

جامعة مولود معمري
كلية الحقوق و العلوم السياسية
نظام ل .م.د

عنوان المذكرة

سلطات الإدارة العمومية في العقد
الإداري في النظام الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص : القانون العام الداخلي

تحت إشراف الأستاذ:

لكحل مراد

إعداد الطالبتين :

ياكر طاوس

قاسي موسى جميلة

لجنة المناقشة :

- بوفراش صفيان.أستاذ محاضر "ب"،جامعة مولود معمريرئيسا

-لكحل مراد.أستاذ مساعد "أ"،جامعة مولود معمري مشرفا و مقررا

-عمورة عيسى .أستاذ مساعد"أ"،جامعة مولود معمريممتحنا

تاريخ المناقشة :

مقدمة:

تمارس الإدارة العمومية في الأنظمة القانونية الحديثة نوعين من الأعمال التي تختلف من حيث طبيعتها في وصفها القانوني، و هي الأعمال المادية التي تصدرها تنفيذا لقانون معين أو تنفيذا لقرار إداري، كأن تباشر بعملية هدم مجموعة من السكنات الفوضوية أو نزع ملكية خاصة من أجل منفعة عمومية أو غيرها من الأعمال.

أما النوع الثاني الذي نعني به الأعمال القانونية أو ما يطلق عليها مصطلح التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة العمومية بقصد إحداث آثار قانونية، إما إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة .

الأعمال القانونية الإدارية التي تقوم بها الإدارة العمومية هي بدورها تأخذ مظهرين : يتمثل الأول في التصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة العمومية من جانبها وحدها و تباشر بإرادتها المنفردة وهي القرارات الإدارية، إلى جانب ذلك تدخل هذه الأخيرة في روابط تعاقدية وهو ما يسمى بالعقود الإدارية التي من خلالها تهدف الإدارة العمومية إلى القيام بأنشطتها المختلفة و إطلاعها بأعباء الخدمة العمومية و كذا تلبية حاجات الجمهور .

فعلى إثر هذا يمكن تعريف العقد الإداري على أنه ذلك العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عمومي ذلك وفقا لأساليب القانون العام، يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

فالإدارة العمومية وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها تخضع أحيانا لقواعد القانون الخاص الذي يحكم عقود الأفراد، وأحيانا أخرى نجدها تخضع لتشريع متميز مستقل كتشريع الصفقات العمومية، هذا راجع إلى طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة العمومية مع الأفراد الذي يختلف في طبيعته وجوهره عن العقد الذي يبرمه الأفراد في ظل القانون الخاص الذي نجده يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة .

على إثر هذا العقد تتجلى امتيازات السلطة العامة التي تبرز الاختلاف الجوهري الموجود بين العقد الإداري و العقد الخاص من حيث أن الأول يتميز بأن الإدارة العمومية

تعمل في إبرامها بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعامل المتعاقد معها ذلك قصد تحقيق النفع العام أو مصلحة مرفق من المرافق العمومية .

و نظرا لأن الإدارة العمومية تمتاز بمركز أسمى من مركز المتعامل المتعاقد معها وذلك من خلال القرارات والأوامر التي تصدرها في مواجهته بإرادتها المنفردة ، فإنه يلزم توضيح هذه المكانة من خلال إبراز السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة العمومية اتجاه المتعامل المتعاقد معها .

و إذا كان من المسلم به أن تنفيذ العقد الإداري قد يكون تنفيذا عاديا الذي نعني به التنفيذ المطابق لشروط وأحكام العقد ، معناه أن التزامات المتعامل المتعاقد بالتزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير إلا بموافقة الإدارة العمومية ، و أحيانا أخرى قد يكون تنفيذا معيبا غير عادي والذي يكون نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو حتى لارتكابه لخطأ جسيم .

و نتيجة لهذا فلا إدارة العمومية سلطات يمكن وصفها بالواسعة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها كما يمكن وصفها بسيف الإدارة المسطرة على رقابة المتعامل المتعاقد . وعلى هذا الأساس نتساءل **عن السلطات الممنوحة للإدارة العمومية أثناء التنفيذ العادي للعقد الإداري؟ وهل تختلف هذه السلطات أثناء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ؟**

و للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا إلى إبراز كل من سلطة الإدارة العمومية في متابعة التنفيذ العادي للعقد الإداري ، وذلك من خلال ممارستها لسلطة الرقابة الإشراف . وسلطة التعديل ثم إلى سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات و إنهاء العقد الإداري إذ ما أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية .

فارتأينا من خلال دراسة موضوع البحث هذا بتقسيمه إلى فصلين . فخصصنا الأول للسلطات التي تتمتع بها الإدارة العمومية أثناء التنفيذ العادي للعقد (الفصل الأول) والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين ، إذ تعرضنا في الأول إلى سلطة الإدارة العمومية في الرقابة و

الإشراف، أما الثاني فتعرضنا من خلاله إلى سلطة الإدارة العمومية في تعديل العقد الإداري ، بينما في الفصل الثاني فقد تطرقنا من خلاله السلطات التي تتمتع بها الإدارة العمومية أثناء التنفيذ الغير العادي للعقد الإداري(الفصل الثاني) و الذي قسمناه أيضا إلى مبحثين :إذ تعرضنا في الأول إلى سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات الإدارية وفي الثاني إلى سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة .

كلمة شكر وتقدير .

بعد الإنتهاء من هذا البحث بفضل المولى عز وجل وعونه، يسعدنا أن نتقدم بخالص الشكر و التقدير " الأستاذ المشرف "، الذي ساعدنا وشجعنا و أرشدنا طيلة إنجاز هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بالشكر الخالص والاحترام الكبير لكل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم قراءة الموضوع و تقييمه.

وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا الموضوع من قريب أو من بعيد...

طاوس و جميلة.

إهداء

إلى أبي العزيز...

إلى أمي الحنونة...

إلى إخوتي الأحبة..

إلى أصدقائي الأعزاء...

إلى كل هؤلاء، أهدي هذا العمل المتواضع.

طاوس

إهداء و امتنان

اهدي ثمار جهدي و عملي المتواضع هذا إلى:
أبي الغالي و روحه، الطاهرة تغمده الله برحمته الواسعة،
والدتي الكريمة و العزيزة أطل الله في عمرها،
كل الإخوة و بالأخص الصغيرة كريمة،
كل أساتذة الأفاضل في كلية الحقوق، و اخص بالذكر الأستاذ لكحل مراد،
كل زملائي الطلبة و زميلاتي الطالبات،
كل من ساعدني في انجاز هذا العمل المتواضع

جميلة

قائمة المختصرات :

- ق. م. ج.: القانون المدني الجزائري
- ج. ر.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- د. م. ج.: ديوان المطبوعات الجامعية
- ص ص.: من الصفحة إلى الصفحة
- ص.: الصفحة
- المرر.: المرسوم الرئاسي
- ج 1.: الجزء الأول
- ج 2.: الجزء الثاني
- د. ط.: دون طبعة
- د. س. ن.: دون سنة النشر
- د. م. ن.: دون مكان النشر
- د. ص.: دون صفحة

الفصل الأول

صلاحيات الإدارة العمومية أثناء التنفيذ العادي للعقد الإداري

يمنح النظام القانوني للعقد الإداري للإدارة العمومية صلاحيات تسمح لها بالتدخل أثناء تنفيذ العقد، إما من أجل مراقبة هذا التنفيذ أو إما من أجل توجيهها في بعض الظروف، كما يمنح لها الحق أيضا في إدخال تعديلات على النصوص القانونية في بعض الحالات .

سنتعرض من خلال هذا الفصل إلى سلطة الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف (مبحث أول) ، ثم إلى سلطة تعديل العقد الإداري (مبحث ثاني).

المبحث الأول

سلطة الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف

يعتبر حق الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف من أهم الامتيازات المخولة لها، و هو حق ثابت و لو لم يرد نص عليه في العقد، هذا من أجل تحقيق المصلحة العمومية، بالتالي من حق الجهة الإدارية إرسال مهندسين لزيارة مواقع العمل للتأكد من تنفيذ العقد بطريقة سليمة و مراقبة وفحص المواد المستعملة للإطمئنان إلى أن كل شيء يسير على أحسن ما يرام و وفقا لمقتضيات المصلحة العمومية.⁽¹⁾

فالإدارة العمومية من خلال هذه السلطة تقوم بمراقبة مدى تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وهذا كله من أجل تسهيل عملية تنفيذ العقد وللبحث في هذه السلطة يجب تحديد معناها و مجال تطبيقها (مطلب أول) ، ثم إلى الأساس القانوني الذي يحكمها (مطلب ثان) ، و في الأخير الضوابط أو القيود الواردة على هذه السلطة (مطلب ثالث)

1- نقلا عن: عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008- 2009، ص ص 219- 220 .

المطلب الأول

تعريف سلطة الرقابة و الإشراف و تطبيقاتها

تحتل رقابة الإدارة العمومية في تنفيذ العقود الإدارية معنيين، أولهما معنى ضيق وهو حقها في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفق نصوص العقد وثانيهما معنى واسع ويتناول سلطة التوجيه (فرع أول)

إلا أن سلطة الإدارة في الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري تختلف من حيث مداها باختلاف نوع العقود الإدارية المبرمة (فرع ثان)⁽¹⁾ وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول

تعريف سلطة الرقابة و الإشراف

لسلطة الرقابة والإشراف معنيين منه المعنى الضيق و المعنى الواسع :

أولاً: سلطة الرقابة و الإشراف بالمعنى الضيق .

يقصد بسلطة الرقابة و الإشراف، حق الإدارة العمومية في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقاً لما يتضمنه العقد من شروط. إذ تمارس الإدارة العمومية هذه السلطة إما عن طريق الأعمال المادية وذلك من خلال زيارتها لورشات العمل و التحقق من سلامة المواد المستعملة و جودتها بواسطة الفحص و الاختيار. فوفقاً لهذا المعنى الضيق يكون حق الرقابة مرادفاً لمعنى الإشراف⁽²⁾

كما تمارس الإدارة العمومية هذه السلطة أيضاً عن طريق الأعمال القانونية من خلال إصدارها لتعليمات أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها للمتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد، فهي حق

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام، التنفيذ، المنازعات)، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 237-238

2 - سلهيان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، جامعة عين الشمس، مصر ، ص 447.

للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد وتنتهي هذه السلطة بمجرد تنفيذ و استلام العمل أو التوريدات أو الخدمات.⁽¹⁾

ثانيا: سلطة الرقابة و الإشراف بالمعنى الواسع

تتمثل سلطة الرقابة و الإشراف بالمعنى الواسع في حق الإدارة العمومية في توجيه أعمال التنفيذ و اختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه. فالإدارة العمومية في هذا الصدد لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق و الشروط الواردة في العقد الإداري كما هو الشأن في سلطة الإشراف.⁽²⁾

يتضح من هذا التعريف أن حق الرقابة و الإشراف التي تمارسه الإدارة العمومية يتجاوز المفهوم الضيق و يصل إلى حد سلطة التوجيه، فالرقابة بهذا المعنى تتم بأعمال قانونية فقط كإصدار تعليمات أو إصدار أوامر تنفيذية.⁽³⁾

نشير في الأخير أن سلطة الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف تعتبر من النظام العام سواء تعلق الأمر بالمفهوم الضيق أو الواسع، إذ لا يمكن لجهة الإدارة العمومية التنازل عنها، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة العمومية في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت هذه السلطة لحماية المال العام و ضمان سير المرفق العمومي.⁽⁴⁾

الفرع الثاني

تطبيقات سلطة الرقابة و الإشراف

يعتبر حق الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف حق مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية، إلا أن مدى هذا الحق يختلف من عقد لآخر. وتطبيقات هذه السلطة تظهر على الشكل الآتي بيانه:

- 1 - خالد خليل الظاهر، القانون الإداري(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، 1997 ، ص259
- 2- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008 ، ص132
- 3- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص.259.
- 4- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 10 -236 المؤرخ في 8 أكتوبر 2010 ، المعدل و المتمم ، و النصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص. 201.

