمومية يفضي بنا إلى استخلاص جملة من الملاحظات التي تدل على مدى تفوق المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها إذا ما قورنت هذه السلطات بما اقر للمتعاقد من أدوات قانونية في مواجهة عواقب و آثار استعمال الإدارة لهذه السلطات على نحو يسيء من مركز المتعامل المتعاقد او يضر بمصالحه.

فممارسة الإدارة لسلطة الرقابة التي تصل إلى حد توجيه المتعاقد في التنفيذ مرهون بان لا تصل ممارسة هذه السلطة الى حد التعديل في بنود العقد تحت طائلة إمكانية لجوء المتضرر من التعليمات و/أو القرارات التي تصدر في هذا الشأن للقضاء للمطالبة بالتعويض ، على ان دور القضاء يقتصر على فحص مشروعية القرارات المذكورة من اجل إقرار استحقاق المتعاقد للتعويض من عدمه ، دون أن يمتد هذا الأثر إلى إلغاء القرارات المطعون فيها ، وبالنظر إلى حجم الاثر المقرر لرقابة القضاء على هذه المسألة يمكن القول أن ممارسة الإدارة لسلطة الإشراف و التوجيه تكريس تام لامتياز

[1] عبد اللطيف قطيش ،مرجع سبق ذكره ، (ص 124).
[2] سليمان محمد الطماوي،مرجع سبق ذكره ، (ص 782).
[3] عبد اللطيف قطيش ،مرجع سبق ذكره ، (ص 124).
[4] نصري منصور نابلسي ،مرجع سبق ذكره، (ص ص 402-403) .
[5] سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره ، (ص 783).

السلطة العامة على ان الإدارة المتعاقدة تتحمل تبعات استعمالها غير المشروع لهذه السلطة ، و إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لسلطة الإشراف و التوجيه، فإن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء محفوفة بالكثير من الضوابط التي يتعين على الإدارة اتباعها عند توقيع الجزاء و خضوع القرارات الصادرة من الإدارة في هذا الشأن لرقابة القضاء يوازن بالفعل سلطة الإدارة في توقيع الجزاء ، فيتسع مجال رقابة القاضي على الجزاءات المالية بإمكانية إلغاءها أو الاعفاء منها او تخفيضها بما يعبر عن إمكانية الحد من هذه السلطة ، لكن عدم إمكانية امتداد رقابة القضاء بهذا الأثر - الإلغاء ، الإعفاء و التخفيض - بالنسبة للجزاءات الضاغطة يعيد كفة التفوق التعاقدي للإدارة ، و يظل الفسخ بالإرادة المنفردة نتيجة خطا المتعاقد كنوع من الجزاء تكريسا لتفوق الإدارة على المتعاقد في ظل عدم وضوح الأحكام المتعلقة بوجوبية الإعذار من عدمه قبل توقيع الجزاء ،وقد وصلنا في المبحث الثاني إلى دراسة السلطات التي تمارسها الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة المتوخاة من التعاقد فوجدنا أن ممارسة الإدارة لهذه السلطة مقيد بعدم جواز ابرام ملحق يفوق الإمكانيات المادية و المالية للمتعاقد و/أو أن لا تتجاوز نسبة التعديل في الصفقة النسب التشريعية المحدد سلفا بنص المادة 138 وما يليها من المرسوم 247/15 هذه الشروط يقابلها حق المتعاقد المضار من التعديل في إعادة التوازن المالي لعقده إما بإبرام ملحق أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن ما اصابه من ضرر ، دون أن تنصرف رقابة القضاء الى حد الغاء القرارات الصادرة في هذا الشأن ، أما سلطة إنهاء العقد بالفسخ لداعي المصلحة العامة فلا يختلف فيه المختلفون ، ذلك ان فسخ الصفقة من طرف الادارة دون ارتكاب المتعاقد لخطا في التنفيذ – وان كان يمكن جبره بالتعويض – انما يعبر عن تفوق الإدارة تفوقا لا متناهيا ويظل حق المتعاقد في التعويض مجرد تكريس لالتزام الإدارة باحترام مبدأ التوازن المالي للعقد ، ويمكن ان نخلص في نهاية ورقتنا البحثية هذه الى أن تفوق الإدارة على المتعاقد في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية بغض النظر عن مصدر السلطات (امتياز السلطة العامة أو المصلحة العامة) أمر واقعي لايمكن انكاره ، وأن اقرار حق المتعاقد في مواجهة هذه السلطات ببعض الأدوات التي تمكنه من المحافظة على مركزه المالي (لا سيما حق اللجوء للقضاء) لا يكفي للقول بأن المتعاقد نـــــــــــد كفؤ للمصلحة المتعاقدة ، إذ تملك الإدارة المتعاقدة ما لا يملكه المتعاقد معها (امتياز التنفيذ المباشر).

قائمة المراجع:

أولا- الكتب :

1- جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15 ، موفم للنشر،الجزائر ،2018.

2- حمد محمد حمد الشلماني ، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2007

3- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض جزاء على المتعاقد معها -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي،لبنان،2010.

4- سليمان محمد الطماوي،الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي،مطبعة جامعة عين شمس،الطبعة الخامسة ،1991.

5- طارق محمد عبد الرحمان سلطان ،سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها دراسة مقارنة، القاهرة ،دار النهضة العربية ،2010.

6- عبد الحميد الشوربي ،العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع ،مشأة المعارف ،الإسكندرية ،2003.

7- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام- ، المجلد الأول ،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الثالثة،2000

8- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما ،منشأة المعارف ، مصر ،2009

9- عبد اللطيف قطيش ،الصفقات العمومية شرعا فقها واجتهادا - دراسة مقارنة- ،بيروت لبنان ،الطبعة الثانية، 2013.

10- علي عبد الأمير قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ،الجزءالاول ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ،2014.

11- كلوفي عز الدين ،نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، دار حيطلي للنشر،الجزائر،2012.

12- ما الله جعفر عبد الملك الحمادي ،ضمانات العقد الإداري الإجراءات السابقة على ابرام العقد الإداري ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،الطبعة الثانية،2010.

13- ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية و التحكيم ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2004 .

14- ماجد راغب الحلو- **العقود الإدارية-** دار الجامعة الجديدة ، ا لإسكندرية ،2013.

15- مازن ليو راضي ، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2002.

16- محمد فؤاد عبد الباسط -العقد الإداري المقومات،الإجراءات ، الآثار- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2005.

17- محمود عاطف البناء ، العقود الإدارية ،القاهرة ،الطبعة الأولى ،2007.

18- مفتاح خليفة عبد الحميد ،حمد محمد حمد الشلماني، العقود الادارية واحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعي ، الاسكندرية ،2008.

19- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دمشق ،2013.

20- ناصر لباد ، الوجيز في القانون الاداري ، الجزائر دار المجدد للنشر والتوزيع سطيف ، 2010.

21- نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

22- نصري منصور نابلسي،العقود الإدارية دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ،الإسكندرية طبعة 02 ، 2012.

ثانيا - القوانين :

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجزائر ، المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436ه الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 م و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، **الجريدة الرسمية رقم 50** المؤرخة في6 ذي الحجة عام 1436ه الموافق ل 20 سبتمبر سنة 2015 م.