وزارة التعليـــم العـــالي والبحـــث العـــلمي
جـــــامعة عبـــاس لغـــرور – خنشلـــة –
كليـــــة الحقـــوق والعلـــوم السيـــاسية
قســـم الحقـــــوق

سلطـــة الإدارة في مـــواجهة المتعـــاقد معهـــا في صفقـــة الأشغـــال العمـــومية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون إداري

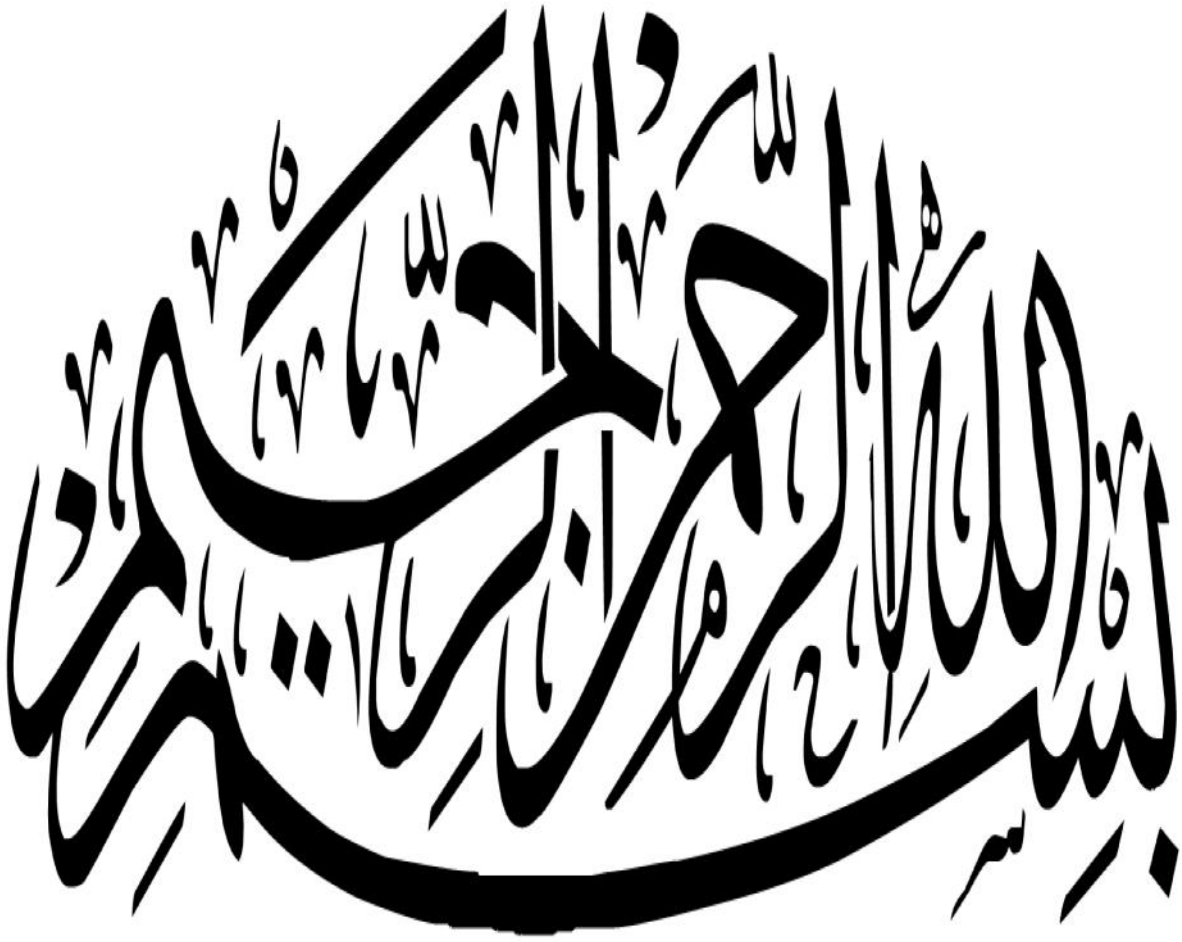
إعـــداد الطـــالبين:
- منيرة بوزكري
- رزقي بوزكري

إشـــراف الـــدكتور:
- محمد بوكماش

لجنة المناقشة

اللقب و الاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د.راجي عبد العزيز	أستاذ محاضر –ب-	خنشلة	رئيسا
د.بوكماش محمد	أستاذ محاضر - أ-	خنشلة	مقررا ومشرفا
أ.الهاشمي تافرونت	أستاذ مساعد - أ-	خنشلة	عضوا ممتحنا
أ.معمري عبد الرشيد	أستاذ مساعد - أ-	خنشلة	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية : **2015/2014**


بسم الله الرحمن الرحيم

[وقل اعملوا فسيرى الله عملكم

ورسوله والمؤمنون]

[التوبة: 105]

شكر وعرفان

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك...ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك... ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك.**الله جل جلاله**.

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة... ونصح الأمة... وكشف الغمة... إلى نبيّ الرحمة... ونور العالمين.

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

والشكر الخاص والتقدير البالغ المقرون بالمحبة والاحترام إلى الدكتور **بوكماش محمد** الذي شرفنا ومنحنا ثقته بقبوله الإشراف على هذه الدراسة. وعلى ما أسدانا من نصح مخلص وتوجيهات سديدة.

أدامه الله منارة للعلم ومتعه بالصحة والعافية والتوفيق.

كما لا يفوتنا أن نتوجه بالشكر الجزيل إلى **الأساتذة الأفاضل** أعضاء لجنة المناقشة المحترمين.

إلى كل هؤلاء جزاكم الله عنا خير الجزاء.

إهـــــداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى **الوالد** العزيز رحمه الله وطيب ثراه.

إلى أسمى وأحن إنسان في الوجود إلى **والدتي** أطال الله عمرها.

إلى **إخوتي وأخواتي** الأعزاء.

إلى **زوجي** ورفيق دربي إلى من كان سندا وعونا لي في كل خطوة

لك مني كل الامتنان والاحترام والتقدير أدامك الله ورعاك

وإلى والديه الكريمين.

إلى وردتي حياتي وفرحة الدنيا: ابنتي: **ميسون** و**لينا**.

جعلهما الله من الذرية الصالحة.

إلى كل من ساهم وشاركنا في إثراء هذا العمل المتواضع.

إلى كل **الأحبة والأصدقاء** ورفقاء الدرب **وزملاء الدراسة**.

منـيرة

إهـــــــداء

إلى **والدي** الغالي رحمه الله وأدخله فسيح جنانه.

إلى سندي وقرة عيني وأملي في الحياة **أمي** حفظها الله ورعاها.

إلى **إخوتي وأخواتي** الأعزاء.

وإلى كل **أصدقائي وزملائي**.

أهدي ثمرة جهدي.

رزقـــي

مقـــدمة

مقدمة:

تعد صفقة الأشغال العمومية في الجزائر الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية لتنفيذ العمليات المالية المتعلقة بإنجاز أشغال عمومية أو اقتناء لوازم وتوريدات،أو تقديم خدمات وكذا إنجاز دراسات،هذه الأعمال تتطلبها المصلحة العامة، وتفرضها ضرورة النهوض بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية وتشكل اللبنة الأساسية لكل انطلاقة اقتصادية للبلاد.

وصفقة الأشغال العمومية نوع من أنواع الصفقات العمومية، وهي تحتل مكانة بارزة ضمن العقود الإدارية إن لم تكن أبرزها على الإطلاق وذلك للدور الهام الذي تلعبه كوسيلة من وسائل الإدارة في تسيير مرافقها العامة وما يتطلبه ذلك من تطبيق المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة كضمان حسن سيرها بانتظام وباضطراد.

وأغلب الدراسات التي تناولت العقود الإدارية بشكل عام كان التركيز فيها بشكل أساسي على إظهار الدور السلطوي للإدارة، أي إظهار ما تتمتع به الإدارة العامة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها من سلطات وامتيازات.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المفهوم في مختلف قوانين الصفقات العمومية فاعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسة جملة من السلطات لا نجد لها مثيلا على مستوى دائرة القانون الخاص رغم أنها جاءت في نصوص متشتتة.

اهمية الموضوع:

وبالرغم من قدم موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية إلا أنه حديث من حيث أهميته المتزايدة من خلال التعديلات المتتالية التي عرفتها المنظومة القانونية للصفقات العمومية التي أدت في كل مرة إلى رفع هذه السلطات، وذلك راجع إلى أن معظم عمليات الرقابة اللاحقة التي تجريها الجهات المختصة على صفقات الإدارة العامة المتعلقة خاصة بالأشغال العامة (نظرا لضخامة قيمتها المالية) في أغلبها تكشف عن وجود تجاوزات في حق المال العام تشمل كل النعوت كإهدار المال العام، سوء تسيير المال العام، اختلاس... كل هذا جعلنا نبحث في الامتيازات الممنوحة للإدارة.

وتبرز اهمية الموضوع من الناحية الفنية من خلال كون عقد الاشغال العامة يكتسي اهمية بالغة لصلته الوثيقة بالخزينة العامة باعتبار ما تكلفه الاشغال من اعتمادات مالية فائقة لتعدد وتنوع الهيئات الادارية.

بالإضافة الى الدور الذي تؤديه الصفقات العمومية بصفة عامة وعقود الاشغال بصفة خاصة من دور في اطار التنمية المحلية والوطنية من خلال تنفيذ برامج ومخططات التنمية والاستثمار.

الدراسات السابقة:

وقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على عدة دراسات سابقة وأهمها اطروحة الدكتوراه لبن شعبان علي الموسومة بآثار صفقة الاشغال العمومية على طرفيها حيث شملت دراسته الطرفين في حين اقتصرت هذه الدراسة على اثار الصفقة على المصلحة المتعاقدة وبالذات الامتيازات الممنوحة لها في مواجهة المتعاقد معها.اما سبكي ربيحة فقد تناولت في مذكرتها –الماجستير- سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها ولكن في الصفقة العمومية في حين خصصت هذه الدراسة لصفقة الاشغال العمومية.

طرح الاشكالية:

ماهي السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها في صفقة الأشغال العمومية؟ وهل صفة العمومية للأشغال التي تود الادارة انجازها سلطات وامتيازات خاصة لحمايتها؟ وهل استطاعت الإدارة من خلالها تحقيق الأهداف والمقاصد المرجوة منها في حماية المنفعة العامة، والمال العام؟.

المنهج المتبع:

وللإجابة عن هاته التساؤلات وغيرها ارتأينا اتباع المنهج الاستقرائي وذلك لبيان سلطة الإدارة وامتيازاتها، في مواجهة المتعاقد معها وكذا المنهج التحليلي خاصة فيما يتعلق بالنصوص القانونية والأحكام الخاصة بسلطات المصلحة المتعاقدة.

الصعوبات:

وتجدر الإشارة أنه قد واجهتنا عدة صعوبات أهمها قلة المراجع ولا سيما الحديثة والمتخصصة، مع قلة الدراسات والبحوث في مجال صفقات الأشغال العمومية عدا تلك الدراسات التي تعرضت لبعض مسائل العقود الإدارية بصفة عامة.

الخطة المعتمدة:

وعليه أعددنا هذه الدراسة لحصر مختلف السلطات الممنوحة للإدارة، وقد قسمنا هذه الدراسة الى فصلين يتقدمها مبحث تمهيدي من خلاله نتعرف على صفقة الأشغال العمومية ومراحل إبرامها، أما الفصل الأول فتعرضنا فيه إلى سلطات الإدارة في مجال تنفيذ صفقة الأشغال العمومية، وهي سلطات وقائية الغرض منها استمرار الصفقة وضمان حسن تنفيذها، فخصصنا لهذا الفصل مبحثين الأول (**سلطة الإدارة في الرقابة على صفقة الأشغال العمومية**) أما الثاني (**سلطة الإدارة في تعديل شروط وصفقة الأشغال العمومية**).

ليأتي بعده الفصل الثاني الذي خصصناه لسلطات الإدارة في مجال توقيع الجزاءات وهي سلطات علاجية تتخذ في حالة عدم إمكانية تنفيذ صفقة الأشغال العمومية، المبحث الأول (**سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية والضاغطة**) أما المبحث الثاني (**سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الفاسخة**).

وهذه **خطة** مختصرة للموضوع:

مقدمة:

المبحث التمهيدي:ماهية الاشغال العامة

المطلب الأول:مفهوم الاشغال العامة

المطلب الثاني: مضمون ومراحل ابرام صفقة الاشغال العمومية

الفصل الأول سلطة الإدارة في متابعة تنفيذ صفقة الاشغال العمومية

المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ **صفقة الاشغال العمومية**

المطلب الأول**:** مفهوم الرقابة وأساسها القانوني

المطلب الثاني:وسائل ونطاق الرقابة على تنفيذ الاشغال العمومية

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل شروط صفقة الاشغال العمومية

المطلب الأول:الاحكام العامة لسلطة التعديل

المطلب الثاني: وسائل ونطاق سلطة التعديل

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات اثناء تنفيذ صفقة الاشغال العمومية

المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية والضاغطة

المطلب الأول**:** سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الفاسخة

المطلب الأول:الاحكام المنظمة للفسخ الجزائي

المطلب الثاني:انواع الفسخ وخصائصه وآثاره القانونية

خاتمة:

المبحث التمهيدي

المبحث التمهيدي: ماهية الأشغال العامة

إذا ما رغبت الإدارة في تنفيذ أشغال عامة، تطرح أمامها ثلاث خيارات، تمثل الطرق أو السبل التي من خلالها تستطيع القيام بذلك، أولها التسيير المباشر حيث تتولى الإدارة بنفسها تنفيذ الأشغال العامة (أشغال بسيطة كالصيانة مثلا).أما الطريقة الثانية المتمثلة في إمتياز الأشغال العامة وفيها تلجأ الإدارة إلى التعاقد مع شخص آخر (عام أو خاص، طبيعي أو معنوي) فتبرم معه عقد الالتزام لإنجاز أو تهيئة منشأة عامة مقابل استغلالها بعد إنجازاها.

أما الطريقة الثالثة فتتمثل في إبرام **" عقد أشغال "** (صفقة) أو مقاولة أشغال عامة وهذا حين تلجأ الإدارة إلى شخص متخصص لعقد صفقة، يقوم بموجبها المقاول بتنفيذ الشغل العام لحساب الإدارة مقابل ثمن محدّد تدفعه له، وتعتبر هذه الطريقة من أهم الأساليب وأكثرها في تعاملات الإدارة.

ولمّا كان موضوع بحثنا يتعلق **بسلطة الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها في صفقة الأشغال العمومية** (تحديد عناصرها). فإننا نقتصر في بيان مدلول فكرة الأشغال العامة من تعريفها وتحديد عناصرها وكيفية.

المطلب الأول: مفهوم الأشغال العامة

لقد عرّف المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات العمومية المختلفة، الصفقات العمومية فقد عرفتها **المادة 03 من المرسوم الرئاسي 02- 250** بقولها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال العامة وإقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقد " .

ولكن المشرع لم يعرف الأشغال العامة وبالتالي فان عبء تحديد ما يدخل في مدلول الأشغال العامة أصبح واقعا على كاهل القضاء الذي طور بدوره مفهوم الأشغال العامة.

الفرع الأول: المفهوم التقليدي للأشغال العامة

يقصد بالأشغال العامة حسب المفهوم التقليدي كل عمل يتم لمصلحة شخص عام، ويقع على عقار عقار، ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، ويشمل لفظ الأشغال العامة النشاطات والمنشآت .[1]

وعرفها **الفقيه " سليمان الطماوي "** على أنها: " عبارة عن إتفاق بين جهة الإدارة أو أحد الأحزاب والشركات يقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام يقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل متفق عليه في العقد، ووفقا للشروط الواردة فيه ".[2]

صفقات إنجاز الأشغال هي عقود تبرم بين المتعاملين والإدارة لتنفيذ الأشغال ذات المنفعة العامة والمتعلقة بالبنايات والعقارات مقابل ثمن متفق عليه لا يقل عن 6.000.000 دينار جزائري ومثال هذه الصفقات: بناء العمارات والسدود والمدارس .....الخ .[3]

و عرفها الفقيه الفرنسي **" André Delaubadére "** بأنها " عقد تبرمه الإدارة وتخضع للنظام القانوني العام بهدف تحقيق النفع العام " [4].

وما يلاحظ على هذه النماذج من التعاريف أنها متقاربة جدا، وأنها تجمع على ضرورة توافر ثلاثة عناصر أساسية في العقد حتى يوصف بأنه عقد أشغال عمومية ".

أولا: ورود الأشغال على عقار.

" أي أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار (بناء، طريق، سد...) ذلك أن المنقول لا يصلح محلا لعقد الأشغال العامة (مثل إصلاح وصيانة سيارات الإدارة...)[5].

---

[1] - مسعود شيهوب: " **المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)** "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 174.

[2] - فتيحة حابي: " **النظام القانوني لصفقة الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)**، رسالة ماجستير،كلية الحقوق ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2013، ص 10.

[3] - فيصل نسيغة:" **النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها** "، جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي،عدد 5 ، ص 111.

[4] - فتيحة حابي: **المرجع السابق**، ص11.

[5] - محمد الصغير يعلى: " **العقود الإدارية** "، **دار العلوم للنشر، الجزائر**، 2005 ،ص22.

ثانيا: تنفيذ الأشغال لحساب شخص عام

كون عقد الأشغال العمومية ذو طبيعة إدارية فإن ذلك يعني أن أحد أطرافه على الأقل شخصا معنويا عام، وإلا لما أطلق عليه وصف العقد الإداري ويستوي في ذلك أن يكون من العقود المحددة طبيعتها الإدارية من قبل المشرع أو وفقا للمعايير المستخلصة من اجتهادات القضاء .[1]

ولا يشترط أن يكون العقار محل الأشغال مملوكا للشخص المعنوي، بل يكفي أن تكون الأشغال تتم لحساب الشخص المعنوي العام، حتى ولو كان العقار مملوكا لشخص خاص، إذا كان مصيره سيؤول إلى الشخص العام.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الأشغال قد تمت لحساب شخص معنوي عام إذا كان لهذا الأخير إشراف أو رقابة به وتوجيه على هذه الأشغال .[2]

ثالثا: هدف الأشغال هو تحقيق منفعة عامة

حتى تتصف الأشغال بأنها أشغال عامة يجب بالإضافة إلى توفرها على العنصرين السابقين يجب أن يكون الهدف منها هو تحقيق نفع عام.

فقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة بفكرة المصلحة العامة المرتبطة بالمرفق العام، وبالمال العام، وعليه فإن الأشغال التي تتم على الدومين أو المال الخاص للإدارة لا تعتبر أشغالا عامة .[3]

الفرع الثاني: الاستقلال عن فكرة المرفق العام والمفهوم الجديد للأشغال العامة

أولا: الاستقلال عن فكرة المرفق العام

بعد انفصال فكرة الأشغال العامة على فكرة الدومين العام في خطوة أولى، أتبعها القضاء الفرنسي بخطوة ثانية أدت إلى الاستقلال عن فكرة المرفق العام التي ارتبطت بها لفترة طويلة.

" فاعتبر أشغال عامة، تلك الأشغال التي ترد على عقارات مخصصة لمرفق عام ولو كان يدخل ضمن نطاق الدومين الخاص للإدارة. وفي ظل ذلك إلى غاية عام **1921**

---

[1]- بن شعبان علي : " آثار عقد الأشغال العمومية على طرفيه في التشريع الجزائري "، دكتوراه جامعة منتوري قسنطينة، 2002، ص 13.

[2]- المرجع نفسه، ص14.

[3]- المرجع نفسه، ص14.

حيث صدر قرار مجلس الدولة الفرنسي بما معناه إذا كان مرفق العبادة لم يعد مرفقا عامًا بموجب قانون **1905** الذي يفصل الكنيسة عن الدولة، وأن دور العبادة تبقى تحت تصرف المكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم، وأنه يترتب على ذلك أنّ الأشغال التي تنفذ في الكنيسة لحساب شخص عام من أجل نفع عام، يحتفظ بصفة الأشغال العامة ويخضع للقضاء الإداري، رغم أن ممارسة الشعائر الدينية مسألة خاصة لا تهم الدولة ". [1]

ويتضح من فصل فكرة الأشغال العامة عن فكرة المرفق العام في هذا القرار، بأن القضاء قد أضفى صفة الأشغال العامة على الأعمال التي تنفذ بقصد تحقيق النفع العام، والتي وإن كانت فكرة واسعة إلاّ أنّها ليست مطلقة. وهكذا اتسعت فكرة الأشغال العامة بارتباطها بفكرة النفع العام أو المصلحة العامة.

ثانيا: المفهوم الجديد للأشغال العامة

لقد تجاوز القضاء التعريف التقليدي للأشغال العامة، فوسع من مفهومها وطورها ففي قضية " **EFFIMIEFF** "* اعتبرت محكمة التنازع الأشغال المنجزة أشغالا عامة رغم أنها – وإن كانت أشغال عقارية– تهدف إلى إعادة بناء عقارات تشكل ملكيات خاصة، وبالتالي فإن الأشغال لم تهدف إذا إلى تحقيق مصلحة عامة .[2]

وبهذا تكون محكمة التنازع قد أرست تعريفا جديدًا وواسعًا للأشغال العامة، وهذا المفهوم لا يتعارض مع المفهوم التقليدي ولا يحل محلّه، بل إن التعريفين يتعايشان في الاجتهاد القضائي المعاصر.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للصفقة العمومية- صفقة الأشغال العمومية-

يعتبر العقد الإداري صفقة عمومية بناءًا على شكلها وموضوعها وحدها المالي الأدنى، إذ يكفي المعيار العضوي وحده لإضفاء الطابع الإداري عليها، ومن ثمة

---

[1] - علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 16.

* تتلخص وقائع هذه القضية وهي واحدة من الكثير من المنازعات التي حدثت بمناسبة قيام الجمعيات النقابية للتعبير وهي تحمل صفة المؤسسات العامة بمقتضى قانون 1948، بإعادة بناء مساكن لصالح المنكوبين التي تهدمت من جراء الحرب العالمية الثانية، وقد أدت هذه الأشغال إلى نشوب نزاعات متعددة بينها وبين المقاولين وبينها وبين الملاك أصحاب المساكن.

- للاستزادة عن القضية: أنظر مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 175.

[2] - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص176.

إخضاعها لقانون الصفقات العمومية وبالتالي التصريح باختصاص القاضي الإداري بنظر منازعاتها.[1]

إن صفقة الأشغال العمومية عقد إداري، أكثر من ذلك قد يتضمن تنفيذ شغل وكذلك إستثمار المبنى المشيد خلال مدة معينة مما يقربه من الامتياز، ولكن مادام الشريك يكافئ بثمن ما، فانه يتعلق تماما بصفقات تسمى صفقات مقاولة الأشغال العمومية. والعبرة في القانون الذي يطبق على العقد أنه مميز ومختلف في القانون الخاص يتضمن في معظم مواده إمتيازات السلطة العامة .[2]

وبسبب عدم وضوح قانون الصفقات العمومية بشأن إختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات الأشغال العمومية، حسمت الاجتهادات القضائية الأمر في العديد من أحكامها.[3]

فأصبحت المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة التي يكون أحد أطرافها الأشخاص المذكورين في **المادة 800** قانون الإجراءات المدنية والإدارية،من بينها دعاوى القضاء الكامل، ويتعلق الأمر هنا بكل الدعاوى الرامية إلى التصريح بالمسؤولية التقصيرية أو العقدية للدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.[4]

وبالتالي فإن المحاكم الإدارية هي قاضي العقود، لأن منازعات العقود هي نوع من أنواع القضاء الكامل، وعليه فإن الصفقات العمومية ومن بينها صفقة الأشغال العمومية عقود إدارية تدخل منازعاتها ضمن القضاء الكامل.

المطلب الثاني: مضمون ومراحل إبرام صفقة الأشغال العمومية

تمر عملية إبرام صفقة الأشغال العمومية بمراحل عدة قبل أن تتخذ صيغتها النهائية، إذ في بعض الأحيان تنطلق من فكرة لتصبح مشروعًا يتطلب وضعه في أيدي متخصصين في الميدان حتى يتحدد نوع الصفقة الواجب تقديمها وإبرامها، كما تساير

---

[1] - **أنظر** : خلف الله كريمة، " **منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري** "،رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة 1، 2013، ص 152 - 174.

[2] - حابي فتيحة، المرجع السابق، ص66.

[3] - المرجع نفسه، ص66.

[4] - **المرجع** نفسه، ص 66.

صفقة الأشغال العمومية خاصية من خصائص القانون الإداري، والتي تتمثل في كونه سريع التطور والتغير.

الفرع الأول: إعداد صفقة الأشغال العمومية

أولا: تحديد الحاجيات

تؤكد " **المادة 48 من المرسوم الرئاسي 10-236** " [1] الساري المفعول على أهمية هذه المرحلة، حيث جاء فيها أن المناقصة يجب أن تشمل في وثائقها وصفا دقيقا للخدمات المطلوبة ومواصفاتها التقنية وإثبات المطابقة....

وتمر هذه المرحلة (تحديد الحاجيات) بعدة خطوات:

1- مرحلة الإحصاء:

وتشكل المحور الأساسي في تحديد الحاجيات المطلوبة، وهي تقوم على حصر الحاجيات المعبر عنها خلال السنوات الماضية المادة 11 المرسوم الرئاسي 10-236 وتقييم الأهداف التي تم التوصل إليها والنقائص المسجلة، ويجب الأخذ في الحسبان التطور الاقتصادي، و الاجتماعي للمجتمع وأخيرا ضبط مخطط التنمية " [2].

2- مرحلة التحليل:

" تعتمد الإدارة على مجموعة من العناصر والخيارات المتلفة، آخذة بعين الاعتبار النتائج المسطرة والعوائق التي يحتمل مواجهتها، ونوعية الأشغال ثم تحديد الأطراف المتدخلين " [3].

3- مرحلة ضبط وتحديد الحاجة:

" تحدد الإدارة في هذه المرحلة برنامجها بوضوح ودقة، وكذلك أهدافها، الصلاحيات والجدول الزمني للأشغال، وضع آليات التنفيذ والعلاقات مع المتدخلين والشركاء، تحديد أنواع الرقابة وذلك بأن تضبط المصلحة المتعاقدة لتحديد حدود إختصاص لجان الصفقات المبلغ الإجمالي للحاجات مع الأخذ وجوبا بعين الاعتبار القيمة الإجمالية لأشغال العملية نفسها، تحديد الصعوبات المختلفة، كما يتم إعداد الحاجيات

---

[1] - **المادة 48 من المرسوم الرئاسي 10-236** ،مؤرخ في 28 شوال الموافق 7 اكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 58،المؤرخة في 7اكتوبر 2010.

[2] - فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 70.

[3] - المرجع نفسه، ص 70.

من حيث طبيعتها وكميتها إستنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها " [1].

ثانيا: مضمون صفقة الأشغال العمومية:

تتضمن الجوانب القانونية للصفقة العمومية من خلال مضمون العقد، الذي يلزم الإدارة بإعداد دفتر الشروط ويتطلب توفر وثائق مكونة للصفقة ويحدد أطراف الصفقة.

1- دفتر الشروط:

" دفاتر الشروط هي عناصر مكونة للصفقات العمومية إذ تكون معينة دوريًا، حيث توضح الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات " [2].

يحدد دفتر الشروط الأشكال والأساليب المطلوب لتقدير الأشغال المراد إنجازها كما يتعين تحديد المواصفات التقنية وتوافق مخطط تنفيذ الصفقة مع المعايير العالمية بوضوح. كما تحدد الشروط العامة: إلتزامات التعاقد، مبلغ الكفالة، والتعويضات العقوبات، شروط فسخ العقد والتسبيقات التي يستفيد منها المتعاقد سحب كل نوع من أنواع تسديد مبلغ الصفقة، فدفتر الشروط يشكل جزءًا مهما في ملف الصفقة .[3]

2- الوثائق المكونة للصفقة

" نصت **المادة 09 من المرسوم 02-250** الملغى " [4] و " **المادة 10 من المرسوم 10- 236 " [5].**

بقولها: " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريًا، التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات وهي على الخصوص ما يلي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الأشغال و...الدراسات...والمواقف بموجب مرسوم تنفيذي.

---

[1] - فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 70.
[2] - المرجع نفسه، ص 71.
[3] - فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص177.
[4] - **المادة 09 المرسوم** 02-250**المؤرخ في** 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،الجريدة الرسمية **رقم** 52 **المؤرخة في** 28 جويلية 2002.
[5] - **المادة 10 من المرسوم الرئاسي** 10-236،**المرجع السابق**.

- دفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال... والدراسات....يوافق عليها بقرار من الوزير المعني.

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بالصفقة ".

وبإستقراء المادة السالفة الذكر نجد أنها نصت على ثلاثة أنواع من الوثائق:

أ- دفتر البنود الإدارية العامة

حيث يحدد الأحكام الإدارية العامة الخاصة بكل نوع من أنواع الصفقات ومنها صفقة الأشغال العمومية، يهدف إلى بيان الأحكام الملزمة لكل طرف ، كما يحدد الاختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية.[1]

ب- دفتر التعليمات المشتركة

إنه يحدد الشروط التقنية المشتركة الخاصة بكل صفقة من الصفقات، وهو يتم الشروط الإدارية العامة، كما أنه يحدد بالنسبة لكل طائفة من الصفقات كيفية تحديد السعر وشروط تسديد التسبيقات، والتخليص ويجب أن يصادق الوزير المختص على دفتر التعليمات المشتركة.[2]

ج- دفتر التعليمات الخاصة

تتحدد بموجبه الشروط الخاصة بصفقة الأشغال العمومية بالتفصيل، وأحكامه ملزمة لا تسمح الإدارة بمناقشتها شأنه شأن سابقيه.[3]

3- أطراف الصفقة

عقد الأشغال العامة كسائر العقود الإدارية الأخرى له طرفان، الأول هو شخص عام أمّا الثاني فقد يكون هو الآخر شخص معنوي عام كما قد يكون شخص خاص (طبيعي أو معنوي).

أ- المصلحة المتعاقدة

تنص المادة "**04** من قانون الصفقات العمومية"[1] على أن:" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا

[1] - حابي فتيحة، المرجع السابق، ص77.
[2] - المرجع نفسه ، ص77.
[3] - المرجع نفسه، ص 78.

المرسوم، قصد إنجاز الأشغال وإقتناء الموارد، الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ".

وتنص المادة" **02 من المرسوم الرئاسي 10-232** " [2]: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل المصاريف،الإدارية العمومية،والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية (ذات الطابع الإداري) الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمسامة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة .

" فالشخص العام أي الطرف الأول في عقد الأشغال العامة إذًا وفقا للمشرع الجزائري لابد وأن يكون واحدًا من هذه القائمة التي سردها والذي أطلق عليه اسم " المصلحة المتعاقدة ".

وعليه فإن من يبرم العقد هو الممثل القانوني الذي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي ويتصرف باسمه ولحسابه وفقا لأحكام القانون " [3].

ب- الطرف الثاني في العقد

قد يكون شخصًا اعتباريًا (شركة)، وقد يكون فردًا طبيعيا، والذي يدعى في عقد الأشغال العمومية " **بالمقاول** "، والذي أطلق عليه المشرع الجزائري باعتباره متعاملاً مع الإدارة مصطلح " **المتعامل التعاقد** "، ويمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إمَّا فرادى وإمّا مشتركين ومتضامنين، كما يمكن أن يكون هذا المتعامل المتعاقد وطنيًا أو أجنبيا مقيما بالخارج أو بالجزائر .[4]

---

[1] - **المادة 04** من قانون الصفقات العمومية.
[2] - **المادة 02** من المرسوم الرئاسي 10-232 ،المرجع السابق.
[3] - علي بن شعبان، المرجع السابق، ص25.
[4] - المرجع نفسه، ص 26.

الفرع الثاني: المناقصة كأسلوب أساسي لإبرام صفقة الأشغال العمومية

تنص المادة " **25 من المرسوم الرئاسي 10-236** " [1] على : " تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي ".

ومن إسقراء هذه المادة يظهر لنا جليا أن المشرع الجزائري قد تبنى أسلوبين لإبرام الصفقات العمومية، المناقصة كقاعدة عامة وأسلوب التراضي كإستثناء.

أولا: تعريف المناقصة

" تعرف المناقصة قانونا بأنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض " [2].

فالمناقصة في معناها البسيط هي عملية إحالة الصفقة على صاحب أقل العروض المقدمة للمنافسة، وهي عكس المزايدة إذ تقوم هذه الأخيرة على إحالة العقد أو الصفقة على صاحب أعلى العروض المقدمة للمنافسة. [3]

وباعتبار أن أسلوب المناقصة هو القاعدة الأساسية والأصل في التعاقد الإداري، فقد ألزم التنظيم الجديد للصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بإتباعه لاختيار المتعامل المتعاقد، إذا تجاوزت قيمة الصفقة العتبة المالية المحددة بالمرسوم الرئاسي **رقم 08-338** المؤرخ في **26 أكتوبر 2008** المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي **رقم 02- 250** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .[4]

إذ أفادت **المادة 03** منه على أنه إذا كانت قيمة العقد أو الطلب المزمع من المصلحة المتعاقدة عقده يتجاوز مبلغ **08 ملايين دينار جزائري** بالنسبة لخدمات الأشغال والتوريدات....، فهي ملزمة بإتباع أسلوب المنافسة وأشكاله المحددة قانونا، مع خضوعها لكافة الإجراءات المقررة قانونا، وهذا بغرض الحصول على أكبر قدر ممكن من المتقدمين بعروضهم ، لتمكين المصلحة المتعاقدة من إختيار أفضل المترشحين الراغبين في أداء الخدمة العامة .[5]

---

[1] - **المادة 25 من المرسوم الرئاسي** 10-236 ،المرجع السابق.

[2] - حميدة أحمد سري :" **الصفقات العمومية وطرق إبرامها** "، المداخلة الثلاثون في الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية،2013 ،ص8.

[3] - فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص: 115.

[4] - بحري إسماعيل: " **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر** "، رسالة ماجستير، الجزائر، 2009، ص 15.

[5] - المرجع نفسه، ص15.

وتجدر الإشارة أن الإحالة في المناقصة ليست بالضرورة آلية، فإلى جانب السعر هناك الجوانب الفنية التي ينبغي مراعاتها خصوصا في صفقات الأشغال العامة، حيث تكون الإحالة لأفضل عرض وليس لأقل عرض . [1]

ثانيا : أشكال المناقصة

والمناقصة تأخذ عدة أشكال كما نصت عليها **المادة 28** من قانون الصفقات العمومية.

1- المناقصة المفتوحة

" هي تلك المناقصة التي يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، والمناقصة المفتوحة إمّا أن تكون مناقصة محلية أو وطنية، وإمّا أن تكون مناقصة دولية " [2].

2- **المناقصة المحدودة**

" وهي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلاّ للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة، التي تتخذها المصلحة المتعاقدة مسبقا " [3] وهذا ما أوضحته **المادة 25** من قانون الصفقات العمومية.

3- **الاستشارة الانتقائية**

" تتمثل في إنتقاء أولي تقوم به المصلحة أو الإدارة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموع المترشحين وبعد اختيار و إنتقاء عدد منهم ، يرخص لهم دون سواهم بتقديم عروضهم وتعهداتهم للتعاقد بالنهاية مع واحد منهم " [4]. وقد عرفت هذا النوع **" المادة 26/ ف 1 من المرسوم 02-250 "** [5] .

4- المزايدة_:" وهي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي، ولا تحضر إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري " [6].

---

[1] - فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص 115.
[2] - المرجع نفسه ، ص 195.
[3] - حميدة أحمد سرير، المرجع السابق، ص8.
[4] - فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص115.
[5] - راجع المادة 26 من المرسوم 02-250 المرجع السابق.
[6] - حميدة أحمد سرير، المرجع السابق، ص8.

5- المسابقة:" وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية وإقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة **"** [1] وقد عرفتها **" المادة 28** من المرسوم 02 -250 **"** [2].

الفرع الثالث: مراحل إبرام صفقة الأشغال العمومية

أولا: مرحلة إجراء المنافسة بإشهار الصفقة

تعد هذه المرحلة مهمة تساهم في ميلاد صفقة الأشغال العمومية، إذا ما تمت وفقا لما نص عليه القانون، ولقد جعل المشرع الجزائري المناقصة الطريقة الأصلية، وهي تقوم على مبادئ لابد من مراعاتها وهي:

1- مبدأ المنافسة:

يجد هذا المبدأ تطبيقه في طريقة المناقصة ومعناه إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيهم الشروط لتقديم عروضهم، ويكون من حق كل شخص استوفى الشروط أن ترسو عليه الصفقة. وتخضع المناقصات بصورة إلزامية للمنافسة بإعطاء الفرصة لكل من توافرت فيه شروط المناقصة ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة . [3]

2- مبدأ المساواة:

إن هذا المبدأ له علاقة وطيدة بمبدأ المنافسة فعن طريق مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فالمساواة أمام المرفق العام تقصي كل تفضيل في إسناد الصفقة، وبالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة، لذلك فإحترام المنافسة يؤدي إلى إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة أداة لخدمة المنافسة . [4]

---

[1] - حميدة أحمد سرير، المرجع السابق، ص8.
[2] - راجع المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المرجع السابق.
[3] - حابي فتيحة، المرجع السابق، ص93.
[4] - حميدة أحمد سرير، المرجع السابق، ص 9.

3- مبدأ الإشهار:

تخضع المناقصات لمبدأ الإشهار الذي يعتبر وسيلة لضمان المنافسة، بدعوة المؤسسات للعرض، كما يعتبر الإشهار وسيلة لضمان الشفافية وبالتالي يعمل على إحترام القانون.إذا فالمناقصة تبتدئ بالدعوة العمومية للمنافسة عن طريق الإشهار.[1]

تم التطرق إلى مسألة إشهار إعلان الصفقة في **المادة 215** من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حيث نصت المادة على إلزامية الإشهار الصحفي، كما نصت **المادة 49** من نفس المرسوم على أن إعلان المناقصة يحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة عل الأقل، كما ينشر إجباريا في " النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي " (ن، ر، ص، م، ع)، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني .[2]

أما بالنسبة لمحتوى الإعلان فيجب أن يحتوي على البيانات الإلزامية التالية:

العنوان التجاري، عنوان المصلحة المتعاقدة، كيفية المناقصة، موضوع العملية، الوثائق التي تتطلبها المصلحة العامة المتعاقدة من المترشحين، تاريخ آخر أجل ومكان إيداع العروض، إلزامية الكفالة عند الاقتضاء، التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب فوقه عبارة " لا يفتح " ومراجع المناقصة ثمن الوثائق عند الاقتضاء .[3]

ثانيا: مرحلة إيداع العروض:

في هذه المرحلة تتاح الفرصة أمام المتنافسين في إيداع عروضهم لدى جهة الإدارة المتعاقدة وكحماية للمنافسة بين العارضين أوجب التنظيم أن يكون الإيداع في مكان واحد وفي مجال زمني موحد، بالإضافة إلى إحاطة مضمون العروض بالسرية وعدم جواز الاطلاع عليها من قبل الغير حتى الميعاد المقرر للتقييم، وذلك بغرض إيداع العرض في ظرف عادي مغلق لا يدل على اسم صاحبه .[4]

---

[1]- حميدة أحمد سرير، المرجع السابق ، ص 10.

[2] - حططاش عبد الحكيم، زيتوني هند:" **مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسدى برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014** "، أبحاث المؤتمر الدولي (تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014)، مدارس الدكتوراه، جامعة سطيف، 2013، ص11.

[3] - فيصل نسيغة ، المرجع السابق، ص118.

[4] - حميدة أحمد سرير، المرجع السابق، ص13.

بعدها تأتي مرحلة فتح الاظرفة التي تقوم بها جهة مختصة يشكلها مسؤول الإدارة المتعاقدة خصيصا لهذا الغرض، حيث تجتمع في آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض، فتقوم بتسجيل العروض المقدمة وتعد قائمة بها بحسب تاريخ ورودها إلى المصلحة، مع وصف للوثائق المرفقة بكل تعهد (عرض) وتحرير محضر بذلك، ويكون كلّه في جلسة علنية يحضرها أصحاب العروض أو التعهدات، وكل ذلك من اجل الشفافية في تعاقد الإدارة . [1]

وآخر مرحلة هي فحص العطاءات وتقييم العروض من قبل لجنة " البت " وبالتالي إعلان قرار الإرساء وإخطار صاحب العرض المختار تمهيدًا لإبرام العقد معه، بعد أن تقوم هذه اللجنة " البت " التي يختص مسؤول الادارة المتعاقدة بتعيين أعضائها الذين يرى فيهم الأهلية والكفاءة لتحليل وفحص العروض المقدمة، وتقديم التوصيات بشأنها إلى الهيئة المعنية التي لها وحدها أن تعتمد النتيجة التي توصلت إليها لجنة الفحص والبت . [2]

[1] -شعبان بن علي، المرجع السابق، ص 36.
[2] - المرجع نفسه، ص 37.

الفصل الأول

تكون مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية أمام القواعد التي تنظم هذه العقود، إلا أنها ليست كذلك بالنسبة للعقود الإدارية، أين تغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

وعقد الأشغال العامة كسائر العقود الإدارية، تتولد عنه آثار تتمثل فيما ينتج عنه من حقوق والتزامات متبادلة بين المتعاقدين، الإدارة صاحبة المشروع، والمقاول الذي أمضى على تنفيذ الأشغال، وباعتبار الإدارة تبرم العقد بصفتها راعية المصلحة العامة، فهي بذلك تتمتع بسلطات استثنائية، وبشكل خاص في عقد الأشغال العامة، لما يلعبه هذا العقد من دور في تنمية البلاد، ولما يرصد له من المال العام.

وأول هذه الامتيازات وعلى رأس السلطات الممنوحة للإدارة سلطة الرقابة وسلطة التعديل باعتبارهما سلطات وقائية، تحمي الصفقة (العقد) من أي خطر، ولهذا خصصنا هذا الفصل لدراسة هاتين السلطتين: **سلطة الرقابة** في مبحث أول و**سلطة التعديل** في مبحث ثان.

المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية

تظهر خصوصية وذاتية عقد الأشغال العامة بوضوح في سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذه، باعتبارها مسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة، وعلى حسن تنفيذ المشاريع ، لذلك تكون الرقابة على تنفيذ مقاولات الأشغال العامة أكثر من حق بالنسبة للإدارة، حيث تصبح واجبا عليها.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة وأساسها القانوني

الفرع الأول: مفهوم الرقابة

يميّز الفقه عادة بين مفهومين للرقابة على تنفيذ الأشغال العامة:

<u>أولا: المفهوم الضيق (الإشراف)</u>

يتناول سلطة الإشراف على تنفيذ العقد أن حق الإدارة في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقا لما تضمنه العقد من شروط، وتتم الرقابة في هذا النطاق في صورة أعمال مادية، كدخول أماكن اشغال المرفق والمخازن والورش والمصانع واستلام بعض الوثائق من المتعاقد للاطلاع عليها وفحصها....، وقد تتم في صورة أعمال قانونية،

كتعليمات أو إنذار أو أوامر تنفيذية توجهها الإدارة للمتعاقد، والرقابة بهذا المعنى تتم أثناء التنفيذ باعتبارها حقا مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد.[1]

ف**الرقابة** في مفهومها الضيق تعني تحقق الإدارة من أن المقاول يقوم بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها.[2]

و**الإشراف** هو ذلك الإجراء الذي بواسطته تتأكد الإدارة من سلامة الأشغال ونوعية المواد المستعلمة فيها، وذلك عن طريق أعوانها المتخصصين.[3]

على ذلك تعقد الأشغال بطبيعة يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف عليه. وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة .[4]

ثانيا: المفهوم الواسع للرقابة (التوجيه)

أمّا المعنى الواسع لسلطة الرقابة فيقصد به سلطة **التوجيه** أو بمعنى حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه ، فالإدارة في هذا لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به، كما هو الشأن في سلطة الإشراف، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق العام. [5]

وسلطة الإدارة ضمن المعنى الواسع أي توجيه المتعاقد قد ينص عليها في العقد ودفاتر الشروط، أو في القوانين واللوائح وحينئذ يجب إعمال النصوص التعاقدية أو اللائحية.

أمّا إذا لم ينص على هذه السلطة تختلف باختلاف طوائف العقود، فهي تضيق بالنسبة لبعضها، وتتسع بالنسبة للبعض الآخر.[6]

---

[1] - شاكر أكبلشي خلف:مقال " **سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في تنفيذ مقاولات الأشغال** "، كلية الطب البيطري، جامعة بغداد، ص03.

[2] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص38.

[3] - المرجع نفسه، ص39.

[4] - عمار بوضياف: " محاضرات الدكتور بوضياف في (**سلطات الإدارة في الصفقات العمومية**)، **القانون الإداري (العقود الإدارية)**، ص02.

[5] - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد محمد الشلماني: " **العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي** "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 132.

[6] - شاكر أكبلش خلف، المرجع السابق، ص 03.

وسلطة الإدارة في تنفيذ العقد، خاصة في عقود الأشغال العامة بالصورة المناسبة، من خلال إصدار " أوامر العمل "، يلتزم بها خاصة المقاول على تنفيذ العقد حسب الطريقة التي تراها الإدارة. والقاعدة العامة، أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، كما لا يمكن للإدارة التنازل عنها، ذلك أنها تشكل أهم مظهر وتطبيق للشروط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية.[1]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة

أولا: الأساس التشريعي

قد يرد النص على سلطة الرقابة في العقد الإداري أو دفاتر الشروط، كما قد يرد في قانون أو لائحة، ففي العقود الإدارية نجد هذه الرقابة، وكذلك في دفاتر الشروط بنصوص تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة، والوسائل التي تتبع في مباشرتها، كذلك تفرض بعض القوانين واللوائح المتعلقة بطائفة معينة من العقود التزامات محددة تقع على عاتق المتعاقدين مع الإدارة، مع منح الأخيرة سلطات مقابلة في مراقبة تنفيذ هذه العقود، وتوضيح الجزاءات على المتعاقد المقصر.[2]

ويلاحظ أن المشرع الجزائري خصص الباب الخامس من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، من أجل تنظيم سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على الصفقات التي تبرمها، مدرج تحت " **رقابة الصفقات** "، ومن المواد التي نظمت سلطة الرقابة **المادة 116** التي تنص على أنه: " تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ، وقبل تنفيذها وبعده ".

وكذلك تنص **المادة 118**: " تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها "[3].

---

[1] - محمد الصغير بعلي المرجع السابق، ص73.

[2] - حمد محمد حمد الشلماني: " **امتيازات السلطة العمة في العقد الإداري** "، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص136.

[3] - سبكي ربيحة: " **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية** "، ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013-2014، ص22.

وتنص عادة كراسات الشروط الإدارية العامة، وكذا عقود الأشغال على حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود أشغالها العامة.

ويتجلى وبوضوح في كراسة الشروط العامة الجزائري: " يجب أن تكون الأدوات من كل نوع وصنف أو اختيار من الصنف الجيد....ولا يجوز استخدامها إلاّ بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة، أو المهندس المعماري أو منتدبيهم بناءا على سعي من المقاول .."[1].

فسلطة الرقابة في مثل هذه الحالة تجد أساسها في النصوص التي تتضمنها، سواء في القانون أو في بنود العقد، التي تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والوسائل التي تتبعها في ممارسة ذلك.[2]

ثانيا: الأساس التعاقدي

حاول جانب من الفقه تكييف سلطة الرقابة إلى فكرة النسب المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي فإن ممارسة سلطة الرقابة تجد أساسها في نصوص صريحة أو ضمنية مستخلصة من ظروف التعاقد.[3]

تجسد صفقات الأشغال العامة بوضوح الأساس التعاقدي لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة. حيث تحرص الإدارة بوصفها صاحبة المشروع، على تضمين صفقات الأشغال العامة، وكذا الدفاتر الملحقة بها، ما يخولها الحق في ممارسة سلطة الرقابة ليس فقط بمعنى الإشراف على التنفيذ الذي يقتصر على مجرد التأكد من سير العمل وفقا للمواصفات والشروط المنصوص عليها، وإنما أيضا بما يضمن التدخل في تحديد أوضاع أو وسائل التنفيذ عن طريق ما تصدره إلى المقاول من أوامر مصلحية.[4]

تنص **المادة 12 الفقرة 2** من دفتر الشروط الإدارية على أن: " على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه "، و تنص **الفقرة 5** من نفس المادة على أنه: " كما يخضع للتغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على

---

[1] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص43.
[2] - المرجع نفسه، ص 44.
[3] -شاكر أكبش خلف، المرجع السابق، ص04.
[4] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص19.

مسؤوليته ، ولا تعتبر تلك التغييرات إلاّ إذا ثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ".

يكون الغرض من إخضاع المقاول لمهندسي المصلحة المتعاقدة في تحديد خطوات إنجاز العمل وما قد يَجِدُ من تغيرات أثناء التنفيذ، وكذلك التأكد من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة التي يستهدفها إبرام الصفقة.[1]

الفرع الثالث: ضوابط استعمال سلطة الرقابة

أولا: الضابط العام

ويتمثل هذا الضابط في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية، أي أن تكون الحدود التي يسمح بها القانون، فالإدارة العامة منحت لها سلطة الرقابة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، فإذا قصدت استعمالها لتحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك الهدف تكون بهذا المعنى أساءت استعمال سلطتها وهذا التصرف من شأنه أن يخرج قراراتها عن إطار المشروعية، وتصبح قراراها مشوبة بعيب الانحراف باستعمال السلطة .[2]

ثانيا: الضابط الخاص

ويتعلق هذا الضابط بالعقد (**الصفقة**) موضوع الرقابة، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه، بحيث تؤدي أعمالها وتصرفاتها إلى تغيير طبيعة أو جوهر الصفقة ذاتها،أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة والمدة المطلوبة للتنفيذ.

فإن سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة بمعناها المزدوج " الإشراف والتوجيه "، سواء كانت خارج نصوص العقد لها نطاق معين، يفصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه، وبين سلطة تعديل نصوص العقد، فإذا تجاوزات الإدارة في رقابتها هذا النطاق، فإنها تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه. [3]

---

[1] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص20.

[2] - توفي خوخة: " **سلطة الإدارة العامة في العقد الإداري** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص36.

[3] - سبكي ربيحة ، **المرجع السابق**، ص28.

المطلب الثاني: وسائل ونطاق الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية:

الفرع الأول: وسائل ممارسة الرقابة

تتدخل الإدارة في مقاولات الأشغال العامة لممارسة سلطتها في الرقابة عن طريق عدة وسائل وميكانيزمات، منها ماهو منصوص عليه في دفتر الشروط، والنصوص التنظيمية ومنها ما يمارس دون النص.

أولا: ممارسة الرقابة بأعمال مادية

وذلك بزيارة مواقع العمل من قبل منتسبيها للتأكد من سير الأعمال بصورة منتظمة والتحقق من سلامة المواد المستعملة ذلك بفحصها واختبارها.

ويتم ذلك عمليا، بإشراف المهندس التابع لجهة الإدارة على تنفيذ العملية المستندة إلى المقاول، وذلك بمراقبة المقاول ومستخدميه في تنفيذهم العقد من الناحية الفنية وتوجيههم حتى يتم العمل طبقا للأصول الفنية، ووفقا للشروط والمواصفات والتصميمات المتفق عليها.[1]

وبالنسبة للجزائر فقد جرى العمل بالنسبة للمشاريع الكبرى، أن توكل الإدارة صاحبة المشروع مهمة الرقابة إلى هيئات متخصصة هي:

- هيئة المراقبة التقنية للبناء CTC.
- هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH.
- هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية CTTP .

بحيث تقوم الإدارة بإبرام " اتفاقية مراقبة تقنية " مع إحدى هاته الهيئات بحسب طبيعة المشروع، ومن خلال هذه الهيئة تقوم الإدارة بمراقبة المشروع من عدة نواحي، وهو ما يكرس حق الإدارة في اللجوء إلى الخبرة الفنية الخارجة عن الإدارة المتعاقدة المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية لحسن سير أداء الخدمة .[2]

وإلى جانب هذه الهيئات في المشاريع الكبرى، تقوم الإدارة بإبرام إتفاقية مع مكتب الدراسات أي مع مهندس أو مهندسين معماريين، وذلك للسهر على مطابقة التنفيذ الذي يقوم به المقاول مع المخططات والتصميمات الموضوعة من طرفهم.

---

[1] - بن زموري أنور:" **سلطة الإدارة في صفقات الأشغال العمومية** "، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص09.

[2] - المرجع نفسه، ص10.

كما يمكن للإدارة أن تقوم بإيفاد مهندسيها وأعوانها للتحقق من سير تنفيذ المشروع بصورة مرضية، وهذا عن طريق زياراتهم المتضمنة للورشة والإطلاع على دفتر الورشة وتسجيل ملاحظاتهم وتوجيهاتهم للمقاول.[1]

ثانيا: الأوامر المصلحية كوسيلة قانونية لممارسة الرقابة

يعرفها الفقهاء – **الأوامر المصلحية**- بأنها تلك الأوامر التي تصدر من الإدارة صاحبة المشروع إلى المقاول المتعاقد معها بقصد تحديد أوضاع تنفيذ، أو تكملة الناقص منها أو تعديلها. [2]

وتشتمل الصلاحيات المخولة للهيئة المكلفة بممارسة الرقابة عموما ما يلي: [3]

- السهر على إحترام المقاول لبنود العقد.
- ضمان المتابعة الدائمة لتنفيذ العمليات والسهر على مطابقتها للمخطط العام للتنفيذ.
- عقد الاجتماعات بشكل دوري في الورشة والتي تتوج بمحضر اجتماع.
- تقترح كيفيات المشروع على الإدارة صاحبة المشروع ويبلغها للمقاول إذا وافقت عليها الإدارة.
- يعمل المكلف بسلطة الرقابة وهو الضامن لمطابقة الأشغال المنفذة لما هو محدد في الرسومات والمخططات التي قد يكون أعدها، وذلك بواسطة الدور الذي يلعبه في تنظيم الورشة وبهذه،المهام فالهيئة المراقبة أو المهندس المكلف بمتابعة الأشغال يعتبر" المحاور" الوحيد للمقاول فيما يتعلق بتجسيد تنفيذ العقد.

فالإدارة تمارس سلطة الرقابة عن طريق الأوامر المصلحية، فعن طريق هذه الأوامر تصدر الأمر للمقاول بالشروع أو البدء في التنفيذ، إذ سابقا لا يستطيع المقاول الشروع فيها قبل ذلك كمبدأ عام، وبما أن الأوامر في النهاية قرارات إدارية تتميز بقوة النفاذ وتلزم المقاول الخضوع وبالتالي التقيد بتوجيهات الإدارة و تعليماتها. [4]

---

[1] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص10.
[2] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 50.
[3] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص11.
[4] - المرجع نفسه، ص12.

أمّا من حيث شكل الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهات المخولة رقابة تنفيذ عقد الأشغال العامة، فيتفق الجميع من الفقهاء ومشرعين على أن هذه الأوامر يجب أن تكون مكتوبة حتى تكتسي طابعها الإلزامي .[1]

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة حيث جاء فيه: "... يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة يجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة...".

وبالتالي أمر مصلحي لا يصدر في الشكل الذي أقره المشرع، أو لا يحتوي على البيانات التي استوجبها، فإنه يفقد قيمته القانونية وبالتالي لا يلتزم المقاول بمضمونه.[2]

الفرع الثاني: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية

تعتبر صفقة الأشغال العامة من أبرز أنواع الصفقات التي تبدو فيها أكثر من غيرها ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة بمختلف معانيها (الإشراف التوجيه).

يرجع ذلك إلى الخصائص الذاتية التي تميز صفقة الأشغال العامة، ويأتي في مقدمتها أن المصلحة المتعاقدة هنا تعتبر الصاحب الحقيقي للمشروع الأمر الذي يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها منذ بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها.

<u>أولا: الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع</u>

تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول بوصفها صاحبة المشروع بداية المشروع وتنفيذ الأشغال، تبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة صراحة، أما إذا لم ينص في الصفقة على تحديد موعد البدء في التنفيذ فإن هذا الموعد يحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلحي بالبدء في تنفيذ الأشغال أو إبتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول طبقا لنص **المادة 12 فقرة 1** من دفتر الشروط الإدارية العامة: [3]

[1] - بن شعبان علي، ا لمرجع السابق، ص 52.
[2] - المرجع نفسه، ص53.
[3] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص.31.

" يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري " [1].

وخضوع المقاول لذا الأمر المصلحي واجب عليه، إلا أن تجاوبه معه مرهون بالتزام الإدارة من تمكينه من ذلك، عن طريق تسليمه موقع العمل وكذلك الخرائط والرسوم أو المخططات، وعموما كل ما يستلزم البدء في التنفيذ .[2]

ثانيا: إحترام سير العمل ومدد التنفيذ:

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول وفي الغالب من الحالات تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاتر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال وكذلك مواعد التسليم .[3]

فالإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع ممثلة في الهيئة أو المهندس المكلف بمتابعة الأشغال هو الذي يحدد جدول الأشغال، أي الفترات أو المدد التي تستغرقها إنجاز كل طائفة من الأشغال (مدة طائفة الحفر، وضع الخرسانة، التبليط...).

وتمتد سلطة الرقابة لتشمل مجال إختيار العمال ومساعدو مقاول الأشغال العامة، وكذا مراقبة نوعية المواد المستعملة في الانجاز من قبل المقاول .[4]

فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثال أن تطلب تغيير عمال المقاول إمّا لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة.

فإذا تضمنت الصفقة على وجوب استعمال عمال أو موظفين على درجة أو كفاءة معينة، تعين على المقاول الالتزام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه وإلاّ يبقى هو المسؤول عن أعمال الغش أو الفساد التي يرتكبها العمال .[5]

وعلى ذلك تنص **المادة 13** من دفتر الشروط العامة على أنه: " لا يجوز للمقاول إتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلاّ من الأشخاص الأكفاء لمعونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه.

---

[1] - **المادة 12** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
[2] - **بن شعبان علي، المرجع السابق، ص**57.
[3] -**سبكي ربيحة**، المرجع السابق، ص32.
[4] - **بن شعبان علي، ا لمرجع السابق، ص**58.
[5] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص37.

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمّال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم.

يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المعاونون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم المواد " [1].

ثالثا: الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل مؤقتا

ويمتد حق الإدارة في الرقابة إلى الأشغال المنجزة التي لها أن تعاينها، فإن إكتشف مهندسوها فسادًا في البناء يجوز لهم الأمر بهدمه، سواء كان قيد الانجاز أو حتى قبل الاستلام النهائي ثم الأمر بإعادة بنائه من طرف المقاول المتعاقد.

وتتم عملية الهدم وإعادة البناء على نفقة المقاول المتعاقد، كما يمكن للإدارة مطالبته بالتعويض عن ذلك. وإن كان المشرع لم يحدد أساس المطالبة بالتعويض .[2]

وتنص في هذا السياق **المادة 26** من دفتر الشروط العامة على أنه [3] "

إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء فيجوز له إصدار أمر مصلحي بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي أو بالهدم وإعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المظنون فسادها.

إن لم يجر المقاول هذه العملية، فتباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا.

يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترف به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة ".

كما يجوز أيضا الأمر بوقف التنفيذ أو تأجيل الأشغال بصفة مؤقتة، لدواعي المصلحة العامة، على أن يكون الوقف لمدة معقولة، وإلا كان من حق المقاول المطالبة بفسخ الصفقة والتعويض إذا كان ذلك مقتضى.

وعليه يحق لمهندسي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف والتوجيه، بموجب أمر مصلحي توقيف الأشغال أو تأجيلها إذا استدعت الظروف ذلك، غير أن الأمر بتوقيف الأشغال لا ينبغي أن يكون بصفة مطلقة و إلا فسخت المقاولة فورًا.[4]

---

[1] - أنظر المادة 13 من دفتر الشروط العامة الجزائري.
[2] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص13.
[3] - أنظر المادة 26 من دفتر الشروط العامة الجزائري.
[4] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص36.

وهذا ما نصت عليه **المادة 34 الفقرة 1** من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على: " عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاولة فورًا "[1].

فإذا كان الأمر بتأجيل التنفيذ لفترة زمنية معينة، أي توقيفها مؤقتا للأشغال.فهنا يجوز للمقاول طلب الفسخ، إذا كان هذا التوقف يمتد لأكثر من سنة حسب التشريع الفرنسي، بشرط أن يعبر عن رغبته في ذلك كتابيا، وفي خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغه أمر المصلحة بالتوقف، وهو ما يتفق مع موقف المشرع الجزائري المعبر عنه في دفتر الشروط الإدارية العامة **المادة 34** .[2]

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري هو تقريره جواز الأمر بالهدم لمجرد الشك في فساد البناء.

إذ كان الأحرى به أن يقرر ذلك بعد التأكد من عدم سلامة البناء، حتى يغلق الباب أمام التعسف الذي يمكن أن يتعرض له المقاول.

وعموما، فإن صور مظاهر الرقابة لا حصر لها، وأن التي ذكرناها تعتبر أمثلة فقط، وحتى التي ذكرتها دفاتر الشروط لا تعد صور حصرية للرقابة.

بل تبقى الإدارة المتعاقدة باعتبارها المدير الحقيقي للمشروع حرة في إصدار ما تراه من توجيهات وتعليمات للمقاول، الذي عليه أن يقدم لممثلي الإدارة من مهندسين ومراقبين معنيين كافة التسهيلات اللازمة، التي تمكنهم من أداء مهامهم على خير وجه، كان يسهل لهم دخول مواقع العمل و الو رشات....

كما على المقاول أن يمتثل لكافة التوجيهات والملاحظات والتعليمات والتي يبدونها أو يصدرونها متى اتخذت الشكل القانوني الذي حدده المشرع لها.

وعليه فسلطة الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة تظهر من خلال قيام الإدارة بتوجيه المتعاقد في أعمال التنفيذ، وذلك من خلال إصدار أوامر العمل لتلزم المقاول على تنفيذ العقد حسب الطريقة التي تراها مناسبة.[3]

---

[1] - أنظر **المادة 34** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، 1964.

[2] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص59.

[3] - محمد الصغير بعلي المرجع السابق، ص74.

الفرع الثالث: نطاق الرقابة وأثارها

أولا: نطاق الرقابة

إنه وإن كان المشرع قد وسع من صلاحيات **" المصلحة المتعاقدة "** أي **الإدارة** صاحبة المشروع من مجال إشرافها وتوجيهها لتنفيذ عقد الأشغال العامة، إلا أن ذلك يجب أن لا يفهم على أنه إطلاق لها من كل قيد، بل العكس، فهي سلطة محكومة باعتبارات:

1- ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة

كون تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصفة عامة، فإن مباشرة المصلحة المتعاقدة لكافة سلطاتها ومنها الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية يجب أن تكون بدافع تحقيق المصلحة للمرفق الذي لأجله أبرمت الصفقة، من خلال أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقة الأشغال العامة. وعلى ذلك يجب أن تكون المصلحة العامة هي الباعث أو الهدف الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم

به من تصرفات وأعمال، وإلا شاب تصرفها عيب الانحراف بالسلطة، كما يجب أن تكون متجسدة في إحتياجات ومقتضيات المرفق العام. [1]

فسلطة الرقابة في صفقة الأشغال العمومية قوامها التوازن بين المصلحة العامة وحماية المقاول من تعسف الإدارة.

2- وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية

كما يعتبر هذا شرط ضابط من ضوابط ممارسة الرقابة فهو في نفس الوقت حد من حدودها، إذ تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة، تطبيقا للمبدأ العام للمشروعية بمراعاة النصوص القانونية.

فمن ضوابط الأوامر المصلحية مثلا وجوب صدورها من الجهة أو السلطة المختصة، ومن الشخص المخول بذلك (المهندس، أو العون الفني، أو مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال). فلا يحق لأي ممثل عن الإدارة أن يقوم بزيارة تفقد لمواقع العمل أن يصدر أوامر أو تعليمات أو توجيهات للمقاول. كما أن هذه الأوامر حدد لها المشرع

[1] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص26.

الشكل الكتابي مع حملها لتاريخ ورقم الإصدار ووجوب تسجيلها بالدفتر المخصص مع تبليغه للمقاول.

كل هذا من أجل إعطاء الضمانات لصدورها بشكل سليم، وحتى تتاح للمقاول فرصة التظلم منها، أو الطعن فيها أمام القضاء أو الاستناد إليها في طلب التعويض، بحسب الحال .[1]

3- أن لا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة على تغيير مضمون وطبيعة الصفقة

فالإدارة والمتعاقد معها أبرما صفقة معينة لها موضوع معين بهدف تحقيق غرض محدد لذلك ليس للمصلحة المتعاقدة أن تفرض أمرًا من شأنه تغيير موضوع وطبيعة الصفقة حتى يصبح المتعاقد وكأنه أمام صفقة جديدة .[2]

وعموما، فإن الإدارة المتعاقدة عليها أن تضع في الحسبان وضعية المقاول المتعاقد معها، الذي يعتبر في عقد الأشغال العامة بمثابة مساهم في تسيير المرفق العام أي أنه معاون لها.

ثانيا: آثار الرقابة

إن خضوع المقاول للأوامر المصلحية لا يعفيه من المسؤولية على الأضرار والمخالفات التي يتسبب فيها أو يرتكبها جراء قيامه بالأشغال على نحو معين. ولم تنبهه الجهة الرقابية إلى خطورة ذلك، أي لا يمكنه أن يتذرع بعدم معارضة الإدارة المتعاقدة على الأسلوب الذي انتهجه، وكل ذلك لا يعد سببا للإعفاء من المسؤولية، لا أمام الإدارة ولا في مواجهة الغير، وتنتفي فقط مسؤولية المقاول إذا أثبت أن الضرر الحاصل كان نتيجة تطبيقه لأمر الجهة الرقابية. [3]

فيتعين على الإدارة أن تبادر إلى إصدار الأوامر المصلحية إلى المقاول، وفي حالة تقاعسها عن ذلك، فهي قد أهملت وقصرت في ممارسة سلطة الرقابة، التي كانت ستجنب المقاول الوقوع في المخالفة أو الخطأ في التنفيذ، وفي هذا يرى بعض الفقهاء أنه

[1] - بن شعبان علي، المرجع السابق ص 63.
[2] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 28.
[3] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 64.

لا مانع من إقرار مسؤولية الإدارة التعاقدية على عيب الرقابة في تنفيذ عقد الأشغال العامة .[1]

هذا ويقع على عاتق الإدارة التزام حقيقي بالرقابة والإشراف لضمان التنفيذ الجيد للأشغال حتى تتجنب عدم إنجاز الأشغال أصلا،أو انجازها بشكل سيء ، وهذا العمل من قبل الإدارة يشكل خطأ يستدعي مسؤوليتها.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل شروط صفقة الأشغال العمومية

للإدارة الحق في تعديل ما تقوم به مع الغير من عقود إدارية، وحقها في ذلك مستمد امّا من العقد الإداري ذاته الذي قد ينص فيه على إعطاء الإدارة المتعاقدة هذا الحق، وإمّا أن تعرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرًا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها، في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد.

ولا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذا ما وجد نصا يبيح لها ذلك، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لشرط تعاقدي، ولكن الأمر يطرح إذا لم يرد بالعقد نص يعطي الإدارة هذا الحق.

هذا الحق يعود لجهة الإدارة وحدها وبإرادتها المنفردة ، حيث تحتفظ دائما بحق التعديل وتغيير شروط العقد زيادة أو نقصان، تبعا لاحتياجات المصلحة العامة، دون أن يحتج عليها الطرف المتعاقد بقاعدة " **العقد شريعة المتعاقدين** " ومراد هذا هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة. وسنحاول في هذا المبحث التعرض لهذه السلطة ومعرفة أساسها القانوني وضوابطها في مطلب أول وإلى آلياتها ومظاهرها في مطلب ثان.

[1] - بن شعبان علي المرجع السابق، ص 64.

المطلب الأول : الأحكام العامة لسلطة التعديل

أمام خطورة ممارسة الإدارة لهذه السلطة على مصلحة المتعاقد معها (المقاول)، نجد أن المشرع أولاها اهتماما من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ورصد لها أحكامها، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة.

الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل وموقف الفقه منها

أولا: مفهوم سلطة التعديل

تجد سلطة التعديل الانفرادي أساسها في المصلحة العامة التي تعتبر الركن الصلب في المرفق العام. ولا يقتصر التعديل على مدة العقد أو حجم الالتزامات كالزيادة أو النقصان أو التخفيض في حجم الأشغال أو المواد، وإنما يمتد إلى شروط تنفيذ العقد.[1]

ثانيا: موقف الفقه من سلطة التعديل

قد ثار جدل فقهي حول هذه الفكرة (سلطة التعديل) وانقسمت الآراء بين مؤيدين ومعارضين لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة.

1- الاتجاه المعارض لسلطة التعديل

ولعل **الفقيه الفرنسي (لولييه)** يعد أبرز من ناهضوا سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (الصفقة) بإرادتها المنفردة، حيث يرى أن سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة في عقودها الإدارية ترتكز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء،وأنها لم تتأثر بقضاء مجلس الدولة إذ أن الأحكام التي قررت وجود هذه السلطة يمكن تفسيرها دونما حاجة

إلى القول بأن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة الأساسية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، كما أنه توجد أحكام متعددة تنكر صراحة على الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي المزعومة.[2]

[1] - عصام بنعمر : مقال " سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية "، كلية الحقوق، صفاقس، ص23.
[2] - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص147.

ورأي **" لوليبه "** يتأسس على حجتين:

الأولى: أن الحكم الرئيسي الذي استند عليه مؤيدو فكرة التعديل الانفرادي - هو حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ **11 مارس 1910** فصلا في الخصام القائم بن وزارة الأشغال العمومية والشركة العامة للترام- لم يمنح للإدارة المتعاقدة سلطة عامة في التعديل الانفرادي للعقد بل إنه سمح لها بذلك في قضية الحال نظرا لوجود نص صريح ينص على ذلك، كما يلاحظ أيضا أن مفوض الحكومة لم يقر وجود سلطة عامة للإدارة بل سلطة لائكية تصدر عن القانون ولا يجوز إعمالها إلا في حدوده. [1]

الثانية: بعد أن وصل **" لوليبه "** للقول أن الحكم السابق لم يقرر مبدأ سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ذهب لتدعيم موقفه بالقول أنه توجد أحكام عديدة لاحقة له تنكر صراحة على الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي. واستشهد **" لوليبه "** على ذلك ثلاثة أحكام: (**الأول**: القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ

11 جويلية 1941 والمتعلق بعقد تم إبرامه بين إدارة مستشفى شوني وأحد المهندسين لوضع الرسومات والتصميمات الخاصة بإعادة بناء المستشفى .

حيث حرم فيه مجلس الدولة الإدارة من مكنة التعديل الانفرادي للعقد. وغيرها من الأحكام مثل الحكم الصادر بتاريخ **23 ماي 1936** في قضية **Ville de Vésinet** والحكم الصادر بتاريخ **19 جانفي 1946** في قضية **Ville de Limoges.** [2]

أما **الأستاذ Benoit** فهو يمثل الاتجاه الأكثر حداثة فيذهب ويقول أن سلطة التعديل الانفرادي لا وجود لها، وأنها تعتبر بكل بساطة تطبيقا لنظرية فعل الأمير، إلا أنه يرى أن سلطة التعديل الانفرادي لا توجد إلا في صفقات الأشغال العمومية أين تستطيع الإدارة أن تعدل المشروع . [3]

إن علاقة الإدارة بالأفراد في العقود الإدارية تتميز بطابع خاص يختلف عن علاقة الأفراد ببعضهم ببعض، مما أدى على وجود قواعد تناس طبيعة نشاط الإدارة

---

[1]- **محفوظ عبد القادر: " سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري "، دراسة** مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص12.

[2]- المرجع نفسه، ص 13.

[3]- **المرجع** نفسه، ص14.

وهدفها، ومرجع ذلك أن الإدارة باستخدامها وسيلة العقد الإداري، تهدف إلى تسيير المرفق العام الذي تقوم عليه رعايته، لذلك يبدون طبيعيا " عدم تساوي المركز القانوني للمتعاقدين، والإدارة تشغل مركزا متميزا عن الأفراد وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام .[1]

فالإدارة يمكنها تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة إمّا بالزيادة أو النقصان كما ورد في **المادة 03** من المرسوم 10-236 [2]، أو بمراجعة السعر كما جاء في **المادة 64** من نفس المرسوم.

وهذه السلطة تعود إلى الإدارة وفقا للمبادئ العامة التي تحكم نظرية العقود الإدارية من دون حاجة لإدراجها كبند في الصفقة. [3]

ولتعريف سلطة الإدارة في التعديل ومن منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى سنتطرق أولا إلى التعريف التشريعي ثم إلى التعريف القضائي.

ا- التعريف التشريعي: لقد تناول المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات المختلفة سلطة التعديل حسب التدرج الزمني ونذكر منها:

العمومية أ- قانون الصفقات الأول أمر 67-90 [4].

حسب نص **المادة 6** من الأمر:" إن دفاتر الشروط تحدد الشروط التي تبرم بموجبه الصفقات وتنفذ، وتشمل خاصة على ما يلي:

*- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال...."

فمن خلال ذلك فإن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال نظمت سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية.[5]

وإستقصاء سريع لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة، يلاحظ أنه تضمن العديد من النصوص التي تعطي الإدارة الحق في التعديل الانفرادي.

---

[1] - عبد الكريم بولقداير: " **سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامع محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013، ص07.

[2] - انظر المادة **03** والمادة **64** من المرسوم الرئاسي 10-236،المرجع السابق.

[3] - يوسف حوري: " **مداخلة بعنوان** " **سلطة الإدارة في مجال الصفقات العمومية** " **في الملتقى الوطني السادس حول** دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة غليزان، 2013، ص04.

[4] - **الأمر** 67-90 **المؤرخ في** 17 **جوان** 1967 **المتضمن** قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية، 52.

[5] - عبد الكريم بولقداير، المرجع السابق، ص10.

* المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145 [1]

بالرجوع إلى أحكام المواد **93** إلى **97** نجد ها وردت تحت عنوان الملحق فأجازت **المادة 93** للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق تابع للصفقة الأصلية متضمن التعديل على بند أو بنود الصفقة العمومية، وفسرت **المادة 94** المقصود بالملحق أنه: " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديلها شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية: " فمن خلال النص يتبين لنا أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية حسب أحكام **المادة 94** هي الزيادة في الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة .[2]

* المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

عرفت **المادة 90** من الملحق بقولها " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية.[3]

* المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

وجاء **المادة 102** [4] منه بقولها: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم "، وأتبعتها **المادة 103** [5] بنصها: " يشكل يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي...."

ب- التعريف القضائي

وتتجلى كذلك سلطة التعديل في شروط صفقات الأشغال العمومية في الجزائر من خلال أحكام القضاء الإداري.

---

[1]- **المرسوم** 82-145 **المؤرخ في** 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج . ر، 15.

[2]- عبد الكريم بولقداير، المرجع السابق، ص11.

[3]- **أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي** 02-250 ، **المرجع السابق**.

[4]- **المادة 102 من المرسوم الرئاسي** 10-236، **المرجع السابق**.

[5]- **المادة 103 من** المرجع نفسه.

وبالتالي يمكن استخلاص أن القضاء الإداري الجزائر أقر ب سلطة التعديل للإدارة في مواجهة المتعاقد معها (المقاول).

2- الاتجاه المؤيد لسلطة التعديل

قد ذهب **العميد (هوريو)** إلى القول بأن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية بمعنى أنه قد يرد أثناء التنفيذ وقفها أو تأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالرأي العام، كما ذهب الفقيه **(بكينيو)** على القول بأن سلطة التعديل المنفردة المقررة للإدارة تعتبر عنصرا من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية، وهي سلطة عامة تشمل جميع العقود والاشتراطات، فالإدارة وهي تبرم عقدًا إداريا لا ينظر إليها باعتبارها متعاقدًا عاديًا، ذلك أنها لا تسعى إلى تحقيق غرض آخر سوى " تحقيق الصالح العام " [1].

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإدارة العامة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري دون الحاجة على نص في القانون أو في شروط العقد، فهذا حق أصيل للإدارة مستمد من ضعفها سلطة عامة ولا يمكنها التنازل عنه، كما أنها ليست بحاجة

إلى النص عليه صراحة في العقد إلى جانب كون هذه السلطة عنصر من عناصر النظرية العامة للعقد الإداري.

وفي الأخير لاقت هذه السلطة القبول لدى الفقه والقضاء الإداريين وأصبحت حق أصيل للإدارة تفرضه بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، كتغيير أحد شروط العقد أو مدته.... [2].

الفرع الثاني: الأساس القانوني سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد

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

[1] - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 140.
[2] - توتي خوخة، المرجع السابق، ص38.

أولا: فكرة السلطة العامة

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

فيرجع أصحاب هذا الرأي أساس سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة (باعتباره أحد العقود الإدارية) إلى فكرة امتيازات السلطة العامة، التي تحملها بمقتضى القوانين واللوائح، التي تقرر لها ذلك باعتبارها المكلفة بتحقيق المصالح الجماعية، وفكرة السلطة العامة، معروفة في فقه القانون الإداري، الذي يرى جانبا كبيرًا منه أن هذه الفكرة تشكل أساس القانون الإداري، وهي المعيار لتحديد نطاق تطبيقه، وبالتالي إختصاص القاضي الإداري. [1]

فالإدارة وفقا لهذا الأساس، حين تقوم بتعديل شروط العقد، فهي لا تباشر حقوقا تعاقدية، وإنما تباشر امتيازا من امتيازات السلطة العامة، وتظهر هذه الفكرة بوضوح في نظرية **" فعل الأمير ".**

ثانيا: مقتضيات الصالح العام والنصوص القانونية

1- سلطة الإدارة العامة في تعديل شروط العقد الإداري: تجد أساسها القانوني في فكرة المرفق العام ومقتضياتهن من حيث ضرورة سيره بانتظام وباضطراد وقابليته للتطوير والتغيير، ويرى الفقه الإداري أن للإدارة المتعاقدة بتعديل ما تبرمه من عقود لا يمكن أن إلا على مستلزمات المرافق العامة والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق أو إحتياجات الجمهور نفسه .[2]

ففكرة السلطة العامة وفكرتي المرفق العام والمصلحة العامة كلها مجتمعة تشكل الأساس الذي تخول الإدارة حق التعديل الانفرادي.

[1] - أحمد محيو: **محاضرات في المؤسسات الإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص24.
[2] - **حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق**، ص161.

فعن طريق المرفق العام تعمل الإدارة على تحقيق الصالح العام، وهو هدفها الأساسي من إبرام العقد، ومن أجله خولها المشرع استعمال السلطة العامة.

فسلطة تعديل شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة مستمدة إذا من كل هذه الأفكار وذلك ربما هو سبب إجماع الفقهاء حول تقريرها، كما أنها مستقرة في الوجدان العام سواء القانوني أو العرفي، إذ أصبح راسخا لدى كل مقال يرتبط مع الإدارة لانجاز أشغال عامة، أن للإدارة سلطة تعديل شروط تنفيذ العقد دون أن يبحث على أساس ذلك، إذ أصبح ذلك من المسلمات لديه .[1]

2- حق التعديل مستمد من النصوص القانونية:

تجد سلطة التعديل أساسها القانوني في نص المادة 103من المرسوم الرئاسي10-236[2]، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.حيث تنص عل يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات اذا كان هدفه زيادة الخدمات او تقليلها و/ او تعديل بند او عدة بنود تعاقدية في الصفقة...

الفرع الثالث: ضوابط وصور سلطة التعديل

أولا: ضوابط سلطة التعديل

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

1- الضوابط الاتفاقية

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

هذا ويمكن القول أن بنود العقد تحدد على المستوى العملي للقيود المفروضة على سلطة التعديل ، إذ يجب على الإدارة أن تحترم هذه القيود الاتفاقية عملا بمبدأ القوة

[1] - أحمد محيو، المرجع السابق، ص385.
[2] - أنظر المادة **103** من المرسوم الرئاسي 10- المرجع السابق236.

الملزمة للعقد إدراج بنود تحرم الإدارة من استعمال سلطتها في تعديل شروط العقد بصفة مطلقة. [1]

2- الضوابط القضائية

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

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

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

ج- احترام قواعد المشروعية: يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية، إذ لابد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة النافذة. وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت المصلحة العامة.

فللإدارة تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما تراه أكثر اتفاقا مع الصالح العام أو كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك. [3]

د- اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته: إن طبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، ويجب أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية لأن هذا

---

[1] - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص156.

[2] - عمار بوضياف: " **الصفقات العمومية في الجزائر** "، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 3، ص147.

[3] - مازن ليوراضي: " **الوجيز في القانون الإداري** "،http ://www.mediafire.com.pdf، 2010، ص156.

الأمر سيؤدي حتما إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة. إلا في أحوال معينة أنشأتها الشروط العامة الملحقة في بعض الدول وأجازات تعديل أجور السلع وأسعارها مع الأخذ بالحسبان التوازن المالي للعقد .[1]

ثانيا: صور التعديل

تعديل الإدارة المتعاقدة سلطة تعديل الصفقات العمومية التي تبرمها، حيث تملك أن تأمر المتعامل المتعاقد بالزيادة في حجم الاداءات أو إنقاصها، وهذا الحق إن كان له مدى معين، يمتد إلى إجراء تغييرات في حجم وطريقة آداءات ومدتها في صفقة الأشغال العمومية.

1- بالنسبة لمقدار وحجم التزامات المقاول:

فقد تضطر الإدارة صاحبة المشروع إلى إضافة بعض الزيادات على مشروعها أو تدعيم بعض الأجزاء منها مما يستلزم الزيادة في حجم الأشغال عن تلك المتفق عليها مع المقاول،مع التأكيد على أن التعديل يتعلق بكمية وحجم الأشغال ولا يتعلق بنوعها .[2]

وغالبا ما تتضمن النصوص هذا الحق وتشير إليه بشكل صريح، كما هو حال المشرع الجزائري الذي ينص في دفتر الشروط العامة: " في حالة إجراء إضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أي مطالبة...." [3].

2- التعديل في وسائل وطرق التنفيذ:

فأوضاع ووسائل التنفيذ إذا كان غير منصوص عليها في العقد، فإنها تدخل ضمن سلطة الرقابة بمفهومه الواسع التي تمارسها الإدارة على مقاول الأشغال العامة.

عموما فإن تعديل طريقة أو أسلوب التنفيذ، تمليه في غالب الأحيان مواجهة الظروف المستجدة بالنسبة لجميع جوانب التنفيذ، كظهور مادة جديدة مثلا تشكل في ذات الأشغال موضوع العقد، أو إكتشاف طريقة علمية جديدة ووسائل حديثة أكثر تطورًا، أو أقل ضررا من تلك المستعملة .[4]

---

[1] - مازن ليوراضي ،المرجع السابق، ص102.
[2] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص25.
[3] - أنظر المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
[4] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص26.

3- التعديل في مدى التنفيذ:

وهي ربما أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة إذا كثيرا ما تتدخل الإدارة صاحبة المشروع بتقصير مدة التنفيذ خاصة، أو تمد يدها أو حتى بإنهائها بفسخ العقد دن الخطأ من المقاول.

وقد نصت أحكام **المادة 34** من دفتر الشروط الإدارية العامة تحت عنوان التوقيف المطلق للأشغال أو تأجيلها مما يعني سلطة الإدارة في مد مدة تنفيذ العقد أو إنهائه.

فهذا يعني أن سلطة تعديل للعقد الإداري في حجم الآداءات المتعاقد عليها وأسلوب تنفيذ الآداءا ت ينصرف أيضا إلى عنصر الزمن، ذلك أن العقد الإداري ما تبرمه المصلحة المتعاقدة ليعطي بعضا من الاحتياجات العامة، في زمن محدد يبدأ بتاريخ معين وتنتهي في زمن محدد، تلك الفترة يمكن أن يرد عليها الكثير من التعديلات [1].

المطلب الثاني: وسائل ونطاق سلطة التعديل:

الفرع الأول: وسائل وآليات ممارسة سلطة التعديل:

أولا: التعديل عن طريق الملحق

يمكن أن تكون شروط الصفقة العمومية محل تعديل اتفاقي ينتج عن اتفاق جديد للإرادتين المتعاقدين يطلق عليه إسم " الملحق ".

يجسد المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم [2] هذه الآلية في القسم الخامس منه المتضمن المواد **102-106** إذ تنص **المادة 102** منه على أنه: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم .

والملحق " يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود بالزيادة أو النقصان " [3].

أما عن شروط إبرامه:

---

[1] - **أنظر المادة 34** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري 1964.
- أنظر عبد الكريم بولقادير، المرجع السابق، ص22.

[2] - **المرسوم الرئاسي رقم** 10-236 ، **المرجع السابق**.

[3] - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص206.

- أن يكون مكتوب طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة لأن عنصر الكتابة شرط جوهري في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل كون المشرع عبّر عنها بعبارة " الملحق وثيقة ".

- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة وتوازنها هذا ما أشارت إليه **المادة 103**. [1]

- أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة طبقا **للمادة 105** من ذات المرسوم .[2]

- أن يخضع الملحق كأصل عام للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية.

ثانيا: التعديل خارج الصفقة

يمكن أن يحدث تعديل في شروط الصفقة أثناء تنفيذها وذلك خارج الإطار التعاقدي وإتفاق الأطراف المتعاقدة على هذا التعديل، وترتبط هذه التعديلات بتطبيق نظرية فعل الأمير، أو بسبب الظروف الطارئة.

1- التعديلات المرتبطة بتطبيق نظرية فعل الأمير:

يعرف فعل الأمير قضاء على أنه صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إ لحاق ضرر خاص بالمتعاقد.

ويشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير: [3]

- أن يكون فعل الأمير عملا مشروعا: فأعمال الإدارة غير المشروعة لا تعتبر من أفعال الأمير،لأن الأعمال الخاطئة يقرر التعويض بسببها طبقا لقواعد أسس المسؤولية العقدية أو التقصيرية للإدارة.

- أن ينتج فعل الأمير بسبب إجراء أصدرته المصلحة المتعاقدة.

- أن يكون فعل الأمير غير متوقع فيجب أن تكون التدابير التي اتخذتها الإدارة والتي أدت إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة غير متوقعة أثناء إبرام الصفقة.

- أن يلحق فعل الأمير أضرارا بالمتعامل المتعاقد.

---

[1] - أنظر **المادة 103 من المرسوم الرئاسي** 10-236،**المرجع السابق**.
[2] - أنظر **المادة 105 من** المرجع نفسه.
[3] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص68-69.

2ـ التعديلات الناتجة عن الظروف الطارئة [1].

تطبق نظرية الظروف الطارئة على صفقة الأشغال العمومية، كونها تستغرق مدة طويلة لإنجازها والتي من خلالها قد تحدث عدّة ظروف إستثنائية تؤجل تنفيذها.

ويتطلب لقيام نظرية الظروف الطارئة الشروط التالية:

- أن يحدث الظرف الطارئ خلال مد تنفيذ الصفقة وليس بعدها.
- أن تحدث ظروف إستثنائية عامة غير متوقعة.
- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي أشد إرهاقا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان.

الفرع الثاني: نطاق سلطة التعديل

أولا: حدود التعديل المقرر بنص

قد يكون ما يحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لشروط تنفيذ عقد الأشغال العامة هو نصوص العقد ذاته بمعنى أن سلطة التعديل تحدها قيودا إتفاقية، فكراسات الشروط الإدارية العامة غالبا ما تنص على نسبة معينة من قيمة الصفقة، التي يمكن أن يطالها تعديل الإدارة، مما يعني أن كل تجاوز لهذه النسبة المنصوص عليها يعتبر تعديا لحدود سلطة التعديل تتحمل الإدارة المتعاقدة مسؤولية .[2]

وهذا حال دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري الذي ينص في **المادة 30** منه على:" في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال، فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة، ومادامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز **20 بالمائة** من مبلغ المقاولة، وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية، حق له فسخ صفقته فور دون تعويض ...." [3].

وبالتالي إذا تجاوزت الإدارة هذه النسبة **(20 %)** تكون قد خرقت نطاق سلطة التعديل بما يفتح الباب أمام المقاول للدفاع عن مصالحه وذلك بطلب الفسخ الفوري للصفقة دون

---

[1] ـ للتفصيل أكثر أنظر: سبكي ربيحة، **المرجع السابق**، ص: 70 وما بعدها.
[2] - بن زموري أنور، **المرجع السابق**، ص 27.
[3] - **المادة 30** من دفتر الشروط الإدارية **العامة الجزائري**.

أن يكون مطالبا بأي تعويض، مادام قد التزم بإتباع إجراءات التي حددها المشرع المتمثلة في " إخبار المهندس الرئيسي* بكتاب خلال شهرين " [1]

ثانيا: الحدود القضائية لسلطة التعديل:

إذا لم يتضمن عقد الأشغال العامة حدود تبين نطاق سلطة التعديل الانفرادي فإن القضاء الإداري الفرنسي استقر على أفكار تبناها كضوابط لسلطة الإدارة في التعديل، ولذلك سماها البعض بالحدود القضائية.

فمجلس الدولة الفرنسي إستخدم مصطلحات في قراراه للدلالة على قيود تحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة التي منها:

- فكرة " عدم قلب إقتصاديات العقد "، فاشترط في التعديل أن يكون في الحدود المعقولة من حيث الحجم والنوع والأهمية.

وهي الفكرة التي تبناها المشرع الفرنسي في دفتر الشروط العامة النموذجي، حيث بين بأن الحدود التي يمكن أن تسجلها سلطة التعديل يجب أن لا تتعدى 25 بالمائة من قيمة الصفقة، وإلا فهي حال تجاوز الإدارة صاحبة الأشغال ذلك فإنه يحق للمقاول طلب التعويض دون الفسخ. [2]

---

[1] - **المادة 31/ ف 1** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

*- المقصود بالمهندس الرئيسي هنا هي الجهة المكلفة من قبل الإدارة صاحبة المشروع بمراقبة ومتابعة الأشغال والتي تدعى (صاحبة الأشغال) ،انظر بن زموري انور، المرجع السابق،ص 28.

[2] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص28-29.

الفصـــل الثاني

إنه متى أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخر فيه أو بالتنفيذ السيئ له فإنه للإدارة أن توقع عليه جزاءات تختلف عن نظيرتها المقررة في عقود القانون الخاص وتنطوي في واقعها على معنى العقوبة.

فامتيازات الإدارة تتمثل في اتخاذ هذه الجزاءات ضد المتعاقد معها مؤسسة على مبدأ إستمرار وإنتظام المرفق العام، الذي يتصل به عقد الأشغال العامة.

فقد حاول الفقه تعريف الجزاءات الإدارية على أنها " هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ". وأيضا " الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من راء إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته .[1]

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

*- حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون الحاجة إلى الالتجاء للقضاء مقدمان وإذا كان ذلك يتم تحت رقابة القضاء .[2]

*- حق الإدارة في توقيع الجزاءات هو حق مكفول لها دون الحاجة لوجود نص يقره في العقد .[3]

وتفرض الإدارة أنواع متعددة من الجزاءات وذلك حسب النظام الذي تسير بمقتضاه فمنها الجزاءات المالية والضاغطة وهي محل دراستنا في هذا الفصل في المبحث الأول وسلطتها في توقيع الجزاءات الفاسخة في المبحث الثاني.

---

[1] - رشا جعفر محمد الهاشمي:" **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها**"، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص: 34.

[2] - **بوعمران عادل:** " **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية** "، دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص111.

[3] - المرجع نفسه ، ص111.

المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية والضاغطة

المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية

وهي الجزاءات المالية أو المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية، وهي عبارة عن أنواع متعددة.

الفرع الأول: الغرامة التأخيرية

أولا: مفهم الغرامة التأخيرية:

1- " فالغرامة التأخيرية هي عبارة عن مبالغ إجمالية تحددها الإدارة أو جهة ارة مقدما في العقد الإداري كجزء تفرضه على الطرف الآخر في العقد الإداري عند تأخره في إنجاز الأعمال المكلف بها ضمن المدد المتفق عليها في العقد " [1].

وعرفت أيضا بأنها: " جزاء مالي، توقعه الإدارة على المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ، له طابع تعويض وطابع تهديدي، ويستهدف حسن سير المرافق العامة " [2].

فهو تفرض بمجرد التأخير في تنفيذ الأشغال، دون إشتراط حدوث ضرر نتيجة لذلك، كما أنها تستحق دون الرجوع إلى القضاء مادام اخير حصل بسبب المقاول وهي عموما تتسم بجملة من الخصائص التي ميزها عن النظم المشابهة كالشرط الجزائي والغرامة التهديدية المعروفين في القانون المدني. [3]

2- خصائص الغرامة التأخيرية:

أ- غرامة التأخير إتفاقية: حيث يلتزم طرفا العقد بالأحكام الواردة في العقد، وتلك الواردة ي القوانين والأنظمة واللوائح، على إعتبار أن الأخيرة جزء لا يتجزأ من العقد، الإدارة المتعاقدة لا تستطيع توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها إذا لم يتضمن العقد أو القانون نصا يخولها ذلك. [4]

ب- غرامة التأخير مرنه: ويظهر ذلك من خلال فرض الغرامة بموجب قرار إداري يصدر عن الإدارة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بتوقيعها، وهذا يعني أن

---

[1] - عبد الرحمن عباس ادعين: " **الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية** "، كلية المستقبل، قسم القانون، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية، المجلد 22، **العدد** 3، 2014، ص555.

[2] - منصور إبراهيم العتوم: " **ملخص بحث** (**النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية – دراسة تحليلية مقارنة**)، كلية الحقوق جامعة عمان الأهلية، العدد 53، 2013، ص348.

[3] - عبد الرزاق السنهوري: " **الوسيط في مصادر الالتزام** "، **الجزء** 02، المجلد الأول، دار النهضة، 1981، ص851.

[4] - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 350.

مجرد النص في العقد على غرامة التأخير لا يكفي لاستحقاقها بل لابد من أن تفصح الإدارة عن إرادتها الملزمة في فرض هذه الغرامة على المتعاقد معها. وبالتالي فإقتضاء غرامة التأخير منوط بتقدير الجهة الإدارية باعتبارها الغرامة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعا لطلك على تنفيذ بنود العقود المتصلة بتسيير هذه المرافق بإنتظام وإضطراد. [1]

ج- إيقاعها بدون إنذار: لا يشترط في توقيع الغرامة التأخيرية إنذار المقاول أو تنبيهه بذلك [2].

د- لا يجوز تخفيض الغرامة التأخيرية أو إعفاء المتعاقد منها بحجة عدم حصول الضرر من قبل القضاء حتى لو كان مبالغا في تقديرها لأنها من المسائل التقديرية التي تخص الإدارة [3] .

هـ- توقع الغرامة التأخيرية مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضررًا قد أصابها فالغرامة تعد بمثابة تعويض جزائي توقعه الإدارة، والضرر مفترض ولا يقبل إثبات العكس [4] .

و- استحصالها بقرار إداري [5] .

---

[1] - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص351.
[2] - المرجع نفسه، ص351.
[3] - المرجع نفسه، ص351.
[4] - المرجع نفسه، ص351.
[5] - المرجع نفسه، ص351.

ثانيا: التمييز بين الغرامة التأخيرية والنظم المشابهة لها:

1- التمييز بين الغرامة التهديدية والغرامة التأخيرية:

فقد عرفت الغرامة التهديدية بأنها: " مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقترنا بتلك الغرامة ."[1]

ومن التعريف يتضح أن للغرامة التهديدية شروط [2] يجب توافها وهي:

أ- طلب الدائن من المحكمة فرض هذه الغرامة، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها؛

ب- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام مايزال ممكنا، إذ لا يتصور اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا امتنع المدين عن التنفيذ وكان تنفيذه ممكنا؛

ج- أن يكون التنفيذ العيني للإلتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.

فالغرامة التهديدية وفقا للتعريف السابق لها مميزات أساسية، والتي يمكن حصرها في ثلاث نقاط وهي كونها ذات طابع تحكمي وتهديدي، تقدر عن كل وحدة من الزمن، ذات طابع مؤقت .[3]

يتضح مما تقدم أن هناك أوجه اختلاف[4]بين الغرامة التهديدية والغرامة التأخيرية:

أ- تفرض الغرامة التهديدية على الطرف الممتنع عن تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا بغية إجباره على القيام بالتنفيذ، أما الغرامة التأخيرية فإنها تفرض على الطرف المتعاقد مع الإدارة عند تأخره في تنفيذ الأعمال المنوطة به عن المدد المحددة مسبقا في العقد الإداري

ب- إن فرض الغرامة التهديدية يتم بصدور حكم قضائي من المحكمة المختصة بذلك، وأن المحكمة لها سلطة في فرض الغرامة التهديدية أو عدم فرضها، أمّا الغرامة

---

[1]- **مردلسي** عزالدين: " **الغرامة التهديدية في القانون الجزائري** "، دراسة هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص13.

[2]- عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص558.

[3]- مرداسي عزالدين، المرجع السابق، ص14.

[4]- عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص558.

التأخيرية فإن الإدارة تقوم بإرادتها المنفردة بإصدار قرار إداري يفرضها على الطرف الثاني لتأخره في تنفيذ الأعمال المكلف بها في مواعيدها، ولا يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد منها إلا إذا كان التأخير لأسباب لابد له فيها.

ج - أن الغرامة التهديدية لا تعتبر حقا للدائن ولا دينا على المدين وبالتالي لا يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الحكم بغرامة تهديدية، كما لا يجبر المدين على عرض هذا المبلغ عرضا حقيقيا، بعكس الغرامة التأخيرية التي تستحق بمجرد تأخر المقاول عن مدد التنفيذ المقررة وبالتالي تستطيع الإدارة استقطاعها ومطالبة المقاول بها دون اللجوء إلى القضاء.

2- التمييز بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي:

*- الشرط الجزائي: هو إتفاق تبعي لا يقصد بذاته ولا يستقل بنفسه دائما، يقع بمناسبة الاتفاق على إلتزام آخر بقصد حمل الطرف المتعاقد على تنفيذه وأنه يحدد إلتزاما جزائيا في صورة تعويض مقدر لا ينشأ إلا نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي [1].

وبالتالي أهم **الفروقات** بين الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية هي: [2].

أ- من حيث الغرض: الشرط الجزائي وجد لأجل تجنب تدخل القضاء في تقدير قيمة التعويض و إعفاء الدائن من إثبات الضرر الذي يصيبه بعكس الغرامة التأخيرية حيث أن الغاية من وجودها هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية في المدد المتفق وذلك حرصا على سير المرفق العام بانتظام.

ب- من حيث الضرر: أن الشرط الجزائي كما سبق لنا وذكرنا لا يمكن أن تحكم المحكمة إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء إخلاله بتنفيذ إلتزامه، كما أعطى القانون سلطة للمحكمة بأن تخفض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر، وهذا لا وجود له في الغرامة التأخيرية.

ج- من حيث الجهة المختصة بفرضها: يفرض الشرط الجزائي على الطرف المخل بإلزامه لابد أن يصدر بذلك قرار من محكمة مختصة، أمّا الغرامة التأخيرية

[1] - عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص556.
[2] - المرجع نفسه، ص557.

فإن جهة الإدارة تقوم بقرار إداري تصدره بفرضها على الطرف الثاني في العقد الإداري ودون اللجوء إلى القضاء للحكم بها.

الفرع الثاني: مصادرة التأمين

أولا: مفهوم مصادرة التأمين:

1- يعرفه الفقه بأنه عبارة عن: " مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة، تتوقى بها الإخطار التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملامته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره " [1].

2- خصائص مصادرة التأمين:

يتميز مصادرة التامين بمجموعة من الخصائص[2]

أ- تتمتع المصلحة لمتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند التقصير في التنفيذ حتى ولو ينحى عليه صراحة في الصفقة.

ب- توقه الإدارة دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية.

ج- تقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررًا ما قد لحق بها بسبب التقصير.

د- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضاؤه.

ثانيا: الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض

يمكن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض إذا كان الضرر قد تجاوز قيمة التأمين النهائي المحدد سلفا في العقد أو دفتر الشروط، على أن لا يكون قد حضر على جواز الجمع بين جزائي مصادرة التأمين والتعويض، أمّا إذا كانت مصادرة التأمين النهائي قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك. [3]

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة :" **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة-** "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص220.

[2]- سبكي ربيحة، ا لمرجع السابق، ص110.

[3]- المرجع نفسه، ص112.

ث أنه من غير الطبيعي أن يكون الضرر الفعلي الذي أصاب الإدارة قد تجاوز التعويض الاتفاقي (التأمين النهائي) وتحرم الإدارة من إقتضاء التعويضات الحقيقية التي تجبر هذا الضرر، ثم إن مبلغ التأمين ماهو إلا الحد الأدنى من التعويض المتفق عليه، وليس الحد الأقصى، ومن ناحية أخرى فإن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين لا يستند إلى أحكام العقد، وإنما إلى المبادئ القانونية العامة، أي إلى أحكام القانون الخاص التي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من إرتكبه بالتعويض، وهذه القواعد لا تتعارض مع فكرة التأمين في العقود الإدارية .[1]

الفرع الثالث: التعويض

أولا: مفهوم التعويض

1- تعريف التعويض: التعويض عبارة عن مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفاتر الشرط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال. [2]

وهو " الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال .[3]

فحتى يشب الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول بسبب ضرر ويكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة.

2- خصائص التعويض:

أ- هدف إلى جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة، فهو يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة.

ب- التعويض كمبدأ عام لا يكون محددًا ومقدرًا في الصفقة وإلا أصبح في حكم الغرامات.

---

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص226.
[2] - رشا جعفر الهاشمي، **المرجع السابق**، ص55.
[3] - سليمان محمد الطماوي: " **الأسس العامة للعقود الإدارية** "، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص503.

ج- النصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشكال العامة، لم تتطرق ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض.

ثانيا: كيفية تحصيل التعويض

لاشك فيه أن للإدارة في الجزائر الحق في الحصول على التعويض المناسب جراء إخلال المتعاقد معها عن تنفيذ إلتزاماته، والضرر الذي يصيبها من ذلك، ويستفاد مما أشار إليه (**أحمد محيو**) من أن اعتبار التعويضات أحد الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة باعتبارها سلطة عمومية.[1]

ويسمح القضاء الفرنسي للإدارة في الكثير من الحالات بأن تستعمل وسيلة " أوامر الآداء " لتحصيل قيمة التعويضات .

ا بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت عنوان " الضمانات " أحكاما لضان حسن تنفيذ الصفقات، حيث أوجب على المقاول أن يقدم كفالة حسن التنفيذ، زيادة على كفالة رد التسبيقات، ويحدد مبلغ هذه الكفالة بحسب أهمية العقد ويتراوح ما بين **5%** و **10%** من قيمة العقد، وللمقاول حق استرداد هذا المبلغ بعد شهر من تاريخ التسليم النهائي للأشغال، فالإدارة المتعاقدة إذا صاحبة المشروع وفر لها المشرع مصدر لاقتطاع التعويضات، التي تستحقها، وبذلك يكون المشرع قد وفر عيها إجراءات اللجوء إلى القضاء ساء للمطالبة بفرض التعويض أو تقديره. [2]

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص232.
[2] - بن زموري أنور، المرجع السابق، ص 44.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة

تعد الجزاءات الضاغطة أشد ثقلا على المتعاقد من الجزاءات المالية، كونها مظهر من مظاهر سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للعقد.

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العمومية (الإدارة المباشرة)

تعريف: " جزاء من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة ممارستها، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر محل المقاول المتخلف عن تنفيذ إلتزاماته، لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته، كما يمكنها الاستيلاء على أدوات وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز العمل ."[1]

وهذا الجزء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة وليس من شأنه إنهاؤها، بل تستمر منتجة لآثارها ، وتظل العلاقة التعاقدية قائمة.

تقرر جزاء سحب العمل من المقاول في المادة **35 فقرة 03** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري التي تنص أنه: "....إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإرجاء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا ".

أولا: شروط وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة

يتطلب الفقه والقضاء من أجل التسليم بهذه السلطة للإدارة توافر شروط معينة تضمن احترام الإدارة لمصالح المقاول وهي:

1- وقوع خطأ جسيم من طرف المقاول: فمجلس الدولة الفرنسي يستجوب أن يكون إخلال المقاول ذا جسامة كافية يعرض المصلحة العامة للطر حتى يقر مشروعية هذا الإجراء، وتبقى السلطة التقديرية لذلك في يد القاضي ."[2]

وتنص **المادة 35/ ف 1** التي يتضح من خلالها أن الخطأ الذي يخول للإدارة المتعاقدة سلطة اتخاذ إجراء سحب العمل من المقاول يأخذ صورتين:

---

[1] - سبكي ربيحة، المرجع الساق، ص178.

[2] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص121-122.

أ- عدم التزام المقاول بشروط الصفقة: وذلك في الحالات التالية:

- إخلال المقاول وعدم مراعاته لمدد التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة.
- وقف المقاول للأشغال أو التخلي عنها جزئيا أو كلها.

ب- عدم إمتثال المقاول للأوامر المصلحية: فقد إستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم إمتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يعطي للإدارة الحق في سحب العمل منه أو فسخ الصفقة.

ج- وجوب إعذار المقاول: وهذا ما نصت عليه **المادة 35** من دفتر الشروط الإدارية العمة، والهدف من ذلك تدارك المقاول لأخطائه وإصلاحها، والإعذار شرط جوهري لا يوقع جزاء سحب العمل من المقاول إلا بعد صدوره من المصلحة نفسها [1].

ثانيا: الآثار القانونية للحسب

إذا إستوفى إجراء سحب العمل من المقاول جميع شروطه، فإنه يرتب آثاره القانونية التي يمكن حصر أهمها فيما يلي:

1- تنفيذ الصفقة على حساب المقاول إما عن طريق المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر تختاره الإدارة بالطريقة التي تراها مناسبة وهذا ما قضت به المادة 35/ ف5 من دفتر الشرط العامة " وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة المناقصة على ذمة المتخلف .... [2].

2- يترتب عن جزاء السحب حق حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات الزائدة من مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين، وهذا ما نصت عليه المادة **35/ ف7** من دفتر الشروط الإدارية العامة. [3]

3- يمكن للمصلحة المتعاقدة حق احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وآلات وأدوات ومواد.. ولا يحق للمقاول المبعد المطالبة باستردادها قبل إتمام العمل. [4]

---

[1] - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص124.
[2] - أنظر المادة 35 الفقرة 05 من دفتر الشروط الإدارية العامة.
[3] - أنظر المادة 35 الفقرة 07 من نفس المرجع.
[4] - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص126.

4- لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المقاول وبين فسخ الصفقة، لأن جزاء السحب يفترض بقاء الرابطة العقدية، أمّا الفسخ فيتضمن إنهاؤه.

5- نبار سحب العمل من المقاول هو إجراء مؤقت ، فإنه ، يمكن للمقاول أن يطلب إنهاؤه وإعادة الأعمال إليه لإتمام تنفيذها، إذا أثبت أنه أصبح يملك من الوسائل الكافية ما يمكنه من إستئناف الأعمال والوصول بها إلى غاية النهاية المرضية وهذا ما نصت عليه المادة **35/ ف 6** من دفتر الشروط الإدارية العامة. [1]

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وبخطا المقاول

اولا : سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

المقصود بإنهاء العقد أن يقوم أحد أطرافه بإنهائه بإرادته المنفردة، وبغير أن ب الطرف الآخر خطأ، ودون حاجة إلى رضاء الطرف الآخر بذلك، وو بذلك حق خطير، وتكاد لا تجد له وجودًا في مجال علاقات القانون الخاص، اللهم إلا إذا إتفق متعاقدان على ذلك، أو أباحه القانون بنص صريح. ويختلف الوضع في مجال العقود الإدارية، فالعقد الإداري عقد لم يتم إلا لتحقيق الصالح العام والإدارة العامة هي ؤولة والمهيمنة على ذلك، من هنا يكون الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون إرتكاب المتعاقد معها لأي خطأ ، متى قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك. [2]

هذه السلطة تستمدها الإدارة من المصلحة العامة، وتمارسها تحت مراقبة القضاء، إلا أنها تختلف عن السلطتين السابقتين بأنها تبدو سلطة مطلقة، حيث لا تتطلب نصا يجيزها أو إعذارا يسبقها أو قيدًا يقيدها كلما رأت الإدارة أن العقد أصبح غير ذي موضوع وفائدة بالنسبة للمرفق العام، مثل إفلاس المتعاقد أو عسره أو إستعماله الغش أو التدليس أو وفاة المتعاقد دون وكيل ينوب عن الورثة .[3]

حيث أن الفقه قد وضع بعض الضوابط يتعين مراعاتها في إنهاء العقود، وهي أن حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست بسلطة مطلقة ولكنها سلطة تقديرية يجب أن

---

[1] - راجع المادة **35/ ف 6** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
[2] - محمد الشافعي أبو راس: " **العقود الإدارية** "، بنها ، ص102.
[3] - عبد الله حجاج: مقال (**العقود الإدارية**) ، ص31.

تستهدف المصلحة العامة، وأن الإدارة حينما تستعمل هذه السلطة فإنها تستعملها تحت رقابة القضاء الإداري .....[1].

فدافع الإدارة في إنهاء العقد الإداري هو المصلحة العامة كان أصبح العقد غير ذي جدوى للمرفق العام أو لم يعد هناك ما يرجى منه وسلطة الإدارة في هذا الصدد مقيدة بقيد الصالح العام وتلتجئ للعمل بها تحت عيون القضاء الإداري ورقابته .[2]

فعليه استقر الفقه القضاء على أن حق الإدارة في إنهاء عقودهما حتى ولو لم يرتكب المقاول (المتعاقد) أي خطأ وأن للإدارة دائما سلطتها في إنهاء العقد متى ندرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة، ويبقى للطرف الآخر الحق في التعويض. [3]

والإدارة عندما تتعاقد مع الأفراد لغرض تحقيق هذه المصلحة لا تتنازل عن حقها في أن تبقى صاحبة الحق الأصيل بمراعاة هذه المصلحة، وهكذا تتدخل باعتبارها سلطة عامة لتفرض ما تراه مناسبا لتحقيق ذلك .[4] بما فيها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

ثانيا: إنهاء العقد نتيجة خطأ المقاول

وتكون في حالة إخلال المتعاقد – المقاول- بالتزاماته التعاقدية، وهذه الحالة نص عليها قانون الصفقات العمومية.

ويمكن تعريف هذه الحالة بأنها " تصرف قانوني يصدر عن الإدارة المختصة ترى أنه لا جدوى مع بقاء العقد قائمان أو أنه أصبح لا يحقق الهدف المطلوب من وراء إبرامه مع تعويض المتعاقد على ذلك ". [5]

ولا يعني تمتع الإدارة بحق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة سواء أخطأ المتعاقد معها أو لم يخطئ، وسواء كان حق الإدارة في الإنهاء منصوص عليه في العقد أم كان خاليا مثل هذه الشروط، أن تكون سلطة الإدارة في هذا المجال مطلقة، وإنما هي سلطة لها حدود وضوابط.

---

[1]- عبد الله حجاج، المرجع السابق، ص31.

[2]- بوعمران عادل: " النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية) " دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص116.

[3]- عبد الله حجاج، المرجع السابق، ص32.

[4]- محمد عبد الله حمود: " إنهاء العقد بالإرادة المنفردة "، دار العلمة الدولية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص54.

[5]- محمد الصغير يعلى، المرجع السابق، ص103.

ـل هذه الحدود أن تستهدف الإدارة من وراء إنهاء العقد تحقيق الصالح العام، وإن استهدفت صالحا آخر، كانت مسؤولة عن فعلها .[1]

- ومن زاوية أخرى فإنه إذا كان الإنهاء منصوص عليه في العقد ، فإن استخدام الإدارة حقها في إنهاء هذا العقد بإرادتها المنفردة، دون وجود نص بالعقد يتيح لها ذلك، ودون خطأ إرتكبه المتعاقد معها فإنه إذا ما ترتب بالمتعاقد معها أضرار تلتزم الإدارة بتعويض .[2]

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الفاسخة

يعتبر الفسخ الجزائي أحد أنواع الجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها بالإرادة نفردة على المتعاقد الذي يخل بتنفيذ التزاماته أثناء تنفيذ العقد الإداري. وتعد الأحكام المنظمة له الأبرز في قواعد نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، ومكانة الصدارة هذه لا تعود لما لموضوعه من أهمية، والآثار المترتبة عليه فقط، وإنما من حيث المساحة التي يشغلها في النظام القانوني العام الذي يحكم سلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، والفسخ الجزائي جزاء خطير بطبيعته تستعمله الإدارة كوسيلة لحماية مبدأ استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد.

المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي

أولا: تعريف الفسخ الجزائي

الفسخ الجزائي في دائرة العقود الإدارية بصفة عامة:" جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة التعاقدية، بينها وبين المتعاقد معها، قبل انتهاء مدة العقد المتفق عليه، لعدم قدرة الأخير على الوفاء بالتزاماته". ويبتذل من التعريف أن الفسخ الجزائي هو آخر الجزاءات التي يمكن ان تلجأ إليها الإدارة بعد أرتتقطع بها السبل في ضبط المتعاقد معها في تنظيم التزاماته التعاقدية[3].

ويعرف في مجال عقد الأشغال العامة بأنه:" ذلك الجزاء الشديد الجسامة التي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المقاول المقتصر في تنفيذ التزاماته الناشئة

[1] - محمد الصغير بعلى، المرجع السابق، ص127.
[2] - المرجع نفسه، ص128.
[3] -سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص312.

عن العقد، الذي يترتب عليه استبعاد المقاول نهائيا من تنفيذ الأشغال موضوع العقد، أو من الاستمرار في تنفيذها"[1].

فالفسخ في عقود الأشغال العامة تعلنه الإدارة بنفسها ولا يتم بحكم القضاء كما هو مقرر من القانون الخاص، وللإدارة مطلق التقدير في فسخ العقد، والفسخ هنا يضع نهاية حاسمة للعقد[2].

ثانيا: شروط ممارسة سلطة الفسخ

نظرا لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة الإدارة في توقيعه لا تعتبر سلطة مطلقة، بل هي مقيدة حيث تخضع الإدارة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه والقضاء وحتى التشريع، خاصة وأن الإدارة ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع هذا الجزاء.

1. مثل الشرط الأول في ارتكاب المقاول لمخالفة، إلا أنه لا تعتبر كل مخالفة سبب لتوقيع جزاء الفسخ بل يجب أن يكون خطأ المقاول على درجة معينة من جسامة، لأن جزاء الفسخ يتطلب صدور خطأ جسيم من المقاول ويكون إذا كان إخلالا بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري ومن قبيل تلك التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي كمبرر لتوقيع الجزاء أو فسخ العقد مثلا ترك الأشغال، وإهمال مواعيد تنفيذها، وكذلك الغش في الأشغال، وعدم إكمال دفع أقساط التأمين التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، ورفض تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة[3].

وللإدارة وحدها تقدير مدى جسامة خطأ المقاول وما إذا كان كافيا لتوقيع الفسخ، يقوم القاضي بناء على دعوى المقاول برقابة تقدير الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير الفسخ.

---

[1]-سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص313.

[2]-محمد بن سعيد بن حمد المعمري: **الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص266.

[3]-بن علي شعبان، المرجع السابق، ص131.

2. الشرط الثاني هو شرط شكلي يتمثل في ضرورة إخطار الملتزم بالمخالفات المنسوبة إليه، والطلب منه إزالة الأسباب والمسببات المؤدية إلى إسقاط الالتزام ومنحه مهملة معقولة لدراسة الأسباب والمسببات[1].

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة 99** من المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات إلا أنه وعلى الرغم من التزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المقاول قبل الفسخ إلا أن هناك حالات[2] تعفى فيها الإدارة من هذا الالتزام وفقا للفقه والقضاء الفرنسيين وهي:

- حالة ما إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الإعذار قبل توقيع الجزاء سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة.
- كما تعفى الإدارة من الإعذار المسبق حالة ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ التزامه أو عدم قدرته على ذلك، إذ لا فائدة من الإعذار في هذه الحالة.
- كما أنه لا ضرورة ولا جدوى من 'عذار إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو ارتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الإعذار.
- كما تعفى الإدارة من الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ في حالة الاستعجال، لأن الظرف لا يسمح من حيث سعة الوقت لذلك.
- تعفى الإدارة من ضرورة الإعذار قبل فسخ العقد إذا كان هذا الفسخ، تاليا لجزء سابق هو وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن هذا الأخير جزاء وقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا استمر المقاول في مخالفته، شرط أن تكون هذه المخالفة هي ذاتها سبب توقيع جزاء الفسخ.

---

[1]- توقي خوخة، **المرجع السابق**، ص50.

[2]- **راجع المادة 35/ف1** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

الفرع الثاني: التمييز بينه وبين النظم القانونية المشابهة له

من الطبيعي أن ثمة اختلافات بين الفسخ الجزائي وبين بعض النظم القانونية الأخرى الشبيهة له.

أولا: التمييز بينه وبين الفسخ في عقود القانون الخاص

يختلف الفسخ الجزائي عن نظام الفسخ في عقود القانون الخاص من عدة أوجه[1] مهمة:

أ. الفسخ الجزائي امتياز مقرر للإدارة وفقا لنظرية الجزاءات في العقد الإداري، ضمانا لدوام استمرار المرفق العام، وبذلك تمتلك الإدارة حق توقيع الفسخ الجزائي بنفسها، وبإرادتها المنفردة دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، كما هو لأصل في فسخ عقود القانون الخاص حيث لا يستطيع كلا المتعاقدين أن يقرر أي منهما بنفسه فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد، بل لابد أن يلجأ إلى القاضي المدني.

ب. تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في توقيع الفسخ في أي وقت تراه مناسبا، وفي تقدير الأفعال المبررة، وهو الأمر الذي لا نجد له نظيرا لأي من المتعاقدين في عقود القانون الخاص بطبيعة الحال.

ت. تعد مسألة تقدير خطأ المتعاقد مع الإدارة في حالة الفسخ الجزائي أكثر تدقيقا وتشددا من تقدير خطأ المدين في قواعد القانون الخاص.

ث. إذا كان يجوز لقاضي العقد الإداري أن يمنح المتعاقد مع الإدارة مهلة معينة لتنفيذ التزامه الذي قصر في أدائه، لكونه لا يملك في الأصل تقدير احتياجات المرفق العام. فإن للقاضي المدني هذه القدرة، ومن ثم يستطيع منح المدين أجلا زمنيا للتنفيذ.

ج. يعتبر الفسخ الجزائي وسيلة وقائية لحماية المرفق العام. لذلك فإن الإدارة لا تهدف منه فقط مجازاة المتعاقد المخل بالتزاماته، وإنما المحافظة على مصالح هور التي يقدمها المرفق العام، بينما يكون الهدف دائما طلب الفسخ في عقود القانون الخاص وهو الحصول على التعويضات من المتعاقد الآخر الذي قصر في تنفيذ التزاماته.

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص315.

ثانيا: التمييز بينه وبين الجزاءات الضاغطة

يعتبر كل من الفسخ الجزائي والجزاءات الضاغطة، جزاءات تصدر من قبل المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة بسبب الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية ومع ذلك فإنهما يختلفان من عدة جوانب.

حيث يعتبر جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة جزاءا ضاغطا بقصد إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته، وهو على هذا النحو جزاء مؤقت لا يترتب عليه انتهاء العقد.

في حين من المؤكد أن جزاء الفسخ يؤدي إلى إنهاء العقد بصفة قطعية ونهائية ومن ثم انقضاء العلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمتعاقد الآخر (المقاول).

والجدير بالذكر أن سلطة الإدارة في فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد، سلطة تالية لجزاءات الإدارة الضاغطة، إذا ثبت للإدارة عدم فعالية وعدم جدوى هذا النوع من الجزاء في ردع الطرف الآخر ودفعه لتنفيذ التزاماته.

غير أن هذا القول ليس ملزما للإدارة كقاعدة عامة، إذ أنها تستطيع توقيع جزاء الفسخ مباشرة عند تحقق الأفعال المبررة له، مما يعني أن الإدارة تملك فرض جزاء الفسخ من دون أن تسبقه بتوقيع الجزاء الضاغط، متجاوزة مرحلة جزاء الردع والإكراه المؤقت كلية[1]. فسحب العمل من المقاول جزاء ضاغط.

- يمكن للمصلحة المتعاقدة (الإدارة) دفع هذا الجزاء إذا ما أثبت المتعاقد معها على مواصلة تنفيذ الصفقة، بينما المؤكد منه أن جزاء الفسخ يؤدي إلى إنهائها بصفة قطعية وبالتالي انقضاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمقاول.

ويشمل اء في الجزاءات الضاغطة على الالتزام الذي لم يؤده المتعاقد، بينما في الفسخ الجزائي يشمل العقد كله ولا يمكن أن يفسخ جزء منه دون الآخر[2].

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرج السابق، ص317.
[2]- سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص150.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي

بالنسبة للطبيعة القانونية للفسخ الجزائي هنا رأيين وفريقين:

أولا: الرأي القائل بالطبيعة التعاقدية للفسخ الجزائي

ا لهذا الرأي، جزاء إسقاط الالتزام هو تدبير تعاقدي وليس من النظام العام، إذ لا تستطيع الإدارة توقيعه على الملتزم، إلا إذا نص العقد عليه ويعد **بلندو (Blondeau)** أحد أبرز المتصدرين والمدافعين عنه.

ومما أشار إليه **بلندو (Blandeau)** أن:" إسقاط الالتزام (الفسخ) يعتبر إجراءا تعاقديا بحتا، وأنه لا يوجد لصالح الإدارة كان منصوصا عليه صراحة في العقد، ومن ثم فإن الإدارة لا تستطيع توقيعه، في حالة السكوت لأنه ليس من النظام العام، وإنما عليها أن تلجأ إلى القضاء طلبا في فسخ العقد"[1].

وفي عقد الأشغال العامة يثور التساؤل عن طبيعة الفسخ، ما إذا كان تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني بفسخ العقد أم أن فسخ عقد الأشغال العامة كجزاء من طرف الإدارة له طبيعة خاصة؟

فالفريق الأول وتبعا لرأي **"بلندو"**. يرى أن الفسخ في عقد الأشغال العامة ليس إلا تطبيقا للمبدأ المقرر في القانون المدني الذي يقتضي بأن الفسخ دائما مقرر في العقود الملزمة للجانبيين حال عدم قيام أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته، جاز للطرف الثاني في طلب حل الرابطة العقدية حتى يتحلل من التزاماته، وهذا ما يراه جانب من الفقه الفرنسي[2].

ثانيا: الرأي القائل بتعلق الفسخ بفكرة النظام العام:

يذهب جانب من الفقه في فرنسا وكذلك في الدول المقارنة الأخرى، إلى مخالفة الرأي السابق، ومن ثم يرى أن جزاء إسقاط الالتزام (الفسخ) من النظام العام، وتستطيع الإدارة تبعا لذلك توقيعة على المتعاقد (الملتزم) حتى ولولم يكن منصوصا عليه صراحة في العقد[3].

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص292.

[2]- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص128.

[3]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص292.

وتأكيد لهذا الرأي يشير **بولاك (POLACK)** بقوله:" يجب التسليم بأن الجزاءات وبصفة خاصة جاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة من القواعد الأساسية المنظمة للمرفق العام، وأن هذه الجزاءات ذات طبيعة لائحية وتعتبر من النظام العام"[1].

فأغلبية الفقه قد استبعدت تطبيق أحكام القانون المدني على عقد الأشغال العامة على اعتبار أن ما تتضمنه أحكام أن هذا القانون تختلف في موضوعها عن موضوع الفسخ في عقد الأشغال العامة، من حيث أن هذا الأخير ليس بين الأفراد، بل بين الإدارة وما تمثله من مصلحة عامة وبين المقاول الذي يمثل المصلحة الخاصة [2].

وهو حق ثابت مقرر للإدارة سواء تم النص عليه في صلب العقد أم لم ينص عليه[3].

وعليه فنظام الفسخ يختلف في عقد الأشغال العامة، كون الإدارة وهي أحد طرفي العقد تملك ان تعلن هذا الفسخ دون اللجوء إلى القضاء، وذلك باعتباره من الجزاءات ضاغطة التي تملك توقيعها على المقاول المقصر كجزاء لخطئه الجسيم، والذي يترتب عنه انقضاء العلاقة العقدية، وإبعاد المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد، وهذا ما يميزه عن جزاء سحب العمل والتنفيذ عن طريق الإدارة المباشرة، الذي يستبعد بموجبه المقاول عن تنفيذ العقد بشكل مؤقت وربما بشكل جزئي أيضا[4].

ويمكن طرح السؤال التالي: هل يملك القاضي إلغاء جزاء الفسخ؟

يملك القاضي الحكم بالتعويض، بالنسبة لكافة العقود الإدارية، أما بالنسبة للفسخ كجزاء فإن غالب اتجاه القضاء الفرنسي يرى الاكتفاء بالتعويض فحسب دون إلغاء بتوقيع جزاء الفسخ، وذلك فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة[5].

وهذا ما سيأتي بيانه لاحقا.

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص293.

[2]- بن شعبان بن علي، المرجع السابق، ص128.

[3]- محمد الصغير يعلى، المرجع السابق، ص103.

[4]- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص129.

[5]- عبد القادر دراجي: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، جامعة الحاج لخضر، مجلة الفكر، العدد العاشر، ص103.

المطلب الثاني: أنواع الفسخ وخصائصه وآثاره القانونية

الفرع الأول: أنواع الفسخ

يمكننا أن نميز بين نوعين من الفسخ في عقود الأشغال العامة كجزاء يوقع على المقاول المتعاقد حالة إخلاله بالتزامه، حسبما استقر عليه قضاء مجلس الدولة.

أولا: الفسخ الجزائي المجرد أو البسيط

يقصد به إنهاء الإدارة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعاقد المخل بالتزاماته، بلا قيد أو شرط[1].

في هذه الحالة إذا رأت الإدارة الاكتفاء باستبعاد المقاول المرتبط معها بمقتضى عقد من عقود الأشغال العامة نهائيا بلا قيد أو شرط ودون أن تلزمه بالأعباء المترتبة على إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة عامة على حسابه ومسؤوليته فإنها تكتفي بالفسخ المجرد لعقد الأشغال العامة[2].

فتكتفي الإدارة بالحصول على التعويضات اللازمة لجبر الخسائر التي تكبدتها نتيجة لهذا الإخلال، وطبقا لهذا الشكل لا يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده تبعات استمرار تنفيذ العقد الأصلي.

- ويحدث هذا النوع من الفسخ في الحالات التالية[3]:

1. عدم أداء المقاول المتعاقد للتأمين في المدد المحددة.
2. حالة إفلاس المقاول والتنازل عن العقد دون موافقه الإدارة.

وهذا النوع من الفسخ بوصفه جزاء توقعه الإدارة على المقاول المتعاقد بسبب خطئه أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تلحق الإدارة نتيجة لفسخ العقد.

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص319.

[2]- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص267.

[3]- المرجع نفسه، ص268.

ثانيا: الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد

ويقصد به انتهاء الرابطة التعاقدية بفسخ الإدارة للعقد القائم بينها وبين المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحمل الأخير (المتعاقد المفسوخ عقده) الآثار المترتبة على إبرام عقد جديد، لإتمام تنفيذ الالتزامات التي تخلف عن آدائها[1].

وهذا النوع من الفسخ أشد وأقسى من جزاء الفسخ المجرد لأن الإدارة لا تكتفي بإنهاء العقد الأصلي وتعويضها عن فسخ هذا العقد ولكن هذا الجزاء فضلا عن أنه ينهي العقد الأصلي، يكون مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام التنفيذ على مسؤولية المقاول المتخلف عن الوفاء بالتزاماته مع الإدارة بحيث يتحمل هذا الأخير الزيادة في المصروفات الناجمة عن هذا الإجراء[2].

وقد جاء تنظيمه في التشريع الفرنسي جنبا إلى جنب الفسخ المجرد، لا سيما في دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية.

أما في الجزائر فقد خلا مرسوم الصفقات العمومية المعمول به من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد. في الوقت الذي أتت نصوص هذا المرسوم متوافقة مع أحكام الفسخ الجزائي المجرد البسيط. مع أنه لوحظ أن **المادة 35**[3] من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية، كانت تضمنت بعض الإشارات المقتضبة على هذا النوع[4].

ويحدث هذا النوع من الفسخ على مسؤولية المقاول غالبا في الأحوال التي ينسب فيها إلى المقاول تصرف من التصرفات التي تنطوي على غش أو تدليس، وكذا حالة تركه العمل أو عدم خضوعه للأوامر المصلحية[5].

الفرع الثاني: خصائص الفسخ الجزائي

مفرد الفسخ الجزائي الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزامه التعاقدي إخلالا جسيما بالعديد من السمات تميزه عن الجزاءات المالية والضاغطة.

1- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص320.
2- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص268.
3- **راجع المادة 35** من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
4- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص322.
5- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص268.

أولا: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بنفسها

تملك المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية بنفسها بمقتضى قرار انفرادي صادر عنها ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لطلب تقرير ذلك، وعلى ذلك لا يحق للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق المخول لها[1].

فيحق للإدارة أن تمارس سلطتها في الفسخ الجزائي وإن لم ينص العقد أو دفتر الشروط صراحة على هذا الحق.

ثانيا: إعذار المقاول (المتعاقد معها) قبل توقيع الفسخ الجزائي

فالإعذار من الشروط الجوهرية التي تعتد بها الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ، فهي ملزمة باحترام الإجراءات القانونية والشكليات الجوهرية قبل صدور قرار الفسخ، ويأتي الإعذار في مقدمة هذه الشكليات، إذ أن إعطاء المتعاقد فترة زمنية معينة ليتدارك أخطاءه من الخصائص التي يمتاز بها جزاء الفسخ[2].

فالمشرع الجزائري أوجب على الإدارة صاحبة المشروع اتخاذ إجراء أولي أو تدبير إداري وهذا بإعذار المقاول وتنبيهه لأخطائه قبل اتخاذ قرار الإنهاء[3].

ففي حالة عدم امتثاله لهذا الإخطار فإن هذا يكون بمثابة مبرر قانوني لاتخاذ الإجراء المناسب سواء عن طريق الجزاءات المالية، أو عن طريق وسائل الضغط أو الفسخ.

ولقد أحسن المشرع عندما نص على وجوبية الإعذار وهذا بمنحه فرصة للاستدراك، ِقف المقاول مثلا عن الأشغال مدة طويلة، ينعكس سلبا على مدة الإنجاز وبالتالي على نشاط المرفق، غير أنه لم يبين شكل الإعذار أو آجاله غير ما نصت عليه **المادة 112** الفقرة الأخيرة حين نصت في شكل إعلان قانوني[4].

إلا أنه في عقد الأشغال ا امة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام في ذلك، خاصة المكتوبة منها كالجرائد الوطنية بغية تنبيه المقاول[5].

1- سبكي ربيحة، **المرجع السابق**، ص151.
2- المرجع نفسه، ص152.
3- حابي فتيحة، المرجع السابق، ص67.
4- المرجع نفسه، ص67.
5- المرجع نفسه، ص67.

ثالثا: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي

خضع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي لرقابة القضاء لتحقيق نوع من التوازن بين هذه السلطة وحقوق المتعاقد معها.

فيراقب قاضي العقد على سلطة الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها في عقد الأشغال وذلك من خلال الرقابة على مدى توافر خطأ جسيم من المتعاقد مع الإدارة يبرر الفسخ من عدمه، وكذلك الرقابة على إعذار المتعاقد قبل الفسخ أم لا على النحو التالي:[1]

1. رقابة القضاء على مدى توافر الخطأ الجسيم من المتعاقد المبرر للفسخ فليس كل خطأ يبرر الفسخ وإنما يجب أن يكون المقاول قد ارتكب خطأ على درجة معينة من الجسامة وأمثلتها:

أ. رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية.

ب. ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال.

ت. عدم مراعاة شروط العقد من حيث النظام تنفيذ الأعمال في مواعيدها المحددة.

ث. التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة.

ج. عدم تكملة التأمين خلال المواعيد المحددة.

ح. الغش في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

خ. حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة.

وتختص بهذه المنازعة المحاكم الإدارية التي تعتبر جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية بما فيها المنازعة الناشئة عن الصفقات العمومية وذلك عن طريق دعوى القضاء الكامل، فيملك القاضي الإداري في هذه الحالة سوء الحكم بالتعويض للمتعامل المتعاقد إذا تعسفت الإدارة في استعمال سلطة الفسخ دون الإلغاء، وهذا هو مسلك القضاء الجزائري من خلال القرارات الصادرة عنه[2].

[1]- محمد بن سعيد محمد المعمري، المرجع السابق، ص269.

[2]- سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص153.

الفرع الثالث: الآثار القانونية للفسخ الجزائي

أولا: الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي

1. اء الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، فيصبح المقاول غير مسؤول عن الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ويشمل الفسخ العقد كله، فلا يطبق على الأجزاء المربحة مثلا، وتبقى على الجزء الخاسر، أو تشمل ما هو صالح، وتبقي الجزء الغير الصالح له، فهذا ليس من العدالة أن تخل التوازن المالي للعقد حتى في حالة خطأ المتعاقد[1].
2. خضوع إجراء الفسخ لرقابة قاضي العقد (القضاء الكامل):

يختص قاضي العقد وحده بممارسة الإدارة لسلطتها في إعلان الفسخ، فالإدارة وحدها مسؤولة عن سير المرفق العام، وينبغي أن تكون وحدها قاضي الملائمة للفسخ في عقود الأشغال العمومية التي تهدف إلى حسن سير المرافق العامة[2].

إذا ما صدر قرار الفسخ فإن الرابطة العقدية تنتهي نهائيا فيتعين على المقاول إخلاء أماكن العمل في المواعيد المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة، فإذا رفض أو تأخر قامت الإدارة بإخلائها على نفقته ومسؤوليته[3].

وفي الأخير على المصلحة تسوية الحسابات النهائية للعقد (بتقديمها للمقاول).

ثانيا: الآثار الخاصة بكل نوع:

1. **حالة الفسخ المجرد:**

تسلم المصلحة المتعاقدة الأشغال المنجزة في الفترة السابقة للفسخ، وتبدأ في تسوية الحساب النهائي للعقد، بعد نهاية مدة ضمان الأعمال المنفذة، مع رد الكفالات أو التأمين ول إن كان له محل بعد فترة الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار سوء الصنعة والعيوب الخفية...[4].

1- حابي فتيحة، المرجع السابق، ص308.
2- المرجع نفسه، ص308.
3- المرجع نفسه، ص309.
4- المرجع نفسه، ص309.

2. حالة الفسخ على مسؤولية المقاول:

قد تلجا الإدارة إلى طرح الأشغال على مناقصة جديدة، وعليه يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده الأعباء التي تترتب على إتمام الأعمال بواسطة المقاول الجديد، دون تحمل أعباء إضافية، وتخصم الزيادة في النفقات التي يستلزمها هذا التعاقد من المبالغ المستحقة له وذلك دون المساس بالحق في الرجوع عليه في حالة عدم كفايتها، أما إذا تمخض عن ملية التعاقد الجديدة نقص في النفقات بالنسبة للصفقة الأولى فليس للمقاول المقصر حق الاستفادة منها[1].

ولقد سلك مجلس الدولة الفرنسي مسلكا يتسم بالحكمة، وقوامه ان التصفية التي يفرضها العقد الأول إنما تقوم أساسا على نتائج المناقصة الجديدة، أي أن الإدارة يجب أن تباشر فورا في تصفية دين المقاول المقصر، بمجرد حدوث المناقصة الجديدة، على أساس المناقصة التي تمت بالمناقصة الأولى[2].

[1]- حابي فتيحة، المرجع السابق، ص309.
[2]- المرجع نفسه، ص310.

خـــاتمة

خاتمة:

بعد دراسة موضوع **سلطة الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها في صفقة الأشغال العمومية**، تم استخلاص بعض النتائج فضلا عن بعض التوصيات والاقتراحات التي يمكن تقديمها في هذا الإطار.

اتضح جليا حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ صفقة الأشغال العمومية وكذا إبرامها، والتي لا وجود لها في عقود القانون الخاص، والسبب يعود إلى أن الإدارة تسعى دائما إلى تطوير وتسيير المرافق العامة من أجل تقديم أفضل الخدمات وإشباع الحاجات العامة، وأن هذه السلطات تمنح للإدارة سواء نص عليها في العقد، أم لا ولكن يجب على الإدارة التمتع بهذه السلطات ضمن حدود معينة.

فسلطة الرقابة والتوجيه الممنوحة للإدارة هدفها مراقبة التنفيذ والتأكد من انه يتم وفقا للشروط العقدية، قد تكون هذه السلطة بصورة أعمال مادية أو بصورة أوامر تنفيذية توجهها الإدارة للمتعاقد، فضلا عن حق الإدارة بأن تتدخل لتغيير أوضاع تنفيذ التزامات المتعاقد وإصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ بما يخدم المرفق العام.

أما عن سلطة التعديل فإن الإدارة تسعى دائما لمواكبة التطور الحاصل في المرافق العامة وأن أساس هذا الحق هو متطلبات المرفق العام وتلبية احتياجاته التي تفرض التعديلات وعلى المتعاقد الالتزام والتنفيذ وذلك خدمة لاحتياجات المرفق العام، وعلى الإدارة أن تراعي الأضرار التي قد تحصل للمتعاقد جراء التعديل وأن يتم تعويضه بما يوازي الضرر.

أما تمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات وهي تعد من أخطر السلطات التي تمارسها في مواجهة المتعاقد وذلك عن طريق إصدار قرار بهذا الشان ، وأن نظام الجزاءات في النظام الإداري تختلف عن الجزاءات في القانون المدني، حيث أن هذه الجزاءات لا تكون دون إخلال المتعاقد بالتزاماته وتكون نتيجة الإخلال بالصالح العام.

وتتمتع السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة بخصوصيات تعكس استقلال كل منها على حدا ، غير أنها تتداخل فيما بينها من خلال تأثير كل منها على الأخرى.

تتأثر سلطة توقيع الجزاءات باستعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتعديل، فإذا كان لا يتصور فرض الجزاء على المتعامل المتعاقد بسبب قيام المصلحة المتعاقدة بتعديل شروط الصفقة، فإن إخلال المتعامل المتعاقد الجسيم للأوامر المصلحية الصادرة عنها أثناء ممارسة سلطة الرقابة يعد أحد الأفعال التي تبرر للإدارة توقيع الجزاء عليها.

وسلطة توقيع الجزاءات تهدف بالإضافة إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة لأطراف العلاقة التعاقدية، وإنما هدفها الأساسي هو الوصول إلى تنفيذ الصفقة في المواعيد المقررة ووفقا للشروط المتفق عليها، وبالتالي فهي لا تتسم بطابع العقوبات التي توقع على المتعامل المتعاقد، وهي سلطة متدرجة تبدأ بالجزاءات التي لا تواجه الأخطاء الجسيمة كالجزاءات المالية وتنتهي بالجزاءات الفاسخة التي تواجه الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعامل المتعاقد.

رغم اعتراف المشرع الجزائي للإدارة بجملة من السلطات في مرحلة تنفيذ الصفقة من خلال تشريعات الصفقات العمومية، إلا أنها تتخللها بعض النقائص خاصة فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاءات، تتمثل فيما يلي:

- تفادي المشرع تفصيل ما يخص الغرامة التأخيرية على الرغم من أهميتها في الواقع العملي، حيث تكثر حالات تخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المدة المنصوص عليها في الصفقة، وبالتالي كان الأولى أن يقوم بتوضيح النسب بشكل دقيق.
- كما أن المشرع الجزائري لم يفصح عن رؤيته بشكل واضح فيما يخص مسألة تقدير الإدارة للتعويض بنفسها كجزاء مالي كما هو مستقر في فرنسا. وبالتالي كان على المشرع عادة صياغة النصوص التشريعية بشكل يبيح للمصلحة المتعاقدة تقدير التعويض بنفسها.

- لم يشر المرسوم الرئاسي إلى الجزاءات الضاغطة كما هو بالنسبة إلى باقي التشريعات باستثناء بعض التلميحات، وبالتالي عليه إعادة النظر في هذه النقطة.
- استمرار العمل بدفتر الشروط الادارية العامة لسنة **1964** المطبقة على صفقة الأشغال العامة رغم انه يحمل في تأشيراته نصوصا فرنسية ملغاة تماما، مما يجعله من الناحية القانونية ملغى.

وأخيرا ومع التسليم بالاعتبارات التي تبرر كافة السلطات الممنوحة للإدارة خاصة في صفقة الأشغال العمومية، إلا أنه على الإدارة أو ممثليها عدم الإسراف في إصدار الأوامر المصلحية للمقاول لإجباره على تغيير وسائل وأوضاع التنفيذ. ويجب على الإدارة احترام القيود المفروضة عليها قبل توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد نتيجة لرفضه تنفيذ أوامرها المصلحية الصادرة إليه، خاصة وأن الجزاءات الموقعة في هذا الصدد عادة ما تكون شديدة باعتبار أن هذا الرفض يدخل في عداد الأخطاء الجسيمة التي تبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الجزاءات الضاغطة أو الفسخ الجزائي للصفقة.

فهرس المصادر
والمراجع

فهرس المراجع والمصادر:

أولا: الكتب والمؤلفات

1- **أحمد محيو**: محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.

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

3- **بوعمران عادل**: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية وقضائية (طبعة مزيدة ومنقحة)، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

4- **حمد محمد حمد الشلحاني**: متيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

5- **رشا جعفر الهاشمي**: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في قرض الجزاءات على التقاعد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

6- **مازن ليوراضي**: الوجيز في القانون الإداري، موقع إلكتروني.

7- **محمد الصغير بعلي**: العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

8- **محمد الشافعي أبوراس**: العقود الإدارية، بنها، من الموقع www.pdffactory.com

9- **محمد بن سعيد بن حمد المعمري**: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتين الانعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

10-**محمد عبد الله حمود**: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.

11-**مرداسي عز الدين**: سلطة الإدارة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

12-**مسعود شيهوب**: المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

13-**مفتاح خليفة عبد الحميد**، حمد محمد حمد الشلماني: العقود الإدارية وأحكامهم إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 132.

14-**سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991.

15-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في مصادر الإلتزام، الجزء 02، المجلد الأول، دار النهضة، 1981.

16-**عمار بوضياف**، الصفقات العمومية في الجزائر، دار سور للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 3.

17-**عمار يوضياف**: محاضرات في السلطات الإدارية في الصفقات العمومية، القانون الإداري (العقود الإدارية).

ثانيا: الرسائل الجامعية:

1- **بحري إسماعيل**: الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، الجزائر، 2009.

2- **بن زموري أنور**: سلطة الإدارة في صفقات الأشغال العمومية، مذكرة ماستر.

3- **بن شعبان علي**: آثار عقد الأشغال العمومية على طرفية في التشريع الجزائري، دكتوراه جامعية منتوري، قسنطينة، 2002.

4- **توتي خوخة**: لطة الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.

5- **خلف الله كريمة**: منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة 1، 2013.

6- **سبكي ربيحة**: سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، ماجستير، جامعة مولود معمري، تيتزي وزو، الجزائر، 2013-2014.

7- **سعيد عبد الرزاق باخبيرة**: سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007-2008.

8- **عبد الكريم بولقداير**: سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014.

9- **فتيحة حابي**: النظام القانوني لصفقة الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 30-236 المعدل والمتمم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، تيزي وزو، الجزائر، 2013.

10-**محفوظ عبد القادر**: سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، رسالة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

ثالثا: النصوص القانونية.

1- **دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري** المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964.

2- **المرسوم الرئاسي 236/10** المؤرخ في 28 شوال عام 1438 الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، جريدة رسمية عدد 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

3- **المرسوم 02-250** المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 28 جويلية 2002.

رابعا: المقالات والمداخلات.

1- **حططاش عبد الحكيم، زيتوني هند**: مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014، أبحاث المؤتمر الدولي (تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي)، مدارس الدكتوراه، جامعة سطيف، 2013.

2- **حميد أحمد سرير**: صفقات العمومية وطرق إبرامها، المداخلة الثلاثون في الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية، 2013.

3- **شاكر أكباش خلف**: سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في تنفيذ مقاولات الأشغال، كلية الطب البيطري، جامعة بغداد.

4- **عبد الرحمن عباس أدعين:** لغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، كلية المستقبل، قسم القانون، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 3، 2014.

5- **عبد القادر دراجي**: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، جامعة الحاج لخضر، مجلة الفكر، العدد العاشر.

6- **عبد الله حجاج**: مقال في العقود الإدارية.

7- **عصام بنحسن**: مقال "سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية"، كلية الحقوق، صفاقس.

8- **فيصل نسيغة**: النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 5.

9- **منصور إبراهيم العتوم**: ملخص بحث "النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، العدد 53، 2013.

10-**يوسف حوري**: مداخلة بعنوان "سلطة الإدارة في مجال الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني ا .س حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية، 2013.

الملخص :

تقوم الدولة الحديثة بممارسة نشاطها الاقتصادي و الاجتماعي وفق لما يتناسب مع تنظيم مصالح مواطنيها فتتدخل بشكل مباشر بإنشاء العديد من المرافق العامة من طرق وأبنية ومنشئات مختلفة خلافا لعمليات الصيانة والترميم التي تقع علي عاتقها بإصلاح هاته المنشئات هذا تحسبا لإشباع حاجيات المواطنين ، ولتحقيق الصالح العام تلجأ الدولة لإبرام صفقات متعددة منها عقد الأشغال العامة .

باعتباره عقد إداريا مرتبط بالصالح العام وكون الإدارة احد أطرف العقد الإداري فهي تتمتع بسلطات واسعة تمارسها علي المتعاقد معها ،و أهم هذه السلطات من الجانب الفني تتمثل في سلطة الرقابة و التوجيه التي تقوم الادارة بمقتضاها بالتأكد من سلامة الأشغال و نوعية المواد المستعملة فيها، إضافة إلي سلطة التعديل فحاجة الإدارة إلي التعديل لا تنقطع خاصة بمراعاة المدة الزمنية و الرسومات و التصاميم والشروط الخاصة بالتنفيذ.

أما السلطات الإدارية ذات الطابع الجزائي هي سلطة تقويم وتأمين سير المرافق العامة.

وعلي هذا الأساس وجب علي الإدارة توقيع جزاء علي المتعاقد المقصر أو المخل بأحد بنود العقد من أجل ردعه وحمله علي تنفيذ التزما ته التعاقدية.

فامتيازات الإدارة مؤسسة علي مبدأ الاستمرار وانتظام المرفق العام , والذي يتصل به عقد الأشغال العامة .

Résumé :

L état contemporain exerce son activité économique et sociale avec les intérêts de ces citoyens ; il intervient directement en réalisant des installations publiques tels que routes batements différents établissements en plus des opérations de maintenance et de restauration que lui incombent en veu de satisfaire les besoins des citoyens.

Pour réaléser l’intérêt commun , l’état recourt a conclure différents accords dont le marché des travaux publics et compte tenue du fait que cet accord est un contrat administratif inhérent a l’intérêt commun et que administration est partie de ce contrat, elle dispose d immenses pouvoirs qu’ elle exerce sur le contractuel et dont le plus important du point de vue technique est celui du contrôle et d orientation par le biais duquel elle peut s assure de la conformité des travaux la nature des produits utilisés en plus du droit de rectification on d amendement.

Ce besoin de rectification est continuel et incessant surtout quant aux graphiques et plans et aux délais et conditions d exécution.

Quant à l’autorité administrative à caractère pénale, responsable de l’évaluation et garante du bon fonctionnement des services publics, elle doit sanctionner l’entrepreneur défaillant on responsable de la violation de l’un des termes du contrat afin de le dissuader et l’obliger à respecter ses engagements..

Ainsi les privilèges de l’administration lui permettent de prendre les mesures adéquates contre le contractuel et veiller à la continuité et la régularité des services du bien commun en relation avec le marché des travaux publics.

فهـــرس
المـوضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة.....1-4
المبحث التمهيدي: ماهية الأشغال العامة..... 05
المطلب الأول: مفهوم الأشغال العامة 05
الفرع الأول: المفهوم التقليدي للأشغال العامة..... 06
أولا: ورود الأشغال على عقار 06
ثانيا: تنفيذ الأشغال لحساب شخص عام 07
ثالثا: هدف الأشغال هو تحقيق منفعة عامة..... 07
الفرع الثاني: المفهوم الجديد للأشغال العامة 08
أولا: الاستقلال عن فكرة المرفق العام 08
ثانيا: المفهوم الجديد للأشغال العامة 08
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لصفقة الأشغال العمومية..... 09
المطلب الثاني: مضمون ومراحل إبرام صفقة الأشغال العمومية 10
الفرع الأول: إعداد صفقة الأشغال العمومية 10
أولا: تحديد الحاجيات..... 10
ثانيا: مضمون صفقة الأشغال العمومية..... 11
الفرع الثاني: المناقصة كأسلوب أساسي لإبرام صفقة الأشغال العمومية..... 14
أولا: تعريف المناقصة..... 14
ثانيا: أشكال المناقصة..... 15
الفرع الثالث: مراحل إبرام صفقة الأشغال العمومية 17
أولا: مرحلة إجراء المنافسة بإشعار الصفقة 17
ثانيا: مرحلة إيداع العروض 18
الفصل الأول: سلطة الإدارة في متابعة تنفيذ صفقة الأشغال العمومية 20
المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية..... 20
المطلب الأول: مفهوم الرقابة وأساسها القانوني 20

الفرع الأول: مفهوم الرقابة 20
أولا: المفهوم الضيق (الإشراف) 20
ثانيا: المفهوم الواسع (التوجيه) 21
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة 22
أولا: الأساس التشريعي 22
ثانيا: الأساس التعاقدي 23
الفرع الثالث: ضوابط استعمال سلطة الرقابة 24
أولا: الضابط العام 24
ثانيا: الضابط الخاص 24
المطلب الثاني: وسائل ونطاق الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية 25
الفرع الأول: وسائل ممارسة الرقابة 25
أولا: ممارسة الرقابة بأعمال مادية 25
ثانيا: الأوامر المصلحية كوسيلة قانونية لممارسة الرقابة 26
الفرع الثاني: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية 27
أولا: الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع 28
ثانيا: احترام سير العمل ومدد التنفيذ 28
ثالثا: الأمر يهدم الأشغال أو وقف العمل مؤقتا 29
الفرع الثالث: نطاق الرقابة وآثارها 31
أولا: نطاق الرقابة 31
ثانيا: آثار الرقابة 33
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل شروط صفقة الأشغال العمومية 33
المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة التعديل 34
الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل وموقف الفقه منها 34
أولا: مفهوم سلطة التعديل 34
ثانيا: موقف الفقه من سلطة التعديل 34

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد 38
أولا: فكرة السلطة العامة 39
ثانيا: مقتضيات الصالح العام والنصوص القانونية 39
الفرع الثالث: ضوابط وصور سلطة التعديل 40
أولا: ضوابط سلطة التعديل 41
ثانيا: صور التعديل 42
المطلب الثاني: وسائل ونطاق سلطة التعديل 43
الفرع الأول: وسائل وآليات ممارسة سلطة التعديل 43
أولا: التعديل عن طريق الملحق 43
ثانيا: التعديل خارج الصفقة 44
الفرع الثاني: نطاق سلطة التعديل 45
أولا: حدود التعديل المقرر بنص 45
ثانيا: الحدود القضائية لسلطة التعديل 46
الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العمومية 48
المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية والضاغطة 49
المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية 49
الفرع الأول: الغرامة التأخيرية 49
أولا: مفهومها 49
ثانيا: التمييز بينها وبين الفسخ الجزائي والغرامة التمهيدية 51
الفرع الثاني: مصادرة التأمين 53
أولا: مفهومها 53
ثانيا: الجمع بينها وبين التعويض 53
الفرع الثالث: التعويض 54
أولا: مفهومه 54
ثانيا: كيفية تحصيله 55

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة 56
الفرع الأول: سحب العمل من المقاول..... 56
أولا: شروط السحب وخصائصه..... 56
ثانيا: الآثار القانونية للسحب..... 57
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة 58
أولا: إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة 58
ثانيا: إنهاء العقد نتيجة خطأ المقاول 59
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الفاسخة..... 60
المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي 60
الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي..... 60
أولا: تعريفه 60
ثانيا: شروطه..... 61
الفرع الثاني: التمييز بينه وبين النظم القانونية المتشابهة له 63
أولا: التمييز بينه وبين الفسخ في عقود القانون الخاص 63
ثانيا: التمييز بينه وبين الجزاءات الضاغطة..... 64
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للفسخ..... 65
المطلب الثاني: أنواع الفسخ وخصائصه وآثاره القانونية..... 67
الفرع الأول: أنواع الفسخ الجزائي 67
أولا: الفسخ الجزائي المجرد البسيط..... 67
ثانيا: الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد 68
الفرع الثاني: خصائص الفسخ الجزائي..... 68
أولا: حق الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها 69
ثانيا: إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي 69
ثالثا: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي..... 70
الفرع الثالث: الآثار القانونية للفسخ الجزائي..... 71

أولا: الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي..... 71
ثانيا: الآثار الخاصة بكل نوع 71
خاتمة 73
فهرس المصادر و المراجع ..... 76.
فهرس الموضوعات.....82
الملخص.....أ-ب-ج
الملاحق.....بدون رقم