أولاً: سلطة الرقابة و الإشراف في عقود الأشغال العامة

تتنصب الأشغال العامة على القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات، هدفها تحقيق مصلحة عامة وتتم لحساب شخص معنوي عام

وتأخذ سلطة الرقابة و الإشراف مداها في عقود الأشغال العامة من خلال ما تتمتع به الإدارة العمومية اتجاه المقاول من إصدار أوامر، تعرف بأوامر العمل و هذا قصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد الإداري أو تكملة النقص الذي يشوبه.⁽¹⁾

فسلطة الرقابة و الإشراف يتسع مجالها و مداها في عقود الأشغال العامة وهذا بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة بمبالغ ضخمة، ثم أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة متواصلة تفادياً لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ.⁽²⁾

ثانياً: سلطة الرقابة والإشراف في عقد التوريد

إن طبيعة عقد التوريد تفرض أن تتخذ سلطة الرقابة و الإشراف مظهر آخر أقل "شدة" مقارنة بعقد الأشغال العامة. ففي عقد التوريد الأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة العمومية ومن حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق مع المواصفات المتفق عليها في العقد، هذا من جهة. ⁽³⁾ ومن جهة أخرى فإن عقود التوريد تسود فيها فكرة أن المورد مستقل بتحديد واختيار طرق التنفيذ و لا تتدخل الإدارة بسلطة الإشراف إلا إذا نص على ذلك في العقد.⁽⁴⁾

ثالثاً: سلطة الرقابة و الإشراف في عقد الامتياز

تمارس الإدارة العمومية رقابتها بالمعنى الضيق في عقود الامتياز عن طريق الإشراف للتأكد من سير عمليات الأشغال بانتظام و باضطراد، دون أن تتضمن توجيهها أو تدخلات في إدارة

1- محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 2010، ص 107.

2- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية... ، مرجع سابق ، ص 201.

3- عمار بوضياف ، المرجع نفسه ، ص 202.

4- محمد حلمي ، العقد الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، د. م. ن. ، 1977، ص 70.

المرفق العمومي على نحو يعيق الملتزم عن مباشرة نشاطه، عكس عقد الأشغال العامة الذي تكون فيه سلطة الرقابة و الإشراف أوسع و التي تصل إلى حد التدخل في التنفيذ.

إلى جانب أن الإدارة العمومية مانحة الامتياز تحرص بصفة عامة أن تمنح الملتزم بعض الحرية لإدارة المرفق و استغلاله في مقابل التضحيات المالية التي يتحملها. و من ثم يكون تدخل الإدارة في حدود الإشراف و التأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام و باضطراد.

و خلاصة القول أن جهة الإدارة مانحة الامتياز تراعي دائما و هي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم الملائمة بين اعتبارين جوهريين هما:

1- كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز

2- ضمان سير مرفق الامتياز بانتظام و باضطراد

و تمارس الرقابة على عقود الامتياز بإحدى الصور الآتية:

1 - الرقابة الفنية

تتم هذه الرقابة عن طريق حق دخول الموظف المكلف من قبل الإدارة إلى مناطق الاستغلال للإطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم و خرائط و إجراء الاختبارات اللازمة

2 - الرقابة المالية:

و تتمثل الرقابة المالية في حق الجهة المانحة الامتياز إجراء تفتيش في أي وقت على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام محل الامتياز

فالمتعاقد في نطاق عقود الامتياز، على اختلاف أنواعها، يلتزم بإمسك دفتر حسابات منتظم وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها و المعمول بها. ⁽¹⁾

-3- رقابة أعمال الصيانة و التجديد

1- نقلا عن توتي خوخة، مرجع سابق، ص 35 .

أنظر كذلك سبكي ربيعة، سلطات الإدارة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد، بحث للحصول على شهادة الماجستير للقانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2013، ص 19 .

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

و يتلزم مع هذا الأمر ضرورة متابعة مستوى أداء المشروع للتأكد من عمليات الترميم و الإصلاح و التجديد

و في هذا المجال لا تقتصر أعمال الصيانة و التجديد و التحديث على الأصول المادية فحسب، بل إن العنصر البشري هو الآخر بحاجة ماسة على التدريب و تجديد المهارات.⁽¹⁾

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري

يتوقف تحديد أساس سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري في الواقع على تحديد مصدر هذه السلطة، في بعض الأحيان تستمد هذه السلطة من القوانين و التشريعات (فرع أول)، و في غياب النص فإن سلطة الرقابة على تنفيذ العقد تجد أساسها في مقتضيات المرفق (فرع ثان)، و في بعض الأحيان ينص عليها صراحة في العقد الإداري أو الصيغة العمومية أو حتى في دفاتر الشروط (فرع ثالث) و هذا ما سنحاول إظهاره من خلال هذا المطلب.⁽²⁾

الفرع الأول

الأساس التشريعي لسلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري

نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة في التشريعات المختلفة بالعقود الإدارية كتشريع الصفقات العمومية باعتبارها أحد أهم أنواع العقود الإدارية المحددة بنص القانون. يلاحظ أن المشرع خصص الباب الخامس من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾ و هذا

1- نقلا عن توتي خوخة، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 35-36

2- نقلا عن سبكي ربيحة، سلطات الإدارة المتعاقدة تجاه المعامل المتعاقدة، مرجع سابق، ص 19.

3- خصص المشرع الجزائري، أحكام الرقابة ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 8 أكتوبر 2010، المتضمن الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13، ج ر، العدد 2.

من أجل تنظيم سلطات الإدارة العمومية في الرقابة عبر مختلف مراحل العقد المبرم مدرج تحت عنوان "رقابة الصفقات".

و من المواد التي نظمت سلطة الرقابة و التي ذات العلاقة بالموضوع نذكر المادة 116 التي تنص على أنه: "تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل تنفيذها و بعده"⁽¹⁾

كذلك ما جاء في نص المادة 118 الذي يقضي بأنه: "تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها و في حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها"⁽²⁾

يتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري تدخل عن طريق التشريع كي يزود الإدارة العمومية سلطة واسعة في الرقابة لمرحلة إبرام العقد و رقابة أثناء التنفيذ و رقابة بعد عملية تنفيذ العقد الإداري

و يؤيد هذا الرأي الدكتور رياض عيسى بقوله: "إن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة تعتبر من قبيل اختصاصاتها التنظيمية ، و بالتالي فإن أساسها القانوني نجده لا في الشروط العقدية أو المرفق العام و إنما في النصوص التنظيمية التي تحكم عملية تسيير نشاط جهة الإدارة المتعاقدة"⁽³⁾

الفرع الثاني

الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري

قد يرد النص صراحة على سلطة الرقابة في الصفقة العمومية أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة و ما يتبع في مباشرتها من وسائل و ما يتوفر للمتعاقل المتعاقد من ضمانات في هذا الصدد و في مثل هذه الحالة لا جدال أن سلطة الرقابة و الإشراف تجد أساسها في فكرة العقد الإداري.

1- المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق.

2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع نفسه.

3- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، د م ج، الجزائر، 1985، ص 12.

يتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة والإشراف من خلال ما تضمنته دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة ، أما في صفقات اللوازم أو التوريد فإن المتعامل المتعاقد يلتزم بالخضوع للإشراف و توجيه المصلحة المتعاقدة على النحو الذي تنظمه الصفقات العمومية و دفاتر الشروط الملحقة بها ، إلا أن تنظيم صفقات اللوازم لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة ليس بالأهمية التي نصادفها في صفقات الأشغال العامة ، لأن المبدأ العام في صفقات التوريد هو أن المورد يملك تقدير و إختيار طرق التنفيذ .⁽¹⁾

الفرع الثالث

المرفق العمومي كأساس لسلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري

قد لا يرد نص في العقود الإدارية أو دفاتر الشروط أو حتى في القوانين أو اللوائح بشأن ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ، لكن تبقى سلطة الرقابة ثابتة للإدارة حتى و لو لم ينص عليها العقد ، كما لا يحق للإدارة العمومية التنازل عنها في مجال العقود الإدارية و لكن بالرغم من سكوت العقد و القوانين على سلطة الرقابة فقد تجد هذه الأخيرة أساسها في فكرة المرفق العام⁽²⁾ الذي هو موضوع العقد و الذي تسهر الإدارة العمومية من خلاله على حسن سير المرفق العمومي بانتظام في كافة الظروف .

المطلب الثالث

الضوابط التي ترد على ممارسة سلطة الرقابة و الإشراف

من المسلم به أن للإدارة العمومية سلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري، إلا أنها ليست بسلطة مطلقة بل يحكمها ضابطين أساسيين هما: الضابط العام (فرع أول) و الضابط الخاص (فرع ثان).

1- نقلا عن سبكي ربيعة ،سلطات الإدارة العمومية ...، مرجع سابق، ص27.

2- علاء الدين عيسى، مدخل القانون الإداري، ج2، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر 2010، ص 145.

الفرع الأول

الضابط العام

يجب على الإدارة عند ممارستها و استعمالها لسلطة الرقابة التقيد بما جاء في القوانين و اللوائح المنظمة لهذه السلطة، إذ منحت هذه الأخيرة للإدارة قصد تحقيق هدف محدد هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام، فإذا قصدت من استعمالها تحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك أصبح ذلك إساءة لاستعمال السلطة⁽¹⁾، ذلك أن القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة هي قرارات إدارية شأنها شأن أي قرار إداري آخر بغض النظر عن الأساس القانوني الذي تركز عليه هذه السلطة ، لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما يخضع له القرارات الإدارية العمومية من ضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية⁽²⁾

الفرع الثاني

الضابط الخاص

يتعلق هذا الضابط بالعقد الإداري موضوع العقد، فلا يجوز للإدارة العمومية عند ممارستها لسلطة الرقابة و الإشراف على المتعاقد معها الخروج عن موضوع العقد أو تعديله، لأن الإدارة العمومية و المتعاقد معها قد أبرما عقدا معينا له موضوع معين ، تهدف من وراءه تحقيق غرض معين، لذلك ليس للإدارة أن تفرض أمرا من شأنه تغيير موضوع العقد أو طبيعته حتى يصبح المتعاقد و كأنه أمام عقد جديد⁽³⁾.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص- ص 241- 242.

2- نقلا عن سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة...، مرجع سابق، ص. 27.

3- رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري ، مرجع سابق، ص 13

المبحث الثاني

سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد

تمتد سلطات الإدارة بصفة عامة في العقد الإداري إلى الحد الذي يسمح لها بتعديل هذا العقد بإرادتها المنفردة. فتعتبر هذه السلطة من أهم الامتيازات التي تستأثر بها الإدارة خلافا للوضع القائم في القانون الخاص، حيث تسري فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾ فالإدارة العمومية حق الانفراد بسلطة تعديل شروط العقد وفقا لما يقتضيه الصالح العام. فلها إذن أن تعدل في حجم و مدى التزامات المتعاقد معها، فتستطيع أن تزيد من الأعباء الملقة على عاتقه أو تنقص منها دون حاجة إلى موافقته كما يمكن أن يقع التعديل في التزامات المتعاقد مع الإدارة سواء على كمية الأعباء أو الأشياء محل العقد أو على شروط التنفيذ المتفق عليها أو على مدة التنفيذ⁽²⁾ و للبحث أكثر عن سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد كان لابد لنا أن نتعرض إلى تعريف سلطة الإدارة في التعديل و موقف الفقه منها (مطلب أول) ثم إلى الأساس القانوني لسلطة التعديل (مطلب ثان) و تطبيقاتها (مطلب ثالث)

المطلب الأول

تعريف سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد الإداري و موقف الفقه منها

سنحاول من خلال هذا المطلب تعريف سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري (فرع أول) ثم موقف الفقه منها (فرع ثان).

1- تنص المادة 106 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم على أنه " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز " و يقصد بالعقد شريعة المتعاقدين حسب الأستاذ عمار بوضياف " هو ذلك العقد الذي يقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييزا أو مفاضلة لطرف على طرف " انظر عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية ص 203

2 - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ و الأسس)، د ط، د.م.ن، د. س. ن، ص 28.

الفرع الأول

تعريف سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد الإداري

لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي ل لإدارة بهذه السلطة إلا منذ عام 1910 في عقد "ترام مرسيليا" إذ قرر بموجب هذا العقد مبدأ قابلية العقد الإداري للتعديل ثم تم تعميم هذه السلطة لتشمل جميع العقود الإدارية مع بعض الاختلافات في درجة فرضها من الناحية العملية . و يقصد بسلطة التعديل الزيادة أو النقصان في التزامات المتعاقد مع الإدارة العمومية التي لم تكن معروفة وقت إبرام العقد لظروف مستجدة تطلبت ذلك و بإرادتها المنفردة وكذا شروط التعديل وفقا لما تتطلبه المصلحة العامة. (1) لكن نشير في هذا الصدد إلى أن سلطة التعديل لا يجب أن تؤدي إلى تغيير جذري في العقد بشكل يمس مضمون العقد نفسه و يمس كذلك المزايا المالية advantages financiers، كما لا يجب أن تتجاوز تلك التعديلات حدا معينا و إلا جاز المتعاقد أن يطلب فسخ العقد(2).

الفرع الثاني

موقف الفقه من سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد الإداري

نشأ جدال فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة العمومية بسلطة تعديل شروط العقد بإرادة المنفردة فأنقسم الفقه في هذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات أولها ينكر إعطاء الإدارة حق تعديل عقودها الإدارية (أولا) و ثانيها هو الغالب يؤيد إعطاءها هذا الحق (ثانيا) و ثالثها اتخذ رأيا وسطا (ثالثا). أولا- الاتجاه المنكر لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري:

يرى جانب من الفقه و منهم "لولييه" (3) أن سلطة الإدارة في تعديل العقد من جانب واحد قول لا أساس له، فهي فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء ولا يوجد ما يؤيدها في القضاء و لا يتفق كذا لك

1-Martine – Lombard , Gilles Dumont, droit administratif, Paris, 2ème édition , 2009, P.286

- انظر كذلك: بوعمران عادل ، النظرية العامة للعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية قضائية)، د ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010، ص109،

2 - Martine –Lombard, Gilles ,droit administratif ,Opcit, P 286

3- محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،مرجع سابق، صص165-166.

مع الأحكام ، و يعم قوله هذا على جميع أنواع العقود الإدارية بما في ذلك عقود امتياز المرافق العامة ، كما يؤكد على انه ليس هناك أي حكم من أحكام القضاء يؤيد وجود هذه السلطة الإدارية التي تخرج عن القاعدة الأساسية التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين . و يرى أنصار هذا الجانب من الفقه انه يجب على الإدارة العمومية أن تلتزم و تحترم شروط العقد الإداري شأنها في ذلك شأن المتعاقد معها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك و أن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد فكرة ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لا أكثر. (1)

ثانيا -الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري:

يرى أنصار هذا الاتجاه و منهم " الفقيه الفرنسي جيز " (2) أن الإدارة العمومية تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري و هي القاعدة العامة في جميع العقود الإدارية و ذلك دون حاجة إلى نص في القانون أو حتى شرط من شروط العقد . و كل هذا يعتبر حق أصيل للإدارة العمومية مستمد من صفتها سلطة عامة و سلطة التعديل هذه تعتبر من النظام العام لا يمكن للإدارة العمومية التنازل عنها و هي كقاعدة عامة تطبق على جميع العقود الإدارية التي تكون الإدارة العمومية طرفا فيها . (3)

ثالثا - الاتجاه الوسط بين الرأيين السابقين:

و مفاد هذا الرأي هو الاعتراف للإدارة العمومية بسلطة التعديل و لكن هذا ليس على جميع العقود الإدارية بل فقط حينما يتعلق الأمر بالشروط العامة في عقود امتياز و عقود الأشغال العامة . أي أن التعديل لا يشمل كل نصوص العقد بل قسما منها فقط و هو النصوص التنظيمية للعقد . (4)

1- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلثماني ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 137-138.

2- محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،مرجع سابق ،ص164.

3- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلثماني، العقود الإدارية ،مرجع سابق، ص 140

4- محمود خلف الجبوري،العقود الإدارية،مرجع سابق ، ص 167 .

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد الإداري

اختلف الفقه الإداري حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد فمنهم من يرى أن الأساس المستند إليه في التعديل هو فكرة المرفق العام (فرع أول) و منهم من يرى أن التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة (فرع ثان) ، في حين يرى البعض الآخر أن حق التعديل مستمد من النصوص القانونية (فرع ثالث).

الفرع الأول

حق التعديل مستمد من فكرة المرفق العمومي

من المسلم به انه من طبيعة العقود الإدارية قيامها على فكرة استمرارية سير المرافق العامة و لما يتم التعاقد فيها على أساس الوفاء بحاجات المرفق و تحقيق المصلحة العامة هذا ما يجعل الإدارة تكون صاحبة الاختصاص في تنظيم و تسيير المرفق .⁽¹⁾ و من خصائص المرافق العامة قابليتها للتغيير حسب تغير الحاجات العامة و التطورات في شتى المجالات منها الاقتصادية ، الاجتماعية ، الثقافية..... الخ.

غير أن الإدارة لا تستطيع إجراء التغييرات المذكورة إذ لم تكن قادرة على تعديل العقود الإدارية المتصلة بها فلهذا السبب فان سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد الإداري تجد أساسها وسندها في فكرة المرفق العام ومقتضياته من حيث ضرورة سيره بانتظام و اضطراب⁽²⁾ هذا ما يؤكد الدكتور محمود حلمي "سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري مناطها احتياجات المرفق، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية تتمتع بها الإدارة ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري"⁽³⁾

1- نقلا عن عبد الكريم بولقدابير ، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر ، مذكرة تخرج من مقتضيات نيل شهادة الماستير في الحقوق ، بسكرة ، 2013 ص 16 نقلا عن عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، جسر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2009 ، ص 124 .

2- محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري (التنظيم، النشاط، الوسائل)، مرجع سابق ، ص 545.

3- محمود حلمي ، العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 72

الفرع الثاني

السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل

مفاده أن الإدارة المتعاقدة تمارس سلطة التعديل كونها سلطة عامة و تعتبر من النظام العام فبهذا الامتياز تستطيع الإدارة العمومية أن تراعي دوما ضرورات المصلحة العامة و ترجحها على المصلحة الخاصة وأنصار هذا الإتجاه يؤكدون أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة هي حق أصيل للإدارة و أنكروا على أن هذه السلطة بمثابة امتياز تعاقدي بل هي من امتيازات السلطة العامة ، هكذا فإن الإدارة في هذه الحالة لا تستخدم امتياز تعاقديا و إنما تستعمل حق مقرر لها باعتبارها سلطة عامة. (1)

الفرع الثالث

سلطة التعديل مستمد من النصوص القانونية

خول قانون الصفقات العمومية ل الإدارة العمومية سلطة تعديل شروط العقد في إطار التعاقدي عن طريق تقنية الملحق (2) سواء في ظل النص التشريعي الملغي رقم 250-02 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية أو في ظل النص التشريعي رقم 236-10 و التعديلات التي طرأت عليه.

أولا : في ظل المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (ملغي) (3)

رجوعا لهذا المرسوم و تحديدا من المواد 89 إلى 93 نجدها وردت تحت عنوان (الملحق) فالمادة 89 أجازت للإدارة المتعاقدة، إبرام ملاحق. أما المادة 90 فتبين لنا المقصود بكلمة الملحق

1- نقلا عن عبد الكريم بولقداير، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص ص، 15-16، نقلا عن علي عبد العزيز الفحام ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، عين شمس 1975، ص 148 .

2-و يعرف الملحق "يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود بالزيادة أو النقصان" انظر في هذا عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 206 .

3-مرسوم رئاسي رقم 250-02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغي)

إذ تنص على أنها "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة الأصلية".

- ومن خلال نص هذه المادة نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 90 من المرسوم الرئاسي 250-02 و التي أجازت للإدارة العمومية وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بند أو بنود إما بالزيادة أو النقصان⁽¹⁾.

ثانيا: في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236-10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والتعديلات التي طرأت عليه.⁽²⁾

رجوعا لهذا المرسوم و تحديدا من المواد 106-102 نجد أن نص المادة 102 قد أجازت للإدارة العمومية إبرام ملاحق للصفقة و لكنها اشترطت أن تتم في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.⁽³⁾

كما نجد أن نص المادة 103 قد فسرت لنا المقصود بالملاحق إذ تنص " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة " فمن النص أعلاه نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري و ذلك من خلال نص المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236-10 والتي أجازت للإدارة العمومية في جميع الصفقات العمومية أن تعدل بند أو بنود بالزيادة أو النقصان كما أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة نفسها أن الملحق قد ينصب على عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة.⁽⁴⁾

1- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسر للنشر و التوزيع، 2007، ص 149 ص 150

2- مرسوم رئاسي رقم 236-10، مرجع سابق .

3- تنص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 236-10 التي ينظم الصفقات العمومية على "يمكن المصلحة المتعاقدة ان تلجأ الى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"

4- عمار بوضياف، شرح قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 209.

- و نشير في الأخير أن نص المادة 103 قد طرا عليه تعديل بموجب مرسوم رئاسي 12-23⁽¹⁾ الذي عدل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهذا التعديل يظهر من خلال إمكان المصلحة المتعاقدة تمديد صفقة لأداء خدمات و اقتناء لوازم و ذلك بموجب ملحق وهذا ضمانا لمواصلة الخدمة العمومية إذ تقررها سواء مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي و ذلك بشروط⁽²⁾ كما لا يمكن أن لا تتجاوز مدة التمديد أربعة (04) أشهر.⁽³⁾

المطلب الثالث: تطبيقات سلطة التعديل و الضوابط التي ترد عليها

و سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة تطبيقات سلطة التعديل في (فرع أول) ثم الضوابط التي ترد على سلطة التعديل في (فرع ثان)

الفرع الأول: تطبيقات سلطة التعديل:

أولاً: سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة :

تمارس سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة من قبل الإدارة العمومية باعتبارها صاحبة الامتياز محتفظة دائماً بصلاحيات تنظيم المرفق العام و حسن سيره بانتظام. و الإدارة نجدها تتمتع بسلطات واسعة فيما يتعلق بالتعديل وهذا نظرا للعمليات المعقدة التي تضمنتها والطبيعة الخاصة التي تتميز بها كونها تستغرق مدة زمنية طويلة⁽⁴⁾ غير انه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال المتعاقدة عليها إلا عند الضرورة القصوى أين تكون الإدارة مجبرة بالتدخل ببعض التغيرات و الإضافات من شأنها أن تسبب تأخيرا في العمل أو ضررا كبيرا من الناحية الاقتصادية و الفنية.⁽⁵⁾

1- مرسوم رئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 24 صفر عام 1433، الموافق ل 18 يناير سنة 2012، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل 07 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

2- تتمثل شروط الملحق طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 في أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حالة ممارسة سلطة التعديل، أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة و توازنها وهذا ما أشارت إليه المادة 103 فقرة 3، أن يتم اللجوء للملحق في حدود أجل تنفيذ الصفقة، أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المعنية .

3- راجع في ذلك المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مرجع سابق .

4- نقلا عن سبكي ربيحة، سلطات الإدارة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد، مرجع سابق، ص79.

5- نقلا عن سبكي ربيحة، المرجع نفسه

ثانيا: سلطة التعديل في عقد الامتياز:

يمتاز عقد الامتياز بأن موضوعه ينصب على إدارة مرفق عام فهو بهذه الخصيصة يجعل من الفرد المتعاقد بمثابة النائب عن الإدارة في تسيير هذا المرفق⁽¹⁾ لكن بالرغم من أن المتعاقد هو الذي يقوم بتأدية الخدمة للجمهور إلا أن الإدارة لا تفقد سلطاتها في التنظيم للمرفق موضوع الالتزام باعتباره جزءا من مرافق الدولة وليس مرافق القطاع الخاص.⁽²⁾

ثالثا: سلطة التعديل في عقود التوريد :

إن عقد التوريد لا يتصل إلا بالمنقولات و التي تهدف إلى اقتناء الإدارة العمومية أو إيجار عتاد أو مواد و تشمل سلطة التعديل هذه أما التعديل في المقدار أو في قيمة التوريدات أو مدة التوريد و إما أن تكون التعديلات في المواصفات و رغم أن سلطة التعديل في عقود التوريد يقرها التشريع و القضاء إلا أن تطبيقاتها اقل عنها في صفقات الأشغال العامة نظرا لقصر مدة تنفيذ هذه الطائفة من العقود بالمقارنة مع الأشغال العامة⁽³⁾.

الفرع الثاني

الضوابط التي ترد على سلطة التعديل

إن حق الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد ليس حقا مطلقا بل ترد عليه جملة من الضوابط و القيود لابد من توفرها ضمانا لعقلنه ممارسة الإدارة لها، فيجب أن يكون هناك ظروف و مستجدات بعد إبرام العقد تستدعي التعديل (أولا) أو إلزامية صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية (ثانيا) أيضا لا يجب أن يشمل التعديل الجوانب المالية للعقد (ثالثا)

أولا : أن يكون للتعديل أسباب موضوعية :

قد تتعاقد الإدارة العمومية في ظل ظروف معينة ، وهذه الظروف قد تتغير نتيجة مستجدات تظهر بعد إبرام العقد خاصة في العقود الإدارية التي تتطلب وقتا طويلا لتنفيذها كعقد

1--سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ،مرجع سابق ،ص464

2- محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ،مرجع سابق، ص 174.

3- نقلا عن سبكي ربيحة ، سلطات الإدارة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد ، مرجع سابق،ص، ص، 83-84

الأشغال العامة مثلاً و عقد التوريد ، ففي حالة ما إذا طرأ تغيير على هذه الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق التعديل بما يتمشى و الظروف الجديدة و بما يراعي موضوع العقد الأصلي و الملبي لحاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام⁽¹⁾.

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

معناه يجب على الإدارة العمومية عند إصدارها لقرار التعديل أن يكون في حدود القواعد العامة للمشروعية و التي يتطلب أن يكون قرار التعديل صادر من طرف شخص إداري مختص ووفقاً للشكل و الإجراءات المقررة و أن يكون أيضاً في إطار القواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم موضوع التعديل من جهة ومن جهة أخرى يتعين أن يكون الدافع من قرار التعديل هو تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

ثالثاً : عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد :

إن الإدارة العمومية و هي بصدد ممارستها لسلطة التعديل يتعين لها أن لا تحدث خلافاً في التوازن المالي أي يجب أن يقتصر التعديل الذي تتدخل به الإدارة على الشروط التي لها صلة بسير المرافق العامة لا على الشروط المتصلة بالناحية المالية للمتعاقد⁽³⁾

. فإذا ترتب على هذا التعديل خلافاً بالتوازن المالي للعقد و الذي من شأنه ان يجعل المتعاقد

مرهقاً جاز لهذا الأخير طلب التعويض⁴

1- عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص ص ، 204-205
2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 252.
3- رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، مرجع سابق، ص15
4- محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري (التنظيم ،النشاط، الوسائل)، مرجع سابق ، ص 546 .

الفصل الثاني

سلطات الإدارة العمومية أثناء التنفيذ غير العادي للعقد الإداري

بعدما أن تعرضنا في الفصل الأول إلى سلطات الإدارة العمومية و هي بصدد وتنفيذ العقد مع المتعامل المتعاقد ، أي السلطات التي تمارسها تجاه المتعامل المتعاقد الذي قام بتنفيذ التزاماته العقدية على أحسن وجه ، نجد أن الإدارة العمومية إلى جانب سلطتي الرقابة و الإشراف وسلطة التعديل سلطات أخرى تستعملها فقط في مواجهة المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته سواء كان ذلك بالامتناع عن التنفيذ أو التأخير عن التنفيذ .

إضافة إلى انه و إن كان من المسلم به أن جهة الإدارة العمومية تستطيع تحديد الجزاءات التي تترتب على الإخلال بالعقد الإداري ، فلها إذن أن تفرض جزاءات إدارية ذات طابع مالي كما لها أن تفرض جزاءات إدارية لكنها ليست ذات طابع مالي ، و هو ما يطلق عليها بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية (مبحث أول)

كما نجد أن الإدارة العمومية تكون مضطرة في بعض الأحيان إلى إنهاء الرابطة العقدية التي تربطها معه و ذلك نظرا للأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعامل المتعاقد و هو بصدد تنفيذ العقد و يطلق على هذه السلطة الممنوحة للإدارة العمومية من أجل توقيعها على المتعامل المتعاقد المرتكب للأخطاء الجسيمة "بسلطة إنهاء العقد الإداري" (مبحث ثان)

المبحث الأول

سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات الإدارية

تملك المصلحة المتعاقدة بموجب القانون الذي ينظمها أن تكون سلطة عامة ، توقيع جزاءات إدارية على المتعامل المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزام التعاقد أو المتأخر فيه أو الذي

نفذه بصورة لا تتفق مع شروط العقد، ولا يعفيه من هذه الجزاءات إلا إثباته لوقوع سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي أو فعل الغير⁽¹⁾

والجزاءات التي تملكها الإدارة العمومية والمحتمل توقيعها على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية متنوعة و لكن يمكن مع ذلك حصرها في جزاءات مالية و جزاءات غير مالية⁽²⁾

كما أدرجوا الفقهاء ضمن الجزاءات غير المالية كل من الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة و الجنائية (مطلب أول)

لكن المهم ليس في معرفة فقط أنواع الجزاءات الإدارية التي يمكن للإدارة العمومية تسليطها على المتعامل المتعاقد ، بل كان لنا من الضروري البحث عن الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة العمومية أثناء و بمناسبة ممارستها لهذه السلطة (مطلب ثان) ، وفي الأخير إلى تطبيقات هذه السلطة و القيود التي ترد عليها (مطلب ثالث) .

المطلب الأول

تنوع سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات الإدارية

إذا ما قصر المتعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية في تنفيذ التزاماته على وجه من الوجوه ، سواء كان ذلك بالامتناع الكامل عن التنفيذ أو عند تأخره في التنفيذ أو حتى في حالة ما إذا توصل المتعاقد إلى تنفيذ العقد لكن على وجه غير مرضي⁽³⁾ فالإدارة العمومية ، أمام كل هذه الحالات ، إمكانية توقيع جزاءات على المتعاقد معها و دون

1-أنظر عن فتيحة حابي ، النظام القانوني لصيغة انجاز الأشغال العامة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236-10 المعدل والمتمم ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، جامعة تيزي وزو ، 2003 ، ص 262 .

2-رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري ، مرجع سابق ، ص 19

3 - احمد محمود جمعه ، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات الجديدة ، د. ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د. س. ن. ، ص 324

الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء . و يمكن أن تكون هذه الجزاءات مالية أو غير مالية ، المهم أن يكون الهدف من ورائها ضمان استمرار سير المرافق العامة (1)

فمن خلال ما تم ذكره يكون للإدارة العمومية أن تفرض جزاءات ذات طابع مالي إذا اخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية (فرع أول) ، كما لها أن تلجأ إلى جزاءات أكثر صرامة بهدف إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية و ذلك عن طريق استعمال وسائل الضغط و الفسخ و التي تدمج ضمن الجزاءات غير المالية (فرع ثالث)

الفرع الأول

سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات المالية

تشمل الجزاءات المالية أنواع عديدة منها ما يعرف بالغرامات الت أخيرية و مصادرة مبالغ الضمان إلى جانب التعويض، و لكن قبل تعرضنا لهذه الأنواع الثلاثة (ثانيا) ، سنحاول إعطاء تعريف للجزاءات المالية (أولا).

أولا: تعريف الجزاءات المالية

يقصد بالجزاءات المالية "تلك المبالغ التي يحق ل لإدارة العمومية أن تحصل عليها من المتعاقد جزاءا لإخلاله بالتزاماته التعاقدية أو حتى لتأخره عن تنفيذ العقد ."(2) كما يمكن أن نعرفها على أنها "عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز ل لإدارة العمومية أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذ ما اخل بالتزاماته التعاقدية ."(3)

1-Martine –Lombard, Gilles dumont, droit administratif, opcit ,p 287.

2- Martine –Lombard, droit administratif, paris ,3^{eme} édition ,op cit , p 240.

3-عوابدي عمار،محاضرات في القانون الإداري ، د . ط ، معهد العلوم القضائية والإدارية ، الجزائر ، 1979،ص 271.

ثانيا: أنواع الجزاءات المالية

تتخذ الجزاءات المالية كما سبق و أن اشرنا إليه إما صورة الغرامة الت أخيرية ،التعويضات وأخيرا مصادرة مبالغ الضمان .

1-الغرامة التأخيرية :

تعددت التعريفات الفقهية للغرامة التأخيرية و من بينها تأتي على ذكر تعريف عبد العزيز عبد المنعم خليفة الذي عرفها على أنها "مبلغ مالي منصوص بالعقد على التزام المتعاقد مع الإدارة بأدائه لها ،حال إخلاله الوفاء بالتزاماته في الميعاد المتفق عليه . (1) و عرفها أيضا رياض عيسى بأنها "عبارة عن مبالغ إجمالية تحدد مقدما توقعها الإدارة كجزاء على المتعاقد معها في حالة تأخيرها عن تنفيذ العقد في المدة المقررة." (2)

وتعرف الغرامة التأخيرية على أنها "مبالغ إجمالية محددة تنص عليها العقود الإدارية كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره و إخلاله بالتزاماته" (3).

فالغرامة التأخيرية حسب تعريفات الفقهاء ترد على جميع العقود الإدارية و تلجا الإدارة العمومية إليها عادة في حالة تقصير المتعامل المتعاقد بأي نوع من الالتزامات . فالغرامة التأخيرية حسب محمد جعفر الهاشمي هي من أكثر الجزاءات شيوعا و التي توقعها الإدارة العمومية على المتعاقد معها في حالة تأخيرها عن تنفيذ العقد الإداري (4)، الهادفة إلى ضمان تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها و ذلك قصد سير المرفق العام على أحسن وجه . (5)

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء أو حكما ، د ط ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2009 ،ص91.

2- رياض عيسى ،نظرية العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 19

3- محمود حلمي ،العقد الإداري ،مرجع سابق، ص82

4- رشا محمد جعفر الهاشمي،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) بغداد، 2010 ،ص 43.

5- محمود حلمي ،العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص87-88

كما نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر بتأكيد على حق الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة تاخيرية وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 إلا أنه قيد مجال ممارستها في حالتين و ذلك بمنطوق المادة 09 من المرسوم نفسه .⁽¹⁾

الحالة الأولى: وهي حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الآجال المتفق عليه .ذلك أن عنصر الزمن يعتبر من بين أهم العناصر التي لا بد للإدارة العمومية أن تضعه في حالة التعاقد و الذي من خلاله ينبغي تنفيذ العقد بحيث لا يمكن إغفاله و هذا نظرا لأهمية التي يتضمنها فكل متعاقد قد ثبت إخلاله بهذا العنصر أو القيد وجب تسليط عليه هذا الجزاء و هذا الأخير تسلطه الإدارة دون حاجة اللجوء إلى القضاء و يعتبر احد مظاهر ممارسة السلطة العامة و مظهر تمييز العقد الإداري عن العقد المدني.

الحالة الثانية : وهي حالة التنفيذ غير المطابق و التي نعني بها حالة مخالفة بنود التنفيذ التي اتفق عليها الطرفان في العقد .⁽²⁾ و تنفرد الغرامة التأخيرية بمجموعة من الخصائص تميزها عن الجزاءات الأخرى و تتلخص فيما يلي :

- الغرامة التأخيرية اتفاقية:

اتفاقية كونها تحدد مقدما في العقد ، ما يفهم عدم إمكانية الإدارة المانحة للامتياز توقيعها ما لم ينص النص عليها مسبقا في العقد أو في قائمة الشروط الملحقة بالعقد كونها مكملة لشروط العقد ، و هذا على خلاف الجزاءات الأخرى التي لا تستلزم نصا لتوقيعها.⁽³⁾

1- تنص المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على "يمكن أن ينجر من عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به " انظر كذلك في نفس المعنى المادة 08 من المرسوم رقم 02-250 الملغى مرجع سابق .

2- عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية،مرجع سابق ،ص ص 211-212
3- أنظر ألكي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر،مذكرة من أجل الحصول على شهادة المحستير في القانون ، تيزي وزو ، 2013، ص109 نقلا عن يوسف بركات أبو دقة ، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ،المرجع نفسه ، ص 115

- الغرامة التأخيرية تلقائية:

توقع الغرامة مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضررا قد أصابها ، و لا يمكن رفعها إلى فئة أعلى و لو كان الضرر يزيد على القدر المعين ⁽¹⁾ فهي الغرامة التي توقع على المتعاقد بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ⁽²⁾ تطبيق الغرامة بمقتضى قرار إداري وذلك دون حاجة إلى القضاء للاستصدار حكم بتوقيعها , و تستحق بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد دون الحاجة إلى التنبيه باستحقاقها. ⁽³⁾

2-مصادرة التأمين أو الضمان:

أ-تعريف مصادرة التأمين:

و يعتبر أيضا مصادرة التأمين ما هو إلا ضمان لتنفيذ العقد الإداري ، إذ من خلاله يؤمن المتعاقد جهة الإدارة ضد الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري ، كما انه يضمن ملاءة هذا الأخير عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد و لذلك كان ل لإدارة حق مصادرته ⁽⁴⁾ فيتضح من هذه التعريفات إن مصادرة التأمين هو جزاء مالي يتمثل في اقتضاء الإدارة العمومية على التأمين الذي يقدمه المتعامل المتعاقد معها جزاء الإخلال بالتزاماته إضافة إلى أن التأمين يلعب دور مهم إذ يعتبر كضمان عاجل و فوري إذ أن الإدارة العمومية توقع هذا الجزاء من تلقاء نفسها من دون حاجة لصدور حكم عن القضاء ، فالهدف منه هو جدية العطاء وتنفيذ المتعاقد لالتزاماته قصد حسن سير المرفق و بالتالي يعتبر شرط إيداع التأمين كشرط وجوبي ملزما للإدارة و لا يمكن أن تتجاوز عنه ⁽⁵⁾.

1- محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق، ص 87 .

2- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة العمومية في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 46 .

3- يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مرجع سابق، ص 108.

4- حسين عثمان محمد عمان، أصول القانون الإداري، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية ، الإسكندرية، د س ن ، ص 64

5- مفتاح خليفة عبد الحميد ، محمد محمد حمد الشلحاني ، مرجع سابق، ص 159 .

وتملك الإدارة توقيعها المنفردة دون حاجة إلى صدور حكم قضائي مادام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي للعقد⁽¹⁾ و التأمين على نوعين: تأمين مؤقت وتأمين نهائي

➤ التأمين المؤقت :

سماه المشرع الجزائري كفالة التعهد المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾ التأمين المؤقت عادة ما يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد و هو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء و بدونه لا يقبل عرضه و من قد يتم استبعاده⁽³⁾

➤ التأمين النهائي :

هو التأمين الذي يقدمه صاحب العقد ضمانا لقيامه بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد بحيث إذ ما قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا التأمين⁽⁴⁾

ب-خصائص جزاء مصادرة التأمين:

و يمكن تلخيص خصائص جزاء مصادرة التأمين في : يتم مصادرة الكفالة أو التأمين بقرار إداري يصدر من الجهة الإدارية المختصة عن طريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لأن حق الإدارة مفترضة و ثابت بنص التشريع سواء نص عليه العقد أو لم ينص عليه و لا تلزم الإدارة هنا بإثبات الضرر.⁽⁵⁾

و لقد اوجب المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية في المادة 35 من المرسوم الرئاسي 10-236 أن على الإدارة المتعاقدة أن تسند الصفقة لمؤسسة تعتقد أنها

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص275.

2- راجع نص المادتين 51 و المادة 06 من المرسومين الرئاسيين رقم 10-236 و رقم 12-23 على التوالي .

3- رشا محمد جعفر الهاشمي ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها، مرجع سابق ، ص63.

4- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري ، مرجع سابق، ص317.

5- خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص264.

قادرة على تنفيذها ن، كما نص في المادة 36 من المرسوم الرئاسي نفسه على وجوب المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية و التقنية و التجارية (1)

كما اوجب قانون الصفقات العمومية الجزائري في المادة 92 من المرسوم الرئاسي 236-10 (2) على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة كما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ (3) كما أكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي , إذ لم يدعم عن طريق حكومة دولية (4) و في هذه الحالة يجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطية مبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختصة (5) أما عن مبلغ الكفالة فحدده المادة 100 من المرسوم الرئاسي 236-10 بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها (6).

3-التعويضات:

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية شأنه في ذلك شأن غرامات التأخير و مصادرة التأمين و هو عبارة عن مبالغ يحق ل لإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط من النص على جزاء مالي آخر كالغرامات

- 1- لتفاصيل أكثر راجع عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص213.
- راجع نص المادتين 35 و36 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 ،مرجع سابق.
- 2-تنص المادة 92 " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط للاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة . " و هذا ما نصت عليه المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 الملغى ، مرجع سابق.
- 3- عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،المرجع نفسه.
- 4- بينت المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية حالتي الضمانات المالية ذات الطابع حكومي و حصرتها في : - الأحكام التي تدرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.
- الضمانات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه عمومية
- 5- انظر كذلك نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 10 -236 ، مرجع سابق.
- 6- مبلغ الكفالة المحددة في نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 هي نفسها المحددة في نص المادة 87 من المرسوم الرئاسي 250-02 الملغى و يجدر الإشارة إلى أن هذه المادة قد عدلت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23-12 من خلال نص المادة 12 منه .

لمواجهة هذا الإخلال (1) فالأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص ثم انتقل بعد ذلك إلى مجال العقود الإدارية و مجال القانون العام و يعتبر الجزاء الأصل المقابل لإخلال المتعاقد بالتزاماته مما يلحق الضرر بالمشروع العام و هو بهذا يعد من الجزاءات المالية التي تهدف إلى تغطية الضرر الذي تتعرض له الإدارة العمومية نتيجة تقصير المتعاقد و إخلاله بالتزاماته (2) ومن خصائص التعويض أنه يهدف إلى جبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير الطرف الآخر ، كما أن التعويض لا يكون محددًا أو مقدارًا أو مقدما في العقد (3) و إلا أصبح في حكم الغرامة (4) ظف إلى أن التعويض بعكس الغرامة لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر ، كما هو الشأن في القانون الخاص ، كما يقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحمّلته الإدارة مع مراعاة الأخطار المتبادلة لكل من الطرفين (5)

الفرع الثاني

سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات غير المالية

هذا النوع من الجزاءات لا تستهدف إلى تحميل الملتزم أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، إنما تسعى إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ (6) وهذه الجزاءات يمكن حصرها في الجزاءات الضاغطة أو الردعية (أولا) إضافة إلى الجزاءات الفاسخة (ثانيا) و أخيرا الجزاءات الجنائية (ثالثا) .

- 1- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 509
- 2- رشا محمد جعفر الهاشمي ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، مرجع سابق ، ص 56.
- 3- على عكس ما هو عليه في القانون الخاص فإنه يجوز للمتعاقد أن يحدد قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق و هذا طبقا لنص المادة 183 من الأمر رقم 75-85 من القانون المدني.
- 4- أنظر عباد صوفية ، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، تبسه ، سنة 2011، ص 153.
- 5- عبد اللطيف قطريش، الصفقات العمومية تشريعا و فقها و اجتهادا (دراسة مقارنة) ، د ط ، لبنان ، ص 125.
- 6- أنظر أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، مرجع سابق ، ص 110، نقلا عن يوسف بركات أبو دقة ، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، ص 115.

أولاً: الجزاءات الضاغطة :

تتمثل هذه الجزاءات في حلول الإدارة أو طرف أجنبي عن العقد محل ص احب العقد لمواصلة تنفيذها على نفقة ومسؤولية هذا الأخير نتيجة عدم امتثاله لبنود العقد⁽¹⁾ و تعرف الجزاءات الضاغطة أيضا أنها "جزاءات ذات طبيعة مؤقتة , تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالا لامتيازاتها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزامه التعاقدى على الوجه الذي يتطلبه ويستلزمه المرفق العام"⁽²⁾ و لعل من ابرز هذه الجزاءات التنفيذ على حساب المتعاقد الذي هو "جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة العمومية ممارستها ، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك"⁽³⁾ ويأخذ التنفيذ على حساب المتعاقد صورتين:

1 حلول الإدارة العمومية محل المتعاقد معها :

إذ تحل الإدارة نفسها مباشرة محل المتعاقد الذي تخلف عن تنفيذ الالتزامات العقدية و الوفاء بها أو عن طريق موظفيها و عمالها ، و يكون ذلك في حالات الإستعجال التي لا تحتمل البحث عن متعاقد جديد⁽⁴⁾

2- التنفيذ عن طريق متعاقد آخر :

تقوم الإدارة بإحلال شخص آخر لتنفيذ العقد بدلا عن المتعاقد المقصر ، مع العلم أن هذا الأخير يبقى في علاقة عقدية مع الإدارة أي المسؤولية تقع على المتعاقد المقصر⁽⁵⁾ طف إلى أن هذا الجراء يمارس من قبل الإدارة العمومية حتى و لم ينص عليه في العقد و باعتبار أن الجزاءات الضاغطة هي من الجزاءات الخطيرة و الأشد ثقلا على المتعامل

1- عصام بنحسن ،سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية ، دراسات قانونية ، أعمال الملتقى حول النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربة ،مجلة تصدرها كلية الحقوق بصفافش ،عدد خاص، 2007 ،ص 207.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،مرجع سابق ،ص278.

3- محمد فؤاد عبد الباسط ،العقد الإداري ،المقومات ، الإجراءات، الآثار، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع الإسكندرية ، 2005 ،ص 334 .

4- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص113.

5- بوعمران عادل ، المرجع نفسه.

المتعاقد ، الأمر الذي يستوجب بالضرورة توفر شروط معينة حتى تستطيع الإدارة ممارسة هذه السلطة و اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك و هذه الشروط تكمن في :

- أن يكون إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته إخلالا جسيما يتناسب مع الجزاء .
- أن تراعي الإدارة قبل توقيع الجزاء ضرورة اعذار المتعاقد .
- أن تصدر قرار إداري بتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته (1)

ثانيا - الجزاءات الفاسخة:

تتمثل الجزاءات الفاسخة في الفسخ الإداري و ما يعرف بإسقاط فيما يخص عقد الامتياز.

1 - الفسخ الإداري :

يعتبر الفسخ الإداري من اشد الجزاءات و أخطرها أثرا إذ أن هذا الجزاء يضع نهاية و حد للعقد المبرم بين المتعاقد و الإدارة العمومية و يجعل الإدارة تفقد الأمل و الثقة عن استمرارية المتعاقد في تنفيذ التزاماته مستقبلا و من خلال فقدانها للثقة في الاستمرارية تلجأ إلى هذا الجزاء من اجل إنهاء الرابطة التعاقدية نتيجة إخلاله فتقوم الإدارة بفسخ العقد بإرادتها دون حاجة للنص عليه في العقد و الالتجاء إلى القضاء (2) و على هذا الأساس نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10- 236 على أن يتم تحديد شروط الفسخ الصفة (3)

2 - الإسقاط:

إذا كان فسخ العقد هو الاصطلاح التبادل بالنسبة لجميع العقود الإدارية فانه يستثنى من ذلك عقد الامتياز بحيث يطلق على جزاء الفسخ إسقاط الالتزام و الذي يعتبر من

1- رشا محمد جعفر الهاشمي ، الرقابة القضائية.....، مرجع سابق، ص 75 .
 للتفاصيل أكثر عن شروط الإدارة لسلطة توقيع الجزاءات انظر كذلك عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود ، مرجع سابق ، ص 285 .
 2- خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص 267.
 3- تنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10- 236 على " يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع و التنظيم المعمول....شروط فسخ الصفة " .

الجزاءات الفاسخة و طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته الطبيعية ، وهو جزاء توقعه السلطة ما نحه الالتزام على الملتزم نتيجة أخطاء جسيمة ارتكبها أثناء إدارته للمرفق (1) .

و من خلال ما سبق ذكره ونظرا لخطورة جزاء الفسخ كما يتضمنه من إسقاط حقوق المتعامل المتعاقد فانه من الضروري ضبط الشروط التي يستوجب توقيع وتطبيق جزاء الفسخ و منها :

- ارتكاب المتعامل خطأ جسيم .
- الاعذار
- توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة. (2)

ثالثا: الجزاءات الجنائية :

إن الإدارة العمومية إلى جانب الجزاءات الضاغطة و الجزاءات الفاسخة تستطيع أحيانا أن تقوم بفرض نوع آخر من الجزاءات و تتمثل في الجزاءات الجنائية على المتعاقد معها و لكن الإدارة تقوم بفرضها لا بصفتها سلطة عامة و إنما بصفتها طرفا في العقد (3) أي تملك سلطات بوليسية تتعلق بالأمن و النظام في مواجهة الأفراد و ما على المتعاقد مع الإدارة إلا احترام القوانين و اللوائح التي تتصل بتنفيذ العقد. (4)

كما أن توقيع هذه الجزاءات مقيدة بوجود نص إذ يجعل ذلك الإخلال جريمة يعاقب عليها القانون عملا بالمبدأ الجنائي الذي ينص على أنه " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص ". كما أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن توقع هذه الجزاءات بنفسها على المتعاقد و إنما لا بد من اللجوء إلى الطرق القانونية المقررة ما لم يسمح القانون لها بذلك. (5)

1- محمد رشا جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية.....، مرجع سابق، ص89.
2- أنظر عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد، مرجع سابق ، ص ص 162-163.
3- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 146.
4- محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق ، ص78.
5- محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق، ص146.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات

بعدما أن اشرنا إلى النص القانوني و المواد المنظمة له و التي من خلالها تسند ل إدارة العمومية سلطة توقيع الجزاءات ضمان لتنفيذ العقد المتصل بسير المرافق العامة إلا أن هناك خلاف اعم و اشمـل بحسب ما إذا كانت هذه السلطة تقوم على أساس فكرة المرفق العام (فرع أول) أم على أساس فكرة السلطة العامة (فرع ثاني)

الفرع الأول

السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

يرى فريق من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة و ما يؤكد ذلك أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية و هي أيضا تطبق مباشرة لنظرية التنفيذ الجبري دون حاجة اللجوء إلى القضاء و بالتالي فان استعمال الإدارة العمومية لهذه السلطة لا يحتاج إلى نص يقرها. (1)

الفرع الثاني

المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات

يستمد النظام القانوني للجزاءات التعاقدية ضرورته من مقتضيات سير المرافق العامة، إذ ذهب فريق من الفقه إلى القول أن هذا الحق يجد أساسه في الصلة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة، مما يستوجب ضرورة سيرها بانتظام و باضطراب، و باعتبار

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 262.

الإدارة مسؤولة عن سير ذلك المرفق و من حقها و واجبها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار متعاقد ها على تنفيذ التزاماتها.⁽¹⁾

المطلب الثالث

تطبيقات سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات و شروط ممارستها

إن الإدارة تستطيع بشكل خاص أن تطبق عقوبات خاصة بالعقد الإداري و يظهر هذا خاصة في عقود الإشغال العامة و عقود الامتياز، عقود التوريد (فرع أول) مراعاة في ذلك بعض الشروط التي نجدها مقيدة في ممارستها لهذه السلطة (فرع ثان)

الفرع الأول

تطبيقات سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات

أولا - سلطة توقيع الجزاءات في عقود الأشغال العامة:

فبالنسبة لعقد الأشغال العامة يجوز للإدارة العمومية في حالة تخلف أو تأخر المقاول في تنفيذ أي من التزاماته أن تقوم بسحب العمل بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد، إلا أن هذا السحب يخضع لقيود منه أنه :

1- يجب أن تقوم الإدارة بإنذاره على عنوانه المبين بالعقد بالمخالفة التي إرتكبها و أن النية متجهة لسحب العمل منه في حالة عدم الالتزام مع مضي 10 يوما على الإنذار دون استجابة المقاول.

2 - يجب أن يصدر قرار السحب من السلطة المختصة يعني السلطة المختصة بإبواب العقد.

3 - يجب تنفيذ العمل على حساب المقاول و وفقا للشروط و المواصفات المعلن عنها وهذا منعا للأضرار المقاول.⁽¹⁾

1- طارق سلطان ، مرجع سابق، د ص.

ثانيا - سلطة توقيع الجزاءات في عقود الامتياز :

يأخذ الجزاء في عقد الامتياز برفع يد المتعاقد لعقد الامتياز مؤقتا عن إدارة المرفق العام محل العقد ففي هذه الحالة الإدارة هي نفسها تقوم بإدارة المرفق محل العقد وهذا الجزاء بذاته لا يؤدي إلى إنهاء العقد بصفة عامة وإنما كل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع. (2)

ثالثا - سلطة توقيع الجزاءات في عقود التوريد:

يعتبر الشراء على حساب المتعاقد من بين الجزاءات التي تطبق على المتعهد المقصر في عقد التوريد إذ يوقع في حالة عدم توريد ما التزم بتقديمه من البضاعة أو تأخر في التوريد و يكون قد اخل بدوام سير المرفق العام وهنا الإدارة العمومية تقوم بإتباع مجموعة من الإجراءات قبل القيام بالشراء على حساب المورد :

1 - إعطاء للمتعهد مهلة أولية وذلك بإخطاره عن إهماله بتنفيذ التزاماته العقدية مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك .

2 - الشراء على حسابه إذ تقوم الإدارة بشراء المواد أو الأصناف التي لم يقدّمها بتوريدها عن غيره ولها أن تختار الطريقة التي تراها مناسبة ل إبرام عقد جديد وذلك سواء بالمناقصة العامة أو المحددة أو بصورة مباشرة أما ما ينتج من زيادة في الثمن و المصاريف الإدارية و ما يستحق على المتعاقد المقصر من غرامة عن مدة التأخير فيخصم من مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة و إذا كان سعر الشراء لأي صنف من الأصناف المتعهد بها يقل عن السعر الذي كان يجهز بموجبه المتعاقد الأول فلا يحق له المطالبة بالفرق بينهما.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري ، مرجع سابق، ص91.

2- خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 265.

الفرع الثاني

شروط ممارسة الإدارة العمومية لسلطة توقيع الجزاءات

إن الإدارة العمومية لكي تمارس هذه السلطة حيال المتعاقد معها فإنه يتعين أن ينسب إليه ارتكاب خطأ تعاقدي إضافة إلى أنه لا بد للإدارة العمومية قبل اتخاذ هذا الإجراء بأعذاره و سنقوم بتناول هذين الشرطين:

1 - ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ أثناء تنفيذ التزامه التعاقدية:

إن ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ الجسيم الذي يخول لإدارة سلطة اتخاذ إجراء أو توقيع الجزاء تجاه المتعاقد معها يأخذ أشكالاً مختلفة تتفق وطبيعة العقد محل الإجراء فنجد مثلاً في عقد التزام المرافق العامة فيتمثل هذا الخطأ في تعطيل المرفق مما يدفع بإدارة العمومية بوضعه تحت الحراسة، أما في عقد الأشغال العامة فيأخذ الخطأ التعاقدية صورتين منها الإخلال بشروط العقد فأي إخلال بشرط من الشروط التعاقدية. و بغض النظر عن مدى جسامته الإخلال يعد خطأ تعاقدياً وبالتالي يترتب آثاراً هامة و حكم هذا الإخلال يكمن في إهمال المتعاقد أو إغفاله للقيام بإحدى الالتزامات التعاقدية. أما الصورة الثانية فتتمثل في عدم احترام المقاول لأوامر المصلحة ففي حالة ما إذا خالف المتعاقد مع الإدارة الأوامر المصلحة المتعلقة بالتعاقد و التي توجهها لإدارة العمومية يكون بوسعها إما إلغاء التعاقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد المخالف للأوامر المصلحة و تحت مسؤوليته و يجدر الإشارة أن المقاول عند خضوعه للأوامر المصلحة لا يقتصر التزامه على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ ولكن تمتد أيضاً لتشمل التعديلات التي قد تفرضها الإدارة العمومية بذاتها. (1).

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة.....، مرجع سابق، ص ص 285- 288.

1 - اذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء:

معناه أن تراعي الإدارة قبل توقيع الجزاء ضرورة اذار المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية فبالنسبة لعقد الأشغال العامة أن الإدارة المتعاقدة تقوم بإنذار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بالإصلاحات اللازمة و ذلك في اجل 10 يوما من تاريخ إخطاره وفي حالة عدم امتثال المتعاقد معها و قيامه بما ورد با لإنذار إما تقوم بالإصلاحات اللازمة وإما إلغاء العقد.

أما بالنسبة لعقد التوريد على الإدارة المتعاقدة أن تقوم بإخطار المورد بخطاب موصى قبل قيامها بالشراء على حسابه

المبحث الثاني

سلطة الإدارة العمومية في الإنهاء الفردي للعقد الإداري

إضافة إلى الجزاءات المشار إليها أعلاه يمكن للإدارة العمومية بما لها من امتيازات السلطة العامة أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري و تفك الرابطة التعاقدية لضرورات المصلحة العامة⁽¹⁾ فهي من ابرز السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد سواء كجزاء علي الخطأ الذي ارتكبه المتعامل أو حتى دون ارتكابه لخطأ⁽²⁾

هذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث إذ سنتعرض إلى تعريف سلطة الإنهاء الفردي للعقد الإداري (مطلب أول) ثم إلى الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الأخيرة (مطلب ثان) و في الأخير إلى القيود الواردة على هذه السلطة (مطلب ثالث)

المطلب الأول

التعريف بسلطة الإنهاء الفردي للعقد الإداري

سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد التعريف الفقهي لسلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري (فرع أول)، ثم إلى التعريف القانوني لها (فرع ثان)

الفرع الأول

¹- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 79 .

²- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 250 .

التعريف الفقهي: يقصد بسلطة الإنهاء "إنهاء الرابطة التعاقدية بصفة نهائية مع الطرف المتعاقد إذ ما اخل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما"⁽¹⁾ فالإدارة العمومية أمام هذه الحالة تكون مضطرة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية معه ⁽²⁾

ويعرفها أيضا "محمد فؤاد عبد الله حمود" على أنها قيام الإدارة بوضع نهاية للعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين المتعاقد معها قبل انقضاء الأجل المحدد لتنفيذ العقد. ⁽³⁾

فيتضح من هاذين التعريفين أن الإدارة العمومية تستخدم سلطة الإنهاء الإداري للعقد الإداري بالإرادة المنفردة في حالة صدور خطأ من المتعاقد مع الإدارة و هذا حسب تعريف الفقيه عوابدي عمار (أولا)، أو في حالة ما إذا استدعت ضرورات المصلحة ذلك، أي أن الإدارة العمومية لها الحق في هذه السلطة حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ (ثانيا)

وهذا ما أيده RACHID ZOUAIMIA "أن للإدارة العمومية حق فسخ العقد بما يرجع بالفائدة بالمرفق العام، أي أن يكون من وراء الفسخ دوافع تتطلبها المصلحة العامة و هذا حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ ⁽⁴⁾

أولا: إنهاء العقد الإداري في حالة وجود خطأ:

المقصود بهذه الحالة ارتكاب المتعامل المتعاقد مع الإدارة خطأ من شأنه أن يخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية شرط أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الجسامة والخطورة حتى يكون مبررا لتوقيع سلطة الإنهاء للعقد أو ما يطلق عليه أيضا بالفسخ الإنفرادي أو الفسخ الإداري ⁽⁵⁾

¹⁻ عوابدي عمار، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 686 .

²⁻ عوابدي عمار، القانون الإداري، المرجع نفسه.

³⁻ محمد فؤاد عبد الله حمود، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، طبعة 2002، ص 44 .

⁴⁻ محمد فؤاد عبد الله حمود، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 44

5- Rachid Zouaimi, Droit administratif ,Berti edition ,Alger ,2009 ,p 190-193

ثانيا:إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة:

تستطيع الإدارة العمومية إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و قبل حلول الأجل المحدد لإنهائه وذلك ليس كجزاء على خطأ جسيم يرتكبه المتعامل المتعاقد مع الإدارة كما هو الحال في جزاء فسخ العقد، فأحيانا تستدعي دواعي المصلحة العامة و متطلبات سير المرافق العامة أن تنهي الإدارة العمومية العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته. (1)

فمن هنا يبرز أن للإدارة العمومية حق فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا وجدت أن مقتضيات الصالح العام يتطلب ذلك و أن تنفيذ العقد أصبح لا يتفق مع حاجات المرفق العام(2)

كما يرى الفقه الإداري كذلك أن اعتبار سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد و لدواعي المصلحة العامة من النظام العام و هذا للنتائج التالية:

- لا يحق لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ممارسة هذه السلطة.
 - تتمتع الإدارة العمومية بهذه السلطة طبقا لامتياز التنفيذ المباشر دون حاجة للقضاء من أجل تقرير الإنهاء لا اعتباره من النظام العام
 - لا يجوز للمتعامل المتعاقد الاعتراض على ممارستها لحقها هذا ما دام أن حقه في التعويض الكامل مضمون.
 - للإدارة العمومية الحق في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة قبل انقضاء الأجل المحدد للعقد.
 - هذه السلطة مقررة للإدارة العمومية حتى في حالة سكوت العقد الإداري ذاته عليه³
- فالإدارة العمومية لا يجوز لها أن تنتازل عن هذه السلطة و أن كل اتفاق يجرم الإدارة من حقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة يعد هذا باطلا، و هذا بسبب مخالفته للنظام

¹- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري ، المقومات...، مرجع سابق، ص387

²-مفتاح خليفة عبد الحميد ، وحمد محمد حمد الشلmani ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص175

³-مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد حمد الشلmani ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص175.

العام، معناه أن الإدارة العمومية من حقها ممارسة هذا الحق، فمتى قررت إنهاء العقد وفقا لسلطتها التقديرية فإنها ببساطة تصدر قرارا داري بإنهاء العقد⁽¹⁾

و الجدير بالذكر أنه إذا استعملت الإدارة العمومية لسلطة إنهاء العقد و بالإرادة المنفردة و بدون خطأ من المتعامل المتعاقد معها، يستحق هذا الأخير تعويضا عما أصابه من ضرر نتيجة لإنهاء الإدارة للعقد، كما يستحق أيضا التعويض عما فاتته من كسب و هذا لما تقتضيه العدالة و ضرورة الموافقة بين المصالح المالية للمتعاقد و مصلحة الإدارة في إنهاء العقد⁽²⁾

الفرع الثاني

التعريف القانوني

لم يعطي المشرع تعريفا جامعاً مانعاً لسلطة الفسخ الانفرادي للعقد، بل اكتفى بالإشارة إليه في نص المادة 112 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث جاء فيها ما يلي: "...يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد..."

فالواضح من خلال هذه الفقرة أن الفسخ الانفرادي للعقد الإداري يتم من طرف الإدارة العمومية بإرادتها المنفردة باعتبارها صاحبة السلطة العامة و هو ما عبر عنه المشرع بعبارة "الفسخ من جانب واحد"⁽³⁾

¹- عاطف محمد عبد اللطيف، إمتيازات الإدارة في قانون المناقصات و المزايدات ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية .
²- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري ، الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 229
³- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مرجع سابق ، وهذا ما تضمنته أيضا المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (الملغى) ونشير إلى أن المادة 112 من المرسوم رقم 10-236 لم يطرأ عليها أي تعديل سواء بموجب المرسوم رقم 10-23 أو المرسوم رقم 13-03 المؤرخان في 2012 و 2013 على التوالي .

فحسب نص المادة 112 السالفة الذكر نجد أن المشرع حدد حالة واحدة يمكن للإدارة اللجوء إليها لفسخ العقد و هي حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد لتنفيذ العقد و لكن دون ذكره لهذه الحالات على خلاف ما قام به الفقهاء إذ أرجعوا عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته لسببين هما:

أولاً: في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد عن التنفيذ

و هذا عندما يصبح المتعامل المتعاقد غير قادر على الاضطلاع بأعباء العقد المالية، بحيث فقد مصدر التمويل اللازم للتنفيذ، الأمر الذي يجعل من استمرار التعاقد معه غير مجدي في تحقيق الفائدة المرجوة من التعاقد.

ثانياً: استعمال المتعامل المتعاقد الغش

ثبوت استعمال المتعامل المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، و فسخ العقد للغش و التلاعب يجد مبرره في أن المتعاقد بسلوكه هذا قد فقد ثقة الإدارة المفترض توافرها فيه، إضافة إلى افتقاده لشروط تنفيذ العقد بحسن نية و هو الأمر الذي يجب أن يسود تنفيذ كافة العقود الإداري⁽¹⁾

بالإضافة إلى الفسخ الانفرادي للعقد نجد أن المشرع نص على نوع آخر من أنواع الفسخ في نص المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أي أن المشرع خول أطراف العقد اللجوء إلى الفسخ التعاقدي أو كما يطلق عليه الفقه الفسخ الإتفاقي الذي مفاده التوقيع على وثيقة الفسخ باتفاق مشترك⁽²⁾

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 292-294
2- تنص المادة 113 "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض و للتفاصيل أكثر راجع عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 219

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة العمومية في الإنهاء الفردي للعقد

ثار خلاف فقهي حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري، فمنهم من يرى أن أساس هذه السلطة هو ضرورات المرفق العام، (فرع أول)، و منهم من يرى أن أساسها يبرر فكرة السلطة العامة و امتيازات القانون العام (فرع ثاني) وبينما يرى اتجاه ثالث أن هذه السلطة تقوم على أساس مزدوج تستند إلى فكرة السلطة العامة و امتيازات القانون العام إلى جانب فكرة الصالح العام و احتياجات المرافق العامة.

الفرع الأول

السلطة العامة و امتيازات القانون العام كأساس قانوني لسلطة الإنهاء

يرى جانب من الفقه أن أساس سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري تستند إلى فكرة السلطة العامة، فالإدارة العمومية تمارسها في مجال العقود الإدارية و ذلك عن طريق استعمالها لامتيازاتها في إصدار قرار تنفيذي و في التنفيذ المباشر وأما فكرة الصالح أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصح أن تكون شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها⁽¹⁾

و هو ما يؤكد "عاطف محمد عبد اللطيف" حيث يرى أن سلطة الإدارة العمومية في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام و مقتضيات سير المرافق العامة⁽²⁾

¹- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1973، ص 266

²- عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة...، مرجع سابق، ص 607

لذلك يمكن القول بأن السلطة العامة تلعب دورا أساسيا في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد استثنائية و حتى وإن لم يكن منصوبا عليه في العقد، ذلك أن السلطة العامة لها خصائص معينة تطبع بها العقود الإدارية التي تظهر فيها¹

الفرع الثاني

المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري

يرى أنصار هذا الرأي أن سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة تقوم أساسا على ضرورات الصالح العام و مقتضيات حسن سير المرافق العامة بانتظام و باضطراب .

فحسب هذا الاتجاه يعتبر المرفق العام كأساس محرك لكافة تصرفات الجهة الإدارية أثناء مراحل العقد الإداري المختلفة كون أن هذا الأخير في أساسه يهدف إلى إشباع حاجات المرفق العام و هو الأساس الذي يعطي للجهة الإدارية مرونة التصرف في العقد الإداري .

فالإدارة العمومية حتى و لو لم يخطئ المتعامل المتعاقد معها و طهر أن الصالح العام يقتضي عدم الاستمرار في العقد فمن حقها إنهاء العقد، فالعقد الإداري يجب أن يتوافق مع الظروف القابلة للتطور و التي دائما ما يوجد فيها المرفق(2)

1- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص ص 606-607

2- عاطف عبد اللطيف، امتيازات الإدارة، مرجع سابق، ص 63 .

الفرع الثالث

الأساس القانوني المزدوج لسلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري

هذا الأساس يستند في نفس الوقت على كل من الصالح العام و احتياجات المرفق العام ، مفاده أن سلطة إنهاء العقد الإداري يجب أن يقوم أساسا على فكرة الصالح العام، ذلك انه من المتعين تغليب المصلحة العامة الجماعية على مصلحة المتعامل المتعاقد الفردية مع الإدارة العمومية عند تعارض كلتا المصلحتين هذا من ناحية و من ناحية أخرى فإن سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إنما تعتبر من أهم امتيازات القانون العام التي تميز النظام القانوني للعقود الإدارية عن عقود القانون الخاص التي تفقد بدونها نظرية العقد الإداري خصوصيتها وحيث تملك الإدارة العمومية في مجال العقد الإداري سلطات استثنائية غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص في مواجهة المتعامل المتعاقد معها لكي يمكنها من إجباره على تسيير المرفق العام بانتظام فضلا عن ضمان إشباع الحاجات العامة

(1)

المطلب الثالث

القيود الواردة على سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري

أن أبرز السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة العمومية تجاه المتعامل المتعاقد هي سلطة إنهاء العقد الإداري أيا كان نوعه سواء لارتكاب المتعامل المتعاقد لخطئ أو حتى دون ارتكابه لخطئ، ألا أن هذه السلطة ليست بسلطة مطلقة تلجئ إليها الإدارة العمومية كيفما أرادت ز إنما هناك ضوابط أو بعض القيود يجب الأخذ بها قبل الشروع في ممارستها لهذه السلطة و منها نذكر:

¹-عليوات ياقوطة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 299 .

أولاً: أن تمارس الإدارة العمومية سلطة الإنهاء في إطار مبدأ المشروعية

يجب أن تمارس الإدارة العمومية سلطة إنهاء العقد الإداري في إطار مبدأ المشروعية، فلا يمكن أن يكون قرار الإنهاء مشروعاً إلا إذا كان مستهدفاً صالح المرفق العام بعيداً عن التعسف أو الانحراف مع ضرورة استفتاء القرار الصادر من الجهة الإدارية كافة شروط القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة بناء على سلطة تقديرية⁽¹⁾

فعلى الإدارة العمومية عند قيامها بإنهاء العقد الإداري أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين و اللوائح و إلا كان قرارها غير مشروعاً، كما يجب أن يكون صاحب الاختصاص في إصدار قرار إنهاء العقد الإداري هو الجهة الإدارية التي أبرمت العقد⁽²⁾

وعليه يمكن القول أن قرار إنهاء العقد الإداري من طرف الإدارة العمومية و بصورة منفردة مثله مثل باقي القرارات الإدارية الأخرى لا بد أن يستوفي كامل أركانه الشكلية و الموضوعية حتى يكون قراراً مشروعاً

و نشير في الأخير أن الإدارة العمومية عند استعمالها و ممارستها لسلطة الإنهاء أن تستعملها تحت رقابة القضاء و القاضي الإداري باعتباره المختص إذ ما لجأ إليه صاحب الشأن، فعليه أن تبحث دائماً في الأسباب التي دفعت بالإدارة إلى إنهاء العقد ، فإذا ثبت للقضاء الإداري أن القرار الصادر من الإدارة العمومية في إنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع أو سليم فإنه من حقه إلغاء ذلك القرار⁽³⁾

ثانياً: أن يكون إنهاء العقد الإداري لما تقتضيه المصلحة العامة

إن قيد المصلحة المبررة لاستعمال الإدارة العمومية لسلطتها في إنهاء العقود الإدارية هو من القيود الهامة التي يفترض دوماً في الإدارة أن تمارسها في كافة تصرفاتها و قراراتها

¹-عاطف محمد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 611 .

²-مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، 2007، ص 145

³-حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 260 .

و بالتالي فإن حدود رقابة الإدارة في استخدامها لسلطة إنهاء العقد يجب أن تستهدف إلى تحقيق المصلحة العامة كما لا يجب أن تتعسف في استخدامها⁽¹⁾

فأجمع الفقه و القضاء الإداريين على ضرورة قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة الإنهاء أألفرادى للعقد، لذلك يمكن القول بأن المصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإدارى الباعث و الغاية ،فاستهداف المصلحة العامة شرط جوهري و ضروري لمشروعية العمل الإدارى ، فأحيانا تستدعي المصلحة العامة و متطلبات سير المرافق العامة أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد و ذلك لانعدام الفائدة من الاستمرار فى هذا العقد⁽²⁾

¹-حمدي ياسين عكاشة،موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، مرجع سابق ،ص260

²-مفتاح خليفة عبد الحميد ،مرجع سابق ،ص 144

خاتمة :

انطلاقاً من بحثنا المتواضع لسلطات الإدارة العمومية في مجال العقود الإدارية في النظام الجزائري ، نجد أن المشرع الجزائري قد خول للإدارة العمومية مع الأفراد امتيازات لهل مثل لها في القانون الخاص ، إذ تنفرد ببعض القواعد و الأحكام التي لا وجود لها في علاقات الأفراد بعضهم ببعض تلجأ الإدارة العمومية إلى هذه الامتيازات أو السلطات إذ ما رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك .

و تتمثل سلطات الإدارة العمومية و امتيازاتها في العقد الإداري في حقها في مراقبة والإشراف على المتعامل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته فلها أن تصدر له أوامر ملزمة عليه فقط تنفيذها .

فسلطة الرقابة و الإشراف تعتبر بالامتياز الثابت للإدارة العمومية و ذلك في جميع العقود الإدارية ، و هذا الحق ثابت و دون حاجة للنص عليه في العقد ، يجد أساسه في المرفق العمومي و ما يقتضي سيره بانتظام و اضطراب .

و ما يمكن قوله أيضا حول سلطة الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف أنها سلطة مطلقة تشمل كافة مراحل العقد الإداري انطلاقاً من مرحلة إبرامه إلى غاية إنهائه فهي رقابة دائمة ، مستمرة طيلة مدة العقد .

كما تملك الإدارة العمومية سلطة تعديل شروط العقد الإداري سواء بعد إبرامه أو حتى عند تنفيذه و دون حاجة للنص عليه في العقد و هذا من أجل ضمان سير المرافق العمومية و تحقيق المصلحة العامة ، فيمكن لها تعديل التزامات المتعامل المتعاقد معها و على النحو الذي لم يكن معروفاً به وقت إبرام العقد الإداري ، فالإدارة العمومية لها أن تزيد أو تنقص من التزامات المتعامل المتعاقد معها دون الحاجة إلى موافقته ، المهم ان لا يمس التعديل بموضوع العقد و لا بالمزايا المالية للمتعامل المتعاقد

و من بين السلطات التي تستخدمها الإدارة العمومية سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد إذ ما قصر في تنفيذ التزاماته على أي وجه من الوجوه ، أي الإدارة العمومية تلجأ إلى مثل هذا النوع من السلطة إذا ثبت لها أن المتعامل المتعاقد من شأنه أن يخل بالتزاماته التعاقدية

فالإدارة العمومية لها أن توقع هذه الجزاءات بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية و دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء و حتى في حالة عدم النص عليها في العقد الإداري ، فهي توصف بالجزاءات المؤقتة و التي لا يترتب عنها إنهاء العقد الإداري .

و تختلف هذه السلطة أي سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات الإدارية عن حقها في إنهاء العقد الإداري ليس فقط لإرتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ و إنما تتدخل بها إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك .

ثم نشير على ما يترتب على سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري ، فعلى هذه الأخيرة أن تقدم تعويض للمتعامل المتعاقد عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة هذا الإنهاء .

أما إذا كان إنهاء العقد الإداري من طرف الإدارة العمومية و بإرادتها المنفردة كجزاء موقع عليه في حالة قيامه لخطأ جسيم فليس له ان يطلب تعويض

و لكن ما يجب فهمه في الأخير أن هذه السلطات المخولة للإدارة العمومية ليست في صالح الإدارة العمومية باستقرار باعتبارها تملك امتيازات السلطة العامة تعلو بها عن الأفراد ، فهي ليست مطلقة، ولذلك نجد أن المشرع قد قيد حرية الإدارة العمومية بقيود و ضوابط و لها حدودها بالرغم من أن الإدارة تتمتع بالسلطة التنفيذية إلا أن الجانب الأكبر من نشاطها يندرج في مجال السلطة المقيدة

فما على الإدارة العمومية إلا احترامها للقيود و الضوابط التي سبق أن أشرنا إليها بوضوح

من خلال بحثنا هذا وكونها تشكل ضمان للمتعامل المتعاقد معها و تضمن له حقوق تتمثل في الحصول على المقابل المالي و اقتضاء التعويض عن الأضرار التي تلحق به جراء تصرفات الإدارة العمومية عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

	الفهرس
01	مقدمة:
06	الفصل الأول : سلطات الإدارة العمومية أثناء التنفيذ المادي للعقد الإداري
05	المبحث الأول :سلطة الإدارة العمومية في الرقابة و الإشراف
06	المطلب الأول :تعريف سلطة الرقابة و الإشراف و تطبيقاتها
06	الفرع الأول :تعريف سلطة الرقابة والإشراف
06	أولا - سلطة الرقابة و الإشراف بالمعنى الضيق
07	ثانيا: سلطة الرقابة والإشراف بالمعنى الواسع
07	الفرع الثاني : تطبيقات سلطة الرقابة و الإشراف
07	أولا :سلطة الرقابة و الإشراف في عقود الأشغال العامة
08	ثانيا :سلطة الرقابة و الإشراف في عقد التوريد
08	ثالثا :سلطة الرقابة و الإشراف في عقد الإمتياز
08	المطلب الثاني :الأساس القانوني لسلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الإداري
10	الفرع الأول :الأساس التشريعي لسلطة الرقابة و الإشراف
11	الفرع الثاني :الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة و الإشراف
12	الفرع الثالث :المرفق العمومي كأساس لسلطة الرقابة و الإشراف
12	المطلب الثالث :الضوابط التي ترد على ممارسة سلطة الرقابة و الإشراف
13	الفرع الأول :الضابط العام
13	الفرع الثاني : الضابط الخاص
14	المبحث الثاني :سلطة الإدارة العمومية في تعديل شروط العقد الإداري
14	المطلب الأول :تعريف سلطة الإدارة العمومية في التعديل و موقف الفقه منها
14	الفرع الأول :تعريف سلطة التعديل

15	الفرع الثاني :موقف الفقه من سلطة التعديل
15	أولا :الإتجاه المنكر لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري
16	ثانيا :الإتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري
16	ثالثا : الإتجاه الوسط لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري
16	المطلب الثاني :الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري
17	الفرع الأول : حق التعديل مستمد من فكرة المرفق العمومي
17	الفرع الثاني :السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل
18	الفرع الثالث :سلطة التعديل مستمدة من النصوص القانونية
20	المطلب الثالث :تطبيقات سلطة التعديل و الضوابط التي ترد عليها
20	الفرع الأول :تطبيقات سلطة التعديل
20	أولا :سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة
20	ثانيا :سلطة التعديل في عقد الإمتياز
20	ثالثا :سلطة التعديل في عقود التوريد
21	الفرع الثاني :الضوابط التي ترد على سلطة التعديل
21	أولا :أن يكون للتعديل أسباب موضوعية
21	ثانيا :أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية
22	ثالثا :عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد
24	الفصل الثاني: سلطات الإدارة العمومية أثناء التنفيذ خير العادي للعقد الإداري
24	المبحث الأول :سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات الإدارية
25	المطلب الأول :تنوع سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات الإدارية
26	الفرع الأول :سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات المالية

26	أولاً: تعريف الجزاءات المالية
27	ثانياً: أنواع الجزاءات المالية
27	1- الغرامة التأخيرية
29	2- مصادرة التأمين أو الضمان
31	3- التعويضات
32	الفرع الثاني: سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات غير المالية
32	أولاً: الجزاءات الضاغطة
34	ثانياً: الجزاءات الفاسخة
35	ثالثاً: الجزاءات الجنائية
35	المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات
36	الفرع الأول: السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات
36	الفرع الثاني: المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات
37	المطلب الثالث: تطبيقات سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات و شروط ممارستها
37	الفرع الأول: تطبيقات سلطة الإدارة العمومية في توقيع الجزاءات
37	أولاً : سلطة توقيع الجزاءات في عقود الأشغال العامة
37	ثانياً : سلطة توقيع الجزاءات في عقود الامتياز
38	ثالثاً : سلطة توقيع الجزاءات في عقود التوريد
38	الفرع الثاني: شروط ممارسة الإدارة العمومية لسلطة توقيع الجزاءات
38	أولاً : خطأ المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقد
39	ثانياً : اعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء
40	المبحث الثاني: سلطة الإدارة العمومية في الإنهاء الإداري للعقد الإداري
40	المطلب الأول: تعريف سلطة الإنهاء الإداري للعقد الإداري
41	الفرع الأول: التعريف الفقهي
41	أولاً :إنهاء العقد الإداري في حالة وجود خطأ
42	ثانياً :إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

44	الفرع الثاني :التعريف القانوني
44	المطلب الثاني :الأساس القانوني لسلطة الإدارة العمومية في الإنهاء الانفرادي للعقد
45	الفرع الأول :السلطة العامة و امتيازات القانون العام كأساس قانوني لسلطة الإنهاء
46	الفرع الثاني :المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإنهاء
46	الفرع الثالث :الأساس القانوني المزدوج لسلطة الإدارة العمومية في الإنهاء
47	المطلب الثالث :القيود الواردة على سلطة الإدارة العمومية في إنهاء العقد الإداري
47	الفرع الأول :أن تمارس الإدارة سلطة الإنهاء في إطار مبدأ المشروعية
48	الفرع الثاني :أن يكون إنهاء العقد الإداري لما تقتضيه المصلحة العامة
51	خاتمة:
52	قائمة المراجع:
58	الفهرس: