

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة أثناء التنفيذ

إن الإدارة و هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة و الضامن لحسن سيرها، لها الحق في أن تنفرد بمجموعة من السلطات تخول لها تحقيق المصلحة العامة والنفع العام، وهي بذلك لا تخرج عن مقتضى العقد، و إن لم ينص على مثل هذه السلطات في النصوص العقدية وفي هذا يجمع الفقهاء و الدارسين على أن الإدارة (المصلحة المتعاقدة) تمتلك سلطات مختلفة تتعدد مصادرها بين اللوائح و التنظيم، و نصوص العقد وغيرها من المصادر، يمكن حصرها في حق الرقابة و توجيه المتعاقد معها، و حقها في فرض التعديل بسلطتها المنفردة و سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد، أو إنهاء الصفقة من جانبها، دون الحاجة لاستصدار حكما قضائيا . مع ذلك لا تملك الإدارة فرض سلطاتها على المتعاقد معها دائما وبصفة مطلقة، لهذا حاولنا في هذا الإطار الوقوف على حدود تلك السلطة . لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين إثنين؛ نعرض في المبحث الأول منه مضمون سلطات الإدارة في مرحلة التنفيذ، أما الفصل الثاني فقد حصناه إلى أهم القيود التي يمكن أن تفرض على الإدارة أثناء ممارستها لسلطاتها في هذه المرحلة.

المبحث الأول: مضمون سلطات الإدارة أثناء التنفيذ

لقد عبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر على في حكم لها بتاريخ 20 أبريل 1957 عن أهم ما يميز سلطات الإدارة في مرحلة التنفيذ بقولها: (أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد تسييره و تغليب وجهة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة . فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية و متساوية، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الخاصة . وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري . يترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الاشراف و التوجيه في تنفيذ العقد . و أن لها دائما حق تغيير شروط العقد و إضافة شروط جديدة، بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" كل ذلك بشرط ألا يصل العديل إلى حد فسخ العقد كله، و أن لها دائما حق تغيير شروط العقد و إضافة شروط جديدة، بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" كل ذلك بشرط ألا يصل العديل إلى حد فسخ العقد كله، و إلا جاز للطرف الآخر فسخه، و بشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلت الموازنة في الشروط المالية، كما

يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض...¹.

نستخلص من هذا الحكم ان سلطات الإدارة يمكن ترتيبها ترتيبا منطقيًا و تصاعديًا حسب آثارها على العلاقة التعاقدية لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نذكرهم في ما يلي:

المطلب الأول: حق الإدارة في الرقابة و التوجيه و تعديل الصفقة العمومية

يظهر حق الإدارة في رقابة و توجيه المتعاقد معها من خلال الأوامر المصلحية التي تصدرها و ذلك من أجل ضمان التنفيذ الملائم لبنود العقد، كما تستطيع التعديل في كميات العمل و آجال التنفيذ بإرادتها المنفردة وهذا ما سوف نحاول إبرازه في ما يلي:

الفرع الأول: حق الإدارة في الرقابة و توجيه المتعاقد معها

يعد حق الرقابة و التوجيه حقا من حقوق الإدارة تمارسه إعمالا لا إمتياز فهو محفوظ من خلال وإن لم تنص عليه القوانين و اللوائح أو بنود العقد لذلك يجب في البداية تعريف سلطة الإدارة و في الرقابة و التوجيه ومن ثمة إبراز الأساس القانوني الذي تركز عليه في ممارسة هذه السلطة وذلك في ما يلي:

أولا: تعريف سلطة الرقابة و التوجيه

لا يوجد تعريفا جامعا مانعا لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي في العقد الإداري لا من ناحية التشريع، أو حتى من الناحية الفقهية والقضائية ذلك لأن العقود لا تعبر في الغالب عن الإرادة المنفردة مع ذلك قد نجد بعض الاجتهادات الفقيه التي حولت التصدي لهذا الموضوع وعلى رأس هؤلاء الأستاذ عمار بوضياف الذي يرى أن القصد من سلطة الإدارة في الاشراف ان تتحقق الإدارة من أن المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه اما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الادارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الاعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها. كما يمكن تعريفها على أنها سلطة الإدارة في أن تسمح لمندوبيها و مهندسيها من فرض و إعطاء الأوامر للمتعاقد في أن يقوم بتنفيذ ما اتف عليه في العقد و التحقق من كيفية التنفيذ و التدخل لتغيير الأوضاع عند الاقتضاء.

كما نجد البعض من الفقهاء من يأخذ بالمعنى الضيق و بالمنعنى الواسع لسلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه ويرتب على ذلك آثار مختلفة نوجزها في ما يلي:

1 د: محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، ص 90 و 91 .

1- سلطة الرقابة بالمعنى الضيق (le contrôle et la surveillance):

ويمكن تمارسها الإدارة في شكل أعمال مادية مثل مراقبة المخازن و الورش أو تلقي شكاوى المنتفعين من المرفق و البت فيها وفي شكل أعمال قانونية مثل اصدار الأوامر و التعليمات أو الإنذارات التي توجهها الإدارة للمتعاقد باعتبارها حق ولو لم ينص عليها في العقد¹ تكون أعمال مادية إذا كان أصل الحق مقررا في قاعدة تنظيمية عامة كقانون أو لائحة يكون ما اصدرته الإدارة من أوامر، أو تصرفات مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى تطبيق القانون و لا يكون هذا الإجراء، أو التصرف قرارا إداريا . و إذا مست الإدارة بالحقوق الخاصة تكون هذه التصرفات قابلة للطعن أمام قاضي العقد (القضاء الكامل)².

2- سلطة الرقابة بالمعنى الواسع (le pouvoir de direction):

ويقصد بها حق الإدارة في توجيه الأعمال واختيار الأساليب و الطرق المناسبة و إصلاح الأوضاع، تباشرها بسلطتها المنفردة إعمالا لامتيازاتها الأصلية بإصدار القرارات التنفيذية الملزمة . الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي يقبل الطعن بتجاوز السلطة في مثل هكذا قرارات كما هو الحال في قرار له صادر في 1982 في قضية موجهة ضد دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات الفكرية فقد حكم بقابلية الطعن فيها بتجاوز السلطة (دعوى إلغاء القرارات الإدارية)³.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه

يعد الأساس الذي ترتكز عليه الإدارة أثناء ممارسة سلطتها في الرقابة و التوجيه و الإشراف موضوعا لاختلاف الفقهاء و جوهر الإختلاف فيما بينهم يكمن في ما إذا نص عليها في العقد القوانين و اللوائح أو لم ينص عليها وهذا ما سوف نبرزه في ما يلي:

1- في حالة النص عليها في العقد و القوانين و اللوائح:

يؤكد الفقه في هذه الحالة عن الفرق بين السلطة المستمدة من نصوص القوانين واللوائح، و تلك المستمدة من العقد . ففي حال السلطة المستمدة من القوانين و اللوائح يجب التمييز بين أعمال الإدارة الصادرة تطبيقا للوائح البوليسية في مجال الضبط الإداري و عادة تكون

¹ سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة مكملة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية بن

عكنون، جامعة الجزائر 2007 2008 ص124

² عبد الله طلبة، مرجع سابق ص 113 .

³ سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 128.

قائمة خارج النطاق التعاقدية و تتمثل في قرارات إدارية تكشف عن امتيازات الدولة و لا صلة لها بالرابطة التعاقدية، حيث يمكن فصلها عن العقد و من ثمة الطعن فيها لتجاوز السلطة. و الأعمال المستمدة من النصوص التي تنظم الرقابة الحقيقة و الأصيلة التي تمارسها الإدارة بقرارات تدخل و تندرج في نصوص العقد كجزء لا يتجزأ عنه، و لا يمكن فصلها عن الرابطة العقدية و لا يمكن الطعن ضدها بدعوى الإلغاء، بل عن طريق القضاء الكامل.

2- في حالة عدة النص عليها:

في حالة عدم النص على في القوانين و اللوائح و في بنود العقد، فقد انقسم الفقه في تحديد

الأساس القانوني الذي يحكم سلطة الإدارة إلى أكثر من فريق نوجزهم في مايلي:

أ- الفريق الأول: حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأساس القانوني الذي يحكم سلطة الإدارة يتمثل في فكرة المرفق العام، وهي وحدها من تبرر ممارسة الإدارة لسلطاتها.

ب- الفريق الثاني: يرى أنصار الفريق الثاني أن فكرة المرفق لا تكفي لأن تكون الأساس الذي يحكم سلطات الإدارة بل يجب البحث في النية المشتركة للمتعاقدين للأخذ بأسلوب القانون العام.

ت- الفريق الثالث: يؤكد أنصار هذا الاتجاه على الطبيعة الذاتية للعقد فهي وحدها من يحكم الأساس القانوني لسلطات الإدارة . لأن القوانين و اللوائح و بنود العقد إذا ما نصت عليها، فإنها تكشف عنها و تبين كيفية استعمالها، و لا تنشئها.

خلاصة القول أن سلطات الإدارة أين كان الأساس القانوني الذي تستند إليه سواء عند النص عليها، أو لم ينص عليها، فإنها لازمة مادامت الإدارة مكلفة بتسيير المرافق العامة و تنظيمها وتستهدف من ورائها تحقيق الصالح العام . فهي ليست إمتيازاً ممنوحاً للإدارة بقدر ما هي أمراً لازماً للمحافظة على أداء المرافق العامة.

و الجدير بالذكر أن سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه من النظام العام التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، أو التنازل عنها لأي سبب من الأسباب.

الفرع الثاني: حق الإدارة في تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة

تثير سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي نوعاً من الصعوبة لدى الفقه و رجالات القانون يمكن ان يكون بسبب مصدرها فهي من إنشاء الفقه أو لخطورتها التي تمس بشكل مباشر مبدأ مهما من مبادئ النظرية العامة للعقود الإدارية ويتعلق الأمر هنا بمبدأ ثبات العقد، لذلك حاولنا

أن نضع أولاً مفهوما لهذه السلطة ثم نبين الفرق بينها و بين التعديل الاتفاقي في العقود الإدارية ومن بعد أساسها القانوني و أخير صور ومبررات وجودها في يد الإدارة.

أولاً: مفهوم سلطة التعديل الإفرادي في العقود الإدارية

قد لا نجد تعريفا جامعاً مانعاً يتطرق لسلطة التعديل نظراً لما حدث حولها من اختلاف فقهي بين من ينكر وجود سلطة الإدارة في تعديل العقد، و بين من يرى أنها مبالغ فيها و أخير من يثبت حق الإدارة في ممارسه التعديل، و هذا ما سنقدمه في ما يلي:

يرى الأستاذ "BENOIT" أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، و أن سلطات الإدارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد، إما مبالغ فيها (سلطة الإشراف و التوجيه)، أو أنها زائفة كلها فيما يخص سلطة التعديل الإفرادي لا وجود لها، و إنما تعتبر بكل بساطة تطبيقاً لنظرية فعل الأمير.

و يؤكد "JEZE" أن سلطات الإدارة لا توجد إلا في عقدين عقد الإمتياز و عقد الأشغال العامة ذلك لأن القوة الملزمة في العقد الإداري لا تختلف في العقود الخاصة، فلا يجوز التعديل إلا إذا نص عليها في الشروط اللاتحوية لأنها تنظم مراكز عامة دون المراكز التعاقدية كما هو الحال في عقد الإمتياز، أما في عقد الأشغال العامة فيجوز التعديل عندما يتضمن نصوص لاتحوية.

ويرى الأستاذ "PEQUIGNOT" أن سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري هي عنصر من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية، و هي سلطة عامة تشمل جميع العقود. ويمكن أن نستخلص من خلال الأقوال المتباينة أن سلطة الإدارة في التعديل العقد سواء تم النص عليها في العقد أو لم نص تفرضها اعتبارات كثيرة أهمها أن فكرة المصلحة العامة في حد ذاتها عرضة للتغير، كما أن النص على سلطة التعديل في بنود العقد تناقض فكرة العقد في حد ذاته.

ثانياً: الفرق بين سلطة التعديل بالإرادة المنفردة و التعديل الإتفاقي

لتوضيح معنى ان تمارس الإدارة سلطتها في تعديل الصفقات العمومية يجب التمييز بين أعمال صلاحيتها في التعديل الإفرادي و الأوضاع المشابهة لها خاصة بما يتعلق بالتعديل الإتفاقي أو الملحق وقد عرف المشرع الجزائري الملحق في المادة 136 بقوله: (يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، تبرم في جميع الحالات إذا كان الهدف زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة) . ومن خلال التعريف يمكن الوقوف على أهم

الفروق بين سلطة التعديل و التعديل الاتفاقي كون الملحق تعديل لا يعبر عن امتياز الإدارة في حين أن سلطة الإدارة في العديل تكون رغم إرادة المتعاقد، كذلك يمثل التعديل الاتفاقي عقد تلتقي فيه إرادة الإدارة و إرادة المتعاقد معها، أم سلطة التعديل فتكون بموجب قرار إداري صادرا بالإرادة المنفردة، لا يملك المتعاقد معها إلا أن يلتزم بالتنفيذ، أو الطعن في القرار أمام القضاء المختص. الذي يسعى لأن ينظر في مدى تناسب هذا الإجراء مع مقتضيات حسن سير المرفق العام من جهة، ومع الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة من جهة ثانية¹.

و تجدر الإشارة في هذا المقام إلى ضرورة التمييز بين الأعمال الجديدة و الأعمال الإضافية ذلك لأن العمال الجديدة التي تظهر بعد إبرام الصفقة يكون موضوعها غريبا عن العقد الأصلي، فلا يمكن للإدارة حينها أن تفرضها عن المتعاقد لعدم صلتها بالمرفق، في حين تعتبر الأعمال الإضافية - و إن كانت لا تتصل بالعقد - متوقعة في قائمة الأسعار و محددة و مثال ذلك في عقد الأشغال العامة، كأن تطلب الإدارة من المتعاقد بناء أقسام إضافية غير تلك التي تم الاتفاق حولها في العقد².

ثالثا: الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي

من الأهمية بمكان إبراز أساس سلطة الإدارة في تعديل الصفقات العمومية، خاصة أنها تصدر في شكل قرار إداري لا يختلف عن أي قرار آخر قادرا على إحداث آثار تؤثر على أطراف العقد مما يجعل منها سلطة ذات خطورة كبيرة في مجال الصفقات العمومية

1- أساس سلطة التعديل مستمد من السلطة العامة:

يرى بعض الفقهاء بالاضافة لما تتمتع به الإدارة من حقوق إعتيادية يقرها لها العقد تمتلك إمتيازات سلطوية أي أن أساس سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي يقوم أساسا على فكرة السلطة العامة، وهي مظهر من مظاهرها . و نجد على رأس هؤلاء كل من الأستاذ "PEQUIGNOT" و "BERNIER" حيث يرى الأول بأن تعديل الإدارة لعقوده هو مظهر من مظاهر السلطة العامة تباشره بامتياز التنفيذ المباشر في حين يرى الثاني أن ممارسة الإدارة سلطتها في التعديل أثناء التعاقد تراعي فيها تحقيق الصالح العام³.

1 محمد رضا جنبح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، سوسة تونس، ط(2)، 2008، ص153.

2 تأمر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2011 ص 35.

3 محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان 2013 2014 ص 34.

و قد تأثر الفقهاء العرب بأساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بناء على معيار السلطة العامة وعلى رأسهم الأستاذ سليمان الطماوي الذي يؤكد على ذلك بقوله؛ (عندما تتدخل الإدارة لأستعمال صلاحيتها في تعديل العقد، فإنها تتدخل بصفقتها ممثلة للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام، ومن واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة واستغلالها وإدارتها)¹.

- نقد أساس السلطة العامة:

و قد لقي هذا الأساس انتقادات كثيرة نذكر منها أن قيام سلطة التعديل على أساس فكرة السلطة العامة يجعل من الإدارة في مجال العقود تظهر بمظهرين، مظهر الدولة و مظهر المتعاقد وهذا يكرس فكرة ازدواج الشخصية في العقود الإدارية، كما أن الاستناد للسلطة العامة أثناء التعديل يجعل منها بعيدة عن العقد و قائمة خارج الرابطة التعاقدية، حيث يمكن فصلها عن العقد الإداري.

2- أساس سلطة التعديل مستمد من احتياجات المرفق العام:

و يرى البعض أن قيام سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بالإرادة المنفردة يقوم على أساس احتياجات المرافق العامة، و على رأس هؤلاء نجد الأستاذ "A. DE LAUBADERE" حيث يري أن احتياجات المرفق العام هي التي تدفع الإدارة إلى إجراء التعديلات. و يستند هؤلاء إلى تأييد مجلس الدولة الفرنسي لهذا الأساس في قضية "COMPAGNE GENERAL FRONCAISE DES TRAMWAYS"².

و يبدو أن الرأي الذي يجمع حوله معظم الفقهاء، و الأكثر قبولاً و هو أن أساس سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقود الإدارية يقوم على فكرة المرفق العام وهذا ما عبر عنه سليمان الطماوي بقوله: (لا يمكن اعتبار التعديل مظهر من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة، وإنما هي نتيجة مباشرة لفكرة مقتضيات حسن سير المرافق العامة)³.

¹ د: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 385.

² أقر مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة حق الإدارة في التعديل بالإرادة المنفردة في قرار له صادر بتاريخ 10 جانفي 1902 في قضية gaz de devillees.rouen.gaja n9، ثم أكد هذا المسلك في قرار 2 فيفيري 1983 في قضية union de transports publics et regionaux

³ د: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 456.

رابعاً: صور و مبررات التعديل في الصفقات العمومية

1- صور التعديل:

تختلف صور التعديل باختلاف العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، و هذا ما عبر عنه ثروت بدوي بقوله؛ (سلطة الإدارة في استعمال صلاحيتها لتعديل شروط العقد الإداري تشمل العقود الإدارية جميعاً، و لكن مدى هذه السلطة يختلف باختلاف العقود، و مدى اتصالها بالمرفق الذي تبرم العقد من أجله، و باختلاف مدى اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق، أو أهمية ما يقدمه من خدمات لسير المرفق العام، و في طبيعة تلك الخدمات)¹.

و يبدو من خلال ما ذهب إليه ثروة بدوي أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي تختلف من عقد لآخر، فهي تزيد في عقد الأشغال العامة، و تنقص في عقد التوريد، و هكذا مع باقي العقود . لكن ما يهمنا هو ما يمكن أن تتخلى فيه هذه السلطة، حيث تجمع الدراسات على أن مظاهر التعديل لا تتعدى ثلاثة مظاهر، و تتمثل في تعديل كمية الأعمال، أو تعديل وسائل التنفيذ، أو التعديل في مدة التنفيذ.

أ- التعديل في كمية الأعمال: يمكن للإدارة تماشياً مع المستجدات و عند الاقتضاء ان تعدل في كمية الأعمال أو حجم الأداءات بسلطتها المنفردة وذلك بموجب قرار إداري تحوز على قوة النفاذ حال صدوره، كأن تزيد من التزامات المتعاقد معها أو تنقص وفق الشروط التي يتطلبها القرار الإداري .

ب- التعديل في وسائل التنفيذ: في حال ظهور مستجدات تدعو الإدارة للتدخل خاصة عند ظهور أخطاء في الدراسة التقنية تستطيع الإدارة إصدار قرارات إدارية تلزم فيها المتعاقد بتغيير طريقة التنفيذ و إصلاح الأوضاع وفقاً للمستجدات و ضمان التنفيذ المثالي.

ت- التعديل في مدد التنفيذ: يمكن للإدارة أن تمدد في أجال التنفيذ عند الاقتضاء أو تسرع في العملية بإرادتها المنفردة

2- مبررات التعديل:

يقول الفقيه " BONNARD " في هذا الصدد: (في نطاق العقود الإدارية لا تطبق قاعدة الاستقرار العقدي بدقة ...، بل إن الإدارة تستطيع في كل لحظة الخروج عن الأصل التعاقدى لتفرض إفرادياً تعديلات على شروط العقد).

¹ نقلاً عن ثامر مبارك عوض المطيري، 2011 المرجع السابق، ص 23.

من خلال هذه العبارة يمكن القول بأن موجبات التعديل التي تفرضها الإدارة على المتعاقد هي المرونة التي يتمتع بها العقد الإداري على نقيض ما هو موجود في العقود المدنية، وأن سلطات الإدارة تجد أساسها الأول في فكرة المرفق الذي يتطلب الإستمرارية و التغيير بانتظام، كما أن الإدارة هي القائمة دائماً على حسن سير المرافق يلزمها بالتدخل للمحافظة على الصالح العام.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات و إنهاء الصفقة

تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها نظامين من السلطة يتمايزان بإرادتها المنفرد و يتمثلان في مايلي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

لإبراز صلاحيات الإدارة في توقيع الجزاءات يجب التعريف بسلطة توقيع الجزاء و تبيان الأساس الذي تستند عليه عند ممارستها لهذه السلطة و هذا ما سوف نذكره في ما يلي:
أولاً: تعريف سلطة الإدارة في فرض الجزاء

الجزاء في العقود هو ذلك الأثر الذي يترتب بقوة القانون، نتيجة إخلال أحد أطراف العلاقة التعاقدية بنود العقد، و يمكن تعريفه أيضاً على أنه حق الإدارة في إصدار القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بتوقيع الجزاءات اتجاه المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماته ، وتنفيذ هذه القرارات بصورة تلقائية دون المرور على القضاء¹.

ثانياً: الأساس القانوني

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة عند توقيعها جزاءات على المتعاقد معها إعمالاً لسلطتها بالإرادة المنفردة، و ذلك بسبب خطأ المتعاقد نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، كأن يتمتع عن التنفيذ العقد من تلقاء نفسه ، أو ينفذ بطريقة مخالفة لما تمليه عليه بنود العقد، أو يؤخر مواعيد التنفيذ، أو يتنازل عن العقد كلية لمقاول من الباطن، أو لا يحترم الأوامر. يكمن محور الإختلاف في ثلاثة اتجاهات²:

أ- الاتجاه الأول:

يرى بأن أساس سلطة توقيع الجزاء يتمثل في تمتع الإدارة من امتياز التنفيذ المباشر وعلى

¹ نقلاً عن سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 271

² بن شعبان على، أثار عقد الأشغال على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة 2012، 2011، ص 96 و ما بعدها.

رأسهم كل من الأستاذ "JEZE" و "PEQUIGNOT" فيرى "جيز" أن سير المرفق بانتظام و اطراد تسليح الادارة بسلطة التنفيذ المباشر الذي يسمح لها باتخاذ قرارات صارمة في إطار القانون العام"، في حين يرى بيكينو بأن "سلطة الإدارة في توقيع الجزاء يتعدى العقد الذي يجمعها مع المتعاقد، فتستطيع أن تلزم المتعاقد معها دون الحاجة إلى وجود نص يقضي لها بذلك".

ب- الإتجاه الثاني:

يرجع أنصار هذا الاتجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معا إلى فكرة السلطة العامة وعلى رأس هؤلاء نجد كل من HOURIOUE و FLAMME و VEDEL، حيث يجمع هؤلاء على أن سلطة توقيع الجزاء حق من حقوق الإدارة توقعه من باعتبارها سلطة عامة، في ذات الوقت يعبر عن الالتزامات التي تقع على عاتقها أثناء قيامها بتسيير المرافق العامة. فيقول VEDEL: (سلطة الإدارة في مجازة المتعاقد معها بمقتضى عقد إداري في حال سكوت نصوص العقد ينبع من فكرة السلطة العامة)¹.

ب- الاتجاه الثالث:

و يرى أنصار هذا الاتجاه بأن أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ينبني على فكرة المرفق العام . و على رأس هؤلاء نجد الفقيه a.de laubadère الذي يؤكد بأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف جميع أوجه الاخلال بالتزامات التعاقدية فحسب بل تهدف إلى كفالة حسن سير المرافق العامة². و خير ما يعبر عن مشكلة أعمال الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، ما ذهب إليه الأستاذ سليمان الطماوي بقوله: (إن الإدارة إذا كان لها حق توقيع الجزاء بنفسها، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء، و من ثم لها أن تسلك الطريق الحويط، فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي تراه مناسبا حتى تؤمن جانب المسؤولية)³.

ت- موقف المسرع الجزائري:

و يبدو من خلال مل تقدم أن كلا من الفريقين يريد أن يكرس لأساس يتناسب و اتجاهاته

¹ سعيد عبد الرزاق باخبييرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص75.

² سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 77.

³ د: سليمان الطماوي، الأسس العانة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 495.

الفكرية، لأن الراجح من القول أن امتياز التنفيذ المباشر هو مظهر من مظاهر السلطة العامة و إن كان هذا الأخير من المعايير المنتقدة في القانون الإداري. كما أن الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة ليست واحدة، فمنها ما يتوجب ادراجه في دفاتر الشروط الزاميا كما هو الحال عند فرض غرامات التأخير مما يثبت بأن أساس السلطة العامة و أساس التنفيذ المباشر غير كافيين من الناحية العملية، فبنود العقد أيضا تشكل أساسا إضافيا يكرس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء، وهذا ما تبناه المشرع عندما اعتبر العقوبات المالية جزءا لا يتجزأ من الصفقة العمومية حسب نص المادة 147 من المرسوم الحالي.

ثالثا: أنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة بسلطتها المنفردة

يعتبر توقيع الجزاءات في القضاء الإداري الفرنسي حق من حقوق الإدارة، و إن لم ينص عليه في بنود العقد . تستطيع أن توقعه على الملتزم بإرادتها المنفردة، و دون الحاجة إلى استصدار حكما من القضاء . و تنقسم الجزاءات في نظر الفقهاء إلى جزاءات مالية، و أخرى ضاعطة (غير مالية) ، و جزاءات تسمح بإنهاء العقد. وهذا ما سوف تأتي على تفصيله في ما يلي:

1- الجزاءات المالية:

سلطة الإدارة في مصادرة التأمين و يتمثل التأمين في شكلين اثنين:

أ- التأمين الابتدائي: وهو نسبة محددة من العطاء يتقدم بها المتعهدون كدليل على الجدية في التعاقد مع الإدارة و نظم المشرع الجزائري أحكام هذا الضمان في المادة 125 من المرسوم 15-247 بقوله؛(يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم التي تتجاوز مبالغا الحدود المنصوص عليها في المادة 184 من هذا المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق واحد من المائة من مبلغ العرض . ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط...)و يكون مصدر كفالة تعهد (التأمين الابتدائي) من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، و تصدر كفالة تعهد الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

ب- التأمين النهائي: و يمكن تعريفه على أنه نسبة مالية تقدم من طرف الحائز على الصفقة دون سواه كضمانة منه للوفاء بتنفيذ الالتزامات طبقا لشروط العقد وفي المواعيد

المحددة وقد بين المشرع الجزائري أحكام ضمان حسن التنفيذ في المواد 128 و 129 وما بعدها.

ففي المادة 133 حدد المشرع نسبة كفالة حسن التنفيذ بـ 05 بالمائة إلى 10 بالمائة من مبلغ الصفقة وذلك حسب طبيعتها و أهمية الخدمات من 1 إلى 5 بالمائة بالنسبة للصفقات التي لا تتعدى مبالغها ما هو منصوص عليه في المطة 1 إلى المطة 4 من المادة 184. و في صفقة الأشغال التي لا تتعدى ما هو منصوص عليه في المطة الأولى من المادة 184 يتم اقطاع حسن التنفيذ بـ 05 بالمائة من مبلغ الأشغال بدلا من كفالة حسن التنفيذ والتي يجب أن ينص عليها في دفتر الشروط. و يعفى الحرفيون والفنيون والمؤسسات المصغرة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، في حالة ميزانية سنوية تودع المصلحة المتعاقدة اقطاع حسن التنفيذ لدى المحاسب العمومي. و تسترجع كفالة حسن التنفيذ و اقطاعات الضمان كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.

و الجدير بالذكر أن الإدارة تستطيع مصادرة التأمين متى تبين لها أن المتعاقد قد أخل بالتزامات التي تقتضيها العقد أو تبث لها الضرر دون الحاجة إلى القضاء مما يدل على أن سلطة الإدارة في مصادرة التأمين سلطة تقديرية تملك إزاءها كامل الحرية في التنفيذ المباشر و اختيار وقت التنفيذ.

- سلطة الإدارة في التعويض:

و يقصد بها حق الإدارة في المطالبة بجبر الضرر الذي لحقها نتيجة إخلال المتعاقد و ارتكابه لخطأ موجب للتعويض¹. فيفترض في تعويض الإدارة ثبوت المسؤولية التقصيرية من طرف المتعاقد معها، المتمثلة في حدوث الضرر و وجود الخطأ و العلاقة السببية بينهما. و قد درج القضاء على منح الإدارة كامل الصلاحية في فرض مقدار التعويض الذي تراه مناسبا حيث تتسع سلطتها التقديرية.

¹ يكمن الفرق بين التعويض والغرامة التأخيرية بأن الضرر فيها مفترض ولا يلزم اثباته من طرف الجهة الإدارية، ولا يستطيع المتعاقد الاحتجاج بعدم وقوعه. بينهما التعويض فيلزم الإدارة بإثبات الضرر الواقع والعلاقة بينه وبين السبب المحدث له، كما ينتطبع المتعاقد بدفع الضرر. أنظر كبات رفيق يونس المصري مناقصات العقود الإدارية ص 54 و ما بعدها.

- سلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير :

تتمثل غرامة التأخير في مبلغ نقدي يتم بطريقة جزافية و يتضمن وجوبا في العقد بصفة قبلية تتميز بأنها إتفاقية، و تتم طريقة تلقائية بمجرد حدوث التأخير في عملية التنفيذ حسب طبيعة كل عقد .

و قد بين المشرع الجزائري أحكامها في القسم الثامن و بالتحديد في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث عدها عنصر من عناصر الصفقة التي يجب أن تتضمن في دفتر الشروط العقوبات المالية، و كيفية فرضها، أو الإعفاء منها بشرط أن يكون ذلك بقرار يتخذه مسؤول المصلحة المتعاقدة. و لا يكون الإعفاء منها إلا في حالتين اثنتين . في حال توقف الأشغال، و في حال وجود قوة قاهرة تمنع التنفيذ، بشرط تقديم شهادة إدارية تثبت ذلك فلم يشأ المشرع أن يترك للإدارة سلطة تقديرية في فرضها، أو الإعفاء منها، فهي بذلك تدخل في نطاق الاختصاص المقيد.

$$p = \frac{m}{7d} \quad \text{كيفية حساب غرامة التأخير}$$

2- الجزاءات التعاقدية غير المالية:

وهي الجزاءات الضاغطة تهدف الإدارة من ورائها الضغط على إرادة المتعاقد و دفعه إلى تنفيذ التزاماته التعاقدية، فلا تلجأ إليها الإدارة إلا في حال الاخلال الجسيم من طرف المتعاقد فيحق للإدارة الحلول مكان المتعاقدمعها، و القيام بتنفيذ التزاماته بطريقة مباشرة، أو احلال غيره للتنفيذ على حسابه . و يتخذ أشكال، ففي عقود الإمتياز تستطيع الإدارة وضع المرفق تحت الحراسة (mise sous séquestre)، و يمكن أن تحل محل المتعاقد (mise en régie).

3- سحب العمل و التنفيذ على حساب المتعاقد

و هو بمثابة إجراء مؤقت لا ينهي الرابطة التعاقدية فتقوم الإدارة بتنفيذ الأشغال بنفسها أو تعيين الغير لينفذ على حساب المتعاقد الأصلي فيحق للمتعاقد المسحوب منه التنفيذ أن يراقب عملية التنفيذ مقابل تحمله للنفاقات و المصاريف، فإذا نفذ العمل بتكلفة أقل فلا يحق له المطالبة بالفائض من القيمة ويشترط لذلك أن يكون المتعاقد قد وقع في خطأ جسيم كعدم تقيده بشروط العقد، أو عدم الامتثال للأوامر المصلحية.

4- الفسخ الجزائي للعقد

و يكون بحكم القانون من دون أن يستدعى الأمر حدوث خطأ من المتعاقد، و مثال ذلك ما ورد في دفتر الشروط العامة CCAG كأن يفسخ العقد في حال وفاة المتعاقد مع الإدارة، أو في حال التسوية القضائية، أو في حال ارتكاب عملية غش . و يكون دون الحصول على تعويض¹.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة من جانب واحد

يجب التمييز بين النهاية الطبيعية للعقود الإدارية وإنهاء العقد من طرف الإدارة استنادا لإرادتها المنفردة، ففي النهاية الطبيعية ينتهي العقد بتنفيذ الالتزامات التعاقدية . وقد ينتهي العقد بأساليب أخرى باتفاق الطرفين على ذلك، أو بفعل القوة القاهرة، أو استحالة التنفيذ في حال هلاك محل العقد. إلا أن ما يعنينا في هذا الصدد أن يكون إنهاء العقد يتدخل الإدارة بسلطتها الانفرادية أي إنهاء العقد أثناء جريان التنفيذ . وهو ما يطلق عليه في الفقه و القانون الفسخ الإداري

أولاً: الفسخ الإداري²:

و هو الفسخ عن طريق تدخل الإدارة، و يكون في ثلاثة حالات ، في حال ما إذا تضمن العقد أو النصوص التشريعية، أو التنظيمية شرطا فاسخا يسمح للإدارة بإعمال سلطتها في الإنهاء أو في حال إنهاء الإدارة للعقد بداعي للمصلحة العامة، دون الحاجة إلى إقرار هذا الحق في بنود العقد، أو إثبات خطأ المتعاقد، أو اللجوء إلى القضاء في حال ارتكاب المتعاقد مخالفة جسيمة لأحد الشروط.

و من الأسئلة التي تطرح نفسها بشدة؛ لماذا يمكن أن تطالب الإدارة بفسخ العقد مع إمكانية قيامها بذلك؟

وهذا ما يفسر بندرة وقوع هكذا أمر، مما يرجح فرضية أن الفسخ الإداري هي سلطة لتوقيع

¹ وقد تتعدد صور الفسخ في القانون فمنها الفسخ الاتفاقي، والفسخ بقوة القانون والفسخ بسبب هلاك محل التعاقد و الفسخ القضائي.

² و تجدر الإشارة أن الفرق بين الفسخ الإداري و الفسخ القضائي أن هذا الأخير يمكن أن يكون بطلب من المتعاقد بناء على استحالة التنفيذ أو اختلال التوازن المالي بشكل فادح أو بطلب من الإدارة عندما تختار اللجوء إلى القضاء. إلا أن الإدارة في عقود الالتزام لا يمكنها إنهاء العقد إلا باللجوء إلى القضاء كقاعدة عامة. أنظر في هذا الشأن محمد رضا جنيح، القانون الإداري، ص 260.

الجزء أكثر من كونها سلطة إنهاء للعقد . مما يجعل سلطة إنهاء العقد تتحقق في حالة واحدة عندما تتخذها الإدارة تطبيقاً لفكرة المصلحة العامة.

ثانياً: الفسخ القضائي

و يتم باللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم بفسخ العقد ويتخذ ثلاثة صور:

الفسخ بسبب القوة القاهرة.

الفسخ كجزاء للاخلال بالإدارة بالتزاماتها العقدية.

الفسخ كوازن لحق الإدارة في التعديل.

المبحث الثاني: القيود الواردة على سلطات الإدارة في مرحلة التنفيذ

إذا كانت الإدارة في مجال العقود الإدارية وفي منطقة تنفيذ العقد بالذات تمتلك سلطة تقديرية واسعة إن ذلك لا يعني أنها تمتلك المقدر على أعمال هذه الامتيازات بصفة مطلقة، بل ترد عليها مجموعة من القيود التي تحد من سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وفي مواجهة القانون . لذلك قسمنا هذه القيود إلى فئتين لنعرض كل فئة في مطلب . وقد حصصنا المطلب الأول للقيود التي ترد على أعمال الإدارة لسلطاتها وهي في حقيقة الأمر ضمانات حقوق المتعاقد معها، وفي المطلب الثاني نتعرض للقيود التي تفرض على سلطات الإدارة من حيث خضوعها للمشروعية

المطلب الأول: ضمانات المتعاقد في مواجهة أعمال الإدارة لسلطاتها في مرحلة التنفيذ

الفرع الأول: ضمانات المتعاقد مع الإدارة

يجب التمييز في باب الضمانات التي يستحقها المتعاقد مع الإدارة بين ما هو مقرر في النظرية العامة للعقود الإدارية، و بين ما هو خاص بالعقود الإدارية، أي بين المقابل المالي و المزايا الإضافية الأخرى الذي يحصل عليه المتعاقد من طرف الإدارة، فهي ملزمة بالوفاء و يكون عند انتهاء إنجاز الخدمة كقاعدة عامة . واستثناءً يمكن أن يكون عن طريق أقساط أو تسبيقات، أما الضمانات التي يمنحها العقد فتتمثل في حق الحصول على تعويض مناسب كلما تعرض المتعاقد إلى ظروف تؤثر في وضعه المالي نتيجة تحمله أعباء إضافية مما يلزم الإدارة بإعادة التوازن المالي الذي يمثل جزء لا يتجزء من النظام القانوني في العقود الإدارية وهذا ما عبر عنه محمد رفعت بقوله: (في الغالب ما يطالب المتعاقد الإدارة بتعويضات مالية تنشأ له بناء على العقد، إما بسبب عدم تنفيذ الإدارة لبعض التزاماتها لمعاونته في تنفيذ العقد وإما لأنها عدلت العقد بإرادتها المنفردة كامتياز سلطة وألقت عليه أعباء جديدة، وإما لأن الإدارة

ألغت العقد مثلا للصالح العام، أو أنها فسخته بإرادتها المنفردة مدعية بتقصيره في تنفيذ التزاماته كمتعاقد)¹. ويتم ذلك في الحالات التالية:

أولا: نظرية الصعوبات غير المتوقعة (théorie des sujétions imprévues)

يستند في تطبيق هذه النظرية لوجود صعوبات مادية عند تنفيذ العقد، فكلما تعرض المتعاقد مع الإدارة إلى صعوبات تكون خارجة عن إرادة الطرفين، و لم يكن بوسعهم توقعها أثناء الإبرام فيترتب على حدوثها أعباء غير عادية يجوز للمتعاقد المطالبة بالتعويض. وتجدر الإشارة أن هذه النظرية تجد لها مجالا حسبا عند تطبيقها في عقود الأشغال العامة فقد يصدم المتعاقد بعوائق مادية مثل هشاشة الأرض المعدة للبناء، أو وجود مياه جوفية تثقل كاهله.

ثانيا: نظرية فعل الأمير (théorie du fait de prince)

وتعرف أيضا بالمخاطر الإدارية للعقد (les aléas administratifs) و تفيد بأنه كل اجراء يمكن أن تتخذه الإدارة من شأنه أن يحمل المتعاقد معها أعباء إضافية تؤثر على كلفة العقد تكون أساسا للمطالبة بالحق في التوازن المالي، كأن تتخذ الإدارة قرارا فرديا يشترط فيه أن لا يكون تطبيقا للحقوق المتعاقد عليها². وإنما على أي أساس آخر. و تجد هذه النظرية تطبيقاتها في حال إعمال الإدارة لسلطاتها في التعديل الإفرادي للعقد³. ويشترط لتطبيقها حدوث الضرر للمتعاقد، و أن يكون غير متوقع، و أن تكون هناك مستجدات دفعت بالإدارة لإعمال سلطاتها

ثالثا: نظرية الظروف الطارئة (théorie l'impévsvion)

و تتعلق هذه النظرية بالمخاطر الاقتصادية تعود تطبيقاتها الأولى لمجلس الدولة الفرنسي سنة 1916 و يتوقف تطبيق نظرية الظروف الطارئة على مجموعة من الشروط⁴ نذكرها في مايلي:

1 د: محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط(2)، 2005 ص369.

2 لأن في هذه الحالة لا يكون هناك تعويض على ما هو شرعي، و تعرف تطبيقات نظرية فعل الأمير استثناءات، كأن يصدر قرار على شخص غير مختص، فيؤثر قراره على تكلفة العقد، فيكون التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة. ومثال على ذلك صدور قرار من وزير لقطاع آخر يمنع إستيراد مواد أو غير ذلك، فيؤثر بطريقة غير مباشرة على العقد. 3 وتجدر الإشارة في هذا المقام أن تطبيق نظرية فعل الأمير لا يشترط فيها أن يكون العمل صادرا عن المصلحة المتعاقدة، بينما سلطة التعديل يجب أن تصدر على الجهة المختصة وجوبا. و عليه يكون الحكم بالتعويض على الإدارة صورة من صور تطبيق نظرية فعل الأمير

4 محمد الشافعي أبوراس، القانون الإداري، بدون طبعة ولا سنة للطبع، www.Pdffactory.com ص279.

- حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة مثل حدوث تقلبات في أسعار السوق، أو حدوث كوارث طبيعية أدت على زيادة الطلب على المواد و ما يصحبه من تغير في الأسعار.
- يجب أن تكون الظروف أجنبية عن العقد و إلا أصبحت من قبيل المسؤولية التعاقدية.
- أن يوجد خطر جسيم من شأنه أن يهدد النظام العام.
- أن لا تكفي الإجراءات العادية لمواجهة هذا الخطر
- أن تستهدف الإدارة في تصرفاتها تحقيق المصلحة العامة.
- أن تسعى إلى تحقيق الملائمة بين الظرف لذي يهدد النظام العام و بين الإجراء المتخذ لمواجهة.

الفرع الثاني: حقوق المتعاقد في التعويض و فسخ العقد

- يمتلك المتعاقد مع الإدارة حقوقا عند إعمالها لسلطة الإنهاء أو فسخ العقد و ذلك في تقاضي المقابل المالي و يظهر هذا الحق في صورتين:
- أولاً: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض
- إذا توافرت التعويض فإن حق المتعاقد في الحصول على التعويض بات لا يمكن أن تنتكر الإدارة لذلك . مع ذلك يمكن أن يكون التعويض كاملا كمل يمكن أن يكون جزئيا، و السبب في هذا التباين فكرة الأساس القانوني الموجب للتعويض . وهنا اختلف الفقهاء في ما بينهم في كيفية احتساب التعويض وهذا ما سوف تعرضه في ما يلي:
- في حال حدوث الضرر دون خطأ من الإدارة:
- و يكون التعويض كاملا فيعوض المتعاقد على الخسارة التي لحقت به و يعوض على ما فاته من ربح تطبيقا لنظرية فعل الأمير .
- في حال حدوث الضرر لخطأ الإدارة:
- تثور في هذه الحالة المسؤولية العقدية و يعوض المتعاقد تعويضا كاملا، مع ذلك يجب تحري الخطأ المحتمل من طرف المتعاقد واستغراق خطأ أحدهما للآخر .
- حال حدوث الضرر لخطأ غير متوقع:
- في هذه الحالة تطبق نظرية عدم التوقع ويكون تعويض المتعاقد عن الضرر جزئيا.
- ثانياً: حق المتعاقد مع الإدارة في المطالبة بفسخ العقد
- يحق للمتعاقد مع الإدارة عند إعمالها لسلطتها خاصة في تعديل الصفقة من جانب واحد أن يمارس حق أن يبادر أمام الإدارة بطلب إصلاح الأوضاع خاصة إعادة التوازن المالي للعقد

جراء التعديل من خلال التسوية الودية التي نظم المشرع الجزائري أحكامها في المادة 153 من المرسوم الحالي التي تهدف إلى تحقيق الحل الوادي للمنازعات التي تنشأ إثر تنفيذ العقد وذلك من أجل تحقيق التوازن المالي والتوصل إلى إنجاز الصفقة في أسرع الآجال. وفي حال عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 من المرسوم 15-247. وقد نوه المشرع الجزائري على ضرورة إدراج إجراء التسوية في دفتر الشرط قبل أي مقاضاة، أما إذا لم تجدي التسوية الإدارية فيحق للمتعاقد المطالبة بفسخ الصفقة في الحالات التالية:

- إذا ما تجاوزت الإدارة (المصلحة المتعاقدة) الحد الأقصى من التعديلات.
 - إذا ثبت فرض تعديلات جديدة، أو لا علاقة لها المرفق وليست إضافات حقيقة.
 - إذا أدى التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد المبرم مع المتعاقد.
- فيحق للمتعاقد حينها أن يطالب بفسخ العقد في أجل شهرين من صدور قرار التعديل و إذا لم يبادر في طلب ذلك في الأجل يعتبر ذلك تنازل منه على حقه في طلب الفسخ.

المطلب الثاني: القيود التي تفرض على سلطات الإدارة من حيث خضوعها للمشروعية

و يصطلح عليها الحدود القضائية قوامها المحافظة على التوازن بين المصلحة العامة التي تتبناها الإدارة ، وحماية الحقوق الفردية ، و الالتزام بمبدأ المشروعية . وإن كانت سلطات الإدارة تظهر في صور مختلفة منها ما يعد قرارات إدارية بمعنى الكلمة مثل الأوامر المصلحية التي تصدرها الإدارة أثناء إعمالها لسلطتها الرقابية، ومنها أيضا ما تصدره الإدارة عن سلطاتها كفرض غرامات التأخير، أو فسخ الصفقة، أو إنهاؤها بدوعي المصلحة العامة، فإن القضاء لم يترك المجال لسلطة الإدارة أن تكون مطلقة ، بل أخضعها لمجموعة من الضوابط نذكرها في ما يلي:

الفرع الأول: القيود العامة على سلطة الإدارة أثناء مرحلة التنفيذ

وهي بمثابة الشروط التي تقع على عاتق الإدارة عند إعمالها لسلطاتها اتجاه المتعاقد معها التي توجزها في ما يلي:

أولاً: القيود العامة المفروضة على سلطتي الإدارة في الرقابة و التعديل

1- القيود التي ترد على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

حق الإدارة في فرض الرقابة و توجيه المتعاقد معها من النظام العام فلا يجوز بأي حال

من الأحوال أن تنتازل عن حقها في فرض الرقابة، أو أن تتفق مع المتعاقد على غير ذلك وإن لم ينص عليه في العقد مع ذلك يرد على هذا الحق مجموعة من الشروط ندرها في مايلي:

- أن لا تتعد الإدارة في ممارسة هذا الحق عن الغاية من الرقابة و التوجيه للمتعاقد.
 - أن لا تتجاوز حدود الرقابة على المتعاقد.
 - أن لا تقضي الرقابة إلى قلب مقتضيات العقد.
- 2- القيود التي ترد على سلطتها في التعديل

حق الإدارة في التعديل بإرادتها المنفردة وإن كان متعرفا به في القضاء و الفقه فإن ذلك لا يعني امتلاك الإدارة للسلطة المطلقة في تعديل العقد من جانب واحد دون أن تتحقق من الموازنة بين الغاية من التعديل والحقوق المشروعة للمتعاقد، لأن الاستناد لفكرة عدم ثبات العقود لا يزيل عن العقد قوته الملزمة¹، معها لذلك ينبغي أن تراعي في تعديلها للعقد مجموعة من الشروط نذكرها في مايلي:

- أن حق الإدارة في التعديل يرتبط بتطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة، أو الظروف الطارئة أو فعل الأمير.
- أن يكون التعديل متصل بموضوع العقد.
- أن تكون هناك مستجدات طارئة لم يكن بوسع الطرفين توقعها أثناء إبرام العقد، و أن عدم القيام بها يحول دون تنفيذه.
- أن لا يؤدي التعديل إلا تغيير الصفة الجوهرية في العقد.
- أن لا يتعدى التعديل المزايا المالية للمتعاقد.
- أن يكون التعديل صادرا على الإدارة المتعاقدة صاحبة الاختصاص.

ثانيا: القيود العامة المفروضة على سلطتي توقيع الجزاء وإنهاء الصفقة

1- القيود التي ترد على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

بمأن الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة على المتعاقد متنوعة فقد تكون جزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة، أو جزاءات منهيّة للصفقة . فإن أعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاء يرد عليه مجموعة من الضوابط تحد دون تعسف الإدارة في إستعمال هذا الحق من أجل الإضرار بالمتعاقد معها يمكن أن نوجزه في ما يلي:

1 عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين العرق، المجلد9، العدد17 ، كانون الأول،2006، ص09.

أن يكون قرار توقيع الجزاء مشروعاً فإذا ما وقعت الإدارة جزءاً على المتعاقد دون مبرر فإن ذلك يحملها قيام المسؤولية العقدية، كأن تصدر الإدارة التأمين النهائي و الذي لا يكون إلا في حال فسخ العقد، أو في حال تنفيذ الإدارة لالتزامات المتعاقد على حسابه الخاص. و لذلك يمكن أن نوجز الشروط التي تعترض الإدارة في إعمالها لسلطتها عند توقيع الجزاء في ما يلي:

- أن يكون الخطأ صادر على المتعاقد بشكل لا يفضي إلى الشك.
 - أن يكون قرار توقيع الجزاء صادراً على صاحب الاختصاص الذي يعد من النظام العام.
 - أن يتم إعدار المتعاقد وجوباً وأن يبلغ للمخاطب به في الأجل القانونية، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المسلك في صريح المادة 149 من المرسوم 15-247 بقوله: (إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعداراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محددو إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد . و يمكنها كذلك القيام بالفسخ الجزئي).
- و يمكن أن نستشف مما ساقه المشرع في المادة المذكورة أعلاه أن شرط توقيع الجزاء مرتبط بإعلان المتعاقد عدم التنفيذ بشكل صريح لا يترك مجالاً للشك.

2- القيود التي ترد على سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة و دون وجود خطأ من المتعاقد معها عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك، وإن كان هذا الحق يتعلق بالمصلحة العامة و هي مصطلحاً واسعاً يصعب تحديده، فإن ذلك لا يعفي المصلحة المتعاقدة من شرط اخطار المتعاقد قبل إنهاء الصفقة بمدة كافية، كما يجب أن تلتزم الإدارة بممارسة سلطتها في إطار مبدأ المشروعية.

الفرع الثاني: القيود التي ترد على سلطة الإدارة بفعل الرقابة القضائية

يتخل القضاء بمناسبة كل منازعة إدارية، وإن كان الأصل في منازعات تنفيذ العقود الإدارية ترجع لولاية القضاء الكامل، فإن ذلك يثير نوعاً من الغموض في ما يخص القرارات التي تتخذها الإدارة التي تقضي بتعديل العقد بالإرادة المنفردة و السبب في ذلك أن العقد الإداري يمكن أن يتضمن نوعين من الشرط، طائفة الشروط التشريعية و تنظيمية و طائفة من الشرط التعاقدية وعليه يمكن أن نبين ما يلي:

أولاً: رقابة القضاء على سلطات الإدارة في مرحلة التنفيذ

1- المنازعات العقدية الخاضعة للقضاء الكامل:

من الدعوى التي يتولاها قاضي العقد الدعوى الرامية لبطلان العقود، أو تلك العادي الرامية للحصول على مبالغ مالية أ، دعوى فسخ العقد

2- المنازعات الرامية لوقف تنفيذ القرار الإداري:

يمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لوقف تنفيذ قرار إداري بفسخ الصفقة، وقرار يقضي بوضع المشروع تحت الحراسة و غيرها من القرارات التي يمكن أن تحدث أثر يستحيل إدراكه.

3- قضاء الإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد:

يرتب الفقه و القضاء الإداريين بعض الاستثناءات التي يمكن اللجوء فيها إلى قضاء الإلغاء في المنازعات الناشئة من منظمة تنفيذ العقد وقد بينها مجلس الدولة الفرنسي في حالتين:

- في حال القرارات المتعلقة بالمستفيدين من خدمات المرفق العام في عقد الامتياز صدور.

- في حال صدور القرار استنادا للنصوص التشريعية و اللوائح.

و قد عبر مفوض الدولة الفرنسي "tadiou" عن هذا التوجه بقوله: (أن الأوامر التي توجهها الإدارة للشركات تختلف آثارها حسبما إذا كانت متخذة بناء على دفتر الشروط، أو بناء على اللوائح . ففي الحالة الأولى يجب إقامة الدعوى أمام القضاء الكامل، أما في الحالة الثانية فإن مشروعية هذه الأوامر يجب أن تثبت أمام قضاء الإلغاء)¹.

ثانياً: صور الحماية القضائية للمتعاقد إزاء أعمال الإدارة لسلطاتها

تكمن الرقابة التي يفرضها القضاء على سلطات الإدارة في منطقة تنفيذ العقد الإداري وما يهمننا أكثر عند أعمال الإدارة لأخطر سلطاتها على المتعاقد وعلى وجه التحديد قيام الإدارة بممارسة حقها في فسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة، أو لخطأ جسيم من طرف المتعاقدن أو نتيجة تقصير منه فإنها لا تملك هذه السلطة بصفقة مطلقة حيث يستطيع القضاء بسط رقابته القضائية من أجل حماية حقوق المتعاقد معها، و ذلك من خلال تكريسه لصور الرقابية التالية²:

¹ ط: محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الفردي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 135.

² د: محمد القصيري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 106 و ما عدها.

يمكن للقاضي الإداري مراجعة الإجراءات المتخذة من طرف الإدارة عند قيامها بفسخ الصفقة فإذا كانت الإدارة تستند في سلطتها إلى إمتيازات السلطة العامة، أو مراعاة للمصلحة العامة فإن القضاء يلزم الإدارة بضرورة إخطار المتعاقد معها بهذا الإجراء. فإن لم تتقيد به فإنه يلزمها بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا.

يستطيع القاضي الإداري مراقبة مشروعية سبب فسخ الصفقة المعتمد في قرار الفسخ، فإن كان السبب غير مشرع يحكم للمتعاقد بالتعويض.

يستطيع القاضي الإداري بسط رقابة الملائمة على سلطة الإدارة في فسخ العقد فيراقب التكيف القانوني للإجراء المتخذ و ومدى ملائمته للخطأ الي وقع فيه المتعاقد.

تمتلك الإدارة مصادرة التأمين النهائي في كل حالات الفسخ مع ذلك يستطيع القاضي رد التأمين في حالة ما إذا فرضت هذه الأخيرة غرامة تأخيرية على المتعاقد وسمحت له بتنفيذ الأشغال.

يحق للقاضي مطالبة برد الضمان في حال صدور قرار الفسخ تعسفا من طرف الإدارة. من حقوق المتعاقد مع الإدارة المكفولة قضائيا التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي بتطبيقا نظرية الإثراء بلا سبب، وهي من نظريات القانون الخاص على العقود الإدارية فيمكن أن تتحقق هذه النظرية في حال تطبيق صفقة باطلة . كأن تبرم الإدارة صفقة مع المتعاقد عن طريق التراضي البسيط، و لا تمكنه من وسائل الإثبات، لأن الأصل في الصفقات العمومية أن تكون مكتوبة بينما التراضي البسيط فيثبت بتبادل الرسائل، فإن ادعت الإدارة غير ذلك يستطيع القاضي الإداري أن يتحقق من المتعاقد قدم أعمال تعود على الإدارة بالفائدة البينة، و على هذا الأساس يحكم للمتعاقد بالتعويض الكامل¹.

إن اختصاص القضاء الإداري لا يقتصر فقط على منازعات العقد سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ . بل يختص أيضا في يتفرع عن العقد تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو نفسه قاضي الفرع.

يختص القضاء الإداري في جميع طلبات الاستعجال المتعلقة بالعقود إذا رفعت إليه بالتبعية مثل وقف تنفيذ قرار صادر فسخ الصفقة، قرار قاضي التعديل...

¹ د: محمد القصيري، المرجع السابق، ص132

و يمكن أن ينظر القاضي الإداري في عوى البطلان الموجهة للعقود الإدارية، و أن يحكم ببطلان العقد المطلق لتخلف ركن من أركانه، و بإبطال العقد ابطالا نسبيا لعدم توفر شرط من شروط الصحة.¹

¹ عبد الله طلبية، مرجع سابق، ص 221.