

الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري

طالب الدكتوراه: بيو خلاف

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر

تاريخ إرسال المقال: 2018-06-13

تاريخ قبول المقال: 2018-06-28

ملخص:

تكمن الإشكالية الأساسية التي تثيرها هذه الدراسة في صعوبة التوفيق لمصلحتين غير متكافئتين يحكمهما عقد واحد، وهي المصلحة العامة التي تسعى الإدارة المتعاقدة إلى تحقيقها، بهدف ضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واطراد، بما تملكه من امتيازات السلطة العامة عن طريق تدخلها لضمان التنفيذ الجيد للعقد، والمصلحة الخاصة للمتعاقل المتعاقد، وهي مصلحة مشروعة أيضا باعتبار دافعه لإبرام العقد هو حصوله على الربح.

مما يتعين إذا إيجاد توازن من الناحية الحقوقية بينهما بما لا يهدر أحدهما المصلحة الأخرى لذلك تم الاعتراف في مقابل ممارسة الإدارة المتعاقدة لامتيازاتها أثناء تنفيذ العقد، بمجموعة من الحقوق للمتعاقل المتعاقد في مواجهة إخلال الإدارة المتعاقدة أو تعسفها في تنفيذ بنود العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، الإدارة، المتعاقل المتعاقد، التوفيق، المصلحة العامة، المصلحة الخاصة.

Résumé :

Le problème fondamental soulevé par cette étude repose sur la difficulté à concilier entre deux intérêts inégaux régis par un contrat unique l'intérêt public que l'administration vise à atteindre, pour assurer régulièrement la continuité du service public, grâce à ses privilèges d'autorité publique, par son intervention d'assurer la bonne exécution du contrat, et l'intérêt particulier du partenaire contractant, qui est également légitime en tant que son motif de contracter est d'obtenir un bénéfice.

Ce qui devrait être donc trouver un équilibre entre eux en termes de droits, afin de ne pas gaspiller l'un l'intérêt de l'autre, et c'est pour ça, en revanche d'exercice du pouvoir adjudicateur à ses privilèges pendant l'exécution du contrat, un certain nombre de droits ont été reconnus au partenaire contractant, pour faire face au manquement ou d'abus de l'administration aux clauses du contrat.

Mots clés : contrat, l'administration, partenaire contractant, concilier, l'intérêt public, l'intérêt particulier.

مقدمة:

إذا كانت مصالح الأطراف المتعاقدة في العقود المدنية، يجب أن تكون كقاعدة عامة متوازنة ومتساوية، إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن كفتا المتعاقدين تكون غير متكافئة في العقود الإدارية، حيث تضم العلاقة العقدية بين طرف قوي يملك امتيازات السلطة العامة، يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وطرف ضعيف يفتقر إلى أدنى سلطة يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة.

ونظراً لكون المصلحة العامة هي غاية الإدارة في التعاقد، فإنها يجب أن تسعى في كل الحالات إلى الحرص على تحقيق مصلحة المرافق العامة، التي يستهدف العقد الإداري تسييرها بنظام واطراد، ذلك أن السلطة المتعاقدة تظل في وضعية تجعلها تتميز عن المتعاقد معها، من خلال ما تتمتع به من سلطات وامتيازات في مواجهته، كحق الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وحق تعديل شروطه، وحق توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية؛ بل قد تصل إلى غاية إنهاء وإلغاء العقد بإرادتها المنفردة.

وفي مقابل ذلك يظل المتعامل المتعاقد خاضعاً لعوامل تحقيق مصالحه الخاصة والمحافظة عليها من خلال سعيه إلى الربح والبحث عن مكاسب شخصية، من وراء إبرامه للعقد، وإزاء السلطات الواسعة لجهة الإدارة في العقد، يتمتع المتعامل المتعاقد بمجموعة من الحقوق المستمدة من العقد، لاسيما حقه في اقتضاء المقابل المالي، وحقه في الحصول على تعويض يحقق له التوازن المالي للعقد في حالة تهديد أو انهيار تنفيذ العقد، نتيجة أعمال الإدارة المتعاقدة، أو بسبب ظروف وصعوبات خارجية، قد تؤدي إلى عرقلة التنفيذ، إضافة إلى ذلك فإن تلك السلطات مقيدة بما تمليه ظروف تنفيذ العقد، وتحقيق أهداف مشروعة تتعلق بالمصلحة العامة، انطلاقاً من ارتباط العقد بالمرافق العام واحتياجاته المستمرة، ولذلك فإن أي إخلال من قبل الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية أو ممارسة سلطاتها على نحو غير مشروع، ينشئ للمتعامل المتعاقد حق طلب توقيع جزاءات ضدها عن طريق القضاء.

ولهذا فإن موضوع الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ إذ أن حدوث تداخلاً أو أحياناً تعارضاً بين حق المصلحة المتعاقدة في ممارسة صلاحيتها باسم السلطة العامة، أثناء تنفيذ العقد للسهر على حسن سير المرافق العامة، وبين حقوق المتعامل المتعاقد في عدم إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو تنفيذها بصورة تعسفية، قد يؤدي إلى إلحاق أضرار بليغة بالمتعاقد معها، يقتضي معها بيان الحدود التي ينبغي على الإدارة مراعاتها، حتى تكفل تنفيذ العقد على نحو سليم، وعدم التعرض للمصالح المشروعة للمتعامل المتعاقد، ومساعدته في تنفيذ العقد طبقاً للشروط المتفق عليها، دون تعسف من جانبها.

إن الإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع، تتعلق بالبحث عن حدود ممارسة السلطة المتعاقدة لصلاحياتها، والذي يستدعي أحيانا عند وقفها على تنفيذ العقد الإداري، اتخاذ بعض التدابير الخاصة بالإشراف والرقابة ولجئها إلى تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وتوقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد معها، قصد المحافظة على المصلحة العامة وضمانات حماية وعدم إهدار حقوق ومصالح المتعاقد معها، في حالة تجاوز حدود ممارسة امتيازات السلطة العامة أثناء تنفيذ العقد.

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا لتقسيم دراستنا إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في العقد الإداري، من خلال منح الإدارة ممارسة بعض الامتيازات في سبيل تحقيق المصلحة العامة (المطلب الأول) وسلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية (المطلب الثاني).

في حين سندرس في المبحث الثاني ضمانات حماية مصالح المتعامل المتعاقد مع الإدارة، من خلال الاعتراف بحقوق المتعامل المتعاقد في العقد الإداري (المطلب الأول) ومواجهة إخلال المصلحة المتعاقدة بشروط العقد (المطلب الثاني).

المبحث الأول: أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أثناء تنفيذ العقد الإداري.

يخضع العقد الإداري لقواعد القانون الإداري، وهي قواعد تجعل من الإدارة المتعاقدة الطرف الأقوى في العقد، وتختلف عن قواعد القانون الخاص التي تخضع لها العقود الخاصة للأفراد، ذلك أن غاية العقد الإداري في الواقع هي ضمان السير الحسن للمرفق العام، كما أن المبادئ العامة التي تنظم هذا الأخير، لاسيما مبدأ استمرار وانتظام سيره دون توقف، يعتبر من المبادئ الجوهرية، التي ترمي إلى ضمان تحقيق المصلحة العامة، ويجب أن تكون لها الأولوية لحظة ظهور العواقب الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽¹⁾، ولهذا الغرض يمنح القانون الإداري للإدارة المتعاقدة امتيازات واسعة للإشراف على تنفيذ العقد أو تعديل شروطه (المطلب الأول)، كما يخولها القانون سلطات توقيع جزاءات تعاقدية على المتعامل المتعاقد إذا أخلّ بتنفيذ التزاماته التعاقدية، قد تصل إلى إنهاء العقد (المطلب الثاني)، ولكن كل ذلك يجب أن يكون في حدود تحقيق المصلحة العامة.

المطلب الأول: حدود امتيازات الإدارة المتعاقدة لتحقيق المصلحة العامة أثناء تنفيذ العقد.

تعتبر المصلحة العامة من اختصاص الإدارة وحدها، والمحرك الأساسي لنشاطها وسبب وجودها، وسر امتيازاتها، إذ أن المشرع لا يعترف للإدارة بامتيازات السلطة العامة إلا من أجل تلبية وإشباع الحاجيات العامة للمواطنين، عن طريق المرافق العامة⁽²⁾، هذه الأخيرة يجب أن تسير بصفة مستمرة ومنظمة، وتتمتع الإدارة بهذه الامتيازات؛ حتى ولو لم ينص عليها في العقد فهي من النظام

العام، ولا يمكنها التنازل عنها، ذلك أنها تشكل أهم تطبيقات الشروط الاستثنائية غير المألوفة الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية⁽³⁾.

وقد اعترف الفقه والقضاء الإداريين للإدارة بحق الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد الإداري، فتراقب مدى تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية، وتصدر له توجيهاتها بأن يتم تنفيذ الأعمال المنوطة به، بطريقة معينة تحقيقا للمصالح العام (الفرع الأول)، كما يخول الإدارة تعديل شروط العقد أو طريقة تنفيذه، أو زيادة التزامات المتعاقد معها، أو إنقاصها بإرادتها المنفردة متى اقتضت مصلحة المرفق العام ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه:

تعتبر سلطة الرقابة والتوجيه من أهم السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة المتعاقدة في مراقبة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته في أي وقت، وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وبما يتضمن إصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين أو آخر⁽⁴⁾ وينحصر مفهوم سلطة الرقابة بمعناها الضيق في فكرة الإشراف (Droit de surveillance) التي تعني التحقق من أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة، يباشر تنفيذ العقد طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، مثل زيارة أماكن العمل، والتأكد من سيره وفقا للشروط والمواعيد المتفق عليها، وقد تشمل سلطة الرقابة بمعناها الواسع سلطة التوجيه التي تعني حق الإدارة في توجيه ومراقبة أوضاع تنفيذ العقد كالتدخل في اختيار طرق التنفيذ، وإعطاء أوامر ملزمة للمتعاقد لتنفيذ العقد⁽⁵⁾.

غير أن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد ليست مطلقة، بل هي محكومة باعتبارات قوامها التوازن بين المصلحة العامة، وحماية المتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة لذلك يجب:

- أن يكون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة: فتراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة وهي بلوغ المصلحة العامة، ويؤدي إلى جنوح المتعاقد لما يخالف شروط التعاقد، كما أن إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ، ودفع المتعاقد ليتخذ سبيل التقاضي⁽⁶⁾.

- أن تتخذ القرارات الخاصة بالرقابة في إطار حدود مبدأ المشروعية: إذ ينبغي أن تكون القرارات المتصلة بالرقابة صادرة من السلطة المختصة وفقا للإجراءات والأشكال القانونية، وأن يكون الهدف منها هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، تحقيقا للمصلحة العامة، وإلا كان تصرف السلطة المتعاقدة مشوبا بغيب إساءة استعمال السلطة⁽⁷⁾.

- ألا ينطوي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة تعديلا في شروط العقد أو مواصفات تنفيذه الأصلية تحت ستار التوجيه والإشراف⁽⁸⁾.

وتختلف ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة والتوجيه، بحسب طبيعة العقد ودرجة اتصاله بالمرفق العام: فتأخذ سلطة الرقابة هذه مداها في عقود الأشغال العامة، من خلال ما تتمتع به الإدارة تجاه المفاول من إصدار أوامر مصلحية تأخذ طريقها للتنفيذ مباشرة، وما على المفاول إلا الاستجابة لها، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة⁽⁹⁾ على أنه "... يتعين على المفاول أن يحترم جميع أنظمة و أوامر السلطة المختصة، وكذلك عند اللزوم الأوامر الخاصة والمحددة من قبل رئيس المؤسسة التي يجري فيها تنفيذ الأشغال ..." وأضافت الفقرة 4 من نفس المادة "... فإنه ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه"، وللمفاول الحق في الطعن أمام القضاء بعد التنفيذ أو إقامة دعوى وقف تنفيذ تلك الأوامر، إذا ما كانت ضرورة لوقف تنفيذها.

أما في عقد امتياز المرافق العامة، فتراقب الإدارة تنفيذ العقد من خلال التأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد يمكّن للمتفعين الحصول على خدمات المرفق، بينما في عقد الأشغال العامة، تأخذ معنى الإشراف التي تقف عند حد الاستغلال، ولا تمتد إلى التوجيه بالتدخل في إدارة المرفق وتغيير أوضاعه⁽¹⁰⁾.

أما في عقود التوريد فتتخذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة، كون الأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بتوريدها للإدارة، ومن حق ممثل الإدارة المتعاقدة رفض المواد أو السلع غير المطابقة للمواصفات المتفق عليها في موضوع العقد⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد:

تملك الإدارة المتعاقدة حق تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضا المتعاقد معها، وهي تمثل خروجاً على المبدأ الأساسي في القانون الخاص الذي يقضي بعدم المساس بالقوة الملزمة للعقد، وعدم جواز تعديل العقد إلا بناء على اتفاق إرادتي طرفي العقد، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹²⁾.

ويجد حق تعديل العقد سنداً وأساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، وقابليته للتعديل والتغيير في أي وقت لمواجهة الظروف المتغيرة، وهو ينبثق من المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية⁽¹³⁾؛ إذ من غير المعقول تقييد الإدارة بعقود لا تتجاوب مع احتياجات المرافق العامة، وتظهر سلطة التعديل في عدة أوجه منها:

- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد: تعديلا كميّا بالزيادة أو النقصان، أو نوعيا بدون زيادة أو نقصان في الكميات كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه⁽¹⁴⁾.

- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ: مواجهة للظروف المستجدة، كظهور مادة جديدة مثلا تستعمل في الأشغال موضوع العقد، أو اكتشاف طريقة علمية جديدة، ووسائل حديثة أكثر تطورا أو أقل ضررا من تلك التي كانت مستعملة... إلى غير ذلك⁽¹⁵⁾.

- التعديل في مدة التنفيذ: وهي أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة، كتقصير أو تمديد مدة التنفيذ أو وقف التنفيذ بسبب الظروف المالية أو عدم كفاية الميزانية⁽¹⁶⁾.

وقد اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة التعديل عن طريق آلية إبرام ملاحق بمقتضى المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁷⁾، حيث نصت على أنه (يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة...) وتضيف الفقرة 8 من نفس المادة " ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها" وباستقراء هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري، قد وضع مجموعة من القيود التي تحول دون تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في التعديل ومنها⁽¹⁸⁾:

- أن تطرأ مستجدات بعد إبرام العقد، بحيث يكون الاستمرار في تنفيذ العقد في ظل الظروف التي أبرم فيها، لا يحقق المصلحة العامة.

- أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد، وإلا كنا أمام عقد جديد يختلف كلية عن الموضوع الأصلي، لذلك يجب على السلطة المتعاقدة عند ممارسة سلطة التعديل أن تأخذ بعين الاعتبار إمكانات المتعامل المتعاقد الفنية والمالية التي أبرم في ظلها العقد، وألا تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاق المتعاقد معها، وإلا امتنع عن التنفيذ.

- أن يكون التعديل لأسباب موضوعية، تتعلق بضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور.

- أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية، بأن تكون السلطة صاحبة التعديل هي المختصة بإجرائه ووفقا للشكل والإجراءات القانونية، والقواعد التي تحكم موضوع التعديل، وأن تكون غايته تتعلق بالمصلحة العامة.

وتختلف تطبيقات سلطة التعديل من طرف السلطة المتعاقدة، حسب طبيعة العقد، ففي عقد الأشغال العامة، تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة باعتبارها صاحبة المشروع طبقاً للمادتين 30 و31 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي حددت التعديل بنسبة 20% من قيمة الصفقة، ويتعين أن يقتصر التعديل على شروط تنفيذ العمل، دون المساس بالمزايا المالية المتفق عليها وجوهر العقد، كما لا يجب أن يتضمن التعديل تكليف المقاول بأعمال جديدة منفصلة عن العقد الأصلي.

أما في عقد التوريد، فإن سلطة التعديل تشمل إما مقدار وكمية التوريدات أو المواصفات أو مدد التوريد.

وللمتعامل المتعاقد الحق أيضاً في إجراء تغييرات على مضمون العقد أحياناً، غير أنه لا يستطيع فرضه على الإدارة، كطلبه تمديد مدة العقد، حينما تطرأ ظروف من شأنها زيادة أو تغيير الأعمال المتعاقد عليها، وليس بمقدوره إكمالها في المدة المطلوبة⁽¹⁹⁾.

المطلب الثاني: سلطات الإدارة في مواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية.

تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة، ودون حاجة للجوء إلى القضاء؛ على المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، وتستند الإدارة في مباشرتها لهذه السلطة، إلى امتيازات السلطة العامة التي تملكها بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام تحقيقاً للمصلحة العامة⁽²⁰⁾، وتتعدد الجزاءات التي يمكن للإدارة تطبيقها ضد المتعاقد معها وتصنف عادة إلى جزاءات مالية وجزاء ضاغطة وجزاء فاسخة (الفرع الأول) والتي تخضع بدورها إلى مجموعة من الضوابط قبل توقيعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها:

تملك الإدارة حق توقيع الجزاءات التعاقدية بقصد ضمان تنفيذ العقد وليس لإنهاءه على المتعاقد المقصر أو المتقاعس عن تنفيذ التزاماته، وهي إما أن تكون جزاءات مؤقتة ذات طابع مالي كالتعويض وغرامة التأخير ومصادرة التأمين (أولاً)، أو ذات طابع إكراهي كسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد (ثانياً) كما يمكن للإدارة المتعاقدة حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ (ثالثاً).

أولاً: الجزاءات المالية: وهي عبارة عن مبالغ مالية متفق عليها في العقد، يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها، إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية⁽²¹⁾، وهذا ما أشارت إليه المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، بقولها " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل

المتعاقدين في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية..."، والجزاءات المالية هذه قد تتخذ صورة تعويض مالي، أو غرامة تأخيرية أو مصادرة التأمين.

1- التعويض المالي: وهو عبارة عن مبالغ تدفع للإدارة من المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، لتعويض وتغطية الضرر الحقيقي الذي لحق وأصاب الإدارة المتعاقدة من جراء هذا الخطأ والإخلال الذي ارتكبه المتعاقد معها⁽²²⁾.

2- غرامة التأخير: هي مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال، تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام⁽²³⁾، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/147 من المرسوم رقم 247-15 على أنه "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط...".

3- مصادرة التأمين: التأمين هو مبلغ من المال تحدده الإدارة عند إبرام العقد، يودعه المتعاقد لصالحها، كضمان لها ضد الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، فتستحوذ الإدارة المتعاقدة على هذا الضمان بحكم سلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي، ودون حاجة إلى إثبات الضرر الذي لحق بها والذي يبرر هذه العقوبة⁽²⁴⁾، وقد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المتعاملين المتعاقدين الذين يشاركون في الصفقات العمومية للأشغال واللوازم تقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض.

ثانيا: الجزاءات الضاغطة: وهي جزاءات مؤقتة يقصد بها إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد بصورة صحيحة وفق الشروط والمواصفات، وبالتالي فإنها لا تنهي العقد، وإنما تؤدي إلى حلول الإدارة أو الغير مؤقتا محل المتعاقد المقصر أو العاجز عن التنفيذ⁽²⁵⁾، وقد عبر المشرع الجزائري عن هذه الجزاءات "بالتدابير القسرية في المادة 2/142 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، كما أقر دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال بسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع تدابير قسرية؛ إذا لم يتقيد المتعامل المتعاقد بعد إعداره بشروط الصفقة وبأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري. وتختلف الجزاءات الضاغطة بحسب طبيعة العقد ومن صورها:

1- سحب العمل من المفاوض في عقد الأشغال العامة، وحلول المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مفاوض آخر تختاره محل المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته على حسابه وتحت مسؤوليته⁽²⁶⁾، وهذا ما قرره المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

2- الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد مع الإدارة في عقود التوريد، وتأسيس ذلك هو ارتباط موضوع العقد ارتباطا وثيقا بفكرة استمرارية المرفق العام، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق العام بسبب تقصير المورد المتعاقد بتنفيذ التزاماته مع الإدارة⁽²⁷⁾.

3- وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز، وهو إجراء يهدف إلى إبعاد الملتزم المقصر عن إدارة المرفق العام مؤقتا، وتباشر السلطة مانحة الالتزام هذه الإدارة بنفسها أو عن طريق حارس تعينه، لتضمن للمرفق سيره المنتظم والمستمر وفقا لما يقتضيه تحقيق المصلحة العامة⁽²⁸⁾.

ثالثا: الجزاءات الفاسخة: على الرغم من أن قرار الفسخ هو حق للمصلحة المتعاقدة إلا أنه يبقى دائما قرارا استثنائيا، نظرا للنتائج التي تترتب عليه في مواجهة الطرف المتعاقد معها⁽²⁹⁾، ويمكن تأسيس قرار الفسخ على سببين: الأول يتمثل في عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، والثاني هو الفسخ لدواعي المصلحة العامة، فهو جزء ذو طابع نهائي⁽³⁰⁾، بسبب إخلال المتعامل المتعاقد إخلالا جسيما بما يعرقل حسن سير المرفق العام بعد أن تكون كافة الوسائل قد جربت في إصلاحه، مما يفقد الإدارة المتعاقدة الثقة في التعامل معه، نتيجة تولد يقين لديها في أن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي يتم التعاقد من أجلها⁽³¹⁾.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أن المشرع الجزائري تناول الفسخ في المادة 149 منه، حيث خول للمصلحة المتعاقدة حق فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وذلك خروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في قواعد القانون الخاص، وذلك إذا توافرت شروطه وهي:

1- عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته: فيجب أن يقع خطأ على درجة من الجسامة من طرف المتعاقد، وللإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد حالات الفسخ تحديدا دقيقا في المادة 149 فيكون بذلك قد ترك مجالا واسعا لإعماله، فيما إذا كان إخلال المتعامل المتعاقد بالتزامه يبرر اللجوء إلى إجراء الفسخ أم لا.

2- ضرورة توجيه إعدار للمتعامل المتعاقد: ويشترط في الإعدار أن يكون واضحا ومستوفيا للشكليات والبيانات التي يجب أن يتضمنها، وتحديد المدة الزمنية التي تمنح للمتعامل المتعاقد كي يتدارك تقصيره، وفي حالة عدم امتثاله يمكن للإدارة فسخ العقد وإبرام عقد جديد مع غيره، مع تحميل المتعاقد الأول المقصر، جميع التكاليف الإضافية الناجمة عن العقد الجديد طبقا للمادة 152 من المرسوم رقم 15-247 المذكور أعلاه.

الفرع الثاني: ضوابط توقيع الجزاءات الإدارية التعاقدية على المتعامل المتعاقد معها:

استقر الفقه والقضاء الإداريين على الاعتراف للإدارة المتعاقدة بسلطات توقيع الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة في حالة خرق المتعاقد لالتزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص عليها في العقد، غير أن سلطتها في توقيع الجزاءات غير مطلقة بل هي مقيدة بمجموعة من الضوابط بما يحقق التوفيق بين حق الإدارة المتعاقدة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام، وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة، ومن بين الضوابط التي أحاط بها المشرع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد:

1- ضرورة إعدار المتعاقد قبل اتخاذ الجزاء الإداري بحقه: فإعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، حتى ينتبه إلى مخالفته أو تقصيره الذي قد يضر بالمرفق العام⁽³²⁾، ومن ثم يمكنه تصحيح الخطأ أو الخلل الذي وقع منه وإبداء ملاحظاته وبيان الأسباب التي أدت إلى الإخلال أو التقصير في التزاماته، ومنحه مدة معقولة لإصلاح ما وقع منه من خطأ أو تقصير في تنفيذها⁽³³⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في أجل الذي حدده الإعذار في أجل المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد..."

أما بالنسبة للجزاءات المالية فلا ضرورة لإعذار المتعامل المتعاقد، كونها جزاءات اتفاقية ينص عليها العقد وتطبق بمجرد حدوث التأخير في تنفيذ العقد، وهذا بعكس ما درج عليه القضاء الفرنسي من وجوب الإعذار قبل توقيع الغرامة⁽³⁴⁾.

2- تسبب قرار الجزاء العقدي: يعتبر تسبب قرار توقيع الجزاء العقدي في نطاق العقود الإدارية ضمانا هامة للحيلولة دون تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها المختلفة لتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها، ويفترض أن القرار سببه دائما هو المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، وللمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة لتؤسس قرارها على ما تراه مبررا لاتخاذها، شريطة أن يقوم على سبب مشروع، وهو ضمانا للمتعامل المتعاقد حتى يعرف الأسباب التي استندت إليها الإدارة في توقيع الجزاء كي يستند إليها في دفاعه وحتى يستطيع قاضي العقد من ممارسة رقابته على تلك الأسباب في إيقاع الجزاء⁽³⁵⁾.

3- التناسب بين الجزاء والمخالفة العقدية: من المتفق عليه فقها وقضاء أن هذا المبدأ هو من أهم الضمانات التي تحد سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعها للجزاء على المتعامل المتعاقد، إذ يجب مراعاة الاعتدال في الجزاء الذي تختار توقيعها على المتعاقد، بما يتناسب والهدف الذي قصده المشرع

من الجزاء، وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام، ولتحقيق التناسب ينبغي أخذ بعين الاعتبار درجة خطورة المخالفة التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد على المصلحة المحمية قانوناً، ويعتمد تقدير التناسب في المجال العقدي على قدر ما يصيب الإخلال بتنفيذ العقد من تعطيل للمرفق العام أو إعاقه لانتظام سيره، والظروف والملايسات التي أحاطت بالمخالفة ومدى قصد واتجاه إرادة المتعاقد لإحداث المخالفة من عدمها⁽³⁶⁾.

4- خضوع قرارات الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء: وذلك للتأكد من مشروعية القرار من ناحية الاختصاص والشكل أو مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة والتعسف فيها، كما تشمل الرقابة على ملاءمة القرار بالبحث في بواعث جهة الإدارة في إصدار الجزاء وأساسها، ومدى تناسب الجزاء الذي وقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه⁽³⁷⁾.

المبحث الثاني: ضمانات حماية مصلحة المتعامل المتعاقد مع الإدارة.

إذا كان المشرع قد خول المصلحة المتعاقدة سلطات وامتيازات قوية في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، لأنها تسعى دائماً إلى تسيير المرافق العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة، من خلال التأثير المباشر على تنفيذ العقد الإداري، فإنه لابد أن يكون للمتعامل المتعاقد بعض الضمانات لمواجهة تلك السلطات الخطيرة التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة حتى يطمئن على حقوقه المعترف له بها والمستمدة من العقد (المطلب الأول)، ويتعين على المصلحة المتعاقدة احترام تلك الحقوق انطلاقاً من مبدأ الرضائية بوصفها جوهر فكرة العقد ومن ثم فإن أي إخلال بالتزاماتها التعاقدية يترتب مسؤوليتها لحق المتعاقد معها في مواجهة ما تسببه هذا الإخلال من ضرر ألحق بحقوقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاعتراف بحقوق المتعامل المتعاقد في العقد الإداري.

علاوة على إلزام المشرع للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري، بضرورة مراعاتها للحقوق المقررة لصالح المتعاقد معها، باعتبار أن ذلك يساعد على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن العقد الإداري ذاته يعترف بمجموعة من الحقوق للمتعامل المتعاقد، نظراً لما قام بتنفيذه من التزامات، وهي ذات طبيعة مالية، فمن حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية المحددة قانوناً (الفرع الأول)، كما يعترف الفقه والقضاء بضمان التوازن المالي لعقد لتمكين المتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته إذا طرأت ظروف مفاجئة أثناء تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد:

المقابل المالي للعقد هو المقابل المادي لما أداه المتعاقد من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، ويكون مستحقاً بمجرد الانتهاء من الأعمال أو تسليم الأصناف الموردة على نحو ما

أورده العقد أو دفتر الشروط⁽³⁸⁾، وفي الواقع إن المقابل المالي هو الدافع الحقيقي من جانب المتعامل المتعاقد لإبرام العقد الإداري، ذلك أنه يسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح، وهو أمر طبيعي ومشروع، ومن المستقر عليه فقها وقضاء أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة المساس بالمقابل المالي للمتعاقد أو حقوقه المالية عموما، ويتخذ المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها، صورا متعددة بحسب نوع وطبيعة العقد، فقد يكون ثمنا للبضائع الموردة في عقد التوريد، أو الأشغال العامة أو الخدمات أو الدراسات، وقد يكون في شكل رسوم محددة مسبقا يتقاضاها من المنتفعين في عقد الامتياز⁽³⁹⁾.

وقد بين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية صراحة في المادة 96 منه، كيفيات دفع أجر المتعامل المتعاقد، بحيث يكون إما بالسعر الإجمالي الجزافي، أو بناء على قائمة سعر الوحدة، أو بناء على النفقات المراقبة أو بسعر مختلط.

ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد منح للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في اختيار الكيفية المناسبة لدفع المقابل المالي بما يتناسب مع نوع وطبيعة موضوع كل عقد وفق الآليات التالية:

أ- الدفع بالسعر الإجمالي والجزافي: ويكون ذلك بناء على مبلغ إجمالي يحدد مسبقا، يشمل على كافة المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعامل المتعاقد نظير تنفيذه للعقد، دون الاعتماد والاعتماد على حساب الوحدات المنجزة.

ب- الدفع بناء على قائمة سعر الوحدة: ويكون ذلك في حالة تحديد سعر الصفقة بناء على وحدات القياس، مثال: تحديد شق طريق عام في إطار تنفيذ صفقة أشغال عامة، بناء على سعر المتر المربع.

ج- الدفع على النفقات المراقبة: يعتمد تحديد السعر في هذه الكيفية بناء على النفقات والتكاليف التي قام بها المتعامل المتعاقد وفقا للوثائق الثبوتية (فواتير مثلا)، مع إضافة هامش ونسبة معينة من الأرباح المشروعة التي يتحصل عليها وقد أكدت المادة 106 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنه "يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة، طبيعة مختلف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه وكيفية حسابها وقيمتها".

د- الدفع بسعر مختلط: حيث يحدد السعر بناء على عدة معايير من الكيفيات المذكورة أعلاه (التكلفة وسعر الوحدة مع مراعاة النفقات المراقبة، نسبة الربح... الخ)⁽⁴⁰⁾.

والقاعدة العامة في استحقاق الثمن أن يتم بعد انتهاء المتعامل المتعاقد من كافة الأعمال موضوع التعاقد، إلا أنه قد يحتاج إلى المبالغ مقدما، بالنسبة لبعض المشاريع الكبيرة نسبيا أو عمليات التوريد الكبيرة، وذلك لكي تساعد على البدء في التنفيذ أو على النهوض بأعباء العقد⁽⁴¹⁾، لذا سمح

المشرع الجزائري للمتعاقل مع الإدارة في الحصول على مبالغ مالية مؤقتة أثناء تنفيذ العقد حسب الكيفيات التي حددتها المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتمثلة أساسا في التسبيق، والدفع على الحساب، والتسوية على رصيد الحساب، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة الامتناع عن تسديد المقابل المالي بسبب عدم توفر الاعتمادات المالية، بل تبقى مسؤوليتها قائمة أمام المتعاقل المتعاقد، ويسقط حق هذا الأخير بالتقادم في حالة عدم مطالبته للمقابل المالي في أجل أربع (04) سنوات (42).

الفرع الثاني: الحق في إعادة التوازن المالي للعقد:

يقصد بالتوازن المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة ماليا وفقا لإرادة المتعاقدين المشتركة، وتظل كذلك باستمرار حتى تمام تنفيذ العقد (43)، إلا أن هذا التنفيذ يتسم بالمرونة وقد تعترضه صعوبات داخلية نتيجة تدخل جهة الإدارة المتعاقدة لاتخاذ بعض الإجراءات المشروعة بشأن العقد كما قد تعترضه صعوبات خارجية وظروف لم يكن في الوسع توقعها أثناء إبرام العقد، قد تؤدي إلى عرقلة التنفيذ، أو إرهاب المتعاقل مع الإدارة، أو تخلّ بتوازن العقد، فماهي التبعات القانونية المترتبة على هذه الظروف؟ وما مدى تأثيرها على مصالح المتعاقل المتعاقد؟.

أوجد القضاء الإداري ثلاث نظريات يمكن الاستناد إليها في حالة توفر شروطها للحصول على إعادة التوازن المالي للعقد وهي: نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وستتناول كل نظرية من هذه النظريات بإيجاز.

1- نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية): ومضمون هذه النظرية هو تدخل جهة الإدارة عن طريق اتخاذ إجراءات مشروعة من شأنها زيادة الأعباء المالية على المتعاقل المتعاقد، بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقل لالتزاماته التعاقدية أكثر تكلفة مما يلحق به ضررا يستوجب التعويض (44)، وتجد هذه النظرية أساسها في المادة 153 التي نصت على "...إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..." ويشترط لتطبيق هذه النظرية (45)، أن يكون هناك عقد إداري، وقيام الإدارة المتعاقدة بإصدار إجراء غير متوقع، وأن يكون هذا الإجراء المتخذ مشروعا ولا ينطوي على خطأ، وأن يلحق ضررا بالمتعاقل مع الإدارة (زيادة الأعباء)، وأن يكون غير متوقع أثناء إبرام العقد.

2- نظرية الظروف الطارئة (المخاطر الاقتصادية): أقرّ القضاء الإداري هذه النظرية، والتي مفادها أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة، ولم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده، وترتب على حدوثها أن اختل التوازن المالي للعقد اختلالا جسيما، بحيث أن تنفيذ العقد وإن لم يكن مستحيلا، صار أشد إرهاقا وأكثر تكلفة، على وجه يتجاوز القدر الذي كان للطرفين أن

يتوقعه، جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف، ومشاركتها في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به، وذلك كحالة الحرب أو حدوث أزمة اقتصادية خطيرة، تخفيض العملة أو انخفاض قيمتها، حدوث زلزال عنيف، فيضان مفاجئ... إلخ⁽⁴⁶⁾.

وتجد هذه النظرية أساسها القانوني في المادة 107 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁷⁾ التي تنص على أنه "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعتين من الشروط⁽⁴⁸⁾، شروط تتعلق بالطرف ذاته وهي: أن تكون الظروف عامة (تشمل طائفة من الناس)، وأن تحدث أثناء تنفيذ العقد وشروط تتعلق بالمعامل المتعاقد وهي: ألا يكون للمتعاقد دخل في حدوثها نتيجة إهمال أو تقصير منه، وألا يكون في وسعه توقعها عند إبرام العقد ولا دفعها عند وقوعها، وأن تلحق به خسارة فادحة تتجاوز الخسائر العادية المألوفة.

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: يقصد بها كافة العوائق المادية التي تظهر أثناء تنفيذ العقد، وتكون ذات طابع استثنائي، غير متوقعة من طرفي العقد عند إبرامه وغالبا ما تكون ناتجة عن الظواهر الطبيعية، كما قد ترجع أيضا إلى فعل الغير؛ فتجعل تنفيذ العقد مرهقا، وتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد بزيادة الأعباء المالية التي يتحملها المتعاقد، فيحق له مطالبة جهة الإدارة المتعاقدة تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها جراء هذه الصعوبات⁽⁴⁹⁾.

ولتطبيق هذه النظرية وتمكين المتعامل المتعاقد من التعويض، يشترط القضاء الإداري مجموعة من الشروط وهي⁽⁵⁰⁾، أن تكون الصعوبات مادية (مثل طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقة الأشغال عندما تكتشف وجود طبقات صخرية شديدة الصلابة تحتاج في ثقيها لآلات وتقنية حديثة غير منصوص عليها في العقد)، وأن تكون غير متوقعة عند إبرام العقد من قبل طرفي العقد، وخارجة ومستقلة عن إرادة طرفي العقد، وتجعل من تنفيذ العقد مرهقا بزيادة الأعباء على عاتق المتعامل المتعاقد.

المطلب الثاني: مواجهة إخلال المصلحة المتعاقدة بشروط العقد.

بالرغم من أن المتعامل المتعاقد يسعى إلى تحقيق أهدافه الشخصية، ومهدف إلى البحث عن الربح من وراء إبرامه للعقد إلا أن حماية حقوقه مع الإدارة المتعاقدة تقتضيها المصلحة العامة أيضا، ذلك أن حماية مصالحه يعني ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فإن أي إخلال

من طرف الإدارة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية سواء الفنية منها أو المالية، بأن تكون مسببة في عرقلة التنفيذ، أو ممارسة سلطاتها على نحو غير مشروع، يشكل خطأ عقديا ويترتب عليه جزاء ضدها، ولا يملك المتعامل المتعاقد توقيع هذا الجزاء بنفسه، ولكن يمكنه المطالبة به عن طريق القضاء بفسخ العقد (الفرع الأول) والحصول على التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في طلب فسخ العقد:

يتمتع العقد الإداري بقوة ملزمة في مواجهة الإدارة، فلا تستطيع هذه الأخيرة أن تتحلل من الالتزامات الناشئة عن العقد، بل يتعين عليها تنفيذها وبما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بصفة عامة، ومن ثم لا ينبغي أن يأتي الإخلال من جانبها بامتناعها عن التنفيذ، أو التنفيذ غير المطابق لبنود العقد وإلا عد ذلك خطأ منها يثير مسؤوليتها⁽⁵¹⁾.

ونظرا لتمتع الإدارة بسلطة فسخ العقد كجزء للإخلال الجسيم بشروط العقد من قبل المتعامل المتعاقد، فإن هذا الأخير يستطيع أيضا أن يطالب بفسخ العقد، إذا ما وقع إخلال جسيم في تنفيذ العقد من قبل المصلحة المتعاقدة، ولكن لا يستطيع المتعامل المتعاقد أن يعلن الفسخ بإرادته المنفردة، بل يجب عليه اللجوء إلى القضاء للمطالبة به، وعليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته حتى يقرر القاضي فسخ العقد، ومن حالات المطالبة بالفسخ القضائي مايلي:

1- في حالة القوة القاهرة: يقصد بالقوة القاهرة الحوادث الخارجية المستقلة عن إرادة المتعاقدين، والتي لا يمكن دفعها وتؤدي إلى الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد، وتكون سببا لانقضاء التزامات المتعاقدين⁽⁵²⁾، وتبعاً لذلك يستطيع المتعامل المتعاقد طلب فسخ العقد شريطة أن لا يكون لإرادته دخل في حصول الحادث الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ، وعدم توقع السبب الخارجي عند إبرام العقد، ووجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

ويرى الفقه أن المتعامل المتعاقد إذا لجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ لاستحالة التنفيذ، فإن هذا الحكم يعلن الفسخ ولا ينشئه، وإذا صدر حكم بالفسخ، فإن آثاره تترد إلى يوم رفع الدعوى، ويكون على مسؤولية الإدارة⁽⁵³⁾.

2- في حالة إخلال الإدارة إخلالا جسيماً بالتزاماتها التعاقدية: ويتخذ خطأ الإدارة المتعاقدة عدة صور، فقد يكون إخلالا بالتزاماتها الفنية (مثل عدم التزامها بتسليم مكان العمل خاليا من العوائق خلال الميعاد المحدد، وعدم التزامها بتسليم المتعاقد المواد والأدوات والأصناف المتفق عليها في العقد)، أو إخلالا بالتزاماتها المالية (كتعديل الأسعار، والتأخر في الإفراج عن الكفالات)، أو ممارسة لسلطاتها على نحو غير مشروع في الرقابة والتوجيه، أو التعديل غير المشروع بإرادتها المنفردة لشروط العقد (كأن يتجاوز التعديل موضوع العقد، أو النسب المقررة للتعديل، أو القيام بالتعديل دون تغير الظروف)

أو الممارسة غير المشروعة لسلطتها في توقيع الجزاءات⁽⁵⁴⁾، وللقاضي الإداري تقدير مدى جسامته هذا الإخلال وتأثيره على مصالح المتعامل المتعاقد، من أجل إصدار حكم بالفسخ كجزاء ضد الإدارة المتعاقدة.

ونظرا لكون جزاء الفسخ يعتبر من أشد الجزاءات وأخطرها، فإنه يتعين على المتعامل المتعاقد قبل لجوئه إلى القضاء لطلب توقيع جزاء الفسخ على المصلحة المتعاقدة المقصورة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، أن يسلك طريق التظلم الإداري أولا وهذا أشارت إليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 بنصها على أنه "...يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات، هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة..."، ويعرض هذا النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة لدراسته، وتبحث هذه الأخيرة على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، وعليها البت في هذا النزاع في ظرف 30 يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم⁽⁵⁵⁾.

الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في التعويض:

قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري إلى بعض الأضرار الناتجة عن تدخل الإدارة في ممارستها لسلطاتها وامتيازاتها المتعلقة بالرقابة والتوجيه، وتعديل شروط العقد أو إنهائه، أو إنزال العقوبات بالمتعاقد دون وجه حق بهدف المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فيحق للمتعامل المتعاقد مطالبتها بالتعويض عما لحقه من أضرار، ولا يستطيع إجبار الإدارة المتعاقدة على دفع التعويض إلا عن طريق القضاء، كما أنه لا يستطيع الدفع بعدم التنفيذ لإجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها⁽⁵⁶⁾.

وللتعويض أهمية كبيرة، حيث يجعل المتعامل المتعاقد الذي يبرم العقد مع الإدارة في مأمن نسبيا من التبعات والظروف التي من شأنها الإخلال بموازين العقد، كما يساهم التعويض أيضا في مساعدة المتعامل المتعاقد على اجتياز العثرات والعقبات التي تواجهه أثناء تنفيذ العقد؛ والتي لم يكن يتوقع حدوثها أثناء إبرامه له.

وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعامل المتعاقد معها تنعقد على أساس الخطأ أو

دونه:

1- التعويض على أساس الخطأ: يتمثل الخطأ العقدي في هذه الصورة في إخلال الإدارة المتعاقدة بالالتزامات الناشئة عن العقد، سواء أكان هذا الإخلال عن عمد أو إهمال⁽⁵⁷⁾، كالامتناع عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية، مثل عدم تمكين المتعاقد معها من البدء في تنفيذ الأشغال، أو عدم تنفيذها

في المواعيد المحددة، كالتأخر في دفع المقابل المالي أو استعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات التعاقدية بغير ما سبب يسوغها من المصلحة العامة⁽⁵⁸⁾.

ويشترط لإثارة مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن أعمالها توفر أركان ثلاث وهي:

الخطأ المتمثل في امتناع الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية أو تأخيرها في ذلك والضرر الذي يصيب المتعامل المتعاقد والنتائج مباشرة من إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وعلاقة السببية التي تربط خطأ الإدارة بالضرر، بحيث لولا هذا الخطأ لما حدث الضرر، كما يشترط لاستحقاق التعويض، عدم تنازل المتعامل المتعاقد عن المطالبة به، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي استثنى الخطأ الجسيم للإدارة، حيث ألزمها بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنه، على الرغم من التنازل المسبق من المتعاقد معها عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطأ الإدارة⁽⁵⁹⁾.

2- التعويض بدون خطأ: ويكون أساس الالتزام بالتعويض في هذه الصورة إما استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب وإما في إطار التوازن المالي للعقد.

فالأصل في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يقتصر المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون سواها ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالا أخرى، فإذا أخل بهذا الالتزام، كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته⁽⁶⁰⁾، ولكن قد تكون الأعمال الإضافية التي نفذها المتعاقد مفيدة وضرورية للمرفق العام، ولأزمة لتحقيق المصلحة العامة، مما يؤدي إلى إثراء الإدارة وافتقار المتعاقد، وبالتالي يستحق التعويض عن تكلفة هذه الأعمال والخدمات الإضافية على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب⁽⁶¹⁾.

كما يستحق المتعامل المتعاقد في إطار التوازن المالي للعقد التعويض عن خسائره المكلفة وتؤدي إلى إرهاقه وزيادة في أعبائه المالية، والتي قد تفرزها نظرية فعل الأمير، أو نظرية الظروف الطارئة، أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا توافرت شروطها حسب الحالة، على النحو الذي سبق بيانه، والمبدأ العام الذي استقر عليه المشرع الجزائري، أن يكون التعويض وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني⁽⁶²⁾، ويكون تقدير التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي ألحق بالمتعامل المتعاقد، ويقع على هذا الأخير عبء إثبات الضرر.

الخاتمة:

ألقينا الضوء في هذا البحث على جانب مهم من أهم الموضوعات في مجال العقود الإدارية، وهو البحث في الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين خلال تنفيذ العقد الإداري وقد تبين لنا بأن حرص المصلحة المتعاقدة للمحافظة على المصلحة العامة، يقتضي تمتعها بمجموعة من الامتيازات الاستثنائية، غير المعهودة في عقود القانون الخاص، والتي هي مناط الإبقاء على المرافق العامة

واستمرارها في أداء وظيفتها، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يفهم منه التضحية بالمصالح المشروعة للمتعاقد معها، لأن هذا الأخير وإن كانت غايته من وراء إبرامه للعقد هو تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه يعتبر معاوناً للإدارة المتعاقدة في تحقيق أهدافها ومن ثم فهو يشارك في تحقيق المصلحة العامة، ومن بين النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة مايلي:

- بما أن تنفيذ العقد الإداري يستهدف أساساً تسيير المرفق العام، الذي يعمل على تلبية الاحتياجات العامة فيتعين تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد.

- للمصلحة المتعاقدة حق الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد، حتى تتأكد أن المتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد، كما تملك حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة إذا كان ذلك يتفق أكثر مع المصلحة العامة، وحق توقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وفسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد الجسيم أو إنهائه لدواعي المصلحة العامة، وتتم هذه الجزاءات تحت رقابة القضاء.

- تقييد حق ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطات توقيع الجزاءات التعاقدية، بمجموعة من الضوابط، بما يحقق التوفيق بين ضمان سير المرافق العامة بانتظام، وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة.

- الاعتراف بحقوق المتعامل المتعاقد بموجب القانون ونصوص العقد، كحق الحصول على المقابل المالي نظير ما قام بتنفيذه من التزامات، والحق في إعادة التوازن المالي للعقد يضع حد لتعسف الإدارة المتعاقدة في تجاوز سلطاتها باسم المصلحة العامة ويثبت الطمأنينة في نفوس الأفراد الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

- يملك المتعامل المتعاقد ضمانات لمواجهة امتيازات الإدارة الخطيرة، عن طريق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد، إذا كان إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية يلحق أضراراً جسيمة بمصالحه، علاوة على حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسائر وفاته من كسب.

- لقد ظهر لنا جلياً من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام خطى خطوات سريعة في توفير ضمانات للمتعاملين المتعاقدين في مجال تنفيذ العقود الإدارية وسائر ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا المجال.

الهوامش:

- (1) – Muhannad AJJOUB, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse du doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II , 2016, p 478.
- (2)- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت 2011، ص 338.
- (3)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 73.
- (4) – Stéphane Braconnier, Précis du droit des marchés publics, 3^{ed}, Le Moniteur, Paris 2009, p 439.
- (5)- هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012، ص 805 وما بعدها.
- (6)- سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 27.
- (7)- نفس المرجع، ص 27.
- (8)- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 252.
- (9)- انظر ج.ر. عدد 6، بتاريخ 19 جانفي 1965، ص 46.
- (10)- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الكتب، القاهرة 2002، ص 242.
- (11)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 202.
- (12)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائم المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 453.
- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية) دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2011، ص 101.
- (13) - Jean-David Dreyfus, in l'exécution des contrats « les pouvoirs de contrôle de l'administration en France (sous la direction de Gérard Marcou et autres) IRJS Edition, Paris 2007, Tome 21, p 235 à 243.
- (14)- حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني (القرارات الإدارية- العقود الإدارية- الأموال العامة- الوظيفة العامة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص 146.
- (15)- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2011 – 2012، ص 94.
- (16)- نفس المرجع، ص 96.
- (17)- انظر الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- (18)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 204-205.
- (19)- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 176.
- (20)- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية والأدبية، 2012، بيروت 2012 ص 147.
- (21)- عوايدي عمار، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 271.
- (22)- نفس المرجع، ص 271.

- (23)- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسير المرفق العام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص 14.
- (24) - Aiad Shwekat, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen (Etude comparative), Thèse du doctorat en Droit public, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE (UT1 Capitole), 2016, p 158.
- (25)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 471.
- (26)- عوايدي عمار، المرجع السابق، ص 278.
- (27)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 215.
- (28)- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2014، ص 210.
- (29) - Jacques Eygasier, Charles Pareydt, Exécution des marchés publics de travaux, Edition Lamy, France 2010, p 263.
- (30) - Stéphane Braconnier, op.cit, p 436.
- (31) - Stéphane Braconnier, op.cit, p 440.
- (32)- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 216.
- (33)- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص 198.
- (34)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 118.
- (35)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 215 وما بعدها.
- (36)- نفس المرجع، ص 227.
- (37)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 250.
- (38)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري و وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 200.
- (39)- حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 252.
- (40)- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 82.
- (41)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 524.
- (42)- تنص المادة 201 من القانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية على أنه " تتقادم الديون التي لم يؤمر بصرفها وتصفيتها ودفعها في أجل أربع (4) سنوات من افتتاح السنة المالية المتعلقة بها، وتعود بصفة نهائية لصالح البلديات باستثناء الحالات التي يكون فيها التأخير بفعل الإدارة أو بسبب وجود طعن أمام جهة قضائية.
- (43)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 573.
- (44)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، 213.

- (45)- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2011 ص 194 وما بعدها.
- (46)- محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 220.
- (47)- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. عدد، 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005، والقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر. عدد 31، بتاريخ 13 ماي 2007.
- (48)- محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية العالمية " نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، من 1 إلى 2 أفريل 2009، ص 20.
- (49)- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 170.
- (50)- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 80.
- انظر أيضا: إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 181.
- (51)- حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 213.
- (52)- عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2000، ص 12.
- (53)- علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 464.
- (54)- حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 289 وما بعدها.
- (55)- انظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- (56)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 557.
- (57)- حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 29.
- (58)- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 405.
- (59) - C.E.2 juin 1971, Société Entreprise villemaine c/commune de Labouheyre, AJDA, 1972, 2, N° 24, p 176, obs. London.
- (60)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي 1991، ص 595.
- (61) - Catherine Bergeal, Frédéric Lenica, Le contentieux des marchés publics, 2e édition, Le Moniteur, Paris 2010, p 163
- (62)- انظر المادة 124 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر. عدد 44